

Rechtsprechung

kanton**schwyz** 

Entscheide 2017
der Gerichts- und
Verwaltungsbehörden

EGV-SZ 2017

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 2018

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

Inhaltsüberblick

A	Zivil- und Strafgerichte	Seite 9
1.	Justizgesetz	1.
2.	Zivilrecht	2.1 – 2.4
3.	Zivilprozessrecht	3.1 – 3.3
4.	Strafrecht	4.1 – 4.2
5.	Strafprozessrecht	5.1 – 5.5
6.	Schuldbetreibungs- und Konkursrecht	6.1 – 6.7
7.	Beurkundung und Beglaubigung	–
8.	Anwaltsrecht	–
9.	Verschiedenes	–

B	Verwaltungsgericht	Seite 74
1.	Verfahren	1.1 – 1.4
2.	Alters- und Hinterlassenenversicherung / Invalidenversicherung / Ergänzungsleistungen	2.1 – 2.3
3.	Arbeitslosenversicherung / Berufliche Vorsorge / Kranken- und Unfallversicherung	3.1 – 3.4
4.	Kantonales Steuergesetz / Direkte Bundessteuer	–
5.	Kausalabgaben	5.1 – 5.2
6.	Flurgenossenschaft / Wuhrkorporation	6.1 – 6.2
7.	Bezirke und Gemeinden / Politische Rechte	7.1 – 7.3
8.	Planungs- und Baurecht / Natur-, Landschafts- und Heimatschutz	8.1 – 8.8
9.	Enteignungsrecht	–
10.	Bildung / Gastgewerbe / Gesundheit / Jagd und Fischerei / Landwirtschaft	10.1
11.	Arbeitsvergebung (Submission)	11.1
12.	Strassenverkehrsrecht	12.1
13.	Sozialhilfe	13.1 – 13.2
14.	Staatshaftung	–
15.	Ausländerrecht	–
16.	ZGB und EG ZGB	16.1 – 16.2
17.	Vollstreckungsrecht / Vollzug von Strafen und Massnahmen	–
18.	Verschiedenes	18.1 – 18.2

C	Regierungsrat	Seite 179
1.	Gemeindewesen	1.1
2.	Baurecht	2.1 – 2.5
3.	Umweltschutz	3.1
4.	Abgaben	–
5.	Zivilrecht	–
6.	Öffentlichkeit der Verwaltung und Datenschutz	–
7.	Sozialwesen	–
8.	Bildung	8.1
9.	Strassenwesen	–
10.	Raumplanung	10.1
11.	Forst- und Jagdpolizei	–
12.	Landwirtschaft	–
13.	Wasserbau	–
14.	Arbeitsvergebung	–
15.	Gesundheitswesen	15.1
16.	Verwaltungsverfahren	16.1
17.	Verkehrs- und Polizeiwesen	17.1
18.	Ausländerrecht	–
19.	Verschiedenes	19.1

Sachregister

Seite 276

Die Entscheide der Gerichts- und Verwaltungsbehörden des Kantons Schwyz werden in diesem Band nach einem feststehenden Raster publiziert. Der Band als Gesamter ist auch auf der Homepage des Kantons Schwyz einsehbar (www.sz.ch, Entscheidsammlungen). Die steuerrechtlichen Entscheide des Verwaltungsgerichts werden weiterhin mehrheitlich in der „Steuerpraxis des Kantons Schwyz“, Zeitschrift für schwyzerisches und Bundessteuerrecht, veröffentlicht. Ausserdem werden alle Entscheide des Kantons- und des Verwaltungsgerichts (ab circa März 2017) online veröffentlicht (www.kgsz.ch/rechtsprechung bzw. www.vgsz.ch/rechtsprechung).

Inhaltsverzeichnis

A Zivil- und Strafgerichte

Seite 9

1. Justizgesetz

2. Zivilrecht

- 2.1 Persönlichkeitsschutz bei Nachstellungen (Stalking)
- 2.2 Vorsorgeunterhalt
- 2.3 Einsicht in das Grundbuch
- 2.4 Voraussetzungen der Kraftloserklärung („Squeeze-out“)

3. Zivilprozessrecht

- 3.1 Prozessvoraussetzungen, Vorliegen einer Zivilsache
- 3.2 Sicherheit für Parteientschädigung, summarisches Verfahren, Revision
- 3.3 Abschreibung im Schlichtungsverfahren

4. Strafrecht

- 4.1 Veruntreuung, qualifizierte Geldwäscherei
- 4.2 Sicherungspflichten beim Transport von Hunden

5. Strafprozessrecht

- 5.1 Verwertbarkeit von privaten Dashcam-Aufzeichnungen
- 5.2 Untersuchungshaft nach Suizidversuch
- 5.3 Richterliche Einstellungskompetenzen
- 5.4 Unentgeltliche Rechtspflege, Vertretungsbeistand
- 5.5 Vertretungsbeistand

6. Schuldbetreibungs- und Konkursrecht

- 6.1 Rechtsöffnungsverfahren, Frist zur Stellungnahme
- 6.2 Widerspruchsklage nach Art. 107 SchKG, Klagefrist
- 6.3 Definitive Rechtsöffnung, Nichtigkeit
- 6.4 Provisorische Rechtsöffnung, Darlehen
- 6.5 Provisorische Rechtsöffnung, ausländisches Recht
- 6.6 Konkursöffnung und Forderungstilgung
- 6.7 Arresteinsprache

1. Verfahren

- 1.1 Befangenheit
- 1.2 Beschwerdebefugnis
- 1.3 Beschwerdebefugnis
- 1.4 Zuständigkeit – Rechtsmittelinstanz

**2. Alters- und Hinterlassenenversicherung /
Invalidenversicherung / Ergänzungsleistungen**

- 2.1 Ergänzungsleistungen
- 2.2 Ergänzungsleistungen
- 2.3 Ergänzungsleistungen

**3. Arbeitslosenversicherung / Berufliche Vorsorge /
Kranken- und Unfallversicherung**

- 3.1 Arbeitslosenversicherung – selbstverschuldete Arbeitslosigkeit
- 3.2 Krankenversicherung – ausserkantonale Behandlung
- 3.3 Prämienverbilligung – Anmeldefrist nach Geburt
- 3.4 Prämienverbilligung – Gesamtanspruch

5. Kausalabgaben

- 5.1 Vorteilsabgabe
- 5.2 Kommunales Abwasserreglement

6. Flurgenossenschaft / Wuhrkorporation

- 6.1 Flurgenossenschaft – Befangenheit
- 6.2 Flurgenossenschaft – Beschwerdebefugnis

7. Bezirke und Gemeinden / Politische Rechte

- 7.1 Stimmrechtsbeschwerde
- 7.2 Initiativbegehren auf Durchführung einer Abstimmung
- 7.3 Planungsinitiative

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

- 8.1 Aufhebung eines Gestaltungsplanes
- 8.2 Bewilligungspflicht – Einordnung
- 8.3 Bewilligungspflicht
- 8.4 Baubewilligungspflicht von Parkplätzen
- 8.5 Lärmschutz

- 8.6 Zonenkonformität
- 8.7 Erschliessung
- 8.8 Behindertengerechtes Bauen

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

- 10.1 Kostenbeitrag der Gemeinde an die externe Sonderschulung

11. Arbeitsvergebung (Submission)

- 11.1 Anfechtung Ausschreibungsunterlagen

12. Strassenverkehrsrecht

- 12.1 Führerausweisentzug nach einer Überschreitung der Höchstgeschwindigkeit um 35 km/h auf Autobahn (schwere Widerhandlung nach Art. 16c Abs. 1 lit. a SVG)

13. Sozialhilfe

- 13.1 Sanktionen nach § 26a Sozialhilfegesetz (ShG)
- 13.2 Unterstützungswohnsitz

16. ZGB und EG ZGB

- 16.1 Kinderschutz (Art. 307 ZGB)
- 16.2 Anhörung eines Kindes (Art. 314a ZGB)

18. Verschiedenes

- 18.1 Opferhilfe
- 18.2 Entbindung von der beruflichen Schweigepflicht

1. Gemeinwesen

- 1.1 Statutenwidrige Einladung zur Generalversammlung einer Flurgenossenschaft

2. Baurecht

- 2.1 Baubewilligungspflicht und Baubewilligungsverfahren für Kleinbauten
- 2.2 Abstand zu einer Zonengrenze
- 2.3 Baubewilligung für einen Teich auf einer Dachterrasse
- 2.4 Bewilligung von Solaranlagen auf Dächern in Bau- und Landwirtschaftszonen im Meldeverfahren
- 2.5 Einordnung eines Hotelumbaus ins Ortsbild

3. Umweltschutz

- 3.1 Kostenverteilung für die Überwachung von belasteten Standorten

8. Bildung

- 8.1 Kostengutsprache des Schulträgers für das Schulgeld einer Talentschule bzw. -klasse

10. Raumplanung

- 10.1 Regelung des gemeinnützigen Wohnungsbaus im Baureglement

15. Gesundheitswesen

- 15.1 Disziplinarmassnahme gegen einen Arzt wegen Nichtleistung von Notfalldienst

16. Verwaltungsverfahren

- 16.1 Anfechtung einer Kostenvorschussverfügung

17. Verkehrs- und Polizeiwesen

- 17.1 Wildwarnanlage mit Geschwindigkeitsreduktion

19. Verschiedenes

- 19.1 Einzelhaltung eines Pferdes

A Zivil- und Strafgerichte¹

1. Justizgesetz

- Vgl. EGV-SZ 2017 A 5.3.

2. Zivilrecht

2.1 Persönlichkeitsschutz bei Nachstellungen (Stalking)

- *Massnahmen nach Art. 28b Abs. 1 ZGB haben den Grundsatz der Verhältnismässigkeit auch in zeitlicher Hinsicht zu wahren, unbefristete Anordnungen sind aber möglich (Erw. 3.i).*
- *Gegenstand eines Unterlassungsbegehrens kann nur das Verbot einer individualisierten Handlung sein. Die offene Formulierung in Art. 28b Abs. 1 Ziff. 3 ZGB lässt zu, dass auch Kontakte zu Drittpersonen erfasst werden, welche zum Umfeld der klagenden Person gehören (Erw. 3.j).*

Aus den Erwägungen:

3. Nach Art. 28b Abs. 1 ZGB kann die klagende Person zum Schutz gegen Gewalt, Drohungen oder Nachstellungen dem Gericht beantragen, der verletzenden Person insbesondere zu verbieten: sich ihr anzunähern oder sich in einem bestimmten Umkreis ihrer Wohnung aufzuhalten (Ziff. 1); sich an bestimmten Orten, namentlich bestimmten Strassen, Plätzen oder Quartieren, aufzuhalten (Ziff. 2); mit ihr Kontakt aufzunehmen, namentlich auf telefonischem, schriftlichem oder elektronischem Weg, oder sie in anderer Weise zu belästigen (Ziff. 3). Die Bestimmung basiert auf der im Jahre 2000 eingereichten parlamentarischen Initiative „Schutz vor Gewalt im Familienkreis und in der Partner-

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

A 2.1

schaft“ und ist seit dem 1. Juli 2007 in Kraft (AS 2007 137). Art. 28b ZGB ergänzt und konkretisiert den Persönlichkeitsschutz von Art. 28 ff. ZGB in Fällen, in denen die Persönlichkeit einer Person durch Gewalt, Drohungen oder Nachstellungen bedroht oder verletzt wird (BSK ZGB I-Meili, 5. A., N 1 und 3 zu Art. 28b ZGB). Vorliegend beruft sich die Klägerin auf die Tatbestandsvariante der Nachstellungen. Unter dem Begriff der Nachstellungen (engl. Stalking) ist das zwanghafte Verfolgen und Belästigen einer Person über einen längeren Zeitraum zu verstehen. Typische Verhaltensweisen sind gezieltes Ausspionieren, Auflauern in der Nähe des Wohnortes oder Arbeitsplatzes, Drang nach physischer Nähe, stetiges Verfolgen und Aufsuchen, Belästigen oder allenfalls Bedrohen. Für das Stalking charakteristisch sind die Wiederholungen und die Kombination der verschiedenen Verhaltensweisen (CHK-Aebi-Müller, 3. A., N 2 zu Art. 28b ZGB; Dörr, in: Bächler/Jakob [Hrsg.], KuKo ZGB, N 2 zu Art. 28b ZGB). Die Vorkommnisse rufen bei der betroffenen Person – objektiv betrachtet – starke Furcht hervor und müssen wiederholt auftreten (Bächler, in: OF-Kommentar ZGB, 3. A., N 2 zu Art. 28b ZGB; BSK ZGB I-Meili, 5. A., N 3 zu Art. 28b ZGB mit Hinweis auf BBI 2005 6884). (...).

i) Die Massnahmen nach Art. 28b Abs. 1 ZGB haben den Grundsatz der Verhältnismässigkeit zu wahren, da mit deren Anordnung in grundrechtlich geschützte Positionen der verletzenden Person – namentlich die Bewegungsfreiheit – eingegriffen wird. Auf berechnigte Interessen des Täters ist Rücksicht zu nehmen (BSK ZPO I-Meili, 5. A., N 6 zu Art. 28b ZGB; CHK-Aebi-Müller, 3. A., N 5 zu Art. 28b ZGB). Generell gilt, je schwerer die Verletzung wiegt, desto einschneidender darf der gerichtliche Eingriff in die Rechtsstellung der verletzenden Person sein. Bei der Beurteilung der Schwere der Verletzung ist bei sich wiederholenden Handlungen, insbesondere bei Nachstellungen, auf die Gesamtheit der Ereignisse abzustellen (Hausheer/Aebi-Müller, Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 4. A., Rz. 14.42i). (...).

cc) Der Beklagte ist der Ansicht, dass zeitlich unbefristete Schutzmassnahmen das Verhältnismässigkeitsgebot verletzen würden. Er macht dazu im Wesentlichen geltend, ihm werde damit die Möglichkeit zur Berufsausübung als Angestellter genommen, da es üblich sei, dass bei Bewerbungen nach laufenden Strafverfahren gefragt werde, zudem bestehe die Gefahr, dass die Klägerin ihn mit fingierten Beweisen bei den Strafverfolgungsbehörden verzeige. Der Verhältnismässigkeitsgrundsatz gilt zwar auch in zeitlicher Hinsicht. Unbefristete Massnahmen sind aber möglich, da Art. 28b ZGB keine zwingende zeitliche Begrenzung vor-

sieht. Die Gefahr, dass die Klägerin den Beklagten mit „fingierten“ Beweisen anzeigt, erscheint angesichts des Beweisergebnisses im vorliegenden Prozess, nämlich dass der Beklagte der Klägerin nachstellte, kaum reell; ausserdem würde sich die Klägerin strafbar machen (vgl. Art. 304 StGB; Irreführung der Rechtspflege). Weitere Gründe, welche für eine zeitliche Befristung sprechen, etwa dass er auf Kontakte mit der Klägerin angewiesen wäre oder zwingend dieselben Orte wie die Klägerin aufsuchen müsste, macht der Beklagte nicht geltend. Aus Sicht der Klägerin ist auch zu berücksichtigen, dass eine Befristung oftmals, insbesondere bei Nachstellungen, nicht sinnvoll ist, da ein allfälliges Verlängerungsbegehren zu einer erneuten Konfrontation zwischen Täter und Opfer führt, was möglichst zu vermeiden ist, damit die Motivation des Stalkers nicht erneut angeregt wird (vgl. BBI 2005 6885 f.; Fischbacher, Stalking im Blickfeld des revidierten Persönlichkeitsschutzes [Art. 28b E-ZGB], in: AJP 7/2006 S. 809). Das Interesse der Klägerin, dem Beklagten nie mehr begegnen zu müssen, überwiegt somit. (...).

j) Rechtsbegehren müssen so bestimmt sein, dass sie bei Gutheissung der Klage zum Dispositiv des Urteils erhoben und ohne weitere Verdeutlichung vollstreckt werden können. Ein bestimmtes Rechtsbegehren ist namentlich deshalb erforderlich, damit die Gegenpartei zur Wahrung ihres rechtlichen Gehörs weiss, gegen was sie sich zu verteidigen hat und das Gericht nach dem Dispositionsgrundsatz nicht mehr und nichts anderes zusprechen darf, als eingeklagt wurde (Leuenberger, in: Sutter-Somm et al., a.a.O., N 28 f. zu Art. 221 ZPO; Pahud, in: Brunner/Gasser/Schwander, Schweizerische Zivilprozessordnung Kommentar, 2. A., N 7 zu Art. 221 ZPO). Diese Grundsätze gelten auch im vereinfachten Verfahren (Hauck, in: Sutter-Somm et al., a.a.O., N 5 zu Art. 244 ZPO).

Die Regel der Bestimmtheit des Rechtsbegehrens kommt auch bei Unterlassungsklagen zum Tragen. Gegenstand eines Unterlassungsbegehrens kann nur das Verbot einer individualisierten, das heisst genau und bestimmt umschriebenen Handlung sein (Leuenberger, a.a.O., N 30 zu Art. 221 ZPO). Eine Unterlassungsklage kann somit nur in demjenigen Umfang geschützt werden, in welchem sie auf das Verbot eines genügend bestimmten Verhaltens gerichtet ist. Die Vollstreckung des verlangten Verbotes muss möglich sein, ohne dass der dafür zuständige Richter nochmals eine materielle Beurteilung des fraglichen Verhaltens vorzunehmen hat (BGer, Urteil 5A_658/2014 vom 6. Mai 2015 E. 3.3). Das Bundesgericht führt in zitierten Entscheid, welcher eine Unterlassungsklage nach Art. 28a Abs. 1 Ziff. 1 ZGB gegen verschiedene Medienunternehmen zum Gegenstand hatte, aber in der Grundaussage auf die

A 2.1

vorliegende Unterlassungsklage nach Art. 28b Abs. 1 ZGB übertragbar ist, sodann aus, es sei zu bedenken, dass Rechtsbegehren nach Treu und Glauben, insbesondere im Lichte der dazu gegebenen Begründung auszulegen seien. Auch sei die Unterlassungsklage ihrer Natur nach auf Verhaltensweisen gerichtet, die in der Zukunft liegen würden. Drehe sich der Streit um ein Verbot künftiger Medienmitteilungen, könne vom Kläger nicht verlangt werden, in seinem Begehren in allen Einzelheiten den Text vorherzusehen und auszuformulieren, mit dem das beklagte Medienunternehmen seine Persönlichkeit zu verletzen drohe und dessen Verbreitung der Richter verbieten solle. Der Kläger müsse das erwartete rechtswidrige Verhalten also nur der Gattung nach, das heisst in einer Weise umschreiben, die inhaltlich eine bestimmte Bandbreite an verbotenen Ausdrucksweisen und Formulierungen erfasst und trotzdem keinen Zweifel daran lasse, worin die befürchtete Persönlichkeitsverletzung bestehe (zit. Urteil 5A_658/2014 E. 3.3). (...).

bbb) (...). Wie bereits dargelegt, enthält Art. 28b Abs. 1 ZGB keine abschliessende Aufzählung der möglichen Verbote, was sich ohne Weiteres aus dem Wort „insbesondere“ ergibt. Alle Verbote haben jedoch den Grundsatz der Verhältnismässigkeit zu beachten. In der Literatur und bisherigen Praxis ist nicht auszumachen, welcher Art weitere Verbote nach Art. 28b ZGB sein könnten. Nebst dem offenen Wortlaut („insbesondere“), welcher wie gesagt weitere Verbotsarten ermöglicht, ist in systematischer Hinsicht zu beachten, dass Kontakt- und Rayonverbote, welche hier zur Diskussion stehen, nicht nur in Art. 28b ZGB vorgesehen sind, sondern seit dem 1. Januar 2015 auch im StGB (Art. 67b) sowie seit dem 1. Januar 2011 in Art. 237 Abs. 2 lit. c und lit. g StPO (Ersatzmassnahmen an Stelle von Untersuchungs- oder Sicherheitshaft). Die Verbotsarten von Art. 67b Abs. 2 StGB sind abschliessend aufgezählt und umfassen: (lit. a) die Kontaktaufnahme „mit einer oder mehreren bestimmten Personen oder mit Personen einer bestimmten Gruppe direkt oder über Drittpersonen“; lit. b: das Verbot, „sich einer bestimmten Person zu nähern oder sich in einem bestimmten Umkreis ihrer Wohnung aufzuhalten“, sowie lit. c: das Verbot, „sich an bestimmten Orten, namentlich bestimmten Strassen, Plätzen oder Quartieren, aufzuhalten“. Immer richten sich die Verbote also gegen „bestimmte Personen oder Personengruppen“. Weiterführend erscheint insbesondere die Möglichkeit, die Kontaktaufnahme zu bestimmten Personengruppen verbieten zu können. Die Botschaft zur Volksinitiative „Pädophile sollen nicht mehr mit Kindern arbeiten dürfen“ sowie zum Bundesgesetz über das Tätigkeitsverbot und das Kontakt- und Rayonverbot vom 10. Oktober 2012, BBl 2012, 8819 ff., 8853, hält dazu u.a. fest: „Es kann nicht

darum gehen, jemandem jeden Kontakt zu Kindern oder zu anderen Personengruppen zu untersagen. Dadurch würde ein normales Leben in unserer Gesellschaft verunmöglicht. Zudem könnte ein solches Verbot nicht kontrolliert und durchgesetzt werden“. Mit dem Kontakt- und Rayonverbot in Art. 67b StGB sollten namentlich häusliche Gewalt und zwanghafte Belästigung verhindert werden (Botschaft, a.a.O., 8821). Die Botschaft weist darauf hin, dass analoge Massnahmen gestützt auf Art. 28b ZGB angeordnet werden könnten, bevor überhaupt eine Straftat begangen worden sei (Botschaft, a.a.O., 8863). Weiter hält sie dort fest: „Mit der Umschreibung ‚eine oder mehrere bestimmte Personen‘ sind Personen gemeint, die namentlich genannt werden können. Mit ‚Personen einer bestimmten Gruppe‘ werden Personen erfasst, die nicht unbedingt namentlich bekannt sind, aber eine gemeinsame Eigenschaft aufweisen, wie z. B. minderjährige Lehrlinge, weibliche Jugendliche, Personen mit einer psychischen Störung“. Die Befristung auf fünf Jahre gilt auch für solche Verbote (Art. 67b Abs. 1 StGB; Botschaft, a.a.O., 8864).

Auch die in Art. 28b Abs. 1 ZGB erwähnten Verbote richten sich gegen eine bestimmte Person (Ziff. 1: „sich ihr anzunähern“, Ziff. 3: „mit ihr Kontakt aufzunehmen“) oder betreffen konkrete Orte (Ziff. 2: „sich an bestimmten Orten“). Auch wenn die Liste von Art. 28b Abs.1 ZGB nicht abschliessend ist, ergibt sich insbesondere aus einer systematischen Auslegung, dass auch andere Formen von Verboten relativ konkret formuliert sein müssen, sie also nicht die Bestimmtheit der Liste aufweichen, sondern andere Verbotsformen betreffen müssen, Ausnahmen vorbehalten. Wie der Bericht der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates zur Parlamentarischen Initiative „Schutz vor Gewalt im Familienkreis und in der Partnerschaft“ auf S. 6886 erwartete, werde das Gericht in der Regel die verbindliche Verhaltensanweisung unter Androhung der Bestrafung nach Art. 292 StGB anordnen, was ja auch vorliegend der Fall ist. Wie der erwähnte Bericht weiter erklärt, verlange das Legalitätsprinzip dabei, dass das dem Adressaten der Anordnung auferlegte Verhalten hinreichend klar umschrieben sei, so dass die verletzende Person sich tatsächlich danach richten könne (a.a.O., S. 6886). Andererseits schliessen das Bestimmtheitsgebot und gerade auch das strafrechtliche Legalitätsprinzip (vgl. den erwähnten Bericht, a.a.O., S. 6886) nicht aus, dass Personen einer bestimmten Gruppe erfasst werden, wie das in Art. 67b Abs. 2 lit. a StGB vorgesehene Kontakt- und Rayonverbot zeigt. Sodann lässt die offene Formulierung in Art. 28b Abs. 1 Ziff. 3 ZGB „oder sie in anderer Weise zu belästigen“ zu, dass auch Kontakte zu Drittpersonen erfasst werden, welche zum Umfeld der klagenden Person gehören (vgl. hierzu § 3 Abs. 2 lit. c des Gewaltschutzgesetzes des Kantons Zürich vom 19. Juni 2006 [GSG; LS 351]: „[...] verbieten, mit den

A 2.1

gefährdeten und diesen nahe stehenden Personen in irgendeiner Form Kontakt aufzunehmen.“). (...)

iii) Umstritten ist der Kreis „Alle Personen, welche mit der Klägerin als Team oder als Partner/in an einer Sportveranstaltung teilgenommen haben oder teilnehmen werden“. Zwar lassen sich die erfassten Personen aufgrund des Merkmals „mit der Klägerin als Team oder Partner/in an einer Sportveranstaltung teilgenommen“ einschränken. Allerdings führt es zu weit, wenn sämtliche Personen, mit denen die Klägerin im Team oder als Partner/in an einer Sportveranstaltung je teilnahm und noch teilnehmen wird, vom Verbot erfasst werden. Der Wortlaut des Verbots schliesst nämlich nicht aus, dass beispielsweise auch Personen betroffen sind, mit denen die Klägerin im Rahmen eines Schulsporttages ein Team bildete. Das Beispiel verdeutlicht, dass damit jegliche Veranstaltungen gemeint wären, auch wenn sie zeitlich lange zurückliegen. Dies macht es dem Beklagten allerdings praktisch unmöglich, die vom Verbot erfassten Personen zu bestimmen. Zudem kann der Beklagte zum heutigen Zeitpunkt nicht wissen, wer mit der Klägerin in Zukunft an welchen Sportveranstaltungen teilnehmen wird. Es hätte sich hier zumindest eine Einschränkung auf klar bestimmbare Veranstaltungen aufgedrängt. Der Personenkreis betreffend Sportveranstaltungen ist in dieser Form jedenfalls zu weit gefasst mit der Folge, dass das Verbot aufzuheben ist.

jjj) Der Beklagte verwehrt sich schliesslich gegen das Kontaktverbot hinsichtlich „Alle(r) Personen, deren Angaben sich auf der Daten-CD über die Auswertung der Handys/I-Phones der Klägerin im Verfahren der Staatsanwaltschaft (...) mit der Bezeichnung (...) befinden“. Auch dieses Verbot hat wiederum eine Personengruppe zum Gegenstand. Allerdings ergibt sich die Gruppenzugehörigkeit einzig über das Merkmal des „sich auf der Daten-CD über die Auswertung der Handys/I-Phones der Klägerin im Verfahren der Staatsanwaltschaft (...) mit der Bezeichnung (...) (B)efinden(s)“. Es handelt sich dabei aber nicht um eine mit den jeweiligen Personen verbundene Eigenschaft, wie dies beispielsweise bei den Angestellten der (...) Gruppe oder der Familie der Fall ist. Die Zivilkammer erachtet das gemeinsame Merkmal des „sich auf der Daten-CD Befindens“ insgesamt als zu wenig abgrenzend, weil eine Konkretisierung des betroffenen Personenkreises nicht durch persönliche Eigenschaften erfolgt. Auch der von der Klägerin verwendete Begriff des „privaten Umfelds“ erscheint mit Blick auf die Durchsetzbarkeit als zu offen. Angesichts dessen, dass die fragliche Personengruppe auch für das Gericht nicht näher bestimmbar ist, kann weder geprüft werden, ob und in welchem Umfang ein Verbot erforderlich und notwendig ist noch ist es mög-

lich, eine Interessenabwägung vorzunehmen. Dabei wäre es der Klägerin durchaus zumutbar gewesen, von den sich auf der CD befindlichen Kontakten diejenigen auszuwählen, welche ihr schützenswert erscheinen und diese Personen namentlich zu benennen, da sie naturgemäss ihr privates Umfeld am besten kennt. Sodann ist zumindest fraglich, ob die mit der Strafanordnung nach Art. 292 StGB zu verbindende Tathandlung hinreichend bestimmt ist. Gemeint dürfte wohl sein, dass der Beklagte die sich nach wie vor in seinem Besitz befindlichen Daten nicht nach ihm „interessant“ erscheinenden Kontakten durchsuchen darf und die betreffenden Personen anschliessend kontaktiert. Mithin hätte es sich wohl aufgedrängt, das Verbot so zu formulieren, dass auch das Durchsuchen der Daten explizit untersagt ist. Die Frage kann indessen offen bleiben, da das Verbot hinsichtlich der Daten-CD ohnehin aufzuheben ist.

(Urteil vom 2. Mai 2017, ZK1 2015 9; eine Beschwerde in Zivilsachen des Beklagten wurde mit BGer 5A_429/2017 vom 13. April 2018 abgewiesen, soweit darauf einzutreten war).

2.2 Vorsorgeunterhalt

- *Auch wenn die während des Scheidungsverfahrens geäußerte Austrittsleistung nicht hälftig geteilt wird, kann nicht bereits im vorsorglichen Massnahmeverfahren ein Vorsorgeunterhalt gesprochen werden (E. 4.b/cc).*

Aus den Erwägungen:

4. (...).

b) Die Gesuchstellerin bringt vor, ihr werde eine Vorsorgelücke entstehen, wenn während der Dauer des Scheidungsverfahrens, welches vorliegend nun bereits seit vier Jahren rechtshängig sei, wegen Anwendung von Art. 122 nZGB bei der Berechnung der Unterhaltsbeiträge kein Betrag für die Äufnung einer angemessenen Altersvorsorge berücksichtigt werden könne. Die gesetzliche Neuregelung, wonach nur noch das bis zum Zeitpunkt der Einleitung des Scheidungsverfahrens erworbene Vorsorgeguthaben hälftig geteilt werde, sei klar und lasse keine Interpretationen zu. Daher müsse neu bereits während der Dauer des Scheidungsverfahrens bzw. während des vorsorglichen Massnahmeverfahrens in der Unterhaltsberechnung ein angemessener Betrag für den Aufbau einer Altersvorsorge einbezogen werden, da die angemessene Äufnung einer

A 2.2

Altersvorsorge auch zum gebührenden Unterhalt gehöre. Jedenfalls ab 1. Januar 2017 sei ein angemessener Vorsorgeunterhaltsbeitrag ohnehin zwingend geschuldet, da Einigkeit darüber bestehe, dass das seit dem erwähnten Zeitpunkt angespart werdende Vorsorgeguthaben nicht zu teilen sei.

Der Gesuchsgegner wendet ein, die Gesetzesänderung werde gemäss heutigem Wissensstand erhebliche Unsicherheiten bei der Praxis mit sich bringen. Ein Beitrag zum Aufbau der angemessenen Altersvorsorge sei Teil des nahehelichen bzw. nicht des laufenden Unterhalts während des Scheidungsverfahrens. Es bestehe kein Vorsorgedefizit. Die künftige, gebührende Altersvorsorge der Gesuchstellerin bemesse sich nicht an der Altersvorsorge des Gesuchsgegners. Massgebend sei vielmehr, ob die Gesuchstellerin mit der geteilten Altersvorsorge der 1. und 2. Säule, ihrem Vermögen aus dem Güterrecht und allfälligen Unterhaltsbeiträgen ihren reduzierten Bedarf im Alter werde finanzieren können, wobei auch ein entsprechender Vermögensverzehr zu berücksichtigen sei. (...).

cc) Der Gesuchsgegner weist darauf hin, dass ein zusätzlicher Beitrag für den Vorsorgeunterhalt einer zweckgebundenen Sparquote gleichkäme, die nicht zum laufenden Unterhalt gehöre und im vorsorglichen Massnahmeverfahren nicht zugewiesen werden dürfe. Die Gesuchstellerin äussert sich nicht dazu. Das Kantonsgericht teilt die Auffassung des Gesuchsgegners, da es im Stadium des Eheschutzverfahrens ausschliesslich um Verbrauchsunterhalt geht (BGer, Urteil 5A_565/2015 vom 24. November 2015, E. 4.1), was auch für das vorsorgliche Massnahmeverfahren gelten muss. Daher kann die Gesuchstellerin für die Zeit ab Rechtshängigkeit des Scheidungsverfahrens bzw. ab 1. Januar 2017 (vgl. E. 4b/bb vorne) bis zur Auflösung der Ehe (vgl. BGer, Urteil 5A_725/2012 vom 18. Februar 2013, E. 4.3) nicht mehr an den Beiträgen der beruflichen Vorsorge des Gesuchsgegners partizipieren. Gleichwohl droht der Gesuchstellerin bezüglich der Altersvorsorge keine Beitragslücke. Denn der Scheidungsrichter wird im Rahmen des Scheidungsverfahrens dafür sorgen können, dass die Gesuchstellerin eine angemessene Altersvorsorge im Rahmen der dritten Säule wird aufbauen können, da vorliegend sehr günstige Einkommensverhältnisse bestehen (vgl. Schwenzer, in: Schwenzer, FamKommentar, Scheidung, Band I, ZGB, 2011, N 10 zu Art. 125 ZGB). Dabei wird er berücksichtigen können, dass die Gesuchstellerin für die Zeit ab Rechtshängigkeit des Scheidungsverfahrens bzw. ab 1. Januar 2017 bis zur Auflösung der Ehe nicht mehr an den Beiträgen der beruflichen Vorsorge des Gesuchsgegners partizipiert. Ist es einem Ehegatten nämlich nicht zuzumuten, dass er für den ihm gebührenden Unterhalt unter Einschluss einer angemess-

senen Altersvorsorge selbst aufkommt, so hat ihm der andere einen angemessenen Beitrag zu leisten (Art. 125 Abs. 1 ZGB). Der gebührende Unterhalt knüpft an die Lebensverhältnisse der Parteien an; bei lebensprägenden Ehen an den in der Ehe zuletzt gemeinsam gelebten Standard, zuzüglich scheidungsbedingter Mehrkosten, auf dessen Fortführung bei genügenden Mitteln beide Teile Anspruch haben, der aber gleichzeitig auch die Obergrenze des gebührenden Unterhalts bildet. Der Bemessung der Altersvorsorge ist daher die für die Ehegatten massgebliche Lebenshaltung zugrunde zu legen (BGE 125 III 158 E. 4.3 S. 160; Gloor/Spycher, in: Honsell/Vogt/Geiser, Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, 2014, N 4 und 22 zu Art. 125 ZGB). Zudem kann das Gericht dem berechtigten Ehegatten mehr als die Hälfte der Austrittsleistung zusprechen, wenn er nach der Scheidung gemeinsame Kinder betreut und der verpflichtete Ehegatte weiterhin über eine angemessene Alters- und Invalidenvorsorge verfügt (Art. 124b Abs. 3 ZGB). Die jüngere Tochter F. wird erst am 29. März 2021 18 Jahre alt. Ausserdem ist der Vorsorgeunterhalt insbesondere erst nach güterrechtlicher Auseinandersetzung zu berechnen (Schwenzer, a.a.O., N 9a zu Art. 125 ZGB). Ebenfalls ist dem Umstand Rechnung zu tragen, dass die Gesuchstellerin das Vorbringen des Gesuchsgegners nicht bestreitet, wonach sie im Scheidungsverfahren an der Hauptverhandlung lebenslange Unterhaltsbeiträge beantragt habe. Lebenslange Unterhaltsbeiträge haben aber dort keine Berechtigung, wo Austrittsleistungen zu teilen sind und diese auch geteilt werden können (BGER, Urteil 5C.31/2007 vom 3. Mai 2007, E. 4.2). Der Verzicht auf eine Teilung der Austrittsleistungen kann im Interesse des anspruchsberechtigten Ehegatten liegen, um mit den lebenslangen Unterhaltsbeiträgen sicherzustellen, dass der leistungspflichtige Ehegatte die geschuldete Unterhaltsrente auch nach Erreichen des Pensionierungsalters wird erbringen können (Walser, in: Honsell/Vogt/Geiser, a.a.O., N 7 zu Art. 123 ZGB). Insoweit wird der Spielraum des Scheidungsrichters noch grösser, um der Gesuchstellerin den Aufbau einer angemessenen Altersvorsorge zu ermöglichen. (...).

(Beschluss vom 30. März 2017, ZK2 2015 78).

2.3 Einsicht in das Grundbuch

- *Der Anspruch auf Einsicht in das Grundbuch setzt das Glaubhaftmachen eines entsprechenden Interesses voraus. Ohne ein solches Interesse besteht lediglich ein Anspruch auf Auskunft (Erw. 2).*
- *Reine Neugier genügt nicht als Interessensnachweis (Erw. 2.c).*

A 2.3

Aus den Erwägungen:

2. Wer ein Interesse glaubhaft macht, hat gemäss Art. 970 Abs. 1 ZGB Anspruch darauf, dass ihm Einsicht in das Grundbuch gewährt oder dass ihm daraus ein Auszug erstellt wird. Ohne ein solches Interesse ist jede Person berechtigt, Auskunft über die Daten gemäss Art. 970 Abs. 2 Ziff. 1-3 ZGB zu erhalten. Das Gesetz unterscheidet somit zwischen der Auskunftserteilung und der Einsichtnahme. Während die Auskunftserteilung jeder Person, die von bestimmten Grundbuchdaten Kenntnis erhalten will, voraussetzungslos zusteht, muss der Gesuchsteller für das Recht auf Einsichtnahme ein entsprechendes Interesse glaubhaft machen (Schmid, in: Honsell/Vogt/Geiser [Hrsg.], Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch, Bd. II, 5. A., 2015, N 4a zu Art. 970 ZGB). Das glaubhaft gemachte Einsichtsrecht erstreckt sich auf alle Bestandteile des Grundbuchs (Hauptbuch, Pläne, soweit vorhanden Liegenschaftsverzeichnisse, Belege, Grundstücksbeschreibungen und Tagebuch), sofern das Interesse reicht (Schmid, a.a.O., N 10 zu Art. 970 ZGB). Der Gesuchsteller kann ein rechtliches oder ein tatsächliches (z.B. wirtschaftliches, wissenschaftliches oder familiäres) Interesse an der Einsichtnahme geltend machen (Arnet, in: Bächler/Jakob [Hrsg.], Kurzkommentar ZGB, 2012, N 2 zu Art. 970 ZGB; Zobl, Grundbuchrecht, 2. A., 2004, N 550 ff.). Ein rechtlich schützenswertes Interesse liegt vor, wenn ein innerer, funktioneller Zusammenhang besteht. Ein solcher ist gegeben, wenn der am Grundstück dinglich oder realobligatorisch Berechtigte aufgrund seiner Rechtsstellung Einsicht in den seinem Recht zugrundeliegenden Eintrag und in die seinem Recht im Range der dinglichen Sicherheit vorgehenden Einträge nimmt (Schmid, a.a.O., N 10 zu Art. 970 ZGB; Rey, ZBGR 1984, S. 80). Macht der Gesuchsteller ein tatsächliches Interesse geltend, muss er eine qualifizierte Bezugsnähe zu demjenigen Teil des Grundbuchs aufweisen, in den er Einsicht nehmen möchte. Diese liegt vor, wenn dem an der Einsichtnahme Interessierten ein persönlicher, aktueller und konkreter Vorteil erwächst, den er ohne die Konsultation des Grundbuchs nicht erlangen könnte (Schmid, a.a.O., N 15 zu Art. 970 ZGB; Rey, a.a.O., S. 80 f.).

a) Der Gesuchsteller bringt im Wesentlichen wie schon vor dem Grundbuchamt Goldau vor, er sei der letzte Verwaltungsrat der B. AG gewesen, bevor diese gelöscht worden sei. Aufgrund dieser Funktion habe er ein Einsichtsrecht. Aufgrund der damals geleisteten Anzahlung von Fr. 50'000.00 bestehe ein sehr grosses Interesse daran, diese Vorgänge nachvollziehen zu können. Sodann sei er Mieter der entsprechen-

den Liegenschaft gewesen und habe ungefähr zwei Jahre zusammen mit seiner Familie dort gewohnt. Des Weiteren sei er auch Aktionär der B. AG gewesen. Es handle sich bei dem Kaufrechtsvertrag somit um ein „urei- genes Geschäft“, das ungefähr in den Jahren 1998 oder 1999 abge- schlossen worden sei, weshalb er ein Interesse an der Einsicht habe.

b) Der Gesuchsteller verlangt Einsicht in einen Kaufrechtsvertrag, wel- cher seinen Angaben zufolge zwischen der B. AG und dem damaligen Grundeigentümer geschlossen worden sei. Somit ist der Gesuchsteller nicht selber Vertragspartei. Dass er vor der Löschung der letzte Verwal- tungsrat der B. AG war, ändert daran nichts, weshalb es sich entgegen der Ansicht des Gesuchstellers nicht um ein eigenes Rechtsgeschäft handelt.

c) Allein aus der vom Gesuchsteller behaupteten Tatsache, er sei da- mals (vor ca. 20 Jahren) zwei Jahre lang Mieter der Liegenschaft gewe- sen und habe mit seiner Familie dort gewohnt, lässt sich weder ein rechtliches noch ein tatsächliches Interesse an der Einsicht in den Kauf- rechtsvertrag ableiten. Der Gesuchsteller bringt nicht vor, dass das Ein- sichtsrecht aufgrund einer bestehenden Rechtsstellung gegeben ist, mithin macht er keinen inneren, funktionellen Zusammenhang geltend. Sodann legt er auch nicht dar, zu welchem Zweck bzw. aus welchen Gründen er Einsicht in den Kaufrechtsvertrag verlangt. Auch wenn er ausführt, es habe damals eine Anzahlung von Fr. 50'000.-- gegeben, erklärt dies nicht, inwiefern er daraus einen persönlichen Nutzen oder Vorteil ableiten will bzw. wozu er diese Vorgänge heute, d.h. nach ca. 20 Jahren, nochmals überprüfen muss. Soweit er vorbringt, er wolle diese Vorgänge nachvollziehen, ist darauf hinzuweisen, dass beispielsweise reine Neugier als Interessensnachweis nicht genügt (vgl. Schmid, a.a.O., N 19 zu Art. 970 ZGB m.w.H.). Somit macht er weder ein rechtliches noch ein tatsächliches, insbesondere kein wirtschaftliches, wissenschaft- liches oder familiäres Interesse geltend. Es ist deshalb kein persönlicher, aktueller und konkreter Vorteil zu erkennen, den er ohne die Konsultation des Kaufrechtsvertrags nicht erlangen könnte. Mit anderen Worten lässt sich den Ausführungen des Gesuchstellers nicht entnehmen, welchen Vorteil er aus der Einsicht in den Kaufrechtsvertrag hätte. Aus diesem Grund fehlt es an der Glaubhaftmachung eines Interesses. Weil der An- spruch auf Einsicht in die Belege des Grundbuches nur besteht, wenn ein entsprechendes Interesse glaubhaft gemacht wird, ist das Gesuch um Einsicht in den Kaufrechtsvertrag abzuweisen. Die Verfügung des Grund- buchamts ist somit nicht zu beanstanden.

A 2.4

(Beschluss vom 23. August 2017, ZK2 2017 44; auf eine Beschwerde in Zivilsachen wurde mit BGer 5A_747/2017 vom 14. Februar 2018 nicht eingetreten).

2.4 Voraussetzungen der Kraftloserklärung („Squeeze-out“)

- *Bezüglich der Klage auf Kraftloserklärung nach Art. 137 FinfraG ist unklar, auf welchen Stichtag für die Bestimmung des Schwellenwertes abzustellen ist; das Kantonsgericht Schwyz hält grundsätzlich den Zeitpunkt der Urteilsfällung für massgeblich (Erw. 2 und 5).*

Aus den Erwägungen:

2.a) Laut Art. 137 Abs. 1 Satz 1 FinfraG kann ein Anbieter, verfügt er nach Ablauf der Angebotsfrist über mehr als 98 % der Stimmrechte der Zielgesellschaft, binnen einer Frist von drei Monaten vom Gericht verlangen, die restlichen Beteiligungspapiere für kraftlos zu erklären (sog. Squeeze-out). Die restlichen Aktionärinnen und Aktionäre können dem Verfahren beitreten (Art. 137 Abs. 1 Satz 3 FinfraG).

b) Die Kraftloserklärung nach Art. 137 FinfraG setzt i.V.m. Art. 125 Abs. 1 lit. a FinfraG erstens voraus, dass die Zielgesellschaft Sitz in der Schweiz hat, zweitens die Aktien dieser Zielgesellschaft zumindest teilweise an einer Börse in der Schweiz kotiert sind, drittens ein öffentliches Kaufangebot stattfand, viertens der Anbieter im Nachgang zu diesem Kaufangebot über mehr als 98 % der Stimmrechte an der Zielgesellschaft verfügt und dass fünftens die Frist von drei Monaten zur Klageeinreichung gewahrt wurde (vgl. Handelsgericht Zürich, Urteil vom 13. Oktober 2016, E. 3.4).

5. Zum Zeitpunkt der Klageeinleitung (3. März 2017) hielt die Klägerin 97.29 % des Aktienkapitals der Beklagten. Damit erreichte sie bei Klageeinleitung die in Art. 137 Abs. 1 Satz 1 FinfraG vorgesehene 98 %-Schwelle auch nach eigenen Angaben offensichtlich nicht. Die Schwelle überschritt sie erst mit Zukäufen von Aktien zwischen dem 4. März und 3. April 2017 (98,02 %). (...).

Umstritten ist in der Lehre und Praxis, auf welchen Zeitpunkt für die Bestimmung des Schwellenwertes abzustellen ist (SK FinfraG-Nikitine/Schulthess, Art. 137 N 26). Die Lehre hält verschiedene Stichtage für möglich, im Wesentlichen jedoch entweder den Zeitpunkt der

Klageeinleitung oder den Urteilszeitpunkt (vgl. die weitergehende Darlegung bei SK FinfraG-Nikitine/Schulthess, Art. 137 N 27, m.N.; vgl. auch Fabienne Frehner/Dieter Dubs, Kraftloserklärung nach Art. 33 BEHG: Massgeblicher Zeitpunkt für das Überschreiten des Schwellenwerts von 98 %, Besprechung des Urteils Z2 2011 38 des Obergerichts des Kantons Zug vom 9. November 2011, GesKR 1/2012, 137 ff., und OFK BEHG-Weber, Art. 33 N 5). Das Handelsgericht des Kantons Zürich erachtet offenbar den Zeitpunkt der Klageeinleitung als entscheidend (Handelsgericht Zürich, Urteil vom 13. Oktober 2016, E. 3.5.3.), das Obergericht des Kantons Zug den Urteilszeitpunkt (Obergericht Zug, Urteil vom 9. November 2011, E. 2.1, noch zur vorgängigen Bestimmung [Art. 33 BEHG]).

Gemäss dem Gesetzeswortlaut ist die Schwelle „nach Ablauf der Angebotsfrist“ zu erreichen (Art. 137 Abs. 1 Satz 1 FinfraG; vgl. SK FinfraG-Nikitine/Schulthess, Art. 137 N 26). Die grammatikalische Auslegung eröffnet also beide Interpretationsmöglichkeiten. Jedoch sind nach Art. 120 lit. b FinfraV zur Feststellung, ob der Grenzwert von 98 % gemäss Art. 137 Abs. 1 FinfraG überschritten ist oder nicht, neben den direkt gehaltenen Aktien auch die Aktien zu berücksichtigen, die der Anbieter im Zeitpunkt des Gesuchs um Kraftloserklärung indirekt oder in gemeinsamer Absprache mit Dritten hält. In Bezug auf diese Aktien wäre der Wortlaut also schlüssig.

Die zivilprozessualen Regeln wiederum sprechen für das Abstellen auf den Urteilszeitpunkt, ermöglichen die Art. 229 Abs. 1 und Abs. 2 ZPO doch, grundsätzlich bis zur Hauptverhandlung neue Tatsachen und Beweismittel unbeschränkt vorzubringen (vgl. SK FinfraG-Nikitine/Schulthess, Art. 137 N 28, m.N.).

Schliesslich ist zu beachten, was es konkret bedeuten würde, vorliegend nicht auf den Urteilszeitpunkt, sondern den Zeitpunkt der Klageeinleitung abzustellen: nämlich die Klägerin zu zwingen, nochmals ein öffentliches Angebot zu unterbreiten, obwohl sie die 98 %-Hürde schon bei Unterbreitung dieses zweiten Angebots nachweislich überschritten hätte (vgl. SK FinfraG-Nikitine/Schulthess, Art. 137 N 29). Solche Leerläufe gilt es ganz grundsätzlich und insbesondere mit Blick auf die damit verbundenen hohen Transaktionskosten (Frehner/Dubs, a.a.O., 139) zu vermeiden.

Gegen diese Lösung sprächen nur Hinweise auf einen Missbrauch dergestalt, auf eine möglichst lange nach Ablauf der Geltungsdauer der Best Price Rule stattfindende Hauptverhandlung zu spekulieren, um ohne Preiseinschränkungen Aktien zukaufen zu können (vgl. SK FinfraG-Nikitine/Schulthess, Art. 137 N 30, m.N.). Solche Hinweise sind vorliegend nicht auszumachen, erklärte die Klägerin doch explizit, die nach Klage-

A 3.1

einleitung erworbenen Inhaberaktien unter Einhaltung der Best Price Rule gekauft zu haben. Zudem verzichteten die Parteien ohne Verzug auf die Durchführung eines zweiten Schriftenwechsels resp. einer Hauptverhandlung, was ebenso einen Missbrauch ausschliessen lässt (vgl. Frehner/Dubs, a.a.O., 140).

Insgesamt sprechen die besseren Argumente dafür, auf den Zeitpunkt der Urteilsfällung statt auf denjenigen der Klageeinleitung oder auf einen anderen Zeitpunkt abzustellen, (...). Diese Lösung kann zwar in Bezug auf Art. 120 lit. b FinfraV zu einer Auslegung gegen den Wortlaut der Bestimmung führen, eine Differenzierung zwischen direkt und indirekt gehaltenen Aktien erscheint aber aus teleologischer Warte nicht gerechtfertigt. Rechtsvergleichend bleibt zudem festzustellen, dass der in der Schweiz geltende Schwellenwert von 98 % hoch ist, wie auch die Lehre kritisch bemerkt und deshalb fordert, den Wert in Übereinstimmung mit dem EU-Recht auf 90 % zu senken (BSK BEHG-Rampini/Reiter, Art. 33 N 4, m.N.; vgl. Art. 15 Abs. 2 RL 2004/25/EG, L 142/12). Auch deshalb erscheint es angezeigt, die geltende hohe Hürde nicht restriktiv auszulegen.

(Urteil vom 22. August 2017, ZK1 2017 17 = CAN 1-18 Nr. 4 mit Bemerkungen).

3. Zivilprozessrecht

3.1 Prozessvoraussetzungen, Vorliegen einer Zivilsache

- *Das Vorliegen einer Zivilsache ist eine von Amtes wegen zu prüfende Prozessvoraussetzung (Erw. 2.a).*
- *Streitigkeiten um Vergütung der Kosten für Ambulanztransporte zwischen dem Erbringer der Rettungsdienstleistung und dem Patienten sind privatrechtlicher Natur, unabhängig davon, ob der Leistungserbringer öffentlich-rechtlich oder privatrechtlich organisiert ist (Erw. 2.d und e).*

Aus den Erwägungen:

2.a) Das Vorliegen einer Zivilsache gehört im Bereich der streitigen Zivilgerichtsbarkeit im Sinne von Art. 1 lit. a ZPO zu den Prozessvoraussetzungen (Art. 59 ZPO). Die Prüfung der Zulässigkeit des Rechtsweges

hat deshalb von Amtes wegen zu erfolgen (Art. 60 ZPO). Ob eine Zivilsache vorliegt, beurteilt sich nach der Rechtsnatur des Streitgegenstandes, der durch das Klagebegehren und den klägerischen Sachvortrag bestimmt wird (BSK ZPO-Vock/Nater, 2. A., N 3 zu Art. 1 ZPO). Anzuführen ist, dass auch die Schlichtungsbehörde, soweit sie einen Entscheid fällen möchte, die Zuständigkeit zu prüfen hat, da sie diesfalls als erste echte Entscheidungsinstanz amtiert (KGer, Beschluss ZK2 2013 85 vom 17. Februar 2014 E. 3b, publ. in EGV-SZ 2014 A 3.3 S. 25; BK-Berger, N 25 zu Art. 1 ZPO).

b) Die Klägerin ist eine privatrechtlich organisierte Aktiengesellschaft nach den Vorschriften des Schweizerischen Obligationenrechts. (...) Eigentümerin der Aktien der Klägerin ist laut dem Aktienbuch der Gemeindeverband X.

c) Die Klägerin machte im Schlichtungsverfahren geltend, die offene Rechnung von Fr. 989.10 betreffe einen Ambulanztransport (und nicht die Behandlungskosten) nach einem vom Beklagten am 22. Februar 2015 erlittenen Unfall. (...)

d) Die Natur des Rechtsverhältnisses zwischen einem Erbringer von Rettungsdienstleistungen und dem Patient wurde von der Rechtsprechung, soweit ersichtlich, nicht geklärt. In der (erstinstanzlichen) Praxis scheint es so, dass ohne Weiteres angenommen wird, Streitigkeiten über die vom Patienten geschuldete Vergütung seien privatrechtlicher Natur; dies zumindest insoweit, als der Leistungserbringer privatrechtlich organisiert ist, wie dies vorliegend der Fall ist (vgl. KGer, Verfügung RK1 2007 74 vom 22. Februar 2008 betreffend Forderung aus Transportvertrag; Boschung, Der bodengebundene Rettungsdienst im Spannungsfeld zwischen Staatsaufgabe und regulierter privatwirtschaftlicher Tätigkeit, 2010, Fn 2303). Zu prüfen ist nachfolgend, ob an dieser Auffassung festgehalten werden kann oder ob das Rechtsverhältnis allenfalls dem öffentlichen Recht zuzuordnen ist.

e) Nach Art. 32 Abs. 1 des bündnerischen Gesetzes über die Förderung der Krankenpflege und der Betreuung von betagten und pflegebedürftigen Personen vom 2. Dezember 1979 (Krankenpflegegesetz [KPG]; BR 506.000) gewährleistet der Kanton eine möglichst optimale und rasche Rettung von verunfallten, kranken oder sich in Gefahr befindlichen Personen durch Koordination, Aufsicht und Gewährung von Beiträgen an die im Rettungswesen tätigen Organisationen. Verantwortlich für einen leistungsfähigen Notfall- und Krankentransport auf der Strasse in

A 3.1

ihrer Region sind die öffentlichen Spitäler (Art. 36 Abs. 1 Satz 1 KPG). Der gewerbsmässige Transport von Kranken und Verunfallten bedarf einer Bewilligung (Art. 36 Abs. 3 KPG). Der Kanton unterstützt die von der Regierung anerkannten Rettungsorganisationen mit Beiträgen (Art. 3 Abs. 1 lit. f KPG). Den anerkannten Organisationen erteilt das zuständige Departement einen Leistungsauftrag (Art. 13 Abs. 2 der Ausführungsbestimmungen zur Organisation des Rettungswesens, BR 506.160).

Die Sicherstellung des Rettungswesens ist im Kanton Graubünden (wie auch im Kanton Schwyz, wo die Bezirke hierfür besorgt sind, vgl. § 13 Abs. 1 Gesundheitsgesetz [GesG], SRSZ 571.110) zweifellos eine staatliche Aufgabe. Ebenso steht fest, dass das Verhältnis zwischen dem Staat und den Leistungserbringern öffentlich-rechtlich geregelt ist (Boschung, a.a.O., Rz. 556).

Damit ist aber noch nichts über Natur des Verhältnisses zwischen dem Leistungserbringer und dem Patienten gesagt. Die (spärliche) Lehre plädiert tendenziell für eine Zuordnung zum öffentlichen Recht. Zur Begründung wird im Wesentlichen angeführt, der staatlich beauftragte Rettungsdienst als privates Unternehmen der Daseinsvorsorge erfülle bei der Ausübung von Kranken- und Notfalltransporten unmittelbar eine Staatsaufgabe. Dabei sei die Vertragsabschlussfreiheit auf Seiten des Leistungserbringers wie des Patienten eingeschränkt resp. aufgehoben. Insofern könnten der Rettungsdienst und der Patient nicht als gleichgeordnete Subjekte des Privatrechts angesehen werden. Sodann spreche der Umstand, dass die Rettungsdienste in ein kantonales Rettungskonzept eingebunden seien gegen die Zuordnung zum Privatrecht. Bezüglich der Festsetzung der Vergütung für geleistete Dienste sei der Leistungserbringer, sei er nun staatlich beauftragt oder privatwirtschaftlich tätig, nicht frei, vielmehr müssten sie ihre Rechnungen gemäss Art. 43 Abs. 1 KVG nach Tarifen oder Preisen erstellen, welche in Tarifverträgen zwischen ihnen und den Versicherern vereinbart würden. Was schliesslich die Beurteilung von Streitigkeiten zwischen dem Leistungserbringer und dem Patienten über die Höhe der geschuldeten Vergütung anbelange, seien die Verwaltungsgerichte geeigneter (Boschung, a.a.O., Rz 565 ff. und 635).

Einen wichtigen Anhaltspunkt gibt zunächst die Charakterisierung der fraglichen Dienstleistung. Die Rettungsdienste verfügen gegenüber dem Patienten über keine hoheitlichen Befugnisse, mithin kommt das Verhältnis zwischen dem Leistungserbringer und dem Patienten grundsätzlich vertraglich zustande (Boschung, a.a.O., Rz. 554), was die Zuordnung zum Privatrecht durchaus als valable Option erscheinen lässt. Im Zusammenhang mit der Haftung für Schäden qualifizierte das Verwaltungsgericht Schwyz ärztliches Handeln in den Regionalspitälern des

Kantons Schwyz als nicht hoheitlich, sondern vielmehr als im Sinne von Art. 61 Abs. 2 OR „gewerblich“ und unterstellte die spitalärztliche Haftung unabhängig von der Rechtsform des jeweiligen Spitals und der Stellung der behandelnden Ärzte dem Privatrecht (vgl. EGV-SZ 2001 B 14.1 S. 142 ff.). Diese Lesart lässt sich auch auf die vorliegend zu beurteilende Konstellation übertragen. So kann die Ausgestaltung des Verhältnisses zwischen dem Kanton Graubünden und der Klägerin nicht massgebend sein. Auch nicht entscheidend kann sein, ob die Klägerin beim Transport des Beklagten als staatlich beauftragte Leistungserbringerin oder privatwirtschaftlich gehandelt hat (wobei in casu wohl von ersterem auszugehen wäre). Würde man dieses Kriterium nämlich zum Massstab nehmen, wären für Vergütungsstreitigkeiten im ersteren Fall das Verwaltungsgericht, im zweiten aber die Zivilgerichte zuständig. Eine solche Lösung mit unterschiedlichen Rechtswegen ist aber unbefriedigend und nicht im Interesse der Rechtssuchenden. Sinnvoll erscheint vielmehr, analog wie dies das Verwaltungsgericht für die Frage der Haftung getan hat, eine einheitliche Zuordnung.

Entgegen der Ansicht der zitierten Lehrmeinung erscheint das Privatrecht, soweit es um Vergütungsstreitigkeiten geht, näherliegend und praktikabler. Dafür sprechen vor allem verfahrensrechtliche Gründe. Die Zivilprozessordnung sieht für derartige Forderungsstreitigkeiten obligatorisch einen Schlichtungsversuch vor einer Schlichtungsbehörde vor (Art. 197 f. ZPO). Für vermögensrechtliche Streitigkeiten bis zu einem Streitwert von Fr. 2'000.00 besteht, sofern die klagende Partei einen entsprechenden Antrag stellt, eine Entscheidungskompetenz der Schlichtungsbehörde (Art. 212 Abs. 1 ZPO). Der verwaltungsrechtliche Klageweg im Kanton Schwyz kennt dagegen einzig das sog. Vorverfahren, welches nicht zwingend ist und lediglich darin besteht, dass der Kläger dem Beklagten sein Begehren schriftlich mitteilt und dieser dazu Stellung nimmt (§ 68 Abs. 1 und Abs. 2 VRP). In der Regel dürften die im Zusammenhang mit erbrachten Leistungen von Rettungsdiensten strittigen Beträge eher niedrige Streitwerte betreffen, welche von der Entscheidungskompetenz der Schlichtungsbehörde noch erfasst sind, wie dies vorliegend der Fall ist. Damit ist das auf Streitbeilegung bzw. im Rahmen von Streitwerten bis Fr. 2'000.00 auf rasche Entscheidung ausgelegte zivilprozessuale Verfahren wesentlich praktikabler wie auch laienfreundlicher als das eher schwerfällige, dem ordentlichen Zivilprozess nachgebildete verwaltungsrechtliche Klageverfahren (vgl. § 70 Abs. 1 VRP).

Auch ist nicht ersichtlich, inwiefern Vergütungsstreitigkeiten wie die vorliegende spezifisch öffentlich-rechtliche Fragestellungen aufwerfen sollen. Es handelt sich vielmehr um reine Forderungsprozesse. Namentlich kann aus dem Umstand, dass sich die Vergütung grundsätzlich nach

A 3.2

Tarifen richtet, nicht zwingend abgeleitet werden, dass die zu bezahlenden Beiträge öffentlich-rechtlicher Natur sind (Richli/Wiederkehr, Praxis des allgemeinen Verwaltungsrechts – Band I, Eine systematische Analyse der Rechtsprechung, Bern 2012, § 1 Rz. 102 mit Hinweis insbesondere auf BGE 136 II 457 E. 6.2). Auch wenn man davon ausgeht, der Vertrag zwischen dem Leistungserbringer und dem Patienten sei öffentlich-rechtlicher Natur, wird für Fragen in Bezug auf dessen Zustandekommen wiederum (subsidiär) auf das Privatrecht abgestellt (Boschung, a.a.O., Rz. 570 ff.; vgl. BGer, 4A_684/2015 vom 19. April 2016 [Geschäftsführung ohne Auftrag]). Mithin ist nicht einzusehen, weshalb solche Verträge nicht direkt dem Privatrecht unterstellt werden sollen. Auch die übrigen Argumente von Boschung vermögen letztlich nicht zu überzeugen. So spricht die in der Regel fehlende Abschlussfreiheit nicht a priori gegen die Zuordnung zum Privatrecht; diese kann auch im Privatrecht faktisch eingeschränkt sein, namentlich in monopolistischen Konstellationen. Schliesslich ist zu erwähnen, dass das Privatrecht im Bereich des Rettungswesens durchaus Anwendung findet; so untersteht das Anstellungsverhältnis von Rettungssanitätern offenbar häufig dem Obligationenrecht (vgl. BGer, Urteile 4C.364/2005 vom 12. Januar 2006 und 4A_528/2008 vom 27. Februar 2009).

f) Nach dem Gesagten ist das Erfordernis der Zivilsache erfüllt, mithin die Zuständigkeit der Zivilgerichte resp. der Schlichtungsbehörde gegeben.

(Beschluss vom 20. Juni 2017, ZK2 2016 60).

3.2 Sicherheit für Parteientschädigung, summarisches Verfahren, Revision

- *Im Revisionsverfahren gelten bis zum Entscheid über das Revisionsgesuch selber (erste Stufe) die Verfahrensregeln des ordentlichen Verfahrens analog. Die beklagte Partei kann daher unabhängig von der ursprünglichen Verfahrensart für die erste Stufe des Revisionsverfahrens Sicherheit für die Parteientschädigung gemäss Art. 99 ZPO verlangen (Erw. 2.d und e).*
- *Sofern die für das Hauptverfahren anwendbaren Verfahrensbestimmungen eine Sicherheitsleistung ausschliessen (vgl. Art. 99 Abs. 3 ZPO), ist eine für die erste Stufe des Revisionsverfahrens bezahlte Sicherheitsleistung im Falle einer Gutheissung und Wiederaufnahme des Hauptverfahrens an den Gesuchsteller zurückzuerstatten, und zwar unabhängig vom weiteren Verlauf des Hauptverfahrens (Erw. 2.f).*

Aus den Erwägungen:

2. (...).

d) Das Gesetz äussert sich nicht explizit zur anwendbaren Verfahrensart im Revisionsverfahren.

aa) In der Lehre gehen die Meinungen diesbezüglich auseinander. Einerseits wird die Auffassung vertreten, die Verfahrensbestimmungen betreffend das Revisionsrechtsmittel (Art. 330-334 ZPO) seien Sonderbestimmungen, die den verfahrensrechtlichen Besonderheiten des Erstverfahrens vorgehen würden (Herzog, in: Spühler/Tenchio/Infanger [Hrsg.], Basler Kommentar, ZPO, 2013, N 7 zu Art. 330 ZPO). Für die erste Stufe des Revisionsverfahrens seien somit die allgemeinen Verfahrensvorschriften des ordentlichen Verfahrens gemäss Art. 219 ff. ZPO analog anzuwenden (Carcagni Roesler, a.a.O., N 2 zu Art. 330 ZPO). Andererseits wird die Meinung vertreten, dass sich das gesamte Revisionsverfahren nach der Verfahrensart richte, die dem Entscheid, welcher in Revision gezogen werde, zugrunde gelegen habe (Hofmann/Lüscher, Le Code de procédure civile, 2015, S. 308). Sodann äussert sich ein dritter Teil der Lehrmeinungen nicht direkt zur anwendbaren Verfahrensart, sondern hält allgemein fest, dass bei Gutheissung des Revisionsgrundes in der ersten Stufe für den anschliessenden neuen Entscheid in der Hauptsache, also für die zweite Stufe, das seinerzeitige Prozessrechtsverhältnis wieder auflebe, wodurch dieselben Bestimmungen zur Anwendung gelangen würden, die auch beim damaligen Entscheid Geltung gehabt hätten (Sterchi, in: Hausheer/Walter [Hrsg.], Berner Kommentar, ZPO, 2012, N 18 zu Art. 332 und Art. 333 ZPO; Freiburghaus/Afheldt, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2016, N 4 zu Art. 333 ZPO; Schwander, in: Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung, Kommentar, 2016, N 7 zu Art. 333 ZPO).

bb) Den Gesetzesmaterialien, d.h. dem Bericht zum Vorentwurf der Expertenkommission zum Bundesgesetz über die Zivilprozessordnung (Schweizerische Zivilprozessordnung, ZPO) vom Juni 2003 (nachfolgend Begleitbericht) ist zu entnehmen, dass für das Revisionsverfahren die allgemeinen Vorschriften über das Entscheidverfahren gelten sollen, jedoch ein Schlichtungsversuch entfalle, weil die Revision durch direkte Eingabe an das Gericht hängig gemacht werde (Begleitbericht, S. 150). In der Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO) vom 28. Juni 2006 lässt sich nichts Gegenteiliges finden; ebenso wenig wurde

A 3.2

die Frage im Rahmen der parlamentarischen Beratungen besonders thematisiert, so dass keine Anzeichen für eine vom Vorentwurf abweichende Regelung bestehen bzw. beabsichtigt waren. Dem Begleitbericht entsprechend ist die erste Stufe des Revisionsverfahrens somit als spezielles Vorverfahren zu betrachten, auf das die allgemeinen Verfahrensvorschriften des ordentlichen Verfahrens analog anzuwenden sind.

cc) Letztere Lösung – die wie erwähnt auch von einem Teil der Lehrmeinungen vertreten wird – erscheint sachgerecht, zumal die Bestrebungen des vereinfachten Verfahrens nach einem einfachen, raschen und kostengünstigen (Sterchi, a.a.O., N 1 f. zu Vorbemerkungen zu Art. 243 ZPO) bzw. des summarischen Verfahrens nach einem schnellen und einfachen Verfahren (Sterchi, a.a.O., N 3 zu Vorbemerkungen zu Art. 248-270 ZPO) bei der Revision in den Hintergrund treten und demgegenüber die materielle Wahrheit im Vordergrund steht (vgl. auch Carcagni Roesler, a.a.O., N 1 zu Art. 328 ZPO).

e) Gemäss Art. 99 ZPO kann die beklagte Partei unter den Voraussetzungen von Abs. 1 verlangen, dass die klagende Partei für ihre Parteikosten Sicherheit leistet. Im vereinfachten Verfahren mit Ausnahme der vermögensrechtlichen Streitigkeiten nach Art. 243 Abs. 1 ZPO, im Scheidungsverfahren und im summarischen Verfahren mit Ausnahme des Rechtsschutzes in klaren Fällen gemäss Art. 257 ZPO ist keine Sicherheit zu leisten (Art. 99 Abs. 3 ZPO). Für das vorliegende Revisionsverfahren gelten bis zum Abschluss der ersten Stufe, d.h. bis zum Entscheid über das Revisionsgesuch selber, die Verfahrensregeln des ordentlichen Verfahrens analog. Dies bedeutet, dass bis zu einer allfälligen Guttheissung des Revisionsgesuchs eine Sicherheitsleistung für das Revisionsverfahren gesprochen werden kann. Die angefochtene Verfügung vom 8. Juli 2016 verstösst somit nicht gegen Art. 99 Abs. 3 ZPO.

f) Allgemein zu bedenken ist, dass sofern die für das Hauptverfahren anwendbaren Verfahrensbestimmungen eine Sicherheitsleistung ausschliessen (vgl. Art. 99 Abs. 3 ZPO), eine für die erste Stufe des Revisionsverfahrens bezahlte Sicherheitsleistung im Falle einer Guttheissung und Wiederaufnahme des Hauptverfahrens an den Gesuchsteller zurückzuerstatten ist, und zwar unabhängig vom weiteren Verlauf des Hauptverfahrens (vgl. analog zur Sicherheitsleistung bei Gewährung der aufschiebenden Wirkung: Schwander, a.a.O., N 7 zu Art. 333 ZPO).

(Beschluss vom 18. Mai 2017, ZK2 2016 38).

3.3 Abschreibung im Schlichtungsverfahren

- *Eine von den Parteien während des Schlichtungsverfahrens aussergerichtlich erzielte Einigung führt zur Verfahrensabschreibung. Der Vorbehalt der Wiedereinbringung bei einem Klagerückzug ist in die Abschreibungsverfügung aufzunehmen (Erw. 3.a).*
- *Die Wiedererwägungsverfügung über die Aufnahme des Wiedereinbringungsvorbehalts nach Rechtsmittelerhebung ist nichtig (Erw. 4).*

Aus den Erwägungen:

3.a) Kommt es gemäss Art. 208 Abs. 1 ZPO zu einer Einigung zwischen den Parteien, so nimmt die Schlichtungsbehörde einen Vergleich, eine Klageanerkennung oder einen vorbehaltlosen Klagerückzug zu Protokoll und lässt die Parteien dieses unterzeichnen (Möhler, in: Gehri/Jent-Sorensen/Sarbach, ZPO Kommentar, 2015, Art. 208 ZPO N 2 und 4). Die Parteien können sich während des Schlichtungsverfahrens aber auch aussergerichtlich einigen. Die private Einigung der Parteien entfaltet indessen keine Rechtswirkung, sie muss von der Schlichtungsbehörde ebenfalls protokolliert werden, damit sie in Rechtskraft erwachsen kann (Egli, in: Brunner/Gasser/Schwander, Schweizerische Zivilprozessordnung, Kommentar, 2016, Art. 208 ZPO N 9; Gloor/Umbricht Lukas, in: Oberhammer/Domej/Haas, Kurzkomentar ZPO, 2013, Art. 208 N 9; Möhler, a.a.O., Art. 208 ZPO N 7). Die Wirkung eines rechtskräftigen Entscheides kommt dem Klagerückzug dann nicht zu, wenn die Klage unter Vorbehalt der Wiedereinbringung zurückgezogen wurde (Infanger, in: Spühler/Tenchio/Infanger, Basler Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2013, Art. 208 ZPO N 13). Das Verfahren muss sodann von der Schlichtungsbehörde formell erledigt werden, indem sie eine Abschreibungsverfügung erlässt (Infanger, a.a.O., Art. 208 ZPO N 4). Der Vorbehalt der Wiedereinbringung ist in die Abschreibungsverfügung aufzunehmen (Infanger, a.a.O., Art. 208 ZPO N 13). Allein die Abschreibungsverfügung als amtliche Feststellung des Entscheidsurrogats bildet die Grundlage für das Vollstreckungsverfahren und gilt als definitiver Rechtsöffnungstitel (Liebster, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2016, Art. 241 ZPO N 21; Steck, in: Spühler/Tenchio/Infanger, a.a.O., Art. 241 ZPO N 16). Das Gericht bestätigt damit implizit, dass die Parteidispositionen prozessual gültig und ordnungsgemäss mitgeteilt wurden (Steck, a.a.O., Art. 241 ZPO N 16). Die Abschreibungsverfügung ist deshalb notwendig zur Sicherung der Voll-

A 3.3

streckbarkeit des Entscheidsurrogates und aus Beweisgründen (Naegele/Richers, in: Oberhammer/Domej/Haas, a.a.O., Art. 241 ZPO N 38). Wird ein vorbehaltloser Klagerückzug abgeschrieben, kommt ihm die Wirkung eines rechtskräftigen Entscheids gleich und ihm kann bei erneuter Einbringung der Einwand der res iudicata entgegen gehalten werden (Infanger, a.a.O., Art. 208 ZPO N 12). (...).

b) Die Schlichtungsbehörde nahm die aussergerichtliche Einigung der Parteien mit der Abschreibungsverfügung vom 28. Dezember 2016 zu Protokoll. Dispositiv Ziffer 1 der angefochtenen Verfügung lautet bloss „die Klage wird infolge Klagerückzug als erledigt am Protokoll abgeschrieben.“ Die aussergerichtliche Vereinbarung der Parteien enthält aber in Ziff. 1 den Vorbehalt der Wiedereinbringung. Damit der vorbehaltlose Klagerückzug beim Beschwerdeführer nicht zu einem effektiven Rechtsverlust führen kann, muss der Vorbehalt der Wiedereinbringung in die Abschreibungsverfügung aufgenommen werden.

4.a) Soweit über das Rechtsmittel eine höhere Instanz entscheidet, ist das Rechtsmittel devolutiv. Die Beschwerde an das obere kantonale Gericht ist devolutiv mit der Folge, dass die untere Instanz mit Einreichung der Beschwerde bei der oberen Instanz ihre Zuständigkeit verliert. Damit einher geht das Verbot der unteren Instanz, den eröffneten Entscheid in Wiedererwägung zu ziehen (BGE 125 V 345 E. 2b S. 348 f.; Blickensdorfer, in: Brunner/Gasser/Schwander, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Auflage, Art. 308-334 ZPO N 37; Leuenberger/Uffer-Tobler, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 2010, Nr. 12.7; Staehelin/Staehelin/Grolimund, Zivilprozessrecht, 2013, N 8 zu § 25; Willisegger, Grundstruktur des Zivilprozesses, 2012, S. 175). Fehlerhafte Entscheide sind nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung nichtig, wenn der ihnen anhaftende Mangel besonders schwer ist, wenn er sich als offensichtlich oder zumindest leicht erkennbar erweist und die Rechtssicherheit durch die Annahme der Nichtigkeit nicht ernsthaft gefährdet wird. Als Nichtigkeitsgründe fallen vorab funktionelle und sachliche Unzuständigkeit der entscheidenden Behörde sowie krasse Verfahrensfehler in Betracht (BGE 133 II 366 E. 3.2).

b) Mit Verfügung vom 13. Januar 2017 zog die Schlichtungsbehörde die Verfügung vom 28. Dezember 2016 in Wiedererwägung und nahm in Dispositiv Ziffer 1 den Vorbehalt der Wiedereinbringung auf. Dies geschah nach der gegen die Verfügung vom 28. Dezember 2016 erhobenen Beschwerde vom 9. Januar 2017, mithin nachdem die Zuständigkeit im Zeitpunkt der Wiedererwägung bereits auf die kantonale Rechtsmittelin-

stanz übergegangen war. Die Verfügung vom 13. Januar 2017 ist somit mangels funktioneller Zuständigkeit der Schlichtungsbehörde nichtig.

(Beschluss vom 30. März 2017, ZK2 2017 3).

4. Strafrecht

4.1 Veruntreuung, qualifizierte Geldwäscherei

- *Auch der Vortäter kann Geldwäscher sein. Erfüllt der Beschuldigte durch Barbezüge den Tatbestand der Veruntreuung, stellen diese Barbezüge nicht gleichzeitig eine tatbestandsmässige Geldwäschereihandlung dar (Erw. 3.c/aa).*
- *Tatbestandsmässigkeit bei Verlustinvestitionen im Ausland (Erw. 3.d).*

Aus den Erwägungen:

3. (...).

b) Den Tatbestand der Geldwäscherei erfüllt, wer eine Handlung vornimmt, die geeignet ist, die Ermittlung der Herkunft, die Auffindung oder die Einziehung von Vermögenswerten zu vereiteln, die, wie er weiss oder annehmen muss, aus einem Verbrechen herrühren (Art. 305bis Ziff. 1 StGB). Der Gesetzgeber bezeichnete somit drei gleichrangige Handlungsvarianten der Geldwäscherei (BGE 124 IV 274, E. 2; BGE 119 IV 59, E. 2a; je mit Hinweisen). Mit dieser Ausgestaltung beauftragte der Gesetzgeber die Rechtsprechung, Fallgruppen von Vereitelungshandlungen zu entwickeln (BGE 124 IV 274, E. 2; BGE 119 IV 242, E. 1e; Botschaft über die Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches vom 12. Juni 1989, BBl 1990, Bd. II, S. 1083). Nach Wortlaut und systematischer Einordnung unter die Straftaten gegen die Rechtspflege sollen möglichst lückenlos Handlungen des Täters erfasst werden, die geeignet sind, den Zugriff der Strafbehörden auf Vermögenswerte verbrecherischer Herkunft zu vereiteln (BGE 124 IV 274, E. 2; BGE 122 IV 211, E. 2); strafbar ist die Vereitelungshandlung als solche, ungeachtet eines Vereitelungserfolgs (BGE 124 IV 274, E. 2). Dies setzt keine komplizierten Finanztransaktionen und keine erhebliche kriminelle Energie voraus, sondern kann selbst durch einfachste Tathandlungen erfüllt sein (BGE 122 IV 211, E. 3b/aa; BGE 128 IV 117 = Pra 91/2002, Nr.

A 4.1

220, E. 7a). So qualifizierte die Rechtsprechung bislang unter anderem das Verstecken von aus Betäubungsmittelhandel herrührenden Geldern (BGE 119 IV 59, E. 2e), das Zur-Verfügung-Stellen einer Wohnung als vorübergehendes Versteck für Drogengelder (BGer, Urteil 6S.702/2000 vom 4. August 2002, E. 2.2), das Umwechseln von Bargeld in kleiner Stückelung in grössere Banknoten der gleichen Währung oder den Umtausch in eine andere Währung, nicht jedoch den blossen Besitz oder die Aufbewahrung der deliktisch erlangten Vermögenswerte (BGE 122 IV 211, E. 2c) als tatbestandsmässige Vereitelungshandlungen (BGE 127 IV 20, E. 3a mit Hinweisen).

c) (...).

aa) Zwischen dem 30. September 2005 und dem 30. März 2012 habe der Beschuldigte insgesamt 17 Barbezüge im Gesamtbetrag von Fr. 175'643.00 von verschiedenen Konten der Privatkläger getätigt, wodurch er die Papierspur und die Nachverfolgung der Vermögenswerte unterbrochen und somit deren Einziehung verunmöglicht habe.

Die Vereitelungshandlung bezieht sich bei der Geldwäscherei auf Vermögenswerte, die aus einem Verbrechen herrühren (Art. 305bis Abs. 1 StGB). Dies setzt einerseits voraus, dass die Vortat als Verbrechen im Sinne von Art. 10 StGB einzustufen ist (BGE 119 IV 242, E. 1b; BGE 119 IV 59, E. 2) und andererseits, dass das vorangehende wertgenerierende Verhalten (die Vortat) so weit abgeschlossen ist, dass zumindest die Werte bereits erzielt worden sind (Pieth, in: Niggli/Wiprächtiger [Hrsg.], Basler Kommentar, Strafrecht II, 2013, N 24 zu Art. 305bis StGB). Gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts kann auch der Vortäter Geldwäscher sein (BGE 124 IV 274, E. 3; BGE 122 IV 211, E. 3c; BGE 120 IV 323, E. 3).

Die (qualifizierte) Veruntreuung gemäss Art. 138 Ziff. 1 StGB (i.V.m. Ziff. 2) stellt ein Verbrechen im Sinne von Art. 10 StGB dar und kommt demzufolge als Vortat der Geldwäscherei in Frage. Zwar stellt die Barauszahlung eine Unterbrechung der Papierspur dar, zu beachten ist jedoch, dass der Beschuldigte erst durch die 17 Barbezüge im Gesamtbetrag von Fr. 175'643.00 die Vortaten beging. Vor diesen Barbezügen handelte es sich also noch nicht um deliktisches Geld, weil es auf den entsprechenden Konten der Privatkläger lag und diese auch die Berechtigten waren. Erst durch die Barbezüge, zu denen der Beschuldigte nicht berechtigt war, wurde das Geld zu Vermögenswerten, die aus einem Verbrechen herrühren. Demzufolge hat der Beschuldigte aber durch die Barbezüge keine Verschleierungshandlung deliktischer Vermögenswerte vorgenom-

men, weshalb er diesbezüglich den objektiven Tatbestand der Geldwäscherei nicht erfüllt. (...).

d) Dem Beschuldigten wird sodann vorgeworfen, zwischen dem 23. Januar 2007 und dem 9. Mai 2007 acht Geldtransaktionen im Gesamtbetrag von Fr. 547'537.30 von den Vereinskonti des A. und des B. auf das C.-Konto seines Einzelunternehmens D. veranlasst zu haben. Anschliessend habe er diese Vermögenswerte ins Ausland zur E. Bank in F. (USA) transferiert und dadurch wissentlich die Einziehung erschwert bzw. nach erlittenen Verlusten unmöglich gemacht.

aa) Die Überweisung von deliktischen Vermögenswerten von Konto zu Konto ins Ausland stellt eine tatbestandsmässige Geldwäschereihandlung dar (BGE 127 IV 20 E. 3b; Trechsel/Affolter-Eijsten, in: Trechsel/Pieth [Hrsg.], Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, 2013, N 18 zu Art. 305bis StGB; Ackermann, in: Schmid [Hrsg.], Kommentar Einziehung, organisiertes Verbrechen, Geldwäscherei, Bd. I, 1998, N 294 zu Art. 305bis StGB). Dies gilt im Gegensatz zur Inlandtransaktion (vgl. E. 2e.aa nachfolgend) ungeachtet des Umstands, dass der paper trail bei der Überweisung ins Ausland nachvollziehbar bleibt (Trechsel/Affolter-Eijsten, a.a.O., N 18 zu Art. 305bis StGB).

bb) (...).

cc) Gemäss eigenen Angaben des Beschuldigten handelte es sich bei dem Konto bei der E. Bank um dasjenige eines Brokers, der das Geld für den Beschuldigten in sogenannte Termingeschäfte investierte. Indem der Beschuldigte die veruntreuten Gelder auf das Konto bei der E. Bank weiterleitete, transferierte er deliktisches Geld ins Ausland, weshalb er den objektiven Tatbestand der Geldwäscherei erfüllt. Entgegen der Ansicht der Vorinstanz sind die Handlungen des Beschuldigten von denjenigen des Brokers in den USA zu trennen. Bei den Überweisungen ins Ausland, welche der Beschuldigte veranlasste, handelte es sich, jedenfalls im Moment der Überweisung, (noch) nicht um Verlustinvestitionen, weil der Beschuldigte durch die Überweisungen die Termingeschäfte nicht direkt abschloss, sondern das Geld lediglich dem in den USA tätigen Broker zukommen liess. Erst dieser tätigte danach die eigentlichen Investitionen, welche gemäss den Angaben des Beschuldigten in einem Totalverlust geendet haben sollen. Diese Aneinanderreihung mehrerer Geldtransaktionen verbunden mit der Auslandüberweisung stellt eine Verschleierungshandlung dar, die geeignet ist, die Auffindung und Einziehung der deliktischen Vermögenswerte zu vereiteln. Sodann beurteilte

A 4.2

das Bundesgericht ohnehin schon den blossen Verbrauch deliktischer Vermögenswerte als tatbestandsmässige Verschleierung (vgl. E. 2f.aa nachfolgend). Angesichts dieser Rechtsprechung muss eine Verlustinvestition im Ausland den Geldwäschereitätbestand ebenfalls erfüllen, weshalb auch unter der (vorinstanzlichen) Annahme einer Verlustinvestition von einer tatbestandsmässigen Geldwäschereihandlung auszugehen wäre.

(Urteil vom 29. November 2016, STK 2016 19).

4.2 Sicherungspflichten beim Transport von Hunden

- *Nach allgemeiner Erfahrung ist ein vor dem Beifahrersitz sitzender, verhaltensunauffälliger Hund nicht generell geeignet, den Fahrzeugbetrieb, namentlich die Aufmerksamkeit der Lenkerin zu stören oder zu behindern, und die Lenkerin hat keinen Anlass, entgegen dieser Erwartung mit Störungen des Hundes zu rechnen (Erw. 3).*
- *Ohnehin erscheint es nicht zulässig, vorliegend Tiere unter den Begriff der „Ladung“ von Art. 30 Abs. 2 SVG zu subsumieren (Erw. 4).*

Aus den Erwägungen:

3. Tiertransporte schaffen Gefahren für die Tiere selbst, denen durch hier nicht zur Diskussion stehende Tierschutzbestimmungen Rechnung getragen wird, und Gefahren für die übrigen Verkehrsteilnehmer, welche nach weiteren Schutzbestimmungen rufen (Hagenstein, BSK, 2014, Art. 50 SVG N 2). Im Schlussbericht räumte die Staatsanwaltschaft zutreffend ein, hinsichtlich der Sicherung von transportierten Haustieren in Fahrzeugen würde auch die Strassenverkehrsgesetzgebung keine besonderen Bestimmungen aufstellen, was im angefochtenen Urteil ausdrücklich anerkannt wird (vgl. auch BGer 6B_894/2010 vom 24. Februar 2011 E. 2.3.1). Ausser der Bestimmung, dass keine Ausscheidungen nach aussen gelangen dürfen, bestehen lediglich für den Transport von Tieren auf Fahr- und Motorrädern spezielle Vorschriften (Art. 74 Abs. 1 und 3 VRV). Die Gurtentragpflicht nach Art. 57 Abs. 5 lit. a SVG i.V.m. Art. 3a Abs. 1 VRV bezieht sich auf Insassen, bzw. Führer und mitfahrende Personen und ist auf Tiere nicht anwendbar. Mithin besteht keine gesetzliche Pflicht, Katzen, Hunde und andere Haustiere in Boxen zu transportieren. Nach Auffassung des Bundesgerichts liegt dennoch keine echte Gesetzeslücke in Bezug auf die Sicherung von Tieren in Personewagen vor. Gemäss seiner Rechtsprechung sind für die Frage der Siche-

rung von Haustieren die allgemeinen, für die Ladung („Sachen“) geltenden Gesetzesvorschriften anzuwenden (BGer 6B_894/2010 vom 24. Februar 2011 E. 2.3; zustimmend: Roth, BSK, 2014, Art. 31 SVG N 53). Die Schranken zulässiger Beförderung von Haustieren ergeben sich mithin allein aus Art. 30 f. SVG (Weissenberger, Kommentar SVG und OBG, ²2015, Art. 30 SVG N 19).

a) Die Ladung ist so anzubringen, dass sie niemanden gefährdet oder belästigt und nicht herunterfallen kann (Art. 30 Abs. 2 Satz 2 SVG). Der Führer hat dafür zu sorgen, dass er weder durch die Ladung noch auf andere Weise behindert wird. Mitfahrende dürfen ihn nicht behindern oder stören (Art. 31 Abs. 3 Satz 1 SVG). Der Führer hat sich zu vergewissern, dass Fahrzeug und Ladung in vorschriftsgemäsem Zustand sind und das erforderliche Zubehör, wie das Pannensignal, vorhanden ist (Art. 57 Abs. 1 Satz 1 VRV). Mit Busse wird bestraft, wer Verkehrsregeln dieses Gesetzes oder der Vollziehungsvorschriften des Bundesrates verletzt (Art. 90 Abs. 1 SVG).

b) Ladungen können stören, indem sie die Bewegungsfreiheit einschränken, die Sicht beeinträchtigen, sich verschieben oder sich wie etwa mitgeführte Hunde auf andere Weise bewegen (Giger, OFK, ⁸2014, Art. 31 SVG N 11), wodurch sie die Lenkerin ablenken und so zumindest eine abstrakte Gefahr für die übrigen Verkehrsteilnehmer schaffen können (vgl. Weissenberger, a.a.O., Art. 31 SVG N 35 unter Verweis auf Art. 3 Abs. 1 VRV). Von Tieren vor dem Beifahrersitz soll dagegen laut Auffassung des eben zitierten Kommentators in der Regel keine relevante Gefährdung ausgehen, solange nicht im Sinne des Nachweises einer erhöhten abstrakten Gefährdung deutliche Störungen oder Behinderungen vorliegen (ebd. Art. 30 SVG N 19). Im Zusammenhang mit der Sicherung von Ladungen nach Art. 30 Abs. 2 SVG führte das Bundesgericht aus, das abstrakte Gefährdungsdelikt verlange eine Handlung, die nach allgemeiner Erfahrung generell geeignet sei, eine Gefahr für das geschützte Rechtsgut herbeizuführen, und dies unabhängig davon, ob das Rechtsgut im konkreten Fall in Gefahr geraten sei (BGer 6B_594/2012 vom 24. Januar 2013 E. 2.4).

c) Nach allgemeiner Erfahrung ist ein vor dem Beifahrersitz sitzender, verhaltensunauffälliger Hund nicht generell geeignet, den Fahrzeugbetrieb, namentlich die Aufmerksamkeit der Lenkerin, zu stören oder zu behindern. Es geht beim Transport eines Hundes nicht um ein der Ladung von Gütern vergleichbares Problem der physikalischen Stabilität bzw. der Sicherung gegen Verrutschen, Rollen, Umfallen oder Herunter-

A 4.2

fallen. Tiere entwickeln gegen solche Gefahren als bewegliche Lebewesen reflexartig Gegenkräfte. Vorliegend konnte der Hund weder herunterfallen noch befand er sich im Sichtfeld der Lenkerin. Der Sachverhalt ist deshalb nicht mit dem Fall zu vergleichen, in welchem das Bundesgericht eine auf dem Armaturenbrett im Sichtfeld des Lenkers zwischen Lenkrad und Windschutzscheibe ungesichert sitzende Katze als massiv störend beurteilte (BGer 6B_894/2010 vom 24. Februar 2011 E. 2.4.). Zum einen lastet die Anklage der Beschuldigten nicht die Missachtung von Anzeichen für deutliche Behinderungen oder Störungen durch ihren Hund an. Zum andern ist zwar nicht geradezu auszuschliessen, dass der ungesicherte Hund den Fussraum vor dem Beifahrersitz hätte verlassen und die Beschuldigte beim Fahren ablenken und stören können. Für gewöhnlich ist indes die Verwirklichung einer solchen Möglichkeit nicht zu erwarten. Die Gefahr aktiver Belästigungen bzw. ablenkender Störungen ist ein Problem der Konditionierung des transportierten Hundes. Ohne Nachweis einer unzureichenden Konditionierung des Hundes kann der Beschuldigten nicht vorgeworfen werden, andere Verkehrsteilnehmer und sich möglicherweise gefährdet zu haben, weil sie den Hund vor dem Beifahrersitz nicht anband oder einsperrte. Die Verwendung entsprechenden, nicht vorgeschriebenen Zubehörs war deshalb nicht erforderlich.

Es wird der Beschuldigten auch zu Recht nicht vorgeworfen, sie hätte ein absehbares Behinderungspotenzial ihres Hundes nicht unterbunden (vgl. Art. 31 Abs. 3 SVG). Als zur Beherrschung des Fahrzeuges verpflichtete Fahrzeugführerin müsste sie einer allfälligen Störung, etwa durch ein herumschwirrendes Insekt, wirksam begegnen (vgl. Giger, a.a.O., Art. 31 N 11). Inwiefern sie dies beim mitgeführten Hund nicht hätte tun können bzw. allenfalls auch bei unbedeutenden Unfällen dazu nicht in der Lage gewesen wäre (z.B. durch Stillhaltebefehle oder wie im Fall eines umherschwirrenden Insekts durch umgehendes Anhalten; vgl. auch Roth, a.a.O.), ist nicht ersichtlich. Zwar würde die Verwendung einer Hundebox oder von Trennwänden im Auto die Lenkerin von einer solchen in ihrem Ermessen liegenden Verantwortung (vgl. Giger, ebd. N 3) entlasten. Eine entsprechende, im Unterlassungsfall strafbare gesetzliche Verpflichtung besteht jedoch, wie einleitend dieser Erwägung gesagt, nicht.

Aus diesen Gründen ist die Beschuldigte in Gutheissung ihrer Berufung vom Vorwurf einer Verkehrsregelverletzung freizusprechen.

4. Abgesehen davon ist eventualiter noch auf Folgendes hinzuweisen. Zwar referiert der Begriff „Ladung“ sinngemäss nicht nur auf Sachen, sondern auch auf Menschen und Tiere. Art. 30 Abs. 2 Satz 2 SVG ist

aber nicht zwingend dahingehend auszulegen, dass sich die Verpflichtung zur sicheren Ladungsanbringung auf Lebewesen bezieht, da Tiere wie mitfahrende Menschen separat behandelt sind (Abs. 1 und 4). Die Strafbarkeit der Beschuldigten folgt auch nicht aus Art. 110 Abs. 3bis StGB (i.V.m. Art. 102 Abs. 1 SVG), wonach eine auf den Begriff der Sache abstellende Bestimmung entsprechende Anwendung auf Tiere findet. Diese Vorschrift soll die Unterscheidung zwischen Tieren und Sachen im Gesetz zum Ausdruck bringen, weil die auf der römisch-rechtlichen Tradition basierende Auffassung, das Tier sei eine Sache, in weiten Teilen der Bevölkerung als überholt gilt (BBI 2002 S. 4166 und 4173). Rechtsuchenden ist deshalb die Subsumtion eines Tieres unter den nicht ganz klaren Art. 30 Abs. 2 SVG umso weniger offensichtlich, als dieser nicht auf den Begriff der „Sache“, sondern denjenigen der „Ladung“ abstellt. Diese beiden Begriffe sind nicht äquivalent: Der Begriff „Ladung“ betrifft keine kategoriale juristische Unterscheidung wie der Begriff der „Sache“. Schliesslich ist Art. 30 Abs. 2 SVG wie der offener formulierte Art. 31 Abs. 3 SVG keine selbständige Strafbestimmung des fünften Titels des Strassenverkehrsgesetzes, deren Verhältnis zum Strafgesetzbuch direkt in Art. 102 SVG geregelt würde. Deshalb ist die Analogieregel von Art. 110 Abs. 3bis StGB nicht anwendbar (a.M. Roth, BSK SVG, 2014, Art. 31 N 53). Aus diesen Gründen erscheint es zwecks Bestrafung der Beschuldigten nicht zulässig, vorliegend Tiere unter den Begriff der „Ladung“ von Art. 30 Abs. 2 SVG zu subsumieren, ohne den in Art. 1 StGB verankerten Grundsatz „nulla poena sine lege (certa)“ zu tangieren (dazu vgl. etwa Trechsel/Jean-Richard, StGB PK, ²2013, Art. 1 N 23 mit Hinweisen; BGE 134 IV 297 E. 4.3.1). Die Subsumtion wäre auch nicht mit präventiven Gründen zu rechtfertigen (vgl. dazu auch Heizmann, Strafe im schweizerischen Privatrecht, 2015, § 12 N 681 ff. und 691), umso weniger als der Bundesrat befugt ist, Vollziehungsvorschriften zum Transport von Tieren zu erlassen (Art. 30 Abs. 4 SVG).

(Beschluss vom 14. Februar 2017, BEK 2016 73 = CAN 1-18 Nr. 15).

5. Strafprozessrecht

5.1 Verwertbarkeit von privaten Dashcam-Aufzeichnungen

- *Anlasslose private Dashcam-Aufzeichnungen verstossen gegen das Datenschutzrecht und sind im Strafprozess als Beweis gegen den Beschuldigten nicht verwertbar (Erw. 3 lit. b).*

Aus den Erwägungen:

3. Vorliegend erhielt die Polizei die Dashcam-Aufzeichnungen als einzigen erheblichen Beweis gegen den Beschuldigten von einem Privaten. Die Frage, ob respektive wann Beweisverbote auch greifen, wenn nicht staatliche Hoheitsträger, sondern Privatpersonen Beweismittel sammeln, wird in der StPO nicht explizit beantwortet. Das Bundesgericht hält es für überzeugend, von Privaten rechtswidrig erlangte Beweismittel nur dann als verwertbar zu betrachten, wenn sie von den Strafverfolgungsbehörden hätten erlangt werden können und kumulativ dazu eine Interessenabwägung für die Verwertung spricht (BGer 1B_22/2012 vom 11. Mai 2012 E. 2.4.4). Dabei verweist das höchste Gericht auf die Doktrin, welche für die private Beweissammlung die für Strafverfolgungsbehörden aufgestellten Beweiserhebungsregeln zwar nicht vollumfänglich, aber die allgemeinen Rechtsregeln dermassen gelten lassen will, dass kein Anreiz zu Selbstjustiz besteht (vgl. Gless, BSK, ²2014, Art. 141 StPO N 42 f.). Die hypothetische Voraussetzung, dass die Strafverfolgungsbehörden das Beweismittel hätten auf rechtmässigem Weg erlangen können müssen (so Wohlers in Donatsch/Hansjakob/Lieber, Kommentar, ²2014, Art. 141 N 8 mit Verweisen), wird in der Lehre jedoch auch kritisiert, weil sie in Bezug auf das staatliche Strafmonopol (dazu Art. 2 Abs. 1 StPO) falsche Anreize zur detektivischen Eigeninitiative setze (Riedo/Fiolka/Niggli, Strafprozessrecht, 2011, N 1079 f.; vgl. auch Riklin, OFK, ²2014, Art. 141 StPO N 4). Diese Autoren halten durch Private erlangte Beweise als verwertbar, wenn sie in Übereinstimmung mit sämtlichen rechtlichen, den Privaten verpflichtenden Vorgaben beschafft wurden. Unter solche Vorgaben sollen aber nicht Widerhandlungen gegen zivilrechtliche Regelungen wie Persönlichkeitsverletzungen fallen (Riedo/Fiolka/Niggli, a.a.O., N 1074 und 1078). Davon ist jedoch wegen fehlender einschlägiger Begründung in Übereinstimmung mit der Staatsanwaltschaft nicht auszugehen. Das Bundesgericht verneinte zwar ein staatliches Beweiserhebungsmonopol (BGer 6B_323/2013 vom 3. Juni 2013 E. 3.3), wen-

det aber weiterhin sein Prüfungsprogramm nicht nur auf strafrechtswidrige bzw. deliktische, sondern ebenfalls auf allgemein rechtswidrig von Privaten erlangte, also etwa auch auf Persönlichkeitsrechte verletzende Beweise an (BGer 6B_1310/2015 vom 17. Januar 2017 E. 5 f.; im Ergebnis auch schon CAN 2012 Nr. 36).

a) (...).

b) Das Datenschutzgesetz bezweckt den Schutz der Persönlichkeit und der Grundrechte von Personen, über die Daten bearbeitet werden (Art. 1 DSG). Dashcam-Aufzeichnungen von Daten (wie z.B. das Autokennzeichen), anhand deren Personen bestimmbar sind, betreffen Personendaten im Sinne von Art. 3 lit. a DSG und fallen daher in den auch durch private Datenbearbeiter einzuhaltenden Schutzbereich von Art. 13 Abs. 2 BV (Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung, vgl. BGE 140 I 2 E. 9.1; Schweizer, St. Galler Kommentar, ³2014, Art. 13 BV N 84; Diggelmann, BSK, 2015, Art. 13 BV N 33; Fiolka, BSK, ²2014, Art. 95 StPO N 6 und 8) und damit unter das Datenschutzrecht (vgl. Mohler, Grundzüge des Polizeirechts in der Schweiz, 2012, N 457 f. und N 1171 f.). Personendaten dürfen nur rechtmässig bearbeitet werden (Art. 4 Abs. 1 DSG). Ihre Bearbeitung hat nach Treu und Glauben zu erfolgen und muss verhältnismässig (Art. 4 Abs. 2 DSG) sowie ihre Beschaffung und der Zweck ihrer Bearbeitung für die betroffene Person erkennbar (Art. 4 Abs. 4 DSG) sein. Wer Personendaten bearbeitet, darf dabei die Persönlichkeit der betroffenen Personen nicht widerrechtlich verletzen (Art. 12 Abs. 1 DSG). Jede Persönlichkeitsverletzung ist dabei zunächst widerrechtlich (Wermelinger, DSG SHK, 2015, Art. 12 DSG N 3; Rampini, BSK, ³2014, Vorbem. zu Art. 12 DSG N 4; Aebi-Müller, CHK³, ZGB 28 N 29) und bleibt es, wenn sie nicht durch die Einwilligung des Verletzten, durch ein überwiegendes privates oder öffentliches Interesse oder durch Gesetz gerechtfertigt ist (Art. 28 Abs. 2 ZGB bzw. Art. 13 Abs. 1 DSG). Werden bei der Bearbeitung von Personendaten, also bei jedem Umgang mit ihnen (Art. 3 lit. e DSG; vgl. auch Mohler, a.a.O., N 1164), die Grundsätze von Art. 4 DSG nicht beachtet (Art. 12 Abs. 2 lit. a DSG), ist die Rechtfertigung der Persönlichkeitsverletzung nach allerdings nicht unbestrittener Auffassung zwar nicht generell ausgeschlossen, im konkreten Fall aber nur mit grosser Zurückhaltung zu bejahen (vgl. Wermelinger, a.a.O., Art. 12 DSG N 4 f.; BGE 138 II 346 E. 7.2; Rampini, a.a.O., Art. 12 DSG N 9b).

Der Beschuldigte muss es grundsätzlich nicht hinnehmen, in der Öffentlichkeit in Wort, Bild oder Ton aufgezeichnet zu werden (vgl. Breitenmoser, St. Galler Kommentar, ³2014, Art. 13 BV N 14). Wird ein

A 5.1

aufgezeichnetes Kennzeichen durch Vergrößerung zur Identifikation des Fahrzeughalters ablesbar gemacht, wird die informationelle Integrität des den Wagen lenkenden Halters beeinträchtigt und damit seine Persönlichkeit verletzt (dazu vgl. etwa Aebi-Müller, *CHK*³, ZGB 28 N 3; Wermelinger, a.a.O., 2015, Art. 12 DSG N 2; auch BGE 138 II 146 E. 10.2 und 10.6.2). Vorliegend liegt keine Einwilligung des Beschuldigten in die ständigen Dashcam-Aufzeichnungen vor und diese sind auch nicht durch ein Gesetz gerechtfertigt. Es kann nicht die Rede davon sein, dass der Beschuldigte seine Daten allgemein im Sinne von Art. 12 Abs. 3 DSG zugänglich machen wollte, weil allein der Umstand, dass er auf einer öffentlichen Strasse fuhr, nicht bedeutet, dass er seine Personendaten Aufzeichnungen zugänglich machte (Wermelinger, a.a.O., N 10; vgl. dazu auch noch unten lit. bb). Mithin ist zu prüfen, ob die Persönlichkeitsverletzung durch ein überwiegendes privates oder öffentliches Interesse gerechtfertigt ist.

aa) Gestützt auf die abstrakte Möglichkeit verkehrspolizeilicher bzw. präventiv-polizeilicher Aufgaben ging der Vorderrichter davon aus, dass die Polizei vorliegend berechtigt gewesen wäre, das Verhalten der Verkehrsteilnehmer zu kontrollieren und aufzuzeichnen, ohne dass sie hierfür einen konkreten Tatverdacht benötigt hätte. Die Erfüllung polizeilicher Aufgaben besteht heute wesentlich und permanent aus der Bearbeitung von zumeist personenbezogenen Daten im Schutzbereich der informationellen Selbstbestimmung (Mohler, a.a.O., N 456). Der Einsatz von technischen Hilfsmitteln ist der Polizei in ihrer nicht einfach rund um die Uhr flächendeckend zulässigen Kontrolltätigkeit (vgl. entsprechend Art. 5 und 9 Abs. 1 SKV) indes konkret nur beschränkt möglich. Die verkehrspolizeilichen Kontrollen sind schwerpunktmässig nach sicherheitsrelevantem Fehlverhalten und Gefahrenstellen auszurichten (Art. 5 Abs. 1 SKV). Nach § 9a PolG (SRSZ 520.110) kann die Polizei bei den örtlich und zeitlich begrenzten Beobachtungen Überwachungsgeräte auch nur einsetzen, wenn konkrete Anzeichen bestehen, dass es zu strafbaren Handlungen kommen könnte. Abgesehen davon dürfen präventiv-polizeiliche Kontrollmöglichkeiten im Bereich der Verkehrssicherheit nicht zur Umgehung strafprozessualer Schranken der Beweissammlung führen (Gless, BSK, ²2014, Art. 141 StPO N 38). Strafprozessual stellt es eine unzulässige „fishing-expedition“ (vgl. dazu etwa CAN 2012 Nr. 36 E. 2.4) und einen Verstoss gegen den Grundsatz transparenter Personendatenbeschaffung (Art. 95 StPO; vgl. auch Rhyner, VSKC-Handbuch, S. 141) dar, sollten Polizeipatrouillen unterwegs verdeckt ohne konkreten Verdacht, das Verkehrsgeschehen flächendeckend und

anlasslos ständig filmen. Daran ändert nichts, dass allgemein bekannt ist, dass auf Strassen gegen die Verkehrsregeln verstossen wird.

Vorliegend konnte die Polizei den Beschuldigten nur eruieren, weil der Fahrlehrer den Verkehr anlasslos bzw. ohne konkreten, ihn betreffenden Anlass privat mit einer ständig eingeschalteten Dashcam aufzeichnete. Zum Zeitpunkt der Erstellung dieser Aufnahmen war die Polizei mangels Präsenz vor Ort nicht in der Lage, das verdächtige Fahrverhalten des Beschuldigten selber festzustellen (vgl. BGer 1B_22/2012 vom 11. Mai 2012 E. 2.4.4 im Unterschied zum Fall BGer 1B_2015 vom 8. Februar 2016, wo im Zeitpunkt der Tonaufnahme schon eine behördliche Überwachung möglich war, dazu BGer 6B_983/2013 vom 24. Februar 2014 E. 3.3.1). Als der Fahrlehrer seine Dashcam einschaltete, fehlte es an einer Straftat und es bestand kein Anlass zu einer Kontrolle, in deren Rahmen die Polizei hätte Verdacht schöpfen, einem allfälligen Verdächtigen mit eingeschaltetem Videogerät nachfahren und diesen eruieren können. Es kann also nicht davon ausgegangen werden, dass die Beweise durch die zuständigen Strafverfolgungsbehörden hätten erlangt werden können.

bb) Für das Interesse des Beschuldigten an der Nichtverwertung der Aufzeichnungen ist an sich nicht sein Bedürfnis, der Strafe zu entgehen, sondern sein Recht auf informationelle Selbstbestimmung respektive auf Datenschutz massgeblich. Dieses Recht kann nicht ausgeübt werden, wenn private oder polizeiliche Datenbearbeiter verdeckt vorgehen und nicht offenlegen, wann sie Daten beschaffen und bearbeiten. Werden die Daten dann in einem Strafverfahren verwendet, droht ein Beschuldigter nicht nur zum blossen Informations- oder Beweisobjekt degradiert, sondern auch unfair behandelt zu werden. Die Aufzeichnungen, mithin die Beschaffung seiner Personendaten, waren dem Beschuldigten vorliegend nicht erkennbar (im Unterschied zu Aufzeichnungen durch offensichtlich oder mit Hinweistafeln positionierten Kameras im öffentlichen Raum). Zwar nahm er durch seine Fahrweise wohl billigend in Kauf, andere Verkehrsteilnehmer auf sich aufmerksam zu machen. Trotzdem verliert er nicht den Schutz vor verdeckter Datenbeschaffung und -bearbeitung, da er nicht damit rechnen muss, durch anlasslose, permanente private Aufzeichnungen identifizierbar erfasst zu werden, die nicht nur seine Privatsphäre, sondern potentiell auch diejenige einer unbestimmten Anzahl weiterer Verkehrsteilnehmer tangieren (vgl. noch unten lit. cc in fine). Die dem Beschuldigten nicht erkennbaren Aufzeichnungen seiner Verkehrsmanöver waren mithin im Sinne von Art. 4 Abs. 4 DSGVO intransparent. Die mit der Aufnahme verbundene Persönlichkeitsverletzung des Beschuldigten betrachtete der Vorderrichter an sich zwar mit guten

A 5.1

Gründen nicht als schwerwiegend, dennoch ist die Datenaufzeichnung und -bearbeitung datenschutzrechtlich aufgrund ihrer Intransparenz nur mit grosser Zurückhaltung zu rechtfertigen.

Andererseits waren die Aufzeichnungen für den durch das Verhalten des Beschuldigten weder geschädigten noch beeinträchtigten Fahrlehrer zwecklos und somit unverhältnismässig im Sinne von Art. 4 DSGVO (vgl. etwa Rampini, a.a.O., Art. 12 DSGVO N 9 Alinea 3 und 5), weil keine privaten Interessen für die Aufzeichnungen ersichtlich sind. Weder benutzte er die Aufzeichnungen zur Instruktion eines Fahrschülers, noch drohten ihm aufgrund der dem Beschuldigten vorgeworfenen Verkehrsregelverletzungen oder einer anderen Gefahrenlage irgendwelche straf- oder zivilrechtlichen Vorwürfe zu entstehen, welche der Aufzeichnung respektive deren nachträglichen Bearbeitung in Bezug auf seine Person hätten einen nachvollziehbaren Zweck verleihen können.

cc) Allein aufgrund der Anzeige des Fahrlehrers hätte ohne die rechtswidrig beschafften bzw. bearbeiteten Aufzeichnungen kein Strafverfahren gegen einen identifizierbaren Täter eröffnet werden können. Da der Fahrlehrer zur Datenbeschaffung keine privaten Interessen hatte (oben lit. bb) und die Verkehrsregelverletzungen, obwohl sie mutmasslich grob waren, keine schwerwiegenden Straftaten sind (vgl. unten E. 4.b), ist die Verwertung der für die Polizei nicht erhältlichen (oben lit. aa) Aufzeichnungen nicht gerechtfertigt. Ansonsten würde in Kauf genommen, dass Private den verfassungsmässigen Schutz vor Datenmissbrauch aushebeln (Art. 13 Abs. 2 und Art. 35 Abs. 3 BV). Zudem würden im Vorfeld des staatlichen Strafmonopols für Personen falsche Anreize zur privaten Beweiserhebung geschaffen, ohne dass sie in einem entsprechenden Verfahren an diesen Beweisen je selber ein Interesse haben könnten. Die rechtsstaatlichen Anforderungen an eine justizförmige Strafverfolgung (siehe ebenfalls Art. 2 StPO) und die Interessen des in seiner Privatheit bzw. Freiheit rechtlich geschützten Beschuldigten an einem fairen Verfahren überwiegen bei nicht schweren Straftaten diejenigen der Strafverfolgung an der Wahrheitsfindung (dazu vgl. auch Gless, a.a.O., Art. 139 StPO N 15 f. und 28) und der Durchsetzung des staatlichen Strafanspruchs. Sie können bei der in casu gebotenen grossen Zurückhaltung nur dadurch gewahrt werden, dass die Dashcam-Aufzeichnungen als unverwertbar erklärt werden. Die nicht durch die zuständigen Strafverfolgungsbehörden ausgewählten Sequenzen aus privaten Dashcam-Aufzeichnungen dürfen daher hier im Strafverfahren nicht verwendet werden. Dagegen kommt auch nicht das Argument an, dass wer sich korrekt verhält, von Dashcam-Aufzeichnungen wie den vorliegenden nichts zu befürchten hätte. Zum einen ist Korrektheit nicht unantastbar:

Was vor verhältnismässig kurzer Zeit allgemein noch verpönt, ja gar strafbar war, ist heute „en vogue“; was vorliegend als unkorrekt betrachtet wird (Rechtsüberholen an sich), ist andernorts erlaubt. Zum andern schützt das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung prinzipiell auch unübliche Lebensformen inklusive ihrer Moralvorstellungen.

(Urteil vom 20. Juni 2017, STK 2017 1 = CAN 1-18 Nr. 17 mit Bemerkungen, vgl. auch AJP 2/2018 S. 155 ff.).

5.2 Untersuchungshaft nach Suizidversuch

- *Die nachträgliche Haftanordnung ist nur möglich, wenn nach wie vor Haftgründe bestehen und Ersatzmassnahmen nicht mehr genügen (Erw. 3.a).*
- *Der Suizidversuch erhöhte das Gefährdungspotential nicht derart, dass Untersuchungshaft anzuordnen war (Erw. 3.c).*
- *Strafprozessuale Zwangsmassnahmen dürfen nicht erwachsenenschutzrechtlich gebotene Massnahmen ersetzen (Erw. 4).*

Aus den Erwägungen:

3. (...).

a) (...). Die Untersuchungshaft wird nicht damit begründet, dass der Beschuldigte gegen die ersatzweise angeordneten Auflagen verstossen hätte. Dazu bestünde auch kein Anlass, nachdem abgesehen vom zugegebenen Alkoholkonsum beim Suizidversuch keine Verstösse ersichtlich sind. Es stellt sich mithin einzig die Frage, ob der Suizidversuch des Beschuldigten neu Untersuchungshaft rechtfertigende Ausführungs- oder Wiederholungsgefahr annehmen lassen. Die nachträgliche Haftanordnung ist nur möglich, wenn nach wie vor Haftgründe bestehen und Ersatzmassnahmen nicht mehr genügen (Schmid, PK, ²2013, Art. 237 StPO N 20).

b) Die neue verschärfte Gefährdungslage wird im Wesentlichen damit begründet, dass die telefonisch angefragte und in tatsächlicher Hinsicht von der fallführenden Staatsanwältin instruierte Psychologin ihre erste Einschätzung bezüglich der Ausführungsgefahr vom 12. Januar 2017 aufgrund des Suizidversuchs und der angeblichen daran anschliessenden Aggressivität des Beschuldigten gegenüber Polizei und Feuerwehr sowie des absichtlichen Verursachens eines Feuers mit Rauchgasentwicklung

A 5.2

in einem Mehrfamilienhaus revidierte. Sie befürchtet nun, dass der Beschuldigte die Bereitschaft in sich trage, nicht nur sich etwas anzutun, sondern auch das Leben anderer zu gefährden. Folgedessen sowie aufgrund einer polizeilichen Gefährderansprache und der Feststellung, dass sich die persönliche Situation des Beschuldigten zugespitzt habe, rechtfertigt die Zwangsmassnahmenrichterin die zur näheren forensischen Begutachtung angeordnete Untersuchungshaft damit, dass vom Beschuldigten derzeit eine ernsthaft erhöhte Gefahr ausgehe.

c) Das Widerstandsverhalten des Beschuldigten bei der Festnahme vermag kein ernsthaftes Gefährdungspotential zu begründen; denn es ist zum einen nicht näher dokumentiert und wird zum anderen durch den Beschuldigten, welcher sich daran nicht erinnern können will, plausibel mit seiner „extremen Situation“ erklärt. Letzteres entschuldigt allenfalls nicht seinen gewalttätigen Widerstand gegen Behörden. Indes lässt sich daraus nicht ableiten, dass von ihm im Allgemeinen eine ernsthafte erhöhte Gefahr für Dritte ausgehe. Eine solche Schlussfolgerung lässt sich auch nicht aus der Art und Weise seines Suizidversuchs ziehen, umso weniger als die kantonale Staatsanwaltschaft keine Strafuntersuchung wegen Brandstiftung eröffnete und trotz amtsärztlich bestätigter Haftersuchungsfähigkeit keine Untersuchungshaft anordnen wollte. Ein Suizidversuch an sich begründet keinen hinreichenden strafprozessualen Tatverdacht und rechtfertigt daher keine strafprozessualen Zwangsmassnahmen (Art. 197 StPO) und im vorliegenden Fall war der Versuch nicht auf den Einbezug von Drittpersonen angelegt. Es ist deshalb nicht nachvollziehbar, dass der Suizidversuch das Gefährdungspotential derart erhöht haben soll, dass Untersuchungshaft anzuordnen wäre. Der Beschuldigte äusserte bereits in seinen verbalen Ausfällen gegenüber X. im Herbst 2016 im Zusammenhang mit Suizidgedanken Fantasien über Gewalt gegenüber Dritten, was die von der Staatsanwältin konsultierte Psychologin in ihrer ersten Einschätzung noch nicht für besonders gefährlich hielt und den zuständigen Behörden keinen Anlass zur (allenfalls stationären) forensischen Exploration des Beschuldigten gab. Angesichts der von der Vorderrichterin in Darlegung der Voraussetzungen von Wiederholungs- bzw. Ausführungsgefahr zitierten, restriktiven Rechtsprechung bestehen deshalb aufgrund des Suizidversuchs und des angeblichen Widerstands bei der polizeilichen Festnahme zu wenig konkrete Anhaltspunkte, um die Anordnung von Untersuchungshaft, der härtesten strafprozessualen Zwangsmassnahme, zu rechtfertigen, zumal dem Beschuldigten keine schwerwiegenden Verstösse gegen die Auflagen der Ersatzmassnahmen vorgeworfen werden. Dazu besteht umso weniger Anlass, als nach persönlicher amtsärztlicher Untersuchung von einer

fürsorgerischen Unterbringung des Beschuldigten zum Schutz vor sich selbst abgesehen wurde.

d) Mangels erheblich verschärfter Gefährdungslage erweist sich daher die Anordnung von Untersuchungshaft als unzulässig bzw. unverhältnismässig. Mit guten Gründen sah die Staatsanwaltschaft vorliegend von einem Antrag einer strafprozessualen, stationären Begutachtung nach den Voraussetzungen von Art. 186 StPO ab (vgl. dazu BEK 2015 146 vom 9. November 2015 E. 4.d), nachdem weder sie noch die KESB, deren Einbezug soweit ersichtlich nicht aktenkundig ist, den Beschuldigten trotz der sich zuspitzenden, seit längerem bekannten, persönlichen Verzweiflung explorieren liessen. Umso weniger darf zu diesem Zweck nun plötzlich Untersuchungshaft eingesetzt werden (dazu vgl. auch Heer, BSK, ²2014, Art. 186 StPO N 2).

4. Aufgrund der Zuspitzung des psychischen Zustands des Beschuldigten ist vorliegend namentlich auch aufgrund der Beurteilung des kantonalen Bedrohungsmanagements der Kantonspolizei Schwyz nicht auszuschliessen, dass er erwachsenenschutzrechtlicher Massnahmen bedarf. Es rechtfertigt sich deshalb, den Behörden zur Ablösung der Untersuchungshaft durch die vom Bedrohungsmanagement empfohlenen engmaschigeren Ersatzmassnahmen (namentlich betreffend die Kontrolle des Alkoholkonsums) oder allenfalls einer fürsorgerischen Unterbringung nach Art. 426 ff. ZGB noch etwas Zeit einzuräumen (vgl. dazu BEK 2015 146 vom 9. November 2015 E. 5 mit Hinweisen zu einem Fall mit fehlenden speziellen Haftgründen). Selbst die fürsorgerische Unterbringung muss gewöhnlich umgehend vollzogen werden können. Es genügt daher, die Staatsanwaltschaft anzuweisen, den Beschuldigten innert drei Tagen nach Eröffnung des vorliegenden Beschlusses nach Absprache mit der zuständigen KESB aus der Untersuchungshaft zu entlassen. Im Übrigen wies das Kantonsgericht in ähnlichen Haftfällen in den letzten Jahren schon mehrfach auf den Koordinationsbedarf mit den Erwachsenenschutzbehörden und darauf hin, dass strafprozessuale Zwangsmassnahmen nicht erwachsenenschutzrechtlich gebotene Massnahmen ersetzen dürfen (BEK 2014 40 vom 22. April 2014 E. 5; BEK 2015 146 vom 9. November 2015 E. 5; BEK 2016 32 vom 31. März 2016 E. 6 = EGV-SZ 2016 A 5.2). Zur Koordination sind die Behörden verfassungsmässig verpflichtet, wobei sich an gesetzlichen Aufgaben und Zuständigkeiten auch in der interdisziplinären Zusammenarbeit nichts ändert und jede einzelne Stelle für die rechtmässige und fachlich richtige Erfüllung in ihrem Bereich verantwortlich bleibt (Art. 5, 7 ff. und 29 ff. BV; vgl. auch Art. 75 StPO und Art. 443, 448 und 453 ZGB). In diesem Sinn ist

A 5.3

es bereits in der Polizeiarbeit erheblich, zwischen sicherheits- und gerichtspolizeilichen Aspekten zu differenzieren und hat die Staatsanwaltschaft zu vermeiden, dass Zwangsmassnahmen sicherheitspolizeiliche Erfordernisse abdecken. In Fallkonstellationen wie der vorliegenden haben daher die Strafverfolgungsbehörden künftig mit Entlassungen aus ungerechtfertigt angeordneter Untersuchungshaft zu rechnen, falls entsprechende Koordinationsbemühungen und Klärungen der Verantwortlichkeiten mit den zuständigen, inzwischen professionalisierten Erwachsenenschutzbehörden nicht inhaltlich aktenkundig bzw. dokumentiert sind. Dies hat das Zwangsmassnahmengericht zu prüfen und in Berücksichtigung zeitlicher Engpässe der Strafverfolgungsbehörden in die Entscheidungsfindung über Untersuchungshaft miteinzubeziehen.

(Beschluss vom 2. Mai 2017, BEK 2017 74).

5.3 Richterliche Einstellungskompetenzen

- *Über eine Rückweisung oder Einstellung nach Art. 329 StPO entscheidet das Gericht und nicht die Verfahrensleitung (Erw. 2.a und 2.b).*
- *Die Einstellungsverfügung eines weder als Verfahrensleiter noch als Einzelrichter zuständigen Richters ist nichtig (Erw. 2.c).*

Aus den Erwägungen:

2. Die Verfahrensleitung prüft, ob die Anklageschrift und die Akten ordnungsgemäss erstellt sind, die Prozessvoraussetzungen erfüllt sind und Verfahrenshindernisse bestehen (Art. 329 Abs. 1 StPO). Kann ein Urteil definitiv nicht ergehen, so stellt das Gericht das Verfahren ein, nachdem es den Parteien und weiteren durch die Einstellung beschwerten Dritten das rechtliche Gehör gewährt hat (Art. 329 Abs. 4 StPO). Aus dem Wortlaut der vorerwähnten Bestimmungen geht klar hervor, dass die Verfahrensleitung Anklage, Akten und Prozessvoraussetzungen zu prüfen, indes das Gericht und nicht die Verfahrensleitung einen Einstellungsentscheid auszufällen hat (vgl. auch Riklin, OFK, ²2014, Art. 329 StPO N 9; Stephenson/Zalunardo-Walser, BSK, ²2014, Art. 329 StPO N 8). Bund und Kanton können für Verbrechen und Vergehen vorbehaltlich einer beantragten Strafe von über zwei Jahren Freiheitsstrafe als erstinstanzliches Gericht jedoch ein Einzelgericht vorsehen (Art. 19 Abs. 2 lit. b StPO).

a) Die Beurteilung der Anklage eines UWG-Vergehens von Art. 23 Abs. 1 i.V.m. Art. 3 Abs. 1 lit. b UWG fällt nicht in die einzelrichterliche Kompetenz (§ 32 Abs. 3 JG). Insoweit durfte der Vizepräsident mithin das Verfahren nicht als in der Sache zuständiger Einzelrichter einstellen, sondern hätte als Verfahrensleiter die anderen Mitglieder des Gerichts über seine Erkenntnisse orientieren und ihnen Antrag über das weitere Vorgehen stellen müssen (vgl. Griesser in Donatsch/Hansjakob/Lieber, Kommentar, ²2014, Art. 329 StPO N 16 mit Hinweis auf BBl 2006 II S. 1278 f.; auch Stephenson/Zalunardo-Walser, BSK, ²2014, Art. 329 StPO N 8, 11 und 13).

b) Indes kann über Nichteintreten sowie Verfahrensabschreibungen nach § 40 Abs. 2 JG einzelrichterlich entschieden werden. Unter diese Kompetenz sollen in Fortführung des alten kantonalen Prozessrechts auch strafprozessuale Einstellungsentscheide vor der Hauptverhandlung fallen (JHB-SZ § 40 N 2 mit Verweis auf § 78 Abs. 3 aStPO). Ob dies zutrifft und in vorliegendem Fall trotz der Zuständigkeit des Kollegialgerichts in der Sache (vgl. oben lit. a) eine einzelrichterliche Einstellung zulässig ist, bleibt zu prüfen, macht doch die Staatsanwaltschaft nicht geltend, eine Freiheitsstrafe von mehr als zwei Jahren zu verlangen (vgl. dazu Art. 19 Abs. 2 lit. b StPO).

aa) Die gerichtliche Einstellungskompetenz von § 78 Abs. 3 aStPO, wonach der Präsident zur Einstellung des Verfahrens nur zuständig war, wenn die Voraussetzungen der Strafverfolgung vor der Eröffnung der Hauptverhandlung nicht mehr gegeben waren, war schon im alten kantonalen Prozessrecht gegenüber den Einstellungsmöglichkeiten der Staatsanwaltschaft (§ 70 Abs. 1 aStPO) eingeschränkt (vgl. auch RK2 2005 91 vom 29. September 2005 E. 2.b nicht publ. in EGV-SZ 2005 A 5.2). Auch im neuen Recht kommen die gerichtlichen Einstellungskompetenzen nach Art. 329 Abs. 4 StPO nicht denjenigen der Staatsanwaltschaft gleich (a.M. ohne weitere Ausführungen Griesser, a.a.O., N 28). Sie erschöpfen sich – abgesehen von den Möglichkeiten nach Art. 8 bzw. Art. 319 Abs. 1 lit. e StPO – in Art. 319 Abs. 1 lit. d StPO entsprechenden prozessrechtlichen Umständen, denn sie sind auf das Prüfungsprogramm der Verfahrensleitung, also die ordnungsgemässe Erstellung der Anklage, der Prozessvoraussetzungen und Verfahrenshindernisse beschränkt (vgl. Riklin, OFK, ²2014, Art. 329 StPO N 1). Kann die Staatsanwaltschaft mit Sachverhaltsfeststellungen (dazu vgl. BGer 6B_1358/2016 vom 1. Juni 2017, E. 2.3.2) den materiellrechtlichen Ausgang prognostizierend das Verfahren einstellen, nämlich dann, wenn der Tatverdacht die Anklage nicht rechtfertigt (Art. 319 Abs. 1 lit. a StPO), der Straftatbe-

A 5.3

stand nicht erfüllt ist (ebd. lit. b) oder Rechtfertigungsgründe diesen unanwendbar machen (ebd. lit. c), muss das Gericht über eine erhobene Anklage in der Sache entscheiden (Art. 351 Abs. 1 StPO; vgl. BGer 6B_991/2013 vom 24. April 2014, E. 2.3 und 2.4.1), wobei es an den darin umschriebenen Sachverhalt gebunden ist, nicht aber an die dabei vorgenommene rechtliche Würdigung (Art. 350 Abs. 1 StPO).

bb) Nach Auffassung des Vorderrichters enthalte die Anklage nicht denjenigen Sachverhalt, für den der Strafantrag gestellt worden sei. Dies ist indes kein prozessrechtlicher Einstellungsgrund, sondern ein Entscheid darüber, ob die Anklagevorwürfe in (verbindlicher) tatsächlicher Hinsicht begründet sind. Ist die Verfahrensleitung der Ansicht, dass sich die Anklage nicht mit dem Tatgeschehen, wie es die Geschädigte in dem als gültigen Strafantrag anerkannten Protokoll der Einvernahme vom 7. Februar 2011 darstellt, deckt, hat nicht sie, sondern das Gericht entweder das Verfahren zur Anklageergänzung und -berichtigung an die Staatsanwaltschaft zurückzuweisen (Art. 329 Abs. 2 StPO) oder über die Anklage materiell zu entscheiden und den Beschuldigten allenfalls freizusprechen (vgl. oben lit. aa).

cc) Ebenso wenig lässt sich vorliegend eine einzelrichterliche Kompetenz nach § 40 Abs. 2 JG mit dem Argument begründen, für den angeklagten Sachverhalt fehle ein gültiger Strafantrag, nachdem der Vorderrichter in der von der Staatsanwaltschaft wegen UWG-Widerhandlungen eröffneten und abgeschlossenen Untersuchung von einem gültigen Strafantrag bezüglich der untersuchten Lebensvorgänge ausgeht. (...).

dd) Es kann offengelassen werden, ob das kantonale Recht überhaupt bzw. im Rahmen von Art. 19 Abs. 2 StPO in die nach Art. 329 StPO vorgegebenen und hier auseinanderfallenden Kompetenzen von Verfahrensleitung und Sachgericht eingreifen darf. § 40 Abs. 2 JG rechtfertigte es nur, einen allenfalls Prozessvoraussetzungen bzw. -hindernisse betreffenden einzelrichterlichen Einstellungsentscheid auszufällen, was nach dem Gesagten in casu nicht der Fall war. Es ist mit dem Bundesrecht offensichtlich nicht vereinbar (vgl. Art. 2 StPO), dem in der Sache zuständigen Kollegialgericht die Möglichkeit zu nehmen, die Anklage zur inhaltlichen Anpassung zurückzuweisen, um die Sache adäquat beurteilen zu können. Daran ändert nichts, dass dies angesichts § 40 Abs. 2 JG im erstinstanzlichen Richteralltag nicht unbedingt selbstverständlich ist. Bis zur Behandlung der Vorfragen kann zudem auch die Staatsanwaltschaft von sich aus die Anklage zurückziehen (e contrario Art. 340 Abs. 1 lit. b StPO).

c) Fehlerhafte Hoheitsakte sind in der Regel nicht nichtig, sondern nur anfechtbar, und sie werden durch Nichtanfechtung rechtsgültig. Nichtigkeit, d.h. absolute Unwirksamkeit einer Verfügung, wird nur angenommen, wenn der ihr anhaftende Mangel besonders schwer wiegt, wenn er offensichtlich oder zumindest leicht erkennbar ist und wenn zudem die Rechtssicherheit durch die Annahme der Nichtigkeit nicht ernsthaft gefährdet wird. Inhaltliche Mängel haben nur in seltenen Ausnahmefällen die Nichtigkeit einer Verfügung zur Folge. Als Nichtigkeitsgründe fallen hauptsächlich funktionelle und sachliche Unzuständigkeit einer Behörde sowie schwer wiegende Verfahrensfehler in Betracht (BGE 132 II 21 E. 3.1 S. 27 mit Hinweisen; EGV-SZ 2015 A 5.3 E. 3). Sachliche Unzuständigkeit im Strafprozess soll jedoch nicht ohne weiteres Nichtigkeit von Amtshandlungen zur Folge haben und allgemein dann nicht, wenn der verfügenden Behörde auf dem betreffenden Gebiet allgemeine Entscheidungsgewalt zukommt oder der Schluss auf Nichtigkeit sich mit der Rechtssicherheit nicht verträgt (BEK 2013 13 und 93 vom 7. Februar 2014 E. 9.b mit Hinweisen). Nach dem Gesagten (oben lit. a und b) ist der Vorderrichter weder als Verfahrensleiter noch Einzelrichter allgemein einstellungszuständig, weshalb seine von der Staatsanwaltschaft angefochtene Verfügung nichtig ist. Die Nichtigkeit ist jederzeit von Amtes wegen festzustellen, weshalb sich die weitere Fortsetzung des Beschwerdeverfahrens (Art. 397 Abs. 1 i.V.m. Art. 390 Abs. 2 ff. StPO) und die Prüfung der staatsanwaltschaftlichen Beschwerdegründe erübrigt.

(Beschluss vom 11. Juli 2017, BEK 2017 79).

5.4 Unentgeltliche Rechtspflege, Vertretungsbeistand

- *Weil die Unterhaltspflicht der Eltern gegenüber minderjährigen Kindern den Rechtsschutz beinhaltet, sind bei einem Gesuch des minderjährigen Kindes um unentgeltliche Rechtspflege auch die finanziellen Verhältnisse der Eltern zu berücksichtigen (Erw. 2.a).*
- *Wird einem minderjährigen Kind in einem Strafverfahren gegen die Eltern oder einen Elternteil als Vertretungsbeistand i.S.v. Art. 306 Abs. 2 ZGB eine Rechtsanwältin oder ein Rechtsanwalt bestellt, so steht dem Kind damit eine kompetente gesetzliche Vertretung zur Seite, weshalb es darüber hinaus keiner unentgeltlichen Rechtsvertretung bedarf. In dieser Sachverhaltskonstellation ist die Rechtsanwältin oder der Rechtsanwalt für den ihr/ihm im Strafverfahren entstandenen Aufwand als gesetzliche Vertreterin resp. als gesetzlicher Vertreter und*

A 5.4

nicht im Rahmen der unentgeltlichen Rechtspflege zu entschädigen (Erw. 3.c).

Aus den Erwägungen:

2. a) Gemäss Art. 29 Abs. 3 BV hat jede Person, die nicht über die erforderlichen Mittel verfügt, Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint. Soweit es zur Wahrung ihrer Rechte notwendig ist, hat sie ausserdem Anspruch auf unentgeltliche Rechtsbeistandung. Art. 136 StPO konkretisiert die Voraussetzungen der unentgeltlichen Rechtspflege für die Privatklägerschaft im Strafverfahren (BGer 1B_231/2016 vom 27. September 2016, E. 2.2.2). (...).

Bedürftigkeit im Sinne von Art. 136 Abs. 1 lit. a StPO bzw. Art. 29 Abs. 3 BV setzt voraus, dass die betroffene Person nicht in der Lage ist, für die durch ein Verfahren verursachten Kosten aufzukommen, ohne Mittel zu beanspruchen, die zur Deckung des Grundbedarfs für sie und die Familie erforderlich sind (BGer 1B_389/2015 vom 7. Januar 2016, E. 5.3, m.w.H., BGE 127 I 202, E. 3.b). (...). Zu berücksichtigen sind dabei auch die Mittel unterstützungspflichtiger Personen, insbesondere jene des Ehegatten. Die Pflicht des Staats, der bedürftigen Partei die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren, geht der Beistands- und Beitragspflicht aus Familienrecht nach (BGer 1B_389/2015 vom 7. Januar 2016, E. 5.3, m.w.H.). Dies gilt auch im Verhältnis zwischen Kind und Eltern: Nach Rechtsprechung und Lehre gehört zur Unterhaltspflicht der Eltern gegenüber minderjährigen Kindern auch der Rechtsschutz. Die Eltern sind gehalten, für die Prozesskosten eines minderjährigen Kindes aufzukommen. Bei der Beurteilung der Frage, ob ein minderjähriges Kind bedürftig sei, dürfen deshalb auch die finanziellen Verhältnisse der Eltern berücksichtigt werden (BGE 127 I 202, E. 3.c).

(...). Die Voraussetzung der genügenden Prozesschancen ist bei der Adhäsionsklage regelmässig erfüllt. Eine aussichtslose Zivilklage ist wohl nur im Rahmen eines aussichtslosen Strafverfahrens denkbar, bei welchem gleich die Nichtanhandnahme bzw. die Einstellung verfügt werden muss, oder wenn beim Gesuchsteller die Voraussetzungen für die Konstituierung als Privatkläger offensichtlich fehlen (Mazzucchelli/Postizzi, in: Niggli/Heer/Wiprächtiger [Hrsg.], Basler Kommentar Schweizerische Strafprozessordnung, 2. Auflage, Basel 2014, Art. 136 N 15; BEK 2015 105 vom 26. November 2015, E. 3.b; BEK 2016 85 vom 27. Dezember 2016, E. 2.c). (...).

b) (...). Die Vorinstanz verkennt mit ihrer Argumentation, die Entschädigung werde wohl nur sehr bescheiden ausfallen, dass das Erfordernis der fehlenden Aussichtslosigkeit in erster Linie an die Prognose der Gutheissung des Begehrens der Zivilklägerschaft anknüpft. Die Höhe der geltend gemachten Forderung ist nur insofern für die Beurteilung massgebend, als zu fragen ist, ob die Forderung der Zivilklägerschaft auch in ihrer Höhe als chancenreich bzw. realistisch erscheint. Weil die Beschwerdeführerin ihre Forderung jedoch noch nicht bezifferte, kann diese Frage vorliegend nicht zum Nachteil der Beschwerdeführerin beantwortet werden.

Der Umstand, dass der Beschuldigte zur Zeit weder über Einkommen noch über Vermögen verfügt, erhöht die Verlustgefahren ebenfalls nicht, weil – wie erwähnt – an die Prozesschancen anzuknüpfen ist und nicht daran, ob die wahrscheinlich gutzuheissende Forderung nach rechtskräftiger Beurteilung vollstreckt werden könnte. Und selbst wenn in Berücksichtigung des in der Praxis gebildeten Kriteriums, wonach zu fragen ist, ob eine über die nötigen finanziellen Mittel verfügende Partei sich bei vernünftiger Überlegung zum Prozess entschliessen würde, die Vollstreckbarkeit der Forderung gleichwohl in die Prüfung einzubeziehen ist, könnten die Chancen der Durchsetzbarkeit der Forderung vorliegend nicht als beträchtlich geringer bezeichnet werden. Der rund 38-jährige Beschuldigte könnte im Laufe der Verjährungsfrist (vgl. Art. 60 OR) wieder eine Erwerbstätigkeit aufnehmen, welche eine Begleichung der gerichtlich festgestellten Forderung der Beschwerdeführerin erlauben würde. Hinzu kommt, dass die Verjährung für Forderungen der Kinder gegen die Eltern bis zur Volljährigkeit der Kinder nicht beginnt resp. still steht, falls sie begonnen hat (Art. 134 Abs. 1 Ziff. 1 OR). Das gilt insbesondere auch für Forderungen des Kindes gegen seine Eltern aus unerlaubter Handlung (Däppen, in: Honsell/Vogt/Wiegand [Hrsg.], Basler Kommentar Obligationenrecht I, 6. Auflage, Basel 2015, Art. 134 N 2). Die noch zu beziffernde Zivilforderung der Beschwerdeführerin kann folglich mitnichten als aussichtslos bezeichnet werden.

c) Aufgrund des Alters der Beschwerdeführerin ist offensichtlich, dass sie über kein Erwerbseinkommen verfügt. Es sind daher die finanziellen Verhältnisse ihrer Eltern zu berücksichtigen. Der Vater der Beschwerdeführerin, der Beschuldigte, erklärte am 27. März 2017, über kein Einkommen und kein Vermögen zu verfügen. Der eingereichte Kontoauszug vom 15. März 2017 wies per 15. Februar 2017 einen Negativsaldo von Fr. 31.62 auf. Auf dem rund fünfseitigen Auszug aus dem Betreibungsregister sind Betreibungen und Verlustscheine in Höhe von insgesamt Fr. 359'466.83 vermerkt. (...). Die Mutter der Beschwerdeführerin verdien-

A 5.4

te im Jahr 2016 im Durchschnitt monatlich Fr. 3'755.10 netto. (...). Selbst wenn der Mietzins von Fr. 2'180.00 (inkl. Nebenkosten akonto) nicht in voller Höhe berücksichtigt würde, ist offensichtlich, dass auch die Mutter der Beschwerdeführerin nicht in der Lage ist, der Beschwerdeführerin einen Prozesskostenvorschuss zu leisten bzw. die seitens der Beschwerdeführerin durch das Strafverfahren anfallenden Kosten vorzuschüssen resp. zu tragen. Damit ist ebenso die Mittellosigkeit der Beschwerdeführerin erstellt.

d) Zusammengefasst sind die Voraussetzungen für die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege – Mittellosigkeit und fehlende Aussichtslosigkeit der Rechtsbegehren (Art. 136 Abs. 1 StPO) – erfüllt. Die Beschwerdeführerin ist deshalb von allfälligen Vorschuss- und Sicherheitsleistungen (Art. 136 Abs. 2 lit. a StPO) sowie der allfälligen Tragung der Verfahrenskosten (Art. 136 Abs. 2 lit. b StPO) befreit. Die Beschwerde erweist sich in diesem Umfang als begründet.

3. a) Die unentgeltliche Rechtspflege umfasst neben der Befreiung von Vorschuss- und Sicherheitsleistungen (lit. a) und der Befreiung von Verfahrenskosten (lit. b) die Bestellung eines Rechtsbeistands, wenn dies zur Wahrung der Rechte der Privatklägerschaft notwendig ist (lit. c, Art. 136 Abs. 2 StPO). (...). Nach der restriktiven Praxis des Bundesgerichts zu Art. 29 Abs. 3 BV kann im Adhäsionsprozess der geschädigten Person i.d.R. zugemutet werden, ihre privatrechtlichen Ansprüche ohne anwaltliche Vertretung geltend zu machen. Das soll insbesondere bei Ansprüchen auf Schadenersatz und Genugtuung gelten, weil im Normalfall der Schaden leicht belegt werden kann (Mazzucchelli/Postizzi, a.a.O., Art. 136 N 18; BGE 116 Ia 459 E. 4.a; BGer 1B_153/2007 vom 25. September 2007, E. 3.3; BGer 1B_186/2007 und 1B_238/2007 vom 31. Oktober 2007, E. 4). Der Lehre zufolge ist diese Praxis indessen, ausser bei Bagatellfällen, aus Sicht des Geschädigten- und Opferschutzes nicht gerechtfertigt (Mazzucchelli/Postizzi, a.a.O., Art. 136 N 18; forumpenale 5/2013, S. 314).

b) Minderjährige sind handlungsunfähig (Art. 17 ZGB). Das gilt für urteilsunfähige Kinder vorbehaltlos (vgl. Art. 18 ff. ZGB; Affolter-Fringeli/Vogel, in: Hausheer/Walter [Hrsg.], Berner Kommentar Zivilgesetzbuch, Bern 2016, Vorbemerkungen Art. 307-327c N 136). Als Verfahrensbeteiligte eines Strafverfahrens werden minderjährige, urteilsunfähige Kinder daher durch ihre gesetzliche Vertretung vertreten (Art. 106 Abs. 2 StPO). Diese obliegt primär den Eltern (Affolter-Fringeli/Vogel, a.a.O., Vorbemerkungen Art. 307-327c N 136). Sind die Eltern am

Handeln für ihr Kind verhindert oder haben sie in einer Angelegenheit Interessen, die denen des Kindes widersprechen, so ernennt die Kinderschutzbehörde einen Beistand oder regelt diese Angelegenheit selber (Art. 306 Abs. 2 ZGB). Eine solche Interessenkollision besteht namentlich, wenn Opferrechte des Minderjährigen im Strafverfahren gegen die Eltern oder einen Elternteil gewahrt werden sollen und insbesondere auch, wenn es um die Stellung eines Strafantrages des Kindes gegen die Eltern oder einen Elternteil geht (Affolter-Fringeli/Vogel, a.a.O., Art. 306 N 41, m.w.H.). Die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde wird auf Anzeige hin tätig (vgl. Art. 443 Abs. 1 ZGB; Affolter-Fringeli/Vogel, a.a.O., Art. 306 N 45). Wer in amtlicher Tätigkeit eine Interessenkollision i.S.v. Art. 306 Abs. 2 ZGB wahrnimmt, ist zur Meldung verpflichtet (Art. 443 Abs. 2 ZGB; Affolter-Fringeli/Vogel, a.a.O., Art. 306 N 45). Es obliegt dann der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde, den Sachverhalt zu ermitteln (Art. 446 Abs. 1 ZGB), insbesondere ob eine Interessenkollision vorliegt, und zu entscheiden, ob ein Beistand zu bestellen ist (Affolter-Fringeli/Vogel, a.a.O., Art. 306 N 45). Wird ein Beistand in der entsprechenden Angelegenheit eingesetzt, so vertritt er das Kind selbst, nicht die verhinderten gesetzlichen Vertreter (Affolter-Fringeli/Vogel, a.a.O., Art. 306 N 49).

c) Die Staatsanwaltschaft ersuchte die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde am 1. September 2016 um Bestellung eines Prozessbeistands für die Beschwerdeführerin für das gegen ihren Vater geführte Strafverfahren betreffend häusliche Gewalt. Die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde bestellte der Beschwerdeführerin (und ihren Geschwistern) am folgenden Tag Rechtsanwältin X. als Vertretungsbeiständin i.S.v. Art. 306 Abs. 2 ZGB. Die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde beauftragte sie insbesondere damit, die Interessen der Beschwerdeführerin im vorliegenden Strafverfahren zu wahren. Rechtsanwältin X. vertritt die minderjährige Beschwerdeführerin im Strafverfahren somit als gesetzliche Vertreterin und nicht als (unentgeltliche) Rechtsanwältin. Sie verfügt unbestrittenermassen über die fachlichen Fähigkeiten, die Rechte der Beschwerdeführerin im Strafverfahren adäquat wahrzunehmen (vgl. BGE 116 Ia 459, E. 4.e). Der Beschwerdeführerin steht damit im Strafverfahren gegen ihren Vater eine kompetente gesetzliche Vertretung zur Seite. Der Zweck des verfassungsrechtlich und bundesgesetzlich garantierten Rechts auf unentgeltliche Rechtspflege, wonach jede betroffene Person grundsätzlich ohne Rücksicht auf ihre finanzielle Situation unter den von der Rechtsprechung umschriebenen Voraussetzungen Zugang zum Gericht und Anspruch auf Vertretung durch eine rechtskundige Vertretung haben soll (Entscheid des Zürcher Obergerichts vom 18.

A 5.5

Mai 2016, UP160014, E. 5.3, m.w.H.), ist also erfüllt. Deshalb bedarf die Beschwerdeführerin darüber hinaus keiner unentgeltlichen Rechtsvertretung. In dieser Sachverhaltskonstellation ist Rechtsanwältin X. folglich für den ihr im Strafverfahren entstehenden Aufwand als gesetzliche Vertreterin der Beschwerdeführerin und nicht im Rahmen der unentgeltlichen Rechtspflege zu entschädigen (vgl. BGer 5A_629/2015 vom 27. März 2017, E. 10, m.w.H.). Soweit die Beschwerde die abgewiesene unentgeltliche Verbeiständung im Strafverfahren betrifft, erweist sie sich als unbegründet.

(Beschluss vom 18. Mai 2017, BEK 2016 154).

5.5 Vertretungsbeistand

- *Da die Kinder in der Strafuntersuchung gegen ihren Vater wegen häuslicher Gewalt zum Nachteil ihrer Mutter möglicherweise andere Interessen als ihre Eltern haben, entfallen die Vertretungsbefugnisse der Eltern in der entsprechenden Angelegenheit (Art. 306 Abs. 3 ZGB) und ernennt die Kinderschutzbehörde einen Beistand oder regelt die Angelegenheit selbst (ebd. Abs. 2). Der Beschluss der KESB betrifft nur die Vertretung im Strafverfahren gegen den Beschuldigten wegen häuslicher Gewalt zum Nachteil seiner Ehefrau und nicht hinsichtlich einer mutmasslichen Gefährdung der Kinder. Daran ändert nichts, dass die KESB in jenem Beschluss die Möglichkeit erwog, Kinder könnten auch durch Miterleben Opfer von nicht direkt gegen sie gerichteter häuslicher Gewalt werden, zumal die Interessenswahrung der Kinder explizit nur bezüglich ihres Aussageverweigerungsrechts für angezeigt gehalten wird. Die Beiständin ist deshalb nicht beauftragt, namens der nicht prozessfähigen Kinder (Art. 106 StPO) gegen die Sistierung der Verfahren gegen den Beschuldigten wegen Ungehorsams gegen amtliche Verfügungen und Verletzung der Fürsorge- oder Erziehungspflicht zu opponieren. Auf die Beschwerde ist daher nicht einzutreten.*
(Beschluss vom 20. Februar 2017, BEK 2016 194).

6. Schuldbetreibungs- und Konkursrecht

6.1 Rechtsöffnungsverfahren, Frist zur Stellungnahme

- *Bei der Ansetzung einer Frist zur Beantwortung eines Rechtsöffnungs-gesuches, die in den Betreibungsferien endet, besteht keine Pflicht, auf die Nichtgeltung der Betreibungs- bzw. Gerichtsferien hinzuweisen (Erw. 2; vgl. auch EGV-SZ 2017 A 6.2).*

Aus den Erwägungen:

2. (...).

a) Für die Berechnung, die Einhaltung und den Lauf der Fristen gelten die Bestimmungen der Zivilprozessordnung (ZPO), sofern das Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG) nichts anderes bestimmt (Art. 31 SchKG). Mit der Einführung der Schweizerischen ZPO sollte die Abgrenzung zwischen dem Zivilprozess- und dem Betreibungsrecht nicht wesentlich geändert werden (Nordmann, BSK, ²2010, Art. 31 SchKG N 2; Staehelin, BSK Ergänzungsband, 2017, Art. 31 SchKG ad N 2 und 19). Wegen Vollzugsproblemen wurde auch davon abgesehen, die Betreibungsferien an die Gerichtsferien anzugleichen (Kren Kostkiewicz, Schuldbetreibungs- & Konkursrecht, ²2014, N 369). Die Betreibungsferien und den Rechtsstillstand sowie deren Wirkungen auf den Fristenlauf regelt das Schuldbetreibungs- und Konkursrecht namentlich in Art. 56 und 63 SchKG. Die Bestimmungen gehen als *lex specialis* dem Verweis von Art. 31 SchKG vor. Dieser bezieht sich daher nicht auf den in Art. 145 ZPO geregelten Stillstand von Fristen in den Gerichtsferien, zumal Art. 145 Abs. 4 ZPO diesbezüglich auf das SchKG zurückverweist (je Nordmann und Staehelin, a.a.O., N 19 bzw. ad N 19). Eine Pflicht zur Belehrung über die Nichtgeltung der Gerichtsferien der Zivilprozessordnung mit fristverlängernder Wirkung bei unterbliebener Belehrung ist weder in Art. 56 und 63 SchKG noch andernorts im SchKG vorgesehen (BGE 141 III 170 E. 3; Kren Kostkiewicz, OFK, ¹⁹2016, Art. 56 SchKG N 1). Ebenso wenig besteht eine Hinweispflicht auf die Nichtgeltung der Betreibungsferien (Staehelin, a.a.O., Art. 63 SchKG ad N 7 b). Das Bundesgericht liess im erwähnten Entscheid ausdrücklich offen, welche Bedeutung in dieser Konstellation dem Umstand zukommt, dass nach Art. 1 lit. c und Art. 251 ZPO die Zivilprozessordnung auf gerichtliche Verfahren im SchKG anwendbar ist.

A 6.1

b) Art. 1 lit. c ZPO wird durch das Fristenrecht des SchKG eingeschränkt, das als spezielleres Fristenrecht dasjenige der Zivilprozessordnung in gerichtlichen Angelegenheiten verdrängt, sofern das gerichtliche Verfahren die Materie von Schuldbetreibung und Konkurs betrifft, namentlich bei gerichtlichen Betreibungshandlungen (Ernst/Oberholzer, Fristen und Fristberechnung gemäss Zivilprozessordnung, 2013, N 13 f.; Sarbach, KUKO, ²2014, Art. 63 SchKG N 6). Als Betreibungshandlungen gelten Handlungen eines Rechtsöffnungsrichters, die in die Rechtsstellung des Schuldners eingreifen und die auf die Einleitung und Fortsetzung des Verfahrens gerichtet sind, das darauf abzielt, den Gläubiger auf dem Weg der Zwangsvollstreckung aus dem Vermögen des Schuldners zu befriedigen (EGV-SZ 2013 6.1 E. 5.b/aa), etwa die Fristansetzung zur Stellungnahme zu einem Rechtsöffnungsbegehren (Ernst/Oberholzer, a.a.O., N 15; Bauer, BSK, ²2010, Art. 56 SchKG N 25 und 29a; Sarbach, a.a.O., Art. 56 SchKG N 11; ausgehend von der Geltung der Betreibungsferien offen gelassen in BGE 138 III 483). Gelten diesfalls aber die Betreibungsferien und nicht die Gerichtsferien (Vock/Müller, SchKG-Klagen nach der Schweizerischen ZPO, 2012, S. 16; Sarbach, a.a.O., Art. 56 SchKG N 38; Staehelin, BSK Ergänzungsband, 2017, Art. 84 ad N 44 unter Verweis auf a.M. Staehelin, BSK, ²2010, Art. 84 N 44), ist der in Art. 145 Abs. 3 ZPO verankerten Hinweispflicht auf die ausnahmsweise Nichtgeltung der Gerichtsferien im summarischen Verfahren (Art. 145 Abs. 2 lit. b ZPO) die Grundlage entzogen. Es ist sinnwidrig, bei der Fristansetzung zur Beantwortung eines Rechtsöffnungsbegehrens auf eine Ausnahme von überhaupt nicht anwendbaren zivilprozessualen Gerichtsferien hinzuweisen, zumal die den Fristenlauf grundsätzlich nicht hemmenden Betreibungsferien gelten und deren Wirkungen auf den Fristenlauf in Art. 63 SchKG gesetzlich geregelt sind. Lässt sich im SchKG für die Nichtgeltung der Betreibungsferien keine Hinweispflicht im Sinne von Art. 145 Abs. 3 ZPO finden (vgl. oben lit. a), kann eine solche umso weniger für die gesetzliche Verlängerung einer in den Betreibungsferien endenden Frist bestehen.

c) Nach dem Gesagten gelten vorliegend für den Lauf der zur Beantwortung des Rechtsöffnungsbegehrens angesetzten Frist die von Art. 31 SchKG abweichenden Bestimmungen in Art. 56 und 63 SchKG als *lex specialis*. Am 15. Dezember 2017 stellte die Post den Beschwerdeführern die verfahrensleitende Verfügung vor Beginn der nach Art. 56 Ziff. 2 SchKG sieben Tage vor bis sieben Tage nach Weihnachten dauernden Betreibungsferien zu, womit der Vorderrichter sie aufforderte, innert sieben Tagen ab Erhalt schriftlich zum Rechtsöffnungsbegehren Stellung

zu nehmen. Das Ende dieser Frist fiel in die Betreibungsferien mit der Folge, dass sich die Frist bis zum dritten Tag nach den Betreibungsferien, somit bis am 4. Januar 2017 verlängerte (Art. 63 SchKG). Die Beschwerdeführer reichten ihre Stellungnahmen vom 9. Januar 2017 verspätet ein. Der Vorderrichter verletzte somit das rechtliche Gehör der Beschwerdeführer nicht, als er am 9. Januar 2017 den Rechtsöffnungsentscheid vor Eingang ihrer Stellungnahmen ausfällte. Zwar hätte ein allfälliger Hinweis auf die nach Art. 63 SchKG verlängerten Betreibungsferien den Irrtum der Beschwerdeführer über die Geltung der zivilprozessualen Gerichtsferien, welche das Ende der siebentägigen Frist bis Montag 9. Januar 2017 hinausgeschoben hätten, vermeiden helfen können. Mangels Hinweispflichten im SchKG (oben lit. a und b) können die Beschwerdeführer aber aus der Unterlassung eines solchen Hinweises nichts zu ihren Gunsten ableiten, umso weniger als das Rechtsöffnungsverfahren rasch abzuwickeln ist (Art. 84 Abs. 2 SchKG) und der Einzelrichter sie auf die Säumnisfolgen hinwies. Vielmehr haben sie es selbst zu verantworten, dass sie ohne Rückfrage bei einem Anwalt oder dem Richter die angesetzte siebentägige Frist nicht beachteten und ihre Säumnis riskierten.

(Beschluss vom 3. April 2017, BEK 2017 19 und 20 = CAN 3-17 Nr. 48 mit Bemerkungen S. 152 und S. 155 ff.).

6.2 Widersprachsklage nach Art. 107 SchKG, Klagefrist

- *Das Vorliegen einer Betreibungshandlung stellt – zumindest für Fristansetzungen gegenüber dem Gläubiger und dem Dritten – keine Voraussetzung von Art. 63 SchKG dar (Erw. 3).*
- *Für die Berechnung der Frist zur Einreichung der Widersprachsklage eines Dritten gemäss Art. 107 Abs. 5 SchKG sind die SchKG-Betreibungsferien und nicht die ZPO-Gerichtsferien massgebend (Erw. 4).*

Aus den Erwägungen:

3.a) Für die Berechnung, die Einhaltung und den Lauf der Fristen gelten die Bestimmungen der ZPO, sofern das SchKG nichts anderes bestimmt (Art. 31 SchKG; Nordmann, Staehelin/Bauer/Staehelin [Hrsg.], Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Bd. I, 2. A., 2010, N 2 zu Art. 31 SchKG; Ernst/Oberholzer, Fristen und Fristberechnung gemäss Zivilprozessordnung, 2013, S. 7). Gemäss Art. 145 Abs. 4 ZPO bleiben die Bestimmungen des SchKG über die Betrei-

A 6.2

bungsferien und den Rechtsstillstand vorbehalten. Die ZPO verweist somit auf Art. 56 ff. SchKG zurück, weshalb die Bestimmungen über die Betreibungsferien und den Rechtsstillstand (Art. 56-63 SchKG) als *leges speciales* den Gerichtsferien nach ZPO vorgehen (BGE 141 III 170, E. 3; Marbacher, in: Baker/McKenzie [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung, Kommentar, 2010, N 8 zu Art. 145 ZPO; Frei, in: Hausheer/Walter [Hrsg.], Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Bd. I, 2012, N 19 zu Art. 145 ZPO; Nordmann, a.a.O., N 2 zu Art. 31 SchKG).

b) Das SchKG regelt die Betreibungsferien in Art. 56 Ziff. 2 SchKG und hält fest, dass – ausser im Arrestverfahren oder wenn es sich um unaufschiebbare Massnahmen zur Erhaltung von Vermögensgegenständen handelt – während den Betreibungsferien keine Betreibungshandlungen vorgenommen werden dürfen. Die Handlungen auf dem Weg zur Zwangsvollstreckung dürfen somit zum Schutz des Schuldners nicht zur Unzeit erfolgen (Sarbach, in: Hunkeler [Hrsg.], SchKG Kurzkommentar, 2. A., 2014, N 1 zu Art. 56 SchKG). Die Fristansetzung durch das Betreibungsamt Schwyz zur Anhebung der Widerspruchsklage erfolgte am 4. Juli 2016 (Vi-act. KB 3), mithin nicht innerhalb der Betreibungsferien, weshalb Art. 56 SchKG vorliegend nicht zur Anwendung kommt unabhängig davon, ob die Fristansetzung an einen Dritten eine Betreibungshandlung darstellt oder nicht.

c) Sodann sieht das SchKG keine Unterbrechung laufender Fristen vor, sondern es erfolgt bei Ablauf während den Betreibungsferien eine Verlängerung der Frist bis zum dritten Werktag nach dessen Ende (Art. 63 SchKG; Amonn/Walther, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 9. A., 2013, S. 100 f.; Hoffmann-Nowotny, in: Oberhammer/Domej/Haas [Hrsg.], Kurzkommentar ZPO, 2. A., 2014, N 10 f. zu Art. 145 ZPO). Die heutige Formulierung von Art. 63 Satz 2 SchKG („Fällt jedoch für den Schuldner, den Gläubiger oder den Dritten das Ende einer Frist in die Zeit der Betreibungsferien oder des Rechtsstillstands...“) ist die mit der Revision von 1994 erfolgte Kodifizierung der Rechtsprechung, welche aArt. 63 SchKG auf den Gläubiger und den Dritten ausgeweitet hatte (Botschaft über die Änderung des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs [SchKG] vom 8. Mai 1991, BBl 1991 III 56; Sarbach, a.a.O., N 2 zu Art. 63 SchKG; vgl. E. 3d nachfolgend). Der Anwendungsbereich von Art. 63 SchKG ist allerdings trotz dieser Neuformulierung nicht restlos geklärt (Hoffmann-Nowotny, a.a.O., N 10 f. zu Art. 145 ZPO).

d) Hinsichtlich des Verhältnisses zwischen Art. 56 und 63 SchKG ist zunächst die bundesgerichtliche Rechtsprechung zu berücksichtigen. Mit Entscheid vom 24. Januar 1924 hielt das Bundesgericht fest, dass den Betreibungsferien und dem Rechtsstillstand ein Einfluss auf Beschwerde- und Rekursfristen nur insoweit zugestanden werden könne, „als das nach Art. 56 SchKG für diese Zeiten geltende Verbot der Vornahme von Betreibungshandlungen reicht“ (BGE 50 III 11, E. 2). Nachdem das Bundesgericht den Anwendungsbereich von Art. 63 SchKG zunächst auf den Gläubiger (BGE 67 III 103, S. 103 f.) und später auch auf den Dritten ausgeweitet hatte (BGE 80 III 3 = Pra 1954 Nr. 85, S. 255 f.; vgl. E. 3c vorstehend), kam es mit Entscheid vom 19. April 1958 zum Schluss, die Anwendung von Art. 63 SchKG setze das Vorliegen einer Betreibungshandlung nicht voraus, weil diese Vorschrift auch dem Gläubiger und Dritten zugutekomme, obwohl darin, dass dem Gläubiger oder einem Dritten eine Frist angesetzt werde, naturgemäss überhaupt nie eine Betreibungshandlung liege (BGE 84 III 9, E. 2). In Abweichung davon – und ohne auf diesen Entscheid einzugehen – führte das Bundesgericht in BGE 115 III 6 mit Verweis auf den zuvor zitierten BGE 50 III 11 aus, es habe „Art. 63 SchKG stets auch in unmittelbarer Verbindung zu den Bestimmungen über die Betreibungsferien und den Rechtsstillstand gesehen“. Eine Fristerstreckung nach Art. 63 SchKG sei „deshalb nur möglich, wenn Betreibungshandlungen angefochten werden, die während Betreibungsferien und Rechtsstillstand nicht vorgenommen werden dürfen“ (BGE 115 III 6, E. 4). In späteren Entscheiden bestätigte das Bundesgericht die in BGE 115 III 6 eingeleitete Rechtsprechung, ohne jedoch auf den dazu im Widerspruch stehenden BGE 84 III 9 Bezug zu nehmen (BGE 127 III 173, E. 1a; BGE 117 III 4, E. 3). In seiner neueren Rechtsprechung hält das Bundesgericht daran fest und führt aus, dass dort, wo Art. 56 SchKG nicht zum Tragen komme, auch der Anwendung von Art. 63 SchKG betreffend die Auswirkungen der Betreibungsferien auf den Lauf einer Frist der Boden entzogen sei. Die Voraussetzung einer Betreibungshandlung entspreche der konstanten Praxis des Bundesgerichts und auch die kantonale Rechtsprechung setze das Vorliegen einer Betreibungshandlung voraus. Es bestehe kein Anlass, diese Rechtsprechung zu überdenken (BGer, Urteil 5A_471/2013 vom 17. März 2014, E. 2.2 f. m.w.H.). In der Literatur stiess diese Rechtsprechung indes auf Kritik und es wurde eine Auseinandersetzung mit den in der Lehre vertretenen Meinungen gefordert (D. Staehelin, in: Bauer/Staehelin, Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Ergänzungsband zur 2. A., 2017, ad N 7 zu Art. 63 SchKG, m.w.H.; Sarbach, a.a.O., N 4 zu Art. 63 SchKG).

A 6.2

e) In der Lehre ist die Frage, ob Art. 63 SchKG nur auf solche Fristen Anwendung finde, welche aufgrund einer Betreibungshandlung im Sinne von Art. 56 SchKG gesetzt werden, kontrovers diskutiert. Ein Teil der Lehre folgt der in BGE 115 III 6 festgehaltenen Rechtsprechung, wonach Art. 63 SchKG nur auf Fristen anwendbar sei, denen eine Betreibungshandlung zugrunde liege, die gemäss Art. 56 SchKG zu bestimmten Zeiten untersagt sei (Brunner/Reutter, Kollokations- und Widerspruchsklagen nach SchKG, 2. A., 2002, S. 108; wohl auch Ernst/Oberholzer, a.a.O., S. 9). Demgegenüber vertreten andere Autoren die Ansicht, Art. 63 SchKG erfasse auch Gläubiger und Dritte und finde daher auch für diese Anwendung, unabhängig vom Bezug zu einer Betreibungshandlung, was der in BGE 84 III 9 vertretenen Auffassung entspricht (Hoffmann-Nowotny, a.a.O., N 11 zu Art. 145 ZPO; Bauer, in: Staehelin/Bauer/Staehelin [Hrsg.], Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Bd. I, 2. A., 2010, N 36 zu Art. 56 SchKG und N 7 ff. zu Art. 63 SchKG; D. Staehelin, a.a.O., ad N 7 zu Art. 63 SchKG; A. Staehelin, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. A., 2016, N 8 zu Art. 145 ZPO). Sodann äussern sich einige Autoren zwar kritisch gegenüber der in BGE 115 III 6 festgehaltenen bundesgerichtlichen Rechtsprechung und führen aus, Art. 63 SchKG spreche schlechthin von Fristen, meine also nicht allein solche, innert deren Betreibungshandlungen anzufechten seien; sie lassen letztlich aber insbesondere in Bezug auf die Fristansetzung zur Widerspruchsklage an einen Dritten offen, ob Art. 63 SchKG zur Anwendung kommen soll (Jaeger/Walder/Kull/Kottmann, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Bd. I, 4. A., 1997, N 3 zu Art. 63 SchKG; Sarbach, a.a.O., N 3 ff. zu Art. 63 SchKG, welcher sich bemerkenswerterweise hinsichtlich der Widerspruchsklage des Schuldners gemäss Art. 107 Abs. 2 SchKG dafür ausspricht, die ZPO-Gerichtsferien anzuwenden, obwohl er die Fristansetzung an den Schuldner im Widerspruchsverfahren im Gegensatz zu den erstgenannten Autoren als Betreibungshandlung einstuft [N 13 zu Art. 56 SchKG]).

Ferner finden sich auch geteilte Lehrmeinungen betreffend die Anwendbarkeit der SchKG-Betreibungsferien bzw. der ZPO-Gerichtsferien – insbesondere auch mit Blick auf die Fristansetzung für die Widerspruchsklage an einen Dritten –, die nicht explizit auf die Frage eingehen, ob die Anwendung von Art. 63 SchKG eine Betreibungshandlung voraussetzt. Einige Autoren halten dafür, dass sowohl bei den materiellrechtlichen Klagen, als auch bei den Klagen mit Reflexwirkung auf das materielle Recht nur das Fristenrecht der ZPO gelte (Frei, a.a.O., N 20 zu Art. 145 ZPO; Vock/Müller, SchKG-Klagen nach der Schweizerischen

ZPO, 2012, S. 16; Gasser/Rickli, Schweizerische Zivilprozessordnung, Kurzkommentar, 2. A., 2014, N 3 zu Art. 146 ZPO; so auch A. Staehelin, a.a.O., N 7 zu Art. 145 ZPO, obwohl dieser die Anwendung von Art. 63 SchKG nicht vom Vorliegen einer Betreibungshandlung abhängig macht). Auf der anderen Seite vertreten diverse Autoren die Meinung, bei betreibungsrechtlichen Klagen sowie solchen, die in einem Zusammenhang mit einer Betreibung stünden, würden die Bestimmungen gemäss Art. 56 ff. SchKG, als *leges speciales*, Art. 145 Abs. 1 ZPO vorgehen (Merz, in: Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung, Kommentar, Bd. I, 2. A., 2016, N 33 zu Art. 145 ZPO; Amonn/Walther, a.a.O., S. 101; Marbacher, a.a.O., N 9 zu Art. 145 ZPO).

f) Des Weiteren lassen sich auch den Materialien zur Einführung der ZPO einige Hinweise bezüglich des Verhältnisses zwischen den SchKG-Betreibungsferien und den ZPO-Gerichtsferien entnehmen. Der Vorentwurf der Expertenkommission zur Schweizerischen Zivilprozessordnung sah folgenden Wortlaut in Art. 141 VE-ZPO vor: „Besondere Bestimmungen des Bundesgesetzes vom 11. April 1889 über Schuldbetreibung und Konkurs über die Fristen sind vorbehalten.“ Der Bericht zum Vorentwurf hält dazu fest, dieser Vorbehalt sei restriktiv auszulegen und soll nur für die eigentlichen SchKG-Verfahren gelten. Für die materiellrechtlichen und gemischtrechtlichen SchKG-Klagen, wie beispielsweise die Kollokationsklage, die Aussonderungsklage, die paulianische Anfechtung usw., gelte hingegen das Fristenrecht der ZPO (Bericht zum Vorentwurf der Expertenkommission zur Schweizerischen Zivilprozessordnung vom Juni 2003, S. 73). Obwohl nicht explizit erwähnt, dürfte somit Gleiches auch für die Widerspruchsklage vorgesehen gewesen sein. Mit dem Entwurf der Schweizerischen Zivilprozessordnung wurde der vorgesehene Gesetzestext (unwesentlich) geändert (Art. 143 Abs. 4 E-ZPO) und gemäss der heutigen Fassung von Art. 145 Abs. 4 ZPO festgelegt. Die Botschaft zur ZPO hält zum Verhältnis des ZPO-Fristenrechts zum SchKG fest, dass die Regelung der Betreibungsferien als *lex specialis* jener der Gerichtsferien nach ZPO vorgehe. Die Betreibungsferien würden daher wie bisher für gewisse Klagen, die im Kontext einer Betreibung stünden, wie zum Beispiel die Aberkennungs-, Widerspruchs-, Anschluss- oder Arrestprosektionsklage, gelten, unabhängig davon, ob diese Streitigkeiten im ordentlichen oder vereinfachten Verfahren zu beurteilen seien (Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, BBl 2006 S. 7310). Die Botschaft hält somit explizit fest, dass für die Widerspruchsklage die Betreibungsferien nach SchKG massgebend seien, und widerspricht folglich auch dem Expertenbericht zum Vorentwurf. Unklar bleibt, weshalb die

A 6.2

Botschaft in Bezug auf die Anwendung der SchKG-Betreibungsferien vom ursprünglichen Vorschlag der Expertenkommission abweicht. Aus der Änderung des Wortlauts des Gesetzestextes ergibt sich jedenfalls keine inhaltliche Änderung. Ebenso wenig geht solches aus den parlamentarischen Beratungen hervor.

g) Aus den vorstehenden Erwägungen zeigt sich, dass weder der Anwendungsbereich von Art. 63 SchKG noch das Verhältnis zwischen den SchKG-Betreibungsferien und den ZPO-Gerichtsferien abschliessend geklärt sind. Die bundesgerichtliche Rechtsprechung, die Lehre und auch die Gesetzesmaterialien sind uneinheitlich und zum Teil widersprüchlich. Einigkeit besteht einzig darin, dass die Bestimmungen über die Betreibungsferien und den Rechtsstillstand gemäss Art. 56-63 SchKG als *leges speciales* den Gerichtsferien nach ZPO vorgehen, sofern sie zur Anwendung kommen. Weil die Fristansetzung an den Beschwerdeführer nicht im Zeitraum der Betreibungsferien erfolgte (vgl. E. 3b vorstehend), findet Art. 56 SchKG keine Anwendung und es stellt sich vorliegend einzig die Frage, ob Art. 63 SchKG bei der Fristansetzung an einen Dritten zur Anwendung kommt. Ist dies der Fall, berechnet sich die Frist nach den Vorschriften des SchKG, andernfalls kommen die Gerichtsferien gemäss ZPO zur Anwendung. Die Tragweite des Vorbehalts von Art. 145 Abs. 4 ZPO hängt somit vom Entscheid der Frage ab, ob eine Fristerstreckung gemäss Art. 63 SchKG das Vorliegen einer Betreibungshandlung voraussetzt (Bauer, a.a.O., N 17 zu Art. 63 SchKG; Ernst/Oberholzer, a.a.O., S. 9). Es ist somit die Anwendbarkeit von Art. 63 SchKG durch Auslegung zu ermitteln.

h) 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 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).

aa) Nach dem Gesetzeswortlaut (grammatikalische Auslegung) wird eine Frist bis zum dritten Tag nach deren Ende verlängert, wenn deren Ende für den Schuldner, den Gläubiger oder den Dritten in die Zeit der Betreibungsferien oder des Rechtsstillstandes fällt (Art. 63 Satz 2 SchKG). Das Gesetz spricht somit allgemein von Fristen, die dem Schuldner, dem Gläubiger oder dem Dritten gesetzt wurden, und erwähnt insbesondere nicht explizit nur die Fristen, die durch eine Betreibungshandlung ausgelöst wurden. Dem Wortlaut von Art. 63 SchKG lässt sich demzufolge nicht entnehmen, dass dessen Anwendung eine Betreibungshandlung voraussetzen würde (vgl. Bauer, a.a.O., N 7 f. zu Art. 63 SchKG; Jaeger/Walder/Kull/Kottmann, a.a.O., N 3 zu Art. 63 SchKG).

bb) Systematisch ist Art. 63 SchKG in den Bestimmungen zu den geschlossenen Zeiten, den Betreibungsferien und dem Rechtsstillstand (Art. 56-63 SchKG) eingeordnet. Unter der Marginalie „Grundsätze und Begriffe“ schreibt Art. 56 SchKG vor, dass Betreibungshandlungen in den geschlossenen Zeiten (Ziff. 1), während der Betreibungsferien (Ziff. 2) und gegen einen Schuldner, dem der Rechtsstillstand gemäss Art. 57-62 SchKG gewährt ist (Ziff. 3), nicht vorgenommen werden dürfen. Art. 63 SchKG regelt sodann die Wirkungen auf den Fristenlauf. Die systematische Einordnung spricht somit eher dafür, dass auch Art. 63 SchKG dem Grundsatz von Art. 56 SchKG unterliegt und eine Betreibungshandlung voraussetzt (a.M. Bauer, a.a.O., N 7 zu Art. 63 SchKG, der aufgrund der Einteilung des Abschnitts „geschlossene Zeiten, Betreibungsferien und Rechtsstillstand“ in drei gleichgeordnete Unterabschnitte Art. 63 SchKG als selbständige Norm qualifiziert).

cc) Der Wille des Gesetzgebers ist aufgrund der Gesetzesmaterialien zu ermitteln (historische Auslegung). Art. 63 SchKG wurde mit der Revision von 1994 geändert (vgl. E. 3c vorstehend). Gemäss der Botschaft über die Änderung des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs vom 8. Mai 1991 sollte Art. 63 SchKG an die „bewährte Rechtsprechung des Bundesgerichtes“ angepasst werden. Die Wirkungen der Betreibungsferien und des Rechtsstillstandes auf den Fristenlauf sollten auch für Gläubiger und Dritte gelten (Botschaft über die Änderung des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs [SchKG] vom 8. Mai 1991, BBl 1991 III 56). Wie bereits aufgezeigt, ist die bundesgerichtliche Rechtsprechung hinsichtlich der Frage, ob Art. 63 SchKG das Vorliegen einer Betreibungshandlung voraussetzt, nicht einheitlich (vgl. E. 3d vorstehend). Das Bundesgericht hielt aber in BGE 115 III 6, der eine Betreibungshandlung für die Anwendung von Art. 63 SchKG voraussetzt, an der Ausweitung des Anwendungsbereichs von Art. 63

A 6.2

SchKG auf Gläubiger und Dritte ausdrücklich fest. Es ist folglich davon auszugehen, dass sowohl das Bundesgericht als auch der Gesetzgeber eine Ausweitung der Fristverlängerung für den Gläubiger und den Dritten beabsichtigten.

Eine Betreibungshandlung ist eine amtliche, gegen den Betriebenen gerichtete Massnahme, die in dessen Rechtsstellung eingreift (BGE 115 III 6, E. 5; BGE 96 III 49 = Pra 1970 Nr. 135, E. 3). Eine solche liegt nur vor, wenn eine Amtshandlung der hierfür zuständigen Behörde den Betreibenden seinem Ziel näherbringt und in die Rechtsstellung des Schuldners eingreift (BGE 121 III 88, E. 6c.aa; Sarbach, a.a.O., N 6 zu Art. 56 SchKG, m.w.H.; Jaeger/Walder/Kull/Kottmann, a.a.O., N 6 zu Art. 56 SchKG; Bauer, a.a.O., N 25 zu Art. 56 SchKG). Fristansetzungen an den Gläubiger oder an Dritte stellen jedoch keine gegen den Schuldner gerichtete Massnahmen dar, weshalb sie nicht in dessen Rechtsstellung eingreifen und somit nie als Betreibungshandlung zu qualifizieren sind (BGE 84 III 9, E. 2; Blumenstein, Handbuch des Schweizerischen Schuldbetriebsrechts, 1911, S. 204; Sarbach, a.a.O., N 8 zu Art. 56 SchKG; Brunner/Reutter, a.a.O., S. 108; wohl auch Jaeger/Walder/Kull/Kottmann, a.a.O., N 6 zu Art. 56 SchKG; Bauer, a.a.O., N 36 zu Art. 56 SchKG; a.M. Amonn/Walther, a.a.O., S. 102). Würde also Art. 63 SchKG nur bei Vorliegen einer Betreibungshandlung angewendet, könnte die Fristverlängerung Gläubigern und Dritten gar nicht zugutekommen, wodurch die durch den Gesetzgeber angestrebte Ausweitung toter Buchstabe bliebe. Die historische Auslegung spricht somit zumindest hinsichtlich der Fristen für Gläubiger und Dritte gegen die Betreibungshandlung als Voraussetzung von Art. 63 SchKG.

dd) Zum gleichen Ergebnis führt eine Auslegung nach dem Sinn und Zweck von Art. 63 SchKG (teleologische Auslegung). Die heutige Formulierung stellt die Kodifizierung der Rechtsprechung dar, welche bereits aArt. 63 SchKG auf den Gläubiger und den Dritten ausgeweitet hatte (vgl. E. 3c vorstehend). Grund für diese Rechtsprechung war der Gedanke der Gleichbehandlung von Gläubiger und Schuldner sowie das Bestreben, den Gläubiger nicht zur Tätigkeit während der Schonzeit zu zwingen, wenn das Betreibungsamt den vom Gläubiger angebehrten Schritt ohnehin nicht vollziehen könnte (Sarbach, a.a.O., N 2 f. zu Art. 63 SchKG). Würde bei der Anwendung von Art. 63 SchKG eine Betreibungshandlung vorausgesetzt, käme die Fristverlängerung von drei Tagen für den Gläubiger und den Dritten nicht in Frage, weil Fristansetzungen an Gläubiger und Dritte nie eine Betreibungshandlung darstellen (vgl. E. 3h.cc vorstehend). Für den Gläubiger und den Dritten fände demnach die Fristenregelung der ZPO Anwendung (Art. 31 SchKG, Art. 145

Abs. 4 ZPO), mithin eine andere Fristenregelung als für den Schuldner. Einerseits würde mit Ausnahme der summarischen Verfahren für den Gläubiger und den Dritten ein Fristenstillstand während der Gerichtsferien gelten (Art. 145 Abs. 1 ZPO), andererseits entfielen jedoch die Fristverlängerung um drei Tage gemäss Art. 63 SchKG. Zudem hätte die Anwendung der Fristenregelung der ZPO in summarischen Verfahren die Folge, dass kein Fristenstillstand gelten (Art. 145 Abs. 2 lit. b ZPO) und der Gläubiger bzw. der Dritte während den für den Schuldner geltenden Schonzeiten zum Handeln gezwungen würde. Folglich würde dem Sinn und Zweck der Ausweitung von Art. 63 SchKG auf den Gläubiger und den Dritten, insbesondere dem Gedanken der Gleichbehandlung von Gläubiger und Schuldner (bzw. von Dritten und Schuldner), nicht entsprechen. Somit ergibt sich auch aus der teleologischen Auslegung, dass das Vorliegen einer Betreibungshandlung keine Voraussetzung für die Anwendung von Art. 63 SchKG sein kann.

ee) Zusammenfassend folgt aus einer umfassenden Gesetzesauslegung, dass Art. 63 SchKG dem Wortlaut, dem gesetzgeberischen Willen sowie dem Sinn und Zweck entsprechend auszulegen und dahingehend zu verstehen ist, dass das Vorliegen einer Betreibungshandlung – zumindest für Fristansetzungen gegenüber dem Gläubiger und dem Dritten – keine Voraussetzung darstellt.

ff) [Frage offen gelassen für Fristen des Schuldners].

4. Gemäss Art. 107 Abs. 5 SchKG setzt das Betreibungsamt dem Dritten eine Frist von 20 Tagen zur Einreichung der Widerspruchsklage, sofern der Gläubiger dessen Anspruch bestreitet. Demzufolge liegt eine Fristansetzung an einen Dritten vor und Art. 63 SchKG ist anzuwenden. Aufgrund des Vorbehalts von Art. 145 Abs. 4 ZPO gelten die Regelungen des SchKG und die ZPO-Gerichtsferien kommen nicht zur Anwendung. Die Fristansetzung durch das Betreibungsamt Schwyz erfolgte mit Verfügung vom 4. Juli 2016 (Vi-act. KB 3). Diese Verfügung wurde dem Kläger unbestrittenermassen am 6. Juli 2016 zugestellt. Sie begann somit am folgenden Tag, dem 7. Juli 2016, zu laufen und endete am 26. Juli 2016. Weil das Ende dieser Frist in die Betreibungsferien fiel, verlängerte sich die Frist gemäss Art. 63 SchKG bis zum dritten Tag nach dem Ende der Betreibungsferien, welche bis zum 31. Juli dauern (Art. 56 Ziff. 2 SchKG). Weil der 1. August als staatlich anerkannter Feiertag bei der Verlängerung der Frist nicht mitzuzählen ist, endete die Frist demzufolge am Donnerstag, 4. August 2016. Der Kläger reichte seine Klage jedoch erst am 10. August 2016 ein, weshalb sie verspätet erfolgte und

A 6.3

die Vorinstanz zu Recht nicht auf sie eintrat. Die angefochtene Verfügung ist somit nicht zu beanstanden.

(Beschluss vom 13. November 2017, ZK2 2017 17; eine Beschwerde in Zivilsachen BGer 5A_3/2018 ist im Zeitpunkt des Redaktionsschlusses noch hängig).

6.3 Definitive Rechtsöffnung, Nichtigkeit

- *Mangels Nachweises, dass die Korporation jährlich in so grosser Anzahl Verfügungen erlassen würde, dass ein automatisiertes Verfahren ohne Unterzeichnung gerechtfertigt wäre, müsste der eingereichte Rechtsöffnungstitel mit einer Unterschrift versehen sein, um eine gültige Verfügung zu sein. Das Fehlen der Unterschrift ist ein schwerer Formfehler, der Nichtigkeit und Nichterteilung der Rechtsöffnung zur Folge hat (Erw. 3.c).*

(Beschluss vom 19. Dezember 2017, BEK 2017 70).

6.4 Provisorische Rechtsöffnung, Darlehen

- *Der Schuldner und Beschwerdeführer vermag nicht glaubhaft einwenden, dass die für das erhaltene Darlehen vereinbarte Rückzahlungsfrist mündlich suspensiv bedingt war (Erw. 3.a).*

Aus den Erwägungen:

3. Vorliegend behauptet der Beschwerdeführer nur, die Vereinbarung der Rückzahlungspflicht bis Ende Februar 2016, nicht aber die Schuldanerkennung selber bzw. der Rechtsöffnungstitel sei suspensiv bedingt gewesen. Entsprechend ist nicht zu beanstanden, dass der Vorderrichter die ebenfalls von Amtes wegen als Voraussetzung der Betreibung zu prüfende Fälligkeit (vgl. Müller/Vock, ZZZ 2016, S. 131) von derjenigen des unbestrittenen Vorliegens einer Schuldanerkennung abgrenzte. Dass die Schuld zum Zeitpunkt der Zustellung des Zahlungsbefehls fällig war, muss dennoch der Gläubiger beweisen (vgl. dazu Staehelin, BSK, ²2010, Art. 82 SchKG N 78 f.; ders., a.a.O., Ergänzungsband, 2017, Art. 82 SchKG ad N 79; Stücheli, Die Rechtsöffnung, 2000, S. 202), was dem Beschwerdegegner mit der eingereichten Vereinbarung vom 3. Februar 2016 auch gelang. Daraus ergibt sich eine klare, unbedingte Einigung der Parteien über den Zeitpunkt der Darlehensrückzahlung bis spätes-

tens Ende Februar 2016. Der Schuldner kann dagegen nach Art. 82 Abs. 2 SchKG allerdings alle Einwendungen und Einreden erheben, welche zivilrechtlich von Bedeutung sind, namentlich auch die trotzdem fehlende Fälligkeit geltend machen. Es genügt die sofortige Glaubhaftmachung (vgl. Staehelin, a.a.O., Art. 82 SchKG N 83 f. bzw. N 87 ff. sowie Ergänzungsband ad N 84 bzw. ad N 87 ff.; Stücheli, a.a.O., S. 348 f.; Vock, KUKO, ²2014, Art. 82 SchKG N 38 ff.; vgl. auch EGV-SZ 2011 A 6.1). Aus folgenden Gründen vermögen die Vorbringen des Beschwerdeführers jedoch nichts daran zu ändern, dass der Vorderrichter seine Einwendungen nicht nur für unbewiesen, sondern ausdrücklich und im Ergebnis zutreffend auch nicht für glaubhaft hielt.

a) Der Beschwerdegegner bestritt erstinstanzlich den Einwand des Beschwerdeführers, der kurzfristige Rückzahlungstermin sei Resultat einer mündlich vereinbarten aufschiebenden Bedingung. Er wies dabei auf das belegte, jahrelange Ringen der kantonalen Stiftungsaufsicht mit dem Wohlfahrtsfonds um die Rückführung des dem Beschwerdeführer gewährten Darlehens hin. Das konnte der Beschwerdeführer nicht substantiiert bestreiten. Vor diesem Hintergrund hätte der aufgrund seiner Positionen als geschäftserfahren anzusehender Beschwerdeführer den eindeutig vereinbarten Rückzahlungstermin nicht vorbehaltlos unterzeichnet, wenn er diese Verpflichtung tatsächlich vom Verkauf einer seiner Gesellschaften hätte abhängig machen können. Seine entsprechenden Einwendungen des mündlichen Zustandekommens einer Suspensivbedingung sind daher nicht glaubhaft, unabhängig davon, ob der Rechtsvertreter des Wohlfahrtsfonds, wovon die Stiftungsaufsicht und deren Sachwalterin ausgingen, die Vereinbarung verfasste oder nicht. An dieser Einschätzung vermögen auch die vorformulierten, gleichlautenden Bestätigungen der beiden die Vereinbarung unterzeichneten Stiftungsräte nichts zu ändern; denn wenn sich die unterzeichneten Parteien über die Wirksamkeit einer solchen Übereinkunft einig gewesen wären, dann ist weder ersichtlich noch wird vom Beschwerdeführer plausibel dargelegt, warum sie eine solche Bedingung – was sich aufgrund deren Bedeutung aufgedrängt hätte – nicht in die schriftliche Vereinbarung aufgenommen haben. Im Widerspruch zur Behauptung der mündlichen Übereinkunft einer wirksamen Suspensivbedingung steht weiter der Umstand, dass die beiden Stiftungsräte bestätigen, mit der Stundung der Rückzahlung einverstanden zu sein, nachdem die Zahlung für den Gesellschafterverkauf nicht eingegangen sei (dazu unten lit. b). Solcher Einverständnisse bedurfte es indes nicht, wenn die vereinbarte Rückzahlungsverpflichtung bis Ende Februar 2016 tatsächlich suspensiv vom Eingang von Zahlungen aus einem Gesellschafterverkauf abhängig gemacht wor-

A 6.5

den wäre. Die Bestätigungen widerlegen einerseits also das Vorliegen einer allen Parteien klaren Suspensivbedingung und stützen andererseits vielmehr die Zweifel des Vorderrichters an ihrer Authentizität. In der Tat scheinen die Bestätigungen vorab der Prozesstaktik des Beschwerdeführers zu dienen und nur bedingt die tatsächlichen Wahrnehmungen der Stiftungsräte wiederzugeben. Gegen ihre Glaubwürdigkeit sprechen auch ihre vorformulierten, gleichlautenden Texte, ihre Zeitnähe zur Gesuchantwort und der Umstand, dass einer der beiden Stiftungsräte bei einer Gesellschaft des Beschwerdeführers angestellt war. Deshalb sind die vorderrichterlichen Zweifel an der Glaubwürdigkeit der Bestätigungen nicht unberechtigt, ohne dass diese geradezu als untauglich bezeichnet werden müssten. (...).

c) Mithin ist es nicht willkürlich, dass der Vorderrichter die behauptete Suspensivbedingung (...) nicht als glaubhaft gemacht erachtete. Er konnte in seinen Erwägungen zutreffend auf den in seiner Eindeutigkeit unbestrittenen Text der Vereinbarung vom 3. Februar 2016 abstellen. Die sich daraus unmissverständlich ergebende Fälligkeit der Rückzahlungsschuld ist aufgrund der im summarischen Verfahren beschränkten Beweismöglichkeiten wahrscheinlicher als die Annahmen, die schriftliche Vereinbarung sei unter der mündlichen Bedingung abgeschlossen worden, dass dem Beschwerdeführer aufgrund des Verkaufs einer seiner Gesellschaften eine entsprechende Zahlung zugeht, oder die Rückzahlungspflicht sei nachträglich gestundet worden.

(Beschluss vom 21. März 2017, BEK 2017 16; eine Beschwerde in Zivilsachen des Beschwerdeführers wurde mit BGer 5A_349/2017 vom 26. Januar 2018 abgewiesen, soweit darauf einzutreten war).

6.5 Provisorische Rechtsöffnung, ausländisches Recht

- *Ob ein bestimmtes Dokument die materiellen Voraussetzungen an eine Schuldanererkennung erfüllt, richtet sich nach dem auf die jeweilige Schuldanererkennung anzuwendenden und vom Betreibenden einzubringenden Recht (Erw. 3.a).*
- *Die Schuldnerin muss im Rahmen der Einwendungen von Art. 82 Abs. 2 SchKG nicht ausländisches Recht einbringen (Erw. 3.b).*
- *Wie Schuldanerkenntnisse sich aus mehreren Urkunden ergeben können, ist es indes auch möglich, deren Bestand aufgrund zusätzlicher Dokumente infrage zu stellen (Erw. 3.c).*

Aus den Erwägungen:

3. Soweit die Beschwerdeführerin [als Gläubigerin] dem Vorderrichter vorhält, das Prüfungsschema von Art. 82 SchKG (Abs. 1: Vorliegen einer Schuldanerkennung und Abs. 2: entkräftende Einwendungen des Schuldners) verlassen zu haben, geht dieser Vorwurf in verschiedener Hinsicht an der Sache vorbei.

a) Was eine Schuldanerkennung ist, die zur provisorischen Rechtsöffnung berechtigt, bestimmt sich nach Schweizer Recht. Ob allerdings ein bestimmtes Dokument die materiellen Voraussetzungen an eine Schuldanerkennung erfüllt – d.h. insbesondere, ob eine Schuldverpflichtung besteht – richtet sich nach dem auf die jeweilige Schuldanerkennung anzuwendenden und vom Betreibenden einzubringenden Recht (dazu Vock/Aeppli-Wirz, SK-Kommentar, ⁴2017, Art. 82 SchKG N 3 und Staehelin, BSK Ergänzungsband, 2017, Art. 82 SchKG ad N 174 mit Hinweis auf BGE 140 III 456 E. 2.4). Ob nach kosovarischem Recht, das mithin nach Lehre und Rechtsprechung die betreibende Beschwerdeführerin dartun müsste, die vorgelegte erste Vereinbarung eine die schweizerischen Voraussetzungen an eine Schuldanerkennung erfüllende Schuldverpflichtung (Art. 82 Abs. 1 SchKG) enthält, ist also grundsätzlich ein Problem, das sich unabhängig von der Frage stellt, ob die Gegenpartei ihre Einwendung glaubhaft zu machen vermag. Dem Vorderrichter, welcher zufolge mangelnder Darlegung des kosovarischen Rechts durch die Beschwerdeführerin das Rechtsöffnungsgesuch abwies, kann deshalb in allgemeiner Hinsicht nicht vorgeworfen werden, mit der Begründung der angefochtenen Verfügung das Prüfungsschema von Art. 82 SchKG verletzt zu haben.

b) Dass die betreibende Beschwerdeführerin nach Lehre und Rechtsprechung unabhängig von einem Prüfungsschema verpflichtet ist, das ausländische Recht darzutun, ist ferner konsequent: Die Schuldnerin soll nach Art. 82 Abs. 2 SchKG nur Tatsachen einwenden bzw. glaubhaft machen, was begrifflich schon ausschliesst (vgl. dazu Rüetschi in CIV-PRO 5, 2014, S. 57), dass sie überhaupt anwendbares ausländisches Recht dartun müsste. Die Beschwerdeführerin geht deshalb fehl in ihrer Annahme, die Beschwerdegegnerin müsste im Rahmen ihrer Einwendungen nach Art. 82 Abs. 2 SchKG das ausländische Recht beibringen.

c) Die Beschwerdeführerin stützt ihr Rechtsöffnungsgesuch auf Ziffer 7 der Vereinbarung (...) ab, wonach „Zahlungen“ von der Beschwerdegegnerin am 1. November 2015, 1. Mai 2016, 1. Oktober 2016 und

A 6.6

am 1. März 2017 je 33'750 Euro bezahlt werden. Dies sind isoliert betrachtet Schulden anerkennende Äusserungen. Wie Schuldanererkennungen sich aus mehreren Urkunden ergeben können, ist es indes auch möglich, deren Bestand aufgrund zusätzlicher Dokumente infrage zu stellen. Ob die als Schuldanererkennung geltend gemachte Vereinbarung ihre Eigenschaft als Vollstreckungstitel nicht durch den zweiten, von der Beschwerdegegnerin ins Recht gelegten Vertrag vom 5. Mai 2016 zufolge Novation verlieren könnte, ist eine Frage des von Amtes wegen zu prüfenden Vorhandenseins eines gültigen Rechtsöffnungstitels. Ebenso verhält es sich bei zweiseitigen Verträgen, in welchen Schuldanererkennungen von der Gegenleistung des Gläubigers abhängig gemacht sein können. So ist vorliegend aufgrund der zweiten Vereinbarung nicht nur infrage gestellt, dass die in der ersten Vereinbarung wiedergegebenen Schuldanererkennungen noch wirksam sind, sondern es ist aufgrund letzterer nicht ohne Weiteres klar, inwieweit die Beschwerdegegnerin mit den „Zahlungen“ leistungspflichtig ist und mithin überhaupt ein Rechtsöffnungstitel besteht. Grundsätzlich genügt es, dass die Schuldnerin wie vorliegend einen zweiten Vertrag ins Recht legt und gestützt darauf Novation mit der Begründung behauptet, die Abwicklung der ersten Vereinbarung sei an praktischen Schwierigkeiten beim Leistungsaustausch gescheitert und diese deswegen ersetzt worden (vgl. noch unten E. 4). Diese Behauptungen, es liege zufolge einer Novation bzw. fehlender Gegenleistungen kein Rechtsöffnungstitel vor, betreffen den Bestand eines Rechtsöffnungstitels (Art. 82 Abs. 1 SchKG) und nicht die „Entkräftung“ (Art. 82 Abs. 2 SchKG) von etwas Vorhandenem. Sie wären deshalb grundsätzlich in Anwendung von Schweizer Recht von Amtes wegen zu klären, hier jedoch ausnahmsweise nicht, da aufgrund der Rechtswahl kosovarisches Recht anwendbar ist, das die Beschwerdeführerin darzulegen jedoch unterlässt (vgl. oben lit. a).

(Beschluss vom 27. Dezember 2017, BEK 2017 152).

6.6 Konkureröffnung und Forderungstilgung

- *Liegt dem Konkursverfahren ein rechtskräftiges Urteil als Rechtsöffnungstitel zugrunde, so kann der Schuldner mit dem Einwand, die Tilgung der Forderung sei bereits vorher erfolgt, nicht mehr gehört werden (Erw. 5.b).*

Aus den Erwägungen:

5. (...).

b) Das Gericht weist das Konkursbegehren gemäss Art. 172 Ziff. 3 SchKG unter anderem ab, wenn der Schuldner durch Urkunden beweist, dass die Schuld, Zinsen und Kosten inbegriffen, getilgt ist. Verrechnung ist eine Form der Tilgung (Roger Giroud, a.a.O., N 13 zu Art. 172 SchKG). Nicht jede Verrechnung kann indessen im Konkursverfahren noch eingewendet werden. Liegt dem Konkursverfahren ein rechtskräftiges Urteil als Rechtsöffnungstitel zugrunde, so kann der Schuldner mit dem Einwand, die Tilgung der Forderung sei bereits vor dem Urteilszeitpunkt erfolgt, nicht mehr gehört werden, weil dieses Verteidigungsmittel durch die materielle Rechtskraft des die Forderungsklage gutheissenden Entscheids präkludiert wird (BGE 139 III 126, Erw. 3.1; Paul Oberhammer, in: Basler Kommentar, N 38 vor Art. 236-242 ZPO; ders. in: Kurzkomentar Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Auflage, N 52 zu Art. 236 ZPO mit weiteren Verweisen). Ebenso kann eine spätere Verrechnungserklärung im Rechtsöffnungs- wie im Konkursverfahren nicht mehr abgegeben werden, wenn sie bereits im materiellen Verfahren hätte erklärt werden können; die Gegenforderung muss somit später erfüllbar geworden sein (Daniel Staehelin, in: Basler Kommentar, 2. Auflage, N 10 zu Art. 81 SchKG, mit zahlreichen Verweisen auf Lehre und Rechtsprechung; Peter Stücheli, Die Rechtsöffnung, Zürcher Dissertation, Zürich 2000, S. 237; Roger Giroud, a.a.O., N 13 in fine zu Art. 172 SchKG).

(...). Die Beschwerdeführerin kann deshalb im vorliegenden Verfahren nur solche Gegenforderungen zur Verrechnung bringen, welche nach dem 25. April 2012 entstanden sind. Die (angeblich) von der X. gemachten Zugeständnisse von mehr als 40 Millionen Euro betreffen den Zeitraum von 2009 bis 2014 und fallen damit zumindest teilweise in die Zeit vor den erwähnten Schiedssprüchen. Der Vorschlag zur Verrechnung vom 21. Juli 2008 und die Vereinbarung vom 24. März 2009 datieren vollumfänglich vor den beiden Schiedssprüchen. Der Berufung auf diese "Tilgungen" steht somit die Rechtskraft der beiden Schiedssprüche entgegen. Die Beschwerdegegnerin weist denn auch zutreffend darauf hin, dass der Vorschlag zur Verrechnung vom 21. Juli 2008 und die Vereinbarung vom 24. März 2009 bereits Gegenstand des (...) Schiedsverfahrens waren.

(Beschluss vom 14. Februar 2017, BEK 2017 5).

A 6.7

6.7 Arresteinsprache

- *Die Anforderungen des New Yorker Übereinkommens an die zur Anerkennung und Vollstreckbarkeit vorzulegenden Belege sind im Arresteinspracheverfahren zwar vertieft zu prüfen, müssen aber nicht nachgewiesenermassen erfüllt, sondern nur glaubhaft erfüllbar sein (Erw. 2).*
- *Rechtsmissbräuchliche „Überarrestierung“ zufolge einer Pfandsicherung im Ausland (Erw. 3)?*

Aus den Erwägungen:

2. Der Gläubiger kann für eine fällige Forderung, soweit diese nicht durch ein Pfand gedeckt ist (dazu vgl. unten E. 3), Vermögensstücke des Schuldners, die sich in der Schweiz befinden, mit Arrest belegen lassen, wenn er gegen den Schuldner einen definitiven Rechtsöffnungstitel besitzt (Art. 271 Abs. 1 Ziff. 6 SchKG). Für die Anwendung dieses Arrestgrundes genügt das Glaubhaftmachen nicht, sondern muss der entsprechende Rechtsöffnungstitel vorgelegt werden (Kren Kostkiewicz, SK-Kommentar SchKG, 2017, Art. 272 SchKG N 15), wobei jedoch der Arrestrichter im LugÜ-Bereich einen selbständigen Exequaturentscheid fällt (ebd. Art. 271 SchKG N 90 ff.; Art. 271 Abs. 3 SchKG). Die Anerkennungsfähigkeit eines Nicht-LugÜ-Entscheidendes kann der Arrestrichter dagegen aufgrund einer summarischen rechtlichen Würdigung und der Grundlage der glaubhaft gemachten Tatsachen vorfrageweise prüfen und darüber wird erst im Rahmen des Prosequierungsverfahrens endgültig entschieden (BGE 139 III 135 = Pra 2013 Nr. 69 E. 4.5.2; Kren Kostkiewicz, a.a.O., Art. 271 SchKG N 92; Meier-Dieterle, KUKO, ²2014, Art. 271 SchKG N 171; dazu vgl. auch BEK 2011 123 vom 19. Juli 2012 E. 2.a).

Es ist angesichts des Umstandes, dass der Beschwerdeführer in der Sache die Echtheit der schiedsgerichtlichen Kosten- und Entschädigungsregelung und damit das Vorliegen eines definitiven Rechtsöffnungstitels im Sinne von Art. 271 Abs. 1 Ziff. 6 SchKG (vgl. BGE 139 III 135 = Pra 2013 Nr. 69 E. 4.4 und 4.5.1) nicht bestreitet, nicht zu beanstanden, dass der Vorderrichter die Anerkennungsfähigkeit und Vollstreckbarkeit des in amtlich beglaubigter Übersetzung vorliegenden schiedsrichterlichen Kosten- und Entschädigungsspruches als glaubhaft gemacht erachtete. Die Anforderungen des New Yorker Übereinkommens an die zur Anerkennung und Vollstreckbarkeit vorzulegenden Belege müssen im Arresteinspracheverfahren zwar vertieft geprüft werden, indes

entgegen dem Beschwerdeführer in formaler Hinsicht noch nicht nachgewiesenermassen erfüllt, sondern nur glaubhaft gemacht erfüllbar sein (vgl. auch Meier-Dieterle, ebd.; Boller, AJP 9/2015 S. 1292 f. mit Hinw. auf die Zürcher Praxis), was der Beschwerdeführer hinsichtlich der Prosequierung konkret nicht bestreitet.

3. (...). Der Vorderrichter erwog, dass den Ausführungen des Schuldners nicht entnommen werden könne, dass die geltend gemachte ausländische Pfandsicherung im massgeblichen Zeitpunkt des Arrestvollzugs (dazu vgl. auch Kren Kostkiewicz, a.a.O., Art. 271 SchKG N 35) rechtskräftig gewesen sei.

Nach wie vor räumt der Beschwerdeführer selber ein, dass der Arrest in Luxemburg noch nicht validiert sei, mithin die dort involvierten Vermögenswerte nicht definitiv gesichert seien. Folglich besteht keine vorbestehende Realsicherheit, auf welche die Gläubiger sofort zugreifen könnten und somit der vorliegende Arrest ausschliessbar wäre (vgl. dazu Stoffel, BSK, ²2010, Art. 271 SchKG N 40 ff.). Daher kann offen gelassen werden, ob es sich beim „saisie-arrêt“ um ein Pfand im Sinne von Art. 271 Abs. 1 SchKG handelt. Insbesondere behauptet der Beschwerdeführer nicht, die Beschwerdegegner hätten das Recht, die im Ausland gesicherten Vermögenswerte direkt zu verwerten oder gar in die Schweiz zu bringen. Dass für die Forderungen in Luxemburg auch ein Arrest gelegt wurde, steht einem zweiten Arrest zumindest solange nicht entgegen, als der Schuldner nicht vorbringt, die Gläubiger würden Arreste nicht prosequieren (vgl. Bauer, BSK, Ergänzungsband, 2017, Art. 271 SchKG ad N 37 u. 39 mit Hinweisen; Meier-Dieterle, a.a.O., Art. 271 SchKG N 5). Da der Arrest in Luxemburg nicht definitiv ist, kann er vorläufig in der Schweiz nicht berücksichtigt bzw. damit nicht eine „Überbesicherung“ geltend gemacht werden. Interessenslos oder rechtsmissbräuchlich ist mithin das vorliegende Arrestgesuch nicht. Ob in vorliegendem Verfahren überhaupt beurteilt werden kann, ob der hiesige Arrest zu einer rechtsmissbräuchlichen Überarrestierung führt, kann daher ebenso offenbleiben wie die Frage nach dem Umfang des Novenrechts von Art. 278 Abs. 3 SchKG.

(Beschluss vom 4. Dezember 2017, BEK 2017 117).

B **Verwaltungsgericht**

1. **Verfahren**

1.1 **Befangenheit**

- *Die Vorprüfung der Statuten einer zu gründenden Flurgenossenschaft durch den Rechtsdienst des Sicherheitsdepartements begründet keine Befangenheit des Regierungsrates in einem allfälligen nachfolgenden Beschwerdeverfahren.*

Aus den Erwägungen:

1.3 Die Beschwerdeführer machen Befangenheit des Regierungsrates geltend. Er bzw. der Rechtsdienst des Sicherheitsdepartements hätten die mit dem angefochtenen Entscheid genehmigten Statuten bereits einer Vorprüfung unterzogen. Der Regierungsrat habe somit am Gründungsbeschluss mit der Vorprüfung indirekt und an einem Entscheid unterer Instanzen mitgewirkt. Er erscheine daher nicht mehr als neutrale Rechtsmittelinstanz. Der Ausstandsgrund gemäss § 132 lit. e des Justizgesetzes (JG; SRSZ 231.110) vom 18. November 2009 sei gegeben. Zudem habe der Regierungsrat „mit der Vorprüfung im übertragenen Sinne einen Rat abgegeben“, was einen Ablehnungsgrund nach § 133 lit. b JG begründe. Im Übrigen wäre die Genehmigung der Statuten durch den Regierungsrat auch unter den Auffangtatbestand nach § 133 lit. d JG zu subsumieren. Der Regierungsrat hätte von Amtes wegen in den Ausstand treten müssen, um jeden Anschein von Befangenheit zu vermeiden; er habe seine Meldepflicht über das Vorliegen eines Ausschluss- oder Ablehnungsgrundes verletzt (§ 139 Abs. 2 JG). Der angefochtene Entscheid müsse schon daher aufgehoben werden.

(1.3.1-1.3.2 Gesetzliche Bestimmungen und Rechtsprechung zum Ausstand).

1.3.3 Für nichtgerichtliche Behörden enthält Art. 29 Abs. 1 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (BV; SR 101) vom 18. April 1999 eine Art. 30 Abs. 1 BV (und Art. 6 Ziff. 1 der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten [EMRK;

SR 0.101] vom 4.11.1950) analoge Garantie. Die Rechtsprechung zur Unabhängigkeit und Unparteilichkeit von Gerichtsbehörden kann jedoch nicht ohne Weiteres auf erstinstanzliche Verwaltungsverfahren übertragen werden. Vielmehr müssen die Anforderungen an die Unparteilichkeit von Verwaltungs- und Exekutivbehörden unter Berücksichtigung ihrer gesetzlich vorgegebenen Funktion und Organisation ermittelt werden (BGE 125 I 119 Erw. 3d und 3f). Bei Exekutivbehörden ist dabei zu berücksichtigen, dass ihr Amt mit einer sachbedingten Kumulation verschiedener, auch politischer, Aufgaben einhergeht (vgl. Bundesgerichtsurteile 2C_305/2011 vom 22.8.2011 Erw. 2.4; 1C_198/2010 vom 11.11.2010 Erw. 2.2.1 f.; 1C_278/2010 vom 31.1.2011 Erw. 2.2). Amtliche Mehrbefassung kann mithin systembedingt sein; gerade systembedingte Unzulänglichkeiten haben zur Schaffung unabhängiger richterlicher Instanzen geführt (vgl. BGE 137 II 431 Erw. 5.2; Bundesgerichtsurteile 1C_96/2014 vom 5.5.2014 Erw. 2.1 f.; 1C_150/2009 vom 8.9.2009 Erw. 3.5, in: ZBI 2011 S. 478; zum Ganzen vgl. VGE III 2013 188 vom 19.2.2014 Erw. 2.2.2 ff. [EGV-SZ 2014 B 1.4]).

1.3.4 Zum einen handelt es sich beim Regierungsrat nicht um eine richterliche Behörde. Die Anforderungen an die richterliche Unabhängigkeit lassen sich mithin im Sinne der zitierten Rechtsprechung nicht ohne weiteres auf den Regierungsrat übertragen. Zum andern erfolgte die Vorprüfung nicht durch den Regierungsrat, sondern durch das Sicherheitsdepartement. Im Rahmen der dem Sicherheitsdepartement übertragenen Aufsicht über Bezirke und Gemeinden sowie öffentlichrechtliche Körperschaften (§ 5 lit. c der Vollzugsverordnung über die Aufgaben und die Gliederung der Departemente und der Staatskanzlei [VVAG; SRSZ 143.111] vom 11.9.2007) und namentlich der vom Rechts- und Beschwerdedienst des Sicherheitsdepartements wahrgenommenen allgemeinen Rechtsberatung auch von Gemeinden und öffentlichrechtlichen Körperschaften ist es nicht zu beanstanden, wenn eine Flurgenossenschaft in Gründung oder der mit der Gründung betraute Gemeinderat die Gründungsunterlagen vorgängig zur Gründung einer Vorprüfung durch das Sicherheitsdepartement unterziehen lässt. Dies liegt gerade auch im Interesse einer reibungslosen und korrekten Gründung der Flurgenossenschaft und somit letztlich im Interesse der zu gründenden Flurgenossenschaft bzw. deren (potentiellen) Mitglieder.

Ein irgendwie geartetes persönliches Interesse sowohl des Sicherheitsdepartementes (Rechtsdienst) insgesamt bzw. des zuständigen Sachbearbeiters und/oder des bzw. eines Regierungsrates am konkreten Sachgeschäft ist nicht erkennbar und wird von den Beschwerdeführern auch nicht (substantiiert) dargelegt. Anders als im Sachverhalt des in EGV-SZ

B 1.2

2001 (C 16.1) publizierten Entscheides handelt es sich bei den Regierungsräten (und ebenso wenig beim zuständigen Sachbearbeiter des Sicherheitsdepartements) nicht um Funktionsträger der Flurgenossenschaft mit eigenen (wirtschaftlichen) Interessen.

Im konkreten Fall verband der zuständige Sachbearbeiter des Rechtsdienstes die Vorprüfung vom 28. September 2015 zudem ausdrücklich mit dem Vorbehalt, dass weder der Regierungsrat noch die Abteilung Beschwerdedienst, welche den Regierungsrat im Falle einer Verwaltungsbeschwerde instruieren würde, an das Ergebnis der Vorprüfung gebunden seien (...). Es kann vergleichsweise auf § 84 Abs. 1 des Planungs- und Baugesetzes (PBG; SRSZ 400.100) vom 14. Mai 1987 verwiesen werden, wonach die Gemeinde auf Anfrage den Gesuchsteller unverbindlich über die Anforderungen an ein Projekt und das zu beachtende Verfahren beraten kann; ein Ausstand des Gemeinderates für das nachfolgende Baubewilligungsverfahren wird dadurch nicht begründet (vgl. VGE 2010 115+118 vom 18.11.2010 (Erw. 3.1.2 f.)).

Im Übrigen könnte dem Ausstandsbegehren auch deshalb nicht stattgegeben werden, weil nach ständiger Rechtsprechung Ausstandsgesuche, die sich gegen die ganze Behörde bzw. eine Amtsstelle richten, grundsätzlich von vornherein unzulässig sind und darauf nicht einzutreten ist (...).

(VGE III 2017 37+38 vom 24. Oktober 2017).

1.2 Beschwerdebefugnis

- *Beschwerdebefugnis eines einzelnen Mitgliedes einer Erbgemeinschaft zur Anfechtung des Gründungsbeschlusses einer Flurgenossenschaft.*

Aus den Erwägungen:

3.3.1 Die Erbgemeinschaft als solche bildet eine Gesamthandschaft ohne eigene Rechtspersönlichkeit; berechtigt und verpflichtet sind die einzelnen Erben (vgl. Art. 602 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches [ZGB; SR 210] vom 10.12.1907 i.V.m. Art. 652 ZGB). Die Erben bilden eine notwendige Streitgenossenschaft und sind daher in zivilrechtlichen Angelegenheiten nur gemeinsam zur Prozessführung befugt. Dies gilt auch im öffentlichen Recht, soweit es darum geht, die der Gesamthand zustehenden Rechte auszuüben. Da aber die Parteistellung im öffentlichen Recht nicht auf die Ausübung subjektiver Rechte beschränkt ist,

sondern auch dem Schutz tatsächlicher Interessen dient, können nach Rechtsprechung und Lehre die Mitglieder einer materiellen Streitgenossenschaft unter Umständen auch einzeln zur Beschwerde legitimiert sein, so wenn ein einzelnes Mitglied seine eigene Rechtsstellung gegen die anderen Mitglieder verteidigt oder wenn es um die Abwehr belastender oder pflichtbegründender Anordnungen geht und die Durchsetzung des Rechtsstandpunkts die Interessen der Gemeinschaft oder der übrigen Streitgenossen nicht zu beeinträchtigen vermag (Bundesgerichtsurteil 2C_1028/2014 vom 20.7.2015 Erw. 3.1 mit zahlreichen Hinweisen). Diese Beschwerdebefugnis eines einzelnen Gesamthandschafters gründet im Kern darin, dass sie sich im Verwaltungsverfahren nicht aus der Legitimation zur Sache, sondern aus der prozessualen Legitimation zum Verfahren (hinreichende individuelle Betroffenheit und Beziehungsnähe zum Verfahrensgegenstand) ergibt. Diese Verfahrensvoraussetzung kann auch bei einzelnen Mitgliedern notwendiger Streitgenossenschaften erfüllt sein und dazu führen, dass ihre Legitimation zum selbständigen Ausüben von Parteirechten zu bejahen ist (Merkli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zum Gesetz vom 23.5.1989 über die Verwaltungsrechtspflege des Kantons Bern, Bern 1997, Art. 13 N 6).

Im Einzelnen ist massgebend, was mit der Beschwerde angestrebt wird bzw. angestrebt werden kann. Verneint wurde in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung die Beschwerdelegitimation einzelner Miterben für die Geltendmachung einer Entschädigung aus materieller Enteignung, da gemäss dem anwendbaren Recht das Gemeinwesen die Zusprechung des betreffenden Landes zu Eigentum verlangen konnte, wenn die Entschädigungsforderung einen bestimmten Betrag überschritt, was die anderen Miterben beeinträchtigen konnte. Bejaht wurde die Legitimation einzelner Mitglieder einer Erbengemeinschaft, um einen das gemeinsame Grundstück belastenden Wanderweg oder eine Denkmalschutzunterstellung abzuwehren, verneint aber, wenn der einzelne noch eingreifendere Schutzmassnahmen beantragt. Im öffentlichen Beschaffungsrecht können die Mitglieder einer einfachen Gesellschaft nur gemeinsam Beschwerde gegen einen Vergabeentscheid führen und den Zuschlag an sich verlangen, da sie nur gemeinsam die offerierte Arbeit ausführen können. Ist aber der Vertrag abgeschlossen und der Zuschlag an die einfache Gesellschaft ohnehin nicht mehr möglich, kann jeder einzelne Gesellschafter die Feststellung der Rechtswidrigkeit beantragen. Einzelne Gesamteigentümer eines landwirtschaftlichen Grundstücks können nicht gültig ein Gesuch um Ausnahme vom Zerstückelungsverbot (Art. 58 Abs. 2 des Bundesgesetzes über das bäuerliche Bodenrecht [BGBB; SR 211.412.11] vom 4.10.1991) stellen, wohl aber eine erteilte Bewilligung anfechten mit der Begründung, sie hätten ihre Zustimmung zum

B 1.2

Gesuch nicht erteilt (Bundesgerichtsurteil 2C_1028/2014 vom 20.7.2015 Erw. 3.2 mit Hinweis auf die Bundesgerichtsurteile A.30/1986 vom 8.7.1987 Erw. 1d [ZBl 89/1988 S. 553], 1C_278/2011 vom 17.4.2012 Erw. 1, 1P.134/1997 vom 23.6.1997 Erw. 5, BGE 131 I 153 Erw. 5.4, 2P.130/2005 vom 21.11.2005 Erw. 2 [RtiD 2006 I S. 130], 2C_747/2013 vom 8.9.2014 Erw. 1.3 und 3.3; BGE 116 Ib 447 Erw. 2c).

Wird die Legitimation eines einzelnen Gesamthandschafters bejaht, sind die übrigen ins Verfahren einzubeziehen (Bertschi, in: Kommentar VRG, Vorbemerkungen zu §§ 21-21a N 4).

3.3.2 Das Verwaltungsgericht hat seine Rechtsprechung zur Frage, ob und inwiefern bei gemeinschaftlichen Verhältnissen ein einzelnes Mitglied allein handeln bzw. ein Rechtsmittel einlegen kann, im VGE 724/03 vom 27. Februar 2004 (Erw. 1.1 ff., publiziert in: EGV SZ-2004 B 1.6) zusammengefasst.

Dabei hat es unter Zitierung von VGE 525/86 vom 28. April 1987 vorab festgehalten, dass es zu verhindern gilt, dass ein einzelner oder mehrere Erben Verfügungen oder Entscheide provozieren. Es müssten also Beschwerden einzelner Erben zulässig sein, die die Fürsorge für die gemeinschaftliche Sache anstreben, und die nicht gleichzeitig dazu geeignet seien, die Rechte der übrigen Erben zu beeinträchtigen. Diese Voraussetzungen seien etwa in Fällen von nachbarlichen Baueinsparungen anzunehmen. Auch wenn es zutrefte, dass die Liegenschaften einer Erbengemeinschaft keinen Nutzen aus dem Zweck der Flurgenossenschaft ziehen könne, würde ein entsprechender Beschwerdeerfolg nicht den gemeinsamen Interessen der Erbengemeinschaft widersprechen. Sei dem nicht so, werde der Beschwerde der Erfolg versagt sein und eine Beeinträchtigung der Interessen der Erbengemeinschaft vermieden. Das Verwaltungsgericht trat mit dem zitierten VGE 525/86 vom 28. April 1987 auf die Beschwerde gegen den Einbezug der Liegenschaft einer Erbengemeinschaft in den Perimeter ein, obwohl die Beschwerdeführerin als Mitglied der Erbengemeinschaft entgegen der zweimaligen Aufforderung des Gerichts keine Vollmacht der übrigen Mitglieder der Erbengemeinschaft eingereicht hatte.

Gemäss weiteren zitierten Entscheiden bedarf es bei Abwehrensprüchen keiner notwendigen Streitgenossenschaft (VGE 645/86 vom 26.5.1987). Ebenso kann ein einzelner Erbe alleine auftreten, wenn es einzig um die Fürsorge für die gemeinschaftliche Sache geht und es nicht sinnvoll ist, von den anderen (zerstrittenen) Mitgliedern der Erbengemeinschaft die Bestellung eines Erbenvertreters zu verlangen (VGE 517/91 vom 21.5.1991 = EGV-SZ 1991 Nr. 1 [betreffend Zonen-

ordnung für eine Stammparzelle]). Jeder einzelne Gesamteigentümer ist auch befugt, gegen Einspracheentscheide betreffend eine Grundstücksgewinnbesteuerung von veräusserten, im Gesamteigentum stehenden Liegenschaften Beschwerde zu erheben (VGE 619/98 vom 31.3.1999).

Im konkreten Fall bejahte das Verwaltungsgericht die grundsätzliche Befugnis eines jeden einzelnen Gesamteigentümers eines zum Perimeter gehörenden Grundstücks, gegen den Kostenverteilplan Einsprache bzw. Beschwerde zu erheben.

3.4 Vorab ist somit festzuhalten, dass das Verwaltungsgericht in seiner Rechtsprechung nicht nur die Beschwerdebefugnis eines einzelnen Erben gegen den Kostenverteilplan, sondern (bereits früher) auch gegen den Einbezug eines Grundstückes in den Perimeter bejaht hat.

Festzuhalten ist des Weiteren, dass der Beschwerdeführer Ziff. 3 trotz des Gesamthandschaftsverhältnisses zweifelsohne von der Gründung der Flurgenossenschaft auch individuell betroffen ist; ebenso kann seine Beziehungsnähe zur Streitsache (Flurgenossenschaft) nicht ernsthaft bestritten werden. Im Weiteren handelt es sich bei seinem Standpunkt um einen Abwehranspruch. Zwar scheint der Beschwerdeführer Ziff. 3 innerhalb der Erbengemeinschaft einen singulären (Rechts-)Standpunkt zu vertreten. Indessen betreffen allfällige finanzielle Überlegungen wie auch das Argument einer zweiten Erschliessung die übrigen Mitglieder der Erbengemeinschaft in gleicher Weise. Auch wenn diese Fragen von diesen nicht thematisiert oder jedenfalls (offensichtlich) nicht gleich gewichtet werden wie seitens des Beschwerdeführers Ziff. 3, lässt sich hieraus nicht ohne weiteres der Schluss ziehen, dessen Einwände gegen die Flurgenossenschaft könnten als weniger wichtig bzw. vernachlässigbar erachtet werden. Inwiefern Rechte und/oder Interessen der Miterbentangiert sein könnten, ist auch nicht, jedenfalls nicht auf Anhieb, zu erkennen. Gegenteilige Anhaltspunkte lassen sich auch den Vorbringen der Beschwerdegegner nicht entnehmen. Wie es sich hiermit verhält, lässt sich nur dann abschliessend prüfen, wenn auch dem einzelnen Mitglied einer Erbengemeinschaft die Beschwerdelegitimation zugestanden wird. Die gegenteilige Auffassung würde dazu führen, dass sich die Minderheit majorisieren lassen müsste (was genau gesehen eine doppelte Majorisierung bedeuten würde, nachdem eine uneinige und an der Gründungsversammlung einer Flurgenossenschaft deshalb [auch nicht durch einen Erbenvertreter] rechtsgültig vertretene und daher an der Beschlussfassung nicht mitwirkende Gesamthandschaft als zustimmend gezählt wird). Es darf mit Blick auf die Beschwerdelegitimation daher jedoch keine Rolle spielen, ob eine Erbengemeinschaft nur aus zwei Mitgliedern mit divergierenden Interessen besteht (oder ob sich bei einer

B 1.3

grösseren Zahl von Mitgliedern nach demokratischen Kriterien eine Patt-situation einstellt). Im Weiteren sind auch keine überzeugenden Gründe ersichtlich, welche für eine Bejahung der Beschwerdelegitimation betreffend den Kostenverteilplan sprechen, die Beschwerdelegitimation aber betreffend die grundsätzliche Frage, ob sich ein Grundstück durch den Beitritt/Anschluss an eine Flurgenossenschaft überhaupt an Kosten zu beteiligen hat, verneinen lassen. Schliesslich ist eine Erbengemeinschaft als Gesamthandschaft in der Regel auf die Teilung der Erbschaft (vgl. Art. 602 ff. ZGB) und somit auf die Auflösung der Gesamthandschaft angelegt. Dabei ist nicht auszuschliessen, dass ein Grundstück auf die Erben aufgeteilt wird. Nach der Teilung der Erbschaft/Auflösung der Gesamthandschaft müsste die Beschwerdelegitimation des/der neuen Eigentümer/s zweifelsohne bejaht werden. Die Bejahung oder Verneinung der Beschwerdelegitimation sollte indessen nicht von chronologischen Zufälligkeiten abhängig gemacht werden.

Auf die Beschwerde des Beschwerdeführers Ziff. 3 ist daher einzutreten. (...).

(VGE III 2017 37+38 vom 24. Oktober 2017).

1.3 Beschwerdebefugnis

- *Aufnahme eines Niedergelassenen ins kommunale Einwohnerregister (fehlende Beschwerdebefugnis einer Wohnsitzgemeinde).*

Aus dem Sachverhalt:

Eine verbeiständete Person (Y) hatte (nach der Kündigung der bisherigen Wohnung) in der Gemeinde X ein Zimmer gemietet. Nach einem Aufenthalt in einer psychiatrischen Klinik trat Y in ein Heim für betreutes Wohnen für Menschen mit psychischen Beeinträchtigungen in Z ein. Der Beistand benötigte für eine Anmeldung von Y in Z als Wochenaufenthalter eine Wohnsitzbestätigung der Gemeinde X, welche von letzterer verweigert wurde. Im Verwaltungsbeschwerdeverfahren verpflichtete der Regierungsrat das Einwohneramt der Gemeinde X, Y in der Gemeinde X als Niedergelassenen ins Einwohnerregister aufzunehmen. Auf eine dagegen von der Gemeinde X erhobene Beschwerde ist das Verwaltungsgericht nicht eingetreten.

Aus den Erwägungen:

1.1 Vor Erlass eines Entscheides prüft das Gericht von Amtes wegen, ob die Voraussetzungen für einen Sachentscheid erfüllt sind. Es prüft u.a. insbesondere die Rechtsmittelbefugnis (vgl. § 27 Abs. 1 lit. d des Verwaltungsrechtspflegegesetzes [VRP; SRSZ 234.110] vom 6.6.1974). Zur Einreichung eines Rechtsmittels ist gemäss § 37 Abs. 1 VRP berechtigt, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen hat oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat (lit. a); durch den angefochtenen Entscheid oder die angefochtene Verfügung besonders berührt ist (lit b); und ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung oder Änderung des Entscheides oder der Verfügung hat (lit. c). Zudem sind Gemeinden und andere öffentlich-rechtliche Körperschaften zur Einreichung eines Rechtsmittels berechtigt, wenn sie die Verletzung von Garantien rügen, die ihnen die Kantons- oder Bundesverfassung gewährt (§ 37 Abs. 2 lit. a VRP), sowie Personen, Organisationen und Behörden, wenn sie dazu durch einen Rechtssatz ermächtigt sind (§ 37 Abs. 2 lit. b VRP). Ist eine der Sachentscheidvoraussetzungen nicht gegeben, trifft die Behörde einen Nichteintretensentscheid (vgl. § 27 Abs. 2 VRP).

1.2 § 37 Abs. 1 VRP ist inhaltlich mit Art. 89 Abs. 1 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (Bundesgerichtsgesetz, BGG; SR 173.110) vom 17. Juni 2005 und Art. 48 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG; SR 172.021) vom 20. Dezember 1968 identisch. Diese Regelung ist in erster Linie auf Privatpersonen zugeschnitten, doch kann sich auch das Gemeinwesen darauf stützen, falls es durch einen angefochtenen Entscheid gleich oder ähnlich wie ein Privater in seinen rechtlichen oder vermögenswerten Interessen betroffen ist. Ausserdem akzeptiert die Praxis die Beschwerdebefugnis eines Gemeinwesens, wenn dieses durch den fraglichen Akt in qualifizierter Weise in schutzwürdigen hoheitlichen Interessen berührt wird (vgl. BGE 140 I 90 [= Pra 2014 Nr. 67] Erw. 1.2.1; BGE 138 II 506 Erw. 2.1.2; BGE 138 I 143 Erw. 1.3.1; je m.w.H.; Kölz/Häner/Bertschi, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 3. Aufl. 2013, N 970). Eine solche Betroffenheit wird in der Regel u.a. in Bezug auf Leistungen der Sozialhilfe bejaht (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2C_20/2016 vom 8.4.2016 Erw. 2.2 m.H. auf BGE 140 V 328 Erw. 6).

Unabhängig davon sind Gemeinden und andere öffentlich-rechtliche Körperschaften gemäss Art. 89 Abs. 2 lit. c BGG zur Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten befugt, wenn sie die Verletzung von Garantien rügen, die ihnen die Kantons- oder Bundesverfassung gewährt

B 1.3

(vgl. BGE 138 I 143 Erw. 1.3.1). § 37 Abs. 2 lit. a VRP stimmt wortgenau mit Art. 89 Abs. 2 lit. c BGG überein.

2.1 Eine Gemeinde ist in einem Sachbereich autonom, wenn das kantonale Recht diesen nicht abschliessend ordnet, sondern ihn ganz oder teilweise der Gemeinde zur Regelung überlässt und ihr dabei eine relativ erhebliche Entscheidungsfreiheit einräumt (vgl. BGE 138 I 143 Erw. 3.1; BGE 126 I 136 Erw. 2). Der geschützte Autonomiebereich kann sich auf die Befugnis zum Erlass oder Vollzug eigener kommunaler Vorschriften beziehen oder einen entsprechenden Spielraum bei der Anwendung des kantonalen oder eidgenössischen Rechts betreffen. Der Schutz der Gemeindeautonomie setzt eine solche nicht in einem ganzen Aufgabengebiet, sondern lediglich im streitigen Bereich voraus. Im Einzelnen ergibt sich der Umfang der kommunalen Autonomie aus dem für den entsprechenden Bereich massgebenden kantonalen Verfassungs- und Gesetzesrecht (BGE 136 I 265 Erw. 2.1).

2.2 Am 23. Juni 2006 erging das Bundesgesetz über die Harmonisierung der Einwohnerregister und anderer amtlicher Personenregister (RHG; SR 431.02). Es trat am 1. November 2006 bzw. 1. Januar 2008 gestaffelt in Kraft und dient, seinem Zweckartikel entsprechend, der Vereinfachung der Datenerhebung für die Statistik durch die Harmonisierung amtlicher Personenregister (Art. 1 Abs. 1 lit. a RHG) und des gesetzlich vorgesehenen Austauschs von Personendaten zwischen den Registern (Art. 1 Abs. 1 lit. b RHG). Mit Blick auf eine aussagekräftige Bundesstatistik zielt das RHG letztlich darauf ab, ihr einheitliche und vergleichbare Daten zugänglich zu machen. Hierzu umschreibt das RHG erstmals auf bundesrechtlicher Ebene im registerrechtlichen, schriftenspolizeilichen Sinne zentrale Begriffe wie „Niederlassungsgemeinde“ und „Aufenthaltsgemeinde“. Unter der Niederlassungsgemeinde ist die Gemeinde zu verstehen, in der sich eine Person in der Absicht dauernden Verbleibens aufhält, um dort den Mittelpunkt ihres Lebens zu begründen, welcher für Dritte erkennbar sein muss; eine Person wird in derjenigen Gemeinde als niedergelassen betrachtet, in der sie das erforderliche Dokument hinterlegt hat, und kann nur eine Niederlassungsgemeinde haben (Art. 3 lit. b RHG). Demgegenüber bedeutet Aufenthaltsgemeinde die Gemeinde, in der sich eine Person zu einem bestimmten Zweck ohne Absicht dauernden Verbleibens mindestens während dreier aufeinander folgender Monate oder dreier Monate innerhalb eines Jahres aufhält; der Aufenthalt zum Zweck des Besuchs einer Lehranstalt oder Schule und die Unterbringung einer Person in einer Erziehungs-, Versorgungs-, Heil- oder Strafanstalt begründen eine Aufenthaltsgemeinde (Art. 3 lit. c RHG).

(vgl. Urteil des Bundesgerichts 2C_919/2011 vom 9.2.2012 Erw. 2.2.3 f. m.w.H.).

2.3 In Erw. 2.3.2 des soeben zitierten Urteils 2C_919/2011 vom 9. Februar 2012 hat das Bundesgericht u.a. festgehalten, es sei denkbar, dass das Ziel der Registerharmonisierung im Alltag auf technisch-administrativ verschiedene Weise erreicht werden könne. Dieser kantonale bzw. kommunale Spielraum im Bereich der Umsetzung der Registerpflicht begründe allenfalls in geringem Ausmass einen Autonomiebereich. Diesen Handlungsspielraum beurteilte das Bundesgericht als qualitativ und quantitativ zu wenig erheblich, als dass damit die Voraussetzungen für die Anerkennung eines geschützten kommunalen Autonomiebereichs erfüllt wären. Es wäre nicht im Sinne des Bundesgesetzgebers, wenn eine Gemeinde in Bezug auf Eintragungen und Löschungen im Einwohnerregister über ein Selbstbestimmungsrecht verfügte, würde auf diese Weise doch das Ziel einer schweizweit harmonisierten Registerpraxis vereitelt. Einen geschützten Autonomiebereich hat das Bundesgericht folglich verneint.

Aus denselben Gründen sind auch vorliegend die Voraussetzungen für die Anerkennung eines geschützten kommunalen Autonomiebereichs (im Sinne von § 37 Abs. 2 lit. a VRP) offensichtlich nicht erfüllt. Die durch das RHG vorgegebene Melde- und Erhebungspflicht ist in §§ 3 ff. des kantonalen Gesetzes über das Einwohnermeldewesen (EMG; SRSZ 111.110) vom 17. Dezember 2008 abschliessend geregelt (vgl. auch angefochtener RRB Nr. 416/2017 vom 30.5.2017 Erw. 1.3). Es ist nicht ersichtlich, inwiefern der Beschwerdeführer in Bezug auf die Führung des Einwohnerregisters über ein Selbstbestimmungsrecht verfügen soll. Ein entsprechender Spielraum ist hier nicht vorhanden. Dies gilt umso mehr, als die Niederlassungsfreiheit (Art. 24 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft [BV; SR 101] vom 18. April 1999) den Kantonen und Gemeinden gebietet, allen Schweizerinnen und Schweizern die Niederlassung auf ihrem Gebiet zu erlauben (vgl. Urteile des Bundesgerichts 2C_919/2011 vom 9.2.2012 Erw. 2.3.2 i.f.; 2C_805/2008 vom 3.2.2009 Erw. 2.3.3; 2P.49/2007 vom 3.8.2007 Erw. 2.1).

(...)

3.1 Die kantonalen Behörden dürfen die Rechtsmittelbefugnis nicht enger fassen, als dies für die Beschwerde ans Bundesgericht vorgesehen ist. Zur Beurteilung der Beschwerdelegitimation des Beschwerdeführers gestützt auf § 37 Abs. 1 VRP ist die Beschwerdeberechtigung vorliegend nach den Grundsätzen von Art. 89 Abs. 1 BGG zu prüfen (vgl. Urteil des

B 1.3

Bundesgerichts 1C_317/2010 vom 15.12.2010 Erw. 4.1; VGE II 2016 61 vom 15.12.2016 Erw. 2.3).

3.2 Im angefochtenen RRB Nr. 416/2017 vom 30. Mai 2017 (Disp. Ziff. 1) wurde der Beschwerdeführer verpflichtet, den Beigeladenen per ... als Niedergelassenen ins Einwohnerregister einzutragen. In Erw. 5 auf S. 5 hat der Regierungsrat ausgeführt, gemäss den Angaben des Amtsbeistandes könne der Beigeladene die Kosten des Wohnheims für betreutes Wohnen für Menschen mit psychischen Beeinträchtigungen in ... nicht alleine mit seiner Rente der Invalidenversicherung und den Ergänzungsleistungen tragen. Er sei deshalb auf Sozialhilfe angewiesen. Damit stelle sich in einem nächsten Schritt die Frage des Unterstützungswohnsitzes ab ... (laut § 6 Abs. 2 des kantonalen Gesetzes über die Sozialhilfe [ShG; SRSZ 380.100] vom 18.5.1983 ist grundsätzlich die Wohnsitzgemeinde der hilfeschuchenden Person zur Leistung der Sozialhilfe zuständig). Gegenstand dieses Verfahrens sei nur die Frage der Niederlassung, wobei diese als Indiz für den zivilrechtlichen Wohnsitz und in der Folge für die Spezialwohnsitze wie Steuerdomizil, Unterstützungswohnsitz und politischer Wohnsitz gelte.

Der Beschwerdeführer hält in seiner Beschwerde vom 26. Juni 2017 (...) bezüglich der Konsequenz des angefochtenen RRB Nr. 416/2017 vom 30. Mai 2017 fest, indem die Niederlassung als Indiz für weitere Spezialwohnsitze gelte, könne die Feststellung der Niederlassung das Abschieben von finanziell abhängigen und betreuungsintensiven Einwohnern auf Nachbargemeinden fördern.

3.3 Ausgangspunkt des Urteils des Bundesgerichts 2C_805/2008 vom 3. Februar 2009 bildete die Weigerung der Einwohnergemeinde Grenchen, ein unterstützungsbedürftiges Konkubinatspaar mit Kind ins Einwohnerregister einzutragen. Die Gemeinde war der Ansicht, es liege eine Abschiebung durch das Sozialamt der bisherigen Wohngemeinde Pieterlen vor. Auf Aufsichtsbeschwerde der letztgenannten Gemeinde hin verpflichtete der Regierungsrat des Kantons Solothurn die Einwohnergemeinde Grenchen, das Paar in das Einwohnerregister aufzunehmen. Diesen Entscheid focht die Gemeinde Grenchen beim Bundesgericht an, welches auf die Beschwerde jedoch nicht eintrat (vgl. Michael Pflüger, Die Legitimation des Gemeinwesens zur Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten, 2013, S. 97 f.).

In Erw. 2.4.2 des Urteils 2C_805/2008 vom 3. Februar 2009 hat das Bundesgericht festgehalten, die Beschwerdeführerin mache zu Recht nicht geltend, wie eine Privatperson in ihren materiellen oder vermögensrechtlichen Interessen berührt zu sein. Sinngemäss bringe die Beschwer-

deführerin vor, in ihren schutzwürdigen eigenen hoheitlichen Interessen berührt zu sein. Die Beschwerdeführerin lege dar, es seien ihr Verpflichtungen auferlegt worden, welche „direkt und unmittelbar in ihre Rechtsposition eingreifen“ würden. Es sei aber weder ersichtlich noch dargetan, worin dieser Eingriff bestehe und warum dadurch die eigenen hoheitlichen Interessen berührt sein sollen. Der angefochtene Beschluss verpflichte die Beschwerdeführerin lediglich zur Aufnahme von drei zugezogenen Personen ins Einwohnerregister. Damit seien keine eigenen vermögensrechtlichen Interessen der Beschwerdeführerin betroffen, da eine Gemeinde mit dem blossen Registereintrag nicht automatisch zu finanziellen Leistungen verpflichtet werde. Streitgegenstand bilde nicht etwa der Unterstützungswohnsitz gemäss Art. 4 ff. des Bundesgesetzes über die Zuständigkeit für die Unterstützung Bedürftiger (Zuständigkeitsgesetz, ZUG; SR 851.1) vom 24. Juni 1977, da der Unterstützungswohnsitz – trotz gewisser Parallelen – nicht völlig mit dem polizeilichen Domizil oder dem zivilrechtlichen Wohnsitzbegriff übereinstimme (m.H. auf die Urteile 2P.49/2007 vom 3.8.2007 Erw. 2.2; 2P.240/1995 vom 22.1.1996 Erw. 1c, Erw. 2a, in: ZBI 98/1997 S. 414 ff.). Die allenfalls mit der Registereintragung verbundene zukünftige Zuständigkeit für Sozialhilfeleistungen stelle bloss ein allgemeines, mit einer öffentlichen Aufgabe indirekt verbundenes finanzielles Interesse des Gemeinwesens dar, welches für die Begründung des allgemeinen Beschwerderechts im Sinne der bisherigen Rechtsprechung (aufgeführt in der vorgängigen Erw. 2.4.1) nicht genüge.

Da weder ihre vermögensrechtlichen Interessen hinreichend betroffen seien noch ein Eingriff in spezifische eigene öffentliche Sachanliegen vorliege, sei die Beschwerdeführerin nicht in ihren schutzwürdigen Interessen berührt und damit gestützt auf Art. 89 Abs. 1 BGG nicht zur Beschwerde legitimiert (Erw. 2.4.3).

3.4 Wie im soeben angeführten Präjudiz, wurde der Beschwerdeführer im angefochtenen RRB Nr. 416/2017 vom 30. Mai 2017 ‚lediglich‘ zur Aufnahme des Beigeladenen als Niedergelassener ins Einwohnerregister verpflichtet. Es ist weder ersichtlich noch wird vom Beschwerdeführer dargetan, warum er dadurch „bei der Erfüllung gesetzlicher Aufgaben in seinen schutzwürdigen Interessen verletzt“ resp. in [seinen] eigenen hoheitlichen Interessen berührt sein solle.

Eigene vermögensrechtliche Interessen des Beschwerdeführers sind nicht betroffen, da er mit dem blossen Registereintrag nicht automatisch zu finanziellen Leistungen verpflichtet wird. Streitgegenstand des angefochtenen RRB Nr. 416/2017 vom 30. Mai 2017 bildete explizit nicht der Unterstützungswohnsitz des Beigeladenen (vgl. Erw. 3.2 erster Ab-

B 1.4

satz hiavor; vgl. auch Urteil des Bundesgerichts 2C_919/2011 vom 9.2.2012 Erw. 3.2, wonach nicht aus den Augen verloren werden dürfe, dass ZGB und RHG unterschiedlichen Zwecken dienen, auch wenn sich die Begriffe gemäss Art. 3 lit. b und c RHG grammatikalisch an Art. 23 ZGB und die Praxis hierzu anlehnen, mit Verweis auf die Urteile 2C_599/2011 vom 13.12.2011 Erw. 2.4; 2C_478/2008 vom 23.9.2008 Erw. 3.5). Ebenso wenig war im vorinstanzlichen Verfahren darüber zu befinden, ob der Beigeladene ab November 2016 eine Niederlassung in ... begründet habe (vgl. dazu Vernehmlassung des instruierenden Sicherheitsdepartements vom 7.7.2017 Ziff. 2 S. 3; vgl. auch VGE III 2009 72 vom 27.9.2009, bestätigt durch das Urteil des Bundesgerichts 5A_646/2009 vom 25.1.2010; Urteil 2P.49/2007 vom 3.8.2007).

Die mit der Registereintragung allenfalls verbundene zukünftige Zuständigkeit für Sozialhilfeleistungen (vgl. Erw. 3.2 letzter Absatz hiavor) stellt bloss ein allgemeines, mit einer öffentlichen Aufgabe indirekt verbundenes finanzielles Interesse des Gemeinwesens dar, welches für die Begründung des allgemeinen Beschwerderechts nach den Grundsätzen von Art. 89 Abs. 1 BGG im Sinne der vorliegend relevanten Rechtsprechung des Bundesgerichts nicht genügt (vgl. Erw. 3.1 und 3.3 hiavor).

4.1 Zusammenfassend ergibt sich, dass der Beschwerdeführer weder in seinen vermögensrechtlichen Interessen (hinreichend) betroffen ist noch ein Eingriff in spezifische eigene öffentliche Sachanliegen vorliegt, weswegen der Beschwerdeführer nicht in seinen schutzwürdigen Interessen berührt ist und damit gestützt auf § 37 Abs. 1 VRP nicht zur Beschwerde legitimiert ist. Auf die Beschwerde ist daher nicht einzutreten.

(VGE III 2017 122 vom 24. Oktober 2017).

1.4 Zuständigkeit – Rechtsmittelinstanz

- *Gegen die Erhebung einer Vorteilsabgabe nach § 58 StraG durch eine kommunale Hochbaukommission ist zunächst Einsprache beim Gemeinderat zu erheben.*

Aus dem Sachverhalt:

Eine kommunale Hochbaukommission erhob gestützt auf § 58 Strassengesetz (StraG; SRSZ 442.110) vom 15. September 1999 eine Vor-

teilsabgabe. In der Rechtsmittelbehörung wurde als Beschwerdeinstanz der Regierungsrat bezeichnet.

Aus den Erwägungen:

1.2.2 Verfügungen der den Gemeinde- und Bezirksräten unterstellten Behörden und Organe sind beim Bezirks- oder Gemeinderat anzufechten (§ 45 Abs. 1 lit. a Verwaltungsrechtspflegegesetz [VRP; SRSZ 234.110] vom 6.6.1974). Verfügungen der Gemeinde- und Bezirksräte sind dagegen beim Regierungsrat anzufechten (§ 45 Abs. 1 lit. b VRP). Gemäss § 97 Abs. 1 des Gesetzes über die Organisation der Gemeinden und Bezirke (GOG; SRSZ 152.100) vom 29. Oktober 1969 können, sofern Verfassung, Gesetz oder Verordnung nichts anderes vorschreiben, Beschlüsse und Verfügungen von Kommissionen und Beamten der Gemeinde beim Gemeinderat als erster Beschwerdeinstanz und sämtliche Beschlüsse des Gemeinderates beim Regierungsrat angefochten werden.

1.3.1 § 58 Abs. 1 StraG erklärt den Strassenträger als zuständig für die Erhebung einer Vorteilsabgabe bei Unterschreiten des Strassenabstandes und für die Erstellung von Zufahrten und Zugängen. (...). Träger der Nebenstrassen sind in der Regel Gemeinden, Genossenschaften des öffentlichen Rechts und Private (§ 7 Abs. 2 StraG). Weitergehende Vorgaben an die Zuständigkeit zur Erhebung der Vorteilsabgabe, namentlich eine Konkretisierung der hierfür zuständigen Behörde, lässt sich dem StraG nicht entnehmen.

1.3.2 Nach § 31 Abs. 1 (Satz 1) GOG ist der Gemeinderat (bzw. Bezirksrat, vgl. § 3 Abs. 2 GOG) das vollziehende und verwaltende Organ der Gemeinde bzw. des Bezirkes. Ihm stehen die Befugnisse zu, die nicht durch kantonales oder kommunales Recht einem anderen Gemeindeorgan zugewiesen sind (§ 31 Abs. 2 GOG).

Sollen den Kommissionen Entscheidungsbefugnisse delegiert werden, erfordert dies gemäss § 47 Abs. 1 GOG eine gesetzliche Grundlage im Bundesrecht oder kantonalen Recht. Ansonsten haben die Kommissionen dem Gemeinde- bzw. Bezirksrat Bericht und Antrag zu stellen. Im Übrigen können gemäss § 47 Abs. 2 GOG Verfügungen in einer Vielzahl gleichartiger Fälle vom Gemeinde- bzw. Bezirksrat oder in seinem Auftrag von einer Kommission erlassen werden, wobei dagegen Einsprache beim Gemeinderat erhoben werden kann.

Mithin kommt einer Kommission nur Entscheidungsbefugnis zu, wo dies ein Rechtssatz vorsieht, d.h. nur unter dieser Voraussetzung kann

B 1.4

sie selbständige Verfügungen treffen. Sollen mit anderen Worten einer Kommission Entscheidungsbefugnisse delegiert werden, erfordert dies nach der Vorgabe von § 47 Abs. 1 GOG eine gesetzliche Grundlage im Bundesrecht oder kantonalen Recht (vgl. VGE III 2009 147 vom 27.10.2009 Erw. 3.2; VGE III 2009 154 vom 27.10.2009 Erw. 2.2, je mit Hinweis auf Friedrich Huwyler, Gemeindeorganisation des Kantons Schwyz, Rickenbach/Schwyz 2009, S. 152 oben). Entscheide selbständiger Kommissionen können beim Gemeinderat angefochten werden; vorbehalten bleiben abweichende Regelungen im Gesetz (Huwyler, a.a.O., S. 154 und 156 ff.), wie beispielsweise in § 37 des Gesetzes über die Sozialhilfe (ShG; SRSZ 380.100) vom 18. Mai 1983 und § 8 des Gesetzes über Inkassohilfe und Bevorschussung von Unterhaltsbeiträgen für Kinder (SRSZ 380.200) vom 24. April 1985, welche als Rechtsmittel gegen Verfügungen der (kommunalen) Fürsorgebehörde die Beschwerde an den Regierungsrat vorsehen.

(...).

1.4.1 Eine gesetzliche Grundlage im kantonalen Recht – analog zu § 76 Abs. 1 des Planungs- und Baugesetzes (PBG; SRSZ 400.100) vom 14. Mai 1987 – (oder Bundesrecht), die es erlauben würde, die Kompetenz zur selbständigen Erhebung (Verfügung) von Vorteilsabgaben an eine kommunale Kommission zu delegieren, besteht nicht. Selbst wenn eine solche gesetzliche Grundlage bestünde (analog zu § 76 Abs. 1 PBG), ist davon auszugehen, dass es einer entsprechenden Umsetzung im kommunalen Recht durch die Gemeindeversammlung bedurfte. An einer solchen gebricht es vorliegend. Nur unter dieser Voraussetzung könnte der Regierungsrat jedoch Beschwerdeinstanz sein.

Auch wenn über die Vorteilsabgabe in der Regel mit der Baubewilligung entschieden wird, lässt sich eine Kompetenz zur selbständigen Erhebung von Vorteilsabgaben nicht aus § 76 Abs. 1 PBG (sei es direkt, sei es analog) und der entsprechenden Umsetzung im kommunalen Recht ableiten. Dem steht namentlich entgegen, dass die Verfügung über die Vorteilsabgabe in das Rechtsgebiet des Steuer- und Abgaberechtes gehört und mit dem Baupolizei- und Planungsrecht grundsätzlich nichts zu tun hat (vgl. VGE 630/00Z vom 29.9.2000 Erw. 3). Entsprechend ist die Abgabenverfügung nicht Gegenstand des Baubewilligungsverfahrens, was auch der vorliegende Fall (mit Aufspaltung der beiden Verfahren) belegt. Vorliegend kommt hinzu, dass eine Herleitung der Kompetenz zur selbständigen Erhebung von Vorteilsabgaben aus § 76 Abs. 1 PBG i.V.m. Art. 85 BauR genau genommen und konsequenterweise zur Folge haben müsste, dass je nach (Bau-)Bewilligungszuständigkeit auch eine unterschiedliche Zuständigkeit für die Erhebung der Vorteilsabgabe bestünde.

1.4.2 Ein Gemeinderatsbeschluss stellt auch kein kommunales Recht im Sinne von § 31 Abs. 1 GOG dar, mit welchem dem Gemeinderat zugewiesene Befugnisse vom Gemeinderat selber (anstelle der Gemeindeversammlung) auf ein anderes Gemeindeorgan übertragen werden könnten. Wäre diese Befugnis vorliegend regelkonform von der Gemeindeversammlung auf eine Kommission übertragen worden, käme mangels einer anders lautenden Bestimmung im kantonalen Recht (analog zum erwähnten § 37 ShG) bei einem Weiterzug § 45 Abs. 1 lit. a VRP zum Zuge, d.h. es wäre vorerst Verwaltungsbeschwerde an den Gemeinderat zu erheben.

1.4.3 Eine Beauftragung der Hochbaukommission mit der Erhebung der Vorteilsabgaben durch den Gemeinderat kann vorliegend folglich nur im Sinne von und gestützt auf § 47 Abs. 2 GOG erfolgen bzw. erfolgt sein. Auch wenn eine Vorteilsabgabe gemäss § 58 StraG nur bei „Bauten und Basiserschliessungen“ zu erheben ist (zu den beitragspflichtigen Strassen vgl. auch GRB Nr. 72-4/11 vom 20.2.2006), rechtfertigt es sich, im Zusammenhang mit der Erhebung von Vorteilsabgaben von einer „Vielzahl gleichartiger Fälle“ – analog zu Anschlussbeiträgen (vgl. VGE II 2008 23 vom 10.10.2008 Erw. 4.1.2; VGE 715 bis 722/98 vom 19.11.1998 Erw. 3; VGE 723/98 vom 24.11.1998 Erw. 2) – zu sprechen. Gegen die Verfügung der Hochbaukommission wäre bzw. ist daher zunächst Einsprache an den Gemeinderat zu erheben.

(VGE II 2017 57 vom 25. September 2017).

2. Alters- und Hinterlassenenversicherung / Invalidenversicherung / Ergänzungsleistungen

2.1 Ergänzungsleistungen

- *Lottogewinne sind beim Vermögen anzurechnen. Lottoeinsätze können nicht als Gewinnungskosten zum Abzug gebracht werden, sondern stellen Vermögensverzicht dar.*

B 2.1

Aus dem Sachverhalt:

Ein AHV-Rentner hatte in den Jahren 2009 bis 2014 zwei Lottogewinne von brutto je Fr. 250'000.-- und einen Lottogewinn von brutto Fr. 70'000.-- erzielt. Im Jahre 2016 meldete er sich bei der Ausgleichskasse zum Bezug von Ergänzungsleistungen an. Die Ausgleichskasse rechnete aufgrund von nicht nachvollziehbaren Vermögensabnahmen einen Vermögensverzicht von knapp Fr. 200'000.-- ab 1. Januar 2016 an und verneinte einen Anspruch auf Ergänzungsleistungen.

Aus den Erwägungen:

1.1 (...).

Als Einnahmen werden gemäss Art. 11 Abs. 1 lit. d des Bundesgesetzes über Ergänzungsleistungen zur Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung (ELG; SR 831.30) vom 6. Oktober 2006 unter anderem Renten, Pensionen und andere wiederkehrende Leistungen, einschliesslich der Renten der AHV und der IV, angerechnet. Des Weiteren werden u.a. ein Fünftel, bei Altersrentnerinnen und Altersrentnern ein Zehntel des Reinvermögens, soweit es bei alleinstehenden Personen Fr. 37'500.-- übersteigt, angerechnet (Art. 11 Abs. 1 lit. c 1. Satz ELG). Zum Vermögen zählen nach den allgemeinen steuerrechtlichen Grundsätzen namentlich Sparguthaben jeder Art, inländische und ausländische Aktien, Lotteriegewinne, Rückkaufswerte von Lebensversicherungen und Leibrentenversicherungen, Edelmetalle, Kunstgegenstände, namhafte Barschaften, gewährte Darlehen, Autos und Liegenschaften/Grundstücke (vgl. Carigiet/Koch, Ergänzungsleistungen zur AHV/IV, 2. Aufl., Zürich 2009, S. 163).

(...).

1.2 Es gilt der Grundsatz, dass bei der Anspruchsberechnung nur die tatsächlich vereinnahmten Einkünfte und vorhandenen Vermögenswerte zu berücksichtigen sind, über die die EL-berechtigte Person ungeschmälert verfügen kann (Carigiet/Koch, a.a.O., S. 148). Nach Art. 11 Abs. 1 lit. g ELG werden als Einnahmen aber auch Einkünfte und Vermögenswerte angerechnet, auf die verzichtet worden ist. Der Tatbestand des Vermögensverzichts ist dann erfüllt, wenn die anspruchsberechtigte Person ohne rechtliche Verpflichtung und ohne adäquate – also gleichwertige – Gegenleistung auf Einkünfte oder Vermögen verzichtet hat. Die Voraussetzungen „ohne rechtliche Verpflichtung“ bzw. „ohne adäquate Gegenleistung“ müssen nicht kumulativ erfüllt sein, es reicht aus, wenn

alternativ eines der beiden Elemente gegeben ist. Dabei ist es unerheblich, ob beim Verzicht der Gedanke an eine Ergänzungsleistung eine Rolle gespielt hat oder nicht (Carigiet/Koch, a.a.O., S. 173).

1.3 (...).

1.4 Beim Fehlen von Einkommen oder Vermögen bzw. dessen Verbrauch handelt es sich um anspruchsbegründende Tatsachen, welche aufgrund der allgemeinen Beweislastverteilung durch die leistungsansprechende Person zu beweisen sind (BGE 121 V 204 Erw. 6a S. 208; Carigiet/Koch, a.a.O., S. 174). In Bezug auf Art. 11 Abs. 1 lit. g ELG hat die versicherte Person das Bestehen einer rechtlichen Verpflichtung bzw. den Erhalt einer adäquaten Gegenleistung zu belegen, wobei blosses Glaubhaftmachen nicht genügt, sondern der Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit gilt (BGE 121 V 204 Erw. 6b und c S. 208 ff.). Danach gilt ein Beweis als erbracht, wenn für die Richtigkeit der Sachbehauptung nach objektiven Gesichtspunkten derart gewichtige Gründe sprechen, dass andere denkbare Möglichkeiten vernünftigerweise nicht massgeblich in Betracht fallen (Bundesgerichtsurteil 9C_732/2014 vom 12.12.2014 Erw. 4.1.1 mit Hinweis auf 4A_319/2014 vom 19.11.2014 Erw. 4.1). Im Falle der Beweislosigkeit, d.h. wenn es dem Leistungsansprecher nicht gelingt, einen (überdurchschnittlichen) Vermögensrückgang zu belegen oder die Gründe dafür rechtsgenügend darzutun, wird ein Vermögensverzicht angenommen und ein hypothetisches Vermögen sowie darauf entfallender Ertrag angerechnet (BGE 121 V 204 Erw. 6a S. 208; Riemer-Kafka/Wittwer, Der Verzicht im Sinne von Art. 11 Abs. 1 lit. g ELG unter besonderer Berücksichtigung der Kapitalzahlung in der zweiten Säule [2. Teil], SZS 2013, S. 413 ff., 417; Carigiet/Koch, a.a.O., S. 174).

2.1 (...).

2.2 In Bezug auf seine Vermögenssituation hält der Beschwerdeführer in seiner Beschwerde unter anderem fest, dass er richtigerweise in den Jahren 2009 und 2013 jeweils brutto Fr. 250'000.-- und im Jahre 2014 über brutto Fr. 70'000.-- im Lottospiel gewonnen habe. Von einem Tag auf den anderen habe er über Möglichkeiten verfügt, die er vorher nicht gekannt habe. Er habe es sich gut gehen lassen und sich alles geleistet, was ihm zuvor nicht möglich gewesen sei (Ferienreisen, Motorrad, Auto, Nachtessen). Buchhaltung darüber habe er jedoch nicht geführt. Eine finanzielle Erziehung sei ihm nämlich verwehrt geblieben, (...). Zudem habe er auch einen Grossteil des Gewinns wieder in das Lottospiel rein-

B 2.1

investiert. Er sei vom Erfolg des Lottogeschäfts überzeugt gewesen, so dass er unermüdlich an mehreren Tagen die Woche gespielt habe. Damit habe er in nur fünf Jahren einen Betrag von brutto über einer halben Million Franken gewonnen. Als das ganze Geld aufgebraucht gewesen sei, habe er sich zum Bezug von Ergänzungsleistungen zur AHV angemeldet, wobei ein Anspruch auf Ausrichtung abgelehnt worden sei, da ein Vermögensverzicht im Jahre 2016 angenommen worden sei. Er sei aber der Meinung, dass seine Lottogewinne nicht als Einnahmen angerechnet werden dürfen, resp. die dafür notwendigen Ausgaben zu berücksichtigen seien. Denn die Beschwerdegegnerin habe übersehen, dass er nur dank dem Reinvestieren im grossen Stil habe gewinnen können. Er habe hierbei eine mehr als adäquate Gegenleistung erhalten. Zudem sei es auch nicht korrekt, einerseits die aus den Lottospielen wiederholten Gewinne als Vermögen resp. Einnahmen zu qualifizieren, im Gegenzug die – zugegebenermassen hohen – reinvestierten Beiträge hingegen nicht als Gewinnungskosten zu berücksichtigen. (...).

3. Lottogewinne sind beim Vermögen anzurechnen (vgl. vorstehend Erw. 1.1). Hierzu und was den Lottoeinsatz als allfällige Gewinnungskosten anbelangt, ist auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung (bzw. vormals Eidgenössisches Versicherungsgericht [EVG], Urteil P 35/1999 vom 30.11.2001 Erw. 2.c) zu Glücksspieleinsätzen zu verweisen. Ein Vermögensverzicht ist deshalb zu bejahen, weil sich der Spieler seines Geldes aus freien Stücken, also ohne jede Rechtspflicht begibt, ohne dass er eine adäquate wirtschaftliche Gegenleistung dafür erhalten würde. Letzteres folgt unmittelbar aus dem Wesen des Spieles selbst, welchem definitionsgemäss jede ökonomische Gegenständlichkeit abgeht. Im konkreten Fall hatte die Verwaltung dem EL-Gesuchsteller den beim Lotto (Fr. 80'000.--) und im Spielkasino (Fr. 15'000.--) erlittenen Vermögensverlust nicht als Verzichtsvermögen angerechnet (weil der Beschwerdeführer offensichtlich spielsüchtig sei), was vom EVG korrigiert wurde (mangels rechtsgenügenden Nachweises einer krankheitsbedingten Spielsucht). Vorliegend deutet nichts auf eine Spielsucht des Beschwerdeführers hin.

(VGE II 2016 76 vom 24. Januar 2017; das Bundesgericht ist auf eine dagegen erhobene Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten mit Urteil 9C_192/2017 vom 27. Juni 2017 nicht eingetreten).

2.2 Ergänzungsleistungen

- *Ein Anspruch auf eine güterrechtliche Ausgleichszahlung nach Scheidung ist beim Vermögen anzurechnen.*

Aus dem Sachverhalt:

Der Versicherten wurde in der Scheidungsvereinbarung eine Ausgleichszahlung von Fr. 400'000.-- zugesprochen, welche mit einem Schuldbrief in gleicher Höhe auf einem im Alleineigentum des geschiedenen Ehepartners stehenden Grundstück gesichert wurde.

Aus den Erwägungen:

2.2 Da Ergänzungsleistungen die Deckung der laufenden Lebensbedürfnisse bezwecken, dürfen nur tatsächlich vereinnahmte Einkünfte und vorhandene Vermögenswerte berücksichtigt werden, über die die leistungsansprechende Person ungeschmälert verfügen kann (BGE 127 V 248 Erw. 4a; BGE 122 V 19 Erw. 5a mit Verweis auf AHJ 1994 S. 216 Erw. 3a; siehe auch Bundesgerichtsurteil 9C_59/2011 vom 12.5.2011 Erw. 5.1; vgl. auch Carigiet/Koch, Ergänzungsleistungen zur AHV/IV, 2. Aufl., Zürich 2009, S. 148). So gelten Leistungen aus einem Verpfändungs- oder ähnlichen Vertrag nur soweit als anrechenbare Einnahmen, wie sie der EL-beanspruchenden Person auch wirklich erbracht werden und ihr als Reinvermögen bzw. als Kapitalertrag im Zeitpunkt der EL-Beanspruchung rechtlich ungeschmälert zur Verfügung stehen. Dieser Grundsatz findet dort eine Einschränkung, wo die versicherte Person einen Rechtsanspruch auf bestimmte Einkünfte oder Vermögenswerte hat, davon aber faktisch keinen Gebrauch macht (Bundesgerichtsurteil P 2/07 vom 7.8.2008 Erw. 5.2 mit Hinweisen). (...).

3.2 Die Beschwerdeführerin bestreitet zu Recht nicht, dass die güterrechtliche Ausgleichszahlung in Höhe von Fr. 400'000.-- grundsätzlich bei der EL-Berechnung auf der Einnahmeseite als Vermögenswert anzurechnen ist. Sie rügt hingegen die Anrechnung des gesamten Betrags per 1. Juli 2016. Die Anrechnung bei der EL müsse vielmehr gestaffelt, d.h. gemäss den Zahlungsfristen in der Scheidungsvereinbarung erfolgen. Zur Begründung wird im Wesentlichen auf BGE 122 V 19 Erw. 5a verwiesen, wonach nur die tatsächlich vereinnahmten Einkommen und Vermögenswerte für die EL-Berechnung zu berücksichtigen seien. Auch wird gel-

B 2.2

tend gemacht, dass die Ausgleichszahlung nicht so hoch ausgefallen wäre, wenn nicht ein langer Abzahlungszeitraum gewährt worden wäre. Man hätte gerne die ganze Forderung sofort erhalten, dies sei allerdings – wie das auch vom Bezirksgericht mitgeteilt worden sei – aufgrund der damals vorhandenen Vermögenswerte des Ex-Ehemanns nicht möglich gewesen.

4. Der Zeitpunkt der Anrechnung in der EL-Berechnung hängt von der Art des dem Vermögenswert zugrunde liegenden Rechtsgeschäfts ab (Beispiele aus der Rechtsprechung).

4.1.5 Aus diesen Beispielen erhellt, dass der Zeitpunkt der Anrechnung des Vermögenswerts in aller Regel mit dem Zeitpunkt der Erlangung eines gefestigten (gesicherten) und grundsätzlich sofort realisierbaren Anspruchs auf den Vermögenswert zusammenfällt.

4.2.1 Die Vorinstanz äussert sich nicht zu den Ausführungen in der Beschwerde, wonach die vereinbarte Ratenregelung vor allem wegen aktuell nicht vorhandener Vermögenswerte des Ex-Ehemannes gewählt wurde.

4.2.2 Der Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung wird mit dem Tod eines Ehegatten oder mit der Vereinbarung eines anderen Güterstandes aufgelöst (Art. 204 Abs. 1 Schweizerisches Zivilgesetzbuch [ZGB; SR 210] vom 10.12.1907). Bei Scheidung, Trennung, Ungültigerklärung der Ehe oder gerichtlicher Anordnung der Gütertrennung wird die Auflösung des Güterstandes auf den Tag zurückbezogen, an dem das Begehren eingereicht worden ist (Art. 204 Abs. 2 ZGB). Errungenschaft und Eigentum jedes Ehegatten werden nach ihrem Bestand im Zeitpunkt der Auflösung des Güterstandes ausgeschieden (Art. 207 Abs. 1 ZGB). Was vom Gesamtwert der Errungenschaft, einschliesslich der hinzugerechneten Vermögenswerte und der Ersatzforderungen, nach Abzug der auf ihr lastenden Schulden verbleibt, bildet den Vorschlag (Art. 210 Abs. 1 ZGB).

Massgebend für den Wert der bei der Auflösung des Güterstandes vorhandenen Errungenschaft ist der Zeitpunkt der Auseinandersetzung (Art. 214 Abs. 1 ZGB). Bei der aussergerichtlichen Einigung unter den Ehegatten ist mithin der Zeitpunkt der schriftlichen Teilungsvereinbarung oder die Realteilung bzw. im Rahmen eines streitigen Verfahrens der Tag der Urteilsfällung massgebend (Nuspliger, in: Kren Kostkiewicz/Wolf/Amstutz/Fankhauser, Kommentar ZGB, Zürich 2016, Art. 214 N 1 mit u.a. Hinweis auf BSK ZGB I-Hausheer/Aebi-Müller, Art. 214 N 9). Die

per diesen Zeitpunkt der Auflösung des Güterstandes den geschiedenen Eheleuten zugesprochenen Vermögenswerte entsprechen mithin zwangsläufig ihrem aktuellen Wert und müssen folglich vorbehalten abweichender gesetzlicher Bestimmungen (wie Ansprüche auf Vorsorgeausgleichsleistungen) auch verfüg- und verwertbar sein unbeschadet der Liquidität der geschiedenen Eheleute.

4.2.3 (...).

Im vorliegenden Fall ist der Güterstand bereits aufgelöst. Ein Abtretungsverbot (Art. 164 OR) wurde in der Scheidungskonvention nicht vereinbart und müsste EL-rechtlich ohnehin unbeachtet bleiben. Es besteht damit grundsätzlich die Möglichkeit der Abtretung oder Verpfändung der der Beschwerdeführerin zustehenden Forderungen gegenüber ihrem Ex-Ehemann (vgl. auch Urteil EVG P 8/02 vom 12.2.2002 Erw. 3b betreffend Zession/Verpfändbarkeit der „Anwartschaftsquote“ im Falle einer unverteilter Erbschaft; vorn Erw. 4.1.3). In der Scheidungsvereinbarung wurde zudem zur Sicherung der güterrechtlichen Ausgleichszahlung ein Schuldbrief auf dem Grundstück des Ex-Mannes errichtet. Damit wird einerseits die Werthaltigkeit der Forderung, andererseits auch deren (unverzögliche) Verwertbarkeit (Abtretung/Verpfändung) belegt. Es sind auch keine Gründe ersichtlich, die gegen eine (sofortige) Verwertung/Veräusserung der der Beschwerdeführerin zustehenden Forderung ab Juli 2016 sprächen.

(VGE II 2016 96 vom 23. Februar 2017; das Bundesgericht hat eine dagegen erhobene Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten mit Urteil 9C_277/2017 vom 17. Oktober 2017 abgewiesen).

2.3 Ergänzungsleistungen

- *Rückforderung von Ergänzungsleistungen.*

Aus dem Sachverhalt:

Die Versicherte bezog ab 2009 Ergänzungsleistungen. Im Februar 2013 räumte ihr Vater einer Drittperson ein Kaufsrecht an einem Grundstück ein. Im September 2014 verstarb der Vater; im Oktober 2015 übte die Drittperson das Kaufsrecht aus; im September 2016 informierte die Versicherte die Ausgleichskasse über die Erbschaft und reichte auf Aufforderung den Erbteilungsvertrag ein. Hierauf forderte die Ausgleichskasse seit Oktober 2014 zu viel ausgerichtete Ergänzungsleistungen zurück.

B 2.3

Aus den Erwägungen:

1.1 Die Rückerstattung unrechtmässig bezogener Ergänzungsleistungen nach Art. 1 des Bundesgesetzes über Ergänzungsleistungen zur Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung (ELG; SR 831.30) vom 6. Oktober 2006 i.V.m. Art. 25 Abs. 1 des Bundesgesetzes über den allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG; SR 830.1) vom 6. Oktober 2000, ob förmlich oder formlos verfügt, setzt einen Rückkommenstitel (prozessuale Revision oder Wiedererwägung; Art. 53 Abs. 1 und 2 ATSG) voraus. Ein solcher ist namentlich gegeben, wenn der Anteil an einer unverteilter Erbschaft, worunter der Anspruch des jeweiligen Erben am Liquidationsergebnis bei Auflösung der Gemeinschaft zu verstehen ist („Anwartschaftsquote“; ZAK 1992 S. 325, Urteil des eidg. Versicherungsgerichts P 6/91 Erw. 2c), bei der Berechnung der Ergänzungsleistung (EL) zu Unrecht nicht als Vermögen angerechnet wurde und eine Berichtigung in masslicher Hinsicht von erheblicher Bedeutung ist (...).

1.2 Der Anteil an einer unverteilter Erbschaft ist grundsätzlich ab dem Zeitpunkt des Erwerbs der Erbschaft mit dem Tode des Erblassers (Art. 560 Abs. 1 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches [ZGB; SR 210] vom 10.12.1907) zu berücksichtigen. Schwierigkeiten bei der Realisierung rechtfertigen noch kein Abgehen von dieser Regel. Eine Anrechnung kann indessen erst erfolgen, wenn über den Anteil hinreichende Klarheit herrscht, oder wenn er sich zwar nicht genau beziffern lässt, unter Berücksichtigung aller Eventualitäten tatsächlicher und rechtlicher Natur ein EL-Anspruch jedoch sicher ausgeschlossen werden kann (Urteil des eidgenössischen Versicherungsgerichts P 54/02 vom 17.9.2003 Erw. 3.3 f.; Urteil BGer 9C_447/2016 vom 1.3.2017 Erw. 4.2.2; Urteil BGer 9C_305/2012 vom 6.8.2012 Erw. 4.1.2; Urteil BGer 9C_999/2009 vom 7.6.2010 Erw. 1.1; VGE II 2010 22 vom 22.4.2010 Erw. 2.3.1 f.).

2.1 (...).

2.3.1 Die Beschwerdeführerin bringt in ihrer Verwaltungsgerichtsbeschwerde bzw. in der Replik zusammengefasst insbesondere was folgt vor:

(...).

Sie habe nach dem Tod ihres Vaters keinen einzigen Franken mehr auf ihrem Konto als vor dessen Tod gehabt. Erst mit dem Erbteilungsvertrag vom 3. September 2016 habe über den entsprechenden Anteil (an der

Erbschaft) hinreichende Klarheit bestanden. Zuvor sei es alles andere als sicher gewesen, ob sie überhaupt jemals etwas erhalten würde. Ein EL-Anspruch könne daher nicht mit Sicherheit ausgeschlossen werden. In casu habe befürchtet werden müssen, dass die Kaufrechtsberechtigte ihr Kaufrecht überhaupt nicht ausüben würde.

Bei der Berechnung des massgebenden Vermögens nach Art. 9 ff. ELG wäre der Steuerwert des kaufrechtsbelasteten Grundstücks zu berücksichtigen gewesen (und offenbar nicht der im Kaufrechtsvertrag festgelegte Kaufpreis). Der Steuerwert des Grundstücks habe Fr. 600'000.-- betragen (...).

Gegebenenfalls müssten noch weitere Abklärungen bei der AHV-Zweigstelle Lachen, beim Steueramt Schwyz und beim Willensvollstrecker durchgeführt werden.

2.3.2 (...).

3.2.1 Die Rüge der Beschwerdeführerin, erst mit dem Erbteilungsvertrag vom 3. September 2016 habe über den entsprechenden Anteil (an der Erbschaft) hinreichende Klarheit bestanden, ist aufgrund des Urteils des Eidgenössischen Versicherungsgerichts vom 8. April 1992 (ZAK 1992 S. 325 ff.), auf welchem die Rechtsprechung u.a. fusst, unerheblich. Das Versicherungsgericht führte in dieser Entscheidung namentlich und explizit aus, „dass in zeitlicher Hinsicht für die Anrechnung des angefallenen Erbschaftsvermögens der Erwerb der Erbschaft und damit aufgrund von Art. 560 ZGB der Zeitpunkt des Todes des Erblassers massgebend“ ist, und nicht das Datum des Teilungsvertrags (ZAK 1992 S. 327). Grund hierfür ist, dass es den Mitgliedern einer Erbengemeinschaft trotz der Gemeinschaft zur gesamten Hand möglich ist, individuell über ihren voraussichtlichen Anspruch über einen Teil des Nachlasses (Anwartschaftsquote) gemäss Art. 635 ZGB zu verfügen, z.B. durch Abtretung (ZAK 1992 S. 327). In casu bestand spätestens ab dem Tag der Geltendmachung des Kaufrechts jedenfalls Klarheit über den voraussichtlichen Wert des Nachlasses bzw. wäre es möglich gewesen, sich Klarheit darüber zu verschaffen (...).

(VGE II 2017 24 vom 26. Juni 2017).

3. Arbeitslosenversicherung / Berufliche Vorsorge / Kranken- und Unfallversicherung

3.1 Arbeitslosenversicherung – selbstverschuldete Arbeitslosigkeit

- *Die Einstellung in der Anspruchsberechtigung wegen selbstverschuldeter Arbeitslosigkeit bei Kündigung durch den Arbeitgeber setzt mindestens Eventualvorsatz der versicherten Person voraus.*

Aus den Erwägungen:

2.2 Die versicherte Person ist in der Anspruchsberechtigung mitunter dann einzustellen, wenn sie durch eigenes Verschulden arbeitslos ist (Art. 30 Abs. 1 lit. a Bundesgesetz über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung [Arbeitslosenversicherungsgesetz, AVIG; SR 837.0] vom 25.6.1982). Als selbstverschuldet gilt die Arbeitslosigkeit unter anderem dann, wenn die versicherte Person durch ihr Verhalten, insbesondere wegen Verletzung arbeitsvertraglicher Pflichten, dem Arbeitgeber Anlass zur Auflösung des Arbeitsverhältnisses gegeben hat (Art. 44 Abs. 1 lit. a der Verordnung über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung [AVIV; SR 837.02] vom 31.8.1983).

Ein Selbstverschulden im Sinne der Arbeitslosenversicherung liegt dann vor, wenn und soweit der Eintritt oder das Andauern der Arbeitslosigkeit nicht objektiven Faktoren zuzuschreiben ist, sondern in einem nach den persönlichen Umständen und Verhältnissen vermeidbaren Verhalten der versicherten Person liegt, für das die Versicherung die Haftung nicht übernimmt. Es genügt, dass das allgemeine Verhalten der versicherten Person Anlass zur Kündigung bzw. Entlassung gegeben hat; Beanstandungen in beruflicher Hinsicht müssen nicht vorgelegen haben. Mithin gehören dazu auch charakterliche Eigenschaften im weiteren Sinne, die den Arbeitnehmer für den Betrieb als untragbar erscheinen lassen (vgl. Urteile des Bundesgerichts 8C_22/2016 vom 3.3.2016 Erw. 4.1; 8C_582/2014 vom 12.1.2015 Erw. 4 je mit weiteren Hinweisen; Nussbaumer, Arbeitslosenversicherung, in: Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht [SBVR], Bd. XIV, Soziale Sicherheit, 3. Aufl., S. 2514 Rz. 835 ff.).

2.3 Gemäss Art. 20 lit. b des Übereinkommens der Internationalen Arbeitsorganisation über Beschäftigungsförderung und den Schutz gegen Arbeitslosigkeit vom 21. Juni 1988 (Übereinkommen Nr. 168 der IAO) kann eine Leistung, auf die eine geschützte Person bei Voll- oder Teilzeitarbeitslosigkeit oder Verdienstausfall infolge einer vorübergehenden Arbeitseinstellung ohne Unterbrechung des Beschäftigungsverhältnisses Anspruch gehabt hätte, nur gekürzt werden, wenn die zuständige Stelle festgestellt hat, dass die betreffende Person vorsätzlich zu ihrer Entlassung beigetragen hat (BGE 122 V 54 ff.; Urteil des EVG vom 17.10.2000, C 53/00). Demzufolge führt nicht jedes schuldhaftes Verhalten der versicherten Person, das dem Arbeitgeber Anlass zur Auflösung des Arbeitsverhältnisses gegeben hat, zu einer Einstellung in der Anspruchsberechtigung gemäss Art. 30 Abs. 1 lit. a AVIG. Das vorwerfbare Verhalten muss gemäss Art. 20 lit. b des Übereinkommens Nr. 168 der IAO vielmehr vorsätzlich erfolgt sein, wobei Eventualvorsatz genügt (Urteil des EVG vom 4.6.2002, C 371/01 Erw. 2b).

Im Rahmen von Art. 44 Abs. 1 lit. a AVIV darf somit bei blosser Fahrlässigkeit keine Einstellung in der Anspruchsberechtigung erfolgen, verlangt ist mindestens Eventualvorsatz (J. Chopard, Die Einstellung in der Anspruchsberechtigung, Zürich 1998, S. 76 f.). Im Entscheid vom 6. Juni 2012, 8C_872/2011 Erw. 4.2.1 f., hat das Bundesgericht festgestellt, dass Eventualvorsatz und bewusste Fahrlässigkeit auf der Wissensseite übereinstimmen, indem dem Versicherten die Möglichkeit, das Risiko der Tatbestandsverwirklichung (Kündigung) bewusst ist. Die entscheidende Differenz liegt auf der Willensseite. Auch wer die Möglichkeit der Tatbestandsverwirklichung erkennt, kann sich, selbst leichtfertig, über sie hinwegsetzen. Die bewusst fahrlässig handelnde Person vertraut (aus pflichtwidriger Unvorsichtigkeit) darauf, dass der von ihr als möglich vorausgesehene Erfolg nicht eintreten werde. Was das Vorliegen eines Eventualvorsatzes anbelangt, lässt sich ein solcher hingegen nicht bereits daraus ableiten, dass einem die Möglichkeit eines Schadenseintritts bewusst war (das entsprechende Wissen und Bewusstsein bildet vielmehr das massgebende Kriterium für die Unterscheidung zwischen bewusster und unbewusster Fahrlässigkeit). Eventualvorsatz liegt nur dann vor, wenn der Versicherte den Eintritt des Erfolgs für möglich hält, aber dennoch handelt, weil er den Erfolg für den Fall seines Eintritts in Kauf nimmt, sich mit ihm abfindet, mag er auch unerwünscht sein. Sowohl eventualvorsätzlich als auch bewusst fahrlässig Handelnde wissen somit um die Möglichkeit des Erfolgseintritts; der Unterschied besteht beim Willensmoment. Weitestgehend ausser Frage stehen dürfte das Willenselement dabei nur dann, wenn der Versicherte die Tatbestandsverwirklichung (Kündigung) für so naheliegend hält, dass die Bereitschaft,

B 3.1

sie als Folge seines Verhaltens hinzunehmen, vernünftigerweise nicht mehr bezweifelt werden kann; oder wenn sie ihm, im eigentlichen Sinn des Wortes, erwünscht oder recht war, wie wohl auch noch im Falle schierer Gleichgültigkeit. Als Faustregel formuliert: dass der Versicherte die Tatbestandsverwirklichung (Kündigung) in Kauf genommen hat, liegt grundsätzlich näher, je wahrscheinlicher es ihm erschien, dass sie eintreten könnte, und je weniger er sie innerlich ablehnte, und umgekehrt. Das Gericht darf somit vom Wissen des Versicherten auf dessen Willen schliessen, wenn sich dem Versicherten der Eintritt des Erfolgs als so wahrscheinlich aufdrängte, dass die Bereitschaft, ihn als Folge hinzunehmen, vernünftigerweise nur als Inkaufnahme des Erfolgs ausgelegt werden kann (vgl. auch Urteil BGer 8C_504/2007 vom 16.6.2008 Erw. 5.3.2).

Zu den Umständen, die allenfalls auf eventualvorsätzliches Verhalten schliessen lassen, gehören die Grösse des dem Versicherten bekannten Risikos der Tatbestandsverwirklichung, die Schwere der Sorgfaltspflichtverletzung, die Beweggründe des Versicherten und die Art der Tathandlung. Was der Versicherte wusste, wollte und in Kauf nahm, betrifft innere Tatsachen und ist somit Tatfrage. Rechtsfrage ist hingegen, ob im Lichte der festgestellten Tatsachen der Schluss auf Eventualvorsatz berechtigt erscheint (BGE 138 V 74 Erw. 8.4.1 mit Hinweisen; Urteil des Bundesgerichts 8C_872/2011 vom 6.6.2012 Erw. 4.2.1 f.).

(Erw. 3 und 4).

5.1 Das Gericht sieht es als erstellt an, dass die Stellungnahme des Beschwerdeführers vom 14. Februar 2016 bei der Gemeinde als Arbeitgeberin „das Fass zum Überlaufen“ brachte, worauf sie die Kündigung aussprach (ob die Kündigung dabei reglementskonform ablief, kann offenbleiben; vgl. insbesondere Art. 15 Personalreglement). Vor dem Hintergrund der Mitarbeiterbeurteilungen und -gespräche gibt der Beschwerdeführer darin wenig Anhaltspunkte dafür, dass er gewillt wäre, an seinem Verhalten zu arbeiten und auf die Vorhaltungen zu reagieren.

Aber selbst wenn die Kündigung nachvollziehbar erscheint, setzt eine Einstellung in der Anspruchsberechtigung gemäss Art. 44 Abs. 1 lit. a AVIV in Verbindung mit Art. 20 lit. b Übereinkommen Nr. 168 der IAO voraus, dass der Beschwerdeführer vorsätzlich – sicher eventualvorsätzlich – zu seiner Entlassung beigetragen hat.

5.2 Dass der Beschwerdeführer die Kündigung vorsätzlich herbeigeführt hat, wird von der Vorinstanz zu Recht nicht behauptet. Es liegen dafür keine Anhaltspunkte vor.

5.3 Eventualvorsätzlich hätte der Beschwerdeführer gehandelt, wenn er um die Möglichkeit der Kündigung gewusst hat (Wissenselement) und diese als Ergebnis seines Handelns auch für möglich hielt und dennoch handelte, weil er die Kündigung in Kauf nahm, sich mit ihr abfand, auch wenn sie unerwünscht war. Im Rahmen der Prüfung sind dabei alle Umstände heranzuziehen, welche Hinweise auf die inneren Tatsachen geben können (Erw. 2.3).

Der Beschwerdeführer bestreitet nicht, dass ihn die Arbeitgeberin mit verschiedenen Vorwürfen konfrontiert hatte und ihm auch die Kündigung in Aussicht stellte, sollte sein Verhalten, seine Einstellung nicht ändern (vgl. Vi-act. 34 S. 76 sowie Erw. 4.2.2). Mithin musste er um die Möglichkeit einer Kündigung bei fortbestehendem Fehlverhalten wissen.

Hingegen bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass der Beschwerdeführer eine Kündigung auch in Kauf nehmen wollte. Nichts weist darauf hin, dass der Beschwerdeführer einerseits angenommen hätte, seine Stellungnahme zum Protokoll der Besprechung vom 2. Februar 2016 könnte die Kündigung provozieren und er andererseits diese Möglichkeit der Kündigung in Kauf nehmen, sich mit ihr abfinden wollte. Im Gegenteil. Anlässlich des Gesprächs vom 2. Februar 2016 drückten sowohl die Gemeinde als auch der Beschwerdeführer ihren ausdrücklichen Willen aus, das Anstellungsverhältnis weiterführen zu wollen. Nach Erhalt des Gesprächsprotokolls suchte der Beschwerdeführer – wohl im Wissen um die angesprochene Kündigung – seinen Anwalt auf zwecks Beratung. Allein dies muss als Hinweis gedeutet werden, dass er eine Kündigung eben nicht in Kauf nehmen wollte. Sein Anwalt riet ihm, das Protokoll nicht zu unterzeichnen, sondern eine Stellungnahme zu formulieren, was er dann auch tat. Diese Stellungnahme ihrerseits nimmt wohl Bezug auf die gemachten Vorwürfe. Sie ist indes im Ton nicht so gehalten, dass man den Eindruck gewinnen könnte, der Beschwerdeführer habe mit der Anstellung abgeschlossen, nehme die Kündigung in Kauf. Vielmehr lässt sie den Schluss zu, der Beschwerdeführer gehe im Gegenteil davon aus, man werde weiterhin zusammenarbeiten.

Wie erwähnt, wusste der Beschwerdeführer um die Möglichkeit einer Kündigung. Die Drohung war indes nicht derart akut, dass er bereits aufgrund der Stellungnahme mit ihr rechnen musste. Vielmehr wusste er, dass der Gemeinbeschreiber den Wunsch äusserte, man wolle – bei Erfüllung der Voraussetzungen – gerne weiter zusammenarbeiten. Vereinbart war zudem, dass der Vorgesetzte neue messbare Vorgaben für den Beschwerdeführer definiere, welche er in einer neuen Beobachtungsperiode zu erfüllen habe. Auch das Personalreglement fordert vor dem Aussprechen einer Kündigung, dass zur explizit angedrohten Kündigung das

B 3.2

rechtliche Gehör gewährt wird, nachdem die Beanstandungen in einer Mitarbeiterbeurteilung vorgehalten wurden und eine Bewährungsfrist von mindestens drei Monaten angesetzt wurde (Art. 15 Personalreglement). Dass all dies aufgrund seiner – vom Anwalt empfohlenen – Stellungnahme zum Gesprächsprotokoll über Bord geworfen und unmittelbar die Kündigung ausgesprochen würde, musste der Beschwerdeführer nicht annehmen. Zumindest kann in keiner Weise gesagt werden, auf den Willen des Beschwerdeführers (die Kündigung in Kauf zu nehmen) könne geradezu geschlossen werden, weil sich die Kündigung als so wahrscheinlich aufgedrängt hatte, dass die Bereitschaft, sie als Folge hinzunehmen, vernünftigerweise nur als Inkaufnahme der Kündigung ausgelegt werden kann.

5.4 Zusammenfassend erachtet es das Gericht als nicht erstellt, dass der Beschwerdeführer die Stellungnahme trotz angesprochener Kündigungsmöglichkeit, so wie sie vorliegt, abfasste, weil er auch eine dadurch allenfalls provozierte Kündigung in Kauf nehmen wollte, sich mit einer dadurch ausgelösten Kündigung abfinden wollte.

Kann dem Beschwerdeführer nicht vorgeworfen werden, er habe die Kündigung (mindestens) eventualvorsätzlich herbeigeführt, kann er nicht gestützt auf Art. 44 Abs. 1 lit. a AVIV in der Anspruchsberechtigung eingestellt werden. Die Beschwerde ist somit gutzuheissen und der Einspracheentscheid Nr. 46/2016 vom 27. Oktober 2016 sowie die Verfügung Nr. 492 vom 17. August 2016 sind aufzuheben.

(VGE II 2016 94 vom 24. Januar 2017).

3.2 Krankenversicherung – ausserkantonale Behandlung

- *Es besteht kein Anspruch auf Kostenübernahme durch den Krankenversicherer, wenn sich die versicherte Person ausserkantonale in einer Institution stationär behandeln lässt, die weder auf der Spitalliste des Kantons Schwyz noch des Standortkantons ist und die auch kein Vertragsspital des Krankenversicherers ist.*

Aus dem Sachverhalt:

Die versicherte Person resp. ihre behandelnden Ärzte ersuchten die Krankenkasse um Kostengutsprache für eine Mammareduktionsplastik. Die Krankenkasse lehnte dies mehrmals ab, weil der Eingriff nicht medizinisch indiziert sei. Die Versicherte liess den Eingriff dennoch ausser-

kantonal vornehmen. Im Beschwerdeverfahren begründet die Kasse die Ablehnung auch damit, bei der Institution, in welcher der Eingriff vorgenommen wurde, handle es sich nicht um eine dafür zugelassene Leistungserbringerin.

Aus den Erwägungen:

3.1 Die Vorinstanz bringt im Rahmen der Vernehmlassung vor, es bestehe keine Leistungspflicht, da die Mammareduktionsplastik von einem nicht dafür zugelassenen Leistungserbringer erbracht worden sei, nachdem die G.____, wo der stationäre Eingriff im November 2016 erfolgt sei, keine kantonalen Leistungsaufträge besitze. Auch bestehe zwischen der Klinik und C.____ Krankenkasse kein Vertrag nach Art. 49a Abs. 4 des Bundesgesetzes über die Krankenversicherung (KVG; SR 832.10) vom 18. März 1994. Entsprechend könnten die Leistungen gar nicht von der OKP übernommen werden.

Dem hält die Beschwerdeführerin entgegen, sie wisse nicht, dass weder die Klinik noch Dr.med. F.____ für die erbrachte Leistung zugelassene Leistungserbringer seien. Sie sei nie darüber informiert worden, weder von der Klinik, noch von Dr.med. F.____, noch von der C.____ Krankenkasse. Immerhin habe letztere von der Klinik resp. Dr.med. F.____ im August 2016 ein Kostengutsprache gesuch für den Eingriff erhalten.

3.2 Der Eingriff der Mammareduktionsplastik erfolgte stationär in der G.____. Die G.____ ist für die Beschwerdeführerin eine ausserkantonale Leistungserbringerin. Diese befindet sich weder auf der Spitalliste des Kantons Luzern vom 22. März 2016 als Standortkanton noch auf der Schwyzer Spitalliste 2015 Akutsomatik, gültig bis 31. Dezember 2016, als Spitalliste des Wohnsitzkantons. Mithin hat die Beschwerdeführerin für ihren stationären Eingriff eine ausserkantonale Leistungserbringerin ausgewählt, welche für Leistungen zulasten der OKP nicht zugelassen ist (Art. 39 und Art. 41 Abs. 1 bis KVG). Die C.____ Krankenkasse führt die G.____ auf der Liste „Spitäler und Kliniken mit Leistungseinschränkungen“, als ein Spital, bei welchem es sich weder um ein Listenspital noch um ein Vertragsspital handelt; bei einem Aufenthalt könne die C.____ Krankenkasse keine Kosten übernehmen (https://www.C._/Spitalliste.pdf; Stand 1.3.2016; eingesehen am 3.7.2017). Es besteht somit auch kein Vertrag gemäss Art. 49a Abs. 4 KVG. Ausgeschlossen ist ebenso, eine Leistungspflicht unter dem Titel der Austauschbefugnis zu verlangen (Erw. 2.5.2). Eine Kostenübernahme durch die OKP ist damit ausgeschlossen.

B 3.2

3.3 Die Beschwerdeführerin bringt vor, von der Tatsache, dass die G.____ keine zugelassene Leistungserbringerin sei, nichts gewusst zu haben. Sie sei nie darüber informiert worden, auch nicht von der C.____ Krankenkasse, welche von der G.____ bzw. Dr.med. F.____ ein Kostengut-sprachegesuch erhalten habe (Replik Ziff. 4.b).

Soweit die Beschwerdeführerin damit geltend machen will, die C.____ Krankenkasse habe ihre Aufklärungs- und Informationspflicht gemäss Art. 27 des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversi-cherungsrechts (ATSG; SR 830.1) vom 6. Oktober 2000 verletzt, kann dem nicht gefolgt werden. Der C.____ Krankenkasse wurden insgesamt vier Kostengut-sprachegesuche unterbreitet. Sie wurden allesamt mangels Krankheitswert und/oder Kausalität abgelehnt. Die Frage des Leistungs-erbringers stand nie im Raum. Wenn die Versicherung die Kostenüber-nahme allein schon deshalb ablehnt, weil (ihres Erachtens) gar keine Krankheit vorliegt, dann besteht keine Aufklärungspflicht hinsichtlich möglicher Leistungserbringer. Dies namentlich auch deshalb, weil der Eingriffsort gar nie thematisiert wurde und nie um Kostenübernahme für einen konkreten Eingriff durch einen konkreten Leistungserbringer er-sucht wurde.

(...).

Wenn nun aber die Beschwerdeführerin resp. ihre Ärzte viermal um Kostengut-sprache ersuchen und die Versicherung das Vorliegen einer Pflichtleistung viermal mangels Krankheitswert resp. Kausalität ablehnt und die Ablehnung verfügt, die Beschwerdeführerin den Eingriff in der Folge trotzdem ohne weitere Rücksprache mit der Versicherung in der G.____ vornehmen lässt, kann der Versicherung nicht vorgeworfen werden, sie hätte die Beschwerdeführerin informieren müssen, die G.____ sei kei-ne zugelassene Leistungserbringerin. Nur der Vollständigkeit halber sei noch erwähnt, dass erstens die C.____ Krankenkasse die Leistungsverwei-gerung bei Leistungen durch die G.____ öffentlich publiziert hat und zwei-tens sich die Beschwerdeführerin nach Erhalt der ablehnenden Verfü-gung und noch vor dem Eingriff juristisch beraten liess und die J.____ Rechtsschutzversicherung am 11. November 2016 Einsprache gegen die Verfügung eingereicht hat. Die Hospitalisation erfolgte erst am 22. No-vember 2016.

3.4 Nachdem die Beschwerdeführerin den Eingriff nach abgelehnter Kostengut-sprache bei einer nicht zugelassenen Leistungserbringerin durchführen liess und der Versicherung keine Verletzung von Art. 27 ATSG vorgeworfen werden kann, besteht kein Raum für eine Kosten-übernahme durch die obligatorische Krankenpflegeversicherung. Die

Fragen des Krankheitswertes der Mammahyperplasie oder deren Ursächlichkeit für die geklagten Beschwerden sowie die Frage, ob die Beschwerden nicht noch konservativ hätten therapiert werden können, sind daher nicht weiter zu prüfen. Im Rahmen der obligatorischen Krankenpflegeversicherung besteht kein Anspruch auf Übernahme der Kosten der durch die G.____ vorgenommenen Mammareduktionsplastik. Die Beschwerde erweist sich als unbegründet und ist abzuweisen.

(VGE I 2017 41 vom 14. Juli 2017).

3.3 Prämienverbilligung – Anmeldefrist nach Geburt

- *Reicht eine Gesuchstellerin das Gesuch um Prämienverbilligung nach Fristablauf (nach 30. September) und nachdem sie ein Kind geboren hat ein, so kommt nicht die allgemeine Verwirkungsfrist zur Anwendung, sondern sind die Sonderregeln bei geänderten familiären Verhältnissen beachtlich.*

Aus den Erwägungen:

3.1 Vorliegend ist unbestritten, dass die Beschwerdeführerin die Anmeldung zur Prämienverbilligung 2017 erst am 24. November 2016 (Eingang bei der Vorinstanz am 29.11.2016, Vi-act. 1), mithin nach Ablauf der Frist vom 30. September 2016 eingereicht hat, was im Regelfall das Nichteintreten auf das Gesuch zur Folge hat.

3.2 Das Gesuch um Wiederherstellung der Frist resp. den Antrag um Prüfung und Gutheissung des verspätet eingereichten Gesuches begründet die Beschwerdeführerin damit, dass sie zum besagten Zeitpunkt schwanger gewesen sei und am 15. November 2016 einen Sohn geboren habe. Aufgrund der Doppelbelastung, Arbeit und Schwangerschaft, sei es ihr nicht möglich gewesen, immer an alles zu denken und jegliche Fristen einzuhalten (Vi-act. 3). Dieselbe Begründung trägt die Beschwerdeführerin auch vor Verwaltungsgericht vor.

4.1 Der Anspruch auf Prämienverbilligung beurteilt sich nach den persönlichen Verhältnissen am 1. April des dem Anspruchsjahr vorangehenden Jahres (§ 12 Abs. 1 Einführungsgesetz zum Bundesgesetz über die Krankenversicherung [EGzKVG; SRSZ 361.100] vom 19.9.2007). Für die Bestimmung der zeitlich massgebenden Verhältnisse werden die wirtschaftlichen Verhältnisse berücksichtigt, wie sie sich aus den gemäss

B 3.3

§ 9 Vollzugsverordnung zum Einführungsgesetz zum Bundesgesetz über die Krankenversicherung (VVzEGzKVG; SRSZ 361.111) vom 4. Dezember 2012 relevanten Steuerveranlagungen ergeben. Wesentliche Änderungen der wirtschaftlichen Verhältnisse zwischen der letzten rechtskräftigen Steuerveranlagung und dem 31. Dezember des Anspruchsjahres werden auf Antrag berücksichtigt (§ 10 Abs. 1 VVzEGzKVG). Ebenso wird bei der Geburt eines Kindes bis Ende des Anspruchsjahres der Anspruch ab Geburtsmonat auf Antrag neu berechnet (§ 11 VVzEGzKVG). Ein entsprechendes Gesuch muss spätestens innert sechs Monaten nach der Geburt des Kindes gestellt werden (§ 14 Abs. 2 lit. b VVzEGzKVG).

4.2 Am 24. November 2016 hat sich die Beschwerdeführerin zur Prämienverbilligung 2017 angemeldet (Eingang bei der Ausgleichskasse am 29.11.2016, Vi-act. 1). Die Anmeldung erfolgte für sich selbst (Ziffer 1) sowie für den Sohn, der am 15. November 2016 zur Welt kam (Ziffer 3). Aus dem Formular ist ebenso ersichtlich, dass die Beschwerdeführerin im Kanton Schwyz noch nie Prämienverbilligung beantragt hat (Ziffer 5), mithin handelt es sich um eine Erstanmeldung. Aus folgenden Gründen ist die Vorinstanz zu Unrecht nicht auf das Gesuch eingetreten.

4.3 Mit der Geburt des Sohnes am 15. November 2016 haben sich bei der Beschwerdeführerin die familiären Verhältnisse unbestrittenermassen verändert. Auf Antrag ist daher der Anspruch auf Prämienverbilligung selbst für das Jahr 2016, nämlich ab Geburtsmonat, neu zu berechnen (§ 11 VVzEGzKVG). Zwar verwendete die Beschwerdeführerin das Formular zur Prämienverbilligung 2017. Daraus darf ihr indes kein Nachteil erwachsen. Ihr Wille, aufgrund der Geburt des Sohnes (erstmalig) Prämienverbilligung zu beanspruchen, kommt sowohl aus dem Formular, insbesondere aber auch aus ihrem Schreiben vom 18. Dezember 2016 (Vi-act. 3) hervor. Auch ergibt sich aus dem Formular, dass die Beschwerdeführerin bei Gesuchseinreichung eben erst entbunden hat, dass sich also die familiären Verhältnisse zeitnah geändert haben (und es sich nicht um eine „übliche“ Fristversäumnis gehandelt hat). Es wäre daher naheliegend und angezeigt gewesen, das am 24. November 2016 unterzeichnete Formular zur Prämienverbilligung 2017 als Antrag auf Prämienverbilligung aufgrund geänderter familiärer Verhältnisse entgegen zu nehmen. Dass das Gesuch innert sechs Monaten nach Geburt eingereicht wurde (§ 14 Abs. 2 lit. b VVzEGzKVG), ist unbestritten.

4.4 Auf den Antrag wäre aber auch bezüglich Prämienverbilligung 2017 einzutreten gewesen.

Bei der Geburt eines Kindes vor Ende des Anspruchsjahres wird der Anspruch ab Geburtsmonat neu berechnet, sofern das Gesuch innert sechs Monaten nach der Geburt des Kindes gestellt wird (§ 14 Abs. 2 lit. b VVzEGzKVG). Sinn und Zweck dieser Bestimmung ist es, bei der Beurteilung des Anspruchs auf Prämienverbilligung veränderte Verhältnisse berücksichtigen zu können, etwa bei Änderung der Familienverhältnisse die Anspruchsberechtigung aufgrund der aktuellsten Bemessungsgrundlagen zu prüfen (vgl. Erw. 4.5 nachfolgend). Solche zu beachtende Veränderungen können sich aus der Geburt eines Kindes ergeben, was der Gesetzgeber in § 11 VVzEGzKVG berücksichtigt. Ein entsprechender Anspruch wird aber nur auf Antrag/Gesuch hin geprüft. Dabei weicht der Gesetzgeber bewusst von der starren Anmeldefrist vom 30. September ab (vgl. RRB Nr. 1114/2011 vom 22.11.2011 zur Teilrevision des Gesetzes über die Prämienverbilligung in der Krankenpflegeversicherung, Ziffer 5.5: „Anmeldeverfahren [§ 17]: Die Anmeldefrist wird in der Vollzugsverordnung festgelegt. Hier werden auch die Ausnahmebestimmungen zum Beispiel für die Anmeldefristen für Sozialhilfefälle oder weitere Lebenssituationen wie Geburt eines Kindes geregelt.“). Die Eltern eines Neugeborenen sollen ein Gesuch bis sechs Monate nach Geburt einreichen können. Damit kann insbesondere auch die Lebendgeburt des Kindes abgewartet und ein Gesuch erst nach der Geburt eingereicht werden. Dies gilt so gemäss ausdrücklichem Wortlaut von § 14 Abs. 2 lit. b VVzEGzKVG unbestrittenermassen für Kinder, welche im Anspruchsjahr selbst, für welches das Gesuch eingereicht wird, auf die Welt kommen. Es muss dies aber für Ansprüche des Folgejahres ebenso gelten für Kinder, welche zwischen dem 1. Oktober (d.h. nach Ablauf der ordentlichen Anmeldefrist) und dem 31. Dezember zur Welt kommen. Andernfalls würden deren Eltern allen andern Eltern gegenüber ungerechtfertigt benachteiligt. Sie müssten ein ordentliches Gesuch bereits vor der Geburt bis Ablauf der ordentlichen Frist am 30. September einreichen und dürften die Lebendgeburt des Kindes, die eigentliche Veränderung der familiären Verhältnisse nicht abwarten (oder aber hätten ein Jahr zu warten, bis sie sich ordentlich anmelden können). Dies zeigt sich am vorliegenden Fall exemplarisch. Würde § 11 i.V.m. § 14 Abs. 2 lit. b VVzEGzKVG nicht auch bei der Beschwerdeführerin angewendet, hätte sie überhaupt keine Möglichkeit, nach den aufgrund der Geburt des Sohnes vom 15. November 2016 veränderten familiären Verhältnissen ein Gesuch um Prämienverbilligung für 2017 einzureichen, da die Geburt nicht im Anspruchsjahr erfolgt ist, gleichzeitig aber auch die Anmeldefrist fürs Folgejahr abgelaufen ist. Sie könnte überhaupt erst für 2018 Prämienverbilligung beantragen.

B 3.4

Für diese Lösung spricht ebenso die Tatsache, dass § 11 VVzEGzKVG einen Anspruch auf Prämienverbilligung ab dem Geburtsmonat gibt, womit (losgelöst von der Frist gemäss § 14 Abs. 1 VVzEGzKVG) umso mehr auch ein Anspruch für das Folgejahr besteht, wenn immer das entsprechende Gesuch innert sechs Monaten nach Geburt eingereicht wird.

(VGE II 2016 103 vom 24. Januar 2017).

3.4 Prämienverbilligung – Gesamtanspruch

- *Für die Ermittlung der wirtschaftlichen Verhältnisse nach § 11 EGzKVG ist die gemeinsame Steuerveranlagung der verheirateten unterstützungspflichtigen Person und deren Ehegatten massgebend, selbst wenn der Ehegatte gegenüber den jungen Erwachsenen familienrechtlich nicht unterstützungspflichtig ist.*

Aus dem Sachverhalt:

Für die Berechnung des Prämienverbilligungsanspruches des Beschwerdeführers und seiner zwei Kinder (junge Erwachsene in Ausbildung, die bei der Ex-Gattin des Beschwerdeführers wohnen) wurde ein gemeinsamer Anspruch der Beschwerdeführer (Kindsvater und neue Ehefrau, die nicht Kindsmutter ist) und der Kinder ermittelt auf der Basis der letzten rechtskräftigen Steuerveranlagung der Beschwerdeführer (Kindsvater und neue Ehefrau, die nicht Kindsmutter ist).

Aus den Erwägungen:

2.1 Die gegen den so ermittelten Prämienverbilligungsanspruch erhobene Beschwerde begründen die Beschwerdeführer damit, bei der Berechnung des Anspruchs auf Prämienverbilligung für junge Erwachsene in Ausbildung seien nach Gesetz die Faktoren der Eltern beizuziehen. Zwischen der Beschwerdeführerin und den Kindern bestehe rechtlich kein Kindsverhältnis und damit auch keine Unterhalts- oder Unterstützungspflicht. Trotzdem sei anteilig auf die Steuerdaten der Beschwerdeführerin abgestützt worden, was dazu führe, dass sie indirekt den Ausfall der Prämienverbilligung mitfinanzieren müsse. Da diese Familienkonstellation längst keine Ausnahme mehr darstelle, sei in erster Linie der Gesetzgeber gefordert, auf Verordnungsebene präzisierende Ausführungsbe-

stimmungen zu erlassen. Jedoch sei bereits im vorliegenden aktuellen Fall eine sachgerechte Lösung zu treffen. So kenne etwa auch das Stipendienwesen bei der Anspruchsprüfung die anteilige Berücksichtigung der Steuerfaktoren bei angeheirateten Ehegatten. Eine analoge Umsetzung sei auch bei der Prämienverbilligung notwendig und machbar.

2.2 In der Eingabe vom 10. Februar 2017 begründet die Vorinstanz ihre Ermittlung des anrechenbaren Einkommens wie folgt:

Die nicht unterstützungspflichtige Ehegattin von [...] werde mitberechnet, da der Kindsvater keine separaten Steuerzahlen mehr habe. Das bedeute, dass auf der Steuerveranlagung ein Reineinkommen deklariert sei, welches beide Ehepartner erzielen. Dies gelte auch für das Reinvermögen. Es sei für die Ausgleichskasse Schwyz daher nicht nachvollziehbar, welcher Vermögensteil wem gehöre. Komme hinzu, dass die nicht unterstützungspflichtige Ehegattin durch die Kinder des Ehemannes auch vom Sozialabzug profitieren könne. Dieser werde ebenfalls auf das gesamte Vermögen/Einkommen gemacht – nicht nur auf den Teil des Ehemannes.

3. Der Beschwerdeführer weist auf die Tatsache hin, dass seine familiäre Konstellation (geschieden, gemeinsame Kinder mit Ex-Gattin, wiederverheiratet) heutzutage keineswegs eine Ausnahme darstelle. Der Regierungsrat, der Sonderfälle der Anspruchsberechtigung in der Vollzugsverordnung zum Einführungsgesetz zum Bundesgesetz über die Krankenversicherung (VVzEGzKVG; SRSZ 361.111) vom 4. Dezember 2012 zu regeln habe, sei daher gehalten, eine präzisierende Ausführungsbestimmung zu erlassen.

Ob die vorliegende Konstellation tatsächlich einen zu regelnden Sonderfall darstellt, ist in erster Linie eine politische Frage und durch den Gesetzgeber zu beantworten. Aufgabe des Gerichtes ist es allein, die von der Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung vorgenommene Berechnung des anrechenbaren Einkommens auf ihre Übereinstimmung mit dem geltenden, anwendbaren Recht des Kantons und des Bundes zu überprüfen. Sollte sich zeigen, dass die Berechnung rechtens ist, bleibt es dem Gesetzgeber unbenommen, dennoch neue, präzisierende Ausführungsbestimmungen zu erlassen.

(4. Gesetzliche Bestimmungen des Bundesgesetzes über die Krankenversicherung [KVG; SR 832.10] vom 18.3.1994 und des Einführungsgesetzes zum Bundesgesetz über die Krankenversicherung [EGzKVG; SRSZ 361.100] vom 19.9.2007).

B 3.4

5. Wie die Beschwerdeführer richtig festgestellt haben und sich aus den zuvor dargestellten Gesetzesbestimmungen ergibt, wird ihre familiäre Konstellation vom Gesetzgeber nicht ausdrücklich als Sonderfall geregelt. Sie machen indes geltend, dass bei richtiger Gesetzesauslegung das Einkommen und Vermögen der Beschwerdeführerin nicht hätte berücksichtigt werden dürfen, da ihr als Nicht-Kindsmutter keine Unterstützungspflicht zukomme.

Ausgangspunkt jeder Gesetzesauslegung bildet der Wortlaut der Bestimmung. Ist der Text nicht klar und sind verschiedene Auslegungen möglich, so muss nach seiner wahren Tragweite gesucht werden unter Berücksichtigung aller Auslegungselemente, namentlich von Sinn und Zweck sowie der dem Text zugrunde liegenden Wertung. Wichtig ist auch der Sinn, der einer Norm im Kontext zukommt. Vom klaren, d.h. eindeutigen und unmissverständlichen Wortlaut darf nur ausnahmsweise abgewichen werden, u.a. dann nämlich, wenn triftige Gründe dafür vorliegen, dass der Wortlaut nicht den wahren Sinn der Bestimmung wiedergibt. Solche Gründe können sich aus der Entstehungsgeschichte der Bestimmung, aus ihrem Grund und Zweck oder aus dem Zusammenhang mit andern Vorschriften ergeben (BGE 140 V 15 Erw. 5.3.2).

5.1 Junge Erwachsene haben gemäss klarem Wortlaut von § 11 Abs. 2 EGzKVG einen Gesamtanspruch mit den Eltern, soweit diese gemeinsam besteuert werden. Werden die Eltern wie vorliegend getrennt besteuert, besteht ein Gesamtanspruch mit der unterstützungspflichtigen Person. Wie diese unterstützungspflichtige Person bestimmt wird, regelt das Gesetz nicht. Nachdem das anrechenbare Einkommen anhand des steuerbaren Reineinkommens und Reinvermögens berechnet wird, ist die Auslegung der Vorinstanz nicht zu beanstanden, wonach jene Person als unterstützungspflichtige Person gilt, welche gemäss § 35 Abs. 1 lit. d Steuergesetz (StG; SRSZ 172.200) vom 9. Februar 2000 i.V.m. § 20 Abs. 2 Vollzugsverordnung zum Steuergesetz (VVStG; SRSZ 172.211) vom 22. Mai 2001 den Sozialabzug für das volljährige, in Aus- oder Weiterbildung stehende Kind machen kann. Dies ist vorliegend der Beschwerdeführer. Er bestätigt denn selber auch, dass er den Unterhalt der Kinder zur Hauptsache bestreite (Stellungnahme vom 16.2.2017).

5.2.1 Für die Ermittlung des anrechenbaren Einkommens bei Gesamtanspruch von jungen Erwachsenen zusammen mit der unterstützungspflichtigen Person wird das Einkommen und Vermögen der jungen Erwachsenen nicht berücksichtigt (§ 11 Abs. 2 EGzKVG). Sie haben einen Gesamtanspruch mit der unterstützungspflichtigen Person (§ 11 Abs. 2

EGzKVG). Hat diese selber einen gemeinsamen Anspruch mit einer Drittperson, weil sie gemeinsam mit dieser besteuert wird (§ 11 Abs. 1 EGzKVG), so ergibt sich aus dem Wortlaut ohne weiteres, dass für die Beurteilung des Prämienverbilligungsanspruches diese gemeinsamen wirtschaftlichen Verhältnisse als eine Gesamtheit massgebend sind. Das heisst, nachdem Einkommen und Vermögen der jungen Erwachsenen in Ausbildung unberücksichtigt bleiben (§ 11 Abs. 2 EGzKVG), ist für die Beurteilung ihres Anspruchs allein das anrechenbare Einkommen der unterstützungspflichtigen Person massgeblich. Da diese ihrerseits einen Gesamtanspruch zusammen mit der gemeinsam besteuerten Person hat (§ 11 Abs. 1 EGzKVG), ist für die Beurteilung des anrechenbaren Einkommens jenes des Gesamtanspruches (d.h. beider Personen) relevant. Mithin ergibt sich die von der Vorinstanz angewandte Berechnung des anrechenbaren Einkommens aus dem Wortlaut der massgebenden Bestimmung. Wie nachfolgend aufgezeigt wird, entspricht dies auch dem Sinn und Zweck der Bestimmung.

5.2.2 Die Vorinstanz ihrerseits begründete ihre Berechnung mit der Tatsache, dass der Beschwerdeführer über keine separaten Steuerzahlen mehr verfüge. Die Steuerveranlagung weise das Reineinkommen und Reinvermögen beider Ehepartner aus. Die Vorinstanz könne daher nicht nachvollziehen, wem welcher Anteil anzurechnen sei. Zudem profitiere die Ehefrau und Nicht-Kindsmutter ja auch von den Sozialabzügen für die Kinder, die nicht ihre eigenen seien.

Damit argumentiert die Vorinstanz im Wesentlichen mit Gründen der einfachen Handhabung resp. Problemen bei der Umsetzung. Dem halten die Beschwerdeführer die Praxis der Ausbildungsbeiträge entgegen, wo bei vergleichbarer Konstellation nur die Steuerdaten des betroffenen Elternteils in die Berechnung einfliessen würden, was zumindest bezüglich Einkommen aufgrund der aufgeschlüsselten Codierung auch problemlos möglich sei. In der Tat halten die internen Richtlinien über Ausbildungsbeiträge (Stipendien/Studiendarlehen) des Amtes für Berufsbildung vom 28.10.2014 betreffend Elternbeitrag, § 5 Vollzugsverordnung zum Gesetz über Ausbildungsbeiträge (VVzGAB; SRSZ 661.111) vom 30. April 2003, fest: „Ist ein Elternteil wieder verheiratet und mit dem neuen Partner steuerlich gemeinsam veranlagt, fliessen nur die relevanten Steuerdaten des wiederverheirateten Elternteils in die Stipendienberechnung ein. Vom gemeinsamen Vermögen sowie von einem allfälligen Zuschlag für Liegenschaftsunterhalt wird jeweils die Hälfte angerechnet“. Mithin gibt es durchaus einfach handhabbare Umsetzungsmöglichkeiten. Die von der Vorinstanz angeführte Begründung vermag die Rechtmässigkeit ihrer Praxis nicht zu begründen.

B 3.4

5.2.3 Allerdings sagt die Praxis bei den Ausbildungsbeiträgen nichts darüber aus, wie das anrechenbare Einkommen bei der Prämienverbilligung zu bestimmen ist. So werden die Leistungsvoraussetzungen durch die beiden Gesetze gänzlich unterschiedlich normiert: Wo die Prämienverbilligung ein Leben in bescheidenen wirtschaftlichen Verhältnissen voraussetzt (Art. 65 KVG; § 5 EGzKVG), werden Ausbildungsbeiträge nur ausgerichtet, wenn die finanzielle Leistungsfähigkeit der Eltern, anderer gesetzlich Verpflichteter und der auszubildenden Person nicht ausreicht, um die Kosten der Ausbildung und des Lebensunterhaltes zu decken (§ 8 Gesetz über Ausbildungsbeiträge [GAB; SRSZ 661.110] vom 29.5.2002). Gemäss GAB berechnet sich die anrechenbare Eigenleistung nach Einkommen und Vermögen aller Personen, die gesetzlich zur Tragung oder Mittragung der Ausbildungskosten verpflichtet sind. Dem entsprechend ist im Recht der Ausbildungsbeiträge das anrechenbare Einkommen immer beider Eltern relevant, unabhängig davon, ob sie gemeinsam oder getrennt besteuert werden (§ 5 Abs. 4 VVzGAB). Auch wird die Tragbarkeit des Elternbeitrages vom Gesetzgeber anhand des anrechenbaren Einkommens abschliessend definiert (§ 5 Abs. 2 und Anhang 1 VVzGAB).

Demgegenüber definiert die Prämienverbilligung die bescheidenen wirtschaftlichen Verhältnisse als eine Relation zwischen dem anrechenbaren Einkommen und den anerkannten Ausgaben gemäss Bundesgesetz über Ergänzungsleistungen zur Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung (ELG; SR 831.30) vom 6. Oktober 2006. Der Gesetzgeber hat damit bewusst einen anderen Ansatz gewählt als bei den Ausbildungsbeiträgen. Mit der Übernahme der Grenzwerte gemäss ELG wählte er eine anerkannte Bemessungsmethode, die insbesondere auch die Familienverhältnisse angemessen berücksichtigt (RRB Nr. 571/2007 vom 24.4.2007 Ziffer 4.1). Als Familie im Recht der Ergänzungsleistungen gelten dabei nicht nur die Kinder mit ihren leiblichen Eltern, sondern ebenso die Stief- und Pflegeeltern, mithin also auch Personen, die familienrechtlich nicht unterhaltspflichtig sind (Urteil BGer 9C_151/2014 vom 22.8.2014 Erw. 5.2 und 5.3.2). Für die Beurteilung von Leistungsansprüchen werden die anrechenbaren Ausgaben und Einkommen von Personen zusammengerechnet, die gegenseitig nicht zwingend familienrechtlich unterstützungspflichtig sein müssen.

5.2.4 Es ist daher – sowohl aufgrund des Wortlautes als auch Sinn und Zweck von § 11 EGzKVG – nicht zu beanstanden, wenn die Vorinstanz für die Prüfung eines Prämienverbilligungsanspruches da, wo ein Gesamtanspruch gemäss § 11 EGzKVG besteht, die bescheidenen wirt-

schaftlichen Verhältnisse anhand der anerkannten Ausgaben gemäss ELG der gesamten Familie (unterstützungspflichtiger Ehemann/Vater und Ehefrau/Nicht-Kindsmutter sowie Anzahl unterstützter Kinder) sowie des anrechenbaren Einkommens der gesamten Familie (allerdings ohne jenem der jungen Erwachsenen, § 11 Abs. 2 EGzKVG) beurteilt. Es entspricht dies den Grundsätzen des ELG, das nicht auf den familienrechtlichen Unterstützungspflichten aufbaut und für die Beurteilung der relevanten wirtschaftlichen Verhältnisse kein Kindsverhältnis verlangt.

5.3 Würde für die Berechnung des anrechenbaren Einkommens ausschliesslich auf das Reineinkommen und Reinvermögen des Vaters (als unterstützungspflichtige Person) abgestellt, wie dies die Beschwerdeführer fordern, dann müssten andererseits konsequenterweise auch die anrechenbaren Ausgaben anders, nämlich nur bezogen auf den Vater und die Kinder (und nicht als Familie), ermittelt werden. Diese wären beim Beschwerdeführer rund Fr. 16'500.-- tiefer als die von der Vorinstanz herangezogenen anrechenbaren Ausgaben von Fr. 88'081.--, falls er als Alleinstehend mit zwei Kindern qualifiziert würde, oder gar um rund Fr. 26'000.-- tiefer, falls ihm nur die Hälfte der anerkannten Ausgaben eines Ehepaares zuerkannt würde, weil ja seine Ehefrau auch ihren Teil an die anerkannten Ausgaben (wenn auch nicht für die Kinder) leisten muss. Da jedoch der Gesetzgeber die Absicht verfolgte, die wirtschaftlichen Verhältnisse einer Familie als Gesamtanspruch gemäss den Grundsätzen der Gesetzgebung zu den Ergänzungsleistungen zu bestimmen, erscheint es als richtig, unabhängig der familienrechtlichen Unterstützungspflichten sowohl für die anrechenbaren Ausgaben als auch für das anrechenbare Einkommen die Verhältnisse der ganzen Familie (für welche ein Gesamtanspruch besteht) zu berücksichtigen.

5.4.1 Die Beschwerdeführer betonen, die Beschwerdeführerin treffe rechtlich keine Unterstützungspflicht gegenüber den beiden Kindern des Beschwerdeführers. Entsprechend dürfe sie auch nicht indirekt zur Unterstützung verpflichtet werden, indem ihr Einkommen und Vermögen für die Berechnung der Prämienverbilligung berücksichtigt werde.

5.4.2 Das Bundeszivilrecht regelt die familienrechtliche Unterhalts- und Unterstützungspflicht abschliessend. Namentlich kann der Kreis der Unterhalts- bzw. Unterstützungspflichtigen durch das kantonale öffentliche Recht nicht erweitert werden (Urteil BGer 2C_1181/2014 vom 19.1.2016 Erw. 3.3). Gemäss Bundeszivilrecht sorgen die Eltern gemeinsam, ein jeder Elternteil nach seinen Kräften, für den gebührenden Unterhalt des Kindes und tragen insbesondere die Kosten von Betreu-

B 3.4

ung, Erziehung, Ausbildung und Kindesschutzmassnahmen (Art. 276 Abs. 2 Schweizerisches Zivilgesetzbuch [ZGB; SR 210] vom 10.12.1907). Einen direkten Anspruch eines Kindes auf Unterhalt durch den Stiefelternteil sehen Art. 276 ff. ZGB nicht vor (Breitschmid, in: Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, 5. A., N. 4 zu Art. 278 ZGB) und kann damit auch nicht durch das kantonale öffentliche Recht festgeschrieben werden.

Indem für die Beurteilung der wirtschaftlichen Verhältnisse nach § 5 EGzKVG einer gemäss § 11 Abs. 2 EGzKVG unterstützungspflichtigen Person ein Gesamtanspruch der Familie festgelegt wird und auf die Steuerveranlagung der Ehegatten (mithin also auch der Nicht-Kindsmutter) abgestellt wird, schafft der kantonale Gesetzgeber keine neue Unterhaltspflicht. Es kann zwar nicht bestritten werden, dass als mögliche Konsequenz daraus auch die Nicht-Kindsmutter de facto in einem höheren Masse zum Unterhalt der Kinder wird beitragen müssen. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung liegt dies jedoch durchaus im Einklang mit Art. 278 Abs. 2 ZGB, wonach jeder Ehegatte dem andern in der Erfüllung der Unterhaltspflicht gegenüber vorehelichen Kindern in angemessener Weise beizustehen hat. In diesem Sinne hat es das Bundesgericht als mit dem Bundeszivilrecht vereinbar beurteilt, wenn Kantone etwa für die Berechnung der Alimentenbevorschussung (BGE 112 Ia 251 Erw. 3) oder der Ausbildungsbeiträge (Urteil BGer 2C_1181/2014 vom 19.1.2016 Erw. 3.4) auch Einkommen und Vermögen des Stiefelternteils berücksichtigen. Auch hat das Bundesgericht festgestellt, im Falle der Wiederverheiratung eines Unterhaltsschuldners sei dessen Ehefrau im Rahmen des Zumutbaren gehalten, einen grösseren Anteil an den Familienunterhalt zu leisten und ihn damit in der Erfüllung seiner Unterhaltspflichten zu unterstützen (Urteil BGer 5A_241/2010 vom 9.11.2010 Erw. 5.4.1; BGE 137 III 59). Ebenso wurde es als rechtens erachtet, zur Beurteilung der Mittellosigkeit für die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege auch die wirtschaftlichen Verhältnisse des Stiefelternteils einer Partei mit zu berücksichtigen (Urteil Obergericht Zürich RZ120007 vom 12.4.2013 Erw. 3.5; vgl. auch die dem Urteil BGer 5A_382/2010 vom 22.9.2010 zugrundeliegende Verfügung des Kantonsgerichts Schwyz vom 13.4.2010).

Auch vorliegend wird die Beschwerdeführerin durch die (ihre finanziellen Verhältnisse berücksichtigende) Berechnung der Prämienverbilligung nicht zur Unterhaltszahlung an die vorehelichen Kinder verpflichtet. Durch die gesetzliche Regelung des EGzKVG (und die Praxis der Vorinstanz gemäss angefochtener Verfügung) werden die familienrechtlichen Unterhalts- und Unterstützungspflichten gemäss Art. 276 ff. ZGB nicht neu definiert. Für den Unterhalt der Kinder des Beschwerdeführers hat

weiterhin allein er (sowie die Kindsmutter) aufzukommen, wogegen die Beschwerdeführerin eine eheliche Beistandspflicht gegenüber dem Beschwerdeführer trifft (Art. 159 Abs. 3 ZGB). Damit aber wird die bundeszivilrechtlich abschliessend geregelte Unterstützungs- und Unterhaltspflicht nicht verletzt.

5.4.3 Bleibt zu erwähnen, dass diese Regelung gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung auch nicht gegen das Gleichheitsgebot gemäss Art. 8 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (BV, SR 101) vom 18. April 1999 verstösst, indem der wieder verheiratete Elternteil anders als der im Konkubinat lebende Elternteil behandelt wird, da Ersterer gegenüber seinem Ehegatten, nicht aber gegenüber dem Konkubinatspartner einen eherechtlichen Unterhaltsanspruch hat (BGE 112 Ia 258 f. Erw. 4). Zudem fliessen vorliegend auch die anrechenbaren Ausgaben der Beschwerdeführerin in die Berechnung ein, was sich zu Gunsten der Beschwerdeführer auswirkt, was im Konkubinat nicht der Fall wäre.

(VGE II 2017 13 vom 30. März 2017).

5. Kausalabgaben

5.1 Vorteilsabgabe

- *Gegen die Erhebung einer Vorteilsabgabe nach § 58 StraG durch eine kommunale Hochbaukommission ist zunächst Einsprache beim Gemeinderat zu erheben.*
Vgl. EGV-SZ 2017 B 1.4.

5.2 Kommunales Abwasserreglement

- *Bestimmungen eines kommunalen Abwasserreglements, die übergeordnetem Recht nach Ablauf der Übergangsfrist noch widersprechen, sind nicht mehr anzuwenden. Eine gestützt darauf erlassene Verfügung wird aufgehoben.*

B 5.2

Aus den Erwägungen:

3. Das im vorliegenden Fall angewandte kommunale Kanalisationsreglement vom 29. Oktober 1999 widerspricht klarerweise übergeordnetem Recht. Die Betriebsgebühr respektiert das Verursacherprinzip nicht oder zumindest nur ungenügend (Art. 3a des Bundesgesetzes über den Schutz der Gewässer [Gewässerschutzgesetz, GSchG; SR 814.20] vom 24.1.1991). Die Menge des Abwassers wird nicht berücksichtigt (Art. 60a GSchG). Das kantonale Einführungsgesetz wird nicht umgesetzt; es ist keine Kombination einer konstanten Grundgebühr mit einer variablen Mengengebühr vorgesehen (§ 34 des Einführungsgesetzes zum Gewässerschutzgesetz [EGzGSchG; SRSZ 712.110] vom 19.4.2000). Die verursachergerechte Bemessung der Benutzungsgebühr fehlt.

(...)

Die mit § 52 EGzGSchG gewährte Übergangsfrist von 3 Jahren seit Inkrafttreten ist längst abgelaufen. Mit der Ablehnung des neuen Reglementes über die Siedlungsentwässerung hat es die Gemeinde X verpasst, ein dem übergeordneten Recht entsprechendes Reglement zu erlassen. Vorschriften des Kanalisationsreglementes vom 28. Oktober 1999, welche dem EGzGSchG widersprechen, können nicht mehr angewendet werden. Dass die Stimmberechtigten der Gemeinde X ein dem übergeordneten Recht entsprechendes Reglement an der Urne abgelehnt haben, ändert daran nichts.

4. Bereits 2005 hatte das Verwaltungsgericht in einem Beschwerdeverfahren den Fall zu beurteilen, dass Benutzungsgebühren aufgrund eines dem übergeordneten Recht widersprechenden kommunalen Kanalisationsreglements festgesetzt wurden (VGE 736/04 vom 24.1.2005 = EGV-SZ 2005 B 5.1). (...)

5. Es ist kein Grund ersichtlich, im vorliegenden Fall von dieser verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung abzuweichen. Das kantonale Vollzugsrecht ist seit 2001 bekannt, den Gemeinden wurden 3 Übergangsjahre gewährt. Bis dahin sollten mit dem übergeordneten Recht unvereinbare Reglemente angepasst werden. Da dies in der Gemeinde X nach 15 Jahren noch nicht erfolgt ist, rechtfertigt es sich, die rechtswidrigen Bestimmungen nicht mehr anzuwenden. Das Verwaltungsgericht ist gestützt auf § 26 Abs. 2 Verwaltungsrechtspflegegesetz (VRP, SRSZ 234.110) nicht an Erlasse von Kanton, Bezirken und Gemeinden gebunden, welche dem Bundesrecht widersprechen und Erlasse der Bezirke und Gemeinden sowie der andern öffentlich-rechtlichen Körperschaften

und Anstalten sind nur soweit verbindlich, als sie dem kantonalen Recht entsprechen (§ 26 Abs. 3 VRP).

Da die Gemeinde ohnehin aufgefordert ist, raschestmöglich ein mit dem übergeordneten Recht konformes Reglement zu verabschieden, ist es nicht angezeigt, durch das Verwaltungsgericht eine Regelung aufzustellen. Vielmehr ist vom Beschwerdeführer, der ja die Leistung einer jährlichen Benützungsgebühr nicht grundsätzlich bestreitet, sondern nur deren Höhe, eine Akontozahlung einzufordern, bis das neue Reglement in Kraft tritt und die Benützungsgebühr anschliessend gestützt auf das neue Reglement rückwirkend verfügt werden kann. Ob die Akontozahlung in der von der Kanalisationseinschätzungskommission am 5. September 2016 verfügten Höhe festzulegen ist oder gemäss Antrag des Beschwerdeführers, ist von den Parteien im günstigsten Fall gemeinsam zu erörtern (bietet doch der Beschwerdeführer dazu ausdrücklich Hand [„Ich wünsche eine gemeinsam erarbeitete Einschätzung“; Beschwerde an den Gemeinderat, Bf-act, 1]), andernfalls durch die Gemeinde hoheitlich festzusetzen. Mit der Festsetzung der Höhe der Akontozahlung ist auch die Frage der Verzinsung zu klären für spätere Rückzahlungen resp. Nachforderungen durch die Gemeinde (das aktuelle Reglement sieht eine Verzinsung von 5 % vom Zeitpunkt der Fälligkeit an vor, Art. 29 Abs. 3 KR).

(VGE II 2016 89 vom 24. Januar 2017).

6. Flurgenossenschaft / Wuhrkorporation

6.1 Flurgenossenschaft – Befangenheit

- *Die Vorprüfung der Statuten einer zu gründenden Flurgenossenschaft durch den Rechtsdienst des Sicherheitsdepartements begründet keine Befangenheit des Regierungsrates in einem allfälligen nachfolgenden Beschwerdeverfahren.*

Vgl. EGV-SZ 2017 B 1.1.

B 6.2

6.2 Flurgenossenschaft – Beschwerdebefugnis

- *Beschwerdebefugnis eines einzelnen Mitgliedes einer Erbgemeinschaft zur Anfechtung des Gründungsbeschlusses einer Flurgenossenschaft.*
Vgl. EGV-SZ 2017 B 1.2.

7. Bezirke und Gemeinden / Politische Rechte

7.1 Stimmrechtsbeschwerde

- *Mit der Stimmrechtsbeschwerde können keine beschaffungsrechtlichen Einwände vorgebracht werden.*

Aus den Erwägungen:

2.6 Nicht auf die Stimmrechtsbeschwerde einzutreten ist jedenfalls insoweit, als gerügt wird, das Schulhausprojekt verletze mehrere Wettbewerbsbedingungen. Das Siegesprojekt wurde in einem selektiven (Beschaffungs-)Verfahren erkoren. Ein korrektes Vergabeverfahren wird mit den beschaffungsrechtlichen Bestimmungen sichergestellt (Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen [IVöB; SRSZ 430.120.1] vom 25.11.1994/15.3.2001; Verordnung zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen [VIVöB; SRSZ 430.130] vom 15.12.2004). Die Legitimation zur Anfechtung eines Vergabeentscheides setzt eine Teilnahme am Vergabeverfahren voraus; zu wahren ist auch die beschaffungsrechtliche Beschwerdefrist, welche mit Zustellung des Vergabeentscheides zu laufen beginnt. Der Vergabeentscheid wurde von den nicht berücksichtigten Wettbewerbsteilnehmern (Offerenten) offensichtlich nicht angefochten. Die Stimmrechtsbeschwerde hingegen, die ein anderes Schutzziel, letztlich die Sicherstellung eines korrekten demokratischen Entscheidungsverfahrens, verfolgt, dient nicht der Anfechtung eines als rechtswidrig erachteten Vergabeentscheides.

(VGE III 2017 77 vom 24. Juli 2017).

7.2 Initiativbegehren auf Durchführung einer Abstimmung

- *Das Begehren, einen Konzessionsvertrag der Abstimmung zuzuführen, kann nicht Inhalt einer Initiative sein.*

Aus den Erwägungen:

4.2 Das Durchführen einer Abstimmung kann indes entgegen der Darstellung des Beschwerdeführers nicht Inhalt einer Initiative sein. Gemäss § 37 Abs. 2 der Verfassung des Kantons Schwyz (KV; SRSZ 100.100) vom 24. November 2010 muss sich die Initiative auf den Erlass, die Änderung oder die Aufhebung eines rechtsetzenden Erlasses (Rechtsetzungsinitiative) oder eines Verwaltungsaktes (Verwaltungsinitiative) beziehen, welche in die Zuständigkeit der Bezirksgemeinde oder der Gemeindeversammlung fallen. Die vorliegend zu beurteilende Initiative bezieht sich weder auf den Erlass noch auf die Änderung oder Aufhebung eines rechtsetzenden Erlasses oder eines Verwaltungsaktes, ist also weder eine Rechtssetzungs- noch eine Verwaltungsinitiative. Sie verlangt die Durchführung einer Abstimmung, mithin die Ausübung eines politischen Rechts und nicht (bzw. nur mittelbar) den Erlass, die Änderung oder die Aufhebung eines rechtsetzenden Erlasses. Auch stellt die Durchführung einer Abstimmung keinen Verwaltungsakt dar. Schon aus § 37 Abs. 2 KV ergibt sich mithin die Ungültigkeit der fraglichen Initiative.

4.3 Selbst wenn die Durchführung einer Volksabstimmung als Verwaltungsakt im Sinne von § 37 KV qualifiziert würde (wie dies der Beschwerdeführer ausführt), könnte nicht auf die Initiative eingetreten werden. Denn auch wenn ein Verwaltungsakt Inhalt der Initiative ist, so ist Folge der Gültigerklärung einer Initiative nicht die Umsetzung des angebehrten Verwaltungsaktes (konkret die Durchführung der Volksabstimmung), sondern die Abstimmung über die Initiative selbst.

Wäre also der Bezirksrat auf die Initiative eingetreten und hätte er sie für gültig erklärt, wäre nicht eine Abstimmung über die Konzession die Folge gewesen, sondern eine Abstimmung über die Initiative, mithin die Frage, ob der Konzessionsvertrag einer Volksabstimmung zugeführt werden solle oder nicht. Diese Frage ist dem Initiativrecht jedoch entzogen. Die Frage, ob eine Abstimmung durchzuführen ist, liegt nicht in der Zuständigkeit der Bezirksgemeinde resp. Gemeindeversammlung (§ 37 Abs. 2 KV). Es ist dies vielmehr durch die Kompetenzordnung vorgegeben.

B 7.3

Dies zeigt sich auch am vorliegenden Initiativbegehren. Wäre die Darstellung des Beschwerdeführers, wonach Konzessionsverträge ohne regulatorische Grundlage dem Volk unterbreitet werden müssen, rechtens und läge mit der umstrittenen Übergangskonzession ein solcher vor, dann würde das Stimmvolk bei einer Ablehnung der Initiative § 30 Abs. 1 lit. b der Vollzugsverordnung zum Planungs- und Baugesetz (PBV; SRSZ 400.111) vom 2. Dezember 1997 verletzen. Würde andererseits zutreffen (wie vom Bezirksrat geltend gemacht), dass für die Übergangskonzession der Bezirksrat zuständig ist, wäre die Initiative unzulässig, weil es kein Geschäft der Bezirksgemeinde wäre; auch über eine Initiative könnte das Stimmvolk das Geschäft nicht an sich ziehen (Gander, Die Volksinitiative im Kanton Schwyz, ZBI 91/1990 S. 378, S. 400 f.). Mit anderen Worten kann der Stimmberechtigte nicht frei abstimmen über die Frage, ob ein Konzessionsvertrag einer Abstimmung zu unterbreiten sei oder nicht. Vielmehr ist dies aufgrund der Kompetenzordnung vorgegeben. Entsprechend kann das Begehren, über einen Konzessionsvertrag eine Abstimmung anzusetzen, nicht Inhalt einer Initiative sein.

(VGE III 2016 180 vom 31. Januar 2017).

7.3 Planungsinitiative

- *Gemäss der neuen Kantonsverfassung können auch Rechtsetzungsinitiativen in der Form des ausgearbeiteten Entwurfs eingereicht werden.*
- *Planungsinitiativen gelten als Rechtsetzungsinitiativen. Sie sind im schwyzerischen Recht auch in der Form des ausgearbeiteten Entwurfs nicht ausgeschlossen. Sie müssen aber die Raumplanungsvorgaben des übergeordneten Rechts, namentlich auch zum Raumplanungsverfahren, einhalten, wenn damit Raumplanungsmassnahmen angeregt werden.*
- *Die allfällige Annahme einer Planungsinitiative auch in der Form des ausgearbeiteten Entwurfs hat nicht die direkte Revision z.B. des Baureglementes zur Folge, sondern löst eine Baureglementsrevision im Sinn und Geist der Initiative gemäss Erlassverfahren von §§ 25 ff. PBG aus, für welches der Gemeinderat zuständig ist und schliesslich der Genehmigung des Regierungsrates bedarf.*

Aus den Erwägungen:

1.1 Stimmberechtigte können gemäss § 37 Abs. 1 der Verfassung des Kantons Schwyz (KV; SRSZ 100.100) einzeln oder zusammen beim

Bezirks- oder Gemeinderat eine Initiative einreichen. Diese muss sich auf den Erlass, die Änderung oder die Aufhebung eines rechtsetzenden Erlasses oder eines Verwaltungsaktes beziehen, welche in die Zuständigkeit der Bezirksgemeinde oder der Gemeindeversammlung fallen (§ 37 Abs. 2 KV). Die Initiative ist schriftlich und in der Form der allgemeinen Anregung oder eines ausgearbeiteten Entwurfes einzureichen (§ 37 Abs. 3 KV).

(Erw. 2 und 3).

4.1 Laut Gemeinderat wollen die Initianten die Nutzungsart in den Gewerbezone G1, G2 und G3 einschränken. Damit liege eine Zonenplanänderung vor. Im Planungsbereich seien indes Initiativbegehren im Sinne von Rechtsetzungsinitiativen nur als allgemeine Anregungen möglich. Die Initiative enthalte aber konkret ausformulierte Baureglementsänderungen, was unzulässig sei.

4.2 Unter dem Recht der alten Kantonsverfassung (§ 73 altKV) war die Unterscheidung zwischen der Rechtsetzungsinitiative, die sich auf den Erlass, die Abänderung oder die Aufhebung einer Verordnung bezieht, und der Verwaltungsinitiative, die sich auf einen Verwaltungsakt bezieht, namentlich deshalb von Bedeutung, weil eine Rechtsetzungsinitiative nur in der Form der allgemeinen Anregung zulässig war, während die Verwaltungsinitiative sowohl als allgemeine Anregung, als auch in Form des ausgearbeiteten Entwurfes eingereicht werden konnte. Initiativbegehren in der Nutzungsplanung wurden dabei als Rechtssetzungsinitiativen behandelt, weshalb sie ausschliesslich in Form der allgemeinen Anregung zulässig waren (vgl. EGV-SZ 2007 B 7.1 Erw. 5.2).

4.3 Diese mitunter auf Kritik gestossene Regelung (vgl. Gander, Die Volksinitiative im Kanton Schwyz, in ZBl 1990, S. 378 ff., S. 338) wurde mit der neuen Kantonsverfassung vom 24. November 2010 aufgegeben. Zwar sieht § 37 KV in kommunalen Angelegenheiten nach wie vor die Rechtsetzungsinitiative und die Verwaltungsinitiative vor. Indes können beide in der Form der allgemeinen Anregung oder eines ausgearbeiteten Entwurfes eingereicht werden (§ 37 Abs. 3 KV). Neu ist es somit auch zulässig, eine Initiative auf Erlass oder Änderung eines rechtsetzenden Erlasses in Form eines ausgearbeiteten Entwurfes einzureichen, welche in die Zuständigkeit der Bezirksgemeinde oder der Gemeindeversammlung fällt.

B 7.3

4.4 Soweit Planungsinitiativen unter dem Recht der alten Kantonsverfassung ausschliesslich in der Form der allgemeinen Anregung eingebracht werden konnten, war nach Gutheissung der Initiative eine entsprechende Vorlage durch den Gemeinderat auszuarbeiten und der Gemeindeversammlung vorzulegen (§ 8 Abs. 5 des Gesetzes über die Organisation der Gemeinden und Bezirke [Gemeindeorganisationsgesetz, GOG; SRSZ 152.100] vom 29.10.1969). Der Gemeinderat hatte dabei das Erlassverfahren kommunaler Nutzungspläne zu beachten, insbesondere die öffentliche Auflage sowie das Einsprache- und Beschwerdeverfahren durchzuführen (EGV-SZ 1994 Nr. 13 Erw. 4b; EGV-SZ 2009 B 7.3). Bei diesem Verfahren mussten die Initianten einer Planungsinitiative in der Form der allgemeinen Anregung akzeptieren, dass der Inhalt ihres Initiativbegehrens bereits aufgrund der Beratung und allfälliger Änderungsanträge im Rahmen der Gemeindeversammlung modifiziert wurde und die Initiative trotz Gutheissung durch das Volk im anschliessenden konkretisierenden Nutzungsplanverfahren sowie Einsprache- und Beschwerdeverfahren noch massgeblich verändert werden konnte (vgl. exemplarisch Steinfabrik-Initiative Gemeinde Freienbach: VGE 895/05 vom 26.1.2006; VGE III 2009 101 vom 23.9.2009; VGE III 2011 181 vom 18.4.2012; BGE 139 I 2; vgl. auch Corsin Bisaz, Die Planungsinitiative auf Änderung kommunaler Nutzungspläne, Jusletter, 3.10.2016, Rz 19 f.). Die Initianten können sich im Nutzungsplanverfahren zwar im Auflageverfahren einbringen und auch Einsprache erheben, der weitere Rechtsmittelweg ist ihnen mangels Beschwerdelegitimation jedoch verwehrt. Immerhin sind den Initianten einer Planungsinitiative aber während des Verfahrens Mitwirkungsmöglichkeiten zu geben, es ist ihnen Gehör zu verschaffen; so ist ihnen z.B. auch das Recht einzuräumen, in einem allfälligen Beschwerdeverfahren vor Regierungsrat oder Verwaltungsgericht Stellung nehmen zu können. Ein selbständiges Rechtsmittel steht ihnen jedoch erst mit der Vorlage des Entwurfs an die Gemeindeversammlung zu. Sie können mit Stimmrechtsbeschwerde rügen, die Vorlage setze die Initiative nicht um und verletze damit das Stimmrecht (EGV-SZ 2009 B 7.3, vgl. auch BGE 139 I 2).

4.5 Vor allem aber war (und ist) die Planungsinitiative in Form der allgemeinen Anregung mit dem Nutzungsplanverfahren vereinbar (vgl. EGV-SZ 2007 B 7.1 Erw. 5.3). Demgegenüber steht die von der Kantonsverfassung neu vorgesehene Initiative in der Form des ausgearbeiteten Entwurfes in einem ausgeprägteren Spannungsverhältnis zum Nutzungsplanverfahren. Es gilt daher zu prüfen, wie sich die Neuerung im Initiativrecht auf die Planungsinitiative resp. das Nutzungsplanverfahren auswirkt. Dies vor dem Hintergrund, dass das kantonale Planungs- und Bau-

recht den Erlass kommunaler Nutzungspläne detailliert regelt (§§ 25 ff. Planungs- und Baugesetz [PBG, SRSZ 400.100]). (...).

Würde nun eine Planungsinitiative in der Form des ausgearbeiteten Entwurfs nach ihrer Gutheissung umgehend die rechtskräftige Zonenplanänderung nach sich ziehen, würde dieses kantonale vorgeschriebene Nutzungsplanverfahren offenkundig nicht eingehalten.

4.6 Bei der Regelung des Nutzungsplanverfahrens ist der Kanton nicht frei. Vielmehr hat er mit dem Erlassverfahren kommunaler Nutzungspläne (§§ 25 ff. PBG) bundesrechtliche Vorgaben umgesetzt, die insbesondere die Berücksichtigung der Grundsätze der Öffentlichkeit des Verfahrens und der Mitwirkung der Betroffenen (Art. 4 sowie Art. 33 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Raumplanung [Raumplanungsgesetz, RPG; SR 700] vom 22.6.1979) sowie des (Individual-)Rechtsschutzes (Art. 33 RPG) fordern (vgl. Analyse der Planungs- und Baugesetzgebung des Justizdepartementes vom 22.4.1994 im Auftrag des Regierungsrates, S. 13).

Demgegenüber ist die Initiative ein eigenständig geregeltes Instrument der direkten Demokratie und nicht speziell auf die Raumplanung ausgerichtet. Solange jedoch das kantonale Recht dies nicht ausdrücklich ausschliesst, kann auf dem Wege der Initiative auch eine konkrete Raumplanungsmassnahme vorgeschlagen werden (BGE 138 I 131 Erw. 5.2 m.w.H. [Pra 2012 Nr. 99]). Dass die Planungsinitiative als solche im schwyzerischen Recht ausgeschlossen wäre, wird vom Gemeinderat zu Recht nicht behauptet. Die Kantonsverfassung lässt Rechtsetzungs- und Verwaltungsinitiativen je in der Form der allgemeinen Anregung und des ausgearbeiteten Entwurfs zu, solange sie in die Zuständigkeit der Bezirks- resp. Gemeindeversammlung fallen. Planungsinitiativen wurden bereits unter der alten Kantonsverfassung als im Zuständigkeitsbereich der Gemeindeversammlung erachtet und damit als Rechtsetzungsinitiativen zugelassen (vgl. für viele VGE III 2011 121 vom 8.2.2012 Erw. 1.6.1). Daran ändert die neue Kantonsverfassung nichts. Mithin sind Planungsinitiativen (in beiden Formen) im schwyzerischen Recht nicht ausgeschlossen. Immerhin müssen aber die Raumplanungsvorgaben des übergeordneten Rechts, namentlich auch zum Raumplanungsverfahren, eingehalten werden, wenn die Raumplanungsmassnahmen mittels Initiative angeregt werden (Urteil BGer 1P.387/2006 vom 19.9.2007 Erw. 3.2).

4.7 Als Vorgaben des übergeordneten Rechts sind insbesondere das öffentliche Auflageverfahren (Art. 4 und Art. 33 Abs. 1 RPG) sowie die Rechtsschutzgarantie (Art. 33 Abs. 2 und 3 RPG) zu beachten.

B 7.3

[...]

4.8 Zusammenfassend ist damit festzuhalten, dass

- die neue Kantonsverfassung sowohl die Rechtsetzungs- als auch die Verwaltungsmassnahmen je in der Form des ausgearbeiteten Entwurfs als auch in Form der allgemeinen Anregung zulässt;
- beide Formen auch zugelassen sind, um auf dem Wege der Initiative Raumplanungsmassnahmen anzuregen, soweit dazu die Gemeindeversammlung zuständig ist;
- der Erlass der Nutzungsplanung in die Zuständigkeit der Gemeindeversammlung fällt, womit Planungsinitiativen grundsätzlich und in beiden Formen zulässig sind;
- mit dem Initiativverfahren die bundesrechtlich vorgeschriebene Rechtsschutzgarantie in der Raumplanung nicht gewährleistet ist;
- deswegen Planungsinitiativen aber nicht ungültig sind, sondern vielmehr der bundesrechtlich vorgeschriebene Rechtsschutz zu gewährleisten ist;
- daher die mit der Planungsinitiative in Form des ausgearbeiteten Entwurfs (genau wie die Planungsinitiative in Form der allgemeinen Anregung) angeregte Nutzungsplanänderung (z.B. Baureglementsänderung) mit der Annahme durch das Stimmvolk nicht direkt wirksam wird, sondern noch der Umsetzung bedarf;
- die Annahme einer Planungsinitiative (unabhängig der Form) einen rechtsverbindlichen Auftrag an den Gemeinderat darstellt, im Sinne der Initiative ein Erlassverfahren gemäss §§ 25 ff. PBG durchzuführen;
- der Rahmen dieses Auftrages an den Gemeinderat einerseits durch den Inhalt und die Ausgestaltung der Initiative (allgemeine Anregung oder ausformulierter Entwurf) sowie andererseits durch die Aufgabe, einen dem übergeordneten Recht entsprechenden Entwurf vorzulegen, bestimmt ist.

4.9 Damit aber ist die von den Beschwerdeführern in der Form eines ausgearbeiteten Entwurfs eingereichte Initiative nicht schon deshalb unzulässig, weil sie nicht in der Form der allgemeinen Anregung erfolgte. Allerdings müssen sich die Initianten, wie insbesondere auch die Stimmberechtigten (Bisaz, Die Planungsinitiative auf Änderung kommunaler Nutzungspläne, Jusletter, 3.10.2016, Rz 22), im Klaren sein, dass die allfällige Annahme der Initiative nicht die direkte Revision des Baureglements zur Folge hat, sondern eine Baureglementsreform im Sinn und Geist der Initiative gemäss Erlassverfahren von §§ 25 ff. PBG auslöst, für welches der Gemeinderat zuständig ist. Bleibt zu bemerken, dass das Erlassverfahren kommunaler Nutzungspläne (auch wenn durch

eine Planungsinitiative ausgelöst) erst mit der rechtskräftigen Genehmigung durch den Regierungsrat gemäss § 28 PBG abgeschlossen ist (was ebenfalls bundesrechtlich gefordert ist, Art. 26 RPG).

(VGE III 2016 219 vom 31. Januar 2017).

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

8.1 Aufhebung eines Gestaltungsplanes

- *Mit der baureglementarisch für Gestaltungspläne als Ausnahme von der Regelbauweise vorgesehenen Erhöhung der Gebäude um ein Geschoss bleibt der Charakter der Grundordnung grundsätzlich gewahrt. Dies gilt nicht mehr, wenn die beanspruchte (maximale) Gebäudehöhe gleichzeitig die in der nächst höheren Zone zulässige maximale Gebäudehöhe überschreitet.*

Aus den Erwägungen:

5.2.2 Was die Korrelation zwischen Vorteilen des Gestaltungsplanes und den beantragten Abweichungen von der Regelbauweise anbelangt, gilt nach konstanter Rechtsprechung, dass je mehr Vorteile im Sinne von § 24 Abs. 3 des Planungs- und Baugesetzes (PBG; SRSZ 400.100) vom 14. Mai 1987 ins Gewicht fallen, desto grösser die Ausnahmen im Gestaltungsplan sein dürfen (vgl. VGE III 2010 66 vom 26.8.2010 Erw. 2.1 mit Hinweisen, u.a. auf Gisler, Ausgewählte Fragen zum Gestaltungsplan im Kanton Schwyz, in: ZBI 2000, S. 393 ff., v.a. S. 410; vgl. auch BGE 135 II 223 Erw. 5.8, wonach erhebliche Abweichungen von der Grundnutzungsordnung in einer umfassenden Interessenabwägung zu begründen sind). Dies bedeutet umgekehrt, dass bei geringen Vorteilen des Gestaltungsplanes im Vergleich zur Grundordnung weniger Abweichungen von der Regelbauweise gerechtfertigt sind. Mit anderen Worten ist ein ausgewogenes Verhältnis zwischen Vorteilen des Gestaltungsplanes einerseits und dem (zulässigen) Ausmass der Abweichungen von der Regelbauweise andererseits nötig. Die Überprüfung dieses dargelegten Verhältnisses setzt voraus, dass nicht nur die Vorteile bzw. Mehrleistungen des Gestaltungsplanes untersucht und bejaht werden, sondern auch

B 8.1

das Ausmass der (maximalen) Abweichungen von der Regelbauweise hinreichend überprüft und definiert wird. Anzuführen ist, dass das Bundesgericht im zit. Urteil 1C_188/2007 vom 1. April 2009 (= BGE 135 II 219) in Erwägung 5.2 festgehalten hat, dass die Abweichungen nicht dazu führen dürfen, dass die planerisch und demokratisch abgestützte Grundordnung ihres Sinngehalts entleert würde.

5.2.3 (...).

5.4.1 Zu prüfen sind schliesslich die beanspruchten Ausnahmen. Es ist nicht zu verkennen, dass die Beschwerdegegnerin die baureglementarisch vorgesehenen Ausnahmen weitestgehend beansprucht, was im Sinne der Beurteilung des Regierungsrates angesichts der dargelegten Vorteile grundsätzlich noch vertretbar wäre. Auch wenn das konkrete Richtprojekt nur schwerlich auf eine W2 als Grundordnung schliessen lässt, kann bei einer abstrakten Betrachtungsweise das Argument der Beschwerdeführer, der Zonencharakter werde verändert, grundsätzlich nicht verfangen. Die Erhöhung um ein Geschoss (ohne dass dadurch ein Attikageschoss verunmöglicht wird) wird als Ausnahme von Art. 53 lit. a des kommunalen Baureglements (BauR) vorgesehen, ist mithin vom Gesetzgeber gewollt und entsprechend in Kauf zu nehmen. Wird in einer W2-Zone ein zusätzliches Geschoss erlaubt, nähert sich der Zonencharakter zwangsläufig demjenigen einer W3-Zone an. Das gleiche ergibt sich auch bei Gewährung einer Erhöhung der AZ um 0.15: die in der W2-Zone zulässige AZ von 0.45 erhöht sich im diesem Fall auf die in der W3-Zone zulässige AZ von 0.60 (vgl. Art. 44 Abs. 3 BauR). Im konkreten Fall wird der Umstand, dass sich die auf dem Gestaltungsplangebiet vorgesehene Überbauung durch das Zugeständnis eines zusätzlichen Geschosses zweifelsohne markant von den angrenzenden W2- und E2-Zonen abhebt, einerseits durch die periphere Lage am Rand des Baugebietes entschärft, andererseits grenzt das Gestaltungsplangebiet zwar nicht unmittelbar an die Kernzone A sowie an eine W3-Zone an; mit dem Regierungsrat kann gleichwohl von einer unmittelbaren Nähe zu diesen Zonen gesprochen werden.

5.4.2 In der W3-Zone gilt eine maximale Gebäudehöhe von 10 m und eine maximale Firsthöhe von 14 m (Art. 44 Abs. 3 BauR). Mit maximalen Gebäudehöhen von 10.8 m (Baubereich A), 10.6 m (Baubereich B) und 10.10 m (Baubereich C; vgl. Ziff. 3.6 SBV) werden die baureglementarischen Vorgaben selbst der W3-Zone nicht mehr gewahrt. Das gleiche gilt für das Richtprojekt, welches für das Gebäude B und C die

gleichen Höhen ausweist und für das Gebäude A eine gegenüber den SBV minim geringere Höhe von 10.75 m.

Bei diesen konkreten Höhendimensionen, welche mit der Regelbauweise selbst in einer W3-Zone (wie auch in einer WG3-Zone, vgl. Art. 43 Abs. 2 BauR) nicht mehr zu vereinbaren sind, hat der Gestaltungsplan bzw. haben die gemäss Gestaltungsplan möglichen (und auch geplanten) Bauten nicht nur „erhebliche Auswirkungen auf die optische Erscheinung der drei Baukörper“, welche auch der Regierungsrat als „keineswegs geringfügig“ charakterisiert hat. Vielmehr kann bei diesen konkreten Massen nicht mehr gesagt werden, der Charakter der Grundordnung (W2) werde noch gewahrt. Effektiv findet, wie die Beschwerdeführer zu Recht rügen, eine Aufzonung in eine W3-Zone statt, bzw. eine Aufzonung, die noch über das in der W3-Zone zulässige Mass hinausgeht.

5.4.3 Der Gestaltungsplan erweist sich mithin unbesehen seiner konkreten Auswirkungen auf die Umgebung (Aussicht, Belichtung, Besonnung) als unzulässig.

(VGE III 2016 108 vom 31. Januar 2017).

8.2 Bewilligungspflicht – Einordnung

- *(Reflektierende) Fensterfolien sind bewilligungspflichtig.*
- *Im konkreten Fall sind die Fensterfolien mit dem Einordnungsgebot nicht zu vereinbaren.*

Aus den Erwägungen:

2.1.2 Nach kantonalem Recht dürfen Bauten und Anlagen nur mit behördlicher Bewilligung errichtet oder geändert werden. Die Bewilligung wird im Melde-, vereinfachten oder ordentlichen Verfahren erteilt (§ 75 Abs. 1 des Planungs- und Baugesetzes [PBG; SRSZ 400.100] vom 14.5.1987). Bauten und Anlagen werden namentlich dann geändert, wenn sie äusserlich umgestaltet, erweitert, erheblich umgebaut oder einer neuen, baupolizeilich bedeutsamen Zweckbestimmung zugeführt werden (§ 75 Abs. 2 PBG). Bauten und Anlagen müssen sich so in die Umgebung eingliedern, dass sie das Landschafts-, Orts-, Quartier- und Strassenbild nicht stören (Art. 56 Abs. 1 PBG).

2.1.3 Gemäss Art. 54 Abs. 1 des kommunalen Baureglements (BauR) sind ausser eigentlichen Bauten unter anderem insbesondere auch Son-

B 8.2

nenkollektoren, Lärmschutzwände, Antennen, Richtstrahlanlagen, das Anbringen von Reklameanlagen und Firmenschildern bewilligungspflichtig. Den Begriff der Änderung definiert das BauR bei der Bestimmung seines Geltungsbereichs (Art. 2 BauR). Eine Änderung liegt demgemäss namentlich dann vor, wenn Bauten und Anlagen äusserlich umgestaltet, erweitert, umgebaut oder einer neuen Zweckbestimmung zugeführt werden (Art. 2 Abs. 3 BauR).

Art. 11 BauR enthält Bestimmungen zur Einordnung. Bauten und Anlagen werden nur bewilligt, 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. Der Gemeinderat kann für die Beurteilung in speziellen Fällen Fachleute beiziehen. Betreffen Beanstandungen einzelne störende Teile, ist der Gemeinderat gehalten, angemessene Verbesserungen zu verlangen (Abs. 1). Dachaufbauten, Dacheinschnitte sowie Dachflächenfenster sind ansprechend zu gestalten (Abs. 2 Satz 1).

2.2 Einer baurechtlichen Überprüfung auf ihre Einordnung in die bauliche Umgebung unterliegen typischerweise architektonische Gestaltungselemente wie unter anderem die in Art. 11 BauR erwähnten Fassadengestaltung, Farbgebung oder auch Gestaltung von Dachflächenfenstern, welche eine Auswirkung auf die Umwelt haben (können). Diese Gestaltungselemente bilden zwangsläufig Teil einer Baute oder Anlage, welche die Kriterien einer Baute oder Anlage im Sinne von Art. 22 RPG erfüllen, d.h. die künstlich geschaffen, und auf Dauer angelegt sind, auch in fester Beziehung zum Erdboden stehen und namentlich auch geeignet sind, die Vorstellung über die Nutzungsordnung zu beeinflussen.

Werden Fenster mit (reflektierenden) Folien verkleidet – und dies in einem Ausmass von rund 35 m² –, ist dies mithin ohne weiteres mit einer Fassadengestaltung und/oder mit der Farbgebung einer Baute vergleichbar und hat entsprechend Auswirkungen auf Raum und Umwelt. Werden sie nachträglich angebracht, stellt dies grundsätzlich analog einer geänderten Fassaden-, Dach- oder anderweitigen Gestaltung eine Änderung der (bewilligten) Baute dar.

Die Folien im Konkreten werden weniger in ihrer Funktionalität (Sonnen-/Wärmeschutz; Schutz der Privatsphäre, vgl. Beschwerde S. 7 Rz. 18) denn als gestalterische Elemente wahrgenommen. Sie haben einerseits (objektiv) Auswirkungen auf das Erscheinungsbild der Baute und andererseits auch auf die (subjektive) visuelle Wahrnehmung der (geänderten) Baute durch die Öffentlichkeit und namentlich die Nachbarn. Dies gilt im Allgemeinen – und so auch im konkreten Fall – gerade auch

dann, wenn sie erst nachträglich realisiert werden, womit die Raumwirkung objektiv durch den Kontrast zum bisherigen (und – subjektiv – zum mittlerweile vertrauten) Erscheinungsbild erhöht wird. Der Beschwerdeführer anerkennt in diesem Sinne, dass die Verspiegelung der Fenster dazu führt, dass das eigene Haus der Nachbarn und dessen Bäume und Sträucher wie auch der blaue Himmel reflektiert werden. Er folgert hieraus, dass die Massnahme der Fensterverspiegelung dem Nachbarn einen attraktiven Lebensraum suggeriert; gemäss den neuesten architektonischen Erkenntnissen führe die Fensterverglasung denn auch zu einer Verbesserung des Wohlfühls (Beschwerde S. 15 f. Rz. 41). Damit illustriert er selber die nicht zu verkennenden Auswirkungen der Verspiegelungen auf Raum und Umwelt und namentlich auch auf die Wohnhygiene in der (unmittelbaren) Nachbarschaft (vgl. Art. 18 Abs. 1 BauR u.a. „grelles Licht“ als negative Auswirkung bzw. übermässige Emission).

Es ist somit nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanzen die Verspiegelung der Fenster mit Fensterfolien als bewilligungspflichtig erachtet haben. (...).

2.3 (...).

3.1.1 Bei § 56 Abs. 1 PBG handelt es sich um ein Beeinträchtigungsverbot, mit welchem die Verunstaltung des Landschaftsbilds untersagt wird (vgl. EGV-SZ 2009 C 2.2 Erw. 7.2; EGV-SZ 1995 Nr. 55 Erw. 3d, je mit Hinweisen). Bei Art. 11 Abs. 1 BauR handelt es sich im Gegensatz zur kantonalen Regelung um eine positive Ästhetikklausel. Die Anforderungen einer solchen positiven ästhetischen Generalklausel, welche positiv eine architektonische Gestaltung verlangt, welche sich befriedigend in die Umgebung einordnet, sind nach der Rechtsprechung höher als diejenigen einer negativen ästhetischen Klausel (VGE 1042/04 vom 29.10.2004 Erw. 5.1 mit Hinweisen auf Haller/Karlen, Raumplanungs-, Bau- und Umweltrecht, 3. Aufl. Zürich 1999 Bd. I Rz. 653 mit Hinweisen; EGV-SZ 1995 Nr. 55 Erw. 3d; BGE 114 Ia 343 Erw. 4b).

3.2.1-3.2.2 (Beurteilung des Gemeinderates und des Regierungsrates).

3.3 Aufgrund der Akten (...) sowie der im Internet (WebGIS; Google Earth) frei zugänglichen Luftaufnahmen, unter Berücksichtigung der Parteivorbringen, in Respektierung der kommunalen Autonomie bei Fragen der Einordnung sowie in Wahrung der gebotenen Zurückhaltung bei der gerichtlichen Überprüfung können die vorinstanzlichen Beurteilungen nicht als rechtsfehlerhaft qualifiziert werden.

B 8.2

Dabei fällt vorab ins Gewicht, dass es sich bei den Fensterfolien im betreffenden Quartier – abgesehen von der wesentlich kleineren Fläche von rund 3 m² Spiegelfolie am Gebäude auf KTN D. – offensichtlich um ein erst- und einmaliges architektonisches Element handelt. Angesichts der erwähnten Fotoaufnahmen kann kein Zweifel daran bestehen, dass der Spiegeleffekt bei allen Witterungs- und Beleuchtungsverhältnissen mehr oder weniger stark ist. Dieser Effekt wird – wie erwähnt (vgl. vorstehend Erw. 2.2) – auch vom Beschwerdeführer bestätigt. Es ist nicht zu verkennen und nachvollziehbar, dass diese Spiegeleffekte von der Nachbarschaft nicht nur aufgrund des subjektiven Empfindens als störend wahrgenommen werden (können), sondern dass diese störende Wirkung des Spiegeleffekts auch einer objektiven Betrachtung und Beurteilung durch die Baubewilligungsbehörde standhält, was den Charakter der Spiegelfolien als – bereits grundsätzlich – quartierfremdes Gestaltungselement verstärkt. Indes ist die Beurteilung der Einordnung letztlich unabhängig davon, ob sich ein Nachbar beeinträchtigt fühlt oder nicht, weshalb diesem Aspekt (vgl. Beschwerde S. 14 Rz. 37 f.) keine entscheidende Bedeutung zukommt, zumal jede rechtskonforme Baute eine subjektive, jedoch – (objektiv) im Lichte des Einordnungsgebots – irrelevante Beeinträchtigung zur Folge haben kann.

Der Regierungsrat hat bei seiner Überprüfung der gemeinderätlichen Bewilligungsverweigerung auch dem – soweit aufgrund der Zonenvorgaben zulässigen und möglichen – bis zu einem gewissen Grad heterogenen Charakter des Quartiers Rechnung getragen. (...). Schliesslich weist das Sicherheitsdepartement vernehmlassend auch zutreffend darauf hin, dass das öffentliche Interesse an einer guten Gesamtwirkung höher zu gewichten ist, als das vom Beschwerdeführer geltend gemachte private Interesse an zusätzlichem Wärme- und Sichtschutz. Das Argument dieses privaten Interesses wird ohnehin dadurch abgeschwächt, dass an den Fenstern auf der Südseite keine Folien angebracht wurden.

Nachdem der Regierungsrat die vom Gemeinderat festgestellte Verletzung des Einordnungsgebots durch die Fensterfolien bestätigte, hatte er der Frage, ob die Bewilligung auch aufgrund des Vogelschutzes sowie der Bestimmungen über den Immissionsschutz zu verweigern wäre (angefochtener Entscheid Erw. 11), (ebenfalls) nicht nachzugehen (zur Problematik vgl. Vogelfreundliches Bauen mit Glas und Licht, hrsg. von der Schweizerischen Vogelwarte Sempach, 2012).

Zusammenfassend haben die Vorinstanzen die Bewilligungsfähigkeit der angebrachten Fensterfolien zu Recht verneint.

(VGE III 2016 124 vom 31. Januar 2017).

8.3 Bewilligungspflicht

- *Ein Schneeablagerungsplatz ist nicht bewilligungspflichtig.*

Aus den Erwägungen:

2.3 Nach Art. 22 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Raumplanung vom 22. Juni 1979 (Raumplanungsgesetz, RPG, SR 700) dürfen Bauten und Anlagen nur mit behördlicher Bewilligung errichtet oder geändert werden. Bauten und Anlagen im Sinne dieser Bestimmung sind künstlich geschaffene und auf Dauer angelegte Einrichtungen, die in fester Beziehung zum Erdboden stehen und geeignet sind, die Vorstellung über die Nutzungsordnung zu beeinflussen, sei es, dass sie den Raum äusserlich erheblich verändern, die Erschliessung belasten oder die Umwelt beeinträchtigen. Nach der Rechtsprechung gehören dazu auch Fahrnisbauten, welche über nicht unerhebliche Zeiträume ortsfest verwendet werden (vgl. VGE 1073/04 vom 24.3.2005 Erw. 2.1; BGE 119 Ib 226 f.; 118 Ib 9 f.; 113 Ib 315 f.). Neben den eigentlichen baulichen Vorrichtungen nimmt die bundesgerichtliche Rechtsprechung die Bewilligungspflicht auch für blossе Geländeänderungen an, wenn diese erheblich sind. Eine Baubewilligung ist daher in der Regel erforderlich für die Betreuung einer Kies- oder Lehmgrube, für die Anlage eines Golfplatzes oder für die Aufschüttung für einen Autoabstellplatz (BGE 114 Ib 313 f.).

Massstab dafür, ob eine bauliche Massnahme erheblich genug ist, um sie dem Baubewilligungsverfahren zu unterwerfen, ist die Frage, ob mit der Realisierung der Baute oder Anlage im Allgemeinen, nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge, so wichtige räumliche Folgen verbunden sind, dass ein Interesse der Öffentlichkeit oder der Nachbarn an einer vorgängigen Kontrolle besteht. Die Baubewilligungspflicht soll es mithin der Behörde ermöglichen, das Bauprojekt in Bezug auf seine räumlichen Folgen vor seiner Ausführung auf die Übereinstimmung mit der raumplanerischen Nutzungsordnung und der übrigen einschlägigen Gesetzgebung zu überprüfen (BGE 139 II 134 Erw. 5.2 S. 139 f. mit Hinweisen). Dabei ist es möglich, dass gewisse Vorhaben weniger wegen ihrer konstruktiven Anlage als vielmehr wegen deren Betrieb baubewilligungspflichtig sind (Hänni, Planungs-, Bau- und besonderes Umweltschutzrecht, 5.A. 2008, S. 302; Urteil BGer 1C_3/2010 vom 1.7.2010 Erw. 2.1). So kann etwa die Nutzung einer in der Landwirtschaftszone gelegenen Wiese zu gewerblichen Zwecken oder für intensive Freizeitaktivitäten, welche erhebliche Auswirkungen auf das sie umgebende Gebiet

B 8.3

und die vorhandene Infrastruktur haben, der Bewilligungspflicht unterliegen (vgl. Joos, Raumplanungsgesetz, S. 194 m.H.).

2.4 Der bundesrechtliche Begriff der bewilligungspflichtigen Bauten und Anlagen kann von den Kantonen weiter, nicht aber enger gefasst werden (Urteil des Bundesgerichts 1C_509/2010 vom 16.2.2011 Erw. 2.3.1 mit Hinweisen). Nach kantonalem Recht dürfen Bauten und Anlagen nur mit behördlicher Bewilligung errichtet oder geändert werden. Als Anlagen gelten namentlich Verkehrseinrichtungen wie Strassen und Plätze, soweit diese nicht von untergeordneter Bedeutung sind, erhebliche Geländeänderungen, Silos, offene Materiallagerplätze und ortsfeste Krananlagen (§ 75 Abs. 1 und 3 Planungs- und Baugesetz vom 14.5.1987, PBG, SRSZ 400.100). Kommt Anlagen eine fassadenähnliche Wirkung zu (z.B. Holzlagerplätze), ist der Grenzabstand zu beachten (EGV-SZ 2004 B 8.6 Erw. 4.3).

2.5 Die temporäre Ablagerung von Schnee aus Strassenräumungen im Winter ist keine Baute mit Verbindung zum Boden. Eine solche Ablagerung fällt auch nicht unter den Begriff der Fahrnisbaute. Ferner stellt eine solche temporäre Ablagerung keine Geländeänderung dar; sie ist nicht auf Dauer angelegt und verschwindet regelmässig ohne menschliches Zutun. Umfang und Dauer des Bestandes hängen einzig von den Witterungsverhältnissen ab und ist von Seiten der Behörde grundsätzlich nicht beeinflussbar (höhere Gewalt). Durch Wärmeeinbrüche und Sonneneinstrahlung bleibt auch eine anfangs Winter angelegte Schneeablagerung häufig nicht den ganzen Winter über bestehen bzw. verändert sich in Grösse und Form laufend. Entgegen den Vorbringen des Beschwerdeführers ist auch in der Region Einsiedeln nicht von einem Bestand der Schneeablagerung ab Ende Oktober bis Ende April auszugehen. Gemäss den von Meteo Schweiz publizierten Klimanormwerten für die Station Einsiedeln der Periode 1981-2010 fällt im Wesentlichen zwischen den Monaten Dezember und März Schnee, mithin während vier Monaten. Die Statistik berücksichtigt zudem auch die eher schnee-reicheren Winter im letzten Jahrtausend. Aktuell ist aufgrund der Klimaerwärmung von einer eher kürzeren Winterperiode auszugehen (die Schneesaison hat sich in den letzten Jahrzehnten im Durchschnitt um fast 40 Tage verkürzt). Insgesamt ist die Schlussfolgerung des Regierungsrates, wonach die Schneeablagerung nur während ca. drei bis vier Monaten besteht, nicht zu beanstanden. (...).

Das natürliche Gelände wird durch die vorübergehende Ablagerung von Schnee nicht auf Dauer verändert. Insbesondere kann nicht von einer erheblichen äusseren Veränderung des Raumes oder von einer Störung

des Landschaftsbildes gesprochen werden. Wie der Regierungsrat zu Recht festhält, stellen Schneeablagerungen im Winter orts- und umgebungsübliche Elemente im Siedlungsgebiet und in Strassennähe dar. Es geht vorliegend zudem nicht um eine ungewöhnlich grosse bzw. nicht umgebungstypische Ablagerung von Schnee, sondern es wird – wie bereits erwähnt – lediglich der lokal auf der Strasse angefallene Schnee, welcher nicht am Strassenrand belassen werden kann, gelagert. Im Weiteren stellt die Ablagerung von Schnee im Winter durch die öffentlichen Dienste weder eine gewerbliche Nutzung dar, noch dient sie (anders etwa als die Anlage einer Loipe oder eines Gleitschirmlandeplatzes) intensiven Freizeitaktivitäten mit relevanten Auswirkungen auf das sie umgebende Gebiet und die vorhandene Infrastruktur. Wie bereits erwähnt fällt in der Region Einsiedeln gemäss den oberwähnten Klimanormwerten während ca. 46 Tagen Schnee, wobei in den letzten Jahren wohl deutlich weniger Schneeniederschlagstage auftraten (und in Zukunft mit einem weiteren Rückgang der Dauer der Schneebedeckung zu rechnen ist). Die Niederschlagsmengen sind zudem öfters nicht so gross, dass der Schnee nicht am Strassenrand (oder auf der Strasse) belassen werden kann. Insgesamt ist der durch den Transport von Schnee zur Ablagerung auf das Grundstück GB 0000 verursachte Verkehr vernachlässigbar und es kann nicht von relevanten Immissionen, welche eine Baubewilligungspflicht zu begründen vermöchten, ausgegangen werden. Der durch den Abtransport von Schnee zur Strassenräumung verursachte Lärm ist von den Anwohnern grundsätzlich hinzunehmen.

2.6.1 (Ausführungen zum Gewässerschutz, der durch das Fehlen der Baubewilligungspflicht nicht tangiert wird. Die gewässerschutzrechtlichen Vorschriften sind unabhängig von Bestehen oder Nichtbestehen einer Baubewilligungspflicht zu beachten).

2.7 (Ausführungen zum Natur- und Heimatschutz, der ebenfalls keine Bewilligungspflicht der Schneeablagerung begründet; die Schädigung der Ufervegetation stellt einen Straftatbestand dar unabhängig davon, ob eine Baubewilligungspflicht für die Schneeablagerung besteht oder nicht besteht).

3. Nachdem für die streitige Schneeablagerung keine Baubewilligungspflicht besteht, erübrigen sich Ausführungen zur Frage der Zonenkonformität.

(VGE III 2017 15 vom 24. Juli 2017; das Bundesgericht hat eine dagegen erhobene Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten mit Urteil 1C_505/2017 vom 15. Mai 2018 abgewiesen).

B 8.4

8.4 Baubewilligungspflicht von Parkplätzen

- *Ein Dienstbarkeitsvertrag über die Benützung eines Areals als Parkfläche kann eine Baubewilligung nicht ersetzen.*

Aus den Erwägungen:

4.3.2 Bei neuen Bauten und Anlagen sind in angemessener Nähe genügend Abstellflächen für Motorfahrzeuge auf privatem Grund zu schaffen und dauernd zu diesem Zweck zu erhalten (§ 58 Abs. 1 Satz 1 des Planungs- und Baugesetzes [PBG; SRSZ 400.100] vom 14.5.1987; vgl. Art. 17 Abs. 1 Satz 1 des kommunalen Baureglements [BauR]). Die Bewilligungsbehörde setzt gemäss Art. 17 Abs. 1 Satz 2 BauR die Zahl der Ein- und Abstellplätze unter Berücksichtigung der Richtlinien gemäss Art. 17 Abs. 1 lit. a bis e BauR (lit. a: Wohnbauten; lit. b: Geschäfts- und Verwaltungsbauten; lit. c: Hotels; lit. d: Restaurationsbetriebe, Versammlungslokale und dergleichen; lit. e: Gewerbe- und Industriebetriebe) und des voraussichtlichen Bedarfs fest.

Der Gemeinderat hat die – unter Einschluss von weiteren 64 Parkplätzen auf KTN 0005 – insgesamt 124 Parkplätze für die zu parkierenden 112 Fahrzeuge als genügenden Parkraum erachtet. (...).

4.4.1 (...). Es kann nicht bestritten werden, dass die Parkplätze, insbesondere auch diejenigen auf KTN 0005, der Baubewilligungspflicht unterstehen (vgl. Bundesgerichtsurteil 1C_784/2013 vom 23.6.2014 Erw. 2.1 ff.; Zaugg/Ludwig, Baugesetz des Kantons Bern, Band I, 4. Aufl., Bern 2013, Art. 1a Rz. 18 lit. b; Fritzsche/Bösch/Wipf, Zürcher Planungs- und Baurecht, 5. Aufl., Zürich 2011, S. 263 Ziff. 6.4.3.2; vgl. vorstehend Erw. 4.3.2).

4.4.2 Aufgrund des aktenkundigen Dienstbarkeitsvertrages samt Situationsplan ist davon auszugehen, dass auf dem Grundstück KTN 0005 bis anhin noch keine Parkplätze bestehen. Die kommunale Baubewilligung wie der angefochtene Regierungsratsbeschluss schweigen sich hierzu aus. (...). Die Bauherrschaft weist nicht nach, dass eine Parkplatznutzung auf KTN 0005 bewilligt wurde. Bei dieser Sachlage drängt sich der berechnete Schluss auf, dass für die auf KTN 0005 vorgesehenen Parkplätze (noch) keine Baubewilligung besteht. Es bestehen auch keine Anhaltspunkte dafür, dass die baurechtliche Bewilligungsfähigkeit der auf KTN 0005 vorgesehenen Parkplätze einer Prüfung unterzogen wurde. Der von einer Baubewilligungsbehörde (allenfalls) als rechtsgenügend

taxierte Dienstbarkeitsvertrag kann kein Ersatz für eine Baubewilligung sein. Zu beachten ist auch, dass die baurechtliche Bewilligung der dienstbarkeitsvertraglich vereinbarten Nutzung als Parkplätze nicht unter die allgemeine Prüfungspflicht des Grundbuchamtes gemäss Art. 83 der Grundbuchverordnung (GBV; SR 211.432.1) vom 23. September 2011 fällt bzw. ein Eintrag unbesehen des Vorliegens einer Baubewilligung erfolgen könnte.

(VGE III 2017 68+70 vom 27. September 2017).

8.5 Lärmschutz

- Beurteilung von Tierlärm.

Aus den Erwägungen:

3.1.1 Der Regierungsrat hat bei der Prüfung, ob der (geplante) Betrieb mit den Immissionsvorschriften der Umweltschutzgesetzgebung des Bundes vereinbar sei, die gesetzlichen Grundlagen zutreffend dargelegt und unter anderem festgehalten, dass

- Einwirkungen, die schädlich oder lästig sein können, frühzeitig durch Massnahmen an der Quelle begrenzt werden müssen (Art. 1 Abs. 1 und Art. 11 Abs. 1 des Bundesgesetzes über den Umweltschutz [Umweltschutzgesetz, USG; SR 814.01] vom 7.10.1983);
- zunächst das Vorsorgeprinzip gilt, wonach unabhängig von der bestehenden Umweltbelastung Emissionen im Rahmen der Vorsorge so weit begrenzt werden müssen, als dies technisch und betrieblich möglich und wirtschaftlich tragbar ist (Art. 11 Abs. 2 USG);
- in einem zweiten Schritt die Emissionsbegrenzungen verschärft werden, wenn feststeht oder zu erwarten ist, dass die Einwirkungen unter Berücksichtigung der bestehenden Umweltbelastungen schädlich oder lästig werden (Art. 11 Abs. 3 USG; sog. „zweistufiges Schutzkonzept“);
- (...);
- die Anhänge 3 bis 9 der Lärmschutz-Verordnung (LSV; SR 814.41) vom 15. Dezember 1986 mit den Planungs-, Immissions-, und Alarmwerten (PW; IGW; AW; vgl. Art. 2 Abs. 5 LSV) objektive Beurteilungskriterien bieten, die auf die durchschnittliche Reaktion normal lärmempfindlicher Personen abgestützt sind (BGE 133 II 292 Erw. 3.2) und für die jeweiligen Empfindlichkeitsstufen (ES) sowie für Tag und Nacht verschieden hoch angesetzt sind;

B 8.5

- (...);
- bei Fehlen von Belastungsgrenzwerten – wie z.B. für Tierlärm – die Lärmimmissionen gemäss Art. 40 Abs. 3 LSV nach Art. 15 USG (Immissionsgrenzwerte für Lärm und Erschütterungen) unter Berücksichtigung von Art. 19 (Alarmwerte) und 23 USG (Planungswerte) beurteilt werden, d.h. die Immissionen sind in solchen konkreten Einzelfällen so zu begrenzen, dass die Wohnbevölkerung in der Umgebung in ihrem Wohlbefinden nicht erheblich gestört wird. Im Rahmen dieser Einzelfallbetrachtung sind der Charakter des Lärms, Zeitpunkt und Häufigkeit seines Auftretens sowie die Lärmempfindlichkeit bzw. Lärmbelastung zu berücksichtigen. Dabei ist nicht auf das subjektive Lärmempfinden einzelner Personen abzustellen, sondern eine objektivierte Betrachtung unter Berücksichtigung von Personen mit erhöhter Empfindlichkeit (Art. 13 Abs. 2 USG) vorzunehmen (BGE 133 II 292 Erw. 3.3; Bundesgerichtsurteil 1C_297/2009 vom 18.1.2010 Erw. 2.1 f. [Glockenspiel Kirche Gossau]);
- unter Umständen fachlich genügend abgestützte ausländische bzw. private Richtlinien eine Entscheidungshilfe bieten können, sofern die Kriterien, auf welchen diese Unterlagen beruhen, mit denjenigen des schweizerischen Lärmschutzrechtes vereinbar sind (BGE 133 II 292 Erw. 3.3; Bundesgerichtsurteil 1C_105/2009 vom 13.10.2009 [betr. VGE III 2007 46 vom 29.8.2007 i.Sa. K. vs. Gemeinde Lachen betr. Sportanlagenlärm: deutsche Sportanlagenlärmschutzverordnung; betr. Lichtemissionen: deutsche Richtlinien zur Messung und Beurteilung von Lichtimmissionen]; vgl. auch BGE 140 II 33 Erw. 4.3; BGE 140 II 214 [nicht publ. Teil von Erw.3.3]; Bundesgerichtsurteil 1C_250/2013 vom 12.12.2013 Erw. 4.3; vgl. Zäch/Wolf, Kommentar USG, Art. 15 N 44);
- (...);
- im Kanton Schwyz bei Bauten, die dem Arbeitsgesetz unterstehen, das Amt für Umweltschutz die zuständige Vollzugsbehörde ist (§ 20 Abs. 1 des Einführungsgesetzes zum Umweltschutzgesetz [EGzUSG; SRSZ 711.110] vom 24.5.2000 i.V.m. § 28 Abs. 1 VVzUSG).

3.1.2 Immissionsgrenzwerte (IGW) markieren die Schwelle der Schädlichkeit oder Lästigkeit. Überschreiten Lärmimmissionen diese Werte, oder drohen sie diese zu überschreiten, gilt der Lärm als übermässig und längerfristig schädlich. Als Folge davon müssen gemäss Art. 11 Abs. 3 USG an der Quelle verschärfte Massnahmen zur Emissionsbegrenzung bzw. zur Sanierung getroffen werden. Die Immissionsgrenzwerte wurden so festgelegt, dass sich 15 bis 25 Prozent der Befragten immer noch stark belästigt fühlen. Die in der Regel 5 dB(A) tiefer als die IGW liegen-

den Planungswerte (PW) als Lärmniveau sollen in den Gebieten, in denen die Lärmbelastung noch gering ist, möglichst lange erhalten bleiben. Emissionsseitig ist die Einhaltung der PW Baubewilligungsvoraussetzung für neue Anlagen und für bestehende, aber wesentlich geänderte oder erweiterte Anlagen, wenn diese durch die Änderung konstruktiv, funktional oder vom Zweck her einer neuen Anlage gleichkommen (Art. 25 Abs. 1 USG). Die PW konkretisieren grundsätzlich das Vorsorgeprinzip. Die Alarmwerte (AW) schliesslich zeigen eine alarmierend hohe Lärmbelastung, welche eine Sanierung dringlich macht (Jäger, in: FHB Öffentliches Baurecht, Rz. 4.246).

3.1.3 (...).

In der ES III (vorliegend betrifft dies die Intensiverholungszone IEa sowie die Landwirtschaftszone) betragen der Planungswert 60 dB(A) bei Tag bzw. 50 dB(A) bei Nacht, der Immissionsgrenzwert 65 dB(A) bzw. 55 dB(A) und der Alarmwert 70 dB(A) bzw. 65 dB(A). Dabei ist zu beachten, dass die Belastungsgrenzwerte bei Gebäuden mit lärmempfindlichen Räumen gelten (Art. 41 Abs. 1 LSV), dass für Gebiete und Gebäude, in denen sich Personen in der Regel nur am Tag oder in der Nacht aufhalten, für die Nacht bzw. den Tag keine Belastungsgrenzwerte gelten (Art. 41 Abs. 3 LSV) und dass bei Räumen in Betrieben, die in Gebieten der Empfindlichkeitsstufen I bis III liegen, um 5 dB(A) höhere Planungs- und Immissionsgrenzwerte gelten (Art. 42 Abs. 1 LSV).

3.1.4 Für die Zulässigkeit des von einer Anlage erzeugten Lärms ist anhand der Umstände des Einzelfalles zu prüfen, ob auf die effektive Betriebsdauer der Lärmquelle selbst oder des Gesamtbetriebes abgestellt wird (vgl. BGE 138 II 331 Regeste). Dieser BGE betraf konkret eine Bauschuttzubereitungsanlage, die im Wesentlichen aus einem Pneulader, einem Bagger und einem mobilen Brecher mit Siebanlage bestand. Der mobile Brecher, der lediglich an 36 Tagen pro Jahr (insgesamt 285 Betriebsstunden) eingesetzt werden sollte, erzeugte dabei einen deutlich stärker wahrnehmbaren Lärm als die beiden anderen Maschinen. Das Bundesgericht stellte unter anderem fest (Erw. 4.3), dass es sich bei der zeitlichen Umrechnung des Lärms lediglich um eine theoretische Lärmverteilung handle, die der Realität nicht entspreche, werde die Lärmherzeugung und damit -belastung als solche in den Spitzenzeiten doch nicht reduziert. Es sei daher anhand der Umstände des Einzelfalles zu prüfen, ob es sich rechtfertige, auf die effektive Betriebsdauer der Lärmquelle selbst oder des Gesamtbetriebes abzustellen. Eine Umrechnung des Lärms, die auch als „Lärmverdünnung“ bezeichnet werde, hat das Bundesgericht dem Prinzip nach namentlich bei der Beurteilung von

B 8.5

Lärmspitzen an Verkehrsachsen geschützt (BGE 126 II 522 Erw. 41 und 44-46; Bundesgerichtsurteil 1C_344/2011 vom 15.3.2012 Erw. 5.3). Das rechtfertige sich schon mit Blick auf die Sonderbestimmung von Art. 25 Abs. 3 USG für solche Anlagen. Den dabei beurteilten Sachverhalten sei weitgehend gemein, dass es einen dauernden oder regelmässigen Grundgeräuschpegel gibt und dass die Lärmspitzen praktisch täglich und dabei mit einiger Regelmässigkeit auftreten. Beides bringe eine gewisse Gewöhnungswirkung mit sich. Ein solcher Zusammenhang liege bei der projektierten Bauschuttzubereitungsanlage mit seiner im Vergleich zu den meisten Verkehrsanlagen geografisch begrenzten Ausdehnung und auch in zeitlicher Hinsicht deutlich anderen Charakteristik indessen nicht vor. Diese Sachlage sei eher vergleichbar mit Fällen, in denen eine Lärmbelastung von vornherein nur während einer beschränkten Dauer anfallt, wie das etwa bei zeitlich begrenzten Kultur- oder Sportanlässen zutrefte. In solchen Konstellationen erachte das Bundesgericht unter Verzicht auf eine Umrechnung auf das ganze Jahr die durchschnittliche Lärmbelastung während der eigentlichen Anlangedauer als wesentlich (vgl. Bundesgerichtsurteil 1A.39/2004 vom 11.10.2004 Erw. 3.4 [URP 2005 S. 40]; 1C_204/2015 vom 18.1.2016 Erw. 3.5 [Berücksichtigung nur der tatsächlichen jährlichen Betriebstage einer Wärmepumpe]).

3.2.1 Mit dem ersten Lärmgutachten äusserte sich die P. AG zur Industrie- und Gewerbelärmbelastung des bestehenden Betriebes und der geplanten Erweiterung. Zu Recht verlangte der Regierungsrat zusätzlich eine einzelfallweise Ermittlung und Beurteilung des Tierlärms bei der Anlieferung. Dieser Anforderung trug die P. AG mit revidiertem Lärmgutachten in einem zusätzlichen Kapitel Rechnung. (...).

3.2.3 (...). Die Emissionsansätze entnimmt das Gutachten dem österreichischen Praxisleitfaden „Schalltechnik in der Landwirtschaft“. Der Leitfaden gibt die Schallleistungspegel pro Tier im Oktavspektrum an unter einer gewichteten Berücksichtigung von „emotionalen“ und „normalen“ Stallphasen. Bei einem Rind beträgt der Schallleistungspegel 70.8 dB(A). Da die Tiere bei der Anlieferung zum Schlachthaus gestresster und deshalb möglicherweise lauter sein dürften, verdoppelten die Gutachter im Modell den Emissionspegel energetisch und setzten einen Wert von 73.8 dB(A) pro Tier ein, worin auch die Trampelgeräusche der Tiere enthalten seien. Der Emissionsansatz für Schafe läge deutlich tiefer. Die Gutachter beschränkten sich deshalb bei ihren Betrachtungen auf die lauterer Rinder. Bei 60 Rindern lasse sich ein Raumpegel im Viehtransporter von 85.5 dB(A) berechnen. (...).

3.3.1 Die Vollzugshilfe „Beurteilung Alltagslärm“ sieht für die Beurteilung von Alltagslärm (wie Kuhglocken, bellende Hunde, Kirchenglocken, Tierschrekanlagen, Freizeitbeschäftigungsanlagen usw., vgl. S. 5) ein dreistufiges Vorgehen vor (S. 15 ff. Ziff. 2.2). Zunächst sind das Problem und mögliche Lösungen (Massnahmen im Rahmen der Vorsorge) zu beschreiben; dazu gehören unter anderem Angaben zur Art und zum zeitlichen Auftreten des Lärms. In einem zweiten Schritt sind die Störung und die Rechtsfolgen zu beurteilen; das massgebende Gesundheitskriterium zur Beurteilung der Störwirkung ist für den Tag die Belästigung bzw. Störung des Wohlbefindens und für die Nacht die Störung des Schlafes. Die Störung wird nach vier Kategorien differenziert, welche Belastungsgrenzwerten entsprechen (höchstens geringfügig störend = unter PW; störend = zwischen PW und IGW; erheblich störend = zwischen IGW und AW; sehr stark störend = AW überschritten). Bei der Beurteilung der Störung sind sowohl Quellen- (wie Zeitpunkt, Wahrnehmbarkeit, Häufigkeit, Charakter [zeitliche Variation, Ton-/Impuls-/Informationsgehalt, Frequenzaspekte] des Lärms) als auch Empfängercharakteristika (u.a. Lärmempfindlichkeitsstufe ES der betroffenen Gebiete) zu berücksichtigen. Bei der Störung des Schlafes orientiert man sich an den durch Lärm verursachten Aufwachreaktionen (AWR). Zur Einhaltung der IGW wird von höchstens einer lärmbedingten AWR pro Nacht ausgegangen. In einem dritten (und letzten) Schritt sind schliesslich weitere emissionsbegrenzende Massnahmen zu prüfen. Sind die PW (für Neuanlagen) eingehalten, genügen die im Rahmen der ersten Stufe umgesetzten vorsorglichen Massnahmen. Weitergehende Massnahmen sind auf ihre Verhältnismässigkeit und auf andere entgegenstehende öffentliche Interessen hin zu beurteilen, sofern die Lärmschutzgesetzgebung eine Interessenabwägung zulässt.

3.3.2 (...).

3.3.3 Die Emissionsansätze für den Tierlärm entnimmt das Gutachten wie erwähnt dem österreichischen Praxisleitfaden „Schalltechnik in der Landwirtschaft“. Es ist daher vorab nicht verständlich, wenn „als wichtigste Lärmschutzmassnahme“ die Tatsache bezeichnet wird, dass keine Schweine, sondern ausschliesslich „ruhigere“ Tiere (Schafe, Kälber, Rinder) angeliefert würden. Gemäss dem Praxisleitfaden liegt der (A-bewertete) Schalleistungspegel sowohl von Mastschweinen wie auch von Zuchtschweinen erheblich unter demjenigen von Rindern (61.0 dB[A] bzw. 62.3 dB[A] gegenüber 70.8 dB[A]). Nicht zu beanstanden ist, dass sich das Gutachten angesichts der spezifischen Transportsituation auch

B 8.5

für die Beurteilung des Tierlärms in der Nacht auf die Werte zum Beurteilungszeitraum „Tag & Abend“ bezieht. Ebenso ist nicht zu beanstanden, dass bei den Lärmwerten nicht nach Kälbern und Rindern differenziert wird, da offensichtlich keine nach Rindern/Kälbern/Kühen unterscheidende Erhebungen bestehen (vgl. Praxisleitfaden S. 26 Ziff. 3.4.1 mit Nutztiergruppe 1 [Rinder]) bzw. für diese Gruppen von vergleichbaren Lärmwerten auszugehen ist.

Hingegen ist den Beschwerdeführern beizupflichten, dass das Abstellen auf einen aus „emotionalen“ und „normalen“ Stallphasen gewichteten Emissionsansatz der spezifischen Situation eines Tiertransportes nicht vollauf gerecht wird. Die Annahme, dass der positive Effekt, der die Versorgung mit Wasser und Futter vor dem Transport sowie die Einstreuerung des Viehtransporters mit Sägemehl oder ähnlichem Material (was laut dem Lärmgutachten [S. 16 oben] indes schon von Gesetzes wegen erforderlich ist) auf die Tiere hat, durch die besondere Transportsituation kompensiert wird und der „emotionale“ Anteil höher ist, dürfte nicht unbegründet sein. Das Abstellen auf einen Durchschnittswert führt mithin im konkreten Fall im Sinne der zitierten Rechtsprechung zu einer „Lärmverdünnung“ (vgl. vorstehend Erw. 3.1.3). Hieran ändert auch die Erhöhung des Emissionspegels um 3 dB(A) von 70.8 dB(A) auf 73.8 dB(A) nichts. Dies gilt namentlich angesichts eines bei Rindern maximalen Schalleistungspegels von 112.2 dB(A). Das Abstellen auf die erwähnte Stallphase mit „emotionalen“ und „normalen“ Anteilen dürfte insbesondere den mit Blick auf die Aufwachreaktion relevanten Ton- und Impulsgehalt eines jähen Muhens bzw. Brüllens ausser Acht lassen. Auch wenn entgegen der Annahme der Beschwerdeführer dieser Wert nicht allein massgebend sein kann, ist er im Rahmen der Neubeurteilung ebenfalls mitzugewichten, d.h. der massgebende Schalleistungspegel über 73.8 dB(A) hinaus zu erhöhen. Der Praxisleitfaden äussert sich auch nicht zur Gewichtung von „emotionalen“ und „normalen“ Stallphasen. Es wird Sache der Beschwerdeführerin bzw. ihres Gutachters sein, diese Gewichtung unter Berücksichtigung des maximalen Schalleistungspegels vorzunehmen; Sache der Vorinstanzen bzw. der Fachbehörden wird es sein, diese Gewichtung auf ihre Plausibilität zu prüfen. Dass die Neubeurteilung der Lärmimmissionen angesichts der (ebenfalls noch offenen) Frage, ob von weniger als 60 Tieren auszugehen ist, unter Umständen zu keinem anderen (schlechteren) Ergebnis führen wird, ändert angesichts der ungenügend erstellten Datengrundlage nichts an ihrer Erforderlichkeit. (...).

(VGE III 2016 211+212 vom 28. Juni 2017).

8.6 Zonenkonformität

- *Ein (Indoor-)Hundeausbildungszentrum in der Gewerbezone ist zonenkonform.*

Aus den Erwägungen:

4.1.1 Die Beschwerdeführer bestreiten, dass das geplante Hundeausbildungszentrum der Zonenordnung entspreche. Art. 33 des kommunalen Baureglements (BauR) kenne drei Gewerbezone. Gemäss dessen fünftem Absatz seien in der Gewerbezone 3 „sowohl bodenabhängige als auch bodenunabhängige Produktionsstätten zulässig“. Dies zeige, dass man vor allem landwirtschaftliche oder landwirtschaftsnahe Produktionsstätten vor Augen gehabt habe. Ausgeschlossen seien daher alle Betriebe, die nicht als Produktionsstätten betrachtet werden könnten (wie Büros, Praxen, Fitnesscenter, Sportarenen, Kinos, Handelsbetriebe etc.). Dies werde durch die Materialien bestätigt. Ein Hundeausbildungszentrum bzw. eine Hundearena sei offensichtlich keine Produktionsstätte. Dasselbe gelte für Festhütten, Ausstellungshallen und Rummelplätze. Für Anlässe dieser Art solle die geplante Baute und deren Umgelände ebenfalls vermietet werden. (...). Eine Gemeinde sei nicht gehalten, alle Nutzungsansprüche zu befriedigen bzw. für jedwelche mögliche Nutzung oder Liebhaberei eine entsprechende Zone zur Verfügung zu stellen.

4.1.2 Art. 29 Abs. 1 BauR teilt die Bauzone neben Kernzone (K), Wohnzone (W2 und W3), Wohn- und Gewerbezone (WG2 und WG3), Intensiverholungszone (C, BO, S) und Zone für öffentliche Bauten und Anlagen (öBA) auch in eine Gewerbezone (G1, G2 und G3) ein. Die Gewerbezone sind für Gewerbebetriebe und kleinere Industriebetriebe bestimmt (Art. 33 Abs. 1 BauR). Eine eigene Industriezone kennt das BauR hingegen nicht.

In der Gewerbezone 3 ist – im Gegensatz zu den Gewerbezone 1 und 2 (vgl. Art. 33 Abs. 2 BauR [eine betriebsbedingte Wohnung pro Gewerbebau]) – keine Wohnnutzung gestattet (Art. 33 Abs. 3 BauR). (...). In der Gewerbezone G3 sind sowohl bodenabhängige als auch bodenunabhängige Produktionsstätten zulässig, sofern dadurch keine zusätzlichen Erschliessungen notwendig sind (Art. 35 Abs. 5 BauR). Das Baureglement macht keine Vorgaben zur Art der Gewerbe und Industriebetriebe abgesehen von der (quantitativen) Einschränkung auf „kleinere“ Industriebetriebe. Der Umstand, dass in der Gewerbezone G3 die Empfindlichkeitsstufe (ES) IV zugelassen ist, und diese ES gemäss Art. 43

B 8.6

Abs. 1 lit. d der Lärmschutz-Verordnung (LSV) vom 15. Dezember 1986 „namentlich in Industriezonen“ gilt, spricht dafür, dass die G3 die Funktion einer Industriezone übernimmt. Für die Unterscheidung zwischen Industriezonen und Gewerbebezonen fehlen jedoch eindeutige Kriterien. Häufig ist die Wahl dieser Begriffe eine rein zufällige (Zaugg/Ludwig, Baugesetz des Kantons Bern, 3. Aufl., Band II, Bern 2010, Art. 72-74 Rz. 14). Der Begriff der industriellen und gewerblichen Betriebe ist weit zu fassen (Fritzsche/Bösch/Wipf, Zürcher Planungs- und Baurecht, 5. Aufl., Zürich 2011, S. 131 Ziff. 2.3). Zonenkonform in einer Industriezone sind nicht nur eigentliche Produktionsstätten, sondern auch gewerbliche Bauten (Waldmann/Hänni, Raumplanungsgesetz, Bern 2006, Art. 22 Rz. 40; zur Zulässigkeit bspw. einer Tennishalle in der Industriezone vgl. Häuptli, in: Baumann et al., Kommentar zum Baugesetz des Kantons Aargau, Bern 2013, § 15 Rz. 89). Bereits mit VGE III 2016 219 vom 31. Januar 2017 hat das Verwaltungsgericht festgehalten, dass auch ein privat geführtes Hundeausbildungszentrum einen Gewerbebetrieb darstellt und der Bau und der Betrieb einer solchen Anlage regelmässig nur in einer Gewerbe- oder Industriezone in Frage kommen. Der Umstand, dass die Nutzer der Anlage einer Freizeitaktivität nachgehen, ändert daran grundsätzlich nichts.

4.1.3 Unklar und grundsätzlich interpretationsbedürftig ist die in Art. 33 Abs. 5 BauR für die Gewerbezone G3 normierte Zulässigkeit bodenabhängiger wie auch bodenunabhängiger Produktionsstätten. Weder der Gemeinderat noch der Regierungsrat machen hierzu in der (mit-) angefochtenen Baubewilligung wie auch in den Vernehmlassungen Angaben. Eine bodenabhängige Produktion ist typisch für die Zonenkonformität von Bauten und Anlagen ausserhalb der Bauzonen (in der Landwirtschaftszone), die zur landwirtschaftlichen Bewirtschaftung oder für den produzierenden Gartenbau nötig sind (Art. 16a Abs. 1 erster Satz des Bundesgesetzes über die Raumplanung [Raumplanungsgesetz, RPG; SR 700] vom 22.6.1979; vgl. Art. 34 Abs. 1 der Raumplanungsverordnung [RPV; SR 700.1] vom 28.6.2000; vgl. BGE 133 II 370 Erw. 4.2). Demgegenüber gehört die bodenunabhängige Produktion grundsätzlich in die Bauzonen (vgl. Bundesgerichtsurteile 1C_561/2012 vom 4.10.2013; 1C_193/2013 vom 4.12.2014 Erw. 2.5 [wonach es sich bei den Intensivlandwirtschaftszonen gemäss Art. 16a Abs. 3 RPG „faktisch“ um „landwirtschaftliche Bauzonen“ handle]).

Es ist dem Regierungsrat beizupflichten, dass sich aus Art. 33 Ziff. 5 BauR nicht schliessen lässt, dass in der Gewerbezone G3 nur landwirtschaftliche Betriebe zulässig sind. Nichts anderes ergibt sich aus dem Hinweis der Beschwerdeführer auf die Historie von Art. 33 Ziff. 5 BauR.

Die ursprüngliche Einschränkung auf „Betriebe für die Schweinehaltung“ wurde vom Gesetzgeber mittlerweile gerade aufgehoben. Im Gesamtkontext von Art. 33 BauR lässt sich Absatz 5 entsprechend nur noch dahingehend verstehen, dass neben anderen gewerblichen und/oder industriellen Betrieben auch bodenunabhängige wie auch bodenabhängige Produktionsstätten zulässig sind. (...).

4.1.4 Soweit das Bundesgericht in früheren Entscheiden die (negative) Standortgebundenheit von Tierheimen (für Hunde und Katzen bzw. Huskies) im Nichtsiedlungsgebiet bejaht hat, weil das unvermeidliche dauernde Gebell der sich in den Gehegen und Ausläufen befindenden Hunde und allenfalls auch die mit dieser Art der Tierhaltung verbundene Geruchsbelästigung in einer Wohn-, Gewerbe- und Industriezone für die Nachbarn in der Regel unzumutbar seien (ZBI 1995 S. 166 f. [Bundesgerichtsurteil 1A.263/1992 vom 5.4.1994 mit Hinweis auf ZBI 1990 S. 187 Erw. 5.b]), lässt sich diese Rechtsprechung nicht auf den vorliegenden Sachverhalt übertragen. Im Unterschied zu jenen Fällen ist vorliegend ein Hundeausbildungszentrum betroffen, welches feste Betriebszeiten kennt und dessen Aktivitäten sich grundsätzlich nicht im Freien abspielen. Im Übrigen hat das Bundesgericht in einem neueren Entscheid festgehalten, es müssten besonders wichtige und objektive Gründe vorliegen, die einen vorgesehenen Standort (für eine Ferienpension für Hunde, Katzen und Kleintiere) ausserhalb der Bauzone gegenüber anderen Standorten innerhalb der Bauzone als viel vorteilhafter erscheinen lassen (Bundesgerichtsurteil 1C_312/2012 vom 17.4.2013 Erw. 2.3).

(VGE III 2017 68+70 vom 27. September 2017).

8.7 Erschliessung

- *Eine Meteorwasserleitung durch Nichtbaugelände zur Entwässerung von vier Parkplätzen ist nicht ausnahmebewilligungsfähig, soweit realistische Alternativen im Baugelände bestehen.*

Aus den Erwägungen:

3.5.3 Auch bei der Bewilligung von Infrastrukturanlagen ist das Gebot der Trennung des Baugeländes vom Nichtbaugelände zu beachten (BGE 133 II 321 Erw. 4.3.3). Solche Anlagen müssen folglich grundsätzlich in der Bauzone erstellt werden; ausserhalb davon sind sie nicht standort-

B 8.7

gebunden (Jäger, in FHB Öffentliches Baurecht, Rz. 3.141). Im erwähnten BGE 133 II 321 (Erw. 4.3.1; so auch BGE 118 Ib 497 Erw. 4; Bundesgerichtsurteil 1P.68/2007 vom 17.8.2007 Erw. 4.3.1) hat das Bundesgericht betont, dass nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung eine Strasse, die Bauland erschliesst, grundsätzlich durch das Siedlungsgebiet führen und nicht Land im übrigen Gemeindegebiet bzw. in der Landwirtschaftszone beanspruchen darf. In der Regel könne daher für eine solche Anlage die Standortgebundenheit ausserhalb der Bauzonen nicht anerkannt werden. Dies folge letztlich aus dem fundamentalen raumplanerischen Grundsatz der Trennung von Bau- und Nichtbaugebiet. Der Umstand, dass bereits eine – für den neuen Zweck aber ungenügende – Strasse bestehe, sei für sich allein noch kein zwingender Grund, die Erschliessung künftiger Bauten über diese Strasse zu bewerkstelligen. Diese Grundsätze gelten erklärterweise nicht nur für Erschliessungsanlagen, sondern generell für Infrastrukturanlagen (Bundesgerichtsurteil 1P.68/2007 vom 17.8.2007 Erw. 4.3.1). Mithin ist auch für Infrastrukturanlagen eine Ausnahmegewilligung nach Art. 24 des Bundesgesetzes über die Raumplanung (Raumplanungsgesetz, RPG; SR 700) vom 22. Juni 1979 nur denkbar, wenn eine Baute aus technischen oder betriebswirtschaftlichen Gründen oder wegen der Bodenbeschaffenheit auf einen Standort ausserhalb der Bauzonen angewiesen ist. Dabei beurteilen sich die Voraussetzungen nach objektiven Massstäben, und es kann weder auf die subjektiven Vorstellungen und Wünsche des Einzelnen noch auf die persönliche Zweckmässigkeit oder Bequemlichkeit ankommen. Generell ist auch in diesen Fällen bei der Beurteilung der Voraussetzungen ein strenger Massstab anzulegen (vgl. Bundesgerichtsurteil 1A.232/2005+1P.554/2005 vom 13.6.2006 Erw. 2.2 mit Hinweisen auf BGE 129 II 63 [frz.] Erw. 3.1; BGE 124 II 252 Erw. 4a; Bundesgerichtsurteil 1A.49/2006 vom 19.7.2006 Erw. 3.2). (...).

3.5.4 Das ARE hat im Gesamtentscheid die Standortgebundenheit der Wasserleitung im Nichtbaugebiet bejaht. Die geplante Meteorwasserleitung diene der Entwässerung des Parkplatzes. Sie soll an eine bestehende Meteorwasserleitung angeschlossen werden, die ebenfalls in der Landwirtschaftszone liege. Deshalb müsse ein verhältnismässig kurzes Stück der Anschlussleitung ausserhalb der Bauzone erstellt werden. Die Leitung sei folglich technisch bedingt auf den geplanten Standort angewiesen. Soweit die Zuständigkeit des ARE gegeben sei, stünden dem Vorhaben keine überwiegenden Interessen entgegen und eine Ausnahmegewilligung könne erteilt werden.

Der Regierungsrat hat dargelegt, diese Meteorwasserleitung diene einzig der Erschliessung der neu zu erstellenden Parkplätze in der Bauzone

und sei als solche in der Landwirtschaftszone nicht zonenkonform. Vorliegend gehe es nicht um die Neuerstellung einer Erschliessungsstrasse, sondern lediglich um eine Meteorwasserleitung, welche unterirdisch im Boden verlegt werde. Eine Linienführung der geplanten Leitung durch das Siedlungsgebiet sei nicht ohne weiteres möglich. (...). Wie der Beschwerdegegner zu Recht vorbringe, wäre es für ihn unverhältnismässig, den Vorplatz und die bestehende Zufahrtsstrasse (...) aufzugraben, um die Meteorwasserleitung (...) zum bestehenden Anschlusspunkt zu führen. Die Meteorwasserleitung könne mit viel weniger Aufwand direkt entlang der bestehenden Zufahrtsstrasse und der Zonengrenze zum Anschlusspunkt verlegt werden. Diese Lösung sei landsparend und zweckmässig. Die Bewirtschaftung des Landwirtschaftslandes bleibe nach wie vor möglich. Überwiegende Interessen stünden der geplanten Linienführung nicht entgegen.

3.5.5 Dieser vorinstanzlichen Bejahung kann im Lichte der dargestellten strengen Rechtsprechung des Bundesgerichts nicht gefolgt werden. Vorab ist festzuhalten, dass es grundsätzlich keine Rolle spielt, ob es sich bei der zu beurteilenden Erschliessungsanlage um eine Strasse oder eine andere für die (rechtsgenügliche) Erschliessung erforderliche Infrastrukturanlage handelt. Ebenso ist es irrelevant, ob die Infrastrukturanlage ober- oder unterirdisch angebracht wird, wie das Beispiel des unterirdischen Verbindungsganges illustriert, der überdies zwei sachlich zusammengehörige Bauten (Wohnhaus einerseits, Garage/Schwimmbad andererseits) miteinander verband (vgl. BGE 114 Ib 317). Vorliegend sprechen weder technische noch betriebswirtschaftliche Gründe oder die Bodenbeschaffenheit gegen eine Leitungsführung durch das Baugebiet. Auch wenn die bereits bestehende Meteorwasserleitung, an welche die neue Meteorwasserleitung angeschlossen werden soll, ausserhalb des Baugebietes verläuft, rechtfertigt dies nicht, die neue Meteorwasserleitung ausserhalb des Baugebietes zu führen, soweit dies nicht zwingend, d.h. für den unmittelbaren Anschluss, erforderlich ist. (...).

Es sind wie erwähnt keine technischen oder anderweitigen Gründe erkennbar, welche es verunmöglichen, die neue Meteorwasserleitung bis zum Anschlusspunkt durch das Baugebiet zu führen. (...).

Diese Lösung hätte auch eine erhebliche Verkürzung der neuen Meteorwasserleitung zur Folge und wäre entsprechend auch erheblich landsparender als die geplante Variante. Modifikationen dieser Variante und Alternativen sind denkbar. Jedenfalls kann der von den Vorinstanzen getroffenen Lösung angesichts des fundamentalen Grundsatzes der Trennung des Nichtbaugebiets vom Baugebiet nicht der Vorzug gegeben werden mit dem Argument, sie sei landsparend; dies gilt noch mehr für

B 8.8

eine zonenkonforme Leitungsführung durch das Baugebiet. Zwar ist den Vorinstanzen beizupflichten, dass die RPG-konforme Lösung mit einem höheren Aufwand verbunden sein dürfte als die Lösung über bzw. durch das Landwirtschaftsland, auch wenn dort ebenfalls gegraben werden muss. Mit dem höheren Aufwand, welcher als Ausdruck einer subjektiv verstandenen Zweckmässigkeit zu werten ist und raumplanungsrechtlich keinen objektiven Massstab abgeben kann, lässt sich eine Standortgebundenheit jedoch nicht begründen.

(VGE III 2017 141+142 vom 20. Dezember 2017).

8.8 Behindertengerechtes Bauen

- *Ein Hundeausbildungszentrum steht einem unbestimmten Personenkreis offen und ist für jedermann zugänglich; es sind daher behindertengerechte Parkplätze vorzusehen.*

Aus den Erwägungen:

4.5.2 Bauten und Anlagen haben für Menschen mit Behinderungen die Anforderungen des Bundesrechts zu erfüllen (§ 57 Abs. 1 des Planungs- und Baugesetzes [PBG; SRSZ 400.100] vom 14.5.1987). Bei der Errichtung und bei wesentlichen Erweiterungen von öffentlich zugänglichen Bauten sind die dem Publikum zugänglichen Bereiche so zu gestalten, dass sie für Menschen mit Behinderungen zugänglich und benutzbar sind (§ 57 Abs. 2 PBG). Bei den öffentlich zugänglichen Bauten (und Anlagen) im Sinne von Art. 2 lit. c der Verordnung über die Beseitigung von Benachteiligungen von Menschen mit Behinderungen (Behindertengleichstellungsverordnung, BehiV; SR 151.31) vom 19. November 2003 handelt es sich um Bauten, die von einem unbestimmten Personenkreis aufgesucht und genutzt werden können. Es sind dies nicht nur öffentliche Gebäude wie Restaurants, Einkaufsgeschäfte, Banken, Schulen, Spitäler etc., sondern auch Hotels, Kinos, Sport- und Wellnessanlagen, Arztpraxen, Architekturbüros und analoge Dienstleistungsbetriebe sowie Anlagen (Verkehrsanlagen, Parkplätze, Fusswege) (vgl. Fritzsche/Bösch/Wipf, Zürcher Planungs- und Baurecht, 5. Aufl., Zürich 2011, S. 990 Ziff. 17.5.2.2; Sommerhalder Forestier, in: Baumann et al., Kommentar zum Baugesetz des Kantons Aargau, Bern 2013, § 53 Rz. 21; EGV-SZ 2015 C 2.3 Erw. 6.1, EGV-SZ 2010 C 2.2 Erw. 13.3).

Das Hundeausbildungszentrum steht einem unbestimmten Personenkreis offen und ist für jedermann zugänglich, auch wenn es sich vorab an Hundehalter richtet. Laut der Konzeptskizze der Bauherrschaft wird die Zahl der Besucher an den Turnieren zwar sehr gering sein; indessen schliesst sie die Anwesenheit von Begleitpersonen der Teams als Besucher/Zuschauer, d.h. von Personen ohne Hunde, nicht aus. Das Betriebskonzept sieht auch keinen Ausschluss von behinderten Hundehaltern vor – unbesehen der Frage, ob diesfalls eine unzulässige Diskriminierung vorläge. Eine wie auch immer geartete Mitgliedschaft, womit das Hundeausbildungszentrum nur einem definierten Personenkreis offenstünde und womit die öffentliche Zugänglichkeit in Frage gestellt werden könnte, ist nicht Zutrittsvoraussetzung.

Bei dieser Sachlage ist die Rüge des Fehlens behindertengerechter Parkplätze begründet. Bei insgesamt über 100 erforderlichen Parkplätzen sind entsprechend (mindestens) drei Parkplätze für Behinderte auf dem Baugrundstück einzuplanen. (...).

(VGE III 2017 68+70 vom 27. September 2017).

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

10.1 Kostenbeitrag der Gemeinde an die externe Sonderschulung

- *Die hälftige Beteiligung der Gemeinde an der externen Sonderschulung ist rechtmässig.*

Aus den Erwägungen:

2.1 Gemäss § 30 Abs. 2 des Volksschulgesetzes (VSG; SRSZ 611.210) vom 19. Oktober 2005 haben Kinder und Jugendliche mit besonderen heilpädagogischen oder erzieherischen Bedürfnissen, deren schulische Bedürfnisse nicht durch sonderpädagogische Massnahmen gemäss § 29 VSG abgedeckt werden können, für die Dauer der Schulpflicht Anspruch auf eine ihrer Bildungsfähigkeit entsprechende Sonderschulung. Der Kanton ist zuständig für die Sonderschulung (§ 30 Abs. 1 Satz 1 VSG). Das zuständige Amt legt im Einzelfall die Art der Sonder-

B 10.1

schulung und den Durchführungsort unter Einbezug des Schulträgers und der Erziehungsberechtigten fest (§ 31 Abs. 2 VSG).

2.2 Der Kanton zieht die Wohnsitzgemeinden und Bezirke zu angemessenen Leistungen bei (§ 30 Abs. 1 Satz 2 VSG). Die Wohnsitzgemeinde leistet an die Sonderschulung von Kindern aus der Gemeinde einen Beitrag. Die Kostenbeteiligung gilt u.a. auch für die Kindergartenjahre (§ 32 Abs. 2 i.V.m. § 30 Abs. 1 VSG). Der Beitrag für die separierte Sonderschulung entspricht pro Kind und Schuljahr der Hälfte des Durchschnittswerts der kantonalen Aufwendungen pro Sonderschulkind (§ 32 Abs. 4 Satz 1 VSG). Gemäss § 14 der Volksschulverordnung (VSV; SR 611.211) vom 14. Juni 2006 legt der Regierungsrat jährlich für das kommende Rechnungsjahr die notwendigen Bemessungsgrundlagen fest. Mit RRB Nr. 471/2016 vom 31. Mai 2016 hat der Regierungsrat die Beiträge der Gemeinden und Bezirke an die Sonderschulung pro Schulkind und Schuljahr für das Jahr 2017 auf Fr. 43'587.35 festgesetzt.

3.1 Der Sonderschulbedarf des Schülers ist unbestritten. Streitig ist die Beitragshöhe des Bezirks für die angeordnete Sonderschulung.

3.2.1 Der Regierungsrat hat im angefochtenen Entscheid (Erw. 4) den vom Amt für Volksschulen und Sport (AVS) festgelegten Beitrag proportional zum Zeitraum (10.1.2017 bis 31.7.2017 entsprechend 23 von 39 Schulwochen), während welchem der Schüler die Sonderschule besucht hat, reduziert. Hierbei hat sich der Regierungsrat auf RRB Nr. 471/2016 bezogen, womit festgelegt worden war, dass bei Kindern, welche nicht das ganze Schuljahr in einer Sonderschule verbringen, der jährliche Beitrag anteilmässig nach Schulwochen berechnet wird. (...).

4.1.1 Der Beschwerdeführer bringt in seiner Beschwerde inhaltlich vor, es stehe mit den gesetzlichen Vorgaben im Widerspruch, wonach Gemeinden und Bezirke zu angemessenen Leistungen beigezogen werden könnten, wenn der Schulgeldbeitrag bei reduziertem Schulbesuch nicht anteilmässig reduziert werde. Diese Praxis sei mit dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit nicht vereinbar. Im Übrigen sei es nicht nachvollziehbar, dass durch eine gezielte Koordination ein Sonderschulplatz nicht an verschiedene Kinder vergeben werden könne.

4.1.2 (...).

4.2 (Grundsätze der Gesetzesauslegung).

4.3 Gemäss § 32 Abs. 4 VSG entspricht der Beitrag der Gemeinden und Bezirke für die separierte Sonderschulung pro Kind und Schuljahr der Hälfte der durchschnittlichen Kosten und nicht der Hälfte der effektiven Kosten eines Sonderschulkindes. Dieser Gesetzeswortlaut ist unmissverständlich und lässt keine Zweifel offen. Eine Pauschalierung der Beitragshöhe der Gemeinden und Bezirke im Sinne der vorinstanzlichen Vorgehensweise ist klarerweise vorgesehen.

4.4 Hintergrund der per 1. Januar 2013 in Kraft gesetzten Bestimmung von § 32 Abs. 4 VSG ist die Neugestaltung des (nationalen) Finanzausgleiches (NFA), in dessen Rahmen sich die Invalidenversicherung aus der Finanzierung der Sonderschulung zurückzog und die Kantone hierfür die volle finanzielle Verantwortung ab 1. Januar 2008 zu übernehmen hatten. Nachdem der Beitrag der (Bezirke und) Gemeinden an die Sonderschulung im Jahr 2011 noch einen Viertel betrug, wurde dieser Anteil im Rahmen des Massnahmenplanes 2011 auf 50 % erhöht. Diese Erhöhung wurde vom Kantonsrat am 12. Juni 2012 angenommen. Mit der Neuverteilung der Kosten zwischen Kanton, Gemeinden und Bezirken sollte aus Sicht des Kantons wesentlich zur Steuerung der Sonderschulung beigetragen werden (vgl. RRB Nr. 1042/2012 vom 6.11.2012 betr. „Sonderpädagogik“ S. 7 Ziff. 3.3 und S. 12 Ziff. 4.4.2). Indem von den Durchschnittskosten und nicht von den effektiven Kosten eines Sonderschulkindes ausgegangen wird, an welche die Schulträger die Hälfte der Kosten zu leisten haben, soll ein gewisser Ausgleich unter den Schulträgern erreicht werden (RRB Nr. 911/2012 vom 25.9.2012 betreffend Beiträge der Gemeinden und Bezirke an die Sonderschulung für das Jahr 2013 Erw. 2.1).

Die im Gesetz vorgesehene Pauschalierung entspricht mithin dem ausdrücklichen (historisch-aktuellen) gesetzgeberischen Willen.

4.5.1 (...). Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit wird durch das Äquivalenzprinzip konkretisiert. Demgemäss muss die Höhe der Gebühr im Einzelfall in einem vernünftigen Verhältnis stehen zum Wert, den die staatliche Leistung für die Abgabepflichtigen hat (BGE 139 I 318 Erw. 3.1; BGE 139 III 334 Erw. 3.2.4). Gewisse Pauschalierungen sind aus Gründen der Verwaltungsökonomie zulässig. Es ist nicht notwendig, „dass die Gebühren in jedem Fall genau dem Verwaltungsaufwand entsprechen; sie sollen indessen nach sachlich vertretbaren Kriterien bemessen sein und nicht Unterscheidungen treffen, für die keine vernünftigen Gründe ersichtlich sind“ (BGE 139 III 334 Erw. 3.2.4). Der Wert der Leistung bemisst sich entweder nach dem wirtschaftlichen Nutzen, den sie dem Pflichtigen bringt, oder nach dem Kostenaufwand der kon-

B 10.1

kreten Inanspruchnahme im Verhältnis zum gesamten Aufwand des betreffenden Verwaltungszweigs (BGE 130 III 225 Erw. 2.3). Da das Äquivalenzprinzip den Grundsatz der Verhältnismässigkeit konkretisiert, ist es vorliegend gerechtfertigt, dieses Prinzip analog anzuwenden.

4.5.2 Neben dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit kommt auch dem Grundsatz der Rechtsgleichheit umfassende Geltung zu (vgl. Art. 8 Abs. 1 BV). Er ist von sämtlichen staatlichen Organen in sämtlichen Funktionen zu beachten. (...).

4.5.3 Zwar führt die Regelung von § 32 Abs. 4 VSG, wie der Beschwerdeführer richtigerweise bemerkt, dazu, dass für ein Kind, welches nur an einigen Halbtagen die integrierte Sonderschulung beansprucht, ein verhältnismässig höherer Beitrag bezahlt werden muss wie für ein Kind, welches die Sonderschulung in vollem Umfange in Anspruch nimmt; allerdings sind – wie dargelegt (vorstehend Erw. 4.5.1) – gewisse Pauschalierungen mit dem Äquivalenzprinzip beziehungsweise mit dem Verhältnismässigkeitsgrundsatz grundsätzlich vereinbar.

Vorliegend bezweckt die Pauschalierung gemäss den zitierten Materialien, im Hinblick auf die Kosten der Sonderschulung einen gewissen Ausgleich zwischen den Schulträgern zu erreichen. Es ist der hier vorgesehenen Pauschalierung inhärent, dass Schulträger in gewissen Fällen profitieren und in anderen Fällen mehr bezahlen müssen. Über einen längeren Zeitraum dürften sich allfällige Differenzen indessen ausgleichen. Insofern besteht ein erheblicher und entscheidender Unterschied zwischen dem Kostenbeitrag, den Eltern zu tragen haben, und den einer Gemeinde/Bezirk auferlegten Kosten: ein Ausgleich ist bei den von Eltern individuell zu tragenden Kosten nicht möglich.

Es werden durch eine solche Pauschalierung des Kostenbeitrages von Gemeinden und Bezirken auch keine Unterscheidungen getroffen, die sich aus sachlichen Gründen nicht rechtfertigen liessen. Im Sinne der Argumentation der Vorinstanzen darf dabei auch der Tatsache Rechnung getragen werden, dass sich die Infrastrukturkosten durch eine nur teilweise/teilzeitliche Benutzung nicht erheblich reduzieren lassen und sich diesbezüglich eine Pauschale den effektiven Kosten annähert. Auch bei den eigentlichen (Sonder-)Schulungskosten lassen sich die effektiven Kosten nicht ohne weiteres exakt erheben. Eine „Pro-Kopf“-Zuordnung der Schulungskosten liesse sich bei einem allfälligen Einzelunterricht allenfalls noch relativ einfach durch die in diesem Fall individuell mögliche Zurechnung der Personalkosten für den Unterricht bewerkstelligen. Hingegen dürfte bei einer Beschulung in einem (kleineren wie grösseren) Klassenverband die Abgrenzung effektiver Kosten aus den von den Vorin-

stanzen vorgebrachten Gründen mit etwelchen (praktischen) Schwierigkeiten verbunden sein (namentlich ist den Vorinstanzen beizupflichten, dass ein teilweise/teilzeitlich freier Schulplatz – gerade im Sonderschulbereich [wie auch in den übrigen Schulbereichen der Volksschule] – nicht ohne weiteres durch einen anderen Schüler belegt werden kann). Diesen Schwierigkeiten kann mit der gesetzlich vorgesehenen (pauschalen) Beitragserhebung Rechnung getragen werden, ohne dass dadurch verfassungsmässige Grundsätze verletzt werden. Gleichzeitig kann durch die vorgesehene Regelung im Sinne des Gesetzgebers gerade erreicht werden, dass die Last der Sonderschulung angemessen auf die verschiedenen Schulträger aufgeteilt wird. Diesbezüglich ist festzuhalten, dass der Begriff „angemessen“ in § 30 Abs. 1 VSG einerseits durch die Regelung von § 32 Abs. 4 VSG gesetzlich und durch die in der Praxis geübte anteilmässige Berechnung des Beitrages von Gemeinden und Bezirken nach der Dauer (Wochen pro Schuljahr) des Sonderschulbesuches konkretisiert und umgesetzt wird. Die vorgesehene (und praktizierte) gesetzliche Regelung hält insgesamt vor dem Äquivalenzprinzip bzw. dem Verhältnismässigkeitsgrundsatz stand.

Aus den dargelegten Gründen verstösst die angesprochene Regelung auch nicht gegen den Grundsatz der Rechtsgleichheit. Es kann jedenfalls nicht gesagt werden, Gleiches werde nach Massgabe seiner Gleichheit ungleich behandelt bzw. vice versa. Das belegt die erwähnte – sachgerechte – unterschiedliche Behandlung des Kostenbeitrages von Eltern einerseits und Gemeinden/Bezirken andererseits. Das Gegenteil wird auch vom Beschwerdeführer nicht, jedenfalls nicht substantiiert und begründet, ausgeführt. Die gesetzliche Regelung dient vielmehr gerade dazu, eine möglichst „gerechte“ Gleichbehandlung zwischen den verschiedenen Schulträgern vor dem Hintergrund der gebotenen gesamthaften Betrachtung der zu leistenden Beiträge zu erreichen.

(VGE III 2017 137 vom 24. Oktober 2017).

11. Arbeitsvergebung (Submission)

11.1 Anfechtung Ausschreibungsunterlagen

- *Hinsichtlich der Ausschreibungsunterlagen besteht eine Rügeobligenheit, Mängel innert Frist mit der Ausschreibung zu rügen, wenn die beanstandeten Mängel von der Beschwerdeführerin tatsächlich festgestellt wurden oder bei gebotener Aufmerksamkeit hätten festgestellt*

B 11.1

werden müssen. Eine Anfechtung des Zuschlages mit entsprechenden Rügen erfolgt verspätet.

Aus den Erwägungen:

3.1 Die Vorinstanz macht geltend, soweit die Beschwerdeführerin die in den Ausschreibungsunterlagen stipulierten Eignungskriterien beanstandete, erfolge diese Rüge zu spät. Die Ausschreibung sei am 23. Dezember 2016 erfolgt, innert Frist sei dagegen keine Beschwerde erhoben worden. Die Beschwerdeführerin habe ihr Angebot vorbehaltlos eingereicht. Wenn sie jetzt die Eignungskriterien rüge, verhalte sie sich widersprüchlich.

3.2 Gegen Verfügungen des Auftraggebers ist die Beschwerde an eine unabhängige kantonale Instanz zulässig (Art. 15 Abs. 1 der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen [IVöB; SRSZ 430.120.1] vom 25.11.1994/15.3.2001). Als durch Beschwerde selbständig anfechtbare Verfügungen gilt unter anderen die Ausschreibung des Auftrages (Art. 15 Abs. 1 bis lit. a IVöB). Die Beschwerde ist schriftlich und begründet innert zehn Tagen seit Eröffnung der Verfügung einzureichen (Art. 15 Abs. 2 IVöB).

3.3.1 Gemäss Praxis sind Ausschreibungsunterlagen – im Gegensatz zur Ausschreibung – in der Regel nicht selbständig anfechtbar (vgl. EGV-SZ 2007 B 11.4 m.w.H.). Eine Ausnahme kommt indessen vor allem dann zur Anwendung, wenn gerügt wird, in den Ausschreibungsunterlagen sei unzulässigerweise ein Kriterium enthalten, welches die beschwerdeführende Partei zum vornherein vom Wettbewerb ausschliesse und eine Offerteinreichung glaubhaft unzumutbar und aus verfahrensökonomischer Sicht wenig sinnvoll ist. In einem solchen Fall ist ausnahmsweise die separate Anfechtbarkeit der Ausschreibungsunterlagen zu bejahen. Richtet sich die Beschwerde gegen die Ausschreibungsunterlagen, so beginnt die 10-tägige Rechtsmittelfrist mit der Zustellung derselben zu laufen (vgl. auch Handbuch Öffentliches Beschaffungswesen im Kanton Schwyz, Stand 10.1.2011, Ziffer 5.3).

3.3.2 Von der Frage der Anfechtbarkeit zu unterscheiden ist die Frage, ob der Verzicht auf eine selbständige Anfechtung der Ausschreibungsunterlagen automatisch die Verwirkung des Beschwerderechts im Zusammenhang mit dem Vergabeentscheid zur Folge hätte. Mit Verweis auf die Luzerner Praxis (LGVE 2000 II Nr. 13, S. 211 f.) hat das Verwaltungsge-

richt Zurückhaltung betreffend Verwirkung signalisiert, die Frage letztlich jedoch offen gelassen (EGV-SZ 2005 B 11.2 S. 208).

3.3.3 Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts zum (inter-)kantonalen Vergaberecht gehören zur Ausschreibung auch die Unterlagen, die zusammen mit der Ausschreibung abgegeben werden (vgl. § 12 und § 14 der Vergaberichtlinien [VRöB] zur IVöB, erlassen vom Interkantonalen Organ für das öffentliche Beschaffungswesen gestützt auf Art. 3 IVöB; Urteil BGer 2C_409/2015 vom 28.9.2015 Erw. 4.2; BGE 130 I 241 Erw. 4.2; 125 I 203 Erw. 3a; Urteile BGer 2C_225/2009 vom 16.10.2009 Erw. 4.2; 2C_877/2008 vom 5.5.2009 Erw. 6.1). Der Inhalt von Ausschreibungsunterlagen kann nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung grundsätzlich nur dann noch zusammen mit dem Zuschlagsentscheid angefochten werden, wenn die Unterlagen nicht vor dem Ablauf der Beschwerdefrist gegen die Ausschreibung zur Verfügung standen (BGE 130 I 241 Erw. 4.2; 129 I 313 Erw. 6.2). Diese Regelung dient dem Beschleunigungsgebot; Unregelmässigkeiten in der Ausschreibung oder in den Unterlagen sollen unverzüglich korrigiert werden, und Wiederholungen eines ganzen Verfahrens infolge der Aufhebung eines Zuschlagsentscheids wegen Mängeln in den Ausschreibungsunterlagen möglichst vermieden werden (Urteil BGer 2C_409/2015 vom 28.9.2015 Erw. 4.1; BGE 130 I 241 Erw. 4.3). Allerdings wird dieser Grundsatz, der eine Verwirkung des Beschwerderechts bei nicht rechtzeitiger Anfechtung der Ausschreibungsunterlagen bedeutet, vom Bundesgericht insofern relativiert, als die Rügeobliegenheit und der Ausschluss dieser Rügen in einem späteren Verfahrensstadium nur für Unregelmässigkeiten gelten, welche die Parteien tatsächlich festgestellt haben oder bei gebotener Aufmerksamkeit hätten feststellen müssen (Urteil BGer 2C_409/2015 vom 28.9.2015 Erw. 4.2; BGE 130 I 241 Erw. 4.3; Urteil BGer 2C_107/2007 vom 22.1.2008 Erw. 2.1; Galli/Moser/Lang/Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Auflage, N. 1258).

3.4 Vorliegend erfolgte die Ausschreibung im Amtsblatt (...). Als Eignungskriterien wurden Erfahrung und Fachkompetenz des Anbieters (EK1) sowie Erfahrung und Fachkompetenz der Schlüsselpersonen (EK2) definiert, wobei hinsichtlich des geforderten Nachweises auf die Unterlagen verwiesen wurde. Die Ausschreibungsunterlagen waren ebenfalls ab dem 23. Dezember 2016 unter www.simap.ch bezugsbereit.

Die Submissionsunterlagen, Bestimmungen und Projektbeschrieb (Dokument A) definieren unter Ziffer 2.3 die Eignungskriterien (EK) (Vi-act. I/1):

B 11.1

Anbieter, welche die nachfolgenden Eignungskriterien nicht erfüllen, werden vom Verfahren ausgeschlossen (§ 26 Abs. 1 Bst. a) VIVöB, SRSZ 430.130).

Als Nachweise werden nur abgeschlossene Projektphasen bewertet, welche den hier ausgeschrieben entsprechen.

Die vom Anbieter in der Eignungsprüfung zu erfüllenden Eignungskriterien sind:

- Erfahrung und Fachkompetenz des Anbieters (EK1)

Nachweis von Erfahrung in Ausführung (Bauleitung) von öffentlichen Bauten in zwei Projekten vergleichbarer Grössenordnung (mind. Fr. 3 Mio. Bausumme) und Komplexität innerhalb der letzten 10 Jahre (gemäss Dokument B, Kap. 2 „Referenzen des Anbieters“).

- Erfahrung und Fachkompetenz der Schlüsselpersonen (EK2)

Nachweis von Erfahrung für folgende Personen (gemäss Dokument B, Kap. 4 „Qualifikation der Schlüsselpersonen“).

- Architekt als Bauleiter:

Nachweis von Erfahrung in Ausführung (Phase 41, 51, 52 und 53 abgeschlossen) als Bauleiter vergleichbarer Grössenordnung (> CHF 3 Mio.), Komplexität und Fachbereichen innerhalb der letzten 10 Jahre.

Am 16. Januar 2017 unterbreitete die das Submissionsverfahren für die Vorinstanz begleitende Fachperson den Bezügerinnen der Ausschreibungsunterlagen die Antworten zu den zur Ausschreibung schriftlich gestellten Fragen (Vi-act. I/3). Frage 5 betraf die Eignungskriterien:

Frage 5:

Referenzen: Wird eine Referenz Schulhaus A.S., in U. zugelassen, bei welchen die Bauarbeiten zu 99% abgeschlossen und die Abrechnung zu 90% abgeschlossen ist?

Antwort 5:

Für die Referenzen der Eignungskriterien sind grundsätzlich abgeschlossene Referenzen anzugeben. Abgeschlossen ist so zu verstehen, dass der Grossteil der Arbeiten erbracht und abgerechnet worden sind.

3.5 Die Eignungskriterien waren zwar Teil der Ausschreibung selbst, jedoch ohne Ausschreibungsunterlagen nicht zu beurteilen. Erst in diesen wurde aufgeführt, welcher Nachweis für die Eignung zu liefern ist und wie die Eignungskriterien bewertet werden. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung besteht aber auch hinsichtlich der Ausschreibungsunterlagen eine Rügeobliegenheit, wenn die beanstandeten Mängel von der Beschwerdeführerin tatsächlich festgestellt wurden oder bei

gebotener Aufmerksamkeit hätten festgestellt werden müssen (Erw. 3.3.3).

Dass das Eignungskriterium EK1 für sie ein eigentliches Ausschlusskriterium darstellen könnte, musste für die Beschwerdeführerin nach Lektüre der (nicht sehr umfassenden) Ausschreibungsunterlagen sofort erkennbar sein. Jeder Interessent weiss, ob er innerhalb der letzten 10 Jahre mindestens zwei öffentliche Bauvorhaben vergleichbarer Grössenordnung (mind. Fr. 3 Mio. Bausumme) ausgeführt hat. Soweit allenfalls noch eine gewisse Unklarheit bezüglich der Frage bestand, was unter „Ausführung“ zu verstehen ist, so brachte spätestens die Beantwortung der Fragen vom 16. Januar 2017 Klarheit, indem der Grossteil der Arbeiten erbracht und abgerechnet worden sein musste. Die Beschwerdeführerin erwähnt bei der Referenzangabe selbst, dass das Kriterium nicht erfüllt sei, da ein Referenzprojekt erst kurz vor der Ausführung stehe; ein mögliches anderes Referenzprojekt liege länger als 10 Jahre zurück. Sie hat damit sehr wohl erkannt, dass sie die geforderten Projektnachweise nicht erbringen kann (und auch kein Grenzfall vorliegt). Daran ändert nichts, dass die Beschwerdeführerin in andern Projekten als fähig erachtet wurde, wie sie in der Stellungnahme vom 28. März 2017 aufzeigt. Es obliegt den Auftraggebern, die für sie sachgerechten Eignungskriterien festzulegen, weshalb aus der Eignung in einem Projekt nichts für die Bewerbung in einem andern Projekt abgeleitet werden kann (so ist etwa aus dem Gemeinderatsbeschluss X vom 20.10.2016 gar nicht ersichtlich, ob er überhaupt Eignungskriterien festgelegt hatte).

Damit aber erfolgt die Rüge, die Definition der Eignungskriterien verstosse gegen das Beschaffungsrecht, verspätet, weshalb nicht darauf einzutreten ist.

(VGE III 2017 34 vom 6. April 2017).

12. Strassenverkehrsrecht

12.1 Führerausweisentzug nach einer Überschreitung der Höchstgeschwindigkeit um 35 km/h auf Autobahn (schwere Widerhandlung nach Art. 16c Abs. 1 lit. a SVG)

- *Ungeachtet der technischen Möglichkeiten eines Fahrzeuges ist der Fahrzeuglenker für die Einhaltung der zulässigen Höchstgeschwindigkeit verantwortlich (Erw. 2.4).*

B 12.1

Aus dem Sachverhalt:

X lenkte gemäss Polizeirapport abends einen Personenwagen Marke Tesla auf der Autobahn (...) und wurde um 19.29 Uhr von einer Geschwindigkeitskamera mit einer Geschwindigkeit von 119 km/h erfasst, womit er nach Abzug der Sicherheitsmarge von 4 km/h die im betreffenden Abschnitt zulässige Höchstgeschwindigkeit von 80 km/h um 35 km/h überschritten hat. Im unangefochten gebliebenen Strafbefehl wurde X der fahrlässigen groben Verletzung von Verkehrsregeln im Sinne von Art. 90 Abs. 2 SVG für schuldig gesprochen und gebüsst.

Aus den Erwägungen:

2.3 Im Bereich der Geschwindigkeitsüberschreitungen hat die bundesgerichtliche Rechtsprechung im Interesse der Rechtssicherheit genaue Limiten festgelegt, um leichte, mittelschwere und schwere Widerhandlungen voneinander abzugrenzen. Hiernach liegt ungeachtet der konkreten Umstände objektiv eine schwere Widerhandlung vor, wenn die signalisierte oder allgemeine Höchstgeschwindigkeit innerorts von 25 km/h und mehr, ausserorts um 30 km/h und mehr und auf Autobahnen um 35 km/h und mehr überschritten wird (Philippe Weissenberger, Kommentar Strassenverkehrsgesetz und Ordnungsbussengesetz, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2015, Art. 16c SVG Rz 6 mit Hinweis auf BGE 132 II 234 Erw. 3.1). Das Bundesgericht hat diese Limiten auch unter dem neuen Recht mehrfach bestätigt (vgl. Urteil des Bundesgerichts 1C_83/2008 vom 16.10.2008 Erw. 2.1; ferner 6A.81/2006 vom 22.12.2006 Erw. 4.1). Insbesondere hat es darauf hingewiesen, dass angesichts der Häufigkeit von Geschwindigkeitsübertretungen ein gewisser Schematismus unabdingbar sei (Urteil des Bundesgerichts 1C_83/2008 vom 16.10.2008 Erw. 2.6 mit Hinweisen). Die schematische Abstufung gilt auch bei einer nur kurzfristigen Überschreitung der zulässigen Geschwindigkeit während des Überholens (Urteil des Bundesgerichts 1C_222/2008 vom 18.11.2008). (...).

2.4 Der Beschwerdeführer hat die signalisierte zulässige Höchstgeschwindigkeit von 80 km/h auf der Autobahn um 35 km/h überschritten. Gestützt auf die dargelegte Rechtsprechung ist deshalb objektiv ungeachtet der konkreten Umstände eine schwere Widerhandlung im Sinne von Art. 16c Abs. 1 lit. a SVG gegeben. Daran vermag die Argumentation des Beschwerdeführers, wonach sinngemäss er aufgrund der Geschwindigkeitsüberschreitung von 35 km/h statt 34 km/h und mithin wegen

einer Differenz von lediglich 1 km/h wesentlich härter erfasst werde, grundsätzlich nichts zu ändern. Dies gilt umso mehr, als der Beschwerdeführer die Geschwindigkeitsüberschreitung bei einer reduzierten zulässigen Höchstgeschwindigkeit auf der Autobahn von 80 km/h (statt der generellen zulässigen Höchstgeschwindigkeit vom 120 km/h gemäss Art. 4a Abs. 1 der Verkehrsregelnverordnung [VRV; SR 741.11] vom 13.11.1962) beging. Die Vorinstanz weist zutreffend darauf hin, dass eine Abweichung der bundesgerichtlich festgelegten Abgrenzungen nicht mit der Rechtsgleichheit sowie Rechtssicherheit vereinbar wäre. Unbehelflich ist auch der Einwand des Beschwerdeführers, wonach er dabei gewesen sei, sich an das Fahrverhalten des Tesla mit dem Autopiloten zu gewöhnen. Daraus, dass der Beschwerdeführer auf die technischen Möglichkeiten seines Fahrzeuges vertraute, kann er hier nichts zu seinen Gunsten ableiten, da er als Fahrzeuglenker für die Einhaltung der signalisierten Höchstgeschwindigkeiten verantwortlich ist. Der Beschwerdeführer wurde im Zusammenhang mit der Geschwindigkeitsübertretung gemäss rechtskräftigem Strafbefehl in Anwendung von Art. 90 Abs. 2 SVG wegen fahrlässiger grober Verkehrsregelverletzung verurteilt. Eine schwere Widerhandlung nach Art. 16c Abs. 1 lit. a SVG ist daher auch in subjektiver Hinsicht zu bejahen.

(VGE III 2017 21 vom 29. März 2017).

13. Sozialhilfe

13.1 Sanktionen nach § 26a Sozialhilfegesetz (ShG)

- *Einstellung der wirtschaftlichen Hilfe infolge unentschuldigter Nichtteilnahme an zumutbarem Beschäftigungsprogramm.*

Aus den Erwägungen:

1.1 Art. 12 der Bundesverfassung (BV; SR 101) vom 18. Dezember 1999 bestimmt, dass wer in Not gerät und nicht in der Lage ist, für sich zu sorgen, Anspruch hat auf Hilfe und Betreuung und auf die Mittel, die für ein menschenwürdiges Dasein unerlässlich sind. Dieser Anspruch ist eng mit der in Art. 7 BV garantierten Achtung der Menschenwürde verbunden (vgl. BGE 142 I 5 Erw. 7.2 mit Hinweisen, u.a. auf BGE 139 I 277f.).

B 13.1

1.2 Die Umsetzung von Art. 12 BV obliegt den Kantonen. Diese sind in der Art und Weise der Leistungserbringung unter dem Titel der Nothilfe frei (zit. BGE 142 I 5 Erw. 7.2.1 mit Hinweisen). Das Grundrecht gemäss Art. 12 BV garantiert aber nicht ein Mindesteinkommen; verfassungsrechtlich geboten ist nur, was für ein menschenwürdiges Dasein unabdingbar ist und vor einer unwürdigen Bettelexistenz zu bewahren vermag. Der Anspruch umfasst einzig die in einer Notlage im Sinne einer Überbrückungshilfe unerlässlichen Mittel (in Form von Nahrung, Kleidung, Obdach und medizinischer Grundversorgung), um überleben zu können (zit. BGE 142 I 6 Erw. 7.2.1 mit Hinweisen, u.a. auf BGE 139 I 276; BGE 138 V 313). Art. 12 BV umfasst eine auf die konkreten Umstände zugeschnittene, minimale individuelle Nothilfe. Sie beschränkt sich auf das absolut Notwendige und soll die vorhandene Notlage beheben. Insofern unterscheidet sich der verfassungsmässige Anspruch auf Hilfe in Notlagen vom kantonalen Anspruch auf Sozialhilfe, die umfassender ist (zit. BGE 142 I 6 Erw. 7.2.1 mit Hinweis).

1.3 Nach Art. 12 BV hat der in Not Geratene nur Anspruch auf Unterstützungsleistungen des Staates, wenn er nicht in der Lage ist, selbst für sich zu sorgen (Subsidiaritätsprinzip). Keinen Anspruch hat, wer solche Leistungen beansprucht, obwohl er objektiv in der Lage wäre, sich aus eigener Kraft die für das Überleben erforderlichen Mittel selbst zu verschaffen; denn solche Personen stehen nicht in jener Notsituation, auf die das Grundrecht auf Hilfe in Notlagen zugeschnitten ist. Bei ihnen fehlt es bereits an den Anspruchsvoraussetzungen (zit. BGE 142 I 6 Erw. 7.2.2 mit zahlreichen Hinweisen, u.a. auf BGE 131 I 173, 130 I 75 f.). In diesem Sinne hat das Bundesgericht entschieden, dass eine Person, die eine konkret zur Verfügung stehende Erwerbsmöglichkeit ausschlägt, nicht in jener spezifischen Notlage steht, auf die Art. 12 BV zugeschnitten ist, weshalb der Schutzbereich des Grundrechts durch die Einstellung von Hilfeleistungen in einem solchen Fall gar nicht betroffen ist. Wem es faktisch und rechtlich möglich ist, die erforderlichen Mittel für ein menschenwürdiges Dasein selbst zu beschaffen, ist nicht bedürftig und damit nicht auf Unterstützung angewiesen (BGE 139 I 227 f. Erw. 5.3). Konkret ging es in diesem Fall um eine zugewiesene, entlohnte Arbeit bei der Citypflege der Stiftung D. Das Bundesgericht hat erkannt, dass auch der Teilnahme an einem solchen Arbeitsprogramm für Sozialhilfeempfänger der Vorrang gegenüber dem Bezug von öffentlichen Unterstützungsleistungen zukommt, da mit der Teilnahme Erwerbseinkommen erzielt wird, welches zur Überwindung der Notlage dient (zit.

BGE 142 I 6 f. Erw. 7.2.2 mit weiteren Hinweisen, u.a. auf BGE I 228; 130 I 71 und Urteil des Bundesgerichts 2P.275/2003 vom 8.11.2003).

2.1 Im kantonalen Recht wird die Hilfe in Notlagen im Gesetz über die Sozialhilfe (ShG; SRSZ 380.100) vom 18. Mai 1983 und in der gestützt auf dessen § 9 Abs. 2 ShG ergangenen Vollziehungsverordnung des Regierungsrates (Sozialhilfeverordnung = ShV; SRSZ 380.111) vom 30. Oktober 1984 geregelt.

2.2 Gemäss § 1 Abs. 2 ShG wird Sozialhilfe in besonderen Lebenslagen gewährt; sie vermittelt und umfasst insbesondere wirtschaftliche Hilfe (lit. a) und persönliche Hilfe (lit. b). In der Sozialhilfe ist in erster Linie die private Hilfe in Anspruch zu nehmen (§ 2 Abs. 1 ShG). Die Sozialhilfe wird gewährt, wenn die hilfeschende Person sich nicht selbst helfen kann und Hilfe von dritter Seite nicht oder nicht rechtzeitig erhältlich ist (§ 2 Abs. 2 ShG).

2.3 Die Sozialhilfe richtet sich nach den Besonderheiten und Bedürfnissen des Einzelfalles (§ 4 Abs. 1 ShG). Eigenständigkeit und Menschenwürde der hilfeschenden Person sind zu achten und zu fördern (§ 4 Abs. 2 1. Satzteil ShG).

2.4 Die Sozialhilfe wird primär von den Gemeinden geleistet (§ 6 Abs. 1 ShG). Zuständig ist grundsätzlich die Wohnsitzgemeinde der hilfeschenden Person (§ 6 Abs. 2 ShG).

2.5 Wie im angefochtenen RRB (Erw. 2.1 und 2.2) zutreffend festgehalten wurde, hat nach § 15 ShG Anspruch auf wirtschaftliche Hilfe, wer für seinen Lebensunterhalt und den seiner Familienangehörigen mit gleichem Wohnsitz nicht hinreichend oder rechtzeitig aus eigenen Mitteln aufkommen kann. Art und Mass der wirtschaftlichen Hilfe richten sich nach den Vorschriften des Gesetzes und der Sozialhilfeverordnung sowie nach den örtlichen Verhältnissen des Unterstützungswohnsitzes, wobei die zuständige Fürsorgebehörde nach pflichtgemässen Ermessen entscheidet. Die Richtlinien für die Ausgestaltung und Bemessung der Sozialhilfe der Schweizerischen Konferenz für Sozialhilfe (SKOS-Richtlinien) sind für den Vollzug der individuellen Sozialhilfe wegleitend, soweit das Sozialhilfegesetz (ShG) und die Sozialhilfeverordnung (ShV) keine andere Regelung vorsehen (§ 4 Abs. 2 ShV).

2.6 Korrekt ist auch die Feststellung des Regierungsrates (in Erw. 2.3 des angefochtenen RRB), dass die Gewährung wirtschaftlicher Hilfe mit

B 13.1

Bedingungen verbunden werden kann, wenn dadurch die richtige Verwendung der Hilfe sichergestellt werden soll oder die Lage der Hilfesuchenden Person (und seiner Angehörigen) verbessert werden kann (§ 9 Abs. 1 ShV). Bedingungen können insbesondere bestehen in Bestimmungen über die Aufnahme einer zumutbaren Arbeit (§ 9 Abs. 2 lit. d ShV).

2.7 Beizupflichten ist sodann auch den Ausführungen des Regierungsrates in Erwägung 3.1 des angefochtenen RRB zu den SKOS-Richtlinien (A.4-2, A.5-3), wonach die Sozialhilfe subsidiär zu Möglichkeiten der Selbsthilfe ist. Demnach ist die hilfesuchende Person verpflichtet, alles Zumutbare zu unternehmen, um eine Notlage aus eigenen Kräften abzuwenden oder zu beheben. In Frage kommen insbesondere die Verwendung von vorhandenem Einkommen oder Vermögen sowie der Einsatz der eigenen Arbeitskraft. Einer zumutbaren Erwerbstätigkeit gleichzusetzen ist die Teilnahme an einem von den Sozialhilfeorganen anerkannten lohnwirksamen Beschäftigungsprogramm des zweiten Arbeitsmarktes, mit dem der eigene Unterhalt zumindest teilweise gedeckt werden kann. Es kann auf die zutreffenden Ausführungen des Regierungsrates verwiesen werden.

2.8 Richtig sind auch die Ausführungen des Regierungsrates in Erwägung 4.1 des angefochtenen RRB zu den Konsequenzen der Ablehnung einer zumutbaren lohnwirksamen Beschäftigung. Nach § 26a ShG kann die Fürsorgebehörde die wirtschaftliche Hilfe kürzen oder einstellen, wenn die hilfesuchende Person trotz vorgängiger Mahnung die ihr zumutbare Mitwirkung verweigert, namentlich wenn sie die Auskunftspflicht verletzt oder den verfügbaren Auflagen, Bedingungen oder Weisungen zuwiderhandelt. Zu ergänzen ist, dass das Bundesgericht im angeführten Präjudiz ausdrücklich festgehalten hat, dass der (zumutbaren) Teilnahme an einem bezahlten Beschäftigungsprogramm der Vorrang zukommt gegenüber dem Bezug von öffentlichen Unterstützungsleistungen, da mit der Teilnahme Erwerbseinkommen erzielt wird, welches zur Überwindung der Notlage dient (vgl. zit. BGE 142 I 6 f. Erw. 7.2.2 mit Hinweisen).

3.1 Im vorliegenden Fall wurde der Beschwerdeführer nach der Aktenlage mehrfach darauf aufmerksam gemacht, dass bei (unbegründeter) Nichtteilnahme am entlohnten Beschäftigungsprogramm die Einstellung der wirtschaftlichen Sozialhilfe droht. Dies wurde nicht nur in dem Merkblatt über die Sozialhilfe, welches von den kommunalen Sozialdiensten allen Gesuchstellern abgegeben wird, im Einzelnen dargelegt,

sondern bereits im zugrunde liegenden Beschluss der Fürsorgebehörde X vom 16. Dezember 2014 im Dispositiv (Ziff. 9) wie folgt aufgezeigt:

- a) Die wirtschaftliche Sozialhilfe wird ab Eintritt und während der Dauer des Beschäftigungsprogramms im Sinne eines zu erarbeitenden Ersatzlohnes und in Form von Tagespauschalen ausgerichtet.
- b) Die Tagespauschale wird berechnet, indem das Sozialhilfebudget des betreffenden Monats durch die möglichen Arbeitstage in diesem Monat geteilt wird.
- c) Bei unentschuldigten Absenzen besteht kein Anspruch auf die Pauschale. Dies kann auch dazu führen, dass der tatsächliche Anspruch auf Ersatzlohn das absolute Existenzminimum unterschreitet bzw. gar keine Auszahlung erfolgt, wenn der Klient der Arbeit unentschuldigt fern bleibt.

Sodann wurde diese Korrelation, wonach bei unentschuldigten Absenzen im Y-Beschäftigungsprogramm keine Auszahlung der jeweiligen Tagespauschalen erfolgt, in den weiteren Beschlüssen wiederholt (siehe ...).

3.2 Nach dem Gesagten ist dem Beschwerdeführer aus der Vorgeschichte hinreichend bekannt, dass bei unentschuldigter Absenz im zugewiesenen Beschäftigungsprogramm keine wirtschaftliche Sozialhilfe gewährt wird. Nach der Aktenlage erfolgt die Entlöhnung im betreffenden Beschäftigungsprogramm pro geleisteten Einsatztag, was keinen Anlass zur Beanstandung gibt. Was die Zumutbarkeit eines Einsatzes in diesem Beschäftigungsprogramm anbelangt, bringt der Beschwerdeführer nichts vor, was gegen einen Einsatz im betreffenden Beschäftigungsprogramm spricht. Mit gerichtlichem Schreiben vom 8. Februar 2017 wurde der Beschwerdeführer aufgefordert darzulegen, aus welchen Gründen ihm eine Teilnahme am Beschäftigungsprogramm gegebenenfalls nicht möglich oder unzumutbar sein sollte. Für den Fall, dass innert angesetzter Frist keine Antwort erfolge, wurde ausdrücklich angenommen, der Beschwerdeführer sei grundsätzlich (namentlich auch aus gesundheitlicher Sicht) in der Lage, an diesem Beschäftigungsprogramm lückenlos teilzunehmen. Nachdem der Beschwerdeführer innert angesetzter Frist trotz Hinweis auf die Rechtsfolgen nicht dargelegt hat, weshalb er das Beschäftigungsprogramm ablehne, kann er mit seinem Schweigen nichts zu seinen Gunsten ableiten und es ist (androhungsgemäss) davon auszugehen, dass dem Beschwerdeführer einzig die Motivation zum Arbeiten in einem Beschäftigungsprogramm fehlt. (...)

(VGE III 2017 14 vom 6. März 2017).

13.2 Unterstützungswohnsitz

- *Subsidiäre Kostengutsprache für eine von der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde (KESB) angeordnete Kindesschutzmassnahme.*

Aus dem Sachverhalt:

Das Kind (mit Jahrgang 2007) geschiedener Eltern hatte zuletzt Wohnsitz beim Vater in der Gemeinde X, derweil die Mutter in der schwyzerischen Gemeinde Y wohnt. Aufgrund der eingetretenen Entwicklung musste das Kind von der KESB in einer ausserkantonalen Einrichtung untergebracht werden. Beide schwyzerischen Gemeinden machten geltend, sie seien nicht zuständig, für die externe Platzierung des Kindes subsidiäre Kostengutsprache zu erteilen.

Aus den Erwägungen:

1.1 Der Regierungsrat hat im angefochtenen RRB zutreffend dargelegt, welche Bestimmungen für die vorliegende Beschwerdesache u.a. von Bedeutung sind. Zum einen geht es um das kantonale Sozialhilferecht, welches im Gesetz über die Sozialhilfe (ShG, SRSZ 380.100) und in der kantonalen Sozialhilfeverordnung (ShV, SRSZ 380.11) geregelt ist. Nach § 9 Abs. 1 ShG übt der Regierungsrat die Oberaufsicht über die Sozialhilfe aus, weshalb er auch zuständig ist, einen Konflikt zwischen zwei schwyzerischen Gemeinden hinsichtlich des Unterstützungswohnsitzes zu beurteilen. Nach § 11 Abs. 1 ShG sorgen die Gemeinden dafür, dass Hilfesuchenden die nötige und fachgerechte Sozialhilfe zuteil wird. Die Sozialhilfe der Gemeinde umfasst insbesondere den Vollzug von Aufträgen und Anordnungen der Fürsorge- sowie der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden und die Zusammenarbeit mit anderen Behörden (§ 11 Abs. 2 lit. f ShG). Gemäss § 18 Abs. 1 ShG fällt der Unterstützungswohnsitz in der Regel mit dem zivilrechtlichen Wohnsitz von Art. 23 ff. ZGB zusammen. Abweichende Bestimmungen über den Unterstützungswohnsitz (Beginn und Beendigung, Heim- und Anstaltsaufenthalt, Aufenthalt in Familienpflege, Wohnsitz der Familienangehörigen usw.) gemäss Bundesrecht sind auch im innerkantonalen Verhältnis anwendbar (§ 18 Abs. 2 ShG). Zu betonen ist, dass auch dann, wenn das kantonale Sozialhilferecht auf den zivilrechtlichen Wohnsitzbegriff (Art. 23 ff. ZGB) verweist, es sich dennoch um kantonales Recht (und nicht Zivilrecht)

handelt (siehe dazu auch das Bundesgerichtsurteil 8C_329/2016 vom 2.9.2016 Erw. 5.1 per analogiam, wonach eine im kantonalen Recht subsidiär anwendbar erklärte OR-Bestimmung weiterhin zum kantonalen Recht zählt).

1.2 Zum andern hat der kantonale Gesetzgeber im Gesetz über soziale Einrichtungen (SEG, SRSZ 380.300) die Zuständigkeiten des Kantons und der Gemeinden betreffend soziale Einrichtungen und deren Finanzierung geregelt (§ 1 Abs. 1 lit. a und c SEG). Als soziale Einrichtungen gelten nach § 2 Abs. 1 lit. c SEG Einrichtungen für Kinder und Jugendliche, die einer besonderen Behandlung und Betreuung bedürfen (Kinder- und Jugendheime). Nach § 10 Abs. 1 SEG sind die Gemeinden für die Einrichtungen für Kinder und Jugendliche und für Personen in besonderen Notlagen zuständig. Das für ein Angebot nach diesem Gesetz zuständige Gemeinwesen hat für dessen Kosten aufzukommen, sofern diese nicht durch die anspruchsberechtigte Person, die gesetzlich Verpflichteten, ihre Versicherer oder Dritte gedeckt werden (§ 16 Abs. 1 SEG). Gemäss § 20 Abs. 1 SEG tragen die Gemeinden subsidiär die Kosten der Einrichtungen gemäss § 10 SEG, sofern die betreuungsbedürftige Person oder die gesetzlich Verpflichteten die Kosten nicht decken können.

1.3 In Anbetracht dessen, dass im Kanton Schwyz nur in beschränktem Masse geeignete soziale Einrichtungen vorhanden sind, hat der kantonale Gesetzgeber beschlossen, der Interkantonalen Vereinbarung für soziale Einrichtungen (IVSE) beizutreten (vgl. den entsprechenden Kantonsratsbeschluss vom 20.9.2006 = SRSZ 380.310). Diese Vereinbarung bezweckt, die Aufnahme von Personen mit besonderen Betreuungs- und Förderungsbedürfnissen in geeigneten Einrichtungen ausserhalb ihres Wohnkantons ohne Erschwernisse zu ermöglichen (Art. 1 Abs. 1 IVSE). Sie bezieht sich gemäss Art. 2 IVSE u.a. auf den Bereich A (Kinder- und Jugendheime). Der Wohnkanton ist derjenige Kanton, in dem die Person, welche die Leistungen beansprucht, ihren zivilrechtlichen Wohnsitz hat (Art. 4 lit. d IVSE). Der Standortkanton ist der Kanton, in dem die Einrichtung ihren Standort hat (Art. 4 lit. e IVSE). Jeder Vereinbarungskanton bezeichnet eine Verbindungsstelle, welche u.a. für das Einholen der Kostenübernahmegarantie zuständig ist (Art. 10 und 11 Abs. 1 lit. a IVSE). Die Verbindungsstelle des Standortkantons holt vor der Unterbringung oder vor dem Eintritt der Person bei der Verbindungsstelle des Wohnkantons die Kostenübernahmegarantie ein (Art. 26 Abs. 1 IVSE). Kann das Gesuch um die Kostenübernahmegarantie wegen zeitlicher Dringlichkeit nicht vor Beginn der Unterbringung oder des Eintritts der Person in die Einrichtung gestellt werden, so ist es so rasch

B 13.2

als möglich nachzuholen (Art. 26 Abs. 2 IVSE). Die Einrichtung des Standortkantons kann den zahlungspflichtigen Stellen und Personen monatlich Rechnung stellen. Die Rechnungen sind innert 30 Tagen nach Eingang zu bezahlen (Art. 25 Abs. 1 IVSE). Bei Inkassoproblemen leistet der Wohnkanton Hilfe (Art. 25 Abs. 3 IVSE).

2.1 Im vorliegenden Fall sah sich die KESB (...) am 29. Juni 2016 veranlasst, für den damals 9-jährigen A. eine Unterbringung in einer geeigneten sozialen Einrichtung (Sozialpädagogische Wohngruppen Z) anzuordnen. *Bis zum Beschlusszeitpunkt* hatte A nach der Aktenlage Wohnsitz in der Gemeinde X, nachdem der Scheidungsrichter mit Urteil vom 17. Juni 2014 erkannt hatte, dass A beim (in X wohnhaften) Kindsvater wohnt und dort seinen Wohnsitz hat (...). Diese Ausgangslage wird in der vorliegenden Beschwerde in der Zusammenfassung des Sachverhalts (S. 3, Ziff. II.1) grundsätzlich anerkannt. (...).

2.2 Nach der Aktenlage datiert das Gesuch für die Kostenübernahmegarantie (nachfolgend: KÜG-Gesuch) der IVSE-Verbindungsstelle St. Gallen vom 28. Juni 2016, welches von der IVSE-Verbindungsstelle Schwyz zunächst mit Schreiben vom 6. Juli 2016 der Gemeinde X weitergeleitet wurde. Nachdem die Gemeinde X es abgelehnt hatte, für die Unterbringung von A. Kosten zu übernehmen, wurde das KÜG-Gesuch von der IVSE-Verbindungsstelle Schwyz noch der Gemeinde Y zugestellt, welche ebenfalls ihre Zuständigkeit für die Kostentragung ablehnte.

2.3 Bei dieser Sachlage war es unumgänglich, dass sowohl die soziale Einrichtung (= Beigeladene IV) als auch die für die Anordnung der Kindesschutzmassnahme zuständige Behörde (= Beigeladene I) an den Regierungsrat als Aufsichtsbehörde der Gemeinden (§ 61 KV; § 9 Abs. 1 ShG) gelangten, um den negativen Zuständigkeitskonflikt beurteilen zu lassen. Dabei ging es letztlich um die Fragestellung, wer (primär) dafür einzustehen hat, wenn die behördliche Unterbringung eines Kindes in einer sozialen Einrichtung Kosten verursacht. Mit anderen Worten war bzw. ist die Frage des Unterstützungswohnsitzes bei einer angeordneten Kindesschutzmassnahme (Platzierung in einer sozialen Einrichtung) zu klären.

2.4 Diese Fragestellung ist *nach kantonalem Recht* (gestützt auf § 18 ShG und § 1 Abs. 1 lit. a SEG i.V.m. § 2 Abs. 1 lit. c SEG, § 10 Abs. 1 SEG, § 16 Abs. 1 SEG und § 20 Abs. 1 SEG) dahingehend zu beantworten, dass jeweils diejenige Gemeinde im Kanton Schwyz für die behördliche Unterbringung eines Kindes in einer sozialen Einrichtung leistungs-

pflichtig ist, in welcher das Kind im Zeitpunkt der Anordnung der Kindesschutzmassnahme seinen Wohnsitz hat. Dies war nach der Aktenlage eindeutig die Gemeinde X, weshalb sie für die Kosten der behördlichen Platzierung des Kindes bei der Beigeladenen IV einzustehen hat.

2.5 Die Argumentation der Beschwerdeführerin, wonach sinngemäss mit der Platzierung des Kindes in einer sozialen Einrichtung die jeweilige Standortgemeinde der Einrichtung unterstützungspflichtig werde, vermag nicht zu überzeugen. Nimmt man beispielsweise an, die betreffende Einrichtung (Kinderheim) würde sich im Gebiet der Beschwerde führenden Gemeinde befinden, würde letztere offenkundig es strikte ablehnen, für Kinder aus anderen Gemeinden die Unterbringungskosten zu übernehmen. Nicht anders verhält es sich, wenn das Kinderheim in einer anderen Gemeinde geführt wird. Massgebend für die Kostenübernahmepflicht ist, wo das betreffende Kind im Zeitpunkt der Anordnung der Kindesschutzmassnahme seinen Wohnsitz hat.

2.6 An diesem Ergebnis vermögen die Vorbringen in der Beschwerde nichts zu ändern. Die Beschwerdeführerin verkennt namentlich, dass es verschiedene Wohnsitzbegriffe gibt und hier der Unterstützungswohnsitz nach kantonalem Recht massgebend ist. Auch wenn dieser Unterstützungswohnsitz an den zivilrechtlichen Wohnsitzbegriff anknüpft, verhält es sich wie erwähnt so, dass es um kantonales Unterstützungsrecht geht, welches in der Anordnung einer Kindesschutzmassnahme bzw. in der Platzierung eines Kindes in einem Kinderheim keinen hinreichenden Grund erblickt, die bisherige Zuständigkeit für eine (allfällige) Unterstützung zu beenden bzw. zu ändern. Nachdem im Kanton Schwyz keine geeignete Unterbringungsmöglichkeit für das betreffende Kind mit Unterstützungsbedarf gegeben war, kommt es nicht in Frage, durch eine (mangels geeigneter Alternativen) erforderliche Platzierung in eine ausserkantonale Einrichtung eine Abwälzung von Kosten an die Standortgemeinde der Einrichtung (= Beigeladene III) anzustreben. Dies gilt erst recht, als die Beigeladene III in ihrer Stellungnahme unmissverständlich (und in nachvollziehbarer Weise) ausführte, dass dann, wenn die Haltung der Beschwerde führenden Schwyzer Gemeinde geschützt werden sollte, die Kündigung sämtlicher Betreuungsverhältnisse von Kindern und Jugendlichen aus dem Kanton Schwyz in der betreffenden Einrichtung droht, womit hinsichtlich dieser Kinder/Jugendlichen offenkundig neue Unterbringungsprobleme entstünden. Eine solche Konsequenz kann nicht dem Willen des kantonalen Gesetzgebers entsprechen. Im Übrigen hat auch der Regierungsrat im angefochtenen RRB vom 29. November 2016 (Erwägung 5 in fine) auf die angeführten Konsequenzen hingewie-

B 13.2

sen, falls der Argumentation der Beschwerdeführerin gefolgt würde. Es kann darauf verwiesen werden.

2.7 Unbehelflich sind auch die Verweise der Beschwerdeführerin auf verschiedene Bundesgerichtsentscheide, welche für den vorliegenden Fall nicht einschlägig sind. Soweit sich die Beschwerdeführerin auf den BGE 135 III 49 beruft, übersieht sie die nachfolgenden Aspekte: Einmal abgesehen davon, dass hier der nach kantonalem Recht festzulegende Unterstützungswohnsitz massgebend ist (siehe vorstehend), ist zu betonen, dass die betreffende Regeste u.a. wie folgt lautet: „Hält sich das Kind im Zeitpunkt, in dem der von den Eltern oder einem Elternteil abgeleitete Wohnsitz entfällt, in einer Anstalt auf, *kann* das Kindeswohl gebieten, nicht an einen fiktiven Wohnsitz anzuknüpfen, sondern den Anstaltsort als Wohnsitz des Kindes gelten zu lassen“ (Hervorhebung nicht im Original). Inwiefern hier das Kindeswohl es gebieten sollte, einen Wohnsitz in der Standortgemeinde der Einrichtung anzunehmen, wo sich das Kind erst seit rund 8 Monaten aufhält, wurde von der Beschwerdeführerin nicht substantiiert dargelegt. Solche Gründe wären sodann auch nicht ersichtlich, leben doch die Eltern des Kindes weiterhin im Bezirk ... und wird ferner nicht geltend gemacht, dass die Eltern in keinem Kontakt zum Kind stünden. Was die weitere Rechtsprechung des Bundesgerichts anbelangt, ist auf das Urteil 5A_979/2013 vom 28. März 2014 hinzuweisen, welches in der Ausgangslage eine ähnliche Konstellation betrifft: In jenem Fall hatte die zuständige KESB ein Mädchen (mit Unterstützungsbedarf) unter Aufhebung der gemeinsamen elterlichen Obhut in einer geeigneten ausserkantonalen Einrichtung (notabene ebenfalls im Kt. SG) platziert. Dagegen wehrte sich die Gemeinde, in welcher das Mädchen bis zur Anordnung der Kindesschutzmassnahme Wohnsitz hatte, wegen der Kostenfolgen des Unterbringungsentscheides erfolglos beim Verwaltungsgericht, welches auf die Beschwerde nicht eintrat (VGE III 2013 162 vom 27.11.2013, Prot. S. 2086 ff.). Die unterliegende Gemeinde beschwerte sich daraufhin beim Bundesgericht. Falls die Argumentation der Beschwerdeführerin, *wonach sinngemäss mit einem Beschluss einer Kindesschutzbehörde – welcher den Eltern das Aufenthaltsbestimmungsrecht entzieht und eine Unterbringung des Kindes in eine (ausserkantonale) Einrichtung vorsieht – „automatisch“ auch der bisherige zivilrechtliche Wohnsitz dieses Kindes am Wohnort der Eltern (bzw. eines Elternteils) aufgehoben und gleichzeitig neu ein Wohnsitz am Standort der Einrichtung begründet würde*, der Auffassung des Bundesgerichts entspräche, hätte das Bundesgericht konsequenterweise in seinem Urteil 5A_979/2013 vom 28. März 2014 zum Ausdruck bringen müssen, dass sich die Beschwerde der (bisherigen)

gen) Wohnsitzgemeinde erübrige, da nunmehr mit der Platzierung des Mädchens in der betreffenden St. Galler Einrichtung die Standortgemeinde dieser Einrichtung für das Mädchen (und die Kosten der Unterbringung) zuständig sei. Eine derartige Auffassung kann dem zit. Urteil 5A_979/2013 auch nicht ansatzweise entnommen werden.

3. Aus all diesen Gründen ist die Beschwerde gegen den RRB Nr. 967/2016 abzuweisen, mit welchem die Beschwerde führende Gemeinde angewiesen wurde, die Kostenübernahmegarantie für den Aufenthalt des betreffenden Kindes in der erwähnten Einrichtung in ... zu leisten. Anzufügen ist, dass die Fragestellung, ob und inwieweit die Beschwerde führende Gemeinde die von ihr zu bezahlenden Unterbringungskosten von Dritten (Eltern) einfordern kann, nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens bildet.

(VGE III 2016 226 vom 24. Februar 2017; das Bundesgericht hat eine dagegen von der Gemeinde X erhobene Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten mit Urteil 8C_285/2017 vom 21. November 2017 abgewiesen).

16. ZGB und EG ZGB

16.1 Kinderschutz (Art. 307 ZGB)

- *Geeignete Massnahmen gegenüber einer Kindsmutter, welche das unter ihrer Obhut lebende, gemeinsame Kind vom getrennt lebenden Kindsvater (ungeachtet des Besuchsrechts und gemeinsamer elterlicher Sorge) fernhalten will.*

Aus den Erwägungen:

1.1 Gegenstand des vorliegenden Beschwerdeverfahrens bildet ausschliesslich die in den Dispositiv-Ziffern 4a und 4b eines KESB-Beschlusses vom 22. November 2016 enthaltene Verpflichtung, wonach die Kindsmutter (Beschwerdeführerin) eine therapeutische Behandlung bei einer geeigneten Fachperson ihrer Wahl (Psychologe/Psychologin oder Psychotherapeut/in) aufzunehmen und dies innert drei Wochen dem Beistand zu melden habe.

(...).

B 16.1

3. In ihrer Vernehmlassung vom 10. Februar 2017 nahm die Vorinstanz zunächst auf Ausführungen im Gutachten „...“ Bezug. Zudem legte sie unter anderem sinngemäss dar, es gehe darum, dass der Kindsvater seit nunmehr zwei Jahren nicht mehr sein Besuchsrecht wahrnehmen konnte, weil die Kindsmutter (Beschwerdeführerin) dies nicht mehr zulies und verhinderte. Damit die Beschwerdeführerin lerne, eine schrittweise Ablösung ihres Sohnes X zuzulassen und somit Kontakt zwischen Sohn und Vater zu ermöglichen, sei es angesichts ihrer langjährigen Verweigerungshaltung notwendig, dass sie professionelle Hilfe in Anspruch nehme. Nur eine solche sei geeignet, den erwünschten Erfolg zu erreichen, nämlich eine Veränderung in der ablehnenden Haltung der Beschwerdeführerin bezüglich der Ausübung des Besuchsrechts.

4. Diesen Ausführungen der Vorinstanz ist uneingeschränkt beizupflichten. Dass die Beschwerdeführerin sich seit langem und weiterhin gegen die Ausübung des Besuchsrechts durch den Kindsvater wehrt, wird illustrativ durch das folgende Schreiben der Beschwerdeführerin (...) ans Gericht und weitere Adressaten illustriert (...):

Sie alle haben auf mein Schreiben vom 15. April 2017 nicht reagiert und haben sich unkooperativ verhalten. In der Zwischenzeit konnte bzw. musste ich die private Unterstützung der Ombudsstelle in L. in Anspruch nehmen. X ist damit einverstanden und hat sich nun einer Fachperson anvertraut. Ich bitte Sie daher, meinen Sohn X ab sofort in Ruhe zu lassen und die Akten zu schliessen. Zum Wohl von X hoffe ich ab jetzt auf eine respektvolle Konfliktlösung. Ich werde veranlassen, dass der Kindsvater durch die Fachperson orientiert wird. Behördliche Massnahmen sind nicht notwendig.

Mit diesen Ausführungen offenbart die Beschwerdeführerin eine Haltung, welche grundsätzlich darauf ausgerichtet ist, ihren Sohn vom Kindsvater und den involvierten Stellen abzuschirmen und fernzuhalten. Eine solche Haltung ist mit den rechtskräftigen Entscheiden, welche dem Kindsvater ein Besuchsrecht (VGE III 2016 218 vom 29.3.2017) und die Partizipation an der gemeinsamen elterlichen Sorge (Urteil des Bundesgerichts 5A_833/2016 vom 1.2.2017) zugestehen, unvereinbar und sie gibt erneut Anlass, die Beschwerdeführerin zur Aufnahme einer therapeutischen Behandlung durch eine Fachperson anzuhalten. Eine solche therapeutische Behandlung erweist sich in Anbetracht der sturen Haltung der Beschwerdeführerin als unumgänglich und verhältnismässig, und zwar ungeachtet dessen, ob dieses Verhalten auf eine bewusste

Weigerungshaltung oder allenfalls auf eine allgemeine Überforderung als Alleinerzieherin eines 10½-jährigen Kindes zurückzuführen wäre. Das Ziel einer solchen als nötig beurteilten therapeutischen Behandlung durch eine Fachperson ist offenkundig darauf ausgerichtet, eine schrittweise Ablösung des Sohnes von der Kindsmutter (Beschwerdeführerin) (unter gleichzeitigem, kontinuierlichem Einbezug des Kindsvaters) zuzulassen und die Kindsmutter hinsichtlich der gemäss Aktenlage bestehenden Loyalitätskonflikte des Kindes zu sensibilisieren.

(VGE III 2017 9 vom 29. Mai 2017).

16.2 Anhörung eines Kindes (Art. 314a ZGB)

- *Modalitäten einer Kindesanhörung sowie anwendbares Verfahrensrecht.*

Aus dem Sachverhalt:

Die Kindsmutter hatte Strafanzeige gegen den Kindsvater wegen Tätlichkeiten und Drohungen erstattet. In der Folge wartete die KESB den Ausgang des Strafverfahrens ab, während das Besuchsrecht des Kindsvaters vorderhand sistiert wurde. Nachdem die zuständige Staatsanwaltschaft die Strafuntersuchung in Anwendung von Art. 319 Abs. 1 lit. a StPO eingestellt hatte, beabsichtigte die KESB für das weitere Vorgehen (namentlich auch im pendenten Sorgerechtsstreit) das Kind mit zwei Personen (ohne Teilnahme der Eltern) anzuhören.

Aus den Erwägungen:

1.1 Nach Art. 314a Abs. 1 des Zivilgesetzbuches (ZGB; SR 210) vom 10. Dezember 1907 wird das Kind durch die Kindesschutzbehörde oder durch eine beauftragte Drittperson in geeigneter Weise persönlich angehört, soweit nicht sein Alter oder andere wichtige Gründe dagegen sprechen. Im Protokoll der Anhörung werden nur die für den Entscheid wesentlichen Ergebnisse festgehalten. Die Eltern werden über diese Ergebnisse informiert (Art. 314a Abs. 2 ZGB; eine analoge Regelung kennt auch Art. 298 der Zivilprozessordnung [ZPO; SR 272] vom 19.12.2008).

1.2 Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist das Kind ab dem vollendeten sechsten Altersjahr grundsätzlich anzuhören, wenn ein

B 16.2

entsprechender Antrag gestellt worden ist. Jedoch muss beachtet werden, dass sich die emotionale und kognitive Reife zu überdauernder eigener Meinungsbildung erst ab etwa elf bis zwölf Jahren ausbildet, weshalb es bei jüngeren Kindern nicht um eine konkrete Befragung über Zuteilungs- oder Sorgerechtswünsche, sondern in erster Linie darum geht, dass sich die urteilende Behörde ein persönliches – mithin aktuelles und unmittelbar eigenes – Bild vom Kind machen kann und über ein zusätzliches Element bei der Sachverhaltsfeststellung und Entscheidungsfindung verfügt (vgl. Urteile des Bundesgerichts 5A_833/2016 vom 1.2.2017 Erw. 4; 5A_2/2016 vom 28.4.2016 Erw. 2.3 mit weiteren Hinweisen; siehe auch Häfeli, Grundriss zum Kindes- und Erwachsenenschutz, 2. Aufl., Bern 2016, S. 374 f., Rz. 38.46, wonach die Anhörung u.a. dazu dient, dass sich die Kindesschutzbehörde direkt und ungefiltert ein Bild von den Wünschen und Bedürfnissen des Kindes machen kann; beide Aspekte dienen letztlich der Verwirklichung des Kindeswohls).

2.1 Im vorliegenden Fall ist unbestritten, dass im zugrunde liegenden Sorgerechtsstreit eine Anhörung des zwischenzeitlich 7-jährigen Kindes durchzuführen ist. (...).

2.2 Die Vorinstanz hat – in Beachtung der in Erwägung 2.1 dargelegten Rechtsprechung – sich darum bemüht, (nach Einstellung der im Kanton Z durchgeführten Strafuntersuchung gegen den Kindsvater) das Kind anzuhören. Zu diesem Zweck hat sie mit Schreiben vom 25. Juli 2017 den geplanten Anhörungstermin und die beiden für die Anhörung vorgesehenen Personen bekanntgegeben. Nachdem die Kindseltern beauftragt sind, erfolgte die Zustellung des Schreibens vom 25. Juli 2017 an die Rechtsvertreter.

2.3 Die Beschwerdeführerin rügt vor Gericht, dass die für die Anhörung vorgesehenen zwei Personen (d.h. der Vorsteher der Vorinstanz und die zuständige Sachbearbeiterin als Fachmitarbeiterin Soziales) nicht geeignet seien. Weshalb diese beiden Personen ungeeignet sein sollen, um für die Erstinstanz ein persönliches, aktuelles und eigenes Bild vom Kind (im Sinne der höchstrichterlichen Rechtsprechung, vgl. Erw. 1.2) zu erhalten, bleibt unerfindlich (siehe dazu auch Affolter/Vogel, in: Berner Kommentar zum Schweiz. Privatrecht, Bern 2016, Rz. 70 zu Art. 314a ZGB, wonach der Sinn und Zweck dieser Vorschrift darin besteht, dass sich die beurteilende Behörde wenn möglich über einen direkten Kontakt mit dem betroffenen Kind einen eigenen Eindruck verschaffen kann; deswegen würde es nicht der ratio legis entsprechen, wenn die Anhörung systematisch Dritten anvertraut würde, mit Verweis auf Urteil

des Bundesgerichts 5A_465/2012 vom 18.9.2012 Erw. 3.1.1; BGE 127 III 295 Erw. 2a).

Die Kindsmutter hat nicht substantiiert dargelegt, weshalb bei ihrem Kind besonders hohe Anforderungen an die Ausbildung der von der Vorinstanz zur Mitwirkung vorgesehenen Personen zu stellen seien. Es versteht sich von selbst, dass die zur Anhörung vorgesehenen Personen der Vorinstanz auf das Alter und den Stand der Entwicklung der betroffenen Person Rücksicht zu nehmen haben und dies erfahrungsgemäss auch tun werden, zumal dies u.a. zu den Kernaufgaben einer Kindes- bzw. Erwachsenenschutzbehörde gehört. Soweit die Beschwerdeführerin sinngemäss geltend macht, sie habe wegen der Länge des gesamten Verfahrens wenig Vertrauen vor allem gegenüber dem Vorsteher der Vorinstanz, ist ihr zum einen entgegenzuhalten, dass die Vorinstanz zu Recht den Ausgang der Strafuntersuchung gegen den Kindsvater abgewartet hat, welche durch eine Strafanzeige der Beschwerdeführerin ausgelöst wurde. Zum andern wird in der vorinstanzlichen Vernehmlassung überzeugend darauf hingewiesen, dass sich die Beschwerdeführerin nach der Eingabe vom ... nicht mehr gemeldet hatte und mithin für die Vorinstanz grundsätzlich nicht erkennbar war, dass die Beschwerdeführerin hinsichtlich der strittigen Frage der gemeinsamen elterlichen Sorge eine beschleunigte Fortsetzung des Verfahrens erwartet hätte. Im Übrigen hätte die Beschwerdeführerin, wenn es ihr tatsächlich nicht möglich gewesen wäre, den Transport des Kindes zur am 16. August 2017 vorgesehenen Anhörung ihres Sohnes zu organisieren, von sich aus beispielsweise zwei Ersatztermine anbieten können. Soweit die Beschwerdeführerin den ersten Termin abgelehnt hat, weil sie einen Termin vorzog, an welchem sie bei der Anhörung hätte teilnehmen können, wird auf die nachfolgenden Ausführungen in Erwägung 2.4 verwiesen.

2.4 Soweit die Beschwerdeführerin als Kindsmutter an der Anhörung ihres Kindes dabei sein möchte, übersieht sie die Regelung, welche der Gesetzgeber in Art. 314a Abs. 2 ZGB normiert hat. Darnach werden die Eltern im Nachhinein über die wesentlichen Ergebnisse, welche in einem Protokoll festzuhalten sind, informiert (siehe auch BGE 122 I 53 ff.). Daraus ergibt sich ohne weiteres, dass der Gesetzgeber keine Teilnahme der Eltern an einer solchen Anhörung vorgesehen hat. Abgesehen davon leuchtet ohne weiteres ein, dass das angehörte Kind sich nicht völlig frei äussern könnte, wenn die Mutter und/oder der Vater an diesem Anhörungsgespräch anwesend wären und die Ausführungen des Kindes direkt mitverfolgen könnten. Damit die von der entscheidenden Behörde für die Kindsanhörung bestimmten Personen von den Wünschen und Bedürfnissen des Kindes ein direktes und ungefiltertes Bild gewinnen können, fällt

B 16.2

die Teilnahme bzw. Anwesenheit der Eltern an dieser Anhörung grundsätzlich ausser Betracht (siehe auch Murphy/Steck, in: Fachhandbuch Kindes- und Erwachsenenschutzrecht, 2016, Rz. 18.110, S. 751).

(...).

4. Was die aufgeworfenen Fragen zum anzuwendenden Verfahrensrecht anbelangt, drängen sich die nachfolgenden Bemerkungen auf. Nach der revidierten Fassung von Art. 54 Abs. 3 SchlT ZGB (in Kraft seit 1.1.2011) regeln die Kantone das Verfahren, soweit nicht die Schweizerische Zivilprozessordnung anwendbar ist. Nach Art. 1 lit. b ZPO gilt die ZPO auch für Anordnungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Für Zivilsachen, die von kantonalen Verwaltungsbehörden behandelt werden, ist jedoch die ZPO grundsätzlich nicht anwendbar, weshalb in diesen Fällen weiter kantonales Verwaltungsverfahrensrecht zur Anwendung kommt, es sei denn, es gehe um Bereiche, in denen eine Verwirklichung des materiellen Rechts dringend eine einheitliche bundesrechtliche Regelung erfordert. Diesbezüglich hat der Bundesgesetzgeber eine punktuelle und rudimentäre Regelung des erst- und zweitinstanzlichen Verfahrens im ZGB vorgenommen (vgl. Häfeli, a.a.O. Rz. 32.04 f. mit Hinweisen, u.a. auf die bundesrätliche Botschaft zum Erwachsenenschutz, Bundesblatt Nr. 36 vom 12.9.2006, S. 7088). Im Kanton Schwyz hat der kantonale Gesetzgeber in § 36a des Einführungsgesetzes zum ZGB (EGzZGB; SRSZ 210.100) vom 14. September 1978 normiert, dass auf das Verfahren vor den Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden und vor Verwaltungsgericht – unter Vorbehalt abweichender Bestimmungen dieses Gesetzes und des Bundesrechts – das Verwaltungsrechtspflegegesetz (VRP; SRSZ 234.110) vom 6. Juni 1974 anwendbar ist. Dem ZGB sind für verfahrensleitende Verfügungen der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden, wozu auch die Ansetzung eines Termins für eine Kindesanhörung gehört, keine vom Bundesrecht zwingend einzuhaltenden Verfahrensregelungen zu entnehmen (siehe dazu auch Reusser in: Basler Kommentar zum ZGB, 5. Aufl., Rz. 8 zu Art. 450b ZGB). Demnach hat sich die Vorinstanz im Dispositiv der angefochtenen Zwischenverfügung zu Recht auf die Anwendbarkeit von § 36 VRP und § 47 Abs. 1 VRP berufen.

(VGE III 2017 169 vom 24. November 2017).

18. Verschiedenes

18.1 Opferhilfe

- *(Teilweise) Rückforderung von Entschädigungs- und Genugtuungszahlungen infolge Selbstverschuldens.*

Aus dem Sachverhalt:

Ein Fahrgast verweigerte dem Taxichauffeur (Beschwerdeführer) die Bezahlung der Fahrkosten. Infolgedessen kam es zu einer tätlichen Auseinandersetzung. Aufgrund der erlittenen Verletzungen war der Taxichauffeur während sechzehn Tagen voll arbeitsunfähig. Der Fahrgast wurde der einfachen Körperverletzung im Sinne von Art. 123 Ziff. 1 StGB schuldig gesprochen und mit einer Geldstrafe und einer Busse bestraft. Dem Beschwerdeführer wurde im Herbst 2014 eine Entschädigung für Erwerbsausfall zugesprochen. Im April 2017 sprach ihm das Departement des Innern auch eine Genugtuung zu, forderte jedoch einen Teilbetrag zurück. Die Rückforderung wurde mit einem Mitverschulden des Beschwerdeführers begründet, was zu einer Reduktion von Entschädigung und Genugtuung führte.

Aus den Erwägungen:

1.3.4 Die Entschädigung und die Genugtuung des Opfers können herabgesetzt oder ausgeschlossen werden, wenn das Opfer zur Entstehung oder zur Verschlimmerung der Beeinträchtigung beigetragen hat (Art. 27 Abs. 1 OHG). Der Behörde wird ein grosser Ermessensspielraum überlassen (Gomm, Opferhilfegesetz, 3. Aufl., Bern 2009, N 4 zu Art. 27). Bereits eine einfache Mitverursachung durch das Verhalten des Opfers kann eine Herabsetzung oder einen Ausschluss des Anspruches bewirken (Gomm, a.a.O., N 2 zu Art. 27). Mit Bezug auf die Praxis zu Art. 44 OR ist festzuhalten, dass Kürzungssätze von 70-80 Prozent nur dann gerechtfertigt sind, wenn ein schweres Mitverschulden des Opfers vorliegt. Bei leichtem bis mittelschwerem Verschulden kommen hingegen Kürzungssätze in der Bandbreite zwischen einem Viertel oder einem Drittel in Betracht (Gomm, a.a.O., N 9 zu Art. 27).

Das Selbstverschulden wird dabei prinzipiell nach den gleichen Regeln beurteilt wie das Verschulden des Täters. Im Unterschied dazu ist die

B 18.1

Widerrechtlichkeit der Mitverursachung aber nicht Voraussetzung der Erheblichkeit des Selbstverschuldens. Im Allgemeinen wird das Opfer durch das Mitwirken an der Schadensverursachung sich grundsätzlich in einer erlaubten Selbstschädigung erschöpfen. Es kann ihm jedoch vorgeworfen werden, dass es die in seinem Interesse liegende Sorgfalt und Umsicht zu seinem eigenen Schutz nicht aufgewendet hat. Vorwerfbar ist dieses Verhalten allerdings nur dann, wenn es die Möglichkeit einer Schädigung voraussehen kann oder könnte und sein Verhalten dieser Voraussicht nicht anpasst. Gleich wie das Verschulden wird auch das Selbstverschulden nach einem objektiven Massstab beurteilt. Das tatsächliche Verhalten des Opfers wird verglichen mit dem hypothetischen Verhalten eines durchschnittlichen sorgfältigen Menschen in der Lage des Opfers (Gomm, a.a.O., N 7 zu Art. 27).

1.3.5 (...).

3.2 Die Verwaltungsbehörde und das Verwaltungsgericht sind grundsätzlich an die rechtskräftigen Strafrechtsurteile gebunden (vgl. BGE 124 II 103 Erw. 1c; 119 Ib 158 Erw. 2c und 3c). Das Strafverfahren gegen den Beschwerdeführer wurde zwar eingestellt. Indes kann dennoch auf die Sachverhaltsfeststellungen der Strafverfolgungsbehörde abgestellt werden, bestehen doch keine Anhaltspunkte dafür, dass die Vorinstanz die für die Beurteilung eines Mitverschuldens des Beschwerdeführers relevanten Tatsachen besser kennt, als die Strafverfolgungsbehörden.

3.3 Die Vorinstanz stellte gestützt auf die Untersuchungsergebnisse der Strafverfolgungsbehörden fest, dass der Beschwerdeführer zuerst handgreiflich wurde und damit eine körperliche Auseinandersetzung riskierte. Als der Fahrgast von ihm abliess, packte der Beschwerdeführer ihn an den Beinen und nahm eine Fortsetzung der Schlägerei und damit eine weitere Schädigung in Kauf. Mit seinem Verhalten setzte der Beschwerdeführer den schädigenden Kausalverlauf in Gang, und zum späteren Zeitpunkt begünstigte er diesen wiederum durch das Festhalten des Schädigers.

Der Beschwerdeführer hat gemäss der Vorinstanz somit nicht nur die geforderte Sorgfalt und Umsicht zu seinem eigenen Schutz vermissen lassen, er muss sich sogar strafrechtlich relevantes Verhalten vorwerfen lassen. Der Beschwerdeführer hätte voraussehen müssen, dass sich der Fahrgast wehren würde. Insbesondere hätte er weitere Schläge antizipieren müssen, als er seinen Fahrgast an den Beinen festhielt, um ihn am Weggehen zu hindern. Aus diesen Gründen ging die Vorinstanz von ei-

nem schweren Mitverschulden des Beschwerdeführers aus und erachtete eine Reduktion sowohl der Entschädigungs- als auch der Genugtuungssumme um die Hälfte als gerechtfertigt. Demnach verfügte die Vorinstanz, dass er einen entsprechenden Anteil zurück zu bezahlen hat.

3.4 In seiner Beschwerde führt der Beschwerdeführer aus, dass für ihn das ihm vorgeworfene Mitverschulden schwierig zu akzeptieren und somit die Kürzung seines Anspruchs nicht nachvollziehbar sei. Er erklärt, dass er den Fahrgast zurückhalten wollte, um das Geld von ihm zu erhalten, das er nicht bezahlen wollte. Daraufhin habe ihn der Fahrgast massiv und brutal angegriffen, was aus Sicht des Beschwerdeführers in diesem Ausmass so überhaupt nicht vorauszusehen war.

3.5 Die Qualifikation des Verhaltens des Beschwerdeführers durch die Vorinstanz als ein schweres Mitverschulden ist in Würdigung des geschilderten aktenkundigen Geschehensablaufes durchaus vertretbar. Die Begründung der Vorinstanz ist schlüssig und nachvollziehbar. Dem Beschwerdeführer muss vorgeworfen werden, dass er die in seinem Interesse liegende Sorgfalt und Umsicht zu seinem eigenen Schutz nicht angewendet hat. Die Möglichkeit einer Schädigung war entgegen seinen Ausführungen voraussehbar und der Beschwerdeführer hätte sein Verhalten dieser Voraussicht anpassen müssen. Der Beschwerdeführer hat zwar ein Recht auf das ihm geschuldete Geld, das er sich durch seine Dienstleistung verdient hat; insoweit ist es grundsätzlich verständlich, dass er von seinen Kunden entschädigt werden will, ehe er sie ziehen lässt. Allerdings berechtigt ihn dies keinesfalls, zur Selbstjustiz zu greifen und einen Kunden handgreiflich zur Zahlung der Fahrtkosten zu zwingen. (...). Es hätte vom Beschwerdeführer entsprechend erwartet werden dürfen und müssen, dass er in solchen Situationen eine weitere Eskalation (eines allenfalls zunächst verbalen Streits) zu vermeiden versucht. Auch wenn der Beschwerdeführer als Taxifahrer nachts besser verdient als tagsüber und es ihm daher – als Hauptverdiener seiner Familie – sehr wichtig war, in der Nacht so viele Einnahmen wie möglich zu generieren und auch wenn seine finanzielle Situation angespannt ist, so können diese (Lebens-)Umstände sein Verhalten nicht rechtfertigen. „Schwierige“ Kunden gehören (leider) bekanntermassen auch zum Berufsalltag eines Taxifahrers. Entsprechend ist ein Taxifahrer gehalten, auch im Umgang mit diesen Kunden sowohl Haltung zu bewahren als auch ein allfälliges „Ausrasten“ solcher Kunden samt den möglichen Folgen in seine Überlegungen, die sein Handeln bestimmen, miteinzubeziehen.

B 18.2

Dies hat der Beschwerdeführer nicht getan. Die Beurteilung der Vorinstanz ist daher – wie gesagt – nicht zu beanstanden.

(VGE III 2017 81 vom 24. Juli 2017).

18.2 Entbindung von der beruflichen Schweigepflicht

- *Pflicht zur Verschwiegenheit nach § 29 Gesundheitsgesetz vom 16. Oktober 2002 (GesG, SRSZ 571.110).*
- *Entbindung vom Berufsgeheimnis nach einer Interessenabwägung.*

Aus dem Sachverhalt:

Die zuständige Erwachsenenschutzbehörde (KESB) gab einer Ärztin den Auftrag, die Urteils- und Handlungsfähigkeit einer verbeiständeten Person (mit Jahrgang 1927) abzuklären. In der Folge ersuchte diese Ärztin das kantonale Amt für Gesundheit und Soziales um Entbindung von der beruflichen Schweigepflicht gegenüber der KESB, welche mit Verfügung vom 21. September 2016 erteilt wurde (und zwar auch noch für die Fachpersonen der Spitex, welche die verbeiständete Person betreuen). Eine gegen diese Verfügung von der betroffenen Person erhobene Beschwerde hat der Regierungsrat mit Beschluss vom 7. Februar 2017 abgewiesen, worauf diese Person ans Verwaltungsgericht gelangte.

Aus den Erwägungen:

2. Im angefochtenen Beschluss vom 7. Februar 2017 hat der Regierungsrat in Erwägung 4.1 f. zutreffend dargelegt, welche Bestimmungen im Zusammenhang mit der beruflichen Schweigepflicht von Bedeutung sind und welche Tragweite ihnen zukommt. Es kann darauf verwiesen werden. Auf der einen Seite ist aus strafrechtlicher Sicht Art. 321 des Schweizerischen Strafgesetzbuches (StGB; SR 311.0) vom 21. Dezember 1937 zu beachten, wonach die Verletzung des Berufsgeheimnisses u.a. durch Ärzte und weiteren im Gesundheitssektor tätigen Pflegepersonen bestraft wird (Ziff. 1), es sei denn, es liege eine Einwilligung des Berechtigten oder eine entsprechende schriftliche Bewilligung der vorgeetzten Behörde oder Aufsichtsbehörde vor (Ziff. 2). Auf der anderen Seite enthält auch das kantonale Gesundheitsrecht Vorgaben zur Verschwiegenheit, wobei das zuständige Amt zur Wahrung überwiegender schutzwürdiger Interessen das Berufsgeheimnis aufheben kann (§ 29 des

Gesundheitsgesetzes [GesG; SRSZ 571.110] vom 16.10.2002). Richtig sind auch die Ausführungen des Regierungsrats zu Art. 448 Abs. 2 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (ZGB; SR 210) vom 10. Dezember 1907, wonach Ärzte und weitere im Gesundheitssektor tätige Personen nur dann zur Mitwirkung verpflichtet sind, wenn die geheimnisberechtigte Person sie dazu ermächtigt hat oder die vorgesetzte Stelle sie vom Berufsgeheimnis entbunden hat.

3. Der Regierungsrat hat im angefochtenen RRB geprüft, aus welchen Gründen die Erstinstanz die betreffenden Personen von der beruflichen Schweigepflicht entbunden hat. Dabei hat er u.a. sinngemäss erwogen,
- dass Ausgangspunkt des Streites die von der Erwachsenenschutzbehörde zu prüfende Frage der Urteils- und Handlungsfähigkeit der Beschwerdeführerin bildet (im Hinblick auf die von der Beschwerdeführerin gewünschte Aufhebung der bislang geltenden Beistandsregelung), indes im vorliegenden Verfahren diese zugrunde liegende Fragestellung weder beantwortet noch präjudiziert werden darf,
 - dass die Erwachsenenschutzbehörde gestützt auf Art. 446 Abs. 1 ZGB den Sachverhalt von Amtes wegen zu erforschen hat und darum grundsätzlich nicht an eine von der Beschwerdeführerin gewünschte Untersuchung durch ihren Hausarzt (Allgemeinpraktiker) gebunden ist, zumal Hausärzte im Hinblick auf ihre auftragsrechtliche Vertrauensstellung in Zweifelsfällen eher zugunsten ihrer Patienten aussagen (vgl. BGE 125 V 351 Erw. 3b.cc),
 - dass bei dieser Sachlage ein Gutachten nach Art. 446 Abs. 2 Satz 3 ZGB durch eine Fachperson zulässig ist,
 - dass für eine solche Begutachtung durch eine (unabhängige) Fachperson eine Entbindung von der beruflichen Schweigepflicht unumgänglich erscheint,
 - und mithin im Rahmen einer detaillierten Interessenabwägung hinsichtlich der tangierten Personen die Aspekte für eine Entbindung der beruflichen Schweigepflicht gegenüber den Geheimhaltungsinteressen der Beschwerdeführerin überwiegen.

4.1 Was am dargelegten Ergebnis des regierungsrätlichen Beschwerdeentscheides falsch bzw. nicht rechtens sein sollte, hat die Beschwerdeführerin vor Verwaltungsgericht nicht substantiiert dargelegt. Inwiefern im vorliegenden Kontext mit der über 89-jährigen Beschwerdeführerin medizinische Erkenntnisse, Erfahrungen sowie allfällige Vorkommnisse (z.B. bei Spitex-Kontakten etc.) geheim zu halten wären, bleibt nach der Aktenlage unerfindlich. Diesbezüglich bleibt auch der neu beigezogene Rechtsvertreter eine Antwort schuldig, weshalb beispielsweise Erfahrung-

B 18.2

gen und Beobachtungen im Kontext mit Spitex-Kontakten geheim zu bleiben hätten, und zwar ungeachtet der Fragestellung, welche Person letztlich mit der Begutachtung betraut wird.

4.2 Soweit sich die Beschwerdeführerin auf Fehler bei der Beschlussfassung im Jahre 2013 beruft, wurde bereits in Erwägung 1.3 erläutert, dass auf damals in Rechtskraft erwachsene Beschlüsse hier nicht einzutreten ist.

4.3.1 Soweit die Beschwerdeführerin sinngemäss die Unabhängigkeit der von der Erwachsenenschutzbehörde vorgesehenen Gutachterin bezweifelt, wurde bereits dargelegt, dass die Wahl der begutachtenden Person nicht Gegenstand des vorliegenden Beschwerdeverfahrens bildet. Abgesehen davon würde eine solche Rüge keinen ausreichenden Grund darstellen, um diese Gutachterin nicht von der beruflichen Schweigepflicht zu entbinden, zumal nicht im vorliegenden Verfahren über den Beweiswert des ausstehenden Gutachtens zu befinden ist. Vielmehr wären allfällige Einwände gegen einen bestimmten Sachverständigen im vor der betreffenden Erwachsenenschutzbehörde pendenten Verfahren vorzubringen.

(VGE III 2017 47 vom 29. Mai 2017; das Bundesgericht hat eine dagegen erhobene Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten mit Urteil 2C_622/2017 vom 19. Februar 2018 abgewiesen).

C **Regierungsrat**

1. **Gemeindewesen**

1.1 **Statutenwidrige Einladung zur Generalversammlung einer Flurgenossenschaft**

- *Rechtsfolgen einer statutenwidrigen Einladung zur Generalversammlung (Erw. 2).*

Aus dem Sachverhalt:

Mit Schreiben vom 16. August 2016 lud der Vorstand die Mitglieder der Flurgenossenschaft R. auf den 8. September 2016 zur vierten Generalversammlung ein. Am 17. August 2016 reichte G. dem Vorstand verschiedene Anträge zur Beratung und Beschlussfassung an der Generalversammlung ein. Mit E-Mail vom 5. September 2016 stellte der Vorstand diese Anträge sämtlichen Mitgliedern zur Kenntnisnahme zu. Die Generalversammlung fand schliesslich am 8. September 2016 statt. Nachdem G. die anwesenden Mitglieder auf formelle Mängel in Bezug auf die Einberufung der Generalversammlung hingewiesen hatte, verliess er den Versammlungsort.

Aus den Erwägungen:

2. Der Beschwerdeführer verlangt, dass sämtliche an der Generalversammlung vom 8. September 2016 gefassten Beschlüsse aufgehoben werden. Zudem sei die Generalversammlung innert nützlicher Frist zu wiederholen. Zur Begründung führt er an, dass der Vorstand die Einladung zu spät verschickt habe, weshalb die Generalversammlung gar nicht beschlussfähig gewesen sei. Zudem habe der Vorstand die von ihm fristgerecht eingereichten Anträge den übrigen Mitgliedern der Flurgenossenschaft R. erst drei Tage vor der Generalversammlung zur Kenntnis gebracht. Gleich zu Beginn der Generalversammlung habe er den Vorstand auf diese Mängel im Zusammenhang mit der Einberufung sowie auf die Beschlussunfähigkeit hingewiesen, was diesen aber nicht von der Durchführung abgehalten habe.

C 1.1

2.1 Gemäss Art. 7 Abs. 3 der Statuten der Flurgenossenschaft R. vom 19. September 2013 (...; nachfolgend: Statuten) ist die Einladung für die Generalversammlung möglichst frühzeitig, wenigstens jedoch einen Monat (Versand) vor dem Verhandlungstag, und unter Hinweis auf die zu behandelnden Geschäfte jedem Mitglied schriftlich zuzustellen. An der Generalversammlung ist auch über die Anliegen einzelner Mitglieder zu beraten und Beschluss zu fassen, wenn an den Vorstand bis spätestens 20 Tage vor der Generalversammlung (Poststempel) schriftlich ein entsprechendes Begehren gestellt wird. Solche Begehren sind sofort nach Eingang beim Vorstand allen Mitgliedern zur Kenntnis zu geben (Art. 7 Abs. 4 der Statuten). Über Geschäfte, die nicht gemäss Abs. 3 und 4 bekannt gemacht wurden, darf nur in Anwesenheit und im Einverständnis aller Mitglieder Beschluss gefasst werden (Art. 7 Abs. 5 der Statuten). Der Sinn der frühzeitigen Zustellung der Geschäfte der Generalversammlung an die Mitglieder der Flurgenossenschaft besteht darin, dass sich diese Klarheit über die Tragweite des Geschäfts machen und entscheiden können, ob sie an der Versammlung teilnehmen sollen, ob sie Auskunft über bestimmte Posten verlangen und allenfalls Abänderungsanträge stellen wollen und ob sie der Vorlage zustimmen sollen. Die rechtzeitige Vorbereitungs-, Orientierungs- und Informationspflicht des Vorstandes ist somit ein Instrumentarium, welches wichtige Rahmenbedingungen für qualitativ gute und durchdachte Generalversammlungsbeschlüsse setzt. Eine Verletzung der Vorbereitungs-, Orientierungs- und Informationspflichten durch den Vorstand kann unter Umständen die Kassation der Generalversammlungsbeschlüsse nach sich ziehen. Entscheidend ist letztlich allerdings die Schwere des festgestellten Mangels und dessen Bedeutung im Rahmen der gesamten Abstimmung (vgl. Patrick Schönbächler, Das Verfahren der Gemeindeversammlung im Kanton Schwyz, in: EGV-SZ 1999, S. 199 ff.). Durch eine konsequente Einhaltung der in den Statuten festgelegten Fristen kann sichergestellt werden, dass sämtliche Mitglieder der Flurgenossenschaft R. ihre Rechte jederzeit vollumfänglich wahren können.

2.2.1 Die Einladung (inklusive Traktandenliste) zur vierten Generalversammlung vom 8. September 2016 wurde am 16. August 2016, d.h. 23 Tage vor dem Versammlungsdatum, versandt. Dies bedeutet, dass deren Zustellung an die Mitglieder der Flurgenossenschaft R. nicht innert der in den Statuten vorgesehenen (minimalen) Monatsfrist, sondern mehr als eine Woche zu spät erfolgte. Durch die verspätete Einberufung der Generalversammlung hat der Vorstand Art. 7 Abs. 3 der Statuten verletzt. Gemäss Art. 7 Abs. 5 der Statuten hätte deshalb über die traktandierten Geschäfte somit nur in Anwesenheit und im Einverständnis aller Mitglieder Beschluss gefasst werden dürfen. Aus dem Protokoll der vierten ordentlichen General-

versammlung der Flurgenossenschaft R. geht zwar hervor, dass alle anwesenden Mitglieder den traktandierten Geschäften einstimmig zugestimmt haben. Allerdings waren von den 53 stimmberechtigten Mitgliedern nur deren 29 anwesend (nach dem vorzeitigen Abgang des Beschwerdeführers). Bei der verspäteten Einladung handelt es sich um einen schwerwiegenden Mangel, der zwingend die Kassation sämtlicher an der Generalversammlung vom 8. September 2016 gefassten Beschlüsse nach sich zieht (zumal der Vorstand im Zusammenhang mit der Einladung zur Generalversammlung noch weitere gravierende Fehler begangen hat; vgl. unten E. 2.2.2). Dass der Vorstand das Datum für die Generalversammlung bereits mit E-Mail vom 17. März 2016 bekannt gegeben hat, vermag an dieser Beurteilung nichts zu ändern.

2.2.2 Am 17. August 2016 reichte der Beschwerdeführer dem Vorstand fristgerecht mehrere Anträge zur Behandlung und Beschlussfassung an der Generalversammlung ein (Neuanstrich Einfahrt in die Tiefgarage, Behebung der unbefriedigend ausgeführten Unterhaltsarbeiten, Korrektur von falsch gesetzten Grenzsteinen). Dem Beschwerdeführer ist insoweit beizupflichten, als die Zustellung der vorgebrachten Begehren an die Mitglieder der Flurgenossenschaft R. ebenfalls verspätet erfolgt ist, weil diese Anträge erst am 5. September 2016, d.h. drei Tage vor der Generalversammlung, allen Mitgliedern weitergeleitet wurden. Gemäss Art. 7 Abs. 4 der Statuten hätte der Vorstand diese aber sofort nach Eingang (und nicht erst drei Tage vor der Generalversammlung) weiterleiten müssen. Durch eine solch späte Zustellung hatten die Mitglieder der Flurgenossenschaft R. unter Umständen gar keine Möglichkeit mehr, sich Klarheit über die Tragweite der Begehren zu verschaffen und allenfalls trotzdem an der Generalversammlung teilzunehmen, auch wenn sie dies ursprünglich nicht geplant hatten. Angesichts der Tatsache, dass von den 53 stimmberechtigten Mitgliedern mehr als 20 nicht an der Generalversammlung teilnahmen, ist dies nicht auszuschliessen. Die vom Beschwerdeführer vorgängig gestellten Anträge wurden an der Generalversammlung vom 8. September 2016 zwar besprochen, wobei auf eine Beschlussfassung aus unterschiedlichen Gründen verzichtet wurde (fehlende Zuständigkeit der Flurgenossenschaft R. für den Neuanstrich der Garageneinfahrt, bereits erfolgte Ausführung der Unterhalts- und Belagsarbeiten). Dies ändert aber nichts daran, dass es sich auch bei der statutenwidrig verspäteten Weiterleitung der Anträge des Beschwerdeführers um einen schwerwiegenden Mangel handelt, der zur Aufhebung der Ergebnisse der vierten Generalversammlung führt. Der Beschwerdeführer hat Anspruch darauf, dass seine beim Vorstand fristgerecht eingereichten Begehren für die sowieso zu wiederholende vierte ordentliche Generalver-

C 2.1

sammlung traktandiert und den anwesenden Mitgliedern der Flurgenossenschaft R. zur Beratung und (allfälligen) Beschlussfassung vorgelegt werden.

3. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Beschwerdegegnerin mehrere statutarisch festgelegte Fristen in Bezug auf die Einberufung der Generalversammlung nicht eingehalten hat. Deshalb ist nicht sichergestellt, dass die Mitglieder der Flurgenossenschaft R. ihre Rechte ungehindert ausüben konnten. Die an der vierten ordentlichen Generalversammlung gefassten Beschlüsse werden deshalb aufgehoben und die Beschwerdegegnerin wird angewiesen, diese noch einmal ordnungsgemäss einzuberufen und durchzuführen. Die Beschwerde ist demnach gutzuheissen (...).

(RRB Nr. 285 vom 11. April 2017).

2. Baurecht

2.1 Baubewilligungspflicht und Baubewilligungsverfahren für Kleinbauten

- *Baubewilligungspflicht für eine Fertiggarage (Erw. 3.1 – 3.3).*
- *Baubewilligungspflicht für einen dauerhaft installierten Brennholzunterstand, der eine feste Überdachung aufweist (Erw. 3.4).*
- *Bewilligung eines Gartenhauses, einer Windschutzverglasung und einer Balkonüberdachung im vereinfachten Verfahren (Erw. 4.1 – 4.2).*

Aus den Erwägungen:

3. Die Aufsichtsbeschwerdeführer machen geltend, auf dem Grundstück KTN 501 von A. stehe eine Fertiggarage, welche nie öffentlich ausgeschrieben worden sei. Bereits mit Schreiben vom 24. Januar 2017 hätten sie den Gemeinderat X. auf diesen Sachverhalt hingewiesen. Dabei gehe es ihnen nicht darum, dass A. ebenfalls verzeigt werde. Der Gemeinderat müsse aber alle Bürger gleich behandeln.

3.1 Die im Rahmen des vorliegenden Aufsichtsbeschwerdeverfahrens vorgenommenen Abklärungen des Aufsichtsbeschwerdegegners haben mit Bezug auf die Fertiggarage von A. ergeben, dass diese im Jahr 2004 an die Westfassade des bestehenden Wohnhauses auf der Liegenschaft KTN 501 angebaut wurde. Der Anbau wäre gemäss § 75 PBG in Verbindung mit

Art. 90 des Baureglements der Gemeinde X. bewilligungspflichtig gewesen. Es liege indessen Strafverjährung gemäss § 92 Abs. 3 PBG vor. Dies entbinde jedoch nicht von der Nachholung des Baubewilligungsverfahrens. Darauf könnte nur verzichtet werden, wenn die Garage vor Inkrafttreten des Planungs- und Baugesetzes vom 14. Mai 1987 errichtet worden wäre, was offensichtlich nicht der Fall sei. Der Aufsichtsbeschwerdegegner habe das Bauamt daher angewiesen, ein nachträgliches Baubewilligungsverfahren einzuleiten.

3.2 Bauten und Anlagen dürfen nur mit behördlicher Bewilligung errichtet oder geändert werden. Die Bewilligung wird im Melde-, im vereinfachten oder im ordentlichen Verfahren erteilt (§ 75 Abs. 1 PBG). Wird ein Bauvorhaben ausgeführt, ohne dass die hierfür erforderliche Baubewilligung vorliegt, erweist es sich mindestens als formell baurechtswidrig. Die zuständige Bewilligungsbehörde muss in solchen Fällen ein nachträgliches Baubewilligungsverfahren einleiten. In dessen Rahmen ist zu prüfen, ob die Baute die einschlägigen gesetzlichen Vorschriften einhält und damit materiell baurechtskonform ist. Bejaht die Baubewilligungsbehörde dies, muss sie eine nachträgliche Baubewilligung aussprechen, andernfalls die erforderlichen Massnahmen für die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands ergreifen (vgl. RRB Nr. 335 vom 1. April 2008, E. 3.1). Wer Bauten und Anlagen ohne Baubewilligung oder in Abweichung einer Baubewilligung errichtet, ändert oder umnutzt, wird nach den Vorschriften des Justizgesetzes vom 18. November 2009 (JG, SRSZ 231.110) und der Schweizerischen Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007 (StPO, SR 312.0) mit Busse bis Fr. 50'000.-- bestraft (§ 92 Abs. 1 PBG). Die Strafverfolgung verjährt in sieben Jahren (§ 92 Abs. 3 PBG).

3.3 Bezüglich der Fertiggarage von A. ergibt sich gemäss den Abklärungen des Aufsichtsbeschwerdegegners, dass diese im Jahr 2004 an die Westfassade des bestehenden Wohnhauses auf KTN 501 angebaut wurde. Dieser Anbau wäre gestützt auf § 75 PBG und Art. 90 BauR bewilligungspflichtig gewesen. Der Aufsichtsbeschwerdegegner hat somit das Bauamt zu Recht angewiesen, ein nachträgliches Baubewilligungsverfahren durchzuführen. Der Anbau ist im WebGIS SZ eingetragen und auf dem bei den Akten liegenden Luftbild aus dem Jahr 2006 erkennbar. Die siebenjährige Strafverjährung ist somit abgelaufen, weshalb sich eine Verzeigung an die Strafbehörden erübrigt bzw. keinen Sinn macht, weil das Strafverfahren wegen Eintritts der absoluten Verjährung ohnehin gleich wieder eingestellt werden müsste.

C 2.1

3.4 Mit Bezug auf die überdachte Holzbeige auf KTN 501 macht der Aufsichtsbeschwerdegegner geltend, dass es sich dabei nach der Rechtsprechung weder um eine Baute noch um eine Anlage handle, weshalb kein nachträgliches Baubewilligungsverfahren durchgeführt werden müsse.

3.4.1 Der Begriff „Bauten und Anlagen“ ist im Gesetz nicht näher definiert. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts handelt es sich dabei um künstlich geschaffene und auf Dauer angelegte Einrichtungen, die in fester Beziehung zum Erdboden stehen und geeignet sind, die Vorstellung über die Nutzungsordnung zu beeinflussen, sei es, dass sie den Raum äusserlich erheblich verändern, die Erschliessung belasten oder die Umwelt beeinträchtigen (BGE 113 Ib 314 E. 2b S. 315 f.). Die Baubewilligung soll es der Behörde ermöglichen, das Bauprojekt in Bezug auf die räumlichen Folgen vor der Ausführung auf die Übereinstimmung mit der raumplanerischen Nutzungsordnung und der übrigen einschlägigen Gesetzgebung zu überprüfen. Massstab dafür, ob eine bauliche Massnahme erheblich genug ist, um sie dem Baubewilligungsverfahren zu unterwerfen, ist die Frage, ob mit der Realisierung des Vorhabens so wichtige räumliche Folgen verbunden sind, dass ein Interesse der Öffentlichkeit oder der Nachbarn an einer vorgängigen Kontrolle besteht (BGer, 21. Januar 2009, 1C_226/2008, E. 2.3).

3.4.2 Die Bewilligungspflicht einer baulichen Massnahme ist im baurechtlichen Verfahren zu klären. Bei der Frage, ob ein solches Verfahren überhaupt einzuleiten ist, steht der Baubehörde ein erheblicher Ermessensspielraum zu. Bestehen Anhaltspunkte, dass ein bewilligungspflichtiger Sachverhalt vorliegen könnte, wird sie im Zweifelsfall ein Bewilligungsverfahren einleiten müssen (vgl. Baurechtsentscheide des Kantons Zürich [BEZ] 2004 Nr. 47). Das Nichteinleiten eines Baubewilligungsverfahrens setzt somit voraus, dass von vornherein gesagt werden kann, dass kein Interesse der Öffentlichkeit oder der Nachbarn an einer vorgängigen Kontrolle besteht.

3.4.3 Vorliegend trifft zwar zu, dass in EGV-SZ 2015 B 8.6, E. 3.2 festgehalten wird, dass es sich bei einer überdachten Scheiterbeige weder um eine Baute noch um eine Anlage im baurechtlichen Sinn handelt. Dieser Entscheid bezieht sich jedoch primär auf die Frage, ob eine überdachte Scheiterbeige den Grenzabstand einhalten müsse. Dies wurde unter dem Vorbehalt, dass die Holzbeige keine fassadenähnliche Wirkung aufweisen dürfe, verneint. Die zitierte Rechtsprechung ändert jedenfalls nichts daran, dass es sich bei einem überdachten Brennholzunterstand – wie auf KTN 501 – um eine künstlich geschaffene und auf Dauer angelegte Einrichtung

handelt, welche aufgrund der erforderlichen Stützelemente auch in fester Beziehung zum Erdboden steht. Zudem ergibt sich aus den bei den Akten liegenden Fotoaufnahmen, dass der überdachte Brennholzunterstand auf KTN 501 ein beträchtliches Ausmass aufweist. Es ist daher davon auszugehen, dass dieser räumliche Auswirkungen zeitigt, welche eine Überprüfung auf die Übereinstimmung mit der raumplanerischen Nutzungsordnung und der übrigen einschlägigen Gesetzgebung erforderlich macht. Es bestehen somit hinreichende Anhaltspunkte dafür, dass ein bewilligungspflichtiger Sachverhalt vorliegt. Zudem ergibt sich, dass der überdachte Holzunterstand unmittelbar an die Fertiggergarage auf KTN 501 anschliesst, für welche ohnehin ein nachträgliches Baugesuchsverfahren durchgeführt werden muss. Unter diesen Umständen lässt es sich rechtfertigen, auch für den Brennholzunterstand ein nachträgliches Baubewilligungsverfahren durchzuführen. Dies bedeutet indessen nicht, dass für jede Holzbeige, welche vor Witterungseinflüssen abgedeckt ist, ein nachträgliches Baubewilligungsverfahren durchgeführt werden müsste. Bewilligungspflichtig sind lediglich dauerhaft installierte Brennholzunterstände, welche eine feste Überdachung aufweisen.

3.5 (...)

4. Schliesslich beanstanden die Aufsichtsbeschwerdeführer, dass das Baugesuch von B. für die Erstellung eines Gartenhauses, einer Sitzplatzüberdachung und eines Windfangs im vereinfachten Verfahren bewilligt worden sei. Es sei nicht richtig, dass der B. diese Bauten nicht ordentlich im Amtsblatt habe ausschreiben müssen.

4.1 Gemäss § 79 Abs. 1 PBG werden kleinere Bauvorhaben oder Änderungen bewilligter Bauvorhaben ohne Auflage und Publikation bewilligt, wenn das schriftliche Einverständnis der direkten Anstösser und der zuständigen Bewilligungsinstanzen des Kantons und des Bezirks vorliegt. Die Bewilligungsbehörde dispensiert in solchen Fällen auch von der Erstellung eines Baugespanns. Nach Absatz 2 der genannten Bestimmung zeigt sie die Bewilligung den direkten Anstössern und den zuständigen Bewilligungsinstanzen des Kantons und des Bezirks an. Nach Art. 94 Abs. 1 des Baureglements der Gemeinde X. bewilligt der Gemeinderat geringfügige Bauvorhaben oder Änderungen bewilligter Bauvorhaben im vereinfachten Verfahren, wenn keine öffentlichen oder privaten Interessen berührt werden, nach schriftlicher Anzeige an die Anstösser und an die zuständigen Bewilligungsinstanzen des Kantons ohne öffentliche Auflage und Publikation. Er dispensiert von der Erstellung eines Baugespanns und kann auch die Anforderungen an die einzureichenden Unterlagen reduzieren (Abs. 2).

C 2.2

4.2 Vorliegend haben B. und C. am 30. Mai 2016 ein Gesuch um Bewilligung eines Gartenhauses, einer Windschutzverglasung und einer Balkonüberdachung auf KTN 700 (...) eingereicht. Der Aufsichtsbeschwerdegegner hat die Baubewilligung am 7. Juni 2016 im vereinfachten Verfahren erteilt. (...) Beim Gartenhaus handelt es sich um eine Nebenbaute gemäss § 61 Abs. 1 PBG. Mit Grundmassen von 5.00 m auf 3.50 m bei einer Höhe von 4.00 m ist es stattlich dimensioniert, zumal es auch einen kleinen Keller zur Lagerung von Gartenwerkzeug aufweist. Bei der Frage, ob noch ein „kleineres Bauvorhaben“ im Sinne von § 79 Abs. 1 PBG vorliegt, kommt dem Aufsichtsbeschwerdegegner jedoch ein erheblicher Beurteilungsspielraum zu. Wenn der Gemeinderat die Dimensionierung des Gartenhauses unter Berücksichtigung des Ortsgebrauchs noch nicht als übermässig für die Anwendbarkeit des vereinfachten Verfahrens beurteilt hat, kann daher noch nicht auf eine klare Rechtsverletzung geschlossen werden, welche erst ein aufsichtsrechtliches Einschreiten des Regierungsrats zu rechtfertigen vermöchte. Es durfte dabei ebenfalls berücksichtigt werden, dass die unterschriftliche Zustimmung der Grundstücksnachbarn vorlag. In Anwendung von § 79 Abs. 3 PBG konnte daher auch auf das Anzeigeverfahren verzichtet werden. Bei der Windschutzverglasung und der Sitzplatzüberdachung im Attikageschoss handelt es sich um kleinere Änderungen im Sinne von § 79 Abs. 1 PBG, welche ebenfalls im vereinfachten Verfahren bewilligt werden durften. (...)

5. Zusammenfassend ergibt sich, dass für die bereits erstellte Fertiggarage und den Brennholzunterstand auf dem Grundstück KTN 501 von A. ein nachträgliches Baubewilligungsverfahren durchzuführen ist. Im Übrigen ist der Aufsichtsbeschwerde keine Folge zu leisten.

(RRB Nr. 693 vom 12. September 2017).

2.2 Abstand zu einer Zonengrenze

- *Fehlen gesetzlicher Regelungen im Kanton Schwyz, welche einen Abstand zur Bauzonengrenze resp. einen Zonenabstand vorschreiben (Erw. 2.1).*
- *Mit dem zivilrechtlichen Instrument des Dienstbarkeitsvertrages können die öffentlich-rechtlichen Grenzabstände (Parzellengrenze) in gewissem Umfang abgeändert werden. Eine Ungleichverteilung des Grenzabstandes ermöglicht es der einen Vertragspartei, näher an die Grenze zu bauen, als dies nach den geltenden Vorschriften zulässig wäre. Die blosse Einräu-*

mung eines Näher- oder Grenzbaurechts genügt für die ungleiche Verteilung des Grenzabstandes gemäss § 62 PBG aber nicht (Erw. 2.2 – 2.5).

- *Sind die Voraussetzungen für die Erteilung einer Baubewilligung nicht vollständig erfüllt und können die vorhandenen Mängel durch einfache, gezielte Anordnungen behoben werden, kann die Baubewilligung mit Nebenbestimmungen versehen werden (Erw. 2.6).*

Aus den Erwägungen:

2. Die Baugrundstücke KTN 1663 und KTN 2392 liegen in der Wohnzone W2 und grenzen nördlich direkt an die in der Landwirtschaftszone gelegenen Grundstücke KTN 2396 und KTN 2401. Aus den Baugesuchsunterlagen ist ersichtlich, dass die geplanten Häuser direkt auf den Grenzen zwischen KTN 1663 und KTN 2396 bzw. KTN 2392 und KTN 2401 zu stehen kommen. Die Beschwerdeführerin bringt vor, das Bauvorhaben halte keinen Abstand zur Bauzonengrenze ein, was unzulässig sei. Damit werde die gesetzliche Vorgabe umgangen, wonach die Bauzonen von den Nichtbauzonen abzugrenzen seien. Ohne einen Mindestabstand führe das Bauen bis an die Zonengrenze regelmässig zu unerwünschten Ausdehnungen der Siedlung in die Nichtbauzone. Als Ergebnis erweise sich das Bauen bis direkt an die Nichtbauzone als unzulässig. Es sei der Mindestabstand von 3 m gemäss § 60 Abs. 1 PBG zwingend einzuhalten.

2.1 Wie die Beschwerdeführerin in ihrer Beschwerde anschliessend selber ausführt, gibt es im Kanton Schwyz keine gesetzliche Regelung, welche einen Abstand zur Bauzonengrenze resp. einen Zonenabstand vorschreibt (vgl. RRB Nr. 550 vom 25. Juni 2013, E. 6). Die von der Beschwerdeführerin zitierte Regelung von § 60 PBG befasst sich mit dem Abstand zu einer Grundstücksgrenze (sog. Grenzabstand). Wie aus dem aktuell geltenden Zonenplan der Gemeinde Wollerau vom 28. Februar 2016 (...) zu entnehmen ist, verläuft die Zonengrenze der W2 im hier interessierenden Bereich direkt auf der Grenze zwischen KTN 1663 und KTN 2396 resp. KTN 2392 und KTN 2401. Die Grundstücks- und Zonengrenzen sind im vorliegend in Frage stehenden Bereich somit identisch.

2.2 Der Grenzabstand ist die kürzeste Verbindung zwischen Grenze und Fassade. Er wird senkrecht auf die Fassade und über die Ecken mit dem kleineren Radius gemessen (§ 59 Abs. 1 PBG). Für Bauten bis und mit 20 m Gebäudehöhe beträgt der Grenzabstand 50 % der Gebäudehöhe, mindestens aber 3 m (§ 60 Abs. 1 PBG). Als Gebäudehöhe gilt das Mass vom ausgemittelten gewachsenen Boden in der Fassadenmitte bis zum

C 2.2

Schnittpunkt der Fassade mit der Dachhaut, bei Flachdächern bis zur Oberkante des Dachabschlusses (§ 60 Abs. 2 PBG). Die Gemeinden können generell grössere Masse als in den kantonalen Mindestvorschriften vorschreiben. In den Kernzonen können sie auch geringere Grenz- und Gebäudeabstände vorsehen (§ 52 Abs. 2 PBG). Von dieser Kompetenz hat die Gemeinde Wollerau Gebrauch gemacht. Gemäss Art. 36 und Art. 37 i.V.m. Art. 71 BauR ist in den Wohnzonen ein kleiner und ein grosser Grenzabstand einzuhalten. Der kleine Grenzabstand beträgt 60 % der Gebäudehöhe, mindestens aber 4 m. Der grosse Grenzabstand beträgt 100 % der Gebäudehöhe, mindestens jedoch 8 m. Der grosse Grenzabstand ist auf der am stärksten nach Süden gerichteten Längsfassade, der kleine Grenzabstand auf den übrigen Gebäudeseiten einzuhalten (Art. 36 Abs. 1 BauR).

2.3 Die Gebäudehöhen an den Nordfassaden der geplanten Einfamilienhäuser betragen vorliegend gemäss dem Plan „Schnitt D/Nord- & Südfassade“ 3.91 m (Haus West), 3.88 m (Haus Mitte) und 4.13 m (Haus Ost). Die geplanten Häuser müssen somit allesamt den kommunalen Mindestgrenzabstand von 4 m gegenüber den nördlich gelegenen Grundstücken KTN 2369 und KTN 2401 einhalten. Dieser Grenzabstand wird im vorliegenden Fall unbestrittenermassen komplett unterschritten.

2.4 Bei Einhaltung des Gebäudeabstandes können die Grenzabstände durch einen Dienstbarkeitsvertrag unter den Grundeigentümern ungleich verteilt werden. Die Dienstbarkeit ist im Grundbuch einzutragen; sie kann nur mit Zustimmung der Bewilligungsbehörde gelöscht werden (§ 62 PBG). Mit dem zivilrechtlichen Instrument des Dienstbarkeitsvertrages können die öffentlich-rechtlichen Grenzabstände in gewissem Umfang abgeändert werden. Eine Ungleichverteilung des Grenzabstandes ermöglicht es der einen Vertragspartei, näher an die Grenze zu bauen, als dies nach den geltenden Vorschriften möglich wäre. Für die andere Vertragspartei beinhaltet der Dienstbarkeitsvertrag indes die Pflicht, mit allfälligen eigenen Bauprojekten einen grösseren Grenzabstand einzuhalten, als dies die massgeblichen Bestimmungen vorsehen, damit auch der Gebäudeabstand eingehalten werden kann (RRB Nr. 324 vom 12. April 2016, E. 2.4, bestätigt mit VGE III 2016 99 vom 20. März 2017; RRB Nr. 1014 vom 27. Oktober 2015, E. 8.1; RRB Nr. 507 vom 12. Mai 2009, E. 2.4.1 mit Hinweis).

2.5 Die Vorinstanz 1 führt in ihrem angefochtenen Beschluss vom 14. November 2016 (auf S. 8 und S. 11) aus, das „gegenseitige Grenzbaurecht“ für die Grundstücke KTN 2392 und KTN 2401 ergebe sich aus dem Grundbuchauszug, welcher am 21. Oktober 2016 eingereicht wurde. Der Ansicht der Vorinstanz 1 kann allerdings nicht gefolgt werden. Aus dem

Grundbuchauszug der Liegenschaft KTN 2392 ist zwar ersichtlich, dass Grenzbaurechte zugunsten der Liegenschaften KTN 1663 und KTN 2396 bestehen. Ebenso bestehen Grenzbaurechte zulasten von KTN 1663 und zugunsten der Liegenschaften KTN 2392 und KTN 2401 (vgl. Grundbuchauszug ...). Die blossе Einräumung eines Näher- oder Grenzbaurechts genügt für die ungleiche Verteilung des Grenzabstandes gemäss § 62 PBG aber nicht. Eine eigentliche Dienstbarkeit über die ungleiche Verteilung der Grenzabstände i.S.v. § 62 PBG zugunsten der Liegenschaften KTN 1663 und KTN 2392 und zulasten der Liegenschaften KTN 2396 und KTN 2401 wurde bis jetzt noch nicht im Grundbuch eingetragen resp. besteht nicht. Da die drei geplanten Häuser den Grenzabstand zu den benachbarten Parzellen KTN 2396 und KTN 2401 komplett unterschreiten und keine Dienstbarkeit i.S.v. § 62 PBG vorliegt, ist das Bauvorhaben grundsätzlich nicht bewilligungsfähig.

2.6 Wenn die Voraussetzungen für die Erteilung einer Baubewilligung zwar nicht vollständig erfüllt sind, die noch vorhandenen Mängel jedoch 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). Auch im vorliegenden Fall kann der Mangel mittels einer Auflage geheilt werden. In teilweiser Gutheissung der Beschwerde sind die Beschwerdegegner deshalb auflagenweise zu verpflichten, vor Baubeginn mit den Grundeigentümern von KTN 2396 (Beschwerdegegnerin 1) und KTN 2401 (X.) einen Dienstbarkeitsvertrag betreffend die ungleiche Verteilung der Grenzabstände abzuschliessen und im Grundbuch eintragen zu lassen. Diese Dienstbarkeit beinhaltet das Recht des jeweiligen Eigentümers von KTN 1663 und KTN 2392, näher an die Grenze zu KTN 2396 und KTN 2401 zu bauen, als dies nach den geltenden Vorschriften möglich wäre. Für die andere Vertragspartei beinhaltet der Dienstbarkeitsvertrag indes die Pflicht, den fehlenden Grenzabstand zu übernehmen. Vor der Baufreigabe ist dem Hochbauamt Wollerau eine Kopie des Grundbucheintrages einzureichen. Bevor diese Nachweise erbracht werden, können die Beschwerdegegner jedenfalls nicht mit der Baufreigabe rechnen.

(RRB Nr. 319 vom 25. April 2017).

2.3 Baubewilligung für einen Teich auf einer Dachterrasse

- *Baubewilligungspflicht für eine Teichanlage auf einer Dachterrasse (Erw. 3).*

C 2.3

- *Einwirkungen durch Stechmücken aus einem Teich sind nach den Immissionsvorschriften des Planungs- und Baugesetzes und nicht nach dem Umweltschutzrecht zu beurteilen (Erw. 3.1).*
- *Fehlender Nachweis, dass vom Teich übermässige Belästigungen durch Stechmücken ausgehen (Erw. 3.2 – 3.6).*

Aus dem Sachverhalt:

A. hatte auf der Dachterrasse eines Mehrfamilienhauses eine Teichanlage bzw. ein etwa 4.3 m² grosses Wasserbecken mit einem Fassungsvermögen von rund 1'400 Litern erstellt. Das Bauamt forderte ihn auf, für die Teichanlage ein nachträgliches Baugesuch einzureichen. Die Bewilligung dafür wurde von der kommunalen Baubehörde alsdann erteilt und die dagegen erhobene Einsprache wurde abgewiesen. Gleiches widerfuhr der gegen den Einspracheentscheid und die Baubewilligung erhobenen Verwaltungsbeschwerde.

Aus den Erwägungen:

2. Die Beschwerdeführer beanstanden, das Bauvorhaben verletze die Schutzbestimmungen betreffend Sicherheit und Gesundheit sowie die öffentlich-rechtlichen Immissionsschutzbestimmungen. Der künstlich angelegte Teich auf der Dachterrasse des Beschwerdegegners sei ein eigentliches Stechmückenbruthabitat, denn das stehende Wasser liefere ideale Bedingungen für Stechmückenlarven. Der Westwind trage die Stechmücken zu ihnen auf die östlich gelegene Dachterrasse. Vor allem in der Dämmerung würden sie schliesslich von den Stechmücken „geplagt“. Die Beschwerdeführer schliessen aus, dass die Stechmücken von ihrer eigenen Terrasse her stammen. In diesem Zusammenhang haben die Beschwerdeführer zwei Gutachten von Dr. C., Institut für Parasitologie der Universität Zürich, vom 17. Juni 2016 und vom 27. November 2016 eingereicht. Diese bestätigen, dass sich keine Stechmückenbruthabitate auf ihrer eigenen Terrasse befinden. Die Beschwerdeführer werfen der Vorinstanz zudem vor, sie habe den rechtserheblichen Sachverhalt nur ungenügend abgeklärt, indem sie kein Gutachten über mögliche Stechmückenbruthabitate auf der Dachterrasse des Beschwerdegegners eingeholt habe.

3. 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 PBG). Dass die

Teichanlage auf der Dachterrasse des Beschwerdegegners bewilligungspflichtig ist, ist im vorliegenden Fall nicht (mehr) umstritten. Gemäss § 55 Abs. 1 PBG und Art. 16 Abs. 1 BauR sind Bauten und Anlagen so zu erstellen und zu unterhalten, dass sie weder Personen noch Sachen gefährden. § 55 Abs. 1 PBG schreibt zudem vor, dass Bauten und Anlagen so auszuführen, anzupassen und zu unterhalten sind, dass sie so wenig Lärm, Rauch, Dünste, Gerüche, Erschütterungen und andere Emissionen erzeugen, wie dies technisch und betrieblich möglich und wirtschaftlich tragbar ist (vgl. auch Art. 18 Abs. 1 BauR). Die Baubewilligung ist zu verweigern, wenn der bestimmungsgemässe Gebrauch einer Baute oder Anlage für die Nachbarschaft nach Lage und Ortsgebrauch übermässige Einwirkungen zur Folge hätte (§ 55 Abs. 2 PBG; vgl. auch Art. 18 Abs. 2 BauR).

3.1 Die Frage, ob und inwieweit Emissionen bzw. Immissionen unzulässig sind, regelt in erster Linie die Umweltschutzgesetzgebung des Bundes. Immissionen, die durch Stechmücken verursacht werden, werden von den Bestimmungen des Umweltschutzrechtes des Bundes indes nicht erfasst, fallen doch darunter nur Einwirkungen wie Luftverunreinigungen, Lärm, Erschütterungen, Strahlen, Gewässerverunreinigungen, Bodenbelastungen, usw. (vgl. Art. 7 des Bundesgesetzes über den Umweltschutz vom 7. Oktober 1983, Umweltschutzgesetz, USG, SR 814.01). Sie sind daher gestützt auf die Vorschrift von § 55 Abs. 1 PBG zu beurteilen, welche einen allgemeinen Schutz vor Einwirkungen von Bauten und Anlagen auf Grundstücke im relevanten Umgebungsbereich statuiert.

3.2 Gegenstand des vorliegenden nachträglichen Baugesuchs ist eine Teichanlage mit diversen Wasserpflanzen und Goldfischen. Die Fläche des Teiches beträgt etwa 4.3 m². Das Fassungsvermögen des Wasserbeckens beträgt rund 1'400 Liter. Ausserdem besteht die Teichanlage bereits seit dem Jahr 2001, mithin also seit etwa 16 Jahren. Die Beschwerdeführer haben sich jedoch erstmals im November 2014 nachweislich über die Teichanlage und die angebliche Stechmückenplage beschwert.

3.3 Im vorliegenden Fall ist zunächst nicht erwiesen, dass die Teichanlage des Beschwerdegegners ein eigentliches Stechmücken-Bruthabitat bzw. den Ursprung der von den Beschwerdeführern behaupteten „Stechmückenplage“ darstellt. Die von den Beschwerdeführern eingereichten Gutachten von Dr. C. bestätigen lediglich, dass auf der Terrasse der Beschwerdeführer offenbar keine Stechmückenbruthabitate (z.B. im Brennholzlager für das Cheminée) zu finden sind. Diese Gutachten lassen jedoch nicht den Rückschluss zu, dass somit die Teichanlage ursächlich für die angebliche Stechmückenplage ist. Beide Gutachten bestätigen jedoch, dass insbeson-

C 2.3

dere stehende Gewässer als Bruthabitate in Frage kommen. Die Teichanlage des Beschwerdegegners befindet sich im 3. Stock und ist kaum windgeschützt (vgl. Fotos in den vorinstanzlichen Akten). Das Wasser wird mit einem Filtersystem in einem geschlossenen Kreislauf gereinigt, sodass es in ständiger Bewegung ist. Zudem befinden sich im Teich einige grosse Goldfische. Es ist daher unwahrscheinlich, dass in der Teichanlage die idealen Bedingungen für ein Stechmückenbruthabitat herrschen. Von diesem wäre im Übrigen ansonsten wohl auch der Beschwerdegegner selber betroffen, was dafür spricht, dass dieser nötigenfalls entsprechende Gegenmassnahmen treffen würde.

3.4 Selbst wenn sich im Teich des Beschwerdegegners Stechmückenlarven befinden und die ausgewachsenen Stechmücken von dort ausschwärmen würden, ist es fraglich, ob diese als eigentliche Emissionen der Teichanlage zu qualifizieren sind. Die Stechmücken als solche hängen jedenfalls nicht mit dem Gebrauch oder dem Betrieb der Teichanlage zusammen (anders als z.B. die zu einem Bienenstand gehörenden Jungbienen, die Hühner eines Hühnerstalles usw.; vgl. zum anlagebezogenen Ansatz im Umweltschutzrecht auch Alain Griffel/Heribert Rausch, Kommentar zum Umweltschutzgesetz, Ergänzungsband zur 2. Auflage, Zürich 2011, Art. 7 Rz 11). Bei den Stechmücken handelt es sich vielmehr um in der Natur frei lebende Insekten. Ihre Verbreitung und die Vermehrung hängen nach allgemeiner Erfahrung auch in der Schweiz von vielen verschiedenen Faktoren und nicht zuletzt vom Klima ab. Unbestritten dürfte sein, dass in der Schweiz zumindest in den kalten Wintermonaten grossmehrheitlich keine Stechmücken vorkommen. Einwirkungen, die einen natürlichen Ursprung haben, stellen aber grundsätzlich keine Emissionen i.S.v. § 55 Abs. 1 und 2 PBG dar.

3.5 Auch wenn man die Stechmücken als mit dem Gebrauch oder Betrieb der in Frage stehenden Teichanlage zusammenhängende Emissionen betrachten würde (was nach dem unter E. 3.4 Gesagten grundsätzlich nicht sachgerecht ist), stellt sich als nächstes die Frage, ob die mit den Stechmücken zusammenhängenden Immissionen übermässig sind. Die Beschwerdeführer beklagen sich insbesondere über „zerstochene“ Arme und Beine. Mückenstiche können zwar lästig, unangenehm, juckend und u.U. auch schmerzhaft sein. Wie bereits erwähnt, sind Stechmücken in der gesamten Schweiz weit verbreitet und bekannt. Insbesondere in sehr warmen und niederschlagsreichen Sommern können sie zahlreich auftreten und lästig sein. Mit einfachen Vorkehrungen, bspw. handelsüblichen Mückenschutzmitteln, kann man Mückenstiche jedoch gut vermeiden.

3.6 Aus den obigen Ausführungen ergibt sich insgesamt, dass die angebliche „Stechmückenplage“ nicht als mit der Teichanlage in Verbindung stehende übermässige Immission qualifiziert werden kann. Dass die Vorinstanz die Baubewilligung erteilt hat, ist unter diesem Aspekt somit nicht zu beanstanden. Nicht zu beanstanden ist auch, dass die Vorinstanz kein Gutachten über mögliche Stechmücken-Bruthabitate auf der Terrasse des Beschwerdegegners eingeholt hat.

(RRB Nr. 320 vom 25. April 2017).

2.4 Bewilligung von Solaranlagen auf Dächern in Bau- und Landwirtschaftszonen im Meldeverfahren

- *Nachträgliche Baueinsprache gegen ein im Meldeverfahren bewilligtes Bauvorhaben (Erw. 1.1).*
- *Rechtsfolge für eine von der unzuständigen Stelle erteilte Baubewilligung (Erw. 2).*
- *Anforderungen an die Einpassung einer Photovoltaikanlage auf einem Flachdach mit nordwestlicher Exposition, um als genügend angepasst im Sinne von Art. 32a Abs. 1 RPV i.V.m. Art. 18a Abs. 1 RPG und damit im Meldeverfahren durchzugehen (Erw. 3.1 – 3.5).*

Aus den Erwägungen:

1.1 Nach Art. 18a Abs. 1 RPG bedürfen genügend angepasste Solaranlagen auf Dächern in Bau- und Landwirtschaftszonen keiner Baubewilligung nach Art. 22 Abs. 1 RPG. Solche Vorhaben sind lediglich der zuständigen Behörde zu melden. Diese vom Bundesrecht vorgesehene Meldepflicht hat gemäss Rechtsprechung des Regierungsrates im Rahmen eines Meldeverfahrens gemäss § 45 der Vollzugsverordnung zum Planungs- und Baugesetz vom 2. Dezember 1997 (PBV, SRSZ 400.111) zu erfolgen (RRB Nr. 349 vom 16. Mai 2017, E. 2 mit Hinweisen). Das Gesetz sieht grundsätzlich keine vorgängige Einsprachemöglichkeit gegen meldepflichtige Bauvorhaben vor. Wurde ein Bauvorhaben im Meldeverfahren bewilligt, so waren Dritte (vorerst) vom Verfahren ausgeschlossen. Allerdings muss ein Nachbar dennoch die Möglichkeit haben, sich zumindest gegen die Wahl der Art des Bewilligungsverfahrens zur Wehr zu setzen. Dabei kann er geltend machen, dass das vereinfachte oder ordentliche Verfahren hätte durchgeführt werden müssen. Dazu steht ihm gemäss Praxis und Rechtsprechung grundsätzlich nur das Instrument der nachträglichen Baueinsprache im Sinne von § 80 Abs. 3 des Planungs- und Baugesetzes vom 14. Mai 1987 (PBG,

C 2.4

SRSZ 400.100) zur Verfügung (RRB Nr. 768 vom 17. Oktober 2017, E. 1.2.2; vgl. Michael Hagenbuch, Kontrolle, Vollstreckung und Vollzug von Verfügungen im Baurecht, in EGV-SZ 1998, S. 184, Fussnote 24). Gemäss dieser Bestimmung sind spätere Einsprachen gegen Bauvorhaben zulässig, wenn die baulichen Vorkehren aus dem Baugespann und den aufgelegten Plänen nicht deutlich ersichtlich waren oder ihnen widersprechen. Die spätere oder nachträgliche Einsprache bezweckt, die abgelaufene Einsprachefrist wiederherzustellen, wenn der Dritte aus Gründen einer mangelhaften Planaufgabe und Bauprofilierung in unverschuldeter Weise von der Einspracheerhebung abgehalten wurde. Die Frist für die nachträgliche Baueinsprache ist im Gesetz selber nicht festgelegt worden. In Analogie zur gesetzlichen Einsprachefrist wird die Möglichkeit der nachträglichen Einspracheerhebung praxisgemäss ebenfalls auf 20 Tage beschränkt. Dabei wird der Fristenlauf durch die hinreichende Kenntnisnahme des nicht ordnungsgemäss bekannt gemachten Bauvorhabens bzw. der erfolgten Abweichungen ausgelöst (EGV-SZ 2007 B 8.3, E. 3.2 ff.; EGV-SZ 1992 Nr. 8). Gleiches gilt für gewöhnlich auch dann, wenn für die Bewilligung das falsche Verfahren gewählt wurde (RRB Nr. 768 vom 17. Oktober 2017, E. 1.2.2 mit Hinweisen).

1.2 Über die (frist- und formgerechte) nachträgliche Baueinsprache eines betroffenen Dritten muss sodann die zuständige Bewilligungsbehörde in einer anfechtbaren Verfügung (Einspracheentscheid) befinden. Der Einspracheentscheid muss dabei in jedem Fall die formellen Anforderungen des Verwaltungsrechtspflegegesetzes einhalten (vgl. § 31 i.V.m. § 66 VRP, § 7 Bst. b VRP; § 64 Bst. c VRP).

1.3 Für das strittige Baugesuch wurde weder das ordentliche noch das vereinfachte Baubewilligungsverfahren durchgeführt. Insoweit konnten die Beschwerdeführer nicht am vorinstanzlichen Verfahren teilnehmen. Der stellvertretende Abteilungsleiter des Ressorts Planung, Umwelt und Verkehr hat die Baubewilligung nämlich am 13. Oktober 2016 im Meldeverfahren erteilt (vgl. auch Art. 119 Abs. 2 des geltenden Baureglements Küssnacht vom 1. November 2006, nachfolgend: BauR). Die Beschwerdeführer haben der Vorinstanz 1 am 14. Dezember 2016 schriftlich mitgeteilt, dass die Beschwerdegegner vor kurzem eine Solaranlage auf dem Dach des Mehrfamilienhauses (...) errichtet hätten. Sie beanstandeten, dass sie weder mündlich noch schriftlich über das Bauvorhaben informiert worden seien. Ausserdem machten sie geltend, dass das Bauamt Küssnacht für die Solaranlage zu Unrecht das Meldeverfahren durchgeführt habe. Die Beschwerdeführer haben damit sinngemäss eine nachträgliche Baueinsprache eingereicht. Dabei ist weder ersichtlich noch wird geltend gemacht, dass diese

verspätet eingereicht wurde. Am 5. Januar 2017 hat die Baukommission den Beschwerdeführern mitgeteilt, dass die Photovoltaikanlage im Meldeverfahren bewilligt worden sei. Bei diesem Schreiben handelt es sich um einen Einspracheentscheid. Auch wenn es formell nicht als Verfügung bzw. Einspracheentscheid bezeichnet war, kommt dem Schreiben der Baukommission vom 5. Januar 2017 materieller Verfügungscharakter zu. Der Einspracheentscheid vermag allerdings den formellen Anforderungen des Verwaltungsrechtspflegegesetzes nicht zu genügen. Insbesondere müsste der Einspracheentscheid das Versanddatum, den Rechtsspruch und die Kostenaufgabe sowie die Rechtsmittelbelehrung enthalten (§ 31 Abs. 1 Bst. b, f und g und § 32 VRP). Die Vorinstanz wird aufgefordert, die formellen Anforderungen gemäss §§ 30 ff. VRP in Zukunft einzuhalten.

1.4 ...

1.5 ...

2. Zu prüfen ist zunächst, ob der stellvertretende Leiter für die Erteilung der Baubewilligung überhaupt zuständig war.

2.1 Gemäss § 76 Abs. 1 PBG ist der Gemeinderat bzw. der Bezirksrat die Bewilligungsbehörde für Baubewilligungen. Die Gemeindeversammlung bzw. die Bezirksgemeinde kann dessen Kompetenzen ganz oder teilweise einer Baukommission übertragen. Der Bezirk Küsnacht hat von dieser Delegationskompetenz Gebrauch gemacht. Nach Art. 3 Abs. 1 BauR ist der Bezirksrat die Planungs- und Baubewilligungsbehörde. Für das vereinfachte Verfahren gemäss § 79 PBG und das Meldeverfahren gemäss § 75 Abs. 6 PBG ist hingegen die Baukommission zuständig.

2.2 Am 13. Oktober 2016 hat der stellvertretende Abteilungsleiter des Ressorts Planung, Umwelt und Verkehr den Beschwerdegegnern mitgeteilt, dass die Errichtung der Photovoltaikanlage auf dem Grundstück KTN 2128 dem Meldeverfahren zugeordnet werde und als bewilligt gelte. Wie oben ausgeführt, ist die Baukommission Bewilligungsbehörde, wenn ein Bauvorhaben im Meldeverfahren behandelt bzw. beurteilt wird (Art. 3 Abs. 1 BauR). Die Vorinstanz 1 hätte somit über das Baugesuch der Beschwerdegegner entscheiden müssen. Der stellvertretende Abteilungsleiter des Ressorts Planung, Umwelt und Verkehr war für den Erlass der am 13. Oktober 2016 ergangenen Verfügung somit nicht zuständig.

2.3 Grundsätzlich hat die funktionelle und sachliche Unzuständigkeit der verfügenden Behörde die Nichtigkeit der Verfügung zur Folge, es sei denn,

C 2.4

der verfügenden Behörde komme auf dem betreffenden Gebiet allgemeine Entscheidungsgewalt zu (vgl. Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl., Zürich 2016, N 1105 f.). Bei der Abgrenzung zwischen blosser Anfechtbarkeit und Nichtigkeit folgt die Rechtsprechung der so genannten Evidenztheorie. Danach ist eine Verfügung nichtig, wenn der ihr anhaftende Mangel besonders schwer und offensichtlich oder zumindest leicht erkennbar ist und zudem die Rechtssicherheit dadurch nicht ernsthaft gefährdet wird (Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., N 1098).

2.4 Im vorliegenden Fall ist von der Nichtigkeit der angefochtenen Verfügung abzusehen, da der Mangel der fehlenden Zuständigkeit vorhanden, jedoch nicht gravierend ist. Die für das Meldeverfahren zuständige Baukommission hat den Beschwerdeführern mit Schreiben vom 5. Januar 2017 mitgeteilt, dass die Photovoltaikanlage bewilligt worden sei. Aus diesem Schreiben ist ersichtlich, dass diese die Baubewilligung aus denselben Gründen wie der stellvertretende Leiter der Abteilung Planung, Umwelt und Verkehr erteilt hätte. Der Entscheid der Baukommission wäre somit nicht anders ausgefallen. Die Nichtigkeitsklärung der Verfügung vom 13. Oktober 2016 und die Rückweisung der Streitsache an die Baukommission hätte deshalb im Ergebnis wieder die Erteilung der Baubewilligung zur Folge. Somit wäre es nicht verfahrensökonomisch, wenn der Beschluss des stellvertretenden Abteilungsleiters Planung, Umwelt und Verkehr als nichtig erklärt würde. Die Vorinstanz 1 wird dazu angehalten, zukünftig die Zuständigkeitsbestimmungen des Baureglements Küssnacht einzuhalten.

3. Ob das Baugesuch für die Solaranlage am 13. Oktober 2016 zu Recht im Meldeverfahren bewilligt werden konnte, ist nachfolgend zu prüfen.

3.1 Wie bereits erwähnt, können Solaranlagen auf Dächern in Bau- und Landwirtschaftszonen im Meldeverfahren bewilligt werden, sofern sie genügend angepasst sind (Art. 18a Abs. 1 RPG; vgl. oben E. 1.1). Solaranlagen gelten nach Art. 32a Abs. 1 der Raumplanungsverordnung vom 28. Juni 2000 (RPV, SR 700.1) als auf einem Dach genügend angepasst, wenn sie die Dachfläche im rechten Winkel um höchstens 20 cm überragen (Bst. a), von vorne und von oben gesehen nicht über die Dachfläche hinausragen (Bst. b), nach dem Stand der Technik reflexionsarm ausgeführt werden (Bst. c) und als kompakte Fläche zusammenhängen (Bst. d). Diese Voraussetzungen gelten kumulativ. Ist demnach ein Kriterium nicht erfüllt, kann die Solaranlage nicht im Meldeverfahren bewilligt werden. Die Bewilligungsfähigkeit muss vielmehr im Rahmen eines vereinfachten oder ordentlichen Verfahrens überprüft werden. Allerdings sind Solaranlagen in

gewissen besonderen Fällen auch unter der Geltung des neuen Raumplanungsgesetzes in jedem Fall bewilligungs- und nicht bloss meldepflichtig (vgl. Art. 18a Abs. 2 Bst. b und Abs. 3 RPG).

3.2.1 Nach Art. 32a Abs. 1 Bst. a RPV dürfen die Solaranlagen demnach nicht höher als 20 cm sein. Gemessen wird dabei im rechten Winkel ab der Dachfläche. Allerdings rechtfertigt es sich nicht, bei Flachdächern das Mass auf die tatsächliche Dachfläche zu beziehen, wenn das Gebäude eine feste bzw. geschlossene Brüstung aufweist. In diesem Fall bezieht sich das Mass vielmehr auf die Oberkante der Brüstung. Denn Sinn und Zweck von Art. 32a Abs. 1 Bst. a RPV ist, dass die Solaranlage die Dachfläche kaum überragt bzw. so montiert wird, dass die Funktion der Dachhaut zwar dem darunterliegenden Dach überlassen werden kann, die optische Erscheinung aber einem Dach mit integrierter Solaranlage möglichst nahe kommt (Erläuternder Bericht zum Vernehmlassungsentwurf zu einer Teilrevision der Raumplanungsverordnung des Bundesamtes für Raumentwicklung vom August 2013, abrufbar unter: www.are.admin.ch, besucht am: 8. November 2017, S. 13). Für Solaranlagen auf Flachdächern bedeutet dies, dass das optische Erscheinungsbild der Fassade bzw. der gesamten Gebäudekubatur nur gering beeinträchtigt werden darf. Denn letztlich soll die Solaranlage sich der Geometrie des Gebäudes unterordnen (vgl. auch Solaranlagen, Grundlagen zur Erstellung, Departement Bau, Verkehr und Umwelt des Kantons Aargau, Fassung vom November 2016, abrufbar unter: www.ag.ch, besucht am: 13. November 2017, S. 15). Ist ein Flachdachgebäude demnach mit einer geschlossenen Brüstung umgeben, darf die Solaranlage die Oberkante dieser Brüstung um nicht mehr als 20 cm überragen, damit sie das Kriterium von Art. 32a Abs. 1 Bst. a RPV erfüllt.

3.2.2 Die Beschwerdegegner planten seit Längerem, auf dem Flachdach ihres Mehrfamilienhauses eine aufgeständerte Solaranlage zu realisieren. Bereits aus den Baugesuchsunterlagen ergibt sich, dass die Aufständigung die tatsächliche Dachfläche um circa 25 cm überragen wird (vgl. Plan ...). Nachdem die Beschwerdeführer am 14. Dezember 2016 gegen die in der Zwischenzeit realisierte Solaranlage opponierten, führte die Vorinstanz 1 am 3. Januar 2017 eine Besichtigung auf dem Dach des Mehrfamilienhauses durch. Dabei wurde festgestellt, dass die Höhe der Unterkonstruktion 9 cm beträgt. Eine solche sei bei begrünten Flachdächern notwendig und zulässig. Ohne diese Unterkonstruktion sei die Anlage 18 cm hoch. Damit entspreche die Photovoltaikanlage den gesetzlichen Vorgaben (vgl. Schreiben der Baukommission vom 5. Januar 2017). Dieser Ansicht kann jedoch nicht vollumfänglich gefolgt werden. Unabhängig von der Art der Bedachung darf gemäss Art. 32a Abs. 1 Bst. a RPV die gesamte Solaranlage die

C 2.4

Dachfläche im rechten Winkel um nicht mehr als 20 cm überragen. Allerdings ist aus den bei den Akten liegenden Fotoaufnahmen ersichtlich, dass das Mehrfamilienhaus eine geschlossene Dachbrüstung aufweist, welche die eigentliche Dachfläche überragt. Wie hoch diese ist, lässt sich aus den vorliegenden Unterlagen nicht eindeutig entnehmen. Dennoch kann davon ausgegangen werden, dass die Dachbrüstung die eigentliche Dachfläche um mehr als 7 cm überragt (vgl. ...). Damit hält die aufgeständerte Solaranlage mit einer Gesamthöhe von 27 cm die 20 cm ab der Oberkante der Dachbrüstung ein. Das Kriterium von Art. 32a Abs. 1 Bst. a RPV ist erfüllt.

3.3 Darüber hinaus verlangt Art. 32a Abs. 1 Bst. d RPV, dass die Solaranlage als kompakte Fläche zusammenhängt. Diese Anforderung ist entgegen der Ansicht der Beschwerdeführer erfüllt. Denn der Sinn und Zweck dieser Bestimmung ist es, ein ruhiges Erscheinungsbild zu erreichen. Daher kann es auch Gründe geben, um Solaranlagen mit zusammenhängenden Flächen kompakt, aber in anderer Form – beispielsweise mit Aussparungen für Dachflächenfenster – zu realisieren (vgl. Bericht Bund, S. 15). Vorliegend sind die 84 Solarmodule parallel zur Dachkante angeordnet. Die Einfassung erfolgt – wie die Dachbrüstung – in Silber (Aluminiumrahmen). Dabei hängen sie mehrheitlich miteinander zusammen. Allerdings mussten aufgrund von gewissen Dachaufbauten (u.a. für Kamine) Aussparungen vorgenommen werden. Trotz diesen Aussparungen bzw. Restflächen ist die Anlage gerade noch als kompakt zusammenhängende Fläche im Sinne von Art. 32a Abs. 1 Bst. d RPV anzusehen.

3.4 Das Grundstück KTN 2128 und das darauf liegende Haus befinden sich an einer nach Nord-Westen abfallenden Hanglage. In süd-östlicher Richtung befinden sich diverse höherliegende Grundstücke (u.a. jenes der Beschwerdeführer KTN 3668). Bei der geplanten Solaranlage sollen die Solarzellen mit einem Neigungswinkel von 8° aufgeständert werden, was deutlich unter dem optimalen Neigungswinkel von 40° liegt (vgl. Richtlinien „Bewilligungsfreie Anlagen zur Gewinnung erneuerbarer Energien“ des Regierungsrats des Kantons Bern vom 28. Januar 2015, S. 13, 27). Zudem sind die Solarzellen aus polykristallinem Silizium, wobei die Frontabdeckung aus einem eisenarmen Solarglas mit Antireflexionsbeschichtung besteht (vgl. Plan ...). Daher und in Anbetracht der Lage und des Neigungswinkels der Solaranlage ist die Beeinträchtigung der Nachbarschaft durch Reflexionen unwahrscheinlich. Die Solaranlage erfüllt damit auch das Kriterium gemäss Art. 32a Abs. 1 Bst. c RPV. Die Solaranlage überragt ausserdem die Dachfläche sowohl in der Projektion von oben (Aufsicht) als auch in der Ansicht von vorne nicht (Bericht Bund, S. 14; vgl. Art. 32a Abs. 1 Bst. b RPV).

3.5 Nach dem Gesagten handelt es sich bei der Solaranlage um eine „genügend angepasste“ Anlage im Sinne von Art. 32a Abs. 1 RPV i.V.m. Art. 18a Abs. 1 RPG. Die Vorinstanzen haben somit für die Solaranlage zu Recht das Meldeverfahren durchgeführt.

(RRB Nr. 891 vom 28. November 2017).

2.5 Einordnung eines Hotelumbaus ins Ortsbild

- *Widerspruch des geplanten Anbaus zu den Vorschriften über Gebäudehöhe, Geschosshöhe und Dachform in der Kernzone gemäss dem Baureglement Küssnacht (Erw. 4.1 – 4.7).*
- *Kein Bestandesschutz (Erw. 5.1 – 5.2).*
- *Ausnahmebewilligung für die Überschreitungen der Geschosshöhe und der Gebäudehöhe sowie für die Verletzung der Dachform (Erw. 6.1 – 6.8).*
- *Bundes-, kantonale und kommunale Vorgaben für den Ortsbildschutz und die Prüfung derer Einhaltung durch den Regierungsrat im Beschwerdeverfahren (Erw. 7.1 – 7.7).*
- *Missachtung des Ortsbildinventars (Erw. 8.1 – 8.4).*
- *Anbringung von zusätzlichen, nicht entscheiderelevanten Erwägungen (obiter dicta) [Erw. 9.1 – 9.2].*

Aus dem Sachverhalt:

Direkt am Vierwaldstättersee mitten im Dorfkern von Küssnacht am Rigi befindet sich das Hotel Restaurant Seehof. Dieses besteht u.a. aus einem denkmalgeschützten Hauptbau, einem Anbau, einem Pavillon und einer Gartenterrasse mit Kastanienbäumen. Am 10. Februar 2016 reichte die Hotel du Lac Seehof AG dem Bezirksrat Küssnacht das Baugesuch für Neu- und Umbauarbeiten am Seehof ein. Dabei soll der denkmalgeschützte Hauptbau im Innern umgebaut sowie der bestehende Anbau abgerissen und in grösserem Umfang wiederaufgebaut werden. Am 24. Mai 2016 reichte die Hotel du Lac Seehof AG abgeänderte Projektunterlagen ein. Darin weist der neue Anbau (im Vergleich zum ursprünglich geplanten) eine leicht verkleinerte Gebäudegrundfläche auf (für Details siehe Erw. 3.1 – 3.2).

Gestützt auf den Gesamtentscheid des Amtes für Raumentwicklung vom 28. September 2016 erteilte der Bezirksrat Küssnacht die Baubewilligung unter Bedingungen und Auflagen und wies die Einsprachen ab.

C 2.5

Aus den Erwägungen:

3.1 Die Bauparzelle KTN 941 mit einer Fläche von 1468 m² grenzt im Südwesten an den Vierwaldstättersee. Im Norden von KTN 941 liegt die kleinere Bauparzelle KTN 4123 (154 m²). Auf KTN 941 befindet sich der Hauptbau des Seehofes (Gebäude ...). Im Erdgeschoss des Hauptbaus sind das Restaurant mit 80 Plätzen, ein Teil der Restaurantküche (inkl. Buffet), ein Sitzungszimmer, ein Büro und ein Weinkeller untergebracht. Im ersten und zweiten Obergeschoss des Hauptbaus befinden sich Hotelzimmer. Das Dachgeschoss besteht aus sogenannten „Dachkammern“. Nördlich des Hauptbaus befindet sich ein kleiner Innenhof. Der bestehende Anbau (Gebäude ...) steht nordwestlich des Hauptbaus. Im Erdgeschoss dieses Anbaus liegen heute ebenfalls teilweise die Restaurantküche und deren Nebenräume, eine Waschküche, Garagen sowie Lagerräume. Im Obergeschoss und im Dachgeschoss des Anbaus befindet sich eine Wohnung. Diese Wohnung liegt vollständig auf KTN 4123. Das Erdgeschoss des Anbaus erstreckt sich über beide Parzellen KTN 941 und KTN 4123 bzw. ist mit dem Hauptbau verbunden. Folglich ist der vordere Teil des Anbaus auf KTN 941 eingeschossig, der hintere Teil auf KTN 4123 dagegen verfügt insgesamt über zwei Vollgeschosse und ein Dachgeschoss (Plan ...; Augenscheinprotokoll ..., Fotos Nrn. ...).

3.2 Mit dem vorliegend umstrittenen Bauvorhaben sollen im Hauptbau ein Lift eingebaut, die WC-Anlagen vergrößert sowie die Aufteilungen der Hotelzimmer optimiert werden. Die Kammern im Dachgeschoss des Hauptbaus werden zu Hotelzimmern umgebaut und umgenutzt. Auch die bestehende Restaurantküche im Erdgeschoss des Haupt- und des Anbaus wird umgebaut und vergrößert. Der neue Anbau weist eine kubische Form, vier Vollgeschosse und ein Flachdach auf, wobei das Flachdach von Nordwesten nach Südosten leicht geneigt ist. Das Erdgeschoss und das erste Obergeschoss des neuen Anbaus sind mit dem Hauptbau verbunden bzw. füllen teilweise den bestehenden Innenhof nördlich des Hauptbaus auf. Im Übrigen entspricht der Gebäudegrundriss des neuen Anbaus in etwa demjenigen des bestehenden Anbaus. An den neuen Anbau werden im Nordosten ein Treppenhaus und ein Lift angebaut. Die drei Obergeschosse sind zum Erdgeschoss in nordwestlicher und südwestlicher Richtung um rund 80 cm auskragend. Der Abstand des neuen Anbaus (bzw. dieser drei Obergeschosse) zur nordwestlichen Nachbarparzelle KTN 945 (Quai) beträgt nur gerade 60 cm. Der neue Anbau füllt die Bauparzelle KTN 4123 (abgesehen vom nordwestlichen, rund 3 bis 4 m breiten Seitenarm) praktisch vollständig aus. Im Erdgeschoss des neuen Anbaus sind (neben der Restaurantküche) diverse Nebenräume (Lager, Büro, Technik, Keller, Velo, Entsorgung etc.)

untergebracht. Im ersten Obergeschoss des neuen Anbaus ist ein Saal mit 100 bis 120 Restaurantplätzen vorgesehen. Im zweiten und im dritten Obergeschoss wird eine Maisonettewohnung eingebaut (Plan ...; Baubeschrieb ...).

4. Alle Beschwerdeführer sind der Ansicht, dass der neue, überdimensionierte Anbau aufgrund seiner Höhe und seiner Gebäudeform den Bauvorschriften widerspricht. In einem ersten Schritt wird also auf den neuen Anbau eingegangen.

4.1 Die beiden Bauparzellen KTN 941 und 4123 liegen in der Kernzone I (vgl. den Zonenplan Siedlung des Bezirkes Küssnacht vom 28. August 2003). Im Kernzonenplan Küssnacht vom 21. August 2003 ist der Hauptbau als Baute Klassierung A ausgeschieden. Der bestehende Anbau ist keiner Klassierung zugeordnet.

4.2 Die Kernzonen bezwecken die Erhaltung des Dorfbildes und sind für Wohnbauten, Gewerbe- und Dienstleistungsbetriebe sowie für Verwaltungsbauten und kulturelle Einrichtungen bestimmt. Nicht oder nur mässig störende Betriebe sind zulässig (Art. 54 Abs. 1 des Baureglements des Bezirkes Küssnacht vom 1. November 2006, nachfolgend: Baureglement bzw. BauR). Der Abbruch von Gebäuden ist nur zulässig, wenn an deren Stelle eine neue Überbauung tritt oder die dauernde Freihaltung des Grundstückes das Ortsbild nicht beeinträchtigt (Art. 54 Abs. 2 BauR). Alle Bauten sind mit Steildächern zu versehen, deren Neigung 40° bis 50° alter Teilung zu betragen hat. Der First ist auf jenen der Nachbarbauten auszurichten (Art. 55 Abs. 1 BauR). In Küssnacht und Merlischachen sind in der Kernzone I nebst den Bauten A und B weitere Bauten gestattet (Art. 60 Abs. 1 BauR). Diese weiteren Bauten dürfen nicht mehr als vier Vollgeschosse aufweisen, wovon das oberste Geschoss innerhalb der Dachschräge zu liegen hat. Zudem beträgt die maximale Gebäudehöhe 9 m und die maximale Firsthöhe 15 m (Art. 61 BauR).

4.3 Für Bauten bis und mit 20 m Gebäudehöhe beträgt der Grenzabstand 50 % der Gebäudehöhe, mindestens aber 3 m (§ 60 Abs. 1 PBG). Der Gebäudeabstand ist die kürzeste Entfernung zwischen zwei Fassaden; er entspricht der Summe der Grenzabstände gemäss den §§ 59 ff. (§ 63 Abs. 1 PBG). Die Gemeinden (bzw. Bezirke) können die geschlossene Bauweise in bestimmten Zonen vorschreiben oder sie zulassen (§ 64 Abs. 1 PBG). In der Kernzone I des Bezirkes Küssnacht werden die Grenz- und Gebäudeabstände der weiteren Bauten gegenüber den benachbarten Grundstücken durch den Bezirksrat im Einzelfall festgelegt. Dabei be-

C 2.5

rücksichtigt er die bisherige Überbauung auf dem Baugrundstück, die bestehende oder projektierte Überbauung auf dem Nachbargrundstück sowie Stellung, Lage und Volumen des zu realisierenden Gebäudes für das Gesamtbild des betreffenden Quartiers (Art. 62 Abs. 2 BauR). Die bestehenden An- und Nebenbauten dürfen innerhalb der bisherigen Grundrissabmessungen ersetzt und umgebaut werden (Art. 63 Abs. 1 BauR).

4.4 Der Vorinstanz 1 als kommunale Baubewilligungsbehörde kommt bei der Ausgestaltung und auch bei der Auslegung und Anwendung kommunaler Bau- und Zonenvorschriften zwar ein Ermessensspielraum zu (vgl. §§ 18 und 21 PBG). Für den Regierungsrat als Rechtsmittelinstanz hat das zur Folge, dass er sich bei der Überprüfung von Entscheidungen, die in Anwendung des kommunalen Rechts gefällt worden sind, zurückzuhalten hat und nicht sein eigenes Ermessen an die Stelle des Ermessens der Vorinstanz 1 setzen darf (vgl. § 46 Abs. 2 VRP).

4.5 Der bestehende Anbau ist nicht unter Denkmalschutz gestellt (vgl. dazu die Ausführungen unter Ziff. 7.2). Zudem tritt an dessen Stelle ein neues Gebäude. Daher ist der vorliegend vorgesehene Abbruch des bestehenden Anbaus grundsätzlich zulässig, was zwischen den Parteien unbestritten ist (vgl. Art. 54 Abs. 2 BauR). In der Folge stellt sich also die Frage, ob der neue Anbau mit seinen Ausmassen den Bauvorschriften entspricht.

4.6 Der neue Anbau weist ein Flachdach auf. Daher verletzt er Art. 55 Abs. 1 BauR, wonach alle Bauten in der Kernzone mit Steildächern zu versehen sind. Der Anbau umfasst vier Vollgeschosse. Das oberste, vierte Geschoss liegt nicht innerhalb der Dachschräge. Art. 61 BauR ist daher bereits in Bezug auf die Geschosshöhe verletzt. Die Gebäudehöhe des Anbaus an der Südwestfassade und an der Nordwestfassade beträgt jeweils 14.95 m, diejenige an der Nordostfassade 14.5 m. Daher ist die maximale Gebäudehöhe von 9 m an drei Fassaden überschritten. Art. 61 BauR ist daher auch bezüglich Gebäudehöhe nicht eingehalten. Auch die Vorinstanz 1 ist der Ansicht, dass der neue Anbau die Norm zur Dachform verletzt sowie die maximale Gebäudehöhe und die zulässige Geschosshöhe überschreitet. Sie hat für diese drei Verletzungen des Baureglements Ausnahmebewilligungen erteilt.

4.7 Die Gebäudehöhe des neuen Anbaus ist knapp 6 m grösser als diejenige des bestehenden Anbaus. Dies führt dazu, dass auch die Grenzabstände gegenüber den Nachbargrundstücken KTN 942 (Haus See-

platz 7), KTN 945 (Quai) und KTN 1701 (Vierwaldstättersee) sowie die Gebäudeabstände zum Hauptbau, zum Pavillon, zum Haus Seeplatz 7 sowie zum Bootshaus auf KTN 943 stärker unterschritten werden als beim bestehenden Anbau. Der neue Anbau ragt (im Vergleich zum bestehenden Anbau) um rund 25 m² in den heute offenen Innenhof hinein. Dessen Gebäudegrundfläche dürfte daher grösser sein als diejenige des bestehenden Anbaus (wobei die Akten dazu keine genauen Flächenangaben enthalten). Ob der neue Anbau den Art. 62 Abs. 2 BauR (Grenz- und Gebäudeabstände) sowie Art. 63 Abs. 1 BauR (Gebäudegrundriss) entspricht, erscheint daher fraglich, kann letztlich aber offen gelassen werden (vgl. die nachfolgenden Ausführungen).

5. Als nächstes stellt sich die Frage, ob der neue Anbau noch von der Bestandesgarantie des bestehenden Anbaus gedeckt ist.

5.1 Bestehende, rechtmässig erstellte Bauten und Anlagen, die den neuen Vorschriften widersprechen, sind in ihrem Bestande garantiert (§ 72 Abs. 1 PBG). Wenn ein bestehendes Gebäude abgebrochen oder durch höhere Gewalt zerstört oder in seinem Umfang vermindert wird, so hat der Eigentümer fünf Jahre lang das Recht, es im früheren Umfang wieder aufzubauen. Die Sonderbestimmungen der Strassengesetzgebung bleiben vorbehalten (§ 72 Abs. 3 PBG).

5.2 Der vordere Teil des bestehenden Anbaus weist ein Vollgeschoss, der hintere Teil zwei Vollgeschosse und ein Dachgeschoss auf. Die Gebäudehöhe des vorderen Teils beträgt rund 4 m. Der hintere Teil des bestehenden Anbaus weist eine Gebäudehöhe von rund 7 m und eine Firsthöhe von rund 11 m auf (vgl. Plan ...). Damit hält der bestehende Anbau die maximale Geschosshöhe, Gebäudehöhe und Firsthöhe gemäss Art. 61 BauR ein. Der neue Anbau mit einer Gebäudehöhe von durchgehend knapp 15 m und vier Vollgeschossen geht deutlich über die Masse des bestehenden Anbaus hinaus (vgl. Plan ...). Er fällt damit nicht mehr unter die Bestandesgarantie, was zwischen den Parteien auch unbestritten ist.

6. Sodann ist zu prüfen, ob die Vorinstanz 1 für die Verletzung der Dachform sowie für die Überschreitungen der Gebäudehöhe und der Geschosshöhe zu Recht Ausnahmegewilligungen erteilt hat.

6.1 Gemäss § 73 Abs. 1 PBG kann die Bewilligungsbehörde für Bauten und Anlagen innerhalb der Bauzonen Ausnahmen von den in diesem Gesetz oder in den Bauvorschriften der Gemeinden festgelegten Bestimmungen bewilligen, wenn sonst eine unzumutbare Härte einträte (Bst. a), dank der

C 2.5

Abweichung wegen der örtlichen Gegebenheiten eine bessere Lösung erzielt werden kann (Bst. b), Art, Zweckbestimmung oder Dauer des Gebäudes eine Abweichung nahelegen (Bst. c) oder dadurch ein Objekt des Natur- und Heimatschutzes besser geschützt werden kann (Bst. d). Eine Ausnahmegewilligung muss zudem mit den öffentlichen Interessen vereinbar sein und darf keine wesentlichen Nachbarinteressen verletzen (Abs. 2).

6.2 Die Ausnahmegewilligung stellt im öffentlichen Baurecht ein allgemeines Rechtsinstitut dar mit dem Zweck, im Einzelfall Härten und offensichtliche Unzweckmässigkeiten zu beseitigen. Solche Härtefälle können als Folge von besonderen Umständen auftreten, mit denen der Gesetzgeber beim Erlass der notwendigerweise generalisierenden Normen nicht gerechnet hat. Dies ist im Einzelfall sorgfältig zu prüfen, da eine leichtfertige Erteilung von Ausnahmegewilligungen die verfassungsrechtlichen Gebote der Gesetzmässigkeit der Verwaltung und der rechtsgleichen Behandlung der Bürger verletzen würde. Der Zweck der Ausnahmegewilligung besteht nicht darin, einem Bauherrn zu einer optimalen Lösung zu verhelfen. Rein wirtschaftliche Gründe oder Absichten, die beste architektonische Lösung zu erreichen oder eine optimale Nutzung des Grundstücks zu erzielen, stellen für sich alleine keine eigentlichen Ausnahmegründe dar (VGE III 2013 146 vom 24. April 2014, E. 3.2). Im Übrigen ist auf die Praxis zu verweisen, wonach es, wenn eine Baute über das Bestandesprivileg des Wiederaufbaurechts nach § 72 PBG hinausgeht, besonders wichtiger Gründe 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, E. 7.b).

6.3 Ob die besonderen Voraussetzungen, welche eine Ausnahmegewilligung rechtfertigen, vorliegen, ist eine Rechtsfrage, welche der freien Überprüfung des Regierungsrates (vgl. § 46 Abs. 1 VRP) unterliegt. Der unbestimmte Rechtsbegriff der besonderen Verhältnisse ist mit der Einschränkung „wenn und soweit“ verknüpft. Es ist somit anhand des konkreten Projektes und der Umstände zu prüfen, ob eine Ausnahmesituation gegeben ist. Kann diese Frage bejaht werden, stellt sich die weitere Frage, durch welche Abweichungen von der gesetzlichen Regelung aufgrund des konkreten Projektes und allenfalls weiterer Umstände der Ausnahmesituation Rechnung getragen werden kann, was im Rahmen der behördlichen Ermessensbetätigung festgelegt wird. Bei der Beurteilung dieser Ermessensfrage auferlegt sich der Regierungsrat praxismässig Zurückhaltung, zumal vielfach kommunale Gegebenheiten und Umstände ausschlaggebend sind, die von den kommunalen Behörden besser abgeklärt und beurteilt werden können (EGV-SZ 2010 B 8.10, E. 3.1.5 mit weiteren Hinweisen).

6.4 Wie gesagt hält der bestehende Anbau die Masse gemäss Art. 61 BauR (Geschosszahl, Gebäudehöhe, Firsthöhe) ein. Jedoch verletzt er die minimalen kantonalen Grenz- und Gebäudeabstände (vgl. §§ 59 ff. PBG). Unter Einhaltung dieser minimalen kantonalen Grenz- und Gebäudeabstände könnte auf KTN 941 und KTN 4123 wohl kein neuer Anbau mehr realisiert werden. Eine Ausnahmesituation ist daher zu bejahen. Daher bleibt zu prüfen, ob der geplante Anbau dieser Ausnahmesituation angemessen Rechnung trägt. Da der neue Anbau nicht mehr von der Bestandesgarantie des bestehenden Anbaus gedeckt ist, bedarf es besonders wichtiger Gründe für zusätzliche Verletzungen von Bauvorschriften, mit welchen über den Altbau hinausgegangen werden kann.

6.5 Der Rechtsvertreter der Beschwerdegegnerin macht geltend, dass die bestehenden rund 80 Restaurantplätze bei weitem nicht genügen würden, um grössere Anlässe durchzuführen. Die Beschwerdegegnerin sei auf die Erweiterung des Restaurants um zusätzliche 100 bis 120 Plätze angewiesen, damit das Restaurant überhaupt rentabel weiterbetrieben werden könne. Damit bestehe auch ein erhebliches öffentliches Interesse am neuen Anbau. Für die Beschwerdegegnerin wäre es in betrieblicher bzw. wirtschaftlicher Hinsicht zweifellos von Vorteil, wenn der neue Anbau durchgehend vier Vollgeschosse sowie ein Flachdach und damit ein deutlich grösseres Gebäudevolumen als der bestehende Anbau aufweisen dürfte. Dabei handelt es sich jedoch um wirtschaftliche Gründe, welche für sich alleine noch keine Ausnahmegewilligungen rechtfertigen. Diese Bestrebungen der Beschwerdegegnerin an einer Vergrösserung bzw. Intensivierung des Restaurant- und Hotelleriebetriebes rechtfertigen keine Abweichung von den Bauvorschriften im vorliegend umstrittenen Ausmass. Das Institut der Ausnahmegewilligung gibt der Beschwerdegegnerin keinen Anspruch darauf, den bestehenden Anbau im gewünschten Umfang zu vergrössern und damit den Seehof (möglicherweise) rentabler zu betreiben. Die Beschwerdegegnerin kann auch mit einem Anbau, welcher die Bauvorschriften in geringerem Umfang verletzt als der vorliegend umstrittene, den Hotel- und Restaurantbetrieb optimieren. Für die Schaffung zusätzlicher Restaurantplätze bedarf es nicht zwingend eines viergeschossigen Anbaus, zumal im dritten und vierten Obergeschoss des Anbaus eine Wohnung vorgesehen ist. Ein rentabler Weiterbetrieb des Seehofs wäre vielleicht sogar mit einem neuen Anbau möglich, welcher noch unter die Bestandesgarantie fällt, zumal diese kein exaktes Festhalten an den bisherigen Gebäudeformen vorschreibt (vgl. Mark Gisler, Das Wiederaufbaurecht, unter besonderer Berücksichtigung der Verhältnisse im Kanton Schwyz, Diss., Zürich 2003, S. 56). Ob bei einem Nachfolgeprojekt Ausnahmegewilligungen in geringerem Umfang als vorlie-

C 2.5

gend erteilt werden könnten oder ob ein neuer Anbau nur im Rahmen der Bestandegarantie zulässig ist, kann letztlich offen gelassen werden. So oder anders bedeutet es für die Beschwerdegegnerin keine unzumutbare Härte, wenn sie nicht einen neuen Anbau im vorliegend umstrittenen Umfang erstellen darf.

6.6 Mit den vorliegenden Baureglementsverletzungen kann keine bessere Lösung erzielt werden, als wenn der Anbau die Bauvorschriften (besser) einhalten würde. Der bestehende (angeblich unerwünschte) Innenhof zwischen dem Haupt- und dem bestehenden Anbau kann auch mit einem Anbau beseitigt werden, welcher die Vorschriften bezüglich Dachform, Gebäudehöhe und Geschoszahl einhält. Dass die Firstausrichtungen der Steildächer innerhalb der Kernzone angeblich verschieden sind, ist dabei ebenfalls nicht weiter von Belang. Denn alleine deshalb, weil möglicherweise unklar ist, wie der First eines neuen Anbaus auszurichten wäre, rechtfertigt sich kein Flachdach. Ebenfalls unerheblich ist, dass ein neuer Anbau möglicherweise eine bessere Lösung darstellt als der bestehende Anbau. Vielmehr ist entscheidend, ob mit den Baureglementsverletzungen des neuen Anbaus eine bessere Lösung erzielt werden kann, als wenn ein neuer Anbau weniger oder gar keine Baureglementsbestimmungen verletzen würde. Weitere Gründe, weshalb der bestehende Anbau eine bessere Lösung darstellen sollte als ein solcher, welcher unter die Bestandegarantie fällt oder Bauvorschriften weniger verletzt, sind nicht ersichtlich und legt die Beschwerdegegnerin auch nicht dar. Damit ist auch der Ausnahmegrund der besseren Lösung (§ 73 Abs. 1 Bst. b PBG) nicht gegeben.

6.7 Die Vorinstanz 1 führt aus, dass mit dem neuen Anbau das denkmalgeschützte Objekt „Haus Seehof“ besser geschützt werden könne. Der geplante Anbau beeinträchtigt u.a. durch die Überschreitung der Gebäudehöhe, der Geschoszahl und wegen seines Flachdaches den Hauptbau in seiner Wirkung (vgl. dazu die Ausführungen unter Ziff. 8.2). Daher kann der Hauptbau durch die Abweichungen des vorliegend in Frage stehenden neuen Anbaus von den Bauvorschriften offensichtlich nicht besser geschützt werden. Der Ausnahmegrund des § 73 Abs. 1 Bst. d PBG ist insoweit daher ebenfalls nicht erfüllt. Nicht von vornherein auszuschliessen ist dagegen, dass bei weniger weitreichenden Abweichungen von den Bauvorschriften auch der Ausnahmegrund von § 73 Abs. 1 Bst. d PBG bejaht werden kann, weil durch solche Abweichungen von den Bauvorschriften ein dauerhafter Schutz und Erhalt der denkmalgeschützten Hauptbaute insgesamt besser gewährleistet ist.

6.8 Zudem steht der neue Anbau insbesondere aufgrund seiner Gebäudehöhe und seiner Dachform den gewichtigen öffentlichen Interessen des Ortsbildschutzes entgegen (vgl. die Ausführungen unter Ziff. 8). Auch aus diesem Grund sind Ausnahmegewilligungen für die vorliegenden Baureglementsverletzungen nicht möglich (vgl. § 73 Abs. 2 PBG). Somit hätte die Vorinstanz 1 für die Überschreitungen der Geschosshöhe und der Gebäudehöhe sowie für die Verletzung der Dachform im hier umstrittenen Umfang keine Ausnahmegewilligungen erteilen dürfen. Der Anbau widerspricht den Art. 55 Abs. 1 BauR und Art. 61 BauR und ist damit bereits aus diesem Grund nicht bewilligungsfähig.

7. Weiter bringen die Beschwerdeführer vor, der geplante Anbau gliedere sich nicht ins Ortsbild ein. Er beeinträchtige den denkmalgeschützten Hauptbau in seiner Wirkung.

7.1 Für den Natur- und Heimatschutz sind die Kantone zuständig (Art. 78 Abs. 1 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999, BV, SR 101). Bauten und Anlagen müssen sich so in die Umgebung eingliedern, dass sie das Landschafts-, Orts-, Quartier- und Strassenbild nicht stören. Die besonderen Vorschriften über den Natur- und Heimatschutz bleiben vorbehalten (§ 56 PBG). Der Kantonsrat hat am 29. November 1927 das Gesetz über den Natur- und Heimatschutz und die Erhaltung von Altertümern und Kunstdenkmälern (KNHG, SRSZ 720.110) erlassen (vgl. auch § 67 des Einführungsgesetzes vom 14. September 1978 zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, EGZGB, SRSZ 210.100). Gemäss § 1 Abs. 2 Bst. c KNHG und § 2 Abs. 1 KNHG ist es untersagt, Ortsbilder ohne Bewilligung der zuständigen Behörde zu beseitigen, zu verunstalten, in ihrer Wirkung zu beeinträchtigen oder sie der Allgemeinheit zu entziehen. Insbesondere sind die Errichtung oder Veränderung von Hoch- und Tiefbauten zu untersagen, wenn damit ein Ortsbild in seinem Bestand bedroht, verunstaltet oder in seiner Erscheinung beeinträchtigt würde (§ 2 Abs. 2 KNHG). Der Gemeinderat sorgt für den Schutz der in § 1 KNHG genannten Gegenstände und trifft die nach § 2 KNHG erforderlichen Verfügungen (§ 3 Abs. 1 KNHG). Der Regierungsrat muss einschreiten, wenn ein Gemeinderat die erforderlichen Massnahmen unterlässt (§ 3 Abs. 2 KNHG). Insoweit ist die Entscheidungsfreiheit der Gemeinde in Bezug auf den Ortsbildschutz massgeblich eingeschränkt (EGV-SZ 2009 C 2.2, E. 7.3).

7.2 Der Hauptbau ist im kantonalen Inventar geschützter und schützenswerter Bauten (KIGBO) als „Haus Seehof“ enthalten (Objekt Nr. 27.045; „Strenger, klassizistischer Bau mit regelmässiger Fensterein-

C 2.5

teilung, Walmdach und aufgesetztem Giebelfronton, Erker später [1870]“). Gemäss § 6 Abs. 1 KNHG ist es untersagt, ein KIGBO-Objekt in seiner Wirkung zu beeinträchtigen. Das bedeutet, dass auch Veränderungen an Bauten und Anlagen in der näheren Umgebung eines KIGBO-Objektes, welche zu dessen Beeinträchtigung führen würden, zu unterlassen sind. Dieses Beeinträchtigungsverbot entspricht inhaltlich dem in § 56 PBG enthaltenen Einordnungsgebot (RRB Nr. 925 vom 22. September 2015, E. 9.1 mit weiteren Hinweisen). Darüber hinaus schreibt Art. 13 Bst. c BauR vor, dass im Sichtbereich von künstlerisch und geschichtlich wertvollen Stätten, Bauten und Anlagen erhöhte Anforderungen an die Gestaltung von Bauten und Anlagen sowie deren Umgebung gelten.

7.3 Küssnacht am Rigi figuriert als „Kleinstadt“ im Bundesinventar der schützenswerten Ortsbilder der Schweiz (ISOS; vgl. Anhang der Verordnung über das Bundesinventar der schützenswerten Ortsbilder der Schweiz vom 9. September 1981, VISOS, SR 451.12). Die beiden Bauparzellen KTN 941 und 4123 liegen in der Umgebungs-Zone I („Uferstreifen, durch Aufschüttungen gewonnen, öffentliche Anlagen“). Diese gehört zum unerlässlichen Teil des Ortsbildes (unverbaut oder mit Bauten, die der ursprünglichen Beschaffenheit der Umgebung entsprechen). Sie hat eine besondere Bedeutung für das Ortsbild oder dessen Teile. In dieser Umgebungs-Zone I gilt das Erhaltungsziel a: „Erhalten der Beschaffenheit als Kulturland oder als Freifläche sowie der für das Ortsbild wesentlichen Vegetation und Altbauten. Beseitigung störender Veränderungen.“ Als generelle Erhaltungshinweise werden dort aufgezählt: Kein Baugebiet, Gestaltungsvorschriften für standortgebundene Bauten sowie spezielle Vorschriften für Veränderungen an Altbauten. Bezüglich der Bedeutung der Umgebungen besteht eine klare Hierarchie. Gemäss dieser steht u.a. die öffentliche Uferanlage (bzw. die Umgebungs-Zone I) an erster Stelle (Inventar der schützenswerten Ortsbilder der Schweiz, ISOS, Bd. Kanton Schwyz, EDI 1990, S. 176 ff.).

7.4 Durch die Aufnahme eines Objektes von nationaler Bedeutung in ein Inventar des Bundes wird dargetan, dass es in besonderem Mass die ungeschmälerte Erhaltung, jedenfalls aber unter Einbezug von Wiederherstellungs- oder angemessenen Ersatzmassnahmen die grösstmögliche Schonung verdient (Art. 6 Abs. 1 des Natur- und Heimatschutzgesetzes vom 1. Juni 1966, NHG, SR 451). Die Schutzbestimmung des Art. 6 NHG gilt allerdings nur bei der Erfüllung von Bundesaufgaben in unmittelbarer Weise. Bei der Erfüllung von kantonalen und kommunalen Aufgaben wird der Schutz von Ortsbildern durch kantonales und kommunales Recht gewährleistet (BGE 135 II 209 E. 2.1). Die gemäss ISOS schützenswerten Ortsbilder von nationaler Bedeutung sind im neuen kantonalen Richtplan vom

8. März 2016 (Beschluss Nr. 209 des Regierungsrates vom 8. März 2016; Kenntnisnahme durch den Kantonsrat am 13. April 2016; Genehmigung durch den Bundesrat am 24. Mai 2017) als Ausgangslage aufgeführt (vgl. auch den Richtplanteil, Kapitel B-12). Weiter enthält das Baureglement Bestimmungen zum Ortsbildschutz. Es umschreibt in den Art. 53 ff. die erhöhten Anforderungen, welche in den Kernzonen gelten. Insbesondere für Neubauten und Umbauten und Fassadenrenovierungen in der Kernzone I bezeichnet es das Ortsbildinventar als massgebliche Richtlinie (vgl. Art. 56 Abs. 1 BauR). Damit ist das ISOS bei der Beurteilung von Bauvorhaben kantonal durch den Richtplan und kommunal durch das Baureglement und das Ortsbildinventar umgesetzt (RRB Nr. 925 vom 22. September 2015, E. 9.3 mit Hinweis auf VGE III 2014 116 und 129 vom 25. November 2014, E. 6.4). Diese Bestimmungen sind für die Beurteilung des vorliegenden Bauvorhabens massgebend.

7.5 In den Kernzonen gelten erhöhte Anforderungen an die Gestaltung von Bauten und Anlagen sowie deren Umgebung gemäss den besonderen Vorschriften (Art. 13 Bst. a BauR). Neubauten, Umbauten sowie Fassadenrenovierungen in der Kernzone I haben sich in Stellung, Grösse, Gestaltung, Bauabständen, Baumaterial und Massstäblichkeit dem bestehenden Ortsbild anzupassen. Das Ortsbildinventar ist als massgebliche Richtlinie zu beachten (Art. 56 Abs. 1 BauR). In Küssnacht und Merlischachen sind in der Kernzone I nebst den Bauten A und B weitere Bauten gestattet (Art. 60 Abs. 1 BauR). Diese müssen sich harmonisch ins Gesamtbild einordnen und dürfen Freiflächen und Plätze nicht ungebührnd beeinträchtigen (Art. 60 Abs. 2 BauR). Sie können mit Bauten der Klassierung A und B verbunden werden, wenn die schützenswerten Objekte in ihrer äusseren Erscheinung nicht beeinträchtigt werden (Art. 60 Abs. 3 BauR). Weitere An- und Nebenbauten sind innerhalb der Kernzone I gestattet, wenn sie zum Hauptbau in untergeordneter Stellung stehen, sich gut in das Orts- und Strassenbild einfügen und die Freiräume nicht ungebührnd beeinträchtigen (Art. 63 Abs. 2 BauR).

7.6 Gemäss dem Ortsbildinventar Küssnacht (S. 31-39) liegt der Seehof im Dorfteil „Seeplatz – Unterdorf – Unterdorfstrasse“ bzw. am südlichen Ende der Bauzeile „Unterdorfstrasse“. Ca. ein Dutzend drei- und viergeschossige Bauten bilden auf der Westseite der Unterdorfstrasse eine geschlossen wirkende, einer klaren Baulinie folgende Bauzeile. In Fortsetzung dieser Hauptbaukörper folgen Gartenanlagen bzw. Hinterhöfe, die durch Nebenbauten wie Schuppen, Gartenhäuschen, Garagen und Werkstätten durchsetzt sind. Diese Bauten sind meist kleiner als die eigentlichen Häuser und auch materialmässig setzen sie sich deutlich

C 2.5

vom Hauptbau ab. Diese Hinterhofbereiche sind als solche zu erhalten. Hier sind Gärten, Gartenhäuser und Grünanlagen im bisherigen Rahmen sinnvoll.

7.7 Die Zurückhaltung des Regierungsrates bei der Überprüfung von Entscheidungen, welche in Anwendung des kommunalen Rechts gefällt worden sind (vgl. dazu die Ausführungen unter Ziff. 4.4), 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. 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). Er schreitet insbesondere dort ein, wo das kommunale Recht das übergeordnete, vom Kanton zu sichernde Interesse des Heimatschutzes (vgl. Art. 78 Abs. 1 BV und §§ 1-3 KNHG) schützen soll (VGE III 2014 116 und 129 vom 25. November 2014, E. 6.9).

8.1 Die Gebäudehöhe des Hauptbaus beträgt rund 11 m und die Firsthöhe circa 15 m. Der hintere, höhere Teil des bestehenden Anbaus mit einer Gebäudehöhe von rund 7 m sowie einer Firsthöhe von circa 11 m ist gegenüber dem Hauptbau untergeordnet und entspricht insoweit Art. 63 Abs. 2 BauR. Dies gilt erst recht für den vorderen, eingeschossigen Teil des Anbaus. Damit muss sich auch ein Ersatzbau des bestehenden Anbaus dem Hauptbau unterordnen. Die Gebäudehöhe des neuen Anbaus mit rund 15 m entspricht in etwa der Firsthöhe des bestehenden Anbaus. Der kubische Anbau tritt mit seinem Flachdach ähnlich stark oder noch stärker in Erscheinung wie der Hauptbau mit seinem Walmdach. Dies ist insbesondere auf der Bildmontage gut erkennbar, in welcher der neue Anbau anstelle des bestehenden Anbaus eingesetzt wurde (Sicht vom See her; vgl. Anhang zum Augenscheinprotokoll vom 6. Juli 2017). Folglich ordnet sich der Anbau gegenüber dem Hauptbau nicht unter. Insbesondere vom See oder von der Quaistrasse her gesehen tritt er wuchtiger und dominanter in Erscheinung als der Hauptbau.

8.2 Zudem passen das Flachdach und die kubische Form des Anbaus nicht zum Hauptbau. Ein Steildach würde besser zum Hauptbau passen als ein Flachdach. Dementsprechend erlaubt Art. 55 Abs. 1 BauR in den Kernzonen nur Steildächer. Der neue Anbau wirkt sich auf das KIGBO-

Objekt „Haus Seehof“ (bzw. auf den Hauptbau) störend aus und beeinträchtigt dieses in seiner Wirkung (zumal er stärker in Erscheinung tritt als der Hauptbau). Die diesbezüglichen Ausführungen der Denkmalpflege, wonach der neue Anbau von der Hauptseite her (Südosten) nicht einsehbar ist und deswegen den Hauptbau nicht stört, greifen zu kurz. Für die Frage der Beeinträchtigung eines KIGBO-Objektes muss die Wirkung einer geplanten Baute insgesamt beurteilt werden. Vorliegend sind nicht nur die südöstliche Sicht vom Parkplatz aus, sondern auch die Sicht vom See und von der Quaistrasse aus von Bedeutung (vgl. Augenscheinprotokoll ..., Fotos Nrn. ... sowie den Anhang). Daher steht der neue Anbau auch zu Art. 60 Abs. 3 BauR im Widerspruch.

8.3 Gemäss Art. 56 Abs. 1 BauR muss sich der neue Anbau bezüglich Grösse, Gestaltung und Massstäblichkeit dem bestehenden Anbau anpassen. Dabei ist das Ortsbildinventar die massgebliche Richtlinie. Die Vorinstanz 1 hat dieses Ortsbildinventar überhaupt nicht erwähnt bzw. angewendet, obwohl das kommunale Baureglement ausdrücklich darauf verweist. Der Hauptbau grenzt an den Strassenraum der Unterdorfstrasse. Der bestehende Anbau liegt im Hinterhofbereich des Hauptbaus. Er ist kleiner als der Hauptbau und setzt sich von diesem ab. Dieser Hinterhofbereich des Hauptbaus muss gemäss dem Ortsbildinventar erhalten bleiben. Der vordere Teil des bestehenden Anbaus auf KTN 941 weist nur ein Geschoss auf. Der hintere Teil des Anbaus verfügt über zwei Vollgeschosse und ein Dachgeschoss. Der neue Anbau mit seinen durchgehend vier Vollgeschossen geht in Bezug auf die Gebäudehöhe, die Geschossigkeit und das Gebäudevolumen deutlich über den bestehenden Anbau hinaus und widerspricht damit dem Ortsbildinventar sowie Art. 56 Abs. 1 BauR. Ein solcher Anbau ist in der Kernzone, welche die Erhaltung des Dorfbildes bezweckt, nicht mehr zonenkonform (vgl. Art. 53 Abs. 1 BauR). Ein Neubau, welcher den bestehenden Anbau ersetzt, müsste ungefähr die Ausmasse des bestehenden Anbaus übernehmen, könnte diese jedenfalls nicht im hier umstrittenen Umfang überschreiten. Daher kann insgesamt gesagt werden, dass sich der neue Anbau nicht in das Ortsbild einfügt. Er vermag den erhöhten Anforderungen an die Gestaltung von Bauten in der Kernzone nicht zu genügen. Auch aus diesem Grund ist er nicht bewilligungsfähig.

8.4 Damit hätten die Vorinstanzen den geplanten Anbau auf KTN 941 und KTN 4123 nicht bewilligen dürfen. Ein Eingreifen des Regierungsrates ist hier insbesondere deshalb gerechtfertigt, weil der Anbau Bestimmungen zum Ortsbildschutz sowie das Ortsbildinventar verletzt. Damit wurde hier ein Bundesinventar (ISOS) nicht umgesetzt bzw. missachtet.

C 2.5

Die Bundesinventare sind nicht nur von den kantonalen, sondern auch von den kommunalen Behörden bei der Erfüllung ihrer Aufgaben zu berücksichtigen. Die Vorinstanz 1 ist trotz ihres Ermessensspielraumes im Bereich des Ortsbildschutzes an das kommunale Recht gebunden (vgl. dazu VGE III 2014 116 und 129 vom 25. November 2014, E. 6.9). Der Innenumbau im Hauptbau des Seehofs lässt sich nicht vom geplanten Anbau trennen. Deswegen muss das ganze Baugesuch als eine Einheit betrachtet und die gesamte Baubewilligung aufgehoben werden.

9.1 Sofern eher geringfügige, nicht mittels Nebenbestimmungen sanierbare Mängel zur Aufhebung einer Baubewilligung führen und davon auszugehen ist, dass sich bestimmte Fragen in einem modifizierten oder neuen Baugesuch in gleicher oder grösstenteils gleicher Weise stellen, sollte aus Gründen der Verfahrensökonomie und bei liquidem Sachverhalt eine zusätzliche Mitbeurteilung weiterer Rügen in Betracht gezogen werden. Ob der Regierungsrat jedoch von dieser Möglichkeit Gebrauch machen will, liegt in seinem Ermessen. Anzuführen ist, dass solchen – vor allem aus verfahrensökonomischen Gründen angeführten – (Zusatz-)Bemerkungen im Normalfall kein abschliessender Charakter zukommt (VGE III 2009 215 vom 24. Februar 2010, E. 3.2 mit Hinweisen).

9.2 Neben dem Ortsbildschutz ist zwischen den Parteien insbesondere umstritten, ob sich die Bauparzellen im dicht überbauten Gebiet befinden. Denn liegt dicht überbautes Gebiet vor, können im Gewässerraum zonenkonforme Bauten bzw. Anlagen bewilligt werden (sofern keine überwiegenden Interessen entgegenstehen; vgl. Art. 41c Abs. 1 Bst. a der Gewässerschutzverordnung vom 28. Oktober 1998, GSchV, SR 814.201). Ansonsten dürfte ein Anbau wohl nur im Umfang der Bestandesgarantie erstellt werden (vgl. dazu Art. 41c Abs. 2 GSchV). Hier ist es denkbar, dass ein neuer Anbau, welcher die Vorgaben des Ortsbildschutzes einhält, noch von der gewässerschutzrechtlichen Bestandesgarantie gedeckt wird. Damit würde sich eine gewässerschutzrechtliche Ausnahmegewilligung erübrigen bzw. sich die Frage des dicht überbauten Gebietes nicht mehr stellen. Wenn keine gewässerschutzrechtliche Ausnahmegewilligung erteilt werden muss, liegt möglicherweise auch keine Bundesaufgabe vor. Damit würde auch die Frage eines Gutachtens der ENHK/EDK hinfällig (vgl. dazu Art. 7 Abs. 2 NHG). Auf diese Fragen wird nachfolgend nicht mehr näher eingegangen.

10. Zusammenfassend sind in Gutheissung der Beschwerden I und II der angefochtene Gesamtentscheid der Vorinstanz 2 und die angefochtene Baubewilligung der Vorinstanz 1 aufzuheben. (...).
(RRB Nr. 690 vom 12. September 2017).

3. Umweltschutz

3.1 Kostenverteilung für die Überwachung von belasteten Standorten

- *Sanierungspflicht für belastete Standorte und Grundsätze der Kostenverteilung (Erw. 4.1 – 4.4).*
- *Grundsätze der Sachverhaltsfeststellung und Gegenstand derselben (Erw. 5.1 – 5.6).*
- *Geschäftsübergang vom Vater auf den Sohn (Erw. 6).*
- *Die Haftung des Verhaltensstörers, welche aus einer gegebenen Verunreinigung resultiert, kann nur auf die übernehmende Gesellschaft übertragen werden, wenn die Sanierungsverpflichtung im Zeitpunkt der Übertragung bestanden hatte. Dafür reicht eine gesetzliche Grundlage zur Sanierungspflicht. In Frage als solche Grundlage kommen neben Art. 32 USG allenfalls auch Art. 8 des Gewässerschutzgesetzes vom 8. Oktober 1971 und Art. 59 USG (Erw. 7.1 – 7.2).*
- *Anteilmässige Kostentragung infolge Rechtsnachfolge der Aktiengesellschaft (Erw. 8).*
- *Kein treuwidriges Verhalten des Amtes für Umweltschutz (Erw. 9.1 – 9.2).*

Aus dem Sachverhalt:

A. bzw. dessen Einzelfirma A. betrieb von 1959 bis 1987 auf X. eine Kehrichtdeponie. Die Abschlussarbeiten nach den letzten Abfallanlieferungen dauerten weitere zehn Jahre, weshalb die Deponie erst seit 1997 als abgeschlossen gilt. Der Standort X. wurde sodann in den Kataster der belasteten Standorte (KbS) eingetragen. Nachdem die Gemeinde und das Amt für Umweltschutz auf eigene Kosten diverse Messungen vornahmen, informierte das Amt für Umweltschutz am 17. Mai 2010 die in der Sache hauptsächlich involvierten Parteien über ein aktualisiertes Monitoringkonzept für die Überwachung der Altdeponie X. Mit Schreiben vom 27. Mai

C 3.1

2010 ersuchte der Gemeinderat das Amt für Umweltschutz, einen Kostenverteiler für die Untersuchungskosten zu erlassen.

Das Amt für Umweltschutz hat am 3. August 2012 eine Kostenverteilungsverfügung erlassen und die Kosten zu 10 % B. (als Grundeigentümer), zu 57 % der S. AG (als Rechtsnachfolgerin der Einzelfirma A.) und zu 33 % (inklusive Ausfallkosten 5 %) der Gemeinde auferlegt. Dagegen haben B. und die S. AG Verwaltungsbeschwerde beim Regierungsrat erhoben. Der Regierungsrat hat die Beschwerden mit RRB Nr. 250 vom 20. März 2013 abgewiesen. Dagegen hat die S. AG Verwaltungsgerichtsbeschwerde erhoben. Das Verwaltungsgericht hat mit VGE III 2013 58 vom 25. Juni 2013 in teilweiser Gutheissung der Beschwerde den angefochtenen RRB Nr. 250 vom 20. März 2013 aufgehoben und die Sache im Sinne der Erwägungen zur ergänzenden Sachverhaltsabklärung und Neuurteilung an den Regierungsrat zurückgewiesen. Der Regierungsrat hat mit RRB Nr. 1055 vom 13. November 2013 seinerseits die Verfügung des Amtes für Umweltschutz vom 3. August 2012 aufgehoben, soweit sie die S. AG betraf. Er hat die Sache im Sinne seiner Erwägungen und jenen des Verwaltungsgerichts zur ergänzenden Sachverhaltsabklärung und Neuurteilung an das Amt für Umweltschutz zurückgewiesen.

Das Amt für Umweltschutz hat am 19. Januar 2016 folgende Kostenverteilungsverfügung erlassen:

- „1. Die Kosten für das Monitoring für die Deponie X. werden unter die Parteien prozentual wie folgt verlegt:

Kostenträger	Anteil [%]
B.	10.0
Rechtsnachfolgerin der Einzelfirma A.	57.0
Gemeinde (inkl. Ausfallkosten 5%)	33.0
Total	100.0

Die aufzuteilenden Kosten umfassen die ausgewiesenen Überwachungskosten, abzüglich allfälliger Bundesabgeltungen. Ausdrücklich vorbehalten bleibt die definitive Schlussabrechnung, die durch das Amt für Umweltschutz zu genehmigen ist und deren betragsmässige Aufteilung gemäss den rechtskräftig festgesetzten Kostenanteilen zu erfolgen hat.

Diese Kostenverteilungsverfügung gilt explizit auch für allfällige Rechtsnachfolger der aufgeführten Parteien. Im Falle von Zustandsstörungen ist die Kostentragungspflicht mit dem Grundstück verbunden, im Falle von Verhaltensstörungen wird sie vererbt, bzw. bei Gesellschaftsübernahmen, Fusionen etc. übertragen.

2. Die Kosten für die bereits abgeschlossene Monitoringphase 2010-2011 belaufen sich auf Fr. 78 578.70. Unter Vorbehalt der Aus-

zahlung der Bundesabgeltungen in der Höhe von 40% (Fr. 31 431.50) ist der Betrag von Fr. 47 147.20 den Kostenträgern zu belasten. (...).“

Die von der S. AG gegen die Verfügung des Amtes für Umweltschutz erhobene Beschwerde weist der Regierungsrat ab.

Aus den Erwägungen:

3. Die Vorinstanz hat der Beschwerdeführerin bereits mit ihrer Kostenverteilungsverfügung vom 3. August 2012 einen Anteil von 57 % der Kosten für das Monitoring für die Deponie X. auferlegt. Der Regierungsrat hat die von der Beschwerdeführerin dagegen eingereichte Verwaltungsbeschwerde abgewiesen, wogegen die Beschwerdeführerin Verwaltungsgerichtsbeschwerde erhoben hat. Umstritten war (und ist) im Wesentlichen, ob die Vorinstanz die Beschwerdeführerin zu Recht als Rechtsnachfolgerin des damaligen Deponiebetreibers A. bzw. dessen Einzelfirma ins Recht gefasst hat. Kernpunkt bildete (und bildet) die Frage, ob A. die Sanierungsverpflichtungen aus der stillgelegten Deponie X. seinem Sohn M. bzw. dessen Einzelfirma übertragen hat oder ob diese Verpflichtungen nach seinem Tod auf seine Erben übergegangen sind. Unbestritten ist, dass die Einzelfirma M. im Jahr 2004 durch Sacheinlage in die Beschwerdeführerin eingebracht worden ist.

Das Verwaltungsgericht hat in seinem Entscheid VGE III 2013 58 vom 25. Juni 2013 festgehalten, dass die Aktenlage hinsichtlich der Rechtsnachfolge dürftig sei. Seinen Erwägungen zufolge wäre es angezeigt gewesen, die beantragte Edition der einschlägigen Steuerakten durchzuführen. Das Verwaltungsgericht hat ausgeführt, dieses Versäumnis sei nachzuholen, und es hat die Sache deshalb zur ergänzenden Sachverhaltsabklärung und Neubeurteilung an den Regierungsrat zurückgewiesen. Der Regierungsrat hat die Sache seinerseits an die Vorinstanz zurückgewiesen (...). Die Vorinstanz hat nach Ergänzung der Unterlagen mit der Kostenverteilungsverfügung vom 19. Januar 2016 erneut 57 % der Kosten für das Monitoring für die Deponie X. auf die Beschwerdeführerin verlegt, wogegen diese die vorliegende Verwaltungsbeschwerde erhoben hat.

4.1 Die Kantone sorgen dafür, dass Deponien und andere durch Abfälle belastete Standorte (belastete Standorte) saniert werden, wenn sie zu schädlichen oder lästigen Einwirkungen führen oder die konkrete Gefahr besteht, dass solche Einwirkungen entstehen (Art. 32c Abs. 1 des Bundesgesetzes über den Umweltschutz vom 7. Oktober 1983, Umweltschutzge-

C 3.1

setz, USG, SR 814.01). Als belastete Standorte gelten unter anderem Ablagerungsstandorte, d.h. stillgelegte oder noch in Betrieb stehende Deponien und andere Abfallablagerungen (Art. 2 Abs. 1 Bst. a der Verordnung über die Sanierung von belasteten Standorten vom 26. August 1998, Altlasten-Verordnung, AltIV, SR 814.680). Die kantonale Umweltschutzfachstelle, d.h. das Amt für Umweltschutz, beurteilt die Überwachungs- und Sanierungsbedürftigkeit von Deponien und anderer durch Abfälle belasteter Standorte und legt die Untersuchungs-, Überwachungs- und Sanierungsmassnahmen fest (vgl. § 15 Abs. 1 des Einführungsgesetzes zum Bundesgesetz über den Umweltschutz vom 24. Mai 2000, EGzUSG, SRSZ 711.110; § 4 Abs. 1 und § 64 Abs. 1 Bst. c der Vollzugsverordnung zum Einführungsgesetz zum Umweltschutzgesetz vom 3. Juli 2001, VVzUSG, SRSZ 711.111).

4.2 Der Verursacher trägt die Kosten für notwendige Massnahmen zur Untersuchung, Überwachung und Sanierung belasteter Standorte (Art. 32d Abs. 1 USG). Sind mehrere Verursacher beteiligt, so tragen sie die Kosten entsprechend ihren Anteilen an der Verursachung. In erster Linie trägt die Kosten, wer die Massnahmen durch sein Verhalten verursacht hat. Wer lediglich als Inhaber des Standortes beteiligt ist, trägt keine Kosten, wenn er bei Anwendung der gebotenen Sorgfalt von der Belastung keine Kenntnis haben konnte (Art. 32d Abs. 2 USG). Die Behörde erlässt eine Verfügung über die Kostenverteilung, wenn ein Verursacher dies verlangt oder die Behörde die Massnahmen selber durchführt (Art. 32d Abs. 4 USG). Im Kanton Schwyz ist für den Erlass einer Verfügung über die Kostenverteilung die Vorinstanz zuständig (§ 15 Abs. 2 EGzUSG; § 4 Abs. 1 und § 64 Abs. 2 Bst. h VVzUSG).

4.3 Rechtsprechung und herrschende Lehre stellen für die Umschreibung des Verursacherbegriffs weitgehend auf den polizeirechtlichen Störerbegriff ab. Verursacher ist demnach nicht nur derjenige, der den Schaden oder die Gefahr selbst oder durch das unter seiner Verantwortung erfolgende Verhalten Dritter verursacht hat (Verhaltens- oder Handlungsstörer), sondern auch, wer über die Sache, die den ordnungswidrigen Zustand bewirkt, rechtliche oder tatsächliche Gewalt hat (Zustandsstörer; vgl. BGE 139 II 106 E. 3.1.1 mit Hinweisen). Als Zustandsstörer kommen der Eigentümer, der Mieter, der Pächter, der Baurechtsberechtigte oder andere Inhaber in Frage (vgl. Karin Scherrer, Handlungs- und Kostentragungspflichten bei der Altlastensanierung, Bern 2005, S. 91). Bei Ablagerungsstandorten ist der Deponiebetreiber als Verhaltens- (und überdies auch Zustands-)Störer der primär verantwortliche Verursacher (Alain Griffel/Heri-

bert Rausch, Kommentar zum Umweltschutzgesetz, Ergänzungsband zur 2. Auflage, Zürich 2011, N 6 zu Art. 32d USG).

4.4 In Bezug auf die Rechtsnachfolge für die Kostenpflicht gemäss Art. 32d USG ist nach Rechtsprechung und Literatur zwischen Verhaltens- und Zustandsverursachern einerseits sowie zwischen Singular- und Universalsukzession andererseits zu unterscheiden (vgl. BGE 139 II 106 E. 5.3 ff.). Die latente Kostenpflicht des Standortinhabers geht bei einer Handänderung ohne Weiteres auf den Erwerber über bzw. entsteht originär beim neuen Eigentümer oder Inhaber. Dasselbe gilt im Fall einer Universalsukzession (Vermögens- oder Geschäftsübernahme bzw. Erbfall; vgl. Mark Cummins, Kostenverteilung bei Altlastensanierungen, Zürich 2000, S. 118 f.; Scherrer, a.a.O., S. 93). Dagegen verbleibt die Kostenpflicht des Verhaltensverursachers im Fall der Singularsukzession als persönliche Schuld bei diesem und geht nicht auf den Rechtsnachfolger über. Möglich ist dagegen ein Übergang der Kostenpflicht des Verhaltensverursachers im Fall der Universalsukzession. Dies betrifft zum einen die Fälle einer Vermögens- oder Geschäftsübernahme. Zudem kann die Kostenpflicht (auch die latente) eines Verhaltensstörers gemäss Art. 560 Abs. 2 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 10. Dezember 1907 (ZGB, SR 210) auf dessen Erben übergehen (BGE 142 II 232 E. 6.3; BGE 139 II 106 E. 5.3 ff. mit Hinweisen; Griffel/Rausch, a.a.O., N 7 zu Art. 32d).

4.5 A. schloss mit G. am 13. September 1958 erstmals einen Pachtvertrag für das Grundstück X. ab, worin ihm gestattet wurde, Teile der Liegenschaft mit Kehrriecht, Schutt, Abfällen usw. aufzufüllen. Nach dem Tod von G. erneuerten A. und D. als Rechtsnachfolger von G. im Jahr 1966 den Pachtvertrag. Am 3. August 1976 erneuerten die beiden Parteien den Pachtvertrag nochmals. Am 15. Juni 1982 schlossen sie einen Deponievertrag ab, welcher den Pachtvertrag ersetzte. Im Jahr 1987 wurde der Kehrriechtdeponiebetrieb eingestellt. Nach dem Tod von D. hat B. das Grundstück per 1. Januar 1993 übernommen. Zwischen B. und A. ist kein Vertragsverhältnis aktenkundig (vgl. ...).

Es ist unbestritten, dass A. als ehemaliger Pächter des Grundstücks und Deponiebetreiber als Zustandsstörer und als Verhaltensstörer zu betrachten ist. Demzufolge gilt er auch als Verursacher im Sinne von Art. 32d Abs. 1 USG, welcher die Kosten für notwendige Massnahmen zur Untersuchung, Überwachung und Sanierung belasteter Standorte zu tragen hat. Es stellt sich nun die Frage, ob die Kostenpflicht von A. auf die Einzelfirma M. bzw. die Beschwerdeführerin oder allenfalls auf die Erben von A. übergegangen ist.

C 3.1

5. Die Beschwerdeführerin rügt, die Vorinstanz sei ihrem Auftrag zu umfassenden Abklärungen nicht nachgekommen. Es obliege der Vorinstanz, die Voraussetzungen für eine Sanierungshaftung gegenüber der Beschwerdeführerin stringent nachzuweisen. Es gehe nicht an, der Beschwerdeführerin den Gegenbeweis aufzuerlegen.

5.1 Für das Verfahren der Kostenverteilung gemäss Art. 32d USG gelten grundsätzlich die Maximen des allgemeinen Verwaltungsrechts. Die Behörde untersteht somit dem Untersuchungsgrundsatz (§ 18 VRP). Dieses Verfahrensprinzip ist im Kostenverteilungsverfahren von der Verwaltungsbehörde insbesondere für die Beurteilung und Festsetzung der verschiedenen Verursacheranteile zu beachten. Die Parteien trifft eine Mitwirkungspflicht (§ 19 VRP). Darüber hinaus besteht mit Art. 46 Abs. 1 USG eine ausreichende gesetzliche Grundlage dafür, dass die am Verfahren beteiligten Verursacher, aber auch Drittpersonen, die für die Kostenverteilung erforderlichen Auskünfte erteilen müssen (vgl. Cummins, a.a.O., S. 265 f.; Scherrer, a.a.O., S. 249).

5.2 Um den für die Bestimmung der Verursacheranteile relevanten Sachverhalt festzustellen, zieht die Behörde Urkunden, Aussagen der Parteien und von Dritten, Augenscheine, weitere Unterlagen wie Rechnungsbelege und Gutachten sowie historische und technische Voruntersuchungen als Beweismittel bei (§ 24 VRP). Die Behörde würdigt die Beweise und Indizien nach pflichtgemässigem Ermessen (§ 25 VRP). Sie muss sich unvoreingenommen davon überzeugen, ob sich die geltend gemachten Tatsachen wirklich zugetragen haben oder nicht. Sie hat die Beweise unter Berücksichtigung aller Umstände zu gewichten und zu beurteilen. Die Beweisführungslast obliegt zu wesentlichen Teilen der Behörde. Hingegen tragen die Parteien die objektive Beweislast im Sinne von Art. 8 ZGB. Demnach trägt, wer aus einer Tatsache Rechte ableiten will, die Folgen, wenn er diese nicht beweisen kann (vgl. Scherrer, a.a.O., S. 274; Hans W. Stutz, Verfahrensfragen bei der Kostenverteilung, in: URP 2001, S. 815 ff.; Cummins, a.a.O., S. 265 ff.).

5.3 Das Verwaltungsgericht hat mit seinem Entscheid VGE III 2013 58 vom 25. Juni 2013 weitere Sachverhaltsabklärungen verlangt. Es hat gefordert (vgl. E. 3.7), dass anhand der Steuerakten und allenfalls weiterer Abklärungen insbesondere zu prüfen sei (keine abschliessende Aufzählung),

- ob die Steuerverwaltung die behauptete Überführung der Deponie X. per 1. Januar 1995 in das Privatvermögen von A. akzeptierte (wenn nein: ist

die Deponie im Geschäftsvermögen von A. oder von der Einzelfirma M. aufgeführt worden?);

- ob die von der Steuerverwaltung getätigten Abklärungen und Schlussfolgerungen nachvollziehbar/plausibel sind und für das vorliegende Verfahren übernommen werden können;
- ob allenfalls eine interne Schuldübernahme vorliegt (§ 175 Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Fünfter Teil: Obligationenrecht, vom 30. März 2011, OR, SR 220) mit der Konsequenz, dass die Einzelfirma M. bzw. die Beschwerdeführerin gegenüber dem Staat Schuldnerin geblieben ist;
- ob Anhaltspunkte vorliegen, welche auf ein nachträgliches rechtsmissbräuchliches Konstruieren der Übernahme in das Privatvermögen per 1.1.1995 hinweisen (liegen echtzeitliche Dokumente vor, die auf die geltend gemachte Privatübernahme per 1. Januar 1995 hinweisen? Sollte dies nicht der Fall sein, lässt dies aber nicht ohne Weiteres auf Rechtsmissbrauch schliessen, zumal ein solcher nicht leichthin angenommen werden kann. Vielmehr sind die gesamten Umstände in die Beurteilung miteinzubeziehen. Von Interesse ist beispielsweise auch die Frage, ob die Haftung für Altlasten bei der Geschäftsübergabe schon ein ernsthaftes Thema war).

Das Verwaltungsgericht hat sodann ausgeführt, die Sachlage sei auch in Bezug auf die Rückstellungen illiquid, weshalb sich diesbezüglich weitere vertiefte Abklärungen aufdrängen würden.

5.4 Nach der Rückweisung durch den Regierungsrat hat die Vorinstanz in die Steuerakten Einsicht genommen und von der Steuerverwaltung gestützt auf § 24 Abs. 1 Bst. a VRP einen Amtsbericht angefordert. Die Vorinstanz hat der Steuerverwaltung dabei folgende Fragen unterbreitet:

- Bestehen Anhaltspunkte, dass die Deponie X. per 1. Januar 1995 in das Privatvermögen von A. überführt wurde und dies die Steuerverwaltung akzeptierte? Oder ist die Deponie X. im Geschäftsvermögen von A. oder in der Einzelfirma M. aufgeführt worden?
- Bestehen dazu Aktenvorgänge, die die eine oder andere Version belegen oder zumindest glaubhaft machen können?
- Kann die Bildung von Rückstellungen und deren Auflösung aufgrund der Steuerakten zeitlich bestimmt werden?
- Weitere sachdienliche Hinweise?

Die Steuerverwaltung hat diese Fragen in ihrem Amtsbericht vom 9. April 2014 ausführlich und unter Beilage der relevanten Steuerakten beantwortet.

C 3.1

5.5 Mit der Anforderung der Steuerakten und der Einholung eines Amtsberichts der Steuerverwaltung ist die Vorinstanz ihrer Pflicht zur Sachverhaltsabklärung nachgekommen. Sie hat die vom Verwaltungsgericht aufgeworfenen Fragen aufgegriffen, diese der Steuerverwaltung unterbreitet und gestützt auf deren Amtsbericht und die Steuerakten beantwortet. Die Vorinstanz hat vor diesem Hintergrund die Frage der Rechtsnachfolge erneut geprüft und ist unter Berücksichtigung der durch die Steuerakten ausgewiesenen Sachlage wiederum zum Schluss gekommen, dass das Altlastenrisiko der Deponie X. (nach der Übertragung auf die Einzelfirma M.) auf die S. AG übergegangen ist (vgl. ...). Damit kann der Vorinstanz keine ungenügende Sachverhaltsabklärung bzw. keine Verletzung ihrer Untersuchungspflicht vorgeworfen werden. Die Beschwerdeführerin legt denn auch nicht dar, in welcher Hinsicht bzw. bezüglich welcher Aspekte die Vorinstanz zu weiteren Sachverhaltsabklärungen verpflichtet gewesen wäre und welche weiteren Abklärungen sie hätte vornehmen müssen.

5.6 Im Übrigen hat das Sicherheitsdepartement der Beschwerdeführerin und der Beigeladenen mit Schreiben vom 22. November 2016 im Rahmen der Verfahrensleitung etliche Fragen unterbreitet und sie zur Einreichung ergänzender Unterlagen aufgefordert. Selbst wenn die Vorinstanz ihrer Untersuchungspflicht ungenügend nachgekommen sein sollte, wären die unterbliebenen Sachverhaltsabklärungen demnach im vorliegenden Verfahren nachgeholt worden. Der Regierungsrat hat nach diesen Zusatzabklärungen und der Edition der vollständigen Verfahrensakten bei der Vorinstanz von den entscheiderelevanten Umständen und Vorgängen Kenntnis, soweit sich dieselben zum heutigen Zeitpunkt noch nachvollziehen lassen. Es obliegt ihm als Entscheidbehörde, die vorliegenden Beweise und Indizien nach pflichtgemäsem Ermessen zu würdigen (§ 25 VRP).

6. Die Beschwerdeführerin macht geltend, die Einzelfirma A. und die Einzelfirma M. hätten während rund sechs Jahren parallel bestanden. Weder bei der Gründung der Einzelfirma M. noch bei der Auflösung der Einzelfirma A. per 1. Januar 1995 habe eine Geschäftsübernahme nach Art. 181 OR stattgefunden. Deshalb gebe es keinen Sachübernahmevertrag und folglich auch keinen Vertrag zwischen A. und M. über die Rechte und Pflichten betreffend die Deponie X. Selbst wenn Teilbereiche des Geschäfts übertragen worden wären, bedeute dies nicht, dass es sich um eine Gesamtübernahme gehandelt habe. Dies folge namentlich aus dem Kindskaufvertrag vom 29. Dezember 1995, mit welchem M. ausschliesslich das Eigentum an diversen Liegenschaften übertragen worden sei.

6.1 Art. 181 OR ist zwar mit dem Randtitel „Übernahme eines Vermögens oder eines Geschäftes“ versehen. Diese Bestimmung stellt jedoch keinen Anwendungsfall einer Universalsukzession (Gesamtrechtsnachfolge) dar. Art. 181 OR regelt lediglich die Übertragung der Passiven eines Vermögens oder eines Geschäftes, hingegen nicht diejenige der Aktiven. Von der Schuldübernahme nach Art. 181 OR werden alle mit dem übernommenen Vermögen oder Geschäft verknüpften übertragbaren Schulden erfasst. Die Anwendung von Art. 181 OR ist an zwei Voraussetzungen geknüpft. Erstens muss ein Vermögen oder Geschäft mit Aktiven und Passiven übernommen werden. Dabei muss der Übernehmer die Übernahme der Passiven im Rahmen eines internen Übernahmevertrags (Art. 175 OR) mit dem Schuldner vereinbaren. Zweitens muss die Schuldübernahme den Gläubigern durch den Übernehmer mitgeteilt werden. Die Mitteilung ist weder annahmebedürftig noch formgebunden. Sie geschieht in der Praxis vor allem durch Publikation im Schweizerischen Handelsamtsblatt. Es muss aus der Mitteilung hervorgehen, dass sowohl Aktiven wie auch Passiven übernommen worden sind bzw. dass der Übernehmer an die Stelle des bisherigen Geschäftsinhabers getreten ist. Eine allfällige Verabredung zwischen den Parteien, dass lediglich Teile der Passiven übernommen werden, ist in der Mitteilung an die Gläubiger klar und eindeutig hervorzuheben. Andernfalls kann sie den Gläubigern nicht entgegengehalten werden und es gelten die gesamten Schulden als vom Erwerber übernommen. Die Mitteilung gilt extern, gegenüber den Gläubigern, demnach in der Weise, wie sie ein gutgläubiger Dritter gemäss Vertrauensprinzip verstehen musste, auch wenn ihr Inhalt von der Abmachung zwischen den Parteien abweichen sollte (vgl. Rudolf Tschäni in: Basler Kommentar zum Obligationenrecht, Bd. I, 6. Auflage, Basel 2015, N 1, 10 und 12 ff. zu Art. 181; Theo Guhl, Das Schweizerische Obligationenrecht, 9. Auflage, Zürich 2000, S. 291 f.).

6.2 Die Einzelfirma M. wurde am 2. Januar 1989 mit dem Zweck „Betrieb eines Transportgeschäftes und Fahrzeughandel“ ins Handelsregister eingetragen (...). Am 2. Dezember 1994 wurde im Handelsregister die Löschung der Einzelfirma A. (in Brunnen) infolge Geschäftsübergangs vorgenommen (...). Gleichentags wurde der Zweck der Einzelfirma M. (in Brunnen) geändert („Zweck neu: Betrieb eines Transportgeschäftes und Fahrzeughandel; Spezialfirma für Abfallentsorgung, Strassen- und Kanalisationsreinigungen, Vertrieb von Kiesmaterialien“ ...) und der Zusatz „...“ in der Firma weggelassen (...; vgl. ...).

6.3 Wie sich aus den eingereichten Akten ergibt, übernahm M. von seinem Vater A. bereits am 1. Januar 1989 den Geschäftsbetrieb der Einzelfirma. Zu diesem Zeitpunkt wurde ihm ein wesentlicher Teil des Geschäfts-

C 3.1

vermögens (die Umlaufvermögen bildenden Aktiven und Passiven) unentgeltlich übertragen. Die restlichen Betriebsaktiven (Maschinen und Einrichtungen, Fahrzeuge und Geschäftsliegenschaften) wurden ihm vorerst verpachtet (vgl. ...; „Erläuterung zur Steuererklärung für die Sondersteuer auf Kapitalgewinnen und Wertvermehrungen (Liquidations-Gewinne)“, undatiert). In den Folgejahren (1991 und 1992) wurden M. offenbar weitere Betriebsbestandteile übertragen (...). Wie die Beschwerdeführerin ausführt, wurden M. alsdann die Liegenschaften im Jahr 1995 zu Eigentum übertragen. Sodann ergibt sich aus der von der Beschwerdeführerin dargestellten Firmengeschichte, dass im Jahr 1995 „alle Betriebe dem Sohn zu den bestehenden Bankbelastungen übergeben“ wurden bzw. damals die „Geschäftsübergabe an M.“ stattgefunden hat (...). Die Frage, welche Geschäftsbereiche (inkl. Geschäftsvermögen) zu welchem Zeitpunkt von A. auf M. übertragen worden sind (...), vermochten indessen weder die Beschwerdeführerin noch die Beigeladene zu beantworten.

6.4 Zwar enthalten die Akten keinen schriftlichen Geschäftsübernahmevertrag im Sinne von Art. 175 OR. Daraus lässt sich jedoch nicht schliessen, dass keine Geschäftsübernahme gemäss Art. 181 OR stattgefunden hat, zumal der interne Übernahmevertrag im Prinzip auch formlos gültig ist (vgl. Tschäni, a.a.O., N 12 zu Art. 181). Vorliegend ist davon auszugehen, dass A. und M. eine Geschäftsübernahme im Sinne von Art. 181 OR vereinbart haben. Den vorstehenden Erwägungen zufolge (E. 6.2 und 6.3) hat A. bereits im Jahr 1989 einen bedeutenden Teil des Geschäftsvermögens auf M. übertragen. Im Jahr 1994 hat M. alsdann einen weiteren Teil des Geschäftsvermögens von A. übernommen (mit Zweck- und Firmenänderung der Einzelfirma M.). Gleichzeitig wurde die Einzelfirma von A. ausdrücklich mit dem Vermerk „infolge Geschäftsübergangs“ im Handelsregister gelöscht. Dieser Handelsregistereintrag, durch den die Geschäftsübernahme Dritten gegenüber bekanntgegeben wurde, ist als Mitteilung der Schuldübernahme gegenüber den Gläubigern im Sinne von Art. 181 OR zu betrachten. Aus diesem Handelsregistereintrag ergibt sich nicht, dass bestimmte Schulden von der Geschäftsübernahme ausgenommen worden wären. Zudem ergibt sich weder aus den Akten noch macht die Beschwerdeführerin geltend, dass den Gläubigern angezeigt worden wäre, dass nur ein Teil der Passiven auf die Einzelfirma von M. übergegangen sein sollte. Nach dem Vertrauensprinzip durften Dritte demnach davon ausgehen, dass zum Zeitpunkt der Geschäftsübernahme per 2. Dezember 1994 sämtliche Schulden aus der Einzelfirma von A. von M. übernommen worden sind.

7. Die Beschwerdeführerin bringt ferner vor, dass im Zeitpunkt des partiellen Firmenübergangs noch keine Sanierungsschuld existent und die Mög-

lichkeit einer späteren kostenmässigen Belastung nicht absehbar gewesen sei. Es habe damit an einer Rechtsgrundlage für einen Haftungsübergang zum Zeitpunkt der Geschäfts- bzw. Vermögensübernahme gefehlt, wie sie das Bundesgericht voraussetze.

7.1 Öffentlich-rechtliche Verbindlichkeiten und damit auch eine Sanierungsschuld sind im Sinne von Art. 181 OR übertragbar. Die Haftung des Verhaltensstörers, welche aus einer gegebenen Verunreinigung resultiert, kann nur auf die übernehmende Gesellschaft übertragen werden, wenn die Sanierungsverpflichtung im Zeitpunkt der Übertragung schon bestanden hat. Es muss also im Zeitpunkt der Übertragung zumindest eine gesetzliche Grundlage zur finanziellen Sanierungspflicht bestanden haben. Dabei handelt es sich nicht notwendigerweise allein um Art. 32 USG. Schon vor Inkrafttreten dieser Bestimmung begründeten Art. 8 des Gewässerschutzgesetzes vom 8. Oktober 1971 und Art. 59 USG (in der Fassung aus dem Jahr 1983) eine Haftung des Verhaltensstörers (vgl. Jean-Baptiste Zufferey/Isabelle Romy, Die finanzielle Verantwortlichkeit von Gesellschaften innerhalb von Wirtschaftsgruppen für die Sanierungskosten aus Altlasten, Universität Freiburg, 21. Oktober 2008, S. 24 f.; vgl. auch Urteil des Bundesgerichts 1C_18/2016 vom 6. Juni 2016, E. 4.4).

7.2 Die neuen Vorschriften über die Sanierung belasteter Standorte und damit auch Art. 32 d USG sind am 1. Juli 1997 in Kraft getreten (vgl. Griffel/Rausch, a.a.O., N 7 zu Art. 32d; AS 1997 1155, 1174). Auch wenn Art. 32d USG zum Zeitpunkt der Geschäftsübernahme im Jahr 1994 noch nicht in Kraft war, hat der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zufolge dennoch mit Art. 8 GSchG (in der Fassung aus dem Jahr 1971) und Art. 59 USG (in der Fassung aus dem Jahr 1983) eine Rechtsgrundlage für die Haftung von A. sen. als Verhaltensstörer bestanden. Der Einwand der Beschwerdeführerin geht damit ins Leere.

8. Die Beschwerdeführerin rügt sodann, entgegen der Ansicht der Vorinstanz seien in den Steuerakten Anhaltspunkte für einen Übergang des Altlastenrisikos in das Privatvermögen von A. vorhanden. Da die Deponie X. zum Nullwert ins Privatvermögen von A. übertragen worden sei, ergebe sich die Privatentnahme nicht explizit aus der Veranlagungsverfügung für die Liquidationsgewinnsteuer. Durch die Korrespondenzen und die Abklärungen der Steuerverwaltung sei sie jedoch ausgewiesen. Bei dieser Konstellation habe es auch keiner zusätzlichen Verträge bedurft. Zudem werde der Geschäftsübergang auf M. entgegen der Darstellung der Vorinstanz auch nicht durch die Position „Rückstellung für Rekultivierung Deponien“ dokumentiert. Im Gegenteil sei mit dem Schreiben der Z. Treuhand AG vom

C 3.1

4. November 2000 ausgewiesen, dass es sich bei der sogenannten Rückstellung in Tat und Wahrheit um einen Vorschuss bzw. eine Anzahlung für zukünftige Rekultivierungsaufwendungen gehandelt habe. Diese Position sei als Leistungsauftrag zu verstehen, im Umfang von maximal Fr. 670'000.-- Rekultivierungsarbeiten auf der Deponie X. auszuführen.

8.1 Gemäss der Aufstellung der Steuerverwaltung (...) wurde in der Bilanz von A. als Bestand per 1. Januar 1985 eine Position „Rekultivierung Deponien“ in der Höhe von Fr. 540'000.-- ausgewiesen. Dieser Betrag wurde im Jahr 1985 um Fr. 130'000.-- und im Jahr 1986 um Fr. 200'000.-- erhöht. Dementsprechend wurde per 31. Dezember 1986 die Position „Rekultivierung“ in der Höhe von Fr. 870'000.-- aufgeführt. In der Bilanz von A. per 1. Januar 1989 war eine „Rückstellung für Rekultivierung Deponien“ von Fr. 670'000.-- enthalten, ebenso in der Bilanz per 31. Dezember 1991. In der Bilanz per 31. Dezember 1992 war diese Rückstellung nicht mehr vorhanden. Die Bilanzen von A. per 31. Dezember 1993, 31. Dezember 1994 und 31. Dezember 1995 fehlen in den Steuerakten und konnten von der Beigeladenen ebenfalls nicht mehr beigebracht werden (...).

In den Bilanzen von M. per 31. Dezember 1989 bis 31. Dezember 1991 wurden keine Rückstellungen für Rekultivierungen aufgeführt. Erstmals figuriert in der Bilanz von M. per 31. Dezember 1992 eine Position „Rückstellung Rekultivierung Deponien“ in der Höhe von Fr. 622'300.40. Die Bilanz per 31. Dezember 1993 fehlt in den Steuerakten und konnte auch von der Beschwerdeführerin nicht mehr erhältlich gemacht werden (...). In den Bilanzen von M. ab 31. Dezember 1994 bis 31. Dezember 2003 war jeweils eine Position „Rückstellungen Rekultivierung“ von Fr. 581'658.05 vorhanden.

Diese Position „Rückstellung Rekultivierung“ in der Höhe von Fr. 581'658.05 wurde von der Beschwerdeführerin nach deren Übernahme der Einzelfirma von M. in ihren Bilanzen per 31. Dezember 1994 bis 31. Dezember 2010 weitergeführt. In der Bilanz der Beschwerdeführerin per 31. Dezember 2011 ist diese Position nicht mehr enthalten. Den übereinstimmenden Angaben der Beschwerdeführerin und der Steuerverwaltung zufolge ist sie damals erfolgswirksam aufgelöst worden.

8.2 Mit Schreiben vom 6. April 2000 hat die Dr. Y. & Partner der Steuerverwaltung die Liquidationsgewinnsteuererklärung für A. eingereicht. Sie hat darauf hingewiesen, dass A. die Erwerbstätigkeit per 1. Januar 1995 aufgegeben und sein Geschäft zu Buchwerten seinem Sohn M. übergeben hat. Unter Verweis auf die Bilanzen von A. per 31. Dezember 1994 und die Bilanzen der Einzelfirma M. per 31. Dezember 1994 und per 31. Dezem-

ber 1995 hat sie ausgeführt, dass die Deponie X. von der Geschäftsübergabe ausgenommen und ins Privatvermögen überführt worden sei. Da die Übergabe zu Buchwerten erfolgt sei, handle es sich um eine steuerneutrale Geschäftsnachfolge.

Die Steuerverwaltung hat die Dr. Y. & Partner mit Schreiben vom 19. Oktober 2000 um Auskunft ersucht, worin der Vermögenswert „Deponie X.“ bestehe und warum dieser Vermögenswert nicht mit den übrigen geschäftlichen Vermögenswerten (im Rahmen der Geschäftsübergabe) auf M. übertragen worden sei. Die Dr. Y. & Partner hat darauf mit Schreiben vom 8. November 2000 geantwortet, es handle sich um ein Nutzungsrecht. Die Deponie werde zwar nicht mehr genutzt, es bestünden aber noch offene Fragen bezüglich der Rekultivierung sowie bezüglich der Übernahme von möglichen Schadenersatzzahlungen aus allfälligen Spätschäden. Man habe bei der Geschäftsübergabe an den Sohn vereinbart, dass allfällig auftauchende Schadenersatzansprüche durch den Vater übernommen würden.

8.3 Die Z. Treuhand AG hat im Zusammenhang mit der Veranlagung von M. für die Steuerperioden 1995/96 und 1997/98 in ihrem Schreiben vom 14. November 2000 unter der Überschrift „Deponie-Rückstellung“ ausgeführt, es sei aus mehreren Regierungsratsprotokollen ersichtlich, dass die Deponie bzw. das Risiko aus der Deponie wegen der Altlasten nicht übertragen werden könne. Die Deponie sei somit bei der Geschäftsübergabe nicht an M. übergegangen. Bei der Rückstellung für Rekultivierung im Betrag von Fr. 670'000.-- handle es sich somit nicht um eine Rückstellung, sondern um einen Vorschuss bzw. eine Anzahlung für zukünftig zu leistende Rekultivierungsarbeiten auf der Deponie X.. M. habe nicht das Rekultivierungsrisiko übernommen, sondern lediglich den Leistungsauftrag, im Umfang von maximal Fr. 670'000.-- Rekultivierungsarbeiten auf der Deponie X. auszuführen. In der Zwischenzeit seien Rekultivierungsarbeiten im Betrag von Fr. 88'341.95 ausgeführt und der Rückstellung erfolgswirksam belastet worden.

8.4 Die Vorinstanz hat der Steuerverwaltung unter anderem die Frage unterbreitet, ob Anhaltspunkte dafür bestünden, dass die Deponie X. per 1. Januar 1995 in das Privatvermögen von A. überführt worden sei und dies die Steuerverwaltung akzeptiert habe bzw. ob die Deponie X. im Geschäftsvermögen von A. oder in der Einzelfirma M. aufgeführt worden sei.

Die Steuerverwaltung hat in ihrem Amtsbericht vom 9. April 2014 erläutert, gemäss den Schreiben der Dr. Y. & Partner und der Z. Treuhand AG aus dem Jahr 2000 habe A. das Altlastenrisiko ins Privatvermögen überführen wollen. Es seien jedoch keine Risikoabtretungsverträge und auch keine anderen Belege in den Steuerakten vorhanden, welche beweisen, dass das

C 3.1

Risiko der Deponie X. ins Privatvermögen von A. überführt wurde. Zudem habe A. das Altlastenrisiko nicht als Schuld in seinen Steuererklärungen ab dem 1. Januar 1995 aufgeführt. Aus steuerlicher Sicht sei akzeptiert worden, dass vom Geschäftskonto „Rückstellung Deponien“ von M. Aufwendungen betreffend die Deponie X. abgebucht worden seien. Für die steuerliche Veranlagung sei die Überführung des Risikos indessen nicht von Belang gewesen.

8.5 Es ist zwar denkbar, dass A. das Altlastenrisiko ins Privatvermögen überführen wollte. Darauf weist auch die von der Beschwerdeführerin im Buchhaltungsordner 1993 der Z. Treuhand AG aufgefundene Aktennotiz hin (...), wo ausgeführt wird, dass im Geschäftsjahr 1993 die Rückstellung für die Rekultivierung an die Einzelfirma M. übertragen worden sei. Dabei sei aber das Risiko für die Rekultivierung der Deponie bei A. verblieben, d.h. richtigerweise würde man diesen Posten viel mehr als Vorschuss für zu leistende Rekultivierungsarbeiten bezeichnen (im Betrag von Fr. 670'000.--). Diese Absicht zur Überführung des Altlastenrisikos ins Privatvermögen basiert jedoch allenfalls auf einer mündlichen Vereinbarung zwischen A. und M., da keinerlei schriftlichen Belege dafür vorhanden sind. Zudem hätte A. die Rekultivierungsverbindlichkeit ab dem Jahr 1995 in seiner Steuererklärung als Schuld deklarieren können, falls tatsächlich eine Privatentnahme stattgefunden hätte. Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin besteht kein Anlass, an der Zulässigkeit eines solchen Vorgehens zu zweifeln, zumal die Steuerverwaltung in ihrem Amtsbericht vom 9. April 2014 ausdrücklich auf diese Möglichkeit hinweist.

8.6 Darüber hinaus fällt auf, dass die Beschwerdeführerin im Verfahren vor Verwaltungsgericht noch vorgebracht hat, dass die Einzelfirma M. für die Deponie S., nicht aber für die Deponie X., Rückstellungen gebildet habe (vgl. VGE III 2013 58 vom 25. Juni 2013, E. 3.9). Mittlerweile gesteht sie zwar zu, dass die betreffende Bilanzposition für die Deponie X. gebildet wurde, macht aber geltend, es handle sich nicht um eine Rückstellung, sondern um einen Leistungsauftrag bzw. einen Vorschuss für Rekultivierungsarbeiten. Die Beschwerdeführerin setzt sich damit zu ihren früheren Aussagen in Widerspruch und mindert dadurch ihre Glaubwürdigkeit. Zudem ist der Ansicht der Vorinstanz zuzustimmen, dass eine Aufteilung zwischen dem Rekultivierungsrisiko und dessen Überführung ins Privatvermögen von A. einerseits bzw. Rekultivierungsarbeiten und deren Übernahme durch M. andererseits nicht belegt ist und ausserdem auch nicht glaubhaft erscheint. Vielmehr lässt die Tatsache, dass die „Rückstellung Rekultivierung“ bis ins Jahr 1991 nur in der Bilanz von A., ab dem Jahr 1992 hingegen nur noch in der Bilanz von M. aufgeführt wird, auf die Übernah-

me des Altlastenrisikos der Deponie X. durch M. schliessen. In diesem Zusammenhang hat das Verwaltungsgericht ebenfalls darauf hingewiesen, dass es schwer nachvollziehbar sei, weshalb man einen Geschäftsteil nicht auf den Sohn übertrage, um diesen vor möglichen Haftungsansprüchen zu schützen, gleichzeitig selber aber keine Rückstellungen mehr bilde bzw. die gesamten Rückstellungen für die Deponien vorzeitig auf den Sohn übertrage (vgl. VGE III 2013 58 vom 25. Juni 2013, E. 3.9).

Insgesamt ergibt sich somit, wie die Steuerverwaltung in ihrem Amtsbericht vom 9. April 2014 dargelegt hat, „ein stimmiges Bild“ aus der Tatsache der Nichterfassung der Risikoschuld in der privaten Steuererklärung von A. einerseits und dem in der Buchhaltung von M. aufgeführten Konto Rückstellung Rekultivierung Deponien andererseits (...). Rückstellungen für ein bestimmtes Risiko bildet in aller Regel derjenige, welcher das Risiko auch tatsächlich trägt.

8.7 Selbst wenn die Steuerverwaltung die angeblich beabsichtigte Überführung des Altlastenrisikos ins Privatvermögen von A. hingenommen haben sollte, lässt dies im Übrigen für das vorliegende Verfahren keine zwingenden Rückschlüsse zu, wie auch das Verwaltungsgericht ausgeführt hat (VGE III 2013 58 vom 25. Juni 2013, E. 3.6). Massgeblich ist, dass keine Mitteilung gegenüber Dritten existiert, dass beim Geschäftsübergang von A. auf M. das Altlastenrisiko von der Geschäftsübergabe ausgenommen worden wäre. Weder ist der Veröffentlichung im Amtsblatt ein solcher Hinweis zu entnehmen noch ist eine anderweitige Bekanntgabe einer allenfalls beabsichtigten partiellen Überführung an die Gläubiger erfolgt. Wie bereits dargelegt, gilt nach dem Vertrauensprinzip demnach, dass die gesamten Schulden samt dem Altlastenrisiko als von M. erworben zu betrachten sind. Soweit die Beschwerdeführerin vorbringt, dass eine (bestrittene) allfällige Haftung für Altlasten lediglich im Umfang der erfolgswirksam aufgelösten Rückstellung von Fr. 581'658.05 bestehe, kann ihr ebenfalls nicht gefolgt werden. Eine solche Haftungslimitierung hätte den Gläubigern ebenfalls mitgeteilt werden müssen, was unbestritten nicht stattgefunden hat.

8.8 Offenbleiben kann vor diesem Hintergrund auch die vom Verwaltungsgericht aufgeworfene Frage, ob in Bezug auf das Altlastenrisiko eine interne Schuldübernahme gemäss Art. 175 OR vorliegt (vgl. dazu VGE III 2013 58 vom 25. Juni 2013, E. 3.7). Bei einer internen Schuldübernahme (Art. 175 OR) verpflichtet sich ein Dritter dem Schuldner gegenüber, ihn von der Schuld zu befreien. Dem Gläubiger gegenüber bleibt die Schuldübernahme ohne Wirkung, weshalb auch seine Zustimmung nicht notwendig ist (vgl. Tschäni, a.a.O., N 1 zu Art. 175; Guhl, a.a.O., S. 284 ff.). Falls A. und M. eine interne Schuldübernahme vereinbart ha-

C 3.1

ben sollten, wäre dieser Umstand lediglich in diesem Innenverhältnis von Bedeutung. Auf das Verhältnis zwischen M. bzw. der Beschwerdeführerin als Schuldnerin und dem Staat als Gläubiger hätte eine allfällige interne Schuldübernahme hingegen keinen Einfluss.

9. Die Beschwerdeführerin bringt schliesslich vor, die Vorinstanz habe während mehr als 15 Jahren anerkannt, dass das Altlastenrisiko bei A. verblieben sei. Auch nach der Liquidation seiner Einzelfirma am 1. Januar 1995 sei A. der alleinige Ansprechpartner der Vorinstanz betreffend die Deponie X. geblieben. Die Vorinstanz sei offenbar der Meinung gewesen, dass diese Verbindlichkeiten nicht übertragen werden könnten und habe sich deshalb bis zu dessen Tod an A. als Verhaltensstörer gehalten. Dabei sei sie zu behaftet. Es verstosse gegen Treu und Glauben und sei rechtlich unhaltbar, dass die Vorinstanz plötzlich von einer Rechtsnachfolge der Einzelfirma M. und der Beschwerdeführerin ausgehe. Adressaten der Kostenverteilungsverfügung müssten vielmehr die Erben von A. sein.

9.1 Soweit die Vorinstanz vorbringt, sie habe von der Auflösung der Einzelfirma von A. keine Kenntnis gehabt, kann ihr nicht gefolgt werden. Die Löschung der Einzelfirma A. infolge Geschäftsüberganges und die gleichzeitige Firmen- und Zweckänderung der Einzelfirma M. per 2. Dezember 1994 wurden im Amtsblatt publiziert (...). Der betreffende Auszug aus dem Amtsblatt ist zudem in den chronologisch nachgeführten Akten der Vorinstanz enthalten (...). Die Vorinstanz hätte deshalb bei genügender Aufmerksamkeit um die Geschäftsübernahme im Jahr 1994 wissen können und müssen.

9.2 Dennoch kann die Beschwerdeführerin aus der Tatsache, dass sich die Vorinstanz in Belangen der Deponie X. auch nach der Liquidation seiner Einzelfirma an A. gewandt hat, nichts zu ihren Gunsten ableiten. Als ehemaliger Deponiebetreiber war A. mit den Vorgängen und Verhältnissen bei der Deponie X. am besten vertraut und daher offenbar auch nach der Geschäftsübernahme durch die Einzelfirma M. mit den mit der Deponie X. verbundenen Angelegenheiten betraut. Darauf lässt jedenfalls die Darstellung der Beschwerdeführerin schliessen, wonach die Rekultivierungsarbeiten, welche die Einzelfirma M. ausführen liess und deren Kosten der Position „Rückstellung Rekultivierung“ (sogenannter Rekultivierungsvorschuss) belastet wurden, im Auftrag von A. vorgenommen wurden. Solange der Vorinstanz A. als Ansprechpartner zur Verfügung stand und die Verpflichtungen in Bezug auf die Deponie X. erfüllt wurden, hatte die Vorinstanz keinen Anlass, seine Kostenpflicht in Zweifel zu ziehen. Es ist deshalb kein treuwidriges Verhalten darin zu erblicken, dass sie die Beschwerdeführerin

erst im Rahmen des Kostenverteilungsverfahrens zu einer anteilmässigen Kostentragung infolge Rechtsnachfolge verpflichtet hat.
(RRB Nr. 353 vom 16. Mai 2017).

8. Bildung

8.1 Kostengutsprache des Schulträgers für das Schulgeld einer Talentschule bzw. -klasse

- *Schulpflicht und Schulangebot nach der Volksschulgesetzgebung (Erw. 1).*
- *Begabtenförderung und Schulgeldübernahme (Erw. 2 und 2.2).*
- *Ein Anspruch auf Ausrichtung des Schulgeldbeitrags entsteht grundsätzlich dann, wenn ein besonders begabter oder hochbegabter Schüler in eine entsprechende öffentlich anerkannte Sonderklasse aufgenommen wird. Ist diese Voraussetzung erfüllt, kann sich der Schulträger der Zahlung des Schulgeldbeitrags nur dann entziehen, wenn er ein eigenes, gleichwertiges Angebot anzubieten vermag (Erw. 5 und 5.1).*
- *Angebot der Talentklassen „talent ausserschwyz“ als separat geführte Klassen zur Begabtenförderung in der March und Höfe (Erw. 5.2) und dessen Vergleich mit einem Angebot in einem Nachbarkanton (Erw. 5.3 – 5.5).*

Aus den Erwägungen:

1. Die Schulpflicht beginnt mit dem einjährigen Kindergarten und dauert grundsätzlich zehn Jahre, längstens jedoch bis zum Abschluss der Sekundarstufe I (§ 4 Abs. 2 des Volksschulgesetzes vom 19. Oktober 2005, VSG, SRSZ 611.210). Der Unterricht an der öffentlichen Volksschule ist unentgeltlich (§ 8 Abs. 1 VSG). Die Schulpflicht ist in der Regel am Wohnsitz des Kindes zu erfüllen (§ 7 Abs. 1 VSG). Der Schulrat kann auswärtigen Schulbesuch gestatten oder anordnen, wenn besondere Gründe es rechtfertigen (§ 7 Abs. 2 VSG). Der Schulträger des Aufenthaltsortes kann vom entlasteten Schulträger ein Schulgeld verlangen (§ 7 Abs. 3 VSG). Die Bezirke führen die Sekundarstufe I, d.h. sie sind die Schulträger der Sekundarstufe I. Der Bezirksrat legt auf Antrag des Schulrates die Organisationsform der jeweiligen Sekundarstufe I fest (§ 20 Abs. 2 VSG). In Bezug auf die Organisation der Schule und die Schulplanung steht den Schulträgern

C 8.1

ein Autonomiebereich zu, der den zuständigen Behörden bei konkreten Entscheidungen ein relativ weites Ermessen einräumt. Der Regierungsrat auferlegt sich deshalb bei der Beurteilung von Schulfragen eine gewisse Zurückhaltung und greift nur dort ein, wo eine vorinstanzliche Verfügung bzw. Praxis unhaltbar bzw. sachlich nicht vertretbar ist (vgl. Präsidialverfügung des Landammanns vom 4. August 2015, E. 4.4, genehmigt mit RRB Nr. 709 vom 11. August 2015).

2. Die Begabtenförderung ist in § 18 VSG geregelt. Nach dieser Bestimmung können Schülerinnen und Schüler durch unterrichtliche Massnahmen in der Klasse, schulorganisatorische Massnahmen wie frühzeitige Einschulung, das Angebot von Förderstunden, das Überspringen einer Klasse, den vorzeitigen Eintritt in die Mittelschule, die Dispensation von gewissen Fächern oder durch die Schulung in Sonderklassen gefördert werden. Bei einer Beschulung in einer öffentlich anerkannten Sonderklasse leistet der Schulträger einen Schulgeldbeitrag.

2.1 Öffentlich anerkannte Sonderklassen für Hochbegabte müssen als separate Talentschule bzw. Talentklassen geführt werden und vom jeweiligen Standortkanton anerkannt worden sein. In die Sonderklasse werden grundsätzlich nur Schülerinnen und Schüler mit besonderen Begabungen aufgenommen. Diese Jugendlichen sind entweder hochbegabt (ausgewiesener Intelligenzquotient von 130 oder höher) oder Talente (Sport, Musik, Kunst), die von einem nationalen oder regionalen Sportverband oder durch ein Auswahlgremium von ausgewiesenen Fachpersonen als solche anerkannt sind. Sind die genannten Kriterien erfüllt, kann beim zuständigen Schulträger ein Gesuch für einen Schulgeldbeitrag eingereicht werden. Die Beitragshöhe bestimmt sich wie folgt:

- Besteht ein vom Regierungsrat unterzeichnetes Schulgeldabkommen, legt der Regierungsrat den Schulgeldbeitrag fest, den der abgebende Schulträger zu leisten hat.
- Besteht kein Schulgeldabkommen oder gibt es keine anderen Vorgaben des Regierungsrats, können die Schulträger den Schulgeldbeitrag selber festlegen. Dieser entspricht maximal dem Durchschnittswert der Kosten pro Schulkind nach Gemeindestatistik (§ 18 Abs. 3 VSG).

(Zum Ganzen siehe: Merkblatt des kantonalen Amts für Volksschulen und Sport vom 20. Januar 2010 betreffend Schulgeldbeiträge beim Besuch einer öffentlich anerkannten Sonderklasse durch besonders begabte oder hochbegabte Schülerinnen und Schüler.)

2.2 Im interkantonalen Verhältnis besteht ein vom Regierungsrat unterzeichnetes Schulgeldabkommen. Dabei handelt es sich um die interkanto-

nale Vereinbarung für Schulen mit spezifisch-strukturierten Angeboten für Hochbegabte vom 20. Februar 2003 (HBV). Die Vereinbarung gilt für die Sekundarstufe I und II. Sie regelt den interkantonalen Zugang zu spezifisch strukturierten Ausbildungsgängen zur Förderung von Hochbegabten (Art. 1 Abs. 1 HBV). Im Anhang zur HBV wird festgehalten, welche Ausbildungslehrgänge unter die Vereinbarung fallen, sowie welche Beiträge für den Schulbesuch vom Wohnsitzkanton der ausserkantonalen Schülerinnen und Schüler zu entrichten sind (Art. 2 Bst. a und b HBV). Die Sportschule Rapperswil-Jona ist im Anhang zur HBV vom 25. Mai 2016 als Ausbildungslehrgang, der unter die Vereinbarung fällt, aufgeführt. Gemäss der dort festgehaltenen Umschreibung bietet die Sportschule Rapperswil-Jona Schulunterricht in reinen Sportklassen mit einem auf die Sportart abgestimmten Stundenplan an. Gemäss Anhang zur HBV beträgt der Schulgeldbeitrag für das 7. Schuljahr Fr. 9'500.-- pro Semester.

3. Die Vorinstanz hat das Gesuch der Beschwerdeführer im Wesentlichen mit der Begründung abgewiesen, dass Kostengutsprachen nur in Fällen gewährt würden, in denen das eigene Angebot der „talent ausserschwyz“ nicht adäquat sei. (...)

4. Gemäss Schreiben der Nachwuchsabteilung der Lakers Sport AG vom 9. Februar 2017 gehört M. dem Kader der „Moskito Top“ an, was die höchste Stufe seiner Alterskategorie darstellt. Auch wird M. ein grosses Entwicklungspotential und ein grosser Leistungswille attestiert. Gestützt hierauf machen die Beschwerdeführer geltend, der Besuch der Oberstufe in der Talent-/Sportschule Rapperswil-Jona biete die optimalen Rahmenbedingungen zur weiteren Förderung ihres Sohnes. Der Einsatz als Kader-/Stammspieler bedeute, dass M. mit Bezug auf die physische Belastung nicht nur bei den Trainings der „Moskito Top“ Mannschaft beansprucht werde, sondern auch regelmässig bei den Spielen an den Wochenenden eingesetzt werde. Diese zusätzliche Beanspruchung ziehe einen erhöhten Erholungsbedarf nach sich. Die Regenerationszeiten seien sowohl für die schulischen als auch für die sportlichen Leistungen von zentraler Bedeutung. Die Wegzeit zwischen der Eishalle in Rapperswil-Jona und der Talent-/Sportschule der Oberstufe Rapperswil-Jona sei nur halb so lang, wie wenn er die „talent ausserschwyz“ in Wollerau besuchen müsste. Der Schulort Rapperswil-Jona komme daher auch der Regeneration zu Gute. Die Talent-/Sportschule der Oberstufe Rapperswil-Jona sei vom Kanton Schwyz als öffentliche Sonderklasse anerkannt. Zudem handle es sich dabei um die in der Region derzeit beste Talent-/Sportschule für Eishockeyspieler. Seit dem 1. August 2017 sei die Sportschule Rapperswil-Jona auch als „Swiss Olympic Partner School“ zertifiziert. Bei der Bestimmung

C 8.1

von § 18 Abs. 3 VSG handle es sich nicht um eine Kann-Vorschrift, deren Anwendung im Ermessen des Bezirksrats liege. Vielmehr sei ein Schulgeldbeitrag durch den Schulträger immer dann zu leisten, wenn der Schüler eine öffentlich anerkannte Sonderklasse besuche, was vorliegend der Fall sei.

5. Besucht eine besonders begabte oder hochbegabte Schülerin oder ein besonders begabter oder hochbegabter Schüler eine öffentlich anerkannte Sonderklasse, leistet der Schulträger einen Schulgeldbeitrag, der höchstens dem gewichteten Durchschnittswert der Kosten pro Schulkind nach Gemeindefinanzstatistik entspricht. Im Rahmen von interkantonalen Vereinbarungen legt der Regierungsrat den Schulgeldbeitrag der Schulträger fest (§ 18 Abs. 3 VSG).

5.1 Den Beschwerdeführern ist insoweit zuzustimmen, als ein Anspruch auf Ausrichtung des Schulgeldbeitrags grundsätzlich dann entsteht, wenn ein besonders begabter oder hochbegabter Schüler in eine entsprechende öffentlich anerkannte Sonderklasse aufgenommen wird, d.h. die Aufnahmeprüfung bestanden hat. Ist diese Voraussetzung erfüllt, kann sich der Bezirk der Zahlung des Schulgeldbeitrags nur dann entziehen, wenn er ein eigenes, gleichwertiges Angebot anzubieten vermag. Besteht ein eigenes, gleichwertiges Angebot, ist gleichwohl eine Kostengutsprache zu leisten, wenn in der Region kein geeigneter Trainingsstandort zur Verfügung steht. Ist in der Region ein geeigneter Trainingsstandort vorhanden und besteht eine eigene, gleichwertige Sonder- bzw. Talentklasse, darf der Bezirk darauf bestehen, dass das eigene Angebot besucht wird (RRB Nr. 398 vom 23. Mai 2017, E. 2.3, RRB Nr. 825 vom 27. September 2016, E. 5.1). In materieller Hinsicht ist somit zu prüfen, ob das neu geschaffene Angebot der „talent ausserschwyz“ im Vergleich zu demjenigen der Sportschule Rapperswil-Jona als gleichwertig einzustufen ist und ob dem Sohn der Beschwerdeführer der Weg von der Schule in Wollerau zur Eishalle in Rapperswil-Jona als Trainingsstandort zumutbar ist. Ist dies zu bejahen, darf die Vorinstanz darauf bestehen, dass das eigene Angebot besucht wird bzw. muss sie keinen Kostenbeitrag leisten, wenn die Beschwerdeführer ihren Sohn trotzdem an die Talent-/Sportschule der Oberstufe Rapperswil-Jona schicken wollen.

5.2 Gestützt auf die Vereinbarung vom 13. September 2016 führen die Bezirke Höfe und March neu Talentklassen als separat geführte Sonderklassen zur Begabtenförderung im Sinne von § 18 VSG ein. Der Start des Schulbetriebs des Angebots „talent ausserschwyz“ erfolgte im August 2017 mit einer ersten Oberstufenklasse. Das schulische Angebot der „talent aus-

„serschwyz“ beruht auf den Vorgaben des Amtes für Volksschulen und Sport sowie von Swiss Olympic. Die Stundenpläne der einzelnen Klassen berücksichtigen so weit wie möglich die speziellen Trainingszeiten der verschiedenen Talentbereiche. Die Anzahl der Lektionen wird verringert, sodass neben der hohen Trainingsbelastung genügend Zeit für die Regeneration bleibt. Im Rahmen von sogenannten Lernateliers erhalten die Schüler die Möglichkeit, den Schulstoff selbstständig zu erarbeiten. Sie werden dabei von anwesenden Klassen- und Fachlehrpersonen individuell begleitet und coacht. Die Schüler können in den Lernateliers einerseits Hausaufgaben lösen, andererseits auch Lernstoff nachholen, welchen sie wegen Trainingslagern oder Wettkämpfen verpasst haben. Dabei arbeiten die Schüler oft mit individuellen Arbeitsplänen und Themendossiers. Auch ist ein e-Learningangebot vorgesehen, welches die Flexibilität der Schüler bei der Erarbeitung des Lernstoffs zusätzlich erhöht. Im Sinne einer Ganztagesesschule haben die Schüler die Möglichkeit zur Mittagsverpflegung vor Ort. Ziel ist es, Schule und Talentbereich in Einklang zu bringen, indem das eigenverantwortliche Lernen gefördert und gleichzeitig Rücksicht auf individuelle Bedürfnisse und Fähigkeiten der Schüler genommen wird. Damit soll auch eine gute Vorbereitung auf berufliche Anschlusslösungen ermöglicht werden.

5.3 Das Angebot der „talent ausserschwyz“ ist somit im Wesentlichen vergleichbar mit demjenigen der Sportschule Rapperswil-Jona. Auch das dortige Angebot beruht auf dem Konzept von flexiblen Lernateliers mit einem ergänzenden e-Learningangebot. Zwar trifft zu, dass die von den Bezirken March und Höfe erstmals ab August 2017 durchgeführte Talentklasse (im Gegensatz zur Talent-/Sportschule der Oberstufe Rapperswil-Jona) noch nicht als Partnerschule von Swiss Olympic anerkannt ist. Das Angebot „talent ausserschwyz“ beruht indessen auf einem vom Amt für Volksschulen und Sport am 5. Dezember 2016 genehmigten Konzept, welches wiederum auf die Anforderungen von Swiss Olympic ausgerichtet ist. Es ist vorgesehen, nach den ersten drei Jahren der Einführungsphase einen Antrag an Swiss Olympic um Anerkennung als Partnerschule zu stellen. Das Profil der „talent ausserschwyz“ wird daher von Anfang an auf die dafür erforderlichen Rahmenbedingungen von Swiss Olympic abgestimmt. Soweit die Beschwerdeführer den Modellstundenplan beanstanden, ist festzuhalten, dass dieser lediglich der Veranschaulichung dient. Abweichungen vom Modellstundenplan sind durchaus möglich. Eine flexible Handhabung des Stundenplans wird sogar ausdrücklich angestrebt, um auf die individuellen Bedürfnisse der Schüler eingehen zu können. Demgemäss berücksichtigen die Stundenpläne so weit als möglich die speziellen Trainingszeiten der verschiedenen Talentbereiche. Der von der Vorinstanz ein-

C 8.1

gereichte Stundenplan „talent Hockey 2017/18“ sieht beispielsweise am Dienstag und Donnerstag den Schulbeginn erst um 10.15 h vor, womit der Besuch des morgendlichen Hockeytrainings ermöglicht wird. Somit besteht auch bezüglich der flexiblen Handhabung des Stundenplans kein wesentlicher Unterschied zur Sportschule Rapperswil-Jona.

5.4 Mit Bezug auf den Schulweg ist der Schulbesuch vom Wohnort Pfäffikon aus ohne Weiteres möglich und zumutbar, womit auch das gewohnte familiäre und soziale Umfeld erhalten bleibt. Auch die Distanz von Wollerau nach Rapperswil-Jona zur Eishalle als Trainingsstandort ist mit den öffentlichen Verkehrsmitteln einem Jugendlichen in der Oberstufe ohne Weiteres zumutbar. Die Vorinstanz hat sodann zu Recht darauf hingewiesen, dass drei weitere Jugendliche, welche die Talentklasse im Schuljahr 2017/18 besuchen, ebenfalls im Nachwuchs der SC Rapperswil-Jona Lakers gefördert werden. Zwar mag zutreffen, dass diese (noch) nicht der höchsten Stufe ihrer Alterskategorie angehören („Moskito Top“). Gemäss den Ausführungen der Beschwerdeführer bezieht sich die geltend gemachte zusätzliche Belastung ihres Sohnes jedoch primär auf das Wochenende. Eine wesentliche Verschlechterung der Regenerationszeit lässt sich daher aus dem etwas längeren Schulweg unter der Woche nicht ableiten. Unter diesen Umständen ist ohne Weiteres nachvollziehbar, dass die Vorinstanz von einem vergleichbaren sozialen und sportlichen Umfeld ausgegangen ist. Sie hat daher zu Recht davon abgesehen, für den Besuch des Sohnes der Beschwerdeführer an der Talent-/Sportschule der Oberstufe Rapperswil-Jona Kostengutsprache zu leisten bzw. den Schulgeldbeitrag zu übernehmen.

5.5 Zusammenfassend ergibt sich, dass das neu geschaffene Angebot der „talent ausserschwyz“ im Vergleich zu demjenigen der Sportschule Rapperswil-Jona als gleichwertig einzustufen und der Weg zum Trainingsstandort für den Sohn der Beschwerdeführer zumutbar ist. Ein Anspruch, die für die eigenen Bedürfnisse optimale Sport- oder Talentschule auf Kosten des Gemeinwesens besuchen zu dürfen, besteht nicht. Die Vorinstanz hat daher den vom Beschwerdeführer geltend gemachten Anspruch auf Zahlung eines Schulgeldbeitrages zu Recht verneint.

(RRB Nr. 655 vom 29. August 2017).

10. Raumplanung

10.1 Regelung des gemeinnützigen Wohnungsbaus im Baureglement

- *Anfechtungsinteresse bei einer Beschwerde gegen Baureglementsbestimmungen (Erw. 1).*
- *Überprüfung von Nutzungsvorschriften im Aufsichts- und Rechtsmittelverfahren (Erw. 3).*
- *Total- oder Teilrevision des Nutzungsplanes bei einer Überprüfung von Zonenplan und Baureglement (Erw. 5.1 – 5.2).*
- *Sozialer Wohnungsbau ist in Zonen für öffentliche Bauten und Anlagen zulässig, wenn der Bedarf ausgewiesen und der Standort geeignet ist bzw. sich nicht in der Nähe von emissionsträchtigen Bauten oder Anlagen (wie beispielsweise Feuerwehrzentren, Abwasserreinigungs- oder Sportanlagen) befindet. Unter diesen Umständen ist die von den Gemeindebehörden beabsichtigte Förderung von preisgünstigem Wohnraum in der Zone OE zulässig (Erw. 6).*
- *Zulässigkeit von Ausführungsvorschriften des Gemeinderates zu den Baureglementsbestimmungen über die Nutzungsordnung (Erw. 7).*
- *Ausnützungsbonus bei der Realisierung von preisgünstigen Alterswohnungen (Erw. 9).*

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 u.a. insbesondere die Rechtsmittelbefugnis (§ 27 Abs. 1 Bst. d des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 6. Juni 1974, VRP, SRSZ 234.110). Ist eine Sachentscheidvoraussetzung nicht gegeben, trifft die Behörde eine Nichteintretensverfügung oder einen Nichteintretensentscheid (§ 27 Abs. 2 VRP). Die Vorinstanz bestreitet in ihrer Vernehmlassung vom 12. Juli 2016 die Rechtsmittelbefugnis der Beschwerdeführer.

1.1.1 Gemäss § 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). Nach § 26 Abs. 2 des

C 10.1

Planungs- und Baugesetzes vom 14. Mai 1987 (PBG, SRSZ 400.100) können gegen einen Einspracheentscheid des Gemeinderates jene Personen, die durch ihn berührt sind und an seiner Aufhebung oder Änderung ein schutzwürdiges Interesse haben, sowie die in § 11 Abs. 4 PBG erwähnten Organisationen Beschwerde führen. Voraussetzung ist also ein besonderes Betroffensein sowie ein aktuelles und praktisches Interesse, wie es auch in § 37 Abs. 1 Bst. b und c VRP verlangt wird. Damit wird der Kreis der Beschwerdeberechtigten enger gezogen als jener der Einspracheberechtigten (vgl. § 25 Abs. 3 PBG).

1.1.2 Gefordert wird ein rein prozessuales Rechtsschutzinteresse. Dieses besteht im praktischen Nutzen, den das Rechtsmittel den davon Gebrauch machenden Personen eintragen würde, bzw. in der Abwendung eines wirtschaftlichen, ideellen, materiellen oder andersgearteten Nachteils, den das Vorhaben bzw. die angefochtene Verfügung für jene zur Folge hätte. Es ist dabei unwesentlich, ob das tatsächliche Interesse auch rechtlich geschützt wird. Zur Vermeidung der Popularbeschwerde wird vorausgesetzt, dass derjenige, der sich zur Wehr setzen will, mehr als die Allgemeinheit berührt ist. Erforderlich ist eine beachtenswerte, nahe Beziehung des Beschwerdeführers zur Streitsache, die diesen besonders und unmittelbar betroffen macht (BGE 131 II 587 E. 2.1 mit weiteren Hinweisen).

1.2 Die Beschwerdeführer fechten generell-abstrakte Bestimmungen des revidierten Baureglements der Gemeinde Freienbach (rev. BauR) an und nicht etwa eine individuell-konkrete Planfestsetzung. Für die abstrakte Normenkontrolle ist in Anlehnung an die bundesgerichtliche Rechtsprechung ein „virtuelles Betroffensein“ ausreichend. Aufgrund dieser Rechtsprechung genügt es für die Anerkennung der Beschwerdebefugnis, dass die als verfassungs- oder gesetzwidrig bezeichneten Vorschriften früher oder später einmal auf den Rechtsuchenden angewandt werden könnten. Mit dieser Umschreibung nähert man sich bei der Anfechtung von Bestimmungen des Baureglements der Popularbeschwerde an. Verneint wird jedoch die Legitimation, wenn von vornherein ausgeschlossen werden kann, dass der Rechtsuchende von den angefochtenen Normen einmal berührt werden könnte (vgl. Hansjörg Seiler, in: Stämpfli Handkommentar zum Bundesgerichtsgesetz, Bern 2007, N 32 zu Art. 89; RRB Nr. 924 vom 20. September 2011, E. 2.2.2).

1.3 Die Beschwerdeführerin 2 wohnt in der Gemeinde Freienbach. Die angefochtenen Bestimmungen des Entwurfs des Baureglements regeln die Nutzung von Grundstücken in der Zone öffentlicher Bauten und Anlagen (OE). Diese ist bestimmt für Bauten und Anlagen, die öffentlichen Zwecken

dienen, wie kirchliche Bauten, Schul- und Verwaltungsbauten, Altersheime, Spiel- und Sportanlagen, Frei- und Hallenbäder, Abwasserreinigungs- und Schiessanlagen usw. (Art. 39 Abs. 1 BauR). Die Beschwerdeführerin 2 ist nach Kenntnis des Regierungsrates zwar nicht Eigentümerin eines Grundstücks in der Gemeinde Freienbach, welches der Zone OE zugeteilt ist. Als Einwohnerin der Gemeinde Freienbach hat sie aber zweifellos ein Interesse an den dort bestehenden Nutzungsmöglichkeiten. Somit ist die virtuelle Betroffenheit der Beschwerdeführerin 2 zu bejahen. Da beide Beschwerdeführer am 11. Mai 2016 gemeinsam Beschwerde gegen den Beschluss Nr. 98 der Vorinstanz vom 14. April 2016 erhoben haben, braucht nicht die Beschwerdebefugnis jedes einzelnen Beschwerdeführers geprüft zu werden. Es genügt, wenn einer von ihnen beschwerdelegitimiert ist (vgl. RRB Nr. 486 vom 13. Mai 2014, E. 1.2). Die Rechtsmittelbefugnis der Beschwerdeführerin 2 ist gegeben, weshalb deswegen auf die Beschwerde ohnehin einzutreten ist.

(...)

3. Art. 33 Abs. 3 Bst. b des Bundesgesetzes über die Raumplanung vom 22. Juni 1979 (RPG, SR 700) gewährleistet für Nutzungspläne (und die dazugehörigen Vorschriften des Baureglements; vgl. § 15 Abs. 1 und § 21 PBG) die volle Überprüfung durch wenigstens eine Beschwerdebehörde. An dieser vollen Kognition im Beschwerdeverfahren ändert das Gebot, den nachgeordneten Behörden den zur Erfüllung ihrer Aufgaben nötigen Ermessensspielraum zu lassen (Art. 2 Abs. 3 RPG), im Prinzip nichts. Der Regierungsrat hat zu prüfen, ob das Planungsermessen richtig und zweckmässig ausgeübt worden ist, freilich im Bewusstsein seiner spezifischen Rolle: Er ist kantonale Rechtsmittel- und nicht kommunale Planungsinstanz. Die Überprüfung durch den Regierungsrat hat sich deshalb – sachlich – in dem Umfang zurückzuhalten, als es um lokale Anliegen geht, bei deren Wahrnehmung Sachnähe, Ortskenntnis und örtliche Demokratie von Bedeutung sein sollen. Sie hat aber so weit auszugreifen, dass die übergeordneten, vom Kanton zu sichernden Interessen einen angemessenen Platz erhalten. Die Rechtsmittelbehörde hat sich zudem – institutionell – auf ihre Kontrollfunktion zu beschränken. Sie darf nicht ihr eigenes Ermessen anstelle jenes der Vorinstanz setzen (vgl. dazu auch § 46 Abs. 2 VRP; RRB Nr. 381 vom 12. April 2011, E. 3).

(...)

5.1 Die Beschwerdeführer machen geltend, dass die geplante (Teil-)Revision des Baureglements gegen das Gebot der Gesamtplanung verstosse.

C 10.1

5.2 Es ist grundsätzlich zulässig, anstelle einer Total- eine Teilrevision des Nutzungsplanes durchzuführen, sofern sich der Teilzonenplan in die flächendeckende Nutzungsplanung einfügt und wenn die Voraussetzungen für eine Planänderung gegeben sind (vgl. Bernhard Waldmann/Peter Hänni, Stämpfli Handkommentar zum Raumplanungsgesetz, Bern 2006, N 25 zu Art. 2; VGE III 2012 149 vom 13. Februar 2013, E. 5.1). Der geltende Zonenplan und das Baureglement stammen aus dem Jahr 1993. Eine Gesamtzonenplanrevision ist somit seit längerem ausstehend, weshalb die Grundsätze der Planbeständigkeit und -sicherheit erheblich relativiert werden. Letztere Grundsätze stehen deshalb einer Planänderung nicht entgegen. Angesichts des langen Zeitraums wäre eine gesamthafte Überprüfung der Nutzungsplanung eigentlich angezeigt. Deswegen wird das Vorgehen der Vorinstanz jedoch noch nicht rechtswidrig, weil der Planungsbehörde auch in dieser Hinsicht ein gewisser Ermessensspielraum zusteht. Mit der Teilrevision wird jedenfalls die gesamtheitliche und koordinierte Betrachtungsweise der Gesamtzonenplanrevision nicht gefährdet, zumal die hier umstrittenen Änderungen des Baureglements auf die flächendeckende Nutzungsplanung bezogen marginal sind. Ob wegen des Bedarfs an preisgünstigem Wohnraum planungsrechtliche Massnahmen zu treffen sind, hat – nachdem die Vorinstanz eine entsprechende Änderung des Baureglements unterbreitet – der Gemeindegemeinderat zu entscheiden (vgl. VGE III 2013 49 und 50 vom 25. Juni 2013, E. 4.3 ff.).

6. Die Beschwerdeführer bringen vor, dass die geplante Erweiterung des Zwecks der Zone öffentlicher Bauten und Anlagen unzulässig sei. Die öffentlichen Zonen seien auf Vorhaben zu beschränken, die in einem engen Zusammenhang mit der Erfüllung von öffentlichen Aufgaben stünden. Sozialer Wohnungsbau sei jedoch nicht gemeinnützig und deshalb in der Zone OE nicht zonenkonform. Es gehe nicht an, in dieser Zone auch private Bauten zu gestatten.

6.1 Gemäss Art. 39 Abs. 1 BauR ist die Zone öffentlicher Bauten und Anlagen bestimmt für Bauten und Anlagen, die öffentlichen Zwecken dienen, wie kirchliche Bauten, Schul- und Verwaltungsbauten, Altersheime, Spiel- und Sportanlagen, Frei- und Hallenbäder, Abwasserreinigungs- und Schiessanlagen usw. Bis heute gilt zudem, dass private Bauten in dieser Zone untersagt sind. Dieser Zusatz soll im Rahmen der Teilrevision gestrichen werden. Vorgesehen ist zudem folgende Ergänzung: *„Gemeinnütziger Wohnungsbau ist nur in Einzelfällen zulässig, wenn dafür ein ausgewiesener Bedarf besteht und sich der Standort nicht in der Nähe von emissionsträchtigen Bauten oder Anlagen befindet. Als gemeinnützig gilt der Woh-*

nungsbau, wenn (recte: er) nach den Vorgaben von Art. 24a realisiert wird. Unter diesen Voraussetzungen gelten auch Alterswohnungen als zonenkonform“.

6.2 Nutzungspläne unterscheiden vorab Bau-, Landwirtschafts- und Schutzzonen (Art. 14 Abs. 2 RPG). Das kantonale Recht kann weitere Nutzungszonen vorsehen (Art. 18 Abs. 1 RPG). Bauzonen können unter anderem in Zonen für öffentliche Bauten und Anlagen unterteilt werden (§ 18 Abs. 2 Bst. e PBG). Zonen für öffentliche Bauten und Anlagen bezeichnen Gebiete oder Gebietsteile, die für die Errichtung von öffentlichen oder öffentlichen Zwecken dienenden Werken bestimmt sind. Dazu gehören einerseits jene Bauten, die dem Gemeinwesen unmittelbar durch ihren Gebrauchswert, entweder als Verwaltungsvermögen oder als Sachen im Gemeingebrauch, dienen, wie z.B. Verwaltungsgebäude, Schulhäuser, Spitäler, Gefängnisse oder Asylunterkünfte. Darüber hinaus werden auch Bauten erfasst, die im Interesse der Allgemeinheit Aufgaben des modernen Leistungs- und Sozialstaates mittragen und erfüllen, wie z.B. Schwimmbäder, Tennisanlagen, Sportzentren, Parks und andere der Allgemeinheit offen stehende Anlagen. Ob und wann öffentliche Bauten und Anlagen errichtet werden müssen, bestimmt nicht das Raumplanungsrecht; dies ergibt sich vielmehr aus dem Katalog der durch die Verfassungsgeber von Bund und Kantonen umschriebenen Staatsaufgaben und öffentlichen Interessen, die jeweils durch den Gesetzgeber weiter konkretisiert werden (Waldmann/Hänni, a.a.O., N 19 zu Art. 18; RRB Nr. 179 vom 5. März 2013, E. 14.2).

6.3.1 Die Vorinstanz legte bereits im Jahr 2011 einen ersten Entwurf für die Revision von Art. 39 Abs. 1 BauR öffentlich auf. Mit Beschluss Nr. 179 vom 5. März 2013 wies der Regierungsrat mehrere (gegen die Einspracheentscheide der Vorinstanz erhobene) Beschwerden ab. Er kam zum Schluss, dass die Schaffung von preisgünstigem Wohnraum in der Zone OE grundsätzlich zulässig sei. In der Folge hiess das Verwaltungsgericht verschiedene dagegen eingereichte Beschwerden teilweise gut und es wies die Sache im Sinne der Erwägungen zur ergänzenden Neu beurteilung an den Regierungsrat zurück (VGE III 2013 49 und 50 vom 25. Juni 2013). Es führte in seiner Entscheidung aus, dass der Regierungsrat noch prüfen müsse, ob und allenfalls unter welchen Voraussetzungen die gesetzliche Grundlage für den sozialen Wohnungsbau in den Zonen für öffentliche Bauten und Anlagen im kantonalen Recht unter Berücksichtigung des damit verbundenen Enteignungsrechts (vgl. § 18 Abs. 2 Bst. e i.V.m. §§ 32 ff. PBG) vorhanden sei. Im Weiteren vertrat das Verwaltungsgericht die Auffassung, dass (der damalige) Art. 39 Abs. 1 rev. BauR zu wenig bestimmt sei und

C 10.1

deshalb neu formuliert werden müsse. In einem neuen Beschluss Nr. 69 vom 28. Januar 2014 stellte der Regierungsrat klar, dass der soziale Wohnungsbau in einer Zone OE mit dem Enteignungsrecht und insbesondere mit dem darin verankerten Verhältnismässigkeitsgrundsatz im Einzelfall vereinbar sein könne, wenn der Standort der geplanten Wohnbaute geeignet und der Bedarf an solchem Wohnraum ausgewiesen sei. Zur vom Verwaltungsgericht geforderten Neuformulierung von Art. 39 Abs. 1 rev. BauR wies er die Sache schliesslich an die Vorinstanz zurück.

6.3.2 Im Nachgang zum verwaltungsgerichtlichen Entscheid und unter Mitberücksichtigung desselben äusserte sich der Regierungsrat in der Beantwortung des Postulats P 4/13 „Wohnungsbau für überwiegend soziale Zwecke in öffentlicher Zone“ sodann wie folgt (vgl. RRB Nr. 799 vom 3. September 2013, E. 2.7):

*„Preisgünstiger Wohnraum ist in erster Linie in reinen oder gemischten Wohnzonen zu realisieren (W2, W3 oder Wohn-Gewerbebezonen) und nicht in einer ‚öffentlichen Zone‘. In dieser dürfen zwar auch Bauten und Anlagen geschaffen werden, die im Interesse der Allgemeinheit Aufgaben des modernen Leistungs- und Sozialstaates mittragen und erfüllen. Preisgünstiger Wohnraum ist aber nicht auf einen bestimmten Standort angewiesen. Im Einzelfall und sofern der Bedarf ausgewiesen ist, kann preisgünstiger Wohnungsbau in der ZöBA aber zonenkonform sein.
(...) Es ist Sache der Gemeinden und Eingemeindebezirke bzw. deren Stimmbürger, in ihren Nutzungsplänen und zugehörigen Reglementen die Standorte und jeweiligen Zonenbestimmungen für bezahlbaren Wohnraum festzulegen.“*

6.4 Art. 39 Abs. 1 rev. BauR verweist für die Definition des Begriffs „gemeinnütziger Wohnungsbau“ auf Art. 24a rev. BauR. Gemäss dieser Bestimmung sind die Anforderungen von preisgünstigem Wohnraum erfüllt, wenn die Bauherrschaft entweder eine Organisation des gemeinnützigen Wohnungsbaus im Sinne von Art. 36 ff. der Verordnung über die Förderung von preisgünstigem Wohnraum vom 26. November 2003 (WFV, SR 842.1) ist oder wenn sich die Bauherrschaft für die Erstellung, die Vermietung oder den Verkauf von Wohnraum zur Einhaltung der Anforderungen des Bundesgesetzes über die Förderung von preisgünstigem Wohnraum vom 21. März 2003 (WFG, SR 842) verpflichtet. Der Gemeinderat kann andere Finanzierungsmodelle bewilligen, sofern diese eine dem Wohnraumförderungsgesetz mindestens gleichwertige Verbilligung gewährleisten. Unter diesen Voraussetzungen gelten auch Alterswohnungen als zonenkonform. Die Errichtung von preisgünstigem Wohnraum kann nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung im öffentlichen Interesse liegen (vgl. Peter

Hänni, Planungs-, Bau- und besonderes Umweltschutzrecht, 6. Auflage, Bern 2016, S. 42 f.; VGE III 2013 49 und 50 vom 25. Juni 2013, E. 5.3). Zudem ist die (eingeschränkte) Zulässigkeit des preisgünstigen Wohnungsbaus in der Zone OE, wie sie oben dargelegt wurde, in Art. 39 Abs. 1 rev. BauR nun verankert worden. So ist der soziale Wohnungsbau in dieser Zone nur in Einzelfällen zulässig, wenn der Bedarf ausgewiesen und der Standort geeignet ist bzw. sich nicht in der Nähe von emissionsträchtigen Bauten oder Anlagen (wie beispielsweise Feuerwehrentrennen, Abwasserreinigungs- oder Sportanlagen) befindet. Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführer ist unter diesen Umständen die (von der Vorinstanz beabsichtigte) Förderung von preisgünstigem Wohnraum in der Zone OE – wenn auch nicht generell, aber in eingeschränkter Form – zulässig.

7. Die Beschwerde vom 11. Mai 2016 richtet sich im Weiteren gegen die in Art. 24a Abs. 5 rev. BauR enthaltene Delegationsnorm. Danach erlässt der Gemeinderat ein Reglement, worin die Rahmenbedingungen und die Kontrolle für preisgünstige Wohnungen definiert werden. Nach Auffassung der Beschwerdeführer gehe es nicht an, dass die Vorinstanz in alleiniger Kompetenz festlegen könne, wie eine gerechte Verteilung von preisgünstigem Wohnraum konkret zu erfolgen habe.

7.1 Die Gemeindeversammlung ist mit dem Erlass von Rechtssätzen beauftragt (§ 7 Abs. 1 Bst. b des Gesetzes über die Organisation der Gemeinden und Bezirke vom 29. Oktober 1969, GOG, SRSZ 152.100). Darunter werden Erlasse verstanden, die nicht nur für die Mitglieder des Gemeinderates, der Kommissionen und die Gemeindeverwaltung, sondern allgemein, also für jedermann, verbindlich sind. Der Erlass, die Abänderung oder Aufhebung solcher Regelungen fällt grundsätzlich immer in die Zuständigkeit der Gemeindeversammlung und nicht des Gemeinderates. Es gilt der sogenannte Gesetzesvorbehalt. Dem Gemeinderat kann nur für die Dienst- und Gehaltsordnung eine Blankodelegation eingeräumt werden (vgl. § 7 Abs. 3 GOG); im Übrigen ist aber jegliche Gesetzesdelegation ausgeschlossen. Somit müssen alle Regelungen von der Gemeindeversammlung ausgehen, wenn sie inhaltlich den erwähnten Gesetzescharakter haben. Die Gemeindeordnung und namentlich die von der Gemeindeversammlung erlassenen Reglemente enthalten in der Regel nur die wesentlichen Gesichtspunkte. Weitere, untergeordnete Regelungen werden in ergänzenden Verordnungen, Weisungen usw. festgehalten, die den jeweiligen Bedürfnissen anzupassen sind. Diese letzteren Regelungen können als (Vollzugs-)Verordnungen oder (interne) Weisungen durch den Gemeinderat erlassen werden (Friedrich Huwyler, Gemeindeorganisation des Kantons Schwyz, Schwyz 2009, S. 39 f. und 44).

C 10.1

7.2 Die Grundzüge der von der Vorinstanz beabsichtigten Lenkungs-massnahmen zur Förderung von preisgünstigem Wohnraum werden im Baureglement selber umschrieben (vgl. Art. 24 Abs. 7, Art. 24a, Art. 36 Abs. 2, Art. 37 Abs. 3 und 4, Art. 39 Abs. 1 und Art. 53 Abs. 7 rev. BauR). Hingegen ist nicht zu beanstanden, dass die Regelung von Einzelheiten (Zuweisung der preisgünstigen Wohnungen, Höhe der Mietzinse, Kontrolle usw.) in die Kompetenz der Vorinstanz fallen soll. Es handelt sich dabei um Vollzugsvorschriften ohne Gesetzescharakter, welche sich auch an die Vorinstanz richten. Die Delegationsnorm in Art. 24a Abs. 5 rev. BauR ist deshalb zulässig.

(...)

9. Die Beschwerdeführer rügen, dass die Vorinstanz mehrere vom Volkswirtschaftsdepartement im Vorprüfungsbericht vom 9. Januar 2015 angebrachte Vorbehalte ignoriert habe. Insbesondere habe dieses eine Beschränkung der im Gestaltungsplanverfahren zulässigen Ausnützungsboni auf maximal 15 % verlangt. Zudem hätte die Vorinstanz Art. 39 Abs. 1 rev. BauR insofern ergänzen müssen, als nach Auffassung des Volkswirtschaftsdepartements nur *preisgünstige* Alterswohnungen zulässig seien.

9.1.1 Der Gestaltungsplan ist ein Sondernutzungsplan, dessen Funktion darin besteht, für ein bestimmtes Gebiet eine architektonisch und hygienisch gute, der baulichen und landschaftlichen Umgebung angepasste Überbauung, Gestaltung und Erschliessung zu ermöglichen und damit gesamthaft eine bessere Lösung zu erzielen, als dies mit den Bau- und Nutzungsvorschriften der Grundordnung möglich wäre (Mark Gisler, Ausgewählte Fragen zum Gestaltungsplan im Kanton Schwyz, ZBI 101/2000, S. 393 ff.; VGE 1022/05 vom 30. Juni 2005, E. 1.1). Zu diesem Zweck sehen § 24 PBG und Art. 53 BauR vor, dass von den Bestimmungen über die Regelbauweise abgewichen werden darf. Die Abweichungen dürfen jedoch nicht dazu führen, dass die planerisch und demokratisch abgestützte Grundordnung ihres Sinngehalts entleert würde (vgl. BGE 135 II 209 E. 5.2). Gemäss Art. 36 Abs. 2 und Art. 37 Abs. 4 rev. BauR ist generell eine um 10 % (in Wohnzonen) bzw. 15 % (in Wohn- und Gewerbe-zonen) höhere Ausnützungsziffer zulässig, wenn die Bauherrschaft mindestens 15 % der Ausnützung für den preisgünstigen Wohnungsbau zur Verfügung stellt. Im Gestaltungsplanverfahren kann die Vorinstanz zudem wie bis anhin einen (zusätzlichen) Ausnützungsbonus von maximal 10 % gewähren, sofern die Wohnbauten im Minergiestandard errichtet werden und der Gestaltungsplan mehrere wesentliche Vorteile gegenüber der Normalbau-

weise beinhaltet (Art. 53 Abs. 3 rev. BauR). Darüber hinaus soll im Gestaltungsplanverfahren nun auch noch ein weiterer Ausnützungsbonus von 10 % möglich sein, wenn der Mindestanteil an preisgünstigen Wohnungen um zusätzliche 15 % (d.h. auf insgesamt mindestens 30 %) erhöht wird (Art. 53 Abs. 7 rev. BauR). Es ist somit eine maximale Erhöhung der Ausnützung um bis zu 30 % (in Wohnzonen) bzw. 35 % (in Wohn- und Gewerbe-zonen) möglich.

9.1.2 Im Vorprüfungsbericht vom 9. Januar 2015 legte das Volkswirtschaftsdepartement dar, dass fraglich scheine, ob bei einer Erhöhung der Ausnützung um bis zu 35 % die Grundordnung noch in ausreichender Weise sichergestellt werden könne. In einer weiteren Stellungnahme vom 15. Juli 2015 hielt das Amt für Raumentwicklung schliesslich fest, dass es unter Berücksichtigung des kommunalen Ermessensspielraums die von der Vorinstanz vorgesehenen Ausnützungsboni noch als vertretbar erachte, womit der Vorbehalt aus der Vorprüfung vom 9. Januar 2015 als bereinigt gelte. Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführer trifft es nicht zu, dass durch die (wesentliche) Erhöhung der Ausnützung der Zonencharakter in jedem Fall verändert werde. Insbesondere bleibt festzuhalten, dass das in den jeweiligen Zonen zulässige Ausmass der Baukörper durch verschiedene materielle Bauvorschriften (Grenz- und Gebäudeabstand, Gebäude- und Firsthöhe, Gebäudelänge, Anzahl Vollgeschosse usw.) beschränkt wird. Zu erwähnen ist in dieser Hinsicht zudem, dass gar nicht alle Gemeinden im Kanton Schwyz eine Ausnützungsziffer kennen. Die Vorinstanz muss generell beim Erlass eines Gestaltungsplanes prüfen, ob die baurechtliche Grundordnung erkennbar bleibt. Zudem bedürfen Gestaltungspläne zu ihrer Verbindlichkeit der Genehmigung durch den Regierungsrat (§ 30 Abs. 5 PBG). Unter diesem Aspekt wird es für einen Gesuchsteller wohl kaum möglich sein, bei einer Erhöhung der Ausnützungsziffer um bis zu 35 % die ganze Palette an Ausnahmen von der Regelbauweise in Anspruch zu nehmen. Gestützt auf diese Ausführungen ist die von den Beschwerdeführern geforderte Beschränkung der Ausnützungsboni auf maximal 15 % nicht erforderlich.

9.2 Gemäss Art. 39 Abs. 1 rev. BauR ist gemeinnütziger Wohnungsbau in Einzelfällen zulässig, wenn dafür ein ausgewiesener Bedarf besteht und sich der Standort nicht in der Nähe von emissionsträchtigen Bauten oder Anlagen befindet. Als gemeinnützig gilt der Wohnungsbau, wenn er nach den Vorgaben von Art. 24a rev. BauR realisiert wird. Unter diesen Voraussetzungen gelten auch Alterswohnungen als zonenkonform. Im Vorprüfungsbericht vom 9. Januar 2015 hat das Volkswirtschaftsdepartement folgende Ergänzung empfohlen: „*Unter diesen Voraussetzungen gelten*

C 15.1

auch preisgünstige Alterswohnungen als zonenkonform.“ Dass die Vorinstanz letztendlich darauf verzichtet hat, der Empfehlung des Volkswirtschaftsdepartements nachzukommen, ist nicht zu beanstanden. Aus der Formulierung von Art. 39 Abs. 1 rev. BauR geht ausdrücklich hervor, dass in der Zone OE nur vergünstigte Alterswohnungen zulässig sind. Alterswohnungen zu marktüblichen Mietzinsen oder Altersresidenzen in einem noch höheren Preissegment entsprechen klarerweise nicht dem Zonenzweck.

10. Zusammenfassend ist die Beschwerde abzuweisen. (...)
(RRB Nr. 38 vom 17. Januar 2017).

15. Gesundheitswesen

15.1 Disziplarmassnahme gegen einen Arzt wegen Nichtleistung von Notfalldienst

- *Wer zur selbständigen Ausübung des Berufes eines Arztes zugelassen ist, kann zur disziplinarischen Verantwortung gezogen werden, wenn er in einer als Aktiengesellschaft organisierten Gemeinschaftspraxis tätig ist (Erw. 4).*
- *Verjährungsregelung für die Ahndung von Disziplinarfehlern (Erw. 5).*
- *Das Disziplinarrecht folgt den Regeln des Verwaltungsverfahrens- und nicht jenen des Strafverfahrensrechts (Erw. 6).*
- *Anforderungen an die gesetzliche Grundlage für Disziplarmassnahmen gegen freiberuflich tätige Ärzte (Erw. 7).*
- *Pflicht der freiberuflichen Ärzte, im Notfall ärztlichen Beistand zu leisten und zur Leistung von Notfalldienst (Erw. 8.1 und 8.5). Sicherstellung der ambulanten ärztlichen und fachärztlichen Versorgung im Notfall (Erw. 8.2 – 8.4).*
- *Ein Arzt mit einer Berufsausübungsbewilligung für den Kanton Schwyz ist selber und persönlich zur Leistung von Notfalldienst verpflichtet (Erw. 8). Zieht er dazu fachlich dafür geeignete Hilfspersonen bei, so hat er deren Tätigkeit direkt zu überwachen (Erw. 9). Auf die Auskunft einer offenkundig unzuständigen Stelle kann sich ein Arzt nicht verlassen (Erw. 9).*
- *Macht ein Arzt die Behandlung im Rahmen seines Notfalldienstes von der vorherigen Erbringung eines Kostenvorschusses abhängig, verletzt er seine Berufspflichten (Erw. 10).*
- *Bei der Leichenschau handelt es sich um eine notfallärztliche Pflicht (Erw. 11).*

- *Der den Disziplinarbehörden zur Verfügung stehende gesetzliche Bussenrahmen (Busse bis zu 20'000 Franken) ist weit. Im Einzelfall richtet sich die Höhe der Busse nach dem Verschulden und den Verhältnissen der betreffenden Medizinalperson (Erw. 12).*

Aus den Erwägungen:

4. Der Beschwerdeführer macht geltend, die vorgeworfenen Sachverhalte würden ihn nicht direkt betreffen und könnten ihm deshalb nicht angelastet werden. Als Verwaltungsrat der X. AG könnte er höchstens für eine allenfalls ungenügende Organisation seiner Gesellschaft zur Verantwortung gezogen werden, wobei die Vorinstanz jedoch keine derartigen Vorwürfe erhoben habe.

4.1 Das Bundesgesetz über die universitären Medizinalberufe vom 23. Juni 2006 (Medizinalberufegesetz, MedBG, SR 811.11) fördert im Interesse der öffentlichen Gesundheit die Qualität der universitären Ausbildung, der beruflichen Weiterbildung und der Fortbildung sowie der Berufsausübung der Fachpersonen im Bereich der Humanmedizin, der Zahnmedizin, der Chiropraktik, der Pharmazie und der Veterinärmedizin (Art. 1 Abs. 1 MedBG). Zu diesem Zweck umschreibt es unter anderem die Regeln zur selbstständigen Ausübung der universitären Medizinalberufe (Art. 1 Abs. 3 Bst. e MedBG). Ärztinnen und Ärzte gelten als universitäre Medizinalberufe (Art. 2 MedBG). Ihre Berufspflichten sind vorab in Art. 40 MedBG normiert. Unter anderem trifft Personen, die einen universitären Medizinalberuf selbstständig ausüben, die Pflicht, in dringenden Fällen Beistand zu leisten und nach Massgabe der kantonalen Vorschriften in Notfalldiensten mitzuwirken (Art. 40 Bst. g MedBG).

4.2 Den Gesetzesmaterialien zufolge soll für die Abgrenzung von der selbstständigen von der unselbstständigen Tätigkeit auf die im Steuer- und Sozialversicherungsrecht entwickelten Kriterien abgestellt werden. Es ist davon auszugehen, dass die wirtschaftlichen Gegebenheiten und nicht allfällige Abmachungen unter den beteiligten Personen massgebend sind. Für die Abgrenzung massgeblich ist demnach, ob im Einzelfall eine betriebswirtschaftliche bzw. eine arbeitsorganisatorische Abhängigkeit gegeben ist, ob die (sozialversicherungsrechtlich) beitragspflichtige Person durch Einsatz von Arbeit und Kapital in frei bestimmter Selbstorganisation und nach aussen sichtbar am wirtschaftlichen Verkehr teilnimmt und wer das spezifische Unternehmerrisiko trägt (vgl. Ariane Ayer/Ueli Kieser/Tomas

C 15.1

Poledna/Dominique Sprumont [Hrsg.], Kommentar zum Medizinalberufegesetz [MedBG], Basel 2009, Art. 1 N 18).

4.3 Der Regierungsrat hat dem Beschwerdeführer die Bewilligung zur selbstständigen Berufsausübung als Arzt erteilt. Der Beschwerdeführer und Dr. med. Y. sind als Ärzteteam in der X. AG tätig (...). Die Vorinstanz hat mit Verfügung ... der X. AG die Betriebsbewilligung als ambulante ärztliche Einrichtung erteilt. Dr. med. Y. wird darin als gesamtverantwortliche Fachperson und der Beschwerdeführer als sein Stellvertreter aufgeführt.

4.4 Die Vorinstanz hat in ihrer Stellungnahme vom 28. Oktober 2016 zu Recht darauf hingewiesen, dass keine Hinweise dafür bestehen, dass der Beschwerdeführer seine ärztliche Tätigkeit in einem Subordinationsverhältnis ausübt. Er führt nach eigenen Angaben und gegen aussen sichtbar zusammen mit Dr. med. Y. eine Arztpraxis und ist dort unbestritten selber für die medizinische Behandlung der Patienten verantwortlich. Daraus ist zu schliessen, dass Dr. med. Y. und der Beschwerdeführer das unternehmerische Risiko tragen. Sämtliche Kriterien zur Abgrenzung zwischen einer selbstständigen und einer unselbstständigen Tätigkeit sprechen somit dafür, dass der Beschwerdeführer seinen Beruf selbstständig ausübt. Weder bestehen Anhaltspunkte für eine unselbstständige Tätigkeit des Beschwerdeführers im Sinne des MedBG noch macht er solche geltend. Die Vorinstanz ist deshalb zu Recht davon ausgegangen, dass der Beschwerdeführer dem eidgenössischen Medizinalberufegesetz, insbesondere den darin verankerten Berufspflichten, untersteht.

4.5 Ferner versteht sich von selbst, dass die Verpflichtung zur Leistung von Beistand in dringenden Fällen und zur Mitwirkung am Notfalldienst gemäss Art. 40 Bst. g MedBG nur für eine natürliche Person gelten kann, nachdem eine juristische Person dazu naturgemäss nicht in der Lage ist. Die Tatsache, dass der Beschwerdeführer zusammen mit Dr. med. Y. in der Organisationsform einer Aktiengesellschaft eine Arztpraxis führt, ändert nichts an seiner persönlichen Pflicht, sich nach Massgabe der kantonalen Vorschriften am Notfalldienst zu beteiligen. Dementsprechend hat die Vorinstanz in Dispositiv-Ziffer 4 der Betriebsbewilligung vom 12. April 2012 ausdrücklich verfügt, dass sämtliche Ärztinnen und Ärzte, welche in eigener fachlicher Verantwortung im Betrieb tätig sind, verpflichtet sind, sich am ärztlichen Notfalldienst zu beteiligen.

4.6 Gemäss den Ausführungen der Vorinstanz in ihrer Vernehmlassung vom 21. März 2016 werden die Notfalldiensteinsätze dem Beschwerdeführer und Dr. med. Y., welche die X. AG in einer Praxisgemeinschaft führen,

nicht direkt bzw. persönlich zugewiesen. Vielmehr wird im Einteilungsplan der Notfalldienstkommission Z. jeweils die X. AG für zuständig erklärt. Der Beschwerdeführer und Dr. med. Y. teilen diese Notfalldienstesinsätze offenbar nach interner Absprache untereinander auf. Diese internen Abmachungen und damit auch die jeweilige Zuständigkeit zum Notfalldienst an den einzelnen Tagen, an denen nach Auffassung der Vorinstanz Verfehlungen stattgefunden haben, sind zwar nicht aktenkundig. Der Beschwerdeführer macht jedoch nicht geltend, nicht zu den Notfalldienstesinsätzen verpflichtet gewesen zu sein, deren Verweigerung bzw. unrechtmässige Durchführung ihm von der Vorinstanz vorgeworfen wird. Der Beschwerdeführer und Dr. med. Y. haben zu den Vorwürfen der Vorinstanz denn auch jeweils – mit wenigen Ausnahmen – in gemeinsamen Eingaben Stellung genommen. Damit ist hinreichend erstellt, dass der Beschwerdeführer zumindest an manchen Tagen, an denen die X. AG für den Notfalldienst eingeteilt war und an denen dieser Notfalldienst der Darstellung der Vorinstanz zufolge nicht bzw. nicht rechtmässig geleistet wurde, zur Leistung von Notfalldienst verpflichtet war. Er kann deshalb von der Vorinstanz disziplinarisch zur Verantwortung gezogen werden.

5. Der Beschwerdeführer bringt vor, die angefochtene Verfügung stütze sich auf ein Schreiben von Dr. med. M. vom 5. Juni 2013. Die beanstandeten Vorfälle seien nicht rechtzeitig an die Hand genommen worden und deshalb verjährt.

5.1 Bei Verletzung der Berufspflichten, der Vorschriften des MedBG oder von Ausführungsbestimmungen zu diesem Gesetz kann die Aufsichtsbehörde bestimmte Disziplinar massnahmen anordnen (vgl. Art. 43 Abs. 1 Bst. a-e MedBG). Die disziplinarische Verfolgung verjährt zwei Jahre, nachdem die Aufsichtsbehörde vom beanstandeten Vorfall Kenntnis erhalten hat (Art. 46 Abs. 1 MedBG). Die Frist wird durch jede Untersuchungs- oder Prozesshandlung über den beanstandeten Vorfall unterbrochen, welche die Aufsichtsbehörde, eine Strafverfolgungsbehörde oder ein Gericht vornimmt (Art. 46 Abs. 2 MedBG). Die disziplinarische Verfolgung verjährt in jedem Fall zehn Jahre nach dem zu beanstandenden Vorfall (Art. 46 Abs. 3 MedBG).

5.2 Die Vorinstanz wirft dem Beschwerdeführer verschiedene Verfehlungen im Zusammenhang mit dem Notfalldienst vor. Erstens betrifft dies mehrere Einsätze der (damals über keine Bewilligung zur selbstständigen Berufsausübung verfügenden) Assistenzärztin Dr. H. im Notfalldienst, wobei die entsprechenden Vorfälle (im Zeitraum zwischen dem 15. September 2013 und dem 10. November 2013) der Vorinstanz durch ein Schreiben

C 15.1

... zur Kenntnis gelangt sind. Zweitens rügt die Vorinstanz die Erhebung von Notfalltaxen, wobei sie sich konkret auf eine Patientenmeldung vom 10. Juni 2014 stützt. Drittens wirft die Vorinstanz dem Beschwerdeführer vor, einen Notfalldiensteinsatz (Leichenschau) verweigert zu haben, wovon sie durch ein Schreiben von Dr. med. M. vom 24. Juni 2015 (Eingang bei der Vorinstanz: 26. Juni 2015) Kenntnis erlangt hat.

5.3 Die angefochtene Verfügung datiert vom 11. Januar 2016. Soweit sich die angeordnete Disziplinarmassnahme auf die Erhebung von Notfalltaxen und die Verweigerung eines Notfalldiensteinsatzes (Leichenschau) stützt, ist die Verjährungsfrist auf jeden Fall gewahrt, da seit der Kenntnisnahme der gerügten Vorfälle durch die Vorinstanz weniger als zwei Jahre verstrichen sind. In Bezug auf die Einsätze der Assistenzärztin Dr. H. im Notfalldienst im Zeitraum vom 15. September 2013 bis 10. November 2013, von denen die Vorinstanz seit dem 27. November 2013 Kenntnis hat, ist die Verjährung sodann ebenfalls noch nicht eingetreten. Die Vorinstanz hat deswegen am 22. Januar 2014 ein Disziplinarverfahren gegen den Beschwerdeführer eröffnet, ihm das rechtliche Gehör zu diesen Notfalldiensteinsätzen gewährt und Frist für eine Stellungnahme bis 14. Februar 2014 angesetzt. Am 12. Februar 2014 hat der Beschwerdeführer seine Stellungnahme eingereicht. Die Vorinstanz hat ihm am 20. Februar 2014 erneut das rechtliche Gehör gewährt, wobei ihm (bzw. seinem Rechtsvertreter) die Frist mit Schreiben vom 26. Februar 2014 bis 31. März 2014 erstreckt wurde. Die zweijährige Verjährungsfrist gemäss Art. 46 Abs. 1 MedBG ist durch diese Untersuchungshandlungen gemäss Art. 46 Abs. 2 MedBG unterbrochen worden. Entgegen der Behauptung des Beschwerdeführers ist die disziplinarische Verfolgung der Einsätze von Dr. H. im Notfalldienst im Zeitraum vom 15. September 2013 bis 10. November 2013 demnach nicht verjährt.

5.4 Wie die Vorinstanz vernehmlassend vorbringt, existiert im Übrigen kein Schreiben von Dr. med. M. mit Datum vom 5. Juni 2013. Soweit sich der Beschwerdeführer auf das Schreiben der Ärztesgesellschaft des Kantons Schwyz an die Vorinstanz vom 5. Juni 2013 bezieht, ist festzustellen, dass sich die Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung nicht auf dieses Schreiben bzw. die darin geäusserten Vorwürfe gestützt hat. Ferner ist auf Art. 46 Abs. 5 MedBG zu verweisen: Wird gegen eine Person ein Disziplinarverfahren durchgeführt, so kann die Aufsichtsbehörde zur Beurteilung der von dieser Person ausgehenden Gefährdung der öffentlichen Gesundheit auch Sachverhalte berücksichtigen, die verjährt sind. In diesem Rahmen durfte die Vorinstanz somit auch weiter zurückliegenden Vorkommnissen Rechnung tragen.

6.1 Der Beschwerdeführer bringt vor, das Disziplinarverfahren folge als Sanktionsverfahren den strafrechtlichen Regeln. Es seien deshalb die Grundsätze des Strafverfahrens, insbesondere die Unschuldsvermutung, zu berücksichtigen, was die Vorinstanz zu Unrecht unterlassen habe.

6.2 Das Disziplinarwesen und -verfahren untersteht den allgemeinen Grundsätzen des Verwaltungsrechts (vgl. Ayer/Kieser/Poledna/Sprumont [Hrsg.], a.a.O., Art. 43 N 11). Im Verwaltungsverfahren gilt der Untersuchungsgrundsatz (§ 18 VRP), ergänzt durch die Mitwirkungspflicht der Parteien (§ 19 VRP). Die Behörde würdigt die Beweise nach pflichtgemäßem Ermessen (§ 25 VRP). Die Hinweise des Beschwerdeführers auf das Strafverfahren gehen daher ins Leere.

7. Der Beschwerdeführer rügt, es fehle an einer genügenden Rechtsgrundlage für die ausgesprochene Disziplinar massnahme. Eine Disziplinarstrafe müsse in einem Gesetz im formellen Sinn vorgesehen sein, woran es vorliegend mangle.

7.1 Bei Disziplinar massnahmen handelt es sich um Sanktionen gegenüber Personen, die in einem Sonderstatusverhältnis (z.B. Beamte, Schüler, Strafgefangene) oder unter einer besonderen Aufsicht des Staates (z.B. Rechtsanwälte, Medizinalpersonen) stehen. Disziplinar massnahmen gegenüber Trägern der freien Berufe knüpfen an die Verletzung öffentlich-rechtlicher Berufspflichten an. Die verstärkte Staatsaufsicht findet ihren Grund darin, dass die betroffenen Berufsleute regelmässig im öffentlichen Interesse tätig werden und dabei hochwertige Rechtsgüter der Leistungsempfänger berühren (vgl. Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., N 1505 ff.; Pierre Tschannen/Ulrich Zimmerli/Markus Müller, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Auflage, Bern 2009, § 32 Rz. 46 ff.).

Disziplinarische Massnahmen sind repressive Verwaltungsmassnahmen, weshalb nur gesetzlich vorgesehene Disziplinar massnahmen verhängt werden dürfen (vgl. Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., N 1514; René A. Rhinow/Beat Krähenmann, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Ergänzungsband, Basel 1990, Nr. 54 B.V.).

7.2 In Bezug auf die Disziplinarordnung für die Angehörigen der freien Berufe ist von Bedeutung, dass sich diese bei der Ausübung ihres Gewerbes auf das Grundrecht der Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) berufen können. Einschränkungen in der Berufsausübung müssen deshalb auf einer genügenden gesetzlichen Grundlage beruhen (Art. 36 Abs. 1 BV). Daraus folgt, dass sowohl die Berufspflichten wie auch die für den Fall ihrer Verlet-

C 15.1

zung vorgesehenen disziplinarischen Sanktionen zumindest in den Grundzügen im Gesetz selbst umschrieben sein müssen. So werden etwa die Berufspflichten wie auch die Disziplinar massnahmen für Rechtsanwälte in Art. 12 und in Art. 17 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte vom 23. Juni 2000 (Anwaltsgesetz, BGFA, SR 935.61) aufgeführt (vgl. auch Art. 40 und Art. 43 Abs. 1 MedBG für selbstständige Medizinalpersonen). Dabei sind die Anforderungen an die Normdichte bei den Disziplinar massnahmen strenger als bei den Berufspflichten. Der Gesetzgeber darf sich zwar für die Normierung der Berufspflichten mit allgemeinen Formulierungen und Generalklauseln begnügen, nicht aber für die Regelung der disziplinarischen Sanktionen (vgl. Bernhard Waldmann, Das Disziplinarwesen, in: Isabelle Häner/Bernhard Waldmann [Hrsg.], Verwaltungsstrafrecht und sanktionierendes Verwaltungsrecht, Zürich/Basel/Genf 2010, S. 101; vgl. auch Tschannen/Zimmerli/Müller, a.a.O., § 32 Rz. 52).

7.3 Die Vorinstanz hat die angefochtene Disziplinar massnahme gestützt auf Art. 43 Abs. 1 Bst. c MedBG verhängt. Nach dieser Bestimmung kann die Aufsichtsbehörde bei Verletzung der Berufspflichten, der Vorschriften des MedBG oder von Ausführungsbestimmungen zu diesem Gesetz eine Busse bis zu 20'000 Franken anordnen. Entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers stützt sich die ihm auferlegte Busse (von Fr. 3'000.--) demnach als Disziplinar massnahme auf ein Gesetz im formellen Sinn ab.

8. Der Beschwerdeführer bringt vor, es fehle an einer Rechtsgrundlage für die angeblichen Verpflichtungen, deren Verletzung ihm von der Vorinstanz vorgeworfen werde.

8.1 Personen, die einen universitären Medizinalberuf selbstständig ausüben, leisten in dringenden Fällen Beistand und wirken nach Massgabe der kantonalen Vorschriften in Notfalldiensten mit (Art. 40 Bst. g MedBG). Diese gesetzliche Vorschrift enthält zwei verschiedene Pflichten. Zum einen umfasst sie mit der Pflicht, in dringenden Fällen Beistand zu leisten, die Hilfe in Notsituationen. Zum andern geht es bei der Pflicht, in Notfalldiensten mitzuwirken, um die Sicherstellung der medizinischen Versorgung der Bevölkerung ausserhalb der Sprechstunden der Ärzte und der üblichen Öffnungszeiten der Apotheken (vgl. Ayer/Kieser/Poledna/Sprumont [Hrsg.], a.a.O., Art. 40 N 138).

8.2 Das kantonale Recht verpflichtet die Personen, welche einen bewilligungspflichtigen Gesundheitsberuf ausüben, in dringenden Fällen sowie bei schweren Unglücksfällen und Katastrophen Hilfe zu leisten (§ 27 Abs. 3

des Gesundheitsgesetzes vom 16. Oktober 2002, GesG, SRSZ 571.110). In § 31 Abs. 1 GesG verpflichtet es die Ärztinnen und Ärzte sowie Zahnärztinnen und Zahnärzte mit einer Berufsausübungsbewilligung, sich an einem Notfalldienst zu beteiligen. Gemäss § 31 Abs. 2 GesG müssen sie für eine zweckmässige Organisation dieses Dienstes sorgen und ein Reglement erarbeiten, das den allgemeinen und spezialärztlichen Notfalldienst sicherstellt. Das zuständige Amt genehmigt dieses Reglement und erlässt die erforderlichen Anordnungen (§ 31 Abs. 3 GesG).

8.3 Die Beigeladene hat am 18. November 2004 ein Reglement für den ärztlichen Notfalldienst für Ärztinnen und Ärzte des Kantons Schwyz (NFD-Reglement) erlassen. Die Vorinstanz hat das Reglement nach eigenen Angaben mit Verfügung vom 28. Januar 2005 genehmigt und rückwirkend auf den 1. Januar 2005 in Kraft gesetzt.

8.4 Gemäss Art. 1 Abs. 2 NFD-Reglement bezweckt der Notfalldienst die Sicherstellung der ambulanten ärztlichen und fachärztlichen Versorgung im Notfall bei Nichterreichbarkeit der Hausärztin oder des Hausarztes. Der Notfalldienst gemäss Art. 1 Abs. 2 wird durch regionale Notfalldienstkreise sichergestellt (Art. 2 Abs. 1 NFD-Reglement). Notfalldienstkreise organisieren sich selbst und können eigene Reglemente im Rahmen dieses Reglements erlassen (Art. 2 Abs. 4 NFD-Reglement). Jedem Notfalldienstkreis steht eine Organisatorin bzw. ein Organisator vor, welche bzw. welcher den dienstpflichtigen Ärztinnen und Ärzten die Notfalldienste zuteilt, die Dienstpläne erstellt und diese an die zu informierenden Stellen übermittelt (Art. 5 Abs. 1 und 3 NFD-Reglement).

Ärztinnen und Ärzte mit einer Berufsausübungsbewilligung für den Kanton Schwyz sind unabhängig von der Mitgliedschaft in der Ärztesgesellschaft des Kantons Schwyz verpflichtet, sich an einem Notfalldienst zu beteiligen (Art. 6 Abs. 1 NFD-Reglement). Der Notfalldienst ist während 24 Stunden pro Tag und an 7 Tagen pro Woche sicherzustellen (Art. 6 Abs. 3 NFD-Reglement). Die Notfallärztin bzw. der Notfallarzt muss jederzeit erreichbar sein und den Praxisstandort in der Regel innerhalb von 15 Minuten erreichen können (Art. 6 Abs. 4 NFD-Reglement).

8.5 Sowohl nach Bundesrecht wie auch nach kantonalem Recht ist der Beschwerdeführer demnach dazu verpflichtet, in dringenden Fällen Beistand zu leisten. Zudem sieht das kantonale Recht einen Notfalldienst im Sinne von Art. 40 Bst. g MedBG vor und verpflichtet den Beschwerdeführer als Arzt mit einer Berufsausübungsbewilligung, sich am Notfalldienst zu beteiligen. Weitere Bestimmungen zum Notfalldienst, insbesondere zur Organisation desselben, sind im NFD-Reglement enthalten. Gestützt auf

C 15.1

diese Rechtsgrundlagen ist der Beschwerdeführer zur Hilfe in Notfällen und zur Mitwirkung am kantonalen Notfalldienst verpflichtet. Wie es sich damit im Einzelnen verhält, ist nachfolgend näher zu prüfen.

9.1 Die Vorinstanz wirft dem Beschwerdeführer vor, insofern gegen die Pflicht zur Mitwirkung am Notfalldienst verstossen zu haben, als er in mehreren Fällen den Notfalldienst nicht selber ausgeübt, sondern diesen an die von seiner Arztpraxis angestellte Assistenzärztin Dr. H. delegiert habe. Die Vorinstanz stützt sich dabei auf das erwähnte Schreiben der Beigeladenen vom 23. November 2013, welches folgende Vorkommnisse auflistet: „15.9.2013: Besuch in Q. , Leichenschau, Todesbescheinigung für G.F.“, „29.2.2013: Besuch im Pflegeheim R., bei T.E.“, „29.9.2013: Patientin in Praxis behandelt, Dr. Z. und Dr. Y. abwesend“; „27.10.2013: Besuch Pflegeheim R., Leichenschau, M.H.“, „10.11.2013: NF-Besuch bei Patientin von Dr. E., ohne Begleitung von Z./Y.“, 10.11.2013: NF-Behandlung einer Patientin von Dr. E., Dres. Z./Y. abwesend“.

9.2 Der Beschwerdeführer macht geltend, er habe die Pflicht zur Beteiligung am Notfalldienst nicht verletzt. In den Fällen, in denen er den Notfalldienst an die Assistenzärztin Dr. H. übertragen habe, hätte er bei Bedarf zugezogen werden können und wäre innert 15 Minuten vor Ort gewesen, was aber nie nötig gewesen sei. Dr. H. sei ausgebildete Ärztin und habe zum Zeitpunkt der beanstandeten Einsätze über eine Zulassung für den Kanton Zürich verfügt. Mittlerweile sei sie auch in Besitz einer Berufsausübungsbewilligung für den Kanton Schwyz. Sie habe den Notfalldienst jeweils korrekt und ohne Zwischenfall geleistet.

9.3 Der Beschwerdeführer bestreitet nicht, dass er an manchen der im Schreiben der Beigeladenen vom 23. November 2013 aufgeführten Daten persönlich zur Leistung von Notfalldienst verpflichtet war. Unbestritten ist ebenfalls, dass der Notfalldienst an diesen Tagen von Dr. H. wahrgenommen worden ist. Dr. H. verfügte damals zwar offenbar über einen Facharzttitel, nicht aber über eine Berufsausübungsbewilligung für den Kanton Schwyz. Sie war zu diesem Zeitpunkt als Assistentin in der X. AG angestellt und stand unter der fachlichen Verantwortung und Aufsicht des Beschwerdeführers und Dr. med. Y. (vgl. Schreiben des Beschwerdeführers und von Dr. med. Y. vom 25. Februar 2013). Aus den Akten geht zudem hervor, dass der Beschwerdeführer den Notfalldienst bereits in früheren Fällen an Dr. H. übertragen hat (vgl. Schreiben des Beschwerdeführers und von Dr. med. Y. an die Vorinstanz vom 4. September 2013).

9.4 Wie bereits ausgeführt, sind die Ärzte mit einer Berufsausübungsbewilligung für den Kanton Schwyz zur Leistung von Notfalldienst verpflichtet (§ 31 GesG). Gemäss § 25 Abs. 1 GesG hat die Inhaberin oder der Inhaber einer Bewilligung die bewilligte Tätigkeit persönlich und grundsätzlich unmittelbar an der Patientin oder am Patienten auszuüben. Sie können einzelne Verrichtungen an Personen unter ihrer fachlichen Aufsicht und Verantwortung delegieren, wenn diese dafür hinreichend qualifiziert sind und die erforderlichen Fähigkeitsausweise besitzen (§ 25 Abs. 2 GesG). Die zur selbstständigen Berufsausübung zugelassene Fachperson darf nur Verrichtungen übertragen, zu deren Ausführung sie selbst berechtigt ist. Sie hat sich zu vergewissern, dass die für sie Tätigen die übertragene Verrichtung beherrschen. Sie muss ferner die Ausführung überwachen und in der Regel anwesend sein (§ 33 Abs. 2 der Gesundheitsverordnung vom 23. Dezember 2003, GesV, SRSZ 571.111).

9.5 Daraus folgt, dass der Beschwerdeführer als Arzt mit einer Berufsausübungsbewilligung für den Kanton Schwyz selber und persönlich zur Leistung von Notfalldienst verpflichtet ist. Er war nicht dazu berechtigt, diese Pflicht ohne unmittelbare fachliche Überwachung an die Assistentin Dr. H. zu übertragen. Dr. H. stand unter seiner fachlichen Verantwortung und Aufsicht und war mithin im Sinne der kantonalen Gesundheitsgesetzgebung fachlich unselbstständig tätig. Dass Dr. H. zum fraglichen Zeitpunkt über eine Berufsausübungsbewilligung für den Kanton Zürich verfügte, ändert daran nichts. Auch dass der Beschwerdeführer seinen Angaben zufolge zur Verfügung gestanden hätte, wenn dies erforderlich gewesen wäre, genügt nicht, um seiner Verpflichtung zur persönlichen Leistung von Notfalldienst nachzukommen. Ferner ist unbestritten, dass der Beschwerdeführer weder die Ausführung des Notfalldienstes durch Dr. H. überwacht hat noch dabei anwesend war. Die Vorinstanz hat dem Beschwerdeführer demnach zu Recht vorgeworfen, seine persönliche Pflicht zur Leistung von Notfalldienst verletzt zu haben, indem er Dr. H. damit betraute, ohne ihre Tätigkeit unmittelbar zu beaufsichtigen.

9.6 Nichts zu seinen Gunsten ableiten kann der Beschwerdeführer im Übrigen aus dem Schreiben der damaligen Präsidentin der Notfalldienstkommission der March, Dr. med. T. vom 20. Mai 2013. Weder Dr. med. T. noch die Notfalldienstkommission der March waren und sind dafür zuständig, über die Frage zu befinden, ob bzw. unter welchen Voraussetzungen der Beschwerdeführer der Assistentin Dr. H. den Notfalldienst übertragen durfte. Dem Beschwerdeführer konnte und musste die fehlende Zuständigkeit der Notfalldienstkommission der March bzw. deren Präsidentin klar sein. Aus ihrer Aussage ergibt sich kein Anspruch auf Vertrauensschutz. Im

C 15.1

Übrigen hat der Beschwerdeführer bereits seit dem Jahr 2010 in Bezug auf den Einsatz von Assistenten im Allgemeinen und im Notfalldienst im Besonderen mit der Vorinstanz korrespondiert (vgl. Schreiben der Vorinstanz an den Beschwerdeführer und Dr. med. Y. vom 21. August 2013). Ausserdem würde selbst dann, wenn die Voraussetzungen für den Schutz des Vertrauens des Beschwerdeführers in die betreffende Auskunft erfüllt wären, das öffentliche Interesse an der richtigen Rechtsanwendung (bzw. am Schutz der öffentlichen Gesundheit) überwiegen (vgl. Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., N 699).

10.1 Die Vorinstanz hält dem Beschwerdeführer ferner vor, seiner Verpflichtung zur Leistung von Notfalldienst insofern nicht nachgekommen zu sein, als er bei Notfalldiensteinsätzen auf sofortiger Barbezahlung beharrt habe. Dabei stützt sich die Vorinstanz auf eine Patientenmeldung von L. an den Kantonsarzt vom 10. Juni 2014. Der Telefonnotiz des Kantonsarztes zufolge wurde dieser Notfallpatient von der medizinischen Praxisassistentin auf Anweisung des Beschwerdeführers hin dazu aufgefordert, Bargeld zur Untersuchung mitzubringen. Nach der Untersuchung sei die Rechnungsstellung über Fr. 320.-- erfolgt. Die Vorinstanz hat erwogen, die Behauptung des Beschwerdeführers, dass das Sofortinkasso nur bei denjenigen Patienten erfolge, bei denen die Bezahlung unsicher erscheine, sei wenig glaubwürdig. Soweit das systematische Bestehen auf das unbedingte Sofortinkasso dazu geführt habe, dass sich weniger Notfallpatienten beim Beschwerdeführer meldeten, sei dies mit seiner Pflicht zur Mitwirkung am Notfalldienst nicht vereinbar.

10.2 Der Beschwerdeführer macht dagegen geltend, die Einforderung einer Akontozahlung im Notfalldienst stelle keine Verletzung der Berufspflichten dar. In Bezug auf diese Frage bestehe weder eine Praxis der Beigeladenen noch habe die Vorinstanz eine Empfehlung abgegeben. Er verlange nur bei unbekanntem Patienten, bei welchen ihm die Bezahlung der Rechnung unsicher erscheint, eine Anzahlung von bis zu Fr. 350.--. Am Ende der Konsultation würden die Patienten eine KVG-konforme, quittierte Rechnung erhalten, die sie der Krankenkasse zwecks Rückerstattung einschicken könnten. Zudem erstatte er ihnen selbstverständlich eine allfällige Differenz zwischen dem Rechnungsbetrag und der Anzahlung zurück. Bei dringenden Fällen wurde und werde im Übrigen stets ohne Weiteres Hilfe geleistet.

10.3 Für Medizinalpersonen gilt grundsätzlich die Vertragsfreiheit, insbesondere die Abschlussfreiheit. Sie sind daher nicht verpflichtet, jeden Patienten zu behandeln. In Notfällen trifft Medizinalpersonen hingegen eine

Kontrahierungspflicht (bzw. eine Pflicht zur Geschäftsführung ohne Auftrag, wenn der Patient bewusstlos ist). Verweigert der Arzt seinen Beistand, macht er sich schadenersatzpflichtig sowie disziplinarrechtlich und strafrechtlich verantwortlich. Als Notfälle gelten dabei nicht nur lebensbedrohliche Zustände, sondern alle Erkrankungen von einiger Tragweite, deren Behandlung keinen Aufschub duldet. Erforderlich ist nur, dass Menschen (oder Tiere) dringend medizinischer Hilfe bedürfen. Beschränkt wird die Beistandspflicht durch die Zumutbarkeit der Hilfeleistung. Die Medizinalperson muss sich insbesondere keiner Gefährdung des eigenen Lebens oder der Gesundheit aussetzen (vgl. Ayer/Kieser/Poledna/Sprumont [Hrsg.], a.a.O., Art. 40 N 139 ff.; Walter Fellmann, *Arzt und das Rechtsverhältnis zum Patienten*, in: *Arztrecht in der Praxis*, 2. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2007, S. 116).

Ein Verstoss gegen die Berufspflicht gemäss Art. 40 Bst. g MedBG kann ausserdem nicht nur vorliegen, wenn eine Medizinalperson beim Notfalldienst überhaupt nicht mitwirkt, sondern auch dann, wenn ihre Leistung im Einzelfall den an einen ordnungsgemässen Notfalldienst gestellten Anforderungen nicht genügt. Weigert sich etwa ein Arzt, bei einem Notfall einen Hausbesuch bei einem Patienten zu machen, der nicht mehr in der Lage ist, den Arzt selber aufzusuchen, kann darin eine Verletzung von Art. 40 Bst. g MedBG liegen (vgl. Ayer/Kieser/Poledna/Sprumont [Hrsg.], a.a.O., N 143 ff.).

10.4 Zunächst ist festzustellen, dass die kantonalen Vorschriften über den Notfalldienst keine Regelung zur Kostentragung bzw. zur Erhebung eines Kostenvorschusses enthalten. Die Kostentragung im Notfalldienst richtet sich demnach grundsätzlich nach den allgemeinen Normen, welche nachfolgend darzustellen sind.

10.5 Ärzte und Ärztinnen sind als Leistungserbringer zur Tätigkeit zu Lasten der obligatorischen Krankenpflegeversicherung zugelassen, wenn sie die Voraussetzungen nach Art. 36 des Bundesgesetzes über die Krankenversicherung vom 18. März 1994 (KVG, SR 832.10) erfüllen (Art. 35 Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 Bst. a KVG). Die Leistungserbringer erstellen ihre Rechnungen nach Tarifen oder Preisen (Art. 43 Abs. 1 KVG). Tarife und Preise werden in Verträgen zwischen Versicherern und Leistungserbringern (Tarifvertrag) vereinbart oder in den vom Gesetz bestimmten Fällen von der zuständigen Behörde festgesetzt (Art. 43 Abs. 4 KVG).

10.6 Die Versicherer, organisiert in der *santésuisse*, und die Ärzte (Verbindung der Schweizer Ärztinnen und Ärzte, FMH) haben im Vertragswerk TARMED eine gesamtschweizerisch einheitliche Tarifstruktur erarbeitet

C 15.1

(vgl. Art. 1 Abs. 1 Rahmenvertrag TARMED). Wie die Vorinstanz ausführt, haben die Ärztesgesellschaft des Kantons Schwyz und bestimmte Krankenversicherer in kantonalen Anschlussverträgen zum Rahmenvertrag TARMED vereinbart, dass der Versicherer der Schuldner der Vergütung im Rahmen der Leistungen gemäss KVG ist (vgl. Kantonaler Tarifvertrag betreffend Vergütung ambulanter Leistungen in der Arztpraxis [TARMED]; System des Tiers payant gemäss Art. 42 Abs. 2 KVG).

10.7 Die obligatorische Krankenpflegeversicherung übernimmt die Kosten für die Leistungen, die der Diagnose oder Behandlung einer Krankheit und ihrer Folgen dienen (Art. 25 Abs. 1 KVG). Diese Leistungen umfassen unter anderem die Untersuchungen und Behandlungen, die ambulant von Ärzten oder Ärztinnen durchgeführt werden (Art. 25 Abs. 2 Bst. a Ziff. 1 KVG). Soweit das System des Tiers payant gilt, müssen somit die Versicherer der Notfallpatienten den Beschwerdeführer für die im Rahmen des Notfalldienstes erbrachten Leistungen entschädigen. Dabei kann der Beschwerdeführer zudem eine Dringlichkeits- oder Notfall-Inkonvenienzpauschale in Rechnung stellen (vgl. <http://www.tarmed-browser.ch/de/leistungen>, besucht am 13. Januar 2017; TARMED Positionen 00.2505, 00.2510, 00.2520, 00.2540). Bei Patienten, deren Versicherer nicht Vertragspartner der kantonalen Anschlussverträge ist bzw. sich diesem nicht angeschlossen haben, gilt hingegen das System des Tiers garant (Art. 42 Abs. 1 KVG). Demnach schulden die Versicherten den Leistungserbringern die Vergütung der Leistung, wenn Versicherer und Leistungserbringer nichts anderes vereinbart haben. Die Versicherten haben gegenüber dem Versicherer einen Anspruch auf Rückerstattung. In solchen Fällen trägt der Beschwerdeführer bei Notfallbehandlungen das Ausfallrisiko.

10.8 Wie bereits ausgeführt, gilt für den Arzt in der Regel die Vertragsfreiheit. Soweit der Versicherte dem Beschwerdeführer eine Vergütung für seine Leistungen schuldet (System des tiers garant), dürfte es dem Beschwerdeführer deshalb frei stehen, vom Versicherten vor einer ärztlichen Behandlung einen Kostenvorschuss zu verlangen. Anders verhält es sich jedoch bei einem Notfall bzw. im Rahmen des Notfalldienstes. In diesen Fällen trifft den Beschwerdeführer eine Kontrahierungspflicht. Er darf sich dieser Pflicht nicht entziehen, indem er von einem Notfallpatienten einen Kostenvorschuss verlangt, der diesen unter Umständen davon abhält, seine Hilfe in Anspruch zu nehmen und sich zwecks medizinischer Unterstützung allenfalls in ein Spital begibt. Vielmehr ist der Beschwerdeführer gestützt auf Art. 40 Bst. g MedBG verpflichtet, bedingungslos Beistand zu leisten bzw. seiner Pflicht zur Leistung von Notfalldienst nachzukommen. Das Risiko der Uneinbringlichkeit der Behandlungskosten ist ihm dabei zumut-

bar. Durch die weitgehende Geltung des Systems des tiers payant ist dieses Risiko relativ gering und im Übrigen der privatwirtschaftlichen Berufsausübung des Beschwerdeführers immanent. Indem der Beschwerdeführer bei Notfallpatienten, bei denen ihm die Bezahlung unsicher erscheint, einen Kostenvorschuss von bis zu Fr. 350.-- verlangt hat, hat er demnach seine Berufspflicht gemäss Art. 40 Bst. g MedBG verletzt.

10.9 Ausserdem ist das Verhalten des Beschwerdeführers auch im Lichte des Standesrechts fragwürdig. Gemäss Art. 5 der Standesordnung der FMH gilt die Beistandspflicht in jedem Fall für alle Ärzte und Ärztinnen. Nach Art. 19 der Standesordnung der FMH dienen Arzt und Ärztin an ihrem Ort und in ihrer Stellung der Gesundheit und Gesunderhaltung der Bevölkerung. Sie fördern im Rahmen ihrer persönlichen und beruflichen Möglichkeiten die Verwirklichung dieser Ziele, insbesondere setzen sie sich für die Belange der Gesundheitsvorsorge ein. Diese Standesregel, welche der Sicherstellung einer qualitativ hochstehenden und zuverlässigen medizinischen Versorgung der Bevölkerung dient und damit zur Präzisierung der Berufspflichten herangezogen werden kann (vgl. BGE 2C_901/2012 vom 30. Januar 2013, E. 3.4), dürfte die Erhebung eines Kostenvorschusses von Notfallpatienten ebenfalls ausschliessen.

10.10 Der Hinweis des Beschwerdeführers auf eine Besprechung mit Vertretern der Vorinstanz, der Beigeladenen und weiteren Personen vom 3. Mai 2011 ist unbehelflich. Dass die Vorinstanz keine Vorbehalte gegenüber der Erhebung eines Kostenvorschusses im Notfalldienst geäussert habe, wie der Beschwerdeführer vorbringt, lässt sich dem Protokoll dieser Besprechung nicht entnehmen (vgl. Aktennotiz vom 6. Juni 2011). Mangels Vertrauensgrundlage besteht somit keinerlei Anspruch auf Vertrauensschutz (vgl. Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., N 627).

Ebenso wenig kann sich der Beschwerdeführer auf die Rechtsauskunft des Rechtsdienstes der FMH vom 29. bzw. 30. Januar 2015 stützen, wonach der diensthabende Arzt den Notfalldienst bei nicht vitalen Notfällen grundsätzlich als Zug-um-Zug-Geschäft anbieten könne, um seine finanziellen Risiken zu begrenzen. Die Verbindung der Schweizer Ärztinnen und Ärzte FMH ist ein Berufsverband, welcher die Interessen seiner Mitglieder vertritt. Bei der besagten Rechtsauskunft handelt es sich somit um keine behördliche Auskunft, welche unter Umständen als Vertrauensgrundlage geeignet wäre (vgl. Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., N 667 ff.).

11.1 Schliesslich wirft die Vorinstanz dem Beschwerdeführer vor, einen Notfalldiensteinsatz verweigert zu haben. In der Nacht auf den 15. Juni 2015 habe das Spital Lachen die Notfalldienstnummer kontaktiert, um

C 15.1

einen Notfallarzt für eine Todesbescheinigung für den zuhause verstorbenen A.S. anzubieten. Diejenige Person, welche den Anruf in der diensthabenden Praxis des Beschwerdeführers entgegengenommen habe, habe es indessen abgelehnt, einen Notfallarzt für die nachgesuchte Todesbescheinigung zu wecken. Ein zweiter Anruf auf die Notfallnummer sei nicht mehr entgegengenommen worden.

11.2 Der Beschwerdeführer und Dr. med. Y. haben trotz ausdrücklicher Aufforderung der Vorinstanz (vgl. Schreiben vom 11. September 2015) nicht offengelegt, wer von ihnen am fraglichen Datum (Nacht auf den 15. Juni 2015) nach interner Abmachung zum Notfalldienst verpflichtet war. Diese Frage kann indessen auch offen bleiben. Der Beschwerdeführer und Dr. med. Y. haben nämlich in ihrer Stellungnahme vom 13. Oktober 2015 ausgeführt, dass es sich bei der zuständigen „Praxisassistentin“, welche den Anruf auf die Notfallnummer entgegengenommen habe, um eine zur selbstständigen Berufsausübung zugelassene Fachperson handle. Sie verfüge über die nötigen Qualifikationen, den Notfalldienst auszuüben. Sie sei somit berechtigt gewesen, dieses Notfalltelefon zu bedienen. Diese Aussagen können im Gesamtzusammenhang nur dahingehend verstanden werden, dass der Beschwerdeführer und Dr. med. Y. demnach auch in diesem Fall ihre persönliche Verpflichtung zum Notfalldienst an eine andere Person übertragen haben, ohne deren Tätigkeit zu überwachen. Ob es sich dabei wiederum um Dr. H. oder um eine andere Person gehandelt hat, kann offen bleiben. Wie bereits dargelegt, ist dieses Vorgehen unzulässig. Der beanstandete Vorfall in der Nacht auf den 15. Juni 2015 ist daher zu den bereits erwähnten Fällen zu zählen, in denen der Beschwerdeführer seine Verpflichtung zur Leistung von Notfalldienst in unrechtmässiger Art und Weise delegiert hat.

11.3 Im Übrigen ist die Auffassung des Beschwerdeführers falsch, wonach die Feststellung des Todes keine notfallärztliche Tätigkeit sei. Der Notfalldienst bezweckt die Sicherstellung der ambulanten ärztlichen und fachärztlichen Versorgung bei Nichterreichbarkeit der Hausärztin oder des Hausarztes (vgl. Art. 1 Abs. 2 NFD-Reglement). In erster Linie obliegt es aufgrund des bestehenden Auftragsverhältnisses dem Hausarzt eines Patienten, dessen Tod festzustellen. Ist der Hausarzt nicht erreichbar, kommt diese Pflicht daher dem Notfallarzt zu.

11.4 Ferner stellt der Beschwerdeführer zu Unrecht die Dringlichkeit eines solchen Notfalleinsatzes in Abrede. Die ärztliche Leichenschau soll auf Verlangen „unverzüglich“, das bedeutet „ohne schuldhaftes Zögern“, durchgeführt werden. Bei der Untersuchung einer leblosen Person, die

ausserhalb eines Spitals aufgefunden wird, muss möglichst schnell von einem Arzt über allenfalls erforderliche Reanimationsmassnahmen entschieden werden, sofern noch keine sicheren Todeszeichen vorhanden sind. Will er sich nicht der Gefahr aussetzen, wegen unterlassener Hilfeleistung belangt zu werden, sollte sich der Arzt nach Erhalt der Anzeige über einen vermuteten Todesfall auf schnellstem Weg zur Leichenschau begeben (vgl. Roland Hausmann, Die ärztliche Leichenschau: Was ist zu beachten?, in Swiss Medical Forum 2015, S. 841; <http://www.medicalforum.ch/docs/smf/2015/38/de/smf-02406.pdf>, besucht am 10. Januar 2017). Ausserdem muss der leichenbeschauende Arzt nach persönlich vorgenommener Untersuchung festhalten, ob es sich um einen unklaren Todesfall handelt, d.h. eine nicht-natürliche Todesursache in Frage kommt und daher eine sofortige Meldung an die Polizei oder das Bezirksamt erforderlich ist (vgl. Formular „Ärztliche Todesbescheinigung“ des Departement des Innern mit Hinweis auf § 22 der Verordnung über das Bestattungs- und Friedhofswesen vom 16. Januar 1990, SRSZ 575.111). Auch aus diesem Grund duldet eine ärztliche Leichenschau keinen Aufschub.

Schliesslich hat die Vorinstanz zu Recht darauf hingewiesen, dass die Feststellung des Todes durch den Facharzt entgegen der Darstellung des Beschwerdeführers eine abrechenbare Tarifposition darstellt (TARMED Position 00.1390). Entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers handelt es sich bei der Leichenschau somit durchaus um eine notfallärztliche Pflicht.

12. Der Beschwerdeführer bringt sodann vor, die auferlegte Busse von Fr. 3'000.-- sei unverhältnismässig hoch. Die Maximalbusse nach kantonalem Disziplinarrecht betrage Fr. 200.--. Zudem sei auch das Verschulden des Beschwerdeführers gering, da aufgrund der unklaren rechtlichen Grundlagen vorab um die effektive Ausgestaltung des Notfalldienstes gerungen werde und unterschiedliche Auffassungen vertreten würden.

12.1 Die Aufzählung der Disziplinar massnahmen bei Verletzung der Berufspflichten, der Vorschriften des MedBG oder dessen Ausführungsbestimmungen in Art. 43 MedBG ist abschliessend. Sie beginnt mit der leichtesten Massnahme (Verwarnung) und endet mit der schwersten (definitives Verbot der Berufsausübung). Die Bemessung der Massnahme beurteilt sich nach dem Verhältnismässigkeitsprinzip. Die Busse bildet das „Mittelfeld“ der disziplinarischen Sanktionen. Der den Disziplinarbehörden zur Verfügung stehende Bussenrahmen (Busse bis zu 20'000 Franken) ist sehr weit. Im Einzelfall richtet sich die Busse nach dem Verschulden und den Verhältnissen der betreffenden Medizinalperson (vgl. Ayer/Kieser/Poledna/Sprumont [Hrsg.], a.a.O., Art. 43 N 17, 23 und 25).

C 16.1

12.2 Die Vorinstanz hat in der angefochtenen Verfügung erwogen, dass die mehrfachen Verstösse des Beschwerdeführers gegen die Pflicht zur Mitwirkung am Notfalldienst nach Art. 40 Bst. g MedBG nicht mehr leicht wiegen würden. Zwar sei es bisher – soweit bekannt – nicht zur Beeinträchtigung von betroffenen Patienten gekommen. Dies sei vorliegend jedoch von nachrangiger Bedeutung, zumal die Regelung in Art. 40 Bst. g MedBG vorab auf einen reibungslosen und gut funktionierenden kantonalen Notfalldienst abziele. Der Beschwerdeführer lege keine rechtfertigenden oder entschuldbaren Umstände dar. Gegen die Anordnung einer mildereren Disziplinar-massnahme (Verweis oder Verwarnung) würden insbesondere die wiederholten und über einen längeren Zeitraum erfolgten Verstösse gegen Art. 40 Bst. g MedBG sprechen.

12.3 Die Vorbringen des Beschwerdeführers gehen ins Leere. Im Einklang mit der Vorinstanz ist festzustellen, dass er die Berufspflicht gemäss Art. 40 Bst. g MedBG auf unterschiedliche Art und Weise verletzt hat. Die Vorinstanz hat ihn mehrmals auf seine Pflichtverstösse aufmerksam gemacht, was ihn jedoch nicht von weiteren Pflichtverletzungen abgehalten hat. Dem Beschwerdeführer sind somit mehrfache und wiederholte Verstösse gegen seine Berufspflicht gemäss Art. 40 Bst. g MedBG vorzuwerfen, was die Verhängung einer Busse als Disziplinar-massnahme von mittlerer Schwere rechtfertigt. Die Vorinstanz hat zudem zu Recht erkannt, dass das Verschulden des Beschwerdeführers nicht mehr leicht wiegt. Die Höhe der verhängten Busse von Fr. 3'000.-- bewegt sich im unteren Bereich des bundesrechtlich vorgegebenen Bussenrahmens bis zu Fr. 20'000.--. Das Verschulden des Beschwerdeführers rechtfertigt eine solche Bussenhöhe ohne weiteres. Ferner ist weder ersichtlich noch macht der Beschwerdeführer geltend, dass sie seine (finanziellen) Verhältnisse übersteigen würde. Die verhängte Disziplinar-massnahme erweist sich damit als verhältnismässig.

(RRB Nr. 76 vom 31. Januar 2017).

16. Verwaltungsverfahren

16.1 Anfechtung einer Kostenvorschussverfügung

- *Die Kostenvorschussverfügung stellt eine verfahrenslleitende Anordnung bzw. einen Zwischenbescheid dar. Als solcher kann sie selbständig ange-*

fochten werden, falls sie einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirkt (Erw. 3 – 3.1).

- *Eintreten auf eine Beschwerde gegen einen Zwischenbescheid betreffend Leistung eines Kostenvorschusses im Fall der Mittellosigkeit oder wenn daraus ein anderer nicht wieder gutzumachender Nachteil droht (Erw. 3.2 – 3.5).*

Aus dem Sachverhalt:

Zwei Grundeigentümer ersuchten den Gemeinderat um Erschliessungshilfe im Sinne von § 41 Planungs- und Baugesetz vom 14. Mai 1987, SRSZ 400.100. Mit Beschluss vom 29. März 2016 (Versand: 1. April 2016) hat der Gemeinderat die beiden Gesuchsteller verpflichtet, für das Erschliessungshilfefverfahren einen Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 5'000.-- zu bezahlen. Dieser Beschluss enthielt keine Rechtsmittelbelehrung. Mit Schreiben vom 4. April 2016 haben die Gesuchsteller darum ersucht, in einem anfechtbaren und mit einer korrekten Rechtsmittelbelehrung versehenen Beschluss nachvollziehbar darzulegen, wie sich der Betrag von Fr. 5'000.-- zusammensetzt. Am 7. April 2016 ist der Gemeindepräsident dem Ersuchen nachgekommen. Die Präsidialverfügung ist vom Gemeinderat am 26. April 2016 genehmigt worden.

Aus den Erwägungen:

3. Rechtsmittel sind zulässig gegen Verfügungen und Entscheide, womit ein Verfahren durch eine Sach- oder Nichteintretensverfügung oder einen entsprechenden Entscheid abgeschlossen wird (§ 36 Abs. 1 Bst. a des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 6. Juni 1974, VRP, SRSZ 234.110). Zwischenbescheide können selbständig angefochten werden, wenn sie sich auf die Zuständigkeit, Ausschliessungs- oder Ablehnungsbegehren, die Ablehnung von Beiladungsbegehren, vorsorgliche Massnahmen, die Verweigerung der unentgeltlichen Rechtspflege sowie andere Anordnungen beziehen, welche für eine Partei einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken (§ 36 Abs. 1 Bst. b Ziff. 1-6 VRP). Andere Zwischenbescheide können nur mit der Hauptsache angefochten werden (§ 36 Abs. 2 VRP).

3.1 Die Vorinstanz hat mit der Präsidialverfügung vom 7. April 2016 von den Beschwerdeführern einen Kostenvorschuss von Fr. 5'000.-- verlangt. Sie hat den Beschwerdeführern eine Zahlungsfrist gesetzt sowie die Folgen der Nichtleistung des Kostenvorschusses dargelegt (...). Die Kostenvor-

C 16.1

schussverfügung stellt eine verfahrensleitende Anordnung bzw. einen Zwischenbescheid dar. Als solcher kann sie selbständig angefochten werden, falls sie einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirkt (§ 36 Abs. 1 Bst. b Ziff. 6 VRP). Auszugehen ist von der Regel, dass verfahrensleitende Anordnungen erst zusammen mit dem Endentscheid anfechtbar sind. Die selbständige Anfechtbarkeit von Zwischenbescheiden stellt insofern die Ausnahme dar. Die Beschwerde führende Partei hat deshalb nachzuweisen, dass ihr ein nicht wieder gutzumachender Nachteil droht. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts muss es sich dabei um einen Nachteil rechtlicher Natur handeln, der auch durch einen für die Beschwerde führende Partei günstigen Endentscheid nicht mehr behoben werden kann.

3.2 Zwischenbescheide, mit denen zwecks Sicherstellung der mutmasslichen Verfahrenskosten ein Kostenvorschuss verlangt wird, können einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken, wenn die Zahlungsaufforderung mit der Androhung verbunden wird, dass im Unterlassungsfall auf das Begehren nicht eingetreten werde. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn die Partei sich auf ihre Mittellosigkeit beruft. In einem solchen Fall ist die Partei jedoch grundsätzlich dazu gehalten, ein Gesuch um unentgeltliche Prozessführung einzureichen. Ist eine Partei nämlich bedürftig und erscheint das Verfahren nicht als aussichtslos, so befreit sie die Behörde auf Antrag ganz oder teilweise von der Kostentragung und der Kostenvorschusspflicht (vgl. § 75 Abs. 1 VRP). Umstritten ist die Frage, ob eine Kostenvorschussverfügung auch dann selbständig anfechtbar ist, wenn nur die Höhe des Vorschusses strittig ist und sich die gesuchstellende Person nicht gleichzeitig auf ihre Mittellosigkeit beruft (vgl. Kaspar Plüss, in: Alain Griffel [Hrsg.], Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich [VRG], 3. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2014, § 15 N 63).

3.3 Das Bundesgericht hat im Urteil 4A_680/2011 vom 2. Dezember 2011 (E. 1) offen gelassen, ob eine Kostenvorschussverfügung anfechtbar ist, wenn lediglich die Höhe des konkret festgesetzten Vorschusses umstritten ist und sich der Beschwerdeführer nicht gleichzeitig auf seine Mittellosigkeit beruft. In einem neueren Urteil 4A_226/2014 vom 6. August 2014 (E. 1.1) ging das Bundesgericht davon aus, die Mittellosigkeit müsse nicht nachgewiesen sein, denn auch eine zahlungskräftige klagende Partei könne einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil erleiden, wenn sie einen in seiner Höhe nicht rechtskonform festgesetzten Kostenvorschuss leisten müsse, unabhängig davon, dass dies ihren Zugang zum Gericht nicht beeinträchtigen könne. Entscheidend ist jedoch, dass das Bundesgericht auch im zitierten Urteil 4A_226/2014 festhielt, dass die Anfechtbarkeit nur gegeben sei, wenn die Kostenvorschussverfügung tatsächlich einen rechtli-

chen Nachteil bewirke, und dass die Beschwerde führende Partei den drohenden nicht wieder gutzumachenden Nachteil substantiiert behaupten und belegen müsse. Diese Rechtsprechung hat das Bundesgericht in verschiedenen neueren Urteilen bestätigt und ist jeweils auf die erhobenen Rechtsmittel nicht eingetreten, weil die Beschwerde führende Partei ihre Mittellosigkeit nicht belegen konnte oder weil der verlangte Kostenvorschuss (trotz geltend gemachter Mittellosigkeit) nicht unverhältnismässig hoch war (vgl. Urteile 4A_356/2014 vom 5. Januar 2015 E. 1.2.1; 1B_70/2015 vom 3. Juni 2015 E.1; 1B_398/2015 vom 19. Mai 2016 E. 2.1 ff.; 4A_14/2016 vom 15. November 2016 E. 2.3.4).

3.4 Im vorliegenden Fall verhält es sich gleich. Die Beschwerdeführer wehren sich lediglich gegen die Höhe des von der Vorinstanz verlangten Kostenvorschusses. Sie machen nicht geltend, das von ihnen beantragte Erschliessungshilfverfahren sei kostenlos. Ebenso wenig machen sie geltend, dass ihre finanziellen Mittel nicht ausreichen würden, um den Kostenvorschuss zu bezahlen. Sie berufen sich nicht auf ihre Mittellosigkeit. Die Beschwerdeführer machen lediglich geltend, dass der überaus hohe Kostenvorschuss als prohibitives und damit unzulässiges Handeln der Vorinstanz zu qualifizieren sei. Dies stelle im Endeffekt eine formelle Rechtsverweigerung dar und verstosse als solche gegen Art. 29 Abs. 1 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101). Der behauptete Nachteil besteht im vorliegenden Fall somit in der möglichen Verhinderung des Zugangs zu Gerichts- und Verwaltungsbehörden. In einer solchen Konstellation muss dargelegt werden, dass dieser rechtliche Nachteil tatsächlich droht. Der Nachteil droht indes nur, wenn die vorschusspflichtige Partei nicht in der Lage ist, den verlangten Betrag zu bezahlen, was die Beschwerdeführer im vorliegenden Fall weder behaupten noch belegen. Im Übrigen liegt der von der Vorinstanz verlangte Kostenvorschuss noch in einem vertretbaren Rahmen. Dass die Vorinstanz den Kostenvorschuss etwas höher als üblich angesetzt hat, ist aufgrund der Erfahrungen in der Vergangenheit auch nicht zu beanstanden.

3.5 An dieser Stelle ist folglich festzuhalten, dass den Beschwerdeführern durch die angefochtene Kostenvorschussverfügung kein nicht wieder gutzumachender Nachteil im Sinne von § 36 Abs. 1 Bst. b Ziff. 6 VRP entsteht. Der einzige drohende Nachteil besteht darin, dass die Fr. 5000.-- für die Dauer des Verfahrens „blockiert“ und für sie nicht mehr verfügbar sind. Dieser tatsächliche Nachteil reicht jedoch nicht aus. Da die Beschwerdeführer nicht mittellos sind, wird ihnen der Zugang zum Verfahren nicht versperrt. Zudem haben die Beschwerdeführer die Möglichkeit, den

C 17.1

später folgenden Entscheid in der Hauptsache auch in Bezug auf die Verfahrenskosten anzufechten.

(RRB Nr. 20 vom 10. Januar 2017).

17. Verkehrs- und Polizeiwesen

17.1 Wildwarnanlage mit Geschwindigkeitsreduktion

- *Zuständigkeit des Tiefbauamtes, Verkehrsanordnungen zu erlassen (Erw. 1).*
- *Mit der Anbringung des Signals „Wildwechsel“ (SSV-Signal Nr. 1.24) verbunden mit dem Signal „Höchstgeschwindigkeit 40 km/h“ wird eine funktionelle Verkehrsanordnung getroffen. Die Gemeinde ist befugt, dagegen Beschwerde zu führen (Erw. 2).*
- *Wird die zulässige Höchstgeschwindigkeit nur vorübergehend gesenkt, bleiben diese kurzzeitigen Absenkungen aber auf unbestimmte Zeit bestehen, so handelt es sich nicht um eine temporäre Verkehrsanordnung (Erw. 3).*
- *Die vom Bundesrat festgesetzte Höchstgeschwindigkeit gemäss Art. 32 Abs. 2 SVG kann für bestimmte Strassenstrecken von der zuständigen Behörde nur auf Grund eines Gutachtens herab- oder heraufgesetzt werden. Das Gutachten muss darlegen, dass die Massnahme nötig, zweck- und verhältnismässig ist oder ob andere Massnahmen vorzuziehen sind. Die Einholung eines verwaltungsexternen Gutachtens ist vor allem angezeigt, wenn die Anordnung Pilotcharakter hat (Erw. 4).*

Aus dem Sachverhalt:

Am 23. März 2017 verfügte das Tiefbauamt die folgende Verkehrsanordnung:

- „ 1. Im Sinne der Erwägungen wird auf der Hauptstrasse Nr. 387, Ibach-Muotathal, auf einer Länge von rund 170 m im Gebiet Hesigen in Ried-Muotathal folgende Verkehrsanordnung verfügt:
,Höchstgeschwindigkeit 40 km/h‘ (SSV-Signal Nr. 2.30), bei ausgelöster Warnung vor Wildwechsel
- 2.-4. (...)“

Diese Verkehrsordnung wurde im Amtsblatt publiziert. Dagegen erhob die Gemeinde Muotathal rechtzeitig Beschwerde beim Regierungsrat mit dem Antrag, dass beim fraglichen Abschnitt der Hauptstrasse Nr. 387 auf die Reduktion der Höchstgeschwindigkeit von 80 km/h auf 40 km/h im Falle eines Wildwechsels zu verzichten sei.

Aus den Erwägungen:

1.1 Gemäss Art. 82 Abs. 1 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101) ist es grundsätzlich Sache des Bundes, den Strassenverkehr zu regeln. Nach Art. 3 Abs. 2 des Strassenverkehrsgesetzes vom 19. Dezember 1958 (SVG, SR 741.01) sind die Kantone jedoch befugt, für bestimmte Strassen Fahrverbote, Verkehrsbeschränkungen und Anordnungen zur Regelung des Verkehrs zu erlassen. Diese Befugnisse können die Kantone weiter delegieren, was der Kanton Schwyz gemacht hat (§§ 36 f. des Strassengesetzes vom 15. September 1999, StraG, SRSZ 442.110, in Verbindung mit §§ 18 ff. der Strassenverordnung vom 18. Januar 2000, Strassenverordnung, StraV, SRSZ 442.111). Der Strassenträger ist zuständig, Verkehrsanordnungen nach Massgabe des Bundesrechts und der kantonalen Planungen zu treffen (§ 36 Abs. 1 StraG). Verkehrsanordnungen werden von der Exekutive des Strassenträgers angeordnet (§ 18 Abs. 1 StraV). Bei Hauptstrassen verfügt die Fachstelle nach Rücksprache mit der Kantonspolizei (§ 18 Abs. 2 StraV). Die Fachstelle im Sinne der Strassenverordnung ist das Tiefbauamt. Es beaufsichtigt und verwaltet die Hauptstrassen (§ 2 StraV).

(...)

2.1 Das SVG unterscheidet zwei Arten von lokalen Verkehrsbeschränkungen: Einerseits gemäss Art. 3 Abs. 3 SVG die unbeschränkten und zeitlich beschränkten Totalfahrverbote und andererseits nach Art. 3 Abs. 4 SVG die sogenannten funktionellen Verkehrsanordnungen (EGV-SZ 1994, Nr. 61, E. 4.a; Philippe Weissenberger, Kommentar zum Strassenverkehrsgesetz, Zürich/St. Gallen 2011, Art. 3 N 6 ff.). Funktionelle Verkehrsanordnungen können erlassen werden, soweit der Schutz der Bewohner oder gleichermaßen Betroffener vor Lärm und Luftverschmutzung, die Sicherheit, die Erleichterung oder die Regelung des Verkehrs, der Schutz der Strasse oder andere in den örtlichen Verhältnissen liegende Gründe dies erfordern. Gemeinden sind zur Beschwerde gegen funktionelle Verkehrsanordnungen

C 17.1

berechtigt, wenn Verkehrsmassnahmen auf ihrem Gebiet angeordnet werden (Art. 3 Abs. 4 SVG).

2.2 Der Bundesrat beschränkt die Geschwindigkeit der Motorfahrzeuge auf allen Strassen (Art. 32 Abs. 2 SVG). Auf dem hier betroffenen Abschnitt der Hauptstrasse Nr. 387 gilt 80 km/h als Höchstgeschwindigkeit (vgl. Art. 4a Abs. 1 Bst. b der Verkehrsregelnverordnung vom 13. November 1962, VRV, SR 741.11). Mit der umstrittenen Verkehrsanordnung wird diese Höchstgeschwindigkeit auf 40 km/h herabgesetzt, solange die Warnung vor Wildwechsel aufleuchtet. Mit Infrarot-Lichtschranken auf beiden Strassenseiten wird ein Wildtier vor dem Überqueren der Fahrbahn erfasst. In der Folge leuchten die Signale „Wildwechsel“ (SSV-Signal Nr. 1.24) sowie „Höchstgeschwindigkeit 40 km/h“ (SSV-Signal Nr. 2.30) in beiden Fahrtrichtungen auf (vgl. die Medienmitteilung des Baudepartements vom 30. März 2017; Plan „Situation 1:500“ vom 10. Februar 2017; Art. 12 Abs. 1 sowie Art. 16 Abs. 2 der Signalisationsverordnung vom 5. September 1979, SSV, SR 741.21). Bei dieser Reduktion der erlaubten Höchstgeschwindigkeit von 80 km/h auf 40 km/h handelt es sich um eine funktionelle Verkehrsanordnung i.S.v. Art. 3 Abs. 4 SVG. Die Beschwerdeführerin beanstandet nicht das temporäre Aufleuchten des Signals „Wildwechsel“, sondern nur die damit verbundene Reduktion der Höchstgeschwindigkeit. Streitgegenstand im vorliegenden Verfahren ist damit nur diese Geschwindigkeitsreduktion. Die Beschwerdebefugnis der Beschwerdeführerin ergibt sich aus Art. 3 Abs. 4 SVG. Sie wird von der Vorinstanz auch gar nicht bestritten. Gemäss den Ausführungen der Vorinstanz im internen Auftrag vom 13. Februar 2017 ist für die Installation der Wildwarnanlage eine Baubewilligung erforderlich. Diese Frage der Baubewilligungspflicht bzw. Baubewilligungsfähigkeit der Wildwarnanlage ist ebenfalls nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens.

3. Mit der vorliegenden Verkehrsanordnung soll die Höchstgeschwindigkeit 80 km/h nur für bestimmte, kurze Zeitabschnitte auf 40 km/h herabgesetzt werden. Denn einerseits ist die Wildwarnanlage nur in der wildaktiven Zeit, nämlich in der Dämmerung und nachts, in Betrieb. Andererseits leuchtet das Signal „Höchstgeschwindigkeit 40 km/h“ nur auf, wenn ein Wildtier von der Wildwarnanlage erkannt bzw. erfasst wird. Die Verkehrsanordnung gilt jedoch auf unbestimmte Zeit. Der Beschwerdeweg ist nur gegen Verkehrsanordnungen i.S.v. § 19 Abs. 1 StraV (bei Baustellen oder wegen Veranstaltungen) ausgeschlossen, welche nicht länger als 60 Tage dauern (vgl. § 20 Abs. 3 StraV). Eine solche temporäre, d.h. weniger als 60 Tage dauernde Verkehrsanordnung liegt hier nicht vor. Die Verwaltungsbeschwerde gegen die Verkehrsanordnung ist daher zulässig. Die Vorinstanz

hat die Verkehrsanordnung zu Recht im kantonalen Amtsblatt mit dem Hinweis auf den Beschwerdeweg veröffentlicht. Sie hat die Beschwerdeführerin mit Schreiben vom 13. März 2017 über die beabsichtigte Wildwarnanlage bzw. die damit verbundene temporäre Reduktion der Höchstgeschwindigkeit vorgängig informiert (vgl. § 20 Abs. 1 StraV). Ebenfalls hat sie vor dem Erlass der angefochtenen Verfügung mit der Kantonspolizei Rücksprache genommen (vgl. ...). Die Vorinstanz hat das in der Strassenverordnung vorgeschriebene Verfahren korrekt durchgeführt.

4. Die Beschwerdeführerin ist der Ansicht, dass alleine eine Warnung vor Wildwechsel genüge, um die Verkehrssicherheit im Gebiet Ried/Hesigen zu gewährleisten. Die angeordnete Geschwindigkeitsreduktion sei nicht erforderlich. Wenn das Signal „Wildwechsel“ aufleuchte, würden die Motorfahrzeuglenker von sich aus die Geschwindigkeit reduzieren. Die Vorinstanz habe bis heute keine Fallwildstatistik für das Gebiet Ried/Hesigen vorgelegt.

4.1 Die Geschwindigkeit ist stets den Umständen anzupassen, namentlich den Besonderheiten von Fahrzeug und Ladung, sowie den Strassen-, Verkehrs- und Sichtverhältnissen (Art. 32 Abs. 1 SVG). Die vom Bundesrat festgesetzte Höchstgeschwindigkeit gemäss Art. 32 Abs. 2 SVG kann für bestimmte Strassenstrecken von der zuständigen Behörde nur auf Grund eines Gutachtens herab- oder heraufgesetzt werden. Der Bundesrat kann Ausnahmen vorsehen (Art. 32 Abs. 3 SVG). Von dieser Ermächtigung hat der Bundesrat bisher keinen Gebrauch gemacht (VPB 59.9, E. 3.c). Die Gründe, welche eine Herabsetzung der allgemeinen Höchstgeschwindigkeit erforderlich machen können, werden in Art. 108 Abs. 2 SSV abschliessend aufgezählt: Eine Gefahr ist nur schwer oder nicht rechtzeitig erkennbar und anders nicht zu beheben (Bst. a), bestimmte Strassenbenützer bedürfen eines besonderen, nicht anders zu erreichenden Schutzes (Bst. b), es kann auf Strecken mit grosser Verkehrsbelastung der Verkehrsablauf verbessert (Bst. c) oder es kann eine im Sinne der Umweltschutzgesetzgebung übermässige Umweltbelastung (Lärm, Schadstoffe) vermindert werden (Bst. d). In Art. 108 Abs. 5 SSV werden für jede Strassenkategorie die zulässigen abweichenden Höchstgeschwindigkeiten genannt. Ausserorts sind tiefere Höchstgeschwindigkeiten als 80 km/h in Abstufungen von je 10 km/h zulässig (Art. 108 Abs. 5 Bst. c SSV).

4.2 Das Gutachten i.S.v. Art. 32 Abs. 3 SVG muss darlegen, dass die Massnahme nötig, zweck- und verhältnismässig ist oder ob andere Massnahmen vorzuziehen sind. Dabei ist insbesondere zu prüfen, ob die Massnahme auf die Hauptverkehrszeiten beschränkt werden kann (Art. 108

C 17.1

Abs. 4 SSV). Das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement hat am 13. März 1990 Weisungen zur Festlegung abweichender Höchstgeschwindigkeiten und damit auch zu den Anforderungen an das Gutachten erlassen (nachfolgend: Weisungen). Das Gutachten kann durch verwaltungseigene oder externe Sachverständige erstellt werden. Es soll der Behörde die sachlichen Grundlagen für den Entscheid liefern. Inhalt und Umfang des Gutachtens hängen vom Zweck der Geschwindigkeitsbeschränkung und von der örtlichen Situation ab und sind deshalb von Fall zu Fall verschieden. Das Gutachten soll die Gründe für eine abweichende Höchstgeschwindigkeit, die Ausgangslage in Bezug auf die betroffene Strasse, das Ziel dieser abweichenden Höchstgeschwindigkeit, Ausführungen zur Rechtmässigkeit, zusätzliche Analysen (z.B. Unfallgeschehen, Gefahrensituation, Verkehrsablauf, etc.), die Auswirkungen der Geschwindigkeitsreduktion sowie eine Schlussfolgerung mit einem Antrag an die zuständige Behörde enthalten (Weisungen Ziff. 7). Im Rahmen des Gutachtens müssen somit nicht immer umfangreiche Untersuchungen durchgeführt werden. Wesentlich ist, dass die für den Erlass von Verkehrsmassnahmen zuständige Behörde die erforderlichen Informationen besitzt, um zu beurteilen, ob eine der Voraussetzungen von Art. 108 Abs. 2 SSV erfüllt ist und ob die Massnahme im Hinblick auf das betreffende Ziel nötig, zweck- und verhältnismässig ist (BGE 136 II 539 E. 3.2; VPB 62.26, E. 9; VPB 59.9, E. 3.c; RRB Nr. 713 vom 6. Juli 2010, E. 4.3.3; Weissenberger, a.a.O., Art. 32 N 29).

4.3 Die Vorinstanz hat zur Frage einer Geschwindigkeitsreduktion für den fraglichen Strassenabschnitt kein Gutachten – weder ein solches eines verwaltungsinternen noch eines verwaltungsexternen Sachverständigen – eingeholt. Sie begründet dies damit, dass die herabgesetzte Höchstgeschwindigkeit 40 km/h nur bei einer Aktivierung der Wildwarnanlage und damit nur für kurze Zeit gelte. Der Aufwand für das Einholen eines Gutachtens sei daher unverhältnismässig. Immerhin hat sich die Kantonspolizei Schwyz am 26. Februar 2017 zustimmend zur Geschwindigkeitsreduktion geäussert.

4.4 Die Vorinstanz will die umstrittene Verkehrsanordnung (bzw. die Wildwarnanlage) in Zusammenarbeit mit dem kantonalen Amt für Natur, Jagd und Fischerei (ANJF) realisieren (Medienmitteilung des Baudepartementes vom 30. März 2017). Sie hat aber keinen Auskunftsbereich des ANJF im Sinne von § 24 Abs. 1 Bst. a des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 6. Juni 1974 (VRP, SRSZ 234.110) eingeholt, obwohl sich dieses als zuständige Fachinstanz für Wildtiere zu den (umstrittenen) Fragen des Wildwechsels im Gebiet Ried/Hesigen, zu den dortigen Fallwildzahlen sowie zum Verhalten von Wildtieren im Strassenraum hätte äussern können. Nur

mit diesen Informationen kann beurteilt werden, ob die angeordnete Reduktion der Höchstgeschwindigkeit überhaupt erforderlich ist.

4.5 Die Vorinstanz selber beruft sich für die umstrittene Herabsetzung der Höchstgeschwindigkeit auf den Grund von Art. 108 Abs. 2 Bst. a SSV (Gefahr ist nur schwer oder nicht rechtzeitig erkennbar und anders nicht zu beheben). In der angefochtenen Verfügung führt sie nur aus, dass damit die Verkehrssicherheit erhöht werde, weil die Signalisation „Wildwechsel“ auf eine konkrete und nicht nur auf eine potentielle Gefahr hinweise. Ob diese Verfügung hinreichend begründet ist, erscheint zwar fraglich, kann letztlich aber offen gelassen werden. Immerhin führt die Vorinstanz in der Vernehmlassung vom 19. Mai 2017 aus, weswegen die Geschwindigkeitsreduktion aus ihrer Sicht nötig, zweck- sowie verhältnismässig ist. Dabei ist aber zu berücksichtigen, dass die Vorinstanz als verfügende Behörde die Rechtmässigkeit der umstrittenen Geschwindigkeitsreduktion nicht unabhängig beurteilen kann.

4.6 Die Vorinstanz führt selber aus, dass es sich vorliegend um ein „Pilotprojekt“ handelt. Daraus ist zu schliessen, dass im Kanton Schwyz noch keine weiteren Wildwarnanlagen installiert sind. Insbesondere deswegen ist hier ein Gutachten eines verwaltungsexternen Sachverständigen angezeigt. Dieser muss einerseits die Grundsatzfragen klären, weswegen die Höchstgeschwindigkeit bei einem Wildwechsel genau auf 40 km/h reduziert werden soll und ob allenfalls auch eine weniger starke Reduktion genügen würde oder ob eine stärkere Geschwindigkeitsreduktion erforderlich wäre. Dabei muss Bezug genommen werden auf die Anhaltewege der jeweiligen Geschwindigkeiten. Andererseits muss sich das verwaltungsexterne Gutachten (möglicherweise unter Bezugnahme auf das ANJF und die Kantonspolizei Schwyz) zur konkreten, bestehenden Situation beim betroffenen Abschnitt der Hauptstrasse Nr. 387 äussern (Wildwechsel, Unfallgeschehen mit Wildtieren, Fallwild, Gefahrensituation, etc.). Ob bei weiteren Wildwarnanlagen im Kanton Schwyz allenfalls ein verwaltungsinternes Gutachten genügen würde, welches sich auf das für das vorliegende Verfahren zu erstellende Gutachten bezieht, ist durchaus denkbar. Diese Frage muss vorliegend aber nicht abschliessend beurteilt werden.

4.7 Folglich hätte die Vorinstanz ein verwaltungsexternes Gutachten zur Frage der Zulässigkeit einer Reduktion der Höchstgeschwindigkeit auf dem fraglichen Abschnitt der Hauptstrasse Nr. 387 im Gebiet Ried/Hesigen einholen müssen. Art. 32 Abs. 3 SVG und Art. 108 Abs. 4 SSV schreiben für eine Herabsetzung der Höchstgeschwindigkeit zwingend ein Gutachten vor. Ausnahmen von dieser Pflicht zur Einholung eines Gutachtens sieht

C 19.1

das Gesetz keine vor. Damit hat die Vorinstanz den Sachverhalt unvollständig festgestellt (vgl. § 18 Abs. 1 und § 46 Abs. 1 Bst. a VRP). Die Sache ist daher zur Einholung eines Gutachtens an die Vorinstanz zurückzuweisen – dies für den Fall, dass diese an der umstrittenen Geschwindigkeitsbegrenzung festhalten will. Gestützt auf dieses Gutachten kann die Vorinstanz gegebenenfalls erneut eine Geschwindigkeitsreduktion auf dem fraglichen Abschnitt der Hauptstrasse Nr. 387 verfügen. Je nach den Ergebnissen der internen Abklärungen (vgl. dazu oben Ziff. 4.4) wäre allenfalls aber auch eine blosser Wildwarnanlage (ohne Geschwindigkeitsreduktion) denkbar. (RRB Nr. 899 vom 28. November 2017).

19. Verschiedenes

19.1 Einzelhaltung eines Pferdes

- *Pferde müssen in Sicht-, Hör- und Geruchskontakt zu einem anderen Pferd gehalten werden. Die kantonalen Behörden können in begründeten Fällen eine befristete Ausnahmegewilligung für ein einzeln gehaltenes, altes Pferd erteilen (Erw. 2).*
- *Als altes Pferd gilt ein solches, das wenigstens fünfundzwanzigjährig ist (Erw. 3.1 – 3.2).*
- *Ausnahmegewilligung von der Vergesellschaftungspflicht (Erw. 4 und 5).*

Aus dem Sachverhalt:

Nach Durchführung von zwei Tierschutzkontrollen ordnete der Kantons-tierarzt der Urkantone gegenüber einem Tierhalter auf einem Landwirtschaftsbetrieb neben anderem an:

- „ 4. Es wird eine befristete Ausnahmegewilligung erteilt, das Pferd Malesch bis zum 31. Oktober 2017 einzeln halten zu dürfen. Ab dem 01. November 2017 ist das Pferd mit einem zweiten Pferdeartigen zu vergesellschaften. **Frist: 31.10.2017.**“

Gegen die Verfügung erhob der Halter des Pferdes Beschwerde beim Regierungsrat. Er beantragte die Aufhebung von Ziff. 4 und verlangte, dass ihm zu gestatten sei, das Pferd Malesch noch bis an dessen Lebensende ohne Vergesellschaftung im Stall halten zu dürfen.

Aus den Erwägungen:

2. Der Beschwerdeführer hält auf seinem Hof ein Haflinger-Pferd namens Malesch (Jahrgang 1991) sowie mehrere Rinder, Ziegen und Schafe. Mit Dispositiv-Ziffer 4 der dem angefochtenen Einspracheentscheid zugrunde liegenden Verfügung vom 24. April 2017 ordnete die Vorinstanz an, dass das Pferd spätestens ab dem 1. November 2017 mit einem anderen Tier der Pferdegattung zu vergesellschaften sei.

Wer Tiere hält oder betreut, muss sie angemessen nähren, pflegen, ihnen die für ihr Wohlergehen notwendige Beschäftigung und Bewegungsfreiheit sowie soweit nötig Unterkunft gewähren (Art. 6 Abs. 1 des Tierschutzgesetzes vom 16. Dezember 2005, TSchG, SR 455). Nach Art. 4 Abs. 1 TSchG hat derjenige, der mit Tieren umgeht, ihren Bedürfnissen in bestmöglicher Weise Rechnung zu tragen (Bst. a) und soweit es der Verwendungszweck zulässt, für ihr Wohlergehen zu sorgen (Bst. b). Tieren soziallebender Arten sind angemessene Sozialkontakte mit Artgenossen zu ermöglichen (Art. 13 der Tierschutzverordnung vom 23. April 2008, TSchV, SR 455.19). Gemäss Art. 59 Abs. 3 TSchV müssen Pferde Sicht-, Hör- und Geruchkontakt zu einem anderen Pferd haben. Die kantonale Behörde kann in begründeten Fällen eine befristete Ausnahmegewilligung für ein einzeln gehaltenes, altes Pferd erteilen.

3.1 Nachfolgend ist zu prüfen, ob im vorliegenden Fall eine Ausnahmegewilligung gestützt auf Art. 59 Abs. 3 TSchV überhaupt erteilt werden könnte. Die Vorinstanz macht in dieser Hinsicht geltend, dass Malesch nicht als altes Pferd im Sinne von Art. 59 Abs. 3 TSchV gelte. Massgeblich sei nämlich nicht das heutige Alter des Pferdes, sondern dessen Alter im Zeitpunkt des Ablaufs der fünfjährigen Übergangsfrist seit Inkrafttreten der (totalrevidierten) Tierschutzverordnung am 1. September 2008 bzw. seit Einführung der Vergesellschaftungspflicht. Da Malesch an diesem Stichtag (1. September 2013) erst 22 Jahre alt gewesen sei, handle es sich bei ihm nicht um ein altes Pferd. Zudem hätte der Beschwerdeführer das Gesuch um Erteilung einer Ausnahmegewilligung für die Einzelhaltung vor Ablauf der fünfjährigen Übergangsfrist, d.h. vor dem 1. September 2013, einreichen müssen. Es sei somit nicht möglich, im vorliegenden Fall eine Ausnahmegewilligung zu erteilen.

3.2 Die Bestimmung von Art. 59 TSchV wurde im Rahmen der Totalrevision der TSchV auf den 1. September 2008 in Kraft gesetzt. Gemäss Anhang 5 Ziffer 25 TSchV galt für die Einführung der Vergesellschaftungspflicht bei am 1. September 2008 bestehenden Pferdehaltungen eine Übergangsfrist von fünf Jahren, welche am 1. September 2013 abgelaufen

C 19.1

ist. Seit diesem Zeitpunkt wäre der Beschwerdeführer grundsätzlich verpflichtet gewesen, dem Pferd Malesch den Sozialkontakt zu einem Artgenossen zu ermöglichen. Die erwähnte Übergangsbestimmung regelte jedoch einzig, ab welchem Zeitpunkt ein Halter sein Pferd vergesellschaften musste. Die in Art. 59 Abs. 3 TSchV der Tierschutzverordnung vorgesehene Möglichkeit zur Erteilung einer Ausnahmegewilligung für ein einzeln gehaltenes, altes Pferd steht jedoch in keinem Zusammenhang mit diesem Übergangsrecht. Zwar ist der Vorinstanz insoweit beizupflichten, als dem Beschwerdeführer ein allfälliges vor dem 1. September 2013 gestelltes Gesuch um Erteilung einer Ausnahmegewilligung nicht hätte bewilligt werden können. Malesch war damals erst 22-jährig (gemäss Vollzugshilfe Tierschutz der Zentralschweizer Kantone, Version vom 18. April 2017, Ziffer 402 [nachfolgend: Vollzugshilfe] gilt ein Pferd jedoch erst mit 25 Jahren als alt). Würde man der Argumentation der Vorinstanz folgen, so könnten in naher Zukunft gar keine Ausnahmegewilligungen für einzeln gehaltene, alte Pferde mehr erteilt werden. Es wird jedoch immer wieder Fälle geben, in denen aus einer Herde bis auf ein Pferd alle Artgenossen sterben. Nach Auffassung der Vorinstanz müsste dann auch ein solches Pferd zwingend wieder vergesellschaftet werden (unabhängig von seinem Alter). Eine solche Auslegung von Art. 59 Abs. 3 TSchV ist nicht haltbar. Vielmehr muss es einem Pferdehalter jederzeit bzw. auch nach Ablauf der Übergangsfrist möglich sein, bei der zuständigen kantonalen Behörde ein Gesuch um Erteilung einer Ausnahmegewilligung für die Einzelhaltung eines alten Pferdes zu stellen. Malesch ist heute 26 Jahre alt, weshalb er als altes Pferd gilt. Eine Ausnahmegewilligung gestützt auf Art. 59 Abs. 3 TSchV könnte somit grundsätzlich erteilt werden. Ob im vorliegenden Fall tatsächlich hinreichende Gründe für eine Einzelhaltung bestehen, ist damit aber noch nicht gesagt.

4. Die von der Vorinstanz angeordnete Verpflichtung, dem Pferd Malesch Sicht-, Hör- und Geruchkontakt zu einem Artgenossen zu ermöglichen, ist in Art. 59 Abs. 3 TSchV ausdrücklich vorgesehen. Hingegen stellt sich die Frage, ob der Beschwerdeführer im vorliegenden Fall Anspruch auf die Erteilung einer Ausnahmegewilligung für die Einzelhaltung des Pferdes hat.

4.1.1 Der Beschwerdeführer macht geltend, dass Haflinger eine durchschnittliche Lebenserwartung von 25-30 Jahren hätten. Allein aus diesem Grund sei nicht nachvollziehbar, weshalb ihm die Vorinstanz keine Ausnahmegewilligung für eine Einzelhaltung des 26-jährigen Pferdes erteilt habe. Pferde seien ausgesprochene Gewohnheitstiere. Da Malesch bis anhin noch nie in einer Gruppe gehalten worden sei (ausser in den Sommermonaten auf der Alp), mache es überhaupt keinen Sinn, ihn für den (kur-

zen) Rest seines Lebens noch zu vergesellschaften. Zudem bestehe im vorliegenden Fall eine freundschaftliche Beziehung zwischen Mensch und Tier. Aus zeitlichen, räumlichen und finanziellen Gründen sei es ihm nicht möglich, ein zweites Pferd anzuschaffen (zumal er beabsichtige, die Pferdehaltung nach dem Ableben von Malesch aufzugeben). Es sei mit dem Tierwohl nicht vereinbar, wenn er sein Pferd weggeben oder gar schlachten lassen müsse.

4.1.2 Demgegenüber bringt die Vorinstanz vor, dass Pferde soziale Herdentiere seien, für welche die Gruppenhaltung vorgeschrieben sei. Dagegen sei die Einzelhaltung mit dem Wohl des Tieres nicht vereinbar. Beim Haflinger handle es sich um eine langlebige Pferderasse, weshalb davon ausgegangen werden dürfe, dass Malesch noch einige Jahre leben werde. Da das Pferd im Sommer während der Alpzeit mit Artgenossen zusammen lebe, sei es sich Sozialkontakte gewohnt. Aus all diesen Gründen sei eine (ganzjährige) Vergesellschaftung unumgänglich. Die Erteilung einer Ausnahmebewilligung für die Einzelhaltung eines alten Pferdes sei im vorliegenden Fall nicht möglich.

4.2.1 Sozialkontakt ist für das Flucht- und Herdentier Pferd sehr wichtig, denn die Herde verleiht ihm Sicherheit. Die Haltung von Pferden ohne Kontakt zu anderen Pferden ist deshalb nicht artgerecht. Die vom Beschwerdeführer geltend gemachte enge Beziehung zwischen seiner Familie und Malesch stellt keinen Ersatz für den fehlenden Kontakt zu einem anderen Equiden dar. Vorliegend ist jedoch zu berücksichtigen, dass der Beschwerdeführer das Pferd seit jeher allein gehalten hat, was bis Ablauf der Übergangsfrist am 1. September 2013 (vgl. oben E. 3.2) auch zulässig war. Die Vorinstanz führte auf dem Betrieb des Beschwerdeführers am 4. Dezember 2009 eine Tierschutz- und am 2. April 2011 eine ÖLN-Kontrolle durch. Aus den entsprechenden Akten ist nicht ersichtlich, dass die Vorinstanz den Beschwerdeführer auf die neue Rechtslage in Bezug auf die Haltung von Pferden hingewiesen hätte (obwohl die totalrevidierte TSchV bereits am 1. September 2008 in Kraft getreten ist). Erst im Anschluss an eine weitere Grundkontrolle vom 24. November 2016 klärte sie den Beschwerdeführer darüber auf, dass die Einzelhaltung eines Pferdes nicht mehr zulässig sei. Zu diesem Zeitpunkt handelte es sich bei Malesch jedoch bereits um ein altes Pferd.

4.2.2 Der Beschwerdeführer beabsichtigt, die Pferdehaltung nach dem Ableben von Malesch ganz aufzugeben. Die durchschnittliche Lebenserwartung von Haflinger Pferden beträgt 25 bis 30 Jahre (vgl. <http://www.pferdekaernten.austria.at/haflinger/haflinger-vielseitig-liebenswe.html>; [273](http://www.</p></div><div data-bbox=)

C 19.1

haustierseiten.de/pferde/haflinger/; beide eingesehen am 18. Oktober 2017). Die weitere Lebensdauer des 26 Jahre alten Pferdes dürfte sich somit auf einige wenige Jahre beschränken, auch wenn ihm die Vorinstanz einen guten Gesundheitszustand attestiert hat. Es kann dem Beschwerdeführer nicht zugemutet werden, dass er für diese kurze Zeit ein zweites Tier der Pferdegattung anschaffen oder in Pension nehmen muss. Dies gilt umso mehr, als die Platzverhältnisse auf dem (alten) Hof des Beschwerdeführers beschränkt sind. Er käme somit nicht umhin, entweder bauliche Massnahmen zu treffen oder das Pferd an einen anderen Platz wegzugeben. Malesch hat praktisch sein ganzes Leben auf dem Hof des Beschwerdeführers verbracht, weshalb er sich die Einzelhaltung gewöhnt ist. Zudem hat er immerhin die Möglichkeit, während den Sommermonaten auf der Alp mit anderen Pferden in einer Gruppe zu leben. Unter all diesen Umständen ist im vorliegenden Fall nicht davon auszugehen, dass das Pferd unter der Einzelhaltung in einem erheblichen Ausmass leiden würde (auch wenn es sich klarerweise nicht um eine artgerechte Haltung handelt). Aus Gründen der Verhältnismässigkeit (vgl. Art. 5 Abs. 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999, BV, SR 101) hätte die Vorinstanz dem Beschwerdeführer somit eine befristete Ausnahmegewilligung für die Einzelhaltung eines alten Pferdes gemäss Art. 59 Abs. 3 TSchV erteilen müssen.

5. Die Vorinstanz macht weiter geltend, dass die Ausnahmegewilligung für ein altes, einzeln gehaltenes Pferd nur befristet erteilt werden dürfe. Hingegen sei es bei korrekter Auslegung von Art. 59 Abs. 3 TSchV nicht zulässig, die Einzelhaltung unbefristet, d.h. bis ans Lebensende des Pferdes zu bewilligen (wie dies der Beschwerdeführer verlangt).

5.1 Für die Normen des Verwaltungsrechts gelten die üblichen Methoden der Gesetzesauslegung. Zur Anwendung gelangen die grammatikalische, historische, zeitgemässe, systematische und teleologische Auslegungsmethode (Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Auflage, Zürich 2016, Rz. 177). Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts muss ein Gesetz 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 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*

(BGE 140 I 305 E. 6.1; RRB Nr. 811 vom 10. September 2013, E. 3.2.1 mit weiteren Hinweisen).

5.2 Unter der Befristung einer Verfügung ist die zeitliche Begrenzung ihrer Geltung oder Rechtswirksamkeit zu verstehen. Dass die Verfügung während eines beschränkten Zeitraums gilt oder Rechtswirkungen entfaltet, ist bei der Befristung gewiss. Der Zeitraum ist in der Regel bestimmt, kann aber auch unbestimmt sein (z.B. Befristung durch den Tod; Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., Rz. 908 f.). Entgegen der Auffassung der Vorinstanz handelt es sich bei einer Ausnahmegewilligung für die Einzelhaltung eines Pferdes bis zu dessen Ableben nicht um eine unbefristete Verfügung (auch wenn der Zeitraum noch ungewiss ist). Vielmehr ist die in Art. 59 Abs. 3 TSchV erwähnte Befristung so zu verstehen, dass einem Pferdehalter die Einzelhaltung nur in Bezug auf ein bestimmtes altes Pferd bewilligt werden kann (längstens bis dieses stirbt oder aus anderen Gründen an einen anderen Platz wechselt). Dagegen ist es nicht zulässig, einem Pferdehalter eine allgemeine Ausnahmegewilligung für die Einzelhaltung zu erteilen. In den meisten Fällen würde es keinen Sinn machen, wenn der Halter eines alten Pferdes nur für eine beschränkte Zeitdauer von beispielsweise sechs Monaten (vgl. Vollzugshilfe, Ziffer 402) auf eine Vergesellschaftung verzichten darf. Eine andere Auslegung von Art. 59 Abs. 3 TSchV würde zumindest im vorliegenden Fall zu einem unhaltbaren Ergebnis führen.

6. Zusammenfassend ist die Beschwerde gutzuheissen und der angefochtene Einspracheentscheid der Vorinstanz vom 7. September 2017 (inklusive Dispositiv-Ziffer 4 der Verfügung vom 24. April 2017) ist aufzuheben. Dem Beschwerdeführer ist die Einzelhaltung des Pferdes Malesch bis zu dessen Ableben ausnahmsweise zu bewilligen. (...).

(RRB Nr. 830 vom 31. Oktober 2017).

Sachregister

(Die Zahlenangaben beziehen sich auf die Entscheid-Nummern)

A

Ambulanztransporte, Kosten	A	3.1
Arbeitslosenversicherung		
- Einstellung in der Anspruchsberechtigung infolge selbstverschuldeter Arbeitslosigkeit	B	3.1
Arbeitsvergebung		
- Anfechtung Ausschreibungsunterlagen	B	11.1
Arrest, rechtsmissbräuchliche ausländische „Über-arrestierung“	A	6.7
Auslegung	C	19.1
Ausnahmebewilligung	C	19.1

B

Baurecht (siehe Planungs- und Baurecht)		
Befangenheit	B 1.1	B 6.1
Beschwerdebefugnis		
- des Mitglieds einer Erbgemeinschaft	B	1.2
- einer Wohnsitzgemeinde	B	1.3

D

Datenschutz, Dashcam-Aufzeichnungen	A	5.1
Disziplinarrecht	C	15.1

E

Ergänzungsleistungen		
- Güterrechtliche Ausgleichszahlung	B	2.2
- Lottogewinne und Lottoeinsätze	B	2.1
- Rückforderung	B	2.3

F

Flurgenossenschaft

- Befangenheit – Vorprüfung von Statuten B 1.1 B 6.1
- Beschwerdebefugnis B 1.2
- Generalversammlung, Einberufung C 1.1

G

Geldwäscherei, qualifizierte

A 4.1

Gemeinderecht

- Delegation von Rechtsetzungsbefugnissen C 10.1
- Gemeindeversammlung, Einberufung C 1.1

Gerichtsferien

A 6.1

Gesundheitswesen

- Disziplinarrecht C 15.1
- Entbindung vom Berufsgeheimnis B 18.2
- Notfalldienst C 15.1
- Verantwortlichkeit eines Arztes einer Praxis-
gemeinschaft C 15.1

Grundbuch, Einsicht

A 2.3

H

Heimatschutz

C 2.5

I

Initiativbegehren

- Durchführung einer Abstimmung B 7.2
- Planungsinitiative B 7.3

J

Jagd

C 17.1

K

Kindes- und Erwachsenenschutzrecht	
- Anhörung eines Kindes	B 16.2
- Kinderschutz	B 16.1
Konkureröffnung	A 6.6
Krankenversicherung	
- Ausserkantonale Behandlung	B 3.2
- Prämienverbilligung – Anmeldefrist nach Geburt	B 3.3
- Prämienverbilligung – Gesamtanspruch	B 3.4

L

Ladung	A 4.2
--------	-------

O

Obiter dicta	C 2.5
Opferhilfe	
- Rückforderung von Geldleistungen	B 18.1

P

Parteientschädigung, Sicherheit	A 3.2
Persönlichkeitsschutz	A 2.1
Planungs- und Baurecht	
- Anlage	C 2.1
- Aufhebung eines Gestaltungsplanes	B 8.1
- Ausnahmegewilligung	C 2.5
- Ausnützungsbonus	C 10.1
- Baubewilligungspflicht	
- Brennholzunterstand	C 2.1
- Fertiggarage	C 2.1
- Parkplätze	B 8.4
- Reflektierende Fensterfolien	B 8.2
- Teichanlage	C 2.3
- Baubewilligungsverfahren	C 2.1
- Baute	C 2.1
- Behindertengerechtes Bauen	B 8.8

- Einordnung reflektierender Fensterfolien	B	8.2
- Erschliessung – Meteorwasserleitung durch Nichtbaugelände	B	8.7
- Grenzbaurecht	C	2.2
- Immissionsschutz	C	2.3
- Keine Bewilligungspflicht für Schneeablageplatz	B	8.3
- Lärmschutz – Beurteilung von Tierlärm	B	8.5
- Meldeverfahren	C	2.4
- Nebenbestimmung	C	2.2
- Ortsbildschutz	C	2.5
- Solaranlagen	C	2.4
- Sozialer Wohnungsbau	C	10.1
- Zonenabstand	C	2.2
- Zonenkonformität eines Hundeausbildungszentrums	B	8.6

R

Rechtsmittel

- Beschwerdebefugnis des Vertretungsbeistands	A	5.5
- Revision, Sicherheit für Parteientschädigung	A	3.2
Rechtsöffnung, definitive	A	6.3
Rechtsöffnung, provisorische	A	6.4
	A	6.5

S

Schuldbetreibungs- und Konkursrecht

- Arresteinsprache	A	6.7
- Betreibungsferien, Hinweispflicht	A	6.1
- Betreibungshandlung	A	6.1
- Definitive Rechtsöffnung	A	6.2
- Konkursöffnung	A	6.3
- Nichtigkeit	A	6.6
- Provisorische Rechtsöffnung	A	6.3
- Provisorische Rechtsöffnung	A	6.4
- Provisorische Rechtsöffnung	A	6.5
- Rechtsöffnungsverfahren, Frist zur Stellungnahme	A	6.1
- Widerspruchsklage, Klagefrist	A	6.2

Schulrecht	
- Externe Sonderschulung – Kostenbeitrag der Gemeinde	B 10.1
Sozialhilfe	
- Sanktionen	B 13.1
- Unterstützungswohnsitz	B 13.2
Squeeze-out	A 2.4
Stalking	A 2.1
Stimmrechtsbeschwerde	
- Unzulässige Rügen	B 7.1
Strafprozessrecht	
- Prozessfähigkeit, Vertretungsbeistandschaft	A 5.5
- Prozessvoraussetzungen	A 5.3
- Richterliche Einstellungskompetenzen	A 5.3
- Unentgeltliche Rechtspflege, Vertretungsbeistand	A 5.4
- Untersuchungshaft nach Suizidversuch	A 5.2
- Verwertbarkeit von privaten Dashcam-Aufzeichnungen	A 5.1
Strafrecht	
- Geldwäscherei, qualifizierte	A 4.1
- Sicherungspflichten beim Transport von Hunden	A 4.2
- Veruntreuung	A 4.1
Strassenverkehrsrecht	
- Führerausweisentzug	B 12.1
- Sicherungspflichten beim Transport von Hunden	A 4.2
- Verkehrsanordnung	C 17.1
- Wildwechsel	C 17.1
Submission (siehe Arbeitsvergebung)	

T

Tiertransport	A 4.2
Tierschutz	
- Vergesellschaftungspflicht	C 19.1

U

Umweltschutz	
- Altlasten	C 3.1

- Störerprinzip	C	3.1
Unentgeltliche Rechtspflege, Vertretungsbeistand	A	5.4
Untersuchungshaft nach Suizidversuch	A	5.2

V

Veruntreuung	A	4.1
Verwaltungsverfahren		
- Anfechtung von Zwischenbescheiden	C	16.1
- Anfechtungsinteresse, virtuelles	C	10.1
- Befangenheit	B	1.1
- Beschwerdebefugnis	B 1.2	B 1.3
- Gutachten	C	17.1
- Kostenvorschuss	C	16.1
- Zuständigkeit	B	1.4
- Zwischenbescheid	C	16.1
Volksschule		
- Schulgeld	C	8.1
- Schulpflicht	C	8.1
- Talentschule	C	8.1
Vorsorgeunterhalt	A	2.2
Vorteilsabgabe		
- Kommunales Abwasserreglement	B	5.2
- Rechtsmittelinstanz	B 1.4	B 5.1

Z

Zivilprozessrecht		
- Abschreibung im Schlichtungsverfahren, Vorbe-		
halt der Wiedereinbringung	A	3.3
- Parteientschädigung, Sicherheit	A	3.2
- Prozessvoraussetzungen, Vorliegen einer Zivilsache	A	3.1
- Wiedererwägungsverfügung	A	3.3
Zivilrecht		
- Einsicht in das Grundbuch	A	2.3
- Kraftloserklärung nach Art. 137 FinfraG		
(„Squeeze-out“)	A	2.4
- Persönlichkeitsschutz	A	2.1
- Vorsorgeunterhalt	A	2.2
Zuständigkeit	B	1.4

