

Rechtsprechung

kanton**schwyz** 

Entscheide 2016
der Gerichts- und
Verwaltungsbehörden

EGV-SZ 2016

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 2017

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

Inhaltsüberblick

A	Zivil- und Straferichte	Seite 9
1.	Justizgesetz	1.1
2.	Zivilrecht	2.1 – 2.6
3.	Zivilprozessrecht	3.1 – 3.2
4.	Strafrecht	4.1 – 4.4
5.	Strafprozessrecht	5.1 – 5.7
6.	Schuldbetreibungs- und Konkursrecht	6.1 – 6.2
7.	Beurkundung und Beglaubigung	–
8.	Anwaltsrecht	–
9.	Verschiedenes	–

B	Verwaltungsgericht	Seite 67
1.	Verfahren	1.1 – 1.7
2.	Alters- und Hinterlassenenversicherung / Invalidenversicherung / Ergänzungsleistungen	–
3.	Arbeitslosenversicherung / Berufliche Vorsorge / Kranken- und Unfallversicherung	3.1 – 3.2
4.	Kantonales Steuergesetz / Direkte Bundessteuer	–
5.	Kausalabgaben	–
6.	Flurgenossenschaft / Wuhrkorporation	–
7.	Bezirke und Gemeinden / Politische Rechte	7.1
8.	Planungs- und Baurecht / Natur-, Landschafts- und Heimatschutz	8.1 – 8.7
9.	Enteignungsrecht	–
10.	Bildung / Gastgewerbe / Gesundheit / Jagd und Fischerei / Landwirtschaft	10.1 – 10.2
11.	Arbeitsvergebung (Submission)	11.1 – 11.7
12.	Strassenverkehrsrecht	–
13.	Sozialhilfe	–
14.	Staatshaftung	14.1
15.	Ausländerrecht	15.1
16.	ZGB und EG ZGB	16.1 – 16.4
17.	Vollstreckungsrecht / Vollzug von Strafen und Massnahmen	–
18.	Verschiedenes	–

C	Regierungsrat	Seite 169
1.	Gemeindewesen	1.1 – 1.2
2.	Baurecht	2.1 – 2.4
3.	Umweltschutz	3.1
4.	Abgaben	–
5.	Zivilrecht	–
6.	Öffentlichkeit der Verwaltung und Datenschutz	–
7.	Sozialwesen	7.1 – 7.2
8.	Bildung	8.1
9.	Strassenwesen	–
10.	Raumplanung	10.1
11.	Forst- und Jagdpolizei	–
12.	Landwirtschaft	–
13.	Wasserbau	–
14.	Arbeitsvergebung	–
15.	Gesundheitswesen	–
16.	Verwaltungsverfahren	–
17.	Verkehrs- und Polizeiwesen	17.1
18.	Ausländerrecht	18.1
19.	Verschiedenes	–

Sachregister		Seite 286
---------------------	--	-----------

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). Der Band als Gesamter wird wiederum auf der Homepage des Kantons Schwyz einsehbar sein. Die steuerrechtlichen Entscheide des Verwaltungsgerichts werden weiterhin mehrheitlich in der „Steuerpraxis des Kantons Schwyz“, Zeitschrift für schwyzerisches und Bundessteuerrecht, veröffentlicht.

Inhaltsverzeichnis

A	Zivil- und Straferichte	Seite 9
----------	--------------------------------	---------

1. Justizgesetz

- 1.1 Präsidialbefugnisse, Entscheid über Zuständigkeit

2. Zivilrecht

- 2.1 Anfechtung der Vaterschaftsanerkennung
- 2.2 Pachtvertrag
- 2.3 Bauverbot, Entschädigung
- 2.4 Gewinnanteilsrecht an nichtlandwirtschaftlichen Grundstücken
- 2.5 Aktienrechtliche Verantwortlichkeit, Anzeigepflichten
- 2.6 Aktienrechtliche Verantwortlichkeit, Haftung für Geschäftsführung

3. Zivilprozessrecht

- 3.1 Parteirollenwechsel im Scheidungsverfahren
- 3.2 Verfahren bei privatrechtlicher Baueinsprache

4. Strafrecht

- 4.1 Einfache Körperverletzung
- 4.2 Förderung der Prostitution und Menschenhandel
- 4.3 Versuchter Menschenhandel
- 4.4 Strafzumessung bei groben Verkehrsregelverletzungen

5. Strafprozessrecht

- 5.1 Ausstand aller Staatsanwaltschaften des Kantons Schwyz
- 5.2 Untersuchungshaft
- 5.3 Unanfechtbare Nichteinstellung
- 5.4 Umfang des Strafurteils
- 5.5 Unentschuldigtes Fernbleiben vor Gericht im Einspracheverfahren
- 5.6 Nicht korrekte Berufungsanmeldung
- 5.7 Unanfechtbares Rechtshilfeersuchen ans Ausland

6. Schuldbetreibungs- und Konkursrecht

- 6.1 Provisorische Rechtsöffnungen (Leitsätze)
- 6.2 Arrest

1. Verfahren

- 1.1 Beschwerdelegitimation
- 1.2 Rechtliches Gehör – Rügeprinzip
- 1.3 Rechtliches Gehör – Begründungspflicht
- 1.4 Rechtliches Gehör – Akteneinsicht
- 1.5 Parteistellung
- 1.6 Rückweisungsentscheid – Anfechtbarkeit
- 1.7 Kosten- und Entschädigungsfolgen

3. Arbeitslosenversicherung / Berufliche Vorsorge / Kranken- und Unfallversicherung

- 3.1 Prämienverbilligung – Bemessungsgrundlage
- 3.2 Übernahme von Reisekosten nach Art. 13 Abs. 1 UVG

7. Bezirke und Gemeinden / Politische Rechte

- 7.1 Stimmrechtsbeschwerde – Feststellungsentscheid

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

- 8.1 Aufhebung einer Baubewilligung
- 8.2 Erschliessungshilfe
- 8.3 Ausnahmbewilligung
- 8.4 Gebäudehöhe
- 8.5 Nebenbaute
- 8.6 Ausnützungsziffer
- 8.7 Wohnbaute in der Landwirtschaftszone

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

- 10.1 Bäuerliches Bodenrecht
- 10.2 Bäuerliches Bodenrecht

11. Arbeitsvergebung (Submission)

- 11.1 Rechtliches Gehör
- 11.2 Rechtliches Gehör
- 11.3 Verfahrensabbruch
- 11.4 Zuschlagskriterien
- 11.5 Unternehmervariante
- 11.6 Ausschluss aus dem Verfahren
- 11.7 Ausschreibung

14. Staatshaftung

14.1 Schaden als Haftungsvoraussetzung

15. Ausländerrecht

15.1 Aufenthaltsrecht nach FZA

16. ZGB und EG ZGB

16.1 Vertretungsbefugnis

16.2 Mandatsentschädigung

16.3 Auswahl zwischen Beistandspersonen

16.4 Erwachsenenschutz

1. Gemeinwesen

- 1.1 Form der Beschlussfassung in der Generalversammlung einer Flurgenossenschaft
- 1.2 Ausstand des gesamten Gemeinderates im Baubewilligungsverfahren für ein Bundesasylzentrum

2. Baurecht

- 2.1 Öffentliche Auflage und Publikation von Baugesuchen
- 2.2 Planungsrechtliche und baupolizeiliche Beurteilung einer grösseren Wohnüberbauung
- 2.3 Baubewilligung für Fensterfolien
- 2.4 Baubewilligung für den Betrieb eines Modellflugplatzes in einer Moorlandschaft

3. Umweltschutz

- 3.1 Planungspflicht und Umweltverträglichkeitsprüfung für ein Holzheizkraftwerk

7. Sozialwesen

- 7.1 Interkommunaler Kompetenzkonflikt in der Sozialhilfe
- 7.2 Beschwerdeführung gegen die Alimenterbevorschussung

8. Bildung

- 8.1 Übernahme der Kosten für eine Therapie bei der Organisation „autismus approach“

10. Raumplanung

- 10.1 Mobilfunkantennen in den Bauzonen

17. Verkehrs- und Polizeiwesen

- 17.1 Ladenöffnung an Sonn- und Feiertagen

18. Ausländerrecht

- 18.1 Nachträglicher Familiennachzug

A Zivil- und Strafgerichte¹

1. Justizgesetz

1.1 Präsidialbefugnisse, Entscheid über Zuständigkeit

- *Der Gerichtspräsident ist nach § 40 Abs. 2 JG nicht zuständig, abschliessend über das positive Vorliegen von Prozessvoraussetzungen, namentlich der Zuständigkeit, zu entscheiden (Erw. 2.a).*

Aus den Erwägungen:

2. a) Gemäss Art. 308 Abs. 1 der Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (ZPO, SR 272) sind erstinstanzliche End- und Zwischenentscheide (lit. a) sowie erstinstanzliche Entscheide über vorsorgliche Massnahmen (lit. b) mit Berufung anfechtbar. Als (Prozess-) Zwischenentscheid ergeht ein Entscheid, in dem über eine prozessuale Vorfrage, d.h. eine Prozessvoraussetzung so entschieden wird, dass das Verfahren fortgesetzt werden kann. Hauptanwendungsfall ist der Entscheid, mit welchem das erstinstanzliche Gericht eine Unzuständigkeits- einrede abweist; mithin ist der Entscheid betreffend Abweisung der Unzuständigkeitseinrede berufungsfähig (Reetz/Theiler, in: Sutter-Somm et al., ZPO-Komm., 3. A., Art. 308 N 28; Blickenstorfer, in: Brunner/Gasser/Schwander, ZPO-Komm., 2. A., Art. 308 N 18). Vorliegend erliess der Gerichtspräsident eine Eintretensverfügung. Indessen ist der Gerichtspräsident nicht zuständig, rechtswirksam über das Vorliegen von Prozessvoraussetzungen, insbesondere der Zuständigkeit, abschliessend zu entscheiden (§ 40 Abs. 2 des Justizgesetzes vom 18. November 2009 [JG, SRSZ 231.110] e contrario; KGer, Urteil ZK1 2015 50 vom 28. Juni 2016 E. 2b). (...).

(Beschluss vom 13. September 2016, ZK1 2016 4).

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

2. Zivilrecht

2.1 Anfechtung der Vaterschaftsanerkennung

- *Nichtigkeit einer Kindesanerkennung (Erw. 5.a).*
- *In Verfahren betreffend Kinderbelange in familienrechtlichen Angelegenheiten erforscht das Gericht den Sachverhalt von Amtes wegen (Erw. 5.c/aa).*
- *Eine Rückweisung an die erste Instanz ist insbesondere dann angezeigt, wenn noch verschiedene zusätzliche Beweismittel abzunehmen sind oder die Vorinstanz zu Unrecht gar kein Beweisverfahren durchführte. Es ist denn auch grundsätzlich nicht Aufgabe der Berufungsinstanz, den Sachverhalt anstelle der ersten Instanz zu erstellen (Erw. 5.c/bb).*

Aus den Erwägungen:

5. (...).

a) Die Anerkennung eines Kindes ist zulässig, wenn ein Kindesverhältnis zur Mutter besteht (Art. 260 Abs. 1 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 10. Dezember 1907, ZGB, SR 210). Ausserdem darf das Kind in keinem Kindesverhältnis zu einem anderen Mann stehen (Art. 11 Abs. 1 ZStV; BSK ZGB I-Schwenzer/Cottier, Art. 260 N 3). Die Umstände der Zeugung sind jedoch nicht relevant. Daher ist auch die bewusst unrichtige Anerkennung, d.h. wenn der Anerkennende weiss, dass er nicht der biologische Vater ist, wirksam (BSK ZGB I-Schwenzer/Cottier, Art. 260 N 6 f.). Sodann unterliegt die Anerkennungserklärung Formvorschriften (Art. 260 Abs. 3 ZGB). Werden die materiellen oder formellen Voraussetzungen der Anerkennung nicht erfüllt, so ist diese nichtig (vgl. zum Ganzen u.a. BK ZGB-Hegnauer, Art. 260a N 11 ff. und 16 ff.). Dies trifft insbesondere zu, wenn im Anerkennungszeitpunkt ein anderweitiges Kindesverhältnis zu einem Vater besteht (BSK ZGB I-Schwenzer/Cottier, Art. 260 N 19), ohne dass die besonderen Voraussetzungen der bedingten Anerkennung vorliegen (BK ZGB-Hegnauer, Art. 260a N 14). (...).

c) In Verfahren betreffend Kinderbelange in familienrechtlichen Angelegenheiten erforscht das Gericht den Sachverhalt von Amtes wegen (sog. uneingeschränkter Untersuchungsgrundsatz, Art. 296 Abs. 1 der Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008, ZPO, SR

272). Dies bedeutet, dass das Gericht auch ohne Antrag der Parteien verpflichtet ist, alle Sachverhaltsabklärungen vorzunehmen, die notwendig oder geeignet sind, den rechtserheblichen Sachverhalt zu erstellen (Schweighauser, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., Art. 296 N 12; vgl. BK ZPO-Spycher, Art. 296 N 6). Der Grund für die Untersuchungsmaxime ist, dass in familienrechtlichen Angelegenheiten ein erhöhtes Interesse an der materiellen Wahrheit besteht, deren Findung gefördert werden soll (BGE 118 II 93, E. 1.a). Das Gericht ist daher gehalten, nach der materiellen Wahrheit zu forschen und ein mit den tatsächlichen Verhältnissen übereinstimmendes Urteil anzustreben. Insofern gewährt Art. 296 ZPO die Erforschung der materiellen Wahrheit im öffentlichen Interesse (Urteil BGer vom 16. März 2015, 5A_745/2014, E. 2.3. f.). Zwar ist auch im Rahmen des uneingeschränkten Untersuchungsgrundsatzes die Pflicht des Gerichts zur Beweisabnahme von Amtes wegen nicht schrankenlos. Der Verzicht auf eine Beweisabnahme aufgrund antizipierter Beweiswürdigung ist trotzdem zulässig. Hierfür wird jedoch vorausgesetzt, dass entweder das beantragte Beweismittel bereits von vornherein nicht dafür geeignet ist, den entscheidenderheblichen Sachverhalt zu klären oder der Richter seine Überzeugung bereits aus anderen Beweisen gewonnen hat und davon ausgeht, dass weitere Abklärungen am massgeblichen Beweisergebnis nichts mehr zu ändern vermöchten. Letzteres ist nur der Fall, wenn allfällige Zweifel an der zu beweisenden Tatsache als unerheblich erscheinen (BSK ZPO-Steck, Art. 296 N 17).

aa) Aufgrund der ungeklärten Fragen betreffend die sich widersprechenden Geburtsurkunden des Beklagten bestehen vorliegend erhebliche Zweifel über die Tatsache, ob im Zeitpunkt der Anerkennung bereits ein Kindesverhältnis zu einem anderen Vater bestand. Letztere ist rechtserheblich und entscheidungswesentlich für die Frage der Nichtigkeit der Anerkennung. Müsste die Nichtigkeit bejaht werden, so hätte dies direkten Einfluss auf den Verfahrensausgang betreffend Anfechtung der Vaterschaft. Inhaltlich geht es im Verfahren betreffend Anfechtung der Vaterschaft bzw. Nichtigkeit der Anerkennung um die Feststellung des rechtlichen Kindesverhältnisses zum Kläger. Das Bestehen eines Kindesverhältnisses hat weitreichende Auswirkungen, insbesondere in finanzieller und erbrechtlicher Hinsicht. Die Erforschung der materiellen Wahrheit durch das Gericht erhält somit eine erhöhte Bedeutung. Aufgrund des uneingeschränkten Untersuchungsgrundsatzes wäre die Vorinstanz gehalten gewesen, alle geeigneten Beweismassnahmen zu erheben, namentlich eine Parteibefragung durchzuführen, um die rechtserheblichen offenen Fragen zu klären.

A 2.1

bb) Die Berufung ist grundsätzlich ein reformatorisches Rechtsmittel, d.h. die Berufungsinstanz fällt, sofern die Berufung gutzuheissen ist, in der Regel selber einen neuen Entscheid (Art. 318 Abs. 1 lit. a und b ZPO). Ist der Fall noch nicht spruchreif, weil beispielsweise weitere Beweismittel abzunehmen sind, ist zu entscheiden, ob die Berufungsinstanz die Beweisabnahme selber durchführen soll (Art. 316 Abs. 3 ZPO) oder die Sache zur ergänzenden Beweisführung an die Vorinstanz zurückweist. Die Rückweisung ist nur in den gesetzlich vorgesehenen Fällen (Art. 318 Abs. 1 lit. c ZPO) zulässig und soll die Ausnahme bleiben (Reetz/Hilber, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., Art. 318 N 29). Beim Entscheid über die Rückweisung sind die Interessen der Prozessökonomie einerseits und des Rechts der Parteien auf Wahrung des Instanzenzuges sowie auf ein korrektes Verfahren abzuwägen, wobei der Berufungsinstanz ein gewisses Ermessen zukommt (Benedikt Seiler, Die Berufung nach ZPO, Zürich/Basel/Genf 2013, Rz. 1520; Reetz/Hilber, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., Art. 318 N 25). Eine Rückweisung an die erste Instanz ist dann angezeigt, wenn der Sachverhalt in wesentlichen Teilen nicht vollständig ist (Art. 318 Abs. 1 lit. c Ziff. 2 ZPO). Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn noch verschiedene zusätzliche Beweismittel abzunehmen sind oder die Vorinstanz zu Unrecht gar kein Beweisverfahren durchführte. Es ist denn auch grundsätzlich nicht Aufgabe der Berufungsinstanz, den Sachverhalt anstelle der ersten Instanz zu erstellen (Benedikt Seiler, Die Berufung nach ZPO, Zürich/Basel/Genf 2013, Rz. 1536; Reetz/Hilber, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., Art. 318 N 35).

Mit Ausnahme der Anordnung und Einholung des DNA-Vaterschaftsgutachtens hat die Vorinstanz keine Beweiserhebungen getätigt, obschon sich nach dem Gesagten Weiterungen, insbesondere eine Parteibefragung zur Wahrung des Anspruchs auf rechtliches Gehör, geradezu aufdrängen. Dieser dem vorinstanzlichen Entscheid anhaftende Verfahrensmangel ist als schwer zu qualifizieren, der dazu führt, dass der Sachverhalt nicht gehörig ermittelt wurde. Eine Heilung kann dieser Umstand im Berufungsverfahren nicht erfahren. Darüber hinaus ist die vorab zu beurteilende Frage der Nichtigkeit der Anerkennung derart entscheidend für den Ausgang des Prozesses, dass mit einer Rückweisung an die Vorinstanz insbesondere zur Durchführung einer förmlichen Befragung der Parteien sowie allfällig weiteren Beweiserhebungen (z.B. betreffend Echtheit der Geburtsurkunde) zur Klärung resp. Vervollständigung des Sachverhalts und neuer Entscheidung auch dem Grundsatz der „double instance“ genügend Rechnung getragen wird.

(Beschluss vom 29. März 2016, ZK1 2015 10).

2.2 Pachtvertrag

- *Nach Art. 18 Abs. 1 LPG besteht beim Tod des Pächters ein einmaliges Kündigungsrecht des Verpächters auf den nächstmöglichen Frühjahrs- oder Herbsttermin (Erw. 2.d).*

Aus den Erwägungen:

2. (...).

d) Des Weiteren ist umstritten, ob nach Art. 18 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die landwirtschaftliche Pacht vom 4. Oktober 1985 (LPG, SR 221.213.2) nur eine einmalige Kündigung auf den nächstmöglichen Termin möglich ist (Berufungsführerin) oder ob die Bestimmung dem Kündigungswilligen die Wahl zwischen dem nächstmöglichen Frühjahrs- und dem nächstmöglichen Herbsttermin überlässt (Berufungsgegner).

Die Vorinstanz kam aufgrund des Wortlautes („folgender Frühjahrs- oder Herbsttermin“) zum Schluss, dass eine Kündigung unter Einhaltung der Frist von sechs Monaten sowohl auf den nächstmöglichen Frühjahrs- als auch den nächstmöglichen Herbsttermin möglich ist. Das von der Klägerin/Berufungsführerin eingereichte Privatgutachten von Prof. Dr. Eduard Hofer vom 24. November 2014 sei mit dem Gesetzestext nicht vereinbar und widerspreche seinen Ausführungen im Kommentar zum LPG. Die Kündigung vom 25. September 2013 per Frühling 2014 sei somit gültig (...).

aa) Weder die einschlägige Literatur noch die Rechtsprechung (soweit ersichtlich) äussern sich explizit zur Frage des ein- oder zweimaligen Kündigungsrechtes. Das Gutachten von Prof. Dr. Eduard Hofer vom 24. November 2014 (...) wurde nicht durch das Gericht angeordnet, sondern vom Rechtsanwalt der Berufungsführerin in Auftrag gegeben. Es handelt sich somit nicht um ein Gerichtsgutachten (Art. 183 der Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008, ZPO, SR 272), sondern um ein Privatgutachten, welches als blosser Parteibehauptung der freien Beweiswürdigung untersteht (Paola Wullschleger, in: Myriam A. Gehri/Michael Kramer, ZPO Kommentar, Zürich 2010, Art. 183 N 3). Der Inhalt der Bestimmung ist somit durch Gesetzesauslegung festzustellen.

Das Gesetz muss in erster Linie aus sich selbst heraus, das heisst nach dem Wortlaut, Sinn und Zweck und den ihm zugrunde liegenden Wertungen auf der Basis einer teleologischen Verständnismethode ausgelegt

A 2.2

werden. Die Gesetzesauslegung hat sich vom Gedanken leiten zu lassen, dass nicht schon der Wortlaut die Norm darstellt, sondern erst das an Sachverhalten verstandene und konkretisierte Gesetz. Gefordert ist die sachlich richtige Entscheidung im normativen Gefüge, ausgerichtet auf ein befriedigendes Ergebnis der ratio legis. Dabei befolgt das Bundesgericht einen pragmatischen Methodenpluralismus und lehnt es namentlich ab, die einzelnen Auslegungselemente einer hierarchischen Prioritätsordnung zu unterstellen (BGE 128 I 34 E. 3b). Es können auch die Gesetzesmaterialien beigezogen werden, wenn sie auf die streitige Frage eine klare Antwort geben und dem Richter damit weiterhelfen (BGE 102 II 401 E. 3a; zum Ganzen: BGE 131 III 33 E. 2).

bb) Nach dem Gesetzeswortlaut (grammatikalische Auslegung) ist eine Kündigung infolge Pächtertodes auf den folgenden Frühjahrs- oder Herbsttermin möglich (Art. 18 Abs. 1 LPG). Die Vorinstanz befand diese Formulierung nicht gleichbedeutend mit dem „nächstfolgenden“ oder „nächstmöglichen“ Termin. Sodann sei der Gesetzesentwurf vom „nächsten“ Frühjahrs- oder Herbsttermin ausgegangen, was gleichbedeutend mit dem „folgenden“ Termin sei (...). Der Gesetzestext bezeichnet den folgenden Frühjahrs- oder Herbsttermin als Kündigungstermin. „Folgend“ bedeutet gemäss Duden „nach etwas kommend“. Der Gesetzestext benutzt das Wort im Singular, was auf einen einzigen Termin hindeutet. „Nächstfolgend“ bedeutet hingegen gemäss Duden „unmittelbar folgend, sich anschliessend“ und der nächste ist gleichbedeutend mit „zeitlich zuerst, als Erstes folgend, im zeitlichen Ablauf zuerst kommend; unmittelbar bevorstehend, folgend“. Diese beiden Bezeichnungen sind etwas genauer und bezeichnen nur den einen, unmittelbar folgenden Termin. Hätte der Gesetzgeber nur einen Kündigungstermin zulassen wollen, hätte er daher tatsächlich wohl eher die Formulierung „den nächstfolgenden“ verwenden müssen. Ob dies dem Gesetzgeber bewusst war, kann jedoch nicht beurteilt werden. Allein aufgrund des Wortlautes lässt sich daher die Frage des ein- oder zweimaligen Kündigungsrechtes nicht abschliessend beantworten.

cc) Ein weiteres Element der Gesetzesauslegung ist der Wille des Gesetzgebers, welcher aufgrund der Gesetzesmaterialien zu ermitteln ist (historische Auslegung). Der Botschaft des Bundesrates vom 11. November 1981 (BBl 191 I S. 257 ff., insbes. S. 281 betr. aArt. 21 LPG) ist hierzu nichts zu entnehmen. Der Gesetzesentwurf zur Botschaft sprach in Art. 21 Abs. 1 LPG (dem heutigen Art. 18 Abs. 1 LPG) von einer Kündigungsmöglichkeit „auf den nächsten Frühjahrs- oder Herbsttermin“, was eher auf einen einzigen Termin hindeuten würde. Warum

im verabschiedeten Gesetzestext das Wort „nächster“ mit „folgender“ ersetzt wurde, ist aber nicht ersichtlich.

In der parlamentarischen Beratung zu Art. 21 Abs. 1 E-LPG wurde der Antrag Zwingli diskutiert, wonach den Hinterlassenen bei Kündigung des Pachtverhältnisses eine Möglichkeit zu dessen Erstreckung um höchstens sechs Monate hätte gewährt werden sollen. Zur Begründung wurde ausgeführt, dass die sechsmonatige Kündigungsfrist zu kurz sei und bei den Hinterbliebenen zu Härtefällen führen könnte, wenn sie nicht in das Pachtverhältnis eintreten wollten. Dieser Antrag wurde jedoch abgelehnt, da es nur in sehr seltenen Fällen zu einer derartigen Konstellation komme und das Problem mit einem (vorläufigen) Eintritt der Hinterbliebenen, gefolgt von einer Kündigung aus wichtigem Grund nach Art. 17 Abs. 1 LPG gelöst werden könne (Amtl. Bull. Nr. 1985, S. 336 f.). Ausserdem sprach Nationalrat Reichling in seinem Votum zu Art. 18 Abs. 2 E-LPG ausdrücklich davon, dass bei ausserordentlicher Beendigung der Pacht, z.B. infolge Tod des Bewirtschafters, auf den nächstmöglichen Termin ein neuer Pächter gefunden werden können soll (Amtl. Bull. Nr. 1985, S. 331). Der Gesetzgeber wollte demnach beim Pächtertode bewusst eine (einmalige) sechsmonatige Kündigungsfrist festsetzen, die kürzer ist als die ordentliche einjährige Kündigungsfrist. Für die Erben des Pächters sollte mit dem Eintrittsrecht eine Möglichkeit geschaffen werden, diese kurze Frist zu „erstrecken“, wohingegen für den Verpächter keine derartige Regelung vorgesehen war. Diese Überlegungen sprechen dafür, dass der Gesetzgeber insbesondere dem Verpächter im Falle des Pächtertodes nur eine Möglichkeit zur kurzfristigen Kündigung hat gewähren wollen. Je nach Datum des Todes wäre dies der auf den Tod folgende Frühjahrstermin oder der folgende Herbsttermin.

dd) Zum gleichen Ergebnis führt eine Auslegung von Art. 18 Abs. 1 LPG nach seinem Sinn und Zweck (teleologische Auslegung). Wie bereits erwähnt, sind beim landwirtschaftlichen Pachtverhältnis die persönlichen Beziehungen zwischen den Vertragsparteien sowie die Eignung und Fähigkeiten des Pächters für die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses von grosser Bedeutung. Daher wird den Vertragsparteien nebst der ordentlichen Kündigung ein zusätzliches ausserordentliches Kündigungsrecht durch Art. 18 Abs. 1 LPG gewährt (BBI 1981 I S. 281; Studer/Hofer, Das landwirtschaftliche Pachtrecht, 2. Aufl., Brugg 2014, Art. 18 N 406; BGE 118 II 441 E. 2.a). Der Verpächter kann dadurch beim Pächtertode sein Eigentum möglichst schnell einem geeigneten und fähigen neuen Pächter zur Bewirtschaftung übergeben. Die Gefahr der Schädigung seines Eigentums durch ungünstige bzw. nicht ertragsreiche Nutzung wird dadurch gemindert.

A 2.2

Auf Seiten des Pächters ist die Vermeidung von Härtefällen durch das bei der Einführung des neuen LPG geschaffene Eintrittsrecht gesichert worden (Art. 18 Abs. 2 LPG; vgl. BBI 1981 I, S. 281). Der Tod des Pächters hat für seine Familienangehörigen oft existenzielle Bedeutung, weil die Pacht ihr Familieneinkommen sicherstellt. Der Verpächter kann denn auch den Eintritt nur unter erschwerten Voraussetzungen verhindern (Art. 18 Abs. 3 LPG), sodass die Existenz der Angehörigen gesichert ist. Ein kurzfristiges, einmaliges Kündigungsrecht des Verpächters hindert somit den Pächterschutz, welcher erklärtes Ziel des Pachtgesetzes war (BBI 1981 I, S. 260), nicht. Sind die Familienangehörigen zwar fähig, das Pachtverhältnis fortzuführen, aber nicht gewillt, dieses auf längere Zeit zu übernehmen, können sie trotzdem (vorläufig) in das Pachtverhältnis eintreten und zu gegebener Zeit aus wichtigen Gründen kündigen (Art. 17 Abs. 1 LPG). Dies ermöglicht ihnen, die für den Betrieb angeschafften Geräte und Maschinen sowie das Vieh zu einem günstigen Zeitpunkt zu verkaufen und/oder gegebenenfalls eine neue Pachtliegenschaft zu finden (Franz Breitenmoser, Der landwirtschaftliche Pachtvertrag, Diss. Nussbaumen 1978, S. 111; vgl. Amtl. Bull. 1985, S. 336). Aus Pächtersicht spricht somit nichts gegen das einmalige kurzfristige Kündigungsrecht des Verpächters.

Ausserdem wurde in Art. 18 LPG der Frühjahrs- oder Herbsttermin als Kündigungstermin festgelegt, ohne eine andere vertragliche Vereinbarung zuzulassen, wie dies bei der ordentlichen Kündigung möglich ist (Art. 16 Abs. 3 LPG). Der Grund hierfür ist, dass auf einen Zeitpunkt gekündigt werden soll, in welchem die Scheunen entweder leer oder voll sind und auf den Feldern wenig stehende Kulturen oder nicht eingebrachte Ernte vorhanden sind. Damit soll eine Pachtübergabe ohne komplizierte Verrechnungen ermöglicht werden (Studer/Hofer, a.a.O., Art. 16 N 385; vgl. Franz Breitenmoser, a.a.O., S. 50). Bei der Kündigung aus wichtigen Gründen (Art. 17 LPG), welche von Gesetzes wegen ebenfalls auf den folgenden Frühjahrs- oder Herbsttermin gekündigt werden kann, gilt dieser Termin auch für Pachtverträge, welche auf Beginn eines Kalenderjahres abgeschlossen wurden bzw. auf Ende des Kalenderjahres zu Ende gehen (Studer/Hofer, a.a.O., Art. 17 N 399). Gleiches muss auch für die ebenfalls ausserordentliche Kündigung infolge Pächtertodes gelten. Dem Verpächter ist damit auch bei einer kurzen Kündigungsfrist garantiert, dass er den Pachtvertrag auf einen Zeitpunkt kündigen kann, in welchem sich ein möglicher Nachfolger finden lässt.

ee) In systematischer Hinsicht ist zu erwähnen, dass das Pachtverhältnis ein auf lange Zeit ausgerichtetes Dauerschuldverhältnis ist. Die erstmalige Pachtdauer beträgt mindestens neun Jahre (Art. 7 Abs. 1 LPG)

und wird jeweils um mindestens sechs Jahre verlängert (Art. 8 Abs. 1 LPG). Kürzere Pachtzeiten sind bewilligungspflichtig (Art. 7 Abs. 2 und Art. 8 Abs. 2 LPG). Die ordentliche Kündigungsfrist beträgt mindestens ein Jahr (Art. 16 Abs. 2 LPG) und kann zwar verlängert, aber nicht verkürzt werden (Studer/Hofer, a.a.O., Art. 16 N 375). Auch die Kündigungsfrist durch den Erwerber des Pachtgegenstandes beträgt ein Jahr (Art. 15 Abs. 2 LPG), wobei die Möglichkeit der Erstreckung besteht (Art. 15 Abs. 3 LPG). Diese langen Pachtdauern und Kündigungsfristen entsprechen dem Zweck des Pachtvertrages, der es dem Pächter ermöglichen soll, die vorgenommenen Investitionen und Anschaffungen zu amortisieren und den Betrieb langfristig zu planen und zu bewirtschaften. Der Pächter ist dadurch an einer nachhaltigen Bewirtschaftung interessiert, was ebenfalls dem Interesse des Verpächters an der Erhaltung oder sogar Ertragssteigerung seines Eigentums entspricht (vgl. Studer/Hofer, a.a.O., Vor Art. 7-9 N 206). Lediglich bei den ausserordentlichen Kündigungsgründen ist eine kurze Frist von sechs Monaten zulässig, so bei Unzumutbarkeit der Vertragsfortsetzung aus wichtigen Gründen (Art. 17 Abs. 1 LPG), Tod des Pächters (Art. 18 Abs. 1 LPG), Zahlungsrückstand des Pächters (Art. 21 Abs. 1 LPG) und Pflichtverletzung durch den Pächter (Art. 22b LPG). Zu erwähnen ist, dass bei der Kündigung aus wichtigen Gründen eine Pächterstreckung nicht möglich ist (Studer/Hofer, a.a.O., Art. 17 N 400) und eine solche auch bei Zahlungsrückstand des Pächters (Art. 21 i.V.m. Art. 27 Abs. 2 lit. b LPG) sowie bei schwerwiegender Pflichtverletzung (Art. 22b i.V.m. Art. 27 lit. a LPG) unzulässig ist. In diesen Fällen gilt die sechsmonatige Kündigungsfrist absolut, d.h. der Gesetzgeber wollte eine möglichst schnelle Auflösung des Pachtverhältnisses. Folglich muss auch aus systematischer Sicht dem einmaligen Kündigungsrecht der Vorzug gegeben werden.

ff) Zusammenfassend ergibt sich bei einer umfassenden Gesetzesauslegung, dass Art. 18 Abs. 1 LPG dahingehend zu verstehen ist, dass den Vertragsparteien beim Pächtertode ein einmaliges Kündigungsrecht mit einer sechsmonatigen Kündigungsfrist und einem Kündigungstermin per Herbst oder Frühling zustehen soll. Je nach Todestag liegt der Kündigungstermin bei Einhaltung der Frist im Herbst oder im Frühling. Die Kündigung muss jedoch auf den nächstmöglichen Termin erfolgen.

Von dieser Gesetzesauslegung scheinen denn auch Studer/Hofer ausgegangen zu sein, wenn sie ausführen (Studer/Hofer, a.a.O., Art. 18 N 407):

A 2.3

Die Kündigung kann ab dem Zeitpunkt ausgesprochen werden, in welchem die Voraussetzungen der Kündigungsberechtigung vollständig erfüllt sind. Das ist üblicherweise der Todestag des Pächters. [...] Die Kündigung hat auf den nächsten Frühjahrs- oder Herbsttermin zu erfolgen, auf den sie unter Einhaltung der sechsmonatigen Frist möglich ist. Erfolgt bis sechs Monate vor diesem Termin keine Kündigung, ist die Kündigungsmöglichkeit für beide Seiten verwirkt. Auf einen späteren Frühjahrs- oder Herbsttermin ist keine Kündigung gemäss Art. 18 LPG mehr möglich. [...] Stirbt der Pächter kurz vor dem Tag, an dem die Erben oder der Verpächter spätestens kündigen könnten, so muss den Beteiligten eine angemessene Überlegungsfrist eingeräumt werden.

Prof. Dr. Eduard Hofer bestätigte diese Ansicht im Privatgutachten vom 24. November 2014 (...).

(Urteil vom 15. März 2016, ZK1 2015 39; eine Beschwerde in Zivilsachen BGer 4A_246/2016 ist im Zeitpunkt des Redaktionsschlusses noch hängig).

2.3 Bauverbot, Entschädigung

- *Eine analoge Anwendung von Art. 674 Abs. 3 ZGB auf die Verletzung eines Bauverbots erfordert die Ablösung oder Einschränkung des Bauverbots, dass die erstellte Baute dieses nicht mehr verletzt (Erw. 2.b).*
- *Fehlt ein Antrag auf Ablösung oder Einschränkung des Bauverbots, genügt Art. 674 Abs. 3 ZGB nicht als Grundlage für die Geltendmachung einer Entschädigung (Erw. 2.b und 2.c).*

Aus den Erwägungen:

2. (...)

b) Gemäss Art. 674 Abs. 3 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 10. Dezember 1907 (ZGB, SR 201) kann derjenige, welcher unrechtmässig, aber in gutem Glauben einen Überbau auf ein benachbartes Grundstück tätigte, gegen eine angemessene Entschädigung die Zusprechung des dinglichen Rechts auf den Überbau oder des Eigentums am Boden verlangen, sofern der Verletzte nicht rechtzeitig Einspruch gegen den Überbau erhoben hat. Zum einen berücksichtigt die Bestimmung somit das Interesse der Erhaltung wirtschaftlicher Werte, zum andern

liegen ihr Billigkeitsüberlegungen zu Grunde (vgl. Meyer-Hayoz, Berner Kommentar, 1964, N 3 zu Art. 674 ZGB). Art. 674 Abs. 3 ZGB setzt unter anderem voraus, dass die Einräumung des Überbaurechts unter Berücksichtigung der beidseitigen Interessen als gerechtfertigt erscheint (BSK ZGB II-Rey/Strebel, 2015, N 11 zu Art. 674 ZGB). Die angemessene Entschädigung nach Art. 674 Abs. 3 ZGB stellt dabei die Gegenleistung für die Einräumung des Überbaurechts bzw. des Eigentums am Boden dar (BSK ZGB II-Rey/Strebel, N 16 zu Art. 674 Abs. 3 ZGB). Daraus ergibt sich, dass Art. 674 Abs. 3 ZGB darauf abzielt, den ursprünglich unrechtmässigen Zustand zu beheben, indem dem unrechtmässig, aber gutgläubig Überbauenden die fehlenden Rechte gegen eine angemessene Entschädigung zugesprochen werden. Im Vordergrund steht demzufolge nicht die allenfalls festzulegende Entschädigung, sondern die Einräumung des Überbaurechts bzw. des Eigentums am Boden. Aus diesen Gründen kommt eine analoge Anwendung von Art. 674 Abs. 3 ZGB auf die Verletzung eines Bauverbots nur in Frage, wenn das Bauverbot entweder abgelöst oder zumindest soweit eingeschränkt wird, dass die erstellte Baute dieses nicht mehr verletzt. Geht es jedoch einzig um die Geltendmachung einer Entschädigung, genügt Art. 674 Abs. 3 ZGB nicht als Grundlage.

c) Indem die Vorinstanz nur eine Entschädigung zu Gunsten des Klägers sprach, jedoch keine Anordnungen über den weiteren Bestand und Umfang des Bauverbots traf, wandte sie Art. 674 Abs. 3 ZGB zu Unrecht an. Aufgrund der Dispositionsmaxime (Art. 58 Abs. 1 der Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008, ZPO, SR 272) darf das Gericht einer Partei nicht mehr und nichts anderes zusprechen, als diese verlangt und nicht weniger, als die Gegenseite anerkannt hat. Weder der Kläger noch die Beklagten beantragten eine Einschränkung oder eine Ablösung des Bauverbots, weshalb keine Möglichkeit für eine analoge Anwendung von Art. 674 Abs. 3 ZGB besteht. Es wäre Sache der Parteien, einen entsprechenden Antrag zu stellen. (...).

(Urteil vom 15. Dezember 2015, ZK1 2015 2; eine Beschwerde in Zivilsachen wurde mit BGer 5A_101/2016 vom 7. Oktober 2016 abgewiesen, soweit darauf einzutreten war).

2.4 Gewinnanteilsrecht an nichtlandwirtschaftlichen Grundstücken

- *Das Gewinnanteilsrecht erlischt nicht mit dem ersten Verkauf des Grundstücks, wenn der Gewinnanteilsverpflichtete die Erfüllung der Bedingung wider Treu und Glauben verhindert (Erw. 3).*

A 2.4

Aus den Erwägungen:

3. Gemäss Erbvertrag vom 29. November 1995 vereinbarten die Vertragsparteien für den Fall der Veräusserung der Liegenschaften durch die Geschwister zugunsten der beiden anderen Geschwister folgendes Gewinnanteilsrecht (KB 3, S. 5 Ziff. VI):

„Falls die Liegenschaften/Grundstücke in Zürich Altstetten oder Wollerau innerhalb von 25 (fünfundzwanzig) Jahren ab heutigem Datum veräussert werden, sind die anderen beiden Parteien zu je einem Drittel an dem auf einem marktüblichen Grundstückspreis basierenden Gewinn, nach Abzug aller Abgaben beteiligt. Der Grundstücksgewinn errechnet sich aus der Differenz des Landwertes der Verkehrswertschätzung vom 12. April 1995, nach Aufrechnung der Teuerung gemäss Landesindex der Konsumentenpreise (Stand Oktober 1995 102.8 Punkte, Basis Mai 1993 = 100 Punkte), und dem beim allfälligen Verkauf effektiv erzieltm Landwert. Der Gebäudewert wird nicht in die Berechnung miteinbezogen.“

Mit diesem Gewinnanteilsrecht beabsichtigten die Vertragsparteien zweifelsohne – wie allgemein in den gesetzlichen Bestimmungen des Erbrechts vorgesehen – die Gleichbehandlung der Kinder während 25 Jahren für den Fall, dass eines bei einem Weiterverkauf des Grundstücks einen Gewinn erzielt (vgl. Zeindler-Dettling, Das Gewinnanteilsrecht an nichtlandwirtschaftlichen Grundstücken, Diss. St. Gallen, 2006, S. 20 f.).

a) Das Gewinnanteilsrecht erlischt grundsätzlich mit dem ersten Verkauf des Grundstücks, unabhängig davon, ob ein Gewinn erzielt wird. Ein allfälliger Gewinn bei der Weiterveräusserung durch den Ersterwerber des Grundstückes begründet deshalb keinen Gewinnanteilsanspruch mehr. Davon ausgenommen sind Fälle, in denen der Gewinnanteilsverpflichtete die Erfüllung der Bedingung wider Treu und Glauben verhindert (Art. 156 des Obligationenrechts vom 30. März 1911 [OR, SR 220] i.V.m. Art. 2 Abs. 2 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 10. Dezember 1907 [ZGB, SR 210]). Der Gewinnanteilsverpflichtete handelt rechtsmissbräuchlich, wenn er das Grundstück allein deshalb auf die gewählte Art und Weise überträgt, um den Gewinnanteilsberechtigten um seinen Anspruch zu bringen. Es stellt sich die Frage, ob die gewählte Vertragskonstruktion einzig dazu dient, die Rechte der Gewinnanteilsberechtigten zu umgehen oder ob schützenswerte und sachliche Gründe bestehen, die das Vorgehen rechtfertigen. Ein strenger Massstab ist insbesondere dann

anzulegen, wenn der erste Erwerber möglicher Erbe des Übernehmers ist. Dabei gilt aber auch zu beachten, dass nicht jede spätere (nochmalige) Erfüllung eines anspruchsbegründenden Tatbestandes – selbst wenn sie nur kurze Zeit nach der ersten erfolgt – die erste Übertragung des Grundstücks missbräuchlich erscheinen lässt. Nur ein „krass stossendes Verhalten“ ist relevant (Zeindler-Dettling, a.a.O., S. 83 f.).

b) aa) Die gewinnanteilsverpflichtete Beklagte übertrug einen hälftigen Miteigentumsanteil am Grundstück GB 1650 Wollerau bereits ein halbes Jahr nach Abschluss des Erbvertrags an ihren Ehemann zu einem weit unter dem Verkehrswert liegenden Preis von Fr. 60'000.--. Diese Eigentumsübertragung erfolgte, wie gesagt, um die geplanten Umbauarbeiten durch die Bank finanzieren zu können (vgl. E. 2d/bb vorne). Die Beklagte bringt selber vor, dass sie auch ohne Übertragung des hälftigen Miteigentums, nämlich mittels einer Solidarbürgschaft des Ehemannes, eine Hypothek für die Sanierungs- und Umbauarbeiten hätte erhalten können. Sie hätten sich aber bewusst für eine Veräusserung des hälftigen Miteigentumsanteils entschieden, da ihr Ehemann den Umbau und die Sanierung grösstenteils finanziert und entsprechende Sicherheiten verlangt habe.

Vor diesem Hintergrund kann geschlossen werden, dass es nicht dem Willen der am Erbvertrag vom 29. November 1995 beteiligten Parteien entsprechen konnte, dass mit dem bloss sechseinhalb Monate später getätigten Übertrag des hälftigen Miteigentumsanteils auf den Ehemann der Beklagten ein Veräusserungstatbestand gemäss erwähntem Erbvertrag hätte begründet und ein allfälliges, wegen des weit unter dem Verkehrswert liegenden Verkaufspreises indes nicht vorliegenden Gewinnanteilsrecht hätte ausgelöst werden sollen. Denn diesfalls könnte der spätere Verkauf der gesamten Liegenschaft am 17. Januar 2013 zu einem Preis von 3.5 Millionen Franken nur mehr zur Hälfte berücksichtigt werden, welcher Umstand eine erhebliche Ungleichbehandlung der übrigen Geschwister zur Folge hätte und was letztlich dem Sinn und Zweck des Erbvertrags widerspräche. In diesem Sinne ist die zu den erfolgten Konditionen (vgl. KB 17) getätigte Übereignung an den Ehemann der Beklagten in dieser Form als ein die Rechte des Gewinnanteilsberechtigten umgehendes Rechtsgeschäft zu beurteilen. Ein Vorgehen, das in Nachachtung des Erbvertrags vom 29. November 1995 Treu und Glauben widerspricht, mithin keine Rechtfertigung finden kann, zumal die Beklagte die für die damaligen Sanierungs- und Umbauarbeiten benötigte Hypothek auch anders hätte erhältlich machen können. Obschon mit der ersten Übertragung vom 14. Juni 1996 der anspruchsbegründende Tatbestand erfüllt worden ist, hat das Gesagte jedoch zur Folge, dass die

A 2.5

Berechnung der Gewinnanteilsforderung so zu erfolgen hat, wie wenn die erste Übertragung vom 14. Juni 1996 nicht stattgefunden und die Beklagte allein den Kaufvertrag vom 17. Januar 2013 mit den (Zweit-) Erwerbern (...) abgeschlossen hätte. Für die Gewinnberechnung ist mit anderen Worten die spätere Übertragung massgebend (vgl. Zeindler-Dettling, a.a.O., S. 84 f. mit Hinweis auf Riemer, Vertragsumgehungen sowie Umgehungen anderer rechtsgeschäftlicher Rechte und Pflichten, in: ZSR NF 101 1982 S. 373).

(Urteil vom 1. Februar 2016, ZK1 2015 14).

2.5 Aktienrechtliche Verantwortlichkeit, Anzeigepflichten

- *Die Anzeigepflichten gemäss Art. 725 ff. OR (Erw. 3.d) finden keine Anwendung auf den Gründungsprüfer (Erw. 3.e).*

Aus den Erwägungen:

3. (...).

d) Art. 725 des Obligationenrechts vom 30. März 1911 (OR, SR 220) regelt die Anzeigepflichten des Verwaltungsrates bei Kapitalverlust und Überschuldung. Gemäss Art. 728c Abs. 3 OR und Art. 729c OR ist die Revisionsstelle bei Vorliegen einer offensichtlichen Überschuldung verpflichtet, zunächst den Verwaltungsrat und, falls dieser untätig bleiben sollte, den Richter zu benachrichtigen. Verfügt die Gesellschaft über keine Revisionsstelle, obliegt dieselbe Anzeigepflicht dem zugelassenen Revisor, der mit der Prüfung einer Zwischenbilanz betraut ist (Art. 725 Abs. 3 OR; Böckli, Schweizer Aktienrecht, 2009, § 15 N 509 f.; BSK OR II-Wüstiner, N 42 zu Art. 725 OR).

e) Die in Art. 725 ff. OR verankerten Anzeigepflichten sind auf die ordentliche Revisionsstelle einer AG bzw. auf einen ad-hoc Revisor zur Prüfung einer Zwischenbilanz zugeschnitten. Vorliegend ist die Berufungsgegnerin Ziffer 1 jedoch weder als ordentliche Revisionsstelle noch als ad-hoc Revisorin zur Prüfung einer Zwischenbilanz tätig gewesen, sondern als Gründungsprüferin, weshalb die Anzeigepflichten von Art. 725 ff. OR keine Anwendung finden. Im Übrigen ist die Argumentation der Berufungsführerinnen diesbezüglich ohnehin widersprüchlich. Für den Fall, dass eine Gründungsprüferin feststellen sollte, dass die Gründungsvoraussetzungen nicht erfüllt sind, dürfte sie keinen positiven Prü-

fungsbericht ausstellen (Art. 635a OR). Ohne einen solchen könnte aber die Aktiengesellschaft nicht gegründet werden (Art. 631 Abs. 2 Ziff. 3 OR), weshalb auch nicht ersichtlich ist, wie es der Gründungsprüferin möglich sein sollte, in Sachen der (nicht gegründeten) AG eine Überschuldungsanzeige zu erstatten. Schon allein aus dieser Überlegung heraus ist eine analoge Anwendung von Art. 725 Abs. 3 OR auf die Gründungsprüferin nicht möglich. Die Vorinstanz stellte demzufolge zu Recht fest, dass die unterlassene Überschuldungsanzeige keine Pflichtverletzung der Berufungsgegnerin Ziffer 1 darstellt. Dabei kann letztlich offen bleiben, ob die behauptete Überschuldung tatsächlich auch vorlag. Die Prüfung der weiteren Voraussetzungen erübrigt sich damit. (...).

(Urteil vom 11. September 2015, ZK1 2014 4; eine Beschwerde in Zivilsachen wurde mit BGer 6A_574/2015 vom 11. April 2016 abgewiesen, soweit darauf einzutreten war).

2.6 Aktienrechtliche Verantwortlichkeit, Haftung für Geschäftsführung

- *Beweislast nach Art. 754 Abs. 1 OR bei Interessenkollision (Erw. 3.a/aa und bb).*
- *Sorgfalts- und Treuepflicht nach Art. 717 Abs. 1 OR, Auslegung der „Business Judgement Rule“ (Erw. 3.b/aa).*
- *Differenzierte Solidarität nach Art. 759 OR (Erw. 5.d/aa).*
- *Pflichtverletzung zufolge mangelnden Informationsbemühungen über die im Verwaltungsrat behandelten Geschäfte (Erw. 5.d/bb).*

Aus den Erwägungen:

3. a) (...).

aa) Den Beklagten ist insofern zuzustimmen, als die prozessualen Lasten in Bezug auf Art. 754 Abs. 1 des Obligationenrechts vom 30. März 1911 (OR, SR 220) so verteilt sind, dass es Sache des Klägers ist, den Schaden und dessen adäquate Verursachung sowie die Pflichtwidrigkeit zu beweisen (Böckli, Schweizer Aktienrecht, 4. A., § 18 Rz. 432). Umstritten ist die Beweislastverteilung in Bezug auf die Haftungsvoraussetzung des Verschuldens. Diesbezüglich ging das Bundesgericht in einem neueren Entscheid in Anwendung von Art. 97 Abs. 1 OR von einer Umkehr der Beweislast in jenen Fällen aus, bei denen die Gesellschaft gegen ein Verwaltungsratsmitglied klagt, welches mit ihr in einem Auf-

A 2.6

tragsverhältnis steht (CHK-Binder/Roberto, 2. A., N 12 zu Art. 754 m.H. auf BGer, Urteil 4A_467/2010 E. 3.2). Die Bedeutung dieser Kontroverse ist indes gering, da wegen des objektivierten Verschuldensmassstabes die Entlastung zufolge subjektiver Aspekte bei nachgewiesener Pflichtwidrigkeit beinahe unmöglich ist (BSK OR II-Gericke/Waller, 4. A., N 35 zu Art. 754; Böckli, a.a.O., § 18 Rz. 432 ff.). Für alle Haftungsvoraussetzungen gilt jedoch, wie die Vorinstanz im angefochtenen Urteil mit Hinweis auf Böckli zu Recht festhielt, dass bei der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit das beklagte Organmitglied als Beteiligter an einem unheilvollen Geschehen eine natürliche Vermutung gegen sich habe und es deshalb eine faktische Darlegungs- und Gegenbeweislast trage (E. 4d; Böckli, a.a.O., § 18 Rz. 432).

bb) Vorliegend tritt im Zusammenhang mit der Beweislast bei der Voraussetzung der Pflichtwidrigkeit der Aspekt der Interessenkollision hinzu. Grundsätzlich gilt, dass pflichtgemässe Geschäftsführung zu vermuten ist, wenn der Verwaltungsrat seine Entscheide sorgfältig vorbereitet, gefasst und in der Umsetzung überwacht hat (Vermutungsbasis). Befinden sich Verwaltungsratsmitglieder indessen in einem Interessenkonflikt, können sie sich nicht mehr auf die ihnen sonst zustehende Vermutung der sorgfältigen Geschäftsführung berufen und die Pflichtverletzung ist zu vermuten (Umstossen der Vermutungsbasis). Das bedeutet, dass die Verwaltungsratsmitglieder die Beweislast dafür tragen, dass die Interessen der Gesellschaft beim Entscheid trotz des Interessenkonflikts ohne Einschränkung gewahrt wurden (vgl. zum Ganzen von der Crone, Aktienrecht, Bern 2014, § 4 Rz. 266 ff.). Die Vorinstanz ging deshalb zutreffend davon aus, dass bei Vorliegen von Interessenkonflikten bzw. Insihgeschäften vermutungsweise pflichtwidriges Handeln der betreffenden Organe gegeben sei bzw. die Vermutung der Unzulässigkeit von Insihgeschäften zu einer Umkehr der Beweislast zulasten der beklagten Organe führe. (...).

b) (...).

aa) Als Leitlinie gilt gemäss Art. 717 Abs. 1 OR, dass die Mitglieder des Verwaltungsrats sowie Dritte, die mit der Geschäftsführung befasst sind, ihre Aufgaben mit aller Sorgfalt erfüllen und die Interessen der Gesellschaft in guten Treuen wahren müssen. Die gesetzlich normierte Treuepflicht verlangt, dass die Mitglieder des Verwaltungsrats ihr Verhalten am Gesellschaftsinteresse ausrichten. Für die Sorgfalt, die der Verwaltungsrat bei der Führung der Geschäfte der Gesellschaft aufzuwenden hat, gilt ein objektiver Massstab. Die Verwaltungsräte sind zu aller Sorg-

falt verpflichtet und nicht nur zur Vorsicht, die sie in eigenen Geschäften anzuwenden pflegen. Das Verhalten eines Verwaltungsratsmitglieds wird deshalb mit demjenigen verglichen, das billigerweise von einer abstrakt vorgestellten, ordnungsgemäss handelnden Person in einer vergleichbaren Situation erwartet werden kann. Die Sorgfalt richtet sich nach dem Recht, Wissensstand und den Massstäben im Zeitpunkt der fraglichen Handlung oder Unterlassung. Bei der Beurteilung von Sorgfaltspflichtverletzungen hat mithin eine ex ante Betrachtung stattzufinden (BGer, Urteil 4A_419/2015 vom 8. September 2015 E. 4.2.1 mit Hinweis auf BGE 139 III 24 E. 3.2 m.w.H.; publ. in ius.focus 11/2015 S. 14). Das Bundesgericht verlangt, dass sich die Gerichte bei der nachträglichen Beurteilung von Geschäftsentscheiden Zurückhaltung auferlegen, soweit diese in einem einwandfreien, auf einer angemessenen Informationsbasis beruhenden und von Interessenkonflikten freien Entscheidungsprozess zustande kamen (zit. Urteil 4A_419/2015 E. 4.2.1 mit Hinweis auf BGE 139 III 24 E. 3.2 m.H.; BGer, Urteil 4A_74/2012 vom 18. Juni 2012 E. 5.1 m.H.). Im zitierten jüngsten Entscheid führt das Bundesgericht weiter aus, dass, soweit diese Voraussetzungen erfüllt seien, das Gericht den Geschäftsentscheid in inhaltlicher Hinsicht lediglich darauf prüfen dürfe, ob er als vertretbar erscheine. Andernfalls rechtfertige es sich nicht, bei der Prüfung der Sorgfaltspflichtverletzung besondere Zurückhaltung zu üben und lediglich zu prüfen, ob der Entscheid noch im Rahmen des Vertretbaren liege. Vielmehr reiche es dann aus, dass ein Geschäftsentscheid in der gegebenen Situation bei freier bzw. umfassender Prüfung als fehlerbehaftet erscheine (zit. Urteil 4A_419/2015 E. 4.2.1 m.H.).

5. d) (...).

aa) Sind für einen Schaden mehrere Personen aus aktienrechtlicher Verantwortung ersatzpflichtig, so ist nach Art. 759 Abs. 1 OR jede von ihnen insoweit mit den anderen solidarisch haftbar, als ihr der Schaden aufgrund ihres eigenen Verschuldens und der Umstände persönlich zurechenbar ist. Die mit dieser Bestimmung eingeführte so genannte differenzierte Solidarität bedeutet, dass der Umfang der Ersatzpflicht eines solidarisch Haftenden auch im Aussenverhältnis individuell bestimmt wird. Der Haftpflichtige kann demnach auch im Aussenverhältnis, d.h. dem Geschädigten gegenüber, geltend machen, dass ihn kein oder nur ein geringes Verschulden treffe oder für ihn allenfalls ein anderer Herabsetzungsgrund nach Art. 43 Abs. 1 und Art. 44 OR gelte (BGer, Urteil 4C.358/2005 vom 12. Februar 2007 E. 5.5.1 mit Hinweis u.a. auf BGE 132 II 564 u.w.H.). Dies beschlägt insbesondere das Verhalten der an-

A 2.6

deren im Rahmen des zum Schaden führenden Kausalverlaufs, wenn das Verhalten des in Anspruch genommenen in Anbetracht desselben völlig in den Hintergrund tritt oder dieses sein Verschulden als besonders gering erscheinen lässt. So kann sich der in Anspruch genommene nicht nur darauf berufen, der Kausalzusammenhang zwischen seinem Verhalten und dem Schaden sei angesichts des Verhaltens eines anderen Verantwortlichen unterbrochen worden und seine Haftung entfalle daher mangels adäquaten Kausalzusammenhangs. Er kann darüber hinaus als Reduktionsgrund geltend machen, sein Verschulden erscheine aufgrund des Verhaltens des anderen als besonders gering, beispielsweise wenn ein Verwaltungsratsmitglied Unregelmässigkeiten gegenüber seinen Mitverwaltungsräten so geschickt verschleierte, dass dem in Anspruch genommenen kein schwerer Vorwurf gemacht werden kann, weil er die Handlungen nicht aufdeckte. Allerdings nimmt die Rechtsprechung eine Haftungsbeschränkung wegen mitwirkenden Drittverschuldens nur mit grosser Zurückhaltung an, da sonst der Schutz des Geschädigten, den die Solidarhaftung mehrerer Schuldner ihrem Wesen nach anstrebt, weitgehend illusorisch gemacht würde (zit. Urteil 4C.358/2005 E. 5.5.1 mit Hinweis u.a. auf BGE 127 III 453 E. 5d sowie weiteren Hinweisen).

bb) (...), muss davon ausgegangen werden, dass sich der Beklagte 4, indem er sich nicht aktiv um Informationen über die im Verwaltungsrat behandelten Geschäfte bemühte, nicht entsprechend seinen Pflichten um die Belange der Klägerin kümmerte. Insofern kann es nicht angehen, mit Bezug auf den Beklagten 4 eine Unterbrechung des Kausalzusammenhangs anzunehmen. In Betracht zu ziehen ist auch hier, dass der Beklagte 4 immerhin rund 20 % des Aktienkapitals auf sich vereinigte. Auch der Umstand, dass mangels Organisationsreglement nicht nachvollzogen werden kann, wem welche Aufgaben delegiert wurden bzw. dass eine unbefugte Delegation vorlag, lässt nicht zu, von einer Unterbrechung des Kausalzusammenhangs auszugehen. (...).

(Urteil vom 15. März 2016, ZK1 2014 45, 46 und 47; eine Beschwerde in Zivilsachen wurde mit BGer 5A_259/2016 vom 13. Dezember 2016 abgewiesen, soweit darauf einzutreten war).

3. Zivilprozessrecht

3.1 Parteirollenwechsel im Scheidungsverfahren

- *Eine streitige Scheidungsklage kann nicht im Verfahren zur Scheidung auf gemeinsames Begehren behandelt und ein Parteirollenwechsel nicht prozessleitend verfügt werden (Erw. 4.b).*

Aus den Erwägungen:

4. (...).

b) Vorliegend hat der Ehemann die Scheidungsklage eingereicht. Es handelt sich demnach um ein Streitiges Scheidungsverfahren gemäss Art. 290 ff. der Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (ZPO, SR 272). Nachdem der geltend gemachte Scheidungsgrund feststeht, sind die Voraussetzungen für einen Wechsel zur Scheidung auf gemeinsames Begehren nicht gegeben (Art. 292 Abs. 1 ZPO). Das Verfahren ist deshalb nach den Bestimmungen über die Scheidungsklage gemäss Art. 290 ff. ZPO durchzuführen. Die Fortsetzung des Verfahrens analog zu Art. 288 Abs. 2 ZPO, wonach das Gericht die Parteirollen verteilen kann, wenn die Scheidungsfolgen streitig geblieben sind, ist weder im Gesetz noch in Literatur oder Rechtsprechung vorgesehen.

Der Beschwerdegegner macht geltend, der Vorderrichter sei gestützt auf Art. 124 Abs. 1 ZPO zur Abänderung der Parteirollen berechtigt gewesen. Gemäss Art. 124 Abs. 1 ZPO leitet das Gericht den Prozess. Es erlässt die notwendigen prozessleitenden Verfügungen zur zügigen Vorbereitung und Durchführung des Verfahrens. Die Parteirollen können aber nicht gestützt auf Art. 124 Abs. 1 ZPO durch das Gericht in beliebiger Weise zugeteilt resp. abgeändert werden, auch dann nicht, wenn dies in prozessökonomischer Hinsicht sinnvoll erscheinen mag. Nach dem Gesagten besteht für den Wechsel der Parteirollen durch den Vorderrichter keine Rechtsgrundlage, weshalb die Beschwerde in diesem Punkt gutzuheissen ist.

(Beschluss vom 10. Februar 2016, ZK2 2015 48).

A 3.2

3.2 Verfahren bei privatrechtlicher Baueinsprache

- *Das Bundesgericht hat die Zuweisung der privatrechtlichen Baueinsprache ins summarische Verfahren nach § 31 Abs. 2 lit. d JG als bundesrechtswidrig erklärt (BGer 5A_949/2015 vom 12. April 2016): Hinweise zum weiteren Vorgehen (Erw. 2).*

Aus den Erwägungen:

2. Gegenstand des bundesgerichtlichen Verfahrens (5A_949/2015) bildete die Frage, ob der Gesetzgeber des Kantons Schwyz die privatrechtliche Baueinsprache in § 80 des Planungs- und Baugesetzes vom 14. Mai 1987 (PBG, SRSZ 400.100) und § 31 des Justizgesetzes vom 18. November 2009 (JG, SRSZ 231.110) (generell) dem summarischen Verfahren zuordnen durfte. Zusammenfassend hielt das Bundesgericht in Erwägung 4.3 und 5 fest:

4.3. Steht dem kantonalen Gesetzgeber nach dem Gesagten keine Kompetenz zu, streitige Zivilsachen über die Aufzählung in Art. 249 ff. ZPO hinaus dem summarischen Verfahren zuzuordnen, so hat der Kanton Schwyz mit § 80 Abs. 4 PBG und § 31 Abs. 2 lit. d JG nach der zutreffenden Argumentation der Beschwerdeführerin den Grundsatz der derogatorischen Kraft des Bundesrechts im Sinn von Art. 49 Abs. 1 i.V.m. Art. 122 Abs. 1 BV verletzt. Dem kantonalen Gesetzgeber war dies, wie die Darstellung in E. 2 zeigt, durchaus bewusst und er hat vorausgesehen, dass das Bundesgericht im Beschwerdefall eingreifen würde.

5. Aus dem Gesagten ergibt sich, dass in dahingehender Gutheissung der Beschwerde der Entscheid des Kantonsgerichtes aufzuheben ist. Indes kann dem weiteren Begehren um Nichteintreten auf die Einsprache nicht stattgegeben werden. Es ist nicht am Bundesgericht, sondern an den kantonalen Instanzen, über eine bundesrechtskonforme Behandlung der privatrechtlichen Baueinsprache zu befinden.

a) Die Erwägungen eines bundesgerichtlichen Rückweisungsurteils (Art. 107 Abs. 2 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht vom 17. Juni 2005, BGG, SR 173.110) sind sowohl für jene Behörde verbindlich, an welche die Angelegenheit zurückgeht, als auch für das Bundesgericht selber, wenn dieses erneut über die Sache zu entscheiden hat. Weder das kantonale Gericht noch das Bundesgericht dürfen sich deshalb in ihrem neuen Entscheid auf Erwägungen stützen, welche das

Bundesgericht im Rückweisungsurteil ausdrücklich oder sinngemäss verworfen hat. Hingegen darf der neuerliche Gerichtsentscheid mit Erwägungen begründet werden, welche im letztinstanzlichen Rückweisungsurteil noch nicht angeführt wurden oder zu denen sich das Bundesgericht noch nicht geäußert hat (vgl. BGE 112 Ia 353 E. 3c/bb S. 354; 131 III 91 E. 5.2 S. 94; Urteile 2C_1020/2011 vom 16. November 2012 E. 4.2, und 5A_2011/2013, E. 3.1).

b) Sowohl § 80 Abs. 4 PBG als auch § 31 Abs. 2 lit. d JG weisen die privatrechtliche Baueinsprache dem Einzelrichter im summarischen Verfahren zu. Ebenso erklärt § 80 Abs. 2 JG den Einzelrichter am Ort der gelegenen Sache für zuständig. In seinem Urteil vom 12. April 2016 hat sich das Bundesgericht nur mit der Zuweisung des privatrechtlichen Baueinspracheverfahrens durch den kantonalen Gesetzgeber ins summarische Verfahren befasst, soweit dies gestützt auf Art. 248 lit. a der Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (ZPO, SR 272) über die Aufzählung in Art. 249 ff. ZPO hinausgeht. Nicht beurteilt – und auch nicht angefochten – wurde hingegen die Zuweisung der privatrechtlichen Baueinsprache an den Einzelrichter. Gemäss Art. 4 Abs. 1 ZPO regelt das kantonale Recht die sachliche und funktionelle Zuständigkeit der Gerichte, soweit das Gesetz nichts anderes bestimmt. Die Kantone können deshalb die sachliche und funktionelle Zuständigkeit ihrer Gerichte frei bestimmen, solange die ZPO nichts anderes vorsieht (Bernhard Berger, in: Berner Kommentar ZPO, N 1 zu Art. 4). Ausschlaggebend für die Zuweisung kann auch die Natur des streitigen Rechtsverhältnisses sein (Adrian Staehelin/Daniel Staehelin/Pascal Grolimund, Zivilprozessrecht, 2. Auflage, N 5 zu Art. 4). Es ist deshalb davon auszugehen, dass privatrechtliche Baueinsprachen nach wie vor durch den Einzelrichter zu behandeln sind.

Festzuhalten ist, dass das Bundesgericht die Anwendung des summarischen Verfahrens bei privatrechtlichen Baueinsprachen lediglich ausgeschlossen hat, soweit dies in den gemäss Art. 248 lit. a ZPO vom Gesetz bestimmten Fällen über die Aufzählung in Art. 249 ff. ZPO hinausgeht. Nicht ausgeschlossen ist die Anwendung des summarischen Verfahrens dagegen auch bei Baueinsprachen für den Rechtsschutz in klaren Fällen gemäss Art. 248 lit. b ZPO und für die vorsorglichen Massnahmen gemäss Art. 248 lit. d ZPO (vgl. Erw. 1.2 und 4). Abgesehen davon sind Streitige Zivilrechtsstreitigkeiten wie vorliegend die *actio negatoria*, d.h. privatrechtliche Abwehransprüche, welche sich üblicherweise aus dem Eigentum, einer Dienstbarkeit oder dem Nachbarrecht ergeben, insbesondere dem privatrechtlichen Immissionsschutz gemäss Art. 684 ff. des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 10. Dezember 1907 (ZGB, SR

A 3.2

210), durch den Einzelrichter im ordentlichen oder vereinfachten Verfahren zu behandeln (vgl. Erw. 3.1 ff. und Erw. 4).

c) Das Bundesgericht hat es ausdrücklich abgelehnt, den vorliegenden Fall mit Nichteintreten auf die Einsprache zu erledigen und hat festgehalten, dass es an den kantonalen Instanzen liegt, über eine bundesrechtskonforme Behandlung der privatrechtlichen Baueinsprache zu befinden (Erw. 5). Was darunter zu verstehen ist, hat es nicht dargelegt. Ob diese Formulierung, an welche die kantonalen Instanzen gebunden sind, vorliegend ein Nichteintreten durch eine kantonale Instanz offen lässt, hängt auch von der Verfahrensart ab, in welcher das Verfahren fortzuführen ist, und ist aus nachfolgenden Gründen hier offen zu lassen.

d) Aus dem Prinzip von Treu und Glauben (Art. 5 Abs. 3 und Art. 9 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999, BV, SR 101) leitet die Rechtsprechung ein Recht auf Vertrauensschutz ab. Daraus ergibt sich beispielsweise, dass den Parteien aus einer unrichtigen Rechtsmittelbelehrung grundsätzlich keine Nachteile erwachsen dürfen, solange sie sich nach Treu und Glauben auf die fehlerhafte Rechtsmittelbelehrung verlassen durften (BGer 5A_894/2014 vom 6. Mai 2015, E. 2.4.1, mit Hinweisen). Wie das Bundesgericht konkretisiert hat, verleiht der in Art. 9 BV enthaltene Grundsatz von Treu und Glauben Anspruch auf Schutz des berechtigten Vertrauens in behördliche Zusicherungen oder sonstiges, bestimmte Erwartungen begründendes Verhalten der Behörden (BGE 126 II 377 E. 3a S. 387; 122 II 113 E. 3b/cc S. 123, je mit Hinweisen). Vorliegend hat der kantonale Gesetzgeber die privatrechtliche Baueinsprache gemäss § 80 Abs. 4 PBG und § 31 Abs. 2 lit. d JG dem summarischen Verfahren im Sinne von Art. 248 Abs. 1 lit. a ZPO unterstellt. Die Gerichte haben diese Bestimmungen auch nach dem Inkrafttreten der Schweizerischen ZPO in konstanter Rechtsprechung angewandt. Nicht nur bei Privaten, sondern auch bei Anwälten wurde damit berechtigtes Vertrauen in die Weiterführung dieser Praxis geschaffen. Auch das Bundesgericht erachtete noch im Urteil vom 8. März 2015 (5A_754/2015) das genannte Vorgehen als nicht willkürlich. Der Gesuchstellerin (Einsprecherin) darf deshalb dadurch, dass sie die privatrechtliche Baueinsprache im Vertrauen auf die bisherige Praxis und die kantonale Rechtslage im summarischen Verfahren anhängig gemacht hat, kein Rechtsnachteil erwachsen.

e) Die privatrechtliche Einsprache des Kantons Schwyz ist die Geltendmachung eines subjektiven privaten Rechtes, das der Ausführung einer geplanten Baute entgegensteht. Die Einsprache verfolgt als Prohibi-

tivmassnahme den Zweck, einen drohenden Schaden abzuwenden (Birchler, Baueinsprache und Baubewilligung nach schwyzerischem Recht, Diss., Zürich 1970, S. 137). Sie stellte gemäss ihrer ursprünglichen Konzeption eine Klageprovokation dar, wobei aufgrund der schwyzerischen Rechtsprechung die Versäumung der Frist eine materiellrechtliche Verwirkung des privatrechtlichen Anspruchs zur Folge hatte. Letzteres war bereits mit dem Erlass des ZGB bundesrechtswidrig geworden, sodass trotz unterlassener Baueinsprache das verletzte private Recht später noch geltend gemacht werden konnte, soweit dem nicht Art. 674 ZGB entgegenstand (vgl. Birchler, a.a.O., S. 171-173).

Der Einzelrichter am Bezirksgericht Höfe hat die Baueinsprache vorliegend (bundesrechtswidrig) im summarischen Verfahren nach Art. 248 lit. a ZPO durchgeführt. Er hat einen zweiten Schriftenwechsel durchgeführt, eine Expertise angeordnet und bei den Parteien eine Stellungnahme dazu eingeholt. Es ist zu prüfen, wie das Verfahren fortzuführen ist und welche Konsequenzen sich daraus ergeben.

aa) Sowohl im ordentlichen als auch im vereinfachten Verfahren ist aufgrund von Art. 228 ff. sowie Art. 219 und 245 ZPO nach dem Schriftenwechsel grundsätzlich eine Hauptverhandlung durchzuführen, es sei denn, die Parteien verzichten darauf (vgl. zum Ganzen: BGer 4A_65/2014 vom 1. September 2014, E. 3.2 f., mit Hinweisen). Dem Entscheidverfahren geht zudem nach Art. 197 ZPO – von hier nicht interessierenden Ausnahmen abgesehen – ein Schlichtungsversuch vor einer Schlichtungsbehörde voraus. Das Fehlen des Schlichtungsversuchs stellt nach der Rechtsprechung des Kantonsgerichts einen verbesserlichen Mangel im Sinne von Art. 132 Abs. 1 ZPO dar (Beschluss vom 23. September 2013, ZK1 2013 14, Erw. 3 mit Hinweisen auf die verschiedenen Lehrmeinungen).

bb) Gemäss Art. 257 ZPO gewährt das Gericht in klaren Fällen Rechtsschutz im summarischen Verfahren. Alles, was Gegenstand eines ordentlichen (oder vereinfachten) Verfahrens sein kann, kann auch mittels Rechtsschutz in klaren Fällen geltend gemacht werden. In Betracht kommen sowohl Leistungs- als auch Gestaltungs- und Feststellungsansprüche (Andreas Güngerich, in: Berner Kommentar, N 3 zu Art. 257 ZPO). Es ist der klagenden Partei überlassen, ob sie den Weg des Rechtsschutzes in klaren Fällen beschreiten will. Sie kann stattdessen auch im ordentlichen oder vereinfachten Verfahren klagen. Es handelt sich um eine „freie Option“ (Sutter-Somm/Lötscher, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Auflage, N 2 zu Art. 257 ZPO). Voraussetzungen für den

A 3.2

Rechtsschutz in klaren Fällen sind gemäss Art. 257 Abs. 1 lit. a und b ZPO, dass der Sachverhalt unbestritten oder sofort beweisbar und die Rechtslage klar ist. Dabei obliegt es dem Kläger, für die anspruchsbegründenden Tatsachen vollen Beweis zu erbringen und damit für klare Verhältnisse zu sorgen (Sutter-Somm/Lötscher, a.a.O., N 7 zu Art. 257 ZPO). Ausgeschlossen sind Expertisen (Sutter-Somm/Lötscher, a.a.O., N 5 zu Art. 257 ZPO; ebenso, wenn auch weniger einschränkend: Dieter Hofmann, in: Basler Kommentar, N 13 zu Art. 257 ZPO). Sind die Voraussetzungen (unbestrittener, bzw. sofort beweisbarer Sachverhalt und klare Rechtslage) nicht gegeben, so ergeht ein Nichteintretensentscheid (Dieter Hofmann, a.a.O., N 9 zu Art. 257 ZPO; Suter-Somm/Lötscher, a.a.O., N 31 zu Art. 257 ZPO; Dieter Hofmann, a.a.O., N 26 zu Art. 257 ZPO).

cc) Gemäss Art. 261 ZPO trifft das Gericht die notwendigen vorsorglichen Massnahmen, wenn die gesuchstellende Partei glaubhaft macht, dass ein ihr zustehender Anspruch verletzt ist oder eine Verletzung zu befürchten ist und ihr aus der Verletzung ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil droht. Im Gegensatz zum Rechtsschutz in klaren Fällen genügt hier blosses Glaubhaftmachen. Glaubhaft zu machen sind die Prozessvoraussetzungen (Zuständigkeit, etc.), der Verfügungsanspruch (der zivilrechtliche Anspruch), der Verfügungsgrund (die zu befürchtende Verletzung sowie ein daraus resultierender nicht wieder gutzumachender Nachteil) und die Dringlichkeit. Diese Voraussetzungen müssen kumulativ erforderlich sein (Thomas Sprecher in: Basler Kommentar, insb. N 10, 50 und 54 zu Art. 261 ZPO; Huber in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, insb. N 17 ff. sowie N 25 zu Art. 261 ZPO).

dd) Es obliegt primär der Gesuchstellerin, sich darüber zu äussern, wie sie das Verfahren fortführen will, nachdem sich das gestützt auf das kantonale Recht angehobene summarische Verfahren als bundesrechtswidrig erwiesen hat. Es ist beiden Parteien Gelegenheit zu geben, ihre tatsächlichen und rechtlichen Behauptungen entsprechend zu ergänzen (vgl. vorne, lit. aa-cc). Ebenso sind allenfalls notwendige weitere Verfahrensschritte durch das Gericht nachzuholen.

Das Kantonsgericht kann nicht anstelle der ersten Instanz die notwendigen Ergänzungen des Verfahrens vornehmen. Insbesondere kann es nicht ein summarisches, ordentliches oder vereinfachtes Baueinspracheverfahren durchführen. Das Berufungs- bzw. Beschwerdeverfahren folgt eigenen Regeln. Das Verfahren ist deshalb an die Vorinstanz zurückzuweisen, um im Sinne der Erwägungen und des bundesgerichtlichen Ent-

scheids „über eine bundesrechtskonforme Behandlung der privatrechtlichen Baueinsprache zu befinden.“

(Beschluss vom 25. Juli 2016, ZK2 2016 29).

4. Strafrecht

4.1 Einfache Körperverletzung

- *Aufklärung des Patienten über die fehlende Berufsausübungsbewilligung als Voraussetzung für eine gültige Einwilligung des Patienten in die zahnärztliche Behandlung (Erw. 3).*

Aus den Erwägungen:

3. Der einfachen Körperverletzung gemäss Art. 123 Ziff. 1 Abs. 1 des Schweizerischen Strafgesetzbuchs vom 21. Dezember 1937 (StGB, SR 311.0) macht sich strafbar, wer einen Menschen in anderer Weise als durch Tötlichkeit (Art. 126 StGB) oder schwere Körperverletzung (Art. 122 StGB) an Körper oder Gesundheit schädigt. Gemäss Rechtsprechung (BGE 99 IV 208, bestätigt in BGE 124 IV 258, E. 2) und herrschender Lehre (z.B. BSK StGB I-Seelmann, Vor Art. 14, N 12; Andreas Donatsch, Strafrecht III, 9. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2008, S. 47 f.) erfüllen ärztliche Behandlungen, welche in die körperliche Integrität des Patienten eingreifen, stets den objektiven Tatbestand der Körperverletzung. Dies gilt selbst für Heileingriffe und medizinisch indizierte, lege artis durchgeführte und erfolgreiche Behandlungen. Solche Eingriffe können aber durch die Einwilligung des Patienten gerechtfertigt werden. Die ausdrückliche oder konkludente Einwilligung muss dabei nach der Aufklärung des Patienten und vor der Behandlung erfolgen (Brigitte Tag, Strafrecht im Arztalltag, in: Arztrecht in der Praxis, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2007, S. 677 und 697).

Die Strafverfolgungsbehörde macht geltend, die Privatklägerinnen hätten zwar vorgängig in die Behandlungen eingewilligt, die Einwilligungen seien jedoch mangelhaft und damit ungültig, weil der Beschuldigte es unterlassen habe, sie darüber zu informieren, dass er im Kanton Schwyz über keine Berufsausübungsbewilligung verfüge.

a) (...).

A 4.1

aa) Dass der Beschuldigte im Zeitpunkt der Behandlung der Privatklägerinnen, d.h. von Mitte Januar bis Ende Juli 2009 (siehe Anklage), über keine Berufsausübungsbewilligung im Kanton Schwyz verfügte, ist nachgewiesen (...) und wird vom Beschuldigten nicht bestritten. (...).

b) In rechtlicher Hinsicht ist nachfolgend zu prüfen, ob die Kenntnis des Patienten über den Entzug der Berufsausübungsbewilligung Auswirkungen auf die Gültigkeit der Einwilligung in die tatbestandsmässigen Körperverletzungen hat. Grundsätzlich gilt die Einwilligung des Verletzten in die tatbestandsmässige Handlung als zulässiger Rechtfertigungsgrund bei Eingriffen in Individualrechtsgüter, welche der Verfügungsbefugnis des Einwilligenden unterstehen (vgl. BSK StGB I-Seelmann, Vor Art. 14 N 10), insbesondere bei einfachen Körperverletzungen (Günter Stratenwerth, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I, 4. Aufl., Bern 2011, § 10 Rz. 17).

aa) Ihrem Zweck entsprechend muss die Einwilligung im konkreten Fall ein Ausdruck der Selbstbestimmung des Verletzten sein. Daraus ergibt sich einerseits, dass der Verletzte die Fähigkeit besitzen muss, die Bedeutung und Tragweite des tatbestandsmässigen Eingriffs zu beurteilen („Urteilsfähigkeit“). Andererseits muss der Verletzte die Tragweite seiner Einwilligung tatsächlich überblicken und seine Entscheidung frei von ausserhalb der Sache liegenden Einflüssen treffen können (Günter Stratenwerth, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I, 4. Aufl., Bern 2011, § 10 Rz. 21 f.). Bei der Einwilligung in ärztliche Eingriffe muss die Einsichts- und Urteilsfähigkeit gerade in Bezug auf den konkret vorgesehenen Eingriff gegeben sein. Dem Arzt, der einen Eingriff vornehmen will, obliegen deshalb strenge Aufklärungspflichten, damit der Patient zu einer eigenverantwortlichen Entscheidung überhaupt in der Lage ist (BSK StGB I-Seelmann, Vor Art. 14 N 18 f.; vgl. Brigitte Tag, Strafrecht im Arztalltag, in: *Arztrecht in der Praxis*, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2007, S. 697). Im Falle nicht unbedeutender medizinischer Eingriffe in die physische und psychische Integrität ist daher eine eingehende ärztliche Aufklärung über den Gesundheitszustand sowie die Erfolgsaussichten bzw. Risiken eines Eingriffs notwendig (Andreas Donatsch/Brigitte Tag, *Strafrecht I*, 9. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2013, S. 260). Die aus der auftragsrechtlichen Treuepflicht (Art. 398 Abs. 2 des Obligationenrechts vom 30. März 1911, OR, SR 220) fließende Aufklärungs- und Benachrichtigungspflicht ist umfassend. Der Arzt hat den Patienten unaufgefordert über alles aufzuklären, was für dessen Entschluss, sich in Behandlung zu begeben, wesentlich ist. Dabei können sich auch Informationen über den Arzt selber aufdrängen, z.B. über

sein (fehlendes) Fachwissen (Walter Fellmann, Arzt und das Rechtsverhältnis zum Patienten, in: *Arztrecht in der Praxis*, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2007, S. 132 f.). Schliesslich muss gewährleistet sein, dass auch im Einzelfall keine relevanten Willensmängel vorliegen (BSK StGB I-Seelmann, Vor Art. 14 N 20), d.h. die Einwilligung darf nicht unter dem Einfluss von Zwang, Drohung oder Irrtum erfolgen. Ein Willensmangel in Form eines Irrtums liegt vor, wenn der Patient mit einer falschen oder fehlenden Vorstellung der medizinischen Tatsachen in die Behandlung einwilligt. Die Einwilligung gibt in diesem Fall nicht den freien, selbstbestimmten Willen des Patienten wieder. Betrifft der Irrtum einen Umstand, über den der Arzt den Patienten aufzuklären hat, und wirkt sich dieser Irrtum auf den Entscheid, das strafrechtlich geschützte Rechtsgut der körperlichen Integrität bzw. des Lebens zugunsten der ärztlichen Behandlung preiszugeben, aus, so bleibt die Einwilligung des Patienten unwirksam (vgl. Rochus Jossen, *Ausgewählte Fragen zum Selbstbestimmungsrecht des Patienten beim medizinischen Heileingriff*, Bern 2009, S. 182 f.; in gleichem Sinne: Philippe Weissenberger, *Die Einwilligung des Verletzten bei den Delikten gegen Leib und Leben*, Bern 1996, S. 81 f.).

bb) Die selbstständige Berufsausübung eines Zahnarztes unterliegt der Bewilligungspflicht (Art. 34 i.V.m. Art. 2 Abs. 1 lit. b des Bundesgesetzes über die universitären Medizinalberufe vom 23. Juni 2006, MedBG, SR 811.11; vgl. die beispielhafte Aufzählung der bewilligungspflichtigen zahnärztlichen Eingriffe in § 19 Abs. 1 lit. d des Gesundheitsgesetzes des Kantons Schwyz vom 16. Oktober 2002, GesG, SRSZ 571.110). Die Bewilligung wird erteilt, wenn der Gesuchsteller ein entsprechendes eidgenössisches Diplom besitzt und vertrauenswürdig ist sowie physisch und psychisch Gewähr für eine einwandfreie Berufsausübung bietet (Art. 36 Abs. 1 lit. a und b MedBG). Dabei handelt es sich um eine Polizeierlaubnis, deren Zweck u.a. darin besteht, das Publikum vor unfähigen und pflichtwidrigen Personen zu schützen (Mario Marti/Philipp Straub, *Arzt und Berufsrecht*, in: *Arztrecht in der Praxis*, Zürich/Basel/Genf 2007, S. 238). Die Bewilligung wird insbesondere entzogen, wenn ihre Voraussetzungen nicht mehr erfüllt sind (Art. 38 MedBG).

cc) Die Berufsausübungsbewilligung ist somit Ausdruck dafür, dass der betroffene Zahnarzt über die notwendigen fachlichen und insbesondere auch persönlichen Voraussetzungen verfügt, um hinreichend Gewähr zu leisten, dass die Gesundheit der Patienten durch die Behandlungen nicht gefährdet wird. Bei zahnärztlichen Behandlungen erfolgt die Einwilligung in der Regel stillschweigend, indem sich der Patient in die

A 4.2

Behandlung begibt (Claudia Fink, Aufklärungspflicht von Medizinalpersonen, Diss. St. Gallen 2008, S. 195). Der Patient muss sich daher darauf verlassen können, dass ein praktizierender Zahnarzt über die für seine Berufsausübung notwendigen Voraussetzungen verfügt. Im Rahmen der freien Zahnarztwahl sind die fachlichen und persönlichen Qualitäten wesentliches Entscheidungskriterium für die Wahl eines bestimmten Zahnarztes. Das Vorhandensein bzw. der Entzug einer Berufsausübungsbewilligung als selbständig tätiger Zahnarzt ist damit eine Information zur Person des Zahnarztes, welche für den Entscheid des Patienten, sich in dessen Behandlung zu begeben, wesentlich ist. Der Entzug einer Bewilligung unterliegt damit der Aufklärungs- bzw. Informationspflicht des Zahnarztes.

Dementsprechend bestätigten beide Privatklägerinnen mehrfach, dass sie sich beim Beschuldigten nicht in Behandlung begeben hätten, wenn sie vom Entzug seiner Berufsausübungsbewilligung gewusst hätten (...). Nachdem der Beschuldigte die Privatklägerinnen nicht über den Entzug seiner Berufsausübungsbewilligung informierte, konnten sie nicht in Kenntnis sämtlicher Umstände und selbstbestimmt darüber entscheiden, ob sie ihre körperliche Integrität zugunsten der zahnärztlichen Behandlung durch den Beschuldigten preisgeben wollen. Die Einwilligungen waren mithin unwirksam und der Eingriff in die körperliche Integrität der Privatklägerinnen rechtswidrig (Hardy Landolt/Iris Herzog-Zwitter, Arzthaftungsrecht, Zürich/St. Gallen 2015, Rz. 942). (...).

(Urteil vom 27. Oktober 2016, STK 2015 87; eine Beschwerde in Strafsachen wurde mit BGer 6B_1359/2016 vom 18. Mai 2017 abgewiesen, soweit darauf einzutreten war).

4.2 Förderung der Prostitution und Menschenhandel²

- *Der objektive Tatbestand der Förderung der Prostitution nach Art. 195 Abs. 3 aStGB ist namentlich erfüllt, wenn sich die Betroffenen zwar formell freiwillig prostituieren, sie aber umsatzabhängige Zimmerpreise zu bezahlen haben, die Preise für sexuelle Dienstleistungen fixiert sind, die Getränkeumsatzbeteiligung nur ausbezahlt wird, wenn die Betroffenen das Zimmer mit ihrem Prostitutionserlös bezahlen können, ihnen feste Arbeitszeiten vorgeschrieben sind und die Einhaltung dieser Vorschriften durchgesetzt wird sowie wenn sie auf die Beherbergung durch den Täter angewiesen sind (Erw. II.A.4).*

² A 4.2 und A 4.3 sind Auszüge aus zwei von zehn, insgesamt über 2'800 Seiten umfassenden Urteilsbegründungen eines mehrere Täter betreffenden Straffalles.

- *Wer für das Verbringen einer Person in die Schweiz, um sie hier der Prostitution zuzuführen, einem Dritten Geld bezahlt, seien es auch nur die Reisekosten für die betroffene Person und diese Drittperson, macht sich als Abnehmer des Menschenhandels schuldig (Erw. III.B.10.7).*

Aus den Erwägungen:

II.A.4 Subsumtion hinsichtlich Art. 195 Abs. 3 aStGB

(...). Die Frauen führten aus, dass bezüglich der Leistung von sexuellen Diensten kein Druck auf sie ausgeübt worden sei. Keine der angehaltenen Frauen fühlte sich gezwungen, in der Kontaktbar Y. der Prostitution nachzugehen. Mithin erklärten sie, sich freiwillig prostituiert zu haben. Der Beschuldigte A. schliesst aus diesen Aussagen unter Verweis auf BGE 126 IV 76 auf einen Freispruch. Diese Umstände führen der bundesgerichtlichen Rechtsprechung folgend indessen nicht zwingend zu einem Freispruch. Förderung der Prostitution liegt auch vor, wenn sich die Frauen in einem gewissen Sinne freiwillig prostituieren, um Geld zu verdienen, ihre wirtschaftliche Lage und die abzuliefernden Anteile aber für einen erheblichen Druck sorgen. Es reicht für eine Verurteilung aus, wenn die Frauen unter einem derartigen finanziellen Druck stehen, dass sie gezwungen waren, möglichst viel Geld zu verdienen, wenn der Aufenthalt in der Schweiz rentabel sein sollte. Viele der Frauen gaben zudem an, der Prostitution nachgegangen zu sein, um nicht nur den eigenen Lebensunterhalt zu bestreiten, sondern auch den ihrer Kinder und ihrer Eltern. Unbeachtlich ist gemäss der bundesgerichtlichen Praxis dabei auch die theoretische Möglichkeit der Frauen, die Schweiz wieder zu verlassen, wenn dies die Rückkehr in eine Misere bedeutet, solange sie keinen ausreichenden Gewinn in der Schweiz erzielten. Massgebend ist, ob der Beschuldigte A. solche Zwangslagen ausnützte.

Der Beschuldigte A. finanzierte sein Geschäft (bzw. versuchte er dies zumindest), indem er einerseits die Bar betrieb, wodurch er Getränkeinnahmen generierte, und den Prostituierten andererseits Zimmer vermietete. Er anerkannte denn auch, am Umsatz der Prostituierten mitverdient zu haben. Die Zimmerpreise, welche zwischen Fr. 100.-- (ab zwei Kunden) und Fr. 150.-- (ab drei Kunden) pro Tag lagen, müssen als hoch bezeichnet werden, weil für die Leistungen der Prostituierten anerkanntermassen ein fixer Preis von Fr. 100.-- pro 15 Minuten festgesetzt war und die Prostituierten also nicht bloss Fixkosten für das Zimmer zu begleichen hatten. Entsprechend hatten die Frauen bei einem Umsatz von Fr. 200.-- resp. Fr. 300.-- die Hälfte ihres Prostitutionserlöses abzugeben. Weil die Preise zugegebenermassen vereinheitlicht waren, hatten

A 4.2

die Frauen sodann keine Möglichkeit, durch einen höheren Preis für die sexuellen Dienstleistungen mehr Einkommen zu erzielen. Dem Beschuldigten A. ist jedoch zu Gute zu halten, dass die Prostituierten bei keinem oder nur einem Kunden das Zimmer nicht bezahlen mussten. Indessen wurde den Prostituierten diesfalls die aus dem Getränkekonsum resultierende Umsatzbeteiligung nicht ausbezahlt resp. mit dem Zimmerpreis verrechnet, so dass sie an einem solchen Abend keinen Verdienst hatten. Wollten oder konnten die Prostituierten an einem Tag keine Freier bedienen, hatten sie einen Verdienstausschlag, den sie aufgrund ihres illegalen Aufenthaltsstatus in der Schweiz und mangels Sprachkenntnissen nicht durch eine andere Erwerbstätigkeit kompensieren konnten. Diese Faktoren führten dazu, dass die Frauen unter dem Druck standen, möglichst viele Kunden zu bedienen, um finanziell von ihrer Prostitutionstätigkeit zu profitieren.

Nicht erstellt ist, dass der Beschuldigte A. die Anzahl der von den Frauen bedienten Freier schriftlich (in einer Strichliste) festhielt oder festhalten liess. Dies war für eine Kontrolle resp. Übersicht über die Anzahl der Kunden wegen des vom Beschuldigten A. nicht bestrittenen Systems der Getränkeumsatzbeteiligung, der umsatzabhängigen Zimmerpreise und der Verrechnung der Getränkeumsatzbeteiligung mit den Zimmerpreisen ohnehin nicht erforderlich. Die Prostituierten erhielten für die konsumierten „Piccolos“ und „Ladydrinks“ Kassenbons, gegen deren Abgabe sie eine Getränkeumsatzbeteiligung bekamen, sofern letztere nicht mit der Zimmermiete verrechnet wurde. (...). Wollten die Frauen also die Getränkeumsatzbeteiligung ausbezahlt erhalten bzw. tatsächlich etwas an den Getränken verdienen, so hatten sie mindestens zwei Kunden pro Abend zu bedienen und dies dem Beschuldigten A. beim Abrechnen auch so bekannt zu geben. Dadurch erhöhte sich der Druck auf die Frauen, sich prostituieren zu müssen und insbesondere mehrere Freier pro Abend zu bedienen.

Den Frauen war zudem vorgeschrieben, bei jedem sexuellen Kontakt ein Kondom zu verwenden. In diesem Zusammenhang kam es auch zu einem tätlichen Übergriff: Der Beschuldigte A. schlug P., weil diese ungeschützten Oralverkehr praktizierte. Damit demonstrierte der Beschuldigte A. seine Machtposition auch vor jenen Frauen, welche sich an diese Anordnung hielten. (...). Mithin brachte der Beschuldigte A. damit zum Ausdruck, dass er gewillt war, die Einhaltung seiner Vorschriften im Bedarfsfall auch (gewaltsam) durchzusetzen. Dass die Anweisung zur Kondombenutzung im Grunde genommen der Gesundheit der Prostituierten diene, ist diesbezüglich irrelevant. Überdies ist erstellt, dass diese Regel sowie die fixen Preise für die sexuellen Dienstleistungen dazu dienten, Streit unter den Frauen zu verhindern.

Eingestanden ist des Weiteren, dass der Beschuldigte A. die Arbeitszeiten der Frauen festlegte. Aufgrund der Aussagen der Mitbeschuldigten D. und E. sowie jener der Prostituierten ist erstellt, dass die Frauen die Arbeitszeiten einhalten mussten, wenn sie arbeiten wollten. Sie hatten sich zu festgelegten Zeiten in die Bar zu begeben und sich den Gästen zur Verfügung zu halten, wobei sie jedoch selbst entscheiden konnten, ob und welche sexuellen Dienstleistungen sie erbringen wollten. Zugunsten des Beschuldigten A. ist überdies festzuhalten, dass die Frauen nicht arbeiten mussten, wenn sie krank waren und bei einer genügenden Anzahl anwesender Frauen auch einige Frauen ohne Grundangabe frei machen konnten. Gemeinsam ist beiden Konstellationen sodann, dass die Frauen sich vorgängig abzumelden hatten. Angesichts der Aussagen der sich damit auch selbst belastenden E. wird nicht daran gezweifelt, dass die festen Arbeitszeiten den Zweck hatten, den Gästen der Kontaktbar Y. weibliche Gesellschaft anbieten zu können, mithin eine Mindestanzahl an anwesenden Frauen sicherzustellen, und dass deshalb nicht alle Frauen gleichzeitig hätten frei machen dürfen. Entsprechend wurde die Anwesenheit der Frauen kontrolliert, was die Mitbeschuldigten D. und G. ausdrücklich bestätigten. Hinzu kommt, dass E. eingestand, auf Geheiss des Beschuldigten A. den Frauen für den Fall des Nichterscheinens mit Schlägen durch den Beschuldigten A. gedroht zu haben. Diese Drohung zeigt, dass der Beschuldigte A. die Absicht hegte, die Einhaltung der Präsenzzeiten tatsächlich, nötigenfalls gewaltsam, durchzusetzen. Aus diesen Gründen waren die Frauen in zeitlicher Hinsicht in ihrer Freiheit, der Prostitution nachzugehen, eingeschränkt (...).

Dadurch, dass die Frauen unbestrittenermassen in der Kontaktbar Y. auch beherbergt wurden und sie zum Einkaufen etc. gefahren wurden, konnte der Beschuldigte A. ferner den Überblick über das Kommen und Gehen der Frauen behalten, wengleich zugunsten des Beschuldigten A. hinsichtlich der Chauffeurdienste eher von einer Dienstleistung für die Frauen zu sprechen ist. Selbst wenn die Frauen theoretisch die Möglichkeit hatten, selbstständig die Kontaktbar zu verlassen, weil sie nicht physisch in der Kontaktbar Y. festgehalten wurden bzw. eingeschlossen waren, und ihre Einkäufe zum Teil unbegleitet erledigten, kann nicht von einer wirklichen Wahlfreiheit der Frauen hinsichtlich ihres Aufenthaltsortes gesprochen werden. Faktisch war es für die überwiegende Mehrheit der Frauen nicht ohne Weiteres möglich, selbstständig die Heimreise anzutreten, sofern sie ihren Pass überhaupt auf sich hatten, weil den Frauen eingestandenermassen die nötigen Sprachkenntnisse fehlten und sie auch nicht über ein soziales Netzwerk ausserhalb der Kontaktbar verfügten (...). Sie waren darauf angewiesen, vom Beschuldigten A. beherbergt zu werden und in der Kontaktbar Y. arbeiten zu können. Da-

A 4.2

von, dass sich die Frauen frei bewegen, jederzeit frei machen oder nach Hause gehen und die Arbeitsmodalitäten selbst bestimmen konnten, kann aufgrund dieser Umstände nicht ausgegangen werden. Bezeichnend dafür ist, dass den Frauen, zumindest einem Teil von ihnen, die Pässe abgenommen wurden.

Erstellt ist im Übrigen, dass der Beschuldigte A. L. die Reisekosten bezahlte und er die Rückzahlung dieser Kosten erwartete. Weil L. aufgrund ihres illegalen Aufenthaltsstatus und ihrer anerkannten fehlenden Deutschkenntnisse keine ernsthafte Alternative zur Betätigung als Prostituierte hatte, war sie gezwungen, der Prostitution nachzugehen. (...).

Schliesslich bleibt zu erwähnen, dass die Frauen nicht durchwegs schlecht vom Beschuldigten A. oder der Kontaktbar Y. sprachen. (...). Dass nicht alle Frauen ihre Erlebnisse in der Kontaktbar Y. negativ färbten und entsprechend von ihrem Einverständnis in die Betätigung als Prostituierte in der Kontaktbar Y. auszugehen ist, ändert aber nichts daran, dass die wirtschaftliche Notlage der rumänischen Frauen erstellt ist und ihre Einwilligung daher strafrechtlich irrelevant ist. Dass sie aufgrund ihrer wirtschaftlichen Situation auf den Verdienst angewiesen waren, wurde vorstehend aufgezeigt. Ihre finanzielle Lage erlaubte sodann nicht, zur Finanzierung ihres Lebensunterhaltes auf andere, eigene Reserven zurückzugreifen.

In subjektiver Hinsicht ist erstellt, dass der Beschuldigte A. sich der verletzlichen Situation der angehaltenen Rumäninnen bewusst war resp. diese zumindest in Kauf nahm. Bezeichnend für die Haltung des Beschuldigten A. zum angeklagten Sachverhalt und zu den Frauen ist seine Aussage, wenn er „zwei Titten und eine Muschi“ hätte und für Fr. 200.-- ein „Billig-Zimmer“ im W. mieten könnte, würde auch er reiche Männer mit auf das Zimmer nehmen. Der Beschuldigte A. machte keinen Hehl daraus, dass er die Kontaktbar Y. führte, um damit seinen Lebensunterhalt zu finanzieren, mithin sogar um „das grosse Geld“ zu machen. (...). Dass seinem Vorhaben kein Erfolg beschieden war, ist strafrechtlich unerheblich. Der Beschuldigte A. nutzte das ihm bekannte Abhängigkeitsverhältnis der angehaltenen Rumäninnen zu seinem Vorteil aus und handelte demzufolge mit direktem Vorsatz.

Zusammengefasst ist festzuhalten, dass der Beschuldigte A. sich nicht damit begnügte, einen Ort zur Ausübung der Prostitution zur Verfügung zu stellen und den Prostituierten im Übrigen ihre Freiheit zu belassen. Dass den Frauen weder ein Mindestumsatz noch bestimmte sexuelle Handlungen und Praktiken vorgeschrieben waren und sie den Dirnenlohn abzüglich der Zimmermiete für sich behalten durften, sie mithin nicht wie eigentliche „Sexsklavinnen“ gehalten wurden, ändert daran nichts. Das Beweisergebnis zeigt, dass die in der Kontaktbar Y. tätigen, angehal-

tenen Rumäninnen durch die herrschenden Regeln in ihrer sexuellen Selbstbestimmung in mehrfacher Hinsicht eingeschränkt wurden. Die steten Beteuerungen des Beschuldigten A., die Prostituierten hätten dies freiwillig gemacht und hätten gehen können sowie sein Hinweis auf die Vergleichbarkeit des hier zu beurteilenden Falles mit jenem von BGE 126 IV 76, gehen daher fehl. Die vorstehend geschilderten Vorschriften und Anordnungen gehen über die erlaubte betriebswirtschaftliche Ordnung eines Geschäfts dieser Branche hinaus. Der Beschuldigte A. machte sich somit der Förderung der Prostitution im Sinne von Art. 195 Abs. 3 aStGB strafbar.

III.B.10.7 Beweismwürdigung und Subsumtion betreffend den Beschuldigten A. und die Mitbeschuldigte E. (Menschenhandel, „Delikt Nr. 21“)
(...). Zur Hauptsache stellt sich die Frage, ob L. die Entscheidung, in die Schweiz zu kommen resp. hier zu bleiben und sich zu prostituieren, mit freiem Willen und in Kenntnis aller wesentlichen Umstände fällte. Weil die Anklage nicht vorhält, L. sei gegen ihren Willen in die Schweiz gebracht worden, sondern sie sei mittellos gewesen, ist lediglich zu prüfen, ob sie sich in einer schwierigen wirtschaftlichen Situation befand, welche ihre Einwilligung rechtsunwirksam macht. (...). Das Bundesgericht hielt fest, dass eine formale Einwilligung in die Tätigkeit als Prostituierte und in die Überführung in die Schweiz nicht wirksam sei, wenn sie auf ihre schwierigen Verhältnisse im Herkunftsland zurückzuführen sei (BGE 129 IV 81, E. 3.1). Es erwog zudem, dass der Tatbestand des Menschenhandels in der Regel erfüllt sei, wenn junge und aus dem Ausland stammende Frauen unter Ausnützung ihrer schwierigen Lage zur Ausübung der Prostitution in der Schweiz engagiert werden. L. erklärte, es sei nicht genügend Geld für die ganze Familie vorhanden gewesen und als Grund für die Reise in die Schweiz gab sie an, in Rumänien erfahren zu haben, dass man in der Schweiz mit Prostitution viel Geld verdienen könne. Daraus erhellt, dass sich L. aus wirtschaftlicher Not heraus entschied, in der Schweiz der Prostitution nachzugehen. Es liegt folglich hinsichtlich L. eine Konstellation vor, wie sie das Bundesgericht in BGE 129 IV 81 schilderte. (...). Der Beschuldigte A. gestand ausdrücklich ein, dass im Y. zum grossen Teil junge Frauen aus wirtschaftlich schlechten Verhältnissen beschäftigt waren, dass alle sich im Y. prostituierenden Frauen einen illegalen Aufenthaltsstatus gehabt hätten und dass L. kein Deutsch konnte. Des Weiteren gab er auch zu Protokoll, dass keine Prostituierte eine gute finanzielle Lage habe. Zudem führte er aus, dass der Mitbeschuldigte H. gewusst habe, dass die rumänischen Prostituierten aus armen finanziellen Verhältnissen stammen würden. Damit belastet sich der Beschuldigte A. indirekt auch selbst, weil er dem

A 4.2

Mitbeschuldigten H. eine solche Kenntnis nicht anlasten kann, ohne selbst von den Umständen der rumänischen Frauen gewusst zu haben. Hinzu kommt, dass der Beschuldigte zugab, zwei Personen die Reise von Rumänien in die Schweiz bezahlt zu haben bzw. O. das Reisegeld, „vielleicht EUR 500.00“, für diesen und L. geschickt zu haben. Zwar bestritt er demgegenüber, R. Geld für L. bezahlt zu haben. An anderer Stelle erklärte der Beschuldigte A. im Zusammenhang mit den Reiseschulden der Frauen aber wiederum, er habe nur für L. bezahlt. Diese Aussage des Beschuldigten A. ist Indiz dafür, dass L. nicht die finanziellen Mittel hatte, um in die Schweiz zu reisen und hier als Prostituierte zu arbeiten. Nachgewiesen ist, dass der Mitbeschuldigte C. am 5. Februar 2007 mittels Western Union EUR 1'200.00 (entsprach damals Fr. 2'045.51) an T. überwies. Dies wiederum stimmt mit der Aussage von L. überein, dass O. am 5. Februar 2007 mit ihr zusammen die Busbillette für sie beide gekauft habe. L. erwähnte zwar noch, dass jeder sein Billett bezahlt habe. Dies ist jedoch nicht glaubhaft, weil sie einerseits erklärte, ihre Familie habe nicht genügend Geld und andererseits darlegte, bei ihrer Einreise in die Schweiz Fr. 400.-- bei sich gehabt zu haben, sie sich mithin also selbst widersprach. Aufgrund der wiederholten Ausführungen der Mitbeschuldigten E. ist denn auch erstellt, dass der Beschuldigte A. M. für die Rückzahlung der Reisekosten und der Kosten für den Pass von L., welche L. bezahlt wurden, bürgen liess. Diese Aussage ist glaubhaft, weil die Mitbeschuldigte E. sich dadurch selbst belastete. Die Erläuterung der Mitbeschuldigten E. findet sodann ebenfalls eine Stütze in den Telefonaten (...). Untermauert wird dies auch durch die Darstellung von L., wonach ihr M. gesagt habe, F. habe sie, M., wegen ihr, L., geschlagen. Vor diesem Hintergrund ist erstellt, dass sich L. in einer derart schlechten wirtschaftlichen Lage befand, dass ihre formale Einwilligung rechtsunwirksam ist. Das Bundesgericht hält denn auch an seiner Praxis, wonach der Begriff der tatsächlichen Zustimmung restriktiv auszulegen sei, nach wie vor fest (statt vieler: BGer 6B_12/2013 vom 7. November 2013, E. 1.2).

Hinsichtlich des Tatbestandsmerkmals des Handels ist zu berücksichtigen, dass der Beschuldigte A. und die Mitbeschuldigte E. L. mehrfach als „nicht schön“ bzw. „hässlich“ betitelten. Die Mitbeschuldigte E. erklärte in diesem Zusammenhang, sie hätten aufgrund des Erscheinungsbildes von L. nicht daran geglaubt, dass sie „Geld machen“ könne. Diese Ausdrucksweise der Beschuldigten A. und E. sowie die Begründung der Mitbeschuldigten E. verdeutlichen, wie L. als Ware wahrgenommen wurde. Gemäss der Mitbeschuldigten E. wurde der Beschuldigte A. sogar wütend, weil „eine hässliche Frau geschickt“ worden sei, und er habe deswegen das Geld von M., die dafür gebürgt habe, zurückver-

langt. Die Mitbeschuldigte E. gestand ebenso ein, dass der Beschuldigte A. R. EUR 800.00 für L. gegeben habe. Zudem erklärte sie als Grund dafür, warum M. der Pass abgenommen worden sei, das sei einerseits gewesen, damit M. die EUR 800.00 Schulden zurückzahle und andererseits, damit M. nicht habe weggehen können. Weiter gab die Mitbeschuldigte E. zu Protokoll, R. habe sie praktisch gezwungen, L. zu empfangen und „das zu diesem Preis“; sie hätten doch schon EUR 800.00 bezahlt. Bezeichnend dafür, dass L. als Ware betrachtet wurde, ist auch die Aussage der Mitbeschuldigten E., wonach sie das Geld für L. hätten zurückgewinnen können, weil M. und L. sich im Y. befunden hätten; sie, die Beschuldigten, wären auch wieder zu ihrem Geld gekommen, wenn sie jeden Abend von M. und L. nur Fr. 200.-- verlangt hätten. Die Mitbeschuldigte E. ging sogar noch einen Schritt weiter und gestand ein, hinsichtlich L. einen Fehler gemacht zu haben und dass L. „bezahlt“ bzw. „gekauft“ worden sei. Werden all diese Aussagen der Mitbeschuldigten E., mit welchen sie sich selbst derart belastet, jenen des Beschuldigten A. gegenübergestellt, so kann kein vernünftiger Zweifel daran bestehen, dass sich der Sachverhalt so wie in der Anklageschrift geschildert ereignete. L. wurde wie eine Sache bewertet und kritisiert sowie an den Beschuldigten A. vermittelt. Die Ausführungen der Mitbeschuldigten E. können nicht anders verstanden werden, als dass sie und der Beschuldigte A. die Rückzahlung der EUR 800.00 erwarteten (...). Damit bestand ein gewisser Zwang für L., sich der Prostitution in der Kontaktbar Y. hinzugeben. (...).

Keine Zweifel bestehen überdies betreffend die beabsichtigte sexuelle Ausbeutung von L., weil der Beschuldigte A. selbst ausführte, L. habe sich prostituiert. Zudem ist nachgewiesen, dass der Beschuldigte A. aufgrund der umsatzabhängigen Zimmerpreise am Dirnenlohn partizipierte. (...). Der Beschuldigte A. hatte ein finanzielles Interesse an der Beschaffung von neuen Frauen und insbesondere am Verbringen von L. in die Kontaktbar Y., welche dort schliesslich der Prostitution nachging. Die Vermittlung und Abnahme von L. erfolgte somit zum Zwecke der sexuellen Ausbeutung. Weil der Tatbestand objektiv überdies bereits erfüllt ist, wenn der Handel zu diesem Zweck erfolgte, ohne dass die sexuelle Ausbeutung tatsächlich eingetreten sein muss, braucht im Rahmen des angeklagten Menschenhandels nicht geprüft zu werden, wie es L. nach der Ankunft im Y. tatsächlich erging. Der objektive Tatbestand des Menschenhandels ist damit erfüllt.

Für die Beurteilung der Erfüllung des subjektiven Tatbestandes ist von Relevanz, dass der Beschuldigte A. seit Dezember 2006 eine Beziehung mit der sich vormals prostituierenden, aus Rumänien stammenden Mitbeschuldigten E. führt (inzwischen sind sie verheiratet) und ihm die

A 4.3

Verhältnisse in Rumänien bekannt sein und er von einer schwierigen wirtschaftlichen Situation von L. ausgehen musste. Mit anderen Worten muss angenommen werden, dass der Beschuldigte A. zumindest in Kauf nahm, dass L. sich in einer Situation befand, welche eine rechtswirksame Einwilligung ausschloss, und sie sich deswegen zur Ausübung der Prostitution in der Kontaktbar Y. bereit erklärte. Überdies gestand er ein, wie bereits erwähnt, dass im Y. zum grossen Teil junge Frauen aus wirtschaftlich schlechten Verhältnissen beschäftigt waren. Er handelte also zumindest eventualvorsätzlich, betreffend die sexuelle Ausbeutung sogar direktvorsätzlich. Entsprechend machte sich der Beschuldigte A. des Menschenhandels zum Nachteil von L. schuldig.

Was die angeklagte Mitwirkung der Mitbeschuldigten E. anbelangt, zeigen die zahlreichen Telefonate, welche sie nicht abstreitet, sondern diese sogar kommentierte, dass sie den Beschuldigten A. bei der Anwerbung bzw. Vermittlung von L. massgebend unterstützte, war doch der Beschuldigte A. der rumänischen Sprache nicht mächtig und war er für die Verhandlungen mit O. und R. auf die Mithilfe seiner heutigen Ehefrau angewiesen. Der Menschenhandel zum Nachteil von L. hätte mit anderen Worten ohne die vermittelnde Funktion der Mitbeschuldigten E. nicht stattfinden können. Die Mitbeschuldigte E. erfüllte den Tatbestand auch in subjektiver Hinsicht: Sie stammt aus Rumänien und ging selbst einmal der Prostitution nach. Ihr waren also die Umstände vor Ort bekannt, sodass sie zumindest eventualvorsätzlich handelte. Nicht abstreiten kann sie überdies, dass von Anfang an feststand, dass L. zum Zweck der Ausübung der Prostitution in der Kontaktbar Y. kommen sollte. Sie selbst hatte schliesslich ein finanzielles Interesse daran, dass L. kam, weil sie zum Tatzeitpunkt nicht mehr der Prostitution und auch keiner anderen Erwerbstätigkeit nachging, sondern als Freundin des Beschuldigten A. finanziell von ihm profitierte. Dies zeigt nicht zuletzt die folgende Aussage der Mitbeschuldigten E., als sie in der Mehrzahl sprach: „Wenn A. das Geld bezahlt hätte, hätten wir das Geld zurückgewinnen können, weil M. und L. sich im Y. befanden. Auch wenn wir jeden Abend von M. und L. nur Fr. 200.-- genommen hätten, wären wir zu dem Geld wieder gekommen“. Die Mitbeschuldigte E. handelte somit ebenfalls objektiv und subjektiv tatbestandsmässig und machte sich als Mittäterin des Menschenhandels zum Nachteil von L. schuldig.

(Urteil vom 12. November 2015, STK 2014 80).

4.3 Versuchter Menschenhandel

- *Das versuchte Abholen von unbekanntem Frauen in einer Kontaktbar, um sie in eine andere Kontaktbar zu bringen, stellt (noch) keinen versuchten Menschenhandel dar (Erw. II.B.2.5).*

Aus den Erwägungen:

II.B.1.4 (Rechtliches) Versuch

Das Anstalten treffen zum Menschenhandel ist eine Vorbereitungshandlung, die nach altem Recht als vollendetes Delikt ausgestaltet war. Durch die Ausweitung der Strafnorm auf den Einmaltäter, die Erweiterung der Zwecksetzung und insbesondere durch die Erfassung der Vorstufe des Anwerbens als vollendete Tathandlung war es nach Ansicht des Gesetzgebers nicht länger angezeigt, auch das Anstalten treffen gesondert unter Strafe zu stellen. Vielmehr gelten nunmehr diesbezüglich die allgemeinen Regeln des Versuchs (BBl 2005 2837; vgl. Baur-Mettler, Menschenhandel und Zwangsprostitution in der Schweiz, Diss., Zürich 2014, S. 141; vgl. Delnon/Rüdy, in: Niggli/Wiprächtiger [Hrsg.], Basler Kommentar Strafrecht II, 3. Auflage, Basel 2013, Art. 182 N 43; Art. 22 f. StGB). (...).

III.B.2.5 Beweiswürdigung und Subsumtion (Menschenhandel, „Delikte Nr. 1 und 4“)

Im Wesentlichen wirft die Anklagebehörde dem Beschuldigten C. unter dem Tatbestand des Menschenhandels vor, Frauen zwischen der Kontaktbar Z. und der Kontaktbar Y. transportiert bzw. den Versuch dazu unternommen zu haben. Um dieses Verhalten als strafrechtlich relevant, mithin als wesentlichen Tatbeitrag zum mehrfachen bzw. gewerbsmäßigen Menschenhandel, zu betrachten, reicht es jedoch nicht aus, dass der Beschuldigte C. Kenntnis von dem Zusammenarbeitsvertrag zwischen dem Mitbeschuldigten A. und X. hatte. Zu berücksichtigen ist hierbei das in der Botschaft über die Genehmigung des Fakultativprotokolls vom 25. Mai 2000 zum Übereinkommen über die Rechte des Kindes, betreffend den Verkauf von Kindern, die Kinderprostitution und die Kinderpornografie, und über die entsprechende Änderung der Strafnorm über den Menschenhandel erwähnte Beispiel für das Vorliegen einer (Mit-)Täterschaft zum Menschenhandel. Tatherrschaft bedeutet im Zusammenhang mit dem Menschenhandel, dass beispielsweise der Organempfänger, der eine blosser Vermutung über die Herkunft des Organs hat, nicht nach Art. 182 des Schweizerischen Strafgesetzbuchs vom 21. Dezember 1937 (StGB,

A 4.3

SR 311.0 bestraft werden kann. Der Organempfänger kann selbst dann nicht nach dieser Bestimmung bestraft werden, wenn er – was ohnehin sehr unwahrscheinlich sein dürfte – die Herkunft des Organs mit Sicherheit kennt, denn sein Wissen allein stellt keinen kausalen Tatbeitrag dar (BBI 2005 2834). Anders sähe es aus, wenn der Organempfänger einen Geldbetrag in Aussicht stellte, um das gewünschte Organ zu erhalten. In diesem Fall wäre er Teilnehmer, namentlich Anstifter (BBI 2005 2835). Die blosser Kenntnis kann folglich keinen kausalen Tatbeitrag zum Menschenhandel darstellen, was auch für den Menschenhandel zum Zwecke der sexuellen Ausbeutung gelten muss. Jedenfalls muss für den jeweiligen (Mit-)Täter geprüft werden, ob dieser zumindest in Kauf nahm, dass die gehandelte Frau der Prostitutionstätigkeit nicht zustimmt oder aufgrund ihrer persönlichen Situation nicht selbstbestimmt zustimmen kann.

Der Beschuldigte C. gestand ein, mit G. nach U. gefahren zu sein, um Frauen abzuholen. Die Frauen, welche der Beschuldigte C. transportiert haben soll bzw. hätte transportieren sollen, sind nicht namentlich bekannt. Solange – wie vorliegend – keine Frauen bekannt sind, mithin die Handlungen nicht auf bestimmte Frauen gerichtet sind, kann von Vornherein nicht beurteilt werden, ob die entsprechenden Frauen sich entgegen ihrem Willen hätten prostituieren müssen bzw. ob sie sich aus einer Notlage heraus prostituiert hätten. Allein die Tatsache, dass eine Frau in einer anderen Kontaktbar abgeholt werden soll, erlaubt noch nicht den Rückschluss auf ihre fehlende Einwilligung zur Prostitutionstätigkeit oder auf ihre Notlage. Darüber hat für eine Verurteilung jedoch Gewissheit zu bestehen. Das heisst, diese Umstände müssen mit so grosser Sicherheit feststehen, dass das Gericht bloss noch theoretische Zweifel hegt, es könnte anders gewesen sein. Dies ist hier nicht der Fall: Es fehlen in der Anklage nähere bzw. konkrete Angaben zu den Frauen. Ebenso wenig lässt sich hierzu den Akten entnehmen. Insoweit es um unbekannte Frauen geht, lässt sich also nicht prüfen, ob die jeweilige Frau nicht freiwillig oder nur formal freiwillig mitging bzw. mitgegangen wäre. Über das Vorliegen der Einwilligung und die persönliche Situation der Frauen können bezüglich der unbestimmten „Frauentransporte“ nur Mutmassungen angestellt werden, was für eine Verurteilung wegen Menschenhandels (in Mittäterschaft) nicht ausreichen kann. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass die am 6. Dezember 2006 auf Geheiss von X. in der Kontaktbar Y. abgeholt Frauen zum Etablissementwechsel nichts zu sagen hatten, weil dem Beschuldigten C. in der Anklage konkret nur der (versuchte) Frauentransport am 24. Dezember 2006 vorgeworfen wird und nicht feststeht, dass dieser Transport dieselben Frauen betroffen hätte. Es fehlt mithin am Nachweis der Erfüllung eines objektiven

Tatbestandsmerkmale, weshalb der Beschuldigte C. vom Vorwurf des mehrfachen bzw. gewerbsmässigen Menschenhandels zum Nachteil von unbekanntem Frauen freizusprechen ist.

Im Übrigen kann das versuchte Abholen der zwei Frauen die Schwelle des Versuchs zum Menschenhandel nicht erreichen, weil sowohl der Beschuldigte C. als auch der Mitbeschuldigte G. nicht bloss theoretisch noch die Möglichkeit hatten, den Transport der Frauen zu verweigern, wenn sie erfahren hätten oder anhand der äusseren Umstände hätten annehmen müssen, dass diese zwei Frauen nicht freiwillig oder nur formal freiwillig mitgegangen wären. Solange den beiden Beschuldigten jedoch nicht einmal bekannt war, welche Frauen sie in U. hätten abholen sollen, kann ihnen die Fahrt dorthin nicht als versuchter Menschenhandel zur Last gelegt werden. (...). Daran ändert auch der Umstand nichts, dass der Beschuldigte C. bestätigte, dass im Y. praktisch ausschliesslich bzw. zum grossen Teil junge Frauen aus schlechten wirtschaftlichen Verhältnissen zu Prostitutionszwecken beschäftigt gewesen seien. Denn nur gestützt auf diese pauschalen Aussagen lässt sich nicht beurteilen, ob die wirtschaftliche Situation jener Frauen, welche der Beschuldigte C. transportierte und er hätte transportieren sollen, in strafrechtlich relevanter Weise „schlecht“ war (...). Ausserdem ist die Rede von „praktisch ausschliesslich“ bzw. „zum grossen Teil“. (...). Der Beschuldigte C. ist daher freizusprechen.

Nicht nachvollziehbar ist überdies, inwiefern der Beschuldigte C. den Tatbestand des Menschenhandels erfüllt bzw. sich an einem Menschenhandel beteiligt haben soll, weil er den Mitbeschuldigten A. am 6. Dezember 2006 an das Treffen mit den Betreibern der Kontaktbar Z. begleitet haben soll. (...). Um ein solches Verhalten als strafrechtlich relevant, mithin als wesentlichen Tatbeitrag zum mehrfachen bzw. gewerbsmässigen Menschenhandel, zu betrachten, kann es nicht ausreichen, dass der Beschuldigte C. Kenntnis von dem Zusammenarbeitsvertrag zwischen dem Mitbeschuldigten A. und X. hatte. Es wird hierfür wiederum auf das vorstehend genannte Beispiel in der Botschaft über die Genehmigung des Fakultativprotokolls vom 25. Mai 2000 zum Übereinkommen über die Rechte des Kindes, betreffend den Verkauf von Kindern, die Kinderprostitution und die Kinderpornografie, und über die entsprechende Änderung der Strafnorm über den Menschenhandel hingewiesen. Eine Beteiligung des Beschuldigten C. bei der Aushandlung des Zusammenarbeitsvertrages zwischen den beiden Kontaktbars ist in der Anklage sodann nicht beschrieben. Es ist deswegen nicht ersichtlich, worin der strafrechtlich relevante Tatbeitrag des Beschuldigten C. bezüglich dieses Treffens am 6. Dezember 2006 bestehen soll. Dieses Treffen diente gemäss der Anklageschrift der Erkundigung nach den Gründen für

A 4.4

das unangekündigte Abholen der Frauen durch die Betreiber der Kontaktbar Z. Ein Zweck im Sinne des Tatbestandes von Art. 182 StGB wurde damit also nicht verfolgt.

Das Verhindern des Abholens von Frauen stellt ebenso wenig einen Menschenhandel dar, weil der Beschuldigte C. auch damit gerade das Gegenteil beabsichtigte. Er bewirkte dadurch nämlich, dass die Frauen nicht zurück in die Kontaktbar Z. gehen mussten. Dies könnte allenfalls strafbar sein, wenn die Frauen die Kontaktbar Y. in jenem Zeitpunkt hätten verlassen wollen, aber wegen des Verhaltens des Beschuldigten C. nicht gekonnt hätten. Um welche vier Frauen es sich handelte, ist jedoch nicht bekannt. Ebenso wenig erstellt ist, ob die Frauen freiwillig in der Kontaktbar Y. waren, dort verbleiben wollten oder sich in einer Situation besonderer Verletzlichkeit befanden. (...).

(Urteil vom 12. November 2015, STK 2014 82).

4.4 Strafumessung bei groben Verkehrsregelverletzungen

- *Die Normierung des „Rasertatbestandes“ (Art. 90 Abs. 3 SVG) führt nicht zu einer Verschärfung der Bestrafung von groben Verkehrsregelverletzungen nach Art. 90 Abs. 2 SVG (Erw. 1.c).*

Aus den Erwägungen:

1. (...).

c) (...). Die Anklagebehörde wendet ein, die von der Vorinstanz ausgesprochene Strafe sei nicht dem Verschulden des Beschuldigten angemessen. Vorliegend sei die Abgrenzung zwischen dem Grundtatbestand in Art. 90 Abs. 2 des Strassenverkehrsgesetzes vom 19. Dezember 1958 (SVG, SR 741.01) und dem „Rasertatbestand“ in Art. 90 Abs. 3 SVG bzw. deren unterschiedliche Strafraumen bedeutsam. Vorliegend wäre der Beschuldigte nach dem „Rasertatbestand“ verurteilt worden, wenn er lediglich einen Stundenkilometer schneller gefahren wäre, sodass ein Grenzfall zu beurteilen sei. Die von der Vorinstanz ausgesprochene Strafe trage diesem Umstand nicht Rechnung, da sie rund ein Drittel tiefer liege als diejenige Strafe, die bei einer Geschwindigkeitsüberschreitung von 60 km/h minimal auszufallen gewesen wäre (...).

aa) Die Revision des Strassenverkehrsgesetzes im Rahmen der Vorlage „via sicura“, namentlich die Normierung der Art. 90 Abs. 3 und 4 SVG,

erfolgte unabhängig vom Tatbestand der groben Verkehrsregelverletzung nach Art. 90 Abs. 2 SVG. Das Hauptziel der ihr zugrunde liegenden Initiative „Schutz vor Rasern“ bestand darin, dass die Sanktionierung einzelner Extremfälle verschärft werden sollte. Nicht beabsichtigt war hingegen eine Verschärfung sämtlicher Verkehrsregelverletzungen bzw. eine Auswirkung auf die nach Art. 90 Abs. 2 SVG auszufällenden Strafen (Edit Seidel, Werkstattgespräche, Strassenverkehr 2/2016, S. 65 ff., S. 68; Urteil des Kantonsgerichts St. Gallen vom 16. Juni 2015, ST.2014.107, E. 3.b = CAN 2016 Nr. 39, S. 102; vgl. AB 2011, S. 679; Botschaft des Bundesrates zur Volksinitiative „Schutz vor Rasern“, S. 10). Ebenso sah das Bundesgericht in einem kürzlich ergangenen Urteil aufgrund dieser Überlegungen keinen Anlass, von der bisherigen Rechtsprechung abzuweichen; insbesondere erwog es, daran ändere auch nichts, dass die Konferenz der Staatsanwaltschaften ihre Strafmassempfehlungen zur groben Verkehrsregelverletzung im Zuge der Revision verschärft habe. Denn solchen Empfehlungen komme lediglich Richtlinienfunktion zu bzw. sie würden nur als Orientierungshilfe dienen (Urteil BGer vom 18. August 2016, 6B_359/2016, E. 1.4, bestätigt im Urteil vom 15. September 2016, 6B_521/2016, E. 3).

bb) Demnach ist die Strafe innerhalb des Strafrahmens von Art. 90 Abs. 2 SVG wie bisher nicht bloss anhand der Geschwindigkeitsübertretung, sondern aufgrund sämtlicher Tat- und Täterkomponenten im konkreten Fall zu bemessen. Bei Geschwindigkeitsüberschreitungen sind im Rahmen der Tatkomponenten insbesondere die Strassen-, Sicht- und Witterungsverhältnisse, die Dauer der Geschwindigkeitsüberschreitung sowie das Ausmass der Gefährdung zu berücksichtigen (Urteil des Kantonsgerichts St. Gallen vom 16. Juni 2015, ST.2014.107, in: CAN 2016 Nr. 39, S. 102, E. 3.d). Die Vorinstanz kam denn auch nach Abwägung der konkreten Verkehrsverhältnisse im Tatzeitpunkt sowie in Berücksichtigung des Geständnisses, des kooperativen Verhaltens und der Vorstrafenlosigkeit zum Schluss, dass eine Gesamtstrafe von 250 Tagessätzen dem gesamten Verschulden entspreche (angefochtenes Urteil, E. 3.2).

(Urteil vom 16. November 2016, STK 2015 36).

5. Strafprozessrecht

5.1 Ausstand aller Staatsanwaltschaften des Kantons Schwyz

- *Es ist im Einzelfall zu klären, ob die fallführende Staatsanwältin befangen ist oder nicht (Erw. 2.c).*
- *Ein Generaldispens von der Führung von Strafuntersuchungen gegen einen ihrer Kollegen kann den Staatsanwaltschaften des Kantons Schwyz nicht erteilt werden (Erw. 3).*

Aus den Erwägungen:

c) Im vorliegenden Fall begründet die fallführende Staatsanwältin ihr Ausstandsgesuch einzig damit, dass sich das Verfahren gegen einen Kollegen der Staatsanwaltschaft Y. richtet. Blosser Kollegialität reicht nach dem Gesagten für den Ausstand jedoch nicht aus. Dies gilt vorliegend umso mehr, als die fallführende Staatsanwältin bei der kantonalen Staatsanwaltschaft in Biberbrugg, X. jedoch bei der Staatsanwaltschaft Y. tätig ist, mithin nicht Angehörige der gleichen Behörde bzw. Staatsanwaltschaft betroffen sind. Weitere Gründe, insbesondere Freundschaft, werden nicht geltend gemacht.

Dasselbe gilt für das im Wesentlichen gleiche, von der Oberstaatsanwaltschaft aufgegriffene Argument: Weder dieselbe Berufsausübung im Kanton Schwyz, noch ein kollegiales Verhältnis, noch ein Duz-Verhältnis vermögen für sich allein oder zusammen – ohne Hinzutreten weiterer Elemente – zum vorneherein den Anschein von Befangenheit bzw. einen Ausstandsgrund zu begründen. Das gilt im Kanton Schwyz umso mehr, als mehrere Staatsanwaltschaften bestehen und somit oft sowohl für eine organisatorische als auch räumliche Trennung der involvierten Personen gesorgt ist. (...).

3. Die Oberstaatsanwaltschaft ersucht um Prüfung und Entscheid im Sinne eines Präjudizes, ob für die im Kanton Schwyz zu führenden Strafverfahren gegen Staats- und Oberstaatsanwälte und Funktionäre der Kantonspolizei auf Einholung einer Bewilligung des Ausstandes verzichtet werden könne. Der verfassungsmässige Anspruch aus Art. 30 Abs. 1 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101) auf einen unparteiischen, unvoreingenommenen und unbefangenen Richter steht (...) in einem Spannungsverhältnis zum Anspruch auf den gesetzlichen Richter, weshalb ein Ausstandsgrund

nicht leichthin anzunehmen ist. Da andererseits bereits der Anschein der Voreingenommenheit genügt, kommt der Stellungnahme der betroffenen Drittperson und den von ihr vorgebrachten Gründen erhebliche Bedeutung zu. Ein Generaldispens kann deshalb nicht in Frage kommen. Vielmehr ist im Einzelfall darüber zu befinden, um den verschiedenen Anforderungen Genüge zu tun. Die von der Oberstaatsanwaltschaft für die Untermauerung ihres Antrags zitierte Lehrmeinung von Riklin, StPO-Kommentar, 2. Auflage, N 2 zu Art. 59 StPO ist – soweit ersichtlich – singulär, könnte bei unbesehener Anwendung in Widerspruch mit dem Gesetz kommen und bezieht sich im Übrigen auf „einsichtige“ Fälle wie besondere Feindschaft, welche hier nicht vorliegen und nicht näher diskutiert werden müssen.

(Beschluss vom 29. September 2016, BEK 2016 113; eine Beschwerde in Strafsachen wurde mit BGer 1B_408/2016 vom 7. Februar 2017 abgewiesen, soweit darauf einzutreten war).

5.2 Untersuchungshaft

- *Zur Wiederholungsgefahr (Erw. 5.a).*
- *Zur Ausführungsgefahr (Erw. 5.b).*
- *Die Koordination zwischen Strafverfahren mit Untersuchungshaft und erwachsenenschutzrechtlichen Verfahren ist erforderlich und allenfalls in Bezug auf die Verhältnismässigkeit der Untersuchungshaft erheblich (Erw. 6).*

Aus den Erwägungen:

5. (...).

a) Die Aufrechterhaltung von Untersuchungshaft wegen Wiederholungsgefahr im Sinne von Art. 221 Abs. 1 lit. c der Schweizerischen Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007 (StPO, SR 312.0) ist zulässig, wenn einerseits die Rückfallprognose sehr ungünstig und andererseits die zu befürchtenden Delikte schwerer Natur sind. Die rein hypothetische Möglichkeit der Verübung weiterer Delikte sowie die Wahrscheinlichkeit, dass nur geringfügige Straftaten verübt werden, reichen dagegen nicht aus, um eine Präventivhaft zu begründen (BGE 135 I 71 E. 2.3 S. 73 mit Hinweisen). Entgegen dem deutschsprachigen Gesetzeswortlaut müssen „Verbrechen oder schwere Vergehen“ drohen (BGE 137 IV 84 E. 3.2 S. 85 f.). Art. 221 Abs. 1 lit. c StPO verlangt, dass die be-

A 5.2

schuldigte Person bereits früher gleichartige Vortaten verübte. Auch bei den Vortaten muss es sich um Verbrechen oder schwere Vergehen gegen gleiche oder gleichartige Rechtsgüter gehandelt haben. Die früher begangenen Straftaten können sich aus rechtskräftig abgeschlossenen Strafverfahren ergeben. Sie können jedoch auch Gegenstand eines noch hängigen Strafverfahrens bilden, in dem sich die Frage der Untersuchungs- und Sicherheitshaft stellt. Das Gesetz spricht von verübten Straftaten und nicht bloss einem Verdacht, so dass dieser Haftgrund nur bejaht werden kann, wenn mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit feststeht, dass die beschuldigte Person solche Straftaten beging. Neben einer rechtskräftigen Verurteilung gilt der Nachweis auch bei einem glaubhaften Geständnis oder einer erdrückenden Beweislage als erbracht (BGE 137 IV 84 E. 3.2 S. 86 mit Hinweisen). Diesfalls ist für die Annahme der Wiederholungsgefahr über den dringenden Tatverdacht hinaus der Nachweis der Strafbarkeit der Vordelikte mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit vorauszusetzen (EGV-SZ 2011 A 5.1; vgl. auch BEK 2015 146 vom 9. November 2015 E. 4.c).

aa) Der Haftgrund der Wiederholungsgefahr ist mithin restriktiv zu handhaben. Seine Anwendung über den gesetzlichen Wortlaut hinaus auf Ersttäter muss auf Ausnahmefälle beschränkt bleiben und setzt neben einem hinreichenden Tatverdacht und erdrückender Belastungsbeweise eine sehr ungünstige Rückfallprognose voraus (BGer 1B_322/2014 vom 9. Oktober 2014 E. 3.2). Solche besonders schwere Fälle, die angesichts ernsthafter und konkreter Gefahr für die öffentliche Sicherheit die Untersuchungshaft wegen Wiederholungsgefahr auch ohne frühere gleichartige Straftaten nahe legen könnten (dazu vgl. BGE 137 IV 13 in Pra 2011 Nr. 90), liegen im konkreten Fall nicht vor. So sagte die Ehefrau etwa nie aus, der Beschuldigte habe ein Messer direkt gegen sie eingesetzt, sondern nur, aber immerhin, dass er ihr damit schon gedroht habe. Auch aus diesen Gründen kann auf das Vortatenerfordernis nicht verzichtet werden.

bb) Der Vorderrichter erachtet das Vortatenerfordernis als nicht erfüllt. Vorliegend kann indes aufgrund der Aussagen des Beschuldigten davon ausgegangen werden, dass der Beschuldigte in der Vergangenheit seine Ehefrau sehr wahrscheinlich nicht nur verschiedentlich schlug, sondern auch mit dem Tod bedrohte. Damit liegen schwere Vergehen im Recht und kann das Vortatenerfordernis in Bezug auf die Wiederholungsfälle vom 24. November 2015, 5. Dezember 2015 und 21. Februar 2016 bejaht werden. Der Beschuldigte ist ferner zu verdächtigen, am 5. Dezember 2015 seine Frau wiederum am Hals gepackt zu haben. Es be-

steht damit die Gefahr von Würgevorfällen, welche unter Umständen sowohl schwere Verbrechen (z.B. Art. 129 StGB) als auch schwere Vergehen sein können.

cc) Anlässlich des Vorfalles am 21. Oktober 2015, nachdem ihn die Polizei ein erstes Mal vorläufig festnahm, behändigte der Beschuldigte zudem in seiner Wut ein Messer und zerschnitt damit den Sofabezug. Dieser Vorfall zeigt exemplarisch die Impulsivität und die damit verbundenen Kontrollverluste des Beschuldigten. Auch die Gutachter beurteilen vorläufig die Rückfallgefahr für häusliche Gewalt im bisherigen Rahmen als deutlich, auch wenn sich laut Prof. P. aufgrund der Akten noch nicht abschätzen lasse, ob es bei einer Entlassung des Beschuldigten zu schwerer Gewalt kommen könnte. Aufgrund aller bekannter Vorfälle und den mutmasslich mehrfachen Verstössen gegen das angeordnete Alkoholkonsumverbot bestehen ernsthafte konkrete Anhaltspunkte für psychische Störungen des sich in einer schwierigen Lebenssituation befindlichen Beschwerdeführers, welche seine deutlich ausgeprägte Unberechenbarkeit und Neigung zu Impulsdurchbrüchen erklären könnten.

b) Die selbständige, also vom Vorliegen des allgemeinen Haftgrundes des Tatverdachts unabhängige Haftvoraussetzung der Ausführungsgefahr nach Art. 221 Abs. 2 StPO setzt die Drohung voraus, ein schweres Verbrechen auszuführen. Dazu genügt indes nicht nur eine ausdrückliche Drohung, sondern auch eine konkludente (BGE 137 IV 339 E. 2.4; vgl. auch BEK 2015 146 vom 9. November 2015 E. 4.c). Die Staatsanwaltschaft hält diesen speziellen Haftgrund für gegeben, weil der Beschuldigte die Ehefrau mehrfach gewürgt und ihr mit dem Tod gedroht haben soll. Von einer Drohung im Sinne von Art. 221 Abs. 2 StPO kann ausgegangen werden, weil der Beschuldigte nicht nur die Möglichkeit solcher Äusserungen einräumt, sondern auch aufgrund seiner psychischen Verfassung derzeit nicht als ungefährlich einzuschätzen ist (vgl. oben a/cc). Die einlässliche Würdigung der Aussagen, namentlich der widersprüchlichen Angaben der Ehefrau bezüglich der Frage, inwiefern diese Drohungen ernstzunehmen waren, wird Sache des urteilenden Gerichts sein. Die Ernsthaftigkeit der Drohungen des Beschuldigten wird jedenfalls durch den zugegebenen Umstand unterstrichen, dass er mit einem Messer das Sofa zerschloss, währenddem sich seine Frau mit den Kindern in einem anderen Zimmer eingeschlossen hatte. (...).

6. Damit sind die Voraussetzungen für Untersuchungshaft gegeben. Nachdem der Beschuldigte wiederholt gegen die bisherigen Ersatzmassnahmen versties, ist im Ergebnis nicht zu beanstanden, dass der Vor-

A 5.3

derrichter gestützt auf Art. 237 Abs. 5 StPO Untersuchungshaft anordnete. Es bleibt der Hinweis, dass vorliegend auch die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde (KESB) mit dem Fall befasst ist. Aufgrund des durch die Ehefrau geschilderten Alkoholsuchtverhaltens des Beschuldigten und dessen psychischen Auffälligkeiten ist nicht auszuschliessen, dass er insbesondere erwachsenenschutzrechtlicher Massnahmen bedarf. Zivilrechtliche Massnahmen gehen strafprozessualen Freiheitsentzug vor (vgl. auch Oberholzer, Grundzüge des Strafprozessrechts, Bern ³2012, N 926; abgesehen von den polizeirechtlichen Möglichkeiten unter Anrufung des Zivilrichters vgl. § 19b PVO sowie Art. 28b des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 10. Dezember 1907 [ZGB, SR 210], vgl. BEK 2015 146 vom 9. November 2015 E. 4.d). Deshalb hätten die Strafverfolgungsbehörden ihre Zuständigkeit zur Ergreifung von Sicherheitsmassnahmen auch unter Abwägung der Möglichkeiten einer stationären Begutachtung nach Art. 186 StPO umgehend in Koordination mit der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde (KESB) in Frage stellen lassen sollen, um die Vermischung erwachsenenschutzrechtlich oder strafprozessual notwendiger Prävention von Beginn weg zu vermeiden. Die mit vorliegendem Beschluss bestätigte Untersuchungshaft bis längstens 20. April 2016 erweist sich aus den angeführten Gründen, aber auch zur Sicherstellung dieser Koordination noch als verhältnismässig. (...).

(Beschluss vom 31. März 2016, BEK 2016 32).

5.3 Unanfechtbare Nichteinstellung

- *Die Mitteilung der Anklageerhebung kann nicht mit der Begründung angefochten werden, sie impliziere die Ablehnung des gestellten Einstellungsantrages (Erw. 3.b und c).*
- *Art. 52 ff. StGB begründen keinen Anspruch auf eine anfechtbare Nichteinstellungsverfügung der Staatsanwaltschaft (Erw. 4).*

Aus den Erwägungen:

3. Der Beschwerdeführer will denn auch seine Eingabe ans Kantonsgericht als Rechtsverweigerungsbeschwerde betrachten, weil bis zur Ankündigung der Absicht zur Anklageerhebung sein Antrag auf eine Verfahrenseinstellung gestützt auf Art. 53 des Schweizerischen Strafgesetzbuchs vom 21. Dezember 1937 (StGB, SR 311.0) nicht behandelt worden sei. Für den Fall der Ablehnung dieses Antrags ersuchte er die Staatsanwaltschaft um Erlass einer entsprechenden Verfügung.

a) (...).

b) Selbst wenn die Ankündigung der Anklageerhebung die voraussichtliche Ablehnung des Antrags des Beschwerdeführers auf eine Einstellung impliziert, handelt die Staatsanwaltschaft im Rahmen des ihr zustehenden Anklagemonopols (Straub/Weltert, BSK StPO, ²2014, Art. 2 N 10). Sie hat das Verfahren mit beschwerdefähiger Verfügung einzustellen, einen Strafbefehl zu erlassen oder Anklage zu erheben. Der Entschluss der mit der Erledigung dieser Zwischenfrage betrauten Staatsanwaltschaft (Art. 2 der Schweizerischen Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007, StPO, SR 312.0) ist nur anfechtbar, wenn sie potenziell definitiv verfahrenserledigend verfügt, also einen Strafbefehl erlässt (Einsprache Art. 354 StPO) oder das Verfahren einstellt (Beschwerde Art. 322 Abs. 2 StPO). Die Staatsanwaltschaft ist zum entsprechenden Vorgehen verpflichtet (Art. 62 Abs. 1 i.V.m. Art. 319 ff. und 324 Abs. 1 StPO). Die Gerichte haben abgesehen vom Anklagezulassungsverfahren (Art. 329 StPO) allein im Beschwerdeverfahren gegen Einstellungen (Art. 322 Abs. 2 StPO) Möglichkeiten zur Einflussnahme auf die staatsanwaltliche Verfahrenserledigung (Landshut/Bosshard, in Donatsch/Hansjakob/Lieber, Kommentar StPO, ²2014, Art. 319 N 5 mit Hinweis). Es kann, wie die Staatsanwaltschaft zutreffend ausführt (mit Hinweis auf Schmid, StPO PK, ²2013, Art. 324 N 5), mit Beschwerde gegen die Anklageerhebung nicht vorgebracht werden, das Verfahren hätte stattdessen eingestellt werden müssen. Die Zulassung solcher mit Rechtsverweigerung begründeter Beschwerden würde Anklageerhebungen entgegen den gesetzgeberischen Intentionen allgemein anfechtbar machen oder die Staatsanwaltschaften quasi zwingen, negative Einstellungsverfügungen zu erlassen, womit das Verfahren nur unnötig verschleppt zu werden drohte (dazu vgl. Guidon, BSK StPO, ²2014, Art. 393 N 3). Umso weniger kann die Ankündigung der Anklageerhebung dahingehend kritisiert werden, sie impliziere die Ablehnung der Einstellung, zumal dieses Ergebnis noch nicht definitiv feststeht.

c) Schliesslich können Beschwerdeobjekt nur konkrete, hoheitliche Verfahrenshandlungen bilden, also nach aussen wirksame Handlungen der Strafverfolgungsbehörden, welche auf den Verfahrensausgang gerichtet sind und einer prozessrechtlichen Regelung unterliegen (Guidon, a.a.O., Art. 393 N 6). Die Ankündigung der Absicht zur Anklageerhebung bloss zufolge ihrer implizit möglichen Unterlassung der Einstellung als anfechtbar zu betrachten, ist daher unzulässig. Wo die Beschwerde in der Sache selbst nicht zulässig ist, weil das Gesetz sie für dieses Beschwerdeobjekt ausschliesst (vgl. hierzu oben E. 2 und E. 3.b), kann

A 5.4

rechtslogisch auch keine Beschwerde wegen Rechtsverweigerung zulässig sein (Keller in Donatsch/Hansjakob/Lieber, Kommentar StPO, ²2014, Art. 393 N 12).

4. Am Ergebnis, dass auf die Beschwerde nicht einzutreten ist, bleibt auch angesichts der vorliegend geltend gemachten Einstellungsgründe nach Art. 52 f. StGB in Verbindung mit Art. 319 Abs. 1 lit. e StPO festzuhalten. Der Umstand, dass die Strafbehörden die Einstellungstatbestände von Amtes wegen prüfen müssen, nimmt ihnen ihr weites Ermessen bei der Interpretation der in unbestimmten Rechtsbegriffen beschriebenen Voraussetzungen nicht (vgl. Riklin, BSK StGB, ³2013, vor Art. 52-55 N 23). Die obligatorische Anwendung von Art. 52 ff. StGB verleiht dem Beschuldigten keinen Anspruch auf Erlass eines anfechtbaren (abschlägigen) Entscheids über seinen Einstellungsantrag (vgl. auch BEK 2013 150 vom 12. Dezember 2013 E. 2). Ein solcher Anspruch widerspräche der gesetzlichen Ordnung, wonach auch die Gerichte über die Strafbefreiungsgründe nach Art. 52 ff. StGB befinden können. Wenn die Staatsanwaltschaft die Strafbefreiungsvoraussetzungen abweist, vermag dieser Entscheid deshalb die Gerichte nicht zu binden und kann daher auch nicht durch die Beschwerdeinstanz wirksam überprüfbar sein. Soweit mit dem Entscheid zur Anklageerhebung eine Einstellung unterlassen wird, muss die Anfechtung dieser Unterlassung also als konkludent ausgeschlossen gelten (vgl. dazu Guidon, a.a.O., Art. 393 N 11 mit Hinweisen), abgesehen davon, dass die Anklageerhebung, selbst wenn die Staatsanwaltschaft im Zweifel oder gar zu Unrecht nicht einstellt, (...) nicht anfechtbar ist (Riklin, a.a.O., N 25 und 44).

(Verfugung vom 26. August 2016, BEK 2016 93).

5.4 Umfang des Strafurteils

- *Soweit die Anklage durch eine Verurteilung nicht ausgeschöpft wird, hat eine Einstellung oder ein Freispruch zu ergehen (Erw. 3).*

Aus den Erwägungen:

3. Zunächst kritisiert die Staatsanwaltschaft, dass die Vorinstanz, was prozessual unzulässig sei, bezüglich identischer Lebensvorgänge Frei- und Schuldsprüche ausfällte.

a) Der Urteilsspruch muss den durch die zugelassene Anklage vorgegebenen Prozessgegenstand erschöpfend erledigen. Ob dies der Fall ist, beurteilt sich anhand eines Vergleichs zwischen Dispositiv und zugelassener Anklage. Wird diese durch die Verurteilung nicht ausgeschöpft, hat eine Einstellung oder ein Freispruch zu ergehen. Kein Freispruch hat zu erfolgen, wenn im Falle von Tateinheit (in der Anklage) nicht wegen aller Delikte eine Verurteilung erfolgt. Das Urteil kann bei ein und derselben Tat nur einheitlich auf Verurteilung oder Freispruch lauten. Würdigt das Gericht den Anklagesachverhalt lediglich rechtlich anders als die Anklagebehörde und behandelt diesen vollständig, erfolgt kein Freispruch (vgl. dazu auch STK 2015 16 vom 26. April 2015 E. 3); dies gilt auch bei Eventual- und Alternativanklagen, die nicht zu einer Verurteilung führen. Ein Freispruch (aus Billigkeitsgründen) kann geboten sein, wenn die Annahme von Tateinheit offensichtlich fehlerhaft war, und eine Tat nicht erwiesen ist (zur Publikation bestimmter BGer 6B_988/2015 vom 8. August 2016 E. 1.3 mit Hinweisen).

b) Das anerkannte und separat angeklagte Nichtbeachten des Einbahnverkehrs steht nicht im direkten Zusammenhang mit dem Unfall als einem schädigenden Ereignis, das geeignet ist, einen Personen- oder Sachschaden hervorzurufen (vgl. zum Begriff: Weissenberger, Kommentar SVG und OBG, ²2015, Art. 51 N 5 mit Hinweisen). Im Verhältnis zu diesem unangefochtenen Anklageziffer 4 abdeckenden Schuldspruch sind die Freisprüche daher nicht zu beanstanden.

c) Dagegen betreffen der Freispruch von der fahrlässigen Körperverletzung und der Schuldspruch der eventualiter angeklagten Vortrittsmissachtung Anklageziffer 1. Es geht nicht nur formell um dieselbe Anklageziffer, sondern inhaltlich um dieselbe Tat, nämlich laut Anklage um einen, auf denselben Willensakt zurückzuführenden Rechtsbruch, der entweder, wie vorliegend die Vorinstanz annahm, im Stadium der strassenverkehrsrechtlich strafbaren Gefährdung stehen bleibt oder zur hauptsächlich angeklagten realen Körperverletzung führt, welche die Verkehrsregelverletzung konsumierte (vgl. dazu etwa Weissenberger, a.a.O., Art. 90 N 45 f.). Da vorliegend die Beschuldigte unangefochten nur wegen Vortrittsmissachtung verurteilt ist, kann bezüglich der gleichen Tat nicht gleichzeitig noch ein Freispruch vom Vorwurf der fahrlässigen Körperverletzung ergehen. (...).

d) Ebenso verhält es sich bei den verschiedenen Varianten des strafbaren pflichtwidrigen Verhaltens bei Unfall nach Art. 92 des Strassenverkehrsgesetzes vom 19. Dezember 1958 (SVG, SR 741.01) (einfach ge-

A 5.5

mäss Hinweis des erstinstanzlichen Vorsitzenden bzw. qualifiziert oder versucht qualifiziert gemäss Anklageziffer 3). Sie betreffen eine identische Tat und konsumieren einander mit der Folge, dass die Beschuldigte bei einem Schuldspruch wegen einer Variante nicht von den beiden anderen Varianten freigesprochen werden darf. Der Prozessgegenstand ist mit der Verurteilung wegen fahrlässigen Verhaltens nach Art. 92 Abs. 1 SVG erledigt (...).

(Urteil vom 9. November 2016, STK 2016 17).

5.5 Unentschuldigtes Fernbleiben vor Gericht im Einspracheverfahren

- *Erscheint der Beschuldigte nicht zur Hauptverhandlung, ist kein Abwesenheitsverfahren durchzuführen, sondern gilt seine Einsprache gegen den Strafbefehl als zurückgezogen (Erw. 5).*

Aus den Erwägungen:

5. Weil also der Beschuldigte trotz seiner rechtsgültigen Verpflichtung zur persönlichen Teilnahme an der Hauptverhandlung in Kenntnis der Rechtsfolge, dass im Falle seiner unentschuldigten Abwesenheit, seine Einsprache als zurückgezogen gelte, der Hauptverhandlung unentschuldig fernblieb, gilt seine Einsprache als zurückgezogen. Entgegen der Auffassung des Beschuldigten ist das Abwesenheitsverfahren (Art. 366 ff. der Schweizerischen Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007, StPO, SR 312.0) nicht anwendbar. Sein Verteidiger leitet die Anwendbarkeit daraus ab, dass Art. 356 Abs. 4 StPO „eine einschränkende Regelung des Abwesenheitsverfahrens“ enthalte und gemäss den allgemeinen Bestimmungen (Art. 336 [Abs. 4] StPO) bei einer unentschuldigten Abwesenheit die Vorschriften über das Abwesenheitsverfahren gelten würden. Wenn es sich (wovon der Beschuldigte auszugehen scheint) so verhielte, dass Art. 336 Abs. 4 StPO die allgemeinere und Art. 356 Abs. 4 StPO die speziellere Norm wäre, müsste nach dem Grundsatz *lex specialis derogat legi generali* die Regelung von Art. 356 Abs. 4 StPO jener von Art. 336 Abs. 4 StPO vorgehen. Deshalb erschliesst sich nicht, was der Beschuldigte daraus zu seinen Gunsten ableiten will. Vielmehr führt dies zum Resultat, dass bei unentschuldigter Abwesenheit des Beschuldigten die Einsprache als zurückgezogen gilt und kein Abwesenheitsverfahren durchgeführt wird, was im Ergebnis der herrschenden Lehre entspricht (siehe namentlich Schwarzenegger, Schulthess-Komm

StPO, Art. 356 N 3; Riklin, OFK StPO, Art. 356 N 4; Riklin, in Niggli/Heer/Wiprächtiger (Hrsg.), Schweizerische Strafprozessordnung, Jugendstrafprozessordnung, 2. Auflage, Basel 2014 [BSK StPO], Art. 356 N 5; Maurer, BSK StPO, Art. 366 N 8; Schmid, a.a.O., Art. 356 N 4; Daphinoff, Das Strafbefehlsverfahren in der Schweizerischen Strafprozessordnung, Diss. Freiburg, Zürich/Basel/Genf 2012, S. 45 und 618 f.). Systematisch betrachtet ist sowohl das Strafbefehlsverfahren wie auch das Abwesenheitsverfahren bei den besonderen Verfahren im 8. Titel der StPO geregelt. Mithin handelt es sich um besondere Verfahren gleicher Stufe. Sie sind alternativ und nicht kumulativ anwendbar. Es ist nicht ersichtlich, dass der Gesetzgeber bei grundsätzlicher Anwendbarkeit des Strafbefehlsverfahrens plötzlich in ein anderes besonderes Verfahren, namentlich das Abwesenheitsverfahren, hätte überleiten wollen. Dies zeigt sich daran, dass Art. 356 Abs. 4 StPO gerade eine andere Rechtsfolge vorsieht, als die Anwendung des Abwesenheitsverfahrens.

(Beschluss vom 5. Dezember 2016, BEK 2016 63; eine Beschwerde in Strafsachen wurde mit BGer 6B_7/2017 vom 5. Mai 2017 abgewiesen).

5.6 Nicht korrekte Berufungsanmeldung

- *Ein blosses Motivierungsbegehren erfüllt die Anforderungen an eine rechtsgültige Berufungsanmeldung nicht (Erw. 3.a).*

Aus den Erwägungen:

3. a) (...). Die Strafprozessordnung sieht (...) ein zweigeteiltes Verfahren bei der Einlegung der Berufung vor. Die am Prozess beteiligten Parteien müssen in der Regel zweimal ihren Willen kundtun, das Urteil nicht zu akzeptieren, nämlich einmal im Rahmen der Anmeldung der Berufung nach der Eröffnung des Dispositivs, und ein zweites Mal nach Eingang des begründeten Urteils durch eine Berufungserklärung. Damit eine gegenüber dem urteilenden Gericht abgegebene Erklärung als rechtsgültige Anmeldung angesehen werden kann, muss in ihr mit der erforderlichen Klarheit festgehalten werden, dass gegen das angefochtene Urteil Berufung angemeldet werden will. Ein blosses „Motivierungsbegehren“ erfüllt dies nicht. Auf eine nach Eingang der schriftlichen Urteilsbegründung erfolgte (rechtzeitige) Berufungserklärung kann in einem solchen Fall nicht eingetreten werden. Über die Rechtzeitigkeit und Rechtsgültigkeit der Anmeldung entscheidet das Berufungsgericht

A 5.7

(Lucius Eugster, in: Basler Kommentar StPO, 2. Auflage, N 1 f. zu Art. 399 sowie N 2 zu Art. 403; Hug/Scheidegger, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, 2. Auflage, N 1 und 3 f. zu Art. 399; Brüscheiler, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber [Hrsg.], N 6 zu Art. 82; Urteil BGer vom 4. November 2013, 6B_458/2013, Erw. 1.3.2 und 1.4.1; Urteil BGer vom 18. Februar 2014, 6B_1217/2013, Erw. 2).

Vorliegend hat der Beschuldigte (...) gegenüber der Vorinstanz „die Begründung dieses Entscheides“ verlangt. Dies stellt nach dem klaren Wortlaut der Erklärung keine Berufungsanmeldung dar. Dass die weiteren Verfahrensbeteiligten dies im bisherigen Berufungsverfahren nicht moniert haben, vermag daran nichts zu ändern.

(Verfügung vom 19. April 2016, STK 2016 3).

5.7 Unanfechtbares Rechtshilfeersuchen ans Ausland

- *Aufgrund des Territorialitätsprinzips dürfen die kantonalen Strafverfolgungsbehörden im Ausland keine Zwangsmassnahmen anordnen (Erw. 2).*
- *Nicht jede Tätigkeit der Strafverfolgungsbehörden unterliegt der richterlichen Kontrolle durch die Beschwerdeinstanz (Erw. 3.a).*
- *An ausländische Behörden gerichtete Rechtshilfeersuchen kantonalen Strafverfolgungsbehörden sind weder anfechtbare Verfügungen noch Verfahrenshandlungen (Erw. 3.b und c).*

Aus den Erwägungen:

2. (...) Vorbehältlich abweichender völkerrechtlicher Bestimmungen ist ein Staat wegen des Territorialitätsprinzips nicht berechtigt, eigene Strafverfolgungsmassnahmen auf dem Hoheitsgebiet eines anderen Staates vorzunehmen (BGer 1B_344/2014 vom 14. Januar 2015, E. 5.3; vgl. Heimgartner/Niggli, in: Niggli/Heimgartner [Hrsg.], Basler Kommentar Internationales Strafrecht, Basel 2015, Einführung N 3; vgl. Heimgartner, Strafprozessuale Beschlagnahme, Zürich 2011, S. 129 und S. 266 f.; vgl. Riedo/Fiolka/Niggli, Strafprozessrecht sowie Rechtshilfe in Strafsachen, Basel 2011, Rz. 3136). Es ist grundsätzlich der ordentliche Weg der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen zu beschreiten (BGer 1B_344/2014 vom 14. Januar 2015, E. 5.3; vgl. Heimgartner, a.a.O., S. 267; vgl. Riedo/Fiolka/Niggli, a.a.O., Rz. 3136 f.), vorliegend in Bezug auf die sogenannte „akzessorische“ Rechtshilfe im Fürstentum

Liechtenstein gestützt auf das Europäische Übereinkommen über die Rechtshilfe in Strafsachen vom 20. April 1959 (EÜR, SR 0.351.1) und das Übereinkommen vom 8. November 1990 über Geldwäscherei sowie Ermittlung, Beschlagnahme und Einziehung von Erträgen aus Straftaten (GwÜ, SR 0.311.53; Art. 1 der Schweizerischen Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007 [StPO, SR 312.0] und Art. 54 StPO i.V.m. Art. 1 Abs. 1 lit. b des Bundesgesetzes über internationale Rechtshilfe in Strafsachen vom 20. März 1981 [IRSG, SR 351.1]). (...) Die Staatsanwaltschaft trägt somit zu Recht vor, sie sei nicht zuständig für die Anordnung von Zwangsmassnahmen im Ausland. Nur die zuständige Behörde im Fürstentum Liechtenstein kann die Kontosperrungen und Beschlagnahme von Vermögenswerten auf den Konten bei der Bank X. anordnen.

3. a) Gegen Verfügungen und Verfahrenshandlungen der Staatsanwaltschaft kann Beschwerde geführt werden (Art. 393 Abs. 1 lit. a StPO). Eine eigentliche Begriffsdefinition der Verfügung enthält die StPO nicht (vgl. Guidon, Die Beschwerde gemäss Schweizerischer Strafprozessordnung, Zürich 2011, Rz. 12). Allgemein wird darunter eine hoheitliche Verfahrenshandlung verstanden, welche ein staatliches Organ kraft seiner dem Adressaten übergeordneten Stellung innerhalb des öffentlichen Aufgabenbereichs ausübt (vgl. Guidon, a.a.O., Rz. 12; vgl. Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Auflage, Zürich 2006, Rz. 858), wodurch die betreffende Behörde in einem konkreten Fall Rechte und Pflichten begründet, ändert oder aufhebt (vgl. Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., Rz. 862) und welche verbindlich und erzwingbar ist (vgl. Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., Rz. 864; vgl. zum Ganzen auch: Keller, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, 2. Auflage, Zürich 2014, Art. 393 N 10; Guidon, in: Niggli/Heer/Wiprächtiger [Hrsg.], Basler Kommentar Schweizerische Strafprozessordnung, 2. Auflage, Basel 2014, Art. 393 N 6). (...).

Mit Beschwerde anfechtbar sind sodann nicht nur Verfügungen der Staatsanwaltschaft, sondern auch deren Verfahrenshandlungen (vgl. Art. 393 Abs. 1 lit. a StPO). Hierunter fallen alle übrigen hoheitlichen Verfahrenshandlungen, welche nicht in die besondere Form eines Beschlusses oder einer Verfügung zu kleiden sind (Guidon, a.a.O., Art. 393 N 6). Allerdings darf diese Aussage nicht zum irrigen Schluss verleiten, jede irgendwie geartete Tätigkeit der Strafverfolgungsbehörden unterliege der richterlichen Kontrolle durch die Beschwerdeinstanz (Guidon, a.a.O., Art. 393 N 6; Guidon, a.a.O., Rz. 20; vgl. auch Keller, a.a.O., Art. 393 N 11). Vernünftigerweise sind damit nur Akte gemeint, welche das Straf-

A 5.7

verfahren vorantreiben und auf diese Weise die Rechtsstellung von Verfahrensbeteiligten berühren (Keller, a.a.O., Art. 393 N 11). (...).

b) Die Beschlagnahme wird in der Schweiz mit einem – abgesehen von dringlichen Fällen – schriftlichen Beschlagnahmefehl angeordnet (Art. 263 Abs. 2 StPO), welcher oft als solcher bezeichnet wird. Die Staatsanwaltschaft betitelte ihr Schreiben vom 27. Oktober 2016 nicht als „Befehl“, sondern als „Verfügung“. Letztere Bezeichnung ist im Hinblick auf deren dogmatische Bedeutung unzutreffend: Das als Verfügung bezeichnete Schreiben der Staatsanwaltschaft vom 27. Oktober 2016 stellt keine Verfügung im Rechtssinne dar, weil die betreffende Staatsanwaltschaft damit keine Rechte und Pflichten begründete, änderte oder aufhob, was auch die Wortwahl der Staatsanwaltschaft belegt, wonach die Bank X. (Liechtenstein) „angewiesen werden soll“ und eben nicht „angewiesen wird“. Daher spielt es auch keine Rolle, dass die Staatsanwaltschaft neben dieser „Verfügung“ separat noch ein an das Fürstliche Landgericht Liechtenstein adressiertes Gesuch um Rechtshilfe in Strafsachen betreffend Sperre von Bankkonten und Beschlagnahme von Vermögenswerten stellte. Als Antrag wiederholte sie darin lediglich unter anderem Ziff. 2 der vorgenannten „Verfügung“, zumal sie, wie erwähnt, nicht zuständig ist für die Anordnungen von Zwangsmassnahmen ausserhalb der Schweiz. Die angefochtene „Verfügung“ vom 27. Oktober 2016 stellt also ein blosses Rechtshilfegesuch bzw. einen Teil eines Rechtshilfegesuchs dar, welches für die Beschwerdeführerin noch keine Rechtsfolgen zeitigt. Die Staatsanwaltschaft bezeichnet die „Verfügung“ somit zu Recht als „Beilage“ zum gleichentags gestellten Rechtshilfeersuchen. Dies erklärt auch, weshalb die Staatsanwaltschaft auf eine Zustellung an die Beschwerdeführerin verzichtete. In Übereinstimmung damit handelt es sich nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung bei der Streitfrage, ob die Staatsanwaltschaft im Rahmen einer Untersuchungsmassnahme ein internationales Rechtshilfe- bzw. Rückzugsersuchen im Sinne des IRSG zu stellen habe oder nicht, nicht (unmittelbar) um einen strafprozessualen Zwangsmassnahmenentscheid im Sinne der StPO (bzw. des Bundesgesetzes über die Bundesstrafrechtspflege vom 15. Juni 1934, BStP, aufgehoben am 1. Januar 2011; BGer 1B_285/2011 vom 18. November 2011, E. 2.2; vgl. auch Beschluss des Bundesstrafgerichts vom 12. Dezember 2012, BB.2012.96, E. 1.2). Gegenstand der vorliegenden Beschwerde ist folglich – trotz der Bezeichnung des Rechtshilfegesuchs als Beschlagnahmeverfügung – kein Zwangsmassnahmenentscheid einer Strafverfolgungsbehörde des Kantons Schwyz. Der angefochtene Entscheid vom 27. Oktober 2016 ist somit keine anfechtbare Verfügung im Sinne von Art. 393 Abs. 1 lit. a StPO, weshalb auf die Beschwerde nicht eingetreten werden kann.

Anzumerken bleibt, dass das Vorgehen der Staatsanwaltschaft – sie formulierte das eigentliche Ersuchen an das Fürstliche Landgericht sowie die angefochtene „Verfügung“ in zwei separaten Schriftstücken – darin begründet liegt, dass das liechtensteinische Rechtshilfegesetz (RHG, LR-Nr. 351) in Art. 56 Abs. 2 vorschreibt, einem ausländischen Ersuchen müsse die Ausfertigung, beglaubigte Abschrift oder Ablichtung der Anordnung der zuständigen (ausländischen) Behörde beigelegt sein. Sofern es sich nicht um eine Anordnung eines ausländischen Gerichts handle, müsse eine Erklärung der um die Rechtshilfe ersuchenden Behörde vorliegen, dass die für diese Massnahme erforderlichen Voraussetzungen nach dem im ersuchenden Staat geltenden Recht erfüllt seien (Art. 56 Abs. 2 Satz 2 RHG). Die Staatsanwaltschaft erklärte in der Beschwerdevernehmlassung denn auch, dass die „Verfügung“ in Nachachtung der Wegleitung des Bundesamtes für Justiz, Die internationale Rechtshilfe in Strafsachen, 9. Auflage, 2009, insbesondere Fussnote 296, lediglich der Illustration diene, dass die beantragende schweizerische Staatsanwaltschaft befugt wäre, eine solche Zwangsmassnahme selbständig, ohne gerichtliche Mitwirkung, zu verfügen.

c) Das Ersuchen um Rechtshilfe stellt zwar, wie soeben dargelegt, keine „Verfügung“ im Rechtssinne dar, es könnte indessen als „Verfahrenshandlung“ der Staatsanwaltschaft qualifiziert werden und dagegen stünde, wie ebenfalls bereits ausgeführt, die Beschwerde nach der StPO offen (Art. 393 Abs. 1 lit. a StPO). Art. 54 StPO sieht aber ausdrücklich vor, dass die Gewährung der internationalen Rechtshilfe und das Rechtshilfeverfahren sich nur soweit nach den Bestimmungen der StPO richten, als andere Gesetze des Bundes und völkerrechtliche Verträge dafür keine Bestimmungen enthalten (vgl. Beschluss des Bundesstrafgerichts vom 12. Dezember 2012, BB.2012.96, E. 1.2). Art. 25 IRSG regelt die Beschwerdemöglichkeiten im Rechtshilfeverfahren sowohl gegen erstinstanzliche Verfügungen der kantonalen Behörden und der Bundesbehörden (Abs. 1) als auch gegen schweizerische Ersuchen an einen anderen Staat (Abs. 2), sodass die StPO für die Beantwortung der Eintretensfrage auf die vorliegende Beschwerde gar nicht erst heranzuziehen ist. Laut Art. 25 Abs. 2 Satz 1 IRSG ist gegen ein schweizerisches Ersuchen an einen anderen Staat die Beschwerde nur zulässig, wenn dieser um Übernahme der Strafverfolgung oder der Urteilsvollstreckung ersucht wird (vgl. auch Beschluss des Bundesstrafgerichts vom 12. Dezember 2012, BB.2012.96, E. 1.2). E contrario ist die Beschwerde gegen Rechtshilfeersuchen, welche etwas anderes zum Gegenstand haben, ausgeschlossen (vgl. Gless/Schaffner, in: Niggli/Heimgartner [Hrsg.], Basler Kommentar Internationales Strafrecht, Basel 2015,

A 5.7

Art. 21 N 19 sowie Art. 25 N 17). Die in der Schweiz zur Verfügung stehenden Rechtsschutzmöglichkeiten sind schwerpunktmässig im Zusammenhang mit dem nationalen Strafverfahren (und nicht mit dem aktiven Rechtshilfverfahren) zu suchen (Gless/Schaffner, a.a.O., Art. 21 N 19; vgl. Entscheid der Beschwerdekammer des Bundesstrafgerichts vom 19. Januar 2016, RR.2015.235 und RP.2015.44, E. 3.2, m.N.). Und selbst wenn entgegen des Wortlauts von Art. 25 Abs. 2 Satz 1 IRSG davon auszugehen wäre, es könne gegen das rechtshilfweise Ersuchen um Sperren von ausländischen Konten Beschwerde geführt werden, so wäre hierfür nicht das Kantonsgericht als kantonale Beschwerdeinstanz, sondern die Beschwerdekammer des Bundesstrafgerichts zuständig (vgl. Art. 25 Abs. 1 IRSG). Auch aus diesen Gründen ist auf die vorliegende Beschwerde nicht einzutreten. Richten sich die Schweizer Rechtsmittel im (internationalen) Rechtshilfverfahren ohnehin nicht nach der StPO (vgl. Art. 54 StPO), braucht nicht beurteilt zu werden, ob das vorliegende Ersuchen eine anfechtbare „Verfahrenshandlung“ im Sinne von Art. 393 Abs. 1 lit. a StPO darstellt.

Im Übrigen erscheint es grundsätzlich sachgerecht, dass gegen das Rechtshilfeersuchen der Staatsanwaltschaft an das Fürstliche Landgericht Liechtenstein weder bei der kantonalen Beschwerdeinstanz noch beim Bundesstrafgericht Beschwerde geführt werden kann. Die Zulassung der Beschwerde in diesem Fall würde eine Doppelspurigkeit in dem Sinne bedeuten, als ein Schweizer Gericht das Rechtshilfegesuch als Verfahrenshandlung überprüfen und gleichzeitig ein ausländisches Gericht den Entscheid über das Rechtshilfegesuch fällen würde. Die Beschwerdeführerin bringt dagegen zusammengefasst vor, das Fürstliche Landgericht überprüfe die materiellen Voraussetzungen der Kontosperre und Vermögensbeschlagnahme aufgrund des völkerrechtlichen Vertrauensgrundsatzes nicht umfassend, weshalb ohne Zulassung des Beschwerderechts im ersuchenden Staat gegen das Gesuch die Möglichkeit fehlen würde, solche Zwangsmassnahmen umfassend durch ein Gericht prüfen zu lassen. Dazu nur so viel: Träfe diese Argumentation zu, hinge die Beschwerdemöglichkeit in der Schweiz gegen ein Rechtshilfeersuchen davon ab, wie der mit dem Ersuchen befasste ausländische Staat dieses Gesuch gerichtlich überprüft resp. überprüfen kann. Mit anderen Worten würde sich die Zulässigkeit der Beschwerdemöglichkeit in der Schweiz jeweils danach richten, welches ausländische Gericht das Rechtshilfegesuch überprüft. Abgesehen davon, dass die Beschwerdemöglichkeit in der Schweiz so nur schwer vorhersehbar wäre und deshalb unter Rechtssicherheitsaspekten untragbar erscheint, würde dadurch das Territorialitätsprinzip zumindest tangiert: Laut Art. 58 RHG (FL) ist Rechtshilfe (durch das Fürstentum) nach den im Inland geltenden Vor-

schriften über das strafgerichtliche Verfahren zu leisten. Das Fürstentum Liechtenstein vollzieht die Rechtshilfe also nach seinem Recht mit den dort vorgesehenen Rechtsmittelmöglichkeiten. Durch eine parallele Beschwerdeführung in der Schweiz und in Liechtenstein würden die Schweizer Gerichte diese Autonomie der ausländischen Behörden, i.c. der liechtensteinischen, nicht voll respektieren, jedenfalls de facto nicht. Die Zuständigkeit Liechtensteins kann also aus Gründen des Territorialitätsprinzips (der Grundrechtseingriff findet in Liechtenstein statt) nicht, auch nicht mittelbar, durch eine Beschwerdemöglichkeit in der Schweiz gegen das Rechtshilfeersuchen umgangen werden. Hinzu kommt, dass gegen den Beschluss des Rechtshilfegerichts (Landgericht; vgl. Art. 55 Abs. 1 RHG), mit dem das Rechtshilfeverfahren abgeschlossen wird, zusammen mit den vorangehenden Beschlüssen Beschwerde geführt werden kann (Art. 58c Abs. 1 RHG). Die Beschwerdeführerin hat somit tatsächlich eine Beschwerdemöglichkeit im Fürstentum Liechtenstein, und von dieser machte sie nach eigenen Angaben auch bereits Gebrauch. Mit dem in Liechtenstein eingelegten Rechtsmittel gegen den Entscheid der liechtensteinischen Behörde in jenem (ordentlichen) Verfahren kann die Beschwerdeführerin ihre Interessen ausreichend wahren. (Verfügung vom 29. Dezember 2016, BEK 2016 166).

6. Schuldbetreibungs- und Konkursrecht

6.1 Provisorische Rechtsöffnungen (Leitsätze)

- *Für die Rechtsöffnung in der Betreuung auf Grundpfandverwertung muss sowohl ein Titel für die Forderung wie auch für das Pfandrecht vorgelegt werden (Erw. 4.c). Da die Gesuchstellerin mangels Vorlage des Schuldbriefs ihre Berechtigung zur Durchführung einer Grundpfandverwertung nicht darzulegen vermag, kann in der vorliegenden Betreuung auf Grundpfandverwertung keine Rechtsöffnung erteilt werden (Erw. 6.b).*
(Beschluss vom 3. Februar 2016, BEK 2015 49).

- *Für Mahngebühren kann Rechtsöffnung erteilt werden, wenn im Voraus ein bestimmter Betrag pro Mahnung anerkannt worden ist (Erw. 2.c).*
(Beschluss vom 27. Juni 2016, BEK 2016 46).

A 6.2

- *Bei einem Darlehensvertrag obliegt es im Bestreitungsfall dem Gläubiger, die Auszahlung der Darlehenssumme zu beweisen. Gleichermassen verhält es sich beim synallagmatischen Mietvertrag, bei welchem der Mieter das Rechtsöffnungsbegehren zu Fall bringen kann, indem er (bloss) behauptet, er habe das Mietobjekt nicht erhalten. Dem kann die Vermieterin nicht entgegenhalten, der Mieter sei gemäss Vertrag vorleistungspflichtig. Die Behauptung von Mängeln des Mietobjektes müsste der Mieter dagegen wahrscheinlich machen (dazu vgl. auch BEK 2016 28 vom 10. Juni 2016 Erw. 5), ausser es handelte sich um Mängel, die schon bei der Übergabe bestanden und die richtige Erfüllung durch den Vermieter in Frage stellten (Erw. 4.a).*
(Beschluss vom 8. August 2016, BEK 2016 48; auf eine Verfassungsbeschwerde wurde mit BGer 5D_152/2016 vom 20. Oktober 2016 nicht eingetreten).
- *Wesentliche Änderungen der allgemeinen Verhältnisse oder der Eintritt von unvorhersehbaren Ereignissen, wie z.B. Krieg oder Wirtschaftskrisen, die zum finanziellen Ruin einer Partei führen, können wichtige Gründe im Sinne von Art. 266g OR darstellen. Blosser Geschäfts- und Konjunkturschwankungen berechtigen hingegen nicht zu einer Kündigung aus wichtigen Gründen. Weder für den behaupteten Verlust noch dafür, dass die Aufwertung des Schweizer Frankens die Ursache für diesen Verlust ist, gibt es objektive Anzeichen, welche die ausserterminliche Kündigung des als provisorischen Rechtsöffnungstitel geltend gemachten Mietvertrages untermauern und dadurch glaubhaft erscheinen lassen (Erw. 3).*
(Beschluss vom 26. September 2016, BEK 2016 88).

6.2 Arrest

- *Da der Arrestentscheid ohne vorgängige Anhörung gefällt wird, gleicht er den superprovisorischen Massnahmen gemäss Art. 265 ZPO, unterscheidet sich aber von diesen in zweierlei Hinsicht. Einerseits schliesst die Verfügung, die den Erlass eines Arrestes verweigert, das Verfahren ab und führt nicht zu einer vorsorglichen Massnahmeverhandlung; andererseits kann die Arrestbewilligung von einem Betroffenen nur mittels Einsprache angefochten werden. Da die Arrestlegung überraschend erfolgen muss, ist der Beschwerdegegner auch im Beschwerdeverfahren gegen die Nichtbewilligung des Arrests nicht zur Stellungnahme aufzufordern (Erw. 3).*
(Beschluss vom 14. Juli 2016, BEK 2016 16).

B Verwaltungsgericht

1. Verfahren

1.1 Beschwerdelegitimation

- *Beschwerdelegitimation eines Pächters zur Anfechtung der Abparzellierung eines Gebäudes ab einem landwirtschaftlichen Grundstück.*

Aus den Erwägungen:

2.2 Nach Art. 83 Abs. 3 des Bundesgesetzes über das bauerliche Bodenrecht (BGBB; SR 211.412.11) vom 4. Oktober 1991 ist der Pächter zur Erhebung der Beschwerde gegen die Erteilung einer Bewilligung legitimiert, wenn tatsächlich ein Pachtvertrag (bezüglich eines bestimmten Grundstücks bzw. Grundstücksteils) besteht (Herrenschwand/Stalder im Kommentar BGBB, Art. 83 N 16). (...).

2.3 Im vorliegenden Fall soll eine Ausnahme vom Realteilungsverbot (Art. 58 Abs. 2 BGBB i.V.m. Art. 60 Abs. 1 lit. a BGBB) bewilligt werden. Art. 83 Abs. 3 BGBB ist somit grundsätzlich anwendbar. Der Beschwerdeführer hat im Rahmen des Pachtvertrags vom 25. März 2007 jedoch kein Nutzungsrecht für das Wohnhaus erworben. (...). Der Beschwerdeführer kann seine Beschwerdelegitimation folglich nicht auf Art. 83 Abs. 3 BGBB stützen. Fraglich ist, ob sich eine solche aus anderen Gründen ergeben könnte.

3.1 Zur Einreichung eines Rechtsmittels ist nach § 37 Abs. 1 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege (VRP; SRSZ 234.110) vom 6. Juni 1974 berechtigt, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen hat 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 Entscheides oder der Verfügung hat. Gefordert wird ein rein prozessuales Rechtsschutzinteresse. Dieses besteht im praktischen Nutzen, den die Beschwerde den davon Gebrauch machenden Personen eintragen würde bzw. in der Abwendung eines Nachteils, den die angefochtene Verfügung für jene zur Folge hätte (vgl. VGE III 2015 56 vom

B 1.1

28. Mai 2015 Erw. 2.3.1; VGE III 2012 20 vom 23. Mai 2012 Erw. 1.3; VGE III 2011 61 vom 21. September 2011 Erw. 1.2.2; Hensler, Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde im Kanton Schwyz, S. 37 ff.). Zu beachten ist, dass der Beschwerdeführer durch die getroffene Verfügung stärker als jedermann betroffen sein muss, mithin ein Interesse vorzuweisen hat, das sich vom allgemeinen Interesse der übrigen Bevölkerung abhebt (vgl. Seiler/von Werdt/Güngerich, Bundesgerichtsgesetz [BGG], Bern 2007, Art. 89 N 20; Auer/Müller/Schindler, VwVG, Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Zürich/St. Gallen 2008, Art. 48 N 12).

3.2 Der Beschwerdeführer wäre vor dem Hintergrund des BGGB namentlich dann stärker als jedermann betroffen, wenn er durch die Entlassung aus dem BGGB eines Vorkaufsrechts am auszuparzellierenden Wohnhaus verlustig gehen würde. Ein solches würde ihm gegenüber jedem anderen potentiellen Erwerber, der nicht seinerseits ein Vorkaufsrecht geltend machen kann, eine privilegierte Position verschaffen.

Das Wohnhaus bildet, wie gesagt, nicht Gegenstand des Pachtvertrages. Mithin kann der Beschwerdeführer auch aus dem Vorkaufsrecht eines Pächters (Art. 47 BGGB) nichts zu seinen Gunsten herleiten.

In seiner Eigenschaft als Neffe des Beschwerdegegners steht ihm ein Vorkaufsrecht nur bei der Veräusserung eines landwirtschaftlichen Gewerbes, nicht aber bei der Veräusserung eines landwirtschaftlichen Grundstücks zu (vgl. Art. 42 Abs. 1 Ziff. 2 und Art. 42 Abs. 2 BGGB). Vorliegend steht indes auch noch nicht die Veräusserung eines Grundstücks zur Diskussion, sondern vorerst eine Aufteilung eines landwirtschaftlichen Grundstücks in einen Teil innerhalb und einen Teil ausserhalb des Geltungsbereichs des BGGB (Art. 60 Abs. 1 lit. a BGGB). Der Beschwerdeführer kann vorliegend, da nur ein landwirtschaftliches Grundstück betroffen ist, folglich auch aus seiner verwandtschaftlichen Nähe zum Beschwerdegegner kein schützenswertes Interesse ableiten.

Wenn der Beschwerdegegner das Wohnhaus nach der Entlassung aus dem Geltungsbereich des BGGB erwerben möchte und hierfür wohl einen höheren Kaufpreis bezahlen müsste, stellt dies ebenfalls kein schützenswertes Interesse dar. Dies trifft ihn nicht anders als jeden allfälligen Kaufinteressierten.

3.3 Was die konkreten Einwände des Beschwerdeführers anbelangt, spricht er damit praktische (Nutzungs-)Probleme an, welche offensichtlich bereits jetzt bestehen und an welchen sich durch die Entlassung aus

dem Geltungsbereich der Liegenschaft aus dem BGGB nichts ändert. (...).

Dem Beschwerdeführer mangelt es somit auch an der Beschwerdelegitimation nach § 37 Abs. 1 VRP, weswegen gemäss § 27 Abs. 2 VRP auf sein Rechtsmittel nicht einzutreten ist.

(VGE III 2016 40 vom 28. Juli 2016).

1.2 Rechtliches Gehör – (abgeschwächtes) Rügeprinzip im Verwaltungsverfahren

- *Zulässigkeit der Aufhebung einer Baubewilligung durch den Regierungsrat wegen Mängeln, die nicht gerügt wurden.*

Aus den Erwägungen:

1. Der Regierungsrat begründete die Aufhebung des angefochtenen Gemeinderatsbeschlusses und die Rückweisung an den Gemeinderat im Wesentlichen wie folgt:

Die Beschwerdeführer (Beschwerdegegner im vorliegenden Verfahren) hätten zwar nicht explizit unzulässige Grenzabstände, maximale Gebäudehöhe und Gebäudeabstand gerügt. Trotzdem prüfe der Regierungsrat die Einhaltung dieser Bauvorschriften von Amtes wegen. (...).

2.1 Die Beschwerdeführer machen vorab eine Überschreitung der Rechtsprechungskompetenz und eine Verletzung des rechtlichen Gehörs durch den Regierungsrat geltend.

2.2 Vorab ist an die aufsichtsrechtliche Funktion des Regierungsrates zu erinnern. Der Regierungsrat übt die Aufsicht über die Bezirke und Gemeinden sowie die öffentlich-rechtlichen Körperschaften aus (§ 61 der Verfassung des Kantons Schwyz [KV; SRSZ 100.100] vom 24. November 2010) und wacht über die Erhaltung des Vermögens derselben (§ 88 Abs. 1 des Gesetzes über die Organisation der Gemeinden und Bezirke [GOG; SRSZ 152.100] vom 29. Oktober 1969). Er erlässt die ihm nötig scheinenden Weisungen an die Gemeinderäte über den richtigen Vollzug von Rechtssätzen des Bundes und des Kantons und sorgt für den Vollzug seiner Verfügungen (§ 88 Abs. 2 GOG).

Das Aufsichtsrecht dient der Verwirklichung des Legalitätsprinzips. Zu beachten sind dabei das Opportunitätsprinzip (Eignung des Eingriffs)

B 1.2

und das Verhältnismässigkeitsprinzip (Thalmann, Kommentar zum Zürcher Gemeindegesetz, 3. Aufl., Wädenswil 2000, Vorbemerkung zu §§ 141-150 N 5 und 7.1 f.). Die Aufsichtsbehörden schreiten entsprechend der Funktion des Aufsichtsrechts und mit Rücksicht auf die Autonomie der Gemeinden nur bei Verletzung klaren materiellen Rechts, bei Missachtung wesentlicher Verfahrensgrundsätze oder bei Gefährdung wichtiger öffentlicher Interessen ein (Thalmann, a.a.O., Vorbemerkung zu §§ 141-150 N 8.5; Griffel, in: Kommentar VRG, Vorbemerkungen zu §§ 19-28a N 81; vgl. VGE III 2014 116+129 vom 25. November 2014 Erw. 6.1).

Es ist somit grundsätzlich nicht zu beanstanden, wenn der Regierungsrat eine Baubewilligung auch wegen Mängeln, die nicht gerügt werden, aufhebt oder zu ergänzenden Abklärungen an die Bewilligungsbehörde zurückweist. Hierzu ist er kraft seiner aufsichtsrechtlichen Funktion durchaus befugt.

2.3.1 Die Behörde ermittelt gemäss § 18 Abs. 1 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege (VRP; SRSZ 234.110) vom 6. Juni 1974 von Amtes wegen den für die Verfügung oder den Entscheid erheblichen Sachverhalt und erhebt die erforderlichen Beweise (unter Vorbehalt der Mitwirkungspflicht der Parteien gemäss § 19 VRP). Sie würdigt die Beweise nach pflichtgemäßem Ermessen (§ 25 VRP). Sie wendet das Recht von Amtes wegen an (§ 26 Abs. 1 VRP). Die (Verwaltungs-) Beschwerdeinstanz ist an die Anträge der Parteien nicht gebunden. Sie kann die Verfügung oder den Entscheid zugunsten oder zuungunsten einer Partei ändern (§ 49 VRP). Demgegenüber ist das Verwaltungsgericht an die Parteienanträge gebunden. Es darf weder zu Gunsten noch zu Ungunsten der Parteien über deren Begehren hinausgehen (§ 58 VRP).

2.3.2 Das Rügeprinzip bedeutet, dass die urteilende Behörde nicht verpflichtet ist, die angefochtene Verfügung/den angefochtenen Entscheid auf sämtliche denkbaren Mängel hin zu untersuchen. Vielmehr soll sie sich grundsätzlich nur mit jenen rechtlichen Einwänden auseinandersetzen müssen, die vom Beschwerdeführer in irgendeiner Form thematisiert worden sind. Das so verstandene Rügeprinzip ist im Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG; SR 172.021) vom 20. Dezember 1968, auf welches die Beschwerdeführer vergleichsweise verweisen, nicht explizit verankert. Art. 62 Abs. 4 VwVG hält vielmehr fest, dass die Begründung der Begehren die Beschwerdeinstanz nicht bindet. Es gilt im Verwaltungsbeschwerdeverfahren insoweit ein abgeschwächtes Rügeprinzip, als

nicht Fragen beurteilt werden, deren Relevanz sich weder aus den Parteivorbringen ergibt noch in die Augen springt (Auer, in: Auer/Müller/Schindler, Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Bern 2008, Art. 12 N 12; Camprubi, ebenda, Art. 62 N 15; vgl. Zibung/Hofstetter, in: Waldmann/Weissenberger, Praxiskommentar VwVG, 2. Aufl., Zürich 2016, Art. 49 N 37 und 53; Bertschi, in: Kommentar VRG, Vorbemerkungen zu §§ 19-28a N 31 [offensichtliche Mängel]; Donatsch, ebenda, § 50 N 10; BVGE 2010/64 Erw. 1.4.1). Diese Praxis widerspiegelt sich letztlich auch im von den Beschwerdeführern (Beschwerde S. 28 f. Ziff. 7.3) zitierten BGE 110 V 52 Erw. 4. Zu beachten ist des Weiteren, dass insbesondere an Laieneingaben keine allzu strengen Anforderungen gestellt werden dürfen (Seethaler/Portmann, in: Waldmann/Weissenberger, a.a.O., Art. 52 N 49; VGE III 2014 72 vom 22. Mai 2014 Erw. 1.1; VGE III 2011 68 vom 6. Oktober 2011 Erw. 1.1 mit weiteren Hinweisen).

2.4.1 (...).

2.4.3 (...).

Der Gemeinderat hat sich in der Baubewilligung zuständigkeitshalber zu den Gebäude- und Firsthöhen sowie den Grenzabständen geäußert und diese – unter Berücksichtigung einer im Grundbuch anzumerkenden ungleichen Grenzabstandsverteilung – als eingehalten beurteilt.

Indessen hat der Regierungsrat einerseits festgestellt, dass in den Plänen bei der Südfassade zwei unterschiedliche Gebäudehöhen vermerkt sind; andererseits ist nach seiner Auffassung die Ostfassade als eine einzige Fassade zu betrachten. Das eine wie das andere ist augenfällig. Hinzu kommt das hohe, nicht nur private, sondern insbesondere auch öffentliche Interesse an korrekten Grenzabständen. Es konnte/kann dem Regierungsrat mithin nicht verwehrt werden, im Rahmen der Verwaltungsbeschwerde die (Grenz- und Gebäude-)Abstände einer näheren Prüfung unterzogen zu haben bzw. zu unterziehen.

(VGE III 2016 5 vom 28. Juni 2016).

1.3 Rechtliches Gehör – Begründungspflicht

- *Anforderungen an die Begründung eines Vergabeentscheidendes.*
- *Kein Anspruch des Anbieters auf eine Anhörung vor Abbruch eines Vergabeverfahrens.*

B 1.3

Aus den Erwägungen:

3.3.2 Die Pflicht zur Begründung eines Entscheides bzw. einer Verfügung gründet im verfassungsmässigen Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft [BV; SR 101] vom 18. April 1999). Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung soll die Begründungspflicht verhindern, dass sich die Behörde von unsachlichen Motiven leiten lässt, und es dem Betroffenen ermöglichen, die Verfügung gegebenenfalls sachgerecht anzufechten. Die Begründung muss so abgefasst sein, dass sich der Betroffene über die Tragweite des Entscheids Rechenschaft geben und ihn in voller Kenntnis der Sache an die höhere Instanz weiterziehen kann (vgl. BGE 136 I 229 Erw. 5.2; BGE 136 I 184 Erw. 2.2.1; Bundesgerichtsurteil 1C_452/2012 vom 18. November 2013 i.Sa. A. et al. vs. VerwGer SZ Erw. 2.2; Bundesgerichtsurteile 9C_101/2011 vom 21. Juli 2011 Erw. 6.1; 9C_257/2011 vom 25. August 2011 Erw. 5.1).
(...).

4.1.1 Die Vorinstanz hat in der angefochtenen Verfügung unter „Sachverhalt“ die Auffassung des Ressorts Infrastruktur wiedergegeben, wonach aufgrund der ungenügenden Anzahl von Angeboten kein Vergleich respektive kein Wettbewerb möglich sei. Diese Argumentation wurde in die Erwägung der Verfügung übernommen. (...).

4.1.2 Die angefochtene Verfügung enthält eine Begründung. Dass bei einem einzigen Angebot die Vergleichbarkeit der Angebote nicht gegeben ist (bzw. nicht gegeben sein kann) und sich insofern – im Sinne eines Indizes – auch der Schluss auf einen fehlenden wirksamen Wettbewerb aufdrängen kann, ist indessen selbstverständlich und müsste an und für sich nicht eigens Erwähnung finden. Mithin ist die Frage durchaus berechtigt, ob die Vorinstanz ihrer Begründungspflicht mit dieser Feststellung in einem rechtsgenügenden Mass nachgekommen ist. Insbesondere ist es nicht nachvollziehbar, dass und weshalb die Vorinstanz die mit der Vernehmlassung ergänzte Begründung, namentlich dass eine erhebliche Abweichung der (einigen) Offerte für die Sofortmassnahme der Sanierung vom budgetierten Kostenvoranschlag besteht, nicht bereits in die angefochtene Verfügung aufnehmen konnte. Dabei ist mitzuberücksichtigen, dass eine Begründung nicht nur die Anfechtung eines Entscheides/einer Verfügung ermöglicht bzw. ermöglichen soll, sondern auch für den Entscheid, ob überhaupt ein Rechtsmittel ergriffen werden soll, von Bedeutung ist.

4.1.3 Die Verfügung erweist sich mithin als sehr knapp begründet. Unter Berücksichtigung der mit der vorinstanzlichen Vernehmlassung vorgenommenen Ergänzungen wird sie den formellen Mindestanforderungen jedoch gerecht (vgl. analog Bundesgerichtsurteil 1C_468/2015 vom 15. Februar 2015 [i.S. EG F. c. VerwGer SZ] Erw. 3.2). Hierzu konnte sich die Beschwerdeführerin mit ihrer Replik äussern. Damit ist gleichzeitig auch gesagt, dass eine allfällige Gehörsverletzung infolge einer ungenügenden Begründung angesichts der von der Vorinstanz mit der Vernehmlassung vorgetragenen Begründung im vorliegenden Beschwerdeverfahren als geheilt zu gelten hätte. Im Lichte dieser Begründung müsste eine Rückweisung der Sache an die Vorinstanz zur Ergänzung der Begründung auf jeden Fall als verfahrensökonomisch wenig sinnvoll bzw. als formalistischer Leerlauf qualifiziert werden. Nicht anders zu entscheiden wäre selbst dann, wenn die Vorinstanz mit ihrem Vorgehen (Ergänzung der Begründung/Begründungswechsel) den Grundsatz von Treu und Glauben verletzt hätte. Indessen muss die Vorgehensweise der Vorinstanz bei der Kostenverlegung Konsequenzen zeitigen.

4.1.4 Soweit die Beschwerdeführerin auch rügt, es hätte ihr bereits vor der Abbruchverfügung das rechtliche Gehör gewährt werden müssen, ergibt sich ein solcher Anspruch – anders als beim Verdacht, dass ein Grund für einen Ausschluss aus dem Verfahren besteht (vgl. § 26 Abs. 3 der Verordnung zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. Dezember 2004 [VIVöB; SRSZ 430.130]) – grundsätzlich weder aus der Gesetzgebung zum öffentlichen Beschaffungswesen noch aus dem übrigen gesetzten Recht unter Einschluss der Verfassung. Art. 53 Abs. 1 Satz 2 des Vorentwurfs vom 1. April 2015 zum revidierten Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB; SR 172.056.1; vom 16. Dezember 1995) (EntwrevBöB) sieht explizit vor, dass Anbieter vor der Eröffnung der Verfügung keinen Anspruch auf rechtliches Gehör haben, was unter anderem mit dem speziellen Charakter des Verfahrens bei öffentlichen Beschaffungen begründet wird (Erläuternder Bericht des EFD zur Revision des BöB, S. 81). (VGE III 2015 225 vom 16. März 2016).

1.4 Rechtliches Gehör – Akteneinsicht

- *Kein Anspruch auf Einsicht in die detaillierte Kostenschätzung der Vergabebehörde im Arbeitsvergebungsverfahren.*

B 1.4

Aus den Erwägungen:

4.1.4 Das rechtliche Gehör der Beschwerdeführerin wurde (und wird) auch nicht verletzt, wenn ihr keine Einsicht in die detaillierte Kostenschätzung der T. AG von Fr. 300'000.-- für die ausgeschriebenen Leistungen des Loses 2 gewährt wurde.

Das Verwaltungsgericht hat zur Frage des Einsichtsrechts in Akten der Mitbewerber mehrfach erwogen (zum Ganzen vgl. VGE III 2010 114 vom 6. April 2011 Erw. 2.2.1 mit Hinweisen auf VGE 1010/06 vom 30. März 2006 Erw. 3.2 und VGE 1053-1055/02 vom 17. April 2003 Erw. 2d; EGV-SZ 1999, Nr. 17, S. 60), dass es einer Interessenabwägung zwischen dem Anspruch auf rechtliches Gehör und dem Grundsatz der Transparenz (vgl. Art. 1 Abs. 3 lit. c der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 25. November 1994/15. März 2001 [IVöB; SRSZ 430.120.1]) einerseits und dem Vertraulichkeitsgebot (Art. 11 lit. g IVöB) andererseits bedarf. Bei fehlendem Einverständnis ist nur zurückhaltend die Einsichtnahme in Konkurrenzofferten zu gewähren; indes sind entscheidrelevante und im Rahmen der Begründungspflicht offen zu legende Angaben grundsätzlich bekannt zu machen. Wenn ein Aktenstück geheimzuhalten ist, darf es als Beweismittel zum Nachteil einer Partei nur berücksichtigt werden, wenn diese vom wesentlichen Inhalt Kenntnis erhalten und Gelegenheit hatte, sich dazu zu äussern (§ 22 Abs. 4 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 6. Juni 1974 [VRP, SRSZ 234.110]; vgl. Galli/Moser/Lang/Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl. Zürich 2013, Rz. 1369). Diese Rechtsprechung ist auch auf den vorliegenden Fall der Kostenschätzung der Vorinstanz bzw. der T. AG anzuwenden. Mit Blick auf die in Aussicht gestellte Wiederholung des Verfahrens rechtfertigt sich eine zurückhaltende Gewährung der Akteneinsicht in die Unterlagen der Vorinstanz als Vergabebehörde auch mit der Pflicht zur Nichtdiskriminierung sowie zur Gewährleistung der Gleichbehandlung aller Anbieter (Art. 1 Abs. 3 lit. b IVöB und Art. 11 Abs. 1 lit. a IVöB).

Der Gesamtbetrag der Kostenschätzung und somit deren wesentlicher Inhalt wurde der Beschwerdeführerin bekannt gegeben. (...). Eine Einsichtnahme in die detaillierte Kostenkalkulation der T. AG würde der Beschwerdeführerin bei der Wiederholung gegenüber möglichen Mitbewerbern unweigerlich einen beschaffungs- und wettbewerbsrechtlich nicht vertretbaren Vorteil erlauben. Der Rechtsschutz der Beschwerdeführerin wird durch die Vorenthaltung der Einsicht in die detaillierte Kostenkalkulation nicht tangiert, zumal korrekterweise das offene Verfahren und nicht etwa – gestützt auf einen allenfalls zu knapp kalkulierten

Auftragswert – eine niederschwellige Verfahrensart gewählt wurde (vgl. EGV-SZ 2009 B 11.1).

(VGE III 2015 226 vom 16. März 2016).

1.5 Parteistellung

- *Parteistellung trotz Rückzug aus dem Verfahren?*

Aus den Erwägungen:

1.1 Mit Schreiben vom 4. Februar 2016 teilten die Beschwerdegegner Ziff. 3 und 4 dem Gericht mit, dass sie mit der Beschwerdeführerin eine aussergerichtliche Einigung erzielt hätten, weshalb das Verfahren zwischen der Beschwerdeführerin und den Beschwerdegegnern Ziff. 3 und 4 als gegenstandslos abgeschrieben werden könne.

1.2 Die Verwaltungsbeschwerde der Beschwerdegegner Ziff. 3 und 4 wurde vor dem Regierungsrat mit den übrigen hängigen Verwaltungsbeschwerden in der gleichen Sache vereinigt. Die Beschwerdegegner Ziff. 3 und 4 obsiegten im vorinstanzlichen Verfahren.

Derjenige, welcher im vorinstanzlichen Verfahren obsiegt, bleibt im Beschwerdeverfahren Partei, selbst wenn er sich nicht mehr mit eigenen Anträgen am Verfahren beteiligt (vgl. Bertschi, in: Griffel, Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz [VRG] des Kantons Zürich, 3.A., Zürich/Basel/Genf 2014, Vorbem. zu §§ 21-21a Rz. 17 m.H.a. BGE 128 III 90 Erw. 2b). Stillschweigen muss als impliziter Antrag auf Bestätigung des angefochtenen Entscheids gedeutet werden, weshalb die betreffende Partei gegebenenfalls mit Kosten und Parteientschädigungen belastet werden kann. Umgekehrt muss sie auch zur weiteren Rechtsmittelerhebung legitimiert sein, wenn sie durch den Entscheid der Rechtsmittelinstanz erneut beschwert wird. Diese Grundsätze können jedoch nicht gelten, wenn der Gegenstand des Verfahrens die vorinstanzlich Obsiegenden nicht betrifft, etwa wenn ein Prozessentscheid angefochten wird, den sie nicht verursacht haben (vgl. Bertschi, in: Griffel, a.a.O., Vorbem. zu §§ 21-21a Rz. 17 m.H.a. BGE 128 III 90 Erw. 2b; Bundesgerichtsurteil 2C_658/2008 vom 18. März 2009 Erw. 3.3). Dies ist vorliegend nicht der Fall.

B 1.6

Zudem müsste der Beschwerderückzug seitens der Beschwerdeführerin erfolgen (vgl. auch § 28 lit. a des Verwaltungsrechtspflegegesetzes [VRP; SRSZ 234.110] vom 6. Juni 1974).

Die vorliegende Vereinbarung zwischen der Beschwerdeführerin und den Beschwerdegegnern Ziff. 3 und 4 ist allenfalls hinsichtlich der Auferlegung von Verfahrenskosten und Parteientschädigungen beachtlich (vgl. Vereinbarung, eingereicht mit Schreiben vom 4. Februar 2016, wonach allfällige separate Gerichtskosten des Abschreibungsbeschlusses I. AG trägt und die Parteien gegenseitig auf Verfahrens-/Gerichtskostenersatz und Parteientschädigungen verzichten).

Nach dem Gesagten sind die Beschwerdegegner Ziff. 3 und 4 weiterhin als Partei im vorliegenden Verfahren aufzuführen und zu berücksichtigen.

(VGE III 2015 228 vom 26. Oktober 2016).

1.6 Rückweisungsentscheid – Anfechtbarkeit

- *Qualifikation eines Rückweisungsentscheides als anfechtbarer Endentscheid.*

Aus den Erwägungen:

1.3 Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts gilt ein Rückweisungsentscheid einer kantonalen Rekurs- bzw. Beschwerdeinstanz, welcher hinsichtlich des im Streit stehenden Anspruches eine verbindliche Anordnung an die Vorinstanz enthält, nicht als Zwischenverfügung, sondern als instanzabschliessender, anfechtbarer Endentscheid (VGE 1004/02 vom 28. Juni 2002 Erw. 1.d; VGE 613a/01 vom 31. Januar 2002 Erw. 2.c). Es besteht grundsätzlich kein Anlass, von dieser Rechtsprechung abzuweichen. Dies gilt selbst unter Berücksichtigung des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG; SR 173.110) vom 17. Juni 2005, welches – soweit erkennbar – den Kantonen keine diesbezüglichen Vorgaben macht. Sofern der Beschwerdegegner vorbringt, die Kantone dürften den Begriff des Zwischenentscheides nicht enger fassen als das Bundesrecht (wobei der Beschwerdeführer wohl die Beschwerdebefugnis gemäss Art. 111 Abs. 1 BGG vor Augen hat, welche von den Kantonen nicht enger umschrieben werden darf), ist gerade das Gegenteil der Fall, d.h. wird der Begriff des anfechtbaren Zwischenentscheides weiter gefasst, wenn ein Rückweisungsentscheid vor dem kantonalen

Verwaltungsgericht grundsätzlich anfechtbar ist, nicht aber ein inhaltlich gleicher verwaltungsgerichtlicher Rückweisungsentscheid vor dem Bundesgericht.

(VGE III 2016 8+13 vom 23. November 2016).

1.7 Kostenverlegung

- *Kosten- und Entschädigungsfolgen bei Nichteintreten auf eine Beschwerde und Behandlung derselben als Aufsichtsbeschwerde.*

Aus den Erwägungen:

1.1 Der Regierungsrat hat das gemeinderätliche Nichteintreten auf die Einsprache des Beschwerdeführers geschützt. (...).

Indessen behandelte der Regierungsrat die Beschwerde als Aufsichtsbeschwerde, da der Beschwerdeführer eine falsche Anwendung des Bundesgesetzes über die Raumplanung (RPG; SR 700) vom 22. Juni 1979 rügte. Der Regierungsrat stellte fest, dass das Amt für Raumentwicklung (ARE) nicht geprüft hatte, ob das bestehende Wohnhaus noch bestimmungsgemäss nutzbar ist. Deshalb hob er die Baubewilligung auf (...).

1.2 Sowohl die regierungsrätliche Bestätigung des gemeinderätlichen Nichteintretens auf die Beschwerde wie auch die aufsichtsrechtliche Beurteilung des Regierungsrates werden vom Beschwerdeführer nicht in Frage gestellt. Es geht ihm einzig um die Verlegung der Kosten und Parteienschädigung. Er macht geltend, es gehe ihm nicht um seine Person, sondern um die korrekte Anwendung des Gesetzes. Wer ausser ihm Sorge für die korrekte Anwendung von Art. 24c des Bundesgesetzes über die Raumplanung vom 22. Juni 1979 (Raumplanungsgesetz, RPG; SR 700). Er stellt weiter die Fragen, ob jedermann, der die Aufsichtsbehörde angehe, mit Kosten und Parteienschädigung rechnen müsse, weil eine untergeordnete Behörde pflichtwidrig handle, und es nicht vielmehr umgekehrt angesagt wäre, dass derjenige, der die Behörden auf die rechtskonforme Umsetzung der Gesetze hinweise, für seine Mühen und Umtriebe eine Entschädigung erhalten würde. Bei der von ihm erstatteten Beschwerde handle es sich um ein öffentliches Interesse, nämlich um die korrekte Anwendung der Gesetze.

B 1.7

2.1.1 Die Aufsichtsbeschwerde, auch als (Aufsichts-)Anzeige bezeichnet, ist der formlose Rechtsbehelf, durch den eine Verfügung oder eine andere Handlung einer Verwaltungsbehörde bei deren Aufsichtsbehörde beanstandet und darum ersucht wird, die Verfügung abzuändern oder aufzuheben oder eine andere Massnahme zu treffen. Es handelt sich bei der Aufsichtsbeschwerde also nicht um eine Beschwerde im Sinne eines förmlichen Rechtsmittels. Sie vermittelt keinen Erledigungsanspruch. Der Anzeiger hat keine Parteirechte wie z.B. das Recht auf eine Begründung des Entscheides oder auf Akteneinsicht (vgl. Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl., Zürich/St. Gallen 2016, Rz. 1199 f.; Zibung, in: Waldmann/Weissenberger, Praxiskommentar VwVG, Art. 71 N 33). Die Aufsichtsbeschwerde gilt grundsätzlich als subsidiär zu den ordentlichen Rechtsmitteln (Bertschi, in: Kommentar VRG, Vorbemerkungen zu §§ 19-28a Rz. 65; vgl. § 85 des Justizgesetzes [JG; SRSZ 231.110] vom 18. November 2009, wonach die Aufsichtsbeschwerde unzulässig ist, wenn nach eidgenössischem oder kantonalem Recht ein Rechtsmittel oder ein anderer Rechtsbehelf ergriffen werden kann).

2.1.2 Für das Bundesverwaltungsrecht normiert Art. 71 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG; SR 172.021) vom 20. Dezember 1968 die Aufsichtsbeschwerde. Jedermann kann jederzeit Tatsachen, die im öffentlichen Interesse ein Einschreiten gegen eine Behörde von Amtes wegen erfordern, der Aufsichtsbehörde anzeigen (Abs. 1). Der Anzeiger hat nicht die Rechte einer Partei (Abs. 2). Die Aufsichtsbeschwerde ist im Sinne der Subsidiarität unzulässig, wenn das infrage stehende Verhalten mit einem ordentlichen oder ausserordentlichen Rechtsmittel gerügt werden kann. Soweit es um unterschiedliche Begehren und mögliche Folgen geht, kann Komplementarität zwischen Individualrechtsschutz und Aufsicht vorliegen (Zibung, a.a.O., Art. 71 N 11).

2.1.3 Die Aufsichtsbeschwerde wird gelegentlich in Verbindung mit einem Rekurs/einer Beschwerde eingereicht, vor allem dann, wenn die Rekurslegitimation als zweifelhaft erscheint. Sind die Eintretensvoraussetzungen des Rekurses/der Beschwerde gegeben, ist die Eingabe als Rekurs/Beschwerde zu behandeln. Die Rechtsmittelbehörde ist jedoch nicht verpflichtet, von Amtes wegen einen Rekurs/eine Beschwerde als Aufsichtsbeschwerde entgegenzunehmen, wenn die Eintretensvoraussetzungen des Rekurses/der Beschwerde nicht gegeben sind (Bertschi, a.a.O., Rz. 68).

2.1.4 Was die Abgrenzung von der Aufsichtsbeschwerde zur Sachbeschwerde (Individualrechtsschutz) anbelangt, kann allgemein gesagt werden, dass mit der begründeten Aufsichtsbeschwerde auf Tatsachen aufmerksam gemacht wird, die im öffentlichen Interesse ein Einschreiten gegen eine Behörde von Amtes wegen erfordern. Im Gegensatz dazu wird mit der Sachbeschwerde eine konkrete Verfügung, die Rechte oder Pflichten einer Person berühren soll, in deren privatem Interesse angefochten. Stehen beide Beschwerden offen, gilt die Aufsichtsbeschwerde – wie bereits erwähnt – jedenfalls in der Praxis als subsidiär (Bundesgerichtsurteil 5A_889/2014 vom 22. Februar 2015 Erw. 2.1.1).

Gemäss der schwyzerischen Rechtsprechung kann ein Beschwerdeberechtigter auf die Parteistellung zugunsten der schwächeren, aber prinzipiell kein (Kosten-)Risiko darstellenden Aufsichtsbeschwerde verzichten (vgl. VGE 591/96 vom 25. Oktober 1996 Erw. 1.e mit Hinweis auf Rhinow/Krähenmann, Schweiz. Verwaltungsrechtsprechung, Ergänzungsband 1990, Nr. 145 B II/F).

2.2.1 Für das aufsichtsrechtliche Verfahren ist vom Grundsatz der Kostenfreiheit auszugehen. Es kann nicht im öffentlichen Interesse sein, dass Bürgerinnen und Bürger wegen allfälliger finanzieller Konsequenzen (Kostenrisiko) davon abgehalten werden, Missstände in der Verwaltung aufzuzeigen (vgl. Merkli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zum Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege im Kanton Bern, Bern 1997, Art. 101 N 16). Von diesem Grundsatz ist u.a. dann abzuweichen, wenn für die Aufsichtsbehörde kein triftiger Grund bestand, sich von sich aus mit der Sache zu befassen, oder wenn mit der Aufsichtsbeschwerde lediglich persönliche und private Interessen verfolgt werden (Bertschi, in: Kommentar VRG, Vorbemerkungen zu §§ 19-28a Rz. 84).

2.2.2 Die Gebührenordnung für die Verwaltung und die Rechtspflege im Kanton Schwyz (GebO; SRSZ 173.111) vom 20. Januar 1975 regelt unter anderem die Gebühren für die Rechtspflege, soweit nicht durch Bundesrecht, Staatsverträge oder besondere Erlasse des Kantons und, im Rahmen ihrer Autonomie, der Bezirke und Gemeinden eine abweichende Regelung gilt (§ 1 Abs. 1 GebO). (...). Für die Verwaltungsrechtsprechung vor dem Regierungsrat gelten die Ansätze des Verwaltungsgerichts (§ 24 Ziff. 26 GebO) (...).

2.3.1 Gemäss § 72 Abs. 2 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege (VRP; SRSZ 234.110) vom 6. Juni 1974 werden die Kosten für den Erlass eines Entscheides oder Zwischenbescheides in der Regel der

B 3.1

unterliegenden Partei überbunden. (...). Die im Rechtsmittelverfahren und in verwaltungsgerichtlichen Klagefällen unterliegende Partei hat der obsiegenden Partei überdies eine dem Aufwand angemessene Parteientschädigung auszurichten, welche die Behörde festsetzt (§ 74 Abs. 1 VRP).

2.3.2 Der Beschwerdeführer hat gegen den Gemeinderatsbeschluss vom 30. November 2015 unbestrittenermassen beim Regierungsrat frist- und formgerecht Beschwerde erhoben. Auf diese Beschwerde ist der Regierungsrat mangels Legitimation des Beschwerdeführers nicht eingetreten. Damit ist der Beschwerdeführer mit seiner Beschwerde unterlegen, weshalb ihm gestützt auf die zitierten Bestimmungen zu Recht die Verfahrenskosten sowie eine Parteientschädigung zu Gunsten der Beschwerdegegnerin auferlegt wurden. Angesichts der dargelegten gesetzlichen Grundlagen wäre ein anderer Entscheid rechtswidrig. Hieran vermag – auch wenn das diesbezügliche (subjektive) Empfinden des Beschwerdeführers nachvollziehbar ist – die Tatsache, dass sich die Argumentation des Beschwerdeführers bei der aufsichtsrechtlichen Prüfung durch den Regierungsrat als nicht unbegründet erwies, nichts zu ändern. Für eine (Partei-)Entschädigung an einen Anzeigerstatte, der im Rahmen der aufsichtsrechtlichen Prüfung seiner Anzeige sachlich Recht erhält, besteht mangels Parteistellung und entsprechend mangels gesetzlicher Grundlage kein Raum.

(VGE III 2016 200 vom 21. Dezember 2016).

3. Arbeitslosenversicherung / Berufliche Vorsorge / Kranken- und Unfallversicherung

3.1 Prämienverbilligung

- *Bemessungsgrundlage: Massgeblichkeit der jüngsten rechtskräftigen Steuerveranlagung der direkten Bundessteuer.*

Aus den Erwägungen:

1.1 Gemäss Art. 65 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Krankenversicherung (KVG; SR 832.10) vom 18. März 1994 gewähren die Kantone den „Versicherten in bescheidenen wirtschaftlichen Verhältnissen“ Prämienverbilligungen. Die Kantone sorgen dafür, dass bei der Überprüfung der Anspruchsvoraussetzungen, insbesondere auf Antrag der versicherten Person, die aktuellsten Einkommens- und Familienverhältnisse berücksichtigt werden (Art. 65 Abs. 3 Satz 1 KVG).

(...). Das kantonale Recht, welches in Ausführung von Art. 65 KVG die Prämienverbilligung in der Krankenversicherung regelt, ist autonomes kantonales Recht. Die Kantone haben nicht nur bezüglich der materiellrechtlichen Anspruchsberechtigung, sondern auch hinsichtlich des Verfahrens einen erheblichen Gestaltungsspielraum (vgl. Bundesgerichtsurteil 2P.37/2003 vom 15. April 2003 Erw. 1.1; VGE II 2013 38 vom 26. August 2013 Erw. 1.1). Den Kantonen ist es insbesondere auch nicht verwehrt, auf rechtskräftige Steuerdaten abzustellen. Dies verhindert die Notwendigkeit des Aufbaus eines eigenständigen Abklärungsverfahrens (vgl. Bundesgerichtsurteil 2P.18/2000 vom 25. April 2000 Erw. 2.c/cc).

In Ausübung dieser Vollzugskompetenz erliess der Kantonsrat des Kantons Schwyz am 19. September 2007 das Gesetz über die Prämienverbilligung in der Krankenpflegeversicherung (PVG, SRSZ 361.100), dessen Erlassstitel in der am 1. Januar 2013 in Kraft getretenen Fassung vom 28. März 2012 „Einführungsgesetz zum Bundesgesetz über die Krankenversicherung“ (EGzKVG; SRSZ 361.100) lautet (VGE II 2013 38 vom 26. August 2013 Erw. 1.2.1).

1.2 (...).

1.3 §§ 6 bis 10 EGzKVG normieren die Berechnung der Prämienverbilligung. Berechtigte Personen erhalten Prämienverbilligung, wenn deren Richtprämie einen bestimmten Prozentsatz des anrechenbaren Einkommens (Selbstbehalt) übersteigt (§ 6 Abs. 1 EGzKVG). (...).

Als Grundlage des anrechenbaren Einkommens gilt das Reineinkommen gemäss dem Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer (DBG; SR 642.11) vom 14. Dezember 1990 (§ 7 Abs. 1 EGzKVG). (...).

Die wirtschaftlichen Verhältnisse bestimmen sich gemäss § 8 Abs. 1 EGzKVG nach dem anrechenbaren Einkommen der jüngsten rechtskräftigen Steuerveranlagung, welche am 1. April des dem Anspruchsjahr vorangehenden Jahres im Kanton vorliegt. Bei fehlenden Steuerwerten ist auf die aktuellen wirtschaftlichen Verhältnisse abzustellen (§ 8 Abs. 2

B 3.1

EGzKVG). Der Regierungsrat regelt die Ausnahmen und Einzelheiten durch Verordnung (§ 8 Abs. 3 EGzKVG).

1.4 Gemäss § 9 Abs. 1 der regierungsrätlichen Vollzugsverordnung zum Einführungsgesetz zum Bundesgesetz über die Krankenversicherung (VVzEGzKVG, SR 361.111) vom 4. Dezember 2012 wird für die Bestimmung der zeitlich massgebenden Verhältnisse auf folgende Steuerveranlagung abgestellt: Die jüngste rechtskräftige Steuerveranlagung muss eine Steuerperiode gemäss § 50 Abs. 2 des Steuergesetzes (StG; SRSZ 172.200) vom 9. Februar 2000 betreffen, die maximal drei Jahre vor dem Beginn des Anspruchsjahres zurückliegt (lit. a). Beruht die jüngste rechtskräftige Steuerveranlagung auf einer Ermessensveranlagung, so entfällt der Anspruch auf Prämienverbilligung für das Anspruchsjahr (lit. b). Liegt keine rechtskräftige Steuerveranlagung nach Abs. 1 lit. a vor, wird die Anmeldung in der Regel sistiert. Sofern der Antragsteller genügend andere zuverlässige Bemessungsgrundlagen einreicht, kann die Prämienverbilligung gestützt darauf und ohne rechtskräftige Steuerveranlagung festgelegt werden. Dies insbesondere bei Eintritt in die Steuerpflicht (Abs. 2). Werden die erforderlichen Bemessungsgrundlagen vom Antragsteller nicht erhältlich gemacht, verwirkt der Anspruch auf Prämienverbilligung für das Anspruchsjahr (Abs. 3).

2.1 Die Vorinstanz führte in der angefochtenen Verfügung aus, dass grundsätzlich die Steuerwerte der letzten rechtskräftigen Steuerveranlagung massgebend seien. Da die Beschwerdeführerin erst im August 2015 in den Kanton Schwyz zugezogen sei, läge noch keine rechtskräftige Steuerveranlagung vor. Aus diesem Grunde sei das anrechenbare Einkommen aufgrund ihrer Lohnabrechnungen berechnet worden. Die Vorinstanz berechnete den Prämienverbilligungsanspruch der Beschwerdeführerin wie folgt:

Gestützt auf ein Bruttoeinkommen gemäss Ihren Lohnabrechnungen von Fr. 1'500.-- wurde der Lohn auf das Jahr (also *12) aufgerechnet. Das ergibt ein Total Bruttoeinkommen von Fr. 18'000.--. Davon wurde 80 % angerechnet. Somit beträgt das anrechenbare Einkommen Fr. 14'400.--. Das ergibt einen Selbstbehalt von Fr. 1'728.--. Für das Jahr 2016 besteht ein Anspruch auf eine Prämienverbilligung von Fr. 2'784.--.

2.2 Vorliegend stellt sich die Beschwerdeführerin auf den Standpunkt, dass das Reineinkommen gemäss dem Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer, entgegen den kantonalen Steuern, schweizweit gleich

berechnet werde. Somit werde die Bundessteuer von den Kantonen in gleicher Weise veranlagt. Der kantonale Gesetzgeber habe nicht spezifiziert, dass für die Berechnung der Bemessungsgrundlage der Prämienverbilligung eine Steuerveranlagung des Kantons Schwyz herangezogen werden müsse. Damit habe dieser explizit gewollt, dass auch ausserkantonale rechtskräftige Steuerveranlagungen als Berechnungsgrundlage zugelassen würden. Es sei kein Grund ersichtlich, weshalb bei einer vorhandenen rechtskräftigen ausserkantonalen Steuerverfügung nicht auf diese zurückgegriffen werde, wenn diese anhand derselben Grundlagen bemessen werde wie eine Steuerveranlagung des Kantons Schwyz. Vielmehr lasse die gesetzliche Regelung keinen Platz, um bei einer vorhandenen rechtskräftigen Steuerveranlagung eben nicht auf diese zurückzugreifen.

2.3 Streitig und zu prüfen ist, ob die Vorinstanz den Anspruch der Beschwerdeführerin auf Prämienverbilligung im Einklang mit den gesetzlichen Vorgaben ermittelt hat oder ob sie im Sinne der Argumentation der Beschwerdeführerin auf die noch im Kanton Bern vorgenommene Steuerveranlagung der Beschwerdeführerin für die direkte Bundessteuer 2014 als Berechnungsgrundlage hätte abstellen müssen.

3.1 (Grundsätze der Gesetzesauslegung, mit Verweis auf BGE 141 V 25 Erw. 8.2; BGE 140 V 8 Erw. 2.2.1 mit Hinweisen; Bundesgerichtsurteil 2C_202/2014 vom 19. August 2015 i.Sa. F. vs. Kant. Steuerkommission Schwyz, Erw. 3.2.2).

3.2.1 Als Grundlage des anrechenbaren Einkommens bezeichnet § 7 Abs. 1 EGzKVG (mit der Marginalie „Anrechenbares Einkommen“) das Reineinkommen gemäss dem Gesetz über die direkte Bundessteuer. Gemäss § 8 Abs. 1 EGzKVG mit der Marginalie „Datengrundlagen“ sind die wirtschaftlichen Verhältnisse nach dem anrechenbaren Einkommen der jüngsten rechtskräftigen Steuerveranlagung, welche am 1. April des dem Anspruchsjahr vorangehenden Jahres im Kanton vorliegt, zu bestimmen.

Es kann kein Zweifel bestehen und wird von den Parteien auch nicht in Abrede gestellt, dass mit der rechtskräftigen Steuerveranlagung diejenige betreffend die direkte Bundessteuer gemeint ist. Dies ergibt sich ohne weiteres aus der Gesetzessystematik.

3.2.2 Wenn der Wortlaut vom Vorliegen einer rechtskräftigen Steuerveranlagung „im Kanton“ spricht, kann dies darauf hindeuten bzw. so

B 3.1

verstanden werden, dass die rechtskräftige Steuerveranlagung von der (schwyzerisch) kantonalen Steuerbehörde verfügt worden sein muss. Dieses Verständnis ist indes angesichts der Formulierung keineswegs zwingend. Es kann auch eine ausserkantonal erlassene rechtskräftige Steuerveranlagung betreffend die direkte Bundessteuer „im Kanton“ vorliegen. Liegt eine entsprechende ausserkantonale Steuerveranlagung vor, kann grundsätzlich auch nicht vom Fehlen von Steuerwerten im Sinne von § 8 Abs. 2 EGzKVG gesprochen werden als Voraussetzung für ein Abstellen auf die aktuellen wirtschaftlichen Verhältnisse. Im Wortlaut sowie der Systematik kann mithin ein Indiz für die Massgeblichkeit auch einer ausserkantonalen Steuerveranlagung betreffend die direkte Bundessteuer erblickt werden.

3.2.3 Die regierungsrätliche Botschaft (Bericht und Vorlage an den Kantonsrat betreffend die Totalrevision des Gesetzes über die Prämienverbilligung [RRB Nr. 571/2007 vom 24. April 2007]) hält in den Erläuterungen zu § 8 EGzKVG fest, dass die Werte der letzten rechtskräftigen Steuerveranlagung massgebend seien; andernfalls (beim Fehlen von Steuerwerten) sei auf die aktuellen wirtschaftlichen Verhältnisse abzustellen. Die Botschaft paraphrasiert mithin nur den Gesetzestext. Eine Auslegungshilfe bieten die Materialien indes nicht.

3.3.1 Die Normierung der „wirtschaftlichen Verhältnisse“ in § 9 VVEGzKVG nimmt ebenfalls Bezug auf die Steuerveranlagung. Bei der Bestimmung der massgeblichen Steuerperiode wird auf § 50 Abs. 2 StG Bezug verwiesen, womit als Steuerperiode das Kalenderjahr definiert wird. Die gleiche Definition findet sich auch in Art. 40 Abs. 1 DBG (Fassung gemäss Ziff. I 1 des Bundesgesetzes vom 22. März 2013 über die formelle Bereinigung der zeitlichen Bemessung der direkten Steuern bei den natürlichen Personen, in Kraft seit 1. Januar 2014; zuvor galten gemäss altArt. 40 Abs. 2 DBG als Steuerperiode zwei aufeinanderfolgende Kalenderjahre; altArt. 41 DBG [samt Übergangsbestimmungen Art. 208 ff. DBG] normierte eine fakultative einjährige Steuerperiode entsprechend einem Kalenderjahr). Diese Bezugnahme auf das StG (und nicht auf das DBG) zur Bestimmung der massgeblichen Steuerperiode erklärt sich mit der erwähnten, bis Ende 2013 im Bundessteuerrecht als Regelfall geltenden Steuerperiode von zwei aufeinanderfolgenden Jahren (vgl. auch Art. 15 in den bis Ende 2013 bzw. ab 1. Januar 2014 geltenden Fassungen des Bundesgesetzes über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden [StHG; SR 642.14] vom 14. Dezember 1990). Mithin lassen sich auch hieraus keine Rückschlüsse

für eine Massgeblichkeit einer (schwyzerisch) kantonalen rechtskräftigen Steuerveranlagung betreffend die direkte Bundessteuer ablesen.

3.3.2 § 9 Abs. 2 VVEGzKVG bestimmt, dass bei Fehlen einer rechtskräftigen Steuerveranlagung im Sinne von § 9 Abs. 1 lit. a VVEGzKVG die Anmeldung „in der Regel“ sistiert wird.

Liegt eine rechtskräftige Steuerveranlagung (betreffend die direkte Bundessteuer) des Kantons Schwyz wie auch eines anderen Kantons vor, kann – wie erwähnt – gerade nicht vom Fehlen einer rechtskräftigen Steuerveranlagung die Rede sein, was für die Anerkennung auch der rechtskräftigen Veranlagung der direkten Bundessteuer eines anderen Kantons spricht.

Im Zeichen sowohl der Verfahrensökonomie wie auch des Interesses der versicherten Personen an einer möglichst verzögerungsfreien Beurteilung ihres Anspruches auf Prämienverbilligung sowie Ausbezahlung derselben sollte ein Prämienverbilligungsverfahren zudem grundsätzlich nur zurückhaltend sistiert werden. Mit der Vorziehung des Anmeldetermins bis spätestens 30. September des dem Anspruchsjahr vorausgehenden Jahres (§ 14 Abs. 1 VVEGzKVG [mit Geltung erstmals für das Anspruchsjahr 2014]; zuvor Anmeldung bis spätestens 30. April des Anspruchsjahres [alt§ 17 Abs. 1 der alten Vollzugsverordnung zum Gesetz über die Prämienverbilligung in der Krankenpflegeversicherung vom 11. Dezember 2007]) sowie parallel dazu mit der Vorziehung der massgebenden Verhältnisse auf den 1. April des dem Anspruchsjahr vorangehenden Jahres (§ 12 Abs. 1 EGzKVG; zuvor 1. Januar des Anspruchsjahres [vgl. alt§ 12 Abs. 1 des Gesetzes über die Prämienverbilligung in der Krankenpflegeversicherung vom 19. September 2007]) sollte namentlich auch die verzögerungsfreie Beurteilung und Ausbezahlung der Prämienverbilligung sichergestellt werden.

3.3.3 Die Materialien (RRB Nr. 1142/2012 vom 5. Dezember 2012 betreffend die Totalrevision der Vollzugsverordnung zum Einführungs-gesetz zum Bundesgesetz über die Krankenversicherung) halten zu § 9 VVEGzKVG fest, gemäss Bundesrecht sei bei der Berechnung der Prämienverbilligung auf die aktuellsten wirtschaftlichen Verhältnisse abzustellen. Aus verfahrensökonomischen Gründen sei im kantonalen Gesetz festgehalten, dass sich diese wirtschaftlichen Verhältnisse in rechtskräftigen Steuerveranlagungen spiegeln sollten. (...). Unter besonderen Umständen – vor allem beim Eintritt in die Steuerpflicht von jungen Erwachsenen – könnten andere zuverlässige Grundlagen herangezogen werden. (...).

B 3.1

Auch diese Erläuterungen gehen im Wesentlichen nicht bedeutend über eine Wiedergabe der gesetzlichen Bestimmungen hinaus und erlauben keine ergänzenden Folgerungen für die Gesetzesauslegung. Immerhin fällt auf, dass als Beispiel für ein Abstellen auf „andere zuverlässige Grundlagen“ der Fall des Eintritts junger Erwachsener in die Steuerpflicht genannt wird. Bei dieser Personengruppe liegt noch keine rechtskräftige Veranlagung vor, was bei einem Zuzug aus einem anderen Kanton in der Regel der Fall sein dürfte.

3.4.1 §§ 5 bis 7 VVEGzKVG regeln Ansprüche in Sonderfällen. § 5 VVEGzKVG betrifft quellenbesteuerte Personen und § 6 VVEGzKVG Empfänger von Ergänzungsleistungen und Sozialhilfeempfänger; § 7 VVEGzKVG hat Personen, die in der Schweiz nach den Bilateralen Verträgen mit der EU/EFTA obligatorisch krankenpflegeversichert sind, zum Thema.

3.4.2 Der Zuzug einer Person aus einem anderen Kanton ist nicht als Sonderfall geregelt. Er lässt sich grundsätzlich auch nicht unter einen der erwähnten im Gesetz geregelten Sonderfälle – vorbehalten die betreffende Person erfüllt die jeweiligen Voraussetzungen – subsumieren. Vielmehr besteht weder Anlass noch ist ein überzeugendes Argument erkennbar, den Anspruch auf Prämienverbilligung sowie die Höhe einer allfälligen Prämienverbilligung einer in den Kanton zugezogenen Person nicht nach dem in § 9 VVEGzKVG (vgl. vorstehend Erw. 1.4) normierten Regelfall zu beurteilen.

Wurde die zugezogene Person im Herkunftskanton für eine Steuerperiode, die maximal drei Jahre vor dem Beginn des Anspruchsjahres zurückliegt, für die direkte Bundessteuer veranlagt, kann auf diese Veranlagung abgestellt werden. Beruht die jüngste rechtskräftige Steuerveranlagung für die direkte Bundessteuer im Herkunftskanton auf einer Ermessensveranlagung, entfällt ein Anspruch auf Prämienverbilligung (wobei ebenfalls von einer Veranlagung auszugehen ist, die maximal drei Jahre vor dem Beginn des Anspruchsjahres zurückliegt). Liegt keine rechtskräftige Steuerveranlagung vor, ist nach § 9 Abs. 2 f. VVEGzKVG vorzugehen.

3.5 Das Abstellen auf die jüngste rechtskräftige Steuerveranlagung der direkten Bundessteuer (für eine Steuerperiode, die maximal drei Jahre zurückliegt) des Zuzugskantons erweist sich im Sinne der bereits angesprochenen Verfahrensökonomie und auch im Lichte der (weiterhin zunehmenden) Mobilität der Bevölkerung als sinnvoll. Der Beschwerdeführerin ist beizupflichten, dass die direkte Bundessteuer in allen Kantonen nach denselben Bestimmungen und Grundsätzen erhoben wird; die

rechtskräftige Veranlagung der direkten Bundessteuer bildet mithin die wirtschaftlichen Verhältnisse der versicherten Personen grundsätzlich zuverlässig und in schweizweit vergleichbarer Weise ab. Mit dem Umzug einer Person in einen anderen Kanton können zwar unter Umständen auch mehr oder weniger einschneidende Veränderungen in den persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnissen einhergehen. Indessen sind solche Veränderungen auch innerhalb ein- und desselben Kantons innert der maximal drei Jahre vor Beginn des Anspruchsjahres, für welche die letzte rechtskräftige Steuerveranlagung vorliegen muss, möglich.

Erweisen sich die Abweichungen zwischen der letzten rechtskräftigen Steuerveranlagung und den aktuellen wirtschaftlichen Verhältnissen allenfalls als erheblich, stehen Korrekturmöglichkeiten zur Verfügung. Wirkt sich die Abweichung zu Ungunsten der versicherten Person aus, steht ein Antrag auf Berücksichtigung veränderter wirtschaftlicher Verhältnisse im Sinne von § 10 offen. Im umgekehrten Fall kann die Vorinstanz eine überhöhte Prämienverbilligung allenfalls zurückfordern (§ 19 EGzKVG). Diese Bestimmungen gelten gleichermassen für die Regel- wie auch die Sonderfälle.

3.6.1 Der Vergleich mit den gesetzlichen Bestimmungen zur Prämienverbilligung anderer Kantone zeugt von einer grossen Regelungsvielfalt. (...).

3.6.2 Wenn im Kanton Schwyz – im Unterschied zu anderen Kantonen – der Zuzug aus einem anderen Kanton nicht explizit (als Sonderfall) geregelt wird und als Bemessungsgrundlage nicht auf die (letzte rechtskräftige) kantonale Steuerveranlagung abgestellt wird, ist mithin auch in diesem Rechtsvergleich ein Indiz dafür zu sehen, dass Grundlage für die Beurteilung des Anspruches auf Prämienverbilligung wie auch der Höhe eines allfälligen Anspruches die letzte rechtskräftige Veranlagung der direkten Bundessteuer aus dem massgeblichen Zeitraum (maximal drei Jahre vor dem Beginn des Anspruchsjahres) ist und zwar unabhängig davon, ob sie im Kanton Schwyz oder einem anderen Kanton erging. Andernfalls hätte ohne weiteres auf die letzte rechtskräftige Veranlagung der kantonalen Steuern abgestellt werden können, wie dies in anderen Kantonen der Fall ist.

3.7 Die Gesetzesauslegung, insbesondere das teleologische Moment (Sinn und Zweck des Gesetzes), aber auch der Wortlaut und die Systematik wie der Rechtsvergleich führen mithin zum Ergebnis, dass auch eine rechtskräftige Veranlagung der direkten Bundessteuer eines anderen

B 3.2

Kantons im Sinne des Regelfalles von § 9 VEGzKVG Grundlage für die Beurteilung des Anspruches auf Prämienverbilligung wie auch der Höhe eines allfälligen Anspruches sein kann. An dieser Auslegung kann das Informationsblatt (Merkblatt) der Vorinstanz betreffend die „Prämienverbilligung 2017 im Kanton Schwyz“ nichts ändern, welches unter „Grundlagen – Richtprämien“ festhält (S. 7), dass die Einkommen des laufenden Jahres 2016 und das Vermögen per 1. Januar 2016 berücksichtigt werden, wenn die letzte definitive Steuerveranlagung mehr als drei Jahre alt ist, sich der Zivilstand verändert hat oder ein Neuzuzug in den Kanton Schwyz erfolgt ist.

4. (...).

Die Vorinstanz hat vorliegend offensichtlich § 5 Abs. 1 VEGzKVG analog angewendet. Gemäss dieser Bestimmung beträgt das anrechenbare Einkommen von (quellenbesteuerten) Personen, welche sich am 1. Januar des Anspruchsjahres als Jahresaufenthalter im Kanton Schwyz aufhalten und die an der Quelle besteuert werden, 80 % des der Quellensteuer zugrunde liegenden, auf ein Jahr aufgerechneten aktuellen Bruttolohnes.

Das Gesetz erweist sich, wie die vorstehenden Erwägungen zeigen, nicht als lückenhaft. Für eine (analoge) Anwendung der Sonderfallregelung gemäss § 5 VEGzKVG besteht mithin kein Raum. Diese Analogie erweist sich vorliegend weder als gesetzmässig noch als sachgerecht; sie ist auch nicht erforderlich, nachdem eine rechtskräftige Veranlagung der direkten Bundessteuer (eines anderen Kantons) vorliegt, welche keine drei Jahre zurückliegt.

(VGE II 2016 12 vom 17. Mai 2016).

3.2 Reisekostenvergütung nach Art. 13 Abs. 1 UVG

- *Übernahme der Reisekosten durch den Unfallversicherer nicht zwingend nur für Reise zum nächstgelegenen Leistungserbringer.*

Aus dem Sachverhalt:

Der Versicherte liess den Eingriff zur Behandlung von Unfallfolgen in einem Spital seiner Wahl durchführen, wofür er vom Unfallversicherer Kostengutsprache erhielt. An Reisekosten übernahm der Versicherer indes nicht die Kosten Wohnort – Spital, sondern zu Unrecht nur die

Reisekosten Wohnort bis zum nächstgelegenen Spital mit entsprechendem Leistungsauftrag.

Aus den Erwägungen:

1. Im Bundesgesetz über die Unfallversicherung vom 20. März 1981 (UVG; SR 832.20) werden unter dem Titel „Versicherungsleistungen“ im 1. Kapitel die Pflegeleistungen und Kostenvergütungen festgelegt. Bei der Heilbehandlung hat der Versicherte u.a. hinsichtlich Arzt und Heilanstalt ein freies Wahlrecht (Art. 10 Abs. 2). Art. 13 Abs. 1 UVG sieht die Vergütung der notwendigen Reise-, Transport- und Rettungskosten vor. Der Bundesrat kann die Vergütung für Kosten im Ausland begrenzen (Abs. 2). Gemäss Art. 20 der Verordnung über die Unfallversicherung vom 20. Dezember 1982 (UVV, SR 832.202) werden die notwendigen Rettungs- und Bergungskosten und die medizinisch notwendigen Reise- und Transportkosten vergütet. Weitergehende Reise- und Transportkosten werden vergütet, wenn es die familiären Verhältnisse rechtfertigen. Entstehen solche Kosten im Ausland, so werden sie höchstens bis zu einem Fünftel des Höchstbetrages des versicherten Jahresverdienstes vergütet.

2. Im vorliegenden Fall ist umstritten, ob es sich bei den geltend gemachten Fahrkosten zwischen dem Wohnort T. und der Klinik in X. um medizinisch notwendige und mithin zu vergütende Reisekosten handelt.

2.1 Im angefochtenen Einspracheentscheid argumentiert die Vorinstanz, es fänden sich keine Anhaltspunkte, dass der wegen der chronischen lateralen Instabilität des linken Rückfusses indizierte Eingriff nicht auch im (nahegelegenen) Spital U. in Y. hätte durchgeführt werden können. Es könne somit nicht gesagt werden, dass die Reise nach X. medizinisch notwendig gewesen sei. Ebenso sei weder ersichtlich noch geltend gemacht, dass familiäre Verhältnisse die Durchführung der Behandlung in X. rechtfertigen würden. Vernehmlassend führt die Vorinstanz ergänzend aus, die freie Wahl der Heilanstalt gemäss Art. 10 Abs. 2 UVG bedeute nicht, dass die Unfallversicherung automatisch die Reisekosten übernehme. Die Vergütung richte sich nach Art. 20 Abs. 1 UVV bzw. der medizinischen Notwendigkeit. Dem Versicherten sei bereits am 5. November 2014 mit Zustellung des Unfallscheins ausdrücklich mitgeteilt worden, es würden nur die Reise- und Transportkosten zum nächsten Arzt/Spital zurückerstattet (Suva-act. 97). (...).

B 3.2

2.2 Der Beschwerdeführer macht sinngemäss geltend, aus den gesetzlichen Bestimmungen gehe nicht hervor, dass die Reisekosten bei der Wahl eines andern Spitals (als das nächstgelegene geeignete) nicht vergütet würden. Die medizinische Notwendigkeit der Behandlung im konkreten Spital begründe sich darin, dass er den Arzt seines Vertrauens gewählt habe.

2.3 Die (medizinische) Notwendigkeit der Reisekosten stellt einen unbestimmten Rechtsbegriff dar. Die Voraussetzung der Rechtsfolge (Vergütung der Reisekosten) wird in offener, unbestimmter Weise umschrieben (Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6.A., Rz. 445). Die damit den Verwaltungsbehörden zugestandenen Beurteilungsspielräume haben eine gewisse Zurückhaltung bei der richterlichen Überprüfung zur Folge. Allerdings fehlen im vorliegenden Zusammenhang jene Umstände, welche diese Zurückhaltung in ausgeprägter Form zu rechtfertigen vermögen (so insbesondere die örtlichen Verhältnisse, die Technizität einer Frage oder die grössere Nähe und Vertrautheit mit den tatsächlichen Verhältnissen) (Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., Rz. 446c/d).

2.4 Die Vergütung der Reisekosten stellt eine Versicherungsleistung dar, die im Zusammenhang mit der Heilbehandlung steht. Bis auf das Erfordernis der „medizinischen Notwendigkeit“ der Reisekosten ist diese Versicherungsleistung nicht limitiert (SBVR Sozial Sicherheit Frésard/Moser-Szeless, F Rz. 2016).

2.5 Es ist bei sachlich-teleologischer Betrachtungsweise davon auszugehen, dass die durch die Voraussetzung der Notwendigkeit eingeschränkte Kostenvergütung vor allem bei Transport- und Rettungskosten (Wahl des Transportmittels, Ausmass und Art der Rettung) und bei Reisekosten Dritter (z.B. Spitalbesuche der Eltern und Verwandten) greift, nicht oder zumindest nur zurückhaltend bei Reisekosten der Versicherten, die gestützt auf die Wahlfreiheit gemäss Art. 10 Abs. 2 UVG nicht bei der nächstgelegenen geeigneten Klinik, aber immerhin bei erteilter Kostengutsprache (in casu wurde dem Beschwerdeführer der Eingriff in X. mit Kostengutsprache vom 9. September 2014 vorbehaltlos erteilt; Suva-act. 94) einen operativen Eingriff vornehmen lassen. In den Gesetzesmaterialien wird denn auch explizit von Transport- und nicht von Reisekosten gesprochen, wenn die Notwendigkeit mit der Kürze des Weges erläutert wird. Eine rigorose Beschränkung der Reisekostenvergütung auf den nächstgelegenen medizinisch geeigneten Standort würde jedenfalls

nicht nur die freie Wahl gemäss Art. 10 Abs. 2 UVG beeinträchtigen, sondern auch dem Verhältnismässigkeitsgebot zuwiderlaufen. Für eine solche Einschränkung bedürfte es zumindest im Vollzugsrecht einer klaren Regelung. So werden beispielsweise gemäss Art. 51 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Invalidenversicherung (IVG; SR 831.20) vom 19. Juni 1959 nur die notwendigen Reisekosten für die Durchführung von Eingliederungsmassnahmen vergütet. Als notwendige Reisekosten werden alsdann im IV-Vollzugsrecht die Kosten von Fahrten zur nächstgelegenen geeigneten Durchführungsstelle definiert, dies verbunden mit dem Hinweis, dass Mehrkosten der Versicherte selbst zu tragen hat (Art. 90 Abs. 1 der Verordnung über die Invalidenversicherung [IVV; SR 831.201] vom 17. Januar 1961). Eine entsprechend einschränkende Regelung kennt das Unfallversicherungsrecht nicht. Vielmehr sind Reisekosten zu vergüten, wenn sie medizinisch notwendig sind. Nachdem der Versicherte bezüglich Wahl des Leistungserbringers Wahlfreiheit genießt (Art. 10 Abs. 2 UVG), bezieht sich diese medizinische Notwendigkeit auf den Grund des Aufsuchens des Leistungserbringers selbst.

2.6 Bei dieser Rechtslage widerspricht es Art. 13 Abs. 1 UVG, dem Beschwerdeführer die offenkundig geringfügigen Reisekosten für die Fahrten von T. nach X. (pro Konsultation hin und zurück 106 km à Fr. 0.60) nicht zu vergüten. Dass der Eingriff selbst medizinisch notwendig war, ergibt sich aus den Kostengutsprachen vom 16. Mai 2014 (Kostengutsprache für Bandplastik am linken Sprunggelenk, Suva-act. 72) sowie vom 9. September 2014 (Kostengutsprache gegenüber Leistungserbringer in X., Suva-act. 84). Die vom Beschwerdeführer am 7. November 2014 geltend gemachten Reisen selbst standen je in Zusammenhang mit einer Untersuchung resp. Behandlung (Suva-act. 99) und waren entsprechend medizinisch notwendig.

(VGE I 2016 29 vom 12. Juli 2016).

7. Bezirke und Gemeinden / Politische Rechte

7.1 Stimmrechtsbeschwerde gegen kantonale Abstimmung

- *Anspruch auf einen Feststellungsentscheid bei einer Stimmrechtsbeschwerde (im Sinne eines appellatorischen Entscheids), wenn die Kassation der Abstimmung ausgeschlossen ist?*

B 7.1

Aus den Erwägungen:

1.3 Wird mit einer Stimmrechtsbeschwerde die Kassation einer Abstimmung beantragt und wird die Vorlage von den Stimmberechtigten abgelehnt, so wird die Beschwerde regelmässig für gegenstandslos erklärt (vgl. VGE III 2016 166 vom 7. September 2016 Erw. 2.4 mit weiteren Hinweisen).

2.1 In ihrer Replik vom 15. September 2016 bestätigen die Beschwerdeführer, dass bei Ablehnung der Teilrevision des Steuergesetzes durch das Stimmvolk ihr Rechtsbegehren Ziffer 1 lit. b (Kassation des Abstimmungsergebnisses) gegenstandslos sei.

Hingegen habe das Gericht über Rechtsbegehren Ziffer 3 (und Ziffer 5) zu befinden. Beantragt werde die Feststellung, dass die Abstimmungserläuterungen des Regierungsrates zur Teilrevision des Steuergesetzes gegen § 47 Abs. 2 Geschäftsordnung für den Kantonsrat des Kantons Schwyz (GO-KR; SRSZ 142.110) vom 28. April 1977 verstossen und dass diese die Wahl- und Abstimmungsfreiheit der Beschwerdeführer gemäss Art. 34 Abs. 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (BV, SR 101) vom 18. April 1999 und § 54 Abs. 2 des Gesetzes über die Wahlen und Abstimmungen (WAG, SRSZ 120.100) vom 15. Oktober 1970 verletzen. An dieser Feststellung bestehe ein schutzwürdiges Interesse. Würde die ganze Stimmrechtsbeschwerde für gegenstandslos erklärt, bestünde nie die Möglichkeit, die rechtmässige Anwendung von § 47 Abs. 2 GO-KR zu überprüfen, da das Gericht nie auf ein entsprechendes Rechtsbegehren eintreten würde.

(...).

3.1 Feststellungsbegehren sind nur dann zulässig, wenn ein gleichwertiger rechtsgestaltender Entscheid ausgeschlossen ist (BGE 137 II 199 Erw. 6.5 mit Hinweisen), und sie setzen ein entsprechendes schutzwürdiges rechtliches oder tatsächliches Interesse voraus, das aktuell und praktisch ist (Urteil des Bundesgerichts 2C_517/2009 vom 12. November 2010 Erw. 1.3). Nur in besonderen Fällen kann darauf verzichtet werden, wenn sonst in Grundsatzfragen kaum je ein rechtzeitiger Entscheid gefällt werden könnte und wenn sich die aufgeworfene Frage jederzeit unter gleichen oder ähnlichen Umständen wieder stellen könnte (VGE 1003/00 vom 26. Mai 2000 Erw. 1; Kölz/Bosshart/Röhl, Kommentar VRG, N 25 zu § 21). Im Falle von Stimmrechtsbeschwerden hat das Bundesgericht sodann Feststellungen nur dann ins Dispositiv aufgenommen, wenn das Urteil einen ausgesprochenen Appellcharakter auf-

wies, d.h. mit dem Urteil die Aufforderung verbunden war, im Hinblick auf spätere Abstimmungen oder Wahlen für einen verfassungsgemässen Zustand zu sorgen (BGE 138 I 61 Erw. 8.7 mit weiteren Hinweisen).

3.2.1 Vorliegend ist das geforderte schutzwürdige Interesse zu verneinen. Nachdem die Abstimmungsvorlage abgelehnt wurde, besteht kein aktuelles und praktisches Interesse an der Prüfung der Unrechtmässigkeit der konkreten Abstimmungserläuterung.

3.2.2 Ebenso wenig liegt ein besonderer Fall vor in dem Sinne, als die vorliegende Frage – welche Anforderungen § 47 Abs. 2 GO-KR an den Inhalt einer Abstimmungserläuterung stellt – kaum je rechtzeitig beurteilt werden könnte. Eine entsprechende Rüge kann anlässlich jeder Abstimmung vorgebracht werden und es wird eine Abstimmung kassiert, sollte das Stimmrecht durch eine erheblich unrechtmässige Umsetzung von § 47 Abs. 2 GO-KR, die das Ergebnis massgeblich beeinflusst hat, verletzt worden sein. Damit aber wird eine durch eine fehlerhafte Anwendung von § 47 Abs. 2 GO-KR verursachte Stimmrechtsverletzung immer rechtzeitig geprüft werden können und zur Kassation der Abstimmung führen, weshalb kein Bedürfnis an einem reinen Feststellungsentcheid besteht.

Zudem wäre vorliegend die konkret gerügte Abstimmungserläuterung auf ihre Rechtmässigkeit hin zu prüfen. Aber selbst wenn man dabei zum Ergebnis käme – was vorliegend offen bleiben kann – dass sie den Anforderungen nicht genügt, bliebe die Feststellung auf diese Abstimmungsbroschüre beschränkt, sind doch die Umstände späterer Abstimmungen nicht oder nur bedingt vergleichbar.

(VGE III 2016 161 vom 26. Oktober 2016).

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

8.1 Aufhebung einer Baubewilligung

- *Vgl. EGV-SZ 2016 B 1.2.*

B 8.2

8.2 Erschliessungshilfe nach § 41 PBG

- *Kein Anspruch auf Erschliessungshilfe ausserhalb der Bauzone.*

Aus den Erwägungen:

2.1 Der dritte Titel des Planungs- und Baugesetzes (PBG; SRSZ 400.100) vom 14. Mai 1987 (§§ 37 bis 51) regelt die Erschliessung. §§ 38 f. PBG enthalten Bestimmungen zur Groberschliessung, §§ 40 bis 43 PBG zur Feinerschliessung (§ 41 PBG: Mitbenützung durch Dritte [sog. Erschliessungshilfe]). 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). Der Gemeinderat verpflichtet die Eigentümer und direkten Anstösser bestehender privater Erschliessungsanlagen, die Mitbenützung und den Ausbau durch Dritte gegen volle Entschädigung zu dulden, sofern dies zumutbar und für eine landsparende oder zweckmässige technische Lösung notwendig ist (§ 41 Abs. 1 PBG). Können sich die Beteiligten nicht einigen, enteignet der Gemeinderat die erforderlichen Rechte zugunsten des interessierten Dritten und veranlasst nach Bezahlung der Entschädigung die Eintragung im Grundbuch (§ 41 Abs. 2 PBG). Die Entschädigung wird, sofern sich die Beteiligten darauf nicht einigen können, auf Begehren des Enteigneten, des Dritten oder der Gemeinde von der nach dem Enteignungsrecht zuständigen Schätzungskommission festgesetzt. Sie legt auch den Beitrag des Dritten an die Kosten des Unterhalts fest (§ 41 Abs. 3 PBG).

2.2.1 (Argumentation des Gemeinderates). Nach Auffassung des Gemeinderates sei die offene Frage, ob für eine Liegenschaft in der Landwirtschaftszone bzw. ausserhalb der Bauzone Erschliessungshilfe beansprucht werden könne, zu verneinen. Ausserhalb der Bauzone treffe das Gemeinwesen keine Erschliessungspflicht; entsprechend könne auch keine Pflicht bestehen, ausserhalb der Bauzone Erschliessungshilfe zu leisten (Erw. 4, mit Hinweis auf das Bundesgerichtsurteil 1P.578/2005 vom 19. Februar 2006 Erw. 4.3; Muggli, in: Kommentar zum BG über die Raumplanung, Zürich 2009, Art. 37a N 19; VLP/ASPAN, Stichworte zum Bauen ausserhalb der Bauzone, R&U 6/2013 S. 12). Das kantonale Recht regle in §§ 38 ff. PBG nur die Erschliessung der Bauzonen; es bestehe keine gesetzliche Grundlage für den Gemeinderat, ausserhalb der Bauzonen ein Mitbenützungsrecht zu verfügen (Erw. 4). Hinzu kom-

me, dass es sich vorliegend um eine blossе Hauszufahrt handle, weshalb § 41 PBG auch aus diesem Grunde nicht anwendbar sei (Erw. 5). Der Gesuchsteller habe den Zivilrechtsweg zu beschreiten (Erw. 7).

2.2.2 Der Regierungsrat zitierte im angefochtenen Entscheid aus dem RRB Nr. 1954 vom 18. November 1997 (Erw. 3.c). (...).

Weiter führte der Regierungsrat aus, da die Parzelle KTN 0001 nicht im Baugebiet liege, treffe die Gemeinde zwar keine Groberschliessungspflicht. Dies verbiete es dem Gemeinwesen freilich nicht zum Vornherein, auch für solche Gebiete Erschliessungsanlagen zu errichten, sofern hierfür ein hinreichendes öffentliches Interesse an der Durchbrechung des Bauverbots ausserhalb der Bauzone bestehe. Daraus könne aber abgeleitet werden, dass die Gewährung von Erschliessungshilfe zur Realisierung von (gemäss Art. 24c des Bundesgesetzes über die Raumplanung [RPG; SR 700] vom 22. Juni 1979) zulässigen baulichen Massnahmen nicht per se ausgeschlossen sei (Erw. 4.2).

(...).

2.3.1 (...).

3.1.3 Die Erschliessung stellt sowohl inner- als auch ausserhalb der Bauzone eine wichtige Bauvoraussetzung dar. Art. 19 Abs. 1 RPG nennt die Voraussetzungen an eine genügende Erschliessung, ist unmittelbar anwendbar und gilt sowohl inner- als auch ausserhalb der Bauzone (Waldmann/Hänni, Raumplanungsgesetz, Bern 2006, Art. 19 Rz. 8 und 11; EJPD/BRP, Erläuterungen RPG, Art. 19 N 4). Vom Erfordernis einer hinreichenden Erschliessung gemäss Art. 22 Abs. 2 lit. a RPG dürfen indes keine Ausnahmen bewilligt werden. Dies geht für Bauten und Anlagen ausserhalb der Bauzone explizit aus Art. 24 RPG hervor (Waldmann/Hänni, a.a.O., Art. 22 Rz. 63).

Art. 19 Abs. 2 RPG beschränkt die Erschliessungspflicht auf jene Gebiete, die in den Nutzungsplänen als Bauzonen im Sinne von Art. 15 RPG erscheinen und den Planungsgrundsätzen des RPG entsprechen. Keine Anwendung findet Art. 19 Abs. 2 RPG hingegen für ausserhalb der Bauzonen liegende Flächen. Da für Parzellen, die nicht im Baugebiet liegen, keine Erschliessungspflicht der Gemeinden besteht (vgl. auch Bundesgerichtsurteil 1P.578/2005 vom 17. Februar 2006 Erw. 4.3; Bundesamt für Raumplanung, Erschliessungsrecht und Erschliessungsprogramm. Vollzugshilfe zu den neuen bundesrechtlichen Bestimmungen über die Erschliessung, Bern 1999, S. 10 Ziff. 2.3; Stichworte zum Bauen ausserhalb der Bauzone, in: Raum & Umwelt 6/2013 S. 12 und

B 8.2

5/2007 S. 13), verfügen die Gemeinden bei der Behandlung entsprechender Anschlussgesuche über ein relativ grosses Ermessen (BGE 127 I 49 Erw. 3.c). Eine Pflicht kann sich allenfalls aus einem öffentlichen Interesse ergeben (vgl. Waldmann/Hänni, a.a.O., Art. 19 Rz. 31; z.B. Gewässerschutz, vgl. BGE 127 I 49 Erw. 3.c). (Auch) insofern kann gegebenenfalls vorliegend mithin die Gemeindeautonomie tangiert sein (vgl. vorstehend Erw. 1.2.1 ff.).

Art. 19 Abs. 3 RPG knüpft den Anspruch auf Privaterschliessung und Bevorschussung an die Voraussetzung, dass das Gemeinwesen Bauzonen nicht fristgerecht erschliesst. Ein bundesrechtlicher Anspruch auf Privaterschliessung oder Bevorschussung kann somit immer nur für jene Grundstücke entstehen, die in Bauzonen liegen, für die gemäss Art. 19 Abs. 2 RPG eine Erschliessungspflicht besteht (Waldmann/Hänni, a.a.O., Art. 19 Rz. 64).

3.2 Aus dem Bundesrecht (RPG, RPV) lässt sich grundsätzlich weder eine Pflicht zur Erschliessung für ausserhalb des Baugebietes liegende Parzellen ableiten noch ein entsprechender Anspruch des Bürgers gegenüber dem Gemeinwesen. Konsequenterweise ergibt sich für die Erschliessung von (zonenfremden) Bauten auf Parzellen im Nichtbaugebiet (direkt) aus dem (öffentlich-rechtlichen) Bundesrecht auch kein Anspruch auf Erschliessungshilfe oder eine – wie auch immer geartete – Unterstützung mit Blick auf eine Mitbenützung von Erschliessungsanlagen, die über Grundstücke Dritter führen. Dies wird, soweit ersichtlich, auch nicht geltend gemacht. Es ist zu prüfen, ob sich ein solcher Anspruch aus dem kantonalen PBG ableiten lässt.

4.1 (Grundsätze der Gesetzesauslegung mit Hinweis auf BGE 141 V 25 Erw. 8.2; BGE 140 V 8 Erw. 2.2.1 mit Hinweisen; Bundesgerichtsurteil 2C_202/2014 vom 19. August 2015 i.Sa. F. vs. Kant. Steuerkommission Schwyz, Erw. 3.2.2).

4.2 Der Wortlaut von § 41 PBG mit der Marginalie „Mitbenützung durch Dritte“ (vgl. vorstehend Erw. 2.1) begrenzt den Anwendungsbereich der Erschliessungshilfe nicht explizit auf eine bestimmte Planungszone.

4.3.1 In systematischer Hinsicht ist § 41 PBG im dritten Titel des PBG betreffend die Erschliessung eingeordnet. Der Abschnitt A („Allgemeine Bestimmungen“) definiert in § 37 PBG die Begriffe. § 37 Abs. 1 PBG entspricht Art. 19 Abs. 1 RPG (vgl. vorstehend Erw. 3.1.1). § 37

Abs. 2 PBG postuliert die Rücksichtnahme auf eine häusliche Nutzung des Bodens bei der Erschliessung. § 37 Abs. 3 PBG definiert die „genügende Zugänglichkeit“. § 37 Abs. 4 und 5 PBG definieren die Begriffe der Grob- und Feinerschliessung. Die Groberschliessung besteht in der Ausstattung des Baugebietes; die Feinerschliessung verbindet die einzelnen Baugrundstücke mit den Anlagen der Groberschliessung. Es fällt die erstmalige Nennung des Baugebietes in diesem dritten Titel im Zusammenhang mit der Grob- und Feinerschliessung auf.

Der Abschnitt B („Erschliessungspflicht“) enthält Bestimmungen zur Groberschliessung (§§ 38 und 39 PBG betreffend Grundsätze, Durchführung) und Feinerschliessung (§§ 40 bis 43 betreffend Grundsatz, Mitbenützung durch Dritte [sog. Erschliessungshilfe]; Ersatzvornahme, Verfahren der Ersatzvornahme). Die Groberschliessung, in der Verantwortlichkeit der Gemeinden, wird auf die Bauzonen bezogen (§ 38 Abs. 1 PBG; vgl. § 39 Abs. 3 PBG). Die Feinerschliessung der Baugrundstücke obliegt den Grundeigentümern (§ 40 Abs. 1 PBG). In § 42 PBG wird die Ersatzvornahme zur Feinerschliessung ebenfalls konkret auf das Bauland und baureifes Land bezogen.

Aus der Gesetzessystematik ist mithin entgegen der Auffassung des Beschwerdegegners zu folgern, dass sich die Erschliessungspflicht der Gemeinden wie auch die Obliegenheit der Grundeigentümer zur Feinerschliessung und so auch die Erschliessungshilfe gemäss § 41 PBG nur auf das Baugebiet beziehen. Hinzuweisen ist auch auf den in § 22 PBG geregelten Erschliessungsplan, den die Gemeinden zu erlassen verpflichtet sind (§ 15 Abs. 1 PBG). Er betrifft die „Erschliessung der Bauzonen“ (§ 22 Abs. 1 PBG; vgl. auch § 23 Abs. 1 PBG).

4.3.2 § 37 Abs. 1 PBG entspricht – wie gesagt – Art. 19 Abs. 1 RPG. Auch wenn damit für das kantonale Recht die bundesrechtliche Vorgabe, dass die Erschliessung sowohl inner- als auch ausserhalb der Bauzone eine wichtige Bauvoraussetzung darstellt, inhaltlich wiederholt wird, ändert dies an der dargelegten Systematik nichts. Das gleiche ist aufgrund des Verweises in § 53 PBG (betreffend Baureife) auf § 37 Abs. 1 PBG zu sagen. Abgesehen davon wird der Begriff der Baureife im Allgemeinen typischerweise im Zusammenhang mit erschlossenem Bauland bzw. erschlossenen Bauzonen verwendet. Aufgrund dieses Verweises lassen sich keine Rückschlüsse auf die Anwendbarkeit der Erschliessungshilfe auf Grundstücke ausserhalb der Bauzone ziehen. Wenn hingegen § 19 Abs. 2 PBG für die Errichtung und Änderung von Bauten und Anlagen in der Landwirtschaftszone auf die Bestimmungen des Bundesrechts verweist, kann hierin ein Indiz dafür gesehen werden, dass der

B 8.2

kantonale Gesetzgeber keine über die bundesrechtlichen Vorgaben hinausgehenden Anforderungen und Ansprüche an die Erschliessung und Modalitäten der Erschliessung von Grundstücken ausserhalb der Bauzone legiferieren wollte. Diesbezüglich ist u.a. auf Art. 43a Abs. 3 (in Kraft seit 1. November 2012) der Raumplanungsverordnung (RPV; SR 700.1) vom 28. Juni 2000 zu verweisen. Ausnahmen für Bauten und Anlagen ausserhalb der Bauzone setzen voraus, dass höchstens eine geringfügige Erweiterung der bestehenden Erschliessung notwendig ist und sämtliche Infrastrukturkosten, die im Zusammenhang mit der bewilligten Nutzung anfallen, auf die Eigentümer überwälzt werden (vgl. auch Art. 24d Abs. 3 lit. c RPG). Mit dieser Bestimmung wurde unter anderem das Kriterium des Genügens der vorhandenen Erschliessung über den bisherigen Anwendungsbereich von Art. 24d RPG bzw. Art. 39 RPV hinaus auch für Bewilligungen nach den Art. 24b, 24c und 37a RPG für anwendbar erklärt (vgl. Erläuternder Bericht des Bundesamtes für Raumentwicklung vom Oktober 2012 zur Teilrevision der Raumplanungsverordnung, S. 5 lit. b; nachstehend Erw. 4.6.2).

4.4 Die dargelegte Gesetzessystematik zum dritten Titel (Erschliessung) des PBG findet sich bereits im regierungsrätlichen (Vernehmlassungs-)Entwurf (RRB Nr. 224 vom 1. Februar 1983) eines Bau- und Planungsgesetzes (§§ 34 bis 40 PBG, jeweils mit den gleichen Marginalien wie die geltende Fassung).

Im Erläuterungsbericht zum Entwurf eines PBG wird u.a. ausgeführt (S. 12), die Erschliessungspflicht der Gemeinde beschränke sich nicht auf das für den Wohnungsbau bestimmte Bauland, sondern schliesse Industrie- und Gewerbebezonen mit ein. Von Bundesrechts wegen wäre es zwar zulässig, für Nicht-Wohnzonen die Erschliessungspflicht den Eigentümern zu überbinden (Art. 19 Abs. 3 RPG). Eine unterschiedliche Regelung für „Wohnbauland und andere Bauzonen“ schein indes nicht zweckmässig. Zur Erschliessungshilfe wird namentlich festgehalten (S. 13), Aktualität könne diese Vorschrift insbesondere für die Strassenerschliessung erlangen. Zur „Ersatzvornahme“ wird unter anderem erneut festgehalten, auch schein es wenig sinnvoll, für Wohnzonen und andere Bauzonen eine unterschiedliche Ordnung zu schaffen (S. 13).

Die Erschliessung und so auch die Erschliessungshilfe für Grundstücke ausserhalb der Bauzonen wurde nicht thematisiert. Die Bestimmungen zur Erschliessung waren in der Folge – soweit ersichtlich – nicht ernsthaft bestritten. Dafür, dass der Gesetzgeber eine Erschliessungshilfe auch für Grundstücke ausserhalb der Bauzone vorsehen wollte und mit der getroffenen Regelung als mitumfasst sah, gibt es in den Materialien

keine Hinweise; angesichts der Differenzierung in der Diskussion zwischen Wohnzonen bzw. Wohnbaulandzonen und anderen Bauzonen ist von einem qualifizierten Schweigen des Gesetzgebers betreffend die Landwirtschaftszone bzw. Grundstücke ausserhalb der Bauzonen auszugehen.

Nichts anderes lässt sich dem regierungsrätlichen Bericht und Vorlage an den Kantonsrat zur Teilrevision des PBG vom 17. Januar 2007 (RRB Nr. 88/2007) entnehmen (der nach dem RRB Nr. 1954 vom 18. November 1997 erging; vgl. nachstehend Erw. 4.5), in deren Rahmen auch die Erschliessungshilfe thematisiert wurde. Anvisiert wurde eine Vereinfachung der Erschliessungshilfe (S. 12 Ziff. 7.7).

In dieser Hinsicht verweist die Gemeinde berechtigterweise auf den in AGVE 1998 Nr. 79 publizierten Entscheid des Aargauer Verwaltungsgerichts (Beschwerde S. 8 Ziff. 2.b), wo eine Ausdehnung des in §§ 38 f. BauG-AG geregelten Mitbenützungsanspruchs auf Erschliessungsanlagen ausserhalb der Bauzone namentlich infolge des Fehlens eines entsprechenden Hinweises in den Materialien abgelehnt wurde.

4.5.1 Der Regierungsrat bezieht sich im angefochtenen Beschluss auf seinen Beschluss Nr. 1954 vom 18. November 1997. In diesem Beschluss ging er von einer teleologischen Auslegung aus. Er anerkannte zwar, dass die Erschliessungshilfe „offenbar in erster Linie als Hilfsmittel zur Feinerschliessung der Bauzonen gedacht war“. Indes sei es doch „sinnvoll und zweckmässig, dieses Mittel auch ausserhalb der Bauzonen zuzulassen“. Es seien Fälle – wenn auch eher selten – denkbar, in welchen ein Bauherr ausserhalb der Bauzonen auf die Mitbenützung einer bestehenden Feinerschliessungsanlage angewiesen sei. So sei es beispielsweise möglich, dass ein Landwirt für die Erstellung eines zonenkonformen oder standortgebundenen landwirtschaftlichen Wohnhauses auf die Mitbenützung einer bestehenden, privaten Feinerschliessung eines Nachbarn angewiesen sei.

Das Verwaltungsgericht wies eine gegen diesen RRB Nr. 1954 vom 18. November 1997 erhobene Beschwerde mit VGE 1060/97 vom 8. April 1998 (= EGV-SZ 1998 Nr. 9) ab, weil eine hinreichende Erschliessung der fraglichen Überbauung gegeben war und es nicht Sinn und Zweck von § 41 PBG entspreche, eine als baureif akzeptierte Überbauung und Nutzung mit einer besseren, komfortableren Erschliessung zu versehen. Ob mit der „entsprechenden Lückenfüllung bzw. teleologischen Auslegung – nach Darlegung des Regierungsrates gäben weder Wortlaut, Systematik noch Materialien genügend Aufschluss – mit Blick auf die Schwere des Eingriffs in das Grundeigentum das Gebot der klaren und

B 8.2

eindeutigen gesetzlichen Grundlage sowie das Bestimmtheitsgebot eingehalten“ seien, wenn § 41 PBG auch ausserhalb der Bauzone Anwendung finde (in EGV-SZ 1998 Nr. 9 nicht publ. Erw. 2), konnte das Verwaltungsgericht daher offen lassen.

4.5.2 Der Regierungsrat anerkennt im angefochtenen Entscheid, dass die Gemeinde ausserhalb der Bauzone nicht zur Groberschliessung gemäss § 39 PBG verpflichtet ist. Dies betrifft zwangsläufig auch § 39 Abs. 4 PBG (hierzu vgl. Hensler, Die Mitbenützung privater Erschliessungsanlagen durch Dritte [sog. Erschliessungshilfe nach § 41 des Planungs- und Baugesetzes des Kantons Schwyz], in: EGV-SZ 2004 S. 281 ff., S. 295), womit für die Mitbenützung und den Ausbau bestehender privater Groberschliessungsanlagen durch Dritte sinngemäss auf § 41 PBG verwiesen wird. Andernfalls würde über die Erschliessungshilfe indirekt doch wieder eine (teilweise) Pflicht der Gemeinde zur Groberschliessung begründet. Erst recht muss dies konsequenterweise auch für die Feinerschliessung von Parzellen ausserhalb der Bauzone gelten, welche von Gesetzes wegen den Grundeigentümern obliegt. Wenn es dem Gemeinwesen trotz der Tatsache, dass ausserhalb der Bauzonen die Grundeigentümer in der Regel selber für die erforderliche Erschliessung sorgen müssen, nicht verboten ist, auch für solche Gebiete Erschliessungsanlagen zu errichten, wenn hierfür ein öffentliches Interesse besteht (angefochtener Entscheid Erw. 4.2 mit Hinweis auf Waldmann/Hänni, a.a.O., Art. 19 Rz. 31), kann dies weder mit einer entsprechenden Pflicht gleichgesetzt werden noch bedeutet dies, dass die Gemeinde Hand für die Erschliessungshilfe gemäss § 41 PBG (bzw. allenfalls § 39 Abs. 4 i.V.m. § 41 PBG) bieten muss. Auf das relativ grosse Ermessen der Gemeinde bereits bei der Behandlung von Anschlussgesuchen für Liegenschaften ausserhalb der Bauzone wurde bereits hingewiesen (vgl. vorstehend Erw. 3.1.3; BGE 127 I 52 Erw. 3.c). Ein solches Ermessen lässt sich indes schlecht sowohl mit einer Erschliessungspflicht als auch mit einem Anspruch auf eine solche, namentlich über die Erschliessungshilfe gemäss § 41 PBG, vereinbaren.

4.5.3 Zweck der Erschliessung(shilfe) ist gemäss der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung die Schaffung einer hinreichenden Erschliessung und mithin die Herbeiführung der Baureife für ein Drittgrundstück. Es ist nicht Sinn und Zweck von § 41 PBG, eine (allenfalls bloss formal bzw. gestützt auf die Besitzstandsgarantie) als baureif akzeptierte Überbauung und Nutzung mit einer besseren, komfortableren Erschliessung zu versehen. Für bestehende Überbauungen und Nut-

zungen kann § 41 PBG nur angerufen werden, wenn eine verbindliche, im öffentlichen Recht begründete Sanierungspflicht der Erschliessung ansteht (VGE 1006/01 vom 29. Mai 2001 Erw. 3.a mit Hinweis auf EGV-SZ 1998 Nr. 9 mit Hinweisen; vgl. Hensler, a.a.O., S. 297).

Wenn die Erschliessungshilfe von ihrem Sinn und Zweck her grundsätzlich bereits auf eine in der Bauzone gelegene Überbauung, welche (nur) gestützt auf die Besitzstandsgarantie als erschlossen betrachtet werden kann, nicht zwecks Verbesserung der Erschliessungssituation zur Anwendung kommen kann, muss dies zwangsläufig und mit besserem Recht für ausserhalb der Bauzonen gelegene Bauten gelten, die nur gestützt auf die Besitzstandsgarantie Bestand haben. Insofern ist das vom Regierungsrat genannte Beispiel eines Landwirts, dessen landwirtschaftliches Wohnhaus zonenkonform und standortgebunden ist, nicht einschlägig. Im Übrigen bejaht das kantonale Recht ausnahmsweise (selbst in der Bauzone) eine genügende Zugänglichkeit auch dann, wenn ein blosser Zugang (und keine Zufahrt) vorliegt (§ 37 Abs. 3 PBG; VGE 1006/01 vom 29. Mai 2001 Erw. 3.c; M. Gisler, Das Wiederaufbaurecht, Zürich 2003, S. 83 mit FN 39).

4.6.1 Das Bundesgerichtsurteil 1A.256/2004 vom 31. August 2005 betraf ein Baugesuch für die Erstellung eines befahrbaren Privatwegs, welcher einerseits drei ganzjährig bewohnte Liegenschaften und zwei Ferienhäuser (alle mit nichtlandwirtschaftlicher Nutzung), andererseits von zwei Pächtern bewirtschaftete Grundstücke und Scheunen erschliessen sollte.

(...).

Das Bundesgericht führte aus (Erw. 5), gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung gelte eine Baute oder Anlage bloss dann als standortgebunden im Sinne von Art. 24 lit. a RPG, wenn sie aus technischen oder betriebswirtschaftlichen Gründen oder wegen der Bodenbeschaffenheit auf einen Standort ausserhalb der Bauzonen angewiesen sei. Dabei beurteilten sich die Voraussetzungen nach objektiven Massstäben, und es könne weder auf die subjektiven Vorstellungen und Wünsche des Einzelnen noch auf die persönliche Zweckmässigkeit oder Bequemlichkeit ankommen. Generell sei bei der Beurteilung der Voraussetzungen ein strenger Massstab anzulegen, um der Zersiedelung der Landschaft entgegenzuwirken. Die Vorinstanz habe die Standortgebundenheit der umstrittenen Zufahrtsstrasse deshalb bejaht, weil die zu erschliessenden Liegenschaften in der Landwirtschaftszone lägen; die Zufahrt müsse daher zwangsläufig durch die Landwirtschaftszone führen, wenn überhaupt eine Zufahrt geschaffen werden solle. Die Standortgebundenheit einer

B 8.2

Erschliessungsanlage könne jedoch nicht ohne den Zweck, den sie erfüllen soll, beurteilt werden. Wie dargelegt, bestehe der Zweck der fraglichen Erschliessungsstrasse in erster Linie darin, erstmals eine Zufahrtsmöglichkeit zu den Wohnbauten in der Landwirtschaftszone ganzjährig zu gewährleisten. Diese Wohnbauten würden heute, wie ebenfalls schon ausgeführt, nicht (mehr) von Personen benutzt, die in der Landwirtschaft tätig seien. Die Häuser und der zu ihnen führende Fussweg genössen lediglich Bestandesschutz. Aus der Bestandesgarantie könne aber kein Anspruch auf eine befahrbare Zufahrt bzw. – genereller gesagt – auf eine zeitgemässe Erschliessung abgeleitet werden. Eine solche Auslegung stünde im Widerspruch zu den Bestimmungen des Raumplanungsgesetzes, das für die Änderung besitzstandsgeschützter Bauten enge Grenzen setze. Sie liefe der Absicht des Gesetzgebers zuwider, die bauliche Entwicklung zonenwidrig gewordener Zustände im Interesse der Trennung des Siedlungsgebietes vom Kulturland wenn nicht vollständig zu untersagen, so doch stark einzuschränken. Das Bundesgericht habe es daher in seiner Rechtsprechung stets abgelehnt, die Standortgebundenheit mit der Zugehörigkeit zu einer bestimmten Baute zu rechtfertigen, welche selbst zonenfremd sei (vgl. BGE 115 Ib 295 Erw. 2c S. 298, 114 Ib 317 Erw. 4d, Urteil 1A.88/1999 vom 8. November 1999 Erw. 4c, je mit Hinweisen). Die Erwägungen des Verwaltungsgerichts [des Kantons Bern] seien somit unvereinbar mit dem Grundsatz, dass auch Erschliessungsanlagen grundsätzlich dem Gebot der Trennung des Baugebiets vom Nichtbaugebiet unterliegen. Da demnach die Standortgebundenheit der fraglichen Zufahrtsstrasse verneint werden müsse, erübrige sich die Prüfung, ob der Strasse im Sinne von Art. 24 lit. b RPG überwiegende Interessen entgegenstünden.

4.6.2 Aus dieser Rechtsprechung – in Anwendung von übergeordnetem Bundesrecht – ergibt sich mithin, dass aus der Bestandesgarantie kein Anspruch auf eine befahrbare Zufahrt bzw. auf eine zeitgemässe Erschliessung abgeleitet werden kann. Damit in Einklang steht auch die Regelung, dass für die Nutzung und Änderung von Bauten gestützt auf Art. 24b ff. RPG höchstens eine geringfügige Erweiterung der bestehenden Erschliessung notwendig sein darf bzw. die vorhandene Erschliessung grundsätzlich zu genügen hat (vgl. vorstehend Erw. 4.3.2). Aus einer gestützt auf Art. 24c RPG gewährten Baubewilligung lässt sich mithin kein Anspruch auf eine neue, andere oder verbesserte Erschliessung ableiten, wie es der Beschwerdegegner (sinngemäss) geltend macht. Dieser fehlende Anspruch auf eine (befahrbare) Zufahrt bzw. auf eine zeitgemässe Erschliessung bestandesgeschützter Bauten ausserhalb

der Bauzone steht zur Erschliessungshilfe, welche auf die Herstellung einer bisher nicht existierenden oder ungenügenden Erschliessung abzielt, im Widerspruch. Analog zum zitierten Bundesgerichtsurteil ist die Liegenschaft KTN 0001 des Beschwerdegegners durch einen öffentlichen Fussweg (Nr. 00; vgl. Verzeichnis der öffentlichen Wege mit privater Unterhaltungspflicht der Gemeinde [Wegrodel] vom 27. Juni 1975) erreichbar, was unbestritten ist.

4.7 Im Sinne der vorstehenden Auslegung von § 41 PBG – und unbezogen der aus der zitierten bundesgerichtlichen Rechtsprechung gezogenen Folgerungen – ist auch die vom Verwaltungsgericht im VGE 1060/97 vom 8. April 1998 angesprochene Frage, ob mit der regierungsrätlichen Lückenfüllung bzw. teleologischen Auslegung das Bestimmtheitsgebot angesichts des mit der Erschliessungshilfe verbundenen Eingriffs in das Grundeigentum gewahrt bleibt, zu verneinen.

4.8 Die Gesetzesauslegung führt mithin zum Ergebnis, dass §§ 41 ff. PBG auf Bauten ausserhalb der Bauzone grundsätzlich nicht anwendbar ist. Ob hiervon ausnahmsweise beim vom Regierungsrat erwähnten seltenen Fall von Bauten, welche den Anforderungen von Art. 24 RPG (d.h. der Standortgebundenheit) gerecht werden und die gleichzeitig ohne Erschliessungshilfe mangels hinreichender Erschliessung nicht realisiert werden könnten – was vorliegend nicht der Fall ist –, im Sinne des vom Regierungsrat erwähnten Beispiels abzuweichen ist, steht vorliegend nicht zur Diskussion.

Die Beschwerde erweist sich mithin als begründet und ist gutzuheissen.

(VGE III 2016 8+13 vom 23. November 2016).

8.3 Ausnahmebewilligung in der Bauzone im Gewässerraum

- *Dimensionen des bestehenden Gebäudes unter Einschluss der im Rahmen der Bestandesgarantie sowie der gewässerschutzrechtlichen Bestimmungen zulässigen Erweiterungen als Gradmesser der Zulässigkeit einer Ausnahmebewilligung.*

B 8.3

Aus den Erwägungen:

5.1.1 Die zuständige Bewilligungsbehörde kann für Bauten oder Anlagen innerhalb der Bauzonen Ausnahmen von den im Planungs- und Baugesetz vom 14. Mai 1987 (PBG; SRSZ 400.100) oder in den Bauvorschriften der Gemeinde festgelegten Bestimmungen bewilligen, wenn und soweit besondere Verhältnisse es rechtfertigen (§ 73 Abs. 1 PBG), insbesondere wenn sonst eine unzumutbare Härte einträte (lit. a); dank der Abweichung wegen der örtlichen Gegebenheiten eine bessere Lösung erzielt werden kann (lit. b); Art, Zweckbestimmung oder Dauer des Gebäudes eine Abweichung nahelegen (lit. c) oder dadurch ein Objekt des Natur- und Heimatschutzes besser geschützt werden kann (lit. d). Eine Ausnahmegewilligung muss mit den öffentlichen Interessen vereinbar sein und darf keine wesentlichen Interessen von Nachbarn verletzen (§ 73 Abs. 2 PBG).

Bewilligungsbehörde ist der Gemeinderat (§ 76 Abs. 1 PBG). Ausnahmen von kantonalen Abstandsvorschriften, zu deren Erteilung die Bewilligungsbehörde der Gemeinde zuständig ist, bedürfen der vorgängigen Zustimmung des zuständigen Amtes (§ 76 Abs. 3 PBG). Gemäss § 47 Abs. 2 der Vollzugsverordnung zum Planungs- und Baugesetz (VVzPBG; SRSZ 400.111) vom 2. Dezember 1997 wird über die Zustimmung zu Ausnahmen im Sinne von § 76 Abs. 3 PBG mit der kantonalen Baubewilligung entschieden. Zu Ausnahmen vom Grenzabstand nimmt das Amt für Raumentwicklung Stellung (vgl. § 47 Abs. 3 VVzPBG).

5.1.2 (...).

Ist das Vorliegen der Voraussetzungen für eine Ausnahmegewilligung zu bejahen, so ist bei der Erteilung derselben weiter abzuklären, durch welche von den gesetzlichen Bestimmungen abweichenden Regelungen der Ausnahmesituation Rechnung zu tragen ist. Bei der Beurteilung dieser Ermessensfrage auferlegen sich Regierungsrat und Verwaltungsgericht praxismässig Zurückhaltung. Das Verwaltungsgericht darf sodann im Gegensatz zum Regierungsrat nur einschreiten, wenn das Ermessen rechtsfehlerhaft ausgeübt wurde (EGV-SZ 2010 B 8.10 Erw. 3.1.5; VGE 672/95 vom 22. Dezember 1995, VGE 613/90 vom 20. November 1990; EGV-SZ 1990 Nr. 19 und 1993 Nr. 60). Rechtsfehlerhaft ist ein nicht pflichtgemäss ausgeübtes Ermessen, d.h. ein in Missachtung des Gleichbehandlungsgebots, des Willkürverbots und des Verhältnismässigkeitsprinzips zustande gekommenes Ermessen (VGE III 2008 15 vom 24. April 2008 Erw. 2.3.2 mit weiteren Hinweisen).

5.1.3 Im Rahmen der Prüfung einer Ausnahmegewilligung ist zudem auf die Praxis zu verweisen, wonach es, wenn eine Baute über das Bestandesprivileg des Wiederaufbaurechts hinausgeht, besonders wichtiger Gründe bedarf, um überhaupt Abweichungen von den Bauvorschriften zu dulden. In solchen Fällen ist bei der Bewilligung weiterer Ausnahmen äusserste Zurückhaltung geboten (EGV-SZ 1993 Nr. 60 Erw. 7.b; VGE III 2010 183 vom 21. Dezember 2010 Erw. 3.4; VGE III 2009 223 vom 24. Februar 2010 Erw. 4.2).

5.1.4 (...).

5.1.5 Dem Sicherheitsdepartement ist entgegen der Auffassung der Beschwerdeführer beizupflichten, dass die Voraussetzungen für die Erteilung einer Ausnahmegewilligung nach Art. 41c Abs. 1 der Gewässerschutzverordnung (GSchV; SR 814.201) vom 28. Oktober 1998 nicht deckungsgleich sind mit den Ausnahmen gemäss § 73 PBG. Selbst wenn eine gewässerschutzrechtliche Bewilligung erteilt werden könnte, bedeutet dies nicht, dass auch zwangsläufig die Voraussetzungen von § 73 PBG erfüllt sind.

5.2.1 (...).

5.4.2 Es ist einerseits unbestritten, dass der Beschwerdegegner gestützt auf die Bestandesgarantie im Umfang der bestehenden Baute eine Ersatzbaute aufstellen könnte. Andererseits ist unbestritten, dass die geplante Ersatzbaute nicht (mehr) unter die Bestandesgarantie fällt und nur über den Weg einer Ausnahmegewilligung bewilligungsfähig ist.

Es bestehen indes keine Anhaltspunkte dafür und wird auch nicht, jedenfalls nicht substantiiert, dargetan, dass ein Gebäude mit den Dimensionen der bestehenden und zu ersetzenden Baute (Grundfläche von 125 m²; Gebäudevolumen von rund 1'150 m³), die mit einer Fläche von 53.97 m² im Gewässerabstandsbereich liegt, kein zeitgerechtes Wohnen mehr erlaubt/erlauben würde. Die Dimensionen dieses bestehenden Gebäudes unter Einschluss der im Rahmen der Bestandesgarantie für eine zeitgemässe und zonenkonforme (unter Beachtung gewässerschutzrechtlicher Bestimmungen) Baute zulässigen Erweiterungen stellen mithin grundsätzlich den Gradmesser für eine allfällige Ausnahmegewilligung dar. Was an Abweichungen bzw. Erweiterungen darüber hinausgeht, kann grundsätzlich nicht auf eine unzumutbare Härte zurückgeführt und ausnahmsweise bewilligt werden. Insofern und insoweit kann auch die Ver-

B 8.3

weigerung einer zusätzlichen Beanspruchung des Gewässerraumes nicht als unzumutbare Härte qualifiziert werden.

Selbst wenn im Rahmen der Dimensionen der bestehende Baute ein zeitgerechtes Wohnen verneint werden müsste, bedeutet dies nicht zwangsläufig, dass zur Herstellung einer zeitgerechten Wohnmöglichkeit ein mehr als doppelt so grosses Gebäudevolumen (2'370.44 m²) auf einer um 36 % vergrösserten Grundfläche erforderlich ist. Eine zusätzliche Beanspruchung des Gewässerabstandsbereiches um rund 13.4 m² (d.h. um rund 25 %) lässt sich konsequenterweise nicht mit einer unzumutbaren Härte rechtfertigen. Hieran ändert auch die Tatsache nichts, dass sich der (Mindest-)Abstand zum Seeufer um rund 3.5 m von 11.71 m auf 15.26 m verlängert und diesbezüglich eine allenfalls verbesserte Situation vorliegt.

Dabei fällt zum einen ins Gewicht, dass sich bei Beibehaltung einer gleich grossen Grundfläche von knapp 54 m² im Gewässerraum nach wie vor ein Haus mit einer Grundfläche von rund 154 m² (d.h. 23 % grösser als die bestehende Baute) und entsprechend einem Volumen von gegen 2'000 m³ realisieren lässt, dessen „ungefähre Lage“ zudem der Vorgabe von Art. 59 Abs. 2 BauR entspricht. Angesichts dieser Zahlenvergleiche ist für die Beurteilung irrelevant, ob alternative Überbaumöglichkeiten geprüft und – aus welchen Gründen auch immer – allenfalls verworfen wurden. (...) Zum andern lässt sich aus der baureglementarisch für die Parzelle KTN 0000 vorgesehenen maximalen Grundfläche von 180 m² unter dem Titel der Ausnahmegewilligung kein Anspruch auf Realisierung einer Baute mit dieser oder einer annähernd maximalen Grundfläche ableiten, „wenn und soweit“ andernfalls nicht eine unzumutbare Härte eintritt oder sich dank der Abweichung nicht eine bessere Lösung ergäbe. Weder das eine noch das andere ist vorliegend indes, wie gesagt, der Fall.

Dem Beschwerdegegner ist auch das Argument unbehelflich, er habe das Grundstück gestützt auf die baureglementarische Vorgabe einer maximalen Grundfläche käuflich erworben. Zum einen lässt sich hieraus, wie gesagt, ein Anspruch auf Realisierung der maximalen Fläche nur unter dem Vorbehalt der Wahrung anderer baurechtlich relevanter Bestimmungen ableiten. Zum andern war insbesondere der vorliegend (neben den revidierten Gewässerschutzbestimmungen) relevante § 66 Abs. 1 PBG betreffend den Gewässerabstand im Kaufzeitpunkt (bzw. seit 1. Januar 1997) seit Langem in Kraft. Entsprechend war auch bekannt, dass – unter Vorbehalt der Beanspruchung des Wiederaufbaurechts – eine Baugewilligung nur ausnahmsweise unter den Voraussetzungen von § 73 PBG erhältlich ist. (...).

5.4.3 Im Sinne der vorstehenden Erwägung ist die ausnahmsweise Bewilligungsfähigkeit der Neubaute gestützt auf § 73 Abs. 1 lit. b PBG zu verneinen. Inwieweit – in Respektierung der restriktiven Handhabung des Instituts der Ausnahmegewilligung selbst bei bereits überbauten Liegenschaften (vgl. VGE III 2009 223 vom 24. Februar 2010 Erw. 2.3 = EGV-SZ 2010 B 8.9) – mit einer zusätzlichen Beanspruchung des Gewässerraumes „wegen der örtlichen Gegebenheiten“ eine bessere Lösung erzielt werden kann, ist nicht nachvollziehbar. Die Anordnung und Situierung des Baugrundstücks weist – mit Ausnahme der Angrenzung ans Seeufer und des damit einhergehend grundsätzlich zu wahrenen Gewässerabstandes – keine nennenswerten Besonderheiten auf, welche eine Abweichung von den Bauvorschriften im Sinne einer Mehrbeanspruchung des Gewässerraumes nahelegen würden. (...).

5.5 Da die Voraussetzungen für die Erteilung einer Ausnahmegewilligung nicht gegeben sind, ist die Beschwerde gutzuheissen.

(VGE III 2015 172 vom 27. Januar 2016; das Bundesgericht hat eine dagegen erhobene Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten mit Urteil 1C_78/2016 vom 10. Oktober 2016 abgewiesen, soweit es darauf eingetreten ist).

8.4 Gebäudehöhe

- *Haben Geschoszahl und Zweigeschossigkeit des Dachgeschosses eine Bedeutung für die Bemessung der Gebäudehöhe in einer Kernzone?*

Aus dem Sachverhalt:

Das Bauvorhaben in der Kernzone umfasst im Untergeschoss eine Tiefgarage sowie Technikräume. Im Erdgeschoss sowie im ersten Obergeschoss sind je drei Wohnungen, im zweiten und dritten Obergeschoss je zwei Wohnungen, im vierten Obergeschoss drei Wohnungen geplant, wobei sich je zwei Zimmer, Bad und Estrich von zwei Wohnungen im Dachgeschoss befinden. Die Dachform ist als Kreuzfirst bzw. Kreuzgiebel ausgestaltet, wodurch vier Giebelfassaden entstehen. Die Baute weist eine Länge von 24 m und 16.50 m Breite auf. Die Gebäudehöhe beträgt auf allen Seiten 12 m, die Firsthöhe 17.00 m.

B 8.4

Aus den Erwägungen:

2.1 Der Beschwerdeführer bringt vor, die Baute weise insgesamt 6 Stockwerke auf, wobei zwei Geschosse in den Dachaufbau zu liegen kämen. Die vorinstanzliche Interpretation, der Geschosshöhe komme bei der Ermittlung der Gebäudehöhe keine Bedeutung zu, werde als falsch erachtet. Das fünfte Obergeschoss falle auch unter Berücksichtigung der gewählten Dachform nicht unter das Höhenprivileg von Art. 26 Abs. 3 des kommunalen Baureglements (BauR) vom 13. Dezember 2001, da es sich weder um eine Attikawohnung noch um einen einfachen Aufbau im Sinne von Art. 26 Abs. 2 lit. c BauR handle. Bei der Integration von zwei Geschossen ins Dachgeschoss handle es sich um eine im Gesetz nicht vorgesehene Konstruktion, so dass von einer Umgehungsabsicht gesprochen werden müsse. Es handle sich im Übrigen auch nicht um ein Dachgeschoss im Sinne des Gesetzes. Als solche bezeichne man Geschosse, welche direkt unter dem Dach und oberhalb der Traufe lägen und aufgrund der Dachneigung eine kleinere nutzbare Fläche als die darunter liegenden Geschosse hätten. Dies treffe auf die Wohnung unterhalb der Attikawohnung nicht zu, weshalb hier ein Vollgeschoss vorliege. Die Gebäudehöhe betrage deshalb mindestens 13.95 m.

2.2 In der Kernzone, in welche die geplante Baute zu liegen kommt, gilt eine Gebäudehöhe von 12 m und eine Firsthöhe von 17 m (Art. 35 Abs. 2 BauR).

Als Gebäudehöhe gilt gemäss § 60 Abs. 2 des Planungs- und Baugesetzes (PBG; SRSZ 400.100) vom 14. Mai 1987 das Mass vom ausgemittelten gewachsenen Boden in der Fassade Mitte bis zum Schnittpunkt der Fassade mit der Dachhaut, bei Flachdächern bis zur Oberkante des Dachabschlusses. Nicht berücksichtigt werden die Höhe des Giebel dreiecks bei Giebel Fassaden (§ 60 Abs. 3 lit. a PBG), Aufbauten bei Schräg- und Flachdächern, sofern sie nicht mehr als einen Drittel der Fassadenlänge einnehmen (lit. b) sowie Attikageschosse und Dachbrüstungen, sofern ihre Fassaden auf der Schmalseite innerhalb eines Giebel dreiecks von 45° liegen sowie auf der Längsseite mit Ausnahme von maximal einem Drittel dieser Fassadenlänge um das Mass ihrer Höhe von der Fassade des darunter liegenden Geschosses zurückversetzt sind (lit. c). Bei Dachneigungen über 45° wird das Mehrmass, das sich bei einem 45° geneigten Dach ergäbe, zur Gebäudehöhe gerechnet (§ 60 Abs. 4 PBG). Diese für den Erlass kommunaler Bauvorschriften verbindlichen Messweisen (vgl. § 31 Abs. 1 der Vollzugsverordnung zum Pla-

nungs- und Baugesetz [VVzPBG; SRSZ 400.111] vom 2. Dezember 1997) finden sich auch in Art. 26 Abs. 1 bis 3 BauR.

2.3 Einerseits ist vorab festzuhalten, dass sich den zitierten gesetzlichen Grundlagen keine Anhaltspunkte dafür entnehmen lassen, dass die Zahl der (Voll-)Geschosse wie auch die Voraussetzungen für die Anrechenbarkeit eines Dachgeschosses als Vollgeschoss und entsprechend ebenso die Zahl allenfalls zulässiger Geschosse im Bereich der vertikalen Ausdehnung eines Daches bei der Bemessung der Gebäudehöhe eine Rolle spielen (anders als beispielsweise im Kanton Zürich, dessen Gesetz über die Raumplanung und das öffentliche Baurecht [Planungs- und Baugesetz; SRZH 700.1] vom 7. September 1975 in § 278 Abs. 1 die zulässige Gebäudehöhe durch die erlaubte Vollgeschosszahl und, sofern die Bau- und Zonenordnung es nicht ausschliesst, durch die Verkehrsbaulinien bestimmt, wobei das geringere Mass entscheidend ist); die Kernzone kennt überdies keine Begrenzung der Geschosszahl. Die Zweigeschossigkeit des Dachgeschosses spricht nicht gegen einen Schnittpunkt Fassade/Dachhaut zur Bemessung der Gebäudehöhe; einer allfälligen gestalterischen Wirkung dieser Zweigeschossigkeit ist allenfalls im Rahmen des Einordnungsgebotes Rechnung zu tragen. Andererseits ist unbestritten, dass das geplante Kreuzgiebeldach mit einer Neigung des Dachfirstes von 20° in Längsrichtung und 45° in Querrichtung der baureglementarisch normierten Ortsüblichkeit (vgl. Art. 12 BauR) entspricht. Es ist weder als Aufbaute noch als Attikageschoss zu qualifizieren (vgl. Fritzsche/Bösch/Wipf, Zürcher Planungs- und Baurecht, 5. Aufl., Zürich 2011, S. 948 ff. Ziff. 16.7.2.2 mit Illustration eines Quergiebels, dessen Fassade ebenfalls den Eindruck der Zweigeschossigkeit erwecken kann). Abhängig von der Grundfläche eines Gebäudes vergrössert (oder verkleinert) sich bei einer gleichen (vorliegend gesetzeskonformen) Dachneigung zwangsweise auch die (nutzbare) Fläche wie auch die Höhe und somit das (nutzbare) Volumen des Dachgeschosses.

Im vom Regierungsrat zitierten, in EGV-SZ 2004 B 8.2 publizierten Entscheid hat das Verwaltungsgericht begründet ausgeführt, dass sich § 60 Abs. 3 lit. a PBG auf sämtliche Giebeldreiecke von Giebelfassaden bezieht, unabhängig davon, ob solche auf allen Seiten des Gebäudes vorkommen oder nicht (Erw. 4.7). In EGV-SZ 2006 B 8.2 hat das Verwaltungsgericht darauf hingewiesen, dass eine grosszügige Bejahung des Giebelfassadencharakters zu einer Benachteiligung von Attikageschossen führen könnte; indes sei es eine Tatsache, dass heute eine grosse Vielfalt von Dachformen bestünde und die Rechtsprechung von der tatsächlich projektierten Dachgestaltung ausgehe (Erw. 4.2).

B 8.5

Vorliegend bleibt trotz der Doppelgeschossigkeit des Dachgeschosses der Giebelfassadencharakter auf allen Gebäudeseiten ungetrübt, wie die aktenkundigen Baupläne belegen. Inwiefern eine Gesetzesumgehung vorliegen sollte, ist nicht erkennbar. Die Rüge des Beschwerdeführers betreffend die Gebäudehöhe ist somit unbegründet.

(VGE III 2015 170 vom 27. Januar 2016)

8.5 Nebenbaute

- *Der Begriff der Nebenbaute ist ein unbestimmter Rechtsbegriff kantonalen Rechts.*
- *Qualifikation eines Wintergartens als Nebenbaute oder Teil der Hauptbaute.*

Aus den Erwägungen:

2.1.1 § 61 Abs. 1 des Planungs- und Baugesetzes vom 14. Mai 1987 (PBG; SRSZ 400.100) definiert die Nebenbauten als „eingeschossige, unbewohnte Bauten, wie Garagen, Kleinbauten usw., die nicht mehr als 3.50 m Gebäudehöhe, 4.50 m Firsthöhe und 60 m² Grundfläche aufweisen. Sie haben einen Grenzabstand von mindestens 2.50 m einzuhalten“. Art. 47 Abs. 1 des alten kommunalen Baurechts (altBauR) weist denselben Wortlaut auf. Das neue BauR regelt die Nebenbauten nicht; es kommt folglich die kantonale Vorschrift zur Anwendung (§ 52 Abs. 1 PBG). Die Definition einer Nebenbaute wurde angesichts der bisherigen Deckungsgleichheit der Begriffsbestimmung mithin von der Revision des BauR nicht berührt.

2.1.2 Der Begriff der Nebenbaute ist ein unbestimmter Rechtsbegriff kantonalen Rechts (vgl. EGV-SZ 1994 Nr. 57; EGV-SZ 1983 Nr. 47 Erw. 2.b). Entsprechend richtet sich beispielsweise auch die Auslegung des Kriteriums der Eingeschossigkeit nach kantonalem Recht (EGV-SZ 2003 B 8.2 Erw. 4.d). Mithin besteht kein Raum für eine gemeinde- bzw. bezirksautonome Auslegung des Begriffs der Nebenbaute.

2.1.3 Aus der systematischen Einordnung von § 61 PBG im Abschnitt „B. Abstände; 1. Grenzabstand“ des PBG ergibt sich, dass es bei Nebenbauten grundsätzlich um Abstandsfragen geht. Das gleiche gilt für Art. 47 altBauR: er ist unter lit. F (Art. 38 ff. altBauR [Bauweise, Stel-

lung und Dimensionen der Bauten]) Ziff. 5 lit. a Grenzabstände (Art. 44 ff. altBauR [Abstände]) unter der lit. dd eingeordnet. Einerseits spricht diese mit dem kantonalen Recht übereinstimmende Konzeption des altBauR ebenfalls für eine einheitliche Auslegung des Begriffs der Nebenbaute, womit angesichts des kantonalen Rechts als höherrangiges Recht kein Raum für eine kommunale Autonomie bei der Interpretation des Begriffs bleibt. Andererseits bestehen keine Anhaltspunkte dafür, und wäre es auch gesetzgeberisch nicht sinnvoll, ein und demselben Begriff in einem anderen Zusammenhang (d.h. mit Blick auf die Überbauungsziffer [ÜZ]) einen anderen Bedeutungsgehalt zu geben. Die Tatsache, dass der Begriff der Nebenbaute im geltenden BauR nicht mehr definiert wird, sondern nur noch kraft der Anwendbarkeit des kantonalen Rechts gilt, belegt ebenfalls, dass es sich – wie bereits angesprochen – um einen Begriff des kantonalen Rechts handelt, der keinen Raum für eine kommunale Auslegung lässt.

Der Regierungsrat hat somit die Autonomie des Bezirks bei der Auslegung des Begriffs der Nebenbaute nicht verletzen können, da diesbezüglich eine Autonomie der Gemeinden und Bezirke zu verneinen ist.

2.2.1 Im bereits erwähnten Entscheid (EGV-SZ 2003 B 8.2 Erw. 4.d mit Hinweisen, u.a. auf EGV-SZ 1990 Nr. 17 Erw. 3.c) hat das Verwaltungsgericht ausgeführt, dass das Kriterium der „Eingeschossigkeit“ nach der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung eng auszulegen ist, da andernfalls Missbräuchen Tür und Tor geöffnet würde und damit die vom Gesetzgeber auf eingeschossige Bauten beschränkte Privilegierung (vgl. geringerer Grenzabstand, Grenzbau usw.) unterlaufen werden könnte. Dabei ist aus der vom Gesetzgeber gewählten Formulierung zum einen zu schliessen, dass eine Baute mit zwei Geschossen grundsätzlich nicht unter den Begriff der Nebenbaute subsumiert werden darf. Zum andern kann von einer eingeschossigen Baute nur dann die Rede sein, wenn dem zusätzlichen Bereich über oder unter dem (Erd- bzw. Haupt-) Geschoss im Vergleich zum Hauptgeschoss nur eine völlig untergeordnete Bedeutung zukommt, dergestalt, dass der zusätzliche Bereich nur sehr beschränkt benutzbar ist. Eine solche beschränkte Benutzbarkeit liegt beispielsweise dann vor, wenn der Dachaufbau nicht aufrecht begehbar ist, oder wenn der Kellerbereich weitgehend unter das gewachsene Terrain zu liegen kommt.

Im VGE 1011/05 vom 30. Juni 2005 (Erw. 4.2) hat das Verwaltungsgericht festgehalten, dass nach dem Willen des kantonalen Gesetzgebers eine Nebenbaute nur dann vorliegt, wenn u.a. das Kriterium „unbewohnte Bauten, wie Garagen, Kleinbauten“ erfüllt ist. Mit diesem Kriterium

B 8.5

hat der Gesetzgeber zum Ausdruck gebracht, dass eine Nebenbaute grundsätzlich nicht dem genau gleichen Zweck wie die Hauptbaute dienen darf, mithin der Zweck der Nebenbaute sich von demjenigen der Hauptbaute unterscheidet (wobei die Nebenbaute zur Hauptbaute insofern in einem untergeordneten bzw. zugehörigen Verhältnis steht, als sie einem Nebenzweck für die Hauptbaute dient). Für die Qualifikation als Nebenbaute ist mithin nicht das äussere Erscheinungsbild massgeblich. Die gestalterische Absetzung einer (abstandsprivilegierten) Nebenbaute entbindet nicht von der physischen Trennung zwischen angebaute Nebenbaute und Hauptbaute (EGV-SZ 2011 B 8.4 Erw. 4.3). In der Rechtslehre werden gedeckte Sitzplätze als bewohnt qualifiziert (vgl. Zaugg, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 2. Aufl., Bern 1995, Art. 12 Rz. 10). Anzuführen ist, dass sämtliche Bauten bzw. Gebäudeteile, die nicht als Nebenbauten nach § 61 Abs. 1 PBG qualifiziert sind, Hauptbauten sind (vgl. VGE III 2012 49+50 vom 24. Juli 2012 Erw. 5.6; VGE 1011/05 vom 30. Juni 2005 Erw. 4.2; EGV-SZ 2003 B 8.2 Erw. 4.c ff.; EGV-SZ 1987, S. 37 ff.).

2.2.2 Der Bezirksrat qualifizierte die beiden an der Südwest- bzw. Südostecke im Parterre des Zweifamilienhauses vorgesehenen Wintergärten als Nebenbauten, da sie unbeheizt seien und ausserhalb des Dämmperimeters der Hauptbaute lägen. In der Vernehmlassung im regierungsrätlichen Verfahren wies der Bezirksrat zudem auf VGE 618/86 vom 22. Januar 1987 (= EGV-SZ 1987 Nr. 8) hin, wonach sich an der Qualifikation als Nebenbaute auch dann nichts ändere, wenn die Decken der Wintergärten im Obergeschoss als Balkone/Terrassen genutzt werden könnten (S. 5 Ziff. 3). Im vorliegenden Verfahren hat der Bezirksrat keine Vernehmlassung eingereicht und sich somit auch nicht zur vorliegenden Streitfrage geäussert.

2.2.3 Der Regierungsrat ist demgegenüber der Auffassung, die beiden Wintergärten seien sowohl baulich als auch funktional Teil des Wohnhauses. Sie seien rundum verglast und mit der Süd- und Westfassade resp. Ostfassade bündig. Ausserdem könnten sie vom Wohnraum her betreten werden. Die Wintergärten dienten als solche ganzjährig dem Wohnen, unabhängig davon, ob sie beheizt oder unbeheizt seien (Erw. 3.3).

2.2.4 Die Beurteilung des Regierungsrates wird durch die aktenkundigen Unterlagen bestätigt und erweist sich als zutreffend. Die beiden Wintergärten stellen mit der (Haupt-)Baute eine (funktionale) Einheit

dar, wie sich namentlich aus den Fassadenplänen, aber auch aus den Grundrissplänen augenfällig ergibt. Die beiden Wintergärten werden durch Türen mit der Hauptbaute verbunden. In den südöstlichen Wintergarten gelangt man durch die Küche, in den südwestlichen durch das Wohn-/Esszimmer. An dieser (funktionalen) Verbindung ändert auch die Tatsache nichts, dass damit die Wintergärten gleichzeitig von der Küche bzw. dem Wohnraum abgetrennt werden. An einer solchen Verbindung fehlt es gerade beim unbestrittenermassen als Nebenbaute anerkannten Garagenanbau an der Nordostseite mit einer Fläche von rund 40 m². Bei diesem Garagenanbau und dessen gleichzeitiger Nutzung als Terrasse ist die Vergleichbarkeit mit dem Sachverhalt des von den Beschwerdeführern erwähnten Entscheides EGV-SZ 1987 Nr. 8 gegeben, während dies mit Blick auf die andere Ausgangsbasis bei den Wintergärten nicht der Fall ist. Im ersten Fall wird der für sich allein als Nebenbaute zu qualifizierende (Garagen-)Anbau durch die Nutzung von dessen Dach nicht zu einem Teil der Hauptbaute; die beiden Wintergärten sind hingegen für sich allein als Teil der Hauptbaute zu qualifizieren und werden durch die gleichzeitige Nutzung als Balkon im Obergeschoss nicht zu einer Nebenbaute. (...).

Auch wenn die beiden Wintergärten nicht beheizt sind, dürften sie angesichts ihrer Südausrichtung und den Fensterflächen (auch bei Einfachverglasung) durch die Sonnenbestrahlung während eines erheblichen Zeitraums auch ausserhalb der Sommerzeit benutzbar sein. Jedenfalls kann nicht gesagt werden, sie seien nur sehr beschränkt benutzbar (vgl. vorstehend Erw. 2.2.1; vgl. zur Praxis des Kantons Bern: Justiz-, Gemeinde- und Kirchendirektion des Kantons Bern, Baubewilligungsverfahren; Empfehlungen zur Behandlung einiger Sonderfälle von baubewilligungspflichtigen Vorhaben, vom 14. April 2010 S. 3 Ziff. 2.2.c [Wintergärten gelten als bewohnt, unabhängig davon, ob die Aussenhülle fest verglast ist und/oder mit Elementen geöffnet werden kann]).

Der Regierungsrat hat die beiden Wintergärten somit zu Recht der Hauptbaute zugeschlagen. Da die Masse unbestritten sind (und sich anhand der aktenkundigen Pläne auch verifizieren lassen), wird die zulässige ÜZ somit überschritten, womit sich das Bauvorhaben grundsätzlich als nicht bewilligungsfähig erweist.

(VGE III 2015 213 vom 25. Mai 2016).

B 8.6

8.6 Ausnützungsziffer

- *Anrechenbarkeit eines untergeschossigen Hauseingangs bei der ausnützungsrelevanten Bruttogeschossfläche.*

Aus den Erwägungen:

2.1 Die Ausnützungsziffer ist die Verhältniszahl zwischen der anrechenbaren Bruttogeschossfläche der Gebäude und der anrechenbaren Landfläche (Art. 28 Abs. 1 des kommunalen Baureglements [kurz: BauR84] vom 1. August 1984). Als anrechenbare Bruttogeschossfläche gilt die Summe aller ober- und unterirdischer Geschossflächen einschliesslich der Mauer- und Wandquerschnitte, Treppen und Aufzüge (Art. 28 Abs. 2 BauR84). Nicht angerechnet werden alle dem Wohnen und dem Gewerbe nicht dienenden oder hierfür nicht verwendbaren Flächen, wie zu Wohnungen gehörende

- Keller-, Estrich- und Trockenräume
- Waschküchen, Heizungen, Kohlen- und Tankkeller
- Maschinenräume für Lift-, Ventilations- und Klimaanlage
- Bastelräume
- ...
- nicht gewerblichen Zwecken dienende Einstellräume für Motorfahrzeuge, Velos, Kinderwagen usw.
- Korridore, Treppen und Lifte, die im gleichen Geschoss ausschliesslich nichtanrechenbare Räume erschliessen
- ... (...).

(Art. 28 Abs. 3 BauR84; zur Ausnützungsziffer gemäss geltendem Recht vgl. Art. 31 f. BauR).

(...).

2.6 Gemäss Art. 28 Abs. 3 siebtes Lemma BauR84 stellen Korridore, Treppen und Lifte, die im gleichen Geschoss ausschliesslich nichtanrechenbare Räume erschliessen, keine anrechenbare Bruttogeschossfläche dar (siehe oben Erw. 2.1). Daraus ist zu folgern, dass dem Wohnen und dem Gewerbe dienende oder hierfür verwendbare Flächen wie Korridore, Treppen und Lifte, die mindestens teilweise zu anrechenbaren Räumen führen, ebenfalls anrechenbar sind, es sei denn, solche Flächen (z.Bsp. Hauseingang im Untergeschoss) würden ausdrücklich von der Anrechnungspflicht ausgenommen (Felix Huber, Die Ausnützungsziffer, S. 59;

Fritzsche/Bösch/Wipf, Zürcher Planungs- und Baurecht, 5. Aufl., Zürich 2011, S. 748; VGE III 2009 66+67 vom 27. August 2008 Erw. 5.3).

Im aktuellen BauR bestimmt einerseits Art. 32 Abs. 2 lit. 3 BauR (in Anlehnung an Art. 28 Abs. 3 siebtes Lemma BauR84), dass „Verkehrsflächen wie Korridore, Treppen und Lifte, die ausschliesslich nicht anrechenbare Räume erschliessen“ („in Mehrfamilienhäusern [ab 3 Wohnungen] zudem sämtliche wohnungsexternen und allgemein zugänglichen Treppen und Korridore sowie Liftschächte“), nicht als anrechenbare Bruttogeschossfläche gelten. Im Unterschied zur alten Regelung fällt das Fehlen der Einschränkung „im gleichen Geschoss“ auf. Andererseits privilegiert Art. 32 Abs. 2 lit. h BauR in Untergeschossen, die keine anrechenbaren Räume enthalten, „die Hauseingangszone mit Treppe und Lift, welche zur Erschliessung der oberen Geschosse dient“.

Im vorliegend anwendbaren BauR84 fehlt jedoch eine solche Privilegierung, weshalb die Erschliessungsfläche im Untergeschoss, soweit sie als Eingangsbereich für die darüber liegende Wohnung dient, zur anrechenbaren Bruttogeschossfläche zu zählen ist (siehe auch VGE III 2009 66+67 vom 27. August 2009 Erw. 5.3 zweiter Abschnitt).

Dass hausinterne Erschliessungsflächen ausserhalb einer Wohnung generell – und unbeschrieben einer gesetzlichen Regelung/Privilegierung – nicht der Bruttogeschossfläche zuzurechnen sind, wie dies die Beschwerdegegner sinngemäss geltend machen, kann aus Art. 28 BauR84 nicht gefolgert werden. Eine dem Wohnen oder dem Gewerbe dienende (Erschliessungs-)Fläche stellt naturgemäss keine Fläche für das Wohnen (Essen, Schlafen, Aufhalten) oder Betreiben eines Gewerbes (Fabrikation, Dienstleistung) dar, ist aber grundsätzlich dennoch ausnützungsrelevant. Die Anrechenbarkeit solcher Erschliessungsflächen entfällt nur, wenn ausschliesslich nicht anrechenbare Räume erschlossen werden oder eine entsprechende Privilegierung vorgesehen ist. An diesem Grundsatz ändert nichts, dass die Aufzählung in Art. 28 Abs. 3 BauR84 nicht abschliessend ist und – wie der Bezirksrat geltend macht – sich das siebte Lemma explizit nur auf „im gleichen Geschoss ausschliesslich nichtanrechenbare Räume“ bezieht. Wenn im Untergeschoss auch nur ein Raum anrechenbar wäre, müssten unbestrittenermassen die Erschliessungsflächen angerechnet werden. Wenn nun dieselbe Fläche in casu die alleinige Erschliessung der erdgeschossigen Wohnung ist, so ist aus gesetzestechnischer und teleologischer Sicht nicht nachvollziehbar, weshalb hierfür nicht dieselbe Schlussfolgerung gelten sollte. Nicht anrechenbare Räume befinden sich üblicherweise im Unter- und Dachgeschoss. Von diesen Geschossflächen her werden im Normalfall die anrechenbaren Geschosse (EG, OG) nicht bzw. zumindest nicht alleinig (wie

B 8.7

im vorliegenden Fall) erschlossen. Im Passus „im gleichen Geschoss“ kann deshalb keine Privilegierung des untergeschossigen Hauseinganges erkannt werden. Die später im Baureglement vom 1. November 2006 eingeführte Privilegierung von Hauseingangszonen mit Treppe und Lift in Untergeschossen, die keine anrechenbaren Räume enthalten, spricht ebenfalls dafür, dass früher eine solche Privilegierung fehlte. Der Passus „im gleichen Geschoss“ ist im Übrigen auch deshalb nicht besonders hilfreich, weil dies im Zusammenhang mit Treppen und Liften, die verschiedene Geschosse erschliessen, zu Abgrenzungsproblemen führen kann. Wenn das geltende BauR in Art. 32 Abs. 2 lit. e diesen Passus nicht mehr enthält, lässt sich hieraus nichts für den Standpunkt des Bezirksrates (wie der Beschwerdegegner) ableiten. Die gesetzgeberische Motivation für die Aufnahme dieser Wendung ins BauR ist denn auch dem Bezirksrat nicht ganz klar, wie er erkennen lässt („offenbar“ aus diesem Grunde [d.h. im Sinne seines Standpunktes] sei der Passus „im gleichen Geschoss“ ins BauR84 aufgenommen worden [Eingabe vom 25. Mai 2016 S. 2]). Wenn Korridore, Treppen und Lifte, die im gleichen Geschoss ausschliesslich nichtanrechenbare Räume erschliessen, nicht anzurechnen sind, lässt sich mit ebenso gutem – wenn nicht besserem – Recht auf eine gesetzgeberische Absicht im Sinne einer „e contrario“-Folgerung schliessen, wonach Korridore, Treppen und Lifte, die einen oder mehrere anrechenbare Räume in einem anderen Geschoss erschliessen, so oder anders anzurechnen sind. (...).

Unbehelflich ist der vergleichsweise Hinweis auf die Positionierung eines Ankleideraumes innerhalb einer Wohnung bzw. auf die objektive Eignung eines solchen Raumes, unmittelbar dem Wohnen zu dienen. Die hier fraglichen hausinternen Erschliessungsflächen dienen ebenfalls unmittelbar dem erdgeschossigen Wohnen, andernfalls die Wohnung gar nicht erreicht und bestimmungsgemäss genutzt werden könnte.

Soweit die Beschwerdegegner auf die Möglichkeit einer Ausnahmebewilligung hinweisen, ist bei der fraglichen Bauparzelle nicht ersichtlich, weshalb ein die Ausnützungsziffer einhaltender Neubau nicht möglich sein sollte bzw. inwiefern von einer Ausnahmesituation auszugehen wäre.

(VGE III 2016 33 vom 26. Oktober 2016).

8.7 Wohnbaute in der Landwirtschaftszone

- *Bei der Prüfung eines Baugesuches für ein zu einem Landwirtschaftsbetrieb gehörendes Wohnhaus ist eine vertiefte Prüfung der Wirtschaftlichkeit des Betriebes erforderlich.*

Aus dem Sachverhalt:

Gesuch um Erteilung der Baubewilligung für ein neues Zweifamilienhaus in der Landwirtschaftszone anstelle des bisherigen Wohnhauses für einen Landwirtschaftsbetrieb, welcher mit ca. 0.9 SAK (Standardarbeitskraft) knapp über der Gewerbegrenze von 0.75 SAK liegt. Die Baukosten belaufen sich gemäss Baugesuch auf ca. 1.7 Mio. Fr. Die anrechenbare Bruttogeschossfläche liegt bei 325 m².

Aus den Erwägungen:

1.1 Landwirtschaftszonen dienen der langfristigen Sicherung der Ernährungsbasis des Landes, der Erhaltung der Landschaft und des Erholungsraums oder dem ökologischen Ausgleich und sollen entsprechend ihren verschiedenen Funktionen von Überbauungen weitgehend freigehalten werden. (...). Zonenkonform sind Bauten für den Wohnbedarf, der für den Betrieb des entsprechenden landwirtschaftlichen Gewerbes unentbehrlich ist, einschliesslich des Wohnbedarfs der abtretenden Generation (Art. 34 Abs. 3 der Raumplanungsverordnung vom 28. Juni 2000 [RPV, SR 700.1]). Die Bewilligung darf nur erteilt werden, wenn: (a.) die Baute oder Anlage für die in Frage stehende Bewirtschaftung nötig ist, (b.) der Baute oder Anlage am vorgesehenen Standort keine überwiegenden Interessen entgegenstehen und (c.) der Betrieb voraussichtlich längerfristig bestehen kann (Art. 34 Abs. 4 RPV). Bauten und Anlagen für die Freizeitlandwirtschaft gelten nicht als zonenkonform (Art. 34 Abs. 5 RPV).

2.1 Die Beschwerdeführerin rügt, das Erfordernis des voraussichtlich längerfristigen Bestandes des Betriebs (Art. 34 Abs. 4 lit. c RPV) werde nicht erfüllt. Selbst wenn noch ein Nebenerwerbseinkommen erzielt werde, könne die Amortisation und die Verzinsung einer Investition von 2 Mio. Franken zu Wohnzwecken nicht erwirtschaftet werden (die im Baugesuchsformular angegebenen Kosten von 1.675 Mio. Franken würden nicht genügen). Unerheblich sei, ob ein Grossteil der Baukosten mit Eigenmitteln finanziert werden könne. Ein zonenkonformer Betrieb müsse langfristig überlebensfähig sein und die getätigten Investitionen finanzieren können. Die Investitionen müssten in Relation zur Ertragskraft des Betriebes stehen. Eine künftige Erbteilung könnte den Betrieb wegen der Übernahme der für die Betriebsführung nicht notwendigen Wohnbe-

B 8.7

reiche später belasten. Auch sei die Betriebsnachfolge nicht gesichert. (...).

2.2 Das Kriterium des voraussichtlich längerfristigen Bestandes des Betriebs soll sicherstellen, dass in der Landwirtschaftszone nicht neue Bauten und Anlagen errichtet werden, die infolge Betriebsaufgabe schon nach kurzer Zeit wieder leer stehen (ARE, Erläuterungen zur RPV, Bern 2000, S. 32). Nach der Rechtsprechung ist eine vertiefte Prüfung der Wirtschaftlichkeit des Betriebs jedenfalls bei der Bewilligung grösserer Vorhaben erforderlich. Ein grösseres Bauvorhaben wurde im Bundesgerichtsurteil 1C_17/2015 vom 16. Dezember 2015 bei einem Mittelbedarf von 1.23 Mio. bzw. 1.5 Mio. Franken bejaht. Zudem wurde im gleichen Fall eine vertiefte Prüfung auch unter Berücksichtigung der vorgesehenen Nachfolgeregelung verlangt, wobei die Planung nur realistisch sei, wenn der geplante Betrieb ein genügendes Einkommen gewährleiste. Konkret wurde die Sache zur ergänzenden Sachverhaltsabklärung zurückgewiesen mit der Begründung, es bedürfe erheblicher Investitionen, die nur zum Teil durch Eigenmittel gedeckt seien. Es fehle eine eingehende Berechnung, ob der Betrieb unter Berücksichtigung der für Zins und Tilgung erforderlichen Beträge längerfristig wirtschaftlich betrieben werden und eine Existenzgrundlage für die Beschwerdegegner (Betreiber) und ihren Sohn bilden könne. Art. 34 Abs. 4 lit. c RPV gebiete eine objektive Prüfung. Es könne nicht allein auf die subjektiven Erwartungen/Hoffnungen der Betreiber abgestellt werden (Bundesgerichtsurteil 1C_17/2015 vom 16. Dezember 2015 Erw. 4 mit Hinweis auf BGE 133 II 370 Erw. 5 und mit weiteren Zitaten). Im Bundesgerichtsurteil 1A.64/2006 vom 7. November 2006 wird hervorgehoben, dass das Erfordernis der wirtschaftlichen Rentabilität und Überlebensfähigkeit für die Bewilligung von Wohn- und Ökonomiebauten gelte. Beim Betrieb könne es sich aber um ein Hauptgewerbe oder um einen Nebenerwerbsbetrieb handeln. Ob die Voraussetzung erfüllt sei, müsse im konkreten Einzelfall genau überprüft werden. Dabei seien Betriebsstruktur und Grösse wie auch die lokalen Verhältnisse zu berücksichtigen. Bei grösseren Bauvorhaben könne es sinnvoll sein, vom Gesuchsteller ein Betriebskonzept zu verlangen (Bundesgerichtsurteil 1A.64/2006 vom 7. November 2006 Erw. 5.1).

(...).

2.5 Es liegen keine von den zuständigen Behörden objektiv geprüften Unterlagen vor, die unter Berücksichtigung der Zins- und Tilgungslast über die aktuellen und künftigen Erträge aus dem Landwirtschaftsbetrieb

(inkl. geplante Investition für neues Zweifamilienhaus) der Beschwerdegegner Auskunft geben. Ebenso erscheint eine gesicherte Nachfolgeregelung noch wenig konkret ausgewiesen (Wann ist die Betriebsübergabe an den Sohn vorgesehen und zu welchen ertragsrelevanten Konditionen? Wo und in welchem Beruf arbeitet dieser Sohn zur Zeit? Wird er das aktuelle Betriebskonzept der Eltern übernehmen [...] oder sind investitions-/ertragsrelevante Änderungen vorgesehen? Würde/müsste er einer zusätzlichen Nebenerwerbstätigkeit für den Unterhalt der Familie nachgehen und in welchem Ausmass? Besteht beim Ökonomiegebäude (...) ein Sanierungs-/Investitionsbedarf? In welcher Höhe?). Es fehlen mithin auch objektiv geprüfte Angaben über die unter Berücksichtigung der Zins- und Tilgungslast vom Nachfolger zu erwartenden erzielbaren Erträge. Im vorliegenden Verfahren fehlt offenkundig eine vertiefte Prüfung der wirtschaftlichen Rentabilität. Ohne die erwähnten und allenfalls noch weiteren erforderlichen Angaben kann nicht abschliessend beurteilt werden, ob von einem voraussichtlich längerfristigen Bestand des Betriebes auszugehen ist. Dabei kann im Rahmen der geforderten genaueren Einzelfallbeurteilung nebst einem angemessenen Selbstfinanzierungsgrad des landwirtschaftlichen Gewerbes (...) eine langfristig gesicherte (Teil-)Eigen- und Fremdfinanzierung durchaus mitberücksichtigt werden. Die Prognose des längerfristigen Weiterbestandes des Betriebes muss aber bei einer derart erheblichen Investition in den landwirtschaftlichen Wohnraum eines kleinen landwirtschaftlichen Gewerbes objektivermassen realistisch sein. Eine höherer Selbstfinanzierungsgrad des landwirtschaftlichen Gewerbes spricht dabei eher für einen voraussichtlich längerfristigen Weiterbestand als ein kleinerer. Dies gilt ebenso für den Deckungsgrad des gesamten (Betriebsleiter-)Familienunterhaltes mit den Erträgen aus dem landwirtschaftlichen Gewerbe. Die regierungsrätliche Argumentation, solange sich der beschwerdegegnerische Betrieb als überlebensfähig und rentabel erweise, sei es grundsätzlich irrelevant, über welche zusätzlichen Einnahmequellen die Beschwerdegegner verfügten bzw. wie ihre Einkommensstruktur aussehe, greift mithin zu kurz, zumal die Rentabilität nicht rechtsgenügend abgeklärt wurde und damit dem Gebot der Längerfristigkeit zu wenig Beachtung geschenkt wird.

(VGE III 2015 177 vom 18. Februar 2016).

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

10.1 Bäuerliches Bodenrecht

- *Beschwerdelegitimation eines Pächters zur Anfechtung der Abparzellierung eines Gebäudes ab einem landwirtschaftlichen Grundstück (siehe EGV-SZ 2016 B 1.1).*

10.2 Bäuerliches Bodenrecht

- *Erwerb eines dem BGGB unterstehenden Grundstücks durch eine Baustoffunternehmung.*

Aus dem Sachverhalt:

Die B. AG ersuchte das Amt für Landwirtschaft des Kantons Schwyz um Bewilligung eines dem Bundesgesetz über das bäuerliche Bodenrecht (BGGB; SR 211.412.11) vom 4. Oktober 1991 unterstehenden Grundstückserwerbs. Zweck dieses Grundstückserwerbs war, Landwirten, welche ihr Land für den Kiesabbau zur Verfügung stellten, während der Dauer des Kiesabbaus unentgeltlich Realersatzflächen zur Verfügung stellen zu können.

Aus den Erwägungen:

2.3 Nach Art. 61 Abs. 1 BGGB erfordert der Erwerb eines landwirtschaftlichen Gewerbes oder Grundstücks eine Bewilligung. Gemäss Abs. 2 wird sie erteilt, wenn kein Verweigerungsgrund vorliegt (vgl. Art. 63 BGGB). Als Erwerb gilt die Eigentumsübertragung sowie jedes andere Rechtsgeschäft, das wirtschaftlich einer Eigentumsübertragung gleichkommt (Art. 61 Abs. 3 BGGB).

2.4 Die Bewilligung zum Erwerb eines landwirtschaftlichen Gewerbes oder Grundstücks wird nach Art. 63 BGGB verweigert, wenn:

- a. der Erwerber nicht Selbstbewirtschafter ist;
- b. ein übersetzter Preis vereinbart wurde;

- (c. aufgehoben)
- d. das zu erwerbende Grundstück ausserhalb des ortsüblichen Bewirtschaftungsbereichs des Gewerbes des Erwerbers liegt.

2.5 Art. 64 BGG regelt die Ausnahmen des Selbstbewirtschaftungsprinzips. Danach ist bei fehlender Selbstbewirtschaftung die Bewilligung zu erteilen, wenn der Erwerber einen wichtigen Grund nachweist, namentlich und unter anderem, wenn:

- c. der Erwerb im Hinblick auf einen nach dem Raumplanungsrecht zulässigen Abbau von Bodenschätzen erfolgt und die Fläche nicht grösser ist, als es der Bedarf des Unternehmens an einer sinnvollen Rohstoffreserve oder an Realersatzland für eine Fläche im Abbaubereich, je für längstens 15 Jahre, erkennen lässt. Wird das Land nicht innert 15 Jahren seit dem Erwerb bestimmungsgemäss verwendet, so muss es nach den Vorschriften dieses Gesetzes veräussert werden. Das gleiche gilt nach erfolgter Rekultivierung;

Nach Abs. 2 kann die Bewilligung mit Auflagen erteilt werden.

3.1 (...).

5. Strittig ist vorliegend hauptsächlich die korrekte Anwendung bzw. Auslegung von Art. 64 Abs. 1 lit. c BGG. Die wesentliche Meinungsdivergenz betrifft dabei die Auslegung des Begriffs „Realersatzland“.

(...).

5.1 (Grundsätze der Gesetzesauslegung mit Hinweis auf Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl., Zürich/St. Gallen 2016, Rz. 177 ff.; BGE 141 IV 298 Erw. 1.3.2 u.w.).

5.2.1 Das BGG enthält keine Definition des Begriffs Realersatz und lässt es damit offen bleiben, ob hier nur die ersatzweise, prinzipiell dauerhafte Übertragung des Eigentums an einem Grundstück gemeint ist, oder auch eine Übertragung durch gegenseitige Einräumung von Nutzungsrechten, welche der Natur von Nutzungsrechten nach grundsätzlich temporär wäre. Gemäss Duden handelt es sich beim Realersatz um eine Entschädigung, einen Ersatz für etwas Gleichartiges/Gleichwertiges. Der französische Gesetzestext verwendet die Fassung „terrain utilisé en emploi“. Als „emploi“ bzw. „réemploi“ gilt die erneute Verwendung von Materialien, Arbeitskräften oder Kapital, was den Sinn der Gesetzesbestimmung nicht klarer umgrenzen lässt. Die italienische Fassung ver-

B 10.2

wendet den Begriff „sostituzione reale“ und folgt damit der deutschen. Die grammatikalische Auslegung ist damit nicht zielführend.

5.2.2 Mit Blick auf die Systematik des Gesetzes kann festgestellt werden, dass das BGG den Begriff des Realersatzes in mehreren Bestimmungen verwendet, so nebst in Art. 64 Abs. 1 lit. c BGG auch in Art. 32 BGG (Titel), in Art. 62 lit. h BGG und in Art. 65 Abs. 1 lit. b BGG.

5.2.3 (...).

5.2.5 Der Vergleich mit den zitierten drei Bestimmungen lässt es durchaus auch rechtfertigen, unter den Begriff „Realersatzland“ gemäss Art. 64 Abs. 1 lit. c BGG nicht nur die Einräumung des (dauerhaften) Eigentums, sondern auch die Einräumung eines temporären (wenn auch langfristigen) Nutzungsrechts zu subsumieren.

5.3 Es ist weiter zu prüfen, ob die Entstehungsgeschichte von Art. 64 Abs. 1 lit. c BGG den Inhalt des Begriffs Realersatz erhellt oder zumindest Indizien zu dessen Interpretierung liefern kann.

5.3.1 Die heute in Art. 64 Abs. 1 lit. c BGG normierte Ausnahme vom Selbstbewirtschaftungsprinzip zugunsten des Abbaus von Bodenschätzen gab bereits anlässlich der parlamentarischen Beratungen Anlass zu Kontroversen. (Zusammenfassung der parlamentarischen Diskussion).

(...).

5.3.4 Art. 64 Abs. 1 lit. c BGG gründet mithin zum einen auf der allgemeinen politischen Überzeugung, dass landwirtschaftliches Land ausschliesslich den Landwirten zukommen soll. Zum anderen sollte auch den Interessen der Kiesindustrie gebührend Rechnung getragen werden. Mithin wurde der Kiesindustrie erlaubt, Reserveland bzw. Realersatzland für den Kiesabbau in der Landwirtschaftszone zu erwerben, dies jedoch mit Einschränkungen in mehrfacher Hinsicht. Erstens wurde eine Beschränkung getroffen bezüglich des Zwecks (Erwerb von landwirtschaftlichem Land nur als Rohstoffreserve oder als Realersatz), zweitens in zeitlicher Hinsicht (Frist zum Gebrauch als Rohstoffreserve bzw. als Realersatz innert 15 Jahren bzw. Veräusserungspflicht nach Rekultivierung), drittens in quantitativer Hinsicht (nur Bedarf an Reserveland/Realersatzland für die nächsten 15 Jahre) und viertens schliesslich

in räumlicher Hinsicht (Realersatzland muss im ortsüblichen Bewirtschaftungsbereich des Landwirtes liegen, dem ein Recht am erworbenen Grundstück eingeräumt werden soll; Art. 63 Abs. 1 lit. d BGG analog; vgl. Stalder, Handänderungen, S. 155 f. und BGG-Kommentar, Art. 64 N 29). Ferner muss auch die Limitierung des Erwerbspreises nach Art. 63 Abs. 1 lit. b BGG berücksichtigt werden.

5.3.5 Nach der Motivation des Gesetzgebers dient die Eingrenzung des Landkaufs in Art. 64 Abs. 1 lit. c BGG (unter Berücksichtigung von Art. 63 BGG) somit dem Zweck, einerseits den Güteraufkauf durch Baustoffunternehmen und den Entzug von Land gegenüber der Landwirtschaft, andererseits Spekulation und Verwendung des landwirtschaftlichen Bodens als Kapitalanlage zu verhindern (vgl. diesbezüglich die erste Auflage des BGG-Kommentars [Brugg 1995], Art. 63 N 25 zum aufgehobenen Art. 63 lit. c BGG [Verweigerung der Erwerbsbewilligung infolge Güteraufkaufs durch einen Selbstbewirtschafter], wonach die flächenmässige Begrenzung von Art. 64 Abs. 1 lit. c BGG als Spezialklausel hinsichtlich des Güteraufkaufs zu verstehen sei).

Als Ergebnis der historischen Auslegung ergibt sich damit für den Begriff des Realersatzes, dass der Gesetzgeber sich zwar nicht explizit mit dessen Inhalt befasst hat; indes lässt sich den parlamentarischen Beratungen entnehmen, welche gesetzgeberischen Vorstellungen bei der Umsetzung und Interpretation von Art. 64 Abs. 1 lit. c BGG zu berücksichtigen sind. Innerhalb dieser gesetzgeberischen Zielsetzungen sind, nachdem die ursprünglich restriktive Fassung der nationalrätlichen Kommission verworfen wurde, auch die Bedürfnisse der Baustoffunternehmen am Erwerb von Reserve- und Realersatzland zu schützen.

5.4.1 Bei der teleologischen Auslegung von Art. 64 Abs. 1 lit. c BGG sind Sinn und Zweck der Norm zu ermitteln. Hierbei ist von den grundsätzlichen Zielsetzungen des BGG auszugehen. (...).

5.4.2 Mit der Festigung des bäuerlichen Grundeigentums nach Art. 1 Abs. 1 lit. a BGG verfolgt das Gesetz den Gedanken, dass die Erfüllung der verfassungsmässigen Vorgaben der Landwirtschaft (vgl. hierzu Art. 104 Abs. 1 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft [BV; SR 101] vom 18. April 1999) besser gewährleistet ist, wenn die Bauern selber im Besitz des Bodens sind (BGG-Kommentar, Art. 1 N 4a und 5). (...).

B 10.2

5.4.3 Mit Art. 1 Abs. 1 lit. b BGGG sollen zur Verfolgung des Zwecks der Stärkung des Selbstbewirtschafters beim Erwerb grundsätzlich all jene vom Markt ausgeschlossen werden, welche landwirtschaftliche Grundstücke und Gewerbe zum Zweck der Spekulation oder als Kapitalanlage erwerben wollen; es geht mithin darum, dass das für die Landwirtschaft geeignete Land für die landwirtschaftliche Bewirtschaftung bewahrt wird. (...).

5.4.5 Art. 64 Abs. 1 lit. c BGGG regelt eine der Ausnahmen vom Prinzip der Selbstbewirtschaftung und steht damit der Zielsetzung nach Art. 1 Abs. 1 lit. b BGGG grundsätzlich entgegen. Mit Art. 64 Abs. 1 lit. c BGGG hat der Gesetzgeber bereits eine Interessenabwägung vorgenommen, wann dem BGGG entgegenstehenden Interessen, nämlich denjenigen der Baustoffunternehmen, Vorzug zu geben ist und entsprechend ein wichtiger Grund nach Art. 64 Abs. 1 BGGG vorliegt. Der Gesetzgeber hat für lit. c zwei Interessenlagen abgewogen:

- das private Interesse der Baustoffunternehmen, ausserhalb von eigentlichen Abbauzonen Rohstoffe auf dem Boden zu gewinnen resp. im Hinblick darauf Land zu erwerben.
- das Interesse des BGGG, das Selbstbewirtschaftungsprinzip durchzusetzen, d.h. insbesondere den Erwerb zum Zwecke der Spekulation oder als Kapitalanlage sowie den Entzug von Boden gegenüber der Landwirtschaft zu verhindern.

Art. 64 Abs. 1 lit. c BGGG stellt eine Kompromisslösung zwischen diesen beiden Interessen dar. (...).

5.4.6 Auch die Einräumung von Nutzungsrechten als Form des Realersatzes steht den Zielsetzungen des BGGG nicht grundsätzlich entgegen. (...).

5.4.6.4 Sodann ist auch nicht ersichtlich, wie sich überhöhte Preise für landwirtschaftlichen Boden ergeben könnten. Für die Einräumung von Nutzungsrechten an landwirtschaftlichem Boden lässt sich angesichts der Limitierung des Pachtbetrages kein Spekulationspotential erblicken (siehe Art. 37 ff. des Bundesgesetzes über die landwirtschaftliche Pacht [LPG; SR 221.213.2] vom 4. Oktober 1985).

5.4.7 Aus der teleologischen Auslegung ist demnach der Schluss zu ziehen, dass sich die Einräumung von Nutzungsrechten an Realersatzland gemessen an den Zielen des BGGG im Ergebnis nicht wesentlich

anders verhält, als dies bei der Einräumung von Eigentum an Realersatzland der Fall ist.

5.5 Als Ergebnis der namentlich historischen und teleologischen Auslegung zeigt sich, dass die Einräumung von Nutzungsrechten den gesetzgeberischen Vorstellungen nicht weniger entsprechen kann als die Einräumung des Eigentums. Damit ist mit der beschwerdeführerischen Ansicht festzuhalten, dass der Begriff Realersatz(land) nach Art. 64 Abs. 1 lit. c BGG den Erwerb von Land als Realersatz für eine Fläche im Abbaugbiet sowohl zum Zweck der Eigentumsübertragung als auch zum Zweck der Einräumung eines Nutzungsrechts beinhalten kann.

Vorbehalten bleibt ein rechtsmissbräuchliches Vorgehen, so namentlich, wenn der Gesuchsteller nur vorgibt, das Land für einen bestimmungsgemässen Zweck zu erwerben; hierfür gibt es im konkreten Fall jedoch keinerlei Anhaltspunkte.

(VGE III 2016 11 vom 28. Juli 2016).

11. Arbeitsvergebung (Submission)

11.1 Rechtliches Gehör

- *Anforderungen an die Begründung eines Vergabeentscheidendes.*
- *Kein Anspruch des Anbieters auf eine Anhörung vor Abbruch eines Vergabeverfahrens.*
Vgl. EGV-SZ 2016 B 1.3.

11.2 Rechtliches Gehör

- *Kein Anspruch auf Einsicht in die detaillierte Kostenschätzung der Vergabebehörde im Arbeitsvergebungsverfahren.*
Vgl. EGV-SZ 2016 B 1.4.

11.3 Verfahrensabbruch

- *Eine einzige Offerte, die zudem erheblich über der Kostenschätzung der Vergabebehörde liegt, kann einen Verfahrensabbruch rechtfertigen.*

B 11.3

Aus dem Sachverhalt:

Für eine Arbeitsvergabe offerierte nur ein Unternehmer. Die Vergabebehörde brach das Verfahren gestützt auf § 35 IVöB ab mit der Begründung, werde nur eine Offerte eingereicht, die zudem erheblich über der Kostenschätzung der Vergabebehörde liege, sei keine Vergleichbarkeit von Angeboten und somit kein wirksamer Wettbewerb möglich.

Aus den Erwägungen:

3.1.1 Der Auftraggeber kann das Verfahren aus wichtigen Gründen abbrechen oder wiederholen, namentlich wenn (unter anderem) die eingereichten Angebote keinen wesentlichen Wettbewerb garantieren (§ 35 Abs. 1 lit. c der Verordnung zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. Dezember 2004 [VIVöB; SRSZ 430.130]). Die in § 35 VIVöB aufgeführten Gründe haben beispielhaften Charakter und sind nicht abschliessend. Insbesondere ist es auch nicht ausgeschlossen, dass ein Wettbewerb abgebrochen werden muss, wenn nachträglich für die Beschaffung die erforderlichen Mittel fehlen (Handbuch Öffentliches Beschaffungswesen im Kanton Schwyz, hrsg. vom kantonalen Baudepartement, Stand 10. Januar 2011, S. 52 Ziff. 9.4).

Art. 30 der (Bundes-)Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen (VöB; SR 172.056.11) vom 11. Dezember 1995 kennt den Abbruchgrund im Sinne von § 35 Abs. 1 lit. c VIVöB nicht. Ein Abbruch kann nach der VöB unter anderem erfolgen, wenn günstigere Angebote zu erwarten sind, weil technische Rahmenbedingungen ändern oder Wettbewerbsverzerrungen wegfallen (Abs. 2 lit. b). Eine inhaltlich vergleichbare Regelung wie in § 35 Abs. 1 lit. c VIVöB ist hingegen in Art. 45 Abs. 1 lit. d des Entwurfs für das revidierte Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen (EntwrevBöB) vorgesehen, wonach das Vergabeverfahren abgebrochen werden kann, wenn die eingereichten Angebote keine wirtschaftliche Beschaffung erlauben oder den Kostenrahmen deutlich überschreiten.

3.1.2 Ein Abbruch ist vergabekonform, wenn ein sachlicher Grund ihn rechtfertigt und kein Missbrauch vorliegt (Beyeler, Überlegungen zum Abbruch von Vergabeverfahren, in: AJP 2005 S. 784 ff., S. 784). Dabei ist von einem weiten Ermessensspielraum der Vergabebehörde auszugehen (vgl. EGV-SZ 2006 B 11.3 Erw. 4.3). Vergaberechtliche Ermessens-

entscheide überprüft die Rechtsmittelbehörde grundsätzlich zurückhaltend (vgl. BVR 2008, S. 445, mit Hinweisen, u.a. auf BGE 125 II 86 Erw. 6).

Schranken des Ermessens bilden das Verbot der Diskriminierung (Abwenden eines missliebigen Verfahrensausganges) der Bieter einerseits und das Erfordernis eines sachlichen Grundes andererseits (Beyeler, a.a.O., S. 789 Ziff. 30 f.; BGE 134 II 192 Erw. 2.3). Hat die Vergabestelle die Beschaffungskosten wesentlich tiefer eingeschätzt als das günstigste Angebot, ohne dass diese zu tiefe Schätzung auf eine treuwidrige Unsorgfalt zurückzuführen ist, gilt dies als sachlicher Grund eines Abbruchs (Beyeler, a.a.O., S. 792 Ziff. 39; Galli/Moser/Lang/Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl. Zürich 2013, Rz. 802 unter Zitierung von BRK 013/02 = VPB 67/2003 Nr. 67). In diesem Entscheid hielt die eidgenössische Rekurskommission fest (Erw. 2 f.), angesichts des Vorliegens einer ungenügenden Anzahl Angebote, die zudem die Kostenschätzung der Vergabebehörde massiv überstiegen, könne ein ausreichendes öffentliches Interesse am Abbruch und an der Wiederholung des Verfahrens nicht verneint werden. Die Erwartung der Vergabebehörde, dass es bei der Wiederholung zu einem verstärkten Wettbewerb komme und deshalb wesentlich günstigere Angebote eingingen, könne jedenfalls nicht als unbegründet bezeichnet werden. Das öffentliche Interesse an einem verstärkten Wettbewerb mit einer zu erwartenden grösseren Anbieterzahl und einer daraus resultierenden möglichst wirtschaftlichen Auftragsvergabe sei im konkreten Fall höher zu gewichten als das Interesse der Beschwerdeführerin an der Weiterführung des Verfahrens bzw. an der Wahrung ihrer Chancen auf den Zuschlag. Zudem sei in Betracht zu ziehen, dass die Beschwerdeführerin die Möglichkeit haben werde, sich am neuen Verfahren zu beteiligen. Bei der Ausarbeitung ihrer neuen Angebote werde die Beschwerdeführerin dabei auf Überlegungen und Berechnungen zurückgreifen können, die sie bereits bei der Vorbereitung ihrer ersten Offerte angestellt hat, so dass zumindest ein Teil der diesbezüglichen Kosten nicht umsonst gewesen sei.

Eine einzige Offerte für sich allein bedeutet im Sinne dieser Rechtsprechung nicht zwangsläufig, dass kein wirksamer Wettbewerb vorliegt. Soweit sich diese Offerte im Rahmen der von der Vergabebehörde veranschlagten Kosten hält und dem Anbieter kein Fehlverhalten vorgeworfen werden kann, ist es fraglich, ob sich ein Verfahrensabbruch zum Nachteil des Offerenten vertreten lässt (vgl. Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 820).

B 11.3

3.2 (...).

4.2.1 Bedeutendes Ziel des öffentlichen Beschaffungswesens ist gemäss Art. 1 Abs. 3 IVöB unter anderem die Förderung des wirksamen Wettbewerbs unter den Anbieterinnen und Anbietern (lit. a) sowie insbesondere auch die wirtschaftliche Verwendung öffentlicher Mittel (lit. d). Nach den Grundsätzen (neben weiteren) der Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit ist auch der Finanzhaushalt der Bezirke und Gemeinden zu führen (§ 2 des Finanzhaushaltsgesetzes für die Bezirke und Gemeinden [FHG-BG; SRSZ 153.100] vom 27. Januar 1994). Für jedes Vorhaben ist die wirtschaftlich günstigste Lösung vorzuziehen (§ 6 Abs. 1 FHG-BG). Die gleichen Grundsätze kennt auch das Gesetz über den kantonalen Finanzhaushalt (FHG; SRSZ 144.110) vom 22. Oktober 1986 in §§ 2 und 6. Sie sind auch bei der Mittelverwendung für gebundene Ausgaben zu beachten. Der Umstand, dass für gebundene Ausgaben kein Verpflichtungskredit erforderlich ist (§ 31 f. FHG-BG; vgl. Beschwerde S. 7 lit. f; Eingabe der Beschwerdeführerin vom 15. Februar 2016 S. 8 Ziff. 6.b), bedeutet nicht, dass sich die Mittel, welche für durch Rechtssätze vorgegebene Ausgaben einzusetzen sind, nicht auch in einem bestimmten Kostenrahmen bewegen und/oder sich jedenfalls im Interesse der Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit („so viel wie nötig, so wenig wie möglich“) an diesen Grundsätzen orientieren müssen.

4.2.2 (...). Es bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass die von der Vorinstanz eingereichte Kostenschätzung der T. AG einer sachlichen Grundlage entbehrt und als Massstab für die Beurteilung des Preises allfälliger Offerten untauglich ist.

4.2.3 Die Überschreitung eines Kostenvoranschlages ist im kantonalen Beschaffungsrecht als Abbruchgrund nicht vorgesehen (anders als beispielsweise im öffentlichen Beschaffungsrecht des Kantons Waadt; vgl. Bundesgerichtsurteil 2C_876/2014 vom 4 September 2015 Erw. 6.1, oder wie es in Art. 45 Abs. 1 lit. d EntwrevBöB vorgesehen ist, vgl. vorstehend Erw. 3.1.1). Indessen handelt es sich bei der Nennung der Abbruchgründe in § 35 Abs. 1 VIVöB um eine nicht abschliessende („namentlich“) Aufzählung (vorstehend Erw. 3.1.1 i.i.).

Vor dem Hintergrund des Gebots der wirtschaftlichen Verwendung öffentlicher Mittel muss die Überschreitung einer (vertretbaren) und entsprechend auch ins Gemeinde- bzw. Bezirksbudget aufgenommenen Kostenschätzung, jedenfalls sofern die Überschreitung eine gewisse Erheblichkeit erreicht, auch im kantonalen Recht als wichtiger Grund für

einen Abbruch anerkannt werden. Dies ergibt sich auch aus der kantonalen Praxis, wonach das nachträgliche Fehlen der für die Beschaffung wichtigen Mittel als wichtiger Grund für einen Verfahrensabbruch gilt (vgl. vorstehend Erw. 3.1.1). Mit einer Differenz von über 70 % zum Kostenvoranschlag ist diese Erheblichkeitsschwelle vorliegend klarerweise erreicht bzw. überschritten.

(...). An möglichst budgetgerechten Investitionen als Ausdruck der schonenden Verwendung der öffentlichen Mittel besteht inhärent offenkundig auch ein eminent öffentliches Interesse. Deshalb ist der Beschwerdeführerin die Argumentation einer unter Marktbedingungen ausgearbeiteten Offerte unbehelflich (...).

(VGE III 2015 225 vom 16. März 2016).

11.4 Zuschlagskriterien

- *Der Begriff der „Wirtschaftlichkeit“ ist ein ungeeignetes Zuschlagskriterium.*

Aus den Erwägungen:

1.3.3 Zuschlagskriterien sind vorliegend die mit 70 % gewichtete Wirtschaftlichkeit („Angebotspreis, Regie-Ansätze, Wartungsvertrag“) sowie die mit 30 % gewichtete Unternehmerbeurteilung („Gemäss Fragebogen Unternehmerangaben [Beilage zur Submission] inkl. 2 fertig ausgeführte Referenzen, die in Grösse, Bauaufgabe und Komplexität vergleichbar sind“; Ausschreibungsunterlagen S. 5/7). In terminologischer Hinsicht kritisch anzumerken ist, dass der Begriff der „Wirtschaftlichkeit“ für die Bezeichnung eines Zuschlagskriteriums ungeeignet ist. Dieser Begriff ist rechtlich durch die Zielsetzung des Beschaffungsrechts, den Zuschlag dem „wirtschaftlich günstigsten Angebot“ zu erteilen (§ 31 Abs. 1 der Verordnung zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen [VIVöB; SRSZ 430.130] vom 15. Dezember 2004), definiert bzw. belegt. Die Wirtschaftlichkeit eines Angebots ergibt sich aus der Bewertung der Gesamtheit der von der Vergabebehörde zu bestimmenden bzw. bestimmten Zuschlagskriterien (wofür § 31 Abs. 1 VIVöB einen nicht abschliessenden Katalog von Zuschlagskriterien bereitstellt).

(VGE III 2015 239 vom 21. April 2016).

B 11.5

11.5 Unternehmervariante

- *Voraussetzungen für die Zulässigkeit einer Unternehmervariante.*
- *Frage der Zulässigkeit einer typenbezogenen Ausschreibung.*

Aus den Erwägungen:

4.1.1 Die Auftraggeberin bezeichnet in den Ausschreibungsunterlagen die erforderlichen technischen Spezifikationen (§ 15 Abs. 1 Satz 1 der Verordnung zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen [VIVöB; SRSZ 430.130] vom 15. Dezember 2004). Anforderungen oder Hinweise in Bezug auf besondere Handelsmarken oder Handelsnamen, Patente, Muster oder Typen sowie auf einen bestimmten Ursprung oder Produzenten sind nicht zulässig, es sei denn, dass es keine hinreichend genaue oder verständliche Art und Weise der Beschreibung des Beschaffungsbedarfs gibt, und sofern in den Ausschreibungsunterlagen die Worte „oder gleichwertig“ einbezogen werden (§ 15 Abs. 2 VIVöB). Weicht eine Anbieterin oder ein Anbieter von diesen Normen ab, so hat sie oder er die Gleichwertigkeit dieser technischen Spezifikationen zu beweisen (§ 15 Abs. 3 VIVöB). Die Ausschreibung muss Informationen über Varianten enthalten (§ 12 Abs. 1 lit. d VIVöB). Eine auf ein einzelnes Produkt bzw. Firma bezogene technische Spezifikation ist also grundsätzlich unzulässig (vgl. EGV-SZ 2005 B 11.3 Erw. 4.5.5; Galli/Moser/Lang/Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl. Zürich 2013, Rz. 405).

4.1.2 Nach der kantonalen Praxis können Anbieter Unternehmervarianten einreichen, sofern die Vergabestelle diese Möglichkeit nicht einschränkt oder ausschliesst. Die Einreichung einer Variante bedingt jedoch, dass der Anbieter auch eine Offerte für die ausgeschriebene Leistung (sog. Amtsvariante) einreicht (vgl. Handbuch Öffentliches Beschaffungswesen im Kanton Schwyz, hrsg. vom Baudepartement, Stand 10. Januar 2011, S. 49 Ziff. 8.9.1; zur diesbezüglich unterschiedlichen Praxis der Kantone und des Bundes vgl. Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 748 ff.; Beyeler, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, Zürich 2012, Rz. 2024, 2027 f.). Der Anbieter trägt die Beweislast dafür, dass die von ihm eingereichte Variante die vorgegebenen Minimalstandards erfüllt sowie allgemein dem Beschaffungsgegenstand entspricht. Insbesondere hat er den Nachweis der funktionalen Gleichwertigkeit seiner

Unternehmervariante mit dem Grundangebot (Amtsvariante) zu erbringen (Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 759).

4.1.3 Gleichwertigkeit eines Angebots ist Voraussetzung für die Zulässigkeit als Unternehmervariante (hierzu vgl. Beyeler, a.a.O., Rz. 2064 ff.; zum Begriff der Gleichwertigkeit derselbe a.a.O., Rz. 2069 ff.).

Wird der Beschaffungsgegenstand über die Gleichwertigkeit mit einem in den Ausschreibungsunterlagen konkretisierten einzelnen Produkt definiert, ergeben sich zwangsläufig Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen der Beurteilung eines Angebots als Amtsvariante einerseits und als Unternehmervariante andererseits. Varianten im landläufigen Sinn stellen alle Offerten dar, welche nicht dem genannten Typ entsprechen. Der Nachweis, dass der offerierte gleichwertige Typ als Amtsvariante im Rechtsinne zu qualifizieren ist, obliegt nach der allgemeinen Beweislastregel von Art. 8 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 10. Dezember 1907 (ZGB, SR 210) dem Anbieter. Der Nachweis, dass die Offerte nicht als gleichwertig im Sinne einer Amtsvariante (und ebenso wenig als gleichwertig im Sinne einer – allenfalls zulässigen – Unternehmervariante) gelten kann, obliegt hingegen der Vergabebehörde. Es ist davon auszugehen, dass in den Ausschreibungsunterlagen nummerisch konkretisierte Anforderungen (Massangaben, Leistungsstärken etc.) in der Regel zwingend erfüllt sein müssen, damit die Offerte als Amtsvariante gelten kann.

4.1.4 (...).

6.1 Es ist der Beschwerdeführerin beizupflichten, dass das strittige Vergabeverfahren verschiedene Fragen aufwirft.

Zum einen ist vorab eine Fokussierung auf die Produktpalette der Beschwerdegegnerin nicht zu übersehen. Diese hat denn durchwegs auch die zwecks Beschreibung der Beschaffungsgegenstände illustrativ genannten Produkte offeriert.

Zum andern wurden die jeweils in zahlreichen Lemmata detaillierten Anforderungen an die Beschaffungsgegenstände offensichtlich in Anlehnung an die Eigenschaften der illustrativ genannten Typen formuliert.

Unabhängig von dieser (allfälligen) Anlehnung an ein konkretes Produkt dürften auch diese verlangten Produktecharakteristika, sofern sie in ihrer Gesamtheit (ausnahmslos) zu beachten waren, zu einer gewissen Einengung der in Frage kommenden, auf dem Markt erhältlichen Produkte führen. Eine solche Einengung könnte leichthin im Widerspruch zum

B 11.6

vergaberechtlichen Anliegen der Förderung des wirksamen Wettbewerbs unter den Anbietern stehen, welche nicht nur die Preisbildung, sondern auch die Verfügbarkeit verschiedener (gleichwertiger) Produkte bezweckt. Ein Indiz für eine solche vergaberechtlich problematische Einengung im konkreten Fall liegt im Umstand, dass nach der Beurteilung der Vorinstanz nur die Offerte der Beschwerdegegnerin als Amtsvariante qualifiziert wurde (wobei mangels Vorliegen der übrigen Offerten im vorliegenden Verfahren unklar ist, ob diese von den jeweiligen Anbietern selber als Unternehmervarianten bezeichnet wurden, oder als Amtsvariante eingereicht, indessen nicht als solche anerkannt wurden).

Des Weiteren war für die Offerenten die Differenzierung der Vorgaben nach „Musskriterien“ und fakultativen Anforderungen (Wunschkriterien) an die Offertobjekte als Voraussetzung für die Anerkennung als Amtsvariante schwer abschätzbar. Die diesbezüglichen Angaben anlässlich der Beantwortung der Fragen im Vorfeld der Offertstellung brachten keine nennenswerte Klärung. Im Sinne der vergaberechtlichen Grundsätze der Transparenz wie auch der Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung aller Anbieter (Art. 1 Abs. 3 lit. b und c der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen [IVöB; SRSZ 430.120.1], vom 25. November 1994/15. März 2001; Art. 11 lit. a IVöB) sollte indessen klar sein, welche Kriterien eine Amtsvariante (zwingend) zu beachten hat.

Indes wurde von den interessierten Anbietern offensichtlich keine unzulässige Einengung der ausgeschriebenen Beschaffungsgegenstände gerügt; jedenfalls geht dies weder aus den Akten hervor noch wird es – soweit ersichtlich – von der Beschwerdeführerin geltend gemacht. Ebenso wenig wurde (und wird) geltend gemacht, dass nur die in der Ausschreibung konkret genannten Produkte und ansonsten keine marktgängigen Produkte die verlangten Spezifikationen erfüllen könn(t)en.

(VGE III 2015 239 vom 21. April 2016).

11.6 Ausschluss aus dem Verfahren

- *Zulässigkeit des unbegründeten Ausschlusses einer Unternehmervariante trotz Einholens ergänzender Auskünfte des ausgeschlossenen Anbieters.*
- *Gleichwertigkeit und Nachweis derselben als Voraussetzung für die Zulässigkeit einer Unternehmervariante.*

Aus den Erwägungen:

4.2.1 § 26 der Verordnung zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen [VIVöB; SRSZ 430.130] vom 15. Dezember 2004 enthält einen nicht abschliessenden („insbesondere“) Katalog von Ausschlussgründen (Abs. 1 lit. a bis g). Besteht der Verdacht, dass ein Ausschlussgrund vorliegt, so hat die Anbieterin an der Feststellung des Sachverhaltes mitzuwirken (Abs. 2).

4.2.2 Der in der Ausschreibung oder in den Ausschreibungsunterlagen angebrachte Vorbehalt des nach freiem Ermessen oder ohne Grundangabe erfolgenden Ausschlusses von Varianten ist grundsätzlich zulässig und gilt, sofern er nur ausdrücklich und deutlich genug bekanntgegeben worden ist. Diesfalls hat die Vergabebehörde bloss zum mildereren Mittel im Vergleich zum grundsätzlich zulässigen Totalverbot gegriffen (Beyeler, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, Zürich 2012, Rz. 1978).

4.2.3 In der amtlichen Ausschreibung (im Amtsblatt und auf simap) erklärte die Vorinstanz Varianten zwar für zulässig, behielt sich indessen gleichzeitig den unbegründeten Ausschluss von Varianten vor.

Es ist den Beschwerdegegnerinnen beizupflichten, dass zum einen die Beschwerdeführerin diese Wettbewerbsbedingung akzeptiert hat und dass zum andern die Vorinstanz die Beschwerdeführerin ohne weiteres, d.h. ohne Einholung von Erläuterungen und ohne Grundangabe aus dem Vergabeverfahren hätte ausschliessen dürfen.

Wenn eine Vergabebehörde, welche den Vorbehalt eines grundlosen Ausschlusses einer Variante hinreichend bekannt gemacht hat, beim entsprechenden Anbieter vorerst Erläuterungen der Unternehmervariante einholt, kann hierin grundsätzlich kein Verzicht auf einen (ohne Grundangabe vorgenommenen) Ausschluss einer Variante erkannt werden, sofern die wesentlichen Grundsätze des Vergaberechts, namentlich die Gewährleistung der Gleichbehandlung aller Anbieterinnen und Anbieter sowie einer unparteiischen Vergabe, gewahrt bleiben. Wenn mithin bei in der Ausschreibung rechtsgenügend bekanntgemachtem Vorbehalt eines Ausschlusses auch ohne Grundangabe – was vorliegend zutrifft – erst nach einem Unternehmengespräch mit dem Anbieter ein Ausschluss einer Variante (allenfalls selbst ohne Grundangabe) erfolgt, kann hierin grundsätzlich weder eine Ungleichbehandlung dieses Anbieters noch ein willkürliches Verhalten der Vergabebehörde gesehen werden.

Der Ausschluss der Beschwerdeführerin ist folglich bereits aufgrund dieser Überlegungen nicht zu beanstanden.

B 11.6

5.1.1 Der Anbieter trägt die Beweislast dafür, dass die von ihm eingereichte Variante die vorgegebenen Minimalstandards erfüllt sowie allgemein dem Beschaffungsgegenstand entspricht. Insbesondere hat er den Nachweis der funktionalen Gleichwertigkeit seiner Unternehmervariante mit dem Grundangebot (Amtsvariante) zu erbringen (Galli/Moser/Lang/Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl. Zürich 2013, Rz. 759). Gleichwertigkeit eines Angebots ist Voraussetzung für die Zulässigkeit als Unternehmervariante (hierzu vgl. Beyeler, a.a.O., Rz. 2064 ff.; zum Begriff der Gleichwertigkeit derselbe, a.a.O., Rz. 2069 ff.). Zu beachten ist in diesem Zusammenhang, dass die bekanntgegebenen Zuschlagskriterien in aller Regel nur auf jene Aspekte der Angebote eingehen und die Qualität derselben messen, in denen die Angebote sich bei Befolgung sämtlicher Ausschreibungsvorgaben unterscheiden. Eine Variante weicht indessen gerade von solchen Ausschreibungspunkten ab, in denen die gewöhnlichen Angebote gleich lauten und für die es daher zumeist keine spezifischen Zuschlagskriterien zur Qualitätsmessung gibt; variantenspezifische (zumal ad hoc aufgestellte) sind nicht zulässig. Erst wenn gesichert ist, dass die Variante sich in den von den Zuschlagskriterien nicht erfassten Punkten mit der verlangten Amtsvariante als gleichwertig erweist, darf sie (auch) nach den Zuschlagskriterien bewertet werden (vgl. Beyeler, a.a.O., Rz. 2066 f.). Ist die Gleichwertigkeit nicht gewährleistet bzw. erstellt, darf die Variante aus Gleichbehandlungsgründen nicht zugelassen werden.

5.1.2 Dem Anbietenden, der eine Variante einreicht, obliegt im Weiteren eine besondere Mitwirkungspflicht, indem er zusammen mit seiner Variante diejenigen zumutbaren Unterlagen einzureichen hat, welche die Gleichwertigkeit derselben mit der Amtsvariante möglichst gut dokumentieren. Eine Unternehmervariante ist so detailliert auszuarbeiten und ausgereift zu formulieren, dass allfällige Kostenvorteile bzw. entstehende Mehrkosten für die Vergabestelle klar ersichtlich sind (Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 759 f.). Umgekehrt trifft die Vergabebehörde eine erhöhte Begründungspflicht. Damit kann einem willkürlichen Ausschluss einer Unternehmervariante (beispielsweise unter Berufung auf irgendwelche Risiken der Varianten) begegnet werden (Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 761).

(Im konkreten Fall war der Ausschluss auch mangels Gleichwertigkeit der Unternehmervariante gerechtfertigt).

(VGE III 2016 93 vom 28. September 2016).

11.7 Ausschreibung

- *Anforderungen an die Ausschreibungsunterlagen.*
- *Pflichtleistungen müssen aus dem Leistungsverzeichnis klar als solche erkennbar sein.*
- *Nicht offerierte Pflichtleistungen (unvollständige Angebote) können im Rahmen der technischen Bereinigung nicht nachgefragt werden.*

Aus den Erwägungen:

4. Aus dem Gesagten erhellt, dass die Beschwerdegegnerin in ihrem Angebot den 1. Umschlagplatz im Sanierungsperimeter einplante und auf die Erstellung eines abgesetzten Platzes an der P.Strasse verzichtete. Die Vorinstanz jedoch beharrte auf dem abgesetzten 1. Umschlagplatz und fragte im Rahmen der technischen Angebotsbereinigung die dazu notwendigen Kosten ab. Im Folgenden gilt es daher zu prüfen, ob die Beschwerdegegnerin auf die Ausschreibung der Vorinstanz hin ein genügendes Angebot eingereicht hatte und ob die Vorinstanz die technische Bereinigung zu Recht vorgenommen hat.

4.1.1 Die Ausschreibung im Beschaffungsverfahren bestimmt sich nach Kapitel IV der Verordnung zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen [VIVöB; SRSZ 430.130] vom 15. Dezember 2004 (Ausschreibung, §§ 10-20). Im Rahmen dieser Vorgaben und der allgemeinen Vergabegrundsätze (Art. 11 der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen [IVöB; SRSZ 430.120.1], vom 25. November 1994/15. März 2001) kommt der Vergabebehörde eine weitreichende Ausgestaltungsfreiheit zu. Welche Anforderungen an den Inhalt und an den Präzisierungs- und Detaillierungsgrad zu stellen sind, hängt von der Art des zu vergebenden Auftrages ab (EGV-SZ 2007 B 11.4 S. 138 m.w.H.). In der Ausschreibung und den Ausschreibungsunterlagen hat die Vergabebehörde den Beschaffungsgegenstand und die auf das konkrete Geschäft zur Anwendung gelangenden Bedingungen zu umschreiben (vgl. § 12 Abs. 1 lit. c VIVöB). Die Ausschreibung und die Ausschreibungsunterlagen haben ein Leistungsverzeichnis zu enthalten; dieses muss klar und vollständig sein. Die Vergabeunterlagen haben die benötigten Waren oder Dienstleistungen mittels eines umfassenden Produkte- oder Aufgabenbeschriebs oder eines detaillierten Leistungsverzeichnisses zu beschreiben sowie alle Anforderungen an technische Spezifikationen, die erfüllt werden müssen,

B 11.7

zu enthalten. Andernfalls kann namentlich die Vergleichbarkeit der Offerten beeinträchtigt sein. Die Klarheit und Vollständigkeit trägt insbesondere zur Vergleichbarkeit der Angebote bei. Dabei kann auch das Frage-recht der Anbieter in der Regel nicht mehr Abhilfe schaffen und der Versuch der Vergabebehörde, die auf einem ungenügend genauen Leistungsbeschrieb beruhenden, nicht (genügend) vergleichbaren Angebote im Rahmen der Offertbereinigung nachträglich vergleichbar zu machen, gefährdet das Gleichbehandlungsgebot gegenüber den Anbietenden (Galli/Moser/Lang/Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Auflage, Rz. 382 und 383; vgl. auch Handbuch Öffentliches Beschaffungswesen im Kanton Schwyz, hrsg. vom Baudepartement, Stand 10. Januar 2011, S. 34 Ziff. 5.2).

4.1.2 Es gilt der Grundsatz, dass die Angebote nach der Eingabefrist weder von Anbietern noch von der Vergabebehörde geändert werden dürfen. Vorbehalten bleibt die Korrektur von offensichtlichen Schreib- und Rechenfehlern durch die Vergabebehörde. Zudem sind Änderungen im Rahmen einer technischen Bereinigung der Angebote möglich, bei der es darum geht, technisch unklare Angaben zu präzisieren. Beide Ausnahmen dürfen nicht über ihren Zweck hinausgehen. Es ist nicht zulässig, unvollständige oder von den Einladungsunterlagen abweichende Angebote im Rahmen der Offertbereinigung zu vervollständigen bzw. zu korrigieren (Kuonen, Das Einladungsverfahren im öffentlichen Beschaffungsrecht, Bern 2005, S. 181). So dürfen insbesondere keine Angebote, welche zwingend einzuhaltenden Randbedingungen widersprechen, im Rahmen der Offertbereinigung noch korrigiert werden. Da die technische Bereinigung eines den zwingenden Anforderungen der Vergabe widersprechenden Angebots unzulässig ist, bleibt nur der Ausschluss vom Verfahren (Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 684 ff., 717).

4.1.3 Die Auftraggeberin kann von den Anbietern Erläuterungen bezüglich ihrer Eignung und ihres Angebots verlangen (§ 28 Abs. 1 VIVöB). Mündliche Erläuterungen werden von der Auftraggeberin schriftlich festgehalten (§ 28 Abs. 2 VIVöB). Diese Möglichkeit, nach Offerteingang bzw. Offertöffnung Erläuterungen einzuholen, steht in einem gewissen Spannungsfeld zum Grundsatz der Unveränderbarkeit der Angebote und der Gleichbehandlung der Anbieter (vgl. vorn Erw. 4.1.2). Aufgrund von Erläuterungsbegehren dürfen die Anbieter ihr Angebot nicht abändern, sondern nur Klarstellungen und Präzisierungen vorhandener Offertinhalte mit Blick auf die Offertbereinigung liefern. Dabei sind im Rahmen dieser Offertbereinigung alle Anbieter strikte gleich zu behandeln (vgl. Gal-

li/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 710 ff.; Handbuch Öffentliches Beschaffungswesen im Kanton Schwyz, S. 48 Ziff. 8.4).

4.1.4 Ein Angebot wird von der Teilnahme u.a. ausgeschlossen, wenn wesentliche Formerfordernisse verletzt sind, insbesondere durch Nichteinhalten der Eingabefrist, fehlende Unterschrift, Unvollständigkeit des Angebots oder Änderung der Ausschreibungsunterlagen (§ 26 Abs. 1 lit. g VIVöB). Ein Anbieter darf indes wegen unbedeutender Mängel der Offerte nicht ausgeschlossen werden; ein Ausschlussgrund muss eine gewisse Schwere aufweisen und es dürfen nur wesentliche Mängel zum Ausschluss führen (Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O, Rz. 239 f.; VGE III 2008 81 vom 17. Juni 2008, Erw. 5.1; VGE 1011/06 vom 30. März 2006 Erw. 4.1). Andererseits ist bei der Beurteilung solcher Mängel im Interesse der Vergleichbarkeit der Angebote und des Gleichbehandlungsgrundsatzes ein strenger Massstab anzulegen (VerwGer Zürich VB.2007.00123 vom 12. September 2007 Erw. 3.1). Besteht der Verdacht, dass ein Ausschlussgrund vorliegt, so hat die Anbieterin oder der Anbieter an der Feststellung des Sachverhaltes mitzuwirken (§ 26 Abs. 3 VIVöB).

4.2 Die Frage an die Beschwerdegegnerin nach allfälligen Mehrkosten eines 1. Umschlagplatzes bei der P.Strasse im Rahmen der technischen Angebotsbereinigung wird durch die Vorinstanz (...) damit begründet, der Umschlagplatz (Triageplatz) werde aus projekt- und bewilligungstechnischen Gründen gefordert und sei Projektbestandteil resp. Bestandteil der Submission (Vi-act. 9).

Sollte sich aus den Submissionsunterlagen zweifelsfrei ergeben, dass – wie von der Vorinstanz im Rahmen der technischen Bereinigung ausgeführt – ein vom Sanierungssperimeter abgesetzter 1. Umschlagplatz eine zwingend einzuhaltende Bedingung und damit zu erbringende Leistung ist, dann ist es nach dem Gesagten ausgeschlossen, das Angebot der Beschwerdegegnerin – welche diese Leistung nicht offeriert hat – im Rahmen der technischen Bereinigung zu korrigieren (Erw. 4.1.2). Wesentlich ist daher die Frage, ob die Submissionsunterlagen die Errichtung eines abgesetzten 1. Umschlagplatzes offenkundig verlangt haben. Aus den Ausschreibungsunterlagen erhellt dazu was folgt: (...).

4.3.1 Eine gerichtliche Würdigung der vorstehenden Ausführungen zeitigt die folgenden Ergebnisse: (...).

B 11.7

4.4 Damit aber steht fest, dass die Ausschreibung durch die Vorinstanz nicht mit der geforderten Deutlichkeit erfolgt ist. Die Ausschreibungsunterlagen lassen in Bezug auf die Errichtung eines 1. Umschlagplatzes bei der P.Strasse jene Deutlichkeit vermissen, mit welcher in Frage 5 der technischen Bereinigung an die Beschwerdegegnerin vom 12. August 2016 ausgeführt wurde, „der Umschlagplatz (Triageplatz) wird aus projekt- und bewilligungstechnischen Gründen gefordert und ist Projektbestandteil resp. Bestandteil der Submission“. Mithin war die Beschwerdegegnerin nicht verpflichtet, einen 1. Umschlagplatz bei der P.Strasse zu offerieren und den Verzicht darauf als Unternehmervariante vorzuschlagen. Die Beschwerdegegnerin hat es nicht unterlassen, eine erkennbar zwingende Leistung zu offerieren (was im Rahmen der technischen Bereinigung nicht hätte korrigiert werden können und den Ausschluss vom Verfahren zur Folge gehabt hätte).

5. Vor dem Hintergrund dieser nicht hinreichend präzisen Ausschreibungsunterlagen kann das Angebot mit der Organisation des 1. Umschlagplatzes im Sanierungsperimeter nicht der Beschwerdegegnerin zum Vorwurf gemacht werden. Vielmehr basiert dieser Umstand auf nicht genügend klaren Submissionsunterlagen. Damit aber erhielt die Vorinstanz zwei nicht vergleichbare Angebote, wovon jenes der Beschwerdegegnerin nicht umsetzbar war (weil die Errichtung des 1. Umschlagplatzes bei der P.Strasse eine Pflichtleistung wäre). Indem die Vorinstanz nun die Beschwerdegegnerin im Rahmen der technischen Angebotsbereinigung nach Offertöffnung eingeladen hat, nachträglich ein Angebot für den 1. Umschlagplatz bei der P.Strasse einzureichen, hat sie aber das Submissionsrecht verletzt. So handelt es sich dabei nicht um eine technische Bereinigung, welche nur im Zusammenhang mit untergeordneten Positionen zulässig ist (EGV-SZ 2007 B 11.2 S. 129 f. mit Verweis auf Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 734 und auf EGV-SZ 2007 B 11.5 S. 148 seinerseits mit Verweis auf § 35 Abs. 1 lit. d VIVöB), wovon vorliegend keine Rede mehr sein kann (Mehrkosten von Fr. 63'091.--bei einem Nettoangebot von Fr. 206'241.65 bei der Offertöffnung). Vor allem aber wurde das Gleichbehandlungsgebot zwischen den Anbietenden verletzt. Indem eine Unternehmung in Kenntnis des Angebotes ihrer Konkurrentin wesentliche Positionen nachofferieren konnte, war ein echter, fairer und transparenter Wettbewerb, in welchem für alle Teilnehmer dieselben Bedingungen bestehen (Art. 1 Abs. 2 lit. b IVöB), ausgeschlossen. Nach der Offertöffnung hatte die Beschwerdegegnerin Kenntnis, dass die Beschwerdeführerin die Leistungen für Fr. 299'106.35 offeriert hatte. Für das nachzureichende Angebot wusste

sie damit, bis zu welchem Preis sie das wirtschaftlichere Angebot einreicht, wobei der Preis mit 75 % gewichtet wurde. Zumindest konnte die Vorinstanz nicht ausschliessen, dass die Beschwerdegegnerin das korrigierte Angebot im Bewusstsein und in Kenntnis über die Konkurrenzofferte abgibt. Ob die Beschwerdegegnerin tatsächlich einen Vorteil ausgenutzt hat, ist unerheblich, ausschlaggebend ist der objektiv begründete Anschein eines möglichen Vorteils. Von Gleichbehandlung der verschiedenen Anbieter und einem fairen Wettbewerb kann in dieser Situation nicht mehr gesprochen werden, womit Submissionsrecht verletzt wurde.

6. Dem Gesagten nach steht somit fest, dass die Ausschreibungsunterlagen nicht hinreichend präzise waren, um vergleichbare Angebote zu erhalten und einen fairen Wettbewerb zu garantieren. Der angefochtene Vergabeentscheid GRB 2016/264 vom 24. August 2016 ist daher aufzuheben. Da der Mangel in den Submissionsunterlagen selber liegt, nur zwei Unternehmungen eingeladen wurden und nun nicht vergleichbare Angebote vorliegen (wovon eines nicht umsetzbar ist), wird die Vorinstanz nach der gerichtlichen Aufhebung des Vergabeentscheides nicht umhin kommen, das Verfahren ganz abzubrechen und für die Beschaffung der (neu klar umschriebenen Pflicht-)Leistungen ein neues Verfahren einzuleiten.

(VGE III 2016 167 vom 23. November 2016).

14. Staatshaftung

14.1 Schaden als Haftungsvoraussetzung

- *Verzugszinsen auf einer Grundstückgewinnsteuer stellen keinen Schaden dar.*

Aus dem Sachverhalt:

Im Rahmen einer öffentlichen Versteigerung der Liegenschaft einer Erbengemeinschaft wurde eine kommunale Amtsperson mit der Steigerungsleitung betraut. Die Steigerungsbedingungen legten fest, dass die Grundstückgewinnsteuer aus dem Zuschlagspreis (der auf ein Sperrkonto einzubezahlen war) „durch die Verkäufer bzw. aus dem Ganterlös durch

B 14.1

die Steigerungsleitung bezahlt“ wird. Die Freigabe des Sperrkontos hatte gemäss bezirksgerichtlicher Verfügung durch eine andere Amtsperson des Bezirks zu erfolgen. Die Bezahlung der Grundstückgewinnsteuer aus dem auf dem Sperrkonto hinterlegten Ganterlös erfolgte – nachdem der Steigerungszuschlag bis vor Bundesgericht angefochten worden war – mit Verzögerung, was Verzugszinsen von rund Fr. 45'000.-- zur Folge hatte. Mitglieder der Erbgemeinschaft machten gegenüber der Gemeinde (wie auch gegenüber dem Bezirk) diesen Betrag als Schaden geltend.

Aus den Erwägungen:

2.1 (...). Das Gesetz regelt die Haftung der mit staatlicher Tätigkeit betrauten Privaten und die Voraussetzungen der Haftung für rechtmässig verursachten Schaden (§ 46 Abs. 2 der Verfassung des Kantons Schwyz [KV; SRSZ 100.100] vom 24. November 2010). Die Haftung gemäss § 3 des Gesetzes über die Haftung des Gemeinwesens und die Verantwortlichkeit seiner Funktionäre (StHG; SRSZ 140.100) vom 20. Februar 1970 ist an die folgenden Voraussetzungen geknüpft:

- einen Schaden;
- die Zufügung dieses Schadens durch einen Funktionär des Gemeinwesens in Ausübung hoheitlicher Verrichtungen, wobei der Kreis der Funktionäre in § 1 Abs. 2 StHG umschrieben wird;
- die Widerrechtlichkeit der Schadenszufügung;
- einen adäquaten Kausalzusammenhang zwischen dem Verhalten des Funktionärs und dem eingetretenen Schaden;
- das Fehlen eines Haftungsbefreiungsgrundes gemäss § 12 StHG in Verbindung mit Art. 44 Abs. 1 des Obligationenrechts (OR; SR 220) vom 30. März 1911 (Einwilligung des Geschädigten in die schädigende Handlung, oder Umstände, für die der Geschädigte einstehen muss, die auf Entstehung oder Verschlimmerung des Schadens eingewirkt oder die Stellung des Ersatzpflichtigen sonst erschwert haben).

2.2 (...).

4. Nachstehend ist vorerst zu prüfen, ob den Klägern der geltend gemachte Schaden tatsächlich entstanden ist.

4.1 Die Existenz eines Schadens ist eine unerlässliche Voraussetzung dafür, dass jemand für Schadenersatz belangt werden kann (vgl. Oftin-

ger/Stark, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Allg. Teil, Bd. I, § 2 Schaden und Schadenersatz Rz. 62). Der Schadensbegriff im öffentlichen Recht folgt prinzipiell den privatrechtlichen Grundsätzen. Nach konstanter Rechtsprechung des Bundesgerichts entspricht der Schaden der Differenz zwischen dem gegenwärtigen, nach dem schädigenden Ereignis festgestellten Vermögensstand, und dem Stand, den das Vermögen ohne das schädigende Ereignis hätte. Der Schaden ist die ungewollte bzw. unfreiwillige Vermögensverminderung. Er kann in einer Verminderung der Aktiven, einer Vermehrung der Passiven oder in entgangenem Gewinn bestehen (BGE 132 III 321 Erw. 2.2.1; 129 III 331 Erw. 2.1; 128 III 22 Erw. 2e/aa; vgl. VGE III 2009 142 vom 18. Mai 2011 [i.Sa. Kläger Ziff. 1] Erw. 6.1.1; VGE III 2008 195 vom 21. Oktober 2010 Erw. 6.1; Jost Gross, Schweizerisches Staatshaftungsrecht, 2. Aufl., Bern 2001, S. 238; Oftinger/Stark, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Allg. Teil, Bd. I, § 2, Rz. 9).

Als Schadenersatz gilt die (völlige oder teilweise) Wiedergutmachung des Schadens durch einen andern mittels möglichst annähernder (völliger oder teilweiser) wertmässiger Wiederherstellung des wirtschaftlichen Zustandes vor dem schädigenden Ereignis (vgl. Oftinger/Stark, a.a.O., § 2 Rz. 66). Beim Schaden in der Bedeutung des Haftpflichtrechts steht regelmässig der Ersatz dieses Schadens im Vordergrund.

4.2 Die Grundstückgewinnsteuern und Nachsteuern werden gemäss § 21 Abs. 1 der Grundstückgewinnsteuerverordnung (GGStV; SRSZ 172.213) vom 29. Mai 2001 30 Tage nach der Veräusserung fällig und sind innert 30 Tagen seit Rechnungsstellung zu bezahlen. Steuerbeträge, die aufgrund einer Mitteilung über den voraussichtlichen Steuerbetrag oder einer Rechnung bezahlt wurden, sind von Amtes wegen bis zum Eintritt der Fälligkeit vollumfänglich, danach in dem den definitiven Steuerbetrag überschliessenden Umfang zu Gunsten des Steuerpflichtigen zu verzinsen (§ 22 Abs. 1 GGStV). Auf Steuern und Nachsteuern wird ab Eintritt der Fälligkeit ein Verzugszins erhoben (§ 23 Abs. 1 GGStV). Die Verzugszinsen werden mit dem Forderungsbetrag oder nach dessen Eingang in Rechnung gestellt (§ 23 Abs. 2 GGStV). Hierauf wird auch im Merkblatt zur Sicherstellung der Grundstückgewinnsteuer der Steuerverwaltung (gültig ab 1. Januar 2011, Stand 1. Januar 2016, Ziff. 3.3) verwiesen. Die Vergütungszinsen betragen kantonal derzeit (Jahr 2016) 1.0 %, die Verzugszinsen 3.5 % (vgl. Schwyzer Steuerbuch 90.12); bei der direkten Bundessteuer betragen die Verzugs- und Rückerstattungszinsen (entsprechend den Vergütungszinsen im kantonalen Recht) derzeit 3.0 %, der Vergütungszins (Vorauszahlungszins = Skonto

B 14.1

im kantonalen Recht) 0.25 % (vgl. Anhang zur Verordnung über Fälligkeit und Verzinsung der direkten Bundessteuer [SR 642.124] vom 10. Dezember 1992); bei der Mehrwertsteuer betragen Verzugs- und Vergütungszins je 4.0 % (seit 1. Januar 2012, vgl. Art. 1 Abs. 2 lit. a und Art. 2 Abs. 2 lit. a Verordnung des EFD über die Verzugs- und die Vergütungszinssätze [SR 641.207.1] vom 11. Dezember 2009). Der Verzugszinssatz entspricht beispielsweise auch im Kanton Bern dem Vergütungszinssatz (je 3 %, vgl. Anhang 1 zur Verordnung über den Bezug und die Verzinsung von Abgaben und anderen zum Inkasso übertragenen Forderungen, über Zahlungserleichterungen, Erlass sowie Abschreibungen infolge Uneinbringlichkeit [Bezugsverordnung, BEZVV; BSG 661.733] vom 18. Oktober 2000). Im Kanton Zürich betragen ab 1. Januar 2016 der Vergütungszins (z.G. des Steuerpflichtigen) und der Ausgleichszins (z.L. des Steuerpflichtigen) je 0.5 %, der Verzugszins 4.5 % (Beschluss des Regierungsrates des Kantons Zürich über die Festsetzung und Berechnung von Zinsen ab 1. Januar 2008/1. Februar 2012/1. Januar 2015 für die Staats- und Gemeindesteuern; Änderung vom 24. Juni 2015). In der Begründung dieses Beschlusses wird die Senkung des Vergütungs- und Ausgleichszinssatzes von 1.5 % auf 0.5 % mit dem gegenwärtigen Zinsumfeld begründet, wobei ein Zinssatz von 0.5 % immer noch deutlich über den derzeitigen Zinssätzen von ein- oder zweijährigen Festgeldern der Kassenobligationen liege. Der Verzugszinssatz wurde bei 4.5 % belassen, was dazu beitrage, dass die gemäss Schlussrechnung noch offenen Steuerschulden innert 30 Tagen bezahlt würden (vgl. hierzu auch Richner/Frei/Kaufmann/Meuter, Handkommentar zum DBG, 3. Aufl., Zürich 2016, Art. 164 N 1).

4.3.1 Bei der Pflicht zur Zahlung von Verzugszinsen, wie sie in Art. 104 Abs. 1 OR geregelt ist, handelt es sich um einen allgemeinen Rechtsgrundsatz (Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl, Zürich 2016, Rz. 145 ff., 156 f.).

Der Verzugszins unterscheidet sich vom allgemein bei Leistungsstörungen geschuldeten Schadenersatz dadurch, dass für ihn kein Schaden nachzuweisen ist, weshalb er mit Eintritt des Verzugs ohne Weiteres geschuldet wird. Der Grund dafür liegt in der Natur des Zinses, der als Vergütung für das Entbehren einer dem Gläubiger geschuldeten Geldsumme betrachtet wird. Da der Gläubiger einerseits den Betrag länger als vereinbart entbehren muss und ihn nicht zins- oder gewinnbringend nutzen kann, und andererseits der säumige Schuldner den Vorteil hat, über die fragliche Summe verfügen zu können, tritt in diesem Sinne in jedem Fall (beim Gläubiger) ein Schaden ein. Der Regelung liegt somit eine un-

widerlegbare Rechtsvermutung zugrunde, dass der verzugsbelastete Schuldner bis zur Erfüllung weiterhin über den Geldbetrag verfügen kann und der Gläubiger dadurch eine entsprechende Vermögenseinbusse erleidet (Kren Kostkiewicz, in: Kren Kostkiewicz/Nobel/Schwander/Wolf [Hrsg.], OR Handkommentar, 2. Aufl., Zürich 2009, Art. 104 N 3; BSK OR I-Wiegand Art. 104 N 1). Dem Verzugszins kommt mithin die Funktion eines Vorteilsausgleichs wegen verspäteter Zahlung der Hauptschuld zu; er weist keinen pönalen Charakter auf (Bundesgerichtsurteil 9C_62/2013 vom 27. Mai 2013 = BGE 139 V 297 Erw. 3.3.2.2). Ebenso will auch der steuerliche Verzugszins den Zinsverlust des Steuergläubigers in pauschalierter Form ausgleichen; er hat weder pönalen Charakter noch ist er verschuldensabhängig (Locher, Kommentar zum DBG, III. Teil Art. 102-222 DBG, Therwil/Basel 2004, Art. 164 N 1 mit Hinweis auf die Bundesgerichtsurteile 2C_232/2012 vom 23. Juli 2012 Erw. 4.2 und 2C_546/2008 vom 29. Januar 2009 Erw. 4.2).

4.3.2 Für den Bereich des in Art. 42 der Verordnung über die Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHVV; SR 831.101) vom 31. Oktober 1947 geregelten Verzugs- (und Vergütungs-)Zinses von 5 % hat das Bundesgericht in der erwähnten Entscheidung (BGE 139 V 227) festgehalten, für die Verzugszinspflicht sei nicht entscheidend, ob den Beitragspflichtigen, die Ausgleichskasse oder eine andere Amtsstelle ein Verschulden an der Verzögerung der Beitragsfestsetzung oder -zahlung trifft (mit Verweis auf BGE 134 V 202 Erw. 3.3.1 f. und 3.5). Weiter führte das Bundesgericht (mit Hinweisen auf Lehre und Rechtsprechung) aus, auch wenn sich gewisse Abweichungen zu den jeweils geltenden Zinssätzen auf dem Geld- und Kapitalmarkt ergeben, seien diese systemimmanent und bedürften nur dann einer Korrektur, wenn Abweichungen über längere Zeit hinweg und in beträchtlichem Ausmass bestünden. Der AHV-rechtliche Verzugszins sei ferner nicht mit einem Marktzins zu vergleichen. Vielmehr handle es sich um einen „technischen“ Zinssatz. Aus einem „seit Jahren herrschenden Zinsniveau von 1 – 2 %“ allein lasse sich noch nicht auf fehlende Gesetzmässigkeit schliessen. Dagegen spreche auch der Umstand, dass mit Art. 104 Abs. 1 OR formellgesetzlich ein Verzugszinssatz von 5 % festgelegt ist, welche Bestimmung im Verwaltungsrecht bei fehlender Anordnung als allgemeiner Rechtsgrundsatz analog Anwendung finde.

4.4.1 Der Funktion und dem Wesen der Verzugs- (und Vergütungs-) Zinsen ist es mithin grundsätzlich immanent, dass sie für den Schuldner der verzugszinspflichtigen Forderung grundsätzlich keinen Schaden dar-

B 14.1

stellen können. Vielmehr zielen die Verzugs- (und Vergütungs-)Zinsen auf die Vermeidung bzw. den Ausgleich eines möglichen Schadens (beim Gläubiger) ab. Der Verzugszins soll den Nachteil ausgleichen, der dadurch entsteht, dass ein Kapital nicht genutzt werden kann (BGE 122 III 53 Erw. 4a/b). Es ist zwar durchaus nachvollziehbar, dass die Belastung mit einem Zins, der (mehr oder weniger) erheblich über einem marktüblichen Zinssatz liegt, (subjektiv) als Schaden aufgefasst werden kann. Angesichts der Diskrepanz zwischen Vergütungs- und Verzugszins im kantonalen Recht (im Unterschied zum gleichen Zinssatz für Verzugs- und Vergütungszinsen bei der direkten Bundessteuer) ist es ebenso nachvollziehbar, dass den Verzugszinsen (subjektiv) ein pönaler Charakter zugeschrieben werden kann. Indessen dürfte dies auch auf den im vorstehend erwähnten Art. 42 Abs. 2 AHVV vorgesehenen (hohen) Verzugszins von 5 % gelten, unabhängig davon, dass ein gleicher Vergütungszins zur Anwendung kommt. Dies ändert indes nichts daran, dass auch der steuerliche Verzugszins nicht als „Schaden“ qualifiziert werden kann.

Wie mit dem Vergütungszins die steuerpflichtige Person, welche (gestützt auf eine provisorische Steuerrechnung/Steuerschätzung) zu viel Steuern bezahlt hat, für den Ertragsverlust auf dem zu viel bezahlten Steuerbetrag schadlos gehalten werden soll, soll umgekehrt – bei zu wenig bezahlten Steuern – auch der Fiskus keinen Nachteil zu Gunsten der steuerpflichtigen Person erleiden, welche den dem Fiskus vorenthaltenen Betrag anderweitig (mehr oder weniger Ertrag bringend) einsetzen kann; entsprechend ist der Fiskus mit dem Verzugszins schadlos zu halten. Im Sinne der dargelegten Rechtslage ist es dabei hinzunehmen, wenn einerseits (bei den kantonalen Steuern) ein Ungleichgewicht zwischen Vergütungs- und Verzugszinsen besteht und andererseits der erhobene Verzugszins über einem marktüblichen Zinssatz liegt. Dies vermag keinen „Schaden“ zu begründen, zumal trotz mittlerweile längerer Tiefzinsphase nach wie vor – unter dem Vorbehalt einer abweichenden Regelung – ein gesetzlicher (Verzugs-)Zinssatz von 5 % (Art. 104 Abs. 1 OR) Anwendung findet (vgl. vorstehend Erw. 4.3.2). Des Weiteren ist zu beachten, dass die Erhebung von Verzugszinsen auf geschuldeten Steuern den Gläubiger (d.h. den Fiskus) und nicht den Schuldner (d.h. steuerpflichtige Person) schützen und vor einem „Schaden“ bewahren will. Beim Schuldner kann im Sinne des Gesagten ein Schaden im Rechtsinn grundsätzlich nicht eintreten.

4.4.2 Vorliegend wurde der gesamte Steigerungsertrag auf einem Sperrkonto bei der Schwyzer Kantonalbank sichergestellt. Mithin wurde

der Betrag zu den marktüblichen Zinsen verzinst. Die Kläger haben somit auch keinen Nutzungsausfall erlitten (der grundsätzlich ebenfalls keinen Schaden darstellt, vgl. BGE 132 III 379 Erw. 3.3.2), selbst wenn ihnen eine aktive Bewirtschaftung des Sperrkontos nicht möglich war. Gemäss Sachverhalt wurde der Geldbetrag überdies als Callgeld mit verbesserter Rendite angelegt. Selbst wenn diese Rendite die Höhe des Verzugszinses nicht erreicht haben sollte, wird dadurch die Ausgleichsfunktion der Verzugszinsen illustriert. Abgesehen davon müssten zur Ermittlung des effektiven „Schadens“ die (aufgrund des marktüblichen Zinses bzw. der Anlage als Callgeld) erzielten Erträge mit den geltend gemachten gesamten Verzugszinsen von rund Fr. 45'000.-- anteilmässig verrechnet werden, was die Kläger nicht gemacht haben. Insofern müsste der eingeforderte Betrag auch als ungenügend substantiiert gewürdigt werden.

4.5 Zusammenfassend ist somit davon auszugehen, dass den Klägern als Schuldner der Grundstückgewinnsteuerforderung infolge der Ausgleichsfunktion der Verzugszinsen kein Schaden entstehen konnte und auch kein Schaden entstanden ist.

5.1 ff. (Verneinung auch der Widerrechtlichkeit sowie des adäquaten Kausalzusammenhanges).

(VGE III 2015 197 vom 26. Oktober 2016; das Bundesgericht hat eine dagegen erhobene Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten mit Urteil 2C_16/2017 vom 17. März 2017 abgewiesen, soweit es darauf eingetreten ist).

15. Ausländerrecht

15.1 Aufenthaltsrecht nach Freizügigkeitsabkommen FZA

- *Der Aufenthaltsbescheinigung einer dem FZA unterliegenden Person kommt rein deklaratorische Bedeutung zu, sie hat keine rechtsbegründende Bedeutung. Für den effektiven Aufenthaltsstatus sind die tatsächlichen Gegebenheiten konstitutiv.*

B 15.1

Aus den Erwägungen:

2.1 In der Botschaft zum Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit (FZA, SR 0.142.112.681) führte der Bundesrat aus, zur Ein- und Ausreise von Staatsangehörigen eines Vertragsstaates genüge ein gültiger Personalausweis und Reisepass. Auf Vorlage des Einreisedokumentes sowie einer Arbeitsbescheinigung werde dem Arbeitnehmer eine Aufenthaltsbescheinigung ausgestellt, die allerdings bloss deklaratorischer Natur sei und bei unbefristeten, überjährigen Arbeitsverhältnissen fünf Jahre betrage (BBI 1999 S. 6311). Mit Verweis auf die Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaft (EuGH) bestätigte das Bundesgericht die deklaratorische Bedeutung; den Bewilligungen komme keine rechtsbegründende Bedeutung zu (BGE 134 IV 57 Erw. 4). Diese rein deklaratorische Bedeutung entbinde die Betroffenen zwar nicht davon, gesetzlich vorgeschriebene Formalitäten wie Anmeldung oder Bewilligungsverfahren einzuhalten. Der letztlich ausgestellte Ausweis bestätige indes nur, dass der Betroffene die Voraussetzungen des FZA tatsächlich erfülle. Die Bewilligung selbst müsse erteilt werden, falls die staatsvertraglichen Voraussetzungen erfüllt seien. Aus der rein deklaratorischen Bedeutung der Bewilligung folgt gemäss Bundesgericht auch, dass ein Aufenthalt allein durch den fehlenden Ausweis nicht illegal ist und dass der Entzug bzw. die Nichtverlängerung der (deklaratorischen) Aufenthaltserlaubnis nur bei einem vorherigen Wegfall des (konstitutiven) Aufenthaltsrechts möglich sei, etwa aufgrund des Vorbehalts der öffentlichen Ordnung und Sicherheit gemäss Art. 5 Abs. 1 Anhang I FZA (BGE 136 II 329 Erw. 2.2).

2.2 (...).

3.1 Der Beschwerdeführer ist am (...) 2013 aus B. in die Schweiz eingereist (Vi-act. II-02 65). Das Freizügigkeitsabkommen berechtigte ihn zur Stellensuche in der Schweiz bis zu drei Monaten selbst ohne förmliche Bewilligung (Art. 18 Abs. 1 Verordnung über die Einführung des freien Personenverkehrs [VEP, SR 142.203] vom 22. Mai 2002). Nichtsdestotrotz ersuchte er um eine Ausländerbewilligung, L-Ausweis, welche ihm zwecks Stellensuche mit Dauer bis (...) 2013 erteilt wurde (Vi-act. II-02 63 und 64).

3.2 Am (...) 2013 unterzeichnete der Beschwerdeführer mit dem Arbeitgeber, einem Personalverleihbetrieb, einen unbefristeten Einsatzvertrag mit Arbeitsbeginn (...) 2013 (Vi-act. II-02 62).

Das Amt für Migration führt diesbezüglich vernehmlassend aus, beim Vertrag mit der P. AG handle es sich um einen Personalverleihbetrieb. Dabei sei davon auszugehen, dass die Anstellung nicht dauerhaft angestrebt werde. Der Arbeitnehmer werde für ein Projekt oder bei grosser Arbeitsbelastung an einem Einsatzbetrieb zur Verfügung gestellt. Der Einsatzbetrieb und -ort könne jederzeit wechseln. So sei auch dem Einsatzvertrag des Beschwerdeführers zu entnehmen, dass er als temporärer Mitarbeiter bezeichnet werde. Daher erhalte gemäss kantonaler Praxis ein bei einem Personalverleihbetrieb angestellter Erwerbstätiger eine Kurzaufenthaltsbewilligung (Vernehmlassung des Amts für Migration zu Punkt 3.3).

3.3 In der Tat sind Erwerbstätigkeiten über Vermittlungsunternehmen aufenthaltsrechtlich nicht unproblematisch. In einer 2014 eingereichten Motion sollte der Bundesrat daher beauftragt werden, eine Weisung an die zuständigen Behörden zu erlassen, dass vor der Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung aufgrund eines unbefristeten Arbeitsvertrages geprüft werden müsse, ob der jeweilige Arbeitgeber überhaupt imstande sei, Jahresverträge oder unbefristete Verträge auszustellen (Motion 14.3074; Aufenthaltsbewilligungen für EU-Bürger infolge von Arbeitsverträgen). Der Bundesrat beantragte die Abweisung der Motion, da die geforderte Regelung aufgrund der Weisungen des Bundesamtes für Migration über die schrittweise Einführung des freien Personenverkehrs (Weisung VEP) bereits in Kraft sei: Um missbräuchliche Aufenthaltsansprüche zu vermeiden, sind die zuständigen kantonalen Behörden angewiesen zu prüfen, ob tatsächlich eine dauerhafte (überjährige) Beschäftigung zugrunde liegt und beabsichtigt ist. Steht aufgrund der konkreten Umstände in der Branche oder dem Beruf fest, dass nicht von einer dauerhaften Beschäftigung ausgegangen werden kann, so muss der betreffende Arbeitgeber kontaktiert und aufgefordert werden, sein Vertragsverhältnis mit dem oder der Angestellten den tatsächlichen wirtschaftlichen Verhältnissen anzupassen (Weisung VEP-06/2016, Kapitel 4.2.1). Diese Regelung gelte insbesondere auch für Temporärangestellte, weshalb die Weisung dazu festhalte: Massgebend für die Art der zu erteilenden Bewilligung ist die erstmalige Gültigkeitsdauer des Einsatzvertrages zwischen dem Verleihbetrieb und dem Arbeitgeber – in diesem Fall der Firma, an welche der Arbeitnehmende vermittelt wird – und nicht die Dauer des Rahmenvertrages zwischen dem Verleihbetrieb und den Arbeitnehmenden (Wei-

B 15.1

sung VEP-06/2016, Kapitel 4.2.2). Stellt sich bei der Überprüfung der Grundlagen heraus, dass die Einstellungserklärung oder die Arbeitsbescheinigung offenkundig nicht den tatsächlichen Verhältnissen entsprechen, kann dies eine Verweigerung oder einen Widerruf der Aufenthaltsbewilligung B EU/Efta zur Folge haben, da diesfalls gestützt auf das FZA kein entsprechendes Aufenthaltsrecht in der Schweiz besteht (Weisung VEP-06/2016, Kapitel 4.2.1; wiedergegeben auch in der Stellungnahme des Bundesrates zur Motion 14.3074).

3.4 Daraus folgt, dass für den effektiven Aufenthaltsstatus die tatsächlichen Gegebenheiten konstitutiv sind und nicht eine ausgestellte, deklaratorische Bewilligung. Verfügt ein Staatsangehöriger eines FZA-Vertragsstaates über einen unbefristeten Einsatzvertrag, obwohl sein konkreter Einsatz (insbesondere auch gemäss Vertrag zwischen Verleihfirma und Einsatzbetrieb) unterjährig befristet ist, und erhält er gestützt darauf eine Aufenthaltsbewilligung B, so fehlt es ihm mangels unbefristetem resp. mindestens jährigem Arbeitsvertrag gemäss Art. 6 Abs. 1 FZA Anhang I dennoch am Aufenthaltsrecht B mit einer Mindestdauer von 5 Jahren. Rechtlich hat er nur den Status eines Kurzaufenthalters. Demgegenüber muss aber auch folgen, dass eine Person, welche tatsächlich über eine unbefristete Anstellung verfügt, rechtlich den Status eines Aufenthaltlers hat, selbst wenn ein Ausweis L ausgestellt wurde. Denn massgeblich sind allein die tatsächlichen Gegebenheiten.

4.1 Für den vorliegenden Fall bedeutet dies, dass für die Frage, ob der Beschwerdeführer gewegewiesen werden kann, nicht die ausgestellte Bewilligung, L-Ausweis, massgebend ist, sondern sein effektives Aufenthaltsrecht. Erfüllt er die Voraussetzungen gemäss Art. 6 Abs. 1 FZA Anhang I, dann hat er den Status eines Aufenthaltlers mit einer Aufenthaltserlaubnis für mindestens fünf Jahre.

Ob der Beschwerdeführer diese Voraussetzungen tatsächlich erfüllt, lässt sich aus den Akten nicht erschliessen. Unbestritten ist, dass der Beschwerdeführer mit der Verleihfirma einen Einsatzvertrag unterzeichnet hat und damit ein Aufenthaltsrecht als Erwerbstätiger erwarb. Unbestritten ist auch, dass der Einsatzvertrag gemäss Akten eine unbefristete Einsatzdauer vorgesehen hat und dass auch die Verleihfirma als Arbeitgeberin im Gesuch um Ausländerbewilligung die Dauer des Arbeitsverhältnisses/Aufenthaltes als unbeschränkt markierte (Vi-act. II-02 62). Andererseits wurde um eine Kurzaufenthaltsbewilligung ersucht.

Wie sich aus den obstehenden Erwägungen ergibt, ist aber letztlich weder das Gesuch noch die ausgestellte, deklarative Bewilligung mass-

gebend, sondern die effektive erstmalige Gültigkeit des Einsatzes. Diese wiederum leitet sich nicht aus dem Einsatzvertrag zwischen dem Beschwerdeführer und der Personalverleihfirma ab, sondern aus dem Vertrag resp. der Abmachung zwischen der Personalverleihfirma und dem Einsatzbetrieb, vorliegend der S. AG, K. War ein Einsatz des Beschwerdeführers als Kranführer A/B/A. Bau-Facharbeiter von mindestens einem Jahr vereinbart und auch realistisch, so war dies konstitutiv für ein Aufenthaltsrecht von mindestens fünfjähriger Dauer. War kein mindestens jähriger Einsatz geplant, so erlangte der Beschwerdeführer den Status eines Kurzaufenthalters.

(4.2 Rückweisung zur weiteren Abklärung).
(VGE III 2016 87 vom 28. Juli 2016).

16. ZGB und EG ZGB

16.1 Vertretungsbefugnis für die Zeit nach Eintritt der Urteilsunfähigkeit (Art. 35 OR/Art. 405 OR im Verhältnis zu einem geplanten Vorsorgeauftrag nach Art. 360 ZGB)?

- *In casu ist die erwachsenenschutzrechtliche Massnahme nicht zu beanstanden, da Vollmachtsgeber nicht in der Lage war, Bevollmächtigte zu kontrollieren.*

Aus den Erwägungen:

2.1.1 Eine handlungsfähige Person kann eine natürliche oder juristische Person beauftragen, im Fall ihrer Urteilsunfähigkeit die Personensorge oder die Vermögenssorge zu übernehmen oder sie im Rechtsverkehr zu vertreten (Art. 360 Abs. 1 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches [ZGB; SR 210] vom 10. Dezember 1907).

2.1.2 Sie muss die Aufgaben, die sie der beauftragten Person übertragen will, umschreiben und kann Weisungen für die Erfüllung der Aufgaben erteilen (Art. 360 Abs. 2 ZGB).

2.1.3 Der Vorsorgeauftrag ist eigenhändig zu errichten oder öffentlich zu beurkunden (Art. 361 ZGB).

B 16.1

2.2.1 Die behördlichen Massnahmen des Erwachsenenschutzes stellen das Wohl und den Schutz hilfsbedürftiger Personen sicher (Art. 388 Abs. 1 ZGB). Sie sollen die Selbstbestimmung der betroffenen Person so weit wie möglich erhalten und fördern (Art. 388 Abs. 2 ZGB).

2.2.2 Die Erwachsenenschutzbehörde ordnet eine Massnahme an, wenn die Unterstützung der hilfsbedürftigen Person durch die Familie, andere nahestehende Personen oder private oder öffentliche Dienste nicht ausreicht oder von vornherein als ungenügend erscheint (Art. 389 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB) und wenn bei Urteilsunfähigkeit der hilfsbedürftigen Person keine oder keine ausreichende eigene Vorsorge getroffen worden ist und die Massnahmen von Gesetzes wegen nicht genügen (Art. 389 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB). Nach Art. 389 Abs. 3 ZGB muss jede behördliche Massnahme erforderlich und geeignet sein.

2.2.3 Die Erwachsenenschutzbehörde errichtet nach Art. 390 Abs. 1 ZGB eine Beistandschaft, wenn eine volljährige Person wegen einer geistigen Behinderung, einer psychischen Störung oder eines ähnlichen in der Person liegenden Schwächezustands ihre Angelegenheiten nur teilweise oder gar nicht besorgen kann (Ziffer 1) oder wenn sie wegen vorübergehender Urteilsunfähigkeit oder Abwesenheit in Angelegenheiten, die erledigt werden müssen, weder selber handeln kann noch eine zur Stellvertretung berechnete Person bezeichnet hat (Ziffer 2). Eine Vertretungsbeistandschaft wird errichtet, wenn die hilfsbedürftige Person bestimmte Angelegenheiten nicht erledigen kann und deshalb vertreten werden muss (Art. 394 Abs. 1 ZGB).

2.2.4 Nach Art. 381 Abs. 1 ZGB, welcher zum zweiten Unterabschnitt „Vertretung bei medizinischen Massnahmen“ gehört, errichtet die Erwachsenenschutzbehörde eine Vertretungsbeistandschaft, wenn keine vertretungsberechtigte Person vorhanden ist oder das Vertretungsrecht ausüben will. Sie bestimmt nach Art. 381 Abs. 2 ZGB die vertretungsberechtigte Person oder errichtet eine Vertretungsbeistandschaft, wenn unklar ist, wer vertretungsberechtigt ist (Art. 381 Abs. 2 Ziff. 1 ZGB), wenn die vertretungsberechtigten Personen unterschiedliche Auffassungen haben (Art. 381 Abs. 2 Ziff. 2 ZGB) oder wenn die Interessen der urteilsunfähigen Person gefährdet oder nicht mehr gewahrt sind (Art. 381 Abs. 2 Ziff. 3 ZGB).

2.3.1 Nach Art. 35 Abs. 1 des Obligationenrechts (OR; SR 220) vom 30. März 1911 erlischt die durch Rechtsgeschäft erteilte Ermächtigung,

sofern nicht das Gegenteil bestimmt ist oder aus der Natur des Geschäfts hervorgeht, mit dem Verlust der entsprechenden Handlungsfähigkeit, dem Konkurs, dem Tod oder der Verschollenerklärung des Vollmachtgebers oder des Bevollmächtigten.

2.3.2 Der Auftrag erlischt, sofern nicht das Gegenteil vereinbart ist oder aus der Natur des Geschäfts hervorgeht, mit dem Verlust der entsprechenden Handlungsfähigkeit, dem Konkurs, dem Tod oder der Verschollenerklärung des Auftraggebers oder des Beauftragten (Art. 405 Abs. 1 OR).

2.3.3 Wird der Auftraggeber voraussichtlich dauernd urteilsunfähig, so muss der Beauftragte die Erwachsenenschutzbehörde am Wohnsitz des Auftraggebers benachrichtigen, wenn eine solche Meldung zur Interessenwahrung angezeigt erscheint (Art. 397a OR).

3.1 Im vorliegenden Fall ist aktenkundig, dass der Beschwerdeführer Ziffer 1 verschiedene Vollmachten erteilt hat. Nebst den Vollmachten für seinen Treuhänder vom ... 2011 und vom ... 2014 hat er am ... 2015 vier Rechtsanwaltspersonen einer ... Anwaltskanzlei als Generalbevollmächtigte für „Allgemeine Vertretung, Bankinstitute, Versicherungen, Finanzdienstleister usw.“ beauftragt, wobei im vorgedruckten Vollmachtstext festgehalten wurde, dass diese Vollmacht nicht mit dem Ableben oder dem Verlust der Handlungsfähigkeit erlöschen solle (...). Sodann ist aktenkundig, dass der Beschwerdeführer Ziffer 1 am ... 2009 eine Patientenverfügung der Vereinigung ... unterzeichnet und darin drei ihm (damals) nahestehende Personen bevollmächtigt hat, seiner Willensäusserung Nachachtung zu verschaffen (...).

3.2 Glaubhaft ist, dass der Beschwerdeführer Ziffer 1 den Beschwerdeführer Ziffer 2 beauftragt hatte, einen Vorsorgeauftrag im Sinne von Art. 360 ZGB vorzubereiten (vgl. Beschwerdeschrift ...). Allerdings kam es nicht soweit, dass er einen nach Massgabe von Art. 361 ZGB formgültigen Vorsorgeauftrag errichtet hat, denn weder hat er einen solchen Vorsorgeauftrag eigenhändig niedergeschrieben noch liess er einen solchen Vorsorgeauftrag öffentlich beurkunden.

3.3 Nachdem der Beschwerdeführer Ziffer 1 am ... 2015 im Ausland ein Schädelhirntrauma erlitten hat, war er nach der Aktenlage offenkundig weder handlungs- noch urteilsfähig (vgl. ...). Dies wird auch in der Beschwerdeschrift (...) bestätigt.

B 16.1

3.4.1 Aktenkundig ist des Weiteren, dass im Verlaufe der medizinischen Behandlung nach der Repatriierung des Beschwerdeführers Ziffer 1 es zu Meinungsverschiedenheiten kam, wer welche Befugnisse aufweise. Fakt ist, dass das Spital X die vom Beschwerdeführer Ziffer 2 vorgelegte Generalvollmacht vom ... 2015 für eine Vertretung in medizinischen Angelegenheiten nicht akzeptierte und sich stattdessen an den in der Patientenverfügung aufgeführten (ehemaligen) Hausarzt ... wandte (vgl. ...). Trotz dieser Divergenzen und der Tatsache, wonach das Spital X die erwähnte Vollmacht des Beschwerdeführers Ziffer 2 für den Beschwerdeführer Ziffer 1 nicht akzeptierte, sah sich der (rechtskundige) Beschwerdeführer Ziffer 2 nicht veranlasst, die zuständige Erwachsenenschutzbehörde im Sinne von Art. 397a OR zu benachrichtigen.

3.4.2 Eine solche Benachrichtigung erfolgte durch die zuständigen Fachpersonen (eines Rehabilitationszentrums), welchen unklar war, wer hinsichtlich des Beschwerdeführers Ziffer 1 für welche Entscheide zuständig sei, weshalb eine Gefährdungsmeldung an die zuständige Erwachsenenschutzbehörde erfolgte (vgl. ...). Im Rahmen einer Besprechung vom 10. Mai 2016 vor Ort machten die Verantwortlichen (des Rehabilitationszentrums) gegenüber der Delegation der Vorinstanz sinngemäss geltend, dass die Suche nach einer Anschlusslösung erschwert bzw. teilweise blockiert worden sei „durch die verschiedenen involvierten Leute, die zum Teil unklare Interessen hätten“ (vgl. ...).

3.5.1 Zum involvierten Umfeld des Beschwerdeführers Ziffer 1 gehören abgesehen vom Beschwerdeführer Ziffer 2 nach der Aktenlage:

- der Treuhänder D. (vgl. zit. Vollmachten),
- S. (in ...-Patientenverfügung aufgeführt),
- Dr. med. M. (in E...-Patientenverfügung aufgeführt),
- A. (Halb-Schwester des Bf-Ziff. 1, ...),
- B. (“Göttibub”, vgl. ...),
- K. (ehemalig. Mitarbeiter des Bf-Ziff. 1, ...),
- U. (ehemalig. Mitarbeiter ...),
- L. (in ...-Patientenverfügung aufgeführt).

3.5.2 Die Sachdarstellung in der Replik (S. 3), wonach es im Umfeld des Beschwerdeführers Ziffer 1 keine unterschiedlichen Interessenlagen gebe, widerspricht der Aktenlage. Den vorinstanzlichen Akten sind Anhaltspunkte zu entnehmen, wonach im Umfeld des Beschwerdeführers Ziffer 1 mehrfach unterschiedliche Auffassungen und Standpunkte auf-

traten, welche zu unklaren Situationen führten (vgl. ...). Bei dieser Sachlage ist ein Klärungsbedarf offensichtlich gegeben.

3.6 Mit Schreiben vom 1. Juni 2016 und damit kurz vor Erlass des angefochtenen Beschlusses der Vorinstanz hat der Beschwerdeführer Ziffer 2 gegenüber der Vorinstanz vorbehaltlos seine Bereitschaft bekundet, „die Pflichten und die Aufgaben/Kompetenzen eines Beistandes des ... (= Bf-Ziffer 1) ab formeller Ernennung durch Sie wahrzunehmen“ (vgl. ...). In diesem Schreiben hat der hauptberuflich als Anwalt tätige Beschwerdeführer Ziffer 2 auch nicht ansatzweise geltend gemacht, dass eine Beistandschaft aufgrund der erwähnten Generalvollmacht vom ... 2015 unnötig sei (eine solche Haltung wurde sinngemäss mit Schreiben vom 23. Juni 2016 und damit nach Erlass des angefochtenen Beschlusses vorgebracht, vgl. ...). Nach der konkreten Aktenlage ist es nicht auszuschliessen, dass der Meinungsumschwung des Beschwerdeführers Ziffer 2 grundsätzlich auf die im Telefongespräch vom 8. Juni 2016 von der betreffenden Mitarbeiterin der Vorinstanz erläuterte Mandatsentschädigungsregelung zurückzuführen ist (welche auf einem wesentlich tieferen Stundenansatz basiert als der bislang vom Beschwerdeführer Ziffer 2 in Rechnung gestellte Stundenansatz, vgl. ...).

4. Eine gerichtliche Würdigung dieser dargelegten Angaben und Umstände führt zu den nachfolgenden Ergebnissen.

4.1 Als Ausgangslage ist festzuhalten, dass der Beschwerdeführer Ziffer 1 mit der Vollmacht vom ... 2015 grundsätzlich nicht beabsichtigt hat, die für ihn geltenden Verhältnisse *für die Zeit nach dem Eintritt der Urteilsunfähigkeit zu regeln*, denn es verhält sich unbestrittenermassen so, dass der Beschwerdeführer Ziffer 1 die Absicht hatte, im Januar 2016 einen Vorsorgeauftrag im Sinne von Art. 360 ZGB zu errichten (vgl. Beschwerdeschrift ...). In einem solchen Vorsorgeauftrag wären die Aufgaben nach Massgabe von Art. 360 Abs. 2 ZGB näher zu umschreiben gewesen. Solche substantiierte Vorgaben des Beschwerdeführers Ziffer 1 (welche nach den konkreten Umständen namentlich auch für denjenigen Bereich zu erwarten gewesen wären, welcher das Verhältnis zu den Personen im Umfeld und deren allfällige Ansprüche betrifft, vgl. z.B. ... betreffend „closest friend B.“) liegen nicht vor. Der Umstand, wonach demnächst die Errichtung eines formgültigen Vorsorgeauftrages geplant war, spricht für die Annahme, wonach der Beschwerdeführer Ziffer 1 der Überzeugung war, dass die bisherige Vollmacht vom ... 2015

B 16.1

nicht ausreiche für die Zeit nach dem Eintritt einer allfälligen Urteilsunfähigkeit.

4.2 Für dieses dargelegte Zwischenergebnis spricht aber auch, dass die Vollmacht vom ... 2015 nicht auf eine einzelne, sondern auf insgesamt vier Rechtsanwaltspersonen ausgestellt wurde, wobei dieser vorgedruckten Anwaltsvollmacht keine Prioritätsregelung zu entnehmen ist. Dass der Beschwerdeführer Ziffer 1 mit der Unterzeichnung dieser Anwaltsvollmacht den Willen bekundete, diese vier Anwaltspersonen sollten befugt sein, auch für die Zeit nach dem Eintritt der Urteilsunfähigkeit alles für ihn zu regeln, ist fraglich, zumal nicht ersichtlich ist, ob und wie der Beschwerdeführer Ziffer 1 alle vier Anwaltspersonen instruiert hat. Vielmehr ist nach den Umständen davon auszugehen, dass diese Vollmacht vom ... 2015 darauf fokussiert war, dass der Beschwerdeführer Ziffer 1 regelmässig in ... lebte und für seine Auslandsabwesenheiten einen Rechtsvertreter in der Schweiz benötigte, welchen er indessen jeweils periodisch kontrollieren und nach Bedarf mit zusätzlichen Instruktionen versehen konnte. Eine solche periodische Kontrolle (mit zusätzlichen Instruktionen nach Bedarf) ist seit dem Eintritt der Urteilsunfähigkeit (... 2015) offenkundig nicht mehr möglich.

4.3 In Anbetracht der ...-Patientenverfügung vom ... 2009, welche noch vor Inkrafttreten des neuen Erwachsenenschutzrechts per 1. Januar 2013 (Art. 370 ff. ZGB) unterzeichnet wurde, und der erwähnten Vollmacht vom ... 2015, welche keinen Bezug auf medizinische Massnahmen nimmt, sowie unter Berücksichtigung der aktenkundigen Schwierigkeiten des Beschwerdeführers Ziffer 2 namentlich bei der medizinischen Behandlung im Spital X (und alsdann im Rehabilitationszentrum ...) hat die Vorinstanz nach Erhalt der Gefährdungsmeldung (19. April 2016) zu Recht für den Bereich der Personensorge eine Beistandschaft mit entsprechendem Aufgabekatalog angeordnet. Diesbezüglich war ein Bedarf zur Klärung durch die zuständige Erwachsenenschutzbehörde nach der Aktenlage eindeutig gegeben. Dies wird in der vorliegenden Beschwerde konkludent durch die Ausführungen im Eventualstandpunkt anerkannt. Anzuführen ist, dass für die Beurteilung der Begründetheit der Massnahme grundsätzlich die Verhältnisse im Beschlusszeitpunkt massgebend sind (und mithin der später eingetretene Todesfall hier nicht von Belang ist).

4.4 Schwieriger zu beantworten ist die Fragestellung, ob es rechtens war, dass die Vorinstanz auch für die Vermögenssorge eine Beistand-

schaft angeordnet hat. Dabei ist nicht streitig, dass der Beschwerdeführer Ziffer 1 im Beschlusszeitpunkt weder handlungs- noch urteilsfähig war. In diesem Sinne war der Beschwerdeführer Ziffer 1 im Beschlusszeitpunkt (... 2016) offenkundig nicht in der Lage, die Handlungen der am ... 2015 bevollmächtigten Personen auch nur ansatzweise zu kontrollieren. Ob bei dieser Sachlage dennoch die Weitergeltungsklausel (Art. 35 OR/Art. 405 OR, siehe Erw. 2.3.1 und 2.3.2) gültig bleiben würde, ist jedenfalls im konkreten Fall (mit vier verschiedenen Bevollmächtigten und der dokumentierten Absicht, demnächst einen formgültigen Vorsorgeauftrag im Sinne von Art. 360 ZGB mit näheren Instruktionen zu errichten) mit der Vorinstanz zu verneinen.

Dazu hat die Vorinstanz überzeugend auf den (altrechtlichen) Entscheid 5A_67/2008 und 5A_71/2008 vom 22. Mai 2008 (publ. in BGE 134 III 385 ff.) hingewiesen, wonach eine erwachsenenschutzrechtliche Massnahme nur dann als entbehrlich erscheint, wenn der unterstützungsbedürftige Vollmachtgeber grundsätzlich in der Lage ist, die von ihm eingesetzten Personen wenigstens ansatzweise zu kontrollieren. Nach den konkreten Umständen ist nicht davon auszugehen, dass es dem Willen des Beschwerdeführers Ziffer 1 entspricht bzw. entsprach, den in der Vollmacht vom ... 2015 aufgeführten vier Anwaltspersonen anheimzustellen, nach Eintritt einer Urteilsunfähigkeit darüber zu befinden, ob beispielsweise „B.“ als „closest friend“ keine finanziellen Mittel aus seinem beträchtlichen Vermögen mehr erhalten solle, und zwar auch nicht für eine Reise (vom Ausland) in die Schweiz, um ihn im Spital zu besuchen und dergleichen (vgl. dazu ...). Nachdem die Vorinstanz via die Gefährdungsmeldung des Rehabilitationszentrums (...) Kenntnis von der eingetretenen Urteilsunfähigkeit des Beschwerdeführers Ziffer 1 erhalten und die konkreten Verhältnisse zu Recht näher abgeklärt hat, ist es im Lichte aller dargelegten Aspekte in diesem konkreten Fall nicht zu beanstanden, dass sie nebst der Personensorge auch den Bereich der Vermögenssorge in die getroffene erwachsenenschutzrechtliche Massnahme einbezogen hat. Dabei hat die Vorinstanz dem Grundsatz der Subsidiarität und der Komplementarität behördlicher Massnahmen im konkreten Fall dadurch hinreichend Rechnung getragen, als die bisherige Vertretungsstruktur weitgehend übernommen und in die gesamte Regelung integriert wurde (vgl. auch Stephanie Hrubesch-Millauer/Martina Jaussi, Instrumente der Vermögenssorge – das Verhältnis des Vorsorgeauftrags zum einfachen Auftrag und zur Vollmacht, in: AJP 10/2014, S. 1281 ff., v.a. S. 1296 in fine).

B 16.2

5. Aus all diesen Gründen erweist sich die Beschwerde als unbegründet, weshalb sie abgewiesen wird.

(VGE III 2016 141 vom 21. Dezember 2016).

16.2 Mandatsentschädigung

- *Eigene Anwaltskosten (des privaten Beistandes) für Rechtsmittelverfahren um Zusprechung einer höheren Mandatsentschädigung dürfen nicht der verbeiständeten Person weiterverrechnet werden.*

Aus den Erwägungen:

1.2 Nach Art. 404 Abs. 1 Satz 1 des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs (ZGB; SR 210) vom 10. Dezember 1907 hat der Beistand oder die Beiständin Anspruch auf eine angemessene Entschädigung und auf Ersatz der notwendigen Spesen aus dem Vermögen der betroffenen Person. Die Behörde 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).

1.3 Gemäss Art. 404 Abs. 3 ZGB erlassen die Kantone Ausführungsbestimmungen und regeln die Entschädigung sowie den Spesenersatz, wenn diese nicht aus dem Vermögen der betroffenen Person bezahlt werden können. Im kantonalen Recht hat der Gesetzgeber in § 31 des Einführungsgesetzes zum ZGB (EGzZGB, SRSZ 210.100) vom 14. September 1978 normiert, dass der Beistand Anspruch auf Entschädigung und Spesenersatz nach Massgabe von Art. 404 Abs. 1 und 2 ZGB hat. Ist kein Vermögen vorhanden, trägt der Kanton die Entschädigung und den Spesenersatz (§ 31 Abs. 2 EGzZGB). Der Regierungsrat erlässt dazu weitere Ausführungsbestimmungen (§ 31 Abs. 3 EGzZGB). Von dieser Kompetenz hat der Regierungsrat in der Vollzugsverordnung zum Kindes- und Erwachsenenschutzrecht (VVzKESR, SRSZ 211.311) vom 18. Dezember 2012 Gebrauch gemacht und in § 16 Abs. 1 festgehalten, dass 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 erhält. Bei ausgewiesenem ausserordentlichem Aufwand kann die Entschädigung erhöht werden (§ 16 Abs. 2 VVzKESR). Verlangt die Massnahme den Einsatz einer privaten Fachperson, kann diese nach dem entsprechenden

Berufstarif oder nach den üblichen Ansätzen mit einem Abzug von 20 Prozent entschädigt werden (§ 16 Abs. 3 VVzKESR).

(...).

2.3 Bei den vom Beschwerdeführer geltend gemachten (sowie von der Vorinstanz nicht genehmigten) Barauslagen von Fr. ... für „ungedeckte Anwaltskosten i.S. Anfechtung Nichtgenehmigung Honorarnote“ fallen zunächst folgende Aspekte auf. Die vom Beschwerdeführer für das Verwaltungsgerichtsbeschwerdeverfahren III 2014 58 beigezogene Anwaltsperson reichte dem Gericht eine Honorarrechnung (von über Fr. 5'000.--) ein. Diese Honorarrechnung wurde vom Gericht geprüft und bildete Ausgangspunkt für die im Entscheid III 2014 58 vom 17. Juni 2014 zugesprochene Parteientschädigung von Fr. 2'680.--. In Erwägung 3.4 dieses Entscheides wurde der Umstand, wonach weniger als die Hälfte der eingereichten Honorarforderung berücksichtigt wurde, insbesondere damit begründet, dass der geltend gemachte Zeitaufwand von (über 20) Stunden in Anbetracht der einfachen Streitfrage (Angemessenheit einer Mandatsentschädigung) als eindeutig zu hoch beurteilt wurde, zumal der Mandatsträger bereits bei der Erstellung der Rechnung für die Mandatstätigkeit grundsätzlich alle relevanten Elemente zusammenzutragen hatte. Zieht man die vom Verwaltungsgericht zugesprochene Parteientschädigung von Fr. 2'680.-- von der Honorarrechnung des vom Beschwerdeführer beigezogenen Kollegen ab, verbleibt ein Restbetrag von Fr. ... Wie der Beschwerdeführer in seiner Abrechnung vom 16. Oktober 2014 dazu kommen konnte, bei einer Honorarrechnung (von über Fr. 5'000.--) und einer gewährten Parteientschädigung von Fr. 2'680.-- der verbeiständeten Person insgesamt über Fr. 4'000.-- als „ungedeckte Anwaltskosten i.S. Anfechtung Nichtgenehmigung Honorarnote“ in Rechnung zu stellen, bleibt unerfindlich. Jedenfalls hat der Beschwerdeführer diesbezüglich keine plausible Erklärung vorgebracht.

2.4 Zudem wäre es dem Beschwerdeführer offen gestanden, wenn er die ihm im Verfahren III 2014 58 zugesprochene Parteientschädigung als zu tief erachtet hätte, die Höhe der Parteientschädigung beim Bundesgericht anzufechten. Daraus, dass er damals auf einen Weiterzug verzichtet und die Höhe der Parteientschädigung akzeptiert hat, kann er hier nichts zu seinen Gunsten ableiten. Insbesondere hat er in dieser Konstellation grundsätzlich keinen Anspruch darauf, sich bei der verbeiständeten Person mit den geltend gemachten (über Fr. 4'000.--) schadlos zu halten.

(VGE III 2015 204 vom 18. Februar 2016).

B 16.3

16.3 Auswahl zwischen möglichen Beistandspersonen

- *Streitigkeiten/Differenzen innerhalb einer Familie sprechen für eine externe Beistandslösung.*

Aus den Erwägungen:

2.1 Nach Art. 388 Abs. 1 des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs (ZGB; SR 210) vom 10. Dezember 1907 stellen die behördlichen Massnahmen des Erwachsenenschutzes das Wohl und den Schutz hilfsbedürftiger Personen sicher. Sie sollen die Selbstbestimmung der betroffenen Person so weit wie möglich erhalten und fördern (Art. 388 Abs. 2 ZGB). Gemäss Art. 389 ZGB ordnet die Erwachsenenschutzbehörde eine Massnahme u.a. an, wenn die Unterstützung der hilfsbedürftigen Person durch die Familie, andere nahestehende Personen oder private oder öffentliche Dienste nicht ausreicht oder von vornherein als ungenügend erscheint (Ziffer 1). Jede behördliche Massnahme muss erforderlich und geeignet sein (Art. 389 Abs. 2 ZGB).

2.2 Nach Art. 390 Abs. 1 ZGB errichtet die Erwachsenenschutzbehörde eine Beistandschaft, wenn eine volljährige Person:

1. wegen einer geistigen Behinderung, einer psychischen Störung oder eines ähnlichen in der Person liegenden Schwächezustands ihre Angelegenheiten nur teilweise oder gar nicht besorgen kann;
2. wegen vorübergehender Urteilsunfähigkeit oder Abwesenheit in Angelegenheiten, die erledigt werden müssen, weder selber handeln kann noch eine zur Stellvertretung berechtigte Person bezeichnet hat.

Die Belastung und der Schutz von Angehörigen und Dritten sind zu berücksichtigen (Art. 390 Abs. 2 ZGB). Die Beistandschaft wird auf Antrag der betroffenen Person oder einer nahestehenden Person oder von Amtes wegen errichtet (Art. 390 Abs. 3 ZGB).

2.3 Eine Vertretungsbeistandschaft wird errichtet, wenn die hilfsbedürftige Person bestimmte Angelegenheiten nicht erledigen kann und deshalb vertreten werden muss (Art. 394 Abs. 1 ZGB). Errichtet die Erwachsenenschutzbehörde eine Vertretungsbeistandschaft für die Vermögensverwaltung, so bestimmt sie die Vermögenswerte, die vom Beistand

oder von der Beiständin verwaltet werden sollen. Sie kann Teile des Einkommens oder das gesamte Einkommen, Teile des Vermögens oder das gesamte Vermögen oder das gesamte Einkommen und Vermögen unter die Verwaltung stellen (Art. 395 Abs. 1 ZGB).

2.4 Damit eine Beistandschaft errichtet werden kann, muss ein Schwächezustand vorliegen, der diese Massnahme für die Interessenwahrung und den Schutz der hilfsbedürftigen Person als angezeigt erscheinen lässt. Ein solcher, in der Person liegender Schwächezustand allein genügt für die Anordnung einer Beistandschaft noch nicht. Vielmehr braucht es als soziale Voraussetzung zusätzlich stets ein daraus resultierendes teilweises oder gänzlichliches Unvermögen, die eigenen Angelegenheiten hinreichend zu besorgen bzw. entsprechende Vollmachten zu erteilen (vgl. Helmut Henkel, in Basler Kommentar zum ZGB, N 2 zu Art. 390 ZGB). Als Voraussetzung für die Anordnung behördlicher Massnahmen müssen Schwächezustand und Unvermögen (als soziale Voraussetzung) zusammen eine relevante Gefährdung des Wohls der betroffenen Person bewirken, zu deren Behebung ein Eingreifen der Erwachsenenschutzbehörde auch unter den Aspekten Selbstbestimmung (Art. 388 Abs. 2 ZGB), Subsidiarität und Verhältnismässigkeit (Art. 389 ZGB) unumgänglich erscheint. Schwächezustand und Unvermögen können auch lediglich punktueller Natur sein (vgl. Henkel, a.a.O., N 4 zu Art. 390 ZGB).

2.5 Nach Art. 399 Abs. 2 ZGB hebt die Erwachsenenschutzbehörde eine Beistandschaft auf Antrag der betroffenen oder einer nahestehenden Person oder von Amtes wegen auf, sobald für die Fortdauer kein Grund mehr besteht.

2.6 Im konkreten Fall hat der Beschwerdeführer mit der seine Mutter betreffenden Gefährdungsmeldung vom 13. Mai 2014 selber bewirkt, dass die Vorinstanz aktiv wurde und näher abgeklärt hat, ob und inwiefern für die allein lebende Mutter des Beschwerdeführers eine bestimmte erwachsenenschutzrechtliche Massnahme anzuordnen war. Diese Abklärungen, bei welchen auch der Hausarzt massgeblich einbezogen wurde, welcher damals eine leichtgradige Demenz vom Alzheimerstyp diagnostizierte, ergaben zusammengefasst, dass das Vorliegen eines Schwächezustandes im Sinne des Gesetzes bejaht wurde und dementsprechend die am 27. Januar 2015 angeordnete erwachsenenschutzrechtliche Massnahme als notwendig erachtet wurde. Inwiefern eine solche erwachsenenschutzrechtliche Massnahme bei der erwähnten, im Zeitpunkt der

B 16.3

Beschwerdeerhebung 86-jährigen Person nicht mehr nötig sein sollte, wurde vom Beschwerdeführer vor Gericht nicht substantiiert dargelegt. Anhaltspunkte für die Annahme, wonach sich der im Beschlusszeitpunkt (27. Januar 2015) festgestellte Schwächezustand zwischenzeitlich in relevanter Weise verändert bzw. verbessert habe, sind auch nicht ansatzweise ersichtlich. Dies gilt erst recht, als der Hausarzt in einem Bericht vom 21. April 2016 an die Vorinstanz ausführte, „dass die Demenz fortschreitend ist“. Bei dieser Sachlage ist das Rechtsbegehren Ziffer 1 des Beschwerdeführers, wonach dem Gesuch um Aufhebung der erwähnten Vertretungsbeistandschaft stattzugeben sei, als unbegründet abzuweisen.

(Erw. 3.1 bis Erw. 3.5 siehe EGV-SZ 2015 B 16.5, Erw. 4.2.1 bis 4.2.5).

3.6 Sodann ist grundsätzlich festzuhalten, dass der Vorinstanz bei der Bewältigung ihrer Arbeit und Erfüllung ihrer verschiedenen Aufgaben ein gewisser Entscheidungsspielraum zusteht, welcher sowohl bei der Vorgehensweise, als auch bei der Beschlussfassung Anwendung findet. Dieser vorinstanzliche Entscheidungsspielraum ist im konkreten Fall nicht verletzt worden, wie die nachfolgenden Ausführungen belegen.

4.1 Vorab ist festzuhalten, dass die betroffene Person (Mutter des Beschwerdeführers) vor Erlass des angefochtenen Beschlusses am 12. April 2016 von einem Behördenmitglied angehört wurde. Dabei war sie nicht in der Lage, sich zum vom Beschwerdeführer beantragten Mandatswechsel konstruktiv zu äussern. Der Nachbar, welcher die Mutter des Beschwerdeführers praktisch täglich unterstützt, bestätigte, dass die Zusammenarbeit zwischen ihm und der Beiständin gut funktioniere. Es besteht kein Anlass, an dieser Sachdarstellung zu zweifeln, zumal in der Beschwerdeschrift (S. 2, Ziff. 3.1) die Hilfe dieses Nachbarn positiv gewürdigt wurde.

4.2.1 Der Beschwerdeführer kritisiert hinsichtlich der aktuellen Beistandslösung, es fehle „jegliche Orientierung, Anhörung und Miteinbezug“. Das rechtliche Gehör werde fundamental missachtet (vgl. Beschwerdeschrift, S. 1, Ziff. 2.2).

4.2.2 Diese Kritik ist aus folgenden Gründen nicht zu hören. Nachdem der Beschwerdeführer in seiner Eingabe vom 11. Februar 2016 geltend gemacht hatte, dass er die Beistandschaft für seine Mutter umgehend übernehmen werde, nahm die Vorinstanz zu Recht weitere Abklärungen

vor, welche namentlich Auskünfte der bisherigen Beiständin, der Schwester des Beschwerdeführers, des Hausarztes und des Nachbarn der verbeiständeten Person umfassten. Im Zuge dieser Abklärungen orientierte die Vorinstanz den Beschwerdeführer mündlich im Rahmen einer telefonischen Unterredung vom 14. April 2016 und gleichentags schriftlich u.a. darüber, dass die Schwester Einwände gegen ihn als Beistand erhoben habe. Die Vorinstanz gab dem Beschwerdeführer ausdrücklich die Möglichkeit, sich dazu zu äussern. Innert der angesetzten Frist liess sich der Beschwerdeführer mit keinem Wort vernehmen. Bei dieser Sachlage hat es der Beschwerdeführer selber zu vertreten, dass er von dem ihm gewährten rechtlichen Gehör keinen Gebrauch machte. Nicht zu überzeugen vermag in diesem Zusammenhang die Argumentation in der Beschwerdeschrift (S. 3 oben), dass er „aufgrund dieser voreingenommenen Meinung und dem bereits feststehendem Beschluss der KESB“ sich nicht geäussert habe. Zu seinen Ungunsten ist zu berücksichtigen, dass er bislang zum Argument der Vorinstanz, wonach seine Schwester Einwände gegen ihn als Beistand habe, weder ansatzweise noch substantiiert Stellung genommen hat.

4.2.3 Diese familiäre Konstellation (mit Einwänden der Tochter der betroffenen Person gegen die Einsetzung ihres Bruders als Vertretungsbeistand) spricht eindeutig gegen das Begehren des Beschwerdeführers, dass er selber als Mandatsträger zu bestimmen sei. Abgesehen davon sind den vorliegenden Akten Anhaltspunkte zu entnehmen, wonach das Verhältnis zwischen dem Beschwerdeführer und seiner Mutter mindestens teilweise als schwierig beurteilt wird bzw. wurde. Hinzu kommt die Distanz zwischen dem Wohnsitz des Beschwerdeführers (Gemeinde in einem anderen Kanton, welcher nicht an den Kanton Schwyz angrenzt) und dem Wohnsitz seiner Mutter (Gemeinde ... SZ). Gewisse Zweifel an der Eignung werden auch durch folgende Umstände dokumentiert: Zum einen hat der Beschwerdeführer auf das ihm von der Vorinstanz vor Erlass des angefochtenen Beschlusses gewährte rechtliche Gehör nicht reagiert. Zum andern hat er die eingeschrieben versandte Postsendung der Vorinstanz vom 19. Mai 2016 bei der Poststelle ... nicht abgeholt (vgl. ...). Des Weiteren hat er nach Erlass des angefochtenen Beschlusses die Arbeit der Beiständin umfassend kritisiert, ohne indessen vor Verwaltungsgericht substantiiert darzulegen, was genau er als eingesetzter Mandatsträger effektiv anders machen würde (siehe auch die Antwort des Beschwerdeführers anlässlich der tel. Unterredung vom 14. April 2016 betr. Zielerreichung).

B 16.4

4.3 Im Lichte all dieser konkreten Umstände (inkl. angesprochene Differenzen zwischen den Geschwistern) ist es – entgegen der Meinung des Beschwerdeführers – nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz sich im angefochtenen Beschluss für die Beibehaltung einer familienexternen Beistandsperson entschieden hat. Daran vermögen die Vorbringen des Beschwerdeführers nichts zu ändern (...). Anzufügen ist, dass die von der Vorinstanz eingesetzte Beistandsperson grundsätzlich der Behörde (und nicht dem Beschwerdeführer) Rechenschaft schuldet, allerdings drängt es sich aus nachvollziehbaren (familiären) Gründen auf, dass auch die Nachkommen regelmässig über relevante Aspekte hinsichtlich der verbeiständeten Person informiert werden.

5. Aus all diesen Gründen erweist sich die Beschwerde, soweit darauf einzutreten ist, als unbegründet.

(VGE III 2016 132 vom 21. Dezember 2016).

16.4 Erwachsenenschutz

- *ZGB (Entbindung von der jährlichen Berichterstattung und Rechnungsablage nach Art. 420 ZGB).*

Aus dem Sachverhalt:

X (Jahrgang 1987, mit Down Syndrom) wurde im Jahr 2005 durch die damals zuständige Vormundschaftsbehörde entmündigt und unter die erstreckte elterliche Sorge ihrer Eltern gestellt. Mit dem Inkrafttreten des neuen Erwachsenenschutzrechts änderte sich diese Massnahme gemäss Art. 14 Abs. 2 Schlusstitel des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs (ZGB; SR 210) vom 10. Dezember 1907 per 1. Januar 2013 in eine umfassende Beistandschaft nach Art. 398 ZGB. Mit Beschluss vom 15. April 2015 hob die zuständige KESB die für X geführte umfassende Beistandschaft auf und ordnete eine Vertretungsbeistandschaft mit Einkommens- und Vermögensverwaltung nach Art. 394 i.V.m. Art. 395 ZGB an. Als Beistände wurden die Eltern in gemeinsamer Amtsführung ernannt und der Aufgabenkatalog wurde näher umschrieben (u.a. Einreichung eines Inventars über die zu verwaltenden Vermögenswerte sowie periodische Berichterstattung und Rechnungsablage). Mit Eingabe vom 25. Oktober 2015 ersuchten die Eltern um Befreiung von der periodischen Rechnungsablage und Berichterstattung, was von der KESB mit Beschluss

vom 10. Februar 2016 abgelehnt wurde. Am 7. März 2016 gelangten die Eltern ans Verwaltungsgericht und beantragten, sie seien von der Pflicht zur periodischen Berichterstattung und Rechnungsablage zu entbinden.

Aus den Erwägungen:

1.1.1 Als Ausgangslage ist festzuhalten, dass die erwachsene Tochter X der Beschwerdeführer unbestrittenermassen auf eine Beistandschaft im Sinne von Art. 394 i.V.m. Art. 395 ZGB angewiesen ist. Die Bereitschaft der Eltern, ihre beeinträchtigte Tochter weiterhin durch die gemeinsame Führung der Beistandschaft zu unterstützen und zu betreuen, verdient grosse Anerkennung. Darauf haben bereits die Mitarbeiterinnen der Vorinstanz bei der gemeinsamen Besprechung (...) zu Recht hingewiesen (...).

1.1.2 Im konkreten Fall ist streitig und zu prüfen, ob die Vorinstanz die von den Beschwerdeführern beantragte Entbindung von der periodischen Berichterstattung und Rechnungsablage (nach Art. 420 ZGB) zu Recht abgelehnt hat (oder nicht).

1.2 Gemäss aArt. 385 Abs. 3 ZGB trat an Stelle der Vormundschaft in der Regel die elterliche Sorge, wenn mündige Kinder entmündigt wurden. Nach Art. 14 Abs. 2 SchlT ZGB wurden Personen, die nach bisherigem Recht entmündigt worden waren, mit Inkrafttreten des neuen Erwachsenenschutzrechts (per 1. Januar 2013) unter umfassende Beistandschaft gestellt. Die Erwachsenenschutzbehörde war von Amtes wegen gehalten, die erforderlichen Anpassungen an das neue Recht so bald wie möglich vorzunehmen. So lange die Behörde im Fall erstreckter elterlicher Sorge nicht anders entschieden hatte, waren die Eltern von der Inventarpflicht, der Pflicht zur periodischen Berichterstattung und Rechnungsablage und der Pflicht, für bestimmte Geschäfte die Zustimmung einzuholen, befreit. Mit Inkrafttreten des neuen Erwachsenenschutzrechts entfiel das Institut der erstreckten elterlichen Sorge. Eltern können unter dem neuen Recht nur noch als Beistand eingesetzt werden und unterstehen damit grundsätzlich denselben Pflichten wie andere Privat- oder Berufsbeistände. Den Eltern kommt jedoch als Angehörige eine Sonderstellung nach Art. 420 ZGB zu (darauf ist nachfolgend zurückzukommen).

B 16.4

1.3.1 Nach Art. 410 Abs. 1 ZGB führt der Beistand oder die Beiständin Rechnung und legt sie der Erwachsenenschutzbehörde in den von ihr angesetzten Zeitabständen, mindestens jedoch alle zwei Jahre, zur Genehmigung vor. Rechnungsführung und Rechnungsablage bilden das „Rückgrat behördlicher Aufsicht über die Führung einer Beistandschaft mit Vermögensverwaltung“ (Affolter, Basler Kommentar zum Erwachsenenschutz, BSK Erw.Schutz, Basel 2012, Art. 410 N 1; Häfeli, Private Mandatsträger (Prima) und Angehörige als Beistand, in: ZKE 2015, S. 210). Mithin handelt es sich dabei um ein wichtiges Instrument des Qualitätsmanagements zur Führung einer Beistandschaft. Grundlage für die Rechnung stellt das gemäss Art. 405 Abs. 2 ZGB erstellte Inventar bzw. nach erster Periode die jeweilig genehmigte Rechnung der Vorperiode dar. Die Rechnung soll über alle Einnahmen und Ausgaben sowie Kapitalveränderungen Aufschluss geben. Der verbeiständeten Person und der Erwachsenenschutzbehörde ist i.d.R. anhand von Originalbelegen nachzuweisen, dass die Bewirtschaftung des Vermögens im Interesse der betreuten Person erfolgt (ist). Insbesondere ist von Bedeutung, ob die vermögensrelevanten Rechtsansprüche (wie z.B. Ergänzungsleistungen, Sozialversicherungsrenten, etc.) geltend gemacht worden sind (vgl. Affolter, a.a.O., Art. 410 N 5 f.).

1.3.2 Nach Art. 411 Abs. 1 ZGB erstattet der Beistand oder die Beiständin der Erwachsenenschutzbehörde einen Bericht über die Lage der betroffenen Person und die Ausübung der Beistandschaft. Dies so oft wie nötig, aber – entsprechend den Vorgaben bei der Rechnungsablage (siehe vorstehend Erw. 1.3.1) – mindestens alle zwei Jahre. Die Berichterstattung ist neben der Rechnungsablage das wesentliche Instrument der Aufsicht über die Mandatsführung (Häfeli, a.a.O., S. 210). Als Standortbestimmung dient sie insbesondere auch der Überprüfung der Massnahme auf ihre Zwecktauglichkeit und Notwendigkeit (Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches [Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kindesrecht] vom 28. Juni 2006, BBl 2006 7001, S. 7054). Die Berichterstattung und die entsprechende Kontrolle (siehe nachfolgend) bilden zusammen ein Steuerungsinstrument, welches der Erwachsenenschutzbehörde sowohl eine Beaufsichtigung als auch eine Überprüfung der Tätigkeit des Mandatsträgers erlaubt (Affolter/Gerber Jenni, BSK Erw.Schutz, Art. 411 N 1; vgl. Botschaft, a.a.O., S. 7054). Der Bericht soll u.a. Auskunft über die persönliche Betreuung, über Auffälligkeiten und Besonderheiten der Rechnung, über die rechtliche Interessenwahrung und über zustimmungsbedürftige Rechtsgeschäfte (Art. 416-418 ZGB) geben (Affolter/Gerber Jenni, a.a.O., Art. 411 N 4).

1.3.3 Die Erwachsenenschutzbehörde prüft die Rechnung, erteilt oder verweigert die Genehmigung und verlangt, wenn nötig, eine Berichtigung (Art. 415 Abs. 1 ZGB). Sie prüft den Bericht und verlangt, wenn nötig, eine Ergänzung (Art. 415 Abs. 2 ZGB). Nötigenfalls trifft sie Massnahmen, welche zur Wahrung der Interessen der verbeiständeten Person angezeigt sind (Art. 415 Abs. 3 ZGB).

1.3.4 Werden der Ehegatte, die eingetragene Partnerin oder der eingetragene Partner, die Eltern, ein Nachkomme, ein Geschwister, die faktische Lebenspartnerin oder der faktische Lebenspartner der betroffenen Person als Beistand oder Beiständin eingesetzt, so kann die Erwachsenenschutzbehörde sie von der Inventarpflicht, der Pflicht zur periodischen Berichterstattung und Rechnungsablage und der Pflicht, für bestimmte Geschäfte die Zustimmung einzuholen, ganz oder teilweise entbinden, wenn die Umstände es rechtfertigen (Art. 420 ZGB).

2.1 Wann es die Umstände rechtfertigen, die oben angeführten Personen von der Pflicht zur periodischen Berichterstattung und Rechnungsablage nach Art. 420 ZGB zu entbinden, hat der Gesetzgeber nicht konkretisiert.

2.2 Aus den Gesetzesmaterialien ist zu entnehmen, dass in einem Vorentwurf vorgesehen war, Ehegatten und Eltern *von Gesetzes wegen* von diesen Pflichten zu befreien. In der Botschaft zur Änderung des Schweiz. Zivilgesetzbuches vom 28. Juni 2006 wurde der Verzicht, eine solche Befreiung von den erwähnten Pflichten im Gesetz festzuschreiben, mit den folgenden Worten kommentiert (vgl. BBl Nr. 36 vom 12. September 2006, S. 7060 oben):

Anders als noch im Vorentwurf werden Ehegatten und Eltern nicht von Gesetzes wegen von diesen Pflichten befreit. Vielmehr bleibt es auch bei ihnen bei einem Ermessensentscheid der Erwachsenenschutzbehörde. Das trägt dem Umstand Rechnung, dass die Gefahr eines Missbrauchs von Abhängigkeitsverhältnissen aufgrund der nahen Beziehung und der fehlenden professionellen Distanz noch grösser sein kann als bei aussenstehenden Mandats-trägern.

Daraus ergibt sich unmissverständlich, dass die (allfällige) „Gefahr eines Missbrauchs“ eindeutig vom Gesetzgeber aufgegriffen und thematisiert wurde (und zwar ganz generell, losgelöst von einem konkreten Einzelfall). Mit anderen Worten besteht die Konzeption des Gesetzgebers zu

B 16.4

Art. 420 ZGB darin, dass der jeweiligen KESB ein erheblicher Ermessensspielraum zusteht in der Fragestellung, ob und inwiefern für Angehörige (eine vollständige oder teilweise) Entbindung von den erwähnten Pflichten zu gewähren ist. Dies steht auch im Einklang mit den Auffassungen diverser Kommentatoren (vgl. Schmid, BSK Erw.Schutz, Art. 420 N 5 f. mit Hinweisen; Christoph Häfeli in: Rosch/Büchler/Jakob, Erwachsenenschutz, 2. Aufl., Basel 2015, Art. 420 N 6 f.; Tuor/Schnyder/Schmid/Jungo, ZGB, 14. Aufl., Zürich 2015, S. 677 § 55 N. 31 mit Hinweis).

2.3 Wenn mithin die Vorinstanz im Kontext mit Art. 420 ZGB die (allfällige) „Gefahr eines Missbrauchs“ angesprochen hat, ist dies nicht als Vorwurf an die Beschwerdeführer zu verstehen (wie dies die Beschwerdeführer sinngemäss vor Gericht geltend machen), sondern es handelt sich dabei um einen vom Gesetzgeber berücksichtigten Aspekt, welcher im Gesetzgebungsverfahren Anlass gab, davon abzusehen, generell beispielsweise Eltern von der Pflicht zur periodischen Berichterstattung (etc.) zu befreien.

3.1 Die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde hat vom Gesetzgeber den Auftrag erhalten, gefährdeten Personen mit einem Schwächezustand – soweit erforderlich – beizustehen und für ihren Schutz zu sorgen. Wieviel Schutz es bedarf und welche Massnahme im Einzelfall geboten ist, lässt sich nicht generell sagen. Die Abgrenzung zwischen „erforderlich/nötig“ und „verzichtbar/entbehrlich“ stellt grundsätzlich eine Gratwanderung dar, welche vielfach nicht einfach ist und von den beteiligten Personen unterschiedlich wahrgenommen werden kann. Was in einer bestimmten Situation „zu viel“ ist, kann in einer anderen Konstellation sich als „zu wenig“ herausstellen. Des Weiteren können sich die Anschauungen verändern, zumal im Verlauf auch neue Erkenntnisse hinzukommen können.

3.2 Abgesehen von der oben angesprochenen generellen „Gefahr eines Missbrauchs“, welche im konkreten Fall grundsätzlich ohne Bedeutung ist (weil die Eltern nach der Aktenlage die beeinträchtigte Tochter – soweit ersichtlich – vorbildlich betreuen), übersehen indessen die Beschwerdeführer insbesondere die nachfolgend dargelegten Aspekte.

3.2.1 Nach den vorliegenden Akten wird der Beschwerdeführer im nächsten Jahr 70-jährig, derweil die Beschwerdeführerin bald 67-jährig ist. Nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge ist es nicht auszuschliessen,

dass die 28-jährige Tochter ihre Eltern überleben wird und deswegen (oder weil eine allfällige Verschlechterung des Gesundheitszustandes der Beistandsperson die Weiterführung des Mandats nicht mehr erlauben sollte) in der Zukunft eine Änderung in der Beistandschaft unausweichlich werden kann.

3.2.2 Ob dannzumal eine familieninterne Nachfolgelösung möglich ist (wie anlässlich der gemeinsamen Besprechung ... unter Hinweis auf die ... Jahre ältere Schwester von X angesprochen wurde ...), ist derzeit ungewiss, denn es kann nicht mit Sicherheit gesagt werden, dass diese Schwester beispielsweise in zehn Jahren in der Lage ist, ein solches Mandat zu übernehmen.

3.2.3 Nachdem es zu den Aufgaben der KESB gehört, beim Ausfall einer Beistandsperson (aus welchen Gründen auch immer) dafür zu sorgen, dass der verbeiständeten Person ohne Unterbruch die benötigte Unterstützung zuteil wird, braucht die KESB ein Minimum an Informationen zu den jeweiligen Beistandschaften. Fehlen solche Informationen, kann die KESB ihren gesetzlichen Auftrag nur ungenügend wahrnehmen. Dies spricht im Ergebnis dafür, dass generell – und auch im vorliegenden Einzelfall – gewisse periodische Informationen zu den verbeiständeten Personen unerlässlich sind.

3.3 Im konkreten Fall hat die Vorinstanz nach dem Erlass des angefochtenen Beschlusses vom 10. Februar 2016 den Beschwerdeführern anlässlich eines gemeinsamen Gesprächs Vereinfachungen bei der Rechnungsablage und der Berichterstattung angeboten. In der vorinstanzlichen Vernehmlassung wurde präzisiert, dass nur noch die detaillierten Kontoauszüge, die EL-Berechnungsblätter und eine Kopie der letzten definitiven Steuerveranlagung der Verbeiständeten eingefordert werden. Sodann wurde bei diesem Gespräch zwischen den Eltern und der Vorinstanz festgehalten, dass hinsichtlich der Berichtsablage „eine kurze Feststellung über die Situation und allfällige Veränderungen betreffend X“ genüge (...). Dieser Vereinfachung ist uneingeschränkt beizupflichten.

3.4 Die von der Vorinstanz dargelegte Umschreibung der (Mindest-)Informationen, welche für eine ordentliche Wahrnehmung der vom Gesetzgeber den Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden zugewiesenen Aufgaben genügen sollte, erweist sich als sinnvoller Lösungsansatz. An dieser Stelle ist zu betonen, dass die von den Beschwerdeführern ge-

B 16.4

wünschte (vollständige) Entbindung von den betreffenden Pflichten hier nicht wegen der (allfälligen) „Gefahr eines Missbrauchs“ ausser Betracht fällt, sondern – nachdem die Beistandspersonen im AHV-Alter sind – zur Gewährleistung einer nahtlosen Beistandslösung für die derzeit 28-jährige, auf ständige Unterstützung angewiesene Person.

3.5 Soweit die Beschwerdeführer bemängeln, dass ungeachtet der erwähnten, von der Vorinstanz gewährten Vereinfachungen ein zusätzlicher Aufwand entstehe, welcher die ohnehin hohe Betreuungsbelastung unnötig erhöhe, ist ihnen entgegenzuhalten, dass das Kopieren von einigen Unterlagen (Bankauszüge, EL-Berechnungsblätter, Veranlagungsverfügung der Steuerbehörden) sowie eine kurze Darstellung von allfälligen Veränderungen grundsätzlich zumutbar ist. Und falls es sich so verhalten sollte, dass sich im Leben von X nichts von Relevanz verändert hat, kann im jeweiligen Kurzbericht auf den letzten Bericht verwiesen werden. Als Kriterium, was als relevant zu gelten hätte, wäre namentlich der Aspekt zu erwähnen, was die Vorinstanz wissen müsste, wenn die Beistandspersonen – beispielsweise wegen Unfall oder Krankheit etc. – unerwartet das bisherige Mandat nicht länger ausüben könnten.

3.6 Am dargelegten Ergebnis, wonach die vorinstanzliche Lösung (mit Verzicht auf eine vollständige Entbindung von den betreffenden Pflichten, indessen mit den erwähnten Vereinfachungen) einer gerichtlichen Überprüfung standhält, vermögen die weiteren Vorbringen der Beschwerdeführer nichts zu ändern. Unbehelflich ist namentlich auch der Verweis der Beschwerdeführer auf die Praxis in anderen Kantonen. (...).

4. Aus all diesen Gründen ist es nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz von den Beistandspersonen periodische Informationen (Bankauszüge, Steuerveranlagung, EL-Berechnungsblätter und Kurzbericht zu Veränderungen) anfordert und deswegen das Gesuch um vollständige Entbindung von Pflichten (gemäss Art. 420 ZGB) abgewiesen hat. In diesem Sinne ist die vorliegende Beschwerde als unbegründet abzuweisen.

5. Auf die Erhebung von Verfahrenskosten wird, obwohl die Beschwerdeführer unterliegen, ausnahmsweise verzichtet. Damit wird zum Ausdruck gebracht, dass die langjährige Unterstützungsarbeit der Eltern – wie eingangs erwähnt – grosse Anerkennung verdient.

(VGE III 2016 53 vom 28. Juni 2016).

C **Regierungsrat**

1. **Gemeindewesen**

1.1 **Form der Beschlussfassung in der Generalversammlung einer Flurgenossenschaft**

- *Zulässigkeit der Verwaltungsbeschwerde beim Regierungsrat gegen Beschlüsse der Generalversammlung von Flurgenossenschaften (Erw. 1).*
- *Für die Ermittlung des Abstimmungsergebnisses in der Generalversammlung der Flurgenossenschaft dürften Stimmen, die vor der Versammlung schriftlich abgegeben worden sind, nicht mitgezählt werden (Erw. 2).*
- *Teilnahme des Versammlungsleiters an den Abstimmungen in der Generalversammlung (Erw. 3.3).*
- *Ausstandspflichten in der Generalversammlung (Erw. 3.4).*
- *Rechte der Mitglieder an den gemeinschaftlichen Anlagen einer Flurgenossenschaft (Erw. 4).*

Aus dem Sachverhalt:

Für die alljährliche Generalversammlung der Flurgenossenschaft Acher vom 26. Juni 2015 war eine Statutenänderung traktandiert, wonach die Acherstrasse sämtlichen Mitgliedern der Flurgenossenschaft als Fuss- und Fahrweg zur Erschliessung ihrer Grundstücke dient und von diesen auch dementsprechend benützt werden darf. Mit Schreiben vom 15. Mai 2015 hat der Präsident der Flurgenossenschaft Acher die Mitglieder über die bevorstehende Statutenänderung informiert. Zusammen mit diesem Schreiben wurde nebst dem Entwurf der angepassten Statuten auch ein „Antwort-Talon“ an sämtliche Mitglieder versandt. Mit diesem „Antwort-Talon“ konnten diejenigen Mitglieder, welche am 26. Juni 2015 verhindert waren, schriftlich über die Statutenänderung abstimmen. Auf dem „Antwort-Talon“ wurde zudem darauf hingewiesen, dass eine Enthaltung als Zustimmung gewertet werde. Bis zum 26. Juni 2015 sind beim Präsidenten zur geplanten Statutenänderung 13 schriftliche Ja-Stimmen eingegangen.

C 1.1

An der Generalversammlung waren 13 Genossenschafter anwesend, denen insgesamt elf Stimmen zukamen. Für die Anpassung der Statuten gingen acht Ja- und drei Nein-Stimmen ein. Der Präsident stellte daraufhin fest, dass zusammen mit den 13 schriftlichen Ja-Stimmen insgesamt 21 Ja-Stimmen zusammengekommen seien. Der Vorstand ging zunächst davon aus, dass damit die für eine Statutenänderung erforderliche 2/3-Mehrheit noch nicht erreicht war. Der Stimmzähler stellte daraufhin den Antrag, dass eine Frist bis 3. Juli 2015 eingeräumt werde, um weitere Stimmen einzuholen. Dieser Antrag wurde von der Versammlung angenommen.

Das Protokoll zur Generalversammlung wurde am 11./12. Juli 2015 sämtlichen Mitgliedern der Flurgenossenschaft zugestellt. Auf dem Zusatzblatt „Ergänzung zu Traktandum 6 Statutenanpassung“ wurde festgehalten, dass für die 2/3-Mehrheit lediglich 20 Stimmen erforderlich seien, weshalb die Statutenänderung bereits an der Generalversammlung vom 26. Juni 2015 angenommen worden sei.

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 Zuständigkeit sowie die frist- und formgerechte Geltendmachung des Rechtsanspruches (§ 27 Abs. 1 Bst. a und f 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 Im vorliegenden Fall ist ein Beschluss der General- bzw. Genossenschaftsversammlung der Flurgenossenschaft Acher angefochten. Für das Einsprache- und Beschwerdeverfahren gegenüber Beschlüssen, welche gemäss dem Gesetz über die Flurgenossenschaften vom 28. Juni 1979 (FlurG, SRSZ 213.110) getroffen werden, gilt gemäss § 15 Abs. 1 FlurG das VRP. Nach § 45 Abs. 1 Bst. c VRP ist der Regierungsrat die Beschwerdeinstanz für Verwaltungsbeschwerden gegen die in § 1 Bst. b und § 2 Abs. 1 Bst. a VRP bezeichneten Organe. Die Flurgenossenschaftsversammlung ist ein Organ gemäss § 2 Abs. 1 Bst. a VRP, weshalb der Regierungsrat als Beschwerdeinstanz für die Beurteilung der vorliegenden Beschwerde zuständig ist (vgl. EGV-SZ 1992 Nr. 4, E. 2b).

1.2 Die Beschwerdegegnerin stellt sich in ihrer Vernehmlassung vom 29. September 2015 auf den Standpunkt, dass die Beschwerdeführer die Beschwerdefrist verpasst hätten. Aus diesem Grund sei auf die Beschwerde nicht einzutreten. Gemäss § 15 Abs. 1 FlurG i.V. mit § 47 Abs. 1 VRP beträgt die Beschwerdefrist 20 Tage, gerechnet ab dem Zeitpunkt der Versammlung (vgl. auch § 9 Abs. 2 FlurG). Die Versammlung hat im vorliegenden Fall am 26. Juni 2015 stattgefunden. Die Beschwerdefrist wäre somit am 16. Juli 2015 abgelaufen. Die Beschwerdeführer haben ihre Beschwerde am 27. Juli 2015 der Post übergeben. Unter Berücksichtigung des Fristenstillstandes vom 15. Juli 2015 bis und mit dem 15. August 2015 (§ 4 VRP i.V. mit § 157 Abs. 1 Bst. b des Justizgesetzes vom 18. November 2009, JG, SRSZ 231.110) erfolgte die Eingabe der Beschwerdeführer somit rechtzeitig. Auf die Beschwerde ist demnach einzutreten.

2. Die Beschwerdeführer verlangen, dass der Beschluss der Genossenschaftsversammlung vom 26. Juni 2015 über die Annahme der Statutenänderung aufgehoben wird. Zur Begründung führen sie insbesondere an, dass im Vorfeld der Versammlung bzw. anlässlich der Versammlung eine unzulässige Mischform von schriftlicher und „händischer“ bzw. offener Abstimmung durchgeführt worden sei. Ausserdem sei der Vorstand nach der Versammlung noch auf „Stimmenfang“ gegangen, um allfällige fehlende Stimmen einzuholen, was ebenfalls unzulässig sei.

2.1 Gemäss § 13 Abs. 1 FlurG beschliesst die Genossenschaftsversammlung über Änderungen der Statuten, des Bezugsgebietes und des Ausführungsprojektes; diese bedürfen der Genehmigung des Regierungsrates. Art. 8 Abs. 1 Bst. a der Statuten der Flurgenossenschaft „Acher“ vom 14. April 1992 (in der Fassung gemäss RRB Nr. 670 vom 14. April 1992; nachfolgend: Statuten) hält ebenfalls fest, dass die Beschlussfassung über die Statuten und deren Abänderung der Generalversammlung obliegt.

2.2 Gemäss Art. 7 Abs. 6 der Statuten bedürfen Statutenänderungen der Zustimmung von 2/3 aller Genossenschafter. Die Flurgenossenschaft Acher hat unbestrittenermassen insgesamt 30 stimmberechtigte Mitglieder. Demnach beträgt das 2/3-Quorum für eine Statutenänderung im vorliegenden Fall 20 Stimmen (2/3 von 30 Stimmberechtigten). Im Folgenden wird geprüft, ob mindestens 20 Mitglieder der Flurgenossenschaft Acher der Statutenänderung rechtsgültig zugestimmt haben.

2.3 An der Generalversammlung vom 26. Juni 2015 waren 13 Genossenschafter anwesend, denen insgesamt elf Stimmen zukamen. Die an der Versammlung selbst anwesenden Genossenschafter haben das Traktandum

C 1.1

Nr. 6 „Anpassung der Statuten“ mit acht Ja-Stimmen zu drei Nein-Stimmen angenommen. Mit den acht Ja-Stimmen wird das für eine Änderung der Statuten notwendige Quorum von 20 Stimmen aber nicht erreicht.

2.4 Im Vorfeld der Generalversammlung hat der Präsident jedoch sämtlichen Mitgliedern die Möglichkeit offeriert, mit einem „Antwort-Talon“ schriftlich über die Statutenänderung abzustimmen. Bis zum 26. Juni 2015 sind beim Präsidenten auf diesem Weg 13 schriftliche Ja-Stimmen eingegangen. Der Präsident stellte nach der offenen Abstimmung im Versammlungslokal fest, dass die acht an der Versammlung abgegebenen Ja-Stimmen zusammen mit diesen 13 schriftlichen Ja-Stimmen insgesamt 21 Ja-Stimmen ergeben. Unbestritten ist, dass das erforderliche 2/3-Quorum lediglich unter Mitberücksichtigung dieser vorgängig schriftlich eingeholten Stimmen erreicht wird. Die Beschwerdeführer machen sinngemäss geltend, dass eine solche vorgängige schriftliche Stimmabgabe (mittels Antwort-Talon) und anschliessender offener Abstimmung nicht zulässig sei.

2.5 Gemäss Art. 7 Abs. 5 der Statuten werden die Beschlüsse in offener Abstimmung gefasst, sofern nicht ein Genossenschafter eine geheime Wahl oder Abstimmung verlangt. Die Statuten halten somit unmissverständlich fest, dass sämtliche Beschlüsse grundsätzlich offen (d.h. im offenen Handmehr) gefasst werden. Selbstredend gehen die Statuten damit auch davon aus, dass über traktandierete Geschäfte nur an der Versammlung selber abgestimmt werden kann bzw. dass Beschlüsse nur an der Versammlung selber gefasst werden können. Damit ist eine schriftliche Stimmabgabe vor der Versammlung unzulässig. Die Statuten enthalten denn auch keine Regelung, wonach eine schriftliche bzw. briefliche Abstimmung oder Mischformen von schriftlicher bzw. brieflicher und offener Abstimmung zulässig wären. Auch das Gesetz über die Organisation der Gemeinden und Bezirke vom 29. Oktober 1969 (Gemeindeorganisationsgesetz, GOG, SRSZ 152.100), auf welches § 15 Abs. 2 FlurG subsidiär verweist, enthält keine derartigen Vorschriften. Auch in den Gemeinden und Bezirken erfolgen Abstimmungen und Wahlen an der Versammlung im offenen Handmehr, oder – nach vorgängiger Beratung durch die Gemeindeversammlung – schriftlich an der Urne (vgl. §§ 10, 11, 12 Abs. 1 und 29a Abs. 1 GOG).

2.6 Zwar ist eine geheime (und damit schriftliche) Abstimmung gemäss Art. 7 Abs. 5 der Statuten grundsätzlich möglich. Eine geheime Abstimmung kann jedoch nur an der Generalversammlung selber verlangt werden, nicht aber im Vorfeld. Über einen Antrag auf geheime Abstimmung eines Genossenschafers an der Versammlung müsste sodann – mangels Regelung in den Statuten – gemäss § 29a GOG (i.V. mit § 15 Abs. 2 FlurG)

wiederrum offen abgestimmt werden. Im vorliegenden Fall ist kein solcher Antrag auf geheime Abstimmung erfolgt.

2.7 Die Beschwerdegegnerin stellt sich auf den Standpunkt, dass die vorgängige briefliche Stimmabgabe eine mündliche Vollmacht zu Händen des Vorstandes darstellt. Dieser Auffassung kann allerdings nicht gefolgt werden. Zum einen sehen weder das Gesetz über die Flurgenossenschaften noch die Statuten diese Möglichkeit vor. Art. 4 Abs. 5 der Statuten hält lediglich fest, dass sich jedes Mitglied mit schriftlicher Vollmacht durch einen Genossenschafter oder eine andere handlungsfähige Person vertreten lassen kann. Die Statuten verlangen demnach ausdrücklich eine schriftliche Vollmacht. Denjenigen Genossenschaftsmitgliedern, welche am 26. Juni 2015 verhindert waren, wäre es damit unbenommen gewesen, schriftlich eine Person zu bevollmächtigen, um ihre Anliegen an der Versammlung zu vertreten. Derartige schriftliche Vertretungsvollmachten sind im vorliegenden Fall jedoch nicht erteilt worden.

2.8 Als Zwischenfazit ist somit festzuhalten, dass die vor der Versammlung schriftlich eingeholten Stimmen nicht berücksichtigt werden dürfen. Mischformen von brieflicher und offener Abstimmung sind unzulässig. Eine geheime Abstimmung wurde nicht verlangt und schriftliche Vertretungsvollmachten wurden nicht erteilt. Folglich wurden die für die Statutenänderung erforderlichen 20 Stimmen bzw. das 2/3-Quorum nicht erreicht. Die Beschwerde ist demzufolge gutzuheissen und es wird festgehalten, dass die für die Versammlung vom 26. Juni 2015 traktandierete Statutenänderung nicht angenommen wurde.

2.9 Falls die Beschwerdegegnerin nach wie vor an der beabsichtigten Statutenänderung interessiert ist, muss sie folglich erneut eine Generalversammlung einberufen. Diese ist möglichst so anzuberaumen, dass sämtliche Mitglieder der Genossenschaft daran teilnehmen können. Ausserdem ist die Beschwerdegegnerin darauf hinzuweisen, dass Stimmenthaltungen nicht als Zustimmung gewertet werden dürfen. Ein derartiges Vorgehen ist von Gesetzes wegen nur anlässlich der Gründungsversammlung und auch nur in Bezug auf den Gründungsbeschluss vorgesehen (vgl. § 3 Abs. 2 Satz 2 FlurG).

3. Bei diesem Verfahrensausgang erübrigt es sich grundsätzlich, auf die weiteren Rügen der Beschwerdeführer einzugehen. Da sich die von den Beschwerdeführern aufgeworfenen Fragen jederzeit wieder stellen können, wird nachfolgend dennoch kurz auf die einzelnen Punkte einge-

C 1.1

gangen. Den nachfolgenden Ausführungen kommt indes kein abschliessender Charakter zu.

(...)

3.3 Die Beschwerdeführer beanstanden sodann, dass der Präsident der Beschwerdegegnerin an der Abstimmung ebenfalls teilgenommen hat. Weder das FlurG noch die Statuten enthalten nähere Vorschriften über die Stimmrechtsausübung des Präsidenten. Kraft der Verweisung von § 15 Abs. 2 FlurG kommen indes die Vorschriften des GOG sinngemäss zur Anwendung, wenn das FlurG oder die gestützt darauf erlassenen Statuten keine Regelung enthalten. Gemäss § 28 GOG stimmt der Gemeindepräsident in der offenen Abstimmung nur bei Stimmgleichheit. Die Vorschriften des GOG gelangen im Zusammenhang mit Flurgenossenschaften jedoch lediglich sinngemäss zur Anwendung. Im vorliegenden Fall sind der Präsident und dessen Ehefrau als Stockwerkeigentümer Miteigentümer der Liegenschaft KTN ... in Gersau. Sie sind Mitglieder der Flurgenossenschaft Acher und ihnen kommt gemeinsam eine Stimme zu (vgl. Art. 4 Abs. 1 und 3 der Statuten). In ihrer Eigenschaft als Grundeigentümer bzw. Genossenschaftler sind sie in der Sache direkt persönlich betroffen (u.a. auch finanziell) und dürfen demnach auch ihre Stimme abgeben. In diesem Punkt ist eine Flurgenossenschaftsversammlung nicht direkt vergleichbar mit einer Versammlung in den politischen Gemeinden. Unter diesem Gesichtspunkt ist es folglich nicht weiter zu beanstanden, wenn der Präsident und dessen Ehefrau als Grundeigentümer an der Generalversammlung an den Abstimmungen teilnehmen.

3.4 Schliesslich beanstanden die Beschwerdeführer, dass X. und Y. an der Abstimmung teilgenommen haben. Die Beschwerdeführer sind der Ansicht, dass X. und Y. in den Ausstand hätten treten müssen, weil diese ein persönliches Interesse an der Statutenänderung und der damit verbundenen Einräumung von Fuss- und Fahrwegrechten über KTN ... haben. Ungeachtet der Interessenlage ist eine derartige Ausstandspflicht mangels gesetzlicher und statutarischer Regelung indes abzulehnen. Auch bei einer Gemeindeversammlung gibt es keine derartige Ausstandspflicht. Eine Ausstandspflicht besteht für den Stimmberechtigten weder in seiner Funktion als in der Sache betroffenes Behördenmitglied noch als persönlich interessierte Privatperson (vgl. Patrick Schönbächler, Das Verfahren der Gemeindeversammlung im Kanton Schwyz, in: EGV-SZ 1999, S. 205 mit Hinweisen).

4. Abschliessend drängen sich noch folgende Bemerkungen auf. Zentraler Streitpunkt und Auslöser der beabsichtigten Statutenanpassung ist offenbar, dass nicht sämtliche Mitglieder der Flurgenossenschaft Acher über dingliche Fuss- und Fahrwegrechte über KTN ... (im Eigentum der Beschwerdeführer) verfügen. Mit der Statutenanpassung hätte u.a. explizit festgehalten werden sollen, dass sämtliche Mitglieder der Flurgenossenschaft automatisch die erforderlichen Fuss- und Fahrwegrechte erhalten, unabhängig davon, ob diese Rechte im Grundbuch eingetragen sind (vgl. Art. 2 Abs. 2 und Art. 5 Abs. 3 der revidierten Statuten).

4.1 Im vorliegenden Fall bezweckt die Flurgenossenschaft die Sanierung und den Unterhalt der Erschliessungsstrasse im Gebiet „Acher“ (Art. 2 Abs. 1 der Statuten). Der vorliegend interessierende Strassenabschnitt im nördlichen Teil von KTN ... gehört gemäss dem Unterhaltsplan vom 14. August 2014 offenbar zur Erschliessungsstrasse „Im Acher“, welche saniert bzw. ausgebaut werden soll. Insofern gehört dieser Strassenabschnitt somit zum gemeinsamen Werk der Flurgenossenschaft Acher. Unter diesen Umständen ist es nicht nachvollziehbar, weshalb sich die Beschwerdeführer in ihrer Beschwerde vom 21. Juli 2015 auf den Standpunkt stellen, sie seien nicht bereit, anderen Flurgenossenschaftsmitgliedern eine „Gratis-Erschliessung“ zu verschaffen.

4.2 In diesem Sinne wird den Verfahrensparteien nochmals nahe gelegt, sich einvernehmlich über die Einräumung der erforderlichen dinglichen Rechte zu einigen. Schliesslich enthält auch Art. 5 Abs. 3 Satz 1 der Statuten die Regelung, wonach sämtliche Mitglieder der Genossenschaft gehalten sind, einander die nötigen Rechte einzuräumen, damit die gemeinsamen Anlagen bestimmungsgemäss benützt werden können. Falls keine Lösung erzielt werden kann, ist darauf hinzuweisen, dass die Genossenschaft Rechte zwangsweise (und gegen Entschädigung) erwerben kann, sofern hierüber keine gütliche Einigung zustande kommt (§ 11 Abs. 3 FlurG).

5. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass das 2/3-Quorum verfehlt und somit die für die Generalversammlung vom 26. Juni 2015 traktandierte Statutenänderung nicht zustande gekommen ist. Die Beschwerde ist demnach gutzuheissen. (...)

(RRB Nr. 492 vom 7. Juni 2016).

C 1.2

1.2 Ausstand des gesamten Gemeinderates im Baubewilligungsverfahren für ein Bundesasylzentrum

- *Grundlagen und Anforderungen für eine unvoreingenommene Beurteilung von Geschäften durch eine Verwaltungsbehörde (Erw. 2).*
- *Der Ausstand einer Gesamtbehörde kann in der Regel nicht verlangt werden (Erw. 3.1).*
- *Fehlen eines persönlichen Interesses der einzelnen Gemeinderatsmitglieder am Betrieb des Bundesasylzentrums (Erw. 3.2) und einer rechtlich relevanten Vorbefassung mit demselben (Erw. 3.3 – 3.4). Hat ein Amtsträger in der Sache unter verschiedenen Aspekten öffentliche Interessen wahrzunehmen, so entfällt eine Ausstandspflicht, selbst wenn er bei den einzelnen Entscheidungen gegensätzliche Interessen zu berücksichtigen hat (Erw. 3.5 – 3.6).*

Aus dem Sachverhalt:

Im Herbst 2015 wurde bekannt, dass der Bund auf dem Areal Wintersried in Seewen ein Bundesasylzentrum errichten will. Es folgten einige Berichterstattungen darüber in den lokalen Medien. Auch der damalige Gemeindepräsident von Schwyz, Hugo Steiner, nahm in der lokalen Presse im Namen des gesamten Gemeinderates Schwyz Stellung zum geplanten Asylzentrum. Im Dezember 2015 hat sodann der Gemeinderat Schwyz mit dem Bund eine Absichtserklärung unterzeichnet, worin festgehalten wird, dass der Bund der Gemeinde oder dem Kanton Schwyz das seit Jahren brach liegende Zeughausareal Seewen im Baurecht anbieten wird.

Am 14. Juni 2016 reichte die Schweizerische Eidgenossenschaft dem Gemeinderat Schwyz das Baugesuch für den Bau und Betrieb des Bundesasylzentrums auf dem Grundstück an der Franzosenstrasse 77 und 79 in Seewen ein. Gegen das publizierte (Abl 2016, S. 1410) und öffentlich aufgelegte Baugesuch gingen beim Gemeinderat Schwyz mehrere Einsprachen ein. Sie verlangten darin insbesondere, dass die Baubewilligungsbehörde resp. der Gemeinderat Schwyz in corpore in den Ausstand tritt. Zudem verlangten sie, dass das Baugesuch einer unbefangenen Baubewilligungsbehörde zur Beurteilung zu unterbreiten sei.

Der Gemeinderat Schwyz hat die Ausstandsbegehren am 8. Juli 2016 zusammen mit einer kurzen Stellungnahme zuständigkeitshalber dem Regierungsrat zum Entscheid weitergeleitet.

Aus den Erwägungen:

2. Die Gesuchsteller verlangen, dass der gesamte Gemeinderat Schwyz resp. sämtliche Mitglieder des Gemeinderates Schwyz bei der Behandlung des Baugesuches und der Einsprachen in den Ausstand treten. Sie vertreten den Standpunkt, dass sich der Gemeinderat Schwyz in der Vergangenheit bereits mehrmals klar und deutlich für die Realisierung des Bundesasylzentrums ausgesprochen habe. Zudem habe er sich vom Bund eine „Gegenleistung“ dafür versprechen lassen, dass das Bundesasylzentrum in Seewen akzeptiert werde. Unter diesen Umständen sei nicht zu erwarten, dass der Gemeinderat Schwyz das Baubewilligungsverfahren fair durchführen werde. Der Gemeinderat Schwyz habe sich seine Meinung bereits gebildet und sei deswegen befangen.

2.1 Nach Art. 30 Abs. 1 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101) und Art. 6 Ziff. 1 der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 28. November 1974 (EMRK, SR 0.101) hat jede Person Anspruch darauf, dass ihre Sache von einem durch Gesetz geschaffenen, zuständigen, unabhängigen und unparteiischen Gericht ohne Einwirken sachfremder Umstände entschieden wird. Dieser Anspruch ist verletzt, wenn bei einer Gerichtsperson – objektiv betrachtet – Gegebenheiten vorliegen, die den Anschein der Befangenheit und die Gefahr der Voreingenommenheit zu begründen vermögen. Eine gewisse Besorgnis der Voreingenommenheit und damit Misstrauen in das Gericht kann bei den Parteien immer dann entstehen, wenn einzelne Gerichtspersonen in einem früheren Verfahren mit der konkreten Streitsache schon einmal befasst waren. In einem solchen Fall stellt sich die Frage, ob sich ein Richter durch seine Mitwirkung an früheren Entscheidungen in einzelnen Punkten bereits in einem Mass festgelegt hat, die ihn nicht mehr als unvoreingenommen und dementsprechend das Verfahren nicht mehr als offen erscheinen lassen (BGE 131 I 113 E. 3.4 mit Hinweisen).

2.2 Für nichtgerichtliche Behörden – d.h. für Verwaltungsbehörden – kommen Art. 30 Abs. 1 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK nicht zur Anwendung. Hingegen beinhaltet Art. 29 Abs. 1 BV eine analoge Garantie. Im Kern der Garantie der Unbefangenheit steht für Richter wie Verwaltungsbeamte, dass sie sich in Bezug auf die Beurteilung des Sachverhalts nicht festgelegt haben. Die für Gerichte geltenden Anforderungen an die Unbefangenheit können allerdings nicht unbesehen auf das Verwaltungsverfahren übertragen werden. Bei Exekutivbehörden ist zu berücksichtigen, dass ihr Amt mit einer sachbedingten Kumulation verschiedener, auch politischer, Aufgaben

C 1.2

einhergeht (vgl. VGE III 2013 188 vom 19. Februar 2014, E. 2.2.2). Gerade die systembedingten Unzulänglichkeiten des verwaltungsinternen Verfahrens haben zur Schaffung unabhängiger richterlicher Instanzen geführt. Exekutivbehörden sind anders als ein Gericht nicht allein zur (neutralen) Rechtsanwendung oder Streitentscheidung berufen. Sie tragen zugleich eine besondere Verantwortung zur Erfüllung bestimmter öffentlicher Aufgaben (zum Ganzen BGE 140 I 326 E. 5.2 mit Hinweisen).

2.3 Für den Kanton Schwyz sind die Bestimmungen über den Ausstand und die Ablehnung im Justizgesetz vom 18. November 2009 (JG, SRSZ 231.110) geregelt und gelten aufgrund der Verweisung von § 4 VRP sinngemäss auch für das Verfahren vor den Verwaltungsbehörden und daher auch im Baubewilligungsverfahren (vgl. § 1 Bst. a VRP). Zudem verweist auch § 62 des Gesetzes über die Organisation der Gemeinden und Bezirke vom 29. Oktober 1969 (GOG, SRSZ 152.100) für die Ausstandspflicht von Mitgliedern des Gemeinderates auf die Vorschriften über die Verwaltungsrechtspflege und damit auf die massgebenden Bestimmungen des Justizgesetzes.

2.4 Gemäss § 138 Abs. 1 JG entscheidet die Aufsichtsbehörde über ein Streitiges Ausstandsbegehren. Der Regierungsrat ist Aufsichtsbehörde über die Bezirke und Gemeinden und somit auch über den Gesuchsgegner (§ 61 der Verfassung des Kantons Schwyz vom 24. November 2010, KV, SRSZ 100.100; § 88 Abs. 1 GOG). Nachfolgend wird geprüft, ob der Gesuchsgegner als Ganzes in den Ausstand zu treten hat resp. ob Ausstands- oder Ablehnungsgründe gegen die einzelnen Mitglieder des Gesuchsgegners vorliegen.

3. Gemäss § 132 Bst. a JG sind Richter, Gerichtsschreiber sowie das Kanzleipersonal von der Ausübung ihres Amtes u.a. in eigener Sache ausgeschlossen. Ein Ausstandsgrund liegt auch vor, wenn sie in der Sache an einem Entscheid unterer Instanzen mitgewirkt haben (§ 132 Bst. e JG) oder wenn sie von einer Partei oder Drittperson im Zusammenhang mit dem Verfahren ein Geschenk oder einen anderen ihnen nicht gebührenden Vorteil annahmen oder sich versprechen liessen (§ 132 Bst. f JG). Ausserdem kann eine Person abgelehnt werden oder selber den Ausstand verlangen, wenn zwischen ihr und einer Partei Freundschaft, Feindschaft oder ein Pflicht- oder Abhängigkeitsverhältnis besteht oder wenn andere Umstände vorliegen, die sie als befangen erscheinen lassen (§ 133 Bst. c und d JG).

3.1 Die Gesuchsteller haben in ihren Ausstandsbegehren vom 6. und 7. Juli 2016 zunächst verlangt, dass der Gemeinderat Schwyz als Gesamtbe-

hörde in den Ausstand tritt. Nach konstanter Praxis und Lehre kann (vorbehältlich ganz spezifischer Ausnahmefälle) in prozessualer Hinsicht allerdings nur der Ausstand einer einzelnen Person, nicht aber einer ganzen Behörde verlangt werden (vgl. EGV-SZ 2006, B 1.3, E. 1.1; Regina Kiener, Kommentar zum VRG, § 5a N 8). Dies ergibt sich sodann auch direkt aus § 132 JG, wonach lediglich „Richter, Gerichtsschreiber und Kanzleipersonal“ unter gewissen Voraussetzungen von der Ausübung ihres Amtes ausgeschlossen sind. Desgleichen kann gemäss § 133 JG auch nur die Ablehnung „einer Person“ verlangt werden, wenn bestimmte Umstände vorliegen. Daraus kann ohne weiteres geschlossen werden, dass nicht der Ausstand einer Gesamtbehörde verlangt werden kann (vgl. RRB Nr. 586 vom 19. Juni 2012, E. 2 ff.). Soweit die Gesuchsteller somit den Ausstand des Gesuchsgegners als Gesamtbehörde verlangen, ist ihr Ausstandsbegehren unzulässig.

3.2 In ihren Schreiben vom 12. Juli 2016 haben die Gesuchsteller ihr Ausstandsbegehren sodann konkretisiert und den Ausstand jedes einzelnen Gemeinderatsmitglieds verlangt. Ein Ausstandsbegehren gegen die einzelnen Mitglieder einer Behörde ist zwar grundsätzlich zulässig. Soweit die Gesuchsteller jedoch den Ausstand der einzelnen Gemeinderatsmitglieder verlangen, sind ihre Ausstandsbegehren unbegründet, wie nachfolgend aufgezeigt wird.

3.3 Entgegen dem Vorbringen der Gesuchsteller entscheidet der Gemeinderat Schwyz im vorliegend in Frage stehenden Baubewilligungsverfahren nicht in eigener Sache. Es ist nicht ersichtlich, dass die einzelnen Mitglieder des Gesuchsgegners ein persönliches Interesse am Betrieb des Bundesasylzentrums hätten. Gegenteiliges bringen die Gesuchsteller auch nicht vor. Dass andere Ausstandsgründe nach § 132 Bst. a-g JG vorliegen, machen die Gesuchsteller zu Recht nicht (stichhaltig) geltend. Solche sind denn auch nicht ersichtlich. Näher einzugehen ist nachfolgend jedoch darauf, ob andere Umstände vorliegen, die den Gesuchsgegner als befangen erscheinen lassen (vgl. § 133 Bst. d JG).

3.4 Der generalklauselartige Ausstandsgrund der Befangenheit gemäss § 133 Bst. d JG bildet einen Auffangtatbestand. In der Praxis sind die Vorgänge, welche Anlass zu Befangenheitsrügen geben, überaus vielfältig. Darunter fällt auch die sog. Vorbefassung, soweit diese nicht bereits von § 132 Bst. e JG erfasst wird. Eine unzulässige Vorbefassung ist gegeben, wenn ein Entscheidungsträger schon zu einem früheren Zeitpunkt in amtlicher Funktion mit der konkreten Streitsache befasst war. Ausschlaggebend ist dabei jedoch, ob die frühere Tätigkeit den berechtigten Eindruck entstehen

C 1.2

lässt, die betroffene Person könne sich von den seinerzeit getroffenen Feststellungen und geäusserten Wertungen nicht mehr lösen und die Angelegenheit deshalb nicht mehr mit der nötigen Distanz und Objektivität beurteilen, sodass die Offenheit des Verfahrens in Frage steht (vgl. RRB Nr. 687 vom 17. August 2016, E. 5.1 f.; BGE 140 I 326 E. 5.1 f.). Ob eine unzulässige Vorbefassung vorliegt, ist anhand der konkreten Umstände im Einzelfall zu beurteilen (BGE 140 I 326 E. 5.2). Wenn das Verfahren in Bezug auf den konkreten Sachverhalt und die konkret zu entscheidenden Rechtsfragen – trotz der Vorbefassung – weiterhin als offen und nicht vorbestimmt erscheint, ist ein Ausstand nicht zwingend (Kiener, a.a.O., § 5a N 26). Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung liegt auch dann keine unzulässige Vorbefassung vor, wenn die amtliche Mehrfachbefassung im öffentlichen Interesse liegt und somit systembedingt ist (vgl. BGE 140 I 326 E. 5.2 mit weiteren Hinweisen).

3.5 Es ist zutreffend, dass das Thema „Bundesasylzentrum im Wintersried“ sowie der damit zusammenhängende „Zeughaus-Deal“ in den letzten Monaten sehr präsent in den lokalen Medien war. Dem geplanten Bundesasylzentrum kommt unbestrittenermassen auch eine erhebliche politische Brisanz zu. Bereits im Oktober 2015 hat sich der damalige Gemeindepräsident von Schwyz, Hugo Steiner, im Namen des gesamten Gemeinderates in der Lokalpresse zum geplanten Bundesasylzentrum geäussert. Weitere Berichterstattungen erfolgten im Dezember 2015 sowie im Verlaufe des Jahres 2016. Indem sich der Gesuchsgegner resp. der Gemeindepräsident bereits im letzten Jahr zu diesem Projekt geäussert hat, hat er indes lediglich seine politische Funktion und damit öffentliche Interessen wahrgenommen. Zu beachten ist auch, dass der Gesuchsgegner dabei nicht einzelne Fragen der Bewilligungsfähigkeit des Projekts beantwortet, sondern sich lediglich zur politischen und auch finanziellen Tragweite des Projekts geäussert hat. Daraus kann allerdings nicht geschlossen werden, der Gesuchsgegner habe sich in Bezug auf die Bewilligungsfähigkeit des geplanten Bundesasylzentrums bereits derart festgelegt, dass das Verfahren nicht mehr offen erscheine. Im Baubewilligungsverfahren stellen sich denn auch ganz andere Fragen. Praxisgemäss besteht denn auch keine Ausstandspflicht, wenn ein Amtsträger in der Sache öffentliche Interessen wahrnimmt, selbst wenn beim Entscheid gegensätzliche Interessen zu berücksichtigen sind (vgl. Kiener, a.a.O., § 5a N 33; BGE 125 I 119 E. 5d; BGE 107 Ia 135 E. 2b).

3.6 Auch der „Zeughaus-Deal“ begründet keine Befangenheit im vorgenannten Sinn. Der Bund und die Gemeinde Schwyz haben in einer gemeinsamen Absichtserklärung vom Dezember 2015 festgehalten, dass der Bund

der Gemeinde oder dem Kanton Schwyz das seit Jahren brach liegende Zeughausareal Seewen im Baurecht anbieten wird (vgl. Medienmitteilung des Staatsekretariats für Migration [SEM] vom 18. Dezember 2015, unter <https://www.sem.admin.ch/sem/de/home/aktuell/news/2015/2015-12-18.html>, zuletzt besucht am 11. Oktober 2016). Die beteiligten Mitglieder des Gesuchsgegners legten sich damit indes nicht bereits fest, dass sie das zeitlich später eingereichte Bauprojekt für das Bundesasylzentrum in jedem Fall als baurechtskonform beurteilen werden. In Bezug auf die Absichtserklärung hat der Gesuchsgegner ebenfalls seine politische Aufgabe wahrgenommen. Eine unzulässige Vorbefassung ist darin nicht zu erblicken.

4. Nach dem Gesagten ergibt sich, dass die von den Gesuchstellern eingereichten Ausstandsbegehren gegen den gesamten Gemeinderat Schwyz unbegründet sind, soweit sie sich auf die einzelnen Gemeinderatsmitglieder beziehen und, soweit sie sich auf die Gesamtbehörde beziehen, unzulässig sind. Deshalb sind die gestellten Ausstandsbegehren abzuweisen.

(RRB Nr. 867 vom 18. Oktober 2016).

2. Baurecht

2.1 Öffentliche Auflage und Publikation von Baugesuchen

- Grundsatz, wonach eine Bewilligungsbehörde für ein Baugesuch nur ausnahmsweise auf die Publikation und die öffentliche Auflage verzichten darf. Von einer Publikation kann nur abgesehen werden, wenn überwiegende Gründe der Verfahrensökonomie dies gebieten (Erw. 2).
- Da es vorliegend nicht offensichtlich an der Baureife fehlt, hat die Bewilligungsbehörde das Baugesuch zu publizieren und öffentlich aufzulegen (Erw. 3).

Aus dem Sachverhalt:

Am 4. Mai 2015 reichten A. und B. beim Gemeinderat Galgenen ein Baugesuch für den Abbruch des bestehenden Einfamilienhauses und den Neubau eines Zweifamilienhauses mit Tiefgarage ein. Mit Schreiben vom 21. Mai 2015 teilte der Bauverwalter der Gemeinde Galgenen A. und B. mit, dass das Vorhaben mit der vorgesehenen Erschliessung (Einfahrt „West“) über die Parzellen KTN ... nicht bewilligungsfähig sei. Bis das

C 2.1

Projekt entsprechend bearbeitet sei, werde das Baugesuch sistiert. Am 26. Mai 2015 verlangten A. und B. beim Bauverwalter der Gemeinde Galgenen die Fortführung des Baubewilligungsverfahrens. Daraufhin stellte der Bauverwalter am 1. Juni 2015 dem Tiefbauamt des Kantons die Pläne zur Beurteilung der Erschliessungssituation zu. In der Folge verlangten A. und B. erneut die öffentliche Ausschreibung sowie Publikation des Baugesuchs. Am 29. Juni 2015 reichten A. und B. der Baugesuchszentrale auf deren Aufforderung hin zusätzliche Unterlagen ein. Gleichzeitig baten sie, das Gesuch vorerst zu sistieren. Mit Schreiben vom 10. Juli 2015 hat das Amt für Raumentwicklung das kantonale Baubewilligungsverfahren vorerst sistiert, bis A. und B. oder der Gemeinderat Galgenen die Fortsetzung verlangten.

Mit Beschluss vom 17. August 2015 hielt der Gemeinderat Galgenen fest, dass es an einer hinreichenden Erschliessung für das Bauvorhaben fehle. Die Rückweisung des Baugesuches durch das Bauamt und die Baukommission sei daher zu Recht erfolgt.

Aus den Erwägungen:

2. Im Zusammenhang mit ihrem Baugesuch beanstanden die Beschwerdeführer das Verhalten der Gemeinde, insbesondere der Bauverwaltung. Sie rügen, dass die öffentliche Auflage und Publikation ihres Baugesuchs noch nicht erfolgt sei.

2.1 Für das Bauvorhaben der Beschwerdeführer kommt – was grundsätzlich unbestritten ist – das ordentliche Baubewilligungsverfahren zur Anwendung. Dieses wird mit Einreichung des Baugesuches bei der zuständigen Bewilligungsbehörde eingeleitet (vgl. Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Baugesetz des Kantons Bern, Kommentar, Band I, 4. Aufl., Bern 2013, N 2 zu Art. 34). Die Baugesuche für alle bewilligungspflichtigen Bauten und Anlagen sind auf dem offiziellen Gesuchsformular bei der Gemeinde einzureichen. Das Baugesuch muss unter anderem eine Beschreibung des Vorhabens, Situations- und Baupläne sowie einen Katasterplan enthalten (§ 77 Abs. 1 des Planungs- und Baugesetzes vom 14. Mai 1987, PBG, SRSZ 400.100). Sofern erforderlich, kann die Bewilligungsbehörde weitere Unterlagen verlangen (§ 77 Abs. 2 PBG). Sind die Unterlagen vollständig, publiziert die Gemeinde das Gesuch (§ 38 der Vollzugsverordnung zum Planungs- und Baugesetz vom 2. Dezember 1997, PBV, SRSZ 400.111). Im ordentlichen Baubewilligungsverfahren wird das Baugesuch während 20 Tagen öffentlich aufgelegt und die Auflage wird im Amtsblatt und in ortsüb-

licher Weise bekannt gegeben (vgl. § 78 Abs. 1 PBG). Auf den Zeitpunkt der Publikation des Baugesuches hin ist ein Baugespann zu erstellen, das die künftige Gestalt und räumliche Ausdehnung der Baute oder Anlage sowie die Terrainveränderungen aufzeigt (§ 78 Abs. 2 PBG).

2.2 Die Bewilligungsbehörde darf in diesem Verfahrensstadium ein Baugesuch nur beschränkt überprüfen und nur ausnahmsweise auf die Publikation und die öffentliche Auflage verzichten. Von einer Publikation kann nur abgesehen werden, wenn überwiegende Gründe der Verfahrensökonomie dies gebieten. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn eindeutige formelle Voraussetzungen für eine Behandlung des Baugesuchs fehlen oder wenn offensichtlich eine Bewilligung nicht erteilt werden kann (EGV-SZ 1986 Nr. 39 E. 4; vgl. auch RRB Nr. 591 vom 7. Juni 2011, E. 4.3). Weisen das Baugesuch bzw. die Baugesuchsunterlagen hingegen Mängel auf, so sind diese an den Gesuchsteller zur Verbesserung zurückzuweisen (RRB Nr. 131 vom 16. Februar 2016, E. 2.1). Ist das Baugesuch vollständig und bedarf das Bauvorhaben auch der Bewilligung oder Zustimmung weiterer Instanzen des Bundes, Kantons oder Bezirks, leitet die Gemeinde das Gesuch nach einer ersten Prüfung mit ihrem Bericht und noch vor der öffentlichen Auflage an die vom Regierungsrat bezeichnete kantonale Amtsstelle weiter (vgl. § 77 Abs. 3 PBG). Kantonale Fachstelle für Raumplanung ist die Vorinstanz 2. Für die Abwicklung der Planungs- und Baubewilligungsverfahren ist die ihr unterstellte Baugesuchszentrale zuständig (§ 3 Abs. 1 PBV). Als Bewilligungsbehörde sorgt der Gemeinderat (§ 76 Abs. 1 PBG) zusammen mit den kantonalen Amtsstellen für eine beförderliche und koordinierte Behandlung der Baugesuche (§ 77 Abs. 3 und § 81 Abs. 1 PBG).

2.3 Die Vorinstanz 1 stellt sich in ihrer Vernehmlassung auf den Standpunkt, dass sie gestützt auf § 77 Abs. 2 PBG und Art. 59 Abs. 3 des Baureglements der Gemeinde Galgenen (BauR) von den Beschwerdeführern weitere Unterlagen eingefordert habe. Da die Beschwerdeführer die erforderlichen Unterlagen nicht eingereicht hätten, habe sie auf die Publikation des Baugesuches verzichten und den angefochtenen Feststellungsbeschluss erlassen dürfen. Die erwähnten Bestimmungen kommen jedoch vorliegend nicht zur Anwendung. Die Vorinstanz 1 verlangte nicht bestimmte Unterlagen ein, sondern sie stellte sich vielmehr auf den Standpunkt, dass die Baubewilligung aufgrund der fehlenden Erschliessung nicht erteilt werden könne. Deshalb verlangte sie mehrmals die Anpassung des Bauprojekts bzw. die Einreichung eines (anderen) Strassenprojekts. Die Vorinstanz 1 hat von den Beschwerdeführern somit nicht eine Ergänzung der Baugesuchsunterlagen verlangt, sondern eine Projektänderung. Damit hat die Vorinstanz aber bereits eine materielle Beurteilung vorgenommen.

C 2.1

3. Nachfolgend ist zu prüfen, ob die Vorinstanz 1 das Publikations- und Auflageverfahren für das Baugesuch der Beschwerdeführer zu Recht verweigerte.

3.1 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 verkehrssicher und so beschaffen ist, dass sie der zu erwartenden Gesamtbeanspruchung durch Benützer und öffentliche Dienste gewachsen ist (§ 37 Abs. 3 PBG). Technisch und rechtlich hinreichend ist eine Erschliessung nur dann, wenn die erforderliche Einfahrtsbewilligung in eine öffentliche Strasse vorliegt (vgl. RRB Nr. 1364 vom 21. Dezember 2010, E. 3).

3.2 Von der Erteilung der Baubewilligung ist somit die Einfahrtsbewilligung nach § 47 f. des Strassengesetzes vom 15. September 1999 (StraG, SRSZ 442.110) zu unterscheiden. Nach § 47 Abs. 1 StraG bedürfen das Erstellen neuer und der Aus- oder Umbau bestehender Zufahrten und privater Zugänge zu Strassen einer Bewilligung des Strassenträgers. Eine Bewilligung ist auch erforderlich, wenn über eine bestehende Zufahrt ein wesentlich grösserer oder andersartiger Verkehr in eine Strasse geleitet werden soll (§ 47 Abs. 2 StraG; § 25 Abs. 1 Bst. b der Strassenverordnung vom 18. Januar 2000, StraV, SRSZ 442.111). Träger von Hauptstrassen – und damit der Kantonsstrasse in Galgenen (Hauptstrasse Nr. 3) – ist der Kanton (vgl. § 5 Abs. 2 StraG i.V.m. Anhang zur StraG). Für eine Zufahrt in die Hauptstrasse Nr. 3 bzw. Kantonsstrasse bedarf es mithin einer Einfahrtsbewilligung des hierfür zuständigen Tiefbauamtes (vgl. § 2 Abs. 1 StraV).

3.3 Im vorliegenden Fall bewilligte die Vorinstanz 1 den Beschwerdeführern am 29. Juni 1992 den Bau eines Dreifamilienhauses auf dem Grundstück KTN ... in Galgenen. Bestandteil dieser Bewilligung war u.a. die Einfahrtsbewilligung des Baudepartements vom 7. August 1992. Das Baudepartement erteilte die Einfahrtsbewilligung aber nur provisorisch, da es im Bereich der bestehenden Ausfahrt (...) mit einer Lärmschutzwand rechnete. Sämtliche Häuser im „Höfli“ sollten in diesem Fall über den Höfliweg (Einfahrt bei KTN ...) ans übergeordnete Strassennetz angeschlossen werden. Im Sommer 2012 verlangten die Beschwerdeführer sodann eine Vorabklä-

zung beim Tiefbauamt hinsichtlich der verkehrstechnischen Erschliessung der geplanten Mehrfamilienhäuser auf den Grundstücken KTN ... Mit Schreiben vom 24. September 2012 hielt das Tiefbauamt fest, dass die verkehrstechnische Erschliessung neuer Bauten im Gebiet „Höfli“ zwingend über die bestehende Einfahrt Höfli/Gigersacher erfolgen müsse. Die Vorinstanz 1 stützt sich nun im angefochtenen Feststellungsbeschluss auf diese Beurteilung der Vorinstanz 2 bzw. des kantonalen Tiefbauamtes. Die Baureife sei aufgrund der fehlenden hinreichenden Erschliessung nicht in allen Punkten gegeben. Solange die hinreichende Erschliessung weder geklärt noch rechtlich und finanziell gesichert sei, sei das Bauamt nicht verpflichtet, eine weitergehende materielle Prüfung des Bauprojekts vorzunehmen.

3.4 Die Vorinstanz 1 übersieht im hier zu beurteilenden Fall, dass das Vorliegen einer hinreichenden Zufahrt nicht ohne Weiteres verneint werden kann. Die Anforderungen an die Erschliessung sind je nach der beanspruchten Nutzung und nach den massgeblichen Umständen im Einzelfall verschieden (EGV-SZ 2013 C 2.3, E. 5.1). In Anlehnung an EGV-SZ 1986 Nr. 39, E. 4, kann ohne nähere Prüfung vom Fehlen einer hinreichenden Zufahrt etwa nur dann ausgegangen werden, wenn überhaupt keine Strasse besteht oder die Erstellung einer solchen offensichtlich ausgeschlossen wäre. Die Zufahrt zum Baugrundstück KTN ... ist momentan über die Grundstücke KTN ... sowie KTN ... gegeben. Da auf dem Grundstück das bestehende Einfamilienhaus (Assek-Nr. ...) durch ein Mehrfamilienhaus (zwei 4½-Zimmerwohnungen sowie vier 1½-Zimmerwohnungen) ersetzt werden soll, wird wegen des Mehrverkehrs wohl eine geänderte bzw. angepasste Einfahrtsbewilligung des Tiefbauamtes für die bestehende Zufahrt nötig sein. In der Verfahrensphase zwischen der Einreichung des Baugesuches und noch vor der öffentlichen Auflage sowie Publikation kann die Vorinstanz 1 hingegen noch keine materielle Beurteilung über die notwendige hinreichende Erschliessung vornehmen, zumal sie für die Erteilung einer Einfahrtsbewilligung in die Kantonsstrasse gar nicht zuständig ist. Auf die Beurteilung des Tiefbauamtes vom 24. September 2012 kann sie sich nicht stützen, da diese Voranfrage offenbar aufgrund eines anderen Bauprojektes beurteilt wurde. Die Vorinstanz 1 konnte daher nicht von vorneherein annehmen, dass eine Baubewilligung für das strittige Bauvorhaben offensichtlich nicht erteilt werden kann.

3.5 Da die Beschwerdeführer auf der Fortführung des Baubewilligungsverfahrens beharren, überliess die Vorinstanz 1 dem Tiefbauamt die Baugesuchspläne für die Beurteilung der Erschliessungssituation. Sie verweigerte aber weiterhin die Publikation und öffentliche Auflage des Baugesu-

C 2.1

ches. Die Baubehörde kann zwar einen Bauherrn unverbindlich über die negativen Bewilligungsaussichten informieren (vgl. § 84 Abs. 1 PBG). Im Zweifelsfall und auch aus verfahrensökonomischen Gründen muss die Baubehörde jedoch das Publikations- und Auflageverfahren durchführen, wenn ein Bauherr dies ausdrücklich verlangt. Der Bauherr muss hingegen das Risiko in Kauf nehmen, dass für den angekündigten Bauabschluss entsprechende Gebühren entstehen werden. Die Vorinstanz 1 hätte somit von vornherein das Baugesuch öffentlich auflegen und publizieren sowie dieses mit einer Vollständigkeitsprüfung an die Vorinstanz 2 bzw. Baugesuchszentrale weiterleiten müssen. Erst danach hätte die Vorinstanz 2 bzw. das Tiefbauamt über eine allfällige Einfahrtsbewilligung entscheiden können. Gestützt auf deren Ergebnis hätte sodann die Vorinstanz 1 die Erschliessung materiell beurteilen bzw. über das Baugesuch entscheiden können. Insgesamt hat die Vorinstanz 1 damit das Baubewilligungsverfahren zu Unrecht nicht weitergeführt.

3.6 Bezüglich der Voraussetzungen für die Erteilung einer Baubewilligung gilt im Weiteren Folgendes. Wenn noch vorhandene Mängel durch einfache, gezielte Anordnungen behoben werden können, wäre eine Verweigerung der Baubewilligung unter Umständen unverhältnismässig. In diesem Fall ist die Baubewilligung mit Nebenbestimmungen zu versehen (Christian Mäder, Das Baubewilligungsverfahren, Zürich 1991, N 443). Gemäss höchstrichterlicher Rechtsprechung genügt es, wenn im Zeitpunkt der Baubewilligung gewährleistet ist, dass das Bauvorhaben spätestens im Zeitpunkt der Realisierung über die erforderliche Erschliessung verfügt (vgl. Bernhard Waldmann/Peter Hänni, Handkommentar zum Raumplanungsgesetz, Bern 2006, N 62 zu Art. 22). Demnach muss der Nachweis der hinreichenden Erschliessung nicht notwendigerweise (stets) bereits im Zeitpunkt der Baubewilligung erbracht, sondern kann mittels Suspensivbedingung auf den Baubeginn verschoben werden. Die Baubewilligung erlischt, sofern innert der Geltungsdauer eine Suspensivbedingung nicht eintritt und deshalb die Baubewilligung nicht rechtswirksam wird (vgl. RRB Nr. 696 vom 13. August 2013, E. 9.4 mit Hinweis auf EGV-SZ 2008, B 8.3, E. 3.3; Urteil BGer 1C_240/2008 und 1C_241/2008 vom 27. August 2008).

3.7 Nach dem Gesagten hätte die Vorinstanz 1 für das Baugesuch der Beschwerdeführer das Publikations- und Auflageverfahren durchführen müssen. Der angefochtene Beschluss ist daher aufzuheben. Ob das Baugrundstück mit dem vorgesehenen Bauprojekt tatsächlich hinreichend erschlossen ist, kann vorliegend offen bleiben. Insoweit ist auf die Beschwerde (Antrag Ziff. 4, 1. Satz) nicht einzutreten. Festzuhalten bleibt einzig,

dass die Beschwerdeführer bei einer allfälligen Verweigerung der Einfahrtbewilligung über die Grundstücke KTN ... die erforderlichen Rechte von den Nachbarn (insbesondere der Grundeigentümerin des Grundstückes KTN ...) erwerben müssen, damit sie über die (östliche) Einfahrt Höfli/Gigersacher zu ihrem Grundstück gelangen können. Falls diese Verhandlungen erfolglos bleiben sollten, haben die Beschwerdeführer die Möglichkeit, die Vorinstanz 1 um Erschliessungshilfe zu ersuchen. Gemäss § 41 Abs. 1 PBG kann der Gemeinderat die Eigentümer und direkten Anstösser bestehender privater Erschliessungsanlagen verpflichten, die Mitbenützung und den Ausbau durch Dritte gegen volle Entschädigung zu dulden, sofern dies zumutbar und für eine landsparende oder zweckmässige technische Lösung notwendig ist.

4. Zusammenfassend ist die Beschwerde gutzuheissen und der angefochtene Beschluss der Vorinstanz 1 vom 17. August 2015 aufzuheben. Die Vorinstanz 1 wird angewiesen, für das Baugesuch der Beschwerdeführer das Publikations- und Auflageverfahren durchzuführen. (...).
(RRB Nr. 253 vom 15. März 2016).

2.2 Planungsrechtliche und baupolizeiliche Beurteilung einer grösseren Wohnüberbauung

- *Teilweise Verletzung der Begründungspflicht und Heilung der Gehörsverweigerung im Beschwerdeverfahren (Erw. 6).*
- *Umfang des Replikrechts im Verwaltungsbeschwerdeverfahren (Erw. 7).*
- *Befangenheit der Baupräsidentin, die während laufendem Baubewilligungsverfahren mit einem Vertreter der Bauherrschaft ohne plausiblen Anlass beim Mittagessen gesehen wurde (Erw. 8).*
- *Akzessorische Überprüfung eines Gestaltungsplanes im Rahmen eines nachfolgenden Baubewilligungsverfahrens, insbesondere hinsichtlich von Anliegen des Natur- und Heimatschutzes und des Gewässerschutzes (Erw. 9).*
- *Nachträgliche Erbringung des Nachweises der Einhaltung der Planungswerte im Sinne von Art. 24 Abs. 1 USG (Erw. 10).*
- *Angemessenheit der Gebühr für die Behandlung der Einsprachen (Erw. 12).*

C 2.2

Aus dem Sachverhalt:

Am östlichen Rand des Siedlungsgebietes in Merlischachen liegt das Gestaltungsplanareal „Burgmatt“. Der Gestaltungsplan „Burgmatt“ wurde vom Bezirksrat Küssnacht mit Beschluss Nr. 179 vom 9. April 2008 erlassen und vom Regierungsrat am 16. Dezember 2008 genehmigt (vgl. RRB Nr. 1400). Die Wohnüberbauung Burgmatt mit vierzehn Mehrfamilienhäusern und zwei Einstellhallen liegt teilweise in der Kernzone und teilweise in der Wohnzone W2b. Für ein nachgebessertes Bauprojekt wurden die Baubewilligung (unter Bedingungen und Auflagen) erteilt und die eingegangenen Einsprachen abgewiesen. Der Regierungsrat heisst die erhobenen Beschwerden gut und hebt den Beschluss des Bezirkesrates Küssnacht und den Gesamtentscheid des Amtes für Raumentwicklung auf.

Aus den Erwägungen:

6. Die Beschwerdeführer III machen weiter geltend, die Vorinstanz 1 habe ihre Einwände im Zusammenhang mit der beantragten akzessorischen Überprüfung des Gestaltungsplanes bzw. der beantragten Aufhebung des Gestaltungsplanes (wegen der Gewässerschutzproblematik sowie dem Natur- und Heimatschutz) ignoriert. Ausserdem habe sich die Vorinstanz 1 auch nicht ausreichend mit den Rügen im Zusammenhang mit den geplanten Erholungs- und Spielflächen auseinandergesetzt. Die Beschwerdeführer werfen der Vorinstanz 1 damit eine mehrfache Verletzung der Begründungspflicht vor.

6.1 Nach § 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, 7. Auflage, Zürich/St. Gallen 2016, N 1001 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 1038). Die Behörde ist befugt, sich auf die für den Entscheid wesentlichen Gesichtspunkte zu beschränken; sie muss nicht jeden einzelnen Rückpunkt ausdrücklich widerlegen. Es genügt, wenn ersichtlich ist, von wel-

chen Überlegungen sich die Behörde leiten liess (vgl. BGE 135 III 513 ff. E. 3.6.5).

6.2 Bereits im vorinstanzlichen Verfahren vertraten die Beschwerdeführer III die Auffassung, dass durch das Baugrundstück ein Gewässer fliesse, was beim Erlass des Gestaltungsplanes „Burgmatt“ nicht berücksichtigt worden sei. Deshalb halte dieser Gestaltungsplan einer akzessorischen Überprüfung nicht stand und die Überbauung könne nicht realisiert werden. Ebenso sei beim Erlass des Gestaltungsplanes das Bundesinventar der schützenswerten Ortsbilder der Schweiz von nationaler Bedeutung (ISOS) sowie das Bundesinventar der Landschaften und Naturdenkmäler von nationaler Bedeutung (BLN) nicht beachtet worden, was ebenfalls zur Aufhebung des Gestaltungsplanes führe (vgl. u.a. Einsprache vom 12. Juni 2014). Im angefochtenen Beschluss hielt die Vorinstanz 1 dazu fest, dass ihrer Auffassung nach im Bereich des Baugrundstückes kein öffentliches Gewässer vorliege und deswegen auch keine Veranlassung bestehe, den Gestaltungsplan in Frage zu stellen oder zu ändern (vgl. Beschluss Nr. 154 der Vorinstanz 1 vom 11. März 2015, S. 21). Auch unter dem Aspekt des Natur- und Heimatschutzes (ISOS und BLN) lehnte die Vorinstanz 1 eine Aufhebung des Gestaltungsplanes ab (vgl. S. 22 des angefochtenen Beschlusses).

6.3 Auch wenn die Vorinstanz 1 im angefochtenen Beschluss nicht im Detail auf alle von den Beschwerdeführern vorgebrachten Argumente eingegangen ist, vermag die Begründung den gestellten Anforderungen gerade noch zu genügen. Dies gilt auch für die Rügen, welche die Beschwerdeführer im Zusammenhang mit den Erholungs- und Spielflächen erhoben haben. Im Sinne des oben Ausgeführten lassen sich die Überlegungen der Vorinstanz 1 nämlich nachvollziehen und überprüfen und es ist zumindest erkennbar, wovon sie sich bei ihrer Entscheidungsfindung hat leiten lassen. Wie aus der Beschwerdeschrift der Beschwerdeführer III zu schliessen ist, waren diese denn auch ohne weiteres in der Lage, sachgerecht Beschwerde zu erheben. Nach dem Gesagten hat die Vorinstanz 1 ihre Begründungspflicht nicht verletzt. Selbst wenn eine Gehörsverletzung vorliegen sollte, wurde diese im vorliegenden Beschwerdeverfahren vor Regierungsrat geheilt (vgl. dazu BGE 2P.352/2005 vom 24. April 2006, E. 3.2). In diesem konnten sich die Beschwerdeführer vor einer Instanz äussern, die sowohl den Sachverhalt als auch die Rechtslage frei überprüfen kann (§ 46 VRP).

6.4 Die Beschwerdeführer III sind des Weiteren der Auffassung, dass die wesentlichen Unterlagen, insbesondere das von ihnen eingereichte Gutachten der Aqua Plus vom 14. November 2014 inklusive Ergänzung vom

C 2.2

18. Februar 2015, der Vorinstanz 2 bzw. den kantonalen Stellen nicht zugestellt worden seien. Die Vorinstanz 2 bzw. die kantonalen Stellen hätten sich deswegen mit diesen Einwänden der Beschwerdeführer III nicht auseinandersetzen können. Vorab ist festzuhalten, dass selbstverständlich sämtliche Einsprachen inklusive den Beilagen den zuständigen kantonalen Fachämtern zugestellt werden müssen, damit sich diese zu allfällig aufgeworfenen Fachfragen äussern können. Vorliegend trifft es jedoch zu, dass das ergänzende Gutachten der AquaPlus vom 18. Februar 2015 von den kantonalen Stellen nicht mehr berücksichtigt worden ist, da der Gesamtentscheid der Vorinstanz 2 bereits am 29. Januar 2015 gefasst wurde. Aus den dem Regierungsrat vorliegenden Akten geht allerdings offenkundig hervor, dass das Gutachten der AquaPlus vom 24. November 2014 Teil der kantonalen Akten ist (vgl. B19 zur Vernehmlassung der Vorinstanz 2 vom 1. Juni 2015). Es ist somit davon auszugehen, dass die kantonalen Stellen Kenntnis vom Gutachten AquaPlus vom 24. November 2014 hatten. Die Beschwerdeführer III beanstanden jedoch zu Recht, dass die kantonalen Stellen im Gesamtentscheid vom 29. Januar 2015 zu diesem Gutachten und den in diesem Zusammenhang von ihnen geäusserten Einwänden nicht Stellung genommen haben. Da neben dem Bezirk als Hoheitsträger über die Fliessgewässer das Amt für Umweltschutz als Gewässerschutzfachstelle für solche gewässerschutzrechtlichen Fragen zuständig ist (vgl. § 5 Abs. 3 des Einführungsgesetzes zum Gewässerschutzgesetz vom 19. April 2000, EGzGSchG, SRSZ 712.110, 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), wäre dies jedoch notwendig gewesen. Nach dem Gesagten ist die Vorinstanz 2 bzw. das Amt für Umweltschutz seiner Begründungspflicht nicht ausreichend nachgekommen und hat den Anspruch der Beschwerdeführer III auf rechtliches Gehör verletzt.

6.5 Als nächstes ist zu prüfen, ob vorliegend eine Heilung der Gehörsverletzung in Frage kommt. Da der Regierungsrat über eine volle Kognition verfügt (§ 46 VRP) und einerseits das Amt für Umweltschutz in der Vernehmlassung der Vorinstanz 2 vom 1. Juni 2015 und andererseits im vorliegenden Beschluss der Regierungsrat auf das Gutachten der AquaPlus bzw. die Einwände der Beschwerdeführer III im Zusammenhang mit der Gewässerschutzgesetzgebung eingehen, ist die begangene Gehörsverletzung mit dem vorliegenden Beschwerdeverfahren geheilt worden (BGE 138 II 77 E. 4; siehe dazu auch Urteil BGer 2P.352/2005 vom 24. April 2006, E. 3.2).

7. Die Beschwerdegegnerin 1 ist ferner der Auffassung, dass den Beschwerdeführern III kein Replikrecht zustand. Deswegen sei auf deren Eingabe vom 21. August 2015 nicht einzutreten.

7.1 Im Verwaltungsverfahren gilt der einfache Schriftenwechsel als Grundsatz (VGE III 2013 66+67 vom 25. September 2013, E. 3.3; vgl. auch § 41 VRP). Die Rechtsmittel- bzw. die Bewilligungsbehörde kann indessen auf Antrag einer Partei oder von Amtes wegen einen zweiten Schriftenwechsel anordnen (§ 41 VRP). Es steht somit im Ermessen der entscheidenden Instanz, ob sie einen zweiten Schriftenwechsel durchführen will oder nicht. Der zweite Schriftenwechsel kann u.a. angeordnet werden, wenn zu erwarten ist, dass er zur weiteren Erhellung unklarer Verhältnisse beitragen wird (VGE 572/91 vom 5. November 1991, E. 3 mit Hinweisen; Attilio R. Gadola, Das verwaltungsinterne Beschwerdeverfahren, Diss., Zürich 1991, S. 395 ff.). Ferner ergibt sich aus dem verfassungsmässigen Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV) in den Verfahren vor Verwaltungs- und Gerichtsbehörden das Recht, sich zu Eingaben von Vorinstanz oder Gegenpartei („Vernehmlassung“, „Stellungnahme“ und dergleichen) zu äussern, soweit die darin vorgebrachten Noven prozessual zulässig und materiell geeignet sind, den Entscheid zu beeinflussen. Einen derart bedingten Anspruch anerkannte das Bundesgericht bereits unter Herrschaft von Art. 4 aBV. Von diesem Replikrecht i.e.S. zu unterscheiden ist in den Gerichtsverfahren, die Art. 6 Ziff. 1 der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950 (EMRK, SR 0.101) unterliegen, die vom EGMR entwickelte Möglichkeit, zu jeder Eingabe von Vorinstanz oder Gegenpartei Stellung zu nehmen, und zwar unabhängig davon, ob diese neue und erhebliche Gesichtspunkte enthalten (BGE 138 I 154 E. 2.3.2 f.).

7.2 Mit Schreiben vom 3. Juni 2015 stellte der instruierende Rechts- und Beschwerdedienst den Beschwerdeführern III die Vernehmlassungen der Vorinstanzen sowie der Beschwerdegegnerin 1 zu. Nach Fristansetzung für eine Replik reichten die Beschwerdeführer III am 21. August 2015 fristgerecht die Replik ein. Da die Vernehmlassung der Beschwerdegegnerin 1 vom 4. Mai 2015 neue Nichteintretensanträge enthielt, war es zulässig, dass sich die Beschwerdeführer III zu diesen Noven zeitnah nochmals geäußert haben. Die Eingabe der Beschwerdeführer III vom 21. August 2015 wird nicht aus dem Recht gewiesen.

8. Die Beschwerdeführer I und III sind der Auffassung, dass die für das Ressort Planung, Umwelt und Verkehr zuständige Bezirksrätin bei der Beschlussfassung des angefochtenen Entscheides hätte in den Ausstand tre-

C 2.2

ten müssen, da sie im Vorfeld bei einem gemeinsamen Mittagessen mit einem Geschäftsleitungsmitglied der Beschwerdegegnerin 1 gesehen worden sei.

8.1 Gemäss § 132 Bst. a des Justizgesetzes vom 18. November 2009 (JG, SRSZ 231.110) sind Richter, Gerichtsschreiber sowie das Kanzleipersonal von der Ausübung ihres Amtes in eigener Sache ausgeschlossen. Des Weiteren liegt ein Ausstandsgrund vor, wenn eine der genannten Personen von einer Partei oder einer Drittperson im Zusammenhang mit dem Verfahren ein Geschenk oder einen anderen ihr nicht gebührenden Vorteil angenommen hat oder sich versprechen liess (vgl. § 132 Bst. f JG). Eine Person kann überdies abgelehnt werden oder selber den Ausstand verlangen, wenn zwischen ihr und einer Partei Freundschaft, Feindschaft oder ein Pflicht- oder Abhängigkeitsverhältnis besteht, oder wenn andere Umstände vorliegen, die sie als befangen erscheinen lassen (§ 133 Bst. c und d JG). Diese Vorschriften gelten sinngemäss auch für das Verfahren vor den Verwaltungsbehörden und den selbständigen Rekursbehörden (§ 4 Abs. 1 VRP). Somit gelten die Vorschriften über die Ausstandspflichten auch für die Mitglieder der Vorinstanz 1.

8.2 Die Regelungen über den Ausstand sind von grundlegender Bedeutung, da sie sich aus der Garantie für die richtige Zusammensetzung einer Behörde oder eines Gerichts und damit aus dem verfassungsmässigen Anspruch auf ein faires Verfahren und dem Anspruch auf Unabhängigkeit und Unbefangenheit ableiten lassen (vgl. Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., N 1041; vgl. auch Regina Kiener, in: Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich [VRG], 3. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2014, § 5a N 4). Die Nichtbeachtung der Ausstandspflichten stellt in der Regel eine schwerwiegende Verletzung der Verfahrensvorschriften dar und hat deshalb ungeachtet der materiellen Interessenlage die Kassation des unter der Mitwirkung eines ausstandspflichtigen Behördenmitglieds gefassten Entscheids zur Folge. Die unter Verletzung der Ausstandspflichten vorgenommene Amtshandlung ist zu wiederholen (siehe dazu Kiener, a.a.O., § 5a N 55).

8.3 Die Beschwerdeführer III haben bereits im vorinstanzlichen Verfahren ein Ausstandsbegehren gegen die für das Ressort Planung, Umwelt und Verkehr zuständige Bezirksrätin gestellt (vgl. Stellungnahme vom 28. November 2014). Aus dem angefochtenen Beschluss geht jedoch lediglich hervor, dass der Säckelmeister des Bezirks Küssnacht bei der Beschlussfassung des angefochtenen Beschlusses in den Ausstand getreten ist. Daraus ist zu schliessen, dass die Vorinstanz 1 das von den Beschwer-

deführern III gestellte Ausstandsbegehren abgelehnt und die für das Ressort Planung, Umwelt und Verkehr zuständige Bezirksrätin beim angefochtenen Beschluss mitgewirkt hat. Anderes macht die Vorinstanz 1 auch in ihrer Vernehmlassung nicht geltend.

8.4 Gemäss § 138 Abs. 1 JG muss die Aufsichtsbehörde über ein strittiges Ausstandsbegehren entscheiden. Demnach wäre die Vorinstanz 1 vorliegend gar nicht befugt gewesen, das Ausstandsbegehren selbst abzulehnen. Vielmehr hätte sie das strittige Ausstandsbegehren zur Beurteilung an den Regierungsrat als Aufsichtsbehörde über die Gemeinden und Bezirke überweisen müssen (§ 61 Kantonsverfassung vom 24. November 2010, KV, SRSZ 100.100; § 88 Abs. 1 Gesetz über die Organisation der Gemeinden und Bezirke vom 29. Oktober 1969, Gemeindeorganisationsgesetz, GOG, SRSZ 152.100). Da vorliegend der Regierungsrat für die Beurteilung des Ausstandsbegehrens ohnehin erstinstanzlich zuständig ist, erübrigt sich jedoch eine Aufhebung der Baubewilligung allein aus dem genannten Grund. Der Regierungsrat entscheidet selbst über das gestellte Ausstandsbegehren (vgl. RRB Nr. 586 vom 19. Juni 2012, E. 2 ff.). Für den Regierungsrat ist es jedoch nicht nachvollziehbar, weshalb sich die Vorinstanz 1 bei der Beurteilung des Ausstandsbegehrens erneut nicht an die vom Gesetz vorgesehene Vorgehensweise gehalten hat, obschon sie bereits mit Regierungsratsbeschluss Nr. 928 vom 25. September 2012 darauf hingewiesen wurde.

8.5 Der Zweck der Ausstandspflicht besteht darin, jeden Anschein von Befangenheit oder Interessenkollisionen zu vermeiden. Befangenheit ist anzunehmen, wenn Umstände vorliegen, die geeignet sind, Misstrauen in die Unparteilichkeit eines Richters, eines anderen Behördenmitgliedes oder eines Funktionärs zu erwecken. Solche Umstände können entweder in einem bestimmten persönlichen Verhalten oder in gewissen funktionellen und organisatorischen Gegebenheiten begründet sein. Dabei genügt es, wenn Umstände vorliegen, die den Anschein der Befangenheit und die Gefahr der Voreingenommenheit zu begründen vermögen (RRB Nr. 79 vom 22. Januar 2008, E. 4.1). Massgebend ist, ob vom Standpunkt der betreffenden Partei aus genügend objektive Gründe vorliegen, die in den Augen eines vernünftigen Menschen geeignet sind, Misstrauen gegenüber der Unparteilichkeit des Behördenmitgliedes oder des Funktionärs zu erregen. Das Misstrauen darf somit nicht nur im subjektiven Empfinden einer Partei wurzeln, sondern es muss sich auf konkrete Tatsachen stützen lassen. Die Befangenheit darf dabei nicht leichthin angenommen werden, weil sonst der Rechtsgang empfindlich gestört werden könnte (RRB Nr. 255 vom 13. März 2012, E. 1.1; siehe auch RRB Nr. 186 vom 15. Februar 2011,

C 2.2

E. 1.3.2). Den Eindruck fehlender Unabhängigkeit erweckt, wer die Angelegenheit ausserhalb des Verfahrens mit einer Partei oder ihrem Vertreter bespricht oder verfahrensbezogenen Rat erteilt. Es gilt grundsätzlich das Verbot des Berichtens (§ 4 Abs. 1 VRP i.V.m. § 91 JG). Demgegenüber darf im Amtsverkehr von Verwaltungsbehörden – nicht zuletzt mit Blick auf die Festlegung des rechtserheblichen Sachverhalts – der Kontakt mit den betroffenen Parteien gepflegt werden (siehe dazu § 84 Abs. 1 des Planungs- und Baugesetzes vom 14. Mai 1987, PBG, SRSZ 400.100). Zum Schutz vor befangenheitsbegründeten Festlegungen müssen solche Kontakte aber in formalisierter Weise unter Erstellung entsprechender Akten sowie unter Beizug aller Parteien erfolgen (vgl. Kiener, a.a.O., § 5a N 22).

8.6 Zwischen den Parteien ist unbestritten, dass die für das Ressort Planung, Umwelt und Verkehr zuständige Bezirksrätin mit einem Geschäftsleitungsmitglied der Beschwerdegegnerin 1 am 20. Oktober 2014 das Restaurant „Tells Hohle Gasse“ für ein gemeinsames Mittagessen aufgesucht hat. Aus den dem Regierungsrat vorliegenden Akten geht nicht hervor, was genau der Anlass für dieses gemeinsame Mittagessen war und was anlässlich dieses Mittagessens besprochen wurde. Der Zweck des gemeinsamen Mittagessens ist somit unklar. Ferner kann nicht beurteilt werden, ob bei diesem Mittagessen tatsächlich das vorliegend umstrittene Bauprojekt besprochen worden ist. Diese Fragen können jedoch offengelassen werden. Denn unter der Berücksichtigung des Umstandes, dass die Beschwerdegegnerin 1 am 16. Mai 2014 das Baugesuch für die Wohnüberbauung Burgmatt und am 21. Oktober 2014 letztmals geänderte Pläne eingereicht hat und damit in diesem Zeitpunkt das Baubewilligungsverfahren für die Wohnüberbauung Burgmatt bei der Vorinstanz 1 noch hängig war und es sich dabei um ein sehr umstrittenes Projekt handelt, reicht bereits ein gemeinsames Mittagessen zwischen der zuständigen Bezirksrätin und einem Geschäftsleitungsmitglied der Beschwerdegegnerin 1, um den Anschein der Befangenheit zu erwecken. Kommt hinzu, dass die Beschwerdegegnerin 1 ihren Geschäftssitz in Küsnacht ZH hat, weshalb es sich beim besagten Mittagessen vermutlich nicht um eine zufällige Begegnung gehandelt hat. In diesem Zusammenhang kann auch nicht von einem gesellschaftlich üblichen Umgang gesprochen werden.

8.7 Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die für das Ressort Planung, Umwelt und Verkehr zuständige Bezirksrätin bei der Beschlussfassung über die Wohnüberbauung Burgmatt hätte in den Ausstand treten müssen. Der angefochtene Beschluss müsste schon aus diesem Grund aufgehoben werden. Da das Bauvorhaben ohnehin noch aus anderen Gründen überarbeitet

werden muss, führt nicht allein die Verletzung der Ausstandsregeln zur Aufhebung des angefochtenen Beschlusses.

9. Die Bauparzelle KTN 1617 erstreckt sich einerseits über die Kernzone (und zwar entlang der Luzernerstrasse) und andererseits über die Wohnzone W2b. Es muss jedoch beachtet werden, dass die Bauparzelle innerhalb des Gestaltungsplanareals „Burgmatt“ liegt. Dieser Gestaltungsplan „Burgmatt“ wurde von der Vorinstanz 1 mit Beschluss Nr. 179 am 9. April 2008 erlassen und vom Regierungsrat am 16. Dezember 2008 mit Beschluss Nr. 1400 genehmigt. Er ist somit rechtskräftig und für die vorliegend geplante Überbauung massgebend. Die Beschwerdeführer III beantragen nun im vorliegenden Einsprache- bzw. Beschwerdeverfahren, welches die auf dem Gestaltungsplangebiet geplante Überbauung zum Gegenstand hat, die Aufhebung des Gestaltungsplanes. Sie begründen ihren Antrag einerseits damit, dass beim Erlass des Gestaltungsplanes das ISOS und das BLN nicht beachtet worden seien. Andererseits sei beim Gestaltungsplanerlass übersehen worden, dass durch das Baugrundstück ein Gewässer fliesse.

9.1 Vorab ist festzuhalten, dass vorliegend nur die kommunale Baubewilligung für die geplante Überbauung Burgmatt gemäss Beschluss Nr. 154 der Vorinstanz 1 vom 11. März 2015 und der Gesamtentscheid der Vorinstanz 2 vom 29. Januar 2015 Anfechtungsgegenstand sind. Der Gestaltungsplan „Burgmatt“ ist jedoch nicht Gegenstand dieses angefochtenen Beschlusses und somit grundsätzlich auch nicht Gegenstand des vorliegenden Beschwerdeverfahrens. Denn der Gestaltungsplan „Burgmatt“ ist rechtskräftig. Allerdings hat der Regierungsrat im Genehmigungsbeschluss die Einhaltung der Planungswerte der Empfindlichkeitsstufe III gemäss der Lärmschutzverordnung sowie die Erfüllung weiterer Vorgaben im Zusammenhang mit dem behindertengerechten Bauen vorbehalten (RRB Nr. 1400 vom 16. Dezember 2008, Dispositivziffern 2 und 3). Mit Ausnahme dieser Vorbehalte ist eine akzessorische Überprüfung des Gestaltungsplanes „Burgmatt“ grundsätzlich nicht mehr zulässig, da die Einwendungen gegen die Sondernutzungsplanung im Auflageverfahren hätten vorgebracht werden können und müssen.

9.2 Von diesem Grundsatz könnte ausnahmsweise abgewichen werden, wenn die Tragweite der Eigentumsbeschränkungen nicht von Anfang an erkennbar war oder den Beschwerdeführern kein Rechtsmittel offenstand, mit welchem sie ihre Interessen hätten wahren können, oder wenn sich seit Erlass des Planes die gesetzlichen Vorschriften über die Ortsplanung geändert oder die tatsächlichen Umstände in einer Weise gewandelt haben, dass das öffentliche Interesse an der Beibehaltung der auferlegten Nut-

C 2.2

zungsbeschränkungen dahingefallen sein könnte (Urteil BGer 1C_62/2015 vom 9. November 2015 E. 4). Eine solche Präzisierung entspricht der Überprüfungspflicht von Nutzungsplänen gemäss Art. 21 Abs. 2 des Bundesgesetzes vom 22. Juni 1979 über die Raumplanung (RPG, SR 700), wonach Nutzungspläne zu überprüfen und nötigenfalls anzupassen sind, wenn sich die Verhältnisse erheblich geändert haben (Bernhard Waldmann/Peter Hänni, Handkommentar zum Raumplanungsgesetz, Bern 2006, Art. 33 N 71, Art. 21 N 223; BGE 123 II 342 E. 3a mit Hinweisen; EGV-SZ 2008 C 2.3, E. 7.1.3 mit Hinweisen; EGV-SZ 2005 B 8.11, E. 1 mit Hinweisen; VGE III 2013 66+67 vom 25. September 2013, E. 5.2.1-5.2.2 mit Hinweisen, u.a. auf BGE 127 I 103 E. 6b).

9.3 Am 22. Juni 2007 ersuchte die Beschwerdegegnerin 2 um Erlass des Gestaltungsplans „Burgmatt“. Das Gesuch wurde publiziert (Abl 2007, S. 1151) und öffentlich aufgelegt. Innert Frist gingen dagegen auch diverse Einsprachen ein, u.a. auch vom Beschwerdeführer 1 des Beschwerdeverfahrens III. Diese Einsprachen wies die Vorinstanz 1 mit Beschluss Nr. 179 vom 9. April 2008 ab und erliess den Gestaltungsplan „Burgmatt“. Die dagegen eingereichte Verwaltungsbeschwerde wurde nach Verhandlungen zurückgezogen und vom damaligen Justizdepartement (heute: Sicherheitsdepartement) in der Folge am 26. Mai 2008 abgeschrieben. Nach dem Gesagten hätten die Beschwerdeführer (III) ihre Interessen im Erlassverfahren des Gestaltungsplans in zumutbarer Weise rechtzeitig wahrnehmen und die zulässigen Rechtsmittel ergreifen können. Die Beschwerdeführer (III) haben jedoch darauf verzichtet bzw. der Beschwerdeführer 1 des Beschwerdeverfahrens III hat es unterlassen, gegen die Abweisung seiner Einsprache ein Rechtsmittel einzulegen. Kommt hinzu, dass der Genehmigungsbeschluss des Regierungsrates (vgl. RRB Nr. 1400 vom 16. Dezember 2008) ebenfalls im Amtsblatt publiziert wurde (Abl 2008, S. 2706). Die Beschwerdeführer (III) hätten spätestens zu diesem Zeitpunkt gegen den Erlass bzw. die Genehmigung des Gestaltungsplanes beim Verwaltungsgericht opponieren müssen (§ 51 Bst. a VRP; August Mächler, Justizreform des Bundes und ihre Umsetzung für die Staats- und Verwaltungsrechtspflege sowie das Verwaltungsverfahren im Kanton Schwyz, in EGV-SZ 2010, S. 201 und Fussnote 72; EGV-SZ 2009 B 8.4, E. 8). Da der Vertrauensschutz es gebietet, dass mit den Einwendungen gegen die (Sonder-) Nutzungsplanung nicht bis zu einem nachfolgenden Baubewilligungsverfahren zugewartet wird, erfolgen die Rügen gegen den Gestaltungsplan „Burgmatt“ grundsätzlich verspätet. Eine akzessorische Überprüfung des Gestaltungsplanes „Burgmatt“ ist somit nur noch zulässig, wenn wesentliche veränderte Verhältnisse vorliegen. Schon deswegen sind die Einwände

der Beschwerdeführer III gegen die im Rahmen des Gestaltungsplanerlasses erteilten Ausnahmen nicht mehr zu hören.

9.4.1 Die Beschwerdeführer III rügen insbesondere, dass beim Erlass des Gestaltungsplanes dem ISOS und dem BLN-Schutzobjekt zu wenig Beachtung geschenkt worden sei.

9.4.2 Es trifft zu, dass die Bauparzelle im Perimeter des BLN-Objekts Nr. 1606 „Vierwaldstättersee mit Kernwald, Bürgenstock und Rigi“ liegt (Anhang 1 der Verordnung vom 10. August 1977 über das Bundesinventar der Landschaften und Naturdenkmäler, VBLN, SR 451.11). Dieses BLN-Objekt Nr. 1606 wurde bereits im Jahre 1983 in das Bundesinventar aufgenommen. Dies bedeutet, dass die Bauparzelle bereits beim Erlass des Gestaltungsplanes „Burgmatt“ im Perimetergebiet des BLN-Objekts Nr. 1606 war. Es liegen somit keine wesentlichen veränderten Verhältnisse vor. Das Gleiche gilt auch im Zusammenhang mit dem Umstand, dass die Parzelle KTN 1617 im ISOS inventarisiert ist (vgl. Anhang der Verordnung über das Bundesinventar der schützenswerten Ortsbilder der Schweiz vom 9. September 1981, VISOS, SR 451.12; siehe auch Inventar der schützenswerten Ortsbilder der Schweiz, ISOS, Bd. Kanton Schwyz, EDI 1990, S. 199 ff.). Die Inventarisierung wurde dann sowohl von dem in erster Linie für die Beurteilung des Ortsbild- und Landschaftsschutzes zuständigen Bezirksrat Küsnacht als auch vom Amt für Kultur bei der Überprüfung des Gestaltungsplanes „Burgmatt“ berücksichtigt (vgl. Beschluss Nr. 179 vom 9. April 2009 sowie Mitbericht des Amtes für Kulturpflege [heute: Amt für Kultur] vom 2. Juli 2008, erwähnt im Genehmigungsbeschluss Nr. 1400 vom 16. Dezember 2008).

9.4.3 Im Zusammenhang mit dem Natur- und Heimatschutz liegen somit keine wesentlich veränderten Verhältnisse vor, die eine Überprüfung und Anpassung des Gestaltungsplanes „Burgmatt“, geschweige denn dessen Aufhebung nahelegen würden. Eine Neubeurteilung fällt auch schon aus Gründen der Planbeständigkeit und des Vertrauensschutzes sowie der Rechtssicherheit ausser Betracht, zumal der Gestaltungsplan erst rund sieben Jahre in Kraft ist. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass das Bundesgericht mit BGE 135 II 209 in Bezug auf das ISOS festgehalten hat, dass die Schutzbestimmung des Art. 6 des Bundesgesetzes vom 1. Juli 1966 über den Natur- und Heimatschutz (NHG, SR 451) zwar nur bei der Erfüllung von Bundesaufgaben in unmittelbarer Weise Geltung beanspruche, bei der Erfüllung von kantonalen und kommunalen Aufgaben der Schutz von Ortsbildern jedoch durch kantonales und kommunales Recht gewährleistet sein müsse. Diesen Anforderungen wurde die kantonale und

kommunale Gesetzgebung beim Erlass des Gestaltungsplanes „Burgmatt“ jedoch bereits gerecht. Denn das ISOS ist bereits kantonal durch den Richtplan (vgl. Richtplan Kanton Schwyz vom 20. Oktober 2004 bzw. Richtplan Region Rigi-Mythen, regionale Ergänzung, 2. Teil vom 24. Juni 2008) und kommunal durch den kommunalen Richtplan vom 5. Januar 2006, die Bestimmungen im Baureglement des Bezirks Küssnacht vom 1. November 2006 (BauR) in Bezug auf den Ortsbildschutz in der Kernzone sowie durch das Ortsbildinventar des Bezirks Küssnacht umgesetzt (vgl. BGE 135 II 209 E. 5.3; siehe dazu auch VGE III 2014 116 und III 2014 129 vom 25. November 2014, E. 6.4; siehe auch RRB Nr. 223 vom 10. März 2015, E. 11). Da diese kantonalen und kommunalen Bestimmungen beim Erlass des Gestaltungsplanes massgebend waren, ist dem ISOS damals ausreichend Rechnung getragen worden.

9.4.4 Soweit die Beschwerdeführer III der Auffassung sind, der Gestaltungsplan „Burgmatt“ müsse aufgehoben werden, weil im Erlassverfahren kein externes Gutachten durch die Eidgenössische Kommission für Denkmalpflege (EKD) bzw. die Eidgenössische Natur- und Heimatschutzkommission (ENHK) eingeholt wurde, verkennen sie, dass dies vorliegend nicht nötig war, da die Bewilligungserteilung für ein Bauvorhaben innerhalb der Bauzonen nicht als Bundesaufgabe gilt (vgl. RRB Nr. 174 vom 23. Februar 2016, E. 3.3; siehe dazu auch Jean-Baptiste Zufferey, Kommentar zum Bundesgesetz über den Natur- und Heimatschutz, NHG-Kommentar, Zürich 1997, Kommentar zu Art. 2 NHG, Rz. 1 ff.). Die EDK bzw. die ENHK kann besondere Gutachten auch nach Art. 17a NHG ausfertigen, sofern ein Vorhaben, das keine Bundesaufgabe nach Art. 2 NHG darstellt, ein Objekt beeinträchtigen könnte, das in einem Inventar des Bundes nach Art. 5 NHG (wie z.B. BLN, ISOS) aufgeführt oder anderweitig von besonderer Bedeutung ist (Art. 25 Abs. 1 Bst. e der Verordnung über den Natur- und Heimatschutz vom 16. Januar 1991, NHV, SR 451.1). Solche Gutachten sind indessen fakultativ und dürfen nur mit Zustimmung des Kantons erfolgen (Jörg Leimbacher, NHG-Kommentar, Rz. 1 ff. zu Art. 17a NHG, S. 337 ff.). Die kantonalen Behörden sind demzufolge nicht verpflichtet, ein Gutachten der EKD bzw. der ENHK einzuholen (RRB Nr. 334 vom 16. April 2013, E. 7.1.2). Auch aufgrund der kantonalen und kommunalen Planungs- und Baurechtsgrundlagen besteht für die kantonalen und kommunalen Behörden keine solche Verpflichtung. Es ist vorliegend daher nicht zu beanstanden, dass beim Erlassverfahren des Gestaltungsplanes kein Gutachten der EDK bzw. der ENKH eingeholt wurde, zumal eine Stellungnahme der kantonalen Fachbehörde vorlag (vgl. Mitbericht des Amtes für Kulturpflege [heute: Amt für Kultur] vom 2. Juli 2008).

9.4.5 Schliesslich führt auch der Umstand, dass der damalige Präsident der Ortsbildkommission des Bezirks Küssnacht gleichzeitig Geschäftsleitungsmitglied mit Einzelunterschrift bei der das vorliegende Projekt leitenden Architekturfirma war, nicht zur Aufhebung des Gestaltungsplanes. Denn der Ortsbildkommission kommt keine abschliessende Entscheidungsbefugnis zu. Vielmehr ist der Bezirksrat für die abschliessende Beurteilung des Ortsbilds- und Landschaftsschutzes bzw. den Erlass des Gestaltungsplanes zuständig. Der Vorinstanz 1 wird jedoch darauf hingewiesen, dass auch in den Kommissionen die Vorschriften über den Ausstand zu beachten sind.

9.5.1 Die Beschwerdeführer I und III sind der Ansicht, dass durch das Gestaltungsplangebiet „Burgmatt“ ein Fliessgewässer, das sogenannte Burgbächli, fliesse. Dies sei beim Erlass des Gestaltungsplans unberücksichtigt geblieben. Die Existenz eines Fliessgewässers durch das Gestaltungsplangebiet stelle eine Veränderung der tatsächlichen Verhältnisse dar, welche zur Aufhebung des Gestaltungsplans führe. Denn einerseits müsse der Bachlauf freigelegt und aufgewertet und andererseits müsse ein Gewässerraum ausgeschieden und berücksichtigt werden.

9.5.2 Die Beschwerdeführer III machen somit geltend, dass der Gestaltungsplan sowie das darauf basierende Bauprojekt die neuen, seit dem 1. Januar 2011 in Kraft stehenden Gewässerschutzbestimmungen über den Gewässerraum bzw. die Revitalisierung verletzen würden (vgl. Art. 36a ff. des Bundesgesetzes über den Schutz der Gewässer vom 24. Januar 1991, Gewässerschutzgesetz, GSchG, SR 814.20). Diese Bestimmungen finden jedoch nur auf oberirdische Gewässer Anwendung. Ein oberirdisches Gewässer ist ein Wasserbett mit Sohle und Böschung sowie tierischer und pflanzlicher Besiedlung (Art. 4 Bst. a GSchG). Solche Gewässer sind in der Landschaft und somit auch auf Landeskarten erkennbar. In diesem Sinne hält auch der Erläuterungsbericht des Bundesamtes für Umwelt zur Änderung der Gewässerschutzverordnung fest, dass die Kantone sinnvollerweise den Gewässerraum nur für Gewässer ausscheiden, die auf der Landeskarte 1:25'000 verzeichnet sind (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. 11).

9.5.3 Das Amt für Umweltschutz als zuständige Gewässerschutzfachstelle (vgl. § 5 Abs. 3 EGzGSchG i.V.m. § 4 Abs. 1 und Abs. 3 Bst. c VwzGSchG) hat vernehmlassend zutreffend festgestellt, dass in der Landes-

C 2.2

karte der Schweiz 1:25'000 auf dem Baugrundstück kein oberirdisches Gewässer verzeichnet ist. Auch auf den Luftbildern aus den Jahren 2006, 2010 sowie 2013 ist auf der Bauparzelle kein oberirdisches Gewässer erkennbar. Es ist lediglich der offen verlaufende Teil des Burgbächli ersichtlich, welches südwestlich unterhalb der Bauparzelle verläuft. Auch in der Ökomorphologiekarte ist im Gestaltungsplangebiet „Burgmatt“ selbst kein Gewässer vermerkt (vgl. WebGis des Kantons Schwyz, besucht am 15. März 2016). Schliesslich ist sowohl im generellen Entwässerungsplan „Sanierung ausserhalb Bauzone, Merlischachen, Küssnacht“ vom 25. November 2011 als auch im generellen Entwässerungsplan „Zustand Gewässer, Merlischachen“ vom 29. März 2005 auf dem Baugrundstück kein Gewässer eingezeichnet. Anhand von älterem Kartenmaterial wie der Siegfried- oder der Dufourkarte ist auf der Bauparzelle ebenfalls kein oberirdisches Gewässer verzeichnet. Vielmehr ist in diesen Karten in der näheren Umgebung nur der Dorfbach vermerkt (vgl. WebGis des Kantons Schwyz, besucht am 15. März 2016; siehe dazu map.geo.admin.ch, dargestellte Karten: Zeitreise-Kartenwerke, besucht am 16. März 2016). Es gibt somit auch kein oberirdisches Fliessgewässer auf dem Baugrundstück, welches später eingedolt wurde.

9.5.4 Die Beschwerdeführer III sind jedoch der Meinung, dass durch das Baugrundstück ein eingedolter Wasserlauf führe. Um dies zu belegen, reichten sie das Gutachten der AquaPlus AG vom 14. November 2014 sowie die Ergänzung des Gutachtens der AquaPlus AG vom 18. Februar 2015 ein. Das Gutachten der AquaPlus AG vom 14. November 2014 (S. 6) kam basierend auf der Bestandaufnahme vom 29. Oktober 2014 zum Ergebnis, dass im Gebiet der Burgmatt ein Fliesssystem vorhanden sei, welches sich vom Dorfbach abgrenze und eigenständig in den Vierwaldstättersee münde. Dieses Fliesssystem habe sein Einzugsgebiet im Bereich der Schöneegg, westlichen Grossmatt, Kleinmatt, Burgmatt und Chappelmatt. Die Entwässerung dieses Einzugsgebietes von rund 0.35 km² sei früher mit grosser Wahrscheinlichkeit ausgehend von ständig fliessenden Hangquellen zum Burgbächli und anschliessend in das Ried am Ufer des Vierwaldstättersees erfolgt. Der Unterlauf des Burgbächli sei heute noch offen fliessend. Die zufließenden Quellbäche wie auch der Oberlauf des Burgbächli seien vermutlich im Rahmen der landwirtschaftlichen Nutzung wie auch der Überbauung eingedolt worden.

9.5.5 Das Gutachten hält zutreffend fest, dass der Unterlauf des Burgbächli, welches südlich der Bauparzelle verläuft, offen und der Oberlauf eingedolt verläuft. Dies ergibt sich auch aus dem generellen Entwässerungsplan „Zustand Gewässer, Merlischachen“ vom 29. März 2005. Das

Burgbächli selbst verläuft jedoch nicht über die Bauparzelle, sondern nur entlang der südlichen Grenze. Das Gutachten geht weiter davon aus, dass Hangquellen bzw. eingedolte Quellbäche über das Baugrundstück zum Burgbächli fliessen. Auch das Amt für Umweltschutz als zuständige Gewässerschutzfachstelle bestätigt vernehmlassend, dass der Bericht vom 14. November 2014 auf Grund der Bestandesaufnahme (Leitfähigkeit, Wassertemperatur, Abflussmenge, Topographie und Sedimentbeschaffenheit) aufzeige, dass das Einzugsgebiet des Burgbächli bis oberhalb der Bahnlinie reiche. Dabei stellt das Amt für Umweltschutz jedoch zutreffend fest, dass aus den im Gutachten der AquaPlus AG vom 14. November 2014 erwähnten kartographischen Quellen die vermuteten Gewässer nicht eindeutig hervorgehen. Ferner weist das Amt für Umweltschutz vernehmlassend zu Recht darauf hin, dass allein mit diesen Berichten noch nicht erstellt sei, dass über die Bauparzelle tatsächlich ein Fliessgewässer fliesst bzw. floss. Es gibt für den Regierungsrat keinen Anlass, von dieser Beurteilung abzuweichen. Denn selbst wenn – wie im Gutachten der AquaPlus AG behauptet – über bzw. unter dem Baugrundstück Quellbäche (welche u.a. gefasst wurden) verlaufen würden, müsste für diese weder ein Gewässerraum ausgeschieden noch eine Renaturierung vorgenommen werden, da dies nur bei (u.a. verbauten, korrigierten, überdeckten oder eingedolten) oberirdischen Gewässern notwendig ist (vgl. Art. 4 Bst. a und m GSchG i.V.m. Art. 36a und Art. 38a GSchG). Bei den vermuteten Quellen bzw. Quellbächen handelt es sich jedoch um sogenannte unterirdische Gewässer gemäss Art. 4 Bst. b GSchG, auf welche die angeblich verletzten Normen der Gewässerschutzgesetzgebung keine Anwendung finden. Kommt hinzu, dass nicht jeder Wasserabfluss (z.B. Quellabflüsse, Hangwasser, etc.) bzw. jeder Wasseraufstoss ein Gewässer im Sinne der Gewässerschutzgesetzgebung ist.

9.5.6 Die Vorinstanzen haben somit zutreffend festgestellt, dass auf dem Baugrundstück kein relevantes (Fliess-)Gewässer vorhanden ist, bei welchem ein Gewässerraum ausgeschieden bzw. welches renaturiert werden muss. Ein weiteres Gutachten ist nicht notwendig. Nach dem Gesagten liegen demnach keine tatsächlichen veränderten Verhältnisse vor, welche eine Aufhebung des Gestaltungsplanes rechtfertigen.

9.5.7 Im Bereich der Gewässerschutzgesetzgebung hat sich jedoch seit Erlass des Gestaltungsplanes die Rechtslage verändert. Seit dem 1. Januar 2011 sind die Artikel 36a ff. GSchG und seit dem 1. Juni 2011 die Ausführungsbestimmungen in den Artikeln 41a ff. der Gewässerschutzverordnung vom 28. Oktober 1998 (Gewässerschutzverordnung, GSchV, SR 814.201) in Kraft. Der vorliegend umstrittene Gestaltungsplan „Burg-

C 2.2

matt“ wurde jedoch noch vor der Inkraftsetzung der neuen Bestimmungen erlassen (vgl. Beschluss Nr. 179 der Vorinstanz 1 vom 9. April 2008) und genehmigt (vgl. Regierungsratsbeschluss Nr. 1400 vom 16. Dezember 2008). Es ist deshalb nicht zu beanstanden, dass der Gestaltungsplan die Rechtsänderung nicht berücksichtigt hat. Da jedoch das Bundesgericht entschieden hat, dass die neuen Bestimmungen der Gewässerschutzgesetzgebung unmittelbar anwendbar sind, müssen sie zumindest im vorliegenden Baubewilligungsverfahren berücksichtigt werden (vgl. BGE 139 II 470 E. 4.2).

9.5.8 Nach dem Gesagten finden die neuen Bestimmungen der Gewässerschutzgesetzgebung auf das vorliegende Baubewilligungsverfahren Anwendung. Da jedoch über das Baugrundstück selbst – wie in den vorangehenden Erwägungen detailliert ausgeführt – kein oberirdisches Gewässer fliesst, hat diese Rechtsänderung grundsätzlich keine direkte Auswirkung auf das vorliegende Bauvorhaben. Die Bestimmungen müssen allenfalls im Zusammenhang mit dem südlich des Baugrundstücks verlaufenden Burgbächli berücksichtigt werden. Denn aufgrund der dem Regierungsrat vorliegenden Akten ist dieses teils offene und teils eingedolte Burgbächli eher als Gewässer und nicht als Meteorwasserleitung zu qualifizieren. Das Burgbächli ist zwar im generellen Entwässerungsplan „Sanierung ausserhalb Bauzone, Merlischachen, Küssnacht“ vom 25. November 2011 als Meteorwasserleitung eingezeichnet. Allerdings macht dies wenig Sinn, da diese Meteorwasserleitung, insbesondere der eingedolte Teil, gar keine Bauten erschliesst, sondern lediglich über Landwirtschaftsland führt. Auch der Umstand, dass der seenahe Teil des Burgbächli offen geführt wird und der hintere eingedolte Teil des Burgbächlis nicht linear verläuft, deutet darauf hin, dass es keine künstlich angelegte Meteorwasserleitung ist. Kommt hinzu, dass das Burgbächli im generellen Entwässerungsplan „Zustand Gewässer, Merlischachen“ vom 29. März 2005 als teilweise offenes und teilweise eingedecktes Gewässer verzeichnet ist. Da das vorliegende Bauvorhaben jedoch bereits aus anderen Gründen überarbeitet werden muss, kann die Frage, ob das Burgbächli eine Meteorwasserleitung oder ein Gewässer ist, vorliegend offen gelassen werden. Sollte es sich um ein Gewässer handeln, müssen die Bauten im Baubereich C14 die neuen Gewässerschutzbestimmungen beachten. Ausserdem wäre eine Einleitungsbewilligung notwendig. Im Rahmen dieser Bewilligung müsste ausserdem nochmals überprüft werden, ob die Abflusskapazität ausreichend ist. Dies wäre im Übrigen auch notwendig, wenn es sich um eine Meteorwasserleitung handeln würde. Denn aus den dem Regierungsrat vorliegenden Akten geht nicht klar hervor, ob der Abfluss des Meteorwassers tatsächlich gewährleistet ist. Aus den Baugesuchsunterlagen (Plan PLA05.01.03: Kanalisation

vom 12. Mai 2014 sowie dem Baubeschrieb vom 12. Mai 2014) geht hervor, dass der aus dem Bauprojekt resultierende Meteorwasserabfluss die zulässige abzuleitende Wassermenge gemäss GEP überschreitet. Der Kanalisationskontrollbericht vom 30. Juni 2014 hält dazu lediglich fest, dass für die Überbauung in Seenähe keine Retention nötig sei. Ausserdem werde die Meteorwasserleitung bis zum offenen Gewässer neu erstellt und dementsprechend dimensioniert. Aus den Unterlagen gehen jedoch keine weiteren Details dazu hervor. Bei einem allfälligen Nachfolgeprojekt ist die Frage der Abflusskapazität deswegen nochmals zu prüfen und detaillierter zu dokumentieren.

10. Die Beschwerdeführer III beanstanden weiter, dass das Bauprojekt im Zusammenhang mit den Lärmimmissionen die auf dem Baugrundstück geltenden Planungswerte nicht einhält und dafür extensive Ausnahmen erteilt worden seien, obwohl im Genehmigungsbeschluss der Regierungsrat die Einhaltung der Planungswerte verlangt hat.

10.1 Gemäss Art. 24 Abs. 1 des Bundesgesetzes über den Umweltschutz vom 7. Oktober 1983 (USG, SR 814.01) dürfen neue Bauzonen für Wohngebäude oder andere Gebäude, die dem längeren Aufenthalt von Personen dienen, nur in Gebieten vorgesehen werden, in denen die Lärmimmissionen die Planungswerte nicht überschreiten oder in denen diese Werte durch planerische, gestalterische oder bauliche Massnahmen eingehalten werden können (vgl. auch Art. 29 der Lärmschutz-Verordnung vom 15. Dezember 1986, SR 814.41, LSV). Als neu gelten Bauzonen, die nach dem Inkrafttreten des Umweltschutzgesetzes am 1. Januar 1985 rechtskräftig ausgeschlossen wurden (vgl. Robert Wolf, Kommentar zum Umweltschutzgesetz, 2. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2004, Art. 24 N. 15). Werden die Planungswerte in einer bestehenden, aber noch nicht erschlossenen Bauzone für Wohngebäude oder andere Gebäude, die dem längeren Aufenthalt von Personen dienen, überschritten, so sind sie gemäss Art. 24 Abs. 2 USG einer weniger lärmempfindlichen Nutzungsart zuzuführen, sofern nicht durch planerische, gestalterische oder bauliche Massnahmen im überwiegenden Teil dieser Zone die Planungswerte eingehalten werden können. Die bei Inkrafttreten der Lärmschutzverordnung am 1. April 1987 noch nicht erschlossenen Bauzonen für Gebäude mit lärmempfindlichen Räumen dürfen gemäss Art. 30 LSV nur so weit erschlossen werden, als die Planungswerte eingehalten sind oder durch eine Änderung der Nutzungsart oder durch planerische, gestalterische oder bauliche Massnahmen eingehalten werden können. Die Vollzugsbehörde kann für kleine Teile von Bauzonen Ausnahmen gestatten. In bestehenden, erschlossenen Bauzonen sind in der Regel die Immissionsgrenzwerte zu beachten (Art. 22 USG, Art. 31 LSV). Die

C 2.2

Regel, dass in neuen oder noch nicht erschlossenen Bauzonen im Gegensatz zu den bestehenden und erschlossenen Zonen die strengeren Planungswerte und nicht die Immissionsgrenzwerte einzuhalten sind, ist Ausdruck des Vorsorgeprinzips, welches die gesamte Umweltschutzgesetzgebung beherrscht (BGE 117 Ib 308 E. 3a).

10.2 Zwischen den Parteien ist unbestritten, dass in lärmschutzrechtlicher Hinsicht für den Erlass des Gestaltungsplanes „Burgmatt“ die Planungswerte massgebend waren. Denn einerseits wurde die Bauparzelle KTN 1617 erst nach dem 1. Januar 1985 eingezont (vgl. Zonenplan Merlischachen vom 16. November 1989) und andererseits war das Gestaltungsplangebiet nicht ausreichend erschlossen, so dass der Ausbau des Burgweges notwendig war. Ausserdem ist ein Grundstück bzw. ein Baugebiet in aller Regel noch nicht erschlossen bzw. baureif im Sinne von Art. 24 Abs. 2 USG und Art. 30 LSV, wenn noch ein Gestaltungsplan erlassen werden muss (URP 1998 S. 864, E. 4a; siehe auch RRB Nr. 249 vom 17. März 2015, E. 3.4). Zur Beurteilung der Frage, ob im Gestaltungsplangebiet die Planungswerte eingehalten werden können, reichte die Bauherrschaft im Gestaltungsplanverfahren einen Lärmschutznachweis ein. Daraus geht hervor, dass der Planungswert der Empfindlichkeitsstufe III an 26 Empfangspunkten entlang der Luzernerstrasse überschritten wird. Dabei betrug die Überschreitung bis zu acht Dezibel. Die Gutachter schlugen zur Beseitigung der Überschreitung eine Grundrissoptimierung vor, so dass die lärmempfindlichen Räume auf der lärmabgewandten Seite angeordnet werden (vgl. Lärmschutznachweis der ... vom 13. Juni 2007, S. 6 ff.). Im Genehmigungsbeschluss des Regierungsrates vom 16. Dezember 2008 empfahl das Baudepartement des Kantons Schwyz als weitergehende Massnahme die Erhöhung des Strassenabstandes. Ausserdem verlangte es ausdrücklich eine konsequente Umsetzung der von den Gutachtern vorgeschlagenen Grundrissoptimierung. Gestützt auf diese Beurteilungen genehmigte der Regierungsrat den Gestaltungsplan „Burgmatt“ unter dem Vorbehalt, dass in den Baubereichen entlang der Kantonsstrasse der Planungswert der Empfindlichkeitsstufe III gemäss Lärmschutzverordnung eingehalten werden müsse, was im Baubewilligungsverfahren nachzuweisen sei (vgl. Dispositivziffer 2 des RRB Nr. 1400 vom 16. Dezember 2008). Damit wurde der Nachweis der Einhaltung der Planungswerte ins Baubewilligungsverfahren verschoben, was nicht dem Regelfall entspricht. Dies bedeutet jedoch, dass nun im Baubewilligungsverfahren nicht wie üblich die Immissionsgrenzwerte (Art. 22 USG i.V.m. Art. 31 LSV), sondern die Planungswerte (Art. 24 USG i.V.m. Art. 29 und 30 LSV) massgebend sind.

10.3 Aus dem im Baubewilligungsverfahren eingereichten Lärmschutznachweis vom 8. Mai 2014 geht hervor, dass trotz der geplanten Festverglasungen der Planungswert an 21 Empfangspunkten überschritten wird. Die Planungswerte sind einerseits bei den Gebäuden in der ersten Bautiefe entlang der Luzernerstrasse (Burgweg 3a-d) sowie an einer geplanten Baute in der zweiten Bautiefe (Burgweg 5c) bis maximal sechs Dezibel überschritten (vgl. Lärmschutznachweis der ... vom 8. Mai 2014 [nachfolgend: Lärmschutznachweis vom 8. Mai 2014], S. 10 ff. und S. 33).

10.4 Da die Planungswerte nicht eingehalten sind, muss als nächstes geprüft werden, ob diese durch planerische, gestalterische oder bauliche Massnahmen eingehalten werden können. Die Aufzählung der Massnahmen ist weder abschliessend noch lassen sich die Kategorien klar voneinander abgrenzen. Das Gesetz stellt die Wahl der Massnahmen grundsätzlich frei, und diese können auch untereinander kombiniert werden (vgl. Wolf, a.a.O., Art. 24 N 26). Die Kantone Basel-Landschaft, Schwyz, Solothurn und Uri haben dazu eine Vollzugshilfe geschaffen, die sogenannte Wegleitung zum Lärmschutz bei Einzonung und Erschliessung vom Mai 2010 inklusive Korrigenda vom 30. Oktober 2014 (nachfolgend Wegleitung). Die Wegleitung gliedert die Lärmschutzmassnahmen in drei Prioritäten. Primär soll die Grundstücksnutzung der Lärmsituation angepasst werden, z.B. durch die Zurückversetzung der Baulinie. Wenn diese Massnahme nicht ausreicht, sieht die Wegleitung als zweite Priorität Lärmschutzbauten (Lärmschutzwände, -dämme, etc.) vor. Sollte der Lärmschutz auch damit nicht ausreichend gewährleistet sein, kommen als dritte Priorität noch gestalterische Lärmschutzmassnahmen am Gebäude wie Gebäude- und Raumanordnung in Frage (vgl. Wegweisung, S. 11).

10.5 Die Beschwerdegegnerin 1 und die Vorinstanzen sind der Auffassung, dass mit dem vorliegenden Projekt sämtliche Massnahmen im Sinne von Art. 30 LSV ausgeschöpft wurden, weshalb die ebenfalls in Art. 30 LSV vorgesehene Ausnahmegewilligung erteilt werden könne. Insbesondere sei die Grundrissanordnung dahingehend optimiert worden, dass möglichst alle lärmempfindlichen Räume über die lärmabgewandte Seite belüftet werden können. Damit und mit den im Rahmen des Bauprojekts getroffenen Massnahmen sind jedoch für den Regierungsrat noch nicht alle möglichen Massnahmen ausgeschöpft, um die Einhaltung der Planungswerte zu gewährleisten. Bereits im Bereich gestalterischer Lärmschutzmassnahmen (dritte Priorität), welche für die Bauherrschaft mit verhältnismässig wenig Aufwand realisiert werden können, gibt es noch ein erhebliches Verbesserungspotential. Entgegen der Ansicht der Vorinstanzen und der Beschwerdegegnerin 1 wurde u.a. bei der Raumanordnung in Bezug auf den Lärm-

C 2.2

schutz noch nicht das Optimum erzielt, obwohl im Genehmigungsbeschluss des Regierungsrates vom 16. Dezember 2008 die konsequente Durchsetzung dieser Massnahme verlangt wurde. Insbesondere fällt auf, dass bei den von der Überschreitung der Planungswerte betroffenen Gebäuden entlang der Luzernerstrasse (Burgweg 3a-d) das jeweilige Treppenhaus innerhalb des Gebäudes anstatt entlang der strassenzugewandten Fassade angeordnet ist. Ferner könnte dieses Treppenhaus dem Wohnhaus allenfalls vorgelagert sein und mit den entsprechenden Schallschutzmaterialien ausgestattet werden. Durch die Neuordnung des Treppenhauses wäre auch in den Wohnungen selbst eine Raumanordnung möglich, welche dem Lärmschutz besser Rechnung tragen würde. So zählen etwa Sanitär- und Abstellräume nicht zu den lärmempfindlichen Räumen (Art. 2 Abs. 6 Bst. a LSV). Ausserdem wäre auf dem über 15'000 m² grossen Gestaltungsplangebiet auch eine andere Gebäudeanordnung möglich, wie beispielsweise vorgelagerte Wohnnebenbauten (Carports für Besucherparkplätze, Velounterstände, etc.), welche vor den Wohngebäuden einen Riegel bilden (vgl. Weisung, S. 20).

10.6 Soweit die Beschwerdegegnerin 1 geltend macht, dass derartige Massnahmen nicht möglich seien, da die Gebäudeanordnung, die Strassenabstände, etc. durch den bewilligten Gestaltungsplan vorgegeben seien, verkennt sie den Umstand, dass die Einhaltung der Planungswerte grundsätzlich im Gestaltungsplanverfahren überprüft und nachgewiesen werden müsste. Vorliegend wurde der Gestaltungsplan erlassen, obwohl die Einhaltung der Planungswerte zum Zeitpunkt des Erlasses nicht nachgewiesen werden konnte. Allerdings hat der Regierungsrat im Genehmigungsbeschluss explizit den Vorbehalt angebracht, wonach die Einhaltung der Planungswerte in den Baubereichen entlang der Kantonsstrasse im Baubewilligungsverfahren nachzuweisen sei. Da der Nachweis der Einhaltung der Planungswerte zu Gunsten der Beschwerdegegnerin 1 ins Baubewilligungsverfahren verschoben wurde, kann diese nun nicht damit argumentieren, der Gestaltungsplan liesse keine anderen Massnahmen zur Einhaltung der Planungswerte zu. Dies wäre eine Umgehung der lärmschutzrechtlichen Bestimmungen. Die Beschwerdegegnerin 2 hat diese Auflage im Genehmigungsbeschluss des Regierungsrates akzeptiert, was sich nun auch die Beschwerdegegnerin 1 anrechnen lassen muss. Kommt hinzu, dass die Bauherrschaft keinen Anspruch auf maximale Ausnützung der Baubereiche hat. Im Übrigen ist auch der Einwand der Beschwerdegegnerin 1 unzutreffend, dass im Genehmigungsbeschluss lediglich eine Optimierung bei der Raumanordnung verlangt worden sei. Vielmehr hält der Genehmigungsbeschluss sowohl den Vorschlag des Baudepartements als auch die Ergebnisse des Lärmschutznachweises vom 13. Juni 2007 fest und verlangt

schliesslich rechtsverbindlich die Einhaltung der Planungswerte in den Baubereichen entlang der Kantonsstrasse (vgl. Dispositivziffer 2 des Genehmigungsbeschlusses). Dabei hat der Regierungsrat in Erwägung 2 des Genehmigungsbeschlusses lediglich beispielhaft erwähnt, dass dies u.a. mit einer optimalen Grundrissanordnung erreicht werden könnte. Die zu treffenden Massnahmen wurden jedoch nicht verbindlich festgelegt. Hingegen hat der Regierungsrat rechtsverbindlich festgehalten, dass im Baubewilligungsverfahren die Planungswerte in den Baubereichen entlang der Kantonsstrasse eingehalten werden müssen. Dies ist vorliegend massgebend. Schliesslich können die erwähnten weitergehenden Massnahmen gestalterisch so umgesetzt werden, dass sie dem Ortsbild gerecht werden.

10.7 Als Zwischenergebnis ist festzuhalten, dass die Beschwerdegegnerin 1 mit dem umstrittenen Projekt nicht sämtliche gestalterischen und baulichen Massnahmen ausgeschöpft hat, um die Planungswerte einzuhalten. Schon deswegen kann zurzeit keine Ausnahmegewilligung gestützt auf Art. 30 LSV erteilt werden. Selbst wenn sämtliche möglichen Massnahmen getroffen worden wären, könnte für das vorliegende Projekt bzw. für das beantragte Ausmass der Überschreitung der Planungswerte wohl keine Ausnahmegewilligung erteilt werden. Denn für die Frage, ob die Planungswerte im überwiegenden Teil der Zone eingehalten sind, wird nicht die gesamte Bauzone, sondern nur der nicht erschlossene Teil der betreffenden Zone (i.c. die Bauparzelle KTN 1617) berücksichtigt. Da vorliegend praktisch für die gesamte erste Bautiefe entlang der lärmintensiven Luzernerstrasse Ausnahmen gewährt werden müssten, kann nicht mehr von einem kleinen Teil der Bauparzelle gesprochen werden (vgl. dazu Wolf, a.a.O., Art. 24 N 36). Kommt hinzu, dass festverschraubte Fenster, wie sie beim vorliegenden Bauvorhaben vermehrt vorgesehen sind, keine gestalterischen Lärmschutzmassnahmen mehr darstellen (vgl. Korrigenda zur Wegleitung vom 30. Oktober 2014). Die Voraussetzungen für die Gewährung einer Ausnahmegewilligung im Sinne von Art. 30 LSV sind somit nicht erfüllt. Soweit die Vorinstanz 2 bzw. das Amt für Umweltschutz der Ansicht sind, es könne im vorliegenden Fall eine Ausnahmegewilligung gestützt auf Art. 31 Abs. 2 LSV erteilt werden, übersehen sie, dass diese Bestimmung beim Nachweis der Einhaltung der Planungswerte gar nicht zur Anwendung gelangt. Selbst wenn Art. 31 LSV vorliegend Anwendung finden würde, könnte keine Ausnahmegewilligung gestützt auf den Absatz 2 dieser Norm erteilt werden, da eine solche Ausnahme ebenfalls erst nach Ausschöpfung sämtlicher gestalterischen und baulichen Massnahmen gewährt werden könnte (vgl. Raum & Umwelt, VLP-ASPAN 4/09, S. 9).

C 2.2

10.8 Nach dem Gesagten ist somit festzuhalten, dass die Beschwerdegegnerin 1 den erforderlichen Nachweis der Einhaltung der Planungswerte nicht erbracht hat und dafür auch keine Ausnahmegewilligung nach Art. 30 LSV erteilt werden kann, da noch nicht sämtliche baulichen und gestalterischen Massnahmen ausgeschöpft wurden. Der angefochtene Beschluss ist deshalb aufzuheben und die Beschwerden I bis III sind gutzuheissen. Die Beschwerdegegnerin 1 muss das Projekt so abändern, dass mit baulichen und gestalterischen Massnahmen die Planungswerte eingehalten und die Auflage im Genehmigungsbeschluss des Regierungsrates vom 16. Dezember 2008 erfüllt werden können. In diesem Zusammenhang ist darauf aufmerksam zu machen, dass unter Umständen die Baubereiche nicht vollständig ausgenutzt werden können, um den lärmschutzrechtlichen Anforderungen zu genügen. Bei einem Nachfolgeprojekt stellt sich ausserdem die Frage, ob nicht auch für die Lärmimmissionen, welche die geplante Überbauung mit zurzeit insgesamt 78 Wohnungen und 153 Parkplätzen selbst verursacht, eine Lärmprognose zu verlangen wäre (Art. 36 Abs. 1 LSV; siehe dazu RRB Nr. 990 vom 16. September 2014, E. 6). Allfällige Schallreflexionen des bereits bestehenden Strassenlärms durch die geplanten Gebäude müssten dabei jedoch nicht berücksichtigt werden (vgl. Urteil des BGer vom 19. März 1996, publiziert in: URP 1996, S. 680).

(...)

12. Zusammenfassend sind die Beschwerden I bis III gutzuheissen und der angefochtene Beschluss der Vorinstanz 1 vom 11. März 2015 sowie der Gesamtentscheid der Vorinstanz 2 vom 29. Januar 2015 aufzuheben. Bei diesem Ergebnis muss die Rüge der Beschwerdeführer I und III bezüglich der Höhe der erhobenen Einsprachegebühren grundsätzlich nicht mehr beurteilt werden. Allerdings erscheinen die von der Vorinstanz 1 von sämtlichen Einsprechern erhobenen Einsprachegebühren von insgesamt Fr. 22'240.-- bei einer Behandlungsgebühr für die Bauherrschaft von lediglich Fr. 73'894.25 als übermässig. Dies gilt umso mehr, als die Vorinstanz 1 als Baubewilligungsbehörde die meisten in den Einsprachen aufgeworfenen Fragen ohnehin von Amtes wegen hätte prüfen müssen. Bei einem allfälligen Nachfolgeprojekt sollten die Gebühren moderater ausfallen (vgl. dazu RRB Nr. 223 vom 10. März 2015, E. 7). Der Vorinstanz 1 wird ausserdem empfohlen, aus Praktikabilitätsgründen bei vielen Einsprachen gegen ein Bauvorhaben den Beschluss themenweise abzufassen.

(RRB Nr. 297 vom 5. April 2016).

2.3 Baubewilligung für Fensterfolien

- *Verfügt eine Behörde über eine umfassende Dokumentation und Kenntnis der örtlichen Verhältnisse, kann sich die Durchführung einer Augenscheinverhandlung erübrigen. Eine Verwaltungsbehörde braucht sich nicht mit allen Parteistandpunkten einlässlich auseinanderzusetzen und jedes einzelne Vorbringen zu widerlegen. Sie darf sich auf eine Auseinandersetzung mit den für die Entscheidungsfindung wesentlichen Punkten beschränken (Erw. 4).*
- *Baubewilligungspflicht der Anbringung von Sonnenschutzfilmen (Fensterfolien) (Erw. 5).*
- *Die Annahme der Baubewilligungsbehörde, die Fensterfolien seien insbesondere aus Gründen des Ortsbildschutzes nicht bewilligungsfähig, ist im vorliegenden Fall vertretbar (Erw. 7).*
- *Die Wirtschaftsfreiheit schützt die Herstellung und den Vertrieb von Fensterfolien. Dagegen räumt sie dem Konsumenten nicht das Recht auf freien Zugang zu Fensterfolien ein (Erw. 8).*
- *Zulässigkeit einer Ungleichbehandlung, sofern dafür sachliche Gründe bestehen (Erw. 9).*
- *Rechtmässigkeit der Anordnung der Entfernung der ohne Bewilligung angebrachten Fensterfolien (Erw. 12).*
- *Zulässigkeit der angeordneten bzw. angedrohten Vollstreckungsmassnahmen (Erw. 13).*

Aus den Erwägungen:

3. Gegenstand des angefochtenen Beschlusses ist die nachträgliche Bewilligung für die Sonnensegel, die Ablehnung der nachträglichen Baubewilligung für die Fensterfolien, die Anordnung der Entfernung der Fensterfolien resp. die Beseitigung von deren Spiegelwirkung und die Androhung von Vollstreckungsmassnahmen bei Nichterfüllung. Der Beschwerdeführer beantragt die Aufhebung des angefochtenen Beschlusses lediglich insoweit, als damit die nachträgliche Baubewilligung für die Fensterfolien verweigert und deren Entfernung unter Androhung von Vollstreckungsmassnahmen verlangt wird. Die Erteilung der nachträglichen Baubewilligung für die Sonnensegel ist hingegen nicht umstritten, weshalb diese nicht Gegenstand des vorliegenden Beschwerdeverfahrens ist.

4. Der Beschwerdeführer moniert, die Vorinstanz habe vor Erlass des angefochtenen Beschlusses keinen Augenschein durchgeführt. Zudem habe sich die Vorinstanz im angefochtenen Beschluss nicht mit all seinen Ein-

C 2.3

wänden auseinandergesetzt. Daraus ist zu schliessen, dass er sinngemäss eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör geltend macht.

4.1 Der Anspruch auf rechtliches Gehör gibt den Betroffenen das Recht auf Abnahme der rechtzeitig und formrichtig angebotenen rechtserheblichen Beweismittel (§ 21 Abs. 1 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 6. Juni 1974, SRSZ 234.110, VRP; Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999, SR 101, BV; Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Auflage, Zürich 2016, N 1016). Der Vorinstanz lagen die wesentlichen Grundlagen vor. Insbesondere verfügte sie über mehrere Fotografien, welche die Auswirkungen der Folien dokumentieren, sowie über ein Muster der angebrachten Folie. Auch verfügt die Vorinstanz über eingehende Ortskenntnisse. Die Durchführung eines Augenscheins war deshalb für die Entscheidungsfindung durch die Vorinstanz nicht erforderlich. Die zuständigen Sachbearbeiter des mit der Beschwerdeinstruktion beauftragten Sicherheitsdepartementes haben zudem am 14. Februar 2014 an Ort und Stelle und in Anwesenheit der Parteien bzw. der Parteivertreter einen Augenschein durchgeführt. Eine allfällige Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör durch die Vorinstanz wäre daher als im Verfahren vor dem Regierungsrat geheilt zu betrachten (BGE 2D_21/2007 vom 9. August 2007, E. 4.1 mit Verweis auf BGE 126 V 130 E. 2b; RRB Nr. 515 vom 20. Mai 2008, E. 2.2).

4.2.1 Zum Anspruch auf rechtliches Gehör zählt auch die verfassungsmässig garantierte Begründungspflicht (Art. 29 Abs. 2 BV; §§ 30 Abs. 1 und 31 Abs. 1 Bst. e VRP). Die Begründung eines Verwaltungsakts muss so abgefasst sein, dass die Betroffenen diesen gegebenenfalls sachgerecht anfechten können. Das ist nur möglich, wenn sich sowohl die Betroffenen als auch die Rechtsmittelinstanz über die Tragweite des Entscheids ein Bild machen können. In diesem Sinn müssen wenigstens kurz die Überlegungen genannt werden, von denen sich die Behörde hat leiten lassen und auf die sich ihr Entscheid stützt (BGE 129 I 232 E. 3.2; RRB Nr. 1201 vom 4. November 2008, E. 3.3.1). Die Begründungspflicht ist nicht bereits dadurch verletzt, dass sich die urteilende Instanz nicht mit allen Parteistandpunkten einlässlich auseinandersetzt und jedes einzelne Vorbringen ausdrücklich widerlegt. Vielmehr kann sie sich auf die für den Entscheid wesentlichen Punkte beschränken (BGE 117 Ib 64 E. 4; Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., N 1071 ff.).

4.2.2 Die Vorinstanz begründet zwar kurz, aber dennoch nachvollziehbar, weshalb das Anbringen der Fensterfolien bewilligungspflichtig ist. Dabei

beschränkt sie sich nicht auf eine pauschale Begründung, wie dies der Beschwerdeführer behauptet. Sie legt in E. 5, 2. Absatz dar, dass sie die Bewilligungspflicht deshalb bejaht hat, weil sie das Anbringen der Fensterfolie als eine erhebliche äusserliche Veränderung beurteilt hat. Entgegen den Ausführungen des Beschwerdeführers zeigt die Vorinstanz auch nachvollziehbar auf, aus welchen Gründen sie die Bewilligungsfähigkeit der Fensterfolien abgelehnt hat. Sie begründet ihren Beschluss in erster Linie mit der ihres Erachtens fehlenden Einordnung ins Quartierbild. Da das Fehlen der Einordnung bereits zu einem ablehnenden Beschluss führte, ist nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz nicht näher auf die Argumentation des Beschwerdeführers einging, wonach bei der Beurteilung der Immissionen die privatrechtlichen Kriterien heranzuziehen sind und die Fensterfolie nicht zu übermässigen Immissionen führt. Insgesamt genügt die Begründung der Vorinstanz den Anforderungen an die verfassungsmässig garantierte Begründungspflicht.

4.3 Da die Vorinstanz nicht verpflichtet war, einen Augenschein durchzuführen, resp. eine allfällige Verletzung im vorliegenden Beschwerdeverfahren geheilt wurde, und die Vorinstanz ihrer Begründungspflicht genügend nachgekommen ist, kann der Rüge des Beschwerdeführers, die Vorinstanz habe seinen Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt, nicht gefolgt werden.

5. Der Beschwerdeführer bestreitet, dass das Anbringen des Sonnenschutzfilms Silver 15 Exterior der Marke 3M (Fensterfolie) bewilligungspflichtig ist.

5.1 Bauten und Anlagen dürfen nur mit behördlicher Bewilligung errichtet oder geändert werden (Art. 22 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Raumplanung vom 22. Juni 1979, SR 700, RPG; § 75 Abs. 1 Planungs- und Baugesetz vom 14. Mai 1987, SRSZ 400.100, PBG). Sie werden namentlich dann geändert, wenn sie äusserlich umgestaltet werden (§ 75 Abs. 2 PBG; Art. 2 Abs. 3 Baureglement der Gemeinde Freienbach vom 26. November 2000, BauR). Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung gilt als Massstab für die Bewilligungspflicht, ob mit einer Baute oder Anlage beziehungsweise bei deren Änderung nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge so wichtige räumliche Folgen verbunden sind, dass ein Interesse der Öffentlichkeit oder der Nachbarn an einer vorgängigen Kontrolle besteht (BGE 1C_658/2013 vom 24. Januar 2014 E. 4.1 mit weiteren Hinweisen, insb. BGE 120 Ib 379, E. 3c). Dies ist insbesondere zu bejahen, sofern die bauliche Massnahme den Raum äusserlich erheblich verändert. Eine wesentliche Änderung der Fassade kann die Architektur der Baute und damit auch den Raum äusserlich erheblich verändern. Entsprechend kann sich

C 2.3

eine wesentliche Fassadenänderung insbesondere auf die Einordnung einer Baute in die bauliche Umgebung auswirken resp. dazu führen, dass die Baute in gestalterischer Hinsicht die Bauvorschriften nicht mehr einhält. Damit die Vereinbarkeit einer Änderung mit den entsprechenden Bauvorschriften überprüft werden kann, besteht zumindest bei wesentlichen Änderungen an der Fassade in der Regel ein Interesse an einer vorgängigen Überprüfung (vgl. RRB Nr. 908 vom 2. September 2014, E. 2.2.2). Das Interesse an einer vorgängigen Überprüfung hängt sodann nicht nur vom Vorhaben selbst ab, sondern auch von der Art und Empfindlichkeit der Umgebung, in welcher das Vorhaben verwirklicht werden soll (vgl. Christoph Fritzsche/Peter Bösch/Thomas Wipf, Zürcher Planungs- und Baurecht, 5. Auflage, Zürich 2011, S. 258 ff.). Im Weiteren steht den Gemeinden regelmässig auch bei der Anwendung der Vorschriften über die Bewilligungspflicht ein Beurteilungsspielraum zu, soweit der in diesem Bereich bestehende bundesrechtliche Mindeststandard gewahrt ist (BGE 1C_658/2013 vom 24. Januar 2014, E. 2.3).

5.2 Der Beschwerdeführer hat die Fensterfolie an der Nordfassade (sämtliche Fenster mit Ausnahme des Eingangsbereiches), der Ostfassade (Fenster Dachgeschoss und nördliches Fenster 2. Obergeschoss) und der Westfassade (Fenster Dachgeschoss und 2. Obergeschoss) angebracht (vgl. Augenscheinprotokoll ...). Insgesamt beträgt die mit Folie eingekleidete Fensterfläche circa 35 m² (...). Die Folien erscheinen silbrig-glänzend. Aufgrund ihres silbernen Glanzes spiegelt die Folie entgegen den Ausführungen des Beschwerdeführers eindeutig stärker als eine Fensterscheibe ohne Folie. Da der Beschwerdeführer die Folie zudem nicht nur kleinräumig, sondern auf rund 35 m² angebracht hat, hat er das äusserliche Erscheinungsbild seines Einfamilienhauses auf KTN ... erheblich verändert (vgl. Augenscheinprotokoll ...). Es kann deshalb nicht ausgeschlossen werden, dass sich die Fensterfolien auf die Einordnung des Wohnhauses auf KTN ... auswirken resp. dass das Wohnhaus in gestalterischer Hinsicht die Bauvorschriften verletzt. Es besteht deshalb ein berechtigtes öffentliches Interesse daran, das Anbringen der Fensterfolie vorgängig zu überprüfen. Ferner zu berücksichtigen ist, dass es in der Wohnzone 2 nicht genügt, dass eine Baute das Quartierbild nicht stört (vgl. § 56 Abs. 1 PBG). Art. 11 Abs. 1 BauR verlangt für die Gestaltung und Einordnung in der Wohnzone 2 eine gute Gesamtwirkung, weshalb eine vorgängige Überprüfung umso mehr angezeigt ist. Entlang der Nordfassade, an welcher der überwiegende Teil der Fensterfolie angebracht wurde, unterschreitet das Einfamilienhaus des Beschwerdeführers zudem teilweise den kommunalen Gebäudeabstand, wofür die Vorinstanz eine Ausnahmegewilligung erteilt hat (vgl. Beschluss Nr. 249 der Vorinstanz vom 14. April 2005). Äusserliche Verände-

rungen in diesem Bereich der Bauliegenschaft, insbesondere zusätzliche Blendwirkung, wirken sich deshalb verglichen mit Änderungen im Westen der Liegenschaft stärker auf die unmittelbare Nachbarschaft aus. Entsprechend besteht auch ein Interesse der Nachbarn, dass das Anbringen der Folien auf die Übereinstimmung mit der massgebenden Gesetzgebung überprüft wird. Nicht zu berücksichtigen ist die Aussage des Folienlieferanten, wonach das Anbringen der Fensterfolie nur an besonders schützenswerten Objekten bewilligungspflichtig ist. Das massgebliche Recht sieht keine solche Einschränkung vor, weshalb das Anbringen der Folien auch an nicht besonders schützenswerten Objekten der Bewilligungspflicht unterliegen kann.

5.3 Gestützt auf diese Ausführungen ist die Vorinstanz zu Recht davon ausgegangen, dass das Anbringen der Fensterfolien bewilligungspflichtig ist.

(...)

7. Umstritten ist, ob die Folien bewilligungsfähig sind, insb. ob sich das Wohnhaus des Beschwerdeführers auf dem Grundstück KTN ... auch nach dem Anbringen der Fensterfolien genügend in die Umgebung einordnet.

7.1 Bevor die Einordnung der Fensterfolien überprüft wird, ist darauf hinzuweisen, dass dem Regierungsrat im Verwaltungsbeschwerdeverfahren grundsätzlich eine vollständige Sachverhalts-, Rechts- und Ermessenskontrolle zusteht (§ 46 Abs. 1 VRP). Gegenüber Gemeinde- und Bezirksbehörden können jedoch Ermessensfehler nur überprüft werden, soweit dadurch die Autonomie der von ihnen vertretenen Körperschaft nicht verletzt wird (§ 46 Abs. 2 VRP). Den kommunalen Baubewilligungsbehörden kommt bei der Auslegung und Anwendung kommunaler Bau- und Zonenvorschriften ein Ermessensspielraum zu. Der Regierungsrat auferlegt sich deshalb bei der Überprüfung von kommunalen Bestimmungen eine gewisse Zurückhaltung in dem Sinne, als er eine sachlich vertretbare Anwendung durch die kommunalen Baubehörden nicht durch eine andere, ebenfalls vertretbare Anwendung ersetzt. Diese Zurückhaltung greift insbesondere dort, wo unbestimmte Rechtsbegriffe auszulegen sind. Sie rechtfertigt sich auch deshalb, da die kommunalen Baubehörden aufgrund ihrer sachlich und örtlich nahen Beziehung zur Streitsache die Situation vor Ort besser beurteilen können als der Regierungsrat als Rechtsmittelinstanz (EGV-SZ 2007, B 8.2, E. 1.3; EGV-SZ 2002, C 2.5, E. 5.8 mit Hinweisen; RRB Nr. 550 vom 25. Juni 2013, E. 4.1 mit Hinweisen).

C 2.3

7.2 Diese Zurückhaltung drängt sich praxisgemäss vor allem bei Fragen des Ortsbildschutzes auf, wo die Gemeinden und Bezirke autonom sind. Ob sich ein Bauvorhaben in die bauliche Umgebung einordnet, muss deshalb in erster Linie von den zuständigen örtlichen Baubehörden beurteilt werden. Sie verfügen über die besten Ortskenntnisse und ihnen obliegt es, im Rahmen ihres Planungsauftrages dem Ortsbild- und Landschaftsschutz Rechnung zu tragen (Art. 3 Abs. 2 Bst. b RPG; § 56 PBG). Der Regierungsrat greift deshalb bei der Beurteilung der Eingliederung eines Bauprojekts nur ein, wenn der beanstandete Standpunkt der kommunalen Baubewilligungsbehörde objektiv nicht mehr vertretbar ist (EGV-SZ 2005, C 2.1, E. 4.2.3 mit Hinweisen).

7.3 Das kantonale Recht verlangt im Sinne einer negativen ästhetischen Generalklausel, dass sich Bauten und Anlagen so in die Umgebung eingliedern, dass sie das Landschafts-, Orts-, Quartier- und Strassenbild nicht stören, wobei die besonderen Vorschriften über den Natur- und Heimatschutz vorbehalten bleiben (§ 56 PBG). Das kommunale Baurecht geht weiter und lässt eine Bewilligung von Bauten und Anlagen nur zu, wenn sie sich durch die Bau-, Fassaden-, Terrain- und Dachgestaltung, Farbgebung usw. so in die bauliche Umgebung, das Strassen-, Orts- und Landschaftsbild einfügen, dass eine gute Gesamtwirkung erzielt wird (Art. 11 Abs. 1 Satz 1 BauR). Erhöhte Anforderungen, wonach sich Bauvorhaben besonders gut ins Ortsbild einordnen müssen, verlangt die Gemeinde Freienbach für die Wohnzone 2, in welcher sich das Bauvorhaben befindet, hingegen nicht.

7.4 Die Bauliegenschaft steht mitten in einer Wohnzone mit maximal zwei Vollgeschossen. Die Vorinstanz hat glaubhaft dargelegt, dass in der Umgebung keine Fenster bestehen, welche mit Sonnenschutzfolien verkleidet sind. Bezüglich der Fensterfolie am Wohnhaus auf KTN ... hat die Vorinstanz zudem erklärt, dass sie deren Bewilligungspflicht und Bewilligungsfähigkeit überprüfen werde. Entsprechend stellen die umstrittenen Fensterfolien ein Novum in der Umgebung dar. Zudem bestehen auch keine anderen glänzenden oder silbrigen Flächen in der Nachbarschaft. Auch kann festgehalten werden, dass mit Ausnahme des Wohnhauses auf KTN ... die Wohnhäuser in unmittelbarer Nachbarschaft eine dezente Fassadengestaltung aufweisen. Die Fassade des bestehenden Wohnhauses auf dem Nachbargrundstück KTN ... ist teilweise hellblau gestrichen. Die Farbgebung ist jedoch nicht grell, weshalb die Fassade des Wohnhauses auf KTN ... trotz teilweise hellblauem Anstrich nicht aufdringlich wirkt, dies im Gegensatz zu den umstrittenen Fensterfolien. Entgegen dem Vorbringen des Beschwerdeführers spiegeln die Fenster, welche mit Sonnenschutzfolie verkleidet sind,

deutlich stärker als die Fenster ohne Folie. Der Unterschied war am Augenschein trotz leicht bewölktem Wetter deutlich feststellbar. Aus den Akten der Vorinstanz geht zudem hervor, dass der Spiegeleffekt an sonnigen Tagen besonders stark ist. Da die Fenster mit Folie im Gegensatz zu den Fenstern ohne Folie weniger transparent sind, wirken sie zudem dominanter. Die Liegenschaft verliert durch die Folien an Leichtigkeit und Offenheit. Es ist der Vorinstanz deshalb zuzustimmen, dass die mit Folie verkleideten Fenster auffallend sind und sich von der übrigen Quartiergestaltung abheben. Dem Beschwerdeführer kann daher nicht gefolgt werden, dass die Auswirkungen der Sonnenschutzfolien marginal sind. Die Bauordnung in der Wohnzone mit maximal zwei Vollgeschossen lässt durchaus gestalterischen Freiraum zu. Dieser gestalterische Freiraum wird in der Nachbarschaft auch ausgeschöpft, indem insbesondere verschiedene Arten von Einfriedungen und Dachformen und verschiedene Fassadenfarben bestehen. Die gesamte Quartiergestaltung wirkt – abgesehen von den Sonnenschutzfolien – aber dennoch ruhig und unauffällig. Insgesamt ist der Standpunkt der Vorinstanz, die Fensterfolie sei nicht bewilligungsfähig, nachvollziehbar und objektiv vertretbar. Der Regierungsrat sieht sich daher nicht veranlasst, von der Beurteilung der Vorinstanz abzuweichen.

8. Der Beschwerdeführer beruft sich auf die Wirtschaftsfreiheit gemäss Art. 27 BV und macht geltend, es läge ein unzulässiger Eingriff in diese vor. Es ist unbestritten, dass der Beschwerdeführer Konsument und nicht Hersteller oder Vertreiber der Fensterfolien ist. Die Wirtschaftsfreiheit räumt dem Konsumenten jedoch nicht das Recht auf freien Zugang zu Fensterfolien ein (sog. Konsumfreiheit; ZBI 1995, S. 272, E. 7 mit Hinweis auf BGE 102 Ia 104 E. 7). Dies macht der Beschwerdeführer auch nicht geltend. Der Beschwerdeführer untersteht daher nicht dem verfassungsmässigen Schutz der Wirtschaftsfreiheit, weshalb er gestützt auf Art. 27 BV nichts zu seinen Gunsten ableiten kann.

9. Der Beschwerdeführer geht überdies fehl in der Annahme, dass die Vorinstanz das Gleichheitsgebot verletzt hat, indem sie die Bewilligungspflicht der Fensterfolie bejaht und deren Bewilligungsfähigkeit verneint hat. Die vom Beschwerdeführer genannten Wohn- und/oder Gewerbebauten sind nicht mit dem vorliegenden Bauvorhaben vergleichbar, da sie im Gegensatz zum Bauobjekt (Wohnzone 2) keine reinen Wohnbauten sind oder/und in gestalterisch weniger sensiblen Umgebungen liegen (...). Zudem weisen einige der vom Beschwerdeführer genannten Gebäude eine deutlich modernere Architektur auf als das Wohnhaus des Beschwerdeführers (...). Ferner erklärte die Vorinstanz, dass die Verspiegelungen am Seedamm-Kulturzentrum, am Stebagggebäude und an den Gebäuden an der Bahn-

C 2.3

hofstrasse 13 und 15 im Rahmen des ursprünglichen Baubewilligungsverfahrens bewilligt worden sind. Die Sachverhalte der vom Beschwerdeführer aufgezählten Objekte unterscheiden sich daher vom vorliegenden Sachverhalt. Deshalb ist die differenzierte Beurteilung durch die Vorinstanz nicht willkürlich, sondern sachlich begründet und damit zulässig. Eine ungleiche Behandlung liegt weder in Bezug auf die Bejahung der Bewilligungspflicht noch in Bezug auf die Ablehnung der nachträglichen Baubewilligung vor. Damit kann offen gelassen werden, ob alle vergleichsweise herangezogenen Bauobjekte tatsächlich eine Verspiegelung aufweisen und, falls dem so ist, ob sie mit einer vergleichbaren Folie verkleidet sind. Die Verspiegelung am Wohnhaus auf KTN ... betrifft zudem eine deutlich kleinere Fensterfläche von circa 3 m². Auch teilte die Vorinstanz mit, dass sie auf das mit Folie verkleidete Fenster am Wohnhaus auf KTN ... im Rahmen des Baubewilligungsverfahrens des Beschwerdeführers aufmerksam geworden ist und die Bewilligungspflicht und Bewilligungsfähigkeit dieser Fassadenänderung nach Abschluss des vorliegenden Beschwerdeverfahrens prüfen werde (Augenscheinprotokoll, S. 4). Entsprechend hat die Vorinstanz den Beschwerdeführer auch gegenüber den Eigentümern des Wohnhauses auf KTN ... nicht ungleich behandelt.

(...)

11. Da die Fensterfolien am Wohnhaus auf KTN ... bereits mangels Einordnung in das Quartierbild nicht bewilligungsfähig sind, kann offen gelassen werden, ob die Bewilligung auch aufgrund des Vogelschutzes und der Bestimmungen über den Immissionsschutz zu verweigern wäre. Da zudem kein Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit und keine Ungleichbehandlung vorliegt, ergibt sich zusammenfassend im Sinne eines Zwischenfazits, dass die Vorinstanz die nachträgliche Bewilligung für die Sonnenschutzfolien am Wohnhaus auf KTN ... zu Recht verweigert hat.

12. Da die Folien nicht bewilligungsfähig sind, erweisen sich diese als formell und materiell baurechtswidrig. Bei formeller und materieller Widerrechtlichkeit drängen sich Massnahmen zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes auf (vgl. Urs R. Beeler, Die widerrechtliche Baute, Diss., Zürich 1984, S. 75). Gemäss § 87 Abs. 2 PBG verfügt die Bewilligungsbehörde auf Kosten des Bauherrn die Abänderung oder Entfernung von widerrechtlichen Bauten und Anlagen, sofern die Abweichung gegenüber den Bauvorschriften nicht bedeutungslos ist. Bei der Wahl der Wiederherstellungsmassnahmen kommt der zuständigen Behörde ein Auswahlermessen zu. Jedoch müssen die allgemeinen Grundsätze des Vertrauensschutzes und der Verhältnismässigkeit stets beachtet werden (vgl. Michael

Hagenbuch, Kontrolle, Vollstreckung und Vollzug von Verfügungen im Bau-recht, in: EGV-SZ 1998, S. 199 f.).

12.1 Die angebrachten Sonnenschutzfolien verändern das Erscheinungsbild des Wohnhauses auf KTN Wie bereits mehrfach dargelegt, geht die Änderung entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers über eine bedeutungslose Abweichung hinaus. Es kann diesbezüglich auf die Ausführungen in den Erwägungen 5.2 und 7.4 hiervor verwiesen werden.

12.2.1 Im Rahmen der Verhältnismässigkeit muss die Behörde prüfen, ob die Massnahme geeignet und erforderlich ist, um die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes zu erreichen. Überdies muss die Wiederherstellungsmassnahme ein vernünftiges Verhältnis zwischen dem angestrebten Zweck und dem Eingriff, den sie für den Betroffenen bewirkt, wahren (sog. Verhältnismässigkeit im engeren Sinne). Die Vorinstanz hat den Beschwerdeführer dazu verpflichtet, innert drei Monaten seit Eintritt der Rechtskraft der angefochtenen Verfügung die Fensterfolien zu entfernen oder andere geeignete Massnahmen zu treffen, um die Wirkung der Verspiegelung zu beseitigen. Es ist unbestritten, dass die Beseitigung der Spiegelung respektive die Entfernung der Folien geeignete und erforderliche Massnahmen darstellen, um den rechtmässigen Zustand wiederherzustellen. Umstritten ist hingegen die Verhältnismässigkeit im engeren Sinne.

12.2.2 Mit dem Rückbau der Sonnenschutzfolie verliert der Beschwerdeführer den Sicht- und Wärmeschutz. Unter Berücksichtigung der Erstellungskosten erfährt der Beschwerdeführer zudem nach seinen eigenen Angaben finanzielle Einbussen von rund Fr. 45'000.-- (Fr. 20'000.-- Erstellungskosten und Entfernungskosten im Umfang von Fr. 25'000.--), wobei wenig glaubhaft erscheint, dass die Entfernung der Folien mehr kostet als deren Erstellung. Demgegenüber steht das öffentliche Interesse an einer guten Gesamtwirkung des Ortsbildes. Diese kann nicht anders als mit der Entfernung der Folie resp. der Beseitigung von deren Spiegelung erreicht werden. Der Sicht- und Wärmeschutz hingegen kann auch ohne Sonnenschutzfolie genügend gewährleistet werden (...). Da es sich um eine wesentliche Fassadenänderung handelt und im Quartier keine vergleichbare Fassaden- resp. Fenstergestaltung vorhanden ist, wäre es für den Beschwerdeführer sodann erkennbar gewesen, dass die Verkleidung der Fenster mit der Sonnenschutzfolie bewilligungspflichtig ist. Der Beschwerdeführer zog dies auch in Betracht, ansonsten er sich nicht beim Vertreter der Folie und dem Eigentümer des Wohnhauses auf KTN ... über die Bewilligungspflicht erkundigt hätte. Er kann sich deshalb nicht auf den guten Glauben berufen. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass ihm der

C 2.3

Vertreiber der Folie versichert hat, dass die Folien nicht bewilligungspflichtig sind. Der Vertreiber der Folie ist für die Beurteilung der Bewilligungspflicht und Bewilligungsfähigkeit nicht zuständig, weshalb der Beschwerdeführer nicht auf dessen Rückmeldung vertrauen durfte. Das gleiche gilt hinsichtlich des Eigentümers des Wohnhauses auf Hinzu kommt, dass sich der Umfang der am Wohnhaus X. angebrachten Folie (circa 3 m²) deutlich vom Umfang der vorliegend umstrittenen Fensterfolie (circa 35 m²) unterscheidet. Auch dies spricht gegen eine Vertrauensgrundlage. Damit hat der Beschwerdeführer den finanziellen Aufwand, der ihm durch die nicht bewilligungsfähigen Fensterfolien entstanden ist und durch die Wiederherstellungsmassnahmen erst noch entstehen wird, selber zu vertreten. Insgesamt überwiegt das öffentliche Interesse an der Beseitigung der Sonnenschutzfolie resp. von deren Spiegeleffekt die privaten Interessen des Beschwerdeführers, weshalb die Wiederherstellungsmassnahmen zumutbar und damit verhältnismässig sind.

12.3 Da es sich um eine wesentliche Abweichung handelt und die von der Vorinstanz angeordneten Wiederherstellungsmassnahmen auch dem Verhältnismässigkeitsgrundsatz und dem Vertrauensschutz Stand halten, ist die angeordnete Entfernung der Sonnenschutzfolie resp. von deren Spiegeleffekt nicht zu beanstanden. Verzichtet der Beschwerdeführer auf die Entfernung der Folie und beseitigt er stattdessen deren Spiegeleffekt, ist dies der Vorinstanz vorgängig anzuzeigen, damit diese den Vorschlag prüfen kann.

13. Der Beschwerdeführer verlangt ohne entsprechende Begründung die Aufhebung der Dispositiv-Ziffer 4, in welcher ihm die Vorinstanz Vollstreckungsmassnahmen in der Form der Ordnungsbusse, der Ersatzvornahme und der Strafanzeige androht. Für den Regierungsrat sind keine Anhaltspunkte ersichtlich, welche eine Anpassung der Vollstreckungsandrohung gebieten würden. Diese erweisen sich als rechtmässig bzw. verhältnismässig, weshalb sich weitere Ausführungen hierzu erübrigen.

14. Zusammenfassend hat die Vorinstanz zu Recht ein nachträgliches Baubewilligungsverfahren durchgeführt und die nachträgliche Bewilligung für die Spiegelfolien verweigert. Die angeordneten Wiederherstellungs- und Vollstreckungsmassnahmen erweisen sich zudem als rechtmässig, weshalb die Beschwerde vollumfänglich abzuweisen ist.

(RRB Nr. 451 vom 24. Mai 2016).

2.4 Baubewilligung für den Betrieb eines Modellflugplatzes in einer Moorlandschaft

- *Verpflichtung zur Einholung einer Baubewilligung bzw. einer Ausnahmegewilligung für den Betrieb eines Modellflugplatzes ausserhalb einer Bauzone bzw. einer Moorlandschaft (Erw. 2).*
- *Erteilung erleichterter Ausnahmegewilligungen im Sinne von Art. 24a-e sowie Art. 37a RPG (Erw. 3).*
- *Einem Modellflugbetrieb ist die negative Standortgebundenheit zuzusprechen (Art. 24 Bst. a RPG). Ob sich für das Vorhaben besser geeignete Alternativstandorte ausserhalb der Bauzonen anbieten als der beabsichtigte Standort, ist grundsätzlich im Rahmen der Interessenabwägung nach Art. 24 Bst. b RPG zu prüfen (Erw. 4.1 – 4.2). In einer Moorlandschaft gilt dabei kein absolutes Veränderungsverbot. Zu prüfen ist allerdings im Besonderen, ob ein Vorhaben mit den Schutzziele vereinbar ist (Erw. 4.3).*
- *Schutzziele für den Moorlandschaftsschutz im Allgemeinen und für die Moorlandschaft Rothenthurm im Besonderen (Erw. 5).*
- *Rückweisung zur vertieften Abklärung der Auswirkungen des Modellflugbetriebes und in Betracht kommender Alternativstandorte (Erw. 6).*

Aus den Erwägungen:

1. Die Beschwerdeführerin betrieb während 47 Jahren einen Modellflugplatz auf der Hochebene zwischen Rothenthurm und Biberbrugg (im Gebiet „Schlänggli“) mit einer Betonpiste, einem Clubhaus und Parkplätzen. Im Rahmen der Nutzungsplanungsrevision „Moorlandschaft Rothenthurm“ im Jahr 2006 wurde klar, dass der Modellflugplatz am bisherigen Standort nicht weiterbetrieben werden kann. Es wurde vereinbart, dass der Betrieb des Modellflugplatzes innert drei Jahren nach Inkrafttreten des Nutzungsplanes eingestellt wird. Am 1. September 2010 gab die Beschwerdeführerin den Betrieb des Modellflugplatzes vereinbarungsgemäss auf.

1.1 Im Jahr 2012 gelang es der Beschwerdeführerin, einen neuen Standort für den Modellflugplatz zu finden. Auf den Grundstücken KTN 327 und KTN 826 in Rothenthurm betreibt der Schäferhundclub Ortsgruppe (SC OG) Schwyzerland einen Hundeausbildungsplatz mit eigenem Clublokal. Die Beschwerdeführerin darf die Infrastruktur des SC OG Schwyzerland als Modellflugplatz mitbenutzen. In den Jahren 2012 und 2013 erhielt die Beschwerdeführerin von der Vorinstanz 1 und dem Umweltde-

C 2.4

partement jeweils eine auf ein Jahr befristete Betriebsbewilligung für den Modellflugplatz.

1.2 Mit dem vorliegend zu beurteilenden Baugesuch beantragte die Beschwerdeführerin (zunächst) eine unbefristete Bau- bzw. Betriebsbewilligung für den Modellflugplatz auf KTN 327 in Rothenthurm. Im Verlauf des Verfahrens vor den Vorinstanzen änderte sie ihr Gesuch jedoch insoweit ab, als sie lediglich eine auf zwei Jahre befristete Bau- bzw. Betriebsbewilligung verlangte. Die Vorinstanz 2 hat die Baubewilligung mit Gesamtscheid vom 7. Oktober 2015 verweigert. Nachfolgend ist zu prüfen, ob die Vorinstanz 2 die Baubewilligung für den Modellflugplatz zu Recht verweigert hat.

2. Bauten und Anlagen dürfen nur mit behördlicher Bewilligung errichtet oder geändert werden (Art. 22 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Raumplanung vom 22. Juni 1979, RPG, SR 700; § 75 Abs. 1 des Planungs- und Baugesetzes vom 14. Mai 1987, PBG, SRSZ 400.100). Voraussetzung einer Bewilligung ist, dass die Bauten und Anlagen dem Zweck der Nutzungszone entsprechen und das Land erschlossen ist (Art. 22 Abs. 2 RPG).

2.1 Im vorliegenden Fall werden zwar keine Bauten oder Anlagen neu errichtet. Jedoch fallen auch Zweckänderungen unter die Baubewilligungspflicht, sofern sie geeignet sind, örtlich fassbare Auswirkungen auf die Nutzungsordnung zu zeitigen (Bernhard Waldmann/Peter Hänni, Raumplanungsgesetz, Handkommentar, Bern 2006, Art. 22 N 17; BGE 119 Ib 222 E. 3 betreffend Hängegleiterlandeplatz). Die Beschwerdeführerin kann die Wiese auf KTN 327 und das bestehende Clublokal, welche im Eigentum des SC OG Schwyzlerland stehen, für den Modellflugbetrieb mitbenützen. Als Start- und Landebahn dient ein auf der Wiese gelegener Grünstreifen von rund 10 m x 80 m. Die Flugzeugmodelle werden mittels Fernsteuerung auf Sicht geflogen. Daraus ergibt sich ein Flugraum westlich der Graspiste von circa 300 m x 400 m (vgl. Plan „Situation mit Flugraum 1:2000“ vom 14. April 2014, rev. 6. Mai 2014). Die Genossame Rothenthurm als Eigentümerin des an KTN 327 angrenzenden Wieslandes (KTN 906) hat der Beschwerdeführerin das Überflugrecht gegen eine jährliche Entschädigung von Fr. 200.-- eingeräumt. Dass der Betrieb des Modellflugplatzes eine bewilligungspflichtige Nutzungsänderung darstellt und einer Baubewilligung bedarf, ist vorliegend zu Recht nicht umstritten.

2.2 Das Grundstück KTN 327 liegt gemäss geltendem Zonenplan der Gemeinde Rothenthurm ausserhalb der Bauzonen im übrigen Gemeindegebiet. Zudem befindet es sich in der Moorlandschaft von nationaler Bedeu-

tung „Rothenthurm“ (Objekt Nr. 1) sowie im Bundesinventar der Landschaften und Naturdenkmäler von nationaler Bedeutung (BLN-Gebiet Nr. 1308 „Moorlandschaft Rothenthurm-Altmet-Biberbrugg“). Dass der Modellflugplatz in der Moorlandschaft nicht zonenkonform ist, ist vorliegend ebenfalls unbestritten. Das Bauvorhaben bedarf demnach einer Ausnahmegewilligung. Ob und inwieweit im Nichtbaugebiet gebaut und vom Gebot der Zonenkonformität abgewichen werden darf, regeln die Bestimmungen von Art. 24, Art. 24a-e und Art. 37a RPG abschliessend (vgl. auch § 19 Abs. 2 und § 74 Abs. 1 und 2 PBG).

3. Abweichend von Art. 22 Abs. 2 Bst. a RPG können Bewilligungen für Bauten und Anlagen erteilt werden, wenn der Zweck der Bauten und Anlagen einen Standort ausserhalb der Bauzonen erfordert und keine überwiegenden Interessen entgegenstehen (Art. 24 RPG). Dieser Grundtatbestand kommt jedoch nur subsidiär zur Anwendung. Im Vordergrund steht die Erteilung von erleichterten Ausnahmegewilligungen nach Art. 24a-e und Art. 37a RPG, falls die jeweiligen Voraussetzungen erfüllt sind, was vorab zu prüfen ist (Waldmann/Hännli, a.a.O., Vorbemerkungen Art. 24 ff. Rz 1 und Rz 12 ff.). Solche privilegierten Bewilligungen sind gemäss Art. 24a RPG für Zweckänderungen ohne bauliche Massnahmen, gemäss Art. 24b RPG für nichtlandwirtschaftliche Nebenbetriebe und gemäss Art. 24c RPG für bestehende, zonenwidrige Bauten und Anlagen möglich. Zudem enthalten Art. 24d RPG (für landwirtschaftsfremde Wohnnutzung sowie schützenswerte Bauten und Anlagen), Art. 24e RPG (für hobbymässige Tierhaltung) sowie Art. 37a RPG (für zonenfremde gewerbliche Bauten und Anlagen) weitere erleichterte Voraussetzungen für Ausnahmegewilligungen.

3.1 Zuständig zur Erteilung einer Ausnahmegewilligung nach Art. 24 bzw. Art. 24a ff. RPG ist eine kantonale Behörde (Art. 25 Abs. 2 RPG). Bauten und Anlagen ausserhalb der Bauzonen bedürfen einer Raumplanungsbewilligung des vom Regierungsrat bezeichneten Amtes. Die Bewilligungsbehörde der Gemeinde beurteilt solche Bauvorhaben auf Einhaltung der baupolizeilichen Vorschriften (§ 76 Abs. 2 PBG). Vorliegend ist grundsätzlich das Amt für Raumentwicklung zuständig (vgl. § 46 Abs. 3 der Vollzugsverordnung vom 2. Dezember 1997 zum Planungs- und Baugesetz, PBV, SRSZ 400.111). Das Amt für Raumentwicklung (ARE) verfasst gestützt auf die Stellungnahmen der kantonalen Fachinstanzen die kantonale Baubewilligung. Ergibt sich bei einem Bauvorhaben ein Widerspruch zwischen einzelnen Stellungnahmen, so entscheidet das Volkswirtschaftsdepartement (also die Vorinstanz 2; § 43 Abs. 1 und 2 PBV).

C 2.4

3.2 Die Vorinstanz 2 hat im vorliegenden Fall die Baubewilligung gestützt auf Art. 24a RPG verweigert, weil das Grundstück KTN 327 ausserhalb der Bauzonen in einer Moorlandschaft von nationaler Bedeutung liegt. Die Vorinstanz 2 hat erwogen, dass das Interesse an der Erhaltung der Moorlandschaft das Interesse der Beschwerdeführerin am Modellflugbetrieb überwiege. Ausserdem seien durch den Flugbetrieb neue Auswirkungen auf Raum, Erschliessung und Umwelt zu erwarten, was unzulässig sei. Zudem widerspreche das Vorhaben dem kantonalen Richtplan.

3.3 Erfordert die Änderung des Zwecks einer Baute oder Anlage ausserhalb der Bauzonen keine baulichen Massnahmen im Sinne von Art. 22 Abs. 1 RPG, ist die Bewilligung nach Art. 24a Abs. 1 RPG zu erteilen, wenn dadurch keine neuen Auswirkungen auf Raum, Erschliessung und Umwelt entstehen (Bst. a) und sie nach keinem anderen Bundeserlass unzulässig ist (Bst. b). Unter den Voraussetzungen von Art. 24a RPG kann der Zweck bestehender (auch zonenfremder) Bauten oder Anlagen ausserhalb der Bauzone geändert werden, ohne dass der neue Zweck standortgebunden sein muss. Art. 24a RPG gilt für Zweckänderungen, die ohne bauliche Massnahmen auskommen. Zudem setzt Art. 24a RPG voraus, dass die Zweckänderung keine neuen Auswirkungen auf Raum, Erschliessung und Umwelt zur Folge hat. Dabei ist nicht massgebend, ob es sich um erhebliche oder nur um geringfügige Auswirkungen handelt. Sobald die Zweckänderung eine Mehrbelastung für Raum, Erschliessung und Umwelt mit sich bringt, kommt eine Ausnahmewilligung gestützt auf Art. 24a RPG nicht in Frage. Eine Interessenabwägung findet nicht statt (Waldmann/Hänni, a.a.O., Art. 24a N 6). In den Anwendungsbereich von Art. 24a RPG fallen z.B. die Einlagerung von Booten oder Surfbrettern in einer am See gelegenen Scheune, oder die Umwandlung einer Anlage für die Hundezucht in eine Hundepension mit Verkaufsladen (Waldmann/Hänni, a.a.O., Art. 24a N 4).

3.4 Das Gelände auf KTN 327 wird weiterhin wie im bisherigen Umfang für die Hundeausbildung genutzt. Hinzu träte die neue Nutzung als Modellflugplatz. Art. 24a RPG ist nur anwendbar auf Bauten und Anlagen, die rechtmässig erstellt wurden (vgl. Waldmann/Hänni, a.a.O., Art. 24a N 5). Angaben darüber, wann der Hundeausbildungsbetrieb auf KTN 327 bewilligt wurde, finden sich nicht in den Akten. Ohnehin setzt Art. 24a RPG nach dem unter E. 3.3 Gesagten jedoch voraus, dass die Zweckänderung keine neuen Auswirkungen auf Raum, Erschliessung und Umwelt zur Folge hat. Im vorliegenden Fall ist es grundsätzlich unbestritten und offensichtlich, dass der Modellflugbetrieb neue Auswirkungen auf die Umwelt mit sich bringt (Lärm, Motorengeräusche, Abgase, Mehrverkehr usw.). Ob diese

zusätzlichen Auswirkungen auf die Umwelt tatsächlich negativ sind, ist dabei nicht von Belang. Dass die Vorinstanz 2 die Baubewilligung gestützt auf Art. 24a RPG verweigert hat, ist deshalb grundsätzlich nicht zu beanstanden.

4. Anschliessend ist indes noch zu prüfen, ob für den Modellflugplatz eine Bewilligung gestützt auf den subsidiären Art. 24 RPG erteilt werden kann. Die Vorinstanz 2 hat in ihrer angefochtenen Entscheid nicht explizit geprüft, ob die Voraussetzungen von Art. 24 RPG erfüllt sind. Aus verfahrensökonomischen Gründen wird allerdings davon abgesehen, die Sache lediglich deswegen an die Vorinstanzen zurückzuweisen, zumal sich die Vorinstanz 2 wenigstens in den Grundzügen auch zu den Interessen des Moorlandschaftsschutzes geäußert hat.

4.1 Wie bereits unter E. 3 erwähnt, kann eine Baubewilligung gestützt auf Art. 24 RPG erteilt werden, wenn der Zweck der Baute oder Anlage einen Standort ausserhalb der Bauzonen erfordert und keine überwiegenden Interessen entgegenstehen. Standortgebunden im Sinne von Art. 24 Bst. a RPG sind Bauten oder Anlagen dann, wenn sie aus technischen oder betriebswirtschaftlichen Gründen oder wegen der Bodenbeschaffenheit auf einen Standort ausserhalb der Bauzonen angewiesen sind (positive Standortgebundenheit) oder wenn eine Nutzung aus besonderen Gründen in Bauzonen ausgeschlossen ist (negative Standortgebundenheit). Dabei beurteilen sich die Voraussetzungen nach objektiven Massstäben. Auf subjektive Vorstellungen und Wünsche kann es ebenso wenig ankommen wie auf die persönliche Zweckmässigkeit und Bequemlichkeit (BGE 123 II 256 E. 5; BGE 129 II 63 E. 3.1).

4.2 Der Modellflugbetrieb braucht primär Raum, welcher frei von Bauten und Hindernissen ist. Zudem ist der Modellflugbetrieb erfahrungsgemäss mit einer Lärmbelastung verbunden, die in unmittelbarer Nähe zum Siedlungsgebiet unerwünscht ist. Es kommt hinzu, dass vom Modellflugbetrieb gewisse Gefahren ausgehen können, wenn Flugzeugmodelle durch technische Defekte oder Fehlbedienung ausser Kontrolle geraten und abstürzen. Diese Gefahren sind in den Bauzonen grundsätzlich nicht tragbar, weshalb dem Modellflugbetrieb ausserhalb der Bauzonen die negative Standortgebundenheit zuzusprechen ist. Ob sich für das Vorhaben besser geeignete Alternativstandorte ausserhalb der Bauzonen anbieten als der beabsichtigte Standort, ist grundsätzlich im Rahmen der Interessenabwägung nach Art. 24 Bst. b RPG zu berücksichtigen (vgl. AGVE 2003 120, E. 3b; ZBI 101/2000, S. 419; BGE II 8 Ib 17 E. 3).

C 2.4

4.3 Zu prüfen bleibt, ob dem Bauvorhaben überwiegende Interessen im Sinne von Art. 24 Bst. b RPG entgegenstehen.

4.3.1 Wie bereits erwähnt, befindet sich der Standort des geplanten Modellflugplatzes in der Moorlandschaft von nationaler Bedeutung „Rothenthurm“ (Objekt Nr. 1) und im Bundesinventar der Landschaften und Naturdenkmäler von nationaler Bedeutung (BLN-Gebiet Nr. 1308 „Moorlandschaft Rothenthurm-Altmett-Biberbrugg“). Gemäss Art. 78 Abs. 5 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101) sind Moore und Moorlandschaften von besonderer Schönheit und gesamtschweizerischer Bedeutung 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 BV sieht somit ein absolutes Veränderungsverbot sowohl für Moore als auch für Moorlandschaften vor und lässt Ausnahmen nur zu, wenn sie dem Schutz oder der bisherigen landwirtschaftlichen Nutzung dienen. Art. 78 Abs. 5 BV räumt dem Schutz von Mooren und Moorlandschaften absoluten Vorrang ein und belässt keinen Raum für eine Abwägung mit anderen Interessen im Einzelfall (BGE 138 II 281 E. 6.2 mit Hinweisen; BGE 127 II 184 E. 5b; BGE 123 II 248 E. 2c).

4.3.2 Art. 78 Abs. 5 BV definiert jedoch nicht, was unter einer Moorlandschaft zu verstehen ist. Anders als bei den Mooren ergibt sich eine entsprechende Umschreibung nicht oder zumindest nicht allein aus naturwissenschaftlichen Kriterien. Das Bundesgesetz über den Natur- und Heimatschutz vom 1. Juli 1966 (NHG, SR 451) konkretisiert den Schutz der Moore und Moorlandschaften von besonderer Schönheit und nationaler Bedeutung. Gemäss Art. 23b Abs. 1 NHG ist eine Moorlandschaft eine in besonderem Masse durch Moore geprägte, naturnahe Landschaft, deren moorfreier Teil zu den Mooren in enger ökologischer, visueller, kultureller oder geschichtlicher Beziehung steht.

4.3.3 Im Gegensatz zu Art. 78 Abs. 5 BV treffen das NHG und das darauf gestützte Ordnungsrecht eine Unterscheidung zwischen Mooren (d.h. Moorbiotopen) und Moorlandschaften. Während der Verfassungsartikel vorschreibt, dass Einrichtungen der Aufrechterhaltung des Schutzzweckes oder der bisherigen landwirtschaftlichen Nutzung dienen müssen, lässt Art. 23d Abs. 1 NHG darüber hinausgehend die Gestaltung und Nutzung der Moorlandschaften zu, soweit sie der Erhaltung der für die Moorlandschaften typischen Eigenheiten nicht widersprechen. Mit anderen Worten genügt dort anstatt der Schutzzieldienlichkeit die Schutzzielverträglichkeit

(BGE 138 II 23 E. 3.3; BGE 123 II 248 E. 3a/ccc)). In diesem Sinne lässt Art. 23d Abs. 1 NHG die Gestaltung und Nutzung der Moorlandschaften zu, soweit sie der Erhaltung der für die Moorlandschaften typischen Eigenheiten nicht widersprechen. Insbesondere zulässig sind gemäss Art. 23d Abs. 2 NHG die land- und forstwirtschaftliche Nutzung (Bst. a), der Unterhalt und die Erneuerung rechtmässig erstellter Bauten und Anlagen (Bst. b), Massnahmen zum Schutz von Menschen vor Naturereignissen (Bst. c) und die für die Anwendung der Buchstaben a-c notwendigen Infrastrukturanlagen (Bst. d). Insofern gilt in Moorlandschaften kein absolutes Veränderungsverbot, sondern es ist jeweils zu prüfen, ob ein Vorhaben mit den Schutzziele vereinbar ist. Eine Interessenabwägung ist aber auch hier nicht zulässig: Widerspricht ein Vorhaben den Schutzziele, so ist es unzulässig, unabhängig vom Gewicht der übrigen auf dem Spiel stehenden Interessen (BGE 138 II 281 E. 6.2).

4.3.4 Bei Bauvorhaben innerhalb einer Moorlandschaft interessiert somit bei der Überprüfung, ob dem Bauvorhaben überwiegende Interessen entgegenstehen, insbesondere, ob das Bauvorhaben mit den Schutzziele des Moorlandschaftsschutzes verträglich ist. Dies soll in den folgenden Erwägungen näher untersucht werden.

5. Gestützt auf Art. 23b Abs. 3 NHG hat der Bundesrat am 1. Mai 1996 die Verordnung über den Schutz der Moorlandschaften von besonderer Schönheit und von nationaler Bedeutung erlassen (Moorlandschaftsverordnung, SR 451.35). Art. 4 Abs. 1 der Moorlandschaftsverordnung umschreibt die für alle Objekte geltenden Schutzziele. Danach ist die Landschaft vor Veränderungen zu schützen, welche die Schönheit oder die nationale Bedeutung der Moorlandschaft beeinträchtigen (Bst. a). Die für Moorlandschaften charakteristischen Elemente und Strukturen sind zu erhalten, namentlich geomorphologische Elemente, Biotope, Kulturelemente sowie die vorhandenen traditionellen Bauten und Siedlungsmuster (Bst. b). Besondere Rücksicht ist auf geschützte Pflanzen- und Tierarten sowie die in den Roten Listen aufgeführten, gefährdeten und seltenen Pflanzen- und Tierarten zu nehmen (Bst. c). Die nachhaltige moor- und moorlandschaftstypische Nutzung ist zu unterstützen, damit sie so weit als möglich erhalten bleibt (Bst. d). Diese Schutzziele sind für die einzelnen Objekte durch die Kantone zu konkretisieren, auf der Grundlage der Objektbeschreibungen des Inventars (Art. 4 Abs. 2 Moorlandschaftsverordnung).

5.1 Beim Schutz der Moorlandschaft steht – anders als bei Mooren – nicht der Biotopschutz im Vordergrund, sondern der landschaftliche Aspekt (BGE 127 II 184 E. 5c). Die Schutzzielverträglichkeit bestimmt sich an-

C 2.4

hand der allgemeinen Kriterien von Art. 23c Abs. 1 NHG und Art. 4 Abs. 1 der Moorlandschaftsverordnung. Sodann sind die objektspezifischen Schutzziele zu beachten, die sich aus der Beschreibung im Bundesinventar der Moorlandschaften (Anhang 2 der Moorlandschaftsverordnung) und der Verordnung des Umweltdepartements des Kantons Schwyz vom 6. September 2007 betreffend die Moorlandschaft Rothenthurm (nachfolgend: Schutzverordnung Rothenthurm; SRSZ 722.311) ergeben (vgl. Urteil des Bundesgerichts 1A.40/2005 vom 7. September 2005, E. 4.2).

5.2 Als allgemeines Schutzziel gilt gemäss Art. 23c Abs. 1 NHG die Erhaltung jener natürlichen und kulturellen Eigenheiten der Moorlandschaften, die ihre besondere Schönheit und nationale Bedeutung ausmachen. Art. 4 Abs. 1 Bst. a der Moorlandschaftsverordnung präzisiert, die Moorlandschaft sei vor Veränderungen zu schützen, die ihre Schönheit oder nationale Bedeutung beeinträchtigen. Die kantonale Schutzverordnung Rothenthurm regelt sodann die Nutzung und den Schutz der Moorlandschaft Nr. 1 Rothenthurm (§ 1 Abs. 1 Schutzverordnung Rothenthurm).

5.3 Die Moorlandschaft Rothenthurm mit offenen Hochmoor-, Zwischenmoor-, Ried- und Auenbereichen, Trockenstandorten sowie den typischen Sukzessionsstadien soll als Lebensraum der darin typisch vorkommenden Pflanzen- und Tierwelt und in ihrer landschaftlichen Eigenart erhalten, gepflegt und gefördert werden (§ 1 Abs. 2 der Schutzverordnung Rothenthurm). Dazu sollen im Rahmen der geltenden Gesetzgebung insbesondere eine extensive landwirtschaftliche Nutzung und eine standortangepasste Waldpflege gefördert, Fliessgewässer ökologisch aufgewertet und fischgängig gemacht werden, Kulturobjekte und besondere Landschaftselemente sollen erhalten und die Besucher gelenkt und über den Schutz der Moore und der Moorlandschaft informiert werden (§ 1 Abs. 3 Schutzverordnung Rothenthurm). Zu diesem Zweck wird das Gebiet in fünf Zonen unterteilt: die Naturschutzzone A, die Landschaftsschutzzone B, den Strassenkorridor C, die Waldzone D und die Zone öffentlicher Bauten und Anlagen E (§ 2 Abs. 1 Schutzverordnung Rothenthurm).

5.4 Das vorliegend interessierende Gebiet „Mösli“ liegt gemäss dem Schutzzonenplan „Moorlandschaft Nr. 1 Rothenthurm“ vom 15. Februar 2011 in der Landschaftsschutzzone B. Die Landschaftsschutzzone B bezweckt die Erhaltung des Landschaftsbildes (inklusive der traditionell genutzten Wölbäcker) und die Vermeidung störender Einwirkungen auf die Naturschutzzone A. Die Extensivierungsflächen dienen der Erhaltung und Förderung langjähriger Wiesen mit Arten von Mooren, Trockenstandorten

und extensiv genutzten Auenrandbereichen sowie der Biotopvernetzung (§ 14 Abs. 1 der Schutzverordnung Rothenthurm).

5.5 Gemäss der Objektbeschreibung im Bundesinventar der Moorlandschaften (Anhang 2 der Moorlandschaftsverordnung) ist die Qualität der Moore in der Moorlandschaft Rothenthurm besonders hoch: Zwischen Ägerried und Schlänggli befindet sich die grösste zusammenhängende Hochmoorfläche der Schweiz. Die wichtigsten Gebiete mit Moorneubildung sind Schlänggli, Wijer und Bann-Bannzöpf. Um die Hochmoore herum und an den Hängen des Hochtals breiten sich grosse Flachmoore aus. Die Moorlandschaft hat eine grosse Bedeutung für die Erhaltung gesamtschweizerisch seltener und bedrohter Tier- und Pflanzenarten, welche für ihr Überleben auf Moorlandschaften angewiesen sind. Zahlreiche Formen der traditionellen moortypischen Nutzung haben sich erhalten, die für den Aspekt der Landschaft wichtig sind; so werden viele Flachmoore und einige sekundäre Hochmoore in ursprünglicher Weise als Streuwiesen genutzt. Weiter wird darauf hingewiesen, dass sich vereinzelt noch die charakteristischen gewölbten Mooräcker antreffen lassen. Kulturelemente wie „Turpehüsli“, Torfstickanten, Geleise, Verladerampen und „Turpenbännen“ weisen auf die frühere Nutzung hin.

6. Die Vorinstanz 2 setzt sich in ihrem Gesamtentscheid vom 7. Oktober 2015 weder mit den Argumenten der Beschwerdegegner noch mit denjenigen der Beschwerdeführerin auseinander. Sie begründet insbesondere nicht, weshalb der Modellflugplatz nicht mit den in Art. 23c Abs. 1 NHG und Art. 4 Abs. 1 Moorlandschaftsverordnung genannten Schutzziele vereinbar sein soll. Die Vorinstanz 2 verweist lediglich allgemein auf die genannten Schutzziele und hält pauschal fest, dass das Vorhaben den Schutzziele widerspreche. Auch in der Vernehmlassung vom 23. Dezember 2015 reicht das ARE keine weitergehende Begründung nach. Das Amt für Natur, Jagd und Fischerei (ANJF) äussert sich in der Vernehmlassung des ARE vom 23. Dezember 2015 hingegen folgendermassen: Die Landschaftsschutzzone B könne intensiver genutzt werden als die Naturschutzzone A. Die Landschaftsschutzzone B bezwecke zwar auch die Verhinderung der Beeinträchtigung der Naturschutzzone A. In der Landschaftsschutzzone B kämen allgemein jedoch sehr viel weniger geschützte Pflanzen- und Tierarten vor, weshalb weniger störende Auswirkungen zu erwarten seien. Wenn mit einem ornithologischen Gutachten nachgewiesen werden könne, dass der Modellflugbetrieb keine Beeinträchtigung der Avifauna in der Umgebung habe, könne eine Bewilligung in Betracht gezogen werden.

C 2.4

6.1 Wie dem kantonalen Schutzzonenplan „Moorlandschaft Nr. 1 Rothenthurm“ zu entnehmen ist, ist die Landschaftsschutzzone B relativ weitläufig. Die dem geplanten Modellflugplatz am nächsten gelegene Naturschutzzone A („Grossblätz“) befindet sich rund 260 m von diesem entfernt in nordöstlicher Richtung. Das Gebiet „Grossblätz“ figuriert auch im Bundesinventar der Flachmoore von nationaler Bedeutung (Objekt Nr. 2901 der Verordnung vom 7. September 1994 über den Schutz der Flachmoore von nationaler Bedeutung, SR 451.33). Dieses Gebiet wird vom Flugraum indes nicht erfasst. Vom Flugraum sind auch keine Hoch- oder Übergangsmoore (im Sinne der Verordnung vom 21. Januar 1991 über den Schutz der Hoch- und Übergangsmoore von nationaler Bedeutung [SR 451.32]) betroffen.

6.2 Wie bereits erwähnt, steht beim Schutz der Moorlandschaft nicht der Biotopschutz im Vordergrund, sondern der landschaftliche Aspekt. Für den Modellflugplatz werden keine Bauten und Anlagen neu errichtet. Die Beschwerdeführerin wird lediglich das bestehende Wiesland als Start- und Landepiste benützen. Die Mitglieder der Beschwerdeführerin werden ihre Modellflugzeuge im bezeichneten Flugraum auf Sicht manövrieren. Insofern steht der Modellflugplatz nicht im direkten Widerspruch zu den Schutzzielen von Art. 23c Abs. 1 NHG und Art. 4 Abs. 1 Moorlandschaftsverordnung. Das ANJF hat im Gesamtentscheid der Vorinstanz 2 vom 7. Oktober 2015 festgehalten, dass vom (Bau-)Vorhaben der Beschwerdeführerin keine schützenswerte Vegetation betroffen sei. Lediglich in Bezug auf die Auswirkungen auf die Avifauna (insbesondere Brutvögel) verlangte das ANJF ein ornithologisches Gutachten. Wenn mit diesem Gutachten nachgewiesen werden könne, dass der Modellflugbetrieb keine Beeinträchtigung der Avifauna in der Umgebung zur Folge habe, könne eine Bewilligung in Betracht gezogen werden.

6.3 Es dürfte klar sein, dass der Modellflugbetrieb eine gewisse Lärmbelastung durch Flugmotorengeräusche mit sich bringt. Darüber hinaus wird der Modellflugplatz auch mehr Menschen auf KTN 327 und damit in die Moorlandschaft ziehen. Diese werden vermutlich vorzugsweise mit dem Auto anreisen. Allerdings bringt die Beschwerdeführerin zu Recht vor, dass das Gebiet um KTN 327 kein von Menschen unberührtes Naturgebiet ist. Das Siedlungsgebiet Rothenthurm befindet sich in einer Distanz von lediglich etwa 800 m vom geplanten Modellflugplatz. Die Moorlandschaft Rothenthurm ist überdies ein beliebtes Sommer- und Wintersportgebiet (Wandern, Schlitteln, Langlaufen usw.). Die diversen Langlauf- und Wanderrouten führen dabei ebenfalls durch die geschützte Moorlandschaft. Wenige hundert Meter südlich des Grundstückes KTN 327 und somit ebenfalls

innerhalb der durch das Bundesinventar geschützten Moorlandschaft Rothenthurm liegt ausserdem die Schiessanlage Müllern. Selbstverständlich dürfen bereits bestehende Beeinträchtigungen der Moorlandschaft nicht einfach als Grund dienen, weitere Beeinträchtigungen zu erlauben. Dennoch sind diese Gegebenheiten beim Entscheid über die Bewilligungserteilung mitzubersücksichtigen.

6.4 Wie bereits gesagt, sind unter Schutz gestellte Hoch- und Übergangsmoore, Flachmoore sowie die Naturschutzzone A vom Flugbetrieb vorliegend nicht betroffen. Ob der Modellflugbetrieb tatsächlich negative Auswirkungen auf die Tierwelt und insbesondere auf die (Brut-)Vögel hat, ist im heutigen Zeitpunkt allerdings noch nicht hinreichend abgeklärt. Namentlich liegt das vom ANJF verlangte ornithologische Gutachten nicht vor. Die Auswirkungen des Modellflugbetriebes auf die übrigen Tiere und Pflanzen sind ebenfalls nicht geklärt. Demnach kann an dieser Stelle noch nicht abschliessend beurteilt werden, ob der Modellflugbetrieb den Schutzziele für die Moorlandschaft (hinsichtlich des Biotopschutzes) insgesamt widerspricht. Auch wenn der Biotopschutz vorliegend grundsätzlich in den Hintergrund tritt, ist die Moorlandschaft Rothenthurm von grosser Bedeutung für die darin vorkommenden Tier- und Pflanzenarten. Auch die Tierwelt gehört zu den schützenswerten Eigenheiten der Moorlandschaft, die ihre besondere Schönheit und nationale Bedeutung ausmachen.

6.5 Da vorliegend nicht hinreichend bekannt ist, welche Auswirkungen der Modellflugbetrieb auf die Tierwelt haben kann, ist die Sache zur vertieften Sachverhaltsabklärung und zu neuem Entscheid an die Vorinstanz 2 resp. an das ARE zurückzuweisen. Die Frage, ob dabei auch eine Begutachtung durch die Eidgenössische Natur- und Heimatschutzkommission (ENHK) i.S.v. Art. 7 Abs. 1 und 2 oder Art. 8 NHG notwendig bzw. angezeigt ist, kann an dieser Stelle offen gelassen werden. Dies müssen die Vorinstanz 2 resp. die kantonalen Fachstellen (ARE, ANJF) abklären. Das ANJF als Fachbehörde muss insbesondere auch prüfen, ob für die Ausarbeitung des ornithologischen Gutachtens ein zweijähriger Flugbetrieb tatsächlich nötig ist oder nicht. Zudem muss die Vorinstanz 2 resp. das ARE vor einer Verweigerung der Ausnahmegewilligung prüfen, ob die allenfalls drohende Beeinträchtigung der Moorlandschaft nicht mit weniger einschneidenden Massnahmen, namentlich mit Flugzeitbeschränkungen, gebannt werden kann.

6.6 Im Rahmen der Neubeurteilung muss sich die Vorinstanz 2 resp. das ARE auch nochmals mit der Frage befassen, ob für den Modellflugplatz eventuell geeignetere Alternativstandorte zur Verfügung stehen bzw. ob die

C 3.1

Beschwerdeführerin sich hinreichend um einen Alternativstandort bemüht hat. Diese Frage ist – wie bereits in E. 4.2 erwähnt – im Rahmen der Interessenabwägung nach Art. 24 Bst. b RPG zu beantworten. Die Beschwerdeführerin führt in ihren Eingaben zwar aus, sie habe sich nach der Einstellung des Flugbetriebes im Jahr 2010 intensiv nach anderen Standorten umgesehen. Die Suchbemühungen sind allerdings nicht dokumentiert. Auch in dieser Hinsicht ist der Sachverhalt nicht hinreichend geklärt. In diesem Zusammenhang weist die Vorinstanz 2 und auch das ARE zwar zu Recht darauf hin, dass im kantonalen Richtplan 2004 unter dem Geschäft L-2.1 (Moorlandschaft Nr. 1 Rothenthurm) als Zwischenergebnis festgehalten worden ist, dass für den Modellflugplatz in Zusammenarbeit mit dem Bund und den Standortgemeinden ein Standort ausserhalb der Moorlandschaft zu suchen ist. Der Richtplan richtet sich in erster Linie an die Behörden. Daraus lässt sich nicht automatisch ein absolutes Verbot für den Modellflugplatz innerhalb der Moorlandschaft ableiten. Nach der gegenwärtigen Aktenlage kann jedenfalls nicht beurteilt werden, ob für die Beschwerdeführerin geeignete Alternativstandorte vorhanden sind und verfügbar gemacht werden können.

7. Zusammenfassend ist die Beschwerde gutzuheissen. Die Sache ist im Sinne der obenstehenden Erwägungen zur vertieften Sachverhaltsabklärung und zu neuem Entscheid an die Vorinstanz 2 resp. das ARE zurückzuweisen. (...)

(RRB Nr. 756 vom 6. September 2016).

3. Umweltschutz

3.1 Planungspflicht und Umweltverträglichkeitsprüfung für ein Holzheizkraftwerk

- *Die Umweltverträglichkeit wird nicht in einem eigenständigen Verfahren geprüft. Über die Umweltverträglichkeit des Heizkraftwerkes ist vorliegend im Baubewilligungsverfahren zu befinden (Erw. 4.3.2 – 4.3.3).*
- *Für das Heizkraftwerk besteht weder im Rahmen der Richtplanung ein Festsetzungsbedarf (Erw. 9.1 und 9.2) noch aus raumplanerischer Sicht eine Verpflichtung zum Erlass einer besonderen Nutzungsplanung (Erw. 9.3).*

- *Vollständigkeit und Schlüssigkeit des Umweltverträglichkeitsberichts für das geplante Holzheizkraftwerk (Erw. 10).*
- *Verfügbarkeit des für den Betrieb des Heizkraftwerkes benötigten Holzes (Erw. 11).*
- *Lärmprognose: Ermittlung der Lärmbelastung für den durch das Holzheizkraftwerk verursachten Mehrverkehr (Erw. 12.1 – 12.5) und Einrechnung der Pegelkorrekturen (Erw. 12.6).*
- *Massgebender Referenzzustand in Bezug auf die Luftschadstoffbelastung (Erw. 13) und Berechnung der Energiebilanz des neuen Heizkraftwerkes (Erw. 14).*
- *Ausmass der Anreicherung von Moorbiotopen und von Grundwasservorkommen durch den Betrieb des neuen Heizkraftwerkes (Erw. 15).*

Aus dem Sachverhalt:

Am 23. Dezember 2013 reichte die AGRO Energie Rigi das Baugesuch für den Neubau eines Heizkraftwerkes mit Wärmespeicher sowie für die Verlegung einer Flurstrasse auf den Grundstücken KTN 2392 und KTN 2401 ein. Das Heizkraftwerk soll einerseits durch die Verwertung der vor Ort anfallenden Reststoffe der Schilliger Holz AG (Verbrennung oder Veredlung durch Herstellung von Pellets) und andererseits durch die Verbrennung von regional anfallendem Altholz und Waldhackschnitzeln Strom und Wärme erzeugen. Die Wärme gelangt über das ebenfalls neu zu erstellende Fernwärmenetz zu den Abnehmern in der Region. Für die geplante Anlage muss eine Umweltverträglichkeitsprüfung durchgeführt werden (vgl. Anlagentyp Nr. 21.2 Bst. b bzw. Nr. 40.7 Bst. c im Anhang zur Verordnung über die Umweltverträglichkeitsprüfung vom 19. Oktober 1988, UVPV, SR 814.011). Da für die Verlegung des Flurweges ursprünglich eine definitive und eine temporäre Rodung notwendig gewesen wären, stellte die AGRO Energie Rigi gleichzeitig noch das entsprechende Rodungsgesuch. Ausserdem reichte sie ein Gesuch für ein erdverlegtes Fernwärmenetz in den Gebieten Haltikon, Küssnacht und Fänn ein.

Aus den Erwägungen:

4.3.2 Wer eine Anlage, die der Umweltverträglichkeitsprüfung untersteht, planen, errichten oder ändern will, muss der zuständigen Behörde einen Umweltverträglichkeitsbericht (UVB) unterbreiten. Dieser bildet die Grundlage der Umweltverträglichkeitsprüfung (Art. 10b Abs. 1 des Bundesgesetzes über den Umweltschutz vom 7. Oktober 1983, Umweltschutzgesetz,

C 3.1

USG, SR 814.01). Der Bericht muss alle Angaben enthalten, welche die zuständige Behörde benötigt, um das Projekt prüfen zu können (vgl. Art. 9 Abs. 2 UVPV). Dabei richtet sich das massgebliche Verfahren nach dem kantonalen Recht (Ziffer 21.2 und Ziffer 40.7 des Anhangs zur UVPV). Die Kantone haben dasjenige Verfahren zu wählen, welches eine frühzeitige und umfassende Prüfung ermöglicht (Art. 5 Abs. 3 UVPV). Die Umweltverträglichkeitsprüfung ist jedoch kein eigenständiges Verfahren. Vorliegend muss die Vorinstanz 1 die Umweltverträglichkeit im Baubewilligungsverfahren für das geplante Heizkraftwerk überprüfen (vgl. § 45 Abs. 1 der Vollzugsverordnung zum Einführungsgesetz zum Umweltschutzgesetz vom 3. Juli 2001, VwzUSG, SRSZ 711.111, i.V.m. dem Anhang zur VwzUSG Anlagentyp Nr. 21.2 Bst. b und Nr. 40.7 Bst. c). Unabhängig vom massgebenden Verfahren hat das Amt für Umweltschutz als Umweltschutzfachstelle den eingereichten UVB auf seine formelle Vollständigkeit hin zu prüfen (Art. 13 Abs. 1 und 2 UVPV i.V.m. § 47 Abs. 2 VwzUSG). Sobald diese formelle Vollständigkeit bejaht wird, erfolgt die Bekanntmachung des UVB im kantonalen Amtsblatt zusammen mit der öffentlichen Auflage für die Anlage (Art. 15 UVPV i.V.m. § 48 Abs. 1 und 2 VwzUSG). Nachdem das Amt für Umweltschutz eine Gesamtbeurteilung basierend auf den eingegangenen Mitberichten der übrigen Fachbehörden über die Umweltverträglichkeit erstellt hat, entscheidet die zuständige Behörde (i.c. die Vorinstanz 1) unter Berücksichtigung dieser Beurteilung über das Projekt. Sie stellt fest, ob das Projekt mit den eidgenössischen und den kantonalen Vorschriften übereinstimmt. Die zuständige Behörde eröffnet dem Gesuchsteller und allfälligen weiteren Verfahrensparteien den Entscheid über das massgebende Verfahren sowie das Ergebnis der Beurteilung der Umweltverträglichkeit. Ferner gibt sie durch Publikation im Amtsblatt bekannt, wo der Bericht und die weiteren Unterlagen eingesehen werden können (Art. 13 Abs. 4, Art. 16, Art. 18 sowie Art. 20 UVPV i.V.m. § 49 Abs. 3 sowie § 51 VwzUSG). Sowohl der Gesuchsteller als auch die Einsprecher haben die Möglichkeit, den Entscheid bei der nächsthöheren Instanz des Bewilligungsverfahrens anzufechten.

4.3.3 Das Amt für Umweltschutz hat am 26. April 2013 die erste formelle Vollständigkeitsprüfung und am 1. Mai 2014 bzw. am 29. Juli 2014 unter Einbezug von weiteren kantonalen Amtsstellen sowie der Dienststelle Umwelt und Energie des Kantons Luzern die materielle Gesamtbeurteilung der Umweltverträglichkeit des geplanten Heizkraftwerks vorgenommen. Mit Beschluss Nr. 248 vom 8. April 2015 hat die zuständige Vorinstanz 1 die Umweltverträglichkeit des geplanten Heizkraftwerks festgestellt. Ferner hat die Vorinstanz 1 den UVB, den Feststellungsbeschluss sowie die dazugehörige Gesamtbeurteilung des Amtes für Umweltschutz im Amtsblatt bekannt

gegeben (Abl 2014, S. 861). Ebenfalls am 8. April 2015 hat die Vorinstanz 1 die Baubewilligung für das Heizkraftwerk erteilt und die festgestellte Umweltverträglichkeit zum integrierenden Bestandteil dieser Baubewilligung erklärt. Die Umweltverträglichkeitsprüfung ist damit Teil der Baubewilligung für das Heizkraftwerk bzw. des angefochtenen Beschlusses, wie dies vom Gesetz auch vorgesehen ist (...). Auf die Beschwerde ist deswegen auch einzutreten, soweit die Beschwerdeführerin I und die Beschwerdeführer II die Prüfung der Umweltverträglichkeit des Heizkraftwerkes rügen.

(...)

9. Die Beschwerdeführerin I und die Beschwerdeführer II bringen weiter vor, das geplante Heizkraftwerk sei nicht in Übereinstimmung mit dem Raumplanungsrecht geplant worden. Aufgrund der Grösse und der Auswirkungen der geplanten Anlage sowie dem Umstand, dass es sich um eine UVP-pflichtige Anlage handelt, bestehe vorliegend eine Planungspflicht gemäss Art. 2 des Bundesgesetzes über die Raumplanung vom 22. Juni 1979 (RPG, SR 700). Diese Planungspflicht für Abfallanlagen ergebe sich ausserdem aus Art. 17 der technischen Verordnung über Abfälle vom 10. Dezember 1990 (TVA, SR 814.600).

9.1 Gemäss Art. 31 USG erstellen die Kantone eine Abfallplanung. Sie ermitteln insbesondere den Bedarf an Abfallanlagen, vermeiden Überkapazitäten und legen die Standorte der Abfallanlagen fest. Die Art. 15 ff. TVA konkretisieren die gesetzlichen Vorgaben über die Abfallplanung. Die beiden im Planungsbegriff von Art. 31 USG enthaltenen Schritte – Sach- und Raumplanung – werden in Art. 16 und Art. 17 TVA getrennt behandelt. Art. 16 TVA listet insbesondere auf, welche Bereiche die Abfallplanung zu umfassen hat und gibt dafür Grundsätze vor. Gemäss Art. 17 TVA bestimmen die Kantone entsprechend der Abfallplanung die Standorte der Abfallanlagen, insbesondere der Deponien und der wichtigen anderen Abfallanlagen. Sie weisen die vorgesehenen Standorte in ihren Richtplänen aus und sorgen für die Ausscheidung der erforderlichen Nutzungszonen. Art. 17 TVA bezweckt vor allem die Sicherstellung der erforderlichen Standorte für die Abfallanlagen. Diese Notwendigkeit ergibt sich primär bei Anlagen, die besondere Standortbedingungen zu erfüllen haben, wie etwa Deponien (vgl. BGE 126 II 26 E. 4b und c). Wichtige andere Abfallanlagen sind solche, bei denen wegen ihrer räumlichen, organisatorischen oder politischen Bedeutung ein raumplanerischer Abstimmungsbedarf vorhanden ist. Das ist vor allem bei Kehrrichtverbrennungsanlagen und Sondermüllverbrennungsanlagen der Fall (vgl. BGE 126 II 26 E. 4b).

C 3.1

9.2 Im geplanten Heizkraftwerk Haltikon sollen aus minderwertigen Rindenabfällen, den Kappstücken, dem angelieferten Altholz und den Hackschnitzeln in einer spezialisierten Grossfeuerungsanlage erneuerbarer Strom und Fernwärme erzeugt werden. Aus den Sägespänen und dem Sägemehl sollen Holzpellets gepresst werden. Die Hauptfunktion der geplanten Anlage ist somit die Erzeugung von Nutzwärme und Strom. Es handelt sich demnach nicht um eine Abfallanlage im herkömmlichen Sinne. Auch die dafür benötigten Materialien (wie Rinde, Kappstücke, Hackschnitzel, Sägemehl) sind grundsätzlich keine Abfallprodukte. Vielmehr werden sie für die Erzeugung von erneuerbarer Energie verwendet. Da im Heizkraftwerk jedoch auch Altholz verbrannt werden soll, wird es als Anlage zum Verbrennen von Altholz, Papier und ähnlichen Abfällen gemäss Anhang 2 Ziffer 72 i.V.m. Anhang 5 Ziffer 3 Abs. 2 Bst. a der Luftreinhalte-Verordnung vom 16. Dezember 1985 (LRV, SR 814.318.142.1) qualifiziert. Im geplanten Heizkraftwerk soll aber weder Siedlungs- noch Sonderabfall gemäss Anhang 2 Ziffer 71 LRV verbrannt werden. Es handelt sich deshalb bei der geplanten Anlage weder um eine Kehricht- noch um eine Sondermüllverbrennungsanlage. Das geplante Heizkraftwerk ist demnach auch keine wichtige Abfallanlage im Sinne von Art. 17 TVA, zumal weder beim Transport noch bei der Verarbeitung Risiken bestehen, die über das hinaus gehen, was von verschiedenen in einer Industriezone gelegenen Betrieben zu erwarten ist. Durch die Altholzfeuerung fallen zwar Rost- und Flugasche an, welche mehrheitlich als Sonderabfall eingestuft werden müssen (vgl. Art. 2 Abs. 2 Bst. a der Verordnung über den Verkehr mit Abfällen vom 22. Juni 2005, VeVA, SR 814.610, i.V.m. dem Abfallcode 19 01 11: Rost- und Kesselaschen sowie Schlacken, die gefährliche Stoffe enthalten und dem Abfallcode 19 01 13: Filterstaub des Abfallverzeichnisses). Allerdings wird dieser Sonderabfall nicht vor Ort im Heizkraftwerk selbst weiter verwertet oder deponiert. Vielmehr werden die Rost- und die Flugasche in Containern zwischengelagert und später auf einer Reaktordeponie oder auf einer Reststoffdeponie abgelagert (vgl. UVB I, S. 23, S. 59 und S. 122 f.). Für das hier umstrittene Heizkraftwerk besteht nach dem Gesagten im Rahmen der Richtplanung kein zwingender Festsetzungsbedarf. Dies bedeutet, dass für das geplante Heizkraftwerk keine Richtplanungspflicht besteht.

9.3 Die Beschwerdeführerin I und die Beschwerdeführer II machen weiter geltend, das geplante Heizkraftwerk dürfe nur gestützt auf eine demokratisch legitimierte Nutzungsplanung realisiert werden. Es bestehe eine Planungspflicht nach Art. 2 RPG. Dafür spreche auch der Umstand, dass es sich vorliegend um eine UVP-pflichtige Anlage handelt. Dabei übersehen die Beschwerdeführerin I sowie die Beschwerdeführer II jedoch, dass sich die Frage der Planungspflicht (Art. 2 Abs. 1 RPG) gemäss der bundesge-

richtlichen Rechtsprechung nur für zonenwidrige Vorhaben ausserhalb der Bauzone stellt (vgl. Bernhard Waldmann/Peter Hänni, Handkommentar Raumplanungsgesetz, Bern 2006, Art. 2 N 31; siehe auch BGE 126 II 26 E. 4d). Das vorliegend geplante Heizkraftwerk liegt jedoch nach dem geltenden Zonenplan bzw. der rechtskräftigen Zonengrenzkorrektur vollständig innerhalb der Bauzone, namentlich in der Industriezone des Bezirks Küssnacht. Es besteht damit keine Planungspflicht. Vielmehr sind die Grundeigentümer – u.a. die Beschwerdegegnerin – der Parzellen im Industriegebiet in Haltikon berechtigt, ihre Grundstücke dem Zweck der Nutzungszone entsprechend zu nutzen. Die Industriezone ist für industrielle und gewerbliche Betriebe bestimmt (vgl. Art. 83 BauR). Das geplante Heizkraftwerk entspricht diesem Zonenzweck und ist damit zonenkonform, auch wenn es sich um eine UVP-pflichtige Anlage handelt (siehe dazu auch Pierre Tschannen, in: Kommentar zum Umweltschutzgesetz, Zürich/Basel/Genf 2004, Art. 31 N 32).

10. Die Beschwerdeführerin I und die Beschwerdeführer II sind ferner der Auffassung, das geplante Heizkraftwerk sei in diversen Punkten nicht umweltverträglich. Der dazu erstellte UVB sei nicht aussagekräftig, da er unvollständig und fehlerhaft sei.

10.1 Für die Beurteilung der Frage, ob das geplante Heizkraftwerk umweltverträglich ist, sind primär der UVB vom 19. Dezember 2013 bzw. vom 27. Juni 2014, das Gutachten Nussbaumer und insbesondere die Beurteilung der Umweltverträglichkeit durch das zuständige Amt für Umweltschutz vom 1. Mai 2014 bzw. vom 29. Juli 2014 unter Einbezug weiterer kantonalen Amtsstellen sowie der Dienststelle Umwelt und Energie des Kantons Luzern massgebend. Denn gemäss der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichts entspricht die durch die kantonale Fachstelle vorzunehmende Prüfung des Berichts über die Umweltverträglichkeit einer vom Bundesrecht obligatorisch verlangten amtlichen Expertise. Es kommt ihr dementsprechend grosses Gewicht zu. Auch wenn der entscheidenden Behörde eine freie Beweiswürdigung zusteht, entspricht es dem Sinn des Beizugs der Fachstelle als sachkundiger Spezialbehörde, dass nur aus triftigen Gründen vom Ergebnis der Begutachtung abzuweichen ist. Dies trifft namentlich auch für die ihr zugrundeliegenden tatsächlichen Feststellungen zu (BGE 131 II 470 E. 3.1; vgl. auch BGE 119 Ib 254 E. 8a).

10.2 Für die im Rechtsmittelverfahren vorzunehmende Beurteilung des UVB ergibt sich nach dem Gesagten, dass in erster Linie zu prüfen ist, ob die Umweltverträglichkeitsprüfung (UVP) über den wesentlichen Sachverhalt vollständig Aufschluss gibt, ob ihre Beurteilung durch die Fachstelle

C 3.1

den Anforderungen einer amtlichen Expertise genügt und ob die für den Entscheid im Hauptverfahren zuständige Behörde aus der UVP und deren Beurteilung durch die Fachbehörde die zutreffenden Folgerungen gezogen hat. Namentlich ist zu beurteilen, ob die öffentlichen Interessen vollständig berücksichtigt und ob sie richtig gewichtet wurden, wobei zu beachten ist, dass sich der UVB auf das für den Entscheid Wesentliche beschränken darf und es sich dabei um eine Prognose handelt. Ausserdem muss der Regierungsrat bei der Würdigung der technischen Aspekte das Ermessen und den Beurteilungsspielraum der Fachbehörden sowie der Vorinstanzen beachten (vgl. BGE 119 Ib 254 E. 8b).

10.3 In Beachtung der erwähnten allgemeinen Grundsätze ist in formeller Hinsicht festzustellen, dass der für das geplante Heizkraftwerk vorgelegte UVB sämtliche gemäss Art. 10b USG und Art. 9 UVPV notwendigen Aussagen enthält und die wichtigen Daten und Überlegungsschritte zu allen Teilproblemen nachvollziehbar darstellt und erläutert.

11. Die Beschwerdeführer II machen geltend, dass gemäss dem Bericht „Grundlagen zur energiepolitischen Strategie des Kantons Schwyz“ vom 18. Mai 2011 nur 2'000 t/a Altholz verfügbar seien. Die geplante Anlage benötige jedoch gemäss UVB 21'200 t/a Altholz. Der zur Beurteilung der Umweltverträglichkeit erforderliche Sachverhalt sei in diesem Punkt unvollständig und fehlerhaft.

11.1 Gemäss dem Bericht zur Abfallplanung im Kanton Schwyz vom Juli 2013 fallen im Kanton Schwyz im Jahr rund 12'500 t Altholz an (vgl. Jahr 2010). Bisher wurde ein grosser Teil dieses Altholzes ins Ausland exportiert. Dieses energetische Verwertungspotential des bislang exportierten Altholzes will man zukünftig innerhalb des Kantons ausschöpfen (vgl. Bericht zur Abfallplanung im Kanton Schwyz vom Juli 2013, S. 5 und S. 12). Sodann soll der Altholzbedarf für das Heizkraftwerk in Haltikon nicht nur durch Altholz aus dem Kanton Schwyz gedeckt werden. Vielmehr soll Altholz aus der Region (Innerschweiz) verwendet werden. Konkret ist vorgesehen, auch Altholz von dem Entsorgungsunternehmen Düring AG in Ebikon zu beziehen (vgl. UVB I, S. 23). Gemäss dem Bericht der Umweltschutzfachstellen Aargau und der Zentralschweizer Kantone zu den Kapazitäten und Nutzung der Abfallanlagen bis 2016 (S. 29) verfügte allein der Kanton Luzern im Jahr 2009 über eine Altholzkapazität von 70'000 t/a Altholz, von welchem lediglich 40'000 t/a thermisch genutzt wurden. Der Bericht prognostiziert bis zum Jahre 2016 eine Altholzkapazität im Kanton Luzern von 90'000 t/a, welche vollständig genutzt werden soll. Kommt hinzu, dass bislang gesamtschweizerisch rund die Hälfte des anfallenden Altholzes als

Rohstoff oder Energieträger ins Ausland, insbesondere nach Deutschland oder Italien, exportiert wurde. Diesen Export will man zukünftig eindämmen und das anfallende Altholz vor Ort in der Schweiz nutzen. Gemäss einer Studie des Bundesamts für Umwelt (BAFU) zum Thema „Holz als Rohstoff und Energieträger“ sind im Jahr 2005 in der Schweiz etwa 800'000 Tonnen Altholz angefallen. Die zunehmende Abbruch- und Sanierungstätigkeit führt zu einer stetig steigenden Altholzmenge.

11.2 Nach dem Gesagten ist die von den Beschwerdeführern II befürchtete fehlende Verfügbarkeit von Altholz unbegründet und die Annahmen im UVB korrekt. Dies gilt auch für die Befürchtung der Beschwerdeführer II, dass die im Werk Haltikon anfallenden Holzbestandteile, insbesondere das produktionsbedingte Sägemehl, nicht genügen könnten, um die im UVB genannten Stoffzufuhren alleine zu gewährleisten. Gemäss dem UVB I (S. 23 und S. 41) verarbeitet die Schilliger Holz AG am Standort Haltikon jährlich über 200'000 Festmeter Holz. Aus der Verarbeitung dieser Holzmenge fallen jährlich circa 400'000 Schüttkubikmeter (Sm^3) an Rinden, Kappstücken, Sägemehl und Sägespänen an. Rund 60 Sm^3 -% dieser Reststoffe (konkret: 236'700 Sm^3 bestehend aus 85'700 Sm^3 Rinde, 26'000 Sm^3 Kappstücke und 125'000 Sm^3 Sägemehl) sollen im geplanten Heizkraftwerk verwertet werden. Die für den Betrieb des Heizkraftwerks notwendigen Holzreststoffe können somit vollständig von der Schilliger Holz AG in Haltikon bezogen werden. Es sind somit keine zusätzlichen Transporte von anderen Standorten der Schilliger Holz AG notwendig. Die Angaben zu den Restholzmengen aus dem UVB I wurden einerseits durch die Firma Schilliger Holz AG (vgl. Schreiben bzw. Zusammenstellung vom 14. Juli 2014) und andererseits durch das Gutachten Nussbaumer (S. 23) plausibilisiert und belegt. Für die Richtigkeit der gegenteiligen Behauptung der Beschwerdeführer II gibt es hingegen keine sachlichen Anhaltspunkte, weshalb diese nicht zu hören sind.

12. Die Beschwerdeführerin I und die Beschwerdeführer II sind des Weiteren der Ansicht, dass die Lärmprognose im Zusammenhang mit dem durch den Betrieb des geplanten Heizkraftwerkes verursachten Mehrverkehr unvollständig und fehlerhaft sei. Insbesondere sei die Feststellung unzutreffend, dass der Betrieb der geplanten Anlage auf der Haltikerstrasse keine wahrnehmbaren stärkeren Lärmimmissionen erzeuge.

12.1 Das geplante Heizkraftwerk liegt im Industriegebiet in Haltikon und wird in Richtung Küssnacht über die Haltikerstrasse und in Richtung Udligenswil über die Küssnacherstrasse erschlossen. Für die Haltikerstrasse besteht eine Lärmsanierungspflicht, weshalb für die Beurteilung des aus

C 3.1

dem Projekt resultierenden Strassenlärms Art. 9 Bst. b der Lärmschutz-Verordnung vom 15. Dezember 1986 (LSV, SR 814.41) massgebend ist. Danach darf der Betrieb neuer oder wesentlich geänderter ortsfester Anlagen nicht dazu führen, dass durch die Beanspruchung einer sanierungsbedürftigen Verkehrsanlage wahrnehmbar stärkere Lärmimmissionen erzeugt werden (Bst. b). Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung führt eine Steigerung des durchschnittlichen täglichen Verkehrsaufkommens (DTV) um 25 % zu einer Lärmzunahme um 1 dB (A), was gerade noch wahrnehmbar sei (nachfolgend: 25 %-Regel; vgl. dazu BGE 1C_506/2014 vom 14. Oktober 2015 E. 7.1).

12.2 Der UVB I (S. 37) sieht vor, dass das Restmaterial der Firma Schilliger Holz AG zukünftig mehrheitlich im unmittelbar angrenzenden Heizkraftwerk verbrannt bzw. veredelt (Pellets) wird. Der Zwischentransport des Restmaterials kann somit arealintern zwischen den beiden Anlagen erfolgen. Damit werden die Transportwege sehr kurz gehalten und die LKW-Fahrten für den Abtransport der Reststoffe können eingespart werden. Dies führt zu einer Reduktion der LKW-Fahrten auf den Zubringerstrassen und die Anstösser werden in Bezug auf den Strassenverkehrslärm entlastet. Des Weiteren ist vorgesehen, im neuen Heizkraftwerk auch Altholz zu verbrennen. Dieses Altholz wird auf den Anlagen der Firma Düring in Perlen zu Schnitzeln aufbereitet. Die Firma Düring liegt in unmittelbarer Nähe des Werkes Perlen der Schilliger Holz AG. Da durch die Firma Schilliger Holz AG täglich viele Transporte von Haltikon nach Perlen erfolgen, können diese LKW auf der Rückfahrt Altholz für die Verbrennung im neuen Heizkraftwerk Haltikon mitnehmen. Auf diese Weise können mittels Gegenfahren die LKW-Transporte beschränkt werden. Gemäss dem UVB I (S. 44 und S. 74 i.V.m. mit Anhang A3.1) wird beim beschriebenen Normalbetrieb des Heizkraftwerkes die Küssnacherstrasse (in Richtung Udligenswil) pro Tag im Mittel um 18 LKW-Fahrten entlastet, jedoch mit 12 zusätzlichen PW-Fahrten belastet. Der LKW-Anteil geht insgesamt um 0.4 % zurück. Auf der Haltikerstrasse (in Richtung Küssnacht) steigt der LKW-Verkehr im Mittel um vier Fahrten pro Tag und um 22 PW-Fahrten pro Tag. Damit nimmt der DTV nur um 0.6 % zu. Neben diesem Normalbetrieb wurden im UVB noch drei weitere mögliche Verkehrsszenarien (Szenario II [mit weniger Leerfahrentennutzungen], Szenario III [Betriebsferien Schilliger Holz AG] und Szenario IV [ohne Schilliger Holz AG]) berechnet. Selbst beim Szenario IV mit dem höchsten Verkehrsaufkommen nimmt die Verkehrsbelastung auf der Küssnacherstrasse (in Richtung Udligenswil) pro Tag im Mittel um 42 LKW- und zwölf PW-Fahrten zu, was einer Zunahme des DTV um 1.3 % und des LKW-Anteils um 0.7 % entspricht. Auf der Haltikerstrasse (in Richtung Küssnacht) nimmt die Verkehrsbelastung pro Tag im Mittel um

sechs LKW- und 22 PW-Fahrten zu, was einer Zunahme des Verkehrsaufkommens beim DTV um 0.7 % und des LKW-Anteils um 0.1 % entspricht (vgl. Anhang A3.1 Ziffer 4 zum UVB I). Bei diesen Werten kann nicht von einer wahrnehmbaren Lärmzunahme im Sinne von Art. 9 Bst. b LSV gesprochen werden.

12.3 Die im UVB dargestellten Stoff- und Verkehrsflüsse sowie das daraus ermittelte Verkehrsaufkommen sind schlüssig und nachvollziehbar. Diese Auffassung wird in der Gesamtbeurteilung der Umweltverträglichkeit sowohl vom Amt für Umweltschutz als auch vom kantonalen Tiefbauamt geteilt (vgl. Gesamtbeurteilung der Umweltverträglichkeit durch das Amt für Umweltschutz vom 29. Juli 2014). Das Amt für Umweltschutz hält dazu vernehmlassend ausserdem fest, dass die im UVB ausgewiesenen LKW-Fahrten plausibel und mit einer ausreichend hohen Reserve angegeben seien. Dies gelte auch in Anbetracht des Umstands, dass der Abtransport der im Verhältnis geringen Menge an Asche (2'400 t) und Kalkhydrat (86 t) nicht separat ausgewiesen wurde (siehe Vernehmlassung der Vorinstanz 2 vom 16. Juni 2015, S. 4). Der Regierungsrat hat keinen Anlass, davon abzuweichen. Trotz des Umstandes, dass die Verkehrszahlen, auf welchen die erwähnten Berechnungen in Anhang A3.1 Ziffer des UVB I beruhen, aus dem Jahr 2006 stammen, ist davon auszugehen, dass ein auf aktuellen Zahlen beruhendes Gutachten in Bezug auf den Verkehrslärm im Ergebnis zu keiner anderen Schlussfolgerung führen würde. Denn es ist anzunehmen, dass der Verkehr seit 2006 eher zu- als abgenommen hat. Mit der Zunahme des DTV nimmt auch automatisch der noch zulässige Mehrverkehr (25 % vom DTV) zu (vgl. analog BGE 1C_105/2009 vom 13. Oktober 2009, E. 4.4).

12.4 Die Beschwerdeführerin I und die Beschwerdeführer II wenden dagegen ein, dass der zusätzliche LKW-Verkehr die Verkehrszusammensetzung verändere. Der Mehrverkehr sei deshalb wahrnehmbar, auch wenn der massgebende Beurteilungspegel nicht erreicht werde. Dabei verweisen sie auf BGE 136 II 281. Es trifft zwar zu, dass gemäss dieser Bundesgerichtsentscheid die sogenannte 25 %-Regel nur für Situationen mit gleich bleibender Verkehrszusammensetzung gilt. Verändert sich die Verkehrszusammensetzung erheblich, ist die Veränderung wahrnehmbar, selbst wenn die Erhöhung des Beurteilungspegels unter 1 dB(A) liegt bzw. der Mehrverkehr nicht um 25 % zunimmt. Vorliegend kann jedoch nicht von einer erheblichen Veränderung der Verkehrszusammensetzung gesprochen werden, zumal beim vorgesehenen Normalbetrieb des Heizkraftwerkes der LKW-Anteil zumindest auf der Küsnachterstrasse sogar reduziert werden kann

C 3.1

(vgl. Anhang A3.1 Ziffer 4.1 zum UVB I; siehe auch vorangehende Erwägung 12.2).

12.5 Nach dem Gesagten erzeugt das geplante Heizkraftwerk keine wahrnehmbaren stärkeren Immissionen. An diesem Ergebnis ändert auch der Einwand der Beschwerdeführerin I bzw. der Beschwerdeführer II nichts, dass die Berechnungen, wonach die Transporte immer mit 40 t-LKWs ausgeführt werden können, falsch seien. Denn allein der Umstand, dass in der Privatwirtschaft die Wirtschaftlichkeit zu einem der obersten Gebote zählt, spricht dafür, dass möglichst grosse Fuhren gemacht werden. Dies gilt umso mehr, als es technisch und betrieblich möglich ist, die Fahrten der Schilliger Holz AG von Haltikon nach Perlen und den Transport des Altholzes von Perlen nach Haltikon mit denselben Lastkraftwagen vorzunehmen. Denn die beiden Sortimente weisen ähnliche Transporteigenschaften auf (vgl. Gutachten Nussbaumer, S. 29).

12.6 Im Bereich Lärmschutz monieren die Beschwerdeführer II weiter, dass bei diversen Lärmquellen die Pegelkorrekturen K2 und K3 nicht gemacht worden seien, obwohl dies notwendig gewesen wäre. Dabei verkennen die Beschwerdeführer II den Zweck dieser Pegelkorrekturen. Beim Gewerbe- und Industrielärm werden die Störfaktoren wie Impuls- und Tonhaltigkeit von Geräuschen durch den Mittelungspegel nicht berücksichtigt. Deshalb sind die sogenannten Pegelkorrekturen notwendig. Mit der Pegelkorrektur K1 wird der generellen erhöhten Störwirkung von Industrie- und Gewerbelärm Rechnung getragen. Die Pegelkorrektur K2 ist für die Beurteilung von tonhaltigen Geräuschen und eine Pegelkorrektur K3 für impulshaltigen Lärm nötig. Mit den Zuschlägen, die jeweils die Werte +2, +4, +6 annehmen können, soll versucht werden, eine störungsgerechte Beurteilung vorzunehmen. Dabei ist der Betrag der Pegelkorrekturen K2 bzw. K3 von der Hörbarkeit von Reintönen bzw. von Impulsen (Schlägen) im eigentlichen Geräusch am Immissionsort abhängig. Die Pegelkorrekturen werden nach dem subjektiven Empfinden der Vollzugsbehörde festgelegt (vgl. Anhang 6 Ziff. 33 der LSV; siehe auch Bundesamt für Umwelt, Grundlagen Industrie- und Gewerbelärm vom 19. März 2008, S. 10). Vorliegend hat das Amt für Umweltschutz im Rahmen der Beurteilung der Umweltverträglichkeit auch die Lärmberechnungen überprüft. Dabei hat es bei der ersten Prüfung am 1. Mai 2014 festgestellt, dass für den Luftkondensator in der Nacht eine Pegelkorrektur K1 von 10 dB(A) und nicht von 5 dB(A) vorzunehmen sei. Dieser Mangel wurde mit dem Ergänzungsbericht zum UVB vom 27. Juni 2014 (UVB II) behoben. Ansonsten erachtete das Amt für Umweltschutz die im UVB vorgenommene Beurteilung der Betriebslärmemissionen und damit auch die Pegelkorrekturen K2 und K3 als nachvoll-

ziehbar (Beurteilung der Umweltverträglichkeit durch das Amt für Umweltschutz vom 29. Juli 2014). Insbesondere ist es nicht zu beanstanden, dass lediglich beim Luftkondensator und bei den Schubböden Pegelkorrekturen K2 und K3 vorgenommen wurden, da bei diesen Anlagen mit impuls- bzw. tonhaltigen Geräuschen zu rechnen ist (vgl. Anhang A1 zum UVB II). Kommt hinzu, dass die Vorinstanz 2 vernehmlassend zutreffend darauf hingewiesen hat, dass die Pegelkorrekturen anhand der Wahrnehmbarkeit bei den Immissionsorten festgelegt werden, wobei die Wahrnehmbarkeit wiederum von der Distanz sowie dem Ausbreitungsweg des Schalls abhängig sind. Berücksichtigt man diese Aspekte, sind die Beurteilung der Lärmsituation im UVB sowie die vorgenommene Überprüfung durch das Amt für Umweltschutz bzw. die Vorinstanz 1 (Beschluss Nr. 248 vom 8. April 2014) nicht zu beanstanden. Auch der Umstand, dass die Dampfturbine sowie die Kaminaustrittsöffnung bei der Lärmberechnung nicht berücksichtigt wurden, stellt keinen Mangel dar, weil diese Lärmquellen vernachlässigbar sind. Dies gilt insbesondere für die Dampfturbine, die in einem geschlossenen Raum betrieben wird.

13.1 Die Beschwerdeführerin I vertritt ferner die Meinung, dass in Bezug auf die Lufthygiene von einer falschen Ausgangslage ausgegangen worden sei. Der UVB I (S. 63) ging jedoch bezüglich der Luftreinhaltung zu Recht von einem Referenzzustand ohne die Holzfeuerung der Schilliger Holz AG aus. Denn mit der Inbetriebnahme des geplanten Heizkraftwerkes wird die bestehende Holzfeuerung der Schilliger Holz AG stillgelegt, so dass die daraus resultierenden Immissionen vollständig wegfallen.

13.2 Soweit die Beschwerdeführerin I bzw. die Beschwerdeführer II geltend machen, dass für die geplante Anlage die strengeren Emissionswerte gemäss Anhang 2 Ziffer 71 LRV gelten würden, ist darauf aufmerksam zu machen, dass in der geplanten Anlage keine Siedlungs- und Sondermüllabfälle verbrannt werden sollen. Es liegt somit keine Anlage im Sinne von Anhang 2 Ziffer 71 LRV vor. Vielmehr wird die geplante Anlage als Anlage zum Verbrennen von Altholz, Papier und ähnlichen Abfällen gemäss Anhang 2 Ziffer 72 LRV qualifiziert (vgl. vorangehende Erwägung 9.3). Die Lärmschutzverordnung definiert Altholz in Anhang 5 Ziffer 3 Abs. 2 Bst. a LRV als Altholz aus Gebäudeabbrüchen, Umbauten oder Renovationen, Restholz von Baustellen, Altholz aus Verpackungen einschliesslich Paletten und alte Holzmöbel sowie Gemische davon mit Holzbrennstoffen. Allerdings teilt die schweizerische Lärmschutzverordnung – im Gegensatz zur deutschen Altholzverordnung (Altholzklassen A1 bis A4) – das Altholz nicht in verschiedene Kategorien ein. Der UVB I (S. 120 ff.) lehnt sich trotzdem an die Kategorisierung der deutschen Altholzverordnung und hält fest, dass die

C 3.1

neue Anlage auf die Verwertung der Altholzklassen A1 und A2 ausgerichtet sei. Dies ist mit der schweizerischen Luftreinhalteverordnung vereinbar.

13.3 Die Beschwerdeführerin I und die Beschwerdeführer II behaupten, es sei in der Praxis schwierig, die verschiedenen Altholzkategorien auszusortieren. Es sei deshalb nicht gewährleistet, dass in der Anlage nicht auch Altholz der Kategorien A3 und A4 verbrannt werde. Da jedoch nicht leicht hin anzunehmen ist, dass die Beschwerdegegnerin von den Vorgaben abweicht und da auflagenweise diverse Mess- und Kontrollmassnahmen im Zusammenhang mit den anfallenden Schadstoffemissionen bzw. Immissionen angeordnet wurden, sind die Befürchtungen der Beschwerdeführerin I bzw. der Beschwerdeführer II nicht relevant. Zwar geht auch das Gutachten Nussbaumer (S. 32) davon aus, dass ein sicheres Ausschliessen der Altholzkategorie A3 ohne unverhältnismässigen Aufwand kaum möglich wäre. Gleichzeitig bestätigt jedoch das Gutachten Nussbaumer, dass die geplante Anlage so ausgelegt worden ist, dass auch Altholz dieser Kategorie A3 verwendet werden kann. Auch das Amt für Umweltschutz bestätigt diese Auslegung der Anlage (vgl. Vernehmlassung der Vorinstanz 2 vom 16. Juni 2015, S. 3). Eine Verwertung von Altholz der Kategorie A4 sowie von PCB-haltigem Altholz kann jedoch in der Praxis grundsätzlich ausgeschlossen werden, da diese Hölzer (wie Eisenbahnschwellen, Telefonmasten, etc.) von anderen Hölzern unterschieden und damit aussortiert werden können.

14. Die Beschwerdeführerin I sowie die Beschwerdeführer II machen geltend, dass unter Bezugnahme auf einschlägige Regelwerke und Erfahrungswerte durchschnittlich nur 2'300 Stunden/Jahr (inkl. Brauchwasser) an Fernwärme von (Privat-)Endabnehmern nachgefragt werden. Aus dem UVB und dem Gutachten Nussbaumer gehe hervor, dass die Anlage eine Volllaststundenzahl von 7'720 Stunden/Jahr ausweise. Es stelle sich deswegen die Frage, was mit der Fernwärme in den 5'420 Stunden/Jahr geschehe, in denen rechnerisch gar keine Fernwärme benötigt werde. Es sei davon auszugehen, dass diese Wärme entweder zur Stromproduktion verwendet oder an die Umgebung abgegeben werde. Dies widerspreche den Vorgaben des Teilrichtplans Wärme des Bezirks Küssnacht, wonach der Betrieb einer solchen Anlage wärmebedarfsabhängig und nicht abhängig vom Strombedarf erfolgen solle.

14.1 Bei der geplanten Anlage wird eine Energieausnutzung von im Jahresmittel gut 20 % Strom und rund 60 % Nutzwärme erwartet. Für die Wärmenutzung sind zwei Massnahmen vorgesehen. Einerseits soll die Abwärmenutzung des Dampfprozesses zur Versorgung des Fernwärmenetzes dienen (46 %). Andererseits soll die Abgaswärme mit einem Anteil von

14 % nach dem Dampfkessel in einer Abgaskondensationsanlage zurückgewonnen werden. Diese Wärmerückgewinnung dient der Trocknung von nassem Sägemehl aus der benachbarten Sägerei (vgl. Anhang A2.1 zum UVB I sowie Gutachten Nussbaumer, S. 3 und S. 16). Nach dem Gesagten steht die Wärmenutzung im Vordergrund, womit die Anlage den Vorgaben des Teilrichtplans Wärme des Bezirks Küssnacht, Version 5.1 vom 14. April 2014 (S. 14), Rechnung trägt. Kommt hinzu, dass die Vorinstanz I im Beschluss Nr. 248 vom 8. April 2015 in Dispositivziffer 1 auflageweise angeordnet hat, dass die jährlichen Wärme- und Stromproduktionszahlen, der Energieinput sowie die Wärme- und Stromwirkungsgrade der kantonalen Energiefachstelle zugestellt werden müssen. Mit dieser Auflage ist eine ausreichende Nachkontrolle gewährleistet.

14.2 Für die Feuerung und damit für die Wärmeerzeugung erzielt die geplante Anlage beim Betrieb nach der unter Erwägung 14.1 dargelegten Auslegung rund 7'700 Vollbetriebsstunden pro Jahr. Damit werden 86'000 MWh/a Nutzwärme erzeugt (vgl. Anhang A2.1 zum UVB I). Entgegen den Behauptungen der Beschwerdeführerin I bzw. der Beschwerdeführer II besteht grundsätzlich der Bedarf an Nutzwärme in diesem Umfang. Denn von diesen 86'000 MWh/a Nutzwärme werden 22'000 MWh/a für die Pelletierung und 24'000 MWh/a von der Schilliger Holz AG verwendet und zwar jahreszeitenunabhängig. Dies bedeutet, dass noch rund 40'000 MWh/a ($86'000 - 22'000 - 24'000$ MWh/a) für das Fernwärmenetz zur Verfügung stehen, was gemäss dem Teilrichtplan Wärme des Bezirks Küssnacht circa dem vorgesehenen Wärmebedarf des Bezirks Küssnacht entspricht. Der Bauherrschaft ist jedoch bewusst, dass dieser Wärmebedarf zukünftig abgesenkt werden soll. Deshalb ist auch eine Erweiterung des Versorgungsgebietes über den Bezirk Küssnacht hinaus vorgesehen. Die angestellten Überlegungen und Berechnungen erscheinen plausibel, was auch vom Gutachten Nussbaumer bestätigt wird (siehe Gutachten Nussbaumer, S. 21, S. 37). Darüber hinaus vermag die Anlage selbst bei einer wesentlich niedrigeren Abgabe von Wärme ins Fernwärmenetz und somit bei einem Teilbetrieb der Anlage den Anforderungen der kostendeckenden Einspeisevergütung (KEV) immer noch zu genügen (vgl. Gutachten Nussbaumer, S. 21, Variante 2). Da jedoch das geplante Fernwärmenetz bereits rechtskräftig bewilligt ist, ist davon auszugehen, dass die effektive Anschlussleistung ein Mehrfaches des im Gutachten Nussbaumer erwähnten Mindestwertes sein wird (vgl. Gutachten Nussbaumer, S. 21). Im Übrigen wirkt sich die relativ hohe Vollbetriebsstundenzahl positiv auf den Anlagebetrieb und die Wirtschaftlichkeit aus. Dies kommt daher, dass die Anlage über einen relevanten Anteil Wärme für ganzjährige Trocknungsprozesse verfügt und zudem eine grosse Wärmespeicherung vorgesehen ist. Dies

C 3.1

erlaubt es, die Anlage mit niedrigerer Spitzenleistung als bei einer konventionellen Auslegung auszulegen, was zwar zu höheren Vollbetriebsstunden führt, jedoch den Einsatz an fossiler Spitzenenergie auf ein Minimum reduziert. Diese Einsparung an fossiler Energie im Vergleich zu konventionellen Heizanlagen ist auch bei der Forderung nach einem rein wärmegeführten Betrieb zu berücksichtigen. Denn rein wärmegeführte Betriebe weisen in der Regel einen relevanten Anteil an fossilem Energieverbrauch aus, was vorliegend nicht der Fall ist (vgl. Gutachten Nussbaumer, S. 36).

14.3 Nach dem Gesagten ist die vorgesehene Auslegung des neuen Heizkraftwerkes nicht zu bestanden. Die Einwände der Beschwerdeführerin I bzw. der Beschwerdeführer II sind nicht stichhaltig. Dazu gehört auch der Einwand der Beschwerdeführer II, Revisionen und Wartungen der Anlage seien nur schwer möglich. Solche Unterbrüche der Anlage für Revisionen durch das Kesselinspektorat sowie für Wartungen sind jedoch im UVB mitberücksichtigt (vgl. UVB I, S. 34). Im Ergebnis ist festzuhalten, dass die im UVB gemachten Berechnungen im Zusammenhang mit der Energiebilanz schlüssig und plausibel sind, was auch vom Gutachten Nussbaumer bestätigt wurde. Die Vorinstanzen haben deswegen zu Recht darauf abgestellt. Die Einwände der Beschwerdeführerin I und der Beschwerdeführer II im Zusammenhang mit der Energiebilanz sind hingegen zu pauschal und zu wenig substantiiert.

15. Die Beschwerdeführerin I bzw. die Beschwerdeführer II weisen zudem darauf hin, dass circa 1.5 km südwestlich des geplanten Heizkraftwerkes Flachmoore von nationaler Bedeutung liegen. Diese seien bislang zu wenig berücksichtigt worden. Insbesondere sei nicht ausreichend abgeklärt worden, ob der Schadstoffausstoss des Heizkraftwerkes zu einer unzulässigen Nährstoffanreicherung und damit zu einer Beeinträchtigung der nationalen und auch kommunalen Naturschutzgebiete führe.

15.1 Gemäss Art. 23a i.V.m. Art. 18a Abs. 1 und 2 des Bundesgesetzes über den Natur- und Heimatschutz vom 1. Juli 1966 (NHG, SR 451) bezeichnet der Bundesrat 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. Neben der Verpflichtung, die national geschützten Moorbiotope ungeschmälert zu erhalten, haben die Kantone den genauen Grenzverlauf festzulegen und ökologisch ausreichende Pufferzonen auszuscheiden (Art. 3 Abs. 1 und Art. 4 und 5 der Verordnung über den Schutz der Flachmoore von nationaler Bedeutung vom 7. September 1994, Flachmoorverordnung, FMV, SR 451.33). In dieser Pufferzone sind Bauten,

Anlagen und Bodenveränderungen zulässig, sofern sie das Schutzziel nicht beeinträchtigen (Art. 5 Abs. 3 FMV).

15.2 Das Baugrundstück selbst liegt weder in einem kantonalen Naturschutzgebiet noch in einem Natur- und Landschaftsschutzgebiet von nationaler Bedeutung. Die von der Beschwerdeführerin I bzw. den Beschwerdeführern II erwähnten Schutzgebiete „Schlittenried“ (Objekt Nr. 3001, in Küssnacht), „Weiherried“ (Objekt Nr. 3002, in Küssnacht und Udligenswil) und „Moosweiher“ (Objekt Nr. 1240, in Udligenswil) sind hingegen als Flachmoore von nationaler Bedeutung inventarisiert. Allerdings liegen diese Schutzgebiete rund 1.5 km vom Baugrundstück entfernt, was zwischen allen Parteien unstrittig ist. Bereits aufgrund dieser Distanz ist davon auszugehen, dass das Baugrundstück nicht in der Pufferzone liegt bzw. dass zwischen diesen Flachmooren und dem Baugrundstück eine ausreichende Pufferzone besteht. Kommt hinzu, dass die Pufferzone kein Instrument zur Verhinderung von Beeinträchtigungen bildet, die durch die allgemeine Luftverschmutzung verursacht werden (Bernhard Waldmann, Der Schutz von Mooren und Moorlandschaften: Inhalt, Tragweite und Umsetzung des ‚Rothenthurmartikels‘, Diss., Freiburg 1997, S. 175). Da das geplante Heizkraftwerk bzw. dessen Betrieb die massgebenden Grenzwerte insbesondere aus lufthygienischer Sicht grundsätzlich einhält, trägt das Projekt lediglich zur allgemeinen Luftverschmutzung bei, welche durch eine Pufferzone gerade nicht verhindert werden kann. Bei dieser Ausgangslage gingen die Vorinstanzen zu Recht davon aus, dass für die genannten Schutzgebiete durch das Projekt keine nennenswerten Beeinträchtigungen drohen. Dies schliesst selbstverständlich spätere Kontrollmessungen nach Erstellung und Inbetriebnahme des Heizkraftwerkes und die nachträgliche Anordnung weiterer emissionsmindernder Massnahmen bei einer festgestellten Überschreitung der Belastungsgrenzwerte nicht aus (vgl. RRB Nr. 1291 vom 14. Dezember 2010, E. 16.5.4). Im Übrigen haben die Vorinstanzen solche Kontrollmessungen bereits auflageweise angeordnet. Es ist u.a. vorgesehen, dass die Emissionen des Betriebs nach Absprache mit dem Amt für Umweltschutz in geeigneter Weise kontinuierlich messtechnisch überwacht werden müssen. Ferner soll vor der Erteilung der Baufreigabe in Absprache mit den kantonalen Umweltämtern Schwyz und Luzern ein Messkonzept betreffend NOx Emissionen erarbeitet und nachgewiesen werden (vgl. Beschluss Nr. 243 der Vorinstanz 1 vom 8. April 2015 Dispositivziffer 4 i.V.m. dem Gesamtentscheid der Vorinstanz 2 vom 13. Februar 2015, S. 20).

15.3 Soweit die Beschwerdeführerin I und die Beschwerdeführer II geltend machen, der UVB bzw. die zuständigen Fachstellen hätten sich zu

C 7.1

wenig mit der Frage befasst, ob der jährliche Ausstoss von Stickoxiden und Ammoniak nicht zu einer unzulässigen Nährstoffanreicherung und damit zu einer Beeinträchtigung der nationalen und kommunalen Naturschutzgebiete führe, übersehen sie, dass sich der UVB I (S. 59 ff.) zu den aus der geplanten Anlage resultierenden Schadstoffemissionen bzw. Immissionen geäußert hat. Ferner wurden diese Angaben im UVB von der zuständigen Fachstelle überprüft (Beurteilung der Umweltverträglichkeit durch das Amt für Umweltschutz vom 29. Juli 2014, S. 7 f.) und die geplante Anlage als umweltverträglich beurteilt. Weitergehende Abklärungen waren nicht notwendig. Dies gilt auch im Zusammenhang mit der Rüge der Beschwerdeführer II, man habe die Gefahr der Grundwasserverschmutzung im Bereich Udligenswil unzureichend abgeklärt. Die gemachten Abklärungen sind ausreichend (vgl. UVB I, S. 87 ff. i.V.m. Anhang A4). Kommt hinzu, dass sich dazu neben der Fachstelle des Kantons Schwyz auch die Dienststelle Umwelt und Energie des Kantons Luzern geäußert hat (vgl. Beurteilung der Umweltverträglichkeit durch das Amt für Umweltschutz vom 29. Juli 2014, S. 8). Es besteht somit auch in diesem Bereich kein weiterer Handlungsbedarf.

(RRB Nr. 47/2016 vom 19. Januar 2016).

Anmerkung: Das Verwaltungsgericht hat den Beschwerdeentscheid des Regierungsrates bestätigt (VGE III 2016 28 vom 21. Dezember 2016). Eine dagegen beim Bundesgericht erhobene Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten (1C_139/2017) ist bei Redaktionsschluss hängig.

7. Sozialwesen

7.1 Interkommunaler Kompetenzkonflikt in der Sozialhilfe

- *Zuständigkeit des Regierungsrates zur Beurteilung von Kompetenzstreitigkeiten zwischen zwei Gemeinderäten (Erw. 1.2).*
- *Örtlich zuständig für die Übernahme der Leistungsabteilung im Bereich A der IVSE ist im Kanton Schwyz die Gemeinde, in welcher der zivilrechtliche Wohnsitz des Kindes oder Jugendlichen besteht (Erw. 2).*
- *Wohnsitz eines Kindes geschiedener Eltern, denen die elterliche Sorge gemeinsam zusteht (Erw. 3.1 – 3.2).*

- *Gestützt auf Art. 23 Abs. 1 ZGB bleibt der einmal begründete zivilrechtliche Wohnsitz trotz des Entzuges des Aufenthaltsbestimmungsrechts der Eltern und trotz des Eintritts in die Wohngruppe X. bestehen (Erw. 4).*

Aus den Erwägungen:

1.2 Der Regierungsrat ist für die Beurteilung von Kompetenzstreitigkeiten zwischen Verwaltungsbehörden, welche trotz Meinungs austauschs zwischen den in Frage kommenden Behörden nicht behoben werden können, zuständig (§ 8 Bst. b des Justizgesetzes vom 18. November 2009, JG, SRSZ 231.110). Der Begriff „Verwaltungsbehörde“ ist als Gegensatz zu Justizbehörde bzw. Gericht zu verstehen (Prinzip der Gewaltenteilung; Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Auflage, Zürich 2014, Rz 35 ff.), was sich ebenfalls aus dem Wortlaut von § 8 Bst. a JG ableiten lässt. Bei den Fürsorgebehörden der Gemeinden A. und B. handelt es sich um kommunale Verwaltungsbehörden. Deren Konflikt über ihre Unterstützungspflicht beurteilt der Regierungsrat, der auch als Oberaufsichtsbehörde über die öffentliche Sozialhilfe (§ 9 des Gesetzes über die Sozialhilfe vom 18. Mai 1983, ShG, SRSZ 380.100) angesprochen ist (EGV-SZ 2008, C 7.1, E. 2.2). Auf die Gesuche der Sozialpädagogischen Wohngruppe X. und der Beiständin H. vom 9. bzw. 20. September 2016 ist somit einzutreten.

2. Mit Beschluss Nr. IIA/012/25/2016 vom 29. Juni 2016 hat die KESB Ausserschwyz gestützt auf Art. 310 Abs. 1 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 10. Januar 1907 (ZGB, SR 210) das Aufenthaltsbestimmungsrecht (elterliche Obhut) über N. den Kindseltern entzogen und ihn in die Sozialpädagogische Wohngruppe X. platziert. Bei der Sozialpädagogischen Wohngruppe X. handelt es sich um eine IVSE-Einrichtung im Sinne von Art. 2 Abs. 1 Bereich A der Interkantonalen Vereinbarung für soziale Einrichtungen vom 13. Dezember 2002/14. September 2007 (IVSE, SRSZ 380.311.1). Der Wohnkanton sichert der Einrichtung des Standortkantons mittels Kostenübernahmegarantie die Leistungsabgeltung zugunsten der Person für die zu garantierende Periode zu (Art. 19 Abs. 1 IVSE). Als Wohnkanton gilt derjenige Kanton, in dem die Person, welche die Leistungen beansprucht, ihren zivilrechtlichen Wohnsitz hat (Art. 4 Bst. d IVSE). Im Kanton Schwyz liegt die innerkantonale (subsidiäre) Kostentragung für Einrichtungen für Kinder und Jugendliche und damit für IVSE-Einrichtungen gemäss Art. 2 Abs. 1 Bereich A IVSE bei den Gemeinden (§ 1 Abs. 1 Bst. a, § 2 Abs. 1 Bst. c, § 10 und § 20 Abs. 1 und 2 des Gesetzes

C 7.1

über soziale Einrichtungen vom 28. März 2007, SEG, SRSZ 380.300). Örtlich zuständig für die Übernahme der Leistungsabgeltung im Bereich A ist im Kanton Schwyz somit die Gemeinde, in welcher der zivilrechtliche Wohnsitz des Kindes oder Jugendlichen ist (§ 2 Abs. 1 Bst. c SEG i.V.m. § 10 SEG).

3. Im Folgenden ist somit zu prüfen, wo N. seinen zivilrechtlichen Wohnsitz im Zeitpunkt der Anordnung der Kindesschutzmassnahme bzw. der Fremdplatzierung hatte. Die Gemeinde, in welcher sich der zivilrechtliche Wohnsitz von N. befindet, muss die Kosten für die Betreuung von N. in der Sozialpädagogischen Wohngruppe X. übernehmen.

3.1 Nach Art. 25 Abs. 1 ZGB hat das unter elterlicher Sorge stehende Kind seinen Wohnsitz in erster Linie am Wohnsitz der Eltern oder, wenn die Eltern keinen gemeinsamen Wohnsitz haben, am Wohnsitz des obhutsberechtigten Elternteils. Dabei ist allein die formelle Obhutsberechtigung massgeblich, welche dem Elternteil im Rahmen einer Ehe- oder Kindeschutzmassnahme oder im Scheidungsurteil übertragen wurde (Daniel Staehelin, in: Basler Kommentar, 5. Auflage 2014, Art. 15 N 5). In den übrigen Fällen befindet sich der Wohnsitz am Aufenthaltsort des Kindes (Art. 25 Abs. 1 ZGB, letzter Halbsatz) mit der Folge, dass ein bisheriger abgeleiteter Wohnsitz nicht weiterbestehen kann (Urteil des Bundesgerichts 5C.274/1997 vom 12. Januar 1998).

3.2 Die Eltern von N. sind geschieden. Im Scheidungsurteil vom 17. Juni 2014 hat das Bezirksgericht March N. der elterlichen Sorge beider Elternteile unterstellt und bestimmt, dass N. bei seinem Vater wohnt und dort seinen Wohnsitz hat (...). Die Mutter von N. hat ihren zivilrechtlichen Wohnsitz in der Gemeinde A., der Vater seinen in der Gemeinde B. Aufgrund des Scheidungsurteils hatte N. daher vor der Anordnung der Kindeschutzmassnahme bzw. der Fremdplatzierung mit Entzug des Aufenthaltsbestimmungsrechts unbestritten seinen zivilrechtlichen Wohnsitz in der Gemeinde B.

4.1 Der Mittelpunkt der Lebensbeziehungen befindet sich üblicherweise nicht an einem Ort, an dem man sich bloss zu einem Sonderzweck aufhält (BGE 108 Ia 257). Daher begründet der Aufenthalt zwecks Besuchs einer Lehranstalt oder die Unterbringung in eine Heil- oder Strafanstalt keinen Wohnsitz (aArt. 26 ZGB). Mit der Revision des Vormundschaftsrechts wurde der Inhalt des aArt. 26 ZGB systematisch richtig bei Art. 23 Abs. 1 ZGB eingereiht und die Bestimmung auch neu formuliert. In Art. 23 Abs. 1 ZGB ist ausdrücklich festgehalten, dass der Aufenthalt in einer Erziehungs- und

Pflegeeinrichtung für sich allein keinen Wohnsitz begründet. Zweck der Bestimmung ist es, diejenigen Gemeinden, auf deren Gebiet sich Anstalten befinden, von denjenigen Aufgaben zu entlasten, welche der Wohnortgemeinde obliegen. Mit der Formulierung in Art. 23 Abs. 1 ZGB „für sich allein“ wird klargestellt, dass die Begründung eines neuen Wohnsitzes am Ort der Anstalt nicht schlechthin ausgeschlossen ist, wenn der dortige Aufenthalt nicht nur dem Sonderzweck dient (Botschaft zur Revision des Vormundschaftsrechts, BBI 2006 7001, 7096).

4.2 Nach Art. 24 Abs. 1 ZGB bleibt ein einmal begründeter Wohnsitz bis zum Erwerb eines neuen Wohnsitzes bestehen. Folgt aus einer Einweisung in eine Anstalt kein neuer Wohnsitz, wird mithin der bisherige perpetuiert. Nach einer in der Lehre vertretenen Meinung wird der Wohnsitz des unmündigen Kindes indes dann nicht perpetuiert, wenn dieser im Sinne von Art. 25 Abs. 1 ZGB an den Aufenthaltsort angeknüpft wird; in diesen Fällen könne sich der Wohnsitz des Kindes auch am Ort der Anstalt im Sinn von Art. 23 ZGB befinden (Stahelin, a.a.O., Art. 25 N 10; Heinz Hausheer/Ruth Reusser/Thomas Geiser, Berner Kommentar, 1999, Art. 162 ZGB N. 34/8). Das Bundesgericht geht demgegenüber davon aus, dass ein bereits aufgrund einer Anknüpfung an den Aufenthaltsort bestehender eigenständiger Wohnsitz des Kindes bei dessen Einweisung in eine Anstalt nach aArt. 26 ZGB in Verbindung mit Art. 24 Abs. 1 ZGB perpetuiert wird. An den Ort eines Anstaltsaufenthaltes ist hingegen dann anzuknüpfen, wenn der aus dem Wohnsitz der Eltern abgeleitete unselbständige Wohnsitz des Kindes während dessen Anstaltsaufenthaltes wegfällt. In diesem Zeitpunkt ist zur Begründung des ersten eigenständigen Wohnsitzes an den Aufenthaltsort anzuknüpfen. Entscheidend ist mit anderen Worten, ob schon vor Eintritt in die Anstalt ein eigenständiger Wohnsitz des Kindes bestanden hatte oder dieser erst während seines Anstaltsaufenthaltes entsteht (Urteil des Bundesgerichts 5C.274/1997 vom 12. Januar 1998; BGE 135 III 49 E. 5.3 und 6.1; Thurgauische Verwaltungsrechtspflege 1997 Nr. 9 E. 2b).

4.3 Die KESB hat am 27. Juni 2016, also noch vor Anordnung der Kindesschutzmassnahme (29. Juni 2016) bzw. vor Eintritt von N. in die Wohngruppe X. (5. Juli 2016), bei der Fürsorgebehörde B. das Gesuch um Kostengutsprache für den Aufenthalt von N. (...) gestellt. In diesem Zeitpunkt hatte N. unbestritten seinen zivilrechtlichen Wohnsitz in der Gemeinde B. Gestützt auf Art. 23 Abs. 1 ZGB bleibt dieser zivilrechtliche Wohnsitz trotz des Entzuges des Aufenthaltsbestimmungsrechts am 29. Juni 2016 und trotz des Eintritts in die Wohngruppe X. am 5. Juli 2016 bestehen. Nichts anderes lässt sich dem von der Gesuchsgegernerin 1 ange-

C 7.1

fürten BGE 135 III 49 entnehmen. In jenem Verfahren ging es darum, dass der von den Eltern abgeleitete Wohnsitz zu einem Zeitpunkt weggefallen war, in welchem sich die Kinder bereits in einer Anstalt im Sinne von aArt. 26 ZGB befanden. Damit hatten die Kinder ihren ersten, nicht von den Eltern abgeleiteten Wohnsitz zugleich am Anstaltsort, wohingegen N. seinen Aufenthalt erst durch den Beschluss der KESB an den Anstaltsort verlegte. Auch aus dem Entscheid der Verwaltungsrekurskommission des Kantons St. Gallen vom 17. Februar 2015 (V-2014/232), welchen die Gesuchsgegnerin 1 ebenfalls in ihrer Stellungnahme aufführt, lässt sich nichts anderes ableiten. Auch in diesem Fall hielten sich die Kinder bereits längere Zeit in der Institution auf, als der vom Wohnsitz der Eltern abgeleitete Wohnsitz wegfiel.

4.4 Der zivilrechtliche Wohnsitz von N. befindet sich in der Gemeinde B. Deshalb ist die Gemeinde B. dafür zuständig, die Kosten für den Aufenthalt von N. in der Wohngruppe X. zu übernehmen bzw. dafür Kostengutsprache zu leisten.

5. Wie unter Erw. 4.2 beschrieben, gibt es Fälle, in denen sich der zivilrechtliche Wohnsitz eines Kindes am Ort der Institution befindet (vgl. dazu BGE 135 III 49; Urteil des Bundesgerichts 5C.274/1997 vom 12. Januar 1998). Eine solche Konstellation, in welcher der Standortkanton der Institution die Kosten tragen muss, war der Konferenz der Kantonalen Sozialdirektorinnen und Sozialdirektoren (SODK) bei der Schaffung der Interkantonalen Vereinbarung für soziale Einrichtungen durchaus bewusst. So hat sich die SODK gegen eine Ausnahmeregelung, wie sie der Art. 5 IVSE für den Bereich B ausdrücklich vorsieht, entschieden (vgl. IVSE-Kommentar, 2007, S. 6). Es ist aber nicht so, dass darunter auch Fälle wie der vorliegende fallen. Der Entzug des Aufenthaltsbestimmungsrechts und damit zusammenhängend die Platzierung des Kindes in einem ausserkantonalen Heim können nicht ausschlaggebend dafür sein, dass nun der Standortkanton die Kosten zu übernehmen hat. Ansonsten würden sich die Institutionen weigern, ausserkantonale Kinder aufzunehmen, da sonst der Standortkanton bzw. die Standortgemeinde die Kosten für die Platzierung zu tragen hat. Dies widerspricht denn auch dem Zweck der Interkantonalen Vereinbarung für soziale Einrichtungen (vgl. Art. 1 IVSE).

6. Es kommt hinzu, dass die KESB im vorliegenden Fall das Aufenthaltsbestimmungsrecht dem Vater nur entzogen hat, weil dieser sich nicht ausdrücklich (mündlich oder schriftlich) mit der Platzierung seines Sohnes einverstanden erklärt hatte (...). Er konnte aber keine andere Lösung aufzeigen und insbesondere die Betreuung des Kindes vor den anstehenden

Sommerferien nicht sicherstellen. Da die KESB aber die Platzierung von N. vollziehen wollte, entzog sie dem Vater vorsorglich auch das Aufenthaltsbestimmungsrecht. Schliesslich muss davon ausgegangen werden, dass der Vater mit der Platzierung einverstanden gewesen ist. Er hat den Beschluss der KESB vom 29. Juni 2016 nicht angefochten. Hätte nun die KESB das Aufenthaltsbestimmungsrecht dem Vater nicht entziehen müssen, weil dieser sich explizit mit der Platzierung von N. in der Sozialpädagogischen Wohngruppe X. einverstanden erklärte, wäre aber (ebenfalls) klar gewesen, dass die Gesuchsgegnerin 1 die Kosten tragen muss.

7. Zusammenfassend ergibt sich, dass N. seinen zivilrechtlichen Wohnsitz in der Gemeinde B. hat. Deshalb muss die Gemeinde B. für die Betreuungs- und Aufenthaltskosten von N. in der Sozialpädagogischen Wohngruppe X. subsidiär aufkommen.

(RRB Nr. 967 vom 29. November 2016).

Anmerkung: Das Verwaltungsgericht hat den Beschwerdeentscheid des Regierungsrates bestätigt (VGE III 2016 226 vom 24. Februar 2017). Eine dagegen beim Bundesgericht erhobene Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten (8C_285/2017) ist bei Redaktionsschluss hängig.

7.2 Beschwerdeführung gegen die Alimentenbevorschussung

- *Allein der Umstand, dass ein Behördenmitglied oder ein Mitarbeiter eines Gemeinwesens bereits an früheren Entscheiden der Behörde mitgewirkt hat, die den Beschwerdeführer betroffen haben, begründet keinen Ausstandsgrund (Erw. 1).*
- *Die unterhaltspflichtige Person ist nicht befugt, eine Verfügung, mit welcher Unterhaltsbeiträge bevorschusst werden, anzufechten. Sie hat auch keinen Anspruch, vor der Alimentenbevorschussung angehört zu werden (Erw. 2).*
- *Die Fürsorgebehörde ist auch bei Hängigkeit einer Scheidungsklage befugt, über die Alimentenbevorschussung zu befinden (Erw. 3).*
- *Anspruch auf unentgeltliche Rechtsverbeiständung (Erw. 4).*

Aus dem Sachverhalt:

B. und E. sind die Eltern von D. (geboren 5. Juli 2002) und L. (geboren 26. Juni 2004). Die Eheleute lebten seit Mai 2007 getrennt und E. ist seit

C 7.2

dem 1. Dezember 2008 mit den beiden Söhnen in der Gemeinde X. wohnhaft. Mit Beschluss vom 18. November 2008 hatte ein deutsches Amtsgericht das Sorgerecht über die beiden Kinder E. übertragen (...). Ausserdem haben sich die Eltern am 21. Dezember 2009 vor dem erwähnten Amtsgericht vergleichsweise über den Kindesunterhalt geeinigt. Nachdem sowohl die Vormundschaftsbehörde X. als auch das Bezirksgericht Y. über diverse Kindesschutzmassnahmen für die Söhne entscheiden mussten und auch eine Scheidungsklage i.S.v. Art. 115 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 10. Dezember 1907 (ZGB, SR 210) beim Bezirksgericht Y. hängig war, zog E. diese Scheidungsklage am 30. November 2011 zurück. Sie reichte gleichentags eine Scheidungsklage i.S.v. Art. 114 ZGB ein.

Am 25. November 2015 ersuchte E. die Fürsorgebehörde X. um die Bevorschussung der Kinderalimente für ihre Söhne. Dem Gesuch wurde dem Grundsatz nach entsprochen. Dagegen erhob B. Beschwerde beim Regierungsrat.

Mit Schreiben vom 14. Januar 2016 erläuterte der Leiter des instruierenden Beschwerdedienstes B. die Rechtslage im Zusammenhang mit dem Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege. Am 27. Januar 2016 reichte B. weitere Unterlagen für die Beurteilung seines Gesuches um unentgeltliche Prozessführung ein und ersuchte um die Zuteilung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes in der Person von Rechtsanwalt Z. Ausserdem verlangte er, dass der Leiter des Beschwerdedienstes in den Ausstand tritt. Der Amtsvorsteher hat den Leiter des Rechts- und Beschwerdedienstes daraufhin rein vorsorglich von der Aufgabe entbunden, das vorliegende Beschwerdeverfahren zu leiten. Dies teilte er B. mit Schreiben vom 12. Februar 2016 mit. Gleichzeitig informierte er B. darüber, dass vorläufig auf die Bestellung eines Anwaltes verzichtet werde, da weder die Fürsorgebehörde X. noch E. anwaltlich vertreten seien.

Aus den Erwägungen:

1.1 Die Bestimmungen über den Ausstand im Justizgesetz vom 18. November 2009 (SRSZ 231.110, JG) gelten sinngemäss auch für das Verfahren vor den Verwaltungsbehörden (vgl. § 4 Abs. 1 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 6. Juni 1974, SRSZ 234.110, VRP). Gemäss § 133 JG kann eine Person insbesondere dann abgelehnt werden oder selber den Ausstand verlangen, wenn zwischen ihr und einer Partei Freundschaft, Feindschaft oder ein Pflicht- oder Abhängigkeitsverhältnis besteht (Bst. c), oder wenn andere Umstände vorliegen, die sie als befangen erscheinen lassen (Bst. d). Ein Ausstandsbegehren kann von einer Partei oder

von jedem Mitglied der Gerichtsabteilung während des ganzen Verfahrens gestellt werden (§ 135 JG). Soweit die Parteien nicht auf den Ausstand verzichtet haben, sind das Verfahren vor einer ausgeschlossenen oder mit Erfolg abgelehnten Person und jener Entscheid, an welchem sie teilgenommen hat, anfechtbar. Bei Ablehnung wirkt die Anfechtbarkeit jedoch erst von der Stellung des Begehrens an (§ 139 JG).

1.2 Der Beschwerdeführer hat am 27. Januar 2016 ein Ausstandsbegehren gegen den (damals) mit der Verfahrensleitung betrauten Leiter des Beschwerdedienstes eingereicht mit der Begründung, dieser habe bereits in vergangenen Verfahren im Zusammenhang mit dem Besuchsrecht für seine Kinder zu seinem Nachteil gehandelt. Der Amtsvorsteher hat daraufhin den Leiter des Beschwerdedienstes rein vorsorglich von der Aufgabe entbunden, das vorliegende Beschwerdeverfahren zu leiten, um entsprechenden formaljuristischen Einwänden die Grundlage zu entziehen. Damit ist das gestellte Ausstandsbegehren gegenstandslos. Es wird jedoch festgehalten, dass allein der Umstand, dass die genannte Person bereits an früheren Entschieden des Regierungsrates mitgewirkt hat, die den Beschwerdeführer betroffen haben, weder einen Ausstandsgrund gemäss § 132 Bst. e JG noch den Anschein der Befangenheit begründet. Frühere negative Entscheide derselben Instanz begründen keine Ausstandspflicht bzw. keine Befangenheit (vgl. RRB Nr. 445 vom 19. Mai 2015, E. 4.4; vgl. auch Regina Kiener, in: Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich [VRG], 3. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2014, § 5a N. 26 f.). Ansonsten sind keine weiteren Ausschluss- bzw. Ablehnungsgründe ersichtlich bzw. der Beschwerdeführer macht keine solchen – begründet – geltend.

2.1 Vor Erlass eines Entscheids prüft die Behörde von Amtes wegen, ob die Voraussetzungen für einen Sachentscheid erfüllt sind. Sie prüft dabei insbesondere die Rechtsmittelbefugnis (§ 27 Abs. 1 Bst. d VRP). Ist eine Sachentscheidvoraussetzung nicht gegeben, trifft die Behörde einen Nichteintretensentscheid (§ 27 Abs. 2 VRP).

2.2 Nach § 37 Abs. 1 VRP ist zur Einreichung eines Rechtsmittels berechtigt, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen hat oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat (Bst. a), durch den angefochtenen Entscheid oder die angefochtene Verfügung besonders berührt ist (Bst. b) und ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung oder Änderung des Entscheides oder der Verfügung hat (Bst. c).

2.3 Ein schutzwürdiges Interesse liegt vor, wenn die tatsächliche oder rechtliche Situation des Beschwerdeführers durch den Ausgang des Verfah-

C 7.2

rens beeinflusst werden kann. Das Interesse besteht im praktischen Nutzen, den die erfolgreiche Beschwerde dem Beschwerdeführer eintragen würde, das heisst in der Abwendung eines materiellen oder ideellen Nachteils, den die angefochtene Verfügung zur Folge hätte; abzustellen ist auf die Art und Intensität der Benachteiligung. Am Rechtsschutzinteresse fehlt es regelmässig dann, wenn die Beschwerde dem Beschwerdeführer keinerlei nennenswerte Vorteile bringen kann (Michael Merker, Rechtsmittel, Klage und Normenkontrollverfahren nach dem aargauischen Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege, VRPG, vom 9. Juli 1968, Diss. Zürich 1998, N 129 f. zu § 38 VRPG). Ein Interesse ist grundsätzlich nur dann schutzwürdig, wenn es im Urteilszeitpunkt aktuell und praktisch ist, weil der mit der angefochtenen Verfügung verbundene strittige Nachteil noch besteht. Fällt die Beeinträchtigung des Beschwerdeführers während des Verfahrens weg, oder war eine solche überhaupt nie gegeben, so ist das aktuelle Interesse und somit das Rechtsschutzinteresse zu verneinen (RRB Nr. 1118 vom 24. November 2015, E. 2.1.1).

2.4 Der angefochtene Beschluss hat die der Beschwerdegegnerin gewährte Alimentenbevorschussung für den Unterhalt der Söhne D. und L. zum Gegenstand. Grundsätzlich haben die Eltern für den Unterhalt der Kinder aufzukommen. Stehen die Kinder nicht unter der Obhut der Eltern, ist der Unterhalt durch Geldzahlungen zu leisten (Art. 276 Abs. 1 ZGB). Der Unterhaltsanspruch besteht bei gegebenen Voraussetzungen von Gesetzes wegen und wird in konkreten Fällen in einem Unterhaltstitel festgelegt, wobei es sich entweder um ein Gerichtsurteil, eine gerichtlich genehmigte Trennungs- oder Scheidungsvereinbarung, um einen gerichtlichen Vergleich oder um eine durch das Gericht oder die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde (KESB) genehmigte Unterhaltsvereinbarung handelt. Erfüllt der Vater oder die Mutter die Unterhaltspflicht nicht, so hat die Kindesschutzbehörde oder eine andere vom kantonalen Recht bezeichnete Stelle auf Gesuch dem anderen Elternteil bei der Vollstreckung des Unterhaltsanspruches in geeigneter Weise und unentgeltlich zu helfen (Art. 290 ZGB). Die Alimentenbevorschussung bildet neben dem Alimenteninkasso Teil der behördlichen Alimentenhilfe für Kinder und hat primär zum Ziel, die anspruchsberechtigten Kinder rechtzeitig und regelmässig in den Genuss der ihnen zustehenden Unterhaltsbeiträge kommen zu lassen. Dabei liegt es in der Verantwortung der einzelnen Kantone, Regelungen für die Bevorschussung von Unterhaltsbeiträgen vorzusehen. Der Bundesgesetzgeber hat mit Art. 293 Abs. 2 ZGB lediglich eine Aufforderung an die Kantone formuliert, entsprechende kantonale Bestimmungen vorzusehen (vgl. Marc Häusler/Nina Scheidegger, Die Alimentenbevorschussung im interkantonalen Verhältnis, in: Jusletter 1. Juli 2013; siehe auch RRB Nr. 703 vom

13. August 2013, E. 3.1). Der Kanton Schwyz hat die Inkassohilfe zur Vollstreckung des Unterhaltsanspruches und die Bevorschussung des Unterhaltsbeitrages im Gesetz vom 24. April 1985 über Inkassohilfe und Bevorschussung von Unterhaltsbeiträgen für Kinder (IhG, SRSZ 380.200) geregelt.

2.5 Nach dem Gesagten handelt es sich bei der Alimentenbevorschussung um eine unentgeltliche Hilfestellung der Behörde bei der Vollstreckung der Unterhaltsbeiträge der Kinder. Konkret leistet das Gemeinwesen dem anspruchsberechtigten Kind einen Vorschuss, wenn die gemäss Urteil oder Unterhaltsvertrag geschuldeten Alimente vom Pflichtigen selbst nicht bzw. nicht vollständig oder nicht rechtzeitig bezahlt werden. Diese Vorschussleistungen werden vom säumigen Schuldner wieder zurückgefordert. Werden Unterhaltsbeiträge bevorschusst, so geht der Anspruch mit allen Rechten kraft Subrogation bzw. Legalzession auf das Gemeinwesen über (Art. 289 Abs. 2 ZGB). Das Gemeinwesen trägt damit das Risiko der Uneinbringlichkeit bzw. muss den übertragenen Unterhaltsanspruch allenfalls auf dem Rechtsweg geltend machen. Mit der Alimentenbevorschussung und der damit verbundenen Subrogation werden jedoch keine neuen Rechte und Pflichten begründet. Vielmehr findet damit nur ein Gläubigerwechsel statt. Dies bedeutet im vorliegenden Fall, dass sich für den Beschwerdeführer durch die Alimentenbevorschussung lediglich der Zahlungsempfänger ändert. Ansonsten werden keine neuen Rechte und Pflichten begründet, so dass er durch den angefochtenen Beschluss gar nicht beschwert ist. Es ist nicht ersichtlich, welches Rechtsschutzinteresse der Beschwerdeführer an der Aufhebung des angefochtenen Beschlusses hat (vgl. dazu analog RRB Nr. 550 vom 20. Mai 2014). Auch das Vorbringen des Beschwerdeführers, die Alimentenbevorschussung würde seinen Söhnen den Eindruck vermitteln, dass ihr Vater sie im Stich gelassen habe, stellt keinen wesentlichen Nachteil dar, durch welchen der Beschwerdeführer beschwert wäre. Im Übrigen kann der Beschwerdeführer diesen Eindruck selbst vermeiden, indem er die geschuldeten Unterhaltsbeiträge für seine beiden Söhne unaufgefordert, vollständig und rechtzeitig der Beschwerdegegnerin zukommen lässt.

2.6 Schliesslich vermögen auch die Einwände des Beschwerdeführers gegen den Bestand bzw. die Höhe der Unterhaltszahlungen für die gemeinsamen Söhne vorliegend kein Rechtsschutzinteresse zu begründen. Denn die Frage, ob die von der Vorinstanz einverlangten Unterhaltsbeiträge im bevorschussten Umfang bestehen und vollstreckbar sind, ist nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens. Diese Frage ist vom Zivilrichter im nachfolgenden von der Vorinstanz allenfalls bei Uneinbringlichkeit einzulei-

C 7.2

tenden Vollstreckungsverfahren zu prüfen. In diesem Verfahren kann auch der Beschwerdeführer seine vorliegend erhobenen Einwände vorbringen. In einem allfälligen Vollstreckungsverfahren wird ausserdem überprüft, ob der vor dem Amtsgericht Augsburg am 21. Dezember 2009 für den Kinderunterhalt abgeschlossene Vergleich Bestand hat, und ob dieser Unterhaltstitel in der Schweiz vollstreckbar ist. Wie bereits erwähnt sind diese Fragen jedoch nicht Gegenstand des vorliegenden Beschwerdeverfahrens. Der Vorinstanz wird allerdings empfohlen, zukünftig bei solchen internationalen Sachverhalten bereits bei der Gewährung der Alimentenbevorschussung abzuklären, ob der Rechtstitel in der Schweiz tatsächlich vollstreckbar und damit einbringlich ist.

2.7 Im Ergebnis ist der Beschwerdeführer durch die im angefochtenen Beschluss gewährte Alimentenbevorschussung nicht beschwert. Auf die Beschwerde ist demnach aufgrund der fehlenden Rechtsmittelbefugnis nicht einzutreten. Aufgrund des fehlenden Rechtsschutzinteresses musste der Beschwerdeführer ausserdem von der Vorinstanz vor dem Erlass des angefochtenen Beschlusses auch nicht angehört werden. Die Vorinstanz hat somit auch keine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör begangen.

3.1 Das Departement des Innern übt die Aufsicht über die Vorinstanz aus (vgl. § 10 Bst. a des Gesetzes über die Sozialhilfe vom 18. Mai 1983, ShG, SRSZ 380.100, i.V.m. § 2 der Vollziehungsverordnung zum Gesetz über die Sozialhilfe vom 30. Oktober 1984, Sozialhilfeverordnung, ShV, SRSZ 380.111). Der Regierungsrat hingegen leitet und beaufsichtigt die kantonale Verwaltung (§ 58 Bst. e der Verfassung des Kantons Schwyz vom 24. November 2010, KV, SRSZ 100.100; § 4 Abs. 3 des Gesetzes vom 27. November 1986 über die Organisation des Regierungsrates und der kantonalen Verwaltung, Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz, RVOG, SRSZ 143.110). In seiner Funktion als dem Departement des Innern übergeordnete Aufsichtsbehörde steht es dem Regierungsrat im Rahmen des Selbsteintritts- bzw. Evokationsrechts zu, jederzeit aufsichtsrechtlich einzuschreiten (siehe dazu Martin Bertschi, in: Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich [VRG] 3. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2014, Vorbemerkungen zu §§ 19-28 N 76). Deswegen nimmt der Regierungsrat im vorliegenden Beschwerdeverfahren aufsichtsrechtlich Stellung zum Einwand des Beschwerdeführers, dass die Vorinstanz vorliegend einerseits nicht zuständig und andererseits befangen gewesen sei.

3.2 Die vom Beschwerdeführer in Frage gestellte Zuständigkeit der Vorinstanz ergibt sich aus § 1 und § 6 lhG. Danach leistet die Fürsorgebehörde am zivilrechtlichen Wohnsitz des Kindes geeignete Hilfe bei der Vollstreckung des Unterhaltsanspruches gemäss Art. 290 ZGB. Da die Beschwerdegegnerin mit den gemeinsamen Söhnen unbestrittenermassen in der Gemeinde X. den zivilrechtlichen Wohnsitz hat, ist die Vorinstanz für die Ausrichtung der Alimenterbevorschussung zuständig. Soweit der Beschwerdeführer geltend macht, das Bezirksgericht Y. und nicht die Vorinstanz sei im Rahmen des hängigen Scheidungsverfahrens für die Festlegung des Kinderunterhalts zuständig, übersieht er, dass mit dem angefochtenen Beschluss weder der Bestand noch die Höhe der Unterhaltsbeiträge für die gemeinsamen Söhne festgelegt wurde. Vielmehr beinhaltet der angefochtene Beschluss lediglich die Bevorschussung bzw. die Subrogation der Unterhaltsbeiträge, welche während der Zeit des Getrenntlebens geschuldet sind. Das Bezirksgericht March wird im Rahmen des hängigen Scheidungsverfahrens die Frage des Kinderunterhaltes erneut prüfen. Die Einrede der Unzuständigkeit verfängt somit nicht. Das Gleiche gilt für den Vorwurf des Beschwerdeführers, die Vorinstanz bzw. der Präsident und der Sekretär der Vorinstanz seien befangen. Die Aussagen in der Vernehmlassung vom 24. Februar 2016 sowie in der E-Mail vom 29. Februar 2016 (Beilage zur Stellungnahme des Beschwerdeführers vom 4. März 2016) vermögen keinen Ausstands- bzw. Ablehnungsgrund gemäss Art. 132 f. JG zu begründen.

3.3 Nach dem Gesagten ist auch kein aufsichtsrechtliches Einschreiten angezeigt, zumal dies nur notwendig wäre, wenn das Verhalten der Behörde, das beanstandet wird, qualifiziert rechtswidrig wäre, was vorliegend nicht der Fall ist (vgl. RRB Nr. 291 vom 16. März 2010, E. 1.2 mit Hinweis auf EGV-SZ 1986, Nr. 32).

4. Zusammenfassend ergibt sich, dass auf die Beschwerde mangels Rechtsschutzinteresse nicht einzutreten ist. Auch als Aufsichtsbeschwerde ist ihr keine Folge zu leisten.

Dem Verfahrensausgang entsprechend wären die Verfahrenskosten dem Beschwerdeführer aufzuerlegen (§ 72 Abs. 2 VRP). Auf die Erhebung der Verfahrenskosten wird vorliegend ausnahmsweise nochmals verzichtet, womit das Gesuch des Beschwerdeführers um unentgeltliche Rechtspflege in Bezug auf die Verfahrenskosten hinfällig wird. Der Beschwerdeführer wird jedoch darauf hingewiesen, dass die Kostenregelungen inskünftig strikt angewendet werden. Soweit der Beschwerdeführer die Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes verlangt hat, wird dies abgelehnt, da es an dessen Notwendigkeit fehlt. Wie aus den bereits gemachten Aus-

C 8.1

fürungen hervorgeht, stellt die vom Beschwerdeführer angefochtene Alimentenbevorschussung keinen Eingriff in die Rechtsposition des Beschwerdeführers dar und er ist durch den angefochtenen Beschluss überhaupt nicht beschwert. Zudem ist weder die Vorinstanz noch die Beschwerdegegnerin anwaltlich vertreten, so dass sich eine Rechtsverteidigung auch unter dem Gesichtspunkt der Waffengleichheit nicht aufdrängt. Schliesslich gilt im vorliegenden Beschwerdeverfahren der Untersuchungsgrundsatz (§ 18 Abs. 1 VRP), weshalb an die Voraussetzungen für die Gewährung der unentgeltlichen Rechtsverteidigung ohnehin ein strengerer Massstab angelegt wird (vgl. dazu EGV-SZ 2001 C 16.2). Deshalb ist die beantragte unentgeltliche Rechtsverteidigung abzulehnen.

(RRB Nr. 328 vom 12. April 2016).

8. Bildung

8.1 Übernahme der Kosten für eine Therapie bei der Organisation „autismus approach“

- *Umfang des Bildungsangebots an öffentlichen Schulen im Kanton Schwyz (Erw. 1).*
- *Angebot und Lastentragung bei der Sonderschulung im Kanton Schwyz (Erw. 2).*
- *Für Kinder, die noch nicht schulpflichtig sind, besteht keine Kostenübernahmepflicht für die Sonderschulung durch den Kanton (Erw. 3.1). Logopädietherapie bei interner und externer Sonderschulung (Erw. 3.2).*
- *Der Kanton Schwyz muss nur für eine ausreichende Beschulung sorgen, nicht aber die Kosten für medizinische Therapiemassnahmen übernehmen. Kostenpflichtig dafür ist die Invalidenversicherung, die medizinische Massnahmen zur Behandlung von Geburtsgebrechen und damit auch Intensivbehandlungen bei frühkindlichem Autismus finanzieren muss (Erw. 4).*
- *Unentgeltlichkeit des Beschwerdeverfahrens gestützt auf das eidgenössische BehiG (Erw. 5).*

Aus dem Sachverhalt:

Bei J., geb. am 24. Dezember 2010, diagnostizierte der Kinder- und Jugendpsychiatrische Dienst (KJPD) Schwyz frühkindlichen Autismus (ICD-10 F84.0). Gestützt auf den Antrag der Schulpsychologie (Beratungsdienst Pfäffikon) wurde J. für das Schuljahr 2015/2016 in das erste freiwillige Kindergartenjahr im Heilpädagogischen Zentrum Ausserschwyz (HZA) in Freienbach zugewiesen. Die Eltern von J. ersuchten das Amt für Volksschulen und Sport um Übernahme der Kosten für eine Therapie bei der Organisation „autismus approach“ für ihren Sohn. Das Amt lehnte das Gesuch ab. Dagegen erhoben die Eltern von J. Beschwerde beim Regierungsrat und beantragten eine Neu Beurteilung der Angelegenheit und die Erteilung von Kostengutsprache für Logopädie in Domizilbehandlung und damit die Kostenübernahme für eine angemessene autismus-spezifische Therapie von zwölf Stunden/Monat.

Aus den Erwägungen:

1.1 Für das Schulwesen sind die Kantone zuständig (Art. 62 Abs. 1 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999, BV, SR 101). Sie sorgen für einen ausreichenden Grundschulunterricht, der allen Kindern offen steht. An öffentlichen Schulen ist der Grundschulunterricht unentgeltlich (Art. 62 Abs. 2 BV). Zudem sorgen die Kantone für eine ausreichende Sonderschulung aller behinderten Kinder und Jugendlichen bis längstens zum vollendeten 20. Altersjahr (Art. 63 Abs. 3 BV).

1.2 Der verfassungsmässige Anspruch auf ausreichenden Grundschulunterricht umfasst ein angemessenes, erfahrungsgemäss ausreichendes Bildungsangebot an öffentlichen Schulen sowie die Übernahme der entsprechenden Kosten durch das Gemeinwesen. Der Anspruch auf ausreichende Sonderschulung umfasst dasselbe Angebot für sonderschulbedürftige Kinder und Jugendliche (BGE 2C_528/2012 vom 2. November 2012, E. 2.1, S. 8; VGE III 2012 16 vom 18. April 2012, E. 1.1). Ein über das erfahrungsgemäss ausreichende Bildungsangebot hinausgehendes Mass an individueller Betreuung, das theoretisch immer möglich wäre, kann mit Rücksicht auf das staatliche Leistungsvermögen nicht gefordert werden. Denn der verfassungsmässige Anspruch auf unentgeltliche Grundschul- und Sonderschulung ist nicht gleichbedeutend mit dem Anspruch auf die optimale bzw. geeignetste Schulung eines Kindes (BGE 2C_528/2012 vom 2. November 2012, E. 2.1 mit weiteren Hinweisen). Der verfassungsmässige

C 8.1

Anspruch auf ausreichende Grund- und Sonderschulung umfasst daher auch kein Wahlrecht der Eltern, ihr Kind in der ihrer Meinung nach geeignetsten Institution zu beschulen.

1.3 Das Volksschulwesen umfasst den Kindergarten, die Primarstufe, die Sekundarstufe I, die Sonderschulung, das Sonderpädagogische Angebot und die Spezialdienste (§ 1 des Volksschulgesetzes vom 19. Oktober 2005, VSG, SRSZ 611.210). Der Unterricht an der öffentlichen Volksschule ist unentgeltlich (§ 8 Abs. 1 VSG). Alle Kinder mit Aufenthalt im Kanton haben das Recht und die Pflicht, die öffentliche Volksschule zu besuchen (§ 4 Abs. 1 VSG). Die Schulpflicht beginnt mit dem einjährigen Kindergarten (§ 4 Abs. 2 VSG). Kinder, die bis und mit 31. Juli das 5. Altersjahr vollenden, werden auf Beginn des nächsten Schuljahres schulpflichtig (§ 5 Abs. 1 VSG). Das Kindergartenangebot umfasst zwei Jahre. Der Besuch des ersten Kindergartenjahres ist freiwillig, der Besuch des zweiten Kindergartenjahres ist obligatorisch (§ 11 Abs. 2 VSG). Der Besuch des Kindergartens gilt für die Erfüllung der Schulpflicht als ein Schuljahr (§ 11 Abs. 3 VSG). Jedes Kind, das am 31. Juli das 5. Altersjahr zurückgelegt hat, besucht im nächsten Schuljahr das zweite obligatorische Kindergartenjahr. Für den Besuch des ersten freiwilligen Kindergartenjahres wird der Stichtag um ein Jahr vorverlegt (§ 5 der Weisungen vom 1. Februar 2006 über die Unterrichtsorganisation an der Volksschule, SRSZ 613.111).

1.4 Der Kanton führt die Schulpsychologie, die Logopädie und die Schulgesundheit als kantonale Spezialdienste (§ 33 Abs. 1 VSG). Der Regierungsrat hat deren Organisation und Aufgaben in der Verordnung über die kantonalen Spezialdienste der Volksschule vom 14. Juni 2006 geregelt (KSW, SRSZ 614.211; vgl. auch § 33 Abs. 2 VSG). Die Abteilung Logopädie ist dem Bildungsdepartement zugeordnet und dem Amt für Volksschulen und Sport unterstellt (vgl. § 1 Abs. 1 KSW). Die Dienstleistungen der Spezialdienste sind unentgeltlich (§ 3 KSW; Wegweiser des Amtes für Volksschulen und Sport zur Gesetzgebung Volksschule vom August 2015, Ziff. 1.12). Die Abteilung Logopädie führt u.a. Abklärungen, Diagnosestellungen und Therapien durch bei Kindern mit Sprach-, Sprech- und Stimmstörungen sowie Störungen der Schriftsprache (vgl. § 6 Abs. 1 Bst. a KSW).

2.1 Der Kanton ist zuständig für die Sonderschulung (§ 30 Abs. 1 VSG). Kinder und Jugendliche mit besonderen heilpädagogischen oder erzieherischen Bedürfnissen, deren schulische Bedürfnisse nicht durch sonderpädagogische Massnahmen gemäss § 29 VSG abgedeckt werden können, haben für die Dauer der Schulpflicht Anspruch auf eine ihrer Bildungsfä-

higkeit entsprechende Sonderschulung (§ 30 Abs. 2 VSG). Der Schulbesuch kann bereits ab vollendetem viertem Altersjahr ermöglicht werden (§ 30 Abs. 3 VSG). Die Sonderschulung erfolgt in kantonalen oder ausserkantonalen, öffentlichen oder privaten Institutionen als Einzelunterricht oder als integrierte Sonderschulung im Rahmen der Volksschule (§ 31 Abs. 1 VSG). Die kantonalen Heilpädagogischen Zentren gewährleisten die individuelle Bildung, Förderung und Erziehung geistig- und körperbehinderter sowie mehrfach behinderter Kinder und Jugendlicher (§ 17 VSG). Die externe Sonderschulung erfolgt in erster Linie in diesen vom Kanton geführten Sonderschulen. Steht sonderschulbedürftigen Kindern und Jugendlichen im Kanton Schwyz keine geeignete Sonderschule zur Verfügung, ist nach einem Platz in einem anderen Kanton zu suchen (§ 3 der Weisungen über die Sonderschulung vom 5. Juli 2006, SRSZ 613.141, nachfolgend: Weisungen). Stehen keine geeigneten öffentlichen Sonderschulen zur Verfügung, ist von der Abteilung Schulpsychologie nach einem Platz in einer öffentlich anerkannten privaten Institution zu suchen (§ 4 Weisungen). Unter welchen Voraussetzungen die Vorinstanz die externe Sonderschule ausnahmsweise in einer öffentlich anerkannten privaten Institution bewilligen darf, regelt das kantonale sonderpädagogische Konzept vom Oktober 2010 (S. 18; nachfolgend: Sonderschulkonzept).

2.2 Die Kosten für die Sonderschulung, die nach Abzug aller Beiträge inklusive Beitrag der Invalidenversicherung verbleiben, trägt der Kanton (§ 32 Abs. 6 VSG). Die Wohnsitzgemeinde leistet einen angemessenen Beitrag an die Sonderschulung von Kindern aus der Gemeinde (§ 30 Abs. 1 VSG und § 32 Abs. 2 VSG; § 14 der Volksschulverordnung vom 14. Juni 2006, VSV, SRSZ 611.211). Die Erziehungsberechtigten leisten Beiträge an die Kosten von Verpflegung und Unterkunft (§ 32 Abs. 5 VSG; § 15 VSV). Erziehungsberechtigte haben sodann die Mehrkosten der Sonderschulung zu übernehmen, die sich ergeben, wenn sie eine andere Institution der vom zuständigen Amt festgelegten vorziehen (§ 16 VSV; vgl. zum Ganzen EGV-SZ 2010, C 8.2).

2.3 Der Kanton hat verstärkte Massnahmen zu finanzieren, wenn das sonderpädagogische Angebot der Gemeinden und Bezirke nicht ausreicht. Die verstärkten Massnahmen zeichnen sich insbesondere durch eine lange Dauer, eine hohe Intensität und einen hohen Spezialisierungsgrad der Fachpersonen aus. Unter die verstärkten Massnahmen fallen u.a. pädagogisch-therapeutische Massnahmen. Dazu gehört auch die Logopädie. Dort werden Kinder und Jugendliche bis zum vollendeten 20. Altersjahr mit Sprach-, Sprech-, Stimm- und Sprachverständnisstörungen sowie Störungen der Schriftsprache therapiert. Die Regionalstellen der Abteilung Logo-

C 8.1

pädie bieten ein flächendeckendes Logopädietherapieangebot im Kanton an. Zudem wird Logopädietherapie auch in Sonderschulinstitutionen angeboten (Sonderschulkonzept, S. 13, 20 und 21).

3.1 J. hat am 24. Dezember 2014 das vierte Altersjahr vollendet. Er besucht im laufenden Schuljahr 2015/2016 das erste freiwillige Kindergartenjahr am HZA an zwei Tagen pro Woche. Die Beschwerdeführer haben das Gesuch um Kostengutsprache für eine Therapie bei der Organisation „autismus approach“ bereits am 24. Mai 2015 gestellt. J. kann sich folglich für den Zeitraum vor dem 1. August 2015 noch nicht auf die Ansprüche auf einen ausreichenden Grundschulunterricht und auf eine ausreichende Sonderschulung berufen, da seine Schulpflicht bzw. sein Anspruch auf Besuch des ersten freiwilligen Kindergartenjahres erst mit Beginn des Schuljahres 2015/2016 begann. Für diesen Zeitraum besteht deshalb keine Kostenübernahmepflicht des Kantons für eine Therapie bei „autismus approach“. Zu prüfen bleibt eine solche Kostentragungspflicht ab dem Eintritt der Schulpflicht.

3.2 Gemäss den Angaben der Vorinstanz kann J. während dem ersten Kindergartenjahr eine Logopädietherapie des kantonalen Spezialdienstes Logopädie besuchen. Dass Kinder die kantonale Logopädietherapie und gleichzeitig eine externe Sonderschule besuchen, ist weder im VSG noch in den Weisungen noch im Sonderschulkonzept vorgesehen. Vielmehr ist das Sonderschulkonzept so zu verstehen, dass die Schülerinnen und Schüler einer externen Sonderschule dort die Logopädietherapie besuchen müssen (sofern eine solche angezeigt ist). Die Vorinstanz gibt denn auch an, dass sämtliche Schülerinnen und Schüler der externen Sonderschulen ab dem Schuljahr 2016/2017 das kantonale Angebot der Abteilung Logopädie nicht mehr nutzen, sondern nur noch die Logopädietherapie in der jeweiligen Sonderschulinstitution besuchen können. Demnach hätte das HZA und nicht die Abteilung Logopädie J. im Schuljahr 2015/2016 eine Logopädietherapie anbieten müssen. Vorliegend ist indes nur zu prüfen, ob der Kanton Schwyz die Kosten für eine Therapie bei „autismus approach“ als (teilweisen) Ersatz einer Beschulung im HZA übernehmen muss. Ob eine Therapie bei „autismus approach“ als Ersatz für den kantonalen Spezialdienst der Logopädie finanziert werden muss, wäre erst dann zu entscheiden, wenn J. vom HZA in eine Regelklasse wechseln würde.

4.1 Die Vorinstanz hat die Pflicht des Kantons Schwyz zur Kostenübernahme insbesondere deshalb verneint, weil die Therapie bei „autismus approach“ eine rein medizinisch-therapeutische Massnahme sei und keine pädagogischen Elemente enthalte. Für die Finanzierung von medizinischen

Massnahmen sei der Kanton Schwyz nicht zuständig. Die Beschwerdeführer hingegen sind der Ansicht, dass es sich bei der Therapie von „autismus approach“ um eine Logopädietherapie handle, kombiniert mit einer Verhaltenstherapie. Nur in dieser Logopädietherapie werde spezifisch auf die Bedürfnisse von J. im Zusammenhang mit seinem frühkindlichen Autismus eingegangen. Eine klassische Logopädietherapie eigne sich für J. nicht.

4.2 Versicherte haben bis zum vollendeten 20. Altersjahr Anspruch auf die zur Behandlung von Geburtsgebrechen notwendigen medizinischen Massnahmen (Art. 13 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Invalidenversicherung vom 19. Juni 1959, IVG, SR 831.20). Seit dem 1. Januar 2014 vergütet die Invalidenversicherung für eine Intensivbehandlung bzw. für eine verhaltenstherapeutische Intervention (sog. ABA-Therapie) bei frühkindlichem Autismus (vgl. die Verordnung über Geburtsgebrechen vom 9. Dezember 1985, GgV, SR 831.232.21, Anhang Ziff. XVI., Geburtsgebrechen Nr. 405) eine Fallpauschale von Fr. 45'000.--, und zwar unabhängig von der Dauer, Intensität und Methode dieser Intensivbehandlung. Voraussetzung für diese Vergütung ist allerdings, dass die Intensivbehandlung in einem der fünf Zentren in Genf, Muttenz, Riehen, Soregno und Zürich erfolgt. Die Behandlungsmethoden dieser Zentren sind multimodal, d.h. sie beinhalten sowohl medizinische (d.h. psycho-, ergo- und physiotherapeutische) als auch pädagogisch-therapeutische Massnahmen (z.B. logopädische sowie klinische und schulische heilpädagogische Behandlungselemente sowie Früherziehungsmassnahmen; vgl. das IV-Rundschreiben Nr. 325 vom 23. Dezember 2013). Weder der KJPD Zürich noch das Autismuszentrum Riehen haben Kapazität, um J. für eine Intensivtherapie aufzunehmen (...).

4.3 Bei der Therapiestelle „autismus approach“ erhalten Menschen mit Autismus und Wahrnehmungsbehinderungen sowie deren Angehörige eine fachgerechte Beratung und Unterstützung in Form von Abklärungen, Beratungen und Therapien. Sie bietet unter anderem eine intensive Frühförderung in und mit der Familie an. In diesen intensiven Trainings- und Therapieprogrammen wird primär nach der ABA-Methode (Applied Behavior Analysis bzw. Angewandte Verhaltensanalyse) gearbeitet (<http://www.autismus-approach.ch/therapie>; eingesehen am 15. März 2016). Im Rahmen der ABA-Therapie wird eine Verhaltensänderung herbeigeführt durch Konditionieren. Lernversuche und Lernerfolge sowie erwünschtes Verhalten werden direkt verstärkt, wobei positive Verstärker eingesetzt werden, um erwünschtes Verhalten zu belohnen. In einem nächsten Schritt müssen die Kinder lernen, Handlungen zu imitieren. Denn die Imitation des Verhaltens von anderen Menschen stellt eine wichtige Grundlage für das weitere Lernen

C 8.1

dar (vgl. https://de.wikipedia.org/wiki/Applied_Behavior_Analysis; eingesehen am 15. März 2016). Bei der von der Therapiestelle „autismus approach“ angebotenen ABA-Therapie handelt es sich folglich primär um eine Verhaltenstherapie und damit um eine medizinische Massnahme zur Behandlung von frühkindlichem Autismus. Daran ändert auch die Tatsache nichts, dass die Geschäftsführerin von „autismus approach“ u.a. ausgebildete Logopädin ist. Daraus kann nicht geschlossen werden, dass „autismus approach“ primär Logopädietherapie anbietet. Die Geschäftsführerin ist nämlich auch „Autismusberaterin“ und „Zertifizierte ABA-Supervisorin“ (<http://www.autismus-approach.ch/team/cordilia-derungs>; eingesehen am 15. März 2016).

4.4 Der Kanton Schwyz muss nur für eine ausreichende Beschulung von J. sorgen (vgl. dazu EGV-SZ 2010, C 8.2, E. 5.3), nicht aber die Kosten für medizinische Therapiemassnahmen übernehmen. Vielmehr muss die Invalidenversicherung medizinische Massnahmen zur Behandlung von Geburtsgebrechen und damit auch Intensivbehandlungen bei frühkindlichem Autismus finanzieren. Deshalb stellt sich allenfalls die Frage, ob die Invalidenversicherung die ABA-Therapie auch bei der nicht anerkannten Organisation „autismus approach“ finanzieren müsste, wenn die von der Invalidenversicherung anerkannten Zentren überlastet sind und deswegen nicht alle Kinder mit der Diagnose „frühkindlicher Autismus“ aufnehmen können. Diesen Anspruch auf Kostenübernahme müssten die Beschwerdeführer aber bei der Invalidenversicherung geltend machen, im vorliegenden Verfahren kann er nicht geprüft werden. Jedenfalls darf es nicht dem Kanton Schwyz als Schulträger angelastet werden, wenn nicht genügend Therapieplätze für Kinder mit der Diagnose „frühkindlicher Autismus“ zur Verfügung stehen. Wenn die Beschwerdeführer der Ansicht sind, dass ihr Sohn J. zusätzlich zur ABA-Therapie bei „autismus approach“ eine Logopädietherapie benötigt, steht es ihnen jederzeit frei, J. in die Logopädietherapie des HZA zu schicken. Auch diese Logopädinnen und Logopäden müssen in der Lage sein, in schulischer Hinsicht auf den frühkindlichen Autismus von J. einzugehen.

5.1 Folglich ist die Vorinstanz zu Recht zum Schluss gekommen, dass der Kanton Schwyz die Therapiekosten für J. bei „autismus approach“ nicht finanzieren muss. Sie hat das Kostengutsprachege such der Beschwerdeführer vom 24. Mai 2015 zu Recht abgelehnt. Bei diesem Ergebnis ist die Beschwerde abzuweisen. Die Verfahrenskosten wären daher grundsätzlich den Beschwerdeführern aufzuerlegen (§ 72 Abs. 2 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 6. Juni 1974, VRP, SRSZ 234.110).

5.2 Gemäss Art. 10 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Beseitigung von Benachteiligungen von Menschen mit Behinderungen vom 13. Dezember 2002 (BehiG, SR 151.3) sind die Verfahren nach den Artikeln 7 und 8 BehiG unentgeltlich. Die Unentgeltlichkeit gilt insbesondere auch für Ansprüche auf Beseitigung von Benachteiligungen im Grundschulwesen (Art. 8 Abs. 2 i.V.m. Art. 2 Abs. 5 Bst. b BehiG). Das BehiG kommt bei Menschen mit Behinderungen zur Anwendung. Art. 2 Abs. 1 BehiG definiert als „Mensch mit Behinderungen (Behinderte, Behinderter)“ unter anderem Personen, denen es eine voraussichtlich dauernde körperliche, geistige oder psychische Beeinträchtigung erschwert oder verunmöglicht, sich aus- und fortzubilden.

5.3 Bei J. hat der KJPD Schwyz frühkindlichen Autismus (ICD-10 F84.0) diagnostiziert. Durch dieses Leiden wird J. unbestrittenermassen in seiner Ausbildung benachteiligt, weshalb das BehiG auf ihn anzuwenden ist. Gegenstand des vorliegenden Verfahrens ist sodann, ob der Kanton Schwyz als Träger des Grundschul- und Sonderschulwesens neben einer Beschulung von J. im HZA auch die Kosten der Therapie bei „autismus approach“ finanzieren muss. Damit sind die Voraussetzungen für die Unentgeltlichkeit des Verfahrens gemäss Art. 10 Abs. 1 BehiG erfüllt, weswegen keine Kosten zu erheben sind.

(RRB Nr. 276 vom 22. März 2016).

10. Raumplanung

10.1 Mobilfunkantennen in den Bauzonen

- *Unzulässigkeit der Zonenordnung einer Gemeinde, in der Mobilfunkantennen für die überkommunale Versorgung ausgeschlossen werden (Erw. 5).*
- *Einflussnahme auf die Standorte für Mobilfunkantennen durch die Gemeinden im Dialog mit den Mobilfunkbetreibern (Dialogmodell) oder über eine Kaskadenregelung der zu priorisierenden Bauzonen für Mobilfunkanlagen (Kaskadenmodell) (Erw. 6).*
- *Das Kaskadenmodell hat sich auf sichtbare oder als solche erkennbare Mobilfunkanlagen zu beschränken (Erw. 7).*
- *Beschränkungen für den Bau von Mobilfunkanlagen aus Gründen des Landschafts- und Ortsbildschutzes (Erw. 8).*

C 10.1

Aus den Erwägungen:

5. Gemäss Art. 9 Abs. 1 rev. BauR haben Mobilfunkanlagen grundsätzlich der Quartiersversorgung zu dienen. In den Industrie- und Gewerbebezonen (I, G) sowie in der Zone für öffentliche Bauten und Anlagen (öBA), in welcher stark und mässig störende Betriebe zulässig sind, sind überdies auch Anlagen für die kommunale Versorgung zulässig. Die Beschwerdeführerinnen machen geltend, dass diese Bestimmung in unzulässiger Weise die Wirtschaftsfreiheit beschränke und gegen das Fernmeldegesetz vom 30. April 1997 (FMG, SR 784.10) verstosse. Am Verbot von Anlagen für die überkommunale Versorgung auf dem gesamten Gemeindegebiet und an der Beschränkung von Anlagen der kommunalen Versorgung auf die Industrie- und Gewerbebezonen sowie auf die Zone für öffentliche Bauten und Anlagen, in welcher stark und mässig störende Betriebe zulässig sind, bestehe kein öffentliches Interesse und die Einschränkung erweise sich als unverhältnismässig. Die Beschwerdeführerinnen verlangen deshalb eine Neuformulierung, wonach Mobilfunkantennen grundsätzlich der kommunalen Versorgung dienen sollen. In den Industrie- und Gewerbebezonen, in der gesamten Zone für öffentliche Bauten und Anlagen sowie (zusätzlich) in den Wohngewerbebezonen (WG) sollen überdies auch überkommunale Basisstationen erstellt werden dürfen.

5.1 Mobilfunkantennen sind als Infrastrukturbauten in der Bauzone nicht generell zonenkonform. Grundsätzlich ist es Sache des kantonalen bzw. kommunalen Rechts und der Nutzungsplanung festzulegen, in welchen Zonen welche Infrastrukturbauten und -anlagen generell zulässig sind bzw. ausnahmsweise zugelassen werden können (Art. 22 Abs. 2 Bst. a und Art. 23 des Bundesgesetzes über die Raumplanung vom 22. Juni 1979, RPG, SR 700). Aus dem fundamentalen raumplanerischen Grundsatz der Trennung von Bau- und Nichtbaugebiet ergibt sich, dass Anlagen zur Erschliessung oder Versorgung des Siedlungsgebiets grundsätzlich innerhalb der Bauzonen errichtet werden müssen. Daraus hat das Bundesgericht abgeleitet, dass innerhalb der Bauzonen die zur Versorgung einer bestimmten Zone notwendigen Infrastrukturanlagen zonenkonform sind, soweit sie hinsichtlich Standort und Ausgestaltung in einer unmittelbaren funktionellen Beziehung zum Ort stehen, an dem sie errichtet werden sollen, und sie im Wesentlichen Bauzonenland abdecken. Die Zonenkonformität einer Infrastrukturbauwerke könne aber unter Umständen auch bejaht werden, wenn sie der Ausstattung der Bauzonen insgesamt und nicht nur speziell dem in Frage stehenden Bauzonenteil diene (vgl. BGE 133 II 321 E. 4.3.2).

5.2.1 Art. 9 Abs. 1 Satz 1 rev. BauR beinhaltet die Regelung, dass Antennen grundsätzlich der Quartiersversorgung zu dienen haben. Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerinnen wird die (zusätzliche) Abdeckung weiterer Gebiete durch diese Bestimmung nicht generell untersagt und steht deshalb auch nicht im Widerspruch zur zitierten höchstrichterlichen Rechtsprechung. Zudem sollen in den Industrie- und Gewerbebezonen sowie in der Zone für öffentliche Bauten und Anlagen, in welcher stark und mässig störende Betriebe zulässig sind (Zonen der ersten und der zweiten Priorität; vgl. Art. 9 Abs. 3 rev. BauR), Anlagen zur Versorgung des ganzen Gemeindegebiets (oder grosser Teile davon) zulässig sein (Art. 9 Abs. 1 Satz 2 rev. BauR).

5.2.2 Planungsrechtliche Voraussetzung für die Bewilligung einer Mobilfunkanlage ist einzig ein funktionaler Bezug zur Zone, in welcher die Antenne errichtet werden soll. Darüber hinaus ist es grundsätzlich möglich, dass eine Antenne der kommunalen und sogar der überkommunalen Abdeckung dient. Ein (singemässes) Verbot von Anlagen für die überkommunale Versorgung wäre für die Beschwerdeführerinnen zu einschränkend und ist daher nicht zulässig. Die Vorinstanz muss demnach (zumindest in gewissen Zonen) neben Anlagen für die kommunale auch Basisstationen für die überkommunale Versorgung zulassen. Hinzu kommt, dass die Zone für öffentliche Bauten und Anlagen der Empfindlichkeitsstufe II zugeordnet ist (Art. 26 Abs. 1 rev. BauR). Gemäss Art. 43 Abs. 1 Bst. b der Lärmschutzverordnung vom 15. Dezember 1986 (LSV, SR 814.41) gilt die Empfindlichkeitsstufe II in Zonen, in denen keine störenden Betriebe zugelassen sind, namentlich in Wohnzonen sowie in Zonen für öffentliche Bauten und Anlagen (vgl. auch Art. 33 rev. BauR). In der Gemeinde Tuggen existiert gar keine Zone für öffentliche Bauten und Anlagen mit den Empfindlichkeitsstufen III oder IV, in welcher mässig oder stark störende Betriebe zulässig sind. In dieser Hinsicht ist Art. 9 Abs. 1 Satz 2 rev. BauR widersprüchlich.

5.3 Als Zwischenfazit ist festzuhalten, dass die Vorinstanz Art. 9 Abs. 1 rev. BauR noch einmal überarbeiten muss. Insbesondere ist abzuklären, ob allein in den Industrie- und Gewerbebezonen mit grossen Antennen die kommunale und die überkommunale Versorgung sichergestellt werden kann oder ob die Erstellung solcher Anlagen auch in der Zone für öffentliche Bauten und Anlagen (in welcher grundsätzlich nur nicht störende Betriebe möglich sind) sowie in den Wohngewerbebezonen zulässig sein müsste (wie dies die Beschwerdeführerinnen verlangen). In dieser Hinsicht sind die Beschwerden gutzuheissen.

C 10.1

6. Gemäss Art. 9 Abs. 3 rev. BauR sind visuell wahrnehmbare Mobilfunkantennen in den Industrie- und Gewerbebezonen (erste Priorität), in der Zone für öffentliche Bauten und Anlagen, in welcher stark und mässig störende Betriebe zulässig sind (zweite Priorität) und in der gemischten Wohngewerbezone (dritte Priorität) zulässig. Erbringt der Betreiber den Nachweis, dass aufgrund von funktechnischen Bedingungen ein Standort ausserhalb dieser Zonen erforderlich ist, ist eine Mobilfunkanlage auch in den übrigen Wohnzonen (inklusive Kernzone) zulässig. Die Beschwerdeführerinnen rügen, dass ein solches Kaskadenmodell nur dann zulässig sei, wenn die für den Standort von Mobilfunkantennen priorisierten Zonenflächen genügend gross seien. Bereits diese Voraussetzung sei vorliegend nicht erfüllt. Erst zusammen mit der in der dritten Priorität aufgeführten gemischten Wohngewerbezone liege ein hinreichend grosses Gebiet vor, mit welchem die Mobilfunkversorgung prinzipiell sichergestellt werden könne. Aus diesem Grund müsse die erste Priorität nicht nur die Industrie- und Gewerbebezonen, sondern auch die gesamte Zone für öffentliche Bauten und Anlagen und die Wohngewerbezone umfassen. Als zweite Priorität seien alle übrigen Bauzonen aufzuführen.

6.1 Die angefochtene Regelung enthält ein sogenanntes Kaskadenmodell. Die Beschwerdeführerinnen bestreiten zu Recht nicht die grundsätzliche Kompetenz der Vorinstanz, gestützt auf § 21 des Planungs- und Baugesetzes vom 14. Mai 1987 (PBG, SRSZ 400.100) eine Kaskaden- bzw. zonenspezifische Prioritätenregelung für den Bau von Mobilfunkanlagen festzulegen. Auch das Bundesgericht erachtet ein solches Modell grundsätzlich als mit dem Bundesfernmelde- und Bundesverfassungsrecht vereinbar (vgl. BGE 138 II 173 E. 6; Urteil BGer 1C_51/2012 und 1C_71/2012 vom 21. Mai 2012, E. 5). Der Regierungsrat hat mit Beschluss Nr. 209 vom 8. März 2016 den kantonalen Richtplan überarbeitet (vom Kantonsrat am 13. April 2016 zur Kenntnis genommen). Auch in diesem überarbeiteten Richtplan ist festgehalten, dass die Gemeinden im Dialog mit den Mobilfunkbetreibern (Dialogmodell) oder über eine Kaskadenregelung der zu priorisierenden Bauzonen für Mobilfunkanlagen (Kaskadenmodell) Einfluss auf die Standortwahl nehmen können (Richtplangeschäft W-3). Für den Bund und die Nachbar Kantone wird dieses Richtplangeschäft zwar erst mit der Genehmigung durch den Bundesrat verbindlich (Art. 11 Abs. 2 RPG), für die Behörden im Kanton Schwyz hingegen bereits mit der Festsetzung im überarbeiteten Richtplan (Art. 9 Abs. 1 RPG, § 3 Abs. 2 PBG).

6.2 Mit einer Kaskadenregelung darf die Wirtschafts- und Informationsfreiheit der Mobilfunkgesellschaften nicht substantiell, d.h. höchstens in

geringfügiger Weise eingeschränkt werden. Vor allem darf die konzessionsmässige Mobilfunkversorgung nicht übermässig behindert werden. Dem Bedürfnis der Mobilfunkgesellschaften nach kleinräumigen, möglichst nahe bei den Endkunden errichteten Basisstationen muss hinreichend Rechnung getragen werden. Der Ausbau der bestehenden Netzstruktur im Hinblick auf künftige Technologien darf nicht ins Gewicht fallend beeinträchtigt werden. Diese Kriterien sind im konkreten Einzelfall vor allem unter Einbezug des jeweiligen Zonenregimes zu prüfen (vgl. BGE 138 II 173 E. 6.5, 6.6 und 7.4; BRGE III Nr. 0149/2013 vom 6. November 2013, E. 5.1). Gegen die von der Vorinstanz veranlasste (erste) Priorisierung der Arbeitszonen (Industrie- und Gewerbezone) ist grundsätzlich nichts einzuwenden. Allerdings liegen die Industriezonen relativ weit entfernt vom Dorfkern. Auch zwei der Gewerbezone (entlang der Linthstrasse sowie im Bereich Landig-/Rüschenzopfstrasse) befinden sich an eher dezentraler Lage. Einzig die Gewerbezone im Bereich Tödi-/Stockbergstrasse reicht bis ins Dorfzentrum hinein. Unter Berücksichtigung der überwiegend zentral, in der Ortsmitte gelegenen Wohngewerbezone sollten immerhin in der Regel funktechnisch geeignete Standorte in den Zonen erster und dritter Priorität verfügbar sein. Sollte dies nicht der Fall sein, können auch Standorte in den reinen Wohnzonen und in der Kernzone beansprucht werden. Letztendlich kann die Frage, ob Art. 9 Abs. 3 rev. BauR den Beschwerdeführerinnen genügend Spielraum für die Erstellung von Mobilfunkanlagen belässt, offen bleiben. Wie oben bereits ausgeführt wurde (vgl. E. 5.2.2), existiert in der Gemeinde Tuggen gar keine Zone für öffentliche Bauten und Anlagen, in welcher stark und mässig störende Betriebe zulässig sind (Zone zweiter Priorität). Die umstrittene Prioritätenordnung ist somit widersprüchlich. Es ist Aufgabe der Vorinstanz, zu beurteilen, ob bzw. in welcher Priorität sie Mobilfunkanlagen in der Zone für öffentliche Bauten und Anlagen (in welcher generell nur nicht störende Betriebe möglich sind) zulassen will. Auch aus diesem Grund sind die Beschwerden gutzuheissen.

7.1 Die Beschwerdeführerinnen verlangen, dass der Passus „visuell wahrnehmbare“ Mobilfunkantennen in Art. 9 Abs. 2, 3, 4 und 5 rev. BauR durch „visuell als solche wahrnehmbare“ Anlagen zu ersetzen sei. Ohne die beantragte Änderung würden von der angefochtenen Bestimmung nämlich auch kaschierte Anlagen erfasst.

7.2 Ein Kaskadenmodell, wie dies in Art. 9 Abs. 3 rev. BauR vorgesehen ist, hat sich nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts ausschliesslich auf sichtbare und als solche erkennbare Mobilfunkanlagen zu beschränken. Bei Kaskadenregelungen gehe es nicht um den Schutz vor nichtionisierender Strahlung, welcher in der Verordnung über den Schutz vor nichtionisie-

C 10.1

render Strahlung vom 23. Dezember 1999 (NISV, SR 814.710) abschliessend bundesrechtlich geregelt sei, sondern um den Schutz vor ideellen Immissionen. Diese knüpfen nicht an die Strahlenintensität, sondern in erster Linie an den für die Anwohner visuell wahrnehmbaren Standort an. Bei nicht sichtbaren Mobilfunk-Basisstationen sei das öffentliche Interesse an der Verhinderung ideeller Immissionen derart gering, dass die Beschränkung der Standortwahl mittels einer Kaskadenregelung unverhältnismässig wäre (vgl. Urteil BGer 1C_51/2012 und 1C_71/2012 vom 21. Mai 2012, E. 5.5; BRGE III Nr. 0149/2013 vom 6. November 2013, E. 5.1). Eine Kaskadenregelung ist folglich nur dann rechtskonform, wenn sie zwingend und eindeutig an die Sichtbarkeit einer Mobilfunkanlage anknüpft. Dabei muss die Basisstation als solche optisch erkennbar sein, was für kaschierte Anlagen etwa in Form eines Kamins, Abluftrohrs, Pfostens oder eines sonstigen Gebäudeteils in den üblichen Dimensionen nicht zutrifft. Im oben erwähnten Urteil hat das Bundesgericht einzig angeordnet, dass die dort umstrittene Bestimmung auf visuell wahrnehmbare Anlagen zu beschränken sei. Der Ersatz des Passus „visuell wahrnehmbare“ Mobilfunkantennen durch „visuell als solche wahrnehmbare“ Anlagen scheint zwar sinnvoll, ist jedoch nicht zwingend erforderlich. Es liegt letztendlich in der Verantwortung der Vorinstanz, eine Bestimmung des Baureglements rechtskonform auszulegen.

8.1 Nach Art. 9 Abs. 2 rev. BauR haben sich visuell wahrnehmbare Mobilfunkantennen gut in das Landschafts-, Orts- und Quartierbild einzufügen. Antennen in der Kernzone sind von einer externen Fachstelle zu begutachten. In Schutzgebieten und bei Schutzobjekten sind visuell wahrnehmbare Anlagen nicht zulässig. Die Baubewilligungsbehörde kann dem Bau einzelner Anlagen zustimmen, wenn sie zur Wahrung der Kommunikationsfreiheit unabdingbar und in das Orts- und Landschaftsbild integriert sind (Art. 9 Abs. 5 rev. BauR). Die Beschwerdeführerinnen beantragen, dass Art. 9 Abs. 2 und 5 rev. BauR ersatzlos zu streichen seien.

8.2 Das kantonale Recht verlangt, dass sich Bauten und Anlagen so in die Umgebung eingliedern, dass sie das Landschafts-, Orts-, Quartier- und Strassenbild nicht stören (§ 56 Abs. 1 PBG). Die Gemeinden können in Bezug auf das Einordnungsgebot Vorschriften erlassen, welche über § 56 PBG hinausgehen (§ 52 Abs. 1 PBG). Allein unter diesem Aspekt ist nicht zu beanstanden, dass Baugesuche für visuell wahrnehmbare Mobilfunkanlagen in der Kernzone von einer externen Fachstelle begutachtet werden müssen (zumal dort sowieso erhöhte Anforderungen an die Gestaltung von Bauten und Anlagen gestellt werden; Art. 5 Bst. a rev. BauR). Hinzu kommt, dass die Vorinstanz im Baubewilligungsverfahren auch ohne expli-

zite Grundlage im Baureglement die Erstellung eines Gutachtens veranlassen kann. Dass die Vorinstanz den Bau von (visuell wahrnehmbaren) Mobilfunkantennen in Schutzgebieten und bei Schutzobjekten grundsätzlich ausschliessen will, scheint ebenfalls gerechtfertigt. Immerhin kann die Baubewilligungsbehörde ausnahmsweise eine Anlage an einem solchen Standort bewilligen, wenn sonst aus funktechnischen Gründen eine Deckungs- oder Kapazitätslücke bestehen würde.

9.1 Zusammenfassend sind die beiden Beschwerden gutzuheissen und die Beschlüsse Nr. 1300 vom 5. Dezember 2013 und Nr. 582 vom 1. Juli 2015 sind aufzuheben. Die Vorinstanz ist anzuweisen, Art. 9 rev. BauR im Sinne der Erwägungen zu überarbeiten. Da das vorliegende Beschwerdeverfahren eine wesentliche Änderung des Baureglements zur Folge hat, muss die Vorinstanz das Auflage- und Einspracheverfahren für die betroffene Bestimmung wiederholen (vgl. § 26 Abs. 3 PBG).

(RRB Nr. 750 vom 6. September 2016).

17. Verkehrs- und Polizeiwesen

17.1 Ladenöffnung an Sonn- und Feiertagen

- *Ruhetagsregelung für Verkaufsgeschäfte (Erw. 1.1 – 1.2).*
- *Während der Saison dürfen Betriebe in Fremdenverkehrsgebieten, welche der Befriedigung spezifischer Bedürfnisse der Touristen dienen, Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen beschäftigen (Erw. 2).*
- *Begriff des Betriebes in Fremdenverkehrsgebieten (Erw. 3).*
- *Unteriberg als Ausflugsort im Sinne von Art. 25 Abs. 2 ArGV 2 (Erw. 4).*
- *Frage der wirtschaftlichen Bedeutung und der saisonmässigen Schwankungen des Tourismus (Erw. 5).*
- *Fehlende Ausrichtung auf die spezifischen Bedürfnisse von Tages- und Ausflugs Touristen (Erw. 6).*

Aus den Erwägungen:

1. Die Beschwerdeführerin möchte den SPAR-Supermarkt in Unteriberg auch an Sonn- und Feiertagen jeweils von 08.00 Uhr bis 16.00 Uhr offen

C 17.1

halten. Dafür hat sie der Vorinstanz am 14. Januar 2015 ein entsprechendes Gesuch eingereicht.

1.1 Die Bestimmungen zur Sonn- und Feiertagsruhe im Kanton Schwyz finden sich im kantonalen Ruhetagsgesetz vom 21. November 2001 (RTG, SRSZ 545.110). Das RTG will den Menschen an öffentlichen Ruhetagen Ruhe und Erholung sowie gemeinsame religiöse, soziale, kulturelle und sportliche Betätigungen ermöglichen (§ 1 RTG). Als öffentliche Ruhetage gelten insbesondere Sonntage (§ 2 Abs. 1 Ziff. 1 RTG). Gemäss § 3 Abs. 1 RTG sind Tätigkeiten und Veranstaltungen untersagt, welche die dem Sonn- oder Feiertag angemessene Ruhe und Würde ernstlich stören. Verkaufsgeschäfte sind an öffentlichen Ruhetagen geschlossen zu halten (§ 5 Abs. 1 RTG). Ausgenommen von diesem Verbot sind insbesondere Geschäfte, die gemäss Verordnung 2 zum Arbeitsgesetz vom 10. Mai 2000 (ArGV 2, SR 822.112) vom Verbot der Sonntagsarbeit ausgenommen sind (§ 5 Abs. 2 Ziff. 1 RTG). Das zuständige Amt bewilligt Verkaufsgeschäften das Offenhalten an höchstens vier öffentlichen Ruhetagen pro Kalenderjahr, hohe Feiertage ausgenommen (§ 5 Abs. 3 RTG).

1.2 § 5 Abs. 2 Bst. a RTG verweist ausdrücklich auf die ArGV 2. Diese wiederum stützt sich auf Art. 27 des Bundesgesetzes über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel vom 13. März 1964 (Arbeitsgesetz, ArG, SR 822.11). Der Vollzug des ArG und der Verordnungen obliegt grundsätzlich den Kantonen (Art. 41 ArG). Im Kanton Schwyz ist die Vorinstanz die zuständige kantonale Behörde nach dem ArG (§ 3 Abs. 1 der kantonalen Vollzugsverordnung zum Arbeitsgesetz und zur Unfallverhütung nach Unfallversicherungsgesetz vom 28. April 1992, SRSZ 351.111). Dementsprechend ist die Vorinstanz die zuständige Bewilligungsbehörde für Sonntagsverkäufe gemäss § 5 RTG. Sie ist auch zuständig, um zu beurteilen, ob ein Betrieb vom Verbot der Sonntagsarbeit ausgenommen ist. Die Vorinstanz hat das Gesuch der Beschwerdeführerin vom 14. Januar 2015 mit Verfügung vom 3. Juli 2015 abgewiesen bzw. festgestellt, dass es sich beim SPAR-Supermarkt nicht um einen Betrieb im Sinne der ArGV 2 handle. Ob diese Feststellung korrekt ist, wird nachfolgend überprüft.

2. Gemäss Art. 27 ArG können bestimmte Gruppen von Betrieben oder Arbeitnehmern durch Verordnung ganz oder teilweise insbesondere von den Vorschriften der Art. 9-17a (Vorschriften über die Arbeits- und Ruhezeiten, Nachtarbeitsverbot) sowie 18-20 ArG (Verbot der Sonntagsarbeit) ausgenommen und entsprechenden Sonderbestimmungen unterstellt werden, soweit dies mit Rücksicht auf ihre besonderen Verhältnisse notwendig ist. Insbesondere werden kleingewerbliche Betriebe, für die Nacht- und Sonn-

tagsarbeit betriebsnotwendig ist, von der Bewilligungspflicht ausgenommen (Art. 27 Abs. 1^{bis} ArG). Auch Verkaufsstellen in Bahnhöfen und Flughäfen dürfen am Sonntag Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer beschäftigen (Art. 27 Abs. 1^{ter} ArG). Seit 1. Dezember 2013 dürfen sodann auf Autobahnraststätten und an Hauptverkehrswegen mit starkem Reiseverkehr in Tankstellenshops, deren Waren- und Dienstleistungsangebot in erster Linie auf die Bedürfnisse der Reisenden ausgerichtet ist, Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer sonntags und in der Nacht beschäftigt werden (Art. 27 Abs. 1^{quater} ArG). Art. 27 Abs. 2 ArG enthält sodann eine nicht abschliessende Aufzählung von Betriebsgruppen, für welche weitere Sonderbestimmungen erlassen werden können. Dazu gehören insbesondere Betriebe, die den Bedürfnissen des Fremdenverkehrs dienen (Art. 27 Abs. 2 Bst. c ArG).

2.1 Die ArGV 2 umschreibt gestützt auf Art. 27 Abs. 1 ArG die möglichen Abweichungen von den gesetzlichen Arbeits- und Ruhezeitvorschriften und bezeichnet die Betriebsarten oder Gruppen von Arbeitnehmern und Arbeitnehmerinnen, welche unter diese Abweichungen fallen. Sie bezeichnet ausserdem für die einzelnen Branchen oder Gruppen von Arbeitnehmern und Arbeitnehmerinnen den Umfang der Abweichungen (Art. 1 ArGV 2). Zu den Branchen bzw. Gruppen, welche unter die Sonderbestimmungen fallen, zählen gemäss Art. 25 ArGV 2 insbesondere Betriebe in Fremdenverkehrsgebieten sowie Einkaufszentren für die Bedürfnisse des internationalen Fremdenverkehrs. Demnach dürfen die Betriebe in Fremdenverkehrsgebieten, welche der Befriedigung spezifischer Bedürfnisse der Touristen dienen, während der Saison auch an Sonntagen Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen ohne behördliche Bewilligung beschäftigen (vgl. Art. 25 Abs. 1 ArGV 2).

2.2 Die Beschwerdeführerin stellt sich auf den Standpunkt, dass Unteriberg Teil eines Fremdenverkehrsgebietes sei. Sie beruft sich dabei u.a. auf das Entwicklungskonzept Sihlsee, dessen Ziel es ist, den Sihlsee sowie den Natur- und Erholungsraum Einsiedeln-Ybrig nachhaltig zu entwickeln und optimal zu nutzen. Unteriberg verfüge über drei Hotelanlagen mit Schwimmbad und es seien ein Campingplatz und eine 18-Loch Golfanlage in unmittelbarer Nähe vorhanden. Zudem sei die Fliegenfischerei hoch im Kurs. Unteriberg sei im Sommer Ausgangspunkt für Wanderungen und im Winter für Langlauf. Die Vorinstanz hingegen vertritt den Standpunkt, dass Unteriberg kein Fremdenverkehrsgebiet, sondern vielmehr ein Durchgangs-ort für die Erholungsräume Sihlsee, Hoch-Ybrig und Ibergeregge sei. In den nachfolgenden Erwägungen ist folglich zu prüfen, ob der SPAR-Supermarkt in Unteriberg einen Betrieb in einem Fremdenverkehrsgebiet im Sinne von Art. 25 Abs. 1 und 2 ArGV 2 darstellt und somit vom Sonntagsarbeitsverbot

C 17.1

ausgenommen ist. Falls dies zutrifft, darf der SPAR-Supermarkt an Sonntagen geöffnet haben. Andernfalls muss er geschlossen bleiben (vgl. § 5 Abs. 1 und 2 RTG).

3. Die Ausrichtung auf Fremdenverkehrsgebiete erklärt sich durch die Entstehungsgeschichte von Art. 27 Abs. 2 Bst. c ArG. Die Ausnahmebestimmung war bei ihrem Erlass in erster Linie auf Ladengeschäfte ausgerichtet, die in klassischen Fremdenverkehrsgebieten lagen, in denen das Hotelgewerbe einen wesentlichen Teil der Existenzgrundlage der Bevölkerung bildete und in denen Fremdenverkehr zudem einen typischen Saisoncharakter aufwies (Botschaft vom 30. September 1960 zum ArG, BBl 1960 II 909, S. 983). Soweit sich die Ausrichtung auf klassische Fremdenverkehrsgebiete bis heute in der Definition nach Art. 25 Abs. 2 ArGV 2 widerspiegelt, orientiert sich die Norm am Gesetzeszweck von Art. 27 Abs. 2 Bst. c ArG. Die damit einhergehenden systemimmanenten Ungleichbehandlungen zwischen Betrieben innerhalb und ausserhalb von Fremdenverkehrsgebieten hat der Gesetzgeber bewusst in Kauf genommen. Das Bundesgericht sah sich denn auch nie veranlasst, die Gesetzeskonformität von Art. 25 ArGV 2 infrage zu stellen (vgl. Urteile 2C_44/2013 vom 12. Februar 2014, E. 5.3.1; 2C_379/2013 vom 10. Februar 2014, E. 4.3.1; 140 II 46 E. 2.1).

3.1 Art. 25 Abs. 2 ArGV 2 umschreibt den Begriff „Betriebe in Fremdenverkehrsgebieten“ als Betriebe in Kur-, Sport-, Ausflugs- und Erholungsorten, in denen der Fremdenverkehr von wesentlicher Bedeutung ist und erheblichen saisonmässigen Schwankungen unterliegt. Entscheidend ist damit die Lage des Betriebs in einem bestimmten Ort, der sich durch drei Merkmale auszeichnet: Es handelt sich erstens um einen Ort, an dem ein Angebot an Kuren, Sportaktivitäten oder Erholungsaufenthalten besteht oder der ein Ausflugsziel darstellt. Zweitens hat der Fremdenverkehr dort eine wesentliche Bedeutung und unterliegt drittens erheblichen saisonmässigen Schwankungen (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2C_44/2013 vom 12. Februar 2014, E. 5.3.2 mit Hinweisen). Der Ortsbegriff des Art. 25 Abs. 2 ArGV 2 ist nach konstanter bundesgerichtlicher Rechtsprechung nicht derart eng zu verstehen, dass er sich einzig auf isolierte Tourismussiedlungen in abgelegenen Gebieten beziehe, sondern zeichnet sich primär durch das touristische Angebot aus. Das Vorliegen eines solchen Ortes darf jedoch nicht allzu leicht bejaht werden, denn Ausnahmen vom Verbot der Sonntagsarbeit sind im Interesse eines wirksamen Arbeitnehmerschutzes nach konstanter bundesgerichtlicher Rechtsprechung eng auszulegen. Das Beherbergungsangebot, das Vorhandensein von Sport- und Erholungseinrichtungen sowie weitere objektive Kriterien spielen bei der Beurteilung eine

entscheidende Rolle (Urteile des Bundesgerichts 2C_44/2013 vom 12. Februar 2014, E. 5.3.3; 2C_379/2013 vom 10. Februar 2014, E. 4.3.3).

3.2 Liegt der Betrieb in einem Kur-, Sport-, Ausflugs- oder Erholungsort nach Art. 25 Abs. 2 ArGV 2, ist weiter zu klären, ob der Fremdenverkehr dort von wesentlicher Bedeutung ist und erheblichen saisonmässigen Schwankungen unterliegt. Dabei können tourismuswirtschaftliche Zahlen berücksichtigt werden, soweit sie Aufschlüsse über den nach Art. 25 Abs. 2 ArGV 2 massgeblichen Ort zulassen. Diese statistischen Daten können sich namentlich auf das Beherbergungsangebot (Hotel und Parahotellerie) und die Übernachtungen sowie den Anteil des Tourismus an der Gesamtbeschäftigung beziehen (BGE 140 II 46 E. 5.1; Urteile des Bundesgerichts 2C_44/2013 vom 12. Februar 2014, E. 5.3.5; 2C_379/2013 vom 10. Februar 2014, E. 4.3.5).

3.3 Liegt ein Betrieb innerhalb eines Fremdenverkehrsgebiets im Sinne von Art. 25 Abs. 2 ArGV 2, bleibt zu prüfen, ob der Betrieb „der Befriedigung spezifischer Bedürfnisse der Touristen“ dient (Art. 25 Abs. 1 ArGV 2). Darunter fallen jene Betriebe, die tatsächlich den Bedürfnissen des Fremdenverkehrs dienen. Diese Betriebe sind regelmässig in besonderer Weise von saisonmässigen Schwankungen im Tourismus betroffen. Nicht dazu zählen jene Betriebe, die in erster Linie oder gar ausschliesslich die Bedürfnisse der einheimischen Bevölkerung befriedigen (Urteile des Bundesgerichts 2C_44/2013 vom 12. Februar 2014, E. 5.4.1; 2C_379/2013 vom 10. Februar 2014, E. 4.4.1; 2A.578/2000 vom 24. August 2001, E. 5c mit Hinweis). Dabei können die „spezifischen Bedürfnisse der Touristen“ nicht derart weit gefasst werden, dass das blossе Einkaufserlebnis (Einkaufstourismus) darunter fällt. Ansonsten würde das Kriterium weitgehend leerlaufen. Dagegen wäre es verfehlt, die touristischen Bedürfnisse auf diejenigen Bedürfnisse beschränken zu wollen, die einzig und allein den Touristen eigen sind (z.B. Souvenirartikel, Reiseführer). Vielmehr können nach konstanter bundesgerichtlicher Praxis auch Grundbedürfnisse des Menschen dazu zählen (z.B. Lebensmittel oder Hygieneprodukte; BGE 126 II 106 E. 4; BGE 140 II 46 E. 2.3; Urteil des Bundesgerichts 2A.578/2000 vom 24. August 2001 E. 5b). Zur Abklärung, ob das Kriterium erfüllt ist, können neben dem Anteil der Touristen an der Kundschaft des betreffenden Betriebes auch Indizien wie namentlich die Umsatzentwicklung, der Gesamteindruck des angebotenen Sortiments und der übrige Marktauftritt angemessen Beachtung finden (vgl. BGE 140 II 46 E. 5.2; Urteile des Bundesgerichts 2A.578/2000 vom 24. August 2001 E. 6 und 2A.612/1999 vom 30. Juni 2000 E. 5b). Weiter ist in diesem Rahmen zu prüfen,

C 17.1

inwiefern die Bedürfnisse der Touristen anderweitig abgedeckt werden (BGE 140 II 46 E. 2.3), was auch von den jeweiligen Tourismusformen abhängt.

4. Wie die Vorinstanz in ihrer angefochtenen Verfügung zutreffend festgehalten hat, gehört die Gemeinde Unteriberg im Kanton Schwyz nicht zu den Tourismuskerngemeinden. Gemessen am touristischen Aufkommen und der Abhängigkeit vom touristischen Wirtschaftszweig zählen im Kanton Schwyz die Gemeinden Ingenbohl, Morschach, Einsiedeln, Gersau und Feusisberg zu den Tourismuskerngemeinden (siehe Tourismusstrategie des Kantons Schwyz, Schlussbericht März 2010, S. 4). Im Schlussbericht der Tourismusstrategie des Kantons Schwyz wird festgehalten, dass der Kanton Schwyz insgesamt keine „klassische“ Feriendestination sei, jedoch eine attraktive Destination für Tages- und Freizeittourismus insbesondere für inländische Gäste darstelle (Tourismusstrategie, a.a.O., S. 6). Der Tages- und Freizeittourismus ist auch in der Gemeinde Unteriberg stark ausgeprägt. Gerade beim Tages- bzw. Ausflugstourismus kann die Abgrenzung zum Freizeitverhalten der lokalen Bevölkerung schwerfallen. Gleichwohl können auch diese Tourismusformen für Art. 25 ArGV 2 von Bedeutung sein. Zu den Fremdenverkehrsgebieten zählen u.a. auch Ausflugsorte (siehe oben, E. 3.1).

4.1 Die touristischen Aktivitäten finden allerdings nicht primär im Dorf Unteriberg selbst, sondern vielmehr in den (nahegelegenen) umliegenden Gebieten statt. Insbesondere die Golfanlage (Golfclub Ybrig) und das Langlauf-Zentrum befinden sich im Ortsteil Studen. Das eigentliche Ski- bzw. Wintersportgebiet ist das Hoch-Ybrig. Beim Ortsbegriff nach Art. 25 Abs. 2 ArGV 2 ist allerdings nicht massgeblich, ob es sich um eine ganze Ortschaft oder Stadt oder um einen Stadtteil handelt. Ebenso wenig deckt sich der Begriff notwendigerweise mit dem Gebiet einer bestimmten politischen Gemeinde. Es ist nicht ausgeschlossen, dass es sich um ein mehrere Ortschaften umfassendes Gebiet handeln kann. Entscheidend ist in jedem Fall, dass der Ortsbegriff durch das touristische Angebot und die touristischen Anlagen örtlich klar begrenzt und damit auf die lokale Ebene ausgerichtet bleibt (BGE 140 II 46 E. 2.2.1; Urteil des Bundesgerichts 2C_44/2013 vom 12. Februar 2014, E. 5.3.3).

4.2 Das Skigebiet Hoch-Ybrig wird zum Teil auch durch eine Seilbahn über das Gemeindegebiet Unteriberg (Weglosen) erschlossen. Die Ortschaft Unteriberg – eingebettet zwischen dem Skigebiet Hoch-Ybrig, dem Freizeit- und Sportgebiet Studen und dem Erholungsraum Sihlsee – liegt demnach zweifellos an einer attraktiven Lage. Unteriberg verfügt über drei Hotels und

hat auch einen kleinen Campingplatz (etwas ausserhalb des Dorfzentrums). Unter diesen Umständen lässt sich Unteriberg als Ausflugsort im Sinne von Art. 25 Abs. 2 ArGV 2 einstufen.

5. Als nächstes ist nun zu prüfen, ob der Fremdenverkehr in Unteriberg von wesentlicher Bedeutung ist und erheblichen saisonmässigen Schwankungen unterliegt. Die Vorinstanz hat dazu die massgebenden Statistikdaten des Bundesamtes für Statistik (BFS) zusammengetragen (vgl. Schreiben der Vorinstanz vom 27. Mai 2015). Die von der Vorinstanz gesammelten verfügbaren tourismuswirtschaftlichen Zahlen weisen nicht auf eine wesentliche Bedeutung des Fremdenverkehrs in Unteriberg hin. Die Beschwerdeführerin bestreitet dies im Grunde auch nicht. Sie bringt in ihrer Beschwerde zwar vor, dass an einigen Tagen bis zu 40 % des Umsatzes durch (Tages-)Touristen generiert werde. Überprüfbare Zahlen oder Belege dafür kann die Beschwerdeführerin jedoch nicht vorweisen. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist ein vielfältiges Freizeit- und Kulturangebot allein jedenfalls nicht ausreichend für die Qualifikation als Fremdenverkehrsgebiet i.S. von Art. 25 Abs. 2 ArGV 2 (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2C_379/2013 vom 10. Februar 2014, E. 5.2.2). Genauere Abklärungen zur volkswirtschaftlichen Bedeutung des Tourismus in Unteriberg hat die Vorinstanz nicht vorgenommen. Auch fehlen Angaben über die saisonmässigen Schwankungen. Die Beschwerdeführerin hat es ebenfalls unterlassen, nähere Auskünfte über allfällige saisonmässige Schwankungen des Tourismus einzureichen. Der Vernehmlassung des Beigeladenen kann man diesbezüglich ebenfalls keine näheren Hinweise entnehmen. Die Beschwerdeführerin hat ihr Gesuch vom 14. Januar 2015 nicht auf die Winter- oder Sommersaison beschränkt. Es ist davon auszugehen, dass sie den SPAR-Supermarkt ganzjährig an Sonntagen offen halten will, was jedenfalls nicht zulässig ist. Das gesetzliche Kriterium der Saisonalität soll nicht dadurch unterlaufen werden, dass die zeitlichen Grenzen der (Hoch-)Saison übermässig weit gezogen werden. Dies würde schlussendlich zu einem unzulässigen Einkaufstourismus führen. Die Frage nach der wirtschaftlichen Bedeutung und den saisonmässigen Schwankungen muss vorliegend allerdings nicht abschliessend beantwortet werden, zumal die Beschwerde aus einem anderen Grund ohnehin abzuweisen ist (vgl. nachfolgende Erwägung).

6. Schliesslich bleibt zu prüfen, ob der Betrieb der Beschwerdeführerin „der Befriedigung spezifischer Bedürfnisse der Touristen“ dient.

6.1 Die Vorinstanz führt diesbezüglich in ihrer angefochtenen Verfügung aus, dass sowohl im Food- wie auch im Non-Food-Bereich Schweizer Spe-

C 17.1

zialitäten vorhanden sein müssen. Entgegen der Ansicht der Vorinstanz ist es indes nicht ausschlaggebend, ob Schweizer Spezialitäten im Food- und Non-Food-Bereich angeboten bzw. verkauft werden. Tages- und Ausflugstouristen werden denn auch kaum in besonderer Weise Schweizer Spezialitäten (z.B. Käse und Schokolade) und Souvenirartikel nachfragen. Die Beschwerdeführerin weist zu Recht darauf hin, dass auch ein übliches Detailhandelsangebot dazu dienen kann, touristische Bedürfnisse abzudecken.

6.2 Die Vorinstanz geht hingegen richtig in der Annahme, dass der vorliegend in Frage stehende SPAR-Supermarkt ein gewöhnliches Vollsortiment führt, welches sich in erster Linie an die lokale Bevölkerung richtet. Der Supermarkt hat eine Ladenfläche von rund 500 m². Gemäss dem in den vorinstanzlichen Akten liegenden Laden-Layout werden im SPAR-Supermarkt nebst Kosmetik-Produkten auch Getränke (alkoholische und nichtalkoholische), Spielwaren, Tchibo-Produkte, Tiefkühlwaren, Chips, Salzgebäck, Kaffee, Süssigkeiten, Fertiggerichte, Strümpfe, Socken, Backzutaten, Reis, Konserven, Charcuterie, Hygiene- und Reinigungsartikel, Tiernahrung und vieles mehr angeboten. Damit werden in erster Linie die täglichen Bedürfnisse der lokalen Bevölkerung abgedeckt und nicht die Konsumbedürfnisse von Tages- und Ausflugstouristen.

6.3 Zu prüfen ist an dieser Stelle auch, ob sich die Touristen anderweitig verpflegen können. Wie die Vorinstanz in ihrer Vernehmlassung ausführt, wird am Sytisee (wo das Fliegenfischen angeboten wird) an den Wochenenden ein Kiosk betrieben. Der Golf-Club verfügt über ein eigenes Golf-Restaurant. Auf der Anreise von Einsiedeln her bestehen ausreichend Möglichkeiten, sich an Tankstellenshops mit Verpflegung einzudecken. Ansonsten gibt es in Studen und Unteriberg diverse Restaurants, in welchen sich die (Tages-)Touristen verpflegen können.

6.4 Aus dem soeben Gesagten ergibt sich, dass das Sortiment des SPAR-Supermarkts in Unteriberg nicht auf die spezifischen Bedürfnisse der Tages- und Ausflugstouristen zugeschnitten ist. Ausserdem gibt es für die Tages- und Ausflugstouristen in den jeweiligen Ausflugsdestinationen genügend anderweitige Möglichkeiten, sich mit den nötigen Gütern einzudecken.

7. Insgesamt ergibt sich somit, dass der SPAR-Supermarkt in Unteriberg nicht als Betrieb in einem Fremdenverkehrsgebiet i.S. von Art. 25 Abs. 1 und 2 ArGV 2, welcher der Befriedung spezifischer Bedürfnisse der Touristen dient, zu qualifizieren ist. Der SPAR-Supermarkt fällt auch nicht unter die übrigen Kategorien von Betrieben nach Art. 27 Abs. 2 ArG. Der Betrieb

ist demnach nicht vom Verbot der Sonntagsarbeit ausgenommen. Wie bereits in E. 2.2 ausgeführt, muss der SPAR-Supermarkt demzufolge gemäss § 5 Abs. 1 RTG an Sonn- und Feiertagen ordnungsgemäss geschlossen bleiben. Die angefochtene Verfügung der Vorinstanz vom 3. Juli 2015, in welcher sie festgestellt hat, dass der SPAR-Supermarkt kein Betrieb i.S. der ArGV 2 darstellt, ist daher nicht zu beanstanden. Die Beschwerde ist abzuweisen. Anzuführen bleibt, dass Verkaufsgeschäfte gemäss § 5 Abs. 3 RTG Anspruch auf vier Sonn- bzw. Feiertagsverkäufe pro Jahr haben. Es steht der Beschwerdeführerin frei, der Vorinstanz ein entsprechendes Gesuch einzureichen. Dem Verfahrensausgang entsprechend sind die Verfahrenskosten der Beschwerdeführerin aufzuerlegen (§ 72 Abs. 2 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 6. Juni 1974, VRP, SRSZ 234.110). Parteientschädigungen sind keine zuzusprechen (§ 74 Abs. 2 VRP).

(RRB Nr. 233 vom 8. März 2016).

18. Ausländerrecht

18.1 Nachträglicher Familiennachzug

- *Die Bewilligung eines nachträglichen Familiennachzugs setzt wichtige familiäre Gründe voraus (Erw. 1).*
- *Neben dem Kindeswohl sind insbesondere Integrationsschwierigkeiten bei der Prüfung der Gründe für einen nachträglichen Familiennachzug zu prüfen (Erw. 3 und 4).*

Aus dem Sachverhalt:

S., Staatsangehöriger von Kosovo, reiste am 28. Februar 1991 in die Schweiz ein und ist im Besitz einer Niederlassungsbewilligung (Ausweis C) mit gültiger Kontrollfrist bis 31. Mai 2018. Er ist mit E. verheiratet, welche im Rahmen des Familiennachzugs im Jahr 2006 zusammen mit den drei älteren Kindern A. (geb. 11. Mai 1990), B. (geb. 27. November 1991) und C. (geb. 13. Mai 1994) in die Schweiz einreiste. Im Mai und Juni 2015 ersuchte S. um die Bewilligung des Familiennachzugs für seine beiden jüngeren Kinder D. (geb. 9. November 1997) und F. (geb. 18. Mai 2002). Das Amt für Migration lehnt das Familiennachzugsgesuch am 18. Dezember 2015 ab.

C 18.1

Aus den Erwägungen:

1. Das Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer vom 16. Dezember 2005 (Ausländergesetz, AuG, SR 142.20) gilt für Ausländerinnen und Ausländer, soweit keine anderen Bestimmungen des Bundesrechts oder von der Schweiz abgeschlossene völkerrechtliche Verträge zur Anwendung kommen (Art. 2 Abs. 1 AuG). Im vorliegenden Fall bestehen keine völkerrechtlichen Verträge mit dem Kosovo, welche privilegierende Regelungen im Hinblick auf den Familiennachzug bzw. die Niederlassung im jeweils anderen Staat enthalten. Massgebend ist daher das Ausländergesetz.

1.1 Der Beschwerdeführer ist im Besitz einer Niederlassungsbewilligung. Gemäss Art. 43 Abs. 1 AuG haben ausländische Ehegatten und ledige Kinder unter 18 Jahren von Personen mit Niederlassungsbewilligung Anspruch auf Erteilung und Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung, wenn sie mit diesen zusammenwohnen. Der Anspruch auf Familiennachzug muss innerhalb von fünf Jahren geltend gemacht werden. Kinder über zwölf Jahre müssen innerhalb von zwölf Monaten nachgezogen werden (Art. 47 Abs. 1 AuG). Die Frist beginnt bei Familienangehörigen von Ausländerinnen und Ausländern mit der Erteilung der Aufenthalts- oder Niederlassungsbewilligung oder der Entstehung des Familienverhältnisses (Art. 47 Abs. 3 Bst. b AuG). Ein nachträglicher Familiennachzug wird nur bewilligt, wenn wichtige familiäre Gründe geltend gemacht werden. Kinder über 14 Jahre werden zum Familiennachzug angehört, sofern dies erforderlich ist (Art. 47 Abs. 4 AuG).

1.2 Das Ausländergesetz wurde auf den 1. Januar 2008 in Kraft gesetzt. Gemäss Art. 126 Abs. 3 AuG beginnen die Fristen nach Art. 47 Abs. 1 AuG mit der Inkraftsetzung des Ausländergesetzes, sofern das Familienverhältnis vor diesem Zeitpunkt entstanden ist. D. ist am 9. November 1997 und F. ist am 18. Mai 2002 geboren. Zum jeweiligen Zeitpunkt der Geburt ist das Familienverhältnis mit dem Beschwerdeführer entstanden. Da das Familienverhältnis in beiden Fällen vor der Inkraftsetzung des Ausländergesetzes entstanden ist, ist letzterer Zeitpunkt für den Beginn des Fristenlaufs massgeblich (Art. 126 Abs. 3 AuG). Die Frist für die Einreichung eines Gesuchs um Familiennachzug von D. und F. hat demnach am 1. Januar 2008 zu laufen begonnen.

1.3 Wird das Kind während der fünfjährigen Nachzugsfrist zwölf Jahre alt, gilt ab diesem Zeitpunkt die einjährige Frist, sofern seit Beginn der ursprünglichen Frist von fünf Jahren weniger als vier Jahre vergangen sind.

Wenn in Bezug auf die ursprüngliche Frist von fünf Jahren zu dem Zeitpunkt, an dem das Kind zwölf Jahre alt wird, mehr als vier Jahre vergangen sind, muss der Familiennachzug vor Ablauf der ursprünglichen Frist von fünf Jahren beantragt werden. Bei der einjährigen Frist im Sinne von Art. 47 Abs. 1 zweiter Satz AuG handelt es sich nicht um eine zusätzliche Frist neben der Frist von fünf Jahren im Sinne von Artikel 47 Abs. 1 erster Satz AuG; sie stellt vielmehr eine Verkürzung der Frist von fünf Jahren dar (vgl. Weisungen und Erläuterungen des Staatssekretariats für Migration, SEM, zum Ausländerbereich vom 25. Oktober 2013, Stand vom 18. Juli 2016, im Folgenden: Weisungen SEM, S. 242; Urteil des Bundesgerichts 2C_205/2011 vom 3. Oktober 2011, E. 3.4 f.).

1.4 D. wurde am 9. November 2009 zwölf Jahre alt. Ab diesem Zeitpunkt gilt nach der erwähnten bundesgerichtlichen Rechtsprechung eine einjährige Frist, da seit Beginn der ursprünglichen Frist weniger als vier Jahre vergangen sind. Demnach hätte der Beschwerdeführer das Gesuch um Nachzug von D. bis spätestens 8. November 2010 stellen müssen. Für F., der am 18. Mai 2014 zwölf Jahre alt geworden ist, hätte er das Gesuch um Nachzug bis 31. Dezember 2012 stellen müssen. Es ist unbestritten, dass der Beschwerdeführer diese Fristen verpasst hat. Es kommt daher nur ein nachträglicher Familiennachzug im Sinne von Art. 47 Abs. 4 AuG in Frage, welcher wichtige familiäre Gründe voraussetzt.

2. Der Beschwerdeführer macht geltend, entgegen der Auffassung der Vorinstanz würden wichtige familiäre Gründe für einen nachträglichen Familiennachzug vorliegen. Er habe bereits im Dezember 2005 um Nachzug seiner ganzen Familie ersuchen wollen. Er habe jedoch gewusst, dass seine damaligen finanziellen Verhältnisse und die ungenügende Grösse der Wohnung zur Abweisung eines solchen Gesuchs geführt hätten. Deshalb habe er seine beiden jüngsten Kinder schweren Herzens vorerst im Kosovo zurückgelassen, mit der klaren Absicht, dereinst die ganze Familie in die Schweiz zu holen. Es habe sich nicht um eine freiwillige Trennung der Familie gehandelt. Das Nachzugsgesuch könne nicht als rechtsmissbräuchlich betrachtet werden. Zudem sei die Betreuung von D. und F. im Kosovo nicht mehr gewährleistet. Der Bruder des Beschwerdeführers, X., und dessen Frau Y. seien aus Alters- und aus gesundheitlichen Gründen nicht mehr in der Lage, die Betreuung zu übernehmen. Sie seien dazu auch nicht mehr gewillt, wie aus ihrer eidesstattlichen Erklärung hervorgehe. Ausserdem wäre entgegen der Auffassung der Vorinstanz eine schnelle Integration der Kinder in der Schweiz zu erwarten, da sie bereits einen Deutschkurs belegt hätten und willens seien, ihre Deutschkenntnisse zu erweitern. Der Beschwerdeführer ist der Ansicht, dass die Arbeits- und/oder Ausbildungsmög-

C 18.1

lichkeiten von D. und F. in der Schweiz nach einem Integrationsjahr auszuloten seien. Beide Kinder seien ehrgeizig und lernwillig und hätten wesentlich bessere Lebensperspektiven in der Schweiz als im Kosovo. Bei einer Ablehnung des Gesuchs um Familiennachzug würde deshalb das Kindeswohl missachtet. Zudem sei der Schutz des Familienlebens des Beschwerdeführers und seiner Kinder höher zu gewichten als allfällige integrationspolitisch motivierte Nachzugsfristen.

3.1 Die wichtigen familiären Gründe für den nachträglichen Familiennachzug sind in einer mit dem Grundrecht der Achtung des Familienlebens (Art. 13 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999, BV, SR 101; Art. 8 der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950, EMRK, SR 0.101) vereinbaren Art und Weise auszulegen. Bei Kindern ist ein Nachzug nach Ablauf der Nachzugsfrist daher nur möglich, wenn das Kindeswohl es gebietet (Art. 75 der Verordnung über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit vom 24. Oktober 2007, VZAE, SR 142.201). Dies ist beispielsweise dann der Fall, wenn bei Kindern die weiterhin notwendige Betreuung im Herkunftsland nicht mehr gewährleistet ist, etwa wegen Tod oder Krankheit der betreuenden Person (vgl. BBI 2002, S. 3794; RRB Nr. 1090 vom 21. Oktober 2014, E. 4.1). Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist dabei stets zu prüfen, ob im Heimatland alternative Betreuungsmöglichkeiten bestehen, die es dem Kind erlauben, dort zu bleiben, wo es aufgewachsen ist. Gerade Jugendliche, die bisher stets im Heimatland gelebt haben, sind nur mit Zurückhaltung aus ihrer bisherigen Umgebung und dem vertrauten Beziehungsnetz zu reissen (Urteil des Bundesgerichts 2D_5/2013 vom 22. Oktober 2013, E. 4.2 mit Hinweis auf BGE 137 I 284 E. 2.2; BGE 133 II 6 E. 3.1.2).

3.2 Zur Bewilligung des nachträglichen Familiennachzugs ist jedoch nicht ausschliesslich auf das Kindeswohl abzustellen (Urteil des Bundesgerichts 2C_765/2011 vom 28. November 2011, E. 2.1). Letztlich bedarf es einer Gesamtschau unter Berücksichtigung aller relevanten Umstände des Einzelfalles. Dabei ist auch dem Sinn und Zweck der Fristenregelung Rechnung zu tragen, wonach die Integration der Kinder bzw. Jugendlichen möglichst frühzeitig erfolgen soll (Urteil des Bundesgerichts 2C_29/2014 vom 10. November 2014, E. 3.1). Dabei dürfen die durch einen nachträglichen Familiennachzug drohenden Integrationsschwierigkeiten in die Interessenabwägung einfließen, ist es doch gerade Sinn und Zweck der Fristenregelung, die Kinder frühzeitig nachzuziehen, um ihnen eine möglichst umfassende Schulbildung in der Schweiz zu ermöglichen und so die Integration zu erleichtern. Zudem geht es darum, Gesuchen um Familien-

nachzug entgegenzuwirken, die rechtsmissbräuchlich erst kurz vor Erreichen des erwerbstätigen Alters gestellt werden, denn in diesen Fällen steht oft der erleichterte Zugang zum Arbeitsmarkt und nicht die Bildung einer echten Familiengemeinschaft im Vordergrund (Urteil des Bundesgerichts 2D_5/2013 vom 22. Oktober 2013, E. 4.3; vgl. auch Weisungen SEM, Kap. 10.1). Im Interesse einer guten Integration ist die Ausnahmeregelung daher zurückhaltend anzuwenden (Weisungen SEM, Kap. 6.10.4).

4.1.1 In Bezug auf die geltend gemachten veränderten Verhältnisse bei der Betreuung hat die Vorinstanz ausgeführt, D. sei in der Zwischenzeit volljährig geworden und bedürfe keiner Betreuung mehr. F. benötige mit seinen 14 Altersjahren ebenfalls keine Rundumbetreuung mehr. Eine allfällige Betreuung könne auch durch D. erfolgen. Zudem mute die plötzliche Weigerung von X. und Y., die Kinderbetreuung zu übernehmen, seltsam an, nachdem sie diese während neun Jahren ununterbrochen wahrgenommen hätten.

4.1.2 Diesen Ausführungen der Vorinstanz ist beizupflichten. Im Zeitpunkt der Einreichung des Familiennachzugsgesuchs im Frühjahr 2015 waren D. 17 und F. knapp 13 Jahre alt, mittlerweile zählen sie 18 bzw. 14 Jahre. Es kann offen bleiben, wie stark die gesundheitlichen Beschwerden von X. und Y. ihre Möglichkeiten zur Betreuung von D. und F. einschränken und ob sie tatsächlich nicht mehr bereit sind, diese Unterstützung – soweit nötig – zu leisten. Nebst X. und Y. leben deren Kinder und deren Schwiegertochter im gleichen Haus wie D. und F. (vgl. Befragungsprotokoll ...). Im gleichen Dorf (...) wohnen auch die Grossmutter mütterlicherseits und Tanten von D. und F. (vgl. Befragungsprotokoll ...). Zudem leben zwei Schwestern des Beschwerdeführers in der Nähe (vgl. Befragungsprotokoll ...). D. ist in einem Alter, das es ihr erlaubt, mit der finanziellen Hilfe ihrer Eltern aus der Schweiz, allenfalls unter punktueller Betreuung durch die genannten Familienangehörigen vor Ort, selbständig zu leben (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2C_780/2012 vom 3. September 2012, E. 2.3.2). Für F. bestehen mit den zahlreichen Verwandten vor Ort alternative Betreuungsmöglichkeiten, die es ihm ermöglichen, in seinem Heimatland zu bleiben, was aufgrund seines jugendlichen Alters von besonderer Bedeutung ist (Urteil des Bundesgerichts 2C_555/2012 vom 19. November 2012, E. 3.3). Möglich und denkbar wäre angesichts des Alters von D. und F. gegebenenfalls auch eine Betreuung durch Personen ausserhalb der Familie, die mit finanzieller Hilfe des Beschwerdeführers beigezogen werden könnten (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2C_578/2012 vom 22. Februar 2013, E. 5.3 mit Hinweisen). Selbst wenn Betreuungsprobleme bestünden, hätte es am Beschwerdeführer gelegen, aufzuzeigen, dass und inwiefern

C 18.1

alternative Betreuungsmöglichkeiten gesucht worden waren und warum solche nicht in Betracht kamen (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2C_97/2013 vom 26. August 2013, E. 3.1.1 mit Hinweis). Es ist somit im Einklang mit der Vorinstanz festzustellen, dass die geltend gemachte Veränderung der Betreuungsverhältnisse keine Gefährdung des Kindeswohls bewirkt, welcher nur durch einen Nachzug in die Schweiz begegnet werden könnte.

4.2.1 Die Vorinstanz hat sodann festgehalten, sie schätze die Integration von D. und F. in der Schweiz als sehr schwierig ein. Beide würden die deutsche Sprache ungenügend bzw. gar nicht beherrschen. Dasselbe gelte für ihre Eltern, bei denen sie in der Schweiz wohnen würden. D. beabsichtige, ein Studium (vorzugsweise Architektur) aufzunehmen, was in der Schweiz mangels Deutschkenntnissen kaum möglich wäre. F. unterstehe noch der obligatorischen Schulpflicht, wobei es fraglich sei, ob er diese in der Schweiz erfolgreich abschliessen könnte, wenn er der deutschen Sprache nicht mächtig sei.

4.2.2 Auch diese Ausführungen der Vorinstanz sind schlüssig und nachvollziehbar. D. und F. haben ihre Sozialisierung und ihre bisherige Ausbildung im Kosovo durchlaufen. Mit dem Sommerferienkurs in Deutsch, den sie absolviert haben, haben sie höchstens rudimentäre Grundkenntnisse erlangt (Begrüssung, Zahlen, Wochentage und einige Verben; vgl. Befragungsprotokoll ...). Sie sprechen die deutsche Sprache damit jedoch nicht in demjenigen Mass, dass sie sich hier verständigen könnten. Ebenso wenig sind sie einer anderen hiesigen Landessprache mächtig. Sie waren noch nie in der Schweiz und verfügen mit Ausnahme eines Onkels, welcher in der Nähe von Genf lebt, über keinerlei Bindungen in die Schweiz. Unter diesen Voraussetzungen würde D. und F. die Eingliederung ins Schul- oder Berufsleben und in die lokalen Verhältnisse aller Wahrscheinlichkeit nach schwerfallen. Die Beschwerdeführer teilen denn auch die Einschätzung der Vorinstanz, wonach kaum Chancen dafür bestehen, dass D. ohne Kenntnisse einer Landessprache in der Schweiz ein Studium aufnehmen und erfolgreich absolvieren könnte. Auch ein Einstieg ins Erwerbsleben in der Schweiz dürfte ihr ohne Sprachkenntnisse und ohne spezifische Ausbildung schwerfallen. Sodann ist es im Einklang mit der Vorinstanz nicht als sinnvoll zu erachten, wenn F. die obligatorische Schule im Kosovo abbrechen würde. Ohne Deutschkenntnisse und mit der zusätzlichen Hürde der Integration wären der erfolgreiche Abschluss der obligatorischen Schule in der Schweiz und ein anschliessender Berufseinstieg gefährdet. In Bezug auf ihre Ausbildungs- und Erwerbsaussichten wie auch ihre sozialen Beziehungen (mit Ausnahme der Beziehungen zur Kernfamilie) liegt es somit

nicht im Interesse von D. und F., in die Schweiz zu ziehen (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2C_97/2013 vom 26. August 2013, E. 3.1.3).

4.3 Es kann offen bleiben, ob das Familiennachzugsgesuch des Beschwerdeführers für D. und F. in dem Sinne als rechtsmissbräuchlich zu betrachten ist, als damit in erster Linie der erleichterte Zugang zum Arbeitsmarkt in der Schweiz erreicht werden soll. Die Vorinstanz hat sich nicht ausdrücklich dazu geäußert. Vielmehr hat sie zu Recht festgehalten, dass keine wichtigen familiären Gründe vorliegen, welche einen nachträglichen Familiennachzug rechtfertigen würden. Ebenso ist der Auffassung der Vorinstanz zu folgen, wonach das öffentliche Interesse an der zeitlichen Begrenzung des Familiennachzugs aufgrund der damit verbundenen Integrationsschwierigkeiten das private Interesse des Beschwerdeführers an der Vereinigung der ganzen Familie in der Schweiz überwiegt. Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass der Beschwerdeführer bewusst mehrere Jahre lang darauf verzichtet hat, ein Familiennachzugsgesuch für D. und F. zu stellen. Wie die Vorinstanz dargelegt hat, hätte E. durchaus zur Verbesserung der finanziellen Verhältnisse beitragen können, waren die drei älteren Kinder A., B. und C. bei der Einreise in die Schweiz doch bereits 16, 15 und zwölf Jahre alt und nicht mehr auf ganztägige Betreuung angewiesen. Zwar ist der Wunsch der Eltern und ihrer beiden jüngsten Kinder an der tatsächlichen Führung eines Familienlebens verständlich. Es ist dem Beschwerdeführer und seiner Familie indessen zumutbar, ihre familiären Beziehungen im bisherigen Rahmen weiterzupflegen. Eine Anwesenheit der beiden Kinder in der Schweiz ist hierzu nicht erforderlich (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2C_888/2011 vom 20. Juni 2012, E. 3.2). Demnach ist die Ablehnung des Gesuchs des Beschwerdeführers um nachträglichen Familiennachzug für D. und F. auch im Lichte von Art. 8 EMRK bzw. Art. 13 BV nicht zu beanstanden.

5. Zusammenfassend ist die Beschwerde abzuweisen. (...)
(RRB Nr. 754 vom 6. September 2016).

Sachregister

(Die Zahlenangaben beziehen sich auf die Entscheid-Nummern)

A

Abwesenheitsverfahren		A 5.5
Aktienrechtliche Verantwortlichkeit	A 2.5	A 2.6
Anzeigepflichten des Verwaltungsrates		A 2.5
Arbeitsrecht		
- Ladenöffnungszeiten		C 17.1
Arbeitsvergebung		
- Ausschluss aus dem Verfahren		B 11.6
- Ausschreibung, typenbezogene		B 11.5
- Ausschreibungsunterlagen		B 11.7
- Akteneinsicht in Kostenschätzung		B 1.4
- Begründung eines Vergabeentscheidendes		B 1.3
- Unternehmensvariante – Zulässigkeit	B 11.5	B 11.6
- Verfahrensabbruch		B 11.3
- Zuschlagskriterien		B 11.4
Arrest		A 6.2
Ausländerrecht		
- Familiennachzug		C 18.1
- FZA – deklaratorische Bedeutung der Aufenthaltbescheinigung		B 15.1
Ausstand, Generaldispens		A 5.1

B

Baueinsprache, privatrechtliche		A 3.2
Bäuerliches Bodenrecht		
- Beschwerdelegitimation		B 1.1
- Erwerb eines Grundstückes		B 10.2
Baurecht (siehe Planungs- und Baurecht)		
Bauverbot, Entschädigung		A 2.3
Behindertengleichstellung		C 8.1
Berufung, strafprozessuale		A 5.6
Beschwerdelegitimation		B 1.1

Bildung		
- Grundschulunterricht, Anspruch auf		C 8.1
- Sonderschulung		C 8.1

E

Einstellung	A 5.3	A 5.4
Eintreten, Präsidialbefugnisse		A 1.1
Einwilligung des Verletzten		A 4.1

F

Flurgenossenschaft		
- Generalversammlung		C 1.1
- Rechte an den gemeinschaftlichen Anlagen		C 1.1
- Rechtsweg		C 1.1

G

Gebühr		C 2.2
Gemeindeorganisation		
- Ausstand		C 1.1
- Gemeinderat, Ausstand		C 1.2
- Stimmrecht		C 1.1
Gewässerraum		
- Ausnahmbewilligung		B 8.3
Gewässerschutz	C 2.2	C 3.1
Gewinnanteilsrecht		A 2.4
Gleichbehandlung		C 2.3

I

Informationsfreiheit		C 10.1
----------------------	--	--------

J

Justizgesetz

- Präsidialbefugnisse A 1.1

K

Kindes- und Erwachsenenschutzrecht

- Anwaltskosten, Weiterverrechnung B 16.2
- Beistandspersonen, Auswahl B 16.3
- Berichterstattung B 16.4
- Erwachsenenschutz B 16.4
- Mandatsentschädigung B 16.2
- Rechnungsablage B 16.4
- Vertretungsbefugnis B 16.1
- Kompetenzstreitigkeit C 7.1
- Kosten- und Entschädigungsfolgen B 1.7

M

- Menschenhandel A 4.2 A 4.3

N

Natur- und Heimatschutz

- Moorlandschaftsschutz C 2.4
- Schutz von Moorbiotopen C 3.1

P

- Pachtvertrag A 2.2
- Parteirollenwechsel A 3.1
- Parteistellung B 1.5
- Planungs- und Baurecht
- Akzessorische Überprüfung von Gestaltungsplänen C 2.2
- Aufhebung einer Baubewilligung B 8.1
- Ausnahmbewilligung B 8.3 C 2.4

- Ausnützungsziffer (untergeschossiger Haus- eingang)		B 8.6
- Baubewilligungspflicht	C 2.3	C 2.4
- BLN		C 2.2
- Einordnung		C 2.3
- Erschliessungshilfe ausserhalb der Bauzone		B 8.2
- Gebäudehöhe		B 8.4
- Gestaltungsplan		C 2.2
- Gewässerraum		C 2.2
- Kaskadenmodell		C 10.1
- Natur- und Ortsbildschutz		C 10.1
- Nebenbaute		B 8.5
- Nutzungsplanung		C 10.1
- Privatrechtliche Baueinsprache, Verfahren		A 3.2
- Publikation und öffentliche Auflage		C 2.1
- Qualifikation eines Wintergartens		B 8.5
- Verfahren		C 1.2
- Wiederherstellung		C 2.3
- Wohnbaute in der Landwirtschaftszone		B 8.7
Prämienverbilligung – Bemessungsgrundlage		B 3.1
Prostitution		A 4.2

R

Raumplanung		
- Planungspflicht		C 3.1
- Richtplanung		C 3.1
Recht auf Familie		C 18.1
Rechtliches Gehör		
- Akteneinsicht		B 1.4
- Begründung eines Vergabeentscheides		B 1.3
- Rügeprinzip im Verwaltungsverfahren		B 1.2
- vor Abbruch eines Vergabeverfahrens		B 1.3
Rechtshilfeersuchen ans Ausland		A 5.7
Rechtsmissbrauch		C 18.1
Rechtsmittel		
- Anfechtbarkeit der Anklageerhebung bzw. Nichteinstellung		A 5.3
- Anfechtbarkeit eines Rechtshilfeersuchens ans Ausland		A 5.7
- Berufungsanmeldung, Anforderungen		A 5.6

- Rückweisung im zivilprozessualen Berufungsverfahren	A 2.1
Rechtsöffnung, provisorische	A 6.1
Rückweisungsentscheid – Anfechtbarkeit	B 1.6
Ruhetagsgesetzgebung	
- Ladenöffnungszeiten	C 17.1

S

Schuldbetreibungs- und Konkursrecht	
- Arrest	A 6.2
- Provisorische Rechtsöffnung	A 6.1
Sorgfaltspflichten des Verwaltungsrates	A 2.6
Sozialhilfe	
- Alimentenbevorschussung	C 7.2
- Wohnsitz eines Kindes	C 7.1
Staatshaftung	
- Schaden (Verzugszinsen)	B 14.1
Stimmrechtsbeschwerde	
- Feststellungsentscheid	B 7.1
Strafprozessrecht	
- Abwesenheitsverfahren	A 5.5
- Anfechtbarkeit einer Nichteinstellung	A 5.3
- Anfechtbarkeit eines Rechtshilfeersuchens ans Ausland	A 5.7
- Ausstand, Generaldispens für alle Staatsanwaltschaften des Kantons Schwyz	A 5.1
- Berufungsanmeldung, Anforderungen	A 5.6
- Einspracheverfahren, Strafbefehl	A 5.5
- Strafurteil, Umfang	A 5.4
- Untersuchungshaft, Wiederholungs- und Ausfühungsgefahr	A 5.2
Strafrecht	
- Einfache Körperverletzung	A 4.1
- Förderung der Prostitution	A 4.2
- Menschenhandel	A 4.3
- Strafzumessung bei groben Verkehrsregelverletzungen	A 4.4
Strafzumessung bei groben Verkehrsregelverletzungen	A 4.4
Submission (siehe Arbeitsvergebung)	

U

Umweltschutz			
- Gewässerschutz			C 2.2
- Lärmschutz			C 3.1
- Luftreinhaltung			C 3.1
- Planungswerte			C 2.2
- Umweltverträglichkeitsprüfung			C 3.1
Unfallversicherung			
- Reisekosten			B 3.2

V

Verwaltungsverfahren			
- Ausstand	C 1.1	C 1.2	C 7.2
- Begründungspflicht			C 2.2
- Rechtliches Gehör			C 7.2
- Rechtsmittelbefugnis			C 7.2
- Replikrecht			C 2.2
- Unentgeltliche Rechtsverbeiständung			C 7.2
- Verfahrenskosten			C 8.1
- Vollstreckung			C 2.3

W

Wirtschaftsfreiheit		C 2.3	C 10.1
---------------------	--	-------	--------

Z

Zivilprozessrecht			
- Beweismittelabnahme im Verfahren betreffend Kinderbelange			A 2.1
- Parteirollenwechsel			A 3.1
- Privatrechtliche Baueinsprache, Verfahren			A 3.2
Zivilrecht			
- Aktienrechtliche Verantwortlichkeit		A 2.5	A 2.6
- Bauverbot, Entschädigung			A 2.3
- Gewinnanteilsrecht			A 2.4

- Kündigung beim Tod des landwirtschaftlichen Pächters	A 2.2
- Pachtvertrag	A 2.2
- Vaterschaftsanerkennung	A 2.1
- Wohnsitz eines Kindes	C 7.1
Zuständigkeit	A 1.1

