

Rechtsprechung

kanton**schwyz** 

Entscheide 2018  
der Gerichts- und  
Verwaltungsbehörden

EGV-SZ 2018

## **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 2019

[www.sz.ch](http://www.sz.ch), [www.kgsz.ch/rechtsprechung](http://www.kgsz.ch/rechtsprechung) und [www.vgsz.ch/rechtsprechung](http://www.vgsz.ch/rechtsprechung)

---

## Inhaltsüberblick

---

---

### **A Zivil- und Straferichte** Seite 10

---

1.	Justizgesetz	–
2.	Zivilrecht	2.1 – 2.6
3.	Zivilprozessrecht	3.1 – 3.4
4.	Strafrecht	4.1 – 4.5
5.	Strafprozessrecht	5.1 – 5.7
6.	Schuldbetreibungs- und Konkursrecht	6.1 – 6.3
7.	Beurkundung und Beglaubigung	7.1
8.	Anwaltsrecht	–
9.	Verschiedenes	–

---

### **B Verwaltungsgericht** Seite 86

---

1.	Verfahren	1.1 – 1.7
2.	Alters- und Hinterlassenenversicherung / Invalidenversicherung / Ergänzungsleistungen	2.1 – 2.2
3.	Arbeitslosenversicherung / Berufliche Vorsorge / Kranken- und Unfallversicherung	3.1 – 3.3
4.	Kantonales Steuergesetz / Direkte Bundessteuer	–
5.	Kausalabgaben	5.1
6.	Flurgenossenschaft / Wuhrkorporation	6.1
7.	Bezirke und Gemeinden / Politische Rechte	7.1 – 7.2
8.	Planungs- und Baurecht / Natur-, Landschafts- und Heimatschutz	8.1 – 8.7
9.	Enteignungsrecht	9.1
10.	Bildung / Gastgewerbe / Gesundheit / Jagd und Fischerei / Landwirtschaft	10.1
11.	Arbeitsvergebung (Submission)	11.1
12.	Strassenverkehrsrecht	–
13.	Sozialhilfe	–
14.	Staatshaftung	–
15.	Ausländerrecht	–
16.	ZGB und EG ZGB	16.1 – 16.2
17.	Vollstreckungsrecht / Vollzug von Strafen und Massnahmen	–
18.	Verschiedenes	–

---

<b>C</b>	<b>Regierungsrat</b>	Seite 195
----------	----------------------	-----------

---

1.	Gemeindewesen	–
2.	Baurecht	2.1 – 2.5
3.	Umweltschutz	–
4.	Abgaben	–
5.	Zivilrecht	–
6.	Öffentlichkeit der Verwaltung und Datenschutz	–
7.	Sozialwesen	7.1 – 7.4
8.	Bildung	8.1
9.	Strassenwesen	–
10.	Raumplanung	10.1
11.	Forst- und Jagdpolizei	–
12.	Landwirtschaft	–
13.	Wasserbau	–
14.	Arbeitsvergebung	–
15.	Gesundheitswesen	–
16.	Verwaltungsverfahren	16.1 – 16.2
17.	Verkehrs- und Polizeiwesen	–
18.	Ausländerrecht	–
19.	Verschiedenes	19.1

---

<b>D</b>	<b>Aufsatz</b>	Seite 270
----------	----------------	-----------

---

---

<b>Sachregister</b>	Seite 289
---------------------	-----------

---

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](http://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](http://www.kgsz.ch/rechtsprechung) bzw. [www.vgsz.ch/rechtsprechung](http://www.vgsz.ch/rechtsprechung)).

---

# Inhaltsverzeichnis

---

---

## A Zivil- und Straferichte

---

Seite 10

### 2. Zivilrecht

- 2.1 Bankkontosperr
- 2.2 Kindesunterhalt nach revidiertem Recht
- 2.3 Beurteilung dauernder Bodenverschiebungen (Art. 660a ZGB)
- 2.4 Protokollierung von Stockwerkeigentümerbeschlüssen
- 2.5 Nutzungsentschädigung nach Beendigung des Mietverhältnisses
- 2.6 Anzeigepflichten des Versicherungsnehmers

### 3. Zivilprozessrecht

- 3.1 Sistierung des Verfahrens
- 3.2 Vorsorgliche Beweisführung, Streitwert und schützenswertes Interesse
- 3.3 Verzicht auf die Durchführung der Hauptverhandlung
- 3.4 Gerichtsstandsvereinbarung nach Art. 23 LugÜ

### 4. Strafrecht

- 4.1 Strafen gleicher Art
- 4.2 Versuchte eventualvorsätzliche Tötung
- 4.3 Fahrlässige Körperverletzung
- 4.4 Stalking, Anklageprinzip
- 4.5 Rechtsüberholen auf der Autobahn, Kolonnenverkehr

### 5. Strafprozessrecht

- 5.1 Keine Parteistellung der Fürsorgebehörde
- 5.2 Keine Parteistellung einer Verbandsausgleichskasse
- 5.3 Beschlagnahme, Anforderungen an die Begründung
- 5.4 Nichtanhandnahme
- 5.5 Widerruf des Einspracherückzugs
- 5.6 Abgekürztes Verfahren, zulässige Berufungsgründe
- 5.7 Berufungsrückzug bzw. -verzicht

### 6. Schuldbetreibungs- und Konkursrecht

- 6.1 Definitive Rechtsöffnung, superprovisorische Verfügung
- 6.2 Definitive Rechtsöffnung, polizeiliche „Rechnungsverfügung“
- 6.3 Definitive Rechtsöffnung, Bestimmtheit der Verfügungsverfügung

**7. Beurkundung und Beglaubigung**

7.1 Beglaubigung der Unterschrift

**1. Verfahren**

- 1.1 Beschwerdelegitimation
- 1.2 Formvorschriften – Einsprache per E-Mail
- 1.3 Rechtliches Gehör – Begründungspflicht
- 1.4 Rechtliches Gehör – Begründungspflicht
- 1.5 Rechtliches Gehör – Protokollierungspflicht
- 1.6 Ausstand
- 1.7 Verfahrenskosten

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

- 2.1 Alters- und Hinterlassenenversicherung
- 2.2 Ergänzungsleistungen

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

- 3.1 Arbeitslosenversicherung – Einstellung in der Anspruchsberechtig-  
ung
- 3.2 Arbeitslosenversicherung – Teilnahme an Programm zur vorüber-  
gehenden Beschäftigung
- 3.3 Rückforderung Prämienverbilligung

**5. Kausalabgaben**

- 5.1 Anschlussgebühr – Nacherhebung bei Reglementsänderung

**6. Flurgenossenschaft / Wuhrkorporation**

- 6.1 Flurgenossenschaft

**7. Bezirke und Gemeinden / Politische Rechte**

- 7.1 Unzulässigkeit eines Initiativbegehrens
- 7.2 Einbürgerung – Protokollierungspflicht

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

- 8.1 Baurechtlicher Vorentscheid
- 8.2 Gebäudehöhe
- 8.3 Nebenbestimmung zu einer Baubewilligung
- 8.4 Viehlockengeläut: Tradition und Ortsüblichkeit versus Ruhebe-  
dürfnis
- 8.5 Vollstreckungsmassnahme

- 8.6 Wiederherstellung
- 8.7 Kosten der Sanierung einer Deponie: Regelung der Verfahrenskosten
  
- 9. Enteignungsrecht**
- 9.1 Materielle und formelle Enteignung
  
- 10. Bildung / Gastgewerbe / Gesundheit / Jagd und Fischerei / Landwirtschaft**
- 10.1 Schulrecht
  
- 11. Arbeitsvergebung**
- 11.1 Vorbefassung
  
- 16. ZGB und EG ZGB**
- 16.1 Gemeinsame elterliche Sorge (Art. 296 ZGB; Art. 298d ZGB)
- 16.2 Kinderschutz – FSME-Impfung



**2.      Baurecht**

- 2.1      Widerruf der Baubewilligung
- 2.2      Vereinfachtes Bewilligungsverfahren
- 2.3      Ortsbildschutz innerhalb der Bauzonen
- 2.4      Teilrechtskraft, Beschwerdelegitimation und Unterschutzstellung
- 2.5      Kostenfreiheit des Einspracheverfahrens

**7.      Sozialwesen**

- 7.1      Berücksichtigung des Einkommensfreibetrags
- 7.2      Heimfinanzierung bei innerkantonalen Platzierungen / Anrechnung von Genugtuungsleistungen
- 7.3      Kostengutsprache bei sozialpädagogischer Familienbegleitung (Kompetenzstreitigkeit)
- 7.4      Einstellung der Sozialhilfeleistungen wegen fehlender Mitwirkung und Bedürftigkeit

**8.      Bildung**

- 8.1      Finanzierung einer internen Platzierung

**10.     Raumplanung**

- 10.1     Änderung des Baureglements

**16.     Verwaltungsverfahren**

- 16.1     Rechtliches Gehör – Begründungspflicht
- 16.2     Rechtliches Gehör – Akteneinsicht

**19.     Verschiedenes**

- 19.1     Mitgliedschaft in einer Korporation (Wiedererwägung)

---

# A Zivil- und Strafgerichte<sup>1</sup>

---

---

## 2. Zivilrecht

---

### 2.1 Bankkontosperr

- *Eine Bankkontosperr gestützt auf Art. 178 Abs. 1 und 2 ZGB erfordert, dass der Gesuchsteller eine ernsthafte und für die nächste Zukunft zu erwartende Gefährdung seiner Ansprüche durch eigenmächtiges Handeln seines Ehepartners glaubhaft zu machen vermag (Erw. 3a).*
- *Schenkungen verschwenderischer Art oder übermässige Bankbezüge verneint (Erw. 3c.bb).*

*Aus den Erwägungen:*

3. (...).

a) Soweit es die Sicherung der wirtschaftlichen Grundlagen der Familie oder die Erfüllung einer vermögensrechtlichen Verpflichtung aus der ehelichen Gemeinschaft erfordert, kann das Gericht auf Begehren eines Ehegatten die Verfügung über bestimmte Vermögenswerte von dessen Zustimmung abhängig machen. Das Gericht trifft die geeigneten sichernden Massnahmen (Art. 178 Abs. 1 und 2 ZGB). Der Gesuchsteller hat eine Gefährdung seiner Ansprüche durch befürchtetes eigenmächtiges Handeln seines Ehepartners glaubhaft zu machen. Er muss also objektive Anhaltspunkte darlegen, aus denen das Gericht auf das wahrscheinliche Vorhandensein einer ernsthaften und aktuellen, d.h. für die nächste Zukunft zu erwartenden Gefährdung schliessen kann (BGE 118 II 378 E. 3b S. 381; BGer, Urteil 5A\_2/2013 vom 6. März 2013 E. 3.2; Isenring/Kessler, in: Honsell/Vogt/Geiser, Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, 5. A., 2014, N 11 zu Art. 178 ZGB). Eigenmächtiges Vorgehen liegt vor, wenn Hausratsobjekte veräussert oder beiseite geschafft werden, in verschwenderischer Art Schenkungen vorgenommen werden, Dritten treuhänderisch Vermögensobjekte übertragen werden, Grundstücke veräussert bzw. übermässig belastet werden oder existenzsichernde Ersparnisse abgehoben werden. Es

---

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

genügt, dass der bisherige Standard der Familie nicht mehr aufrechterhalten werden kann (Isenring/Kessler, a.a.O., N 4 zu Art. 178 ZGB, unter anderem mit Hinweis auf die Botschaft Revision Eherecht, Ziff. 219.225; BGer, Urteil 5A\_2/2013 vom 6. März 2013 E. 3.2). Hinsichtlich der Gefährdung darf aber auch nicht zu viel gefordert werden, weil der andere Ehegatte seine Pläne naturgemäss geheim hält und es meist dem Zufall überlassen bleibt, wie weit sie bekannt werden. Einzelne Indizien wie übermässige Bankbezüge, freigiebige Schenkungen, offensichtlich unwahre oder völlig undurchsichtige Angaben über den Vermögensstand, die Räumung des Tresors, die Abreise ins Ausland oder eine Androhung, alles verschwinden zu lassen, müssen genügen (Vetterli, in: Schwenzer/Fankhauser, FamKommentar Scheidung, Band I ZGB, 3. A., 2017, N 3 zu Art. 178 ZGB). Bei der Gefährdung der Erfüllung der Unterhaltspflicht braucht der Geldbetrag an den Familienunterhalt nicht schon gerichtlich festgelegt zu sein, sondern es genügt, wenn der berechtigte Ehegatte glaubhaft darlegt, dass der andere finanzielle Leistungen an den Familienunterhalt zu erbringen hat (Isenring/Kessler, a.a.O., N 6 zu Art. 178 ZGB). Ansprüche aus Güterrecht können bereits im Stadium der blossen Anwartschaft gefährdet sein, wenn ihre spätere Erfüllung wegen nicht vorhandenen oder ungenügenden Vermögenssubstrats fraglich erscheint. Zur Ermöglichung einer korrekten güterrechtlichen Auseinandersetzung kann es geboten sein, durch Verfügungsbeschränkung den Vermögensstand in quantitativer und qualitativer Hinsicht zu erhalten (Isenring/Kessler, a.a.O., N 10 zu Art. 178 ZGB mit Hinweis auf BGE 120 III 67 ff. und 118 II 381). (...).

c) (...).

bb) Der Gesuchsgegner bezahlte für seine Wohnung (...) per 9. Mai 2018, 29. Juni 2018 und 2. Juli 2018 einen Mietzins von jeweils Fr. 3'470.-- pro Monat. Er gesteht ein, mit seiner neuen Partnerin für eine 14-tägige Reise nach Japan und in die Philippinen rund Fr. 14'400.--, für eine Kurzreise von Freitag bis Montag nach München 2'000.-- Euro ausgegeben und für sich und seine neue Partnerin Luxusartikel im Wert von ca. Fr. 5'000.-- gekauft zu haben sowie in Rumänien gewesen zu sein, um die Familie seiner Partnerin zu besuchen. Darin können noch keine Schenkungen verschwenderischer Art oder übermässige Bankbezüge erblickt werden, zumal einerseits der Gesuchsgegner damals noch ein hohes Einkommen erzielte, weil er noch bis Ende Mai 2018 Taggelder von durchschnittlich Fr. 25'950.-- pro Monat erhielt, die sich zufolge seiner stets abnehmenden Arbeitsunfähigkeit erst in der Folge erheblich reduzierten, und andererseits der Gesuchsgegner am 21. November 2017 Dr. med. I.,

## A 2.2

(...), einen Betrag von Fr. 16'000.-- bezahlte, womit er unbestrittenermassen eine Schönheitsoperation der Gesuchstellerin beglich.

(Beschluss vom 22. November 2018, ZK2 2018 61).

### 2.2 Kindesunterhalt nach revidiertem Recht

- *Grundsätze des revidierten Kindesunterhaltsrechts nach Art. 276 Abs. 1 und Art. 285 Abs. 1 ZGB (Erw. 3).*
- *Der Barunterhalt ist auch unter dem revidierten Recht nach den bisher angewandten Methoden zu berechnen (Erw. 4).*
- *In der Literatur und (kantonalen) Rechtsprechung zum Betreuungsunterhalt werden verschiedene Berechnungsarten diskutiert (Erw. 5.a).*
- *Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist der Betreuungsunterhalt in Anwendung des Lebenshaltungskostenansatzes zu bemessen (Erw. 5.b).*

*Aus den Erwägungen:*

3. Am 1. Januar 2017 sind die revidierten Bestimmungen zum neuen Kindesunterhaltsrecht in Kraft getreten. In der Hauptsache beantragte der Berufungsgegner zwar die rückwirkende Zusprechung von Kinderunterhaltsbeiträgen ab 22. Januar 2016, vorliegend sind aber lediglich vorsorgliche Unterhaltsbeiträge für die Dauer des Hauptverfahrens zu beurteilen, welches mit Klage vom 22. Februar 2017 rechtshängig gemacht wurde. Folglich ist ausschliesslich neues Recht anzuwenden (Art. 1 Abs. 3 SchIT ZGB).

Der Unterhalt des Kindes wird durch Pflege, Erziehung und Geldzahlung geleistet (Art. 276 Abs. 1 ZGB). Die Eltern sorgen gemeinsam, ein jeder Elternteil nach seinen Kräften, für den gebührenden Unterhalt des Kindes und tragen insbesondere die Kosten von Betreuung, Erziehung, Ausbildung und Kindesschutzmassnahmen (Art. 276 Abs. 2 ZGB). Neu müssen die Eltern somit nicht nur für die Kosten des unmittelbaren Lebensunterhalts des Kindes aufkommen, sondern für den gebührenden Unterhalt des Kindes sorgen. Der gebührende Unterhalt soll den spezifischen Bedürfnissen des Kindes sowie der Lebensstellung und Leistungsfähigkeit der Eltern entsprechen (Art. 285 Abs. 1 ZGB; BBI 2013 529 ff., S. 571-573) und wird durch Pflege und Erziehung (sog. Naturalunterhalt) sowie durch Geldleistung erbracht. Der geldwerte Unterhaltsbeitrag beinhaltet in Form des Barunterhalts die direkten Kinderkosten (z.B. Ernährung, Unterkunft, Bekleidung, Drittbetreuungskosten) und in Form des Betreuungsunterhalts den für die Pflege und Erziehung der Kinder investierten Zeitaufwand des

betreuenden Elternteils, welcher zu einem verminderten Beschäftigungsgrad führt (BBI 2013 529 ff., S. 540). Dem Kind steht somit neu in juristischer Hinsicht nebst dem Barunterhalt ein gesetzlicher Anspruch auf Deckung der Kosten seiner Betreuung, d.h. auf Betreuungsunterhalt, zu (vgl. BBI 2013 529 ff., S. 551). Der Betreuungsunterhalt ist dann geschuldet, wenn es im Interesse des Kindeswohls erforderlich ist, dass ein Kind durch die Eltern oder einen Elternteil betreut wird (vgl. BBI 2013 529 ff., S. 554), also solange, wie das Kind die persönliche Betreuung im konkreten Fall tatsächlich benötigt (BBI 2013 529 ff., S. 577). Wie bereits das bisherige schreibt auch das revidierte Recht keine bestimmte Methode der geldwerten Unterhaltsberechnung vor. Die Grundsätze des geltenden Rechts zur Bemessung der Unterhaltsbeiträge bleiben auch mit der Einführung des Betreuungsunterhalts weiterhin anwendbar. Art. 285 ZGB belässt den Gerichten insofern einen Ermessensspielraum (BBI 2013 529 ff., S. 575). Im Folgenden ist zunächst der Barunterhalt (E. 4) und danach der Betreuungsunterhalt (E. 5) zu beurteilen.

4. Der Barunterhalt ist auch unter dem revidierten Recht nach den bisher angewandten Methoden zu berechnen, d.h. entweder konkret nach der Grundbedarfsmethode oder abstrakt nach Tabellen (z.B. Zürcher Tabellen). Einzig die Prozentmethode, d.h. die Festlegung des Barunterhalts nach Prozenten des Einkommens des nicht betreuenden Elternteils, ist nach der überwiegenden Lehrmeinung nicht mehr zulässig (Jungo/Aebi-Müller/Schweighauser, Der Betreuungsunterhalt, in: FamPra 01/2017, S. 163 ff., S. 178 f.). Ausgangspunkt sind stets die konkreten Bedürfnisse des Kindes (Art. 285 Abs. 1 ZGB). Werden Durchschnittswerte (Tabellen) verwendet, sind diese den Besonderheiten des Einzelfalls anzupassen und deren Angemessenheit zu prüfen (Gmünder, in: of-Kommentar zum ZGB, 3. A., Zürich 2016, N 2 zu Art. 285 ZGB). Sodann sind die Lebensstellung und die Leistungsfähigkeit der Eltern zu berücksichtigen (Art. 285 Abs. 1 ZGB). Die Leistungsfähigkeit ist das wirtschaftliche Potenzial, welches nach Deckung des notwendigen Eigenbedarfs übrig bleibt, d.h. das Resultat einer Gegenüberstellung des Bedarfs und des Nettoeinkommens (Gmünder, a.a.O., N 3 zu Art. 285 ZGB; BGE 128 III 161, E. 2.c.aa; Urteil BGer vom 6. März 2017, 5A\_399/2016, 5A\_400/2016, E. 4.2). Der Unterhaltsverpflichtete ist nur insofern leistungsfähig, als ihm das betriebsrechtliche Existenzminimum verbleibt (BGE 135 III 66, 137 III 59, E. 4.2.1). Unter den Eltern gilt das Prinzip der verhältnismässigen Belastung (Gmünder, a.a.O., N 5 zu Art. 285 ZGB).

Die Vorinstanz berechnete den Barunterhalt anhand der Bedarfs- und Einkommenswerte der Eltern (Leistungsfähigkeit) sowie dem konkreten Bedarf des Kindes. Diese Methode ist zulässig (s.o., E. 3), entspricht der

## A 2.2

im Kanton Schwyz überwiegend angewandten Berechnungsweise für Kinderunterhaltsbeiträge (vgl. insbesondere Urteile des Kantonsgerichts Schwyz vom 14. Juli 2015, ZK1 2014 35, E. 5 und vom 14. April 2015, ZK1 2014 26, E. 6 sowie Beschluss vom 13. Juni 2006, RK1 2006 7) und wird von den Parteien nicht moniert, sodass im Folgenden gleichermaßen vorzugehen ist.

a) (...).

cc) Der vorinstanzlich errechnete Barbedarf des Kindes von total Fr. 1'332.20 ist damit zu bestätigen. Ein allfälliger Anteil des Kindes am Einkommensüberschuss der Eltern, welcher als Bestandteil des Barunterhaltes gilt (vgl. BBI 2013 529 ff., S. 576), wird erst nach Feststellung sämtlicher Unterhaltsansprüche berechnet (s.u., E. 5.d; vgl. Leitfaden neues Unterhaltsrecht des Obergerichts des Kantons Zürich, Version Mai 2017, S. 18). An den Barunterhalt anzurechnen ist die von der Kindsmutter bezogene Familienzulage von Fr. 220.00, die grundsätzlich zusätzlich zum Unterhaltsbeitrag zu zahlen ist (Art. 285a ZGB; BBI 2013 529 ff., S. 578). (...).

5. Sodann ist der Betreuungsunterhalt zu berechnen. Gemäss Botschaft zum revidierten Kindesunterhaltsrecht bestand damals keine überzeugende Methode zur Bemessung des Betreuungsunterhalts (BBI 2013 529 ff., S. 553). Jedenfalls seien der Opportunitätskostenansatz (Mindererwerbseinkommen, welches im Zeitaufwand, den die Eltern für die Kinderbetreuung einsetzen, besteht) sowie der Marktkosten- oder Ersatzkostenansatz (Kosten, welche bei einer Entschädigung der unbezahlten Arbeit anhand von Marktpreisen anfallen würden) hierfür nicht geeignet (BBI 2013 529 ff., S. 552). Empfehlenswert sei der Ansatz, wonach der Betreuungsunterhalt grundsätzlich die Lebenshaltungskosten der betreuenden Person umfasse, soweit diese aufgrund der Betreuung nicht selber dafür aufkommen könne (BBI 2013 529 ff., S. 554).

a) In der bisher erschienenen Literatur und (kantonalen) Rechtsprechung zum Betreuungsunterhalt werden verschiedene Berechnungsarten diskutiert (Übersicht zum Anwendungsbereich der Methoden in den Kantonen: Frei/Kessler/Wyss/Imhof, Irrgarten Unterhaltsrecht, Anwaltsrevue 2018, S. 151 ff., S. 158 f.).

aa) Grundlage des Lebenshaltungskostenansatzes bildet die Formulierung in der Botschaft, wonach „für die Bemessung des Betreuungsunterhalts grundsätzlich der Betrag massgebend [ist], der einem Elternteil, der

auch während den Erwerbszeiten betreut, zur Deckung seiner Lebenshaltungskosten unter Berücksichtigung seiner Leistungsfähigkeit fehlt“ (BBI 2013 529 ff., S. 576; vgl. Leitfaden neues Unterhaltsrecht des Obergerichts des Kantons Zürich, Version Mai 2017, S. 6 f.). Der Betreuungsunterhalt ist gemäss dieser Methode (nur) soweit geschuldet, als der betreuende Elternteil für seine Lebenshaltungskosten aufgrund der Kinderbetreuung nicht aufkommen kann. Die Differenz zwischen Lebenshaltungskosten und eigenem Einkommen des betreuenden Elternteils stellt den Betreuungsunterhalt dar (Frei/Kessler/Wyss/Imhof, a.a.O., S. 152). Die Lebenshaltungskosten werden teilweise unterschiedlich definiert (Kanton Zürich: familienrechtliches Existenzminimum zzgl. VVG-Prämien und Steuern [Entscheid LC 160041 vom 23. Juni 2017, E. 10.1]; Spycher/Bähler bzw. Kanton Bern: betreibungsrechtlicher Grundbedarf [Kommentar Berechnungsblätter, [www.berechnungsblaetter.ch](http://www.berechnungsblaetter.ch), S. 18]; ausführliche Darstellung in: Annette Spycher, Betreuungsunterhalt, in: FamPra 2017, S. 198 ff., S. 208). Einig ist man sich, dass beim Betreuungsunterhalt kein Überschussanteil berücksichtigt wird. Der Lebenshaltungskostenansatz wird (in je leicht modifizierter Weise) vor allem von den Gerichten des Kantons Bern (vgl. Berechnungsblätter und Kommentar dazu unter: [www.berechnungsblaetter.ch](http://www.berechnungsblaetter.ch)) und des Kantons Zürich (vgl. Excel-Tabellen, Manual und Leitfaden unter <http://www.gerichtszh.ch/themen/ehe-und-familie/gesetzesaenderung-per-112017.html>, zuletzt abgerufen am 29. Mai 2018) angewandt. Der Vorteil dieser Methode besteht darin, dass sowohl das Einkommen als auch der konkrete Bedarf des betreuenden Elternteils berücksichtigt wird. Ausserdem knüpft die Berechnung unmittelbar an die bisher in familienrechtlichen Verfahren vorwiegend angewandte Methode der Grundbedarfsberechnung mit Überschussverteilung (zweistufig-konkrete Methode) an. Kritik erwächst dem Lebenshaltungskostenansatz v.a. insofern, als befürchtet wird, dass ein grosser Teil der Mütter trotz Kinderbetreuung in der Lage sein würden, ihr familienrechtliches Existenzminimum mit ihrem eigenen Teilzeiterwerbseinkommen zu decken, sodass kein Betreuungsunterhalt zugesprochen würde. Damit bestehe für den betreuenden Elternteil ein finanzieller Druck, das Kind nicht persönlich zu betreuen, sondern durch Dritte betreuen zu lassen (Entscheid des Appellationsgerichts des Kantons Basel-Stadt vom 13. April 2017, ZB.2016.044, E. 5.4).

bb) Bei der konkreten Betreuungsquotenmethode entspricht der Betreuungsunterhalt demjenigen prozentualen Anteil am (familienrechtlichen) Existenzminimum des betreuenden Elternteils, welchen dieser das Kind betreut bzw. nicht einer Arbeit nachgeht (vgl. LGVE 2017 II Nr. 3, Entscheid Nr. 3B 17 3 vom 6. April 2017, E. 5.3.2; Entscheid des Appellationsgerichts Basel-Stadt vom 13. April 2017, ZB.2016.044, E. 5.5.2).

## A 2.2

Dies bedeutet, dass ein Kind, dessen Mutter infolge Kinderbetreuung nur zu 40 % erwerbstätig ist, Anspruch auf 60 % des familienrechtlichen Existenzminimums der Mutter (ohne Kinder) als Betreuungsunterhalt hat. Das Einkommen der Mutter wird bei dieser Berechnungsweise nicht berücksichtigt, sodass auch dann ein Betreuungsunterhalt zu leisten ist, wenn die Betreuungsperson mit ihrem Teilzeiterwerbseinkommen ihren Bedarf selber decken kann. Die Betreuungsleistung wird also unabhängig von der Höhe des Erwerbseinkommens abgegolten, was ebenfalls im Sinne des Gesetzgebers war (vgl. Entscheid des Appellationsgerichts des Kantons Basel-Stadt vom 13. April 2017, ZB.2016.044, E. 5.4, zit. in: Thomas Gabathuler, plädoyer 6/2017, S. 27). In diesem Umstand liegt aber auch der wesentlichste Nachteil der Methode. Erzielt nämlich der betreuende Elternteil gemessen am Pensum ein höheres Einkommen als der Unterhaltspflichtige, hat der betreuende Elternteil womöglich einen grösseren finanziellen Spielraum als der Unterhaltspflichtige, weshalb eine Kontrollrechnung notwendig ist (Thomas Gabathuler, plädoyer 6/2017, S. 27). Ebenso ist eine Kontrollrechnung nach der Methode des familienrechtlichen Existenzminimums mit Überschussverteilung notwendig, falls die Eltern nie miteinander verheiratet waren (Entscheid des Appellationsgerichts des Kantons Basel-Stadt vom 13. April 2017, ZB.2016.044, E. 5.5.2).

cc) Die pauschalisierte Betreuungsquotenmethode geht bei der Berechnung des Betreuungsunterhalts von einer pauschalisierten Betrachtungsweise aus. Demgemäss entspricht grundsätzlich der Betrag von Fr. 2'800.-- pro Monat den durchschnittlich anzunehmenden Lebenshaltungskosten einer erwachsenen Person, welche für eine Betreuung von 100 % angenommen werden (Entscheid des Kantonsgerichts St. Gallen vom 7. Dezember 2017, FO.2015.21, E. IV.11.b). Der Pauschalbetrag wird regional unterschiedlich festgelegt und je nach den konkreten Verhältnissen angepasst (Entscheid des Kantonsgerichts St. Gallen vom 15. Mai 2017, FO.2016.5, E. 6.b). Der Betreuungsunterhalt entspricht der Betreuungsquote dieses Pauschalbetrages. Bei einer Erwerbstätigkeit von 40 % bzw. einer Betreuungsquote von 60 % beträgt der Betreuungsunterhalt demnach stets – d.h. unabhängig sowohl vom Einkommen als auch vom konkreten Bedarf der betreuenden Person – Fr. 1'680.-- (60 % von Fr. 2'800.--). Dieser tiefe Betreuungsunterhalt deckt wirklich nur die Anwesenheit bzw. Existenz des betreuenden Elternteils ab, ohne dass eine Entlohnung entsteht, was im Sinne der Botschaft ist (BBI 2013 529 ff., S. 554). Ausserdem soll die Betreuungsleistung einer Mutter mit guter Ausbildung nicht mehr wert sein als diejenige einer Mutter ohne Berufsabschluss (BBI 2013 529 ff., S. 552), was bei der pauschalisierten Be-



treuungsquotenmethode ebenfalls garantiert ist. Der Nachteil dieser Berechnungsart besteht darin, dass betreuenden Elternteilen, deren familienrechtlicher Bedarf den Betrag von Fr. 2'800.-- übersteigt (was wohl auf viele Elternteile zutreffen wird), das Existenzminimum nicht gedeckt wird. Dadurch entstünde der Druck, das Erwerbsspensum und damit die Fremdbetreuungskosten zu erhöhen, was nicht im Sinne der Gesetzgebung wäre. Ausserdem läuft die vollständige Nichtbeachtung des Einkommens des betreuenden Elternteils dem Grundsatz der Bemessung des Kindesunterhalts nach Massgabe der Leistungsfähigkeit der Eltern (vgl. Art. 285 Abs. 1 ZGB) zuwider (Schwizer/Della Valle, *Betreuungsunterhalt und Einkommen des betreuenden Elternteils*, in: AJP 12/2017, S. 1424, mit ausführlicher Kritik zur pauschalisierten Betreuungsquotenmethode).

dd) Zusammenfassend basieren alle erwähnten Methoden auf bestimmten Anknüpfungspunkten der Botschaft zum revidierten Recht. Sämtliche Berechnungsarten weisen sowohl Vor- als auch Nachteile auf.

b) Das Bundesgericht kam inzwischen im Urteil vom 17. Mai 2018 (5A\_454/2017 [nun BGE 144 III 377]) zum Schluss, dass die Anwendung des Lebenshaltungskostenansatzes im konkreten Fall aus dem Kanton Genf nicht willkürlich sei. Sie stelle zur Bemessung des Betreuungsunterhalts die adäquateste Lösung dar, entspreche am besten den vom Gesetzgeber verfolgten Zielen und werde auch von einem grossen Teil der Lehre befürwortet. Grundsätzlich gingen die Lebenshaltungskosten nicht über das hinaus, was notwendig sei, um dem betreuenden Elternteil finanziell zu ermöglichen, sich um das Kind zu kümmern. Der Betreuungsunterhalt bemesse sich insofern nicht nach dem Einkommen der zahlungspflichtigen Person, sondern nach den Bedürfnissen des betreuenden Elternteils. Dabei sei im Prinzip auf das familienrechtliche Existenzminimum abzustellen (...).

Das Kantonsgericht schliesst sich der Ansicht des Bundesgerichts an. Im Vergleich zur bisherigen Berechnungsweise des Kindesunterhalts (sowie des Ehegattenunterhalts bei Eheschutz und Scheidung) vermag der Lebenshaltungskostenansatz angemessene Ergebnisse zu erbringen und entspricht weitestgehend der im Kanton Schwyz bereits bisher grösstenteils angewandten Berechnungsart (familienrechtliche Bedarfsberechnung mit Überschussverteilung). Die Verwendung der inzwischen für den Lebenshaltungskostenansatz vorhandenen Tabellen der Zürcher Gerichte und von Bähler/Spycher (Kanton Bern) kann jedoch nicht empfohlen werden. Beide Tabellen enthalten Bedarfspositionen, welche im Kanton Schwyz – abgesehen von guten finanziellen Verhältnissen – nicht angerechnet werden (z.B. VVG-Prämien, Kommunikationskosten). Wie bereits

## A 2.3

erwähnt, ändert sich durch das neue Recht mindestens betreffend Barunterhalt des Kindes nichts an der familienrechtlichen Bedarfsberechnung, sodass die bisherige Praxis im Kanton Schwyz weiterhin gilt. Ebenso wenig entsprechen die Vorabzuteilungen, welche in der Berner Tabelle vorgenommen werden, der Gerichtspraxis im Kanton Schwyz. Schliesslich wird bei der Zürcher Tabelle insbesondere der Betreuungsunterhalt automatisch dem jüngsten Kind zugerechnet, was das Kantonsgericht ablehnt. Vielmehr erscheint – im Normalfall – eine Verteilung nach Köpfen als angemessen und praktikabel (ausführliche Auseinandersetzung mit diesem Thema: Annette Spycher, Betreuungsunterhalt, in: FamPra 2017, S. 198 ff., S. 221 ff.). Darüber hinaus ist daran zu erinnern, dass die Gerichte angehalten sind, ihre Entscheidungen in den Urteilserwägungen nachvollziehbar zu begründen. Es ist fraglich, ob ein (Teil-)Verweis auf eine dem Urteil angehängte Tabelle der Begründungspflicht der Gerichte (Art. 238 lit. g und Art. 239 ZPO) genügen würde. Die interne Verwendung von auf die Gerichtspraxis des Kantons Schwyz zugeschnittenen Tabellen verbleibt indessen im Ermessen der Bezirksgerichte.

(Beschluss vom 9. Juli 2018, ZK2 2017 84; mit BGer 5A\_678/2018 vom 19. Juni 2019 wurde eine Beschwerde in Zivilsachen in anderen hier nicht publizierten Punkten gutgeheissen).

### 2.3 Beurteilung dauernder Bodenverschiebungen (Art. 660a ZGB)

- *Art. 660a ZGB erfasst Bodenverschiebungen von jährlich weniger als 1 cm grundsätzlich nicht (Erw. 5).*

*Aus den Erwägungen:*

1. a) Am 10. März 2017 publizierte das Amt für Vermessung und Geoinformation im kantonalen Amtsblatt die öffentliche Auflage der Perimeterpläne für Gebiete mit dauernden Bodenverschiebungen in der Gemeinde X. Demnach soll bei den vom Perimeterplan erfassten Grundstücken im Grundbuch die Anmerkung „Gebiet mit dauernden Bodenverschiebungen“ eingetragen werden (...). Gegen den Einbezug ihrer Liegenschaften in den Perimeterplan [sc. erhoben die Eigentümer] Einsprache beim Amt für Vermessung und Geoinformation und verlangten, die Grundstücke GB Nr. zz, GB Nr. yy, GB Nr. ww und GB Nr. vv seien nicht als Gebiet mit dauernder Bodenverschiebung zu bezeichnen und es sei von einer entsprechenden Anmerkung im Grundbuch abzusehen (...). Mit Entscheid vom 14. November 2017 wies das Amt für Vermessung und Geoinformation die Einsprache ab (...).

b) Gegen den Einspracheentscheid vom 14. November 2017 erhoben [die Eigentümer] am 15. Dezember 2017 je einzeln Berufung beim Kantonsgericht (...).

5. a) Bodenverschiebungen von einem Grundstück auf ein anderes bewirken keine Veränderung der Grenzen (Art. 660 Abs. 1 ZGB; Grundsatz der Unverrückbarkeit der Grenzen, vgl. zum Ganzen BSK ZGB II-Strebel/Laim, 5. A., N 2 ff. zu Art. 660 ZGB). Bodenteile und andere Gegenstände, die hierbei von dem einen Grundstück auf das andere gelangt sind, unterliegen den Bestimmungen über die zugeführten Sachen oder die Sachverbindungen (Art. 660 Abs. 2 ZGB). Der Grundsatz, wonach Bodenverschiebungen keine Änderung der Grenzen bewirken, gilt laut Art. 660a Abs. 1 ZGB nicht für Gebiete mit dauernden Bodenverschiebungen, wenn diese Gebiete vom Kanton als solche bezeichnet wurden. Bei der Bezeichnung der Gebiete ist die Beschaffenheit der betroffenen Grundstücke zu berücksichtigen (Art. 660a Abs. 2 ZGB), das heisst insbesondere die Bodennutzung, die Bodenbedeckung sowie der Wert des Bodens (CHK-F. Hitz, 3. A., N 6 zu Art. 660-660b ZGB; BSK ZGB II-Strebel/Laim, 5. A., N 8 zu Art. 660a ZGB). Bei unproduktiven Flächen kann jedoch auf die kostspielige Ausscheidung und die Erstellung von Perimeterplänen verzichtet werden (CHK-F. Hitz, 3. A., N 8 zu Art. 660-660b ZGB). Die Zugehörigkeit eines Grundstücks zu einem Gebiet mit dauernden Bodenverschiebungen ist in geeigneter Weise den Beteiligten mitzuteilen und im Grundbuch anzumerken (Art. 660a Abs. 3 ZGB). Die Kantone entscheiden, wie sie die betroffenen Gebiete umschreiben. Handelt es sich jedoch um ein Rutschgebiet, so ist ein Perimeterplan anzulegen (CHK-F. Hitz, 3. A., N 6 zu Art. 660-660b ZGB mit Hinweis u.a. auf Art. 67 TVAV). Die Anmerkung der Zugehörigkeit eines Grundstückes zu einem Gebiet mit dauernden Bodenverschiebungen weist insbesondere einen potentiellen resp. tatsächlichen Erwerber darauf hin, dass die Vermutung der Richtigkeit des Grundbuchplans innerhalb des vom Perimeterplan erfassten Gebietes nicht gilt (Art. 668 Abs. 3 ZGB), dass er sich hinsichtlich der Grundstücksgrenzen nicht auf seinen guten Glauben berufen kann (Art. 973 Abs. 2 ZGB) und dass Betroffene wegen Unzweckmässigkeit der Grenze deren Neufestsetzung verlangen können (Art. 660b; BSK ZGB II-Strebel/Laim, 5. A., N 11 zu Art. 660b ZGB; CHK-F. Hitz, 3. A., N 6 zu Art. 660-660b ZGB).

Die Empfehlungen der Konferenz der Kantonalen Vermessungsämter (KKVA) zur Behandlung von dauernden Bodenverschiebungen in der Amtlichen Vermessung (nachfolgend Empfehlungen) definieren diese als „permanente grossflächige (mehrere Grundstücke und mehrere Hektaren umfassende), hangabwärts gerichtete gleitende Bewegungen. Sie verlaufen

## A 2.3

langsam und über grössere Zeiträume“ (Empfehlungen Ziff. 3 S. 10). Als massgebliche Kriterien für die Ausscheidung nennen die Empfehlungen unter Hinweis auf den vorstehend zitierten Basler Kommentar einerseits wirtschaftliche Kriterien wie die Bodenbedeckung, die Bodennutzung sowie den Wert der betroffenen Grundstücke (Empfehlungen Ziff. 3.1.1 S. 10). Als technisches Kriterium für die Ausscheidung von Rutschgebieten wird für die Toleranzstufe 2 (wozu vorliegend die Grundstücke gehören, Art. 3 TVAV) ein Richtwert von 10.5 cm während zehn Jahren bzw. „ca. 1 cm / Jahr“ festgelegt (Empfehlungen Ziff. 3.1.2 S. 10). Im weiteren soll die Zeitspanne zwischen der 0-Messung und der Zweitmessung in der Regel 20 Jahre betragen, Wiederholungsmessungen sollen bei Bedarf nach zehn Jahren durchgeführt werden. Als weitere (technische) Kriterien muss die Rutschung noch wirksam und nicht vollständig zum Stillstand gekommen sein und die Rutschvektoren haben in etwa in der Falllinie zu verlaufen. Schliesslich sehen die Empfehlungen vor, dass auch die Stauchungszone in den Perimeter einzubeziehen ist (Empfehlungen Ziff. 3.1.3 S. 11). Die Empfehlungen sollen dazu beitragen, dass „in der ganzen Schweiz das Verfahren für die Ausscheidung von Gebieten mit dauernden Bodenverschiebungen nach einheitlichen Kriterien und Massstäben erfolgt und damit unterschiedliche Behandlungen in den Kantonen und Gemeinden, wie heute zum Teil der Fall, vermieden werden können“ (Empfehlungen Ziff. 1.2 S. 4). Diese Empfehlungen haben zwar keinen Gesetzescharakter, sind aber Ausdruck des Wissens und der Erfahrung bewährter Fachstellen und in diesem Sinne beachtlich (vgl. BGer, Urteil 1C\_506/2016 vom 6. Juni 2017 E. 6.3.1; vgl. auch BGE 130 III 193 E. 2.3 und BGer, Urteil 4A\_359/2013; 4A\_421/2013 vom 13. Januar 2014 E. 4.3). (...).

d) Bei den in den Empfehlungen statuierten Vorgaben handelt es sich schon dem Wortlaut nach um Richtwerte, also nicht um starre Grenzwerte (vgl. S. 10: „ca. 1 cm / Jahr“). Grundsätzlich schliessen die Empfehlungen nicht a priori aus, dass auch unter einem Zentimeter pro Jahr liegende Bodenverschiebungen, zumindest solche, welche nur knapp unter dem Richtwert oder in einer Bandbreite um diesen herumliegen, als solche ausgeschieden werden können, soweit die übrigen wirtschaftlichen und technischen Kriterien erfüllt sind. Allerdings setzen die KKVA in ihren Empfehlungen doch eine, wenn auch wie erwähnt nicht starre, Untergrenze fest, und bringen damit immerhin zum Ausdruck, nicht jede minimale Differenz solle dazu führen, dass ein Gebiet mit dauernden Bodenverschiebungen auszuschneiden ist. Damit korrespondiert im Übrigen Ziff. 2.2 der Empfehlungen, wonach dauernde Bodenverschiebungen in die Bereiche „substabil, sehr langsam“ bis „wenig aktiv, langsam“ mit einer durchschnittlichen Rutschgeschwindigkeit von 1-10 cm pro Jahr, in Ausnahmefällen bis 20 cm, gehören würden (Empfehlungen S. 8). Zudem basieren

die Richtwerte auf den in der TVAV festgelegten Genauigkeitsanforderungen. Nach Art. 31 Abs. 1 TVAV beträgt die Lagegenauigkeit (Standardabweichung) auf der Informationsebene „Liegenschaften“ und „Rohrleitungen“ für einen im Gelände exakt definierten Punkt in der vorliegend masgeblichen Toleranzstufe 2 (TS2) 3.5 cm. Als Toleranzgrenze für die Beurteilung einzelner Widersprüche gilt die dreifache Standardabweichung, welche in Absatz 1 festgelegt ist. Daraus errechnet sich der Grenzwert von 10.5 cm während zehn Jahren (bzw. von „ca. 1 cm / pro Jahr“, wobei davon ausgegangen wird, dass zwischen der 0-Messung und der Zweitvermessung in der Regel 20 Jahre liegen und dass Wiederholungsmessungen der Kontrollpunkte bei Bedarf alle zehn Jahre erfolgen sollen (Ziff. 3.1.2 Empfehlungen S. 10). Die jährlichen Verschiebungen im Gebiet (...) betragen jährlich rund 0.65-0.82 cm, was sich aus den zwischen der Erstvermessung im Jahr 1937 und der Erneuerung der amtlichen Vermessung im Jahr 1998 gemessenen absoluten Verschiebungswerten von 40-50 cm ergibt. Die jährlichen Differenzen zwischen 1998 und 2014 belaufen sich sodann auf 0.625-0.875 cm (ausgehend von einer absoluten Verschiebung von 10-14 cm in 16 Jahren). Somit liegen die jährlichen Verschiebungen im Gebiet (...) nicht nur unter dem Richtwert der Empfehlungen von ca. 1 cm pro Jahr, sondern zugleich unter der Toleranzgrenze der TVAV für die Beurteilung von Widersprüchen auf der Informationsebene Liegenschaften. Mit Verschiebungen in diesem Bereich, das heisst im Durchschnitt etwa 0.75 cm pro Jahr, wird der Richtwert der Empfehlungen von ca. 1 cm pro Jahr nicht erreicht. Was die vom Berufungsgegner erwähnte absolute Koordinatendifferenz von 73.6 cm auf dem Grundstück GB Nr. vv anbelangt, ist diese, abgesehen davon, dass aus den Ausführungen der Parteien nicht ersichtlich ist, auf welchen Zeitraum sich diese bezieht, nicht entscheidend, da die Empfehlungen der KKVA grundsätzlich auf die jährlichen relativen Werte abstellen. In jedem Fall vermag diese, an einem einzelnen Punkt gemessene Verschiebung nicht darüber hinwegtäuschen, dass die jährlichen Bewegungen, wie vom Berufungsgegner anerkannt, nur gering ausfallen. Somit vermögen auch die absoluten Verschiebungswerte die Ausscheidung als Gebiet mit dauernden Bodenverschiebungen nicht zu rechtfertigen.

e) Wohl würden die weiteren Kriterien, so namentlich die Bodennutzung und der Wert der betroffenen Grundstücke, tendenziell für den Einbezug in den Perimeter sprechen, denn es handelt sich nicht um unproduktives Gebiet, sondern um überbaute Liegenschaften. Umgekehrt dürfte das private Interesse, welches im Rahmen der Interessenabwägung zu würdigen wäre, zumindest als erheblich zu werten sein, denn es liegt auf der Hand, dass Grundstücke, welche im Perimeter eines Gebiets mit dauernden Bodenverschiebung liegen, an Wert verlieren dürften (vgl. auch Paul-Henri

## A 2.3

Steinauer, Les glissements de terrain permanents, RFJ 2001 I 73-85, 84). Eine Erörterung dieser weiteren Kriterien drängt sich jedoch nicht auf, da, wie vorstehend ausgeführt, bereits das geringe Mass der Verschiebungen die Bezeichnung als Gebiet mit dauernden Bodenverschiebungen ausschliesst.

f) Dieses Ergebnis stimmt auch damit überein, Art. 660a ZGB als Ausnahmebestimmung von dem Grundsatz, dass Bodenverschiebungen von einem Grundstück auf ein anderes keine Veränderung der Grenzen bewirken (Art. 660 ZGB), eng auszulegen. Dazu kommt, dass Art. 660a ZGB selber zwar kein Erheblichkeitskriterium enthält, es aber dem allgemeinen Verhältnismässigkeitsgrundsatz resp. der de-minimis-Regel entspricht, Geringfügiges nicht rechtlich zu erfassen. Auch die Botschaft erklärte, in „Gebieten, die durch eine markante und umfassende Bodenverschiebung gekennzeichnet sind, drängt sich eine von den allgemeinen Grundsätzen abweichende Ordnung auf“ (Botschaft zum Bundesgesetz über das bäuerliche Bodenrecht [BGBB] sowie zum Bundesgesetz über die Teilrevisionen des Zivilgesetzbuches (Immobiliarsachenrecht) und des Obligationenrechts (Grundstückkauf) vom 19. Oktober 1988, BBl 1988 III 953 ff., 1071, nachfolgend: Botschaft 1988). „Markant“ heisst nach allgemeinem Sprachgebrauch „stark ausgeprägt“ (Duden). Weil die Botschaft das Adjektiv „markant“ vor „umfassend“ stellt, wird klar, dass damit die Intensität und nicht die Ausdehnung der Verschiebung angesprochen sein muss. Mit anderen Worten hat die Intensität der Bewegung stark ausgeprägt zu sein. Überdies erklärte der Bundesrat in der Botschaft, in „verschiedenen Gebieten der Schweiz werden Bodenverschiebungen in der Grössenordnung von Zentimeter bis Dezimeter pro Jahr festgestellt“ (Botschaft 1988, 1070). Auch die Ausführungen in der Botschaft sprechen deshalb dafür, erhebliche von unerheblichen Bodenverschiebungen zu trennen und die Grenze in Übereinstimmung mit den Empfehlungen und der TVAV bei 1cm pro Jahr Bewegung festzusetzen. Dies entspricht im Übrigen offenbar der Praxis im Kanton Graubünden (vgl. Urteil des Verwaltungsgerichts GR vom 26. April 2006, A 05 88, PVG 2006 96, 101: „Damit steht aber ohne weiteres fest, dass die Verschiebungen auf sämtlichen Parzellen der Rekurrentin allesamt, wenn auch zum Teil nur gering, doch über der Toleranzgrenze der amtlichen Vermessung gemäss TVAV bzw. Empfehlungen der KKVA liegen“). Dieses Ergebnis, also Art. 660a ZGB nicht auf jede Bodenverschiebung anzuwenden, entspricht schliesslich im Ergebnis der Erwartung des Bundesrates, die Zahl der Gebiete mit Bodenverschiebungen, für die eine abweichende rechtliche Ordnung angebracht ist, sei verhältnismässig gering (ca. 4 Prozent der Gesamtfläche der Schweiz) (Botschaft 1988, 1082). Auch die Lehre anerkennt, die Kantone könnten von

einer Ausscheidung absehen, wenn die Verschiebung minim sei (Steinauer, a.a.O., 76, m.N. [„la minime importance du déplacement“]; ebenso erklärt die Literatur für die Vorschrift von Art. 660b ZGB, unbedeutende Bodenverschiebungen würden nicht zu einem Anspruch auf Neufestsetzung führen, CHK-F. Hitz, Art. 660b ZGB N 11, m.N.). In der parlamentarischen Beratung wurde die seit 1. Januar 1994 in Kraft stehende Bestimmung von Art. 660a ZGB übrigens diskussionslos angenommen (AB StR 1990, 250, und AB NR 1991, 153; vgl. zur Vorgängernorm von Art. 660 ZGB StenBull StR 1906, 1262 ff.).

(Beschluss vom 8. Oktober 2018, ZK2 2017 97 und 101-111 = CAN 2-19 Nr. 27 mit Bemerkungen).

## **2.4 Protokollierung von Stockwerkeigentümerbeschlüssen**

- *Unglücklich platzierte, förmlich undeutliche und daher auslegungsbedürftige Protokollformulierungen berühren die Wirksamkeit der Beschlüsse der Versammlung der Stockwerkeigentümer nicht (Erw. 4).*

*Aus den Erwägungen:*

4. (...). Auf die Rüge der Berufungsführer, dass die vorinstanzliche Ansicht, die Zustimmung könne im Sinne von Art. 1 OR auch mündlich oder konkludent erfolgen, grob falsch sei, braucht hier nicht weiter eingegangen zu werden, nachdem die Zustimmung durch die protokollarische Feststellung des Ausbleibens von Einsprüchen wirksam festgehalten ist (Art. 712n Abs. 2 ZGB). Ihr Argument, das nicht angefochtene und auch anlässlich der Versammlung vom 14. April 2010 nicht infrage gestellte Protokoll enthalte keine klare Beschlussfassung, verkennt, dass mit den Auslegungsmethoden im Vertragsrecht vorliegend davon auszugehen ist, dass an dieser Sitzung dem Vorhaben der Beklagten wie eben gesagt zugestimmt und diese Tatsache protokolliert worden ist. Da die Abhaltung einer Universalversammlung unbestritten und gesetzlich die Form des Protokolls nicht näher bestimmt (vgl. Wermelinger, SVIT, Art. 712n ZGB N 119 bzw. ZK, Art. 712n ZGB N 145), also die Verwendung von Beschlussformeln möglich aber nicht vorgeschrieben ist, kann aus dem Umstand, dass am 10. Februar 2010 das Bauvorhaben der Beklagten entgegen der Bezugnahme von Traktandum 4 auf diverse Umbauten unter Traktandum 5 protokolliert wurde, nicht abgeleitet werden, dass dem Bauvorhaben der Beklagten nicht zugestimmt werden konnte. Wenn schon die unrichtige Protokollierung die Wirksamkeit der Beschlüsse nicht berührt (vgl. Bösch, BSK, 52015, Art. 712n ZGB N 6a), muss dies umso mehr für bloss fraglich

## A 2.5

platzierte, förmlich undeutliche und daher auslegungsbedürftige Protokollformulierungen gelten. Mit der schriftlichen Fixierung der Tatsache, dass die Stockwerkeigentümer gegen das erkenntlich aus einer Küchenerneuerung, einem Wandausbruch und einer mit Schallschutzproblemen verbundenen Bodensanierung bestehende Umbauvorhaben der Beklagten keine Einwände haben, sind vorliegend unabhängig von der exakten Formulierung die wesentlichen Merkmale einer Zustimmung in der für die Wahrung des Rechtsfriedens (vgl. dazu BGE 127 III 506 E. 3.c in fine) erforderlichen Art und Weise hinreichend deutlich gemacht. Unter den gesamten Umständen durfte das Protokoll daher – wie die Vorinstanz zutreffend feststellte – als Zustimmung der Stockwerkeigentümer verstanden werden (vgl. BGer 5C.254/2006 vom 8. November 2007 E. 3.1).

(Urteil vom 17. April 2018, ZK1 2017 49).

### 2.5 Nutzungsentschädigung nach Beendigung des Mietverhältnisses

- *Voraussetzungen für eine Nutzungsentschädigung (Erw. 6).*
- *Eine solche „Nutzungsentschädigung“ ist angemessen, da der Berufungsführer nach Auflösung des Mietverhältnisses in der Wohnung verblieb und sie weiter wie bis anhin gebrauchte (Erw. 6.b).*
- *Eine Anpassung der „Nutzungsentschädigung“ während der Dauer der Benutzung nach Beendigung des Mietverhältnisses ist deshalb nicht grundsätzlich auszuschliessen (Erw. 6.c).*

*Aus den Erwägungen:*

6. Des Weiteren verlangte der Berufungsführer die Aufhebung des vereinfachten Verfahrens und die Rückweisung der Sache zur korrekten Ermittlung und Berechnung einer allfälligen Nutzungsentschädigung (nach Beendigung des Mietverhältnisses) an die Vorinstanz.

Mit der Auflösung des Mietverhältnisses ist der Verzug hinsichtlich der rückständigen Mietzinsleistungen nicht aufgehoben (Higi, in: Gauch/Higi [Hrsg.], Zürcher Kommentar, Obligationenrecht, Die Miete, Art. 253–265 OR, 3. A., Zürich 1994, N 61 zu Art. 257d OR). Ein Vermieter hat auch dann Anspruch auf die (verbleibenden) Mietzinse, wenn er das Mietverhältnis wegen Zahlungsver säumnis auflöst (BGE 119 II 232 S. 235 E. 3). In der Lehre und Rechtsprechung herrscht Einstimmigkeit darüber, dass ein Mieter, der durch sein Verschulden die vorzeitige Auflösung des Vertrages verursachte, den Vermieter für den ihm entstandenen Schaden zu entschädigen hat (Reudt, in: SVIT [Hrsg.], Das schweizerische Mietrecht, Kommentar, 4. A., Zürich/Basel/Genf 2018, N 63 zu Art. 257d OR; Higi,



a.a.O., N 62 f. zu Art. 257d OR; Spirig, in: Mieterinnen- und Mieterverband Deutschschweiz [Hrsg.], Mietrecht für die Praxis, 9. A., Zürich 2016 N 27.2.10 zu Kap. 27; Chappuis, Commentaire, TF, 4C.256/2001 du 14.11.2001, in: Droit du Bail 15/2003 Nr. 18, S. 29 ff.; Baumann, Mietrechtliche Stolpersteine bei der Umnutzung von Liegenschaften, in: Jusletter 25. November 2013, Rz 23; Urteil 4C.290/2000 des Bundesgerichts vom 27. März 2001 E. 5 m.w.H., in: mp 4/01, S. 194 ff.; BGE 119 II 437 S. 441 E. 3b/bb m.w.H.; BGE 127 III 548 S. 552 E. 5 m.w.H.; Urteil 4A\_456/2012 des Bundesgerichts vom 4. Dezember 2012 E. 2.1). Der Vermieter muss hierzu nicht nachweisen, dass er die Räumlichkeiten zu einem identischen Mietzins neu hätte vermieten können (Urteil 4A\_208/2015 des Bundesgerichts vom 12. Februar 2016 E. 4.2; BGE 131 III 257 S. 261 E. 2 und E. 2.1 m.w.H.). Ihm ist grundsätzlich eine dem bisherigen Mietvertragsverhältnis entsprechende Mietzinsforderung zuzubilligen (BGE 63 II 368 ff. S. 372 E. 2 m.w.H.; Urteil 4A\_456/2012 des Bundesgerichts vom 4. Dezember 2012 E. 2.1; Roncoroni, in: Mieterinnen- und Mieterverband Deutschschweiz [Hrsg.], Mietrecht für die Praxis, 9. A., Zürich 2016, N 31.4.2 zu Kap. 31). Eine solche „Nutzungsentschädigung“ fällt ausser Betracht, wenn die Parteien mit der Kündigung des bisherigen ein neues Mietverhältnis eingegangen sind.

a) (...). Aufgrund der nachgewiesenen Äusserungen der Parteien ist davon auszugehen, dass sie keinen neuen Mietvertrag abgeschlossen haben und der Berufungsführer nur infolge des hängigen Rechtsstreites in den Mieträumen verbleiben darf.

b) Soweit die Parteien keinen neuen Mietvertrag vereinbarten, ist dem Berufungsgegner eine dem Vertragsgegenstand entsprechende eigentliche Mietzinsforderung zuzubilligen (siehe BGE 63 II 368 ff. S. 372 E. 2 m.w.H.). Eine solche „Nutzungsentschädigung“ ist angemessen, da der Berufungsführer nach Auflösung des Mietverhältnisses in der Wohnung verblieb und sie weiter wie bis anhin gebrauchte. Es wäre stossend, wenn er für diesen Gebrauch des Mietobjektes nach Beendigung des Mietverhältnisses keinen Ersatz zu leisten hätte und der Berufungsgegner aufgrund der „kalten Erstreckung“ die Wohnung nicht weitervermieten kann. Der Berufungsgegner machte im Berufungsverfahren nicht geltend, dass der ortsübliche Mietzins in der Zwischenzeit gestiegen wäre oder andere Interessenten die Wohnung zu einem höheren Preis hätten übernehmen wollen. Solange der Berufungsführer in der Wohnung verbleibt, hat er deshalb eine „Nutzungsentschädigung“ (...) an den Berufungsgegner zu bezahlen.

## A 2.6

c) Nutzt ein Mieter die Wohnung weiterhin, stellt sich darüber hinaus die Frage, ob eine solche nach dem bisherigen Mietvertragsverhältnis bemessene „Nutzungsentschädigung“ aufgrund von Mängeln an der Mietsache reduziert werden kann. Dem Gesetz ist eine Regelung bei Mängeln während der Mietdauer (siehe Marginalie von Art. 261 OR), nicht aber für eine vergleichbare Situation nach Beendigung des Mietverhältnisses zu entnehmen. Wäre eine Reduktion in letzterem Fall generell zu verneinen, würde dies unter Umständen zu einer Besserstellung des Vermieters führen. Dies gilt namentlich dann, wenn der Vermieter einen Mietpreis verlangt, welcher bei einer Neuvermietung unter Berücksichtigung der bestehenden Mängel über einer für vergleichbare Objekte erzielbaren Miete liegt. Der vom Vermieter eingeforderte Mehrbetrag entbehrt jeglicher Grundlage und ist rechtlich nicht zu rechtfertigen. Eine Anpassung der „Nutzungsentschädigung“ während der Dauer der Benutzung nach Beendigung des Mietverhältnisses ist deshalb nicht grundsätzlich auszuschliessen. Das Gericht hat ermessensweise die Höhe der „Nutzungsentschädigung“ zu reduzieren, sofern der nach Beendigung des Mietverhältnisses im Mietobjekt verbleibende ehemalige Mieter dies nach Geltendmachung der störenden Mängel nachweisbar verlangt und eine Erhebung des vollen Mietpreises durch den Vermieter ungerechtfertigt ist. Die Vorinstanz hätte sich deshalb eingehend mit den durch den Berufungsführer am 23. Juni 2014 gerügten Mängeln befassen müssen und nicht auf dessen Prüfung verzichten dürfe). Ab diesem Zeitpunkt stellt sich die Frage einer Reduktion der Nutzungsentschädigung um einen ermessensweise je nach Schwere der Mängel festzulegenden Betrag.

(Urteil vom 6. November 2018, ZK1 2017 43-45).

## 2.6 Anzeigepflichten des Versicherungsnehmers

- *Ein Versicherungsnehmer verletzt Anzeigepflichten, wenn er Gefahrentatsachen, nach denen ausdrücklich und in unzweideutiger Art gefragt wird, unrichtig beantwortet oder verschweigt, was in casu nicht der Fall war (Erw. 3).*

*Aus den Erwägungen:*

3. Der Antragsteller hat dem Versicherer an Hand eines Fragebogens oder auf sonstiges schriftliches Befragen alle für die Beurteilung der Gefahr erheblichen Tatsachen, soweit und so, wie sie ihm beim Vertragsabschlusse bekannt sind oder bekannt sein müssen, schriftlich mitzuteilen

(Art. 4 Abs. 1 VVG). Hat der Anzeigepflichtige beim Abschluss der Versicherung eine erhebliche Gefahrentatsache, die er kannte oder kennen musste und über die er schriftlich befragt worden ist, unrichtig mitgeteilt oder verschwiegen, so ist der Versicherer berechtigt, den Vertrag durch schriftliche Erklärung zu kündigen. (...). Weist – wie die Vorinstanz zutreffend und im Berufungsverfahren unbestritten geblieben ausführt – die Anzeigepflicht des Antragstellers keinen umfassenden Charakter auf, sondern ist auf die Angaben jener Gefahrentatsachen beschränkt, nach denen der Versicherer ausdrücklich und in unzweideutiger Art fragt, musste der Vater des Klägers vorliegend die Erstoperation nicht melden. Nach dem Gesagten (oben E. 2) waren deren Nachbehandlungen bzw. damals dafür vorgesehene Nachkontrollen keine vom Versicherer erfragte und dadurch als anzeigepflichtig instanziierten Gefahrentatsachen. Dass die zweite, angezeigte Schilddrüsenoperation der Behebung einer „anderen Krankheit“ wie beispielsweise nachgefragtem Krebs diene, bejahte der Versicherungsnehmer gegenüber der Beklagten wahrheitsgetreu. Daher lässt sich dem Antragsteller nicht vorwerfen, eine Gefahrentatsache, nach der ausdrücklich und in unzweideutiger Art gefragt worden wäre, unrichtig beantwortet oder verschwiegen zu haben (BGE 134 III 511 E. 3.3.2) und ihm keine Anzeigepflichtverletzung anlasten, zumal er auf seinen über seine ganze Krankheitsgeschichte orientierten Hausarzt hinwies. Aus den Ergänzungsfragen war für ihn nicht eindeutig erkennbar, dass er über diese hauptsächliche Bejahung hinaus sich nicht hätte mit der Angabe des operierten Körperteils bzw. Organs begnügen können, sondern nach Ansicht der Beklagten den ganzen Krankheitsverlauf samt exakter Diagnose hätte wiedergeben sollen. Damit war die beweisbelastete Beklagte entgegen ihren Vorbringen nicht nachweislich berechtigt, den Vertrag gestützt auf Art. 6 Abs. 1 VVG zu kündigen und sie bleibt leistungspflichtig. Da keine Anzeigepflichtverletzung erwiesen ist, kann die ebenfalls gerügte Nichtanwendung von Art. 8 Ziff. 3, 4 und 6 VVG offen gelassen werden, nämlich, dass die Beklagte sich wie behauptet der Kenntnis der offensichtlichen Gefahrentatsachen nicht hätte entziehen können. Ebenso wenig ist näher auf die Belehrungs- und Aufklärungspflichten des Versicherungsagenten einzugehen.

(Urteil vom 20. Februar 2018, ZK1 2017 3).

---

### 3. Zivilprozessrecht

---

#### 3.1 Sistierung des Verfahrens

- *Die Zweckmässigkeit als einzige Sistierungsvoraussetzung ist objektiver Natur und steht damit in keinem direkten Zusammenhang mit angeblichen prozessualen Unterlassungen des Klägers (Erw. 3.b).*
- *An der Zweckmässigkeit einer Sistierung ändert vorliegend die Berücksichtigung des Beschleunigungsgebotes nichts (Erw. 3.c).*

*Aus den Erwägungen:*

3. Das Gericht kann das Verfahren sistieren, wenn die Zweckmässigkeit dies verlangt. Das Verfahren kann namentlich sistiert werden, wenn der Entscheid vom Ausgang eines anderen Verfahrens abhängig ist (Art. 126 Abs. 1 ZPO). Die Beurteilung der gesetzlich einzig vorausgesetzten Zweckmässigkeit liegt im Ermessen des Gerichts. Eine Sistierung ist aber angesichts des Beschleunigungsgebots nur ausnahmsweise zulässig (vgl. Gschwend, a.a.O., N 2; CAN 4-14 Nr. 72). Es müssen objektive Gründe vorliegen, welche die Fortsetzung des Verfahrens unmöglich oder unzweckmässig machen. Die Zweckmässigkeit einer Sistierung ist insbesondere gegeben, wenn der Entscheid von einem anderen Verfahren abhängt, dessen Ausgang von präjudizieller Bedeutung ist. Dadurch sollen widersprüchliche Urteile mit sich allenfalls ausschliessenden Rechtsfolgen vermieden werden. Es ist im Einzelfall genau zu prüfen, ob das Ergebnis eines anderen Verfahrens tatsächlich präjudizielle Wirkung auf das zu sistierende Verfahren hat (zum Ganzen ZK2 2017 36 vom 21. September 2017 E. 2 mit Hinweisen).

a) Laut den Parteien ist das Aktienzertifikat des Verstorbenen angeblich nicht auffindbar. Vorliegend räumt der Vorderrichter die präjudizielle Bedeutung des Kraftloserklärungsverfahrens ein, wenn er ausführt, es sei dem klagenden Willensvollstrecker tatsächlich nur nach der Kraftloserklärung des entsprechenden Aktienzertifikats möglich, auf andere Weise die Eigentümerstellung zu beweisen. Dennoch verwirft er einer Sistierung, weil der Kläger es unterlassen habe, sich den Beweis seiner Aktionärsstellung vor der Klageerhebung zu verschaffen. Der Kläger und Beschwerdeführer bestreitet jedoch, vorprozessual unsorgfältig gewesen zu sein, weil er vom Bestehen von Aktienzertifikaten erst während des Prozesses erfahren habe.

b) Dass die Sistierung des Verfahrens im Sinne der vorderrichterlichen Erwägungen (vgl. oben lit. a) an sich zweckmässig ist, bestreitet auch der Beklagte im Beschwerdeverfahren nicht. Soweit er geltend macht, das Kraftloserklärungsverfahren sei aufgrund des unsorgfältigen Prozessierens des Klägers nicht präjudiziell für das vorliegende Verfahren, trifft dies nicht zu. Die einzige Sistierungsvoraussetzung – die Zweckmässigkeit – ist objektiver Natur und steht damit in keinem direkten Zusammenhang mit angeblichen prozessualen Unterlassungen des Klägers; denn solche vermögen ein Verfahren grundsätzlich nicht seines präjudiziellen Charakters für ein anderes berauben und können an dieser Stelle mithin offengelassen werden (vgl. noch unten lit. c). Das vorliegende Verfahren steht in einem sachlichen Zusammenhang zum Kraftloserklärungsverfahren, womit der Kläger nachweisen will, dass er zur Geltendmachung der im kraftlos zu erklärenden Aktienzertifikat verbrieften Rechte berechtigt ist (vgl. Furter, BSK, 2012, Art. 972 OR N 3). Es ist thematisch sogar im eigentlichen Sinn von dessen Ausgang abhängig (vgl. dazu Staehelin in Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, Kommentar, 3. A. 2016, Art. 126 ZPO N 4).

c) An der Zweckmässigkeit einer Sistierung ändert vorliegend die Berücksichtigung des Beschleunigungsgebotes nichts. Das summarische Verfahren der Kraftloserklärung unterliegt der freiwilligen Gerichtsbarkeit (Art. 250 lit. d Ziff. 1 ZPO; Furter, a.a.O., Art. 971 OR N 9 f.) und wird daher ohne Beteiligung des Beklagten angesichts der Ende Mai 2018 ablaufenden Auskündigungsfrist in absehbarer Zeit beendet sein. Wenn nach Ansicht des Vorderrichters im Falle der Nichtsistierung und Klageabweisung der Kläger im Fall der Kraftloserklärung erneut klagen können soll, wird der Streit ohnehin nicht endgültig beurteilt, sondern nur aufgeschoben. Soweit der Vorderrichter dem Kläger vorwirft, die Kraftloserklärung nicht früher respektive vor Anhebung des vorliegenden Verfahrens verlangt zu haben, legt er nicht dar, dass nicht nur die Dauer der Rechtshängigkeit, sondern die effektiv definitive Streiterledigung durch die seines Erachtens verfrühte Klageanhebung unangemessen verzögert worden wäre. Die angefochtene Verfügung ist deshalb aufzuheben und die Sache zu neuer Entscheidung über die Sistierung an den Vorderrichter zurückzuweisen.

(Beschluss vom 12. April 2018, ZK2 2018 19).

## A 3.2

### 3.2 Vorsorgliche Beweisführung, Streitwert und schützenswertes Interesse

- *An der kantonsgerichtlichen Rechtsprechung, wonach bei einem Gesuch um vorsorgliche Beweisführung nach Art. 158 ZPO sich der Streitwert nicht nach der Hauptsache, sondern nach den massgeblichen Beweisführungskosten richtet, wird entgegen der Praxis des Bundesgerichts festgehalten (Erw. 2).*
- *Das schützenswerte Interesse an der vorsorglichen Prozessführung vorprozessual klären zu können, ist in casu ersichtlich (Erw. 3.a und c) und hinreichend substantiiert (Erw. 3.b).*
- *Die Kosten des Verfahrens trägt unabhängig vom Ausgang der Gesuchsteller (Erw. 4).*

*Aus den Erwägungen:*

2. Bei der vorsorglichen Beweisführung nach Art. 158 ZPO richtet sich der Streitwert nicht nach der Hauptsache, sondern nach den massgeblichen Beweisführungskosten (EGV-SZ 2014 A 3.2 mit Hinweisen; a.M. ohne nähere Begründung BGer 4A\_342/2014 vom 17. Oktober 2014 E. 1 und BGer 5A\_295/2016 vom 23. Februar 2017 E. 1.3). An der kantonsgerichtlichen Rechtsprechung wurde trotz eines weiteren, nicht publizierten anderslautenden Bundesgerichtsentscheids mit der zusätzlichen Begründung festgehalten, die mutmasslichen Beweisführungskosten sollen den Streitwert um der Verwirklichung des gesetzgeberischen Ziels von Art. 158 ZPO willen bilden, die Prozesschancen kostengünstiger abschätzen zu können (ZK2 2014 18 vom 2. Oktober 2014 E. 6.c/aa; vgl. auch Guyan, BSK, 3. A. 2017, Art. 158 ZPO N 5). Deshalb soll auch die Bedeutung des Beweismittels für die Beweisführung und die für dessen Erhebung anfallenden Kosten in die Streitwertschätzung einfließen können (Rickli, Der Streitwert im schweizerischen Zivilprozessrecht, 2014, N 335). Die verlangte Zeugenbefragung wird im Vergleich zum Interessenswert an dem Hauptprozess ungleich weniger kosten. Insgesamt ist daher von einem Streitwert von weniger als Fr. 10'000.00 auszugehen. Somit ist das fristgerecht eingelegte Rechtsmittel entgegen der Belehrung im angefochtenen Entscheid als Beschwerde gegen einen nicht berufungsfähigen Entscheid über vorsorgliche Massnahmen zu behandeln (Art. 158 Abs. 2 i.V.m. Art. 308 Abs. 2 und Art. 319 lit. a sowie 321 Abs. 2 ZPO; vgl. dazu auch Hoffmann-Nowotny, ZPO Rechtsmittel, 2013, Art. 308 ZPO N 29). Die vorsorgliche Zeugenbefragung ist vorliegend nurmehr durchzuführen, weshalb deren Anordnung nicht prozessleitender Natur

und mithin nicht nach den Voraussetzungen von Art. 319 lit. b ZPO anfechtbar ist (vgl. Hinweise zu dieser Auffassung bei Hoffmann-Nowotny, ebd.). Jedenfalls ist der Kostenentscheid selbständig mit Beschwerde anfechtbar (Art. 110 ZPO). Mit der Beschwerde kann wie mit der Berufung (vgl. Art. 310 lit. a ZPO) die unrichtige Rechtsanwendung, aber nur die offensichtlich unrichtige Sachverhaltsfeststellung geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO). Neue Tatsachenbehauptungen sind ausgeschlossen (Art. 326 Abs. 1 ZPO).

3. Der Vorderrichter hiess das Gesuch um vorsorgliche Beweisführung gestützt auf Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO gut, weil er ein schutzwürdiges Interesse daran als glaubhaft gemacht erachtete. Zur Klärung einer möglichen Haftung nach Art. 58 Abs. 1 SVG und mithin der Beweis- und Prozessaussichten sei es notwendig zu erfahren, ob der in den Unfall involvierte, vom Zeugen abgestellte Dumper noch in Betrieb war. Diese vorderichterliche Einschätzung ist nicht zu beanstanden. Die vorsorgliche Beweisführung, deren Thema nur Tatsachen und keine rechtlichen Beurteilungen sind (vgl. Brönnimann in Praxis 3, 2013, S. 62), soll abgesehen vom Fall eines gefährdeten Beweismittels auch der Abklärung der Prozessaussichten dienen (vgl. Gasser/Rickli, Kurzkomentar, 2. A. 2014, Art. 158 ZPO N 4; Brönnimann, ebd., S. 66; Guyan, a.a.O., Art. 158 ZPO N 5). Was die Gesuchsgegnerin dagegen einwendet, ist nicht begründet:

a) Entgegen der Auffassung der Gesuchsgegnerin kann nicht von einer eingehenden Klärung des Unfalles durch die Polizei ausgegangen werden. Dem Polizeirapport ist nicht zu entnehmen, inwiefern der beantragte Zeuge befragt worden ist. Ausserdem wurde festgehalten, dass der Unfallhergang nicht genau eruiert, insbesondere auch nicht ausgeschlossen werden konnte, dass der vom Zeugen abgestellte Dumper ohne Fremdeinwirkung ins Rollen gekommen und gegen den rückwärtsgehenden Gesuchsteller gefahren sein könnte. Soll der Zeuge laut Polizeirapport nicht gewusst haben, wie der Unfall passierte, bestätigte er diese mögliche Variante rund vier Jahre später gegenüber einem früheren Anwalt des Gesuchstellers. Begründet befand daher der Einzelrichter, der Gesuchsteller habe an der Befragung des Zeugen glaubhaft ein schutzwürdiges Interesse und dieser Beweis sei grundsätzlich geeignet, den Sachverhalt zu klären. Der Zeuge ist soweit ersichtlich, der einzige mögliche Beweis. Ein schützenswertes Interesse daran, vorprozessual klären zu können, ob der Zeuge an der dem Anwalt offenbarten Unfallversion auch vor Schranken des Gerichts festhält, ist daher ersichtlich, da die polizeiliche Befragung des Zeugen wie gesagt die Prozessaussichten nicht klar erkennen lässt (vgl. dazu näher noch unten lit. c). Bei Bestätigung dieser Unfallversion, wonach der Dumper der Gesuchsgegnerin tatsächlich noch in Betrieb gewesen sein

## A 3.2

sollte (Beweisthema), als der Unfall passierte, bei welchem sich der Geschwister mit Invaliditätsfolgen verletzte, könnte sich eine Haftung nach Art. 58 Abs. 1 SVG ergeben.

b) Soweit die Geschwistergegnerin beanstandet, der Geschwister habe den Unfallsachverhalt nicht substantiiert, geht sie fehl. Die Tatsache, dass der Dumper beim Unfall noch in Betrieb war, muss wie mithin die Wahrscheinlichkeit, dass der Zeuge an seinen späteren Aussagen festhält, im summarischen vorsorglichen Beweisverfahren nicht glaubhaft gemacht werden, sondern es genügt, diese lediglich substantiiert zu behaupten (BGE 138 III 76 E. 2.4.2 in fine; vgl. auch Fellmann in Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, 3. A. 2016, Art. 158 ZPO N 19 f. mit weiteren Hinweisen). Entsprechende Behauptungen des Geschwisters erweisen sich vorliegend hinsichtlich der zu substantiierten Tatsachen, namentlich der konkreten Haftungsgrundlagen und eines glaubhaft gemachten Schadens zufolge seiner unfallbedingten dauernden gesundheitlichen Einschränkungen bzw. Erwerbsunfähigkeit hinlänglich vorgebracht, um eine blosser Ausforschung ausschliessen zu können.

c) Aufgrund der im Polizeirapport nur rudimentär festgehaltenen Aussagen ist zwar nicht auszuschliessen, dass der beantragte Zeuge unvollständige Angaben gemacht haben könnte. Entgegen der Geschwistergegnerin lässt sich aber nicht von vornherein ein widersprüchliches Aussageverhalten des Zeugen annehmen und ausschliessen, dass mit dessen vorsorglichen Befragung keine Klärung der Prozesschancen erreicht werden kann. Da der Richter im Verfahren der vorsorglichen Beweisführung die Beweise nicht würdigt (vgl. Brönnimann, BEK, 2012, Art. 158 ZPO N 28), genügt die Feststellung, dass keine Befragungsprotokolle vorliegen, welche die Sachdarstellungen der Parteien, namentlich die Frage, ob der Dumper im Zeitpunkt des Unfalles ausser Betrieb gesetzt war oder nicht, derart bestätigen, dass es keiner Abklärung der Prozessaussichten mehr bedürfte. Dies unterstreicht einen hinreichenden praktischen Nutzen einer Vorabklärung, ob der Zeuge die einem früheren Anwalt des Geschwisters abgegebenen Informationen aufrecht hält oder nicht (dazu Fellmann, ebd., N 19 f.). Die Aussagen dieses Zeugen erscheinen zentral und somit geeignet, eine eigentliche Abklärung der Prozessaussichten herbeizuführen. Inwiefern der beantragte Zeuge beweisuntauglich sein soll, führt die Geschwistergegnerin darüber hinaus konkret nicht aus, weshalb auch auf ihre diesbezüglichen angeführten Zitate aus Lehre und Rechtsprechung nicht weiter einzugehen ist. Im Verfahren der vorsorglichen Beweisführung können grundsätzlich alle Beweismittel abgenommen werden (etwa Brönnimann, a.a.O., Art. 158 ZPO N 16).



4. Bezüglich der Bewilligung der vorsorglichen Zeugenbefragung ist nach dem Gesagten die Beschwerde abzuweisen. Soweit die Gesuchsgegnerin mit ihrer Beschwerde die Kostenregelung der angefochtenen Verfügung beanstandet, verweist sie zutreffend auf die bundesgerichtliche Praxis. Im Verfahren der vorsorglichen Beweisführung kommt das Unterliegerprinzip nicht zur Anwendung, weil nicht über den behaupteten materiellen Anspruch entschieden wird. Da die Voraussetzungen der vorsorglichen Beweisführung von Amtes wegen zu klären sind, bewirkt auch der Antrag der Gesuchsgegnerin nichts. Aufgrund der besonderen Interessenlage, in welcher es die Gesuchsgegnerin im Unterschied zum Gesuchsteller nicht auf prozessökonomische Art und Weise in der Hand hat, sich der Kosten eines vorsorglichen Beweisverfahrens zu entledigen, sind daher die Prozesskosten auch dann dem Gesuchsteller aufzuerlegen, wenn die Gesuchsgegnerin mit ihrem Antrag auf Abweisung des Gesuches unterliegt (Art. 107 Abs. 1 lit. f i.V.m. Art. 95 Abs. 1 ZPO; zum Ganzen vgl. BGE 140 III 30 E. 3.4.1 und ZK2 2017 86 vom 15. Februar 2018 E. 3). Mithin rügt die Gesuchsgegnerin zu Recht, dass die Prozesskostenregelung der angefochtenen Verfügung bundesrechtswidrig ist.

(Beschluss vom 1. Juni 2018, ZK2 2018 10).

### **3.3 Verzicht auf die Durchführung der Hauptverhandlung**

- *Ein pauschaler Verzicht auf die Durchführung der Hauptverhandlung ist nicht per se als Gesamtverzicht auf die Partei-, Beweis- und Schlussverhandlung zu werten (Erw. 2.a).*
- *Entgegen dem Wortlaut des Protokolls der Vergleichsverhandlung verzichteten die Parteien nur auf die mündliche Parteiverhandlung (Erw. 2.b).*

*Aus den Erwägungen:*

a) In der Lehre vertritt nur eine Minderheit die Auffassung, der Verzicht auf die Durchführung der Hauptverhandlung erstrecke sich auf das Hauptstadium des Verfahrens als Ganzes, also inklusive Parteiverhandlung (Art. 228 ZPO), Beweisverhandlung (Art. 231 ZPO) und Schlussverhandlung (Art. 232 ZPO; Willisegger, BSK, 3. A. 2017, Art. 233 N 12). Demgegenüber können die Parteien laut bundesgerichtlicher Rechtsprechung und einer Mehrheit der Lehre entsprechend sowohl auf die gesamte Hauptverhandlung als auch nur auf einen Teilabschnitt verzichten, und ein pauschal erklärter Verzicht ist nicht per se als Gesamtverzicht zu werten (BGer

## A 3.4

4A\_47/2015 vom 2. Juni 2015 E. 3.2 mit Hinweisen; auch BGer 4A\_479/2015 vom 2. Februar 2016 E. 5.2).

b) Dem vorliegenden Protokoll der Vergleichsverhandlung lässt sich direkt kein Hinweis entnehmen, ob sich der Verzicht der Parteien auf einen Teilabschnitt der Hauptverhandlung oder auf das gesamte so bezeichnete Verfahrensstadium bezog. Vorbehalten blieben aber die Replik und die Duplik. Mit der Fristansetzung zur Replik wurde der Kläger unter anderem aufgefordert, seine Tatsachenbehauptungen aufzustellen und die Beweismittel dazu genau zu bezeichnen. Daraus lässt sich ableiten, dass der protokollierte Verzicht auf die Hauptverhandlung nicht die Beweisverhandlung und mithin auch nicht die an das Beweisergebnis anknüpfenden Schlussvorträge (Art. 232 Abs. 1 ZPO), auf die speziell verzichtet werden kann (Art. 232 Abs. 2 ZPO), umfasste. Der Vorbehalt eines Beweisverfahrens lässt sich ebenfalls implizit aus der Verfahrenssistierung schliessen, weil diese mit der im Protokoll erwähnten Erstellung eines aussergerichtlichen Privatgutachtens begründet wurde. Zudem bekam die Gegenpartei bei der Duplik die gleichen Beweisgelegenheiten eingeräumt, ohne dass sie erst- oder zweitinstanzlich behauptete, dies sei zufolge Verzichts auf die Hauptverhandlung unrichtig gewesen. Unter diesen Umständen ist davon auszugehen, dass entgegen dem, was der blosser Wortlaut der Protokollierung der Vergleichsverhandlung nahelegen könnte, die Parteien nur auf die mündliche Parteiverhandlung (Art. 228 ZPO) verzichteten.

(Beschluss vom 21. August 2018, ZK1 2017 40).

### 3.4 Gerichtsstandsvereinbarung nach Art. 23 LugÜ

- *Für die Anwendungsvoraussetzungen des Art. 23 LugÜ ist in analoger Anwendung von Art. 63 LugÜ auf den Zeitpunkt der Klageanhebung abzustellen (Erw. 2.b.aa).*
- *Die Frage, ob eine Gerichtsstandsvereinbarung nach Art. 23 Ziff. 1 LugÜ gültig zustande kam, ist im Hinblick auf das Erfordernis der Schriftlichkeit sowie des Konsenses grundsätzlich in autonomer Auslegung ohne Berücksichtigung des nationalen Rechts zu ermitteln. Nach der neuesten Rechtsprechung des Bundesgerichts ist für die Frage, nach welchem Recht zu beurteilen ist, ob eine Gerichtsstandsvereinbarung bezüglich der internationalen und örtlichen Zuständigkeit gültig ist, genauer, nach welchem Recht die Klausel auszulegen ist, hingegen auf die *lex causae* abzustellen und nicht autonom auf das LugÜ (Erw. 2.b.cc).*

*Aus den Erwägungen:*

2. a) Laut Art. 2 Ziff. 1 LugÜ sind Personen, die ihren Wohnsitz im Hoheitsgebiet eines durch dieses Übereinkommen gebundenen Staates haben, vorbehaltlich anderer Vorschriften ohne Rücksicht auf ihre Staatsangehörigkeit vor den Gerichten dieses Staates zu verklagen. Vereinbarten die Parteien jedoch, dass ein Gericht oder die Gerichte eines durch dieses Übereinkommen gebundenen Staates über eine bereits entstandene Rechtsstreitigkeit oder über eine künftige aus einem bestimmten Rechtsverhältnis entspringende Rechtsstreitigkeit entscheiden sollen, so sind nach Art. 23 Ziff. 1 LugÜ dieses Gericht oder die Gerichte dieses Staates zuständig (BGE 139 III 345, nicht amtl. publ. E. 3.1). Vorab ist zu prüfen, ob eine solche Gerichtsstandsvereinbarung besteht. Vorweggenommen sei nur noch, dass eine Einlassung gemäss Art. 24 LugÜ nicht vorliegt, weil der Beklagte in der Klageantwort primär die Frage der Zuständigkeit des Bezirksgerichts March aufwarf, was bei einem juristischen Laien wie dem Beklagten als Unzuständigkeitseinrede zu qualifizieren ist (vgl. zum Ganzen Berger, in: Oetiker/Weibel [Hrsg.], Basler Kommentar Lugano Übereinkommen, 2. A., Basel 2016, N 27 ff. zu Art. 24 LugÜ, insb. N 28 und N 36 [a.E.], jeweils m.N.). Im Schlichtungsverfahren erhob der Beklagte die Unzuständigkeitseinrede zwar nicht, und die Einreichung des Schlichtungsgesuchs begründet die für die Einlassung vorausgesetzte Rechtshängigkeit (gemäss Art. 62 Abs. 1 ZPO als anwendbarer *lex fori*). Mit dem Zweck des auf Einigung abzielenden Schlichtungsverfahrens wäre es aber unvereinbar, demjenigen, der vor der Schlichtungsbehörde verhandelte, im Entscheidungsverfahren die Einrede der Unzuständigkeit zu verweigern (so zutreffend Berger, in: Oetiker/Weibel [Hrsg.], Basler Kommentar Lugano Übereinkommen, 2. A., Basel 2016, N 28 zu Art. 24 LugÜ, m.N.; s. auch etwa Kren Kostkiewicz, Kommentar IPRG/LugÜ, Zürich 2015, N 8 zu Art. 24 LugÜ; s. BGE 52 I 131, E. 3 [zum damaligen Art. 59 BV]).

b) Laut Art. 23 Ziff. 1 Satz 1 und Satz 2 LugÜ sind, wenn die Parteien, von denen mindestens eine ihren Wohnsitz im Hoheitsgebiet eines durch dieses Übereinkommen gebundenen Staates hat, vereinbarten, dass ein Gericht oder die Gerichte eines durch dieses Übereinkommen gebundenen Staates über eine bereits entstandene Rechtsstreitigkeit oder über eine künftige aus einem bestimmten Rechtsverhältnis entspringende Rechtsstreitigkeit entscheiden sollen, dieses Gericht oder die Gerichte dieses Staates ausschliesslich zuständig. Gemäss Art. 23 Ziff. 1 Satz 3 lit. a–c LugÜ muss eine solche Gerichtsstandsvereinbarung schriftlich oder mündlich mit schriftlicher Bestätigung oder in einer Form, welche den Gepflogenheiten entspricht, die zwischen den Parteien entstanden, geschlossen

## A 3.4

werden, oder im internationalen Handel in einer Form, die einem Handelsbrauch entspricht, den die Parteien kannten oder kennen mussten und den Parteien von Verträgen dieser Art in dem betreffenden Geschäftszweig allgemein kennen und regelmässig beachten.

aa) Vorliegend haben beide Parteien Sitz resp. Wohnsitz in Vertragsstaaten, weshalb die erste Anforderung des Art. 23 LugÜ erfüllt ist. Die Klägerin bringt in der Berufung vor, zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses sei nicht bekannt gewesen, dass der Darlehensnehmer vorgehabt habe, ins Ausland auszuwandern. Dieses tatsächliche Vorbringen ist neu und die Klägerin begründet nicht, dass sie es ohne Verzug vorbringt und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorbringen konnte, weshalb es im Berufungsverfahren nicht berücksichtigt werden kann (Art. 317 Abs. 1 ZPO). Weil aber die Zuständigkeit von Amtes wegen zu prüfen ist, ist in diesem Zusammenhang gleichwohl die Frage zu klären, auf welchen Zeitpunkt für die Beurteilung der Gerichtsstandsklausel abzustellen ist. Dazu finden sich verschiedene Auffassungen: Während zum einen für die Voraussetzungen des Art. 23 LugÜ alleine der Zeitpunkt der Klageerhebung, nicht derjenige des Vertragsschlusses massgeblich sein soll (vgl. Kropholler/von Hein, Europäisches Zivilprozessrecht, Kommentar, 9. A., Frankfurt a.M. 2011, N 11 und N 89 zu Art. 23 EuGVO, also zur Schwesterbestimmung des Art. 23 LugÜ), wird zum anderen erklärt, es sei noch nicht eindeutig entschieden, ob bei Art. 23 LugÜ auf die Verhältnisse im Zeitpunkt des Vertragsschlusses oder der Anhängigmachung der Klage abzustellen sei, aus Gründen der Rechtssicherheit müsse es auf die Verhältnisse bei Vertragsschluss ankommen (Grolimund, in: Schnyder [Hrsg.], Lugano-Übereinkommen zum internationalen Zivilverfahrensrecht, Kommentar, Zürich/St. Gallen 2011, N 6 zu Art. 23 LugÜ; vgl. Berger, a.a.O., N 20 f. zu Art. 23 LugÜ). Vorliegend hatten beide Parteien bei Vertragsschluss Sitz resp. Wohnsitz im Vertragsstaat Deutschland, allerdings wies die Sache zu diesem Zeitpunkt keinen internationalen Aspekt auf, also keinen relevanten Auslandsbezug, auch nicht bezüglich des Vertragsgegenstandes, so dass beim Abstellen auf den Zeitpunkt der Vertragsvereinbarung ein rein innerdeutscher Sachverhalt vorläge, welcher Art. 23 LugÜ nicht anwendbar machen würde (vgl. zu einer ähnlichen Konstellation Berger, a.a.O., N 11 ff. zu Art. 23 LugÜ, insb. N 13 Ziff. 1 und N 14). Die Frage der internationalen Zuständigkeit wäre diesfalls nach Art. 2 ff. LugÜ zu entscheiden (Wohnsitz des Beklagten). In analoger Anwendung von Art. 63 LugÜ ist aber für die Anwendungsvoraussetzungen des Art. 23 LugÜ auf den Zeitpunkt der Klageanhebung abzustellen (vgl. Kropholler/von Hein, Europäisches Zivilprozessrecht, Kommentar, 9. A., Frankfurt a.M. 2011, N 3 zu Art. 66 EuGVO, vgl. N 11 und N 89 zu Art. 23 EuGVO; s.

Art. 63 LugÜ; vgl. Berger, a.a.O., N 21 zu Art. 23 LugÜ), weshalb Art. 23 LugÜ vorliegend grundsätzlich zur Anwendung kommt.

bb) (...).

cc) Einer Gerichtsstandsvereinbarung nach LugÜ kommt Autonomie zu (Autonomie der Prorogation, Berger, a.a.O., N 54 zu Art. 23 LugÜ, m.N.), was praktisch bedeutet, dass die Gültigkeit der Prorogation unabhängig und ohne Rücksicht auf die Gültigkeit des Hauptvertrags zu prüfen ist (Berger, a.a.O., N 55 zu Art. 23 LugÜ, m.N., zu den vorliegend nicht relevanten möglichen Ausnahmen von diesem Grundsatz s. N 56). Zudem ist das in Art. 23 Ziff. 1 Satz 3 lit. a LugÜ vorgesehene Erfordernis der Schriftlichkeit ebenfalls autonom auszulegen, also unabhängig von den Regeln des OR über die Schriftform (Berger, a.a.O., N 42 zu Art. 23 LugÜ; Kren Kostkiewicz, a.a.O., N 5 und N 14 zu Art. 23 LugÜ). Die Frage, ob eine Gerichtsstandsvereinbarung nach Art. 23 Ziff. 1 LugÜ gültig zustande kam, ist auch nach bundesgerichtlicher Praxis in autonomer Auslegung ohne Berücksichtigung des nationalen Rechts zu ermitteln (BGE 139 III 345, E. 4, m.N.). Dies muss nicht nur für das Erfordernis der Schriftlichkeit, sondern auch für die Voraussetzung des Konsenses gelten (vgl. Grolimund, a.a.O., N 11 ff. und N 14 ff. zu Art. 23 LugÜ; Kren Kostkiewicz, a.a.O., N 5 f. zu Art. 23 LugÜ). Mit anderen Worten hätte die ebenfalls vertretene Auffassung, wonach nur die Form der Gerichtsstandsvereinbarung dem Prozessrecht zu entnehmen sei, die Frage des Konsenses dagegen dem auf den Hauptvertrag anwendbaren Recht, für Art. 23 LugÜ eigentlich als überholt zu gelten (Grolimund, a.a.O., N 11 zu Art. 23 LugÜ, m.N.). Vertragsautonom verlangt wäre eine enge Auslegung des Art. 23 LugÜ, so dass die Gerichtsstandsvereinbarung die tatsächliche Willenseinigung als klar und eindeutig gegeben erscheinen lassen soll (Grolimund, a.a.O., N 11 zu Art. 23 LugÜ, m.N.). Zugleich sollen Konsensfragen aber in denjenigen nach der Form aufgehen, das heisst, liegt die Form vor, ist von Konsens auszugehen (Grolimund, a.a.O., N 11 zu Art. 23 LugÜ, m.N.; vgl. Perrig, in: Kramer/Probst/Perrig, Schweizerisches Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Bern 2016, Fn. 777 [N 192], der erklärt, weil die Formerfordernisse einen engen Konnex zu den materiellen Anforderungen an den Konsens aufweisen würden, besässen die Gerichtsstandsklauseln Schnittstellencharakter, was in der Praxis immer mehr zur Verschmelzung von Form- und Konsensfragen führe). Die Formerfordernisse des Art. 23 LugÜ sollen gewährleisten, dass eine Einigung zwischen den Parteien tatsächlich feststeht (BGE 139 III 345, E. 4.3, m.N.). In einem neusten Entscheid jedoch erklärte das Bundesgericht zur Frage, nach welchem Recht zu beurteilen sei, ob eine Gerichtsstandsvereinbarung bezüglich der

## A 3.4

internationalen und örtlichen Zuständigkeit gültig sei, genauer, nach welchem Recht die Klausel auszulegen sei, es erscheine sachgerecht, auf die lex causae abzustellen und nicht autonom auf das LugÜ, zumal auch in der Lehre anerkannt werde, dass ein Rückgriff auf die lex causae teilweise unumgänglich sei (BGE 143 III 558, E. 4.1, mit Verweis auf Grolimund, a.a.O., N 12 zu Art. 23 LugÜ). Das Bundesgericht wandte sodann Schweizer Recht an und legte den Vertrag nach dem Vertrauensprinzip aus (a.a.O., E. 4.1.1). Allerdings handelt dieses Urteil insbesondere von der Auslegung und Ergänzung einer Gerichtsstandsvereinbarung mit teilweise unzulässigem Inhalt, die Tatsache der Einigung sowie die Einhaltung der Formvorschriften nach Art. 23 Abs. 1 LugÜ waren unbestritten (a.a.O., Regeste und E. 4.1).

c) Der Vorderrichter erwog zu Art. 23 LugÜ, im Zeitpunkt der Klageerhebung hätten die Klägerin und der Beklagte unterschiedliche Wohnsitze in Vertragsstaaten, es sei ein Gericht in einem Vertragsstaat (Deutschland) vereinbart und die Vereinbarung sei schriftlich geschlossen worden. Die Gerichtsstandsvereinbarung sei somit gültig geschlossen worden.

Die Klägerin bringt in der Berufung im Wesentlichen vor, sie habe dargelegt, dass es sich um zwei verschiedene, voneinander unabhängige Verträge handle; die Vorinstanz verkenne, dass nicht zwei Parteien zwei Verträge geschlossen hätten, sondern vielmehr drei Parteien zwei Verträge: Einmal habe nämlich die „D. GmbH“ mit der Klägerin einen Darlehensvertrag geschlossen, welcher auch ausdrücklich die Gerichtsstandsvereinbarung beinhalte, zwischen den vorliegenden Parteien sei hingegen eine selbstschuldnerische Bürgschaft vereinbart worden, für diese sei jedoch gerade keine Gerichtsstandsvereinbarung getroffen worden. Diese beiden Verträge seien, obwohl sie in einer Vereinbarung formuliert seien, auseinanderzuhalten und auch differenziert zu betrachten, was der Erstrichter in seiner Verfügung unterlassen habe.

Der Beklagte hingegen ist, zusammengefasst, zwar der Ansicht, es müsste in Hannover geklagt werden, bringt aber zugleich vor, er habe den Darlehensvertrag als Darlehensnehmer unterschrieben, eine Unterschrift als Bürge fehle jedoch. Diese Ausführungen des juristischen Laien dürften vor dem Hintergrund erfolgen, sich gegen eine Inanspruchnahme als Bürge generell wehren zu wollen.

d) Das vorliegend zu prüfende Dokument trägt die Überschrift „Darlehensvertrag“. Unter der Überschrift wird klargestellt, dass der Darlehensvertrag zwischen der Klägerin als Darlehensgeberin und der „D. GmbH“ als Darlehensnehmerin geschlossen wird. Ziff. 1 regelt die „Darlehensgewährung“, Ziff. 2 die „Verzinsung und Tilgung“. In Ziff. 3 steht: „Der Ge-

schäftsführer, C. verbürgt sich selbstschuldnerisch für die zu finanzierende Summe.“ Ziff. 4 des Dokuments schliesslich enthält die Schlussbestimmungen, worin u.a. festgehalten wird, „Gerichtsstand und Erfüllungsort ist Hannover“. Nach weiteren Punkten steht das Datum, und am Schluss folgen die Unterschriften der A. GmbH als Darlehensgeberin und von C. als Darlehensnehmer. Mit dieser eigenhändigen Unterschrift, welche klar als „C.“ zu lesen ist, liegt Schriftlichkeit im Sinne des Art. 23 Ziff. 1 lit. a LugÜ vor. Wegen der erwähnten Autonomie der Gerichtsstandsvereinbarung ist unerheblich, ob der Darlehensvertrag resp. der Bürgschaftsvertrag gültig, durchsetzbar etc. ist. Zudem ist aufgrund des Vorliegens der Form, wie dargelegt, zugleich von Konsens in Bezug auf die Gerichtsstandsvereinbarung betreffend die Bürgschaft auszugehen. Demnach schlossen die Parteien wie in Art. 23 Ziff. 1 Satz 3 lit. a LugÜ alternativ vorausgesetzt schriftlich eine Gerichtsstandsvereinbarung (weshalb die Ausführungen der Klägerin zu Art. 23 Ziff. 1 Satz 3 lit. b LugÜ unerheblich sind).

e) Wie nachfolgend gezeigt wird, gälte dies selbst dann, wenn man annähme, die Frage des Konsenses sei nach der *lex causae* zu beurteilen (vgl. Grolimund, a.a.O., N 12 f zu Art. 23 LugÜ; s. etwa Markus, Internationales Zivilprozessrecht, Bern 2014, N 1177 ff. [„teilautonome Bestimmung des Konsenses“, Hervorhebungen im Original]). Die *lex causae*, also das auf den Hauptvertrag anwendbare Recht (Grolimund, a.a.O., N 11 zu Art. 23 LugÜ), ist bei Fehlen einer Rechtswahl (wie vorliegend) nach Art. 117 IPRG zu bestimmen (Grolimund, a.a.O., N 12 zu Art. 23 LugÜ), mithin nach dem engsten Zusammenhang des Vertrags. Laut Art. 117 Abs. 2 IPRG wird der engste Zusammenhang mit dem Staat vermutet, in dem die Partei, welche die charakteristische Leistung erbringen soll, ihren gewöhnlichen Aufenthalt hat oder, wenn sie den Vertrag aufgrund einer beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit schloss, in dem sich ihre Niederlassung befindet. Gemäss Art. 117 Abs. 3 lit. e IPRG ist die charakteristische Leistung bei Garantie- oder Bürgschaftsverträgen die Leistung des Garanten oder des Bürgen. Als massgebender Zeitpunkt für die Bestimmung des Aufenthaltsortes gilt nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts grundsätzlich der Zeitpunkt des Vertragsschlusses (BGE 133 III 90, E. 2.2). Es sind die gesamten Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen (BGE 133 III 90, E. 2.3; Kren Kostkiewicz, Schweizerisches Internationales Privatrecht, 2. A., Bern 2018, N 2316). Zu beurteilender Hauptvertrag ist die selbstschuldnerische Verbürgung, also eine Bürgschaft (vgl. §§ 765 BGB, Art. 492 ff. OR). Zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses hatte der Beklagte seinen gewöhnlichen Aufenthaltsort unbestrittenermassen in Deutschland. Er hätte als Bürge die charakteristische Leistung zu erbringen, wes-

## A 3.4

halb vermutungsweise der engste Zusammenhang mit Deutschland besteht (Art. 117 Abs. 2 IPRG). Weil nichts gegen eine Umstossung der Vermutung spricht, ist aus den angeführten Gründen deutsches Recht anwendbar (Art. 117 Abs. 1 IPRG). Für die Auslegung nach deutschem Recht kann grundsätzlich auf die zutreffenden Ausführungen des Erstrichters verwiesen werden, wonach die Gerichtsstandsklausel auch für die Bürgschaft anwendbar sei (§ 45 Abs. 5 JG). Das sinngemässe Vorbringen der Klägerin, eine Bürgschaft wäre nach deutschem Recht auch mündlich möglich gewesen, trifft abgesehen davon offensichtlich nicht zu (vgl. § 766 BGB, Schriftform der Bürgschaft: „Zur Gültigkeit des Bürgschaftsvertrags ist schriftliche Erteilung der Bürgschaftserklärung erforderlich. Die Erteilung der Bürgschaftserklärung in elektronischer Form ist ausgeschlossen. Soweit der Bürge die Hauptverbindlichkeit erfüllt, wird der Mangel der Form geheilt“). Die Klägerin selbst erklärte noch in ihrer Replik vor dem Erstrichter, zur Gültigkeit der Bürgschaft sei nach deutschem Recht eine schriftliche Erklärung des Bürgen erforderlich, unter Verweis auf § 766 BGB. Im Übrigen wiederholt sie nur ihre Argumentation vor dem Erstrichter, welche bereits in die angefochtene Verfügung einfluss.

Die Klägerin bringt in der Berufung im Wesentlichen vor, es handle sich um zwei verschiedene, voneinander unabhängige Verträge, für die selbstschuldnerische Bürgschaft sei jedoch keine Gerichtsstandsvereinbarung getroffen worden, während der Beklagte der Ansicht ist, es müsste in Hannover geklagt werden, zugleich jedoch vorbringt, er habe den Darlehensvertrag als Darlehensnehmer unterschrieben, eine Unterschrift als Bürge fehle jedoch (vorne, E. 2c). Damit sind sich die Parteien genau besehen in zweierlei Hinsicht uneinig: Einmal im Hinblick auf die Frage, ob überhaupt ein Vertrag in Bezug auf die Bürgschaft zustande kam, einmal bezüglich der Frage, ob für den Bürgschaftsvertrag eine Gerichtsstandsvereinbarung getroffen wurde. Weil vorliegend der wahre Wille der Erklärenden nicht nachgewiesen wurde (sog. natürliche Auslegung), ist die objektive Erklärungsbedeutung ihres Verhaltens zu ermitteln (sog. normative Auslegung; vgl. hierzu Heinrichs, in: Palandt, Beck'sche Kurzkommentare, Band 7, Bürgerliches Gesetzbuch, 63. A., München 2004, N 7 zu § 133). Die zur Diskussion stehende Urkunde hat zwar vornehmlich den Darlehensvertrag zwischen der Klägerin und der „D.“, deren Geschäftsführer der Beklagte damals war, zum Inhalt, weshalb sie auch mit „Darlehensvertrag“ überschrieben ist und unter der (als solcher klar erkennbaren) Unterschrift von C. „Darlehensnehmer“ steht. Dass die Gerichtsstandsklausel in Ziff. 4 nicht aber zugleich für die Abrede in Ziff. 3 gelten soll, also für die unmittelbar darüber stehende Ziffer, und dass die Unterschrift, welche wie erwähnt klar als diejenige von C. zu erkennen ist, nicht auch für die Ziff. 3 gelten soll, wird im Vertrag nicht explizit wegbedungen und



wird auch ansonsten aus dem Dokument nicht ansatzweise implizit ersichtlich. Vielmehr ergibt sich aus dessen gesamten Erscheinungsbild, dass die Gerichtsstandsvereinbarung auch für Ziff. 3, die „Sicherheiten“, also für die selbstschuldnerische Verbürgung des Beklagten gilt. (...).

Demnach liegt auch gemäss der *lex causae* ein Konsens über die Vereinbarung des Gerichtsstands Hannover für die „Bürgschaft“ vor.

(Urteil vom 1. Mai 2018, ZK1 2017 19).

---

## 4. Strafrecht

---

### 4.1 Strafen gleicher Art

- *Die unterschiedliche Vollzugsweise (bedingt und unbedingt) von Strafen für eine Vortat und ein in die Probezeit fallendes Delikt steht einer Gesamtstrafenbildung im Sinne von Art. 46 Abs. 1 Satz 2 StGB nicht entgegen (Erw. 4).*

#### *Sachverhaltszusammenfassung:*

Der Einzelrichter am Bezirksgericht widerrief den bedingten Vollzug einer Geldvorstrafe von 20 Tagessätzen zu Fr. 90.-- und bestrafte den Beschuldigte ausgehend von einer Gesamtstrafe für die Vortat und das Probezeitdelikt von 45 Tagessätzen mit einer bedingten Zusatzstrafe von 25 Tagessätzen zu Fr. 90.--. Dagegen erklärte die Staatsanwaltschaft die Berufung. Sie beantragte eine unbedingte Geldstrafe von 40 Tagessätzen zu Fr. 90.--. Nach ihrer Auffassung sind die widerrufenen unbedingte Geldstrafe und die bedingte Geldstrafe für das Probezeitdelikt nicht gleichartig im Sinne von Art. 46 Abs. 1 Satz 2 StGB.

#### *Aus den Erwägungen:*

4. Die Staatsanwaltschaft hält (...) dafür, eine Gesamtstrafe sei nur bei gleicher Vollzugsweise zulässig. Dieser Argumentation liegt eine Gleichsetzung von Vollzugs- und Strafart zugrunde, die sich jedoch weder auf die alte noch neue Fassung von Art. 46 Abs. 1 StGB abstützen lässt. Beide Texte behandeln die Vollzugsweisen vielmehr als Varianten jeder Strafart

## A 4.1

(so im Ergebnis auch Stratenwerth, Schweizerisches Strafrecht, AT II, 2. A. 2006, § 5 N 9). (...). Im Einzelnen ergibt sich:

a) Art. 34 ff. StGB (Erster Abschnitt) regeln die Strafarten für Verbrechen und Vergehen (Geldstrafe oder Freiheitsstrafe, neu ohne gemeinnützige Arbeit). Art. 42 ff. StGB (Zweiter Abschnitt) beziehen sich dagegen auf die Aufschubmöglichkeiten („bedingte und teilbedingte Strafen“). Diese verändern die in den Straftatbeständen des Besonderen Teils angeordneten Strafarten nicht (auch BGer 6B\_483/2016 vom 30. April 2018 E. 2.3.1 zählt die Strafaufschubmöglichkeiten nicht zu den Strafarten; Heimgartner, OFK, 20. A. 2018, Art. 49 StGB N 4 und 9 unterscheidet sie von den Vollzugsmodalitäten; ähnlich Wiprächtiger/Keller, BSK, 3. A. 2013, Art. 47 N 29 und 32, welche zwar die „grosse Variantenvielfalt“ an Strafarten in Verbindung mit den Aufschubmöglichkeiten thematisieren, ohne aber letztere in die der Reihe nach aufgezählten Strafarten aufzunehmen), sondern variieren nur deren Vollzugsweise (so auch OG-ZH SB170510 vom 13. März 2018 E. 1.2). Entgegen der Auffassung der Staatsanwaltschaft stehen deshalb unterschiedliche Aufschubregelungen einer Gesamtstrafenbildung nicht entgegen (a.M. je ohne Begründung Niggli/Maeder in FS Donatsch, 2017, S. 158 sowie zumindest implizit Heimgartner, a.a.O., Art. 46 StGB N 1b). Mangels zwingender dogmatischer Argumente (vgl. dazu Stratenwerth, a.a.O., § 5 N 9) für die Auffassung, bedingte und unbedingte Strafen seien Strafarten, wogegen auch der Wortlaut von Art. 48a Abs. 2 bzw. 49 Abs. 1 Satz 3 StGB spricht, ist anzunehmen, dass Art. 46 Abs. 1 nStGB für die Gesamtstrafenbildung nur die gleiche Strafart, aber nicht dieselbe Vollzugsweise voraussetzt. Die präventive Natur aufweisende Frage des Strafaufschubs passt im Übrigen nicht in den Katalog der historisch kontingenten (vgl. Martins, ZIS 10/2014 S. 514 ff. zuzf. S. 521 Ziff. 9) Strafübel, die dem wörtlichen Tadel des Schuldspruchs den nötigen ausdifferenzierten Nachdruck (dazu Coninx, recht 2016, S. 162 mit Hinw.) verleihen (vgl. in Bezug auf die absolute Straftheorie Heizmann, Strafe im schweizerischen Privatrecht, 2015, Rz 38).

b) Der Kombination von unbedingter und bedingter Geldstrafe aus der Überzeugung, der Straftäter lasse sich durch den Vollzug der Vorstrafe von weiterer Delinquenz abhalten, steht Art. 46 Abs. 1 nStGB nach dem eben Gesagten (oben lit. a) nicht entgegen. Sie führt nicht zu einer im neuen Recht (Art. 43 Abs. 1 nStGB) nicht mehr vorgesehenen teilbedingten Geldstrafe, weil die widerrufenen und die neue Geldstrafe effektiv voneinander unabhängig bleiben. Art. 46 Abs. 1 nStGB gebietet zudem nur die sinngemässe, also gedankliche Anwendung von Art. 49 StGB (vgl. BGE

142 IV 265 E. 2.4.2 f.; Heimgartner, a.a.O., Art. 49 StGB N 9). Von einer „Einsatzstrafe“, also einer Strafe für das schwerste Delikt im Sinne von Art. 49 Abs. 1 StGB, zu sprechen, ist angesichts der rechtskräftig abgeurteilten, mithin nicht (mehr) konkurrenzfähigen Tat denn auch nicht sachgerecht. Zudem hat das Gericht eine in die Probezeit fallende und mithin keine retrospektiv konkurrenzfähige Tat zu beurteilen, die der Täter beging, bevor er wegen einer anderen Tat verurteilt wurde (Art. 49 Abs.2 StGB). Zwar sind die Strafhöhen für die Vortat und das neue Delikt in eine hypothetische Gesamtbetrachtung einzubeziehen, ohne aber eine neue, die Vorstrafe ersetzende Gesamtstrafe auszufällen.

c) Nach der Praxis bestimmt die Obergrenze der hypothetischen Gesamtstrafe die Vollzugsweise bzw. die Aufschubmöglichkeiten (vgl. BGE 142 IV 265 E. 2.4.6; im Rückversetzungsverfahren setzt dagegen Art. 89 Abs. 6 StGB im Unterschied zu Art. 46 Abs. 1 nStGB ausdrücklich eine unbedingte Freiheitsstrafe und eine vollziehbar Reststrafe voraus, dazu BGE 135 IV 146 E. 2.4.2). Vorliegend bildete der Vorderrichter gedanklich analog zu Art. 49 StGB eine unterhalb des Maximums von 180 Tagessätzen (Art. 34 Abs. 1 nStGB) liegende Gesamtgeldstrafe von 45 Tagessätzen. Damit sind bedingte Strafen zulässig (Art. 42 Abs. 1 nStGB). Gegen die vorderrichterliche Annahme einer Gesamtstrafe mit 45 Tagen will die Staatsanwaltschaft im Berufungsverfahren ausdrücklich nichts einwenden, weshalb hierauf, namentlich die konkrete Art und Weise der Gesamtstrafenbildung, nicht näher einzugehen ist (Art. 385 Abs. 1 lit. b StPO). Es ist nicht zu beanstanden, dass der Vorderrichter demnach zur Vorstrafe von 20 Tagessätzen für die von ihm zu beurteilenden Delikte eine bedingte Zusatzstrafe von 25 Tagessätzen ausfällte, obwohl er den bedingten Vollzug der Vorstrafe widerrief.

(Urteil vom 22. Oktober 2018, STK 2018 18 = CAN 2-19 Nr. 40 mit Bemerkungen).

## **4.2 Versuchte eventualvorsätzliche Tötung**

- *Abgrenzung zwischen versuchter (eventual-)vorsätzlicher Tötung, Gefährdung des Lebens und einfacher Körperverletzung beim Würgen (Erw. 4).*

## A 4.2

*Aus den Erwägungen:*

4. (...).

c) aa) Nach Art. 111 StGB wird mit Freiheitsstrafe nicht unter fünf Jahren bestraft, wer vorsätzlich einen Menschen tötet, ohne dass die Voraussetzungen der besonderen Tötungsdelikte wie Mord oder Totschlag usw. vorliegen. Als Tathandlung genügt jede Art der Verursachung des Todes eines lebenden Menschen, wobei der Täter beliebige Tatmittel einsetzen kann (Schwarzenegger, Niggli/Wiprächtiger [Hrsg.], Basler Kommentar, Strafrecht, Bd. II, 3. A., 2013, N 4 zu Art. 111 StGB). In subjektiver Hinsicht ist Vorsatz erforderlich. Eventualvorsatz genügt, auch für den unvollendeten und vollendeten Versuch (BGE 103 IV 65, E. 1.2; Trechsel/Geth, in: Trechsel/Pieth [Hrsg.], Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, 3. A., 2018, N 1 zu Art. 111 StGB).

bb) Wer einen Menschen in skrupelloser Weise in unmittelbare Lebensgefahr bringt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe bestraft (Art. 129 StGB). Der objektive Tatbestand ist durch den Erfolg charakterisiert, d.h., Tathandlung ist jedes Verursachen einer konkreten, unmittelbaren Lebensgefahr. Lebensgefahr ist ein Zustand, bei dem nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge die Verletzung des geschützten Rechtsgutes als drohendes Ereignis bevorsteht. Die Gefahr muss konkret sein und nicht bloss eine abstrakte Möglichkeit darstellen (Maeder, in: Niggli/Wiprächtiger [Hrsg.], Basler Kommentar, Strafrecht, Bd. II, 3. A., 2013, N 11 zu Art. 129 StGB; Trechsel/Mona, in: Trechsel/Pieth [Hrsg.], Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, 3. A., 2018, N 1 ff. zu Art. 129 StGB). Eine unmittelbare Gefahr liegt vor, wenn sich aus dem Verhalten des Täters direkt die Wahrscheinlichkeit oder nahe Möglichkeit der Verletzung des geschützten Rechtsguts ergibt (BGE 133 IV 1, E. 5.1; BGE, Urteil 6S.127/2007 vom 6. Juli 2007, E. 2.3). Als unmittelbar lässt sich eine Lebensgefahr bezeichnen, die unvermittelt durch weitere Ursachen, das heisst ohne Zwischenschritt, in den Tod übergehen kann (Stratenwerth/Jenny/Bommer, Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil I: Straftaten gegen Individualinteressen, 7. A., 2010, § 4 N 8). Der Tatbestand der Lebensgefährdung erfordert in subjektiver Hinsicht direktvorsätzliches sowie skrupelloses Verhalten. Eventualvorsatz genügt nicht. Der Täter muss wissen, dass er durch sein Verhalten die unmittelbare Lebensgefahr direkt herbeiführt (Maeder, a.a.O., N 45 zu Art. 129 StGB). Skrupellos ist ein in schwerem Grade vorwerfbares, ein rücksichts- oder hemmungsloses Verhalten (BGE 133 IV 1, E. 5.1; Maeder, a.a.O., N 49 zu Art. 129 StGB).

cc) Vom Eventualvorsatz auf Tötung unterscheidet sich der Gefährdungsvorsatz dadurch, dass der Täter darauf vertraut, der Tod des Opfers werde nicht eintreten. Das setzt voraus, dass er annimmt, die drohende Gefahr könne durch sein eigenes Verhalten oder durch eine Reaktion der gefährdeten Person abgewendet werden (BGer, Urteil 6B\_617/2013 vom 4. April 2014, E. 2.4; BGer, Urteil 6B\_655/2012 vom 15. Februar 2013, E. 3.5). Sicheres Wissen um die unmittelbare Lebensgefahr – also um die Möglichkeit des Erfolgeintritts, d.h. des Todes – ist nicht dasselbe wie sicheres Wissen um diesen Erfolgeintritt. Je mehr die Vermeidung der Todesfolge dem Zufall überlassen bleibt, desto eher ist eventualvorsätzliche Tötung oder der Versuch dazu anzunehmen (BGer, Urteil 6B\_655/2012, E. 3.5 m.w.H.; Maeder, a.a.O., N 46 zu Art. 129 StGB m.w.H.).

dd) Das Bundesgericht bestätigte den Schuldspruch der versuchten eventualvorsätzlichen Tötung bei einem Täter, der seine Tochter derart lange und massiv mit einer Hand würgte, bis das Opfer nach Luft schnappte und befürchtete, in Ohnmacht zu fallen und stellte insbesondere fest, dass die Tochter das Würgen nur deshalb überlebt haben dürfte, weil ihre Schwester und die Ehefrau des Täters eingegriffen hätten (BGer, Urteil 6S.180/2003 vom 24. Juli 2003, E. 4). Auch bei einem Täter, der seiner Tochter eine Seilschlinge um den Hals legte und sie in die Höhe zog, bis sie bewusstlos wurde, stellte das Bundesgericht fest, dass die Gefahr des Todes der Tochter derart gross gewesen sei, dass nicht angenommen werden könne, der Täter hätte diese Gefahr durch eigenes Verhalten abwenden können, und bestätigte den vorinstanzlichen Schuldspruch der versuchten eventualvorsätzlichen Tötung (BGer, Urteil 6B\_655/2012 vom 15. Februar 2013, E. 3.5). Sodann schützte das Bundesgericht die Verurteilung wegen eventualvorsätzlicher Tötung bei einem Täter, der sein Opfer, das an einer schweren Herzkrankheit litt, attackierte und einhändig massiv würgte, sodass eine unmittelbare Lebensgefahr durch ein Gutachten des IRM Zürich festgestellt wurde. Das Bundesgericht führte aus, es bleibe in diesem Zusammenhang unerheblich, wie lange das Opfer gewürgt worden sei, weil die Lebensgefahr derart gross gewesen sei, dass nicht angenommen werden könne, der Täter hätte die Gefahr durch eigenes Verhalten abwenden können; vielmehr habe er das Risiko nicht kalkulieren können (BGer, Urteil 6B\_617/2013 vom 4. April 2014, E. 2.4).

d) Gemäss dem Gutachten des IRM Zürich vom 3. Februar 2015 lag bereits aufgrund der objektiv festgestellten Punktblutungen eine konkrete Lebensgefahr vor. Unerheblich ist deshalb, dass die vom Privatkläger anfänglich behauptete bzw. angedeutete Bewusstlosigkeit nicht erstellt ist.

## A 4.2

Entgegen der Ansicht der Verteidigung äusserte sich das IRM Zürich nicht dazu, ob diese Bewusstlosigkeit tatsächlich vorlag, sondern erwähnte diese als eine vom Privatkläger geschilderte subjektive Wahrnehmung. Die vorinstanzliche Feststellung, dass eine konkrete, unmittelbare Lebensgefahr bestand, ist somit nicht zu beanstanden.

e) Hinsichtlich der Wissensseite kann als allgemein bekannt vorausgesetzt werden, dass beidhändiges, starkes Würgen zum Tod des Gewürgten führen kann. Dieses Wissen kann dem Beschuldigten ohne Weiteres angerechnet werden, weshalb zu prüfen ist, ob er diesen Erfolg wollte bzw. im Sinne des Eventualvorsatzes billigend in Kauf nahm. Zum ganzen Vorfall gab der Beschuldigte an der erstinstanzlichen Hauptverhandlung an, er habe mit seinem Vorgehen dem Privatkläger sagen wollen, dass es so nicht gehen würde, dass er seine Mutter nicht so behandeln könne. Er habe erreichen wollen, dass er (der Privatkläger) mal anständig mit seiner Mutter spreche und nicht immer mit Gewalt reagiere. Der Privatkläger habe ihn aber provoziert und zur Weissglut gebracht. In dieses Bild passt, dass der Beschuldigte, nachdem er zunächst mit den Faustschlägen und danach mit Stuhlschlägen erfolglos blieb, die Intensität seines Handelns weiter steigerte, indem er auf den Privatkläger losging, sich mit seinem ganzen Gewicht auf ihn setzte und ihn beidhändig würgte. Dass es dem Beschuldigten zu diesem Zeitpunkt immer noch darum ging, den Privatkläger dazu zu bringen, anständig mit seiner Mutter zu sprechen, erscheint wenig nachvollziehbar. Vielmehr ist davon auszugehen, dass sich der Beschuldigte durch die verbale Auseinandersetzung mit dem Privatkläger persönlich provoziert bzw. durch seine misslungenen Angriffe gedemütigt fühlte und den Privatkläger wegen seines in seinen Augen ungehörigen Verhaltens bestrafen wollte. Der Beschuldigte war somit in erster Linie vielmehr von seiner Wut getrieben. Sodann gab er selbst an, er habe erst aufgehört, als K. gekommen sei und gesagt habe, sie sollen aufhören. Wenngleich er damit auf das von ihm geschilderte, sachverhaltsmässig nicht erstellte gegenseitige Halten und Würgen Bezug nahm, deckt sich diese Aussage mit den Schilderungen der übrigen Beteiligten. Unerheblich ist, dass K. den Beschuldigten nicht wegriessen musste bzw. dass der Beschuldigte sofort vom Privatkläger abliess, als er einschritt. Entscheidend ist einzig die Tatsache, dass der Beschuldigte selbst dann noch nicht aufhörte den Privatkläger zu würgen, als dieser seinen Bruder um Hilfe rief und zu röcheln begann. Es bleibt letztlich unklar, wie lange der Beschuldigte ohne das Einschreiten von K. weiter gewürgt hätte. Jedenfalls sind keine objektiven Anzeichen ersichtlich, denen zufolge er dem Würgen aus eigenem Antrieb ein Ende gesetzt hätte. Hinzu kommt, dass sich der Privatkläger dem Gutachten des IRM Zürich zufolge zum Zeitpunkt des Einschreitens von K. bereits in konkreter, unmittelbarer Lebensgefahr befand. Selbst wenn der

Beschuldigte darauf vertraut haben sollte – was weder behauptet noch erstellt ist –, dass einer der Anwesenden rechtzeitig eingreifen würde, bliebe es dem Zufall überlassen, ob dieses Einschreiten rechtzeitig, d.h. vor Eintritt des Todes des Privatklägers, erfolgt wäre. Angesichts dessen sind keine Anzeichen ersichtlich, denen zufolge der Beschuldigte das Risiko seines Handelns hätte kalkulieren oder im dynamischen Geschehen sein Handeln hätte dosiert steuern können. In seinem Zorn nahm er folglich vielmehr den Tod des Privatklägers in Kauf und handelte somit eventualvorsätzlich.

f) Die versuchte Tötung konsumiert sowohl den Tatbestand der Lebensgefährdung (Trechsel/Mona, a.a.O., N 8 zu Art. 129 StGB) als auch denjenigen der einfachen Körperverletzung, weshalb sich eine Prüfung dieser Tatbestände erübrigt.

(Urteil vom 6. März 2018, STK 2017 16 und 17).

### 4.3 Fahrlässige Körperverletzung

- *Spannen eines Weidezaundrahtes über einen Karrenweg und Unterlassung, den gespannten Draht zu signalisieren/markieren – Begehung oder Unterlassung (Erw. 1)?*
- *Ausreichende Markierung des Weidezaundrahtes (Erw. 4)?*

*Aus den Erwägungen:*

1. Gemäss Anklage habe der Beschuldigte als Bewirtschafter der F. einen Weidezaundraht über den über die Alp führenden Karrenweg gespannt und es unterlassen, eine Signalisation/Markierung am gespannten Draht anzubringen; indem B. die von ihm auf einem dem öffentlichen Fahrradverkehr zugänglichen Weg geschaffene Gefahrenquelle nicht mittels eines auffälligen Trassierbandes oder anderweitig deutlich markiert habe, habe er eine durch Art. 4 Abs. 1 SVG gesetzlich statuierte und ihn treffende allgemeine Sicherheits- und Sorgfaltspflicht missachtet.

a) Fraglich ist zunächst, ob es sich bei diesem Vorwurf um ein fahrlässiges unechtes Unterlassungsdelikt handelt (vgl. Art. 11 und Art. 12 Abs. 3 StGB), also ob der Beschuldigte den gespannten Draht nicht ausreichend gekennzeichnet habe, oder ob dem Beschuldigten eine fahrlässige Handlung vorgeworfen wird, dergestalt, dass er den Draht sorgfaltswidrig gespannt habe. Die Formulierung der Anklage liesse beide Auffassungen zu.

## A 4.3

b) Die Verteidigung ist der Auffassung, die Staatsanwaltschaft werfe dem Beschuldigten nicht ein Tätigwerden, sondern ein Unterlassen vor. Der Beschuldigte habe es unterlassen, die Gefahrenquelle (Zaun) genügend zu markieren. Demgegenüber ging die Vorinstanz von einer Handlung aus.

c) Laut dem in der Schweiz vorherrschenden Subsidiaritätsprinzip ist ein Unterlassen erst dann zu prüfen, wenn ein für den Taterfolg rechtlich relevantes kausales Handeln nicht vorliegt (Seelmann, in: Niggli/Wiprächtiger, Basler Kommentar, Strafrecht I, 3. A., 2013, N 20 zu Art. 11 StGB). Für die Abgrenzung zwischen Handeln und Unterlassen bei doppelrelevantem Verhalten, welche Frage insbesondere bei Fahrlässigkeitsdelikten auftritt, ist entsprechend zunächst nach den Kausalitätskriterien zu prüfen, ob überhaupt ein Handlungsmoment besteht (Seelmann, a.a.O., N 28 zu Art. 11 StGB). Vorliegend steht im Vordergrund, dass der Beschuldigte den Weidezaun spannte, was die Privatklägerin, so der Vorwurf, zu Fall brachte, was wiederum die Verletzungen zur Folge hatte. Vorgehalten wird dem Beschuldigten weiter, er habe den Zaun nicht ausreichend markiert. Deshalb ist von einer Handlung auszugehen, zumal jede fahrlässige Handlung ein Unterlassungsmoment aufweist, eben die Unterlassung der gebotenen Sorgfalt (Seelmann, a.a.O., N 25 zu Art. 11 StGB; vgl. auch Stratenwerth, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I: Die Straftat, 4. A., 2011, S. 135, der erklärt, das fahrlässige Unterlassungsdelikt habe mit dem fahrlässigen Handlungsdelikt gemeinsam, dass die gebotene Handlung unterbleibe). Ein allfälliges unsorgfältiges Handeln (unter der Annahme des Vorliegens eines fahrlässigen Handlungsdelikts) stellt zugleich eine Verletzung der Garantenpflicht dar (unter der Annahme des Vorliegens eines fahrlässigen unechten Unterlassungsdelikts), vgl. Niggli/Maeder, in: Niggli/Wiprächtiger, Basler Kommentar, Strafrecht I, 2013, N 83 zu Art. 12 StGB, resp. bei Vorliegen einer Garantenstellung beinhaltet die Sorgfaltspflichtverletzung die Verletzung der Garantenpflicht (Seelmann, a.a.O., N 84 zu Art. 11 StGB). Es ist deshalb unabhängig von den obigen Ausführungen zu prüfen, ob der Beschuldigte eine Sorgfaltspflicht verletzte (Art. 12 Abs. 3 StGB; vgl. E. 4 hinten).

4. Die Vorinstanz gelangte zum Schluss, dass der Beschuldigte auf dem Karrenweg nicht mit Mountainbikern haben rechnen können und müssen. Darum habe es für ihn keine Anzeichen gegeben, die vom Weidezaundraht ausgehende Gefahr für Mountainbiker i.S.v. Art. 4 SVG auszugleichen. Eine Sorgfaltspflichtverletzung könne dem Beschuldigten ebenso wenig aus dem von der Privatklägerschaft eingereichten Merkblatt des bfu von



November 2015 vorgeworfen werden. Habe der Beschuldigte den eingetretenen Erfolg aufgrund der Umstände und seiner Lebenserfahrung nicht voraussehen können, erweise sich der Umstand, dass die Privatklägerin den Karrenweg hinuntergefahren sei, als derart aussergewöhnlich, dass der Beschuldigte damit nicht habe rechnen müssen. Entsprechend falle eine Verurteilung wegen fahrlässiger Körperverletzung auch aufgrund mangelnder Vorhersehbarkeit des Erfolgs ausser Betracht.

a) Die Staatsanwaltschaft bringt vor, auch die Vorinstanz sei in E. 1.3.3 zum Schluss gekommen, dass der Beschuldigte den allgemeinen Gefahrensatz i.S.v. Art. 4 Abs. 1 SVG verletzt habe. Ausserdem sei es für den Beschuldigten voraussehbar gewesen, dass jemand mit dem Mountainbike von der N. herkommend in Richtung F. und an der durch den Weidezaundraht abgesperrten Stelle durchzufahren beabsichtige. Ebenso sei für den Beschuldigten voraussehbar gewesen, dass seine ungenügende Markierung am Weidezaundraht zu einem Unfallereignis führen könne, wie es am 30. August 2015 tatsächlich eingetreten sei.

Die Verteidigung wendet ein, dem Beschuldigten könne keine Verletzung einer Sorgfaltspflicht vorgeworfen werden, weder Art. 4 Abs. 1 SVG noch eine andere Norm seien verletzt. Der Beschuldigte habe zwar mit Wanderern, nicht aber mit Fahrrädern auf dem Kiesweg rechnen müssen und noch weniger damit, dass diese von oben, quasi aus der Sackgasse, an den Zaun gelangen würden. Der Beschuldigte habe das aussergewöhnliche Geschehen, dass jemand mit einem Fahrrad von oberhalb an die Unfallstelle gelangen würde, schlicht nicht voraussehen können. Darum habe der Beschuldigte den Zaun genügend markiert und gesichert. Doch selbst wenn der Beschuldigte damit hätte rechnen müssen, dass Mountainbiker von oberhalb des Kiesweges an den Weidezaun fahren würden, wäre dieser dennoch ausreichend erkennbar bzw. dessen Signalisation mehr als genügend gewesen, zumal die vom Beschuldigten vorgenommene Markierung auch in den entsprechenden Merkblättern empfohlen werde. Der Zaun habe seit 30 Jahren der zweckmässigen Unterteilung der Alpweiden gedient. (...).

c) aa) Nach Art. 4 Abs. 1 SVG dürfen Verkehrshindernisse nicht ohne zwingende Gründe geschaffen werden; sie sind ausreichend kenntlich zu machen und möglichst bald zu beseitigen (Art. 4 Abs.1 SVG). Eine Kennzeichnung ist dann ausreichend, wenn sie geeignet ist, die durch das Verkehrshindernis für die Verkehrsteilnehmer geschaffene Gefahr auszugleichen. Ausmass und Modalitäten der geforderten Kennzeichnung hängen somit vom Ausmass der vom Verkehrshindernis ausgehenden Gefahr einerseits und von der objektiven Erkennbarkeit des Hindernisses durch die Verkehrsteilnehmer andererseits ab. So ist etwa ein Stahlwindenseil für

## A 4.3

Radfahrer oder Skifahrer (Pistenfahrzeug an Stahlwinde) sehr gefährlich und ohne Marker (rote Fähnchen oder dergleichen) nicht oder erst zu spät erkennbar (Waldmann/Kraemer, in: Niggli/Probst/Waldmann, Basler Kommentar, Strassenverkehrsgesetz, 2014, N 12 zu Art. 4 SVG). Verkehrshindernisse sind möglichst bald zu beseitigen. Ein Verkehrshindernis darf also nur solange bestehen bleiben, als dies angesichts der zwingenden Gründe, die das Hindernis rechtfertigen, unbedingt nötig erscheint (Waldmann/Kraemer, a.a.O., N 15 zu Art. 4 SVG).

bb) (...).

bbb) Der über den über die Alp führenden Karrenweg gespannte Weidezaundraht hatte blaue und weisse Litzen (Durchmesser insgesamt 3.5 mm) und war einseitig mit einem orangen Torgriff, ca. 15 cm lang, an einem Zaunpfosten eingehängt. Am anderen Ende war der Draht an einem ebenfalls orangen Ringisolator festgemacht. Unterhalb des Weidezaundrahtes, am Boden entlang, führte zudem ein oranger Draht. Eine zusätzliche Signalisation am gespannten Draht brachte der Beschuldigte nicht an (vgl. E. 3a vorne).

Für die Frage, ob der Beschuldigte den Weidezaundraht ausreichend kenntlich machte oder nicht, ist hinsichtlich der „nach den Umständen“ gebotenen Sorgfalt wie bereits erwähnt (vgl. E. 4b) zu beachten, dass die in den verschiedenen Tätigkeitsgebieten bestehenden generellen Sorgfaltsregeln aufgrund gesetzlicher Vorschriften oder in Form allgemein anerkannter Sicherheitsempfehlungen, Richtlinien oder Merkblätter zur Unfallverhütung und dergleichen wichtige Orientierungspunkte und Bestimmungsgrössen bilden (Niggli/Maeder, a.a.O., N 111 zu Art. 12 StGB). Die Privatklägerin reichte im erstinstanzlichen Verfahren ein Merkblatt des bfu von November 2015 ins Recht. Dieses hält fest, dass Drahtabsperren über Wanderwege zu signalisieren seien und mit der Zaunschliesstafel diese Pflicht einfach erfüllt werden könne, womit sich die Sicherheit für Mountainbiker deutlich erhöhe. Weil dieses Merkblatt erst vom November 2015 datiert, stellt sich die Frage, ob ein ähnliches Merkblatt bereits im Zeitpunkt des Unfalls vom 30. August 2015 Gültigkeit hatte. Demgegenüber reichte die Verteidigung anlässlich der Hauptverhandlung vor Erstinstanz vom 18. April 2018 ihrerseits das undatierte Merkblatt des LQ-Projekts Zentralschweiz „A2a Durchgänge im gekennzeichneten Wegenetz pflegen“ ins Recht, das auf der Homepage des Amtes für Landwirtschaft des Kantons Schwyz aufgeschaltet, aber nicht datiert ist ([www.sz.ch/unternehmen/landwirtschaft,veterinaerwesen/downloads/landschaftsqualitaet](http://www.sz.ch/unternehmen/landwirtschaft,veterinaerwesen/downloads/landschaftsqualitaet)). Dieses erwähnt, dass keine Stacheldrähte bei Passagen von Wanderwegen stehen sollten und dass sich Torgriffe zum Einhängen für Elektro-

zäune eignen würden, weil sie von Wandernden und Bikern einfach bedient werden könnten. Auf dem entsprechenden Foto ist bei der Drahtabsperrung keine zusätzliche Markierung zu sehen. Der Beschuldigte wies in seiner Befragung vor Erstinstanz darauf hin, dass er sich an dieses Merkblatt gehalten habe. Dies trifft augenscheinlich zu, zumal er den vormalig an dieser Stelle installierten Stacheldrahtzaun durch den heutigen Weidezaundraht ersetzte, und zwar nicht wegen allfälliger Mountainbiker, die sich im Weg verirrt, sondern damit sich vorbeispringende Kinder nicht durch den Stacheldrahtzaun verletzen. Nach den Aussagen des Beschuldigten und dessen Verteidiger vor Schranken unterstützt bzw. subventioniert der Kanton die Absperrung.

Unter dem Titel des Vertrauensgrundsatzes ist dem Umstand Rechnung zu tragen, dass sich der Bewirtschaftungsweg, auf welchem der Unfall geschah, auf einer Alp befindet. Der Beschuldigte gab zu Protokoll, dass dieser Weg aus grobem Kies bestehe, wegen des steilen Geländes auch Steine vom Hang kämen, sich dort Entwässerungsgräben befänden und es zur Zeit des Unfalls Vieh auf der Weide gehabt habe. An solchen Orten müssen Dritte wie Biker mit gespannten Weidezaundrahten rechnen und erhöhte Aufmerksamkeit walten lassen.

ccc) Zusammenfassend ist von folgendem Sachverhalt auszugehen: Der Karrenweg, auf welchem die Privatklägerin verunfallte, befindet sich auf der F., besteht aus grobem Kies, wobei auch Steine vom Hang auf den Weg herunterrollen, und verfügt über Entwässerungsgräben. Zur Zeit des Unfalles hatte es Vieh auf der Weide. Beim Weg, den die Privatklägerin hinunterkam, bevor sie auf den Karrenweg gelangte, handelt es sich um einen Bergwanderweg, der nach Angaben der Parteien teilweise sehr steil und eng ist, so dass die Privatklägerin ihr Mountainbike teilweise stossen oder sogar tragen musste. Der Beschuldigte sah noch nie einen Mountainbiker, der vom Berg herkommend auf den Karrenweg gelangte und diesen befuhr. Auch die Eigentümer und die Flurgenossenschaft waren überrascht, dass dort jemand mit dem Mountainbike hinunterkam. Vor diesem Hintergrund gelangt das Kantonsgericht zum Schluss, dass der Weidezaundraht mit seinen blauen und weissen Litzen im Durchmesser von 3.5 mm, dem 15 cm langen orangen Torgriff und dem ebenfalls orangen Ringisolator sowie dem unterhalb des Weidezaundrahtes am Boden entlang führenden orangen Draht als für Mountainbikefahrer ausreichend kenntlich war, so dass der Beschuldigte den Weidezaundraht nicht zusätzlich signalisieren musste. Insoweit ist dem Beschuldigten somit keine Sorgfaltspflichtverletzung vorzuwerfen. Daran ändert nichts, dass nicht feststeht, es sei, wie von der Verteidigung vorgebracht, der Privatklägerin

## A 4.4

von Gesetzes wegen untersagt gewesen, den Bergwanderweg zur F. zu befahren, soweit ihr dies möglich war, sowie an der durch den Weidezaun- draht abgesperrten Stelle vorbeizufahren. (...).

(Urteil vom 23. Oktober 2018, STK 2018 25).

### 4.4 Stalking, Anklageprinzip

- *Kumulieren sich die Wirkungen einzelner Handlungen zu einer gewissen Zwangsintensität insgesamt, kann jede einzelne Tat als Nötigung qualifiziert werden, auch wenn sie für sich allein noch nicht geeignet wäre, die Handlungsfreiheit im von Art. 181 StGB geforderten Ausmass einzuschränken (Erw. 3.a).*
- *Aufgrund dieses materiellrechtlichen Prüfungsprogramms (Erw. 3.a) ist es bei stalkingtypischen Nötigungen erforderlich, dass der Anklage die entsprechenden Umstände und Vorgeschichte der einzelnen Handlungen zu entnehmen sind. Die Tatbestände für die einzelnen Handlungen sind mit der Sachverhaltsdarstellung zu verbinden, so dass bei mehrfachen Anklagevorwürfen die verschiedenen infrage kommenden Tatbestände den einzelnen angeklagten Lebensvorgängen zugeordnet werden können; die blosse Auflistung angeblich erfüllter Tatbestände genügt nicht (Erw. 3.b).*

*Aus den Erwägungen:*

a) Gemäss Art. 181 StGB wird wegen Nötigung bestraft, wer jemanden durch Gewalt oder Androhung ernstlicher Nachteile oder durch andere Beschränkung seiner Handlungsfreiheit nötigt, etwas zu tun, zu unterlassen oder zu dulden. Schutzobjekt von Art. 181 StGB ist die Freiheit der Willensbildung und Willensbetätigung des Einzelnen. Es handelt sich um ein Erfolgsdelikt: Die Anwendung des Nötigungsmittels muss den Betroffenen in seiner Handlungsfreiheit beeinträchtigen. Um dem gesetzlichen und verfassungsmässigen Bestimmtheitsgebot („nullum crimen sine lege“) gerecht zu werden, ist die Tatbestandsvariante der „anderen Beschränkung der Handlungsfreiheit“ in Art. 181 StGB restriktiv auszulegen. Das Zwangsmittel der „anderen Beschränkung der Handlungsfreiheit“ muss, um tatbestandsmässig zu sein, das üblicherweise geduldete Mass an Beeinflussung in ähnlicher Weise eindeutig überschreiten, wie es für die im Gesetz ausdrücklich genannten Zwangsmittel der Gewalt und der Androhung ernstlicher Nachteile gilt. Es muss ihnen mithin eine den gesetzlich genannten Mitteln vergleichbare Zwangswirkung zukommen. Eine Nötigung ist unrechtmässig, wenn das Mittel oder der Zweck unerlaubt ist oder

wenn das Mittel zum angestrebten Zweck nicht im richtigen Verhältnis steht oder wenn die Verknüpfung zwischen einem an sich zulässigen Mittel und einem erlaubten Zweck rechtsmissbräuchlich oder sittenwidrig ist (BGE 141 IV 437 E. 3.2.1 mit Hinweisen).

Laut Bundesgericht soll das sog. Stalking das Phänomen des zwanghaften Verfolgens und Belästigens einer Person erfassen. Heute gelten als typische Merkmale des Stalkings das Ausspionieren, fortwährende Aufsuchen physischer Nähe (Verfolgen), Belästigen und Bedrohen eines anderen Menschen, wobei das fragliche Verhalten mindestens zweimal vorkommen und beim Opfer starke Furcht hervorrufen muss. Häufig bezweckt es Rache für empfundenes Unrecht, oder es wird damit Nähe, Liebe und Zuneigung einer Person, nach einer Trennung auch Kontrolle und Wiederaufnahme einer Beziehung gesucht. Es kann lange – nicht selten über ein Jahr – andauern und bei den Opfern gravierende psychische Beeinträchtigungen hervorrufen. Charakteristisch ist stets, dass viele Einzelhandlungen erst durch ihre Wiederholung und Kombination zum Stalking werden. In der Schweiz fehlt ein spezieller Straftatbestand des Stalking, der das belästigende und bedrohende Verhalten in seiner Gesamtheit unter Strafe stellt. Ein Versuch, Stalking unter Strafe zu stellen und das Strafgesetzbuch mit einem entsprechenden Artikel zu ergänzen, ist gescheitert. Der Stände- und der Bundesrat waren der Ansicht, die beim Stalking typischen Verhaltensweisen seien durch andere Straftatbestände ausreichend abgedeckt. Dazu zählen beispielsweise Verletzungen der Geheim- oder Privatsphäre (Art. 179 ff. StGB) und Drohung (Art. 180 StGB) sowie gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung unter gewissen Voraussetzungen auch Nötigung (Art. 181 StGB). Anders als beim Tatbestand des Stalking, wie ihn andere Rechtsordnungen kennen, sind bei der Nötigung die einzelnen Tathandlungen und nicht das Gesamtverhalten der beschuldigten Person zu beurteilen. Vorausgesetzt wird, dass eine einzelne nötigende Handlung das Opfer zu einem Tun, Dulden oder Unterlassen zwingt. Der damit bezeichnete Erfolg muss als Resultat eines näher bestimmten nötigenden Verhaltens feststehen. Die Berufung auf die Gesamtheit mehrerer Handlungen genügt hierfür nicht. Jedoch sind die einzelnen Tathandlungen unter Berücksichtigung der gesamten Umstände, namentlich der Vorgeschichte der fraglichen Handlungen, zu würdigen. Kommt es während längerer Zeit zu einer Vielzahl von Belästigungen, kumulieren sich deren Einwirkungen. Ist eine gewisse Intensität erreicht, kann jede einzelne Handlung, die für sich alleine den Anforderungen von Art. 181 StGB noch nicht genügen würde, geeignet sein, die Handlungsfreiheit der betroffenen Person in dem Mass einzuschränken, dass ihr eine mit Gewalt oder Drohung vergleichbare Zwangswirkung zukommt (ebd. E. 3.2.2 mit Hinweisen).

## A 4.4

b) In formeller Hinsicht (Anklageprinzip) ist mithin zunächst zu prüfen, inwiefern einzelne Handlungen derart angeklagt sind, dass sie für sich allein oder aufgrund ihrer Vorgeschichte kumuliert über eine längere Dauer mit anderen Handlungen eine hinreichend bestimmte Nötigungsintensität aufweisen (vgl. Delnon/Rüdy, BSK, 3. A. 2013, Art. 180 StGB N 15 für Drohungen sowie Art. 181 StGB N 27 für Nötigungen). Bei gehäuften und regelmässigen Delikten wie bei länger andauernder häuslicher Gewalt ist es typisch, dass eine minutiöse Aufarbeitung des Vorgefallenen für die betroffene Person schwierig ist. Den Anklagebehörden ist es entsprechend oft nicht möglich, die dem Beschuldigten vorzuwerfenden Taten detailliert zu schildern, weshalb die Anforderungen an den Anklagegrundsatz in solchen Fällen nicht allzu hoch angesetzt werden sollen (BGer 6B\_379/2013 vom 4. Juli 2013 E. 1.2 und 6B\_528/2007 vom 7. Dezember 2007 E. 2.1.5; namentlich auch betreffend Umschreibungen in zeitlicher Hinsicht: BGer 6B\_432/2011 vom 26. Oktober 2011 E. 2.3; vgl. auch Heimgartner/Niggli, BSK StPO, 2. A. 2014, Art. 325 N 20). In solchen Fällen ist dem Anklagegrundsatz nach der Rechtsprechung Genüge getan, wenn die Handlungen in zeitlicher und örtlicher Hinsicht lediglich approximativ umschrieben werden. Der Zeitraum ist auf eine bestimmte Dauer einzugrenzen. Soweit ersichtlich bezifferte die bundesgerichtliche Rechtsprechung in Fällen gehäufter Delikte die bestimmte Dauer des einzugrenzenden Zeitraums bislang nicht abschliessend (in BGer 6B\_432/2011 vom 26. Oktober 2011 E. 2.3 ist die Rede von wenigen Monaten, eine bestimmte Jahreszeit oder etwa jährlich wiederkehrende Skiferien). Für eine einzelne, viele Jahre zurückliegende Tat liess das Bundesgericht jedoch die Eingrenzung auf einen Zeitraum von einem Jahr nicht genügen (BGer 6B\_103/2017 vom 21. Juli 2017 E. 1.5.3). Die Anklage darf die einzelnen Ereignisse letztlich nicht pauschal wiedergeben, ohne für die rechtlich relevante Zeit auch nur eine der behaupteten Tathandlungen konkret (sachverhaltsmässig und zeitlich) zu umschreiben (zum Ganzen STK 2017 11 vom 28. November 2017, E. 2.a mit Hinweisen). Bei stalkingtypischen Nötigungen ist es daher erforderlich, dass der Anklage die entsprechenden Umstände und Vorgeschichten der einzelnen Handlungen zu entnehmen sind.

Weiter ist vorab darauf hinzuweisen, dass nach Art. 325 Abs. 1 lit. g StPO die Anklageschrift unter anderem die nach Auffassung der Staatsanwaltschaft erfüllten Straftatbestände unter Angabe der anwendbaren Gesetzesbestimmungen bezeichnet. Die Tatbestände sind mit der Sachverhaltsdarstellung zu verbinden, so dass bei mehrfachen Anklagevorwürfen die verschiedenen infrage kommenden Tatbestände den einzelnen angeklagten Lebensvorgängen zuzuordnen sind; die blosser Auflistung angeblich erfüllter Tatbestände genügt nicht. Dies wird in der vorliegenden

Eventualanklage unterlassen. Den sieben separiert angeklagten Lebensvorgängen werden für den Fall, dass Nötigung nicht ein Stalkingverhalten im Sinne der Hauptanklage angenommen wird, eventualiter ohne Zuordnung die Straftatbestände der Sachentziehung (Art. 141 StGB), des Abhörens und Aufnehmens fremder Gespräche (Art. 179bis StGB), des Missbrauchs einer Fernmeldeanlage (Art. 179septies StGB) und Drohung (Art. 180 StGB) vorangestellt. Das Erfordernis der Bezeichnung der Straftatbestände hat zwar keine Abgrenzungsfunktion, sondern dient der Information ohne weitere bindende Wirkung für die Staatsanwaltschaft und das Gericht. Führen falsche staatsanwaltschaftliche rechtliche Würdigungen nicht zur Unbeachtlichkeit der Anklage, kann dies hier für die mangelhafte Zuordnung von nach Ansicht der Staatsanwaltschaft infrage kommenden Straftatbestände der Eventualanklage also umso weniger ohne weiteres der Fall sein. Zudem unterliegt die von der Ansicht der Staatsanwaltschaft abweichende rechtliche Würdigung (Art. 325 Abs. 1 lit. g StPO) im Unterschied zu Änderungen von Tatsachverhalten (Art. 325 Abs. 1 lit. f StPO) nicht den Beschränkungen von Art. 340 Abs. 1 lit. b i.V.m. Art. 333 StPO (zum Ganzen vgl. STK 2017 8 vom 28. November 2017 E. 1 mit Hinweisen). Von der grundsätzlich auch im Berufungsverfahren möglichen Zurückweisung der Anklageschrift (Art. 329 Abs. 2 StPO; Schmid/Jositsch, PK, 3. A. 2018, Art. 329 StPO N 10) ist vorliegend jedoch abzusehen: Die Zuordnung zu den Sachverhalten ist bei den Tatbeständen der Drohung und Sachentziehung unproblematisch. Hingegen fällt die Zuordnung strafbarer Handlungen gegen den Geheim- und Privatbereich schwerer und könnte den Anspruch des Beschuldigten auf rechtliches Gehör tangieren. Die Sachverhalte, welche diesen Tatbeständen allenfalls subsumiert werden könnten, erweisen sich indes wie nachfolgend zu zeigen ist, inhaltlich als ungenügend angeklagt oder nicht erstellt. Im Übrigen trägt die Staatsanwaltschaft das Risiko, dass das Gericht allenfalls nicht in ihrem Sinne zu subsumieren in der Lage ist und die Sachverhalte nicht anders würdigen kann bzw. will (Art. 344 StPO). Im Sinne der durch das Anklageprinzip realisierten Rollentrennung muss sich die Auslegung von Art. 333 Abs. 1 StPO nämlich darauf beschränken, dass die Staatsanwaltschaft die Gelegenheit erhalten soll, die Anklage bezüglich eines anderen, vom Gericht als denkbar betrachteten Straftatbestands zu ändern, nicht aber hinsichtlich des von ihr in der Anklage bezeichneten Straftatbestands. Eine diesbezügliche Änderung der Anklage nach Art. 329 StPO ist nur bis zur Behandlung der Vorfragen vor erster Instanz zulässig (Art. 340 Abs. 1 StPO), weil der Richter sonst in der Urteilsfindungsphase zugleich in die Rolle einer Oberstaatsanwaltschaft schlüpfte. Nur die Berichtigung von untergeordneten Versehen bzw. Ungenauigkeiten ist jederzeit möglich, solange sie nicht auf eine wesentliche Änderung des Lebensvorgangs betreffend den gleichen Straftatbestand hinausläuft. Soweit vorliegend die Anklage

## A 4.5

in tatsächlicher Hinsicht mangelhaft ist, ist sie deshalb nicht mehr korrigierbar (zum Ganzen STK 2017 11 vom 28. November 2017, E. 2.c mit Hinweisen).

Die Anklage beschreibt (...) mit der Duldung von Liebesbezeugungen sowie der Fortführung der Beziehung zwei Nötigungsziele, aber keine konkrete stalkingtypische Vorgeschichte. Abgesehen von den Sachverhalten a und b werden diese Ziele bei den angeklagten Einzelereignissen nicht wiederholt und unterlässt es die Anklage darzustellen, inwiefern diesbezüglich die Willens- und Handlungsfreiheit der Privatklägerin jeweils konkret eingeschränkt worden wäre. Konsequenterweise enthält mithin die Eventualanklage keinen Vorwurf der Nötigung. Die einfache und nicht mehrfache Nötigung behauptet die Staatsanwaltschaft nur für das Stalkingverhalten insgesamt. Ob sich diese Anklagekonstruktion mit der Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Stalking deckt, wonach einzelfallweise die Zwangsausübung unter Berücksichtigung einer Vielzahl ähnlich belästigender Handlungen über eine längere Dauer betrachtet werden darf, kann hier offen gelassen werden. Das gilt auch für die Beurteilung des Umstandes, dass der Beschuldigte die eben genannten Nötigungsziele nicht erreichte, und die daran anschliessenden Fragen, ob nicht von versuchten Nötigungen auszugehen wäre und ob die Anklage die erforderlichen Tatsachen bezeichnet, die eine Beurteilung eines (Stalking-) Versuchs zuliesse, der nicht zum Erfolg führte (vgl. dazu BGer 6B\_100/2014 E. 2.3.3; BGE 129 IV 262 E. 2.7). Immerhin ist beispielhaft darauf hinzuweisen, dass aus der Anklage nicht ersichtlich wird, wie der Beschuldigte der Privatklägerin die Liebe zu bezeugen oder im September 2014 sie am Beziehungsabbruch zu hindern versucht haben soll. Solche Anklagevorhalte wären erforderlich, um die ebenfalls möglich erscheinende Variante auszuschliessen, dass der Beschuldigte einfach auf Kosten der Privatklägerin bzw. deren Mutter das Geschäft übernehmen wollte und daher Druck aufsetzte. Aber wie erwähnt ist auf diese Thematik hier aus nachfolgenden Gründen nicht weiter einzugehen. (...).

(Urteil vom 19. Juni 2018, STK 2017 66).

### 4.5 Rechtsüberholen auf der Autobahn, Kolonnenverkehr

- *Besteht Platz für schnelles bzw. beschleunigendes Rechtsüberholen, liegt noch kein paralleler Kolonnenverkehr vor (Erw. 3.a/aa und 3.b).*
- *Das Rechtsüberholen ist nicht erlaubt, wenn der Kolonnenverkehr erst am Entstehen ist und noch nicht länger andauert (Erw. 3.a/bb).*
- *Rechtsüberholen unter Ausnützen von Lücken in Unterabständen ist selbst im Kolonnenverkehr nicht erlaubt (Erw. 3.a/cc).*



*Aus den Erwägungen:*

3. Der Beschuldigte [Motorradfahrer] macht geltend, in parallelem Kolonnenverkehr regelkonform an drei Personenwagen auf der Überholspur rechts auf der Normalspur vorbeigefahren zu sein. Die ersten beiden Personenwagen hätten in dichtem Verkehr auf der Überholspur abgebremst. Am dritten Fahrzeug sei er nur passiv vorbeigefahren, habe sich wieder hinter dieses zurückfallen lassen und sei erst dann auf die Überholspur gewechselt. Bezüglich der Abstände seien gegenüber den Angaben der Staatsanwaltschaft Reserven einzubauen und in dubio pro reo sei nur von ungenügenden Abständen von ca. 25 Metern auszugehen, wofür er nur zu büssen sei.

a) Die Überholmanöver in den ersten beiden Fällen sind laut überwiegenem Strafbefehl wie folgt angeklagt:

Dabei fuhr X. (...) mit einer Geschwindigkeit von ca. 120 km/h auf der Normalspur rechts an einem auf der Überholspur fahrenden Personenwagen „Audi Q 7“ vorbei.

In der Folge fuhr X. (...) mit einer Geschwindigkeit von ca. 120 km/h auf der Normalspur rechts an einem auf der Überholspur fahrenden Personenwagen „VW“ [recte: DS] vorbei und wechselte anschliessend vor diesem auf den Überholstreifen.

Das an sich regelwidrige Rechtsvorbeifahren am Audi bestreitet der Beschuldigte nicht, sondern hält es situationsbedingt für nicht strafbar. Auch das zweite, von der Polizei vorgehaltene Überholmanöver anerkannte er unter Berufung auf das Rechtsfahrgebot mit der Begründung, er hasse es, wenn der Überholstreifen nicht freigegeben werde. Bei der Polizei will er, wie er auf Nachfrage der Staatsanwaltschaft erklärte, wahrheitsgemäss ausgesagt haben und er bestätigte, sich über die Linksfahrer zu nerven. Der Beschuldigte äusserte also vorab seinen Unwillen über die Blockierung der Überholspur. Allein dieser Umstand belegt noch nicht parallelen Kolonnenverkehr. Dieser bleibt vielmehr anhand des konkreten Gesamtverkehrsaufkommens zu prüfen (BGE 142 IV 93 E. 4.2.1).

aa) Die vorderrichterliche Feststellung, beim Rechtsüberholen der beiden Fahrzeuge sei eine allfällige Verkehrsverdichtung auf der Überholspur tatsächlich erst absehbar, aber noch nicht vorhanden gewesen, ist zutreffend, ansonsten hätte der Beschuldigte nicht mit ca. 120 km/h rechts an beiden Fahrzeugen vorbeifahren und dem vor ihm von der Normalspur auf

## A 4.5

die Überholspur ausschwenkenden Wagen folgend ebenfalls auf die Überholspur wechselnd noch einen Lieferwagen, der sich auf der Normalspur befand, überholen können. Besteht Platz für solch schnelle Überholmanöver, liegt noch kein paralleler Kolonnenverkehr vor (Art. 8 Abs. 3 und 36 Abs. 5 lit. a VRV). Die neue Bundesgerichtspraxis hält grundsätzlich am Verbot des Rechtsüberholens fest. Sie präzisiert den Begriff des Kolonnenverkehrs nur hinsichtlich der Gefahrenbewertung unterschiedlicher Geschwindigkeiten auf den einzelnen Fahrspuren. Das Rechtsvorbeifahren auf der Normalspur rechtfertigt sich aber weiterhin erst dann, wenn eine Verkehrsverdichtung auf der Überholspur schon länger andauert, so dass Handorgeleffekte regelmässig auftreten (BGE 142 IV 93 E. 3.3 in fine und 4.2.1), was vorliegend nicht der Fall war, da die beiden in Normalabstand auf der Überholspur fahrenden Personenwagen wegen Verkehrs vor ihnen erst abbremsen, als der Beschuldigte schon rechts am Audi vorbeigefahren war. Das Verbot des Rechtsüberholens steht nicht situationsbedingt zur Disposition der Verkehrsteilnehmer; vielmehr kommt ihm angesichts des immer stärkeren Verkehrsaufkommens tragende Funktion zu (BGer 6B\_199/2017 vom 20. Dezember 2017 E. 1.4 mit Hinw.).

bb) Zwar wurde der Lenker des Audis zur Verlangsamung seiner Fahrt veranlasst, weil der vom Beschuldigten noch nicht rechts überholte DS in Annäherung an die vom Vorderrichter erwähnte Verkehrsverdichtung auf der Überholspur abbremsen. Zu diesem Zeitpunkt war ein paralleler Kolonnenverkehr allenfalls erst am Entstehen, dauerte also nicht schon länger an, so dass weder der Lenker des DS geschweige denn derjenige des Audis damit rechnen mussten, dass ihnen ein Wechsel auf die Normalspur durch rechts vorbeifahrende Fahrzeuge verunmöglicht werden könnte. Somit lag in beiden Fällen aufgrund des Vorfahrens des Beschuldigten der Eintritt einer konkreten Gefährdung oder gar einer Verletzung nahe. Die Verurteilung wegen grober Verkehrsregelverletzung ist in diesen beiden Fällen daher und unter Verweis auf die weiteren zutreffenden vorderrichterlichen Erwägungen zu bestätigen. Die neue bundesgerichtliche Rechtsprechung ändert nichts daran, dass paralleler Kolonnenverkehr voraussetzt, dichter Verkehr sei erst dann anzunehmen, wenn Fahrzeuge schon länger zumindest auf der Überholspur in einer Reihe fahren (vgl. oben lit. aa), was der Vorderrichter explizit in Bezug auf das erste Überholmanöver zutreffend verneinte, was aber darüber hinaus auch beim zweiten Rechtsvorfahren noch nicht der Fall war.

cc) Selbst wenn vorliegend im zweiten Fall bereits paralleler Kolonnenverkehr angenommen werden sollte, bestand dennoch keine Situation, in der gemäss Bundesgericht eine Ausnahme vom grundsätzlichen Rechtsüberholverbot anzunehmen wäre. Es ist in tatsächlicher Hinsicht nicht zu

beanstanden, dass der Vorderrichter davon ausging, der Beschuldigte habe die Lücke des vor ihm auf die Überholspur wechselnden Fahrzeugs ausgenutzt, um rechts auf der Normalspur am DS vorbeizufahren und dann auf die Überholspur in eine Lücke mit Unterabständen nach hinten und vorne auszuschwenken, damit er nicht wegen des auf der Normalspur vor ihm befindlichen Lieferwagens seine zuvor beschleunigte Fahrt verlangsamen musste. Entgegen der Auffassung der Verteidigung liegt mithin kein blosses, kaum zu vermeidendes passives Rechtsvorbeifahren im Sinne der Bundesgerichtspraxis (vgl. BGE 142 IV 93, E. 5.1) vor. Der Beschuldigte behielt nicht einfach seine Position und Geschwindigkeit auf der Normalspur bei, sondern fuhr aktiv rechts am DS vorbei, um vor diesem auf die Überholspur wechseln und so den Lieferwagen auf der Normalspur überholen zu können.

b) Als drittes Rechtsüberholmanöver wird dem Beschuldigten im Strafbefehl nach dem Vorwurf einer zu geringen Abstandshaltung auf den vor ihm fahrenden Seat mit anschliessendem Wechsel von der Überhol- auf die Normalspur folgender Sachverhalt vorgehalten:

(...) fuhr X. auf der Normalspur mit einer Geschwindigkeit von ca. 120 km/h rechts am vorgenannten auf der Überholspur fahrenden Personenwagen „Seat“ vorbei.

Der Vorderrichter lässt offen, ob bei diesem Vorbeifahren paralleler Kolonnenverkehr herrschte. Er legt dem Beschuldigten zutreffend zur Last, nicht passiv am Seat vorbeigefahren zu sein, sondern hinter diesem von der Überhol- auf die Normalspur gewechselt zu haben und danach unter erheblicher Beschleunigung an diesem vorbeigefahren zu sein. Dies bestreitet der Beschuldigte im Berufungsverfahren in tatsächlicher Hinsicht nicht, sondern macht nur geltend, dass sein Manöver nicht per se zu einer abstrakt erhöhten Gefahrensituation geführt habe. Indes beweist allein schon die Beschleunigung des Motorrads, dass es sich vorliegend nicht um ein im Sinne der oben erwähnten bundesgerichtlichen Rechtsprechung ausnahmsweise erlaubtes passives Rechtsvorfahren handelt. Abgesehen davon geht die Strafkammer in tatsächlicher Hinsicht davon aus, dass auch in dieser Verkehrssituation kein paralleler Kolonnenverkehr bestand. Auf der Überholspur befanden sich vor dem Beschuldigten zwar vier Personenwagen. Diese waren jedoch leicht schneller unterwegs als die Fahrzeuge auf der Normalspur und vor ihnen war so viel Freiraum vorhanden, dass der Beschuldigte nicht davon ausgehen durfte, dass diese vier Wagen eine kompakte und stabile Kolonne bilden würden (vgl. dazu oben lit. a/aa und bb in fine). Dass er sich nicht einfach hinter diese Fahrzeuge einreichte und deshalb auf die Normalspur auswich, ist angesichts des

## A 5.1

Rechtsfahrgebotes zwar grundsätzlich nicht zu beanstanden. Die Lenker der vier nicht langsamer fahrenden Wagen hatten aufgrund der eben erwähnten Situation auf der Überholspur aber keinen Anlass zur Annahme, sich in einem parallelen Kolonnenverkehr zu befinden, in welchem sie konkret mit rechts vorfahrenden Fahrzeugen rechnen mussten, weshalb entgegen den Vorbringen des Beschuldigten eine abstrakt erhöhte Gefahr bestand und dieser Schuldpunkt unter Verweis auf die weiteren Ausführungen des Vorderrichters ebenfalls zu bestätigen ist.

(Urteil vom 27. Februar 2018, STK 2017 35).

---

## 5. Strafprozessrecht

---

### 5.1 Keine Parteistellung der Fürsorgebehörde

- *Ansprüche auf Rückerstattung wirtschaftlicher Hilfe sind öffentlich-rechtlicher Natur, weshalb die Fürsorgebehörde im Strafverfahren nicht als Zivilklägerin auftreten kann (Erw. 2.a).*
- *Mangels Betroffenheit individueller Interessen kann die Fürsorgebehörde auch nicht als Strafklägerin zugelassen werden (Erw. 2.b).*

*Aus den Erwägungen:*

2. Da Bund und Kanton der Fürsorgebehörde keine spezielle Parteistellung einräumen, könnte diese, wie der Beschwerdeführer zutreffend ausführt, im vorliegenden Strafverfahren nur in Form der Privatklägerschaft Partei sein (Art. 104 StPO; vgl. auch Schmid/Jositsch, Handbuch StPO, 3.A. 2017, N 686 i.V.m. 636). Privatkläger ist eine geschädigte Person, die ausdrücklich erklärt, sich am Strafverfahren als Straf- oder Zivilkläger zu beteiligen (Art. 118 Abs. 1 StPO). Geschädigt ist eine Person, die durch die Straftat in ihren Rechten unmittelbar verletzt ist (Art. 115 Abs. 1 StPO). Vorliegend geht es nicht um Antragsdelikte im Sinne von Art. 115 Abs. 2 StPO.

a) Der Fürsorgebehörde der Gemeinde obliegen unter anderem die Gewährung der wirtschaftlichen Hilfe und die Geltendmachung von Rückerstattungsansprüchen (§ 8 lit. c und d und § 26 SHG/SRSZ 380.110). Wer wirtschaftliche Hilfe in Anspruch nahm, ist zur Rückerstattung verpflichtet, wenn er durch unwahre Angaben Leistungen erwirkte (§ 25 Abs.1

SHG). Ansprüche auf solche Rückerstattungen sind öffentlich-rechtlicher Natur und können daher nicht adhäsionsweise im Strafverfahren geltend gemacht werden. Also kann die Fürsorgebehörde keine Zivilklägerin (Art. 122 Abs. 1 StPO) sein.

b) Werden durch Delikte nur öffentliche Interessen verletzt, so ist die Betroffene nicht geschädigt (BGE 138 IV 258 E. 2.3). Unmittelbar mitbeeinträchtigte private bzw. persönliche Interessen der Fürsorgebehörde bzw. Gemeinde sind vorliegend nicht ersichtlich (dazu vgl. Schmid/Jo-sitsch, PK, 3. A. 2018, Art. 115 StPO N 3; Lieber in Donatsch/Hansjakob/Lieber, Kommentar, 2. A. 2014, Art. 115 StPO N 2a mit Hinweis auf TPF 2012 12). Der Umstand, dass allfällige Straftaten sich gegen die Gemeindefinanzen in einem Bereich richten, in welchem die Fürsorgebehörde hoheitlich zuständig ist (Gewährung wirtschaftlicher Hilfe bzw. Geltendmachung von Rückerstattungsansprüchen), ändert nichts daran, dass kein ihr aufgrund eigener Rechtspersönlichkeit willen zukommendes individuelles, sondern nur ein kraft ihres Amtes ihr zur Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgaben verfügbares kollektives Rechtsgut betroffen ist. Das strafprozessuale Institut der Privatklägerschaft dient dagegen dem Schutz von Individualrechtsgütern (vgl. BBI 2006 II 1169 f.; Bommer, recht 4/2015, S. 183 ff., inbes. 185 f.; BGer 6B\_557/2010 vom 9. März 2011 E. 5.1; a.M. RStrS 2010 Nr. 697), bezweckt also nicht, Verwaltungsbehörden am Strafverfahren zu beteiligen, wenn diese bloss in ihrer Amtstätigkeit strafbar getäuscht werden. Diesfalls sind sie nicht im Sinne von Art. 115 Abs. 1 StPO geschädigt (Mazzuchelli/Postizzi, BSK, 2. A. 2014, Art. 115 StPO N 40). Deshalb kann vorliegend mangels spezialgesetzlicher Grundlage (Art. 104 Abs. 2 StPO) die Fürsorgebehörde im Strafverfahren gegen den Beschuldigten nicht als Strafkägerin zugelassen werden. Immerhin ist die Staatsanwaltschaft als Justizbehörde verpflichtet, der Fürsorgebehörde von sich aus konkrete Verdachtsmomente auf unrechtmässige Erwirkung von Sozialhilfeleistungen mitzuteilen (vgl. § 5a Abs. 3 SHG). An die mitgeteilten Feststellungen ist die Fürsorgebehörde aufgrund der Gewaltenteilung nicht gebunden. Umgekehrt ermächtigt ihre Amtstätigkeit sie nicht, die Staatsanwaltschaft bezüglich der Einhaltung des Legalitätsprinzips und der Wahrung der öffentlichen Strafverfolgungsinteressen zu kontrollieren (vgl. Mazzuchelli/Postizzi, ebd. mit Hinw.), welche im Rahmen der Untersuchung die Staatsanwaltschaft zu wahren hat (Art. 16 StPO; BGer 6B\_557/2010 vom 9. März 2011 E. 5.2). Aus dem Urteil des Kantonsgerichts vom 24. September 2013 (STK 2013 7) ergeben sich keine andern Aspekte, weil in jenem Fall die Frage der Parteistellung von Verwaltungsbehörden nicht weiter thematisiert wurde. Offenzulassen ist hier die Frage, inwiefern öffentlich-rechtliche Anstalten wie kantonale IV-Stellen, welche eigene Rechtspersönlichkeit besitzen (Art. 54 Abs. 2 IVG), als

## A 5.2

Strafkläger auftreten können. Die Fürsorgebehörde (vgl. § 8 lit. d i.V.m. § 258 SHG) vertritt keine individuellen Rechte im Sinne von Art. 115 Abs. 1 StPO.

(Beschluss vom 19. Februar 2018, BEK 2017 124; eine Beschwerde in Strafsachen wurde mit BGer 1B\_158/2018 vom 11. Juli 2018 abgewiesen = Pra 2018 Nr. 120).

### 5.2 Keine Parteistellung einer Verbandsausgleichskasse

- *Der Beschwerdeführerin als privatwirtschaftlich organisierten Verbandsausgleichskasse fehlt die strafprozessrechtliche Geschädigteneigenschaft und sie ist nicht Partei im Sinne von Art. 104 Abs. 1 StPO (Erw. 1.a).*
- *Der Beschwerdeführerin sind auch gestützt auf Art. 104 Abs. 2 StPO keine Parteirechte eingeräumt (Erw. 1.b).*

*Aus den Erwägungen:*

1. Jede Partei, die ein rechtlich geschütztes Interesse an der Aufhebung oder Änderung eines Entscheides hat, kann ein Rechtsmittel ergreifen (Art. 382 Abs. 1 StPO).

a) Partei ist gemäss Art. 104 Abs. 1 StPO neben den Beschuldigten und der Staatsanwaltschaft die Privatklägerschaft. Als Privatklägerschaft gilt die geschädigte Person, die ausdrücklich erklärt, sich am Strafverfahren als Straf- oder Zivilklägerin zu beteiligen und diese Erklärung gegenüber einer Strafverfolgungsbehörde – allenfalls infolge derer Aufforderung – spätestens bis zum Abschluss des Vorverfahrens abgegeben hat (Art. 118 Abs. 1 und 3 f. StPO). Geschädigt ist nach Art. 115 StPO eine Person, die durch die Straftat in ihren Rechten unmittelbar verletzt worden ist (Abs. 1). Unmittelbar verletzt ist nach konstanter Rechtsprechung des Bundesgerichts, wer Träger des durch die verletzte Strafnorm geschützten oder zumindest mitgeschützten Rechtsgutes ist (BGE 138 IV 258 S. 263 E. 2.2 m.w.H.). Werden durch Delikte, die (nur) öffentliche Interessen verletzen, private Interessen auch, aber bloss mittelbar beeinträchtigt, so ist der Betroffene nicht Geschädigter im Sinne von Art. 115 Abs. 1 StPO (BGE 123 IV 258 S. 263 E. 2.3). In der Lehre wird die Ansicht vertreten, dass Behörden, öffentlich-rechtliche Anstalten, öffentlich-rechtliche Körperschaften und öffentlich-rechtliche Stiftungen geschädigte Personen i.S.v. Art. 115 Abs. 1 StPO sind, soweit sie durch die Straftat in ihren Rechten wie ein Privater verletzt worden sind. Die Tat habe sich gegen

Rechtsgüter, welche ihnen zur Erfüllung ihrer Verwaltungsaufgaben zur Verfügung stehen, zu richten (Mazzucchelli/Postizzi, in: Niggli/Heer/Wiprächtiger [Hrsg.], Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, Jugendstrafprozessordnung, Art. 1-195 StPO, 2. A., Basel 2014, N 39 zu Art. 115 StPO m.w.H.). Nicht geschädigt seien in der Regel die Verwaltungsträger des Gemeinwesens, wenn sich die Straftat gegen Rechtsgüter richtet, für welche sie zuständig seien. Nicht geschädigt sei etwa das kantonale Sozialamt bei Sozialhilfebetrug (Mazzucchelli/Postizzi, a.a.O., N 40 zu Art. 115 StPO m.w.H.; siehe Entscheid ZS.2014.11 des Kantonsgerichts St. Gallen vom 12. August 2014 E. 3b; siehe Entscheid des Obergerichts des Kantons Bern AK-Nr. 2009/365 vom 30. November 2009, in: RStrS 2010 Nr. 697, S. 28). Nach der Rechtsprechung des Kantonsgerichts Schwyz ist eine staatliche Ausgleichskasse durch angeblich teilweise zu Unrecht bezogene Ergänzungsleistungen in ihren Rechten nicht wie ein Privater betroffen und mithin auch nicht geschädigt (Beschluss BEK 2012 77 des Kantonsgerichts Schwyz vom 25. März 2013 E. 2). Dasselbe gilt für eine Fürsorgebehörde, soweit „nur ein kraft ihres Amtes ihr zur Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgaben verfügbares kollektives Rechtsgut betroffen ist“ (Beschluss BEK 2017 124 des Kantonsgerichts Schwyz vom 19. Februar 2018 E. 2b [= EGV-SZ 2018 A. 5.1]). Ist hingegen das private Stiftungsvermögen einer privatrechtlichen und im Handelsregister eingetragenen Vorsorgeeinrichtung unmittelbar verletzt, kann die geschädigte (juristische) Person des Privatrechts Strafklage erheben und ist grundsätzlich beschwerdebefugte Partei (Beschluss BEK 2017 192 des Kantonsgerichts Schwyz vom 5. Juli 2018 E. 2c).

(...). Bei der Beschwerdeführerin handelt es sich um eine privatwirtschaftlich organisierte Verbandsausgleichskasse (Art. 53 AHVG), die auf verschiedenen Gründerverbänden (SBC, SCV, VSG, VSW) fundiert. Als Personalkörperschaft, die grundsätzlich auf öffentlich-rechtlichen Bestimmungen basiert, ist sie eine juristische Person des öffentlichen Rechts und als solche selbständige Trägerin von Rechten und Pflichten. Die zuständige Aufsichtsbehörde ist das Bundesamt für Sozialversicherungen BSV (Art. 49 AHVG i.V.m. Art. 76 ATSG; Art. 72 AHVG). Die Beschwerdeführerin erfüllt – wie die staatlichen Ausgleichskassen – öffentliche Aufgaben (siehe Art. 63 AHVG). Ihre Leistungen werden nach den Grundsätzen des Umlageverfahrens u.a. durch die AHV-, IV-, EO- und die ALV-Beiträge der Arbeitgeber finanziert (Art. 12 f. und Art. 102 Abs. 1 lit. a AHVG; Art. 34 Abs. 1 AHVV; Art. 2 und Art. 77 Abs. 1 lit. a IVG; Art. 26 Abs. 1 lit. a i.V.m. Art. 27 Abs. 1 EOG; Art. 2 Abs. 1 Bst. b, Art. 3 Abs. 3 und Art. 90 Bst. a AVIG; vgl. Kieser, in: Meyer [Hrsg.], Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Soziale Sicherheit, 3. A., Basel 2016, N 152 zu Kap. 4). Die Einnahmen werden den Ausgleichsfonds der AHV, IV, EO und

## A 5.2

ALV gutgeschrieben und ihnen sämtliche Leistungen belastet (Art. 107 Abs. 1 AHVG; Art. 79 Abs. 1 IVG; Art. 28 Abs. 1 EOG; Art. 86 i.V.m. Art. 87 Abs. 1 Bst. b AVIG). Durch das verzeigte Verhalten wird das Leistungsvermögen der Sozialversicherungen vermindert. Geschützte Rechtsgüter nach Art. 87 Abs. 3 aAHVG/2011 sind (vergleichbar wie beim Sozialleistungsbetrag bzw. Sozialversicherungsbetrag; vgl. Entscheid ZS.2014.11 des Kantonsgericht St. Gallen vom 12. August 2014 E. 3b) das öffentliche Vermögen als auch die Institution der Sozialversicherung als wichtiges staatliches Instrument, das sich am Gedanken des Solidaritätsprinzips orientiert sowie versucht, für Gerechtigkeit und Wohlbefinden der Menschen zu sorgen und dem Arbeitnehmerschutz dient. Als Durchführungsorgan der Sozialversicherungen ist die Beschwerdeführerin durch die Verringerung des öffentlichen Umlagevermögens nicht wie eine Privatperson in ihren Vermögensinteressen betroffen. Sie wurde durch die Nichtanhandnahme des Strafverfahrens nicht in ihrem privaten Vermögen (wie z.B. das über das Kapitalanlageverfahren geäußerte Stiftungsvermögen einer Pensionskasse; vgl. Beschluss BEK 2017 192 des Kantonsgerichts Schwyz vom 5. Juli 2018 E. 2c) unmittelbar verletzt. Der Beschwerdeführerin fehlt deshalb die strafprozessrechtliche Geschädigteneigenschaft und sie ist nicht Partei im Sinne von Art. 104 Abs. 1 StPO.

b) Nach Art. 104 Abs. 2 StPO können Bund und Kantone weiteren Behörden, die öffentliche Interessen zu wahren haben, volle oder beschränkte Parteirechte einräumen. Bereits vor Inkrafttreten der StPO kannten einzelne Kantone Regelungen, wonach bspw. Fürsorge-, Sozial- oder Umweltschutzbehörden bei Delikten in den jeweiligen Bereichen Rechtsmittel einlegen konnten (Botschaft zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts, BBI 2005 1085 ff., S. 1163; EJPD, Begleitbericht zum Vorentwurf für eine Schweizerische Strafprozessordnung, Bern 2001, S. 82 f.). Gemäss den Ausführungen in der Botschaft verzichtete der Gesetzgeber im Entwurf zur StPO darauf, Verbänden Parteistellung einzuräumen und damit Rechtsmittelmöglichkeiten zu gewähren (BBI 2005 1085 ff., a.a.O., S. 1163; EJPD, a.a.O., S. 83). Dem Ergebnisbericht zur Vernehmlassung betreffend die Revision des ATSG ist zu entnehmen, dass in vielen Stellungnahmen der Durchführungsstellen bzw. der Kantone übereinstimmend eine neue Bestimmung im ATSG vorgeschlagen worden sei, welche die Parteistellung von Versicherungsträgern in Strafverfahren regle. Diesbezüglich bestehe in den Kantonen keine einheitliche Gerichtspraxis, die Versicherungsträger seien in bestimmten Fällen aber darauf angewiesen, im Strafverfahren Parteirechte ausüben zu können (EDI, Revision des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts [ATSG], Zusammenfassung der Vernehmlassungsergebnisse, Bern 2018, S. 17, Ziff. 3.3.3). Der Kanton Schwyz hat den Versicherungsträgern – im



Gegensatz zur kantonalen Umweltschutzfachstelle (§ 37 Abs. 2 EGzUSG) – im Strafverfahren keine Parteistellung gewährt (Regierungsrat des Kantons Schwyz, Vernehmlassung zur Revision des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts [ATSG] vom 16. Mai 2017, S. 4). Das Kantonsgericht Schwyz stellte in früheren Beschlüssen fest, dass einer Fürsorgebehörde (BEK 2017 124 vom 19. Februar 2018 E. 2) und einer öffentlichen Ausgleichskasse (BEK 2012 77 vom 25. März 2013 E. 2) gesetzlich keine Parteirechte eingeräumt worden seien. Die öffentlichen Interessen werden hier durch die Staatsanwaltschaft gewahrt (siehe Mazzucchelli/Postizzi, a.a.O., N 40 zu Art. 115 StPO m.w.H.; vgl. Beschluss BEK 2012 77 des Kantonsgerichts Schwyz vom 25. März 2013 E. 2 m.w.H.). Die Anerkennung der Parteistellung ohne eine spezifische gesetzliche Grundlage des Bundes oder des betreffenden Kantons würden zu einer unter dem Gesichtspunkt der Gewaltenteilung unhaltbaren Kontrolle der Strafverfolgungsbehörde durch die Verwaltung in Bezug auf Einhaltung des Legalitätsprinzips führen (siehe Mazzucchelli/Postizzi, a.a.O., N 40 zu Art. 115 StPO m.w.H.). Aufgrund des Gesagten ist festzuhalten, dass der Beschwerdeführerin mangels gesetzlicher Grundlage keine Parteistellung nach Art. 104 Abs. 2 StPO zukommt.

(Beschluss vom 15. November 2018, BEK 2017 157).

### 5.3 Beschlagnahme, Anforderungen an die Begründung

- *Die Staatsanwaltschaft hat summarisch und hinsichtlich eines allfälligen Rechtsmittelganges ausreichend aufzuzeigen, inwiefern die gesetzlichen Beschlagnahmeveraussetzungen vorliegen (Erw. 2.a).*
- *In casu fehlt es an der hinreichenden Darlegung der gegenwärtig bekannten und den Tatverdacht und die Beschlagnahmezwecke begründenden Faktenlage (Erw. 2.b).*

*Aus den Erwägungen:*

2. Der Beschwerdeführer rügt vorab, die angefochtene Verfügung sei mangelhaft begründet und dadurch sein Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt. Dazu nimmt die Staatsanwaltschaft in ihrer Beschwerdeantwort direkt keine Stellung.

a) Zufolge des Grundsatzes des rechtlichen Gehörs müssen die Behörden ihre Verfügungen und Entscheide begründen. Die Beschlagnahme, zu welcher auch die vorliegend offene Kontosperrung gehört (vgl. dazu BGer 1B\_193/2018 vom 7. Juni 2018 E. 2.2 f. mit Hinweisen), ist mit einem

## A 5.3

schriftlichen, kurz begründeten Befehl oder in dringenden Fällen mit nachträglicher schriftlicher Bestätigung mündlich anzuordnen (Art. 263 Abs. 2 StPO). Als Zwangsmassnahme darf eine Beschlagnahme grundsätzlich nur unter den Voraussetzungen des hinreichenden Tatverdachts, der Subsidiarität und der Verhältnismässigkeit im Sinne von Art. 197 lit. b-d StPO angeordnet werden (vgl. dazu etwa Heimgartner, Strafprozessuale Beschlagnahme, Zürich 2011, S. 117; Bommer/Goldschmid, BSK, 2. A., 2014, vor Art. 263-268 StPO, N 11 ff.; Schmid/Jositsch, PK, 3. A. 2018, Vor Art. 263-268 StPO N 2). Die Staatsanwaltschaft hat zwar weder schwierige juristische Fragen noch den Sachverhalt vollständig zu klären (BGE 141 IV 360 E. 3.2), aber doch summarisch und hinsichtlich eines allfälligen Rechtsmittelganges ausreichend (vgl. BGer 1B\_210/2014 vom 17. Dezember 2014 E. 5.4) aufzuzeigen, inwiefern die gesetzlichen Voraussetzungen für die Beschlagnahme vorliegen. Darzulegen sind tatsächliche Anhaltspunkte für einen hinreichenden Verdacht und ein Beschlagnahmegrund, das heisst ein Verwendungszweck im Sinne von Art. 263 Abs. 1 lit. a-d StPO. Bezug zu nehmen ist auch auf die mutmasslichen Tatbestände, in deren Zusammenhang die Beschlagnahme vorgenommen wird. Im Beschlagnahmebefehl müssen zudem die zu beschlagnehmenden Objekte genau bezeichnet werden (BEK 2014 31 vom 10. November 2014 E. 2.a mit Hinw.; BEK 2016 165 vom 30. Januar 2017 E. 3.b). Zu weit ginge es jedoch, eine eigentliche Subsumtion unter den mutmasslichen Tatbestand zu verlangen (vgl. Heimgartner, a.a.O., S. 106 ff.).

b) Die Staatsanwaltschaft erläutert in der angefochtenen Verfügung ihren Verdacht folgendermassen:

Der Beschuldigte wird dringend des Betrugs (Art. 146) zum Nachteil der IV-Stelle Schwyz und weiterer Personen verdächtigt, in dem er über seine Leistungserbringung täuschte bzw. Leistungen zum Zahnarztтариф verrechnete, obschon diese Leistungen nicht durch ihn selber als Zahnarzt erbracht wurden, wobei für den mutmasslich relevanten Zeitraum 2006-2016 von einem Deliktsbetrag von mindestens ca. CHF 5.5 Millionen auszugehen ist.

Hinsichtlich der Beschlagnahmewecke führte sie aus (E. 2):

Zur Sicherstellung von Verfahrenskosten, Geldstrafen, Bussen, Entschädigungen sowie der Einziehung gemäss Art. 71 StGB (Ersatzforderung) sind deshalb Vermögenswerte der beschuldigten Person im Umfang von CHF 5.5 Millionen zu beschlagnehmen.

Diese allgemeinen Erwägungen genügen den dargelegten Begründungsanforderungen nicht (sowie dazu auch schon BEK 2012 129 vom 13. Februar 2013 einleitend E. 3; BEK 2013 56 vom 31. Juli 2013 E. 3). Der Tatverdacht wird nur beschrieben. Zutreffend rügt der Beschwerdeführer, dass in der angefochtenen Verfügung weder tatsächliche Anhaltspunkte für den Tatverdacht noch die gesetzlichen Voraussetzungen für die Beschlagnahme noch deren Verhältnismässigkeit, namentlich die Erforderlichkeit der Zwangsmassnahme nach nahezu vierjährigen Ermittlungen, aufgezeigt werden. In der Tat fehlt es an der hinreichenden Darlegung der gegenwärtig bekannten und den Tatverdacht (Art. 197 Abs. 1 lit. b StPO) und die Beschlagnahmezwecke begründenden Faktenlage (vgl. BEK 2018 72 vom 8. Oktober 2018 E. 3). Die Staatsanwaltschaft zeigt vorliegend weder in der angefochtenen Verfügung noch in der Beschwerdeantwort tatsächliche Anhaltspunkte für den beschriebenen Tatverdacht auf. Dadurch verweigert sie nicht nur dem Beschwerdeführer das rechtliche Gehör, sondern verunmöglicht auch eine adäquate Beurteilung der sich im Zusammenhang mit der angefochtenen Verfügung stellenden Fragen durch die Beschwerdeinstanz. Weder der Beschwerdeführer noch die Beschwerdeinstanz sind in der Lage, die Tragweite der angefochtenen Verfügung zu beurteilen. Deshalb ist eine Heilung der Gehörsverletzung durch die Beschwerdeinstanz nicht zulässig (vgl. etwa dazu Guidon, BSK, 2. A. 2014, Art. 397 StPO N 6a). Es ist zudem nicht deren Aufgabe, sich aus den Untersuchungsakten die Gründe für die angeordnete Zwangsmassnahme selber zusammensuchen und dem Beschwerdeführer darzulegen (vgl. auch BEK 2014 31 vom 10. November 2014 E. 2.b mit Hinw.). Die Beschwerde ist mithin gutzuheissen.

(Beschluss vom 29. November 2018, BEK 2018 158).

## 5.4 Nichtanhandnahme

- *Fehlende Zuständigkeit bei Nichtanhandnahme (Erw. 2).*

*Aus den Erwägungen:*

2. a) Art. 29 StPO statuiert, gemäss der ausdrücklichen Marginalie der Bestimmung, den Grundsatz der Verfahrenseinheit. Dieses Prinzip bildet seit langem ein Wesensmerkmal des schweizerischen Straf- und Strafverfahrensrechts (vgl. auch Art. 49 StGB). Es besagt unter anderem, nicht zuletzt unter dem Gesichtspunkt der sachlichen Zuständigkeit, dass mehrere Straftaten einer einzelnen Person in der Regel in einem einzigen Verfahren verfolgt und beurteilt werden (BGE 138 IV 214, E. 3.2 m.w.H.).

## A 5.4

Gemäss Art. 14 StPO bestimmen die Kantone ihre Strafbehörden und insbesondere deren Wahl, Zusammensetzung, Organisation und Befugnisse. Sie können mit Ausnahme der Beschwerdeinstanz und des Berufungsgerechtes mehrere gleichartige Strafbehörden einsetzen und bestimmen für diesen Fall den jeweiligen örtlichen und sachlichen Zuständigkeitsbereich (Art. 14 Abs. 4 StPO). Untersuchungs- und Anklagebehörden des Kantons Schwyz sind nach § 5 Abs. 1 JG die Oberstaatsanwaltschaft (lit. a), die kantonale Staatsanwaltschaft und die Jugendanwaltschaft (lit. b) sowie die Staatsanwaltschaften der Bezirke (lit. c). Laut § 56 Abs. 1 Satz 1 JG führt die kantonale Staatsanwaltschaft die Verfahren, die in die Zuständigkeit des kantonalen Strafgerichtes fallen. Das kantonale Strafgericht beurteilt Anklagen wegen Verbrechen, vorbehalten der in § 20 Abs. 1 lit. a JG erwähnten Ausnahmen sowie die in § 20 Abs. 1 lit. b JG genannten Vergehen und Steuervergehen nach Bundes- und kantonalem Verwaltungsrecht (§ 20 Abs. 1 lit. c JG). Die Zuständigkeit für das gleiche Verfahren bleibt bestehen, wenn sich nachträglich ergibt, dass eine andere Staatsanwaltschaft im Kanton zuständig wäre (§ 56 Abs. 2 JG und § 65 Abs. 2 JG).

Die innerkantonale sachliche Zuständigkeit wird zudem in der Weisung Nr. 6.1 der Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Schwyz vom 1. Januar 2011 konkretisiert. Bei mehreren Straftaten richtet sich die sachliche Zuständigkeit nach Art. 34 StPO sowie die örtliche Zuständigkeit nach Art. 31 Abs. 2 StPO (Ziff. 1 der Weisung Nr. 6.1). Hat eine beschuldigte Person mehrere Straftaten an verschiedenen Orten verübt, so sind für die Verfolgung und Beurteilung sämtlicher Taten die Behörden des Ortes zuständig, an dem die mit der schwersten Strafe bedrohte Tat begangen worden ist (Art. 34 Abs. Satz 1 StPO).

b) Die Staatsanwaltschaft (...) prüfte aufgrund des Rapports der Kantonspolizei Schwyz vom 22. Mai 2017, ob eine Strafuntersuchung wegen versuchter Nötigung (Art. 181 StGB), versuchter Erpressung (Art. 156 StGB) oder Missbrauchs einer Fernmeldeanlage (Art. 179septies StGB) zu eröffnen ist. Von diesen Delikten ist die (versuchte) Erpressung die mit der schwersten Strafe bedrohte Tat, weshalb sich die sachliche Zuständigkeit für sämtliche Taten danach richten. Art. 156 StGB sieht als Strafe Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe vor und ist folglich als Verbrechen zu qualifizieren (vgl. Art. 10 Abs. 2 StGB). Weil der Tatbestand der Erpressung sodann nicht vom Ausnahmekatalog von § 20 Abs. 1 lit. a JG erfasst wird, ist für dessen Beurteilung das kantonale Strafgericht und folglich für das Untersuchungsverfahren die kantonale Staatsanwaltschaft zuständig. Sodann liegt kein Anwendungsfall von § 65 Abs. 2 JG vor, weil die Staatsanwaltschaft (...) noch keine Strafuntersuchung eröffnet hatte

und sich die Zuständigkeit der kantonalen Staatsanwaltschaft somit nicht erst nachträglich ergab.

Zwar hat die fehlende Zuständigkeit der Staatsanwaltschaft (...) aufgrund der aus § 5 Abs. 2 JG und § 65 Abs. 3 JG fliessenden allgemeinen Untersuchungs- und Strafbefehlsgewalt der Staatsanwaltschaften keine Nichtigkeit zur Folge (vgl. BGE 137 III 2017, E. 2.4.3; BGE 127 II 32, E. 3g; Bundesstrafgericht, Beschluss BB.2017.126 vom 26. Oktober 2017, E. 3.3; Kantonsgericht Schwyz, Beschluss BEK 2012 13 und 93 vom 7. Februar 2013, E. 9b und 9d), der Entscheid unterliegt jedoch der Anfechtung (Kantonsgericht Schwyz, Beschluss BEK 2012 13 und 93 vom 7. Februar 2013, E. 9d; vgl. auch Schmid/Jositsch, Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, 3. A., 2017, N 403 und 1440). Bei Gutheissung von Beschwerden gegen Entscheide auf Nichtanhandnahme ist aufgrund der Natur der Sache kassatorisch zu entscheiden (Guidon, in: Niggli/Heer/Wiprächtiger [Hrsg.], Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, Bd. II, 2. A., 2014, N 6 zu Art. 397 StPO; Keller, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, 2. A., 2014, N 7 zu Art. 397 StPO). Die Privatkläger rügen zu Recht die fehlende Zuständigkeit der Staatsanwaltschaft (...), weshalb die angefochtene Verfügung aufzuheben und die Sache an die Staatsanwaltschaft (...) zurückzuweisen ist.

(Beschluss vom 25. Juni 2018, BEK 2017 125).

## **5.5 Widerruf des Einspracherückzugs**

- *Über die Gültigkeit der Einsprache und mithin auch den Widerruf eines Einspracherückzugs entscheidet das erstinstanzliche Gericht (Erw. 3).*

*Aus den Erwägungen:*

3. (...). Wer ein Rechtsmittel ergriffen hat, kann dieses zurückziehen. Ebenfalls ist der Rückzug des Rechtsbehelfs einer Einsprache gegen einen Strafbefehl (Art. 354 StPO) nur unter dem Vorbehalt endgültig, dass keine Partei geltend macht, sie sei durch Täuschung, eine Straftat oder eine unrichtige Auskunft zu seiner Erklärung veranlasst worden (vgl. Art. 386 Abs. 3 StPO; BGer 6B\_817/2016 vom 16. August 2016 E. 2 mit Hinw.). Ein Widerruf ist an diejenige Instanz zu richten, gegenüber welcher der Rückzug erklärt wurde (BGE 141 IV 269 E. 2.2.3). Einspracherückzugsmöglichkeiten bestehen sowohl bei der Staatsanwaltschaft als auch beim Gericht (vgl. dazu auch Art. 355 Abs. 2 und 356 Abs. 3 und 4 StPO;

## A 5.6

Daphinoff, Das Strafbefehlsverfahren in der Schweizerischen Strafprozessordnung, 2012, S. 623). Ausserhalb der Entscheidkompetenzen der Staatsanwaltschaft (Art. 355 Abs. 3 StPO) befindet jedoch das Gericht über die Gültigkeit des Strafbefehls und der Einsprache (Art. 356 Abs. 2 StPO; vgl. auch Schmid/Jositsch, Handbuch, 3. A. 2017, Rz 1366) unabhängig von einer deklarativen Feststellung eines Rückzugs bzw. der Rechtskraft (vgl. BGE ebd.). Da der Beschuldigte bereits gegenüber der Staatsanwaltschaft seinen Einspracherückzug vor der Rechtskraftfeststellung widerrief, hätte diese die Sache vor der Rechtskraftfeststellung wie im Fall der bestrittenen Verspätung einer Einsprache zum Entscheid über deren Gültigkeit an das erstinstanzliche Gericht überweisen müssen.

(Beschluss vom 18. Dezember 2018, BEK 2018 122).

### 5.6 Abgekürztes Verfahren, zulässige Berufungsgründe

- *Der Einwand, mangels gültigen Strafantrags fehle es an einer formellen Voraussetzung des abgekürzten Verfahrens, ist kein zulässiger Berufungsgrund im Sinne von Art. 362 Abs. 5 StPO (Erw. 3).*

*Aus den Erwägungen:*

3. Der Beschuldigte moniert eine fehlende Prozessvoraussetzung und eine Verletzung des rechtlichen Gehörs. Die Verurteilung wegen Hausfriedensbruches sei mangels gültigen Strafantrags im abgekürzten Verfahren unzulässig. Weder die Staatsanwaltschaft noch das Gericht hätten zu diesen vorgebrachten Einwänden Stellung genommen. Unbestritten lässt er dagegen, dem abgekürzten Verfahren und der diesem Verfahren zugrundeliegenden Anklageschrift mit Urteilsdispositiv unwiderruflich zugestimmt und damit nach ausdrücklicher Vormerkung auf das ordentliche Verfahren sowie auf Rechtsmittel verzichtet zu haben.

a) Der Beschuldigte macht keine Berufungsgründe im Sinne von Art. 362 Abs. 5 StPO geltend. Weder rügt er seine fehlende Zustimmung zur Anklageschrift noch eine mangelnde Übereinstimmung von Urteil und Anklageschrift. Auch behauptet er zutreffend nicht, vor dem Gericht sein Geständnis im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nicht bestätigt zu haben (vgl. BGE 139 IV 233), anerkannte er doch den angeklagten Sachverhalt ebenfalls im Sinne von Art. 361 Abs. 2 StPO vor Gericht. Diese unbestrittene zweite Zustimmung hielt die Vorinstanz im summarisch begründeten Urteil als Ergebnis der Hauptverhandlung (Art. 362 Abs. 1 lit. b StPO) fest.

b) Soweit der Beschuldigte vorbringt, mangels gültigen Strafantrags fehle es an einer formellen Voraussetzung des abgekürzten Verfahrens bzw. habe das erstinstanzliche Gericht über die Rechtmässigkeit des abgekürzten Verfahrens (Art. 362 Abs. 1 lit. a StPO) nicht oder falsch befunden, sind dies keine zulässigen Berufungsgründe im Sinne von Art. 362 Abs. 5 StPO. Vielmehr unterliegen diese Vorbringen dem unwiderruflich abgegebenen Verzicht auf ein ordentliches Verfahren sowie auf Rechtsmittel (Art. 360 Abs. 1 lit. h und Abs. 2 StPO). Solche Behauptungen sind daher dem Beschuldigten verwehrt, wie etwa die Rügen, er habe der Erledigung im abgekürzten Verfahren zwar zugestimmt, sei aber in Wirklichkeit nicht geständig, oder der Sachverhalt sei nicht bewiesen oder der Tatbestand nicht erfüllt (vgl. BGE 139 IV 233 E. 2.3 sowie Donatsch/Hansjakob/Lieber, Kommentar, 22014, Art. 362 StPO N 10 mit Hinweisen auf die Botschaft BBI 2006 1297). Dass die Beschränkung der Rechtsmittelmöglichkeiten nach Art. 362 Abs. 5 StPO die Prüfung allfälliger Strafantragsmängel ausschliesst, hängt mit dem summarischen Charakter des abgekürzten Verfahrens zusammen und ist rechtsstaatlich akzeptabel, weil der Beschuldigte der Anklageschrift im Wissen um deren Folgen (Schuldspruch und Sanktionen sowie Verzicht auf ein ordentliches Verfahren sowie Rechtsmittel) zustimmte (vgl. BGE und Botschaft ebd.). Vorliegend anerkannte der Beschuldigte im abgekürzten Verfahren den Sachverhalt vor der Staatsanwaltschaft und dem Gericht, obwohl die Unklarheiten des Strafantrags bezüglich des Tatbestands des Hausfriedensbruchs bekannt und von seinem Verteidiger ins Verfahren eingebracht worden waren, so dass diesbezüglich Willensmängel auszuschliessen und auch nicht geltend gemacht sind. Die Unwiderruflichkeit der Zustimmung soll sicherstellen, dass das abgekürzte Verfahren nicht zu Verfahrensverzögerungen missbraucht wird (BGE ebd.), weshalb sie in Fällen wie dem vorliegenden – vorbehältlich einer weder geltend gemachten noch ersichtlichen Nichtigkeit des angefochtenen Urteils – der Berufung auf die Ungültigkeit des Strafantrags im Rechtsmittelverfahren entgegensteht. Die Rechtmässigkeit des abgekürzten Verfahrens (Art. 362 Abs. 1 lit. a StPO) hat im Unterschied zum Ergebnis der Hauptverhandlung, der Wiederholung der Zustimmung zum Sachverhalt respektive der hier unbestrittenen Erneuerung des Geständnisses vor Gericht (gemäss BGE 139 IV 233; Art. 362 Abs. 1 lit. b i.V.m. Abs. 5 StPO; vgl. auch oben lit. a in fine) allein die Vorinstanz zu kontrollieren. Zwar ist auch die Erfüllung der Voraussetzung von Art. 362 Abs. 1 lit. a StPO summarisch zu begründen (Art. 362 Abs. 2 StPO), indes können diesbezügliche Unterlassungen ausserhalb der in Art. 362 Abs. 5 StPO klar definierten Berufungsgründe im Rechtsmittelverfahren nicht beurteilt werden.

## A 5.7

Aus diesen Gründen erweist sich die Berufung als offensichtlich unzulässig und ist darauf sowie auf den ohnehin nicht den Vollzug der Freiheitsstrafe dieses abgekürzten Verfahrens betreffenden Haftentlassungsantrag nicht einzutreten.

(Urteil vom 16. Januar 2018, STK 2017 62).

### 5.7 Berufungsrückzug bzw. -verzicht

- *Ist der Berufungsführer für die Rechtsmittelinstanz zur Vorladung nicht erreichbar, gilt die Berufung als zurückgezogen (Erw. 3.a).*
- *Da der Berufungsführer in casu gegenüber seinem Verteidiger nie den Wunsch auf Berufung erklärte, verzichtete er auf das Rechtsmittel (Erw. 3.b).*

*Aus den Erwägungen:*

3. Die Berufung gilt als zurückgezogen, wenn die Partei, die sie erklärt hat, (a) der mündlichen Berufungsverhandlung unentschuldigt fernbleibt und sich auch nicht vertreten lässt, (b) keine schriftliche Eingabe einreicht oder (c) nicht vorgeladen werden kann (Art. 407 Abs. 1 StPO).

a) Vorliegend ist dem amtlichen Verteidiger der aktuelle Wohnsitz des Beschuldigten nicht bekannt. Da auch weitere diesbezügliche gerichtliche Nachforschungen erfolglos blieben, musste die Vorladung zur Berufungsverhandlung an den Beschuldigten öffentlich bekannt gemacht werden (Art. 88 Abs. 1 lit. a StPO). Somit konnte dem Beschuldigte die Vorladung nicht direkt zugestellt (Art. 87 Abs. 4 StPO), mithin dieser nicht vorgeladen werden (Art. 407 Abs. 1 lit. c StPO; Goldschmid/Maurer/Sollberger, Kommentierte Textausgabe StPO, 2008, S. 404; Schmid/Jositsch, PK, 3. A. 2018, Art. 407 StPO N 5). Die öffentliche Vorladung blieb ebenfalls ergebnislos, erschien der Beschuldigte doch an der Berufungsverhandlung nicht und nahm weder mit seinem amtlichen Verteidiger noch mit dem Gericht je Kontakt auf. Zur Partizipation am Berufungsverfahren reicht eine Meinungsäußerung gegenüber dem amtlichen Verteidiger vor Kenntnis des erstinstanzlichen Urteils, gegen allfällige Verurteilungen vorzugehen, nicht aus. Vielmehr muss der Berufungsführer für die Rechtsmittelinstanz auch zur Vorladung erreichbar sein (Art. 407 Abs. 1 lit. c StPO; CAN 2-18 Nr. 39 mit Hinweisen). Mangels dieser Erreichbarkeit gilt die durch den amtlichen Verteidiger erklärte Berufung vorliegend als zurückgezogen und kann das Rechtsmittelverfahren demzufolge abgeschrieben werden.



b) Die Möglichkeit eines zweitinstanzlichen Abwesenheitsverfahrens im Sinne von Art. 407 Abs. 1 lit. a StPO bzw. Art. 379 und 366 f. StPO kann hier offenbleiben (vgl. aber Goldschmid/Maurer/Sollberger, a.a.O., S. 404, welche die Säumnisfolgen nach Art. 407 StPO von den Konsequenzen des Abwesenheitsverfahrens unterscheiden). Anlässlich der Berufungsverhandlung wurde nämlich bekannt, dass der amtliche Verteidiger die Berufung nur vorsorglich in Annahme eines hypothetischen Willens des Beschuldigten, ohne jeglichen Kontakt mit dem Beschuldigten, mithin ohne dessen wirkliche Einwilligung erklärte. Deshalb ist festzustellen, dass es der Beschuldigte dem amtlichen Verteidiger nicht nur verunmöglichte, die vorliegende Berufung nach seiner Instruktion zu begründen, sondern schon in seinem Namen zu erklären (vgl. dazu CAN 2-16 Nr. 46). Der Beschuldigte verdient somit keinen Rechtsschutz, da er nach Vorliegen des seinem Verteidiger rechtsgültig zugestellten erstinstanzlichen Urteils (Art. 87 Abs. 3 StPO) weder gegenüber seinem Verteidiger noch gegenüber der Rechtsmittelinstanz jemals den wirklichen Wunsch auf eine Berufung äusserte. Er stimmte einer Berufung also nie zu, sondern verzichtete darauf.

(Urteil vom 3. Juli 2018, STK 2017 60).

---

## **6. Schuldbetreibungs- und Konkursrecht**

---

### **6.1 Definitive Rechtsöffnung, superprovisorische Verfügung**

- *Die nicht in einem kontradiktorischen Verfahren erlassene superprovisorische Verfügung für den betriebenen Unterhaltsbetrag ist angesichts ihrer von Gesetzes wegen stark relativierter Beständigkeit (Art. 265 Abs. 2 ZPO) kein definitiver Rechtsöffnungstitel (Erw. 4).*

*Aus den Erwägungen:*

4. Der Gesuchsgegner wirft dem Rechtsöffnungsrichter vor, zu Unrecht davon auszugehen, die Verfügung vom 13. Dezember 2017 stelle einen definitiven Rechtsöffnungstitel dar und sei vollstreckbar. Es ist rechtlich zu prüfen, ob diese gestützt auf Art. 265 ZPO superprovisorisch ergangene

## A 6.1

Verfügung einen Rechtsöffnungstitel im Sinne eines vollstreckbaren gerichtlichen Entscheids nach Art. 80 Abs. 1 SchKG ist (Art. 320 lit. a ZPO). (...).

a) Beruht die Forderung auf einem vollstreckbaren gerichtlichen Entscheid, so kann der Gläubiger beim Richter die Aufhebung des Rechtsvorschlags verlangen (definitive Rechtsöffnung, Art. 80 Abs. 1 SchKG). Laut Art. 336 Abs. 1 ZPO ist ein Entscheid vollstreckbar, wenn er rechtskräftig ist und das Gericht die Vollstreckung nicht aufgeschoben hat oder wenn er noch nicht rechtskräftig ist, jedoch die vorzeitige Vollstreckung bewilligt wurde. Eine superprovisorische Massnahme kann gemäss Art. 265 Abs. 1 ZPO bei besonderer Dringlichkeit sofort und ohne Anhörung der Gegenpartei vom Gericht angeordnet werden und es steht kein Rechtsmittel beziehungsweise keine Einsprachemöglichkeit zur Verfügung (Sprecher, BSK, 3. A. 2017, Art. 265 ZPO N 32 mit Hinweisen; Reetz/Theiler in Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, Kommentar, 3. A. 2016, Art. 308 ZPO N 34; CAN 3/2012 Nr. 53), weshalb sie zumindest vorübergehend im Sinne von Art. 336 Abs. 1 ZPO vollstreckbar scheint. Indes werden auf Geldzahlung lautende Entscheide nach den Bestimmungen des SchKG vollstreckt (Art. 335 Abs. 2 ZPO), weshalb der geltend gemachte Rechtsöffnungstitel nach diesem Gesetz zu prüfen ist. Immerhin ist an dieser Stelle anzumerken, dass eine superprovisorische Verfügung im Sinne von Art. 265 Abs. 1 ZPO zufolge des unverzüglich notwendigen Entscheids des Massnahmerichters in einem kontradiktorischen Verfahren (Art. 265 Abs. 2 ZPO) nicht rechtskräftig (Müller, Praxis 2014 S. 72 mit Hinweisen) bzw. zufolge ihrer voraussetzungslosen Modifizierbarkeit nicht rechtskraftfähig ist (Droese, Res iudicata – ius facit, 2015, S. 150). Soweit es sich aber um eine Verfügung handelt, die nicht rechtskräftig werden kann, wäre deren Vollstreckbarkeit durch Art. 336 ZPO strenggenommen gar nicht erfasst. Neben der Vollstreckbarkeit wird daher auch der Entscheidbegriff von Art. 80 Abs. 1 SchKG erheblich sein.

b) Das Bundesgericht definierte vor Erlass der Schweizerischen Zivilprozessordnung den Begriff des vollstreckbaren gerichtlichen Zivilurteils gemäss Art. 80 Abs. 1 SchKG als ein Urteil über eine zwischen zwei oder mehreren Parteien bestrittene Frage, nachdem den Parteien in einem vorausgegangenen Verfahren Gelegenheit zur Vernehmlassung über das streitige Begehren geboten worden war (BGE 67 I 6 E. 2). Diese Rechtsprechung wurde in späteren Bundesgerichtsurteilen bestätigt (BGE 87 I 61 E. 5b; 101 Ia 13 E. 3). Das Element des kontradiktorischen Verfahrens, bei welchem sich beide Parteien vor Ergehen des Entscheids zur Streitsache äussern können, ist gemäss dieser Rechtsprechung ein Definitionsmerkmal eines gerichtlichen Urteils im Sinne von

Art. 80 Abs. 1 SchKG (BGE 101 Ia 13 E. 3). Im Zuge der Einführung der Schweizerischen Zivilprozessordnung wurde im SchKG einzig die Terminologie angepasst und dadurch der Begriff des Urteils durch Entscheidung ersetzt, dagegen der vollstreckungsrechtliche Dualismus beibehalten, wonach sich die Realvollstreckung nach den Bestimmungen der ZPO und die Vollstreckung von Geldzahlungen nach dem SchKG richten (Staehelin, BSK, 2. A. 2010, Art. 80 SchKG N 2b; Droese, BSK, 3.A. 2017, Art. 335 ZPO N 2). Entsprechend änderte sich der Wortlaut von Art. 80 Abs. 1 SchKG ansonsten auch nicht. Das Bundesgericht definiert eine Zivilrechtsstreitigkeit nach wie vor als kontradiktorisches Verfahren zwischen mindestens zwei Parteien, das auf die endgültige, dauernde Regelung zivilrechtlicher Verhältnisse im Sinne einer *res iudicata* abzielt (BGE 136 III 178 E. 5.2; BGer 4A\_273/2015 vom 8. September 2015 E. 4.1), worunter auch Verfahren auf Erlass vorsorglicher Massnahmen etwa im Eheschutzverfahren fallen (Vock/Nater, BSK, 3. A. 2017, Art. 1 ZPO N 5 m. Hinw.). Dass die Herkunft eines Entscheids aus einem kontradiktorischen Verfahren weiterhin für die Annahme eines definitiven Rechtsöffnungstitels nach Art. 80 Abs. 1 SchKG vorauszusetzen ist, unterstreicht der Umstand, dass auch die in Abs. 2 dieses Artikels weiteren zulässigen definitiven Rechtsöffnungstitel in Verfahren entstehen, in die der Schuldner involviert ist (dazu Vock/Aeppli-Wirz, SK, 2017, Art. 80 SchKG, N 26 f., 31 und 35; Staehelin, a.a.O., Art. 80 SchKG, N 58a, 58d und 121).

c) Aufgrund der Lehre drängen sich keine anderen Schlussfolgerungen auf. Schon früh betrachtet sie die gesetzmässige Beteiligung der Parteien an einem Entscheidverfahren als Rechtskraftvoraussetzung (Blumenstein, Handbuch des Schweizerischen Schuldbetriebsrechtes, 1911, S. 288) und folgt der Praxis, wonach das kontradiktorische Verfahren ein Begriffsmerkmal des Urteils im Sinne von Art. 80 Abs. 1 SchKG ist (Panchaud/Caprez, Die Rechtsöffnung, 1980, § 99 II Ziff. 1; Fritzsche/Walder, Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht, Band I, 1984, S. 233, N 4; Jaeger/Walder/Kull/Kottmann, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs I, 1997, Art. 80 SchKG, S. 346; Vock, KUKO, 2.A. 2014, Art. 80 SchKG, N 3). Ein definitiver Rechtsöffnungstitel liegt nur dann vor, wenn der Schuldner im vorangegangenen materiellrechtlichen Verfahren ausreichend Gelegenheit hatte, sich sowohl zum Bestand als auch zum Quantitativ der Forderung zumindest in einem Rechtsbehelf oder Rechtsmittel zu äussern (Stücheli, Die Rechtsöffnung, Zürich 2000, S. 213; Staehelin, a.a.O., Art. 80 SchKG, N 14; Peter, La mainlevée de l'opposition – La mainlevée définitive, in C/PRO 5, 2014, S. 8).

## A 6.1

d) Unter der Ägide des kantonalen Prozessrechts genügte die vorläufige Vollstreckbarkeit nicht (Panchaud/Caprez, a.a.O., § 109 Ziff. 4 unter Hinweis auf einen Entscheid aus dem Kanton Thurgau, dagegen jedoch in Bezug auf eine atypische nach Anhörung der Parteien ergangene superprovisorische Massnahme RBOG TG 2005 Nr. 22, E. 2b). So entschied auch das Kantonsgericht Schwyz (EGV-SZ 1985 Nr. 38) und wich von dieser Praxis auch nach einer Änderung der Gerichtsordnung, wonach der Einsprache gegen eine superprovisorische Verfügung keine aufschiebende Wirkung mehr zukam, mit der Begründung nicht ab, dass die Verpflichtung zu regelmässig wiederkehrendem Unterhalt nicht in einem kontradiktorischen Verfahren erfolgte (KG 138/97 RK2 vom 20. Juni 1997 E. 6). Daran ist angesichts der Voraussetzung der definitiven Rechtsöffnung, dass der Vollstreckung mit einer gewissen Sicherheit keine materiellrechtlichen Hindernisse entgegenstehen (Blumenstein, a.a.O., S. 261), und des in der Bundesgerichtspraxis ausgebildeten Urteilsbegriffs (vgl. oben lit. b) festzuhalten. Der vom Vorderrichter zitierte Entscheid des Kantonsgerichts Graubünden (KSK 17 50 vom 9. Oktober 2017) geht davon aus, dass für superprovisorisch angeordnete Unterhaltsbeiträge nur solange definitive Rechtsöffnung erteilt werden kann, als sie nicht durch den unverzüglich zu erlassenden Entscheid im Sinne von Art. 265 Abs. 2 ZPO ersetzt worden sind, was für den vorliegenden Fall nachfolgend zu thematisieren ist.

e) Vorauszuschicken ist, dass im Rechtsöffnungsverfahren abgesehen vom Fall der Nichtigkeit (vgl. dazu Stücheli, a.a.O., S. 214) die Zulässigkeit von superprovisorischen Entscheiden über Unterhaltszahlungen im Eheschutzverfahren nicht geprüft werden darf (Vock/Aeppli-Wirz, a.a.O., Art. 80 SchKG N 2). Mithin darf das Erfordernis eines unverzüglichen Entscheides nach einem Superprovisorium im Sinne von Art. 265 Abs. 1 ZPO nur in Bezug auf dessen Art und Vollstreckbarkeit beurteilt werden. Nach Erlass der superprovisorischen Verfügung ist die Gegenpartei schnellstmöglich anzuhören und über das Gesuch unverzüglich zu entscheiden (Art. 265 Abs. 2 ZPO; Sutter-Somm/Chevalier in Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, Kommentar, 3.A. 2016, Art. 53 ZPO N 23; Sprecher, a.a.O., Art. 265 ZPO N 35). Im Falle zeitlicher Dringlichkeit ist es mit dem Gehörsanspruch ohne weiteres vereinbar, der Gegenpartei für die Ausübung ihres Äusserungsrechts eine Frist anzusetzen, solange dies eine gehörige Wahrung ihres Anhörungsanspruches effektiv erlaubt (Waldmann, BSK, 2015, Art. 29 BV, N 47). Effektiv geheilt werden kann die Möglichkeit einer Gehörsverletzung indes nur dann, wenn vor einer Vollstreckung der zunächst nicht angehörten Partei das rechtliche Gehör eingeräumt wird, bzw. die Verletzung ihres Äusserungsrechts in einem späteren Verfahrensabschnitt derart geheilt wird, dass die umfassende Geltung des Fairnessgebots nicht relativiert oder gar ausser Kraft gesetzt wird (dazu

Waldmann, ebd., N 17). Daher muss das rechtliche Gehör im Zuge des Massnahmeverfahrens gewährt und ein Entscheid nach Art. 265 Abs. 2 ZPO schnellstmöglich ergehen, mithin bevor überhaupt ein Rechtsöffnungsverfahren spruchreif werden kann. In solcher Verfahrensweise und nicht durch eine Rechtsöffnung ist der allfälligen Notlage einer Gläubigerin Rechnung zu tragen. Wenn der Richter von einem umfangreichen langdauernden Eheschutzverfahren ausgeht, hat er superprovisorisch angeordneten Unterhalt vorab im Verfahren von Art. 265 Abs. 2 ZPO zu überprüfen, zumal auch dieser Entscheid vorläufiger Natur und mithin änder- bzw. aufhebbar ist (Art. 268 Abs. 1 ZPO). Eine Anhörung im Rechtsöffnungsverfahren kann die fehlende Anhörung im Eheschutzverfahren nicht heilen, weil der Rechtsöffnungsrichter prinzipiell wie gesagt keine – auch nicht summarische – materiellrechtliche Beurteilung vornimmt. So können vorsorgliche Massnahmen erst nach erfolgter Anhörung vollstreckt werden (Gehri, BSK, 3. A. 2017, Art. 53 ZPO N 14). Damit sind superprovisorische Massnahmen nur unter erfüllter suspensiver Bedingung einer nach Anhörung der Gegenpartei ergehenden richterlichen Bestätigung vollstreckbar. In diesem Sinne hat das Bundesgericht betreffend ausländische superprovisorische Massnahmen nach LugÜ präzisiert, dass sie nur dann anerkannt werden, wenn der Schuldner sie im Urteilsstaat nachträglich überprüfen lassen und damit seinen Anspruch auf rechtliches Gehör ausüben kann (BGE 129 III 626 E. 5.2.2) und zwar in einem kontradiktorischen Verfahren und *bevor* um Anerkennung und Vollstreckung der Massnahme in einem anderen Vertragsstaat ersucht wurde (BGer 4P.331/2005 vom 1. März 2006, E. 7.4). Somit ist festzuhalten, dass es mit der Verfahrensfairness nach Art. 29 Abs. 1 BV nicht zu vereinbaren ist, aufgrund von superprovisorischen Verfügungen definitive Rechtsöffnung zu gewähren, die noch nicht in einem Verfahren nach Art. 265 Abs. 2 ZPO bestätigt worden sind.

f) Die Rechtsöffnung ist schliesslich auch nicht mit dem Argument zu rechtfertigen, zufolge Ausbleibens des gesetzlich erforderlichen unverzüglichen Massnahmeentscheids könne mit einer Beschwerde wegen formeller Rechtsverweigerung (dazu Art. 319 lit. c ZPO und Sprecher, a.a.O., Art. 265 ZPO N 32) vorläufiger Rechtsschutz erwirkt werden (Art. 325 Abs. 2 ZPO). Ein Aufschub ist logischerweise nur insofern möglich, als, was vorliegend gerade nicht der Fall ist, ein anfechtbarer Entscheid vorliegt (Spühler, BSK, 3. A. 2017, Art. 325 ZPO N 3). Deshalb soll die nicht angehörte Gegenpartei das kontradiktorische Verfahren vor dem Massnahmerichter durchlaufen und gegen dessen definitiven Entscheid vorläufigen Rechtsschutz erwirken. Der Rechtssuchende kommt bei der Weiterverfolgung des Massnahmeverfahrens nach Art. 261 ff. ZPO in aller Regel rascher zum Ziel als mit einem anderen Rechtsmittel, dessen Ergreifung

## A 6.2

zudem zu Doppelspurigkeiten führen würde. Es entspricht dem System des Massnahmeverfahrens, dass dieses rasch vorangetrieben und abgeschlossen wird (BGE 137 III 417 E. 1.2). Dass im vorliegenden Fall derselbe Richter dieses System aushebelte, indem er das Eheschutzverfahren nach superprovisorischer Anordnung von Unterhaltsbeiträgen nicht in der gesetzlich geforderten Schnelligkeit erledigte, und als Rechtsöffnungsrichter die Zwangsvollstreckung zulies, ist abgesehen von der Gesetzeswidrigkeit mit den Grundsätzen eines fairen Verfahrens nicht vereinbar und kann nicht dem Gesuchsgegner angelastet werden. Mangels Durchführung der Bestätigung in einem kontradiktorischen Verfahren beruhen die superprovisorischen Unterhaltsbeiträge nicht auf vollstreckbaren Entscheiden im Sinne von Art. 80 Abs. 1 SchKG. Es kann keine Rechtsöffnung gewährt werden (...).

(Beschluss vom 6. September 2018, BEK 2018 85 = CAN 1-19 Nr. 13 mit Bemerkungen).

### 6.2 Definitive Rechtsöffnung, polizeiliche „Rechnungsverfügung“

- *Schadenersatzansprüche des Gemeinwesens aufgrund der Beschädigung öffentlicher Sachen sind zivilrechtlich geltend zu machen, weshalb eine hoheitliche „Rechnungsverfügung“ kein definitiver Rechtsöffnungstitel darstellt (Erw. 3).*
- *Aufgrund der sachlichen Unzuständigkeit der Polizei zum Erlass der „Rechnungsverfügung“ kann auch wegen Nichtigkeit keine Rechtsöffnung gewährt werden (Erw. 4).*

*Aus den Erwägungen:*

3. Die definitive Rechtsöffnung kann verlangt werden, wenn die Forderung auf einer vollstreckbaren Verfügung einer schweizerischen Verwaltungsbehörde beruht (Art. 80 Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 Ziff. 2 SchKG). (...).

a) Verfügungen sind Anordnungen der Behörden im Einzelfall, die sich auf öffentliches Recht des Bundes stützen (Art. 5 VwVG). Diese Definition bezieht sich auf Verfügungen in Anwendung von Bundesrecht, jedoch folgen die Kantone wörtlich oder sinngemäss diesem Verfügungsbegriff auch für ihre eigenen Verfügungen (Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. A., 2016, N 852; BGer, Urteil 2C\_444/2015 vom 4. November 2015 E. 3.2.1). Der Kanton X. folgt sinngemäss ebenfalls diesem Verfügungsbegriff, obwohl § 4 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes des Kantons X. nicht von Verfügungen, sondern von Entscheiden spricht

(...). Verfügungen müssen unter anderem in Anwendung von Verwaltungsrecht ergehen. Das Handeln des Gemeinwesens in Privatrechtsform hat keinen Verfügungscharakter. Im Bereich des privatrechtlichen Handelns ist das Gemeinwesen nicht zum Erlass von Verfügungen berechtigt (Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., N 865). Das Bundesgericht bringt ungeachtet kantonaler Grundlagen und der Eigentumsfrage die Haftungsbestimmungen des Bundeszivilrechts zur Anwendung, wenn dem Gemeinwesen durch Schädigung von öffentlichen Sachen ein Schadenersatzanspruch gegen den Schädiger zusteht (Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., N 2251; Imboden/Rhinow, schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Bd. II, 6. A., 1986, Nr. 115 B IV f; BGE 75 II 118; EGV-SZ 2003 C 17.1 E. 10.5 und 10.6). Zu den öffentlichen Sachen i.e.S. gehört das Verwaltungsvermögen und die öffentlichen Sachen im Gemeingebrauch. Unter Verwaltungsvermögen sind jene Werte zu verstehen, die den Behörden oder einem beschränkten Kreis von privaten Benutzern unmittelbar durch ihren Gebrauchswert für die Besorgung der öffentlichen Aufgabe dienen (BGE 138 I 274 E. 2.3.2; Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., N 2205).

b) Das beschädigte Radarmessgerät (...) steht im Gebrauch der Polizei X. Es dient unmittelbar durch seinen Gebrauchswert zur Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe, indem es erlaubt, Tempoüberschreitungen auf Strassen aufzuzeichnen und zu verfolgen. Es stellt folglich Verwaltungsvermögen dar. Der Gesuchsgegner beschädigte das Radarmessgerät und bezahlte den Betrag der Rechnung vom 9. Mai 2017, der die Kosten für die Reparatur dieses Gerätes ausmacht. Ob die entgangenen Bussen, die durch den Ausfall des Gerätes während 48 Stunden entfielen und den Restbetrag der betriebenen Forderung ausmachen, überhaupt einen Schaden darstellen, kann vorliegend offen bleiben. Jedenfalls ist bei Schadenersatzansprüchen des Gemeinwesens aufgrund der Beschädigung öffentlicher Sachen das Bundeszivilrecht anwendbar. Entgegen der Ansicht der Vorinstanz kann der Gesuchsteller den Gesuchsgegner öffentlich-rechtlich nicht zur Leistung von Schadenersatz verpflichten. Er ist allenfalls zivilrechtlich haftbar (vgl. EGV-SZ 2003 C 17.1 E. 10.6). Inwiefern das Polizeigesetz des Kantons X. eine genügende rechtliche Grundlage für das Einfordern von Schadenersatz per Verfügung durch den Gesuchsteller bzw. die Zuger Polizei darstellen soll, ist nicht ersichtlich. Ohnehin kommt das Bundeszivilrecht ungeachtet einer allfälligen kantonalen Bestimmung zur Anwendung (BGE 75 II 118; Imboden/Rhinow, a.a.O., Nr. 115 B IV f; EGV-SZ 2003 C 17.1 E. 10.5). Der Gesuchsteller hat seine Schadenersatzforderung auf dem Zivilweg geltend zu machen. Die Rechnung vom 9. Mai 2017 erging nicht in Anwendung von Verwaltungsrecht. Somit liegt keine Verfügung, sondern eine blosser Rechnung vor.

## A 6.2

Hinzu kommt folgendes: Zwar können auch Rechnungen als Verfügungen ausgestaltet sein. Im Interesse der Rechtssicherheit ist jedoch erforderlich, dass dies für den Adressaten klar ersichtlich ist. Für die Qualifikation eines Verwaltungsaktes als Verfügung sind deren Strukturmerkmale ausschlaggebend (BGer, Urteil 2C\_444/2015 vom 4. November 2015 E. 3.2.3 und 3.2.4). In casu wurde die Rechnung vom 9. Mai 2017 nicht als Verfügung bezeichnet. Zudem ist diese Rechnung nur mangelhaft begründet. Es ist aus dieser nicht ersichtlich, wie sich der Betrag von Fr. 5'468.00 ergibt, wie er sich zusammensetzt oder warum der Gesuchsgegner diesen bezahlen muss. Ausserdem fehlt es der Polizei an der sachlichen Zuständigkeit zum Erlass solcher Verfügungen (vgl. auch E. 4). Für den Gesuchsgegner konnte somit nicht klar erkennbar sein, dass es sich bei der fraglichen Rechnung um eine Verfügung handeln soll. Weil die Mahnung vom 26. Juni 2017 auf dem Zahlungsverzug der Rechnung vom 9. Mai 2017 beruht, kann auch diese keine Verfügung darstellen. Es fehlt mithin an einem definitiven Rechtsöffnungstitel (...).

4. Selbst wenn man vorliegend von Verfügungen ausgehen würde, könnte damit aus den folgenden Gründen keine Rechtsöffnung verlangt werden.

a) Ist die Verfügung nichtig, so ist keine Rechtsöffnung zu erteilen. Die Nichtigkeit ist von Amtes wegen zu prüfen (Vock/Aepli-Wirz, in: Kren Kostkiewicz/Vock [Hrsg.], a.a.O., N 36 zu Art. 80 SchKG). Insbesondere die sachliche oder funktionelle Unzuständigkeit stellen Nichtigkeitsgründe dar (BGE 104 Ia 172 E. 2c; BGE 137 I 273 E. 3.1; Staehelin, in: Staehelin/Bauer/Staehelin [Hrsg.], Basler Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs I, 2. A., 2010, N 128 zu Art. 80 SchKG).

b) Die sachliche Zuständigkeit der Behörden des Kantons X. wird durch die Gesetzgebung bestimmt gemäss § 6 Abs. 1 VRG-X. Die Aufgaben bzw. Zuständigkeiten der X. Polizei sind im § 1 Polizeigesetz des Kantons X. geregelt. Danach hat die Polizei zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung und zur Verhütung von Straftaten und Unfällen zu sorgen (§ 1 Abs. 1 PolG-X.). Zudem ist die X. Polizei für den Vollzug des Ordnungsbussenrechts des Bundes und Kantons zuständig (§ 1 Abs. 3 PolG-X.). Aus dieser Aufgabenbeschreibung geht nicht hervor, inwiefern die X. Polizei zuständig sein soll, Schadenersatz aufgrund einer Schädigung von öffentlichen Sachen geltend zu machen. Wie oben dargelegt, bringt das Bundesgericht bei Schädigungen von öffentlichen Sachen ungeachtet einer kantonrechtlichen Grundlage die Haftungsbestimmungen des Bundeszivilrechts zur Anwendung (E. 3a). Die Schadenersatzansprüche müssen auf dem Zivilweg geltend gemacht werden, weshalb die X. Polizei dafür sachlich nicht zuständig ist. Selbst wenn es sich um eine



Verfügung handeln würde, wäre diese mangels sachlicher Zuständigkeit nichtig und die Rechtsöffnung somit zu verweigern.

(Beschluss vom 13. Februar 2018, BEK 2017 189).

### 6.3 Definitive Rechtsöffnung, Bestimmtheit der Verfügungs-

- *Beim als Rechtsöffnungstitel geltend gemachten Schreiben handelt es nicht zweifelsfrei um eine Verfügung i.S.v. § 6 Abs. 1 VRP, weshalb kein definitiver Rechtsöffnungstitel vorliegt (Erw. 4).*

*Aus den Erwägungen:*

2. a) Definitive Rechtsöffnung kann erteilt werden, wenn die Forderung auf einem vollstreckbaren gerichtlichen Entscheid beruht (Art. 80 Abs. 1 SchKG). Gerichtlichen Entscheiden gleichgestellt sind Verfügungen schweizerischer Verwaltungsbehörden (Art. 80 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG). Als definitive Rechtsöffnungstitel gelten alle Entscheide eidgenössischer und kantonaler sowie kommunaler Verwaltungsbehörden (Vock/Aeppli-Wirz, in: Kren Kostkiewicz/Vock, Kommentar zum Bundesgesetz über die Schuldbetreibung und Konkurs, 4. A., 2017, N 33 f. zu Art. 80 SchKG). Der Rechtsöffnungsrichter hat zu prüfen, ob der vorgelegte Titel die Anforderungen an einen definitiven Rechtsöffnungstitel erfüllt bzw. ob Einwendungen vorliegen, welche gegen die Erteilung der Rechtsöffnung sprechen (Vock/Aeppli-Wirz, a.a.O., N 2 zu Art. 80 SchKG).

b) Die Verfügung muss als solche bezeichnet werden, oder es muss sich zumindest aus dem Inhalt zweifelsfrei ergeben, dass es sich um eine Verfügung handelt. Dem Schuldner muss erkennbar sein, dass die Verfügung vollstreckt werden kann, wenn kein Rechtsmittel erhoben wird (D. Staehelin, in: Staehelin/Bauer/Staehelin, BSK, 2. A., 2010, N 120 zu Art. 80 SchKG). Rechnungsstellungen oder Zahlungsaufforderungen des Gemeinwesens haben nicht in jedem Fall Verfügungscharakter. Es kommt namentlich im Bereich der Massenverwaltung häufig vor, dass das Gemeinwesen zunächst eine Rechnung stellt, ohne damit einen rechtsverbindlichen Entscheid bzw. einen vollstreckbaren Titel (Art. 80 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG) erlassen zu wollen, und erst in einem zweiten Schritt, wenn keine freiwillige Zahlung erfolgt, eine Verfügung erlässt. Zwar kann bereits eine erstmalige Rechnungsstellung als vollstreckbare Verfügung ausgestaltet sein, jedoch ist im Interesse der Rechtssicherheit erforderlich, dass dies für den Adressaten klar ersichtlich ist. Für die Qualifikation eines Verwaltungsaktes

## A 6.3

als Verfügung sind deren Strukturmerkmale ausschlaggebend (BGE 143 II 268, E. 4.2.2; BGer, Urteil 2C\_444/2015 vom 4. November 2015 E. 3.2.3 und 3.2.4; Kantonsgericht Schwyz, Beschluss BEK 2017 189 vom 13. Februar 2018, E. 3b). Gemäss § 6 Abs. 1 lit. a VRP sind Verfügungen hoheitliche, individuelle und einseitige Anordnungen einer Behörde, mit welchen Rechte und Pflichten bestimmter Personen begründet, abgeändert oder aufgehoben werden. Als Verfügungen gelten mithin autoritative, einseitige, individuell-konkrete Anordnungen der Behörde, die in Anwendung von Verwaltungsrecht ergangen, auf Rechtswirkungen ausgerichtet sowie verbindlich und erzwingbar sind (statt vieler BGE 135 II 38, E. 4.3). Verfügungen müssen gemäss § 31 Abs. 1 VRP u.a. ein Rechtsbegehren (lit. d), eine Rechtsmittelbelehrung (lit. g) und vorbehaltlich Abs. 2 eine Begründung (lit. e) aufweisen. Bei Rechnungen der Verwaltung und der Rechtspflege kann der Gebührenpflichtige innert 20 Tagen seit Zustellung eine anfechtbare Kostenverfügung mit detaillierter Abrechnung verlangen (§ 7 Abs. 1 GebO). Die zuständige Behörde oder Amtsstelle erlässt von Amtes wegen eine anfechtbare Kostenverfügung, wenn die Rechnung nicht beglichen wird und noch kein Vollstreckungstitel vorliegt (§ 7 Abs. 2 GebO).

Der Gesuchsteller legte das Schreiben vom 6. Juli 2017 als Rechtsöffnungstitel ins Recht, welches den Titel „2. Mahnung und Betreibungsandrohung“ trägt und die Rechnung-Nr. 1700349318 betrifft. Der Gesuchsteller bezeichnete das Schreiben nicht als Verfügung. Zur Begründung der 2. Mahnung und Betreibungsandrohung führte er an, die Rechnung sei trotz Zahlungserinnerung noch nicht beglichen und legte ohne Hinweis auf die anzuwendenden Rechtsgrundlagen detailliert die einzelnen Kostenpositionen dar. Weiter schreibt der Gesuchsteller: „Wir bitten Sie, den Rechnungsbetrag und die Mahngebühr von Fr. 20.00 zu überweisen.“ Hierbei handelt es sich lediglich um eine Zahlungsaufforderung ohne autoritative Anordnung, zumal eine Pflicht zur Zahlung aus dem Schreiben vom 6. Juli 2017 nicht hervorgeht. Das Schreiben weist auf der Rückseite eine Rechtsmittelbelehrung auf, die folgendes besagt: „Gegen diese Rechnung von Gebühren kann innert 20 Tagen seit Zustellung beim Verwaltungsgericht (...) Beschwerde eingereicht werden. Bei Ausbleiben der Zahlung erfolgt ohne weitere Orientierung die Einleitung der Betreibung“. Dies impliziert, dass weder eine Kostenverfügung von Amtes wegen erlassen wird noch eine solche vom Adressaten verlangt werden kann, sprich es sich beim Schreiben vom 6. Juli 2017 um eine Kostenverfügung handeln solle. Aber auch hier bezeichnet der Gesuchsteller das Schreiben als „Rechnung von Gebühren“ und nicht als Verfügung. Es lässt sich feststellen, dass zwar gewisse Elemente i.S.v. § 6 VRP auf einen Verfügungscharakter der Rechnung schliessen lassen, andere hingegen nicht. Bei dem Schreiben vom 6. Juli 2017 handelt es sich somit nicht zweifelsfrei um

eine Verfügung i.S.v. § 6 Abs. 1 VRP. Dementsprechend liegt entgegen den Erwägungen des Vorderrichters kein definitiver Rechtsöffnungstitel vor. (...).

(Beschluss vom 24. Juli 2018, BEK 2018 18; mit BGer 5A\_760/2018 vom 18. März 2019 wurde auf eine Beschwerde in Zivilsachen nicht eingetreten und die subsidiäre Verfassungsbeschwerde abgewiesen).

---

## 7. Beurkundung und Beglaubigung

---

### 7.1 Beglaubigung der Unterschrift

- *Mit der Beglaubigung einer Unterschrift bestätigt die Urkundsperson einzig die Tatsache der Zuordnung des Textes zum Autor der Unterschrift (Erw. 3.c).*

*Aus den Erwägungen:*

3. Gemäss Art. 59 ZPO tritt das Gericht auf eine Klage oder auf ein Gesuch ein, sofern die Prozessvoraussetzungen erfüllt sind. Ein Erfordernis ist, dass die klagende oder gesuchstellende Partei ein schutzwürdiges Interesse hat (Art. 59 Abs. 2 lit. a ZPO). Hintergrund dieser Voraussetzung ist, dass die Parteien den Staat nicht mit unnötigen Prozessen belasten sollen, sondern nur wer aus dem materiellen Recht ein Interesse am Führen eines Prozesses hat, soll ihn auch führen dürfen. Ein schutzwürdiges Interesse ist gegeben, wenn die Durchsetzung des materiellen Rechts gerichtlichen Rechtsschutz nötig macht (Gehri, in: Spühler/Tenchio/Infanger [Hrsg.], Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. A., Basel 2017, N 6 f. zu Art. 59 ZPO). (...).

c) Nach Aufforderung des Vorderrichters legten die Gesuchsteller je ein notariell beglaubigtes Dokument ins Recht, in dem sie jeweils erklären, aktuell zu fünfzig Prozent Aktionär der D. AG in Liquidation zu sein und an fünfzig Prozent der Aktien der besagten Aktiengesellschaft das unbelastete Eigentum zu halten. Die Eingabe des Gesuchstellers 2, datiert vom 25. Januar 2018, wird als eidesstattliche Erklärung betitelt, während diejenige des Gesuchstellers 1, datiert vom 1. Februar 2018, nur den Titel „Erklärung“ trägt.

## A 7.1

aa) Die Beglaubigung einer Unterschrift besteht in der Bescheinigung der Beglaubigungsperson, dass die Unterschrift dem Unterzeichnenden gehört. Die Urkundsperson kann nur als richtig beurkunden, was sie selbst festgestellt hat. Dementsprechend kann sie nur beglaubigen, dass eine Unterschrift von einer bestimmten, namentlich genannten Person stamme, wenn sie sich persönlich davon überzeugt hat, dass die Person, welche die Unterschrift vor ihr vollzogen oder als echt anerkannt hat, mit der im Beglaubigungsvermerk bezeichneten Person identisch ist (EGV SZ 1999 40, E. 2b; ZG-GVP 1985/86, S. 111). Weder kontrolliert die Urkundsperson noch bestätigt sie, dass der betreffende Text dem wirklichen Wissen und Willen der unterzeichnenden Person entspricht. Sie braucht sich um diesen Text, seine Vernünftigkeit, Widerspruchsfreiheit, Vollständigkeit usw. nicht im Einzelnen zu kümmern. Die Zuordnung des Textes zum Autor der Unterschrift ist die einzige Tatsache, welche die beglaubigende Urkundsperson bestätigt. Der Text selber wird nicht zur öffentlichen Urkunde (Brückner, Schweizerisches Beurkundungsrecht, Rz. 3245). Bei der eidesstattlichen Erklärung hingegen handelt es sich um eine öffentlich beurkundete, individuelle Wissenserklärung. Dem Erklärenden kommt hierbei eine qualifizierte Wahrheitspflicht zu (Brückner, Rz. 2668). Wo keine besondere Beweiseignung besteht, d.h. wo eine rechtlich erhebliche Tatsache typischerweise auf einem anderen Weg besser und zuverlässiger nachgewiesen werden kann, ist für die Beurkundung einer Wissenserklärung kein Raum (Brückner, Rz. 2671).

bb) Die Zivilprozessordnung kennt einen *numerus clausus* der zulässigen Beweismittel, dazu zählt auch die Urkunde (Art. 168 ZPO). Diese wird als Dokument wie Schriftstück, Zeichnung, Pläne, Foto etc. definiert, das geeignet ist, rechtserhebliche Tatsachen zu beweisen (Art. 177 ZPO). Vom Urkundenbegriff erfasst werden sowohl öffentliche als auch private Urkunden. Öffentliche Urkunden sind Schriftstücke, die Tatsachen festhalten und von einer zuständigen Behörde oder einer Urkundsperson in Ausübung ihrer öffentlichen Aufgabe im gesetzlich geregelten Verfahren ausgestellt worden sind (Dolge, in: Spühler/Tenchio/Infanger [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. A., Basel 2017, N 8 zu Art. 177 ZPO). Eine Privaturkunde ist *e contrario* jede Urkunde, die von einer Privatperson hergestellt wurde (Weibel, in: Sutter-Somm/Hasenbühl/Leuenberger, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. A., Zürich/Basel/Genf 2016, N 5 zu Art. 179 ZPO). Die öffentliche Urkunde unterscheidet sich durch die ausstellende Person und die erhöhte Beweiskraft von Privaturkunden (Art. 179 ZPO; Dolge, a.a.O., N 8 zu Art. 177 ZPO). Das Gesetz statuiert vorbehaltlich Art. 179 ZPO keine festen Regeln über den Beweiswert von Urkunden. Vielmehr ergibt sich dieser jeweils aus der freien Beweiswürdigung des Gerichts (Art. 157 ZPO; Dolge, a.a.O., N 10 zu Art.

177 ZPO). Die materielle Beweiskraft, sprich die Frage des Wahrheitsgehalts des Inhalts, wird im Rahmen der Beweiswürdigung geklärt (Guyan, in: Spühler/Tenchio/Infanger [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. A., Basel 2017, N 6c zu Art. 157 ZPO).

cc) Entgegen der Bezeichnung als eidesstattliche Erklärung handelt es sich bei den ins Recht gelegten Erklärungen der Gesuchsteller lediglich um amtliche Beglaubigungen der Echtheit der Unterschrift. Dies geht auch explizit aus der Beglaubigung des Gesuchstellers 1 hervor. Der Inhalt der Erklärung wird von der Beglaubigung nicht erfasst, sodass nur der Unterschrift eine erhöhte Beweiskraft zukommt. Bei den von den Gesuchstellern zu den Akten gereichten Erklärungen handelt es sich somit um Parteibehauptungen. Der Vorderrichter führte sodann zutreffend aus, dass die zu den Akten gereichten Erklärungen zum Nachweis der Aktionärsstellung nicht geeignet sind, weil die Gesuchsteller lediglich behaupten Aktionäre zu sein, diese Behauptung aber keine erhöhte Beweiskraft genießt.

(Beschluss vom 18. Juni 2018, ZK2 2018 26).

---

# B      **Verwaltungsgericht**

---

---

## 1.      **Verfahren**

---

### 1.1      **Beschwerdelegitimation**

- *Wenn die bei Beschwerdeeinreichung gegebene Beschwerdelegitimation während des Verfahrens wegfällt, wird dieses gegenstandslos.*

*Aus den Erwägungen:*

3.3 Die Beschwerdelegitimation muss nicht nur bei Beschwerdeeinreichung, sondern auch im Entscheidzeitpunkt gegeben sein. Dies ergibt sich nicht zuletzt aus der Vorgabe, dass der Beschwerdeführer ein aktuelles Interesse an der Aufhebung der angefochtenen Verfügung haben muss. Dieses aktuelle Interesse muss nicht nur bei Beschwerdeeinreichung bestehen. Verliert der Beschwerdeführer das Interesse im Verlaufe des Verfahrens, so fällt die Beschwerdelegitimation weg und damit die Voraussetzung, einen Sachentscheid zu fällen (Bertschi, in Griffel [Hrsg.], Kommentar VRG, 3. Auflage, § 21 N 24; Hensler, Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde im Kanton Schwyz, S. 21 und 42). Fehlt es bei Beschwerdeeinreichung am aktuellen, praktischen Interesse, eine angefochtene Verfügung aufzuheben/zu ändern, so ist auf eine Beschwerde nicht einzutreten; fällt das entsprechende Interesse im Verlaufe des Verfahrens weg, so ist die Sache als gegenstandslos abzuschreiben (BGE 137 I 23 Erw. 1.3.1; Bertschi, a.a.O., § 21 N 26). Nur ausnahmsweise, wenn sich die aufgeworfene Frage jederzeit unter gleichen oder ähnlichen Umständen wieder stellen könnte, kann vom Erfordernis des aktuellen Interesses abgewichen werden (Bertschi, a.a.O., § 21 N 25).

4.1 Mit Verfügung vom 14. Februar 2018 erteilte das Amt für Landwirtschaft dem Beigeladenen die Bewilligung zum Erwerb von KTN 001. Zu diesem Zeitpunkt war der Beschwerdeführer Pächter der Liegenschaft. Folgerichtig wurde er mit der Erwerbsbewilligung bedient (Art. 83 Abs. 2 BGG). Als Pächter mit einer landwirtschaftlichen Pacht war der Beschwerdeführer in seinen schutzwürdigen Interessen betroffen; insbesondere musste er in Kauf nehmen, dass das Pachtverhältnis durch den Erwerber wegen Eigengebrauchs aufgelöst wird. Er hat deshalb ein evidentes

Interesse an der Rügemöglichkeit, die dem Dritten erteilte Erwerbsbewilligung sei zu Unrecht erfolgt (Herrenschwand/Stalder, in: Das Bäuerliche Bodenrecht, Kommentar zum BGG, 2. Auflage, Art. 83 N 16; vgl. auch Urteil BGer 2C\_1028/2014 vom 20.7.2015 Erw. 4).

#### 4.2.1 (...).

4.2.2 In der Beschwerdeantwort vom 16. April 2018 weist die Beschwerdegegnerin darauf hin, der Beschwerdeführer habe die Liegenschaft per 30. April 2018 zu räumen.

Auf Nachfrage des Gerichts hin erklärte die Beschwerdegegnerin, der Pachtgegenstand (Grundstück KTN 001 mit grossem Stall) sei am 30. April 2018 vom bisherigen Pächter A.\_\_\_\_ ordnungsgemäss zurückgegeben worden. Seit dem 1. Mai 2018 werde das Grundstück an den Beigeladenen verpachtet. Diesem Sachverhalt widerspricht der Beschwerdeführer nicht.

4.3 Damit steht fest, dass der Beschwerdeführer aktuell nicht mehr Pächter von KTN 001 ist. Aus diesem Grunde ist die Beschwerdelegitimation gemäss Art. 83 Abs. 3 BGG nach Beschwerdeeinreichung entfallen. Der Beschwerdeführer hat kein aktuelles, schutzwürdiges Interesse eines Pächters der betroffenen Liegenschaft, etwaige Mängel an der verfügbaren Erwerbsbewilligung zu rügen, resp. an der Aufhebung der Erwerbsbewilligung. Damit wird auch die Frage unerheblich, ob der Beschwerdeführer überhaupt eine Rechtsfehlerhaftigkeit der Erwerbsbewilligung gerügt und begründet oder bloss sein eigenes Kaufsinteresse angemeldet hat. Denn infolge Dahinfallen der Beschwerdelegitimation ist die Sache als gegenstandslos abzuschreiben.

(VGE III 2018 49 vom 22. Juni 2018).

## **1.2 Formvorschriften - Einsprache per E-Mail**

- *Eine Einsprache per E-Mail genügt den Formvorschriften nicht.*
- *Zur Behebung des Mangels ist im Regelfall eine angemessene Frist zur anzusetzen.*
- *Die Beweislast für den Eingang der E-Mail beim Adressaten liegt beim Absender.*

## B 1.2

### *Aus den Erwägungen:*

1.2.3 Abgesehen von den hier nicht massgebenden Fällen gemäss Art. 10 Abs. 2 ATSV kann die Einsprache laut Art. 10 Abs. 3 ATSV wahlweise schriftlich oder bei persönlicher Vorsprache mündlich erhoben werden. Die schriftlich erhobene Einsprache muss die Unterschrift der Einsprache führenden Person oder ihres Rechtsbeistands enthalten (Art. 10 Abs. 4 Satz 1 ATSV). Bei einer mündlich erhobenen Einsprache hält der Versicherer die Einsprache in einem Protokoll fest; die Person, welche die Einsprache führt, oder ihr Rechtsbeistand muss das Protokoll unterzeichnen (Art. 10 Abs. 4 Satz 2 ATSV; nötigenfalls innert einer durch den Versicherungsträger anzusetzenden Nachfrist, Kieser, ATSG-Komm., Art. 52 Rz. 31).

Dem Wortlaut von Art. 10 Abs. 4 Satz 1 ATSV entsprechend müssen schriftlich erhobene Einsprachen unterschrieben sein. Unter Schriftlichkeit ist gemäss dem alltäglichen Sprachgebrauch die Überlieferung des Textes auf Papier zu verstehen (SVR 2015 KV Nr. 12 S. 49; Urteil des BGer 9C\_597/2014 Erw. 4.2). Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung bedeutet es keinen überspitzten Formalismus, vom Bürger zu verlangen, dass er seine Rechtsschriften eigenhändig unterzeichnet oder von einem bevollmächtigten und nach einschlägigem Verfahrensrecht zugelassenen Vertreter unterzeichnen lässt (BGE 142 V 152 Erw. 4.3). Da beim elektronischen Verkehr via E-Mail keine Originalurkunde vorhanden ist, stellt sich hier (wie auch beim Fax, SMS oder MMS) das Problem der Unterschrift. Nach Art. 14 Abs. 1 OR hat die Unterschrift eigenhändig zu erfolgen; Art. 14 Abs. 2<sup>bis</sup> OR stellt die qualifizierte elektronische Signatur der eigenhändigen Unterschrift gleich. Fehlt eine elektronische Signatur, können E-Mails und andere elektronische „messaging services“ die Schriftform nicht erfüllen. Eine per E-Mail erhobene Einsprache gegen eine Verfügung des Unfallversicherers ist mangels der gemäss Art. 10 Abs. 4 Satz 1 ATSV bei schriftlich erhobenen Einsprachen erforderlichen Unterschrift nicht zulässig (BGE 142 V 152 Erw. 2.4 und 4.6; Urteil des BGer 1B\_304/2013 vom 27.9.2013 Erw. 2.4).

1.2.4 Genügt die Einsprache den inhaltlichen Anforderungen nach Art. 10 Abs. 1 ATSV nicht oder fehlt die Unterschrift, so setzt der Versicherer eine angemessene Frist zur Behebung des Mangels an und verbindet damit die Androhung, dass sonst auf die Einsprache nicht eingetreten werde (Art. 10 Abs. 5 ATSV). Das Einspracheverfahren wird mit einem Nichteintretensentscheid abgeschlossen, wenn die Eintretensvoraussetzungen nicht erfüllt sind (BGE 142 V 152 Erw. 2.2 S. 154 mit Hinweisen; Urteil des BGer 8C\_775/2016 vom 1.2.2017 Erw. 2.2).



Nach Massgabe von Art. 61 lit. b Satz 2 ATSG für das erstinstanzliche Beschwerdeverfahren hat auch im Einspracheverfahren die Nachfrist zur Verbesserung einer mangelhaften Einsprachefrist nicht nur bei Unklarheiten des Rechtsbegehrens oder der Begründung, sondern ganz allgemein immer dann zu erfolgen, wenn eine Einsprache den gesetzlichen Anforderungen nicht genügt und somit auch für den Fall, dass ein Rechtsbegehren und/oder eine Begründung überhaupt fehlen. Es handelt sich bei der erwähnten Bestimmung um eine formelle Vorschrift, die das erstinstanzliche Gericht stets verpflichtet, eine Frist zur Verbesserung der Mängel anzusetzen, sofern dadurch nicht in rechtsmissbräuchlicher Weise eine Verlängerung der Beschwerdefrist erreicht werden soll. Aufgrund der grammatikalischen Identität von Art. 61 lit. b ATSG Satz 2 und Art. 10 Abs. 5 ATSV gilt diese Auslegung auch für das Einspracheverfahren (Urteil des BGer 8C\_775/2016 vom 1.2.2017 Erw. 2.2 mit Verweis auf BGE 142 V 152 Erw. 2.3 S. 155 mit Hinweisen; vgl. auch Kieser, ATSG-Komm., Art. 52 Rz. 26 f.).

(...).

3.3 Einsprache konnte der Beschwerdeführer mittels E-Mail so oder anders nicht erheben, da diese die Formerfordernisse nicht erfüllt und die fehlende Unterschrift nicht unfreiwillig unterblieb (Erw. 1.2.3). Da die E-Mail gemäss Beschwerdeführer jedoch bereits am 6. Oktober 2017 versandt worden sein soll, mithin rund eine Woche vor Fristablauf, wäre die Vorinstanz gemäss ständiger Rechtsprechung gehalten gewesen, den Beschwerdeführer auf den Mangel aufmerksam zu machen, so dass er ihn noch innert Frist hätte beheben können (vgl. Erw. 1.2.5). Dieses Aufmerksammachen setzt indes voraus, dass die interessierende E-Mail der Vorinstanz überhaupt zugegangen ist.

3.4 Der Beschwerdeführer trägt die Beweislast dafür, dass die E-Mail vom 6. Oktober 2017, mit welcher er seinen Einsprachewillen kundgetan hat, rechtzeitig, d.h. bis spätestens 13. Oktober 2017 bei der Vorinstanz eingegangen ist. Dies hat er mindestens mit dem Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit nachzuweisen. Gelingt ihm dies nicht, so hat er die Folgen der Beweislosigkeit zu tragen, was bedeutet, dass er eine verspätete Einspracheerhebung gegen sich hat gelten zu lassen.

Im vorliegenden Fall gelingt es dem Beschwerdeführer nicht, rechtsgenügend nachzuweisen, dass die E-Mail am 6. Oktober 2017 bei der Vorinstanz eingegangen ist. Der von ihm eingereichte Ausdruck vom 17. Oktober 2017 genügt hierfür nicht. Zwar kann aus dem Ausdruck abgeleitet werden, dass die E-Mail vom 6. Oktober 2017, welche nicht nur an die

## B 1.3

Fallbearbeiterin der Vorinstanz, sondern auch an den Vater des Beschwerdeführers adressiert war (F. (E-Mail)), bei letzterem auch eingegangen ist, da der Ausdruck vom 17. Oktober 2017 von einem Sunrise-E-Mail-Account erfolgt ist (vgl. Überschrift „Sunrise mail“) und damit mit hoher Wahrscheinlichkeit vom E-Mail-Account des Vaters stammt. Ob dies tatsächlich der Fall ist (und der Vater die E-Mail vor Fristablauf erhielt), braucht aber nicht abschliessend geklärt zu werden, denn auch in diesem Falle wäre mit dem Ausdruck nicht belegt, dass die E-Mail des Beschwerdeführers bei der Vorinstanz eingegangen wäre. Der Beschwerdeführer seinerseits hat es unterlassen, sich nach dem Abschicken der E-Mail zu vergewissern (bspw. mittels elektronischer oder telefonischer Nachfrage), ob die E-Mail tatsächlich bei der Vorinstanz angekommen ist. Indem es der Beschwerdeführer beim Abschicken der E-Mail belies, gelingt es ihm nicht, rechtsgenügend nachzuweisen, dass die E-Mail am 6. Oktober 2017 bei der Vorinstanz eingegangen ist. Entgegen der in der Beschwerdeschrift geäusserten Auffassung wirkt es sich deshalb zu seinen Ungunsten aus, dass die Vorinstanz den Erhalt der E-Mail trotz Nachsuche nicht bestätigen konnte und kann (immerhin fällt auf dem Mail-Ausdruck auf, dass die Adressen an die Fallbearbeiterin und an den Vater je unterschiedliche Zeichen[abfolgen] aufweisen, was im [bezüglich korrekter Adressierung heiklen] elektronischen Mailverkehr auch auf eine Falschadressierung hinweisen könnte). Der Beschwerdeführer hat die Folgen dieser Beweislosigkeit zu tragen. Gegen die Verfügung vom 12. September 2017 wurde somit nicht rechtzeitig Einsprache erhoben, weswegen es nicht zu beanstanden ist, dass die Vorinstanz mit Einspracheentscheid vom 10. Januar 2018 auf die Einsprache nicht eingetreten ist.

(VGE I 2018 13 vom 16. Mai 2018).

### 1.3 Rechtliches Gehör - Begründungspflicht

- *Die Abweisung einer Beschwerde ohne Begründung der Abweisung des Eventualantrages auf Rückweisung stellt nicht zwangsläufig eine Verletzung der Begründungspflicht dar.*

*Aus den Erwägungen:*

2.2.3 Die Abweisung einer Beschwerde beinhaltet gleichzeitig und zwangsläufig die Abweisung eines allfälligen Rückweisungsantrags. Wenn die Ablehnung eines (eventualiter gestellten) Rückweisungsantrags nicht

explizit näher begründet wird, stellt dies mithin nicht zwangsläufig eine Verletzung der Begründungspflicht als Teilgehalt des Anspruchs auf rechtliches Gehör dar. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung soll die Begründungspflicht verhindern, dass sich die Behörde von unsachlichen Motiven leiten lässt, und es dem Betroffenen ermöglichen, die Verfügung gegebenenfalls sachgerecht anzufechten. Dabei ist es nicht erforderlich, dass sich die Behörde mit allen Parteistandpunkten einlässlich auseinandersetzt und jedes einzelne Vorbringen ausdrücklich widerlegt. Vielmehr kann sich die Behörde auf die für den Entscheid wesentlichen Punkte bzw. auf jene Aspekte beschränken, die von der Behörde ohne Willkür als wesentlich betrachtet werden. Die Begründung muss so abgefasst sein, dass sich der Betroffene über die Tragweite des Entscheids Rechenschaft geben und ihn in voller Kenntnis der Sache an die höhere Instanz weiterziehen kann (vgl. BGE 136 I 229 Erw. 5.2; BGE 136 I 184 Erw. 2.2.1; Bundesgerichtsurteil 1C\_452/2012 vom 18.11.2013 i.Sa. A. et al. vs. VerwGer SZ Erw. 2.2; Bundesgerichtsurteile 9C\_101/2011 vom 21.7.2011 Erw. 6.1; 9C\_257/2011 vom 25.8.2011 Erw. 5.1). Diesen Anforderungen an eine rechtsgenügende Begründung wird der angefochtene Entscheid zweifelsohne gerecht.

(VGE III 2017 143 vom 26. Januar 2018).

#### **1.4 Rechtliches Gehör - Begründungspflicht**

- *Die Zusprechung einer von einer Honorarnote abweichenden Parteientschädigung ist zu begründen.*

*Aus dem Sachverhalt:*

Der Rechtsvertreter hat für seine Tätigkeit als unentgeltlicher Rechtsbeistand im Verwaltungsbeschwerdeverfahren zwei Kostennoten von Fr. 5'600.-- und Fr. 1'400.-- eingereicht. Der Regierungsrat hat dem Beschwerdeführer eine Entschädigung von Fr. 1'800.-- zugesprochen, was er wie folgt begründet hat:

Im Rahmen der festgesetzten Mindest- und Höchstansätze ist die Vergütung nach der Wichtigkeit der Streitsache, ihrer Schwierigkeit, dem Umfang und der Art der Arbeitsleistung sowie dem notwendigen Zeitaufwand zu bemessen (vgl. § 2 Abs. 1 des Gebührentarifs für Rechtsanwälte vom 27. Januar 1975, GebT, SRSZ 280.411). Der Regierungsrat wendet praxismässig einen Stundenansatz von Fr. 180.-- an (vgl.

## B 1.4

§ 5 Abs. 1 GebT). Für die Vertretung in Rechtsmittelverfahren vor Verwaltungsbehörden beträgt das Honorar zwischen Fr. 200.-- bis Fr. 4800.-- (§ 15 GebT). Der Rechtsvertreter der Beschwerdeführer reicht eine Kostennote von insgesamt Fr. 7000.-- ein. Hierbei muss berücksichtigt werden, dass es sowohl in der Beschwerde als auch in der Einsprache und in der Stellungnahme vom 12. September 2018 um die Frage der Zumutbarkeit (...) geht. Die Eingaben enthalten dementsprechend viele Wiederholungen und allgemeine Ausführungen, welche für den vorliegenden Fall zum Teil gar nicht relevant sind. Zusammen mit gewissen Barauslagen für Porti, Kopien, Telefonate und der Mehrwertsteuer erweist sich eine Entschädigung von Fr. 1800.-- als angemessen.

### *Aus den Erwägungen:*

1.3 Der Beschwerdeführer rügt eine Verletzung des Gehöranspruches (Art. 29 Abs. 2 BV), eine Verletzung der Begründungspflicht und des Willkürverbots (Art. 9 BV) und der Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV). Unter anderem führt er aus, er habe den geltend gemachten Aufwand begründet. Nicht bestritten werde, dass die Vorinstanz zur Anwendung eines Stundenansatzes von Fr. 180.-- bis Fr. 220.-- berechtigt gewesen sei; es rechtfertige sich vorliegend, einen Stundenansatz von Fr. 200.-- anzuwenden. Es sei unzutreffend, dass die Rechtsschriften viele Wiederholungen enthielten. Mit Fr. 1'800.-- werde man seinen Aufwendungen in keinsten Weise gerecht. Dies entspräche ohne Auslagen einer Aufwandentschädigung von Fr. 1'534.80, was bei einem Stundenhonorar von Fr. 200.-- eine verrechnete Arbeitszeit von 7.6 Stunden ergäbe oder eine Entschädigung von Fr. 51.-- brutto für die 29.91 Stunden. Werde von der allgemeinen Regel ausgegangen, dass ca. 50% des Brutto-Stundenansatzes für Geschäftskosten abgezogen werden könnten, resultiere ein Netto-Stundenansatz von Fr. 25.--; mit diesem Ansatz werde die Wirtschaftsfreiheit des Beschwerdeführers verletzt. (...).

1.4 (...).

2.3 Aus Art. 29 Abs. 2 BV ergibt sich die Pflicht der Behörden, ihre Entscheide zu begründen. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur Parteientschädigung, die auch auf die Entschädigung des unentgeltlichen Rechtsbeistands Anwendung findet, muss der Entscheid über die Höhe des anwaltlichen Honorars in der Regel nicht begründet werden. Eine Begründungspflicht wird indes namentlich dann angenommen, wenn

das Gericht die Entschädigung abweichend von der Kostennote des Rechtsanwalts auf einen bestimmten, nicht der üblichen, praxisgemäss gewährten Entschädigung entsprechenden Betrag festsetzt. In einem solchen Fall kann nicht mehr davon gesprochen werden, der Anwalt vermöge die Überlegungen, die das Gericht zu einem solchen Entschädigungsentcheid führten, auch ohne Begründung zu erkennen. Akzeptiert das Gericht in einem solchen Fall einzelne Posten der Kostennote, setzt es aber andere herab, hat es zu jeder Reduktion zumindest kurz auszuführen, aus welchem Grund die Aufwendungen als unnötig betrachtet werden (Bundesgerichtsurteil 5D\_41/2016 vom 21.7.2017 Erw. 2.4 mit Hinweisen).

3. Die Kostennote vom 31. August 2018 weist 15 Arbeitsaufwandpositionen aus, wovon 7 mit einer Stunde und mehr (namentlich fünf Position von 1 Std. bis 7.50 Stunden mit insgesamt 20 Stunden für Rechtsschriften), diejenige vom 12. September 2018 deren 6 (worunter 4.25 Stunden für Rechtsschriften).

Die Vorinstanz ist zwar auf diese einzelnen Positionen insgesamt oder vereinzelt nicht eingegangen. Indessen hat sie nach der Darlegung der rechtlichen Grundlagen sowie insbesondere des gesetzlich vorgesehenen Entschädigungsrahmens und des praxisgemäss gewährten Stundenansatzes Wiederholungen und Redundanzen in den Rechtsmitteleingaben als Kürzungsgrund genannt. Aus der vorgenommenen Kürzung bzw. der Zuspreehung einer Entschädigung von pauschal Fr. 1'800.-- lässt sich der von der Vorinstanz insgesamt als einer angemessenen Entschädigung adäquat erachtete Aufwand ohne weiteres errechnen, wie es auch der Beschwerdeführer im vorliegenden Rechtsmittelverfahren tut.

Auch wenn die Begründung der Vorinstanz knapp gehalten ist, konnte der Beschwerdeführer die als zu tief erachtete Parteientschädigung sachgerecht anfechten, was seine Eingaben belegen. Die Vorinstanz ist mithin der Begründungspflicht noch rechtsgenügend nachgekommen (vgl. BGE 142 II 49 Erw. 9.2; BGE 136 I 229 Erw. 5.2; BGE 136 I 184 Erw. 2.2.1). (VGE III 2018 155 vom 18. Dezember 2018).

## **1.5 Rechtliches Gehör - Protokollierungspflicht**

- *Die persönliche Anhörung im Einbürgerungsverfahren ist zu protokollieren (siehe EGV-SZ 2018 B 7.2).*

## B 1.6

### 1.6 Ausstand

- *Die positive Würdigung politischen Engagements stellt keinen Ausstandsgrund dar.*

*Aus den Erwägungen:*

2.3 Der Schulrat leitet sein Ausstandsbegehren aus dem VGE III 2018 107 vom 27. Juli 2018 [publiziert in EGV-SZ 2018 B 7.1] ab und nennt konkret die Ausstandsgründe gemäss Art. 47 Abs. 1 lit. a und f ZPO (...).

Das Ausstandsbegehren begründet der Schulrat im Wesentlichen wie folgt:

(...). Die klare und abschliessend geregelte Kompetenzordnung von §§ 60 und 63 des Volksschulgesetzes (VSG, SRSZ 611.210) liessen in dessen keinen Zweifel darüber offen, dass die Festlegung der Schul- und Infrastrukturplanung in der alleinigen Kompetenz des Gemeinderates und nicht der Gemeindeversammlung liegen und damit nicht Gegenstand einer Einzelinitiative sein können. Gleichwohl liess sich das vorgenannte Richterergremium in einem fast einseitigen obiter dictum über das „... zweifelsohne grosse und positiv zu würdigende Engagement des Beschwerdeführers (und seiner Mitstreiter), welches sich unter anderem auch in der umfassenden Übersicht über die Verfahrenschronologie äussert, sowie die vielen Sympathiebezeugungen für die Weiterführung der Gesamtschule, wie sie sich in der Petition manifestierten ...“ aus (zitiertes Entscheid, Ziff. 3.5).

Diese ohne rechtliche Notwendigkeit vorgenommene subjektive Würdigung und Ermunterung des Beschwerdeführers lässt Zweifel an der Unvoreingenommenheit des Gerichtspräsidenten wie auch der beiden vorgenannten Richterinnen und des Gerichtsschreibers aufkommen, sollten sie ebenfalls am vorliegenden Verfahren mitwirken. (...).

2.4.1 Art. 47 Abs. 1 lit. f ZPO enthält eine Generalklausel ("aus anderen Gründen"). Art. 47 Abs. 1 lit. f ZPO wird durch einen weiteren generalklauselartig umschriebenen Ausstandsgrund (Art. 47 Abs. 1 lit. a ZPO) ergänzt, für den Fall, dass ein „persönliches Interesse“ auf Seiten der Gerichtsperson vorliegt.

2.4.2 Zu den persönlichen Interessen gemäss Art. 47 Abs. 1 lit. a ZPO gehören nicht nur solche, welche die Gerichtsperson direkt, sondern auch solche, die sie indirekt betreffen. Dabei ist vorausgesetzt, dass die Ge-

richtsperson eine spürbare persönliche Beziehungsnähe zum Streitgegenstand aufweist. Das Interesse kann materiell oder ideell sein und es kann die rechtliche oder die tatsächliche Situation beeinflussen. Es muss aber, um die richterliche Unabhängigkeit in Frage zu stellen, die betreffende Gerichtsperson nicht nur allgemein berühren, sondern die persönliche Interessensphäre spürbar und mehr als diejenige anderer Gerichtspersonen tangieren. Das Interesse kann auch über die Beziehung zu einer Drittpartei gegeben sein, die dem Richter einen Vor- oder Nachteil im Zusammenhang mit dem Ausgang des Rechtsstreits verschaffen kann, oder weil eine direkte oder indirekte Betroffenheit einer Person zu bejahen ist, mit welcher die Gerichtsperson im Sinne von Art. 47 Abs. 1 lit. c oder lit. d ZPO persönlich verbunden ist (BGE 140 III 221 Erw. 4.2). (Beispiele aus der Rechtsprechung des Bundesgerichts).

2.4.3 Art. 47 Abs. 1 lit. f ZPO begreift sich als Auffangtatbestand. Der darin vorgesehene Ausstandsgrund kann in einem besonders gearteten Bezug des Richters zu einer Partei liegen, so wenn eine besondere Verpflichtung zwischen dem Richter und einer Partei oder gar eine Abhängigkeit von einer Partei besteht. Dabei begründen eine politische Verbindung, ein kollegiales Verhältnis, die berufliche Beziehung, gemeinsames Studium oder Militärdienst noch keinen Ausstandsgrund. Keine Bedenken hinsichtlich der Unparteilichkeit erweckt im Allgemeinen auch die blosse Kollegialität unter Gerichtsmitgliedern. Bei der Anwendung von Art. 47 Abs. 1 lit. f ZPO kommt es vielmehr darauf an, ob der Ausgang des Verfahrens bei objektiver Betrachtungsweise noch als offen erscheint (Bundesgerichtsurteil 5A\_228/2014 vom 3.9.2014 Erw. 4.2).

2.5.1 Inwiefern die vom Ausstandsbegehren betroffenen Gerichtspersonen ein persönliches Interesse an der im Verfahren III 2018 143 zu beurteilenden Frage haben könnten, ist nicht ersichtlich. Es besteht keine irgendwie geartete und überdies mehr als andere Gerichtspersonen tangierende spürbare Beziehungsnähe – weder in materieller noch in ideeller Hinsicht sowie weder in direkter noch in indirekter Weise – und zwar weder zum Initiativbegehren, dessen Unzulässigkeit das Verwaltungsgericht (bzw. die vom Ausstandsbegehren betroffenen Richter) bestätigt hat, noch für die im Verfahren III 2018 143 zu beurteilende Streitfrage. Der Begründung des Ausstandsbegehrens des Schulrates lässt sich nichts anderes entnehmen.

## B 1.6

2.5.2 Des Gleichen lässt sich vor dem Hintergrund der dargelegten Rechtsprechung entgegen der Meinung des Schulrates auch kein Ausstandsgrund im Sinne des Auffangtatbestandes gemäss Art. 47 Abs. 1 lit. f ZPO erkennen. Die vom Ausstandsbegehren betroffenen Personen stehen in keinerlei Beziehung weder freundschaftlicher noch feindschaftlicher Art zu den Beschwerdeführern; sie sind mit diesen nicht einmal bekannt. Auch diesbezüglich wird vom Schulrat nichts Gegenteiliges dargelegt, jedenfalls nicht substantiiert. Dass zwischen der Schliessung der Schule und dem Schultransport (bzw. der Neuorganisation des Schultransportes) ein kausaler Zusammenhang besteht, ist eine Binsenwahrheit und ergibt sich ohne weiteres aus den Akten. Der Schultransport und damit zusammenhängende Fragen waren mit der Frage der Schulschliessung partout verbundene Diskussionsthemen. Der Anschein einer Befangenheit von Gerichtspersonen lässt sich aus diesem Konnex nicht ableiten. (...).

2.6 Was die konkrete Begründung des Ausstandsbegehrens durch den Schulrat anbelangt, drängen sich ergänzend folgende Bemerkungen auf.

2.6.1 Das rechtliche Gehör nach Art. 29 BV verlangt, dass die Behörde die Vorbringen des vom Entscheid in seiner Rechtsstellung Betroffenen auch tatsächlich hört, prüft und in der Entscheidfindung berücksichtigt. Daraus folgt die grundsätzliche Verpflichtung der Behörde, ihren Entscheid zu begründen (vgl. BGE 136 I 229 Erw. 5.2; BGE 136 I 184 Erw. 2.2.1; Bundesgerichtsurteil 1C\_452/2012 vom 18.11.2013 i.Sa. A. et al. vs. VerwGer SZ Erw. 2.2; Bundesgerichtsurteile 9C\_101/2011 vom 21. Juli 2011 Erw. 6.1; 9C\_257/2011 vom 25. August 2011 Erw. 5.1).

2.6.2 Der Beschwerdeführer (im Verfahren III 2018 143) gliederte die Begründung seiner Beschwerde vom 9. Juni 2018 im Verfahren III 2018 107 in acht Ziffern (1. Ausgangslage, 2. Erstes Wiedererwägungsgesuch, 3. Gemeindeversammlung, 4. Petition, 5. Zweites Wiedererwägungsgesuch, 6. Interpellation im Kantonsrat, 7. Demokratische Mitwirkung in der Verfassung des Kantons Schwyz, 8. Wichtige Ereignisse). (...). Unter „Wichtige Ereignisse“ verwies er auf die der Beschwerde beigelegte vierseitige Zusammenstellung „Wichtiger Ereignisse“ mit 41 Einträgen.

2.6.3 Der Schulrat verkennt, dass es sich bei der von ihm als „fast einseitiges obiter dictum“ charakterisierten Erwägung (Erw. 3.5 von VGE III 2018 107 vom 27.7.2018) um nichts anderes als die sich aus der Begründungspflicht ergebende (kurze) Auseinandersetzung mit den vom Be-



schwerdeführer vorgebrachten Argumenten zur Begründung der Zulässigkeit seines Initiativbegehrens handelt. Konkret eingegangen wurde summarisch namentlich (unter dem Stichwort der "Verfahrenschronologie") auf die Zusammenstellung „wichtiger Ereignisse“, die Petition sowie die Interpellation, wobei einleitend (Erw. 3.5) festgehalten wurde, dass diese Vorbringen am Ergebnis (Unzulässigkeit der Initiative) nichts ändern könnten.

2.6.4 Die Begründung des Ausstandsbegehrens des Schulrates reduziert sich bei genauer Betrachtung mithin auf die Bemerkung „das zweifelsohne grosse und positiv zu würdigende Engagement des Beschwerdeführers (und seiner Mitstreiter)“.

Voraussetzung eines funktionierenden freiheitlichen und rechtsstaatlichen demokratischen Staatswesens setzt die Partizipation aller oder zumindest einer Vielzahl von Bürgern und Bürgerinnen (im Rahmen des gesetzlich Zulässigen) voraus. § 6 KV verpflichtet den Staat entsprechend, das politische Engagement von Einzelnen und Parteien sowie die demokratische Auseinandersetzung zu fördern. Gemäss dem Bericht und der Vorlage der Verfassungskommission vom 17. Dezember 2009 (S. 32) ist der Staat aufgerufen, das Interesse der Bürger und Bürgerinnen an der Politik zu wecken. Diese staatliche Förderung des individuellen Engagements stellt in gewisser Weise das Korrelat zur (Eigen-)Verantwortung bzw. Mitverantwortung dar, welche jede Person für sich bzw. für Gesellschaft und Staat trägt (§ 4 Abs. 1 KV).

Mit der positiven Würdigung des (bildungspolitischen) Engagements des Beschwerdeführers und seiner Mitstreiter im VGE III 2018 107 vom 27. Juli 2018 wurde damit nur eine Selbstverständlichkeit zum Ausdruck gebracht, wie sie der Verfassung (§ 6 KV) inhärent ist und daher an und für sich nicht expressis verbis formuliert werden müsste, was indes angesichts der Bedeutung politischer Partizipation von Verfassung wegen (Pflicht zur Förderung des politischen Engagements) jeder staatlichen Gewalt auf jeder Organisationsebene in einer vergleichbaren Situation zu tun gut ansteht. Damit ist gleichzeitig auch gesagt, dass die vom Schulrat inkriminierte Formulierung keinesfalls einen Ausstandsgrund abgeben kann.

(VGE III 2018 162 vom 29. Oktober 2018).

## **B 2.1**

### **1.7 Verfahrenskosten**

- *Verlegung der Verfahrenskosten für Kostenverteilungsverfügung betreffend die Kosten der Sanierung einer Deponie (siehe EGV-SZ 2018, B 8.7).*

---

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

---

### **2.1 Alters- und Hinterlassenenversicherung**

- *Beitragspflicht des nichterwerbstätigen Ehepartners des in Liechtenstein erwerbstätigen Ehepartners bei Wohnsitz in der Schweiz.*

*Aus den Erwägungen:*

1.1 Nach Art. 1a Abs. 1 lit. a und b des Bundesgesetzes über die Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHVG, SR 831.10) vom 20. Dezember 1946 sind die natürlichen Personen mit Wohnsitz in der Schweiz oder die in der Schweiz eine Erwerbstätigkeit ausüben, obligatorisch versichert. Dabei gehören auch Nichterwerbstätige zum Kreis der obligatorisch versicherten Personen (vgl. Ueli Kieser, in: SBVR-XIV, Soziale Sicherheit, 3. A., Basel 2016, [nachfolgend zitiert als: Kieser, a.a.O.] Kap. G, Rz. 290, S. 1287). Als Nichterwerbstätige beitragspflichtig sind u.a. auch Personen, die keine Erwerbstätigkeit ausüben (Art. 28 der Verordnung über die Alters- und Hinterlassenenversicherung [AHVV; SR 831.101] vom 31.10.1947) (...).

1.2.1 (...).

1.3.1 Für verheiratete Personen gilt nach Art. 3 Abs. 3 AHVG eine Besonderheit. Beiträge von nichterwerbstätigen Ehegatten von erwerbstätigen Versicherten gelten gemäss Art. 3 Abs. 3 lit. a AHVG als bezahlt, sofern der Ehegatte Beiträge von mindestens der doppelten Höhe des Mindestbeitrages bezahlt hat (damit schuf der Gesetzgeber eine Privilegierung

von Ehepaaren, welche zusammenhängt mit der Regelung, dass Einkommen während der Ehedauer gesplittet und den Ehegatten je zur Hälfte angerechnet werden [Art. 29quinquies Abs. 3 AHVG]). Diese Regelung gilt nicht bei Sachverhalten, in denen der erwerbstätige Ehegatte weniger bezahlt als den doppelten Mindestbeitrag (vgl. Kieser, a.a.O., S. 1253, Rz. 167 mit Hinweisen).

### 1.3.2 (...).

1.3.3 Ist eine verheiratete Person als Nichterwerbstätige beitragspflichtig, so bemessen sich ihre Beiträge aufgrund der Hälfte des ehelichen Vermögens und Renteneinkommens (Art. 28 Abs. 4 Satz 1 AHVV). Nicht abzustellen ist dabei auf den Güterstand des Ehepaares (Kieser, a.a.O., S. 1301 Rz. 340 u.a. mit Verweis auf ZAK 1986 S. 515). Art. 28 Abs. 4 AHVV ist gesetzmässig (vgl. BGE 135 V 361 Erw. 5.1 S. 365 mit Verweis auf BGE 103 V 49 [Pra 67/1978 Nr. 42 S. 83] und BGE 98 V 92; BGE 125 V 221 S. 230; vgl. auch WSN Rz. 2074 1/18).

### 1.3.4 (...).

2.2 In Bezug auf den Einwand des Ehemannes der Beschwerdeführerin, er sei für seine unselbständige Erwerbstätigkeit im Fürstentum Liechtenstein dort AHV-versichert, weswegen eine Beitragspflicht seiner (nichterwerbstätigen) Ehefrau in der Schweiz zu einer unzulässigen Doppelversicherung mit doppelten Beiträgen führe, kann auf die zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz in ihrer Vernehmlassung verwiesen werden. Das Bundesgericht hat mit BGE 125 V 230 (insb. S. 233) die Beitragspflicht in der schweizerischen Alters- und Hinterlassenenversicherung einer in der Schweiz wohnhaften nichterwerbstätigen Ehefrau des im Fürstentum Liechtenstein erwerbstätigen und dort versicherten Ehemanns als rechtmässig beurteilt. An dieser Rechtslage hat sich seither nichts geändert und es kann auch im vorliegenden Fall darauf abgestellt werden (vgl. auch Art. 5 Abs. 3 des Abkommens zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und dem Fürstentum Liechtenstein über Soziale Sicherheit [SR 0.831.109.514.1] vom 8.3.1989).

(VGE II 2018 81 vom 13. Dezember 2018).

## B 2.2

### 2.2 Ergänzungsleistungen

- *Dem Wohnungspartner bezahlte Ferienreisen sind bei den Auslagen eines EL-Ansprechers nicht anrechenbar.*
- *Der EL-Ansprecher hat zu belegen, für welche Auslagen er eine adäquate Gegenleistung erhielt.*

*Aus den Erwägungen:*

2.1 Es gilt der Grundsatz, dass bei der Anspruchsberechnung nur die tatsächlich vereinnahmten Einkünfte und vorhandenen Vermögenswerte zu berücksichtigen sind, über welche die EL-berechtigte Person ungeschmälert verfügen kann (vgl. Carigiet/Koch, Ergänzungsleistungen zur AHV/IV, 2. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2009, S. 148). Dies gilt selbst dann, wenn der Leistungsansprecher vor der Anmeldung zum Bezug der Ergänzungsleistungen über seine Verhältnisse gelebt haben könnte. Das Ergänzungsleistungssystem bietet nämlich keine gesetzliche Handhabe dafür, eine wie auch immer geartete Lebensführungskontrolle vorzunehmen und danach zu fragen, ob die Rentenberechtigten in der Vergangenheit innerhalb oder oberhalb einer „Normalitätsgrenze“ oder über ihre Verhältnisse gelebt haben (vgl. BGE 115 V 352 Erw. 5, vollständig publiziert in ZAK 1990 353 ff.; Carigiet/Koch, a.a.O., S. 173). So stellt die Anschaffung von Konsumgütern und die Verwendung des Geldes für eigene Bedürfnisse wie Reisen, Ferienaufenthalte, Restaurants- oder Veranstaltungsbesuche etc. grundsätzlich keinen Vermögensverzicht im Sinne von Art. 11 Abs. 1 lit. g ELG dar (...).

2.2 Gestützt auf Art. 11 Abs. 1 lit. g ELG werden daher als Einnahmen auch Einkünfte und Vermögenswerte angerechnet, auf die verzichtet worden ist. Eine Verzichtshandlung liegt vor, wenn die anspruchsberechtigte Person ohne rechtliche Verpflichtung und ohne adäquate – also gleichwertige – Gegenleistung auf Einkünfte oder Vermögen verzichtet hat. In diesem Fall kann sich der Versicherte nicht auf den gegebenen Vermögensstand berufen, sondern muss sich die Frage nach den Gründen für den Vermögensrückgang gefallen und allenfalls mangels entsprechender Beweise hypothetisches Vermögen entgegenhalten lassen (vgl. BGE 121 V 204 Erw. 4a und b mit Hinweisen). (...).

4.2.1 Die Beschwerdeführerin verweist vor dem Verwaltungsgericht in allgemeiner Weise auf ihre im Einspracheverfahren eingereichte Dokumentation ihrer Auslagen in den Jahren 2011 bis 2013. Indes geht sie weder näher auf diese Unterlagen ein noch auf deren Behandlung durch die Vorinstanz im angefochtenen Einspracheentscheid.

Diese Dokumentation umfasst für das Jahr 2011 203 Positionen (Gesamtbetrag von Fr. 120'956.66), für das Jahr 2012 172 Positionen (Gesamtbetrag von Fr. 58'978.16) sowie für das Jahr 2013 155 Positionen (Gesamtbetrag von Fr. 55'913.56; jeweils inklusive monatliche Viseca-Auszüge), entsprechend einem Gesamtbetrag von Fr. 235'842.38.

4.2.2 Die Vorinstanz hat diese Unterlagen gesichtet und ist zum Ergebnis gekommen, dass sich dadurch an der Beurteilung nichts ändere. Konkret hat sie darauf hingewiesen, dass verschiedene Ausgaben bereits mit den allgemeinen Lebenskosten abgedeckt seien; (...).

Diese pauschale Sichtung und Würdigung dieser Unterlagen durch die Vorinstanz ist im konkreten Fall nicht zu beanstanden. Es fällt zudem insbesondere auf, dass die Beschwerdeführerin kostspielige Ferienreisen auch für ihren Wohnungspartner bezahlte (Gran Canaria, für Fr. 5'446.--; Ozeania, Punta Cana, für Fr. 14'010.--; Dubai, für Fr. 3'116.--). Es ist davon auszugehen, dass anteilmässige Ausgaben vor Ort ebenfalls auf den Wohnungspartner entfielen. Die gleiche Annahme drängt sich ohne weiteres auch für Lebensmitteleinkäufe (namentlich Wein), Restaurantbesuche usw. auf. (...).

4.2.4 Die Vorinstanz hat für den Fall einer späteren Neuanmeldung eine genauere Prüfung der (angesprochenen) offenen Punkte in Aussicht gestellt. Was die von der Beschwerdeführerin eingereichten Belege anbelangt, ist an dieser Stelle deshalb gleichzeitig klarzustellen, dass es nicht Aufgabe der Verwaltung (und auch nicht des Gerichts) sein kann, in einem Stapel von Belegen nach rechtserheblichen Tatsachen und Beweismitteln zu suchen (vgl. BGE 134 II 244 Erw. 2.4.2; 132 I 249 Erw. 5; 130 V 177 Erw. 5.4.1). In solchen Fällen trifft den Gesuchsteller eine erhöhte Mitwirkungspflicht. Dies bedeutet insbesondere, dass die Beschwerdeführerin zu belegen hätte, für welche Auslagen ausschliesslich ihr eine adäquate Gegenleistung zuteil wurde bzw. für welche sie eine rechtliche Verpflichtung traf. Im Sinne der vorstehenden Ausführung zeigen konkrete Belege, dass namhafte Auslagen im Interesse ihres Wohnungspartners erfolgten und es spricht einiges, namentlich die allgemeine Lebenserfahrung und mithin gewissermassen eine natürliche Vermutung, dafür, dass zahl-

## **B 3.1**

reiche weitere Auslagen auch im Interesse ihres Wohnungspartners erfolgten bzw. dieser an den Gegenwerten mitpartizipierte. Die entsprechenden (hälftigen) Beträge wären (analog zur hälftigen Tragung der Mietkosten) in Abzug zu bringen.

(VGE II 2018 35 vom 26. Juni 2018).

---

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

---

#### **3.1 Arbeitslosenversicherung - Einstellung in der Anspruchsberechtigung**

- *Noch während der Kündigungsfrist hat sich eine von Arbeitslosigkeit bedrohte versicherte Person persönlich genügend um eine neue Stelle zu bemühen und sie muss grundsätzlich jede Stelle, die nicht im Sinne von Art. 16 Abs. 2 AVIG unzumutbar ist, annehmen.*

*Aus den Erwägungen:*

4.1.1 Soweit die Beschwerdeführerin auf die unverschuldete Arbeitslosigkeit hinweist, kann sie daraus nichts zu ihren Gunsten ableiten. Die Einstellung in der Anspruchsberechtigung erfolgte nicht wegen selbstverschuldeter Arbeitslosigkeit (Art. 30 Abs. 1 lit. a AVIG), sondern wegen ungenügenden Arbeitsbemühungen vor Eintritt der Arbeitslosigkeit (Art. 30 Abs. 1 lit. c AVIG). Der Grund der Kündigung ist dabei nicht massgeblich. Zu vermerken ist aber immerhin, dass die Trennung offenbar auf einer Vereinbarung beruht und die Kündigung bereits am 23. Januar 2017, mithin über 9 Monate vor Beendigung ausgesprochen wurde (Vict. 2). Mithin musste die Beschwerdeführerin seit Januar 2017 mit einer drohenden Arbeitslosigkeit rechnen. Aufgrund ihrer langjährigen Berufserfahrung durfte sie sich zwar gewisse Chancen bei der Stellensuche ausrechnen. Andererseits musste ihr aber auch bewusst sein, dass sich sowohl ihr Alter als auch ihr relativ hoher Lohn sowie das Fehlen eines entsprechenden Berufsdiplomes erschwerend auswirken und es nicht leicht sein dürfte, eine Stelle zu finden. Entsprechend verlangt die höchstrichterliche

Rechtsprechung, dass die Arbeitsbemühungen umso intensiver sein müssen, je weniger Aussicht eine versicherte Person hat, eine Stelle zu finden.

4.1.2 Zu Unrecht beruft sich die Beschwerdeführerin sodann auf ihre Unkenntnis der Rechtslage. Insbesondere schützt sie die Tatsache, dass sie durch das RAV erst im ersten Beratungsgespräch über die Minimalanforderungen an die persönlichen Arbeitsbemühungen aufgeklärt worden ist, nicht. Die Pflicht zur Schadenminderung, d.h. zur Verhinderung der Arbeitslosigkeit besteht bereits vor deren Eintritt und unabhängig von Informationen durch die Behörde. Versicherte dürfen nicht darauf vertrauen, dass im Falle des Fehlens einer Anschlussstelle Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung besteht. Persönliche Arbeitsbemühungen sind bereits vor der Meldung beim Arbeitsamt vorzukehren, bevor also von Seiten der Arbeitslosenversicherung entsprechende Informationen gezielt an von Arbeitslosigkeit bedrohte Versicherte abgegeben werden können.

4.1.3 Auch kann sich die Beschwerdeführerin nicht darauf berufen, seitens der Behörden keine Unterstützung erhalten zu haben. Es war ihre eigene Pflicht, seit Erhalt der Kündigung, d.h. seit Januar 2017 bestrebt zu sein, eine drohende Arbeitslosigkeit zu verhindern oder zu verkürzen und eine Anschlussstelle zu finden. Während dieser Zeit der Kündigung durfte sie keine wesentliche Unterstützung der Arbeitslosenbehörden erwarten. Wie in den übrigen Zweigen der Sozialversicherung hat die versicherte Person auch bei der Arbeitslosenversicherung ihr Möglichstes zur Schadenminderung von sich aus, d.h. ohne besondere Aufforderung durch eine Amtsstelle oder Abgabe eines Merkblattes, vorzukehren (Urteil des BGer 8C\_21/2015 vom 3.3.2015 Erw. 3.5). Im Übrigen bringt die Beschwerdeführerin auch nicht konkret vor, welche Art Unterstützung sie benötigt oder erwartet hätte und insbesondere, inwieweit sie darum ersucht hat. Sie führt lediglich aus, die Behörden im September 2017 kontaktiert zu haben; mithin im letzten Monat vor Eintritt der Arbeitslosigkeit. Ihre Schadenminderungspflicht setzte indes schon viel früher, nämlich im Januar 2017 ein (wobei für die Einstellung nur die letzten drei Monate maßgebend sind).

4.1.4 Keine Entschuldigung stellen die im Monat Juli 2017 bezogenen Ferien dar. Versicherte in gekündigter Stellung haben bereits während der Kündigungsfrist alles Zumutbare zu unternehmen, um Arbeitslosigkeit zu vermeiden oder zu verkürzen. Dasselbe gilt auch, wenn die versicherte Person sich ferienhalber oder aus andern Gründen im Ausland aufhält oder sonst ortsabwesend ist, zumal Stellenbewerbungen mit den heutigen

## B 3.1

elektronischen Kommunikationsmitteln sowie Personalvermittlungsagenturen inzwischen weltweit ohne zeitliche Verzögerungen durchführbar sind (vgl. Urteile des BGer 8C\_463/2015 vom 20.9.2016 Erw. 4.2; 8C\_768/2014 vom 23.2.2015 Erw. 2.2.3 m.w.H.). Allein der Verweis auf Ferien vermag damit nicht zu rechtfertigen, im Juli 2017 überhaupt keine Bewerbungen getätigt zu haben. Dass es ihr unmöglich war, sich zu bewerben, bringt die Beschwerdeführerin nicht vor.

4.1.5 Es ist durchaus verständlich und nachvollziehbar, dass die Beschwerdeführerin aufgrund ihrer langjährigen Berufserfahrung – vorerst – eine mit der bisherigen vergleichbare Stelle gesucht hat. So spricht denn auch nichts dagegen, dass sie sich auf Stelleninserate der öffentlichen Hand und entsprechender Institutionen beworben hat. Verständlich ist auch ihr Wunsch, auch künftig in der Nähe ihres Lebensmittelpunktes arbeiten zu können. Hingegen misst die Beschwerdeführerin der Voraussetzung „Zumutbarkeit“ sowie ihrer Schadenminderungspflicht eine falsche Bedeutung bei, wenn sie daraus ableitet, sie habe das Recht, sich nur auf qualitativ und lohnmässig vergleichbare Stellen zu bewerben und damit das finanzielle Risiko einer drohenden Arbeitslosigkeit auf die Arbeitslosenkasse abzuwälzen.

Vielmehr tragen die versicherten Personen die Pflicht, zur Schadensminderung grundsätzlich jede nicht unzumutbare Arbeit unverzüglich anzunehmen (Art. 16 Abs. 1 AVIG). Die Unzumutbarkeit einer Stelle bemisst sich dabei nach Art. 16 Abs. 2 AVIG (vgl. Urteil des BGer 8C\_652/2015 vom 17.5.2016 Erw. 5.2 f.). Eine Arbeit ist gemäss Praxis namentlich dann unzumutbar, wenn sie einen Arbeitsweg von mehr als zwei Stunden je für den Hin- und Rückweg notwendig macht und bei welcher für den Versicherten am Arbeitsort keine angemessene Unterkunft vorhanden ist oder er bei Vorhandensein einer entsprechenden Unterkunft seine Betreuungspflicht gegenüber den Angehörigen nicht ohne grössere Schwierigkeiten erfüllen kann (Art. 16 Abs. 2 lit. f AVIG). Finanziell liegt Unzumutbarkeit sodann vor, wenn die Arbeit dem Versicherten einen Lohn einbringt, der geringer ist als 70 % des versicherten Verdienstes, es sei denn, er erhalte Kompensationsleistungen nach Art. 24 AVIG (Art. 16 Abs. 2 lit. i AVIG).

Die Beschwerdeführerin bringt nicht vor, sie hätte sich durchaus auf alle Stellen beworben, die gemäss diesen Kriterien zumutbar seien, es hätte aber einfach nicht mehr offene Stellen gehabt. Vielmehr begründet sie ihre wenigen Bewerbungen damit, sie selbst hätte eine weitergehende Bewerbungspraxis als nicht zumutbar erachtet. Soweit die Beschwerdeführerin jedoch den Zumutbarkeitsbegriff enger definiert als der Gesetzgeber,



kann sie das Risiko einer Arbeitslosigkeit nicht vollumfänglich auf die Arbeitslosenkasse überwälzen.

4.2 Es ist erstellt, dass sich die Beschwerdeführerin in den letzten drei Monaten vor Eintritt der Arbeitslosigkeit nur auf neun Stellen beworben hat. Gemäss ständiger Rechtsprechung ist dies zu wenig. Soweit die Beschwerdeführerin vorbringt, sie habe sich damit genügend um eine Anschlussstelle bemüht, da sie sich auf jede zumutbare und angemessene Stelle beworben habe, verkennt sie, dass sie weder Anspruch auf einen ortsnahen Arbeitsplatz, noch auf einen Lohn entsprechend der letzten Stelle, noch eine qualitativ gleichwertige Arbeit hat, sondern grundsätzlich jede Stelle, die nicht im Sinne von Art. 16 Abs. 2 AVIG unzumutbar ist, annehmen musste. Indem sie dies nicht tat, hat sie ihre Schadenminderungspflicht nicht wahrgenommen und zu Unrecht in Kauf genommen, dass damit das Risiko einer Arbeitslosigkeit zulasten der Arbeitslosenkasse geht. Mithin ist der Tatbestand der ungenügenden persönlichen Arbeitsbemühungen gemäss Art. 30 Abs. 1 lit. c AVIG erfüllt.

(VGE II 2018 20 vom 22. März 2018).

### **3.2 Arbeitslosenversicherung - Teilnahme an Programm zur vorübergehenden Beschäftigung**

- *Die Teilnahme an einem Programm zur vorübergehenden Beschäftigung (arbeitsmarktliche Massnahme) ist dann unzumutbar, wenn eine Arbeit resp. ein Beschäftigungsprogramm dem Alter, den persönlichen Verhältnissen oder dem Gesundheitszustand des Versicherten nicht angemessen ist.*

*Aus den Erwägungen:*

1. Es ist unbestritten, dass der Beschwerdeführer durch das RAV mit Schreiben vom 20. Oktober 2017 zur Teilnahme am Programm zur vorübergehenden Beschäftigung, PvB, aufgefordert wurde. Aus den Akten ergibt sich ebenso, dass der Beschwerdeführer die Aufforderung erhalten hat, kontaktierte er doch deswegen am 23. Oktober 2017 den Leiter des RAV D. Nachdem das RAV mit Mail vom 25. Oktober 2017 an der Aufforderung festhielt, orientierte der Beschwerdeführer das RAV gleichentags über seine Skepsis gegenüber arbeitsmarktlichen Massnahmen und teilte mit, er habe das PvB nicht angetreten und das RAV dürfe es bereits als

## B 3.2

für beendet erklären. Mithin ist unbestritten, dass der Beschwerdeführer der Aufforderung zur Teilnahme zum PvB keine Folge geleistet hatte. Strittig ist, ob er damit eine Weisung der zuständigen Amtsstelle missachtet und eine arbeitsmarktliche Massnahme zu Unrecht nicht angetreten hat und damit zu Recht im Sinne von Art. 30 Abs. 1 lit. d AVIG in der Anspruchsberechtigung eingestellt wurde.

2.1 Die versicherte Person, die Versicherungsleistungen beanspruchen will, muss mit Unterstützung des zuständigen Arbeitsamtes alles Zumutbare unternehmen, um Arbeitslosigkeit zu vermeiden oder zu verkürzen (Art. 17 Abs. 1 Satz 1 AVIG). Der Versicherte ist in der Anspruchsberechtigung einzustellen, wenn er die Kontrollvorschriften oder die Weisungen der zuständigen Amtsstelle nicht befolgt, namentlich eine zumutbare Arbeit nicht annimmt oder eine arbeitsmarktliche Massnahme ohne entschuldbaren Grund nicht antritt, abbricht oder deren Durchführung oder Zweck durch sein Verhalten beeinträchtigt oder verunmöglicht (Art. 30 Abs. 1 lit. d AVIG). (...).

2.2 Im Sinne der Schadenminderungspflicht ist der Versicherte gehalten, analog zur grundsätzlich unverzüglichen Annahme einer jeden Tätigkeit auch eine zugewiesene arbeitsmarktliche Massnahme unverzüglich anzutreten. Zu beachten ist, dass für die Beurteilung der Zumutbarkeit einer Arbeit, für die Zuweisung von zumutbarer Arbeit sowie die Erteilung von Weisungen nach Art. 17 Abs. 3 AVIG das regionale Arbeitsvermittlungszentrum (RAV) zuständig ist (vgl. § 2 lit. b Vollzugsverordnung zur AVIV, SRSZ 364.111).

2.3 Die Zumutbarkeit der Teilnahme an einem Programm vorübergehender Beschäftigung ist in sinngemässer Anwendung von Art. 16 Abs. 2 lit. c AVIG zu beurteilen (vgl. Art. 64a Abs. 2 AVIG). Demgemäss ist eine Teilnahme dann unzumutbar – und soweit von der grundsätzlich geltenden Annahmepflicht (Art. 16 Abs. 1 AVIG) ausgenommen – wenn eine Arbeit resp. ein Beschäftigungsprogramm dem Alter, den persönlichen Verhältnissen oder dem Gesundheitszustand des Versicherten nicht angemessen ist (vgl. auch Urteil BGer 8C\_128/2016 vom 13.4.2016 Erw. 2). Das Vorliegen der weiteren Kriterien von Art. 16 Abs. 2 lit. a, b sowie d - i AVIG ist unbeachtlich (Urteil EVGer C 97/00 vom 4.8.2000 Erw. 2b). Insbesondere ist nicht zu prüfen, ob der Einsatz am Beschäftigungsprogramm im Sinne von Art. 16 Abs. 2 lit. b AVIG angemessen auf die Fähigkeiten oder die bisherige Tätigkeit des Beschwerdeführers Rücksicht nimmt. Angesichts von Sinn und Zweck der vorübergehenden Beschäftigung ist eine

Unzumutbarkeit nur mit Zurückhaltung anzunehmen (SBVR-Nussbaumer, 3. Auflage, Rz 724).  
(...).

3.2.4 In der Verwaltungsgerichtsbeschwerde vom 24. Februar 2018 bestätigt der Beschwerdeführer, das zugewiesene PvB nicht angetreten zu haben. Er habe den RAV-Berater am 19. Oktober 2017 darauf hingewiesen, dass er sich per Anfang Jahr selbständig machen wolle, sollte er bis dahin keine Anstellung finden. Dies habe er bereits an den zwei vorangehenden Besprechungen angetönt. Es sei vom Berater ignoriert worden, er sei in dieser Absicht nicht unterstützt worden. Dies habe er dem RAV-Leiter am 23. Oktober 2017 telefonisch mitgeteilt, worauf er am 25. Oktober 2017 von seinem RAV-Berater einen Link mit Informationen bezüglich Aufnahme der Selbständigkeit erhalten habe. Gleichzeitig habe er die Zielvereinbarung für die Teilnahme am PvB erhalten, die jedoch entgegen der Darstellung im Einspracheentscheid nicht gemeinsam erarbeitet worden sei, was seine fehlende Unterschrift belege. Das Formular sei vom RAV-Berater gegen seinen Willen erstellt worden. Der Zwang zur Teilnahme an einem PvB bei gleichzeitig bestehendem Willen zur Selbständigkeit sei gesetzeswidrig. Im Kreisschreiben AVIG-Praxis ALE B302 sei festgehalten, dass das Programm subsidiärer Natur sei. Daher wäre die Unterstützung zur Aufnahme einer selbständigen Erwerbstätigkeit prioritärer Natur gewesen und die Zuweisung zum PvB nur dann angezeigt, wenn keine andere arbeitsmarktliche Massnahme möglich gewesen wäre. Zudem wiederholt der Beschwerdeführer, das konkrete PvB hätte seine Vermittlungsfähigkeit nicht erhöht. Auch müsse ihm keine Tagesstruktur geboten werden und wenn diese wie vorliegend inhaltlich bereits besuchten Kursen entspreche, erhöhe dies nur die Frustration und sei kontraproduktiv. Auch bestreitet der Beschwerdeführer, dass er aufgrund der Schadenminderungspflicht zur Teilnahme verpflichtet gewesen sei. Das PvB sei überhaupt nicht auf seine Person zugeschnitten gewesen und hätte deshalb nur Kosten ohne Zusatznutzen verursacht. Es handle sich um eine reine Disziplinar massnahme seitens RAV, weil er in die Langzeitarbeitslosigkeit gerutscht sei.  
(...)

4.2.2 Wird eine versicherte Person einem PvB zugewiesen, besteht grundsätzlich eine Teilnahmepflicht. Die Unzumutbarkeit, welche eine Nichtteilnahme rechtfertigen würde, richtet sich nach Art. 16 Abs. 2 lit. c AVIG und liegt vor, wenn die Massnahme dem Alter, den persönlichen

## B 3.2

Verhältnissen oder dem Gesundheitszustand des Versicherten nicht angemessen ist. Auf Unangemessenheit ist nur zurückhaltend zu schliessen (vgl. Erw. 2.3). Der Beschwerdeführer führt keinen dieser Unzumutbarkeitsgründe an, sondern bezweifelt, dass die Massnahme seine Vermittlungsfähigkeit verbessert hätte.

Soweit der Beschwerdeführer geltend macht, das PvB berücksichtige seine bisherige Tätigkeit, Ausbildung und Erfahrung zu wenig, ist dies nicht zu hören (vgl. Erw. 2.3). Auch ergibt sich die Unrechtmässigkeit der angeordneten Massnahme nicht etwa aus dem Umstand, dass das Einsatzgebiet des vorgesehenen Beschäftigungsprogramms mit allgemeinen Verwaltungsarbeiten umschrieben wurde und einen persönlichkeitsorientierten Schulungsteil umfasste (Vi-act. 3). Aufgrund dieser Umschreibung ist jedenfalls davon auszugehen, dass ein Bezug zur bisherigen Tätigkeit des Beschwerdeführers (Revision, Controlling) grundsätzlich gegeben war. Einer allenfalls auf die konkreten Bedürfnisse des Beschwerdeführers zugeschnittenen Anpassung der Massnahme hätte gerade das Vorstellungsgespräch dienen können, zu welchem es der Beschwerdeführer jedoch nicht einmal kommen liess. Entsprechend unangezeigt sind die vom Beschwerdeführer aufgrund allgemeiner, nicht konkreter Programm-Informationen geäusserten Zweifel an der Effektivität der Massnahme. Nachdem er bereits verschiedene Kurse und Coachings absolviert hat, ohne dass diese einen Erfolg zeitigten, bestand kein Grund, Zweifel an der Massnahme zu äussern, bevor sie überhaupt im Detail abgesprochen und angetreten wurde. Da er seit über einem Jahr stellenlos war und auch keinen Zwischenverdienst erzielte, stellte die vorübergehende Beschäftigung eine Chance dar, für deren Verweigerung kein Rechtfertigungsgrund vorliegt.

4.2.3 Der Beschwerdeführer verweist auf das seco-Kreisschreiben, wonach eine vorübergehende Beschäftigung nur subsidiär sei. Entgegen seiner Darstellung stand dem PvB vorliegend nichts entgegen, insbesondere nicht seine geäusserte Absicht, eine selbständige Erwerbstätigkeit aufzunehmen. Subsidiarität bedeutet, dass der versicherten Person keine andere Beschäftigung zugewiesen werden kann, durch die PvB etwa auch kein Zwischenverdienst verhindert wird (BGE 125 V 475 Erw. 6b; BGE 125 V 365 Erw. 4b). Aus dem RAV-Protokoll vom 19. Oktober 2017 ergibt sich, dass der Beschwerdeführer im Zeitpunkt der Zuweisung des PvB keinen Zwischenverdienst erzielte, keine Stelle in Aussicht hatte und keine andere Beschäftigung ausübte. Seine Vorstellungen einer Selbständigkeit waren noch ziemlich unklar und bestanden zur Hauptsache in der Absicht, sich selbständig zu machen, sofern bis Ende Jahr keine Stelle gefunden

ist. Mithin waren die Absichten noch wenig konkret und der Beschwerdeführer selber war mindestens so interessiert, eine Anstellung zu finden. Er zeigt denn auch nicht auf, inwieweit ihn das PvB gehindert hätte, seine Absicht einer Selbständigkeit weiter zu verfolgen. Seine Zweifel an der Effektivität des PvB vermögen nicht zu begründen, dass andere Massnahmen prioritär resp. anstelle des PvB hätten ergriffen werden müssen. Diesbezüglich ist von Belang, dass seine Anstrengungen zur Selbständigkeit noch nicht weit fortgeschritten waren, ein FsE-Gesuch erst eingereicht war und das PvB deren Fortschritt keineswegs gehindert hätte.

4.2.4 Nachdem der Beschwerdeführer bereits über ein Jahr arbeitslos war, bereits verschiedene Massnahmen wie Kurse und Coaching absolviert wurden, keine Anhaltspunkte für eine baldige Neuanstellung vorlagen (was vor Verwaltungsgericht auch nicht geltend gemacht wird) und im Zeitpunkt der Zuweisung nur vage Absichten einer Selbständigkeit bestanden, durfte das RAV berechtigterweise eine berufliche Massnahme zur Verbesserung der Vermittlungsfähigkeit des Versicherten zum Zwecke einer raschen und dauerhaften Wiedereingliederung anordnen (Art. 59 Abs. 2 lit. a AVIG). Weder stand dem Programm (subsidiärer Natur) eine Erwerbstätigkeit oder eine andere Massnahme entgegen noch war das PvB unzumutbar im Sinne von Art. 16 Abs. 2 lit. c AVIG oder lagen entschuldbare Gründe für die Verweigerung vor.

(VGE II 2018 31 vom 19. April 2018; vom Bundesgericht bestätigt mit Urteil 8C\_384/2017 vom 23. August 2018).

### **3.3 Rückforderung Prämienverbilligung**

- *Die Rückforderung unrechtmässig geleisteter Prämienverbilligung hat gegenüber dem Bezüger der Verbilligung und nicht gegenüber der Krankenkasse zu erfolgen.*

*Aus dem Sachverhalt:*

Der Beschwerdeführer erhielt Prämienverbilligung. Jahre später teilte ihm die Ausgleichskasse mit, die Verbilligung sei zu Unrecht erfolgt, die zuviel ausbezahlte Prämienverbilligung werde bei der Krankenkasse zurückgefordert. Dies führte zu Prämienausständen des Beschwerdeführers bei der Krankenkasse, welche diese auf dem Betreibungsweg einforderte.

## B 3.3

### *Aus den Erwägungen:*

2.1.1 Anhand der vorstehenden Ausführungen erhellt, dass die Vorgehensweise der kantonalen Ausgleichskasse, den Bezüger von Prämienverbilligung mit informellem Schreiben über die Neuberechnung und die Rückforderung zu informieren und anschliessend die zu Unrecht ausgerichteten Prämienverbilligungen beim Krankenversicherer zurückzufordern, dem klaren Wortlaut von § 19 Abs. 1 EGzKVG widerspricht, wonach Leistungen nach diesem Gesetz, die zu Unrecht ausgerichtet wurden, bei den versicherten Personen zurückzufordern sind. Die kantonale Ausgleichskasse hätte folglich die (zu Unrecht ausgerichteten) Prämienverbilligungen direkt beim Beschwerdeführer und nicht bei der Vorinstanz zurückfordern müssen (vgl. hierzu Beschluss Nr. 1114/2011 (RRB) des Regierungsrates des Kantons Schwyz vom 22. November 2011 zur Teilrevision des Gesetzes über die Prämienverbilligung in der Krankenpflegeversicherung S. 11 unten, wo zur Rückforderung gemäss § 19 festgehalten wird, dass Abs. 1 klar definiere, wer zu viel ausbezahlte IPV zurückzuerstatten habe, nämlich die versicherte Person als Begünstigte, auch wenn die Auszahlung an die Krankenversicherer erfolge). Die Vorgehensweise der kantonalen Ausgleichskasse, die Prämienverbilligungen direkt beim Krankenversicherer zurückfordern, findet demnach keine gesetzliche Stütze. Dementsprechend war die Vorinstanz auch nicht verpflichtet, der Ausgleichskasse die Prämienverbilligungen zurückzuerstatten.

2.1.2 Dafür, dass die Ausgleichskasse sich direkt an den Beschwerdeführer hätte halten müssen, spricht insbesondere auch, dass die Prämienverbilligung bezogen auf ihre Durchführung getrennt von der Prämienzahlungspflicht an sich geordnet ist. Die Durchführung der Prämienverbilligung wird in Art. 106b KVV geregelt. Es handelt sich damit um eine eigenständige Ordnung, welche insbesondere die monatliche Prämienzahlungspflicht gemäss Art. 90 KVV nicht beachtet (U. Kieser, Kommentar KVG/UVG, Art. 65 Rz. 3).

In diesem Zusammenhang fällt auch ins Gewicht, dass mit der Vorgehensweise der Ausgleichskasse respektive der Vorinstanz dem Beschwerdeführer die Möglichkeit genommen wird, gegen die Rückforderung der Prämienverbilligung ein Erlassgesuch im Sinne von § 20 Abs. 1 EGzKVG zu stellen. Wie die Vorinstanz selber und zu Recht bemerkt, kennt das KVG das Institut des Prämienerrlasses nicht (Eugster, Soziale Sicherheit, S. 795 Rz. 1304 und S. 802 Rz. 1327).

Fraglich ist schliesslich, ob die Mitteilungen der Ausgleichskasse vom 3. Januar 2017 (Vi-act. 2 bis 4) den Vorschriften von § 22 EGzKVG und Art. 3 ATSV genügen (Verfügungsform, Hinweis auf Erlassgesuch). Gemäss § 22 EGzKVG erfolgen Entscheide über die Prämienverbilligung zwar durch Mitteilungen mit dem Hinweis, eine anfechtbare Verfügung verlangen zu können (wie dies vorliegend der Fall war). In den Erläuterungen dazu hält der Regierungsrates indes fest, Verfügungen seien nicht bloss auf ausdrücklichen Wunsch des Versicherten, sondern ebenso, wenn – wie hier – der Entscheid zu Ungunsten des Versicherten ausfällt, zu erlassen (vgl. RRB Nr. 571/2007 vom 24.4.2007 S. 20; vgl. auch Art. 49 Abs. 1 und Art. 51 Abs. 1 ATSG, wo dieses Verfahren für das Sozialversicherungsrecht vorgeschrieben ist). Das von der kantonalen Ausgleichskasse gewählte Verfahren erscheint vor diesem Hintergrund in mehrfacher Hinsicht problematisch. Zum einen ist – wie vorliegend – nicht sichergestellt, dass der Betroffene zweifelsfrei Kenntnis des Entscheides erlangt hat (wobei die Beweislast der kantonalen Ausgleichskasse obliegt). Zweitens ist fraglich, ob alle Mitteilungsempfänger realisieren, dass sie durch die Mitteilung überhaupt beschwert sind, nachdem die Rückforderung explizit bei der Krankenkasse erfolgt, und dass sie innert absehbarer Zeit mit einer Rückforderung bzw. mit Forderungen infolge Prämienausständen der Krankenkasse konfrontiert sind. Soweit sie dies nicht realisieren, riskieren sie des Rechtsmittels gegen die Rückforderung verlustig zu gehen. Und Drittens werden sie nicht – wie vom Gesetzgeber ausdrücklich verlangt – auf die Möglichkeit des Erlasses der Rückforderung hingewiesen, womit ihnen auch dieses Recht verlustig zu gehen droht. Genauso verhält es sich im vorliegenden Fall. Schliesslich hat das gewählte Verfahren auch zur Folge, dass der Beschwerdeführer bei der Krankenkasse Prämienausstände aufweist, was die Folgen nach Art. 64a KVG nach sich zieht, obwohl nicht Prämienzahlungen, sondern die Rückforderung von Prämienverbilligungen strittig ist.

2.2 Aus den genannten Gründen besteht keine gesetzliche Grundlage, aufgrund welcher die kantonale Ausgleichskasse, die an den Beschwerdeführer (allfällig zu Unrecht) ausgerichteten Prämienverbilligungen von der Vorinstanz hätte zurückfordern können. Im Umkehrschluss war die Vorinstanz auch nicht verpflichtet, der kantonalen Ausgleichskasse die erhaltenen Prämienverbilligungen zurückzuerstatten (vgl. BGE 139 V 82 Erw. 3.3.2 m.w.H. zu dem im Sozialversicherungsrecht ebenfalls geltenden allgemeinen Rechtsgrundsatz, dass Zuwendungen, die aus einem nicht verwirklichten oder nachträglich weggefallenen Grund erfolgen, zu-

## B 5.1

rückzuerstatten sind [ungerechtfertigte Bereicherung], Art. 62 ff. des Bundesgesetzes betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches [Fünfter Teil: Obligationenrecht, OR; SR 220] vom 30.3.1911). Folglich kann es auch nicht angehen, dass die Vorinstanz die an die Ausgleichskasse geleistete Rückerstattung nun unter dem Titel des Prämienausstands vom Beschwerdeführer auf dem Betreibungsweg einfordert. Vielmehr ist es die Sache der kantonalen Ausgleichskasse, die Rückforderung allfälliger zu Unrecht ausgerichteter Prämienverbilligungen gegenüber dem Beschwerdeführer zu verfügen und sie direkt bei ihm einzufordern sowie ihn auf die Möglichkeit des Erlassgesuches hinzuweisen. Dies ist vorliegend nicht erfolgt. Es fehlt damit an einem Rechtsgrund für die in Betreibung gesetzte Forderung der Vorinstanz gegen den Beschwerdeführer. Die Beschwerde ist damit gutzuheissen.

(VGE II 2018 53 vom 20.8.2018).

---

## 5. Kausalabgaben

---

### 5.1 Anschlussgebühr - Nacherhebung bei Reglementsänderung

- *Einmaligkeit der Anschlussgebühr schliesst spätere Erhebung von ergänzenden Anschlussgebühren nicht per se aus.*
- *Bemessung der ergänzenden Anschlussgebühr, wenn die Bemessungskriterien durch zwischenzeitlich erfolgte Reglementsrevision geändert haben.*
- *Ergänzende Anschlussgebühr kann auch bei Zweckänderung geschuldet sein, sofern die Nutzungsart Teil der Bemessungskriterien bildet.*

*Aus dem Sachverhalt:*

Der Beschwerdeführer hat für eine Gewerbebaute bei deren Erstellung Anschlussgebühren geleistet. Die Berechnung erfolgte anhand der Gebäudekosten. Jahre später wurde um Bewilligung baulicher Massnahmen er sucht. Mit der Bewilligung wurden ergänzende Anschlussgebühren in Rechnung gestellt. Zwischenzeitlich änderte das Gebührenreglement, wobei die Anschlussgebühr nicht mehr anhand der Gebäudekosten ermittelt wird. Strittig sind die Erhebung von ergänzenden Anschlussgebühren sowie deren Ermittlung.



*Aus den Erwägungen:*

2.1 In grundsätzlicher Hinsicht, unter sinngemässer Berufung auf die Einmaligkeit der Anschlussgebühr (vgl. VGE 311/96 vom 29.8.1996 Erw. 2b mit Verweis auf BGE 112 Ia 260 Erw. 5a S. 263), macht die Beschwerdeführerin geltend, die Vorinstanz habe seinerzeit nach Beendigung der Bauarbeiten das neu erstellte Gewerbehäus mit einer Wohnung reglements-konform durch das Schätzungsamt der kantonalen Steuerverwaltung schätzen lassen und gestützt auf das Ergebnis dieser kantonalen Güterschätzung die einmaligen Wasser- und Abwasser- resp. Kanalisationsanschlussgebühren erhoben. Das Wasserversorgungs- (aWVR) und das Kanalisationsreglement (aKR) vom 10. März 1981, welche für die Erhebung der Gebühren massgeblich gewesen seien, hätten zur Bemessung der Gebühren auf die reinen Gebäudekosten abgestellt. Diese Gebühren seien bezahlt worden und es könnten deshalb nicht nochmals Anschlussgebühren erhoben werden.

2.2 Der Grundsatz der Einmaligkeit der Anschlussgebühr basiert darauf, dass die Anschlussgebühr mit dem konkreten Anschluss an die öffentlichen Versorgungs- und Entsorgungsnetze der Gemeinde oder ihrer Anstalten fällig wird (vgl. VGE II 2011 7 vom 30.3.2011 Erw. 3.3.1). Die Baute der Beschwerdeführerin ist bereits vor Jahren an das öffentliche Versorgungs- und Entsorgungsnetz der Gemeinde Altendorf angeschlossen worden – mit Einschätzungsverfügung vom 9. Juni 1994 wurden von der Werkkommission der Gemeinde Altendorf, gestützt auf das damals geltende Wasserversorgungsreglement 1981 (aWVR) und Kanalisationsreglement 1981 (aKR), einmalige Wasseranschlussgebühren von Fr. 178'920.-- (entsprechend 15 Promille des Neubauwerts gemäss kantonaler Güterschätzung) sowie einmalige Kanalisationsbeiträge von Fr. 190'848.-- (entsprechend 16 Promille vom Neubauwert gemäss kantonaler Güterschätzung) und Klärbeiträge von Fr. 7'000.-- (entsprechend Anzahl Bewohnerwerte 35 à Fr. 200.--) erhoben.

2.3 Eine angeschlossene überbaute Liegenschaft kann sich verändern, indem die bestehende Baute an-, um- oder wiederaufgebaut oder die Liegenschaft gänzlich oder teilweise neu überbaut wird. In den kommunalen Reglementen werden die Konsequenzen dieser Sachverhalte unterschiedlich geregelt.

## B 5.1

Gemeinden, die die Anschlussgebühr aufgrund von Gebäude- und Bewohnerwerten bestimmen, verlangen in der Regel eine Nachzahlung bei einer durch bauliche Massnahmen bedingten Wertsteigerung des Gebäudes oder Erhöhung der Bewohnerwerte, wobei diese Gebührenpflicht erst greift, wenn die Wertsteigerung oder die Erhöhung der Bewohnerwerte einen bestimmten Prozentsatz übersteigt (vgl. VGE 330/94 vom 5.10.1994 Erw. 2b mit Hinweis auf die damals geltenden KR der Gemeinden Lachen, Unteriberg und Oberiberg). In diesen Fällen sind die Gebühren gemäss den Ansätzen für Neubauten nachzuzahlen, wobei die verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung verlangt, dass bei der Berechnung der gebührenpflichtigen Wertsteigerung grundsätzlich von jenem (teuerungsbedingt aufgerechneten) Wert auszugehen ist, für welchen bereits Anschlussgebühren bezahlt wurden oder bei ordnungsgemässer Veranlagung hätten bezahlt werden müssen (vgl. VGE 311/96 vom 29.8.1996 Erw. 2b; VGE 330/94 vom 5.10.1994 Erw. 2b). Die Gebühr wird somit in solchen Fällen gestützt auf die (durch Erweiterung, Zweckänderung oder Wiederaufbau erfolgte) Wertsteigerung berechnet (vgl. VGE II 2011 7 vom 30.3.2011 Erw. 3.3.1 publiziert in EGV-SZ 2011 B 5.1 S. 58 ff.; VGE 708/99 vom 17.12.1999 Erw. 3b publiziert in EGV-SZ 1999 Nr. 21 S. 68 ff.; VGE 705/97 vom 27.6.1997 Erw. 3b).

Gemeinden, die die Anschlussgebühr nicht (oder nicht mehr) aufgrund von Gebäude- und Bewohnerwerten bestimmen, sondern den Gebäudeinhalt (gegebenenfalls mit nach Gebäudezweck differenzierten Gebührenansätzen pro Kubikmeter Gebäudeinhalt) als massgebliches Kriterium heranziehen, sehen in der Regel bei Änderungen in der Art der Überbauung oder Benützung einer angeschlossenen Liegenschaft, sowie bei Wiederaufbau eine Anpassung der Anschlussgebühren und Nachentrichtung des entsprechenden Mehrbetrags vor (vgl. VGE II 2011 7 vom 30.3.2011 [Gemeinde Oberiberg] publiziert in EGV-SZ 2011 B 5.1 S. 58 ff.; VGE II 2010 131 vom 27.1.2011 [Gemeinde Unteriberg]; VGE II 2008 27 vom 20.11.2008 [Gemeinde Unteriberg]). In diesen Fällen ist es nach der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung zulässig, die Mehrkubatur als Bemessungsgrundlage für die zusätzliche Anschlussgebühr heranzuziehen, unabhängig davon, wie die Anschlussgebühr für die vorbestehende Baute berechnet wurde (vgl. VGE II 2015 14 vom 15.12.2016 Erw. 3.5; VGE II 2008 27 vom 20.11.2008 Erw. 1.4; VGE 708/99 vom 17.12.1999 Erw. 3d publiziert in EGV-SZ 1999 Nr. 21 S. 68 ff.).

2.4 Entgegen der Meinung der Beschwerdeführerin bedeutet die Bezeichnung der Anschlussgebühr als „einmalige“ Leistung daher nicht,

dass jede spätere Abgabepflicht ausgeschlossen ist. In Fällen, wo die Bemessungsmethode lediglich die tatsächliche Überbauung einer Liegenschaft berücksichtigt, wird es grundsätzlich auch von der bundesgerichtlichen Rechtsprechung als zulässig erachtet, dass bei einer nachträglichen Veränderung der Bemessungsgrundlage eine ergänzende Anschlussgebühr erhoben wird, wenn die massgebenden Vorschriften eine entsprechende Nachforderung vorsehen (vgl. Urteile des Bundesgerichts 2P.53/2007 vom 22.6.2007 Erw. 2.2; 2P.232/2006 vom 16.4.2007 Erw. 3.6 mit weiteren Hinweisen). Wo die Bemessung nach dem gleichen Kriterium wie die bereits bezahlte frühere Abgabe erfolgt, ergibt sich die Pflicht zur Nachzahlung daraus, dass Veränderungen der Bemessungsgrundlage zu Nachforderungen führen müssen, weil sonst derjenige, der gleich zu Beginn eine grössere Baute erstellt, höhere Anschlussgebühren bezahlen müsste als derjenige, der später ein bereits bestehendes Gebäude aus- oder umbaut (vgl. Urteile des Bundesgerichts 2C\_341/2009 vom 17.5.2010 Erw. 3.2; 2P.53/2007 vom 22.6.2007 Erw. 2.5).

Dem folgt auch die Praxis der Verwaltungsgerichte anderer Kantone. Sonst kommt es zu Ungleichheiten zwischen Eigentümern, die von Anfang an ein aufwendiges Gebäude erstellen, und solchen, die ihr Gebäude später durch Verbesserungen auf den gleichen Ausbaustandard bringen (vgl. Urteil Verwaltungsgericht Aargau vom 14.11.1984 publiziert in: ZBl 1985 405 Erw. 3a 407 f.). Solche Nachforderungen müssen beim Vorliegen einer hinreichenden kommunalen Rechtsgrundlage zulässig sein, könnte ja sonst zum Beispiel durch etappenweises Bauen die Bezahlung der angemessenen Gebühr umgangen werden, was unter dem Gesichtspunkt der Rechtsgleichheit nicht zugelassen werden kann (vgl. Urteil Verwaltungsgericht Bern VGE 18923 vom 23.9.1993 publiziert in BVR 1994 458 Erw. 3b S. 461 mit weiteren Hinweisen).

2.5 Auch im vorliegenden Fall sind die Grundlagen für die Nachforderung von ergänzenden Anschlussgebühren gegeben.

Dadurch, dass nach altem Wasserversorgungs-Reglement 1981 (aWVR) und altem Kanalisations-Reglement 1981 (aKR) die Anschlussgebühren bzw. Kanalisations- und Klärbeiträge aufgrund von Gebäudewerten (und Bewohnerwerten; ARA-Beitrag) bestimmt wurden, ist bei der Festsetzung der früher bezahlten (einmaligen) Anschlussgebühren lediglich die tatsächliche Überbauung der Liegenschaft berücksichtigt worden. Entsprechend enthielten auch schon das alte Wasserversorgungs-Reglement (aWVR) und alte Kanalisations-Reglement (aKR) ausdrücklich eine Regelung, wonach bei Erhöhung des Zeitbauwertes (oder der Erhöhung der Bewohnerwerte; ARA-Beitrag) infolge Um- oder Erweiterungsbauten bzw.

## B 5.1

baulicher Massnahmen die Anschlussgebühren bzw. Kanalisations- und Klärbeiträge nachzuzahlen waren (vgl. Art. 56 Abs. 2 aWVR bzw. Art. 31 aKR).

Das neue Wasserversorgungsreglement 2010 (nWVR) wie auch das neue Abwasserreglement 2010 (AR) stellen nunmehr auf den Gebäudeinhalt (mit nach Gebäudezweck differenzierten Gebührenansätzen pro Kubikmeter Gebäudeinhalt) als massgebendes Bemessungskriterium für die Festsetzung der Anschlussgebühren ab. Auch bei dieser Bemessungsmethode wird lediglich die tatsächliche Überbauung einer Liegenschaft berücksichtigt. Entsprechend sehen deshalb nun auch das neue Wasserversorgungsreglement (Art. 54 Abs. 2 nWVR) wie auch das neue Abwasserreglement (Art. 24 Abs. 5 AR) ausdrücklich die Anpassung und gegebenenfalls Nachzahlung von Anschlussgebühren vor, indem darin geregelt wird, dass bei Änderungen in der Art der Überbauung eines angeschlossenen Grundstückes sowie bei Um- und Wiederaufbau die Gebühren neu zu berechnen und die früher bezahlten Anschlussgebühren in Abzug zu bringen sind.

Somit kann festgestellt werden, dass die Nachforderung von ergänzenden Anschlussgebühren (unter gegebenen Voraussetzungen) sich auf eine hinreichende kommunale Rechtsgrundlage abstützen lässt, nicht im Widerspruch zum Grundsatz der Einmaligkeit der Anschlussgebühr steht und daher grundsätzlich zulässig ist (vgl. auch bereits VGE II 2015 14 vom 15.12.2016 Erw. 3.5; VGE II 2010 131 vom 27.1.2011 Erw. 3.2 und VGE II 2008 27 vom 20.11.2008 Erw. 1.4 betr. Anpassung der Kanalisationsanschlussgebühren und nachträgliche Einforderung eines entsprechenden Mehrbetrags bei einem aufgrund eines An- bzw. Umbaus vergrösserten Gebäudeinhalts [gemäss Art. 25 Abs. 1 AR der Gemeinde Unteriberg]).

(...)

3.3 Für die Beantwortung der Frage, ob von einer Änderung in der Art der Überbauung des angeschlossenen Grundstückes gesprochen werden kann, ist von der grundsätzlichen Überlegung auszugehen (vgl. vorne Erw. 2.4), dass sich die Pflicht zur Nachzahlung daraus ergibt, dass nachträgliche Veränderungen der Bemessungsgrundlagen (wie z.B. Gebäudemehrwerte, Mehrkubaturen) – insbesondere unter dem Gesichtspunkt der Rechtsgleichheit – zu entsprechenden Nachforderungen führen müssen. Wenn bei der Bemessung der Anschlussgebühren aufgrund des Gebäudeinhalts je nach Gebäudezweck (Wohnbauten, Büro- und Gewerbebauten, Öffentliche Gebäude, Garagen, Neben- und Industriebauten, Lager ohne angegliederten Betrieb) differenziert wird, versteht sich, dass auch (quali-

tative) Änderungen in der Art der Benützung der angeschlossenen Liegenschaft (Nutzungsänderungen/Umnutzungen) zu Nachforderungen führen können. Während bei Erweiterungs-, Um- und Ausbauten die zusätzliche Anschlussgebühr ohne weiteres aufgrund des Mehrvolumens (Mehrkubatur) ermittelt werden kann, bemisst sich die Zusatzgebühr bei Änderungen in der Art der Benützung der angeschlossenen Liegenschaft (z.B. Änderung von Wohn- zu Büronutzung, von Lagerraum zu Arbeitsraum etc.) konsequenterweise aufgrund der Erhöhung des Gebührenansatzes infolge des geänderten Nutzungszwecks.

Ausgangspunkt für die Beurteilung von allfälligen Änderungen in Bezug auf den Gebäudeinhalt und/oder Nutzungszweck der Baute müssen die Verhältnisse im Zeitpunkt des Anschlusses an die öffentlichen Versorgungs- und Entsorgungsnetze der Gemeinde bilden. Dementsprechend ist vorliegend zu prüfen, was Gegenstand der ursprünglichen Baubewilligung der Baubewilligungsbehörden war, und von welchem Nutzungszweck und Ausbaustandard das Schätzungsamt bei der kantonalen Güterschätzung (Neuschätzung im Auftrag der Gemeinde für die Berechnung der Anschlussgebühren) ausgegangen war. Auf (gegebenenfalls davon abweichende) spätere Änderungen in der Art der Benützung der angeschlossenen Liegenschaft, insbesondere ohne dass für die betreffende Änderung der Nutzungsart die erforderliche Bewilligung eingeholt worden wäre, kann es dagegen richtigerweise nicht ankommen, daraus kann die Beschwerdeführerin nichts zu ihren Gunsten ableiten.

(VGE II 2017 104 vom 26. Juni 2018).

---

## **6. Flurgenossenschaft / Wuhrkorporation**

---

### **6.1 Flurgenossenschaft**

- *Als neues Werk im Sinne von § 13 FlurG gilt auch ein bestehendes Werk, soweit es bis anhin noch nicht in den (statutarischen) Geltungsbereich der Flurgenossenschaft einbezogen worden war.*

## B 6.1

### *Aus den Erwägungen:*

1.1.1 Zur Durchführung von Bodenverbesserungen innerhalb und ausserhalb des Baugebietes, wie Weg- und Strassenanlagen, Trinkwasserversorgungen, Güterzusammenlegungen, Alpverbesserungen, Entwässerungen usw., können die beteiligten Grundeigentümer eine Flurgenossenschaft bilden (§ 68 Abs. 1 des Einführungsgesetzes zum schweizerischen Zivilgesetzbuch [EGzZGB; SRSZ 210.100] vom 14.9.1978). Können Bodenverbesserungen nur gemeinschaftlich in zweckmässiger Weise durchgeführt und unterhalten werden und hat die Mehrheit der beteiligten Grundeigentümer, denen zugleich mehr als die Hälfte des einbezogenen Bodens gehört, dem Unternehmen zugestimmt, so sind die übrigen Grundeigentümer zum Beitritt verpflichtet (§ 68 Abs. 2 EGzZGB). Gestützt auf § 68 Abs. 3 EGzZGB hat der Kantonsrat das Gesetz über die Flurgenossenschaften (FlurG; SRSZ 213.110) vom 28. Juni 1979 erlassen.

### 1.1.2 (...).

1.2 § 13 FlurG regelt die nachträglichen Änderungen. Die Genossenschaftsversammlung beschliesst über Änderungen der Statuten, des Bezugsgebietes und des Ausführungsprojektes; diese bedürfen der Genehmigung des Regierungsrates (Abs. 1). Der Einbezug von Grundstücken ausserhalb des bisherigen Einzugsgebietes und der Einbezug neuer Werke bedarf der schriftlichen Zustimmung der betroffenen Eigentümer; wird die Zustimmung nicht erteilt, ist das Gründungsverfahren anzuwenden (Abs. 2).

1.3 Gemäss dem angefochtenen RRB führt die beschlossene Statutenänderung (bzw. die Anpassung der Pläne) zum Einbezug eines neuen Werkes und konnte ohne die Zustimmung des Grundeigentümers nicht durch die Generalversammlung beschlossen werden. Hält die Flurgenossenschaft an ihrer Absicht fest, den strittigen Strassenabschnitt miteinzubeziehen, habe sie entweder das Einverständnis der Grundeigentümer zu erlangen oder das Gründungsverfahren durchzuführen. (...).

Neu sollen gemäss Art. 2 revStatuten der Ausbau, die Sanierung und der Unterhalt ab der G. Strasse bis zur Grenze der Grundstücke KTN 001 und KTN 002 bezweckt werden. (...).

Der Miteinbezug dieses neuen Strassenabschnittes stelle den Einbezug eines neuen Werkes im Sinne von § 13 Abs. 2 FlurG dar. Werde ein bisher nicht dazugehöriger (in den Plänen nicht erfasster) Strassenabschnitt neu ebenfalls miteinbezogen, so gingen damit in der Regel nicht nur Rechte,

sondern auch Pflichten einher. So sei es auch vorliegend, wo gemäss Art. 2 Abs. 2 revStatuten für den neuen Strassenabschnitt nach Art. 2 Abs. 1 revStatuten ein statutarisches Mitbenützungsrecht der Mitglieder der Flurgenossenschaft als Fuss- und Fahrweg bestehen soll. Damit ändere sich nicht bloss der Bereich der Strasse, für welchen die Flurgenossenschaft für die Sanierung bzw. den Unterhalt zuständig sei, sondern es werde indirekt auch ein Mitbenützungsrecht am bisher nicht erfassten Strassenabschnitt eingeräumt. Müsse aber vom Einbezug eines neuen Werkes ausgegangen werden, sei dies nur zulässig, wenn der betroffene Grundeigentümer zustimme oder sich zumindest im Gründungsverfahren habe einbringen können.

#### 1.4 (...).

2.1.1 Der Begriff „Werk“ findet im FlurG verschiedentlich Nennung. So betrifft der Geltungsbereich des FlurG alle gemeinschaftlichen Zusammenschlüsse zur Verbesserung und Erschliessung des Bodens sowie zum Unterhalt solcher (Verbesserungs- und Erschliessungs-)Werke (§ 1 Abs. 1). Das Gründungsbegehren hat unter anderem die Namen und Adressen der Grund- und Werkeigentümer zu enthalten (§ 2 Abs. 1). Die Statuten haben neben der Umschreibung des Einzugsgebietes (§ 4 Abs. 2 Ziff. 2) neben anderem auch Bestimmungen über die Ausführung, die Benützung und den Unterhalt des Werkes zu enthalten (§ 4 Abs. 2 Ziff. 7). In § 13 Abs. 2 wird zwischen dem Einbezug von Grundstücken ausserhalb des bisherigen Einzugsgebietes sowie dem Einbezug neuer Werke unterschieden. Der Einbezug eines neuen Werkes kann einerseits im bestehenden Einzugsgebiet von Grundstücken möglich sein. Wird andererseits der Einbezug eines neuen Werkes ausserhalb des bisherigen Einzugsgebietes der Grundstücke angestrengt, setzt dies (vorgängig oder gleichzeitig) grundsätzlich auch den Einbezug der betreffenden Grundstücke voraus.

2.1.2 Gemäss der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts sind in den Kreis der Beitragspflichtigen eines Werkes (Perimeterpflichtige) nur Grund- und Werkeigentümer aufzunehmen, für die das in Frage stehende Unternehmen einen Nutzen bringt (EGV-SZ 1992 Nr. 15 [VGE 552/95 vom 23.9.1992] Erw. 2; EGV-SZ 1996 Nr. 13 [VGE 359/95 vom 10.4.1996] Erw. 2.b; EGV-SZ 2011 C 19.1 Erw. 5.2). Grundstücke dürfen nur insoweit einbezogen werden, als ihnen ein effektiver Nutzen zusteht, so dass unter Umständen nur Teile eines Grundstückes einzubeziehen sind (F. Huwyler, Flurgenossenschaften im Kanton Schwyz, Ma-

## B 6.1

nuskript des Vortrages anlässlich der Jahresversammlung des Schwyzerschen Gemeindeschreiberverbandes vom 13.10.1983 in Lachen, S. 6 Ziff. 2c letztes Lemma). Dies war auch bei der Beschwerdeführerin der Fall. So wird im regierungsrätlichen Genehmigungsbeschluss vom 14. April 1992 zum Perimeter festgehalten, es rechtfertige sich, von den Grundstücken KTN 003 und KTN 004 (d.h. den beiden Grundstücken an der nördlichen und nordöstlichen Peripherie des Perimeters) nur diejenigen Teile einzubeziehen, die sich in der Bauzone befänden.

2.2 Aus Gesetz und Rechtsprechung ist zu folgern, dass ein Werk, so namentlich auch eine (Erschliessungs-)Strasse, nicht zwangsläufig in seinem gesamten Bestand und Umfang, mit welchem es im Gebiet der einbezogenen Grundstücke (Perimeter) liegt, als vom (statutarischen) Geltungsbereich einer Flurgenossenschaft mitumfasst gelten muss. Im Sinne der Begriffsauslegung des Regierungsrates (angefochtener Entscheid Erw. 4.2) kann unter einem „neuen Werk“ nicht nur der Einbezug eines von einem bestehenden Werk bisher funktional unabhängigen Werkes verstanden werden, sondern fällt hierunter auch ein bestehendes Werk, soweit es bis anhin noch nicht in den (statutarischen) Geltungsbereich der Flurgenossenschaft einbezogen worden war.

Eine andere Lösung wäre mit § 13 Abs. 2 FlurG kaum zu vereinbaren. Würden (Erschliessungs-)Strassen jeweils als ein einziges Werk verstanden, könnte diese Gesetzesbestimmung in einem bedeutenden Anwendungsbereich nur zum Tragen kommen, wenn ein ausserhalb des bisherigen Einzugsgebietes bzw. Perimeter liegendes Grundstück, auf welchem die betreffende Strasse verläuft, neu einbezogen wird, nicht aber, wenn eine (Erschliessungs-)Strasse innerhalb des bisherigen Einzugsgebietes eine Erweiterung erfährt. Im Endeffekt hätte dies zur Folge, dass mit dem Perimeter zwangsläufig auch das „Werk“ (hier: Strasse) bzw. dessen Umfang und Dimensionierung abschliessend definiert würde. Im Lichte der Verhältnismässigkeit ist indes zu fordern, dass die Erweiterung eines Werkes eine gewisse Marginalitätsgrenze überschreitet und nicht nur als geringfügige Korrektur verstanden werden kann.

Vorliegend ist mithin zu prüfen, ob mit den rev. Statuten effektiv der Einbezug eines neuen Werkes vorgesehen ist (so die Auffassung der Vorinstanz) oder nicht (so die Beschwerdeführerin). (Die Auffassung der Vorinstanz wurde bestätigt).

(VGE III 2017 215 vom 23. Februar 2018).



---

## 7. Bezirke und Gemeinden / politische Rechte

---

### 7.1 Unzulässigkeit eines Initiativbegehrens

- *Der Entscheid über die Schliessung einer Schule fällt in die alleinige Zuständigkeit des Gemeinderates.*

*Aus den Erwägungen:*

3.1.1 Gegenstand eines Initiativbegehrens kann gemäss ausdrücklicher Regelung in Verfassung und Gesetz nur sein, was in den Zuständigkeitsbereich der Gemeindeversammlung fällt.

3.1.2 Die Befugnisse der Gemeindeversammlung sind in § 7 Abs. 2 altGOG (vgl. § 12 nGOG) abschliessend aufgezählt. Der Gemeindeversammlung obliegen u.a. der Erlass von Rechtssätzen, soweit nicht nach kantonalem oder kommunalem Recht ein anderes Organ zuständig ist (lit. b; vgl. § 12 Abs. 1 lit. b nGOG), und sie beschliesst über weitere durch das Gesetz vorgesehene Geschäfte (lit. k; vgl. § 12 Abs. 1 lit. j GOG). Sie setzt zudem den Voranschlag, die Nachkredite und den Steuerfuss fest (§ 12 Abs. 1 lit. c altGOG; vgl. § 12 Abs. 1 lit. c nGOG [Erteilung von Ausgabenbewilligungen und deren Erhöhung]).

3.1.3 Der Gemeinderat ist das vollziehende und verwaltende Organ der Gemeinde. Er vertritt die Gemeinde nach aussen (§ 31 Abs. 1 altGOG; vgl. § 42 Abs. 1 nGOG). Ihm stehen alle Befugnisse zu, die nicht durch kantonales Recht einem andern Gemeindeorgan zugewiesen sind (§ 31 Abs. 2 GOG; vgl. § 42 Abs. 2 nGOG; sog. Kompetenz-Kompetenz).

3.1.4 Dort wo eine abschliessende Kompetenz einer andern Behörde gegeben ist, ist mithin eine Initiative ausgeschlossen. So darf über eine Initiative nicht in die selbständigen Befugnisse des Schulrates, der Fürsorgebehörde, des Gemeinderates usw. eingegriffen werden (VGE III 2012 47 vom 20.6.2012 Erw. 3.1 [= EGV-SZ 2012 B 7.2]; VGE III 2008 5 vom 21.2.2008 Erw. 3.1.3 mit Hinweis auf F. Huwyl, Das Recht der Volksinitiative in den Bezirken und Gemeinden des Kantons Schwyz, in: EGV-SZ 1986 S. 160). Mit dem Initiativrecht soll nicht die Gewaltenteilung oder die Kompetenzteilung zwischen den verschiedenen Gemeinde-

## B 7.1

organen unterlaufen werden (vgl. H.R. Thalmann, Kommentar zum Zürcher Gemeindegesetz, 3. Aufl., Wädenswil 2000, § 50 Rz. 3.2; Peter Friedli, Kommentar zum bernischen Gemeindegesetz, Bern 1999, Art. 17 N 4).

3.2.1 Das vom Kantonsrat erlassene Volksschulgesetz (VSG; SRSZ 611.210) vom 19. Oktober 2005 regelt das Volksschulwesen. Es enthält allgemeine Bestimmungen (§§ 1-10), Normen zu den Schularten (§§ 11-17: Kindergarten, Primarstufe, Sekundarstufe I), zu den ergänzenden Schulangeboten (§ 18 f.: Begabungsförderung; Tagesstrukturen), zur Organisation (§§ 20-23), dem Schulbetrieb (§§ 24-27), zum sonderpädagogischen Angebot (§ 28 f.), zur Sonderschulung (§ 30-32) und zu den Spezialdiensten (§ 33-36). In den §§ 54-59 werden die Organe des Kantons und in den §§ 60-65 die Organe der Gemeinden und Bezirke bestimmt.

3.2.2 Gemäss § 20 VSG mit der Marginalie „Schulträger“ sind Schulträger die Gemeinden, die Bezirke und der Kanton. Die Gemeinden führen den Kindergarten und die Primarstufe. Sie sind berechtigt, jedoch nicht verpflichtet, Einführungsklassen und Kleinklassen zu führen (Abs. 1). Die Bezirke führen die Sekundarstufe 1 (Abs. 2 Satz 1). Der Kanton ist Träger der Heilpädagogischen Zentren. Er kann weitere Sonderschulen anbieten, sofern ein entsprechendes Bedürfnis besteht (Abs. 3). Soweit als Schulträger Gemeinden und Bezirke bestimmt werden, wird noch nichts über die Zuständigkeit innerhalb des Schulträgers gesagt. Aus § 20 VSG wie auch aus anderen Bestimmungen, welche von „Schulträger“ sprechen (z.B. § 21 VSG, § 23 VSG; vgl. Eingabe des Beschwerdeführers vom 17.7.2018 S. 2) lässt sich mithin noch nicht auf die Zuständigkeit eines Organs der Gemeinden bzw. der Bezirke, so auch nicht auf die Zuständigkeit der Gemeindeversammlung bzw. Bezirksversammlung, für einen bestimmten schulischen Bereich schliessen.

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

3.2.4 Das vom Kantonsrat, dem gemäss § 49 Abs. 1 lit. b KV (unter Vorbehalt der Rechte des Volkes) die Beschlussfassung über den Erlass,

die Änderung und die Aufhebung von Gesetzen zukommt (vgl. § 40 lit. e aKV, mit expliziter Nennung der Ordnung des Erziehungswesens), erlassene und somit demokratisch legitimierte VSG nennt die Gemeindeversammlung nicht als Organ des Schulträgers. Es lässt also grundsätzlich keinen Raum für eine Organkompetenz der Gemeindeversammlung im Bereich des Volksschulwesens auf Gemeindeebene. Analog besteht eine solche Kompetenz auf Bezirksebene auch nicht für die Bezirksgemeinde.

3.3.1 Der Bezirks- bzw. Gemeinderat legt das kommunale Volksschulangebot auf Antrag des Schulrates und unter Berücksichtigung der kantonalen Vorgaben fest (§ 60 Abs. 1 VSG). Das kommunale Volksschulangebot umfasst die vorerwähnten (Erw. 3.2.1) Angebote, die teils verbindlich zu führen sind (z.B. Kindergarten, Primarstufe, Sekundarstufe, vgl. § 20 Abs. 1 f. VSG), teils fakultativ geführt werden können (z.B. Einführungsklassen und Kleinklassen, vgl. § 20 Abs. 1 VSG; Tagesstrukturen, vgl. § 19 VSG). § 60 Abs. 2 VSG zählt nicht abschliessend („insbesondere“) Aufgaben auf, die dem Bezirks- bzw. Gemeinderat neben den durch die Rechtsordnung übertragenen Aufgaben obliegen. Hierzu zählt unter anderem die Festlegung der Anzahl Klassen und Lehrerstellen (lit. b) sowie die Erstellung, Betrieb, Ausrüstung und Unterhalt der Anlagen für das Schulangebot (lit. e). Der Bezirks- bzw. Gemeinderat kann mit anderen Bezirken oder Gemeinden Vereinbarungen über die gemeinsame Führung einer Schule, einer Schulart oder -stufe und eines sonderpädagogischen Angebots beschliessen. Der Schulrat ist vorher anzuhören (§ 60 Abs. 3 VSG).

3.3.2 § 63 VSG normiert die Aufgaben und Kompetenzen des vom Gemeinderat gewählten (vgl. § 61 VSG) Schulrates. Dieser übt die unmittelbare Aufsicht über die vom Schulträger geführten Schulen aus. Er ist für die strategischen Belange zuständig und vertritt die Schule nach aussen. Ihm obliegen alle Aufgaben, die nicht einem anderen Organ des Schulträgers zugewiesen sind (Abs. 1). Er hat das Recht, dem Bezirksrat oder dem Gemeinderat in allen das Schulwesen betreffenden Angelegenheiten Antrag zu stellen (Abs. 2). Neben den durch die Rechtsordnung übertragenen Aufgaben obliegt ihm unter anderem namentlich auch die Schul- und Infrastrukturplanung (Abs. 3 lit. g). Eine Übersicht über die Kompetenzordnung (insbesondere Abgrenzung Schulrat/Gemeinderat) in tabellarischer Darstellung bietet der vom Amt für Volksschule und Sport herausgegebene „Wegweiser zur Gesetzgebung der Volksschule“ (Stand Juni 2018, S. 69).

## B 7.2

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

Die Kompetenz, auf Antrag des (kommunalen) Schulrates als Fachgremium, das auch für die Schul- und Infrastrukturplanung zuständig ist, auf Gemeindeebene über die Festlegung der Anzahl Klassen, über die Führung, die Erweiterung, aber auch – als gegenteilige Handlung (sog. *actus contrarius*) – die Schliessung einer Schule zu entscheiden, liegt mithin (ausschliesslich) beim Gemeinderat.

(VGE III 2018 107 vom 27. Juli 2018).

## 7.2 Einbürgerung - Protokollierungspflicht

- *Die persönliche Anhörung als zentraler Verfahrensschritt im ordentlichen Einbürgerungsverfahren und wesentliche Entscheidungsgrundlage für die Einbürgerung ist zu protokollieren.*
- *Eine allfällige Tonaufzeichnung als Hilfsmittel der ordentlichen Protokollierung ist dem Bewerber anzuzeigen.*
- *Die Tonaufzeichnung bezweckt im Streitfall die Korrektheit der Protokollierung zu belegen.*
- *Die Tonaufzeichnung unterliegt der Aktenaufbewahrungspflicht und dem Akteneinsichtsrecht.*

*Aus den Erwägungen:*

3.2 In der Beschwerde wird zusammengefasst geltend gemacht, dass die Vorinstanz bei der Befragung vom 23. August 2017 Tonaufnahmege­räte verwendet habe (bzw. diese demonstrativ auf den Tisch gestellt habe). Dadurch sei die Beschwerdeführerin Ziff. 2 gezielt und extrem verunsichert und schikaniert worden. Die Beschwerdeführerin Ziff. 2 sei mit den Tonaufnahmen keineswegs einverstanden gewesen. Die Protokollierung sei

diskriminierend und versuche, die Beschwerdeführerin Ziff. 2 lächerlich zu machen.

(...)

5.1 Im kantonalen Bürgerrechtsgesetz (KBüG; SRSZ 110.100) vom 20. April 2011 und in der kantonalen Bürgerrechtsverordnung (KBüV; SRSZ 110.111) vom 5. Juni 2012 finden sich keine Vorschriften zur Protokollierung der Anhörung gemäss § 9 Abs. 1 KBüG. Die Frage der Protokollierung ist entsprechend dem Sinn und Zweck der Anhörung sowie den allgemeinen Grundsätzen des Verwaltungsverfahrens zu beurteilen.

5.1.1 Die Anhörung der Bewerber wurde mit der Verordnung über vorläufige Regelungen zur Erteilung des Gemeindebürgerrechts (SRSZ 110.113; aufgehoben mit Erlass der KBüV) vom 26. August 2003 obligatorisch eingeführt. Der Gemeinderat oder eine gemeinderätliche Delegation wurde verpflichtet, alle Bewerber persönlich anzuhören und die formellen und materiellen Voraussetzungen zu überprüfen (§ 2 Abs. 1). Damit sollte in erster Linie der aus Art. 29 Abs. 2 BV fließende Anspruch der Gesuchsteller auf rechtliches Gehör im Einbürgerungsverfahren gewährleistet werden (BGE 130 I 140 Erw. 5.3.3). Zudem ist auch das Einbürgerungsverfahren vom Untersuchungsgrundsatz beherrscht (BGE 141 I 60 Erw. 5.2; VGE III 2017 93 vom 28.8.2017 Erw. 1.6), die Einbürgerungsbehörde hat den Sachverhalt von Amtes wegen abzuklären (RRB Nr. 1325/2010 vom 14.12.2010 S.8; vgl. auch § 18 Abs. 1 VRP). Neben weiteren Sachverhaltsabklärungen dient der Einbürgerungsbehörde daher insbesondere auch die persönliche Anhörung dazu, die Erfüllung der Einbürgerungsvoraussetzungen zu überprüfen. Im persönlichen Gespräch mit den Bewerbern kann die Eignung zur Einbürgerung geklärt werden und es können die Bewerber unmittelbar Stellung nehmen zu vorgetragenen Bedenken und geäußerten Vorbehalten.

Nachdem sich die obligatorische Anhörung der Bewerbenden zur individuellen Prüfung seit ihrer Einführung 2003 bewährt hat, wurde sie 2011 ins neue Bürgerrechtsgesetz (KBüG) übernommen (RRB Nr. 1325/2010 vom 14.12.2010 S.14). Die Einbürgerungsbehörde (oder eine Delegation) hört die Gesuchsteller, insbesondere zu eingegangenen Einwänden und Bemerkungen persönlich an (§ 14 KBüV). Sie berücksichtigt das Ergebnis der Prüfung und Anhörung in ihrem Entscheid resp. Antrag (§ 9 KBüG).

5.1.2 Die persönliche Anhörung ist damit zentraler Verfahrensschritt im ordentlichen Einbürgerungsverfahren und bildet eine wesentliche Ent-

## B 7.2

scheidgrundlage für die Einbürgerung. Es entspricht einem aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör abgeleiteten allgemeinen Verfahrensgrundsatz, dass entscheidrelevante Tatsachen und Ergebnisse schriftlich festzuhalten sind. Die Wahrnehmung des Akteneinsichts- und Beweisführungsrechts durch den von einem Entscheid Betroffenen setzt eine Aktenführungspflicht der Verwaltung voraus. Die Behörden haben alles in den Akten festzuhalten, was zur Sache gehört und entscheidwesentlich sein kann. Daraus ergibt sich die Pflicht zur Protokollführung über entscheidwesentliche Abklärungen, Zeugeneinvernahmen und Verhandlungen. Dieser mit Bezug auf das Strafverfahren entwickelte Grundsatz muss als Gehalt von Art. 29 Abs. 2 BV für alle Verfahrensarten gelten (vgl. Urteil BGer 5A.20/2003 vom 22.1.2004 Erw. 2.4.1; BGE 141 I 60 Erw. 4.3; BGE 130 II 473 Erw. 4.1; BGE 124 V 389 Erw. 3.a). Diese Pflicht zur Protokollierung gilt so auch für die Anhörung der Gesuchsteller im Einbürgerungsverfahren.

5.1.3 Das Protokoll dient der Nachvollziehbarkeit der persönlichen Anhörung und der von der Einbürgerungsbehörde (u.a.) gestützt darauf getroffenen Entscheidung. Entsprechend muss das Protokoll die entscheidwesentlichen Aussagen enthalten. Dies verlangt nicht die Abfassung eines eigentlichen Wortprotokolls. Andererseits genügt ein lediglich allgemeine pauschale Bemerkungen und keine überprüfbaren Detailangaben enthaltendes Protokoll der Aktenführungspflicht gemäss Art. 29 Abs. 2 BV nicht (BGE 141 I 60 Erw. 4.3). Die Protokolltiefe hat dem Sinn und Zweck der persönlichen Anhörung zu entsprechen (Urteil BGer 2C\_632/2013 vom 8.7.2014 Erw. 4.2). Soweit im Rahmen der Anhörung eine eigentliche Testung des Bewerbers erfolgt (konkrete Fragen zu Geografie, Geschichte, Kultur etc.), hat das Protokoll die Fragen und die Antworten detailliert wiederzugeben, handelt es sich doch um eine Art Prüfung, die selbst überprüfbar sein muss. Allgemeine Bemerkungen wie "Bewerber hat Mühe" oder „weiss nur wenig“ reichen nicht aus. Für andere Abklärungen wie die Person des Bewerbers, seine Lebenssituation, Integration, Motivation etc. erscheint hingegen ein verhörartiges Frage-Antwort-Gespräch weniger geeignet als ein freies, ungezwungenes Gespräch. Die Führung eines detaillierten Protokolls lässt ein solches persönliches Gespräch indes kaum zu, weshalb dieser Teil der Anhörung durchaus sinngemäss protokolliert werden kann. Allerdings müssen auch diesfalls entscheidwesentliche Aussagen im Protokoll wiedererkennbar sein; der wesentliche Inhalt des Gesprächs muss protokolliert sein.

5.2 Von der Protokollierungspflicht und dem Protokollinhalt zu unterscheiden ist die Frage der Tonbandaufnahme der persönlichen Anhörung.

5.2.1 Aus der Protokollierungspflicht folgt keine Pflicht, die Anhörung auf Tonband aufzunehmen. Eine solche Pflicht ergibt sich weder aus dem KBÜG noch aus den allgemeinen Verfahrensgrundsätzen oder der VRP (vgl. VGE III 2014 171 vom 5.5.2015 Erw. 3.5.2). Erfolgt anlässlich der Anhörung jedoch eine Tonaufzeichnung, so ist dies gegenüber dem Bewerber offen zu legen, wobei er die Aufzeichnung nicht ablehnen kann, sofern diese von der Einbürgerungskommission vorgesehen ist.

5.2.2 Die persönliche Anhörung gemäss § 9 KBÜG stellt eine Parteibefragung gemäss § 24 Abs. 1 lit. f VRP dar. Für die Beweisabnahme und Beweissicherung erklärt § 24 Abs. 3 VRP die Vorschriften der Schweizerischen Zivilprozessordnung (Zivilprozessordnung, ZPO; SR 272) vom 19. Dezember 2008 als sinngemäss anwendbar. Gemäss dieser gelten für das Protokoll der Parteibefragung die Vorgaben zur Protokollierung der Zeugenbefragung (Art. 176 ZPO) sinngemäss (Art. 193 ZPO). So sind die Aussagen in ihrem wesentlichen Inhalt zu Protokoll zu nehmen, dem Zeugen vorzulesen oder zum Lesen vorzulegen und vom Zeugen zu unterzeichnen. Die Aussagen können zusätzlich auf Tonband, auf Video oder mit anderen geeigneten technischen Hilfsmitteln aufgezeichnet werden. Werden die Aussagen so aufgezeichnet, so kann darauf verzichtet werden, dem Zeugen das Protokoll vorzulesen oder zum Lesen vorzulegen und vom Zeugen unterzeichnen zu lassen. Die Aufzeichnungen werden zu den Akten genommen und zusammen mit dem Protokoll aufbewahrt (vgl. Art. 176 ZPO). Die Tonaufzeichnung ist demgemäss stets ein Hilfsmittel und ersetzt die ordentliche Protokollierung nicht.

5.2.3 Diese Bestimmung ist sinngemäss auch für die persönliche Anhörung gemäss § 9 KBÜG anwendbar. Insbesondere stellt die Tonaufzeichnung einer Anhörung nur ein Hilfsmittel der ordentlichen Protokollierung dar und ersetzt diese nicht. In erster Linie muss ein Protokoll wie oben erwähnt (Erw. 5.1.3) erstellt werden. Die Tonaufnahme soll dabei nicht dazu dienen, im Anschluss an die Anhörung gestützt auf die Aufnahme ein eigentliches Wortprotokoll zu erstellen (vgl. Botschaft zu rev. Art. 176 ZPO; BBI 2012 5707). Als Hilfsmittel bezweckt die Tonaufnahme, die Korrektheit der Protokollierung im Streitfall zu belegen. Wird das Gespräch aufgezeichnet, ist mithin das Gespräch anhand der Tonaufnahme genau nachvollziehbar, so kann das Gesprächsprotokoll mit Verweis auf die vor-

## B 8.1

handene Tonaufnahme durchaus knapp und auf die entscheidenden Aussagen reduziert gehalten werden (der wesentliche Inhalt muss in zusammengefasster Form vorliegen). Den an die Aktenführungspflicht aus Art. 29 Abs. 2 BV gestellten Anforderungen ist damit genüge getan, sofern die Aufzeichnung nach der Finalisierung des Protokolls nicht vernichtet wird. So muss die Tonaufzeichnung als Teil der Akten aufbewahrt werden und insbesondere für allfällige Protokollberichtigungs- oder Rechtsmittelverfahren verfügbar sein (BGE 130 II 473 Erw. 4.1; BBI 2012 5707 5715). Damit steht auch fest, dass sich das Akteneinsichtsrecht der angehörten Bewerber nicht bloss auf das schriftliche Protokoll, sondern ebenso auf die Tonaufnahme bezieht. Auf entsprechendes Einsichtsgesuch hin ist die Aufnahme dem angehörten Bewerber herauszugeben resp. abzuspielen. Zu ergänzen ist, dass es gerichtsnotorisch ist, dass in Beschwerdeverfahren gegen abschlägige Einbürgerungsentscheide den Protokollen zur Anhörung der Gesuchsteller eine grosse Bedeutung zukommt, weswegen die Anfertigung ergänzender Tonaufnahmen grundsätzlich zu begrüssen ist. Dies erlaubt es der entscheidenden Behörde und im Beschwerdefall dem Gericht, Unklarheiten und/oder Widersprüchlichkeiten im Zusammenhang mit der Anhörung weitgehend zu beseitigen; mit der Aufnahme der Anhörung auf Tonband wird insbesondere dem Untersuchungsgrundsatz gemäss § 18 Abs. 1 VRP Nachachtung verliehen, was nicht zu beanstanden ist.

(VGE III 2017 194 vom 24. April 2018; gegen diesen Entscheid wurde beim Bundesgericht Beschwerde erhoben [Verfahren 1D\_4/2018]).

---

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

---

### 8.1 Baurechtlicher Vorentscheid

- *Verbindlichkeit eines Vorentscheids betreffend die Frage des massgebenden Terrains.*
- *(Hilfs-)Funktion eines Baugespannes.*



*Aus den Erwägungen:*

2.4 Der Regierungsrat ist auf die Beschwerde, soweit auch der Vorentscheid vom 23. Oktober 2014 mitangefochten worden war, nicht eingetreten, weil damit in Bezug auf das für die Gebäude massgebende Terrain eine abgeurteilte Sache vorliege. Soweit die Beschwerdeführer diesbezüglich an ihrem Standpunkt festhalten, bedeutet dies sinngemäss gleichzeitig, dass die Vorinstanz insoweit zu Unrecht nicht auf ihre Beschwerde eingetreten sei. (...).

3.1.1 Die Gemeinde berät auf Anfrage den Gesuchsteller unverbindlich über die Anforderungen an ein Projekt und das zu beachtende Verfahren (§ 84 Abs. 1 des Planungs- und Baugesetzes [PBG; SRSZ 400.100] vom 14.5.1987). Zur Abklärung wichtiger Baufragen kann der Bewilligungsbehörde das Gesuch um einen Vorentscheid unterbreitet werden. Der Vorentscheid ist hinsichtlich der behandelten Fragen in gleicher Weise verbindlich, gültig und anfechtbar wie eine Baubewilligung (§ 84 Abs. 2 PBG). Für Dritte erlangt der Vorentscheid nur Verbindlichkeit, wenn das ordentliche Baubewilligungsverfahren nach §§ 78 ff. PBG durchgeführt worden ist, was der Gesuchsteller ausdrücklich verlangen muss (§ 84 Abs. 3 PBG). Ein Vorentscheid hat für einen Bauherrn bedeutende praktische Vorteile, weil er vorab ohne Detailprojekt die Klärung der für ein Bauvorhaben grundlegenden Fragen (wie beispielsweise bezüglich Erschliessung, planungsrechtlicher Baureife oder Geschosszahl) erlaubt (Fritzsche/Bösch/Wipf, Zürcher Planungs- und Baurecht, 5. Aufl., Zürich 2011, S. 381 Ziff. 7.3.1; Mäder, Das Baubewilligungsverfahren, Zürich 1991, Rz. 507).

Mit dem Gesuch vom 16. Juli 2014 haben die Beschwerdegegner explizit um eine „rechtlich verbindliche Grundlage für die weitere Planung“ und um „ein Baugesuch mit einer öffentlichen Publikation, die gegenüber Dritten Verbindlichkeit schafft“, ersucht. Das Gesuch wurde in der Folge publiziert und öffentlich aufgelegt.

3.1.2 Das Amtsblatt des Kantons Schwyz ist das allgemeine Publikationsorgan für amtliche Bekanntmachungen im Kanton (§ 4 Abs. 1 des Gesetzes über die amtlichen Veröffentlichungen [AVG; SRSZ 140.200] vom 13.5.1987). Im amtlichen Teil werden die rechtsetzenden Erlasse des Kantons sowie Beschlüsse und Mitteilungen der Behörden veröffentlicht, deren Publikation vorgeschrieben oder von allgemeinem Interesse ist (§ 5 Abs. 2 AVG). Mit dem Tag der amtlichen Veröffentlichung gilt deren Inhalt

## B 8.1

als bekannt (§ 3 Abs. 1 AVG). Mit der amtlichen Publikation bzw. öffentlichen Bekanntmachung geht somit die Fiktion der Kenntnisnahme einher (vgl. Bundesgerichtsurteil 5A\_755/2011 vom 17.1.2012 Erw. 2.1.2).

3.1.3 Es ist nicht ersichtlich, inwiefern das Vorgehen der Beschwerdegegner, die von einem gesetzlich vorgesehenen Verfahren Gebrauch gemacht haben, das von den hierfür zuständigen Behörden korrekt durchgeführt wurde, rechtsmissbräuchlich sein könnte.

Ein rechtsmissbräuchliches Vorgehen lässt sich auch nicht daraus ableiten, dass für den Vorentscheid kein Baugespann zu erstellen war. Der Zweck eines Baugespanns liegt darin, die künftige Gestalt und räumliche Ausdehnung der Baute oder Anlage sowie die Terrainveränderungen aufzuzeigen (vgl. § 78 Abs. 2 PBG). Soweit die konkrete räumliche Ausgestaltung der Hochbaute (namentlich auch die Gestaltung des Dachbereichs) für den Nachbarn von Interesse ist, kann der Nachbar sich jedoch nicht damit begnügen, auf das Baugespann abzustellen, welches lediglich eine Hilfsfunktion in dem Sinne aufweist, dass das Volumen der geplanten Baute ungefähr aufgezeigt wird, ohne dass sämtliche Einzelheiten der geplanten Baute detailliert im Gelände mit Profilstangen markiert werden müssen. Über den exakten Umfang und die präzise Lage kann sich der Nachbar dagegen mit Hilfe der öffentlich aufliegenden Pläne orientieren (vgl. VGE III 2011 61 vom 21.9.2011 Erw. 3.1.1 f.). Hingegen besteht der Zweck eines Baugespannes nicht darin, einen Nachbarn anstatt oder in Ergänzung zur amtlichen Publikation eines Baugesuchs oder eines Vorentscheidgesuchs überhaupt auf ein beabsichtigtes Bau- oder Vorentscheidverfahren aufmerksam zu machen. Vielmehr wird in der amtlichen Publikation regelmässig mit dem Vermerk „ohne Baugespann“ darauf hingewiesen, wenn ein solches fehlt. Dies war vorliegend sowohl bei der Publikation des Vorentscheidgesuchs wie auch beim zweiten veröffentlichten Baugesuch der Fall. Ohnehin erübrigt sich eine Aussteckung vielfach gerade bei Fragen, die Gegenstand eines Vorentscheides sind (z.B. Erschließungsfragen, erlaubte Nutzungsarten u.ä.; vgl. Mäder, a.a.O., Rz. 520). Dies gilt auch hinsichtlich der Frage des massgebenden Terrains.

Hinzuweisen ist schliesslich auch auf § 80 Abs. 3 PBG, wonach spätere (d.h. nach der Auflagefrist erhobene) Einsprachen zulässig sind, wenn bauliche Vorkehren aus dem Baugespann und den aufgelegten Plänen nicht deutlich ersichtlich waren oder ihnen widersprechen. Die Beschwerdeführer haben zu Recht gestützt auf diese Bestimmung (nachdem sie Kenntnis vom Vorentscheid erhalten hatte) keine (spätere) Einsprache erhoben.

Ebensowenig machen sie (zu Recht) keine Nichtigkeit des Vorentscheids geltend. (...).

(VGE III 2017 199 vom 23. Februar 2018).

## **8.2 Gebäudehöhe**

- *In der Höhe gestaffelte Bauten (§ 60 Abs. 5 PBG).*

*Aus dem Sachverhalt:*

Der Baukörper B des projektierten Gebäudes, bestehend aus den Ebenen 2 und 3, ist im nördlichen Bereich gegenüber dem unterliegenden Gebäudeteil A, bestehend aus den Ebenen 0 und 1, um 3.075 m und um 3.03 m und im südlichen Bereich um 3.015 m zurückversetzt; der Baukörper A ist damit um bis zu 6.105 m breiter als der Baukörper B.

*Aus den Erwägungen:*

4.3.1 Der Grenzabstand ist die kürzeste Verbindung zwischen Grenze und Fassade. Er wird senkrecht auf die Fassade und über die Ecken mit dem kleineren Radius gemessen (§ 59 Abs. 1 PBG; vgl. Art. 25 Abs. 1 BauR). (...). Als Gebäudehöhe gilt das Mass vom ausgemittelten gewachsenen Boden in der Fassadenmitte bis zum Schnittpunkt der Fassade mit der Dachhaut, bei Flachdächern bis zur Oberkante des Dachabschlusses (§ 60 Abs. 2 PBG; Art. 31 Abs. 2 BauR). (...). Bei in der Höhe gestaffelten Bauten wird die Gebäudehöhe jedes Baukörpers gesondert bestimmt (§ 60 Abs. 5 PBG; vgl. Art. 31 Abs. 5 BauR). (...). Bei in der Höhe zurückgestaffelten Bauten wird der Grenzabstand der einzelnen Gebäudeteile aus der entsprechenden zugehörigen Gebäudehöhe berechnet. Kommt eine Fassade an eine Baulinie zu liegen, so bildet diese den Grenzabstand (Art. 25 Abs. 2 letzter Satz BauR).

4.3.2 (...).

4.4.4 Der Regierungsrat hat die Erkennbarkeit einer Staffelung der Baute an der Nord- und Westfassade in Abrede gestellt. Eine gestaffelte Bauweise sei dann gegeben, wenn einzelne Bauteile oder -körper in einem

## B 8.2

gewissen Masse optisch verselbständigt seien, was vorliegend nicht ersichtlich sei. Das Bauvorhaben präsentiere sich aufgrund der Pläne als einheitliche Baute, auch wenn Fassaden und Geschosse teilweise gegliedert und versetzt seien. Die blosse Vor- und Rückversetzung der Terrassen des Gebäudes habe nicht zur Folge, dass von einer in der Höhe gestaffelten Baute auszugehen sei. Die Fassaden seien nicht geschossweise zu bestimmen. Primär sei auf das sichtbare Bauvolumen abzustellen und wie dieses in der Gesamtbetrachtung fassadenbildend wirke. Auszugehen sei davon, dass die Gebäudehöhe sowohl bei Steildach- als auch bei Flachdachbauten am tatsächlichen Gebäude ansetze, sie also am Gebäudekörper zu messen sei. Dies gelte auch dann, wenn ein Baukörper von der „klassischen“ Bauform abweiche. Auch bei zurückversetzten Fassaden bilde die Oberkante des Dachabschlusses resp. der Schnittpunkt der Fassade mit der Dachhaut den oberen Messpunkt der Gebäudehöhe. (...).

4.4.5 Das Gesetz verlangt in § 60 Abs. 5 PBG (und Art. 31 Abs. 5 BauR) nur, dass sich bei einer in der Höhe gestaffelten Baute ein oder mehrere Baukörper voneinander abgrenzen lassen. Abgrenzungskriterien für diese einzelnen Baukörper werden nicht normiert. Die Annahme und Beurteilung einer Staffelung in der Höhe ist in der Regel unproblematisch bei Gebäudeensembles wie Terrassenhäusern oder Gebäuden, die im Grundriss gestaffelt sind (Reihenhäuser) und deren jeweils eigenständige Einheiten unterschiedliche Höhen aufweisen (vgl. Erläuterungen zur Interkantonalen Vereinbarung über die Harmonisierung der Baubegriffe [IVHB] vom 22.9.2005, Stand 3.9.2013 S. 9 und S. 12; Anhang 2 mit Fig. 6.1 zur IVHB). Indes bleibt die Staffelung in der Höhe von Gesetzes wegen nicht auf solche (bereits im Grundriss gestaffelte) Gebäudekomplexe beschränkt. Vielmehr können auch anderweitig in der Höhe gestaffelte Gebäudeeinheiten unter § 60 Abs. 5 PBG (und Art. 31 Abs. 5 BauR) fallen.

Die verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung zu in der Höhe gestaffelten Bauten ist spärlich. Bei einer Baute mit einem Flachdachtrakt mit begehbare Dachterrasse auf der einen Seite und einem Schrägdachtrakt mit bewohnten Räumen (im Dachgeschoss) auf der anderen Seite hat das Verwaltungsgericht eine Staffelung in der Höhe ohne weiteres angenommen, zumal bei dieser Konstellation diese beiden Trakte offenkundig nicht gleich hoch waren (vgl. VGE 1027/05 vom 21.7.2005 Erw. 1.2). Im VGE III 2013 75 vom 18. Dezember 2013 (Erw. 3.3.2) wurde bei einem Gebäude, über dessen Sockelgeschoss (Treppenvorbau) mit einer Höhe von rund 2.70 m drei Wohngeschosse, um 1.70 m zurückversetzt, mit einer Gebäudehöhe von 10.70 m angeordnet waren, auf eine in der Höhe gestaffelte Baute erkannt. In VGE III 2010 115 und 118 vom 18. November

2010 (Erw. 7.2) hielt das Verwaltungsgericht fest, eine Praxis, wonach lediglich bei einer Rückversetzung von mindestens 3 m von einem gestaffelten Baukörper gesprochen werde, bestehe im Kanton Schwyz nicht. Im konkreten Fall wurde der Bau aufgrund der klaren Linien (der Rückversetzung des Geschosses um 1.35 m auf der gesamten Länge) als gestaffelt wahrgenommen. Dasselbe wurde auf einer anderen Fassade bei einer Rückversetzung um 2.43 m angenommen. Zwar kommt gemäss der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung dem Schnittpunkt Fassade/Dachhaut einerseits bei der in § 60 Abs. 3 lit. c und Abs. 4 PBG festgelegten 45°-Linie und andererseits der Festlegung des hauptsächlichen Fassadenverlaufes und der allfälligen Abgrenzung zu einer gestaffelten Bauweise mit selbständigen Gebäudeteilen massgebende Bedeutung zu (VGE III 2014 183 vom 19.5.2015 Erw. 3.3; VGE 1062/05 vom 15.2.2006 Erw. 4.1 m.H.a. EGV-SZ 1994, Nr. 4; VGE 1028/00 vom 24.10.2000 Erw. 4). Indes bedeutet dies nicht, dass den in der Höhe gestaffelten Baukörpern funktional zwingend eigenständige Bedeutung zukommen muss (vgl. VGE III 2014 183 vom 19.5.2015 Erw. 3.4, mit Hinweis auf Häuptli in: Kommentar zum Baugesetz des Kantons Aargau, Bern 2013, Rz 35 zu § 49).

4.4.6 Vor dem Hintergrund dieser Grundsätze kann der Beurteilung des Regierungsrates vorliegend nicht gefolgt werden. (...).  
(VGE III 2017 226 vom 30. Mai 2018).

### **8.3 Nebenbestimmung zu einer Baubewilligung**

- *Zulässigkeit der Anordnung des Rückbaus einer Remise beim Wegfall der bewilligten Nutzung (zu landwirtschaftlichen Zwecken).*

*Aus dem Sachverhalt:*

Der Abbruch und Neubau einer Remise wurde unter folgenden Auflagen erteilt:

- Mit der Bewilligung der Remise muss eine Anmerkung im Grundbuch gemacht werden, dass eine Eigentumsübertragung der Parzelle KTN C. nur mit dem Einverständnis der zuständigen kantonalen Raumplanungsbehörde erfolgen darf.
- Die geplante Remise darf nur für landwirtschaftliche Zwecke genutzt werden und ist bei Wegfall der bewilligten Nutzung vollständig rückzubauen.

## B 8.3

### *Aus den Erwägungen:*

2.1.2 Gemäss Art. 16a Abs. 1 RPG sind Bauten und Anlagen in der Landwirtschaftszone zonenkonform, wenn sie zur landwirtschaftlichen Bewirtschaftung oder für den produzierenden Gartenbau nötig sind. Der erweiterte Gehalt der Zonenkonformität ist in der Verordnung näher umschrieben (Art. 34-38 RPV). Gemäss Art. 34 Abs. 4 RPV darf die Bewilligung nur erteilt werden, wenn die Baute oder Anlage für die in Frage stehende Bewirtschaftung nötig ist (lit. a), wenn der Baute oder Anlage am vorgesehenen Standort keine überwiegenden Interessen entgegenstehen (lit. b) und wenn der Betrieb voraussichtlich längerfristig bestehen kann (lit. c).

2.1.3 Bauten und Anlagen ausserhalb der Bauzonen bedürfen einer Raumplanungsbewilligung des vom Regierungsrat bezeichneten Amtes. Die Bewilligungsbehörde der Gemeinde beurteilt solche Bauvorhaben auf Einhaltung der baupolizeilichen Vorschriften (§ 76 Abs. 2 PBG). Zuständig für landwirtschaftliche Bauvorhaben ausserhalb der Bauzonen ist gemäss § 46 Abs. 2 der Vollzugsverordnung zum Planungs- und Baugesetz (VVzPBG; SRSZ 400.111) das Amt für Landwirtschaft und für Bauvorhaben in und an fliessenden Gewässern das Amt für Wasserbau. Für alle übrigen Bauvorhaben ist das Amt für Raumentwicklung zuständig (§ 46 Abs. 3 VVzPBG).

2.2.1 Die Liegenschaft des Beschwerdeführers befindet sich in der Landwirtschaftszone und wird unbestrittenermassen landwirtschaftlich genutzt. Bei der Remise auf dem Grundstück handelt es sich somit um eine landwirtschaftliche Anlage ausserhalb der Bauzone, deren Bewilligung in die Zuständigkeit des Amtes für Landwirtschaft fällt (§ 76 Abs. 2 PBG i.V.m. § 46 Abs. 2 VVzPBG).

2.2.2 Die derzeit noch bestehende Remise soll abgebrochen und einer neuen Remise mit einer grösseren Grundfläche weichen. Die neue Remise soll dem Beschwerdeführer der Einlagerung von Heu und Einstreumaterial sowie als Einstellhalle der für die Bewirtschaftung benötigten Landmaschinen und Geräte dienen.

2.2.3 Die Bewilligungsfähigkeit bzw. Zonenkonformität der neuen Remise ist unbestritten. Der Beschwerdeführer bestreitet jedoch die Rechtmässigkeit der verfügten Auflagen bzw. Bedingungen, was es nachstehend zu prüfen gilt.

3.1 Baugesuchsteller, deren Bauvorhaben den gesetzlichen Anforderungen genügen, haben grundsätzlich Anspruch auf Erteilung einer unbefristeten, unbedingten und unbelasteten Baubewilligung (vgl. EGV-SZ 2008 B 8.2 Erw. 3.3).

3.2 (...).

3.4 Da Nebenbestimmungen regelmässig Eigentumsbeschränkungen darstellen, sind sie nur auf gesetzlicher Grundlage, im öffentlichen Interesse und unter Wahrung des Verhältnismässigkeitsprinzips zulässig.

4. Der Beschwerdeführer bestreitet zunächst die Gesetzmässigkeit des ihm mit der Baubewilligung auferlegten Zweckänderungsverbots sowie Beseitigungsrevers.

4.1.1 Das Prinzip der Gesetzmässigkeit (Art. 5 Abs. 1 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft [BV; SR 101] vom 18.4.1999) gilt in gleicher Weise für Bedingungen und Auflagen wie für den Hauptinhalt einer Verfügung; auch Nebenbestimmungen müssen sich auf einen Rechtssatz stützen. Fehlt es an einem derartigen Rechtssatz, so muss die Zulässigkeit der Nebenbestimmung aus dem mit dem Gesetz verfolgten Zweck oder aus einem mit der Hauptanordnung in einem engen Sachzusammenhang stehenden öffentlichen Interesse hervorgehen. Unzulässig erscheinen somit alle Nebenbestimmungen, die sachfremd sind oder dem Sinn der gesetzlichen Regelung widersprechen (vgl. EGV-SZ 2008 B 8.2 Erw. 3.3 Absatz 2 mit Hinweisen). Mithin bedürfen Nebenbestimmungen (d.h. Bedingungen, Auflagen, Revers) nicht zwingend einer im Gesetz ausdrücklich wiedergegebenen Grundlage (vgl. hierzu ferner Christian Mäder, das Baubewilligungsverfahren, Zürich 1991 Rz. 449-452); ihre Zulässigkeit kann sich unter Umständen auch unmittelbar aus dem Gesetzeszweck und dem damit zusammenhängenden öffentlichen Interesse ergeben (vgl. Urteil des BGer 1C\_554/2015 vom 2.5.2016 Erw. 3.2 mit Hinweis auf BGE 140 II 233 Erw. 3.1.3; 1C\_750/2013 vom 28.4.2014 Erw. 3.1 mit Hinweisen; BGE 121 II 88 Erw. 3a).

## B 8.3

4.1.2 (Grundsatz der Trennung von Baugebiet und Nichtbaugebiet und des damit verbundenen Konzentrationsprinzips).

4.2.1 Beim umstrittenen Zweckänderungsverbot – wonach die geplante Remise nur zu landwirtschaftlichen Zwecken genutzt werden darf – handelt es sich um eine eigentliche Auflage, die indes nichts anderes wiedergibt, als was vom RPG für Bauten ausserhalb der Bauzone grundsätzlich vorgegeben wird, nämlich – im Sinne der erteilten Baubewilligung – eine landwirtschaftliche Nutzung. Eine Zuwiderhandlung, d.h. eine Zweckänderung ohne entsprechende Bewilligung, wäre grundsätzlich mit einem Nutzungsverbot zu ahnden. Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, auf welche auch im angefochtenen Entscheid verwiesen wird (Erw. 3.3; Urteil BGer 1C\_750/2013 vom 28.4.2014 Erw. 3.2), kommt einem solchen Zweckänderungsverbot keine deklaratorische Bedeutung zu. Denn der Beschwerdeführer wird lediglich darauf hingewiesen, im Rahmen der bestehenden Baubewilligung jede Zweckentfremdung zu unterlassen.

4.2.2 Damit verschafft das Zweckänderungsverbot den raumplanungsrechtlichen Prinzipien der Trennung zwischen Bau- und Nichtbaugebiet und der geordneten Besiedlung des Landes Nachachtung (Art. 75 Abs. 1 BV; Art. 1 RPG). Im Lichte dieser Grundsätze soll sich die Bautätigkeit in der Landwirtschaftszone vorab auf Bauten und Anlagen beschränken, die tatsächlich der landwirtschaftlichen Bewirtschaftung dienen und nicht mit dem vorrangigen Ziel erstellt werden, sie später für zonenwidrige Zwecke zu verwenden. Insoweit hält das angeordnete Zweckänderungsverbot den Beschwerdeführer dazu an, nach Treu und Glauben zu handeln (Art. 5 Abs. 3 BV) und von der neu erstellten Remise nur im bewilligten Umfang Gebrauch zu machen. Mit ihrer Anordnung stellt die Bewilligungsbehörde ebenso klar, dass eine Umnutzung zu anderen, namentlich zonenfremden Zwecken gemäss Art. 24-24d RPG, einer erneuten Bewilligung bedürfte (vgl. Urteil BGer 1C\_750/2013 vom 28.4.2014 Erw. 3.2 mit Hinweis u.a. auf Botschaft zu einer Teilrevision des RPG vom 22. Mai 1996, BBl 1996 III 535 f., und Botschaft zu einer Teilrevision des RPG vom 2. Dezember 2005, BBl 2005 7110). Ein Zweckänderungsverbot, das die Bewilligung einer späteren Umnutzung gemäss Art. 24-24d RPG von vornherein ausschliesse, sieht die streitige Anordnung nicht vor.

4.2.3 Das Zweckänderungsverbot als Nutzungsbeschränkung des Neubaus der Remise lediglich zur bewilligten landwirtschaftlichen Nutzung



nach Art. 16a Abs. 1 RPG bedeutet mithin genau betrachtet nichts anderes, als dass jede spätere Umnutzung einer erneuten Bewilligung bedarf. Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführer steht diese Auflage somit nicht im Widerspruch zum Prinzip der Gesetzmässigkeit. Es hält sich auch an die Schranken des Zwecks des Raumplanungsrechts und liegt im dargelegten öffentlichen Interesse.

4.3.1 Beim Erlass des umstrittenen Beseitigungsrevers stützen sich die Vorinstanzen auf Art. 16b Abs. 2 RPG. Demgegenüber rügt der Beschwerdeführer diese ebenfalls als ungenügend und mithin nicht mit dem Prinzip der Gesetzmässigkeit vereinbar.

4.3.2 Art. 16b Abs. 1 RPG sieht vor, dass Bauten und Anlagen, die nicht mehr zonenkonform verwendet werden und für die eine Nutzung im Sinne der Art. 24- 24d RPG nicht zulässig sind, nicht mehr benutzt werden dürfen. Dieses Verbot entfällt, sobald sie wieder zonenkonform genützt werden können.

Dieses Benützungsverbot wurde anlässlich der RPG-Revision 1998 ins Gesetz eingefügt und regelt das Schicksal jener ursprünglich zonenkonformen Bauten und Anlagen, deren landwirtschaftlicher Verwendungszweck weggefallen ist. Es ist auch ohne Umsetzung im kantonalen Recht direkt im Einzelfall anwendbar und gilt solange, bis die betreffenden Gebäude wieder einer zonenkonformen oder einer anderen, nach Art. 24-24d RPG zulässigen und bewilligten Nutzung zugeführt werden können. Mit dieser Bestimmung soll verhindert werden, dass Bauten und Anlagen nur deshalb erstellt werden, damit sie später zu nichtlandwirtschaftlichen Zwecken umgenutzt werden können (vgl. Christoph Jäger, Beseitigungsrevers bei landwirtschaftlichen Ökonomiegebäuden, in: ZBI 2014, S. 115 ff., S. 122 f, lit. b.aa). Eine Beseitigung der Bauten und Anlagen wird nicht verlangt, obwohl diese Konsequenz mit Rücksicht auf das Prinzip der Trennung von Baugebiet und Nichtbaugebiet erwartet werden könnte (Ruch/Muggli, in: Praxiskommentar RPG: Bauen ausserhalb der Bauzone, Art. 16 b Rz. 3). Damit soll die Bausubstanz für die Landwirtschaft erhalten bleiben (Waldmann/Hänni, Handkommentar, RPG 2006, Art. 16 b N 4).

In Ergänzung dieses bundesrechtlichen Benützungsverbots fügte der Bundesgesetzgeber in einer RPG-Teilrevision im Jahre 2007 im Zusammenhang mit der Einführung der Vorschriften über die Energiegewinnung aus Biomasse (Art. 16a Abs. 1bis RPG) Art. 16b Abs. 2 RPG neu ins Gesetz ein. Demgemäss sind die Bauten und Anlagen bei Wegfall der Bewilligung zu beseitigen, und ist der frühere Zustand wiederherzustellen, wenn die Bewilligung befristet oder mit einer auflösenden Bedingung erteilt

## B 8.4

wurde. Erteilt die kantonale Bewilligungsbehörde eine befristete oder auflösend bedingte Baubewilligung und tritt der Fristablauf oder die Bedingung ein, so gilt somit von Bundesrechts wegen eine Beseitigungs- bzw. sogar eine vollumfängliche Wiederherstellungspflicht. Die Bestimmung ist von den kantonalen Bewilligungsbehörden direkt und ohne eine kantonalrechtliche Gesetzesgrundlage anwendbar. Sie bietet eine unmittelbar im Einzelfall anwendbare Gesetzesgrundlage für die Anordnung eines Beseitigungsrevers bei landwirtschaftlichen Ökonomiegebäuden (Jäger, a.a.O., S. 123 ff. lit. bb f.; vgl. Sommerhalder Forestier, in: Baumann et al., Kommentar zum Baugesetz des Kantons Aargau, Bern 2013, § 44 N 5). Nach Ruch/Muggli (a.a.O., Art. 16b Rz. 10) können alle Bewilligungen in der Nichtbauzone gestützt auf Art. 16b Abs. 2 RPG mit einer Befristung oder einer Resolutivbedingung versehen werden, sofern besondere Umstände dies gebieten.

4.3.3 Mithin stellt Art. 16b Abs. 2 RPG eine genügende gesetzliche Grundlage dar, um die Baubewilligung der Remise mit einem Baubewilligungsrevers zu versehen. Unter Verweis auf die vorstehenden Ausführungen (Erw. 4.1.2 und 4.2.3) ist auch das öffentliche Interesse an einem Beseitigungsrevers zu bejahen.

5. (Bejahung auch der Verhältnismässigkeit der Nebenbestimmungen). (VGE III 2018 97 vom 21. September 2018; gegen diesen Entscheid wurde beim Bundesgericht Beschwerde erhoben [Verfahren 1C\_587/2018]).

### 8.4 Viehlockengeläut: Tradition und Ortsüblichkeit versus Ruhebedürfnis

- *Zulässigkeit von Viehlockengeläut (Lärmschutz, Tradition und Ortsüblichkeit).*

*Aus dem Sachverhalt:*

Strittig war das Kuhlockengeläut auf einem an eine Wohnzone W2 angrenzenden rund 4.5 ha grossen Weidland. Das Amt für Landwirtschaft (AfL) verfügte was folgt:

- 3.1.1 Für das Tragen von Glocken auf den Weiden KTN J. und KTN I. während des Tages (07.00 - 20.00 Uhr) gibt es keine Einschränkungen.
- 3.1.2 Das Tragen von Glocken auf den Weiden KTN J. und KTN I. während der Nacht (20.00 - 07.00 Uhr) ist grundsätzlich verboten. (...).
- 3.1.3 Das Tragen von Glocken im Stall (Gebäude Nr. D.) und im Auslauf ist grundsätzlich verboten. (...).
- 3.1.4 Im Frühjahr, während 14 Tagen vor der Alpauffahrt, ist das Tragen von Glocken, zur Angewöhnung der Tiere an die bevorstehende Sommerzeit, auf den Weiden KTN J. und KTN I. und im Stall (Gebäude Nr. D.) sowie im Auslauf auch während der Nacht (20.00 - 07.00 Uhr) zugelassen.

*Aus den Erwägungen:*

2.1 Das Lärmschutzrecht des Bundesgesetzes über den Umweltschutz (SR 814.01; USG) vom 7. Oktober 1983 und der Lärmschutzverordnung (SR 814.41; LSV) vom 15. Dezember 1986 erfasst hauptsächlich den Lärm, der durch den Bau und den Betrieb von Anlagen hervorgerufen wird. Für den Vollzug der Lärmschutzverordnung bei landwirtschaftlichen Bauten und Anlagen im Kantons Schwyz ist gemäss § 30 der Vollzugsverordnung zum Einführungsgesetz zum Umweltschutzgesetz (VVzUSG, SRSZ 711.111) vom 3. Juli 2001 das Amt für Landwirtschaft zuständig (vgl. auch EGV-SZ 2008 B 8.11 Erw. 2.4 S. 13).

Der Anlagebegriff des Lärmschutzrechtes wird weit ausgelegt (Art. 7 Abs. 7 USG; Art. 2 Abs. 1 LSV). Über diesen technischen Lärm hinaus werden vom Umweltschutzrecht alle einem Betrieb zurechenbaren Lärmemissionen erfasst, d.h. alle Geräusche, die durch die bestimmungsgemässe und zonenkonforme Nutzung einer Anlage durch Menschen, Maschinen oder Tiere verursacht werden, unabhängig davon, ob sie innerhalb oder ausserhalb einer Anlage bzw. des Anlagebetriebs entstehen. Erfasst werden mit anderen Worten all jene Lärmemissionen, auf welche der Anlageinhaber bzw. -betreiber mit technischen oder organisatorischen Massnahmen reagieren kann. Insofern muss auch der Alltagslärm, wie er durch Menschen oder Tiere bei Benützung von Anlagen verursacht wird, einbezogen werden (vgl. Jäger/Bühler, Schweizerisches Umweltrecht, 2015, Rz. 302 f. mit weiteren Hinweisen). Kuhglocken bzw. Weiden mit Kühen sind im Grundsatz nicht zu den Anlagen zu zählen. Gemäss USG sind jedoch

## B 8.4

insbesondere auch diejenigen Geräte den Anlagen gleichgestellt, die ausserhalb von ortsfesten Anlagen zum Einsatz kommen oder kommen können und gleichzeitig von einer gewissen umweltschutzrechtlichen Bedeutung sind. Im Hinblick auf die Lärmimmissionen stellen Kuhglocken Geräte im Sinne des USG dar. Wenn die Kühe unmittelbar beim Bauernhof weiden und so als Bestandteil des Lärms des Bauernbetriebs wahrgenommen werden, ist der Lärm der Glocken dem gesamten Betriebslärm zuzurechnen und nach den Vorschriften über ortsfeste Anlagen zu begrenzen (vgl. BAFU [HrsG.], Beurteilung Alltagslärm, Vollzugshilfe im Umgang mit Alltagslärm, 2014, [nachfolgend: BAFU-Vollzugshilfe], S. 31, mit Hinweis auf Keller, in: Kommentar zum USG, Art. 7 N 36 ff. sowie auf Art. 4 Abs. 4 LSV, wonach die Emissionen von Geräten und Maschinen, die dem Betrieb einer ortsfesten Anlage dienen, nach den Vorschriften über ortsfeste Anlagen begrenzt werden). Der von Kuh- und anderen Tierglocken ausgehende Lärm steht auch dann im Zusammenhang mit einem landwirtschaftlichen Betrieb, wenn die Tiere sich nicht unmittelbar auf dem Hofgelände, sondern ausserhalb auf der Weide befinden. Auch das bewirtschaftete Land gehört zum Betrieb und das USG ist auf Lärm anwendbar, der vom Betrieb der Weiden ausgeht (vgl. Kölz-Ott, Die Anwendbarkeit der bundesrechtlichen Lärmschutzvorschriften auf menschlichen Alltagslärm und verwandte Lärmarten, URP 1993 S. 397).

2.2 Gemäss Art. 11 Abs. 2 USG sind Emissionen im Rahmen der Vorsorge, unabhängig von der bestehenden Umweltbelastung, so weit zu begrenzen, als dies technisch und betrieblich möglich und wirtschaftlich tragbar ist. Wenn feststeht oder zu erwarten ist, dass die Einwirkungen unter Berücksichtigung der bestehenden Umweltbelastung schädlich oder lästig werden, sind die Emissionsbegrenzungen zu verschärfen (Art. 11 Abs. 3 USG). Solche Begrenzungen werden gemäss Art. 12 Abs. 2 USG durch Verordnungen oder, soweit diese nichts vorsehen, durch unmittelbar auf das Umweltschutzgesetz abgestützte Verfügungen vorgeschrieben. Schutzmassnahmen nach Art. 12 Abs. 2 USG sind nicht erst zu ergreifen, wenn die Umweltbelastung schädlich oder lästig wird, sondern es müssen gestützt auf das Vorsorgeprinzip die unnötigen Emissionen vermieden werden. Diese Grundsätze sind allerdings nicht so zu verstehen, dass jeder im strengen Sinne unnötige Lärm völlig untersagt werden müsste und die Betroffenen überhaupt keine Belastungen hinzunehmen hätten. Es gibt keinen absoluten Anspruch auf Ruhe. (...) § 19 Abs. 3 des Planungs- und Baugesetzes (SRSZ 400.100; PBG) vom 2. Dezember 1997 und Art. 49 Abs. 2 des Baureglements der Gemeinde Altendorf (BauR) statuieren, dass

Immissionen aus der üblichen landwirtschaftlichen Nutzung in benachbarten Bauzonen hinzunehmen sind.

2.3 Belastungsgrenzwerte sind Immissionsgrenzwerte, Planungswerte und Alarmwerte. Sie werden nach der Lärmart, der Tageszeit und der Lärmempfindlichkeit der zu schützenden Gebäude und Gebiete festgelegt (Art. 2 Abs. 5 LSV). (...). Fehlen für eine bestimmte Art lärmverursachender Anlagen Grenzwerte, so kann deshalb nicht einfach ein anderer Anhang der LSV sinngemäss herangezogen werden. Die in den Anhängen 3 - 9 LSV festgelegten Grenzwerte stellen in diesem Sinne nicht rein objektive Messgrössen dar, sondern beinhalten ein Werturteil über die subjektiv wahrgenommene Lärmbelästigung (vgl. Wagner Pfeifer, a.a.O., N 465; Urteil des Bundesgerichts 1C.299/2009 vom 12.1.2010; BGE 133 II 292 Erw. 3.3; 123 II 325 Erw. 4d/bb).

2.4 Geräusche, welche den eigentlichen Zweck einer bestimmten Aktivität ausmachen (wie beispielsweise das Läuten von Kirchen- oder Kuhglocken, das Musizieren sowie das Halten von Reden mit Lautverstärkern an Anlässen in der Öffentlichkeit) können nicht völlig vermieden und in der Regel auch nicht in der Lautstärke wesentlich reduziert werden, ohne dass zugleich der Zweck der sie verursachenden Tätigkeit vereitelt würde. Derartige Lärmemissionen als unnötig und unzulässig zu qualifizieren, würde implizieren, die betreffende Tätigkeit generell als unnötig zu betrachten. Für solchen untechnischen Alltagslärm enthält das LSV keine Belastungsgrenzwerte. Die Rechtsprechung hat derartige Emissionen im Allgemeinen zwar aufgrund des Umweltschutzgesetzes nach Art. 15 USG (unter Berücksichtigung der Art. 19 und 23 USG) beurteilt, diese unter Beachtung des Interesses an der Lärm verursachenden Tätigkeit aber nicht völlig verboten, sondern bloss einschränkenden Massnahmen unterworfen, welche in der Regel nicht in einer Reduktion des Schallpegels, sondern in einer Einschränkung der Betriebszeiten bestehen (BGE 126 II 366 Erw. 2d; 126 II 300 Erw. 4c/cc; 119 Ib 463 Erw. 4-6; 118 Ib 234 Erw. 2b; Wagner Pfeifer, a.a.O., N 496; Schradel/Loretan, Kommentar zum USG, Art. 12 N 29; Jäger/Bühler, a.a.O., Rz. 308; BGE 140 II 33 Erw. 6.2; BAFU-Vollzugshilfe S. 12). Dabei ist eine Interessenabwägung vorzunehmen zwischen dem Ruhebedürfnis der Bevölkerung und dem Interesse an der lärmverursachenden Tätigkeit. Zu beachten sind insbesondere der Charakter des Lärms, Zeitpunkt, Dauer und Häufigkeit seines Auftretens sowie die Lärmempfindlichkeit bzw. -vorbelastung der betroffenen Zone (vgl. Art. 40 Abs. 3 LSV mit Verweis auf Art. 15, 19 und 23 USG; Hänni, a.a.O. S. 382 f. mit Hinweisen in Fn 37; URP 2011 S. 143; Jäger/Bühler,

## B 8.4

a.a.O. Rz. 331; Walker, Umweltrechtliche Beurteilung von Alltags- und Freizeitlärm, in: URP 2009 S. 65 und 82 f.; EGV-SZ 2008 B 8.11 Erw. 3.6 S. 133 f. mit weiteren Hinweisen u.a. auf BGE 126 II 300 Erw. 4c/aa; 126 II 366 Erw. 2c und das Urteil 1A.195/2006 vom 17.7.2007 [BGE 133 II 292] Erw. 3.3). 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 (vgl. BGE 133 II 292 Erw. 3.3 mit Hinweisen; EGV-SZ 2008 B 8.11 Erw. 3.6 S. 134). Geht es um lokale Traditionen, so steht den Behörden bei der Abwägung zwischen Ruhebedürfnissen der Bevölkerung und dem Interesse an der lärmverursachenden Tätigkeit ein gewisser Beurteilungsspielraum zu (Wagner Pfeifer, a.a.O. N 482 mit div. Hinweisen in Fn 167; Urteil des Bundesgerichts 1C\_297/2009 vom 18.1.2010 Erw. 2; BGE 126 II 300 Erw. 4c/dd, 126 II 366 Erw. 2d).

2.5 Laut Artikel 15 USG sind die IGW für den Lärm so festzulegen, dass nach dem Stand der Wissenschaft oder der Erfahrung Immissionen unterhalb dieser Werte die Bevölkerung in ihrem Wohlbefinden nicht erheblich stören. Wo es für eine bestimmte Lärmquelle in der LSV keinen Immissionsgrenzwert gibt, prüft die Vollzugsbehörde im Einzelfall direkt anhand der Kriterien des Art. 15 USG, ob übermässige Einwirkungen vorliegen (Art. 40 Abs. 3 LSV). Die „sinngemässe“ Anwendung von Grenzwerten, namentlich der Grenzwerte für Industrie- und Gewerbelärm hierfür beurteilt das Bundesgericht als grundsätzlich problematisch (vgl. BGE 133 II 292 Erw. 3.3; 123 II 325 Erw. 4d/bb; Wagner Pfeifer, a.a.O. N 497; Erw. 2.3 i.f. hiervor).

(...).

Bei der Beurteilung der Störung einer Lärmimmission sind sowohl Quellen- als auch Empfängercharakteristiken zu berücksichtigen. Zu den Quellencharakteristiken gehören der Zeitpunkt der Lärmimmissionen (Tag, sensible Zeiten wie morgens, mittags, abends, nachts, Wochenende); die Wahrnehmbarkeit des Lärms; die Häufigkeit der Lärmereignisse; sowie der Charakter des Lärms (zeitliche Variation, Ton-/Impuls-/Informationsgehalt, Frequenzaspekte). Zu den Empfängercharakteristiken gehören die Lärmempfindlichkeit der betroffenen Gebiete (ES gemäss Art. 43 LSV); speziell betroffene Personengruppen (sensible Bevölkerungsgruppen wie Betagte, Kinder, Jugendliche, Kranke oder Schwangere); sowie die Lärmvorbelastung der betroffenen Nutzungszonen (normaler Hintergrundpegel, sehr ruhiges Gebiet) (vgl. BAFU-Vollzugshilfe S. 16).

3.1 Vorliegend streitig ist das Tragen von Glocken auf den Weiden KTN J. und KTN I. während des Tages (07.00 - 20.00 Uhr) sowie das Tragen von Glocken während 14 Tagen vor der Alpauffahrt zur Angewöhnung der Tiere an die bevorstehende Sömmerungszeit, auf den Weiden KTN J. und KTN I., im Stall (Gebäude Nr. D.) und im Auslauf auch während der Nacht (20.00 - 7.00 Uhr) (vgl. Verfügung des AfL vom 28.3.2017 Dispositiv-Ziffern 3.1.1, 3.1.2 je Satz 2, 3.1.3 Satz 2 und 3.1.4). Demgegenüber ist das grundsätzliche Verbot des Tragens von Glocken auf den Weiden KTN J. und KTN I. während der Nacht (20.00 - 07.00 Uhr) sowie im Stall (Gebäude Nr. D.) und im Auslauf (Dispositiv-Ziffern 3.1.2 und 3.1.3 je Satz 1) unangefochten geblieben.

3.2 Für das Läuten von Kuhglocken bestehen keine Belastungsgrenzwerte. Nach Lehre, Rechtsprechung und auch der BAFU-Richtlinie (S. 12 und S. 31) handelt es sich dabei um Geräusche, welche den eigentlichen Zweck einer bestimmten Aktivität ausmachen. Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführer ist anhand einer Interessenabwägung zwischen dem Ruhebedürfnis der Bevölkerung und dem Interesse an der lärmverursachenden Tätigkeit zu beurteilen, ob und wieweit solche Geräusche eingeschränkt werden können oder müssen. Dabei sind insbesondere der Charakter des Lärms, Zeitpunkt, Dauer und Häufigkeit seines Auftretens sowie die Lärmempfindlichkeit bzw. -vorbelastung der betroffenen Zone zu beachten (vgl. Erw. 2.4 hiervor).

Die BAFU-Vollzugshilfe konkretisiert unbestimmte Rechtsbegriffe von Gesetzen und Verordnungen und soll eine einheitliche Vollzugspraxis fördern. (...). Die BAFU-Vollzugshilfe beschreibt mithin ein mögliches Vorgehen zur Ermittlung und Beurteilung der Lärmbelastung. Es besteht indes weder eine Verpflichtung zu deren Anwendung durch die Vollzugsbehörden, noch verletzt deren Nichtanwendung per se Bundesrecht.

4.1 (...).

4.5 (...). Soweit die Beschwerdeführer in Bezug auf Zeitpunkt und Häufigkeit festhalten, dass der Lärm zu jedem Zeitpunkt, auch an Wochenenden oder Feiertagen ertöne, kann der Einschätzung des Regierungsrates gefolgt werden, wonach sich das Vieh auch während der jeweils ca. 6 Wochen dauernden Frühlings- und Herbstweide witterungsbedingt nicht täglich auf der Weide befindet und die Zeit, in welcher sich die Tiere des Beschwerdegegners auf den Weiden befinden und es zu einem Konflikt mit dem Ruhebedürfnis der Beschwerdeführer kommt, durchaus beschränkt ist. Die Tiere weiden überdies naturgemäss auf dem gesamten

## B 8.4

ca. 4.5 ha grossen Weidland und halten sich folglich nicht dauernd in der Nähe der Grundstücksgrenze zu den Beschwerdeführern auf. Mit zunehmendem Abstand reduziert sich auch der Lärmpegel (vgl. Wolf, Kommentar zum USG, Vorbem. zu Art. 19-25 N 14).

### 5.1 (...).

5.4 Das Interesse des Beschwerdegegners seinen Tieren tagsüber „auf der Weide“ Glocken anzulegen, ist im Sinne der Ausführungen des AfL ausgewiesen. Das AfL hat sich dabei einerseits auf die ortsübliche Tradition des Haltens von Vieh mit Glocken in Altendorf sowie auf die im Kanton Schwyz verbreitete Alpsömmerung in entlegenem, weitläufigem Berggebiet gestützt, wo eine Glocke nach wie vor die effizienteste und preisgünstigste Art ist, ein entlaufenes Tier zu lokalisieren und wieder zur Herde zu führen. Andererseits gestattet das Tragen von Glocken frühzeitig zu erkennen, dass überhaupt Vieh entlaufen ist, was wiederum ein rasches Eingreifen ermöglicht. Darin manifestiert sich auch der Sinn der dem Tierglockengeläut inhärenten Information bezüglich des Standorts der Tiere. Da nicht angenommen werden kann, ein aus einer siedlungsnahen Landwirtschaftsparzelle in eine angrenzende (Quartier)Strasse entlaufenes, und dadurch verstörtes Tier werde an Ort und Stelle verharren, erscheint ein rasch mögliches Eingreifen zur Schadensabwehr durchaus geboten. Das AfL hat anhand verschiedener Szenarien auch nachvollziehbar aufgezeigt, dass die Gefahr des Entlaufens als solche, trotz Elektrozäunen nicht per se auszuschliessen, sondern realistisch ist. Damit liegen objektive Gründe vor, welche auch in siedlungsnahen Parzellen für das Tragen von Glocken als Mittel zur Schadenseindämmung durch entlaufenes Vieh sprechen.

5.5 Soweit die Beschwerdeführer die Ortsüblichkeit von Tierglockengeläut bei der Siedlung M. bestreiten, ist darauf hinzuweisen, dass sie selber ausführen, das alte Bauernhaus auf KTN J. (Gebäude Nr. L.) sei vor etlichen Jahren abgebrochen worden. Geblieben sei nur der Stall. Diesen Stall sowie den 'Umlauf' habe der Beschwerdegegner für sein Baugeschäft genutzt. Er habe damals lediglich ca. 2 Kälber mit Glocken auf der Weide gehalten. (...). Aus diesen Ausführungen der Beschwerdeführer lässt sich folgern, dass bei Entstehung der Überbauung M. unmittelbar daran angrenzend, auf der Liegenschaft KTN J. Landwirtschaft betrieben wurde, und auch nach dem Abbruch des alten Wohnhauses weiterhin zumindest „ca. zwei Kälber mit Glocken auf der Weide“ gehalten wurden, womit die Ortsüblichkeit von Tierglockengeläut in der an die Überbauung M. unmittelbar angrenzenden Landwirtschaftszone grundsätzlich zu bejahen ist.



Der Umstand, dass ein benachbarter Bauer, dessen Betrieb nicht unmittelbar an die Überbauung M. angrenzt, seinen Milchkühen keine Glocken anhängt, vermag daran nichts zu ändern.

#### 6.1 (...).

6.4 Das AfL hat eingeräumt, beim Lärm von Kuhglocken handle es sich um ein sich vom Alltagsbrummen in Bezug auf die Höhe abhebendes Geräusch, welches aufgrund der Bewegung der Tiere unregelmässig erfolge, was eine Gewöhnung daran erschwere, wobei die Intensität des Lärms jeweils stark vom Standort der Tiere auf der knapp 4.5 ha grossen Weide abhängig sei. Dies korrespondiert mit den Ausführungen der Beschwerdeführer insofern, als diese den Lärm der Glocken als umso störender empfinden, je näher sich die Tiere an der Grundstücksgrenze zu ihren Liegen-schaften befinden und je mehr sie sich bewegen, wie beispielsweise beim Kratzen an Bäumchen. Es handelt sich mithin unbestreitbar um ein ton- und impulshaltiges Geräusch, dessen Intensität sowohl vom Standort als auch der Aktivität der Tiere abhängig ist. Auch bei einer etwas höheren Anzahl als zwei bis drei weidenden Tieren ist aufgrund dauernder Ortswechsel der Tiere nicht unbesehen auf eine häufigere oder erheblich intensivere Lärmeinwirkung zu schliessen, zumal sich auch der Lärmpegel mit zunehmendem Abstand reduziert (vgl. Wolf, Kommentar zum USG, Vorbem. zu Art. 19 - 25 N 14; Erw. 4.5 hiavor). Die Beschreibung des Tons von Glocken als hell (AfL) oder als metallisch schrill (Beschwerdeführer) widerspiegelt weitgehend eine (eher gewogene resp. eine ablehnende) Haltung gegenüber diesem Geräusch; für den Charakter des Lärms sind diese subjektiv gefärbten Beschreibungen dagegen von geringer Aussagekraft.

Nachdem die Ortsüblichkeit von Tierglockengeläut in der unmittelbarer an die Überbauung M. angrenzenden Landwirtschaftszone erstellt ist (vgl. Erw. 5.5 hiavor), gehört das Klingeln von Kuhglocken mit zur (quartier)üblichen Geräuschkulisse. Solche Geräusche stören grundsätzlich wenig und werden von vielen Menschen im ländlichen geprägten Dorf als ortsübliches Geräusch geschätzt, wie der Regierungsrat zutreffend festgehalten hat (vgl. EGV-SZ 2008 B 8.11 Erw. 4.1). Störend werden solche Geräusche erst dann, wenn sie eine besondere Lautstärke annehmen oder während der Nacht erzeugt werden (vgl. URP 2008 S. 82).

6.5 Die Beschwerdeführer gehen anhand des P.-Lärmmessberichtes i.V.m. ihrer Ermittlung der Störwirkung von Alltagslärmsituationen im

## B 8.4

Sinne der BAFU-Beurteilungshilfe (S. 54 f.) von einer Störung am Tag aus, welche zwischen erheblich störend und sehr stark störend liege.

Die Ermittlung des Beurteilungspegels anhand der (sinngemässen Übernahme) der Vorgaben des Anhangs 6 zur LSV im P.-Lärmmessbericht vermag jedoch weder für sich alleine zu überzeugen, noch in Verbindung mit der anschliessend von den Beschwerdeführern anhand der BAFU-Beurteilungshilfe vorgenommenen Bestimmung der Störwirkung von Alltagslärm-situationen.

### 6.5.1 (...).

6.7 Zusammenfassend kann bei einer Beweidung von Tieren mit Glocken tagsüber, während zweimal ca. sechs Wochen im Jahr auf KTN J. und KTN I. nicht von einer erheblichen Störung der Bevölkerung in ihrem Wohlbefinden durch das Tierglockengeläut gesprochen werden, welches im Gebiet der Überbauung M. am Siedlungsrand zur Landwirtschaftszone ein ortsübliches Geräusch darstellt und im ländlich geprägten Dorf von vielen Menschen geschätzt wird. Mit den verbindlichen Einschränkungen, dass das Tragen von Glocken auf den Weiden KTN J. und auf KTN I. tagsüber lediglich während je ca. 6 Wochen vor und nach der Alpsommerung gestattet, während der Nacht sowie im Stall und im Auslauf – auch im erweiterten Auslauf (vgl. insb. Erw. 4.4 letzter Absatz hierfür) – dagegen grundsätzlich verboten ist, wurde die Häufigkeit des Auftretens von Viehglockenlärm wirksam beschränkt. Das Ruhe- und Erholungsbedürfnis der Beschwerdeführer und auch die erhöhte Lärmempfindlichkeit der Beschwerdeführerin Ziff. 1 wurden dabei gebührend, während der Nacht gar umfassend berücksichtigt. Hinzu kommt, dass sich die Tiere auch während dieser beschränkten Zeitdauer einerseits nicht andauernd vor den Grundstücken der Beschwerdeführer aufhalten, sondern auf dem gesamten ca. 4.5 ha grossen Weidland grasen, wobei sich der Geräuschpegel mit zunehmendem Abstand reduziert (vgl. Erw. 4.5 hiervoor) und sich das Vieh andererseits witterungsbedingt auch nicht täglich auf der Weide befindet. (...).

Andererseits wurde korrekterweise auch das sachlich dargelegte Interesse des Beschwerdegegners, seinen Tieren während der zeitlich eng umrissenen Weidehaltung ohne Zufütterung Glocken anzulegen – als probatestes Mittel zur Schadensbeschränkung –, berücksichtigt und damit auch die entsprechende ortsübliche Tradition angemessen gewichtet. Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführer ist es bei der Interessenabwägung nicht unzulässig, die Bestimmungen von § 19 Abs. 3 PBG und Art. 49 Abs. 2 BauR (Erw. 2.2 i.f. hiervoor) miteinzubeziehen, soweit es im Rahmen des

der Vollzugsbehörde zustehenden Beurteilungsspielraums darum geht, emissionsbegrenzende Massnahmen zu ergreifen. Diese kantonalen und kommunalen Bestimmungen stipulieren denn auch ein gewisses öffentliches Interesse an der üblichen (traditionellen) landwirtschaftlichen Bewirtschaftung, auch wenn Bauzonen ans Landwirtschaftsland angrenzen (vgl. BGE 126 II 366 Erw. 4a). Anzuführen ist, dass mit den angeordneten zeitlichen Einschränkungen des Tragens von Tierglocken das Vorsorgeprinzip nicht verletzt wurde. Das Vorsorgeprinzip hat nur einen emissionsbegrenzenden, nicht jedoch einen emissionseliminierenden Charakter, und Wohnzonen bieten auch keinen umfassenden Schutz vor aussen liegenden Immissionen (vgl. Erw. 2.2 hiervor). Eine Verletzung von Art. 6, 8 und 14 der Europäischen Menschenrechtskonvention (SR 0.101; EMRK) vom 4. November 1950 ist nicht erkennbar.

7.1 Betreffend die Ausnahme von Dispositiv-Ziff. 3.1.4 der Verfügung vom 28. März 2017, während 14 Tagen vor der Alpauffahrt das Tragen von Glocken, zur Angewöhnung der Tiere an die bevorstehende Sömmerungszeit, auf den Weiden, im Stall sowie im Auslauf auch während der Nacht zuzulassen, hat das AfL in der vorinstanzlichen Vernehmlassung vom 23. Mai 2017 auf die speziell während der Sömmerung wichtige (Überwachungs)Funktion der Glocken hingewiesen (...).

7.2 Den Vorinstanzen ist zuzustimmen, dass bei der Alpsömmerung das Tragen von Glocken einerseits einer langen Tradition im Kanton Schwyz entspricht, welche auch von den (Berg-)Touristen geschätzt wird, und andererseits nach wie vor die effizienteste und preisgünstigste Art ist, um ein entlaufenes Tier im entlegenen Gebiet zu lokalisieren und wieder zur Herde zu führen. Von den Älplern, welche von verschiedenen Bauern Vieh zur Sömmerung annehmen, kann mithin nicht erwartet werden, dass sie die angenommenen Tiere mit GPS-Systemen überwachen. Dass das Vieh eine Angewöhnungsphase an das ununterbrochene Glockentragen benötigt, wird implizit auch von den Beschwerdeführern zugestanden. Entgegen ihrer Ansicht bestehen indessen sachliche Gründe dafür, dass diese Angewöhnung vor der Alpsömmerung erfolgt, insbesondere weil der Beginn der Alpsömmerung für die Tiere mit verschiedenen, stresshaltigen Umstellungen verbunden ist, welche durch eine Angewöhnung an das ununterbrochene Glockentragen erst zu Beginn der Sömmerung zusätzlich verstärkt würden.

Es besteht somit ein ernsthaftes Interesse, den Tieren zur Angewöhnung an die Alpsömmerung, während eines Zeitraumes von zwei Wochen im Frühjahr Glocken uneingeschränkt anzulegen. Diesem Interesse steht

## B 8.5

hauptsächlich das Nachtruhebedürfnis der Beschwerdeführer gegenüber. Bei der Interessenabwägung fällt einerseits der beschränkte Zeitraum der Ausnahme von lediglich zwei Wochen ins Gewicht. Andererseits müssen die Fenster einer Wohnung in aller Regel nicht ständig bzw. nicht vollständig offenstehen, wodurch der im Inneren der Räume wahrgenommene Lärm reduziert werden kann (vgl. Wagner Pfeifer N. 497). Im Ergebnis liegt die fragliche Ausnahme in einem Toleranzspielraum, in welchem die kurzzeitige, durch das Interesse des Beschwerdegegners begründete Störung von den Beschwerdeführern hinzunehmen ist. Anzuführen ist, dass der Geräuschpegel im Innern der Schlafzimmer nochmals kleiner ist als der gemessene und sich dieser durch das Schliessen der Fenster während der Nacht – was während zwei Wochen durchaus zumutbar ist – weiter reduzieren lässt.

Die Ausnahmeregelung von Dispositiv-Ziff. 3.1.4 der Verfügung vom 28. März 2017 erscheint nach dem Gesagten ausgewogen und angemessen im Sinne von Art. 15 USG. Sie hält auch vor dem Vorsorgeprinzip stand. (VGE III 2017 158 vom 26. Januar 2018).

### 8.5 Vollstreckungsmassnahme

- *Voraussetzungen, unter welchen sich die Sistierung des Vollzugs rechtskräftiger Vollstreckungsmassnahmen rechtfertigen kann.*

*Aus dem Sachverhalt:*

Ein nachträgliches Baugesuch wurde abgelehnt. Die Bauherrschaft wurde rechtskräftig zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes verpflichtet. In der Folge reichte die Bauherrschaft ein neues Baugesuch ein, worauf der Gemeinderat die Wiederherstellung sistierte. Der Regierungsrat forderte den Gemeinderat auf Beschwerde hin auf, die Wiederherstellungsmassnahmen unverzüglich durchzusetzen.

*Aus den Erwägungen*

2.1 Der Regierungsrat erwoh im angefochtenen Beschluss, eine rechtskräftige Verfügung müsse aus Gründen der Rechtssicherheit und der Rechtsgleichheit sowie zur Wahrung von Drittinteressen in aller Regel

durchgesetzt werden. Ein Verzicht auf die Vollstreckung sei nur in Ausnahmefällen, z.B. im Sinne der Verhältnismässigkeit, möglich. Ein solcher Ausnahmefall liege vorliegend nicht vor. (...).

2.2 Dem hält die Beschwerdeführerin Ziff. 2 in ihrer Beschwerde vom 24. November 2017 entgegen, gemäss § 78 Abs. 4 VRP beachte die Behörde bei der Wahl der Vollstreckungsmassnahme den Verhältnismässigkeitsgrundsatz. Unter Umständen könne es sogar geboten sein, im Ausnahmefall ganz auf die Vollstreckung zu verzichten. Hier liege ein solcher Ausnahmefall vor. (...).

Schliesslich gebiete der Vertrauensschutz einen (vorläufigen) Verzicht auf Wiederherstellungsmassnahmen. Das Gebot von Treu und Glauben sei auch im öffentlichen Recht von fundamentaler Bedeutung und verpflichte zu redlichem, vertrauenswürdigem, rücksichtsvollem Verhalten. Rechtsmissbräuchliches oder widersprüchliches Gebaren sei verpönt. Im vorliegenden Fall sei der entsprechende Zustand von der Verwaltung zunächst sehr lange hingenommen und Wiederherstellungsmassnahmen seien in der Folge ausdrücklich sistiert worden. (...).

2.6 Mit Vernehmlassung führt der Gemeinderat aus, die erfolgten Sistierungen der hängigen Baubewilligungsverfahren der Beschwerdeführerinnen Ziff. 1 und 2 seien aufgehoben und die Baubewilligungsverfahren fortgesetzt worden. (...). Unter Vorbehalt des kantonalen Gesamtentscheids stehe einer Baubewilligung nichts im Wege. (...).

4.1 Nach Art. 22 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Raumplanung (Raumplanungsgesetz, RPG; SR 700) vom 22. Juni 1979 und § 75 Abs. 1 des kantonalen Planungs- und Baugesetzes (PBG; SRSZ 400.100) vom 14. Mai 1987 dürfen Bauten und Anlagen nur mit behördlicher Bewilligung errichtet oder geändert werden. (...).

4.2 Stellt die Behörde eine formell rechtswidrige Bautätigkeit oder Nutzung fest, hat sie die Pflicht, von Amtes wegen ein nachträgliches Baubewilligungsverfahren durchzuführen (EGV-SZ 1999 Nr. 45 Erw. 4.1). Im nachträglichen Baubewilligungsverfahren ist zu prüfen, ob die formelle Widerrechtlichkeit durch die Erteilung einer nachträglichen Baubewilligung beseitigt werden kann (EGV-SZ 2008 B. 8.1 Erw. 2.1; VGE III 2013 160 vom 18.12.2013 Erw. 3.1; je mit Hinweisen u.a. auf Beeler, Die widerrechtliche Baute, Zürich 1984, S. 62 f.; vgl. auch Ruoss Fierz, Massnahmen gegen illegales Bauen, Zürich 1999, S. 107).

## B 8.5

4.3 Ist die formell rechtswidrige Baute weder ordentlich noch ausnahmsweise bewilligungsfähig, muss die Behörde die für die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands notwendigen Massnahmen anordnen und diese durchsetzen bzw. vollstrecken (Hagenbuch, Kantonale Vollstreckung und Vollzug von Verfügungen im Baurecht, EGV-SZ 1998, S. 202 f.).

Die zuständige Instanz kann im nachträglichen Baubewilligungsverfahren in ihrer Sachverfügung zusammen mit den erforderlichen Massnahmen zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes auch eine Frist zur Erfüllung ansetzen und Vollstreckungsmassnahmen im Sinne von § 78 VRP androhen (Hagenbuch, a.a.O., S. 209). (...).

4.5 In Ausnahmefällen liegt aber nicht nur die Wahl der Vollstreckungsmassnahme im Ermessen der Behörde, sondern sie kann ermessensweise, im Sinne der Verhältnismässigkeit (einstweilen) auf die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands verzichten. Dies beispielsweise dann, wenn eine laufende Gesetzesrevision den rechtswidrigen Zustand mit grosser Wahrscheinlichkeit beheben würde. Wurde allerdings bereits eine Vollstreckungsmassnahme beschlossen, so muss aus Gründen der Rechtssicherheit und der Rechtsgleichheit vollstreckt werden. Die vollstreckende Behörde kann nicht auf die Vollstreckung verzichten (Jaag, in: Griffel, Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich [VRG], 3. Aufl., § 30 N 10 ff.; Gächter/Egli, in: Auer/Müller/Schindler, Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren [VwVG], Art. 39 N 20 f.; vgl. auch Waldmann/Weissenberger, Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz [VwVG], 2. Aufl., Art. 39 N 5).

4.6 Das Bundesgericht hatte sich in BGE 108 Ia 216 mit einer ähnlichen Fragestellung zu befassen, wie sie dem vorliegenden Verfahren zugrunde liegt. Das Bundesgericht hat den Grundsatz festgehalten, dass sich auch ein Bauherr, der sich nicht in gutem Glauben befindet, gegenüber einem Abbruchbefehl auf den Verhältnismässigkeitsgrundsatz berufen kann. Er muss es aber in Kauf nehmen, dass die Behörden aus grundsätzlichen Erwägungen, nämlich zum Schutz der Rechtsgleichheit und der baurechtlichen Ordnung, dem Interesse an der Wiederherstellung des gesetzmässigen Zustandes erhöhtes Gewicht beilegen und die dem Bauherrn allenfalls erwachsenden Nachteile nicht oder nur in verringertem Masse berücksichtigen (Erw. 4.a). Dagegen kann gegebenenfalls die Vollstreckung des Abbruchbefehls mit dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit in Konflikt geraten, wenn die ernsthafte Möglichkeit besteht, dass (eine widerrechtliche Baute zumindest teils) als rechtmässig anerkannt werden

könnte und der Bauherr ein entsprechend reduziertes Baugesuch stellt (Regeste). Für diesen Fall hielt das Bundesgericht Folgendes fest:

[4.Jc) Erachtet es der Beschwerdeführer als möglich, den streitigen Anbau durch einen nur teilweisen Abbruch und allfällige weitere Änderungen als materiell baurechtskonform umgestalten zu können, so ist es ihm unbenommen, ein neues, entsprechend geändertes Baugesuch bei der Baubewilligungsbehörde einzureichen. Das hätte unverzüglich zu geschehen, um der Behörde einen Entscheid vor Ablauf der gemäss angefochtenem Urteil gesetzten Frist von 90 Tagen zu ermöglichen. Bestünde das neue Projekt im Wesentlichen in einer Verkleinerung des rechtswidrig errichteten Anbaus und könnte es voraussichtlich bewilligt werden, so käme eine vollständige Vollstreckung des streitigen Abbruchbefehls vor einem rechtskräftigen Entscheid über das reduzierte Projekt mit dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit in Konflikt. Die Behörde hätte diesfalls die Tunlichkeit einer vollständigen Vollstreckung neu zu bedenken. Es versteht sich von selbst, dass dies nur dann in Frage käme, wenn das neue Projekt ernsthafte Aussichten auf eine Bewilligung hätte; bloss auf Zeitgewinn ausgerichtete, materiell aussichtslose Eingaben vermöchten einer Vollstreckung des Befehls nicht entgegenzustehen.

Überdies ist gemäss der Rechtsprechung mit der Androhung der Vollstreckung – und folglich auch mit der Vollstreckung – zuzuwarten, sofern hierfür besondere Umstände sprechen (Waldmann, in: FHB Öffentliches Baurecht, Rz. 6.50 mit Hinweis auf die Rechtsprechung, u.a. Bundesgerichtsurteil 1C\_730/2013 vom 4.6.2014 Erw. 6.4).

5.1 Vorliegend wies der Gemeinderat das nachträgliche Baubewilligungsgesuch der Beschwerdeführerin Ziff. 1 mit Beschluss vom 27. Oktober 2015 ab und verpflichtete Letztere unter Androhung von Vollstreckungsmassnahmen zur Räumung des Lagerplatzes innert sechs Monaten seit Rechtskraft des Beschlusses. Dieser Beschluss wurde mit RRB Nr. 860/2016 vom 18. Oktober 2016 geschützt. Die dagegen erhobene Verwaltungsgerichtsbeschwerde wurde infolge Rückzugs am 17. März 2017 als gegenstandslos am Protokoll abgeschrieben. Dieser Entscheid ist spätestens Ende April 2017 in Rechtskraft erwachsen. Die Frist zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands lief entsprechend bis spätestens Ende Oktober 2017. Die Beschwerdeführerin Ziff. 1 reichte im März 2017 ein neues Baugesuch ein. Damit ging das neue Baugesuch der Beschwerdeführerin Ziff. 1 innerhalb der laufenden Frist von sechs Monaten zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands ein.

5.2 Der Gemeinderat beurteilt das Baugesuch der Beschwerdeführerin Ziff. 1 positiv. Unter Vorbehalt des kantonalen Gesamtentscheids stehe

## B 8.6

einer Baubewilligung nichts im Wege. (...). Von einer bloss auf Zeitgewinn ausgerichteten, materiell aussichtslosen Eingabe kann keine Rede sein. Angesichts dessen, dass die Beschwerdeführerin Ziff. 1 innert der laufenden Frist zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands ein neues Baugesuch einreichte und der Gemeinderat dieses als bewilligungsfähig beurteilt, würde die unverzügliche Durchsetzung der angeordneten Wiederherstellungsmassnahmen, vor Rechtskraft des Entscheids über das neuerlich eingereichte Baugesuch, gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung mit dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit in Konflikt geraten.

(VGE III 2017 219+220 vom 23. Februar 2018).

### 8.6 Wiederherstellung

- *Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes nicht zu Wohnzwecken bewilligter Räumlichkeiten trotz gutgläubigen Erwerbs.*

*Aus den Erwägungen:*

3.3 Der Regierungsrat erkannte zutreffend, dass die aktuelle Nutzung der Stockwerkeinheit des Beschwerdeführers als Wohnung materiell rechtswidrig ist, da die Vorschriften (gemäss dem damals geltenden kommunalen Baureglement [BauR] bzw. dem damals geltenden Baugesetz [a-BauG] vom 30.4.1970) bezüglich Wohnhygiene nicht eingehalten sind. Die Stockwerkeinheit des Beschwerdeführers weist eine Fläche von ca. 13 m<sup>2</sup> auf. Entgegen den gesetzlichen Vorschriften verfügt sie über kein seitliches Fenster, sondern lediglich über ein Oblicht in Form eines Lichtschachtes. Hinzu kommt, dass der Lichtschacht lediglich eine Fläche von ca. 0.3 m<sup>2</sup> aufweist und die Fensterfläche damit nicht dem gesetzlich vorgeschriebenen 1/10 der Fläche der Stockwerkeinheit entspricht.

Der Gemeinderat macht keine Ausführungen dazu, ob die formelle bzw. materielle Baurechtswidrigkeit durch eine nachträgliche Ausnahmbewilligung geheilt werden könnte. Der Regierungsrat hat dies konkludent verneint, was zutreffend ist. Die Einhaltung der wohngyienischen Vorschriften entspricht einem gewichtigen öffentlichen Interesse, weshalb eine allfällige Ausnahmbewilligung bereits aus diesem Grund zu verweigern ist. Hinzu kommt, dass bei einer Bewilligung erhebliche Interessen von Nachbarn verletzt würden. (...).



## 3.4 (...).

4.4 Der Beschwerdeführer beruft sich bezüglich der Nutzung der Stockwerkeinheit auf seine Gutgläubigkeit. Auch wenn dem Beschwerdeführer zuzuerkennen ist, dass er die Wohnung gutgläubig erwarb und nutzte, vermag ihm dies vorliegend nicht zu helfen. Der rechtswidrigen Nutzung stehen gewichtige öffentliche Interessen entgegen (vgl. Erw. 3.3), die eine Duldung bzw. Beibehaltung des rechtswidrigen Zustandes verunmöglichen. Beizupflichten ist dem Beschwerdeführer aber dahingehend, dass Kaufverträge mit welchen Käufern suggeriert wird, sie würden ein zu Wohnzwecken bewilligtes Grundstück/Stockwerkeigentum erwerben, mit dem Grundsatz von Treu und Glauben im (privaten) Geschäftsverkehr kollidieren können (BGE 130 III 686 Erw. 4.3.1; Bundesgerichtsurteil 4A\_461/2016 vom 10.2.2017 Erw. 3.4, 4.2; vgl. auch VGE III 2017 67 vom 28.8.2017 Erw. 4.5.7). Indes ist dies im vorliegenden Verfahren grundsätzlich nicht relevant. Hieraus kann der Beschwerdeführer mit Blick auf den Vertrauensschutz im öffentlichen Recht nichts zu seinen Gunsten herleiten.

(...).

Im Übrigen bringt der Beschwerdeführer zu Recht nicht vor, ihm sei von Seiten der Behörden eine Zusicherung abgegeben worden, er dürfe seine Stockwerkeinheit zu Wohnzwecken nutzen. Wenn der Beschwerdeführer die Zulässigkeit implizit daraus ableiten möchte, dass im Reglement der Stockwerkeigentümerschaft vermerkt sei, disponible Räume dürften zu Wohn- wie auch zu Gewerbebezwecken verwendet werden, dass der Keller im Grundbuch als eigenes Grundstück aufgenommen sei und dass er immer den Eigenmietwert versteuert habe, so ist dies unbehelflich. Aus den genannten Tatbeständen lassen sich keine Rückschlüsse auf den öffentlich-rechtlichen Bewilligungsstatus ableiten und die Kenntnisse einer anderen Behörde sind irrelevant. Diesbezüglich kann auf die zutreffenden und ausführlichen Erwägungen des Regierungsrates verwiesen werden (RRB Nr. 870/2017 vom 21.11.2017 Erw. 4.4, 5; vgl. auch VGE III 2017 67 vom 28.8.2017 Erw. 4.3.1).

Der Beschwerdeführer kann sich demnach nicht auf den Vertrauensschutz berufen. Entsprechend liegt kein Verstoss gegen den Grundsatz von Treu und Glauben gemäss Art. 5 Abs. 3 BV vor.

(VGE III 2017 234 vom 23. Mai 2019).

## B 8.7

### 8.7 Kosten der Sanierung einer Deponie: Regelung der Verfahrenskosten

- *Die Verfahrenskosten für die Regelung der Kostenverteilung der Sanierung einer Deponie sind anteilmässig den die Sanierungskosten tragenden Parteien aufzuerlegen.*

*Aus den Erwägungen:*

1.2.1 Das Amt für Umwelt (AfU) hat in der Kostenverteilungsverfügung zu den Verfahrenskosten u.a. was folgt festgehalten:

Die Verwaltungsgebühren sind gemäss der Gebührenverordnung für die Verwaltung und die Rechtspflege im Kanton Schwyz (SRSZ 173.111; § 1 Abs. 2 in Verbindung mit § 3 und § 5) durch den Verursacher einer Amtshandlung zu tragen. Die Höhe der Gebühr richtet sich nach dem jeweils aktuellen Gebührentarif, welcher durch den Regierungsrat erlassen und im Amtsblatt publiziert wird (vgl. Amtsblatt Nr. 45 2013 vom 8. November 2013, S. 2550 ff.). Danach werden für Tätigkeiten des Amtes für Umweltschutz im Bereich von Feststellungs- und Sanierungsverfügungen bis Fr. 10'000.-- erhoben. Da sich die Erarbeitung des vorliegenden Kostenverteilers sehr aufwändig und zeitintensiv gestaltete, ist es gerechtfertigt, die Gebühren für die vorliegende Verfügung entsprechend hoch festzusetzen.

(...).

1.3.2 § 72 VRP regelt die Kostenaufgabe. Die Kosten für den Erlass von Verfügungen trägt in der Regel die Partei, welche den Erlass verlangt hat (Abs. 1). Die Kosten für den Erlass eines Entscheides werden in der Regel der unterliegenden Partei überbunden (Unterliegerprinzip). Unterliegt sie nur teilweise, werden die Kosten auf die Parteien anteilmässig verteilt (Abs. 2). Die obsiegende Partei kommt für die Kosten auf, die sie durch ein pflichtwidriges Verhalten im Verfahren verursacht hat (Abs. 3; Verursacherprinzip). Das Unterliegerprinzip hat auch bei einem Prozessentscheid allgemein Geltung.

Unterlieger- und Verursacherprinzip gelten für die Kostenaufgabe nicht umfassend, sondern erfahren vor allem aus Billigkeitsgründen Einschränkungen, so wenn zum Beispiel eine unterliegende Partei in guten Treuen ein Rechtsmittel ergriffen hat, oder bei einer unvorhersehbaren Praxisänderung, oder bei der Klärung einer schwierigen, gesetzlich nicht geregelten Rechtsfrage bei nicht abschätzbaren Erfolgsaussichten etc. (VGE 719/03 vom 6.2.2004 Erw. 1.3). Die Entscheidbehörde hat deshalb Spielraum,

um bei besonderen Umständen die Prozesskosten nach Ermessen, d.h. nach Billigkeitserwägungen, zu verlegen. Im Sinne der Einzelfallgerechtigkeit kann die Belastung mit Prozesskosten zugunsten der unterlegenen bzw. zulasten der obsiegenden Partei verschoben werden. Wenn die Kosten keinem Verfahrensbeteiligten auferlegt werden können, besteht ferner die Möglichkeit, sie der Vorinstanz aufzuerlegen oder auf die Kasse der Entscheidungsinstanz zu nehmen (Kaspar Plüss, in: Kommentar VRG, 3.A., Zürich/Basel/Genf 2014, § 13 N 63 m.w.H.).

Eine Abweichung vom Unterliegerprinzip ist u.a. möglich, wenn eine Partei die Prozesskosten durch verspätetes Vorbringen wichtiger Tatsachen und Beweismittel unnötig vermehrt hat; in einem solchen Fall braucht noch nicht zwingend eine Pflichtwidrigkeit im Sinne eines Verstosses gegen eine (Prozess-)Rechtsnorm vorzuliegen (VGE 719/03 vgl. A. Gadola, Das verwaltungsinterne Beschwerdeverfahren, Zürich 1991, S. 461f). Wird vom Unterliegerprinzip abgewichen, so hat dies die Rechtsmittelinstanz im Kostenentscheid zu begründen (vgl. A. Gadola, a.a.O., S. 462).

#### 1.4 (...).

2.3.1 Gemäss Art. 32d Abs. 4 USG erlässt die Behörde eine Kostenverteilungsverfügung, wenn einerseits ein Verursacher dies verlangt oder andererseits die Behörde die Massnahme selber durchführt. Ein Gesuch wird ein Verursacher in der Regel dann stellen, wenn die von ihm vorfinanzierten Kosten seine mutmassliche Verursachungsquote übersteigen (vgl. Realleistungs- und Kostentragungspflicht - Ein schrittweises Vorgehen bei der Bestimmung von Realleistungs- und Kostentragungspflichten nach dem Altlastenrecht, Bundesamt für Umwelt, Bern 2009, Umwelt-Vollzug Nr. 0905: 43 S. 32 Rz 5.6.2, abrufbar unter <https://www.bafu.admin.ch>, zuletzt besucht am 31.8.2018).

2.3.2 Vorliegend hat die Beschwerdeführerin als Massnahmepflichtige die gesamten Kosten (unter Abzug der VASA-Beiträge) vorgeschossen. Sie hat eine Summe bezahlt, die ihren Verursachungsanteil überstieg, womit sie einen Rückerstattungsanspruch gegenüber dem Gemeinwesen hat. Die Gemeinde wiederum hat die übrigen Verursacher in die Pflicht zu nehmen und bei diesen die von ihnen zu tragenden Kostenanteile einzufordern.

Die Annahme, ein allfälliger Mitverursacher, der bis anhin keine Kosten zu übernehmen hatte (oder einen geringeren Betrag als gemäss seiner eigenen Einschätzung), würde eine Kostenverteilungsverfügung verlangen, ist illusorisch. Ebenso ist nicht davon auszugehen, dass ein Gemeinwesen

## B 8.7

von sich aus dem Verursacher, der die Kosten vorgeschossen hat, diese freiwillig und ohne Abklärung des Anteils - auch Dritter - an der Verursachung (vgl. Art. 32d Abs. 2 USG) vergütet wird. Ein Dritter, der anstelle des Verursachers, der die Kosten vorgeschossen hat, um den Erlass einer Kostenverfügung ersuchen könnte, ist schlichtweg nicht denkbar.

Bei dieser Sachlage und allgemeiner Erfahrung ist es geradezu stossend, unter Bezugnahme auf § 72 Abs. 1 VRP dem die Kosten bevorschussenden Verursacher die Gebühren für den Erlass der Kostenverteilungsverfügung vollumfänglich oder jedenfalls zu erheblichen Teilen aufzuerlegen, nur aufgrund der Tatsache, dass er zu seinem Recht (sprich zur gesetzmässigen Rückerstattung der von ihm auch für allfällige Drittverursacher bevorschussten Kosten) kommen will. § 72 Abs. 1 VRP kann in jedem Fall nicht zur Anwendung kommen, wenn die Behörde die Massnahme selber durchführt und entsprechend über die Kostenverteilung verfügt (Art. 32 Abs. 4 USG). In diesem Fall bleibt mangels eines Antragsstellers nur der Verzicht auf eine Kostenverlegung oder aber eine Kostenverlegung in analoger Anwendung von § 72 Abs. 2 VRP.

2.3.3 Das AfU begründete die je hälftige Kostenverlegung auf die Gemeinde und die Beschwerdeführerin mit dem Verursacherprinzip (§ 5 GebO). Durch die Gesuchseinreichung sei eine Amtshandlung veranlasst worden, die beispielsweise durch eine Lösung unter den Parteien selbst hätte vermieden werden können.

Dieser Auffassung kann einerseits deshalb nicht gefolgt werden, weil das Gesuch um Erlass einer Kostenverteilungsverfügung die Behörde nicht gehindert hätte, die Parteien aufzufordern, vorerst eine Konsenslösung zu finden. Andererseits ist aber das AfU von Gesetzes wegen zuständig für die Verfügung über die Kostenverteilung (§ 64 Abs. 2 lit. h der Vollzugsverordnung zum Einführungsgesetz zum Umweltschutzgesetz [VVzUSG; SRSZ 711.111] vom 3.7.2001). Ein Bemühen um eine vorgängige einvernehmliche Lösung wird nicht vorausgesetzt. Zudem und insbesondere setzt eine gesetzeskonforme Kostenverteilung hohe fachliche Kenntnisse voraus, wie sie Laien in der Regel nicht zu erbringen vermögen.

2.3.4 Als adäquate und sachgerechte Lösung drängt es sich auf, die Kosten den von der Kostenverteilung betroffenen Parteien anteilmässig (d.h. nach Massgabe der von ihnen zu tragenden Kosten gemäss Art. 32d Abs. 1 USG) aufzuerlegen. Einerseits wird damit sinngemäss dem Prinzip von Obsiegen und Unterliegen Rechnung getragen; zum andern findet mit der Kostenteilungsverfügung eine Sanierung, die im Wesentlichen aus Un-

tersuchungs-, Überwachungs- und Sanierungsmassnahmen mit den entsprechenden Kosten besteht, gewissermassen ihren Abschluss. Auch dies rechtfertigt eine solche Verlegung der Verfahrenskosten. Dies bedeutet, dass infolge der regierungsrätlichen Rückweisung der Sache ans AfU zur ergänzenden Sachverhaltsabklärung und zur Neuurteilung der Verlegung der Sanierungskosten auch die Kosten für die neue Kostenverteilungsverfügung analog den Sanierungskosten zu verlegen sind.

(VGE III 2018 115 vom 19. September 1918).

---

## 9. Enteignungsrecht

---

### 9.1 Materielle und formelle Enteignung

- *Eine Untertunnelung kann einen Eingriff ins Eigentum des Grundeigentümers bedeuten.*
- *Die zwangsweise Auferlegung von Dienstbarkeiten und der Entzug nachbarlicher Abwehransprüche zugunsten eines öffentlichen Werk-eigentümers gelten als formelle Enteignung.*
- *Von der zwangsweisen Auferlegung eines dinglichen Rechts zu unterscheiden ist die rein planerische Nutzungseinschränkung, die in der Regel entschädigungslos hinzunehmen ist.*
- *Der Eingriff ins Eigentum durch die Untertunnelung und die Enteignung der Abwehrrechte stellt keine bloss planerische Nutzungseinschränkung dar.*

*Aus dem Sachverhalt:*

Die Beschwerdeführer besitzen Liegenschaften in der Wohnzone W2B (Wohnzone mit mittlerer Ausnützung), die vollständig innerhalb der Baulinie II für den kantonalen Nutzungsplan „Südumfahrung Küssnacht Abschnitt 1“ liegen. Eine Liegenschaft ist überbaut; für die andere wurde eine Baubewilligung erteilt. Der Neubau musste Vorgaben des Nutzungsplanes „Südumfahrung Küssnacht Abschnitt 1“ beachten. Die Beschwerdeführer stellten bei der Kant. Schätzungskommission das Begehren um Feststellung einer materiellen Enteignung und einer Entschädigung. Die Kant. Schätzungskommission entschied, dass in Bezug auf die Auflagen als Folge des Baus des Tunnels Burg gemäss kantonalem Nutzungsplan

## B 9.1

„Südumfahrung Küssnacht Abschnitt 1“ bezüglich der Grundstücke der Beschwerdeführer keine materielle Enteignung vorliege. Vor Verwaltungsgericht beantragen die Beschwerdeführer erneut die Feststellung einer materiellen Enteignung sowie eine Entschädigung.

### *Aus den Erwägungen:*

3.1 Es stellt sich vorliegend zunächst die Frage, ob die Untertunnelung des Grundstückes der Beschwerdeführer überhaupt zu einem Eingriff in ihre Eigentumsrechte führt.

Gemäss Art. 667 Abs. 1 des Zivilgesetzbuches (ZGB, SR 210) erstreckt sich das Eigentum an Grund und Boden nach oben und unten auf den Luftraum und das Erdreich, soweit für die Ausübung des Eigentums ein Interesse besteht.

Wie gross diese räumliche Ausdehnung ist, lässt sich gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung nicht in allgemein gültiger Weise festlegen, sondern bestimmt sich von Fall zu Fall nach den konkreten Umständen und dem schutzwürdigen Interesse des Eigentümers, diesen Raum selbst zu nutzen oder zu beherrschen und das Eindringen anderer abzuwehren. Das Bundesgericht hat es daher – in der zivilrechtlichen und in der enteignungsrechtlichen Praxis – stets abgelehnt, generell zu bestimmen, auf welcher Höhe z.B. ein Flugzeug in die Interessenssphäre der Grundeigentümer und damit in das Grundeigentum selbst eindringe. Dies hänge von der Nutzung und Lage der konkret betroffenen Liegenschaft, aber auch von der Art und Grösse der Flugzeuge und den entsprechenden Auswirkungen des Überflugs ab (vgl. BGE 131 II 137 Erw. 3.1.2, Erw. 3.2.2 und 3.2.3; Urteil 1E.9/2007 des Bundesgerichts vom 28.4.2008 Erw. 4.1). Gleiches gilt gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung auch für die Nutzung des Untergrunds. Fest steht, dass das Grundeigentum nicht weiter in die Tiefe reicht, als sich der Grundeigentümer über ein entsprechendes Interesse ausweisen kann (Urteil Bundesgericht 1C\_27/2009 vom 17.9.2009 Erw. 2.4). Ein entsprechendes schutzwürdiges Interesse besteht auch dann, wenn der Grundeigentümer den Untergrund nicht selbst nutzt, sich aber gegen Tätigkeiten Dritter wehren will, die sich für die Nutzung seiner Liegenschaft nachteilig erweisen könnten, indem sie zum Beispiel eine Geländesenkung verursachen (BGE 132 III 353 Erw. 2.1; Praxis 2/2007 Nr. 18 Erw. 2.1). Ein schutzwürdiges Interesse besteht mithin insoweit, als der Eigentümer den Raum über bzw. unter dem Erdboden beherrscht oder Eingriffe Dritter in diesen Raum die Nutzung des Grundstücks beeinträchtigen. In diesem Rahmen kommt dem

Eigentümer eine Betätigungs- bzw. Abwehrbefugnis zu. Er kann das Eigentum in einer bestimmten Weise ausüben (Beherrschungsinteresse) und gemäss Art. 641 Abs. 2 ZGB jede ungerechtfertigte Einwirkung abwehren (Hrubesch-Millauer/Graham-Siegenthaler/Robert, Sachenrecht, 5.A., Rz. 06.28 f. m.H.). Entsprechend wird ein schützenswertes Interesse verneint, wenn z.B. ein Tunnel in einer solchen Tiefe gegraben wird, dass Erschütterungen, Senkungen der Fundamente oder weitere Einwirkungen ausgeschlossen sind (Urteil Bundesverwaltungsgericht A-235/2008 vom 25.11.2008 Erw. 4.2 m.H.). E contrario ist ein schützenswertes Interesse zu bejahen, wenn der Bau des Tunnels zu Erschütterungen, Senkungen oder anderen Auswirkungen auf den darüber liegenden Grundstücken führen kann.

Die Verfügungsgewalt über den restlichen Teil des Erdkörpers – also den weiteren, vom Interesse des Grundeigentümers nicht geschützten Untergrund – steht dem Staat zu (Urteil Bundesgericht 1C\_27/2009 vom 17.9.2009 Erw. 2.4). Für die Beanspruchung dieses Teiles des Untergrundes muss keine Enteignung durchgeführt bzw. keine Dienstbarkeit errichtet werden.

[...]

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

3.2.1 Wie bereits erwähnt, liegen die Grundstücke der Beschwerdeführer praktisch vollständig im Bereich des Kantonalen Nutzungsplanes Südumfahrung Küssnacht Abschnitt 1. Gemäss § 4 Abs. 1 der entsprechenden Verordnung (in Kraft gesetzt am 21. Oktober 2011) werden zur Sicherung des oberirdischen und unterirdischen Strassenprojekts sowie seiner Anschlüsse Baulinien festgelegt. Innerhalb der Baulinien I, II und III dürfen keine Bauten und Anlagen erstellt werden, die dem Zweck der Baulinie widersprechen. Insbesondere darf innerhalb der Baulinien II und III der Untergrund nicht derart genutzt werden, dass der Bau und Betrieb des Strassentunnels gestört oder verunmöglicht wird. Gemäss § 4 Abs. 3 dürfen innerhalb der Baulinie II nur Bauten und Anlagen erstellt werden, die eine setzungsunempfindliche Konstruktion aufweisen und die mit keinem Bauteil einschliesslich der Fundamente mehr als 4 m unterhalb des gewachsenen Terrains zu liegen kommen.

## B 9.1

3.2.2 Im (ebenfalls den Tunnelbau der Südumfahrung Küsnacht Abschnitt 1 betreffenden) VGE III 2015 35 vom 28. Mai 2015 hat das Verwaltungsgericht erwogen, mit dem Erlass des Nutzungsplanes werde nicht unmittelbar das Enteignungsrecht eingeräumt. Der Nutzungsplan bilde die Basis für das nachfolgende Enteignungsverfahren; der Eigentumserwerb bzw. der Erwerb der erforderlichen dinglichen Rechte durch den Kanton für die Erstellung von Strassenbauten habe somit auf dem Weg der formellen Enteignung zu geschehen. Der Erlass des Nutzungsplanes sei dabei nicht mit einer generellen Umzonung oder einer Abzonung im Rahmen einer Zonenplanrevision zu vergleichen; vielmehr gehe es um eine bauliche Beanspruchung des Grundstückes durch den Kanton. Im Übrigen könnten reine Planungsmassnahmen – bei gegebenen Voraussetzungen – auch eine materielle Enteignung darstellen. Das Gericht liess es dabei ausdrücklich offen, ob Grundeigentümer im Baulinienbereich II entweder im Rahmen einer formellen oder im Rahmen einer materiellen Enteignung zu entschädigen seien (VGE III 2015 35 vom 28.5.2015 Erw. 4.3).

3.3 Die Beschwerdeführer haben mit dem Baugesuch eine „Kurzbeurteilung Baulinie II“ der I. Ingenieure AG vom 2. Februar 2011 eingereicht, in welcher dargelegt wird, dass eine setzungsunempfindliche Foundation erstellt werde (Ausführung des Untergeschosses und des Erdgeschosses als „starrer Kasten“ in Stahlbeton, möglichst gleichmässige Flächenbetonung, erdberührende Aussenwände und tragende Zwischenwände aus Stahlbeton). Unter Fazit wird in der Beurteilung ausgeführt:

### Setzungsempfindlichkeit

Die Lastabtragung des Gebäudes erfolgt mittels Flachfundation. Aufgrund der Tragkonstruktion des Unter- und Erdgeschosses aus Stahlbeton können die auftretenden Einwirkungen gleichmässig in den Untergrund abgetragen werden. Differenzierte Setzungen können somit in einem gewissen Umfang mit entsprechender Bewehrung aufgefangen werden.

### Bauteil unter Terrain

Die maximale Bauteiltiefe unter Terrain liegt bei rund 5 m. Sie übersteigt somit die geforderten 4 m. Aufgrund der Überdeckung der geplanten Südumfahrung von rund 8.50 m (Scheitel Tunnel bis UK Einstellhalle) tangiert das geplante Bauvorhaben auf Parz. F. die Südumfahrung nicht. Im Nutzungsplan geht man davon aus, dass die Überdeckung zwischen 4 m und 11 m liegt. Das geplante Bauvorhaben liegt im oberen Bereich.

In der Baubewilligung des Bezirkes vom 11. Mai 2011 wird – obwohl der kantonale Nutzungsplan Südumfahrung Küsnacht zum damaligen Zeitpunkt noch nicht in Kraft war – die Auflage des Nutzungsplans für die Baulinie II als verbindlich erklärt. Die Auflage beruht auf dem Gesamtent-



scheid des ARE vom 21. April 2011, mit welchem die kantonale Baubewilligung unter folgenden Auflagen und Nebenbestimmungen erteilt wurde:

Sollten infolge eines Baugrubenabschlusses Bauteile (z.B. Rühlwand, Anker etc.) unterhalb fünf Meter vom Terrain im Boden verbleiben, ist ein separates Baugrubenkonzept zur detaillierten Überprüfung von der Bauherrschaft einzureichen.

Die Bauherrschaft muss den Nachweis der setzungsunempfindlichen Konstruktion erbringen. (...). Die dafür notwendigen statischen und konstruktiven Nachweise sind dem Tiefbauamt Kanton Schwyz (...) mindestens vier Wochen vor Baubeginn zur Prüfung einzureichen.

Mit den Bauarbeiten darf erst nach der Baufreigabe durch das Tiefbauamt des Kantons Schwyz begonnen werden.

Nach Vorliegen der Baubewilligung und vor Baubeginn veranlassten die Beschwerdeführer Sondierbohrungen auf dem Baugrundstück, um noch offene Fragen zur Foundation und zur Böschungssicherheit abzuklären. Diese geologischen Abklärungen ergaben, dass bis in eine Tiefe von 6 m unter Terrain locker bis sehr locker gelagerte Schwemmsedimente vorhanden sind, welche stark setzungsempfindlich seien. Im entsprechenden Bericht der J., Geologische Beratungen, vom 7. Oktober 2011 wird ausgeführt, unter „normalen“ Umständen würde eine Pfahlfoundation auf den harten Seeablagerungen (diese Schicht beginnt gemäss Bericht ab ca. 11 m unter dem gewachsenen Terrain) die ideale Lösung für die Foundation darstellen. Dies sei jedoch nicht möglich, da das Trasse der Südumfahrung von Küssnacht unter diesem Grundstück in einer Tiefe von ca. 10 m verlaufen werde. Im geologischen Bericht wird empfohlen, mit einem allfälligen Materialersatz die Setzungen auf ein vertretbares Mass zu reduzieren. Nach weiteren Abklärungen wurde für die Foundation eine Projektergänzung zur Bewilligung eingereicht, wobei eine Foundation mit Rüttelstopfsäulen vorgesehen wurde.

Das ARE hat mit Gesamtentscheid vom 1. Februar 2012 (Eröffnung mit der Baubewilligung der Baukommission Küssnacht vom 14.2.2012) die Projektergänzung unter Auflagen bewilligt. U.a. wurden folgende Auflagen angeordnet:

Die maximale Herstelltiefe der Schottersäulen muss auf 456.00 müM begrenzt werden.

Die Herstellprotokolle der RSV-Säulen sind vor Inangriffnahme der Arbeiten für die Bodenplatte dem TBA/Realisierung im Doppel abzugeben. (...).

Der Neubau muss als setzungsunempfindliche Konstruktion erstellt werden (§ 4 Abs. 3 Verordnung zur kNP). Die Ausbildung hat so zu erfolgen, dass

## B 9.1

die Setzungen und Setzungsdifferenzen infolge Herstellung und Einwirkungen des Gebäudes sowie der Tunnelherstellung gemäss den drei beigelegten Verformungsdiagrammen (...) aufgenommen werden können.

In der Begründung wird ausgeführt, die geplante Baugrundverbesserung mittels Rüttelstopfverdichtungssäulen aus Schotter wirke sich nicht negativ auf den Tunnel „Burg“ aus.

Mit Bericht vom 18. Januar 2018 hat die E. Ingenieure AG zu Händen des Beschwerdeführers zur Frage der Foundation nochmals Stellung genommen, wobei insbesondere auf Einwände des Tiefbauamtes eingegangen wurde. Dabei halten sie fest:

1. Aufgrund der Gegebenheit, dass die Parzellenfläche vollständig innerhalb der Baulinie II liegt, würde ein auf Pfählen gegründeter Riegelrost über die Parzellengrenze hinausstossen und sehr grosse Spannweiten annehmen. Des Weiteren liegen die Kosten dieser Variante deutlich höher als bei der gewählten Variante wodurch dieser Lösungsansatz verworfen wurde.
2. Das gewählte System mit Rüttelstopfsäulen entspricht quasi einem Materialersatz. Da hier der Markt äusserst eingeschränkt ist, konnte keine preislich breit abgestützte Ausschreibung durchgeführt werden.
3. Die Forderung der Setzungsunempfindlichkeit aus dem KNP innerhalb der Baulinie II wurde mittels Bodenverbesserung durch Möglichkeit der Ausführung von Rüttelstopfsäulen, ergänzt mit den zusätzlich ausgeführten biegesteifen Betonriegeln unter der Bodenplatte und den stärker bewehrten Betonwänden in den Untergeschossen erreicht.

3.4 Aus den vorstehenden Ausführungen ergibt sich, dass die Untertunnelung des Baugrundstückes – auch wenn der Abstand zwischen dem gewachsenen Terrain des Baugrundstückes und dem Tunnelscheitel 13 m beträgt – offenkundig in das schutzwürdige Interesse der Grundeigentümer eingreift; sie stellt damit einen Eingriff ins Grundeigentum der Beschwerdeführer dar. Einerseits ergibt sich dies durch die Verpflichtung der Grundeigentümer, nur Bauten in setzungsunempfindlicher Konstruktion zu erstellen. Diese Verpflichtung resultiert einzig aus der Untertunnelung. Die Untertunnelung schränkt die Nutzung des Baugrundstückes insofern ein, als dass nicht gemäss geltender baurechtlicher Grundordnung gebaut werden kann, sondern spezielle Schutzmassnahmen zu Gunsten des Tunnels errichtet werden müssen. Andererseits ergibt sich ein Eingriff in das schützenswerte Interesse der Grundeigentümer auch dadurch, dass die aufgrund des lockeren Baugrundes erforderliche Pfählung nicht mit einer „normalen“ Pfahlfundation vorgenommen werden kann, sondern dass infolge der Untertunnelung spezielle Massnahmen (Materialersatz bzw. Rüttelstopfsäulen) ergriffen werden müssen. Die Nutzung des Untergrundes durch den Kanton infolge Untertunnelung erweist sich auch insofern für

die Nutzung der Liegenschaft der Beschwerdeführer als nachteilig bzw. beeinträchtigt die Nutzung ihres Grundstückes.

Nachdem die Untertunnelung einen Eingriff in das schutzwürdige Interesse der Grundeigentümer darstellt, stellt sich die Frage nach dem Entschädigungsanspruch.

4.1 Wird für den Bau eines öffentlichen Werks privates Grundeigentum oder ein dingliches Recht an privatem Grundeigentum in Anspruch genommen, ohne dass es durch den Beansprucher erworben wird, benötigt dieser (in casu der Kanton) eine entsprechende Dienstbarkeit, die er - wie bereits erwähnt, durch Abschluss eines Vertrages auf Errichtung einer Dienstbarkeit oder auf dem Weg der Enteignung erhalten kann (Hürliemann, Bestellung eines unselbständigen Baurechts an einem Gebäudeteil, BR 2015 S. 338). Dem Grundeigentümer würde bei einem Substanzeingriff in sein Grundeigentum durch die Untertunnelung grundsätzlich das Abwehrrecht nach Art. 641 Abs. 2 ZGB zur Abwehr ungerechtfertigter Eingriffe und zum Anspruch auf Unterlassung von schädlichen Grabungen und Bauten (Art. 685 ZGB) zustehen. Bei Substanzeingriffen von Werken im öffentlichen Interesse, für die der Werkeigentümer zur Enteignung berechtigt ist, können diese Abwehrrechte jedoch nicht ausgeübt werden. Den Betroffenen verbleibt die Möglichkeit, auf dem Enteignungsweg Entschädigung zu fordern (vgl. BGE 131 II 458 Erw. 3.2; BGE 128 II 368 Erw. 2.1, 2.3; Hrubesch-Millauer/Graham-Siegenthaler/Robert, a.a.O., Rz. 06.33). Der Grundeigentümer, in dessen Grundeigentum durch ein Werk im öffentlichem Interesse eingewirkt wird, ist nicht anders gestellt als der Eigentümer oder dinglich Berechtigte, der sich gestützt auf Art. 684 oder 685 ZGB gegen übermässige Immissionen oder schädigende Grabungen des Nachbarn zur Wehr setzen kann, diesen Schutz aber gegenüber dem mit dem Enteignungsrecht ausgestatteten Nachbarn bzw. Werkeigentümer verliert und sich mit einer Enteignungsentschädigung begnügen muss (vgl. BGE 128 II 368 Erw. 2.1 und 2.3).

4.1.1 Das Gesetz sieht entsprechend vor, dass die zwangsweise Auferlegung beschränkter dinglicher Rechte sowie der Entzug der Nachbarrechte auf dem Weg der Enteignung möglich ist (§ 7 Abs. 1 lit. a und b EntG; Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7.A., Rz 2378). Die zwangsweise Auferlegung solcher Dienstbarkeiten stellt eine formelle Enteignung dar (Hänni, Planungs-, Bau- und besonderes Umweltschutzrecht, 6.A., S. 582 N 22 m.H.; Urteil Bundesverwaltungsgericht A-4873/2014 vom 21.10.2015 Erw. 7.2.2). Auch der Entzug nachbarlicher Abwehransprüche zugunsten eines öffentlichen Werkeigentümers gilt als

## B 9.1

formelle Enteignung (BGE 116 Ib 11 Erw. 2; Waldmann in: FHB Verwaltungsrecht, N 27.58; Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7A., Rz 2384). Beim Entzug von Teilrechten des Eigentums erfährt der Eigentumstitel als solcher einen Eingriff, indem zugunsten des Enteigners ein dingliches Recht bzw. ein Nachbarrecht aufgehoben oder ein Servitut begründet wird (vgl. Riva, Kommentar RPG, Art. 5 Rz 121; Aemisegger/Moor/Ruch/Tschannen, Praxiskommentar RPG: Nutzungsplanung, Art. 5 Rz 155).

4.1.2 Zu unterscheiden ist eine zwangsweise Auferlegung eines dinglichen Rechts von einer rein planerischen Nutzungseinschränkung. Eine planerische Nutzungseinschränkung lässt den Eigentumstitel intakt. Das Gemeinwesen erwirbt keine Rechte an der Sache, namentlich keine Dienstbarkeit (Riva, a.a.O., Art. 5 Rz 120). Eine solche planerische Nutzungseinschränkung stellt z.B. ein Baulinienplan dar. Eine solche planerische Nutzungseinschränkung ist in der Regel entschädigungslos hinzunehmen, ausser es liegen eine materielle Enteignung oder ein Sonderopfer vor (vgl. Kiener/Kälin, Grundrechte, S. 290 f.).

4.1.3 Nach ständiger Rechtsprechung liegt eine – gemäss Art. 26 Abs. 2 BV (und Art. 5 Abs. 2 RPG) zu entschädigende – materielle Enteignung vor, wenn dem Eigentümer der bisherige oder ein voraussehbarer künftiger Gebrauch einer Sache untersagt oder in einer Weise eingeschränkt wird, die besonders schwer wiegt, weil der betroffenen Person eine wesentliche aus dem Eigentum fliessende Befugnis entzogen wird. Geht der Eingriff weniger weit, so wird gleichwohl eine materielle Enteignung angenommen, falls einzelne Personen so betroffen werden, dass ihr Opfer gegenüber der Allgemeinheit unzumutbar erscheint und es mit der Rechtsgleichheit nicht vereinbar wäre, wenn hierfür keine Entschädigung geleistet würde. In beiden Fällen ist die Möglichkeit einer zukünftigen besseren Nutzung der Sache nur zu berücksichtigen, wenn im massgebenden Zeitpunkt anzunehmen war, sie lasse sich mit hoher Wahrscheinlichkeit in naher Zukunft verwirklichen (BGE 131 II 728 Erw. 2; Urteil BGer 2C\_461/2011 vom 9.11.2011 Erw. 4.1). In diesem Sinne hat das Bundesgericht eine Entschädigungspflicht verneint bei Verminderung der baulichen Ausnützung um ca. einen Drittel (BGE 97 I 632), Herabsetzung der Ausnützung um ca. drei Viertel (ZBI 86/1985 S. 211), einer Reduktion der Ausnützungsziffer von 0,8 auf 0,6 (BGE 114 Ib 112 Erw. 6b S. 121), einer Nutzungseinbusse zufolge neuer Bau- und Niveaulinien von rund einem Drittel (ZBI 98/1997 S. 368) und einer Herabsetzung der Baumassenziffer von 1,9 auf 1,6 (Urteil BGer 1C\_349/2011 vom 9.1.2012 Erw. 3.5 m.H.). Auf

diese Rechtsprechung wird im angefochtenen Entscheid korrekt hingewiesen. Dass Werteeinbussen durch rein planerische Einschränkungen in der Regel nicht zu entschädigen sind, wird in der Lehre damit begründet, dass der Staat solche Eigentumseinschränkungen in der Regel als Schiedsrichter anordnet, dem die Aufgabe übertragen ist, einen Ausgleich zwischen entgegengesetzten öffentlichen und privaten Interessen zu schaffen. Tritt der Staat in dieser Weise als desinteressierter Gestalter einer differenzierten Eigentumsordnung auf, schuldet er für sein Handeln keine Entschädigung (Riva, a.a.O., Art. 5 Rz 137; vgl. auch Plüss, Enteignungsrechtliche Tatbestände und Entschädigungskriterien, ZBI 2009, S. 552). Anders verhält es sich, wenn der Staat seine hoheitlichen Befugnisse dafür einsetzt, um sich oder der Allgemeinheit klar fassbare Vorteile bzw. einen volkswirtschaftlichen Nutzen zu verschaffen. Eine derartige Indienstnahme privaten Eigentums ist als Indiz für eine mögliche Enteignungsähnlichkeit der Massnahme zu werten (vgl. Riva, a.a.O., Art. 5 Rz 137; Plüss, a.a.O., S. 552).

4.2.1 Vorliegend wurde das Grundeigentum der Beschwerdeführer nicht nur planerisch durch den Erlass einer Baulinie eingeschränkt, sondern es findet mit dem Tunnelbau ein Eingriff ins Grundeigentum statt, mit welchem der Staat sich für die Allgemeinheit Vorteile verschafft. Die Belastung der Grundstücke allein durch eine Baulinie wäre nach dem Gesagten grundsätzlich entschädigungslos zu dulden, sofern die Grundstücke – wie vorliegend – weiterhin bestimmungsgemäss und wirtschaftlich sinnvoll genutzt werden können. Das Grundstück des Beschwerdeführers Ziff. 1 wurde zwischenzeitlich mit einem Zweifamilienhaus überbaut, wobei auch ein Kellergeschoss/Garage erstellt werden konnte. Das Grundstück der Beschwerdeführerin Ziff. 2 ist bereits überbaut. Die Baulinie führt auch bei ihrem Grundstück zu Einschränkungen der Bebaubarkeit in Bezug auf die Möglichkeit der Unterkellerung, wobei bis 4m unterhalb des gewachsenen Terrains gebaut werden kann und damit auch ein Kellergeschoss erstellt werden könnte. Die wirtschaftliche Nutzung der Grundstücke der Beschwerdeführer wird damit durch die Baulinie allein nicht derart schwer eingeschränkt, dass von einer materiellen Enteignung gesprochen werden kann. Zudem stellt sich vorliegend die Frage, ob ein Sonderopfer-Tatbestand (vgl. Waldmann in: FHB Verwaltungsrecht, N 27.18, BGE 131 II 728 Erw. 2; 212 II 317 Erw. 12d) vorliege, nicht, nachdem ein Entschädigungsanspruch gemäss nachfolgenden Erwägungen aus formeller Enteignung zu bejahen ist. Indem der vorinstanzliche Entscheid das Vorliegen einer materiellen Enteignung verneint, ist er daher nicht zu beanstanden.

## B 9.1

4.2.2 Der Eingriff ins Grundeigentum durch die Untertunnelung und die Enteignung der Abwehrrechte stellt hingegen keine bloss planerische Nutzungseinschränkung dar. Vielmehr werden durch die Untertunnelung Teilrechte entzogen, indem zugunsten des Tunneleigentümers ein Servitut begründet wird (zwangsweise Belastung des Privateigentums mit einem beschränkten dinglichen Recht) und das aus dem Grundeigentum hervorgehende nachbarrechtliche Abwehrrecht gegen die Untertunnelung bzw. die Folgen der Untertunnelung nicht ausgeübt werden kann. Dies wird als zwangsweise Errichtung einer Dienstbarkeit verstanden, die auf dem Grundstück des Betroffenen zugunsten eines öffentlichen Werkeigentümers errichtet und demzufolge als formelle Enteignung behandelt wird (vgl. Waldmann in: FHB Verwaltungsrecht, N 27.58). Der Entzug dieser Teilrechte ist verbunden mit der Pflicht der Grundeigentümer, Bauten auf ihren Grundstücken in setzungsunempfindlicher Konstruktion zu erstellen und die Möglichkeit, eine „normale“ Pfahlfundation durchzuführen, wurde entzogen. Ein solcher Eingriff stellt im Ergebnis eine formelle Enteignung dar.

4.2.3 Der Tatbestand der formellen Enteignung ist von jenem der materiellen Enteignung abzugrenzen. Beide Tatbestände unterscheiden sich nicht nur hinsichtlich ihrer Anspruchsvoraussetzungen, sondern auch bezüglich des Verfahrens ihrer Geltendmachung (Waldmann in: FHB Verwaltungsrecht, N 27.57). In casu ergibt sich aus den von den Parteien auf gerichtliche Nachfrage hin nachgereichten Akten, dass zur Errichtung der für die Untertunnelung erforderlichen Dienstbarkeiten das entsprechende Verfahren für die formelle Enteignung eingeleitet wurde.

4.3.1 Die Beschwerdeführer haben mit Eingabe vom 11. Juli 2013 beim Regierungsrat des Kantons Schwyz das Gesuch um Einleitung des Enteignungsverfahrens wegen Untertunnelung der Grundstücke KTN G und F eingereicht, wobei vorsorglich ein Schaden in Höhe von Fr. 950'000.-- geltend gemacht wurde. Am 3. Juni 2016 fand eine Einigungsverhandlung zwischen Vertretern des Kantons (Baudepartement) und den Beschwerdeführern statt.

Dem Protokoll der Einigungsverhandlung kann entnommen werden, dass das Grundstück KTN G bis auf 6.5 m Tiefe ab Oberkante Terrain bebaut werden könne, was bedeute, dass flächendeckend zwei Untergeschosse realisiert werden könnten. Beim Grundstück KTN F sei eine Aushubtiefe zwischen 4.2 m und 6.3 m möglich. Im Weiteren ergibt sich aus dem Protokoll, dass der Kanton Schwyz für alle durch den Tunnelbau betroffenen Grundstücke ein „unselbständiges unterirdisches Überbaurecht für

die Erstellung, den Bestand und Betrieb des Strassentunnels zu Gunsten KTN L Küssnacht“ errichten möchte, unabhängig davon, ob eine Enteignung vorliegt oder nicht. Für die Abklärung, ob eine Entschädigung zu leisten sei, werde ein externes Gutachten in Auftrag gegeben.

4.3.2 Im Weiteren legten die Parteien im Verfahren einen undatierten Dienstbarkeitsvertrag zwischen dem Beschwerdeführer Ziff. 1 und dem Kanton Schwyz betr. Begründung eines unterirdischen Überbaurechts für den Strassentunnel zu Lasten von KTN G ins Recht, wobei unter dem Titel „Entschädigung“ vereinbart wurde:

1. Für die Einräumung der Dienstbarkeit gemäss Ziffer III. wird keine Entschädigung geleistet.
2. Der Kanton Schwyz bezahlt dem Grundeigentümer für die Mehrkosten des Einbaus der aktuellen Heizanlage, insbesondere wegen der dafür benötigten grösseren Heizräume zufolge Verhinderung einer Wärmepumpe, eine Entschädigung von Fr. 30'000.--, sowie die zu diesem Verfahren entstandenen Anwaltskosten von Fr. 6'000.--, somit insgesamt Fr. 36'000.--.

Unter dem Titel „Weitere Bestimmungen“ wurde im Weiteren u.a. vereinbart:

3. Für den Fall, dass ein Gericht (Verwaltungs- oder Bundesgericht) das hängige Verfahren wegen materieller Enteignung (tunnelbedingte Mehrkosten der Baugrundabdichtung und -sicherung) ins Verfahren der formellen Enteignung verweisen sollte, ist zur Entschädigungsposition „Baugrundabdichtung und -sicherung“ das formelle Enteignungsverfahren neu aufzunehmen, wobei die mit Ziff. IV.2 geleistete Entschädigung an die Gesamtschädigung anzurechnen ist.

Es ist aus den Akten nicht ersichtlich, ob die fragliche Vereinbarung von den Parteien unterzeichnet wurde.

4.3.3 Zwischen der Beschwerdeführerin Ziff. 2 und dem Kanton konnte offenbar keine Einigung betr. Errichtung einer Dienstbarkeit für die Untertunnelung erzielt werden. Eine entsprechende Vereinbarung liegt nicht bei den Akten. Der Regierungsrat hat vielmehr mit Beschluss Nr. 304/2018 vom 24. April 2018 entschieden, dass die Dienstbarkeit (unselbständiges unterirdisches Überbaurecht für die Erstellung, Beibehaltung und den Betrieb eines Strassentunnels inklusive Strasse und der entsprechenden Einrichtung und Anlagen zu Lasten des Grundstückes KTN F, Küssnacht) enteignet werde. Über eine allfällige Entschädigung entscheide die Schätzungskommission (§ 36 EntG).

## B 9.1

4.3.4 Mithin hat der Regierungsrat zu Recht erkannt, dass die Untertunnelung der Grundstücke der Beschwerdeführer die Errichtung einer entsprechenden Dienstbarkeit erfordert. Die Grundstücke der Beschwerdeführer werden durch den Kanton baulich beansprucht, wodurch in ihre Eigentumsrechte eingegriffen wird. Wie bereits erwähnt, sind die entsprechende Rechte gemäss § 25 StraG freihändig oder im Enteignungsverfahren zu erwerben (vgl. auch VGE III 2015 35 vom 28.5.2015 Erw. 4.3).

4.4 Das Enteignungsverfahren ist zweistufig. In der ersten Verfahrensstufe wird verfügt, ob und was enteignet werden darf. Zuständig für diesen Entscheid ist für den Kanton der Regierungsrat (§ 30 Abs. 1 lit. c EntG). Nach Abschluss dieser ersten Stufe schliesst sich das Entschädigungsverfahren an. Kommt keine Einigung über die Entschädigung zustande, ist das Schätzungsverfahren einzuleiten (§ 34 EntG). Zuständig für die Festsetzung der Entschädigung ist die Kantonale Schätzungskommission (§ 35 EntG). Im angefochtenen Entscheid hat die Kantonale Schätzungskommission als Vorinstanz auf Gesuch der Beschwerdeführer hin einzig über das Vorliegen einer materiellen Enteignung entschieden und diese Frage zu Recht verneint. Liegt eine formelle Enteignung vor, liegt daneben – für denselben Tatbestand – in der Regel nicht noch eine materielle Enteignung vor. Ein Nebeneinander von formeller und materieller Enteignung kann zwar vorliegen, wenn eine materielle Enteignung in einem späteren Zeitpunkt von einer formellen Enteignung überlagert wird (vgl. Kessler Coendet, a.a.O., Rz 26.61) oder im Hinblick von Einschränkungen, welche Nachbarn aus Immissionen von öffentlichen Werken erleiden, welche der formellen Enteignung zugerechnet werden, und wenn aufgrund der Immissionen eine Überbaubarkeit dieser Grundstücke nicht mehr möglich ist, was als materielle Enteignung zu werten ist (vgl. Kessler Coendet, a.a.O., Rz 26.60). Anzumerken ist, dass bei einem solchen Nebeneinander von formeller und materieller Enteignung auf jeden Fall keine Kumulierung der Entschädigung stattfindet (vgl. BGE 132 II 475 in Pra 2007 Nr. 102 Erw. 2.5).

Vorliegend liegt jedoch kein solcher Sachverhalt mit einem Nebeneinander von formeller und materieller Enteignung vor. Der Bau des Strassentunnels greift in die schützenswerten (Eigentümer-)Interessen der Beschwerdeführer ein; er stellt einen Eingriff ins Grundeigentum der Beschwerdeführer dar, wofür der Kanton eine Rechtsposition, eine Dienstbarkeit erwerben muss. Die Errichtung einer Dienstbarkeit infolge Untertunnelung und die entsprechenden Einschränkungen in der Bebaubarkeit der Grundstücke stellt eine formelle Enteignung dar. Daneben liegt keine materielle Enteignung vor, über welche in einem separaten Verfahren zu



entscheiden wäre. Über die Frage der Entschädigung aus formeller Enteignung liegt – soweit ersichtlich – noch kein Entscheid vor bzw. der angefochtene Entscheid befasst sich mit dieser Frage nicht und sie ist mithin nicht Streitgegenstand, auch wenn die Vorinstanz in den Erwägungen zu gewissen Punkten eines möglichen Schadens im Zusammenhang mit der Untertunnelung Stellung nimmt. Ein (anfechtbarer) Entscheid über die Entschädigung wegen Errichtung einer Dienstbarkeit für die Untertunnelung liegt damit aber nicht vor.

Soweit zwischenzeitlich keine Einigung über die Entschädigung aus formeller Enteignung zustande gekommen ist, wird darüber in einem separaten Verfahren zu entscheiden sein. Bei der Festlegung der Entschädigung wird zu berücksichtigen sein, dass bei der formellen Enteignung von dinglichen Rechten jede kausale Werteinbusse zu vergüten ist (Hänni, Planungs-, Bau- und besonderes Umweltschutzrecht, 6.A., S. 619 f.; § 17 und 24 Abs. 1 EntG, Art. 26 BV; zur Bemessung der Entschädigung vgl. auch BGE 122 II 246 Erw. 4b; Urteil Bundesgericht 1C\_271/2012 vom 6.11.2012 Erw. 2.3.1; Urteil Bundesverwaltungsgericht A-4873/2014 vom 21.10.2015 Erw. 7.2.1). Bei einer Wertverminderung durch Abzoning oder durch die Festlegung einer Baulinie werden hingegen auf dem Wege der materiellen Enteignung nur bei entsprechenden Voraussetzungen (wenn z.B. nicht mehr wirtschaftlich gebaut werden kann) Entschädigungen geschuldet. Die Vorinstanz hat sich im angefochtenen Entscheid nur unter diesem letzten Gesichtspunkt mit dem Vorliegen eines Schadens befasst. Den entsprechenden Ausführungen kommt von daher auch aus diesem Grund keine präjudizielle Wirkung zu. Im Übrigen wird im Dispositiv des angefochtenen Entscheides nicht über die Höhe der Entschädigung entschieden, weshalb darauf vorliegend nicht weiter eingegangen werden muss. Die Frage der Entschädigung aus formeller Enteignung bildet nicht Gegenstand des angefochtenen Entscheides und ist mithin vorliegend nicht Streitgegenstand.

5. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Errichtung einer Dienstbarkeit zu Lasten der beschwerdeführerischen Grundstücke infolge Untertunnelung eine formelle Enteignung darstellt und entsprechend zu entschädigen sein wird. Über die Höhe der Entschädigung ist im Rahmen des bereits eingeleiteten Verfahrens der formellen Enteignung zu entscheiden. Daneben liegt keine separate materielle Enteignung vor. Der angefochtene Entscheid ist deshalb im Ergebnis nicht zu beanstanden und die Beschwerde ist abzuweisen.

(VGE III 2017 176 vom 28. August 2018).

---

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

---

## 10.1 Schulrecht

- *Eine Gemeinde kann nicht verpflichtet werden, einen ausserkantonalen Besuch der Volksschule zu bewilligen und die Schuldgeldkosten zu übernehmen.*

*Aus den Erwägungen:*

2.3 Der Regierungsrat erwog im Wesentlichen, der auswärtige Schulbesuch stelle einen Ausnahmefall dar. Die Gründe müssten gewichtig sein. Vorliegend falle die geographische und gesellschaftliche (Vereinestilnahme) Ausrichtung der Familie ins Gewicht. Zu berücksichtigen sei auch das soziale Umfeld der Kinder: die Kinder in unmittelbarer Nachbarschaft würden die Schule im ausserkantonalen N. besuchen. Zudem sei vorliegend der Schulweg als rechtsprechungsgemäss wichtigster Grund von Bedeutung. Kindern im Kindergarten- und Primarschulalter könne der Weg zum Kindergarten/Schulhaus in T. nicht zugemutet werden. Ein Schulbus bestehe nicht; die Benutzung öffentlicher Verkehrsmittel (womit der Kindergarten/Schulhaus in rund 40 Minuten erreichbar wäre) könne vier- bis sechsjährigen Kindern nicht zugemutet werden. Den (teilweise) berufstätigen Eltern sei ein Transport nicht möglich. (...). Die räumliche Situation wie auch die persönlichen Umstände sprächen dafür, dass die beiden Kinder mindestens bis zur 4. Klasse, wohl aber auch darüber hinaus die Schule in N. besuchten. Ein Schulbesuch in T. könne höchstens dann in Betracht gezogen werden, wenn der Bezirksschulrat einen entsprechenden Schultransport organisiere, wobei diesfalls immer noch die soziale Ausrichtung der Beschwerdeführer bzw. ihrer Kinder übergangen werden müsste. Vorbehalten bleibe die Zustimmung der Gemeinde N..

2.4 Der Beschwerdeführer äussert sich nach der Darstellung des Sachverhaltes zu rechtlichen Aspekten (Legalitätsprinzip und Verwaltungspraxis, Territorialitätsprinzip, Rechtsgleichheit, Begründungspflicht, Anspruch auf ausreichenden und unentgeltlichen Unterricht, Zuteilung zu

den Schulen und Klassen, zumutbarer Schulweg, Schülertransport) und nimmt anschliessend die „Subsumtion“ vor. (...).

3.1 Art. 19 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (BV; SR 101) vom 18. April 1999 gewährleistet den Anspruch auf ausreichenden und unentgeltlichen Grundschulunterricht. (...).

3.2.1 Im Kanton Schwyz regelt das Volksschulgesetz unter anderem den Kindergarten, die Primarschule und die Sekundarstufe I (§ 1 VSG). Alle Kinder mit Aufenthalt im Kanton haben das Recht und die Pflicht, die öffentliche Schule zu besuchen. Vorbehalten bleibt der Besuch von privaten Sonderschulen, anerkannten privaten Volksschulen und bewilligtem Privatunterricht (§ 4 Abs. 1 VSG). Die Schulpflicht beginnt mit dem einjährigen Kindergarten und dauert grundsätzlich zehn Jahre, längstens jedoch bis zum Abschluss der Sekundarstufe I (§ 4 Abs. 2 VSG).

3.2.2 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). Die beteiligten Schulträger regeln den auswärtigen Schulbesuch durch Vereinbarung. Der Schulträger des Aufenthaltsortes kann vom entlasteten Schulträger ein Schulgeld verlangen (§ 7 Abs. 3 VSG). Können sich die Schulträger nicht einigen, entscheidet das zuständige Departement (§ 7 Abs. 4 VSG).

3.2.3 Der Unterricht an der öffentlichen Volksschule ist unentgeltlich (§ 8 Abs. 1 VSG). Wo den Schülerinnen und Schülern der Schulweg nicht zugemutet werden kann, sorgen die Schulträger auf eigene Kosten für eine angemessene Fahrgelegenheit (§ 8 Abs. 3 VSG). Wenn es die Umstände erfordern, sorgen die Schulträger für die Mittagsverpflegung und Betreuung der Schülerinnen und Schüler. Die Schulträger beteiligen sich an den Kosten (§ 8 Abs. 4 VSG).

3.2.4 Für die Begabungsförderung sieht § 18 Abs. 1 VSG neben unterrichtlichen Massnahmen in der Klasse (lit. a) und schulorganisatorischen Massnahmen (lit. b) auch die Schulung in Sonderklassen vor. 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

## B 10.1

legt der Regierungsrat den Schulgeldbeitrag der Schulträger fest (§ 18 Abs. 3 VSG).

Die Zuständigkeit für die Sonderschulung liegt beim Kanton. Er zieht die Wohnsitzgemeinden und die Bezirke zu angemessenen Leistungen bei (§ 30 Abs. 1 VSG). Die Sonderschulung erfolgt in kantonalen oder ausserkantonalen, öffentlichen oder privaten Institutionen (§ 31 Abs. 1 erster Teilsatz VSG).

3.2.5 Schulträger von Kindergarten und Primarstufe sind die (Bezirks-) Gemeinden (§ 20 Abs. 1 Satz 1 VSG). Die Bezirke führen die Sekundarstufe I (§ 20 Abs. 2 Satz 1 VSG). Das Angebot der Schulträger wird von einer oder mehreren Schulen erbracht (§ 21 Abs. 1 VSG). Die Schulträger gestalten die Einzugsgebiete der einzelnen Schulhäuser, dass jede Schule unter Berücksichtigung der örtlichen und regionalen Verhältnisse in Bezug auf die Anzahl Schülerinnen und Schüler und die zur Verfügung stehenden Einrichtungen wirkungsvoll geführt werden (§ 21 Abs. 2 VSG).

3.3.1 Der Regierungsrat hat die Voraussetzungen, welche ein Abweichen vom Grundsatz der Erfüllung der Schulpflicht am Wohnsitz rechtfertigen können, unter Bezugnahme auf den vom Amt für Volksschulen und Sport verfassten Wegweiser (Stand März 2018, nunmehr Stand Mai 2018, S. 24 f. Ziff. 1.6.4), in den seine eigene Rechtsprechung eingeflossen ist, zutreffend dargelegt. Die Gründe für ein Abweichen vom Grundsatz müssen gewichtig sein. Sachliche (z.B. verkehrsmässige und postalische Ausrichtung einer Familie bzw. deren Wohnsitzes, soziales Umfeld) und/oder persönliche (wie emotionale Ausrichtung der Familie, [kinder-/jugend]psychologische und/oder pädagogische Aspekte) Gründe können hierfür sprechen. Eine besondere Bedeutung kommt regelmässig dem Schulweg zu; so definiert beispielsweise Art. 7 Abs. 2 Satz 1 des Bernischen Volksschulgesetzes (VSG-BE; SRBE 432.210) vom 19. März 1992 explizit „insbesondere“ die wesentliche Erleichterung des Schulweges als Grund für den Schulbesuch eines Kindes in einem anderen Kreis oder in einer anderen Gemeinde. Im Mittelpunkt der Beurteilung steht indes das Wohl des Kindes bzw. dessen schulisches Fortkommen; rein finanzielle Interessen können demgegenüber nicht ausschlaggebend sein.

3.3.2 Was den Schulweg im Besonderen anbelangt, entscheidet über dessen Zumutbarkeit gemäss dem Wegweiser (S. 85 Rz. 3.1.1) der Schulträger im Rahmen der Schulverordnung und der Empfehlungen des Wegweisers. (...).

4.1.1 Der Grundsatz der Gesetzmässigkeit (Legalitätsprinzip) bedeutet, dass jedes staatliche Handeln einer gültigen gesetzlichen Grundlage bedarf (vgl. Art. 5 Abs. 1 BV). Das Legalitätsprinzip gilt in der Eingriffs- als auch in der Leistungsverwaltung. Da die Leistungsverwaltung begünstigt und nicht belastet, sind üblicherweise die Anforderungen an die Normstufe und -dichte weniger hoch als in der Eingriffsverwaltung. Es ist im Bereich der Leistungsverwaltung üblich, dass der Gesetzgeber der Exekutive einen grösseren Ermessensspielraum als in der Eingriffsverwaltung zugesteht (Tschannen/Zimmerli/Müller, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 19 Rz. 1, 24 ff.; Wiederkehr, in: Wiederkehr/Richli, Praxis des allgemeinen Verwaltungsrechts, Rz. 1274 ff., Rz. 1284).

#### 4.1.2 (Methodik der Gesetzesauslegung).

4.2.1 Das VSG kennt keine Bestimmung zum interkantonalen Schulbesuch, wie dieser beispielsweise in Art. 58 VSG-BE geregelt ist. Gemäss dessen Abs. 2 kann die zuständige Stelle der Erziehungsdirektion den Besuch eines ausserkantonalen Volksschulangebotes bewilligen und eine Kostengutsprache für die verlangten Schulgeldbeiträge leisten. Auch der umgekehrte Fall wird geregelt. Die zuständige Stelle der Erziehungsdirektion kann Schülern mit zivilrechtlichem Wohnsitz ausserhalb des Kantons den Besuch eines Volksschulangebots im Rahmen der verfügbaren Plätze bewilligen, wenn sichergestellt ist, dass der Wohnsitzkanton die Schulgeldbeiträge übernimmt (Art. 58 Abs. 3 VSG-BE).

4.2.2 Laut dem Wortlaut von § 7 Abs. 1 und 2 VSG kann die Schulpflicht bei Vorliegen besonderer Gründe auch ausserhalb des Wohnsitzes des Kindes erfüllt werden. Mithin liesse sich im Wortlaut dieser Bestimmungen durchaus auch eine gesetzliche Grundlage für die Erfüllung der Schulpflicht an einer ausserkantonalen (öffentlichen) Schule sehen.

Wenn indes § 7 Abs. 3 VSG die beteiligten Schulträger zur Regelung des auswärtigen Schulbesuches durch Vereinbarung verpflichtet und den Schulträger des Aufenthaltsortes berechtigt, vom entlasteten Schulträger ein Schulgeld zu verlangen, kann sich dies zwangsläufig nur auf innerkantonale Schulträger beziehen. Angesichts der kantonalen Schulhoheit kann ein ausserkantonaler Schulträger hierzu weder angehalten noch berechtigt werden. Dies gilt erst recht für die dem zuständigen Departement (d.h. dem Bildungsdepartement, vgl. § 4 der Vollzugsverordnung über die Aufgaben und die Gliederung der Departemente und der Staatskanzlei [VVAG; SRSZ 143.111] vom 11.9.2007) zugewiesene Entscheidungsbefugnis bei einer Nichteinigung der beteiligten Schulträger. Mithin lässt sich aufgrund

## B 10.1

des Wortlautes und der (inneren) Systematik von § 7 VSG dieser Bestimmung weder eine gesetzliche Grundlage für einen Anspruch eines Schülers auf den Besuch einer ausserkantonalen öffentlichen Volksschule noch für eine Pflicht einer Gemeinde bzw. eines Bezirkes, einem Schüler den Besuch einer ausserkantonalen öffentlichen Volksschule zu gewähren, entnehmen.

4.3.1 In systematischer Hinsicht fällt die abweichende Regelung betreffend die Begabungsförderung sowie die Sonderschulung auf.

In § 18 Abs. 1 lit. b VSG wird einerseits der vom Schulträger zu leistende Schulgeldbeitrag für den Besuch einer öffentlich anerkannten (innerkantonalen) Sonderklasse durch einen hochbegabten Schüler gesetzlich geregelt und andererseits die Kompetenz zur Festlegung des Schulgeldbeitrages des Schulträgers (für einen ausserkantonalen Schulbesuch) im Rahmen von interkantonalen Vereinbarungen dem Regierungsrat übertragen. Der Kanton Schwyz ist denn auch der interkantonalen Vereinbarung für Schulen mit spezifisch-strukturierten Angeboten für Hochbegabte (HBV) vom 20. Februar 2003 beigetreten. Gemäss Art. 1 Abs. 1 HBV regelt die Vereinbarung u.a. den interkantonalen Zugang für spezifisch strukturierte Ausbildungsgänge zur Förderung von Hochbegabten in allen Bereichen sowie die Abgeltung, welche die Wohnsitzkantone der Schülerinnen und Schüler den Trägern der Schule leisten. Im Anhang wird festgehalten, welche Ausbildungsgänge unter diese Vereinbarung fallen und welche Beiträge für den Schulbesuch vom Wohnsitzkanton der ausserkantonalen Schülerinnen und Schüler zu entrichten sind (Art. 2 lit. a und b HBV).

Ähnlich stellt das VSG die Zuständigkeit für die Sonderschulung in die Kompetenz des Kantons, und kann diese Sonderschulung gemäss expliziter gesetzlicher Regelung in kantonalen oder ausserkantonalen (öffentlichen oder privaten) Institutionen erfolgen. Auch in diesem Fall ist es der Kanton, welcher die Wohnsitzgemeinde (und die Bezirke) zu angemessenen Leistungen bezieht.

Mithin ist auch aufgrund der Systematik und der gesetzlich unterschiedlich ausgestalteten Regelung der (ordentlichen) Schulpflicht einerseits und der Begabungsförderung und Sonderschulung andererseits samt der dazugehörigen Kompetenzregelung der Schluss zu ziehen, dass von § 7 VSG ein ausserkantonaler auswärtiger Schulbesuch gesetzgeberisch nicht mitumfasst wird und gesetzgeberisch auch nicht gewollt ist.

4.3.2 Unter systematischen Gesichtspunkten wie auch im Lichte der Kompetenzenordnung im Schulbereich ist auch § 54 Abs. 2 VSG anzuführen, wonach der Regierungsrat ermächtigt ist, mit anderen Kantonen sowie

öffentlichen und privaten Institutionen Vereinbarungen im Schulwesen abzuschliessen und finanzielle Verpflichtungen einzugehen. Auf den Beitritt zur HBV wurde bereits hingewiesen. Des Weiteren ist der Kanton Schwyz am 27. September 2011 dem Regionalen Schulabkommen Zentralschweiz (RSZ; SRSZ 620.211.1) vom 19. Mai 2011 beigetreten. Die Möglichkeit eines ausserkantonalen Schulbesuches auf Primarschul- und Sekundarstufe I ist mit dem RSZ indes nicht vorgesehen.

Für die Kindergärten, die Volksschulen, die allgemein bildenden Schulen auf der Sekundarstufe II sowie die vom Bund nicht anerkannten tertiären Bildungsgänge regelt das Regionale Schulabkommen über die gegenseitige Aufnahme von Auszubildenden und Ausrichtung von Beiträgen (RSA 2009) der Nordwestschweizerischen Erziehungsdirektorenkonferenz NW EDK, welcher der Kanton Luzern, nicht aber der Kanton Schwyz angehört, den interkantonalen Zugang, die Stellung der Auszubildenden sowie die Abgeltung, welche die Wohnsitzkantone der Auszubildenden leisten (Art. 1). Ein entsprechendes Abkommen zwischen dem Kanton Luzern und dem Kanton Schwyz besteht nicht.

Auch dieser Umstand lässt sich nicht anders deuten, als dass der ausserkantonale Besuch einer öffentlichen Schule auf Kindergarten-, Primarschul- und Sekundarstufe I vom Gesetzgeber nicht vorgesehen ist.

4.4 Bei Unzumutbarkeit eines Schulweges hat der Schulträger von Gesetzes wegen für eine angemessene Fahrgelegenheit und gegebenenfalls auch für die Mittagsverpflegung und Betreuung der Schüler zu sorgen. Diese Bestimmungen gelten vorbehaltlos. Nichts spricht für eine bloss subsidiäre Anwendbarkeit in dem Sinne, dass eine ausserkantonale Schulgelegenheit bei einem unzumutbaren Schulweg dem Schultransport und/oder der Mittagsverpflegung und Betreuung vorgeht. Vielmehr soll mit der Verpflichtung des Schulträgers für eine angemessene Fahrgelegenheit und eine Mittagsverpflegung zu sorgen, gerade garantiert werden, dass die Schüler grundsätzlich an ihrem Wohnsitz die Schulen absolvieren können. Sinn und Zweck dieser Regelungen betreffend Schülertransport und Mittagsverpflegung/Betreuung sprechen in Übereinstimmung mit Wortlaut und Systematik ebenfalls dafür, dass ein ausserkantonaler Schulbesuch einer öffentlichen Schule (Kindergarten, Primarschule, Sekundarstufe I) nicht vorgesehen ist.

4.5 Der angefochtene Entscheid mit der verbindlichen Anweisung an den Beschwerdeführer, den auswärtigen Schulbesuch zu bewilligen und die Schulgeldkosten zu übernehmen, ist inhaltlich als Verfügung zu qualifizieren. Begriffswesentlich für eine Verfügung ist (unter anderem) die

## B 10.1

Verbindlichkeit und Erzwingbarkeit des dadurch geregelten Rechtsverhältnisses (Wiederkehr, a.a.O., Rz. 2142; 2361 ff.).

Wie der Regierungsrat selbst einräumt, steht der bewilligte auswärtige Schulbesuch unter dem Vorbehalt der Zustimmung der Gemeinde N. Im Unterschied zu einem allfälligen innerkantonal auswärtigen Schulbesuch besteht keine rechtliche Handhabe, den angeordneten Schulbesuch gegenüber der Gemeinde N. durchzusetzen. Diese fehlende Erzwingbarkeit steht im Gegensatz zum innerkantonal auswärtigen Schulbesuch, der von den Schulträgern durch Vereinbarung zu regeln ist, wobei bei Nichteinigung das zuständige Departement entscheidet (das seinen Entscheid entsprechend auch durchsetzen kann). Die fehlende Durchsetzbarkeit der Anordnung (die letztlich vom Belieben eines Dritten abhängig ist) ist im Kern Folge der fehlenden bzw. ungenügenden gesetzlichen Grundlage bzw. des Fehlens einer entsprechenden (interkantonalen) Vereinbarung. Entsprechend beinhaltet eine solche Anordnung die Gefahr der willkürlichen und ungleichen Behandlung der Rechtssubjekte in sich (konkret von Schülern in ähnlichen/vergleichbaren Situationen). Art. 8 Abs. 1 RSA beispielsweise hält konsequenterweise fest, dass Auszubildende sowie Anwärterinnen und Anwärter aus Nichtabkommenskantonen keinen Anspruch auf Gleichbehandlung haben. Sie können zu einem Ausbildungsgang zugelassen werden, wenn die Auszubildenden aus den Abkommenskantonen, die das Angebot als beitragsberechtigt anerkennen, Aufnahme gefunden haben und die Finanzierung geregelt ist. Eine Aufnahme kommt folglich nur in Frage, wenn noch ein offener Platz/offene Plätze bestehen, wobei infolge der Kann-Formulierung selbst für diesen Fall keine Gewähr geboten wird.

4.6 Auch aus der Verfassung lässt sich kein Anspruch auf einen ausserkantonalen Schulbesuch ableiten. Hiergegen spricht vorab bereits die den Kantonen zugewiesene Zuständigkeit für das Schulwesen, womit auch das vom Beschwerdeführer angeführte Argument des Territorialitätsprinzips seine Berechtigung findet. Die Anforderungen, die Art. 19 BV – in Berücksichtigung des weiteren verfassungsrechtlichen Kontextes (Art. 62 Abs. 2, Art. 41 Abs. 1 lit. f und g sowie Art. 67 Abs. 1 BV) – an den obligatorischen Grundschulunterricht stellt, belässt den Kantonen einen erheblichen Gestaltungsspielraum. Aus Art. 19 BV ergibt sich ein Anspruch auf eine den individuellen Fähigkeiten des Kindes und seiner Persönlichkeitsentwicklung entsprechende unentgeltliche Grundschulausbildung an einer öffentlichen Schule. Der Anspruch wird verletzt, wenn die Ausbildung des Kindes in einem Masse eingeschränkt wird, dass die Chancengleichheit nicht mehr gewahrt ist bzw. wenn es Lehrinhalte nicht vermittelt erhält, die in der hiesigen Wertordnung als unverzichtbar gelten. Als soziales



Grundrecht gewährleistet Art. 19 BV nur einen Anspruch auf ein angemessenes, erfahrungsgemäss ausreichendes Bildungsangebot an öffentlichen Schulen. Ein Mehr an individueller Betreuung, das theoretisch möglich wäre, kann mit Rücksicht auf das staatliche Leistungsvermögen von Verfassungswegen nicht gefordert werden. Aus Art. 19 BV ergibt sich insbesondere auch kein Anspruch auf unentgeltlichen Besuch einer Schule nach freier Wahl, weshalb das Gemeinwesen – unter Vorbehalt besonderer örtlicher und anderer Verhältnisse – nicht verpflichtet ist, den unentgeltlichen Schulbesuch an einem anderen als dem Wohn- bzw. Aufenthaltsort zu ermöglichen. Auch aus Art. 11 BV lässt sich kein direkter Anspruch auf Zuteilung eines Schülers in ein bestimmtes Schulhaus ableiten (vgl. Bundesgerichtsurteile 2P.150/2003 vom 16.9.2003 Erw. 4.2 = ZBI 2004 S. 276 ff.; 2C\_495/2007 vom 28.3.2002 Erw. 2.4). Solange die zur Verfügung stehende öffentliche Schule den Bedürfnissen eines Jugendlichen ausreichend gerecht wird, kann aus dem Recht auf Förderung der Entwicklung im Sinne von Art. 11 BV kein Anspruch auf eine schulische Sonderbehandlung abgeleitet werden (Reusser/Lüscher, St. Galler Kommentar zu Art. 11 BV, Rz. 34).

4.7 Zusammenfassend lässt sich im Sinne der vorstehenden Gesetzesauslegung dem Gesetz (VSG) weder ein Recht des Kantons entnehmen, eine Gemeinde dazu verpflichten zu können, einem Schüler den Besuch einer ausserkantonalen öffentlichen Volksschule (in einer Regelklasse) – aus welchen Gründen auch immer – zu gewähren, noch lässt sich dem Gesetz ein entsprechender Anspruch eines Schülers entnehmen. Ebenso wenig ergibt sich aus der Verfassung ein solches Recht oder ein solcher Anspruch. Der angefochtene Beschluss entbehrt somit einer gesetzlichen Grundlage und ist daher aufzuheben. (...).

(VGE III 2018 88 vom 22. Juni 2018; das Bundesgericht hat eine gegen diesen Entscheid erhobene Beschwerde mit Urteil 2C\_733/2018 vom 11. Februar 2019 abgewiesen, soweit es darauf eintrat).

---

# 11. Arbeitsvergebung

---

## 11.1 Vorbefassung

- *Ein im Rahmen der Vorbereitungsarbeiten gewonnenes Wissen einer Firma steht einer zweiten Firma, die Mitbieterin ist, unterschiedslos zur Verfügung, falls die Firmen trotz juristischer Selbständigkeit personell weitestgehend identisch sind.*

*Aus den Erwägungen:*

3.1 Vorbefassung im vergaberechtlichen Sinne bedeutet Vorwissen, über welches ein Anbieter namentlich aufgrund seiner Beteiligung an der Vorbereitung des Vergabeverfahrens verfügt, welches sich auf den Anbieterwettbewerb auswirken und mit Blick auf das Gebot der Gleichbehandlung der Anbieter problematisch sein kann (Galli/Moser/Lang/Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Auflage, Rz. 1043). Eine Vorbefassung liegt vor, wenn ein Anbieter bei der Vorbereitung eines Submissionsverfahrens mitgewirkt hat, sei es durch das Verfassen von Projektgrundlagen, durch das Erstellen von Ausschreibungsunterlagen oder durch das Informieren der Beschaffungsstelle über bestimmte technische Spezifikationen des zu beschaffenden Gutes (Urteil BGer 2P.164/2004 vom 25.1.2005 Erw. 3.1 mit Hinweisen). Als vorbefasst gelten und als Anbieter grundsätzlich auszuschliessen sind mithin externe Fachleute, die zur Vorbereitung und/oder Durchführung des Submissionsverfahrens beigezogen werden (Urteil BGer 2P.164/2004 vom 25.1.2005 Erw. 3.3; VGE III 2013 105 vom 7.10.2013 Erw. 3.5.1; VGE III 2012 155 vom 17.1.2013 Erw. 4.3.2 mit Hinweisen).

3.2 Wenn externe Fachleute zur Vorbereitung und/oder Durchführung des Submissionsverfahrens beigezogen werden, sind sie vorbefasst und grundsätzlich als Anbieter auszuschliessen (Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 1052; VGE 1053-55/02 vom 17.4.2003 Erw. 4a). In § 8 VI-VöB wird dieser Tatbestand explizit wie folgt geregelt: „Personen und Unternehmen, die an der Vorbereitung der Unterlagen oder des Vergabeverfahrens derart mitgewirkt haben, dass sie die Vergabe zu ihren Gunsten beeinflussen können, dürfen sich am Verfahren nicht beteiligen“. Die Vorbefassung ist mit der Ausstandspflicht mithin eng verwandt (BR 2/03,

S17, S. 65; vgl. auch Handbuch Öffentliches Beschaffungswesen im Kanton Schwyz, Stand 10.1.2011, Ziff. 7).

In der Rechtsprechung verschiedener Kantone wird hervorgehoben, dass es genüge, wenn ein Wettbewerbsvorteil als möglich erscheine (Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 1055 [GR], 1058 [AG]; BR 2/03 S17, S. 65). (...). Auf keinen Fall darf ein Unternehmer die Ausschreibung zu seinen Gunsten beeinflussen. Verlangt ist, dass ein Mitwirken im Verfahren offen gelegt und ein allfälliger Wissensrückstand der übrigen Bewerber durch geeignete Ausgleichsmechanismen kompensiert wird (Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 1058).

3.3 Um den Ausschlussgrund nicht ausufern zu lassen und diesem im Interesse des Vertrauensschutzes und der Rechts- und Planungssicherheit klarere Konturen zu verleihen, sollte nach Christoph Jäger (Direkte und indirekte Vorbefassung im Vergabeverfahren, BR 1/2011, S. 4ff.) nur dann auf eine relevante Vorbefassung geschlossen werden, wenn grundsätzlich folgende vier Voraussetzungen erfüllt sind:

- dass das vorbereitete Unternehmen nach der Ausschreibung oder Einladung als Anbieter am Vergabeverfahren teilnimmt (1);
- dass der Anbieter vor der formellen Eröffnung des Vergabeverfahrens in die Projektierungs- und Vorbereitungsarbeiten eingebunden war (2);
- dass zwischen der Tätigkeit der vorbereiteten Person in der Vorbereitungsphase und dem nachfolgenden Vergabeverfahren ein Sachzusammenhang besteht (was dann gegeben ist, wenn sich die frühere Tätigkeit inhaltlich mit dem Beschaffungsgegenstand ganz oder zumindest teilweise deckt) (3);
- und dass ein tatsächlicher, kausaler Wettbewerbsvorteil (und nicht nur der Anschein eines solchen Vorteils) vorliegt (4).

Lehre und Rechtsprechung nennen im Wesentlichen drei Wettbewerbsvorteile der Vorbefassung: Zuschneiden der Ausschreibung, Wissensvorsprung und psychologische Vorteile (vgl. Christoph Jäger, a.a.O., S. 8ff. mit weiteren Hinweisen). Ein vergaberechtlich relevanter Wissensvorsprung wird angenommen, wenn folgende drei Voraussetzungen erfüllt sind:

- Projektbezogenheit: Der Wissensvorsprung muss sich auf projektbezogene, d.h. die konkrete Beschaffung betreffende Informationen beziehen. Objekt- und Ortskenntnisse aus eigenständigen früheren Aufträgen sind Bestandteil der allgemeinen Unternehmenserfahrungen und für das aktuelle Verfahren unbeachtlich.
- Exklusivität: Die Informationen und Erkenntnisse des vorbereiteten Anbieters über das Beschaffungsvorhaben müssen exklusiv sein, dürfen

## B 11.1

mithin nicht allgemein bekannt oder aus den Ausschreibungsunterlagen oder sonstigen, allen Anbietern zugänglichen Dokumenten ersichtlich sein.

- Wirtschaftliche Verwertbarkeit: Der vorbefasste Anbieter muss die projektbezogenen, exklusiven Informationen zur Beschaffung in seiner Offerte verwerten können. Dazu müssen sie für die Erarbeitung des Angebots dienlich sein, d.h. dem besseren Verständnis der Eignungs- und Zuschlagskriterien helfen oder Aufschlüsse zu einem oder mehreren Wettbewerbsparametern wie Preis, Qualität, Serviceleistungen etc. oder zu 'weichen' Faktoren wie Präferenzen, Wünschen und Vorstellungen der Vergabebehörde geben. Dies setzt voraus, dass die Mitwirkung im Vorfeld der Ausschreibung eine gewisse Intensität erreicht hat und sich einzelne Informationen zu einem einigermaßen gefestigten 'Wissen' über zentrale Aspekte der Beschaffung verdichtet haben (vgl. Christoph Jäger, a.a.O., S. 10 mit Hinweisen).

3.4 Schliesslich kommt der Ausschluss eines Mitbieters von der Submission jedoch nur infrage, wenn das Vorliegen eines unzulässigen Wettbewerbsvorteils dargetan ist. Die Beweislast dafür obliegt dem Konkurrenten, der eine unzulässige Vorbefassung behauptet (Urteil BGer 2P.164/2004 vom 25.1.2005 Erw. 5.7.3; Urteil Verwaltungsgericht Zürich VB.2014.00433 vom 2.3.2015 Erw. 6.2). Insofern ist diese Rechtsprechung klar von derjenigen zur Ausstandspflicht von Richtern und Behördenmitgliedern zu unterscheiden, bei welcher schon der objektiv begründete Anschein einer verpönten Beeinflussung ausreicht. Ein Unternehmer muss sich demgegenüber seinen Ausschluss von einer Submission nicht gefallen lassen, solange das Vorliegen eines unzulässigen Wettbewerbsvorteils aus Vorbefassung nicht erwiesen ist.

4.1 Die Beigeladene (=Zuschlagsempfängerin) macht geltend, eine Vorbefassung sei schon daher ausgeschlossen, weil mit der Holzbauplanung die E. AG beauftragt worden sei. Diese sei eine eigenständige juristische Person und von der Beigeladenen unabhängig. In den Ausschreibungsunterlagen sei fälschlicherweise die Beigeladene als Mitglied des Planungsteams aufgelistet. Die Offert- und Rechnungsstellung für die Holzbauplanung zeige klar auf, dass mit diesen die E. AG und nicht die Beigeladene befasst gewesen sei. Ebenso lässt sich der Gemeinderat vernehmen. Dieser Darstellung kann indes nicht gefolgt werden.

Eine Vorbefassung liegt gemäss § 8 VIVöB vor, wenn Personen und Unternehmen, die an der Vorbereitung der Unterlagen oder des Vergabeverfahrens derart mitgewirkt haben, dass sie die Vergabe zu ihren Gunsten

beeinflussen können. Es soll ausgeschlossen werden, dass ein Anbieter einen Wettbewerbsvorteil aufgrund eines Wissensvorsprungs hat. Von diesem Wissensvorsprung kann er profitieren, weil dieses Mehr an Wissen aufgrund seiner Mitwirkung an den Vorbereitungsarbeiten in seiner Unternehmung resp. bei den Angestellten seiner Unternehmung vorhanden ist.

Gemäss Handelsregister ([www.zefix.ch](http://www.zefix.ch); eingesehen am 17.5.2018) handelt es sich bei der Beigeladenen und der E. AG um zwei juristische Personen. Sie teilen sich indes den Präsidenten und die zwei weiteren, eingetragenen Mitglieder und firmieren unter derselben Adresse. Auch der Internetauftritt ist ein einheitlicher. Für beide Firmen wird dasselbe personelle Team vorgestellt. Unter „Geschichte“ der Firmen wird ausgeführt, 2013 seien die Planungsarbeiten in die neu gegründete Firma E. AG ausgelagert worden. Mithin besteht weitestgehende personelle Übereinstimmung zwischen den beiden Firmen. Dies dürfte mitunter der Grund sein, weshalb die Ausschreibungsunterlagen die Beigeladene und nicht die E. AG als Teil des Projektteams aufführt und weshalb selbst im Bericht zur Fachplanung Holzbau die Beigeladene und nicht die E. AG als Bauherrenvertreterin genannt wird.

Vor allem aber wurde die Offerte der E. AG für die Holzbauplanung durch F. eingereicht, der für die Beigeladene auch die Offerte für die vorliegenden Arbeiten eingereicht hat und im Planungsteam wird als Sachbearbeiter der Holzbauplanung G. genannt, der die Holzbauplanung effektiv auch vornahm und ebenso für die Beigeladene tätig ist. Bei dieser personellen Übereinstimmung der beiden selbständigen Firmen kann es mit Blick auf die Problematik der Vorbefassung keine Rolle spielen, ob die Beigeladene oder die E. AG mit Ausschreibungsarbeiten mandatiert war. Ein im Rahmen der Vorbereitungsarbeiten gewonnenes Wissen, ein entsprechender Wissensvorsprung steht unterschiedslos beiden Firmen zur Verfügung, weshalb allein die juristische Form der beiden Auftragnehmer eine Vorbefassung nicht auszuschliessen vermag.

4.2 Vorliegend geht der beschwerdeführerische Vorwurf einer Vorbefassung der Beigeladenen dennoch fehl. (...).

(VGE III 2018 59 vom 13. Juni 2018).

---

### 16. ZGB und EG ZGB

---

#### 16.1 Gemeinsame elterliche Sorge (Art. 296 ZGB; Art. 298d ZGB)

- *Ein Unterbruch des Besuchsrechts (infolge einer Strafanzeige mit Einstellung des langdauernden Strafverfahrens) steht grundsätzlich der Zuteilung der gemeinsamen elterlichen Sorge nicht im Wege.*
- *Der Unterhaltsstreit ist von der Sorgerechtsstreitigkeit zu trennen.*

*Aus dem Sachverhalt:*

Die elterliche Sorge über das gemeinsame Kind (Jg. 2010) getrenntlebender Eltern stand ursprünglich der Kindsmutter zu. Im Jahre 2015 beantragte der Kindsvater die gemeinsame elterliche Sorge. Während der Abklärungsphase erstattete die Kindsmutter Strafanzeige gegen den Kindsvater (wegen Tötlichkeiten und Drohung anlässlich der Besuchsrechtsausübung in einem Nachbarkanton). In der Folge wartete die KESB den Ausgang des Strafverfahrens ab; die Besuchstage wurden sistiert. Im Januar 2017 stellte die zuständige Staatsanwaltschaft des Nachbarkantons die Strafuntersuchung gegen den Kindsvater ein, nachdem kein Tatverdacht erhärtet werden konnte, welcher eine Anklage gerechtfertigt hätte. Davon erhielt die KESB im Februar 2017 Kenntnis. Gleichentags ersuchte der Kindsvater um Wiederaufnahme des (allenfalls begleiteten) Besuchsrechts. Zudem erneuerte er sein Begehren um Erteilung der gemeinsamen elterlichen Sorge. Die KESB beabsichtigte, zunächst das Kind anzuhören. Dagegen opponierte die Kindsmutter (vgl. VGE III 2017 169 vom 24. November 2017, teilw. publ. in EGV SZ 2017, Nr. B 16.2, S. 169ff.). In der Folge konnte eine Delegation der KESB das damals 7-jährige Kind am 13. Dezember 2017 anhören. Nach Gewährung des rechtlichen Gehörs (welches infolge Fristerstreckungen viel Zeit benötigte) ordnete die KESB am 3. Juli 2018 die gemeinsame elterliche Sorge an. Zudem wurden die Eltern aufgefordert, gemeinsam eine Mediation zu besuchen, um sich über die Ausgestaltung der gemeinsamen Erziehungsverantwortung zu einigen.

*Aus den Erwägungen:*

2.1.2 Gemäss Art. 298d Abs. 1 ZGB regelt die Kindesschutzbehörde die Zuteilung der elterlichen Sorge auf Begehren eines Elternteils, des Kindes oder von Amtes wegen neu, wenn dies wegen wesentlicher Änderung der Verhältnisse zur Wahrung des Kindeswohls nötig ist. Gemäss Art. 12 Abs. 4 Schlusstitel ZGB hatte in Fällen, in welchen bei Inkrafttreten der Änderung vom 21. Juni 2013 die elterliche Sorge nur einem Elternteil zustand, der andere Elternteil die Möglichkeit, binnen Jahresfrist nach Inkrafttreten dieser Änderung, sich mit einem Antrag auf Verfügung der gemeinsamen elterlichen Sorge an die zuständige Behörde zu wenden. Nachdem das neue Recht per 1. Juli 2014 in Kraft getreten ist, bestand diese Möglichkeit bis zum 30. Juni 2015. Davon hat der Beschwerdegegner am 30. Juni 2015 und mithin rechtzeitig Gebrauch gemacht (...).

2.1.3 Nach Art. 301 Abs. 1 ZGB leiten die Eltern im Blick auf das Wohl des Kindes seine Pflege und Erziehung und treffen unter Vorbehalt seiner eigenen Handlungsfähigkeit die nötigen Entscheidungen. Die elterliche Sorge umfasst die Gesamtheit der elterlichen Verantwortlichkeiten und Befugnisse in Bezug auf das Kind, d.h. Bestimmung des Aufenthaltsorts, Erziehung und gesetzliche Vertretung des Kindes (Art. 301 – 306 ZGB) sowie die Verwaltung seines Vermögens nach Art. 318 ZGB (BSK ZGB I, Ingeborg Schwenger/Michelle Cottier, Basel 2014, 5. Aufl., Art. 296 N 1). Die Ausübung der gemeinsamen elterlichen Sorge folgt heute dem Leitbild der elterlichen Gleichberechtigung. Gemeinsame Ausübung bedeutet freilich nicht, dass die Eltern immer gemeinschaftlich und gleichzeitig handeln müssten. Vielmehr kann jeder Elternteil mit vorheriger oder nachträglicher, ausdrücklicher oder stillschweigender Zustimmung des anderen Elternteils die elterliche Sorge selbst ausüben. Neu sieht das Gesetz insbesondere im Hinblick auf getrenntlebende Eltern eine Alleinentscheidungskompetenz des jeweils betreuenden Elternteils vor für alltägliche oder dringliche Angelegenheiten und wenn der andere nicht mit vernünftigem Aufwand zu erreichen ist (Art. 301 Abs. 1bis ZGB) (BSK ZGB I, Ingeborg Schwenger/Michelle Cottier, Basel 2014, 5. Aufl., Art. 296 N 8b).

2.1.4 Nach dem Willen des Bundesgesetzgebers gilt seit dem 1. Juli 2014 die gemeinsame elterliche Sorge als Regelfall. Das neue Recht fusst auf der Annahme, dass dem Wohl der Kinder am besten gedient ist, wenn die Eltern das Sorgerecht gemeinsam ausüben. Von diesem Grundsatz soll nur dann abgewichen werden, wenn eine andere Lösung die Interessen ausnahmsweise besser wahrt. Die Zuteilung der elterlichen Sorge an einen

## B 16.1

Elternteil allein muss deshalb eine eng begrenzte Ausnahme bleiben. Eine solche Ausnahme fällt in Betracht, wenn die Eltern in einem schwerwiegenden Dauerkonflikt stehen oder in Kinderbelangen anhaltend kommunikationsunfähig sind. Vorausgesetzt ist weiter, dass sich die Probleme zwischen den Eltern auf die Kinderbelange als Ganzes beziehen und das Kindeswohl konkret in einer negativen Weise beeinträchtigen. Drittens setzt die Abweichung vom Grundsatz der gemeinsamen elterlichen Sorge voraus, dass Aussicht darauf besteht, mit der Zuteilung der elterlichen Sorge an einen Elternteil allein eine Entlastung der Situation herbeizuführen (Bundesgerichtsurteil 5A\_497/2017 vom 7.6.2018 Erw. 3.2 mit Verweis auf BGE 142 III 197 Erw. 3.5 und 3.7 S. 199 ff., 1 Erw. 3.3 S. 5 f.; 142 III 1 Erw. 3.3 S. 5).

2.1.5 Das Bundesgericht hat klargestellt, dass die zuletzt erwähnte Voraussetzung nicht nur in jenen Fällen gilt, in denen darüber zu befinden ist, ob die bisher gemeinsam ausgeübte elterliche Sorge durch ein alleiniges Sorgerecht zu ersetzen ist, weil die Alleinzuteilung eine Verbesserung der Lage verspricht. Auch in der gegenteiligen Konstellation, da sich der Streit um einen Wechsel von der Alleinsorge eines Elternteils zur gemeinsamen Sorge dreht, ist einem Elternteil das alleinige Sorgerecht nur zu belassen, wenn damit eine befürchtete Verschlechterung für das Kind abgewendet werden kann (Urteil des Bundesgerichts 5A\_22/2016 vom 2.9.2016 Erw. 4.2 mit Verweis auf BGE 142 III 197 Erw. 3.7 S. 201).

2.1.6 Damit ist zwangsläufig eine Prognose darüber verbunden, wie sich das Verhältnis zwischen den Eltern entwickeln wird. Allein die Befürchtung, dass sich der verlangte Wechsel zur gemeinsamen elterlichen Sorge zu Lasten des Kindeswohls auswirken werde, genügt nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung nicht. Vielmehr müssen der Wahrscheinlichkeitsaussage über die künftige Entwicklung konkrete Anhaltspunkte zugrunde liegen, die aktenmässig erstellt sind. Mit anderen Worten muss aufgrund einer tatsachenbasierten Sachverhaltsprognose geprüft werden, ob der Wechsel zum gemeinsamen Sorgerecht eine erhebliche Beeinträchtigung des Kindeswohls befürchten lässt. Damit trägt die Rechtsprechung dem Willen des Gesetzgebers Rechnung, wonach die Alleinsorge nicht schon dort ausgesprochen werden darf, wo sie dem Kindeswohl am besten gerecht würde. Das Parlament hat das Konzept der freien richterlichen Sorgerechtszuteilung ausdrücklich verworfen (AB 2012 N 1635; Urteil des Bundesgerichts 5A\_497/2017 vom 7.6.2018 Erw. 3.2 mit Verweis auf BGE 142 III 197 Erw. 3.7 S. 201).



2.1.7 Vor diesem Hintergrund erachtete das Bundesgericht die Voraussetzungen für die Belassung des alleinigen Sorgerechts namentlich dort als erfüllt, wo das Kind zum nicht sorgeberechtigten Elternteil seit etlichen Jahren überhaupt keinen Kontakt mehr hatte, sei es, dass die ablehnende Haltung des 17-jährigen Kindes zur vollständigen Blockade des sorgeberechtigten Elternteils hinzutrat (Urteil des Bundesgerichts 5A\_926/2014 vom 28.8.2015 Erw. 3.4 f.), sei es, dass der nicht sorgeberechtigte Vater zufolge kompletter mütterlicher Blockade, seitdem die Tochter 16 Monate alt war, vollständig aus dem Leben der inzwischen 6-jährigen Tochter ausgeschlossen war. Der Vater konnte sich in diesem Fall nicht einmal mit Hilfe der Beiständin physischen Zugang oder Informationen zur Tochter verschaffen, so dass er ein Sorgerecht nicht ansatzweise hätte ausüben können (BGE 142 III 197 Erw. 3.6 S. 200). Zum gleichen Schluss kam das Bundesgericht in einem Fall, in welchem die Kommunikation zwischen den Eltern komplett blockiert war und sich der chronifizierte Konflikt auf verschiedene Lebensbereiche des Kindes erstreckte, in denen ein Zusammenwirken erforderlich wäre, so dass in verschiedener Hinsicht anstehende Entscheide nicht möglich waren, insbesondere auch in Bezug auf eine notwendige Therapie. In tatsächlicher Hinsicht war in jenem Fall erstellt, dass der Vater einen gegen die Mutter gerichteten Machtkampf über das Kind austrug, dass das Kind unter diesem Missbrauch und allgemein unter dem Elternkonflikt stark litt und dass bei ihm eine darauf zurückzuführende psychische Störung diagnostiziert wurde. Das Bundesgericht räumte ein, dass aufgrund des selbst nach Jahren nicht ansatzweise verarbeiteten Nachtrennungskonfliktes davon ausgegangen werden müsse, dass der Vater mit hoher Wahrscheinlichkeit auch in der Zukunft zwischen seinen eigenen und den Interessen des Kindes nicht unterscheiden werden könne. Eine klare Entscheidzuständigkeit über das engmaschig in den Elternkonflikt eingebundenen und stark darunter leidenden Kindes sei diesfalls unabdingbar (vgl. Urteil des Bundesgerichts 5A\_89/2016 vom 2.5.2016 Erw. 4 in fine).

2.1.8 Demgegenüber veranschaulicht ein neueres Urteil, dass eine Abweichung vom Grundsatz der gemeinsamen elterlichen Sorge eben eine eng begrenzte Ausnahme bleiben muss. Im dort beurteilten Fall ergab sich zwar das Bild zerstrittener Eltern, bei welchen eine erhebliche Störung der Kommunikation vorlag. Hingegen ergaben sich keine Hinweise darauf, dass das Wohl der Kinder durch diese Spannungen zwischen den Eltern konkret gefährdet sei, etwa in dem Sinne, dass die Kinder infolge des Elternkonflikts psychisch angeschlagen wären (Urteil des Bundesgerichts

## B 16.1

5A\_903/2016 vom 17.5.2017 Erw. 5.1). Ferner verneinte das Bundesgericht die Voraussetzungen für eine Alleinzuteilung in einem Fall, wo sich die Eltern im Rahmen eines heftigen Dauerkonflikts mit chronischer Kommunikationsunfähigkeit zwar gegenseitig mit Vorwürfen überhäuft und gegeneinander auch eine Gefährdungsmeldung bzw. eine Strafanzeige eingereicht hatten, sich aber in Bezug auf das Besuchsrecht doch einigen konnten, so dass dieses ohne nennenswerte Probleme ausgeübt werden konnte. Das Bundesgericht erwog, die von der Mutter vorgebrachten stark divergierenden Erziehungsansichten bzw. Erziehungsstile bezögen sich primär auf die Kindesbetreuung und würden für sich genommen noch keinen Grund zur Alleinsorge darstellen. Ferner war nach Ansicht des Bundesgerichts nicht davon auszugehen, dass sich der Loyalitätskonflikt, dem die Kinder aufgrund der Streitereien zwischen den Eltern ausgesetzt waren, unter einer gemeinsamen Sorge in entscheidender Weise verstärken würde (Urteil des Bundesgerichts 5A\_186/2016 vom 2.5.2016 Erw. 4). In gleicher Weise widersprach das Bundesgericht einer Mutter, die trotz ersichtlichen Defiziten beim Vater die Tochter nicht loslassen und eine normale Ausübung des Besuchsrechts nicht zulassen konnte. Der Streit um das Besuchsrecht war in jenem Fall heftig und chronisch und die Eltern hatten Strafanzeigen gegeneinander eingereicht. Die Besuchsrechtsbeistandschaft war äusserst aufwändig; eine interventionsorientierte Begutachtung war im Gang. Der Vater sah die Tochter aber einigermaßen regelmässig, wenn auch unter erschwerten Umständen. Eine Ausweitung des sich bislang auf das Besuchsrecht konzentrierenden Streites auf die Belange, welche sich aus einem gemeinsamen Sorgerecht ergeben, und eine zusätzliche Belastung für das Kind waren nicht unbedingt indiziert; allerdings ging das Bundesgericht angesichts der Grundsätzlichkeit, mit welcher die Mutter auch den Sorgerechtsprozess führte und eine Ausweitung des Konfliktes in Aussicht stellte, von einem Grenzfall aus (Urteil des Bundesgerichts 5A\_81/2016 vom 2.5.2016 Erw. 5).

3.1 Im vorliegenden Fall hat die Vorinstanz keine nach Massgabe der höchstrichterlichen Rechtsprechung relevanten Umstände festgestellt, die bei gemeinsamer elterlicher Sorge das Kindeswohl beeinträchtigen würden (vgl. vorstehend Erw. 2.1.4). Vielmehr hielt sie zusammenfassend fest, dass trotz konfliktbeladener Ausgestaltung und Ausübung des Besuchsrechts keine hinreichenden Gründe vorliegen würden, um von der Regel der gemeinsamen elterlichen Sorge abzuweichen.

3.2 In der Beschwerdeschrift wird namentlich beanstandet,

- dass seit dem Februar 2016 kein Austausch zwischen den Eltern einerseits sowie zwischen dem Kind und seinem Vater stattfindet;
- dass der Kindsvater effektiv keinen Kontakt suche und sich weder zum Geburtstag, noch zu Weihnachten oder Ostern etc. melde;
- dass der Kindsvater weder an Fragen schulischer Belange oder ärztlicher Behandlungen interessiert sei;
- und dass er mit der Nichtbezahlung von Alimenten tatsächlich ein Defizit an elterlicher Verantwortung dokumentiere.

3.3.1 Damit erwähnt die Beschwerdeführerin zutreffend verschiedene Aspekte, welche gegen den Kindsvater sprechen. So wäre in der Tat von einem leiblichen Vater zu erwarten, dass er seinem Sohn zum Geburtstag gratuliert und beispielsweise auch an Weihnachten ihm ein Geschenk zukommen lässt. Sodann kann der Kindsvater aus der Nichtbezahlung von Unterhaltsbeiträgen nichts zu seinen Gunsten ableiten. Trotz solcher Versäumnisse bleibt indes der Beschwerdegegner der Vater des gemeinsamen Kindes.

3.3.2 In ihrer Argumentation übersieht die Beschwerdeführerin allerdings, dass die Dauer des nach der Aktenlage derzeit immer noch unterbrochenen Kontakts zwischen Kindsvater und Kind bzw. Kindsmutter nicht allein dem Kindsvater zugeschrieben werden kann, wie nachfolgend dargelegt wird. Vorab spricht dieser Kontaktunterbruch offenkundig für die vorinstanzliche Aufforderung an die Eltern, im Rahmen einer gemeinsamen Mediation auf eine Basis für eine tragfähige Lösung hinzuarbeiten. Sodann fällt massgeblich ins Gewicht, dass die Kindsmutter am ... 2016 Strafanzeige gegen den Kindsvater wegen eines Vorfalls vom ... Februar 2016 erstattete, was zur Folge hatte, dass seit dem ... Februar 2016 kein Besuch mehr stattfand. Obwohl die zuständige Luzerner Staatsanwaltschaft kein strafrechtlich relevantes Verhalten des Kindsvaters feststellen konnte und deswegen das Verfahren im Januar 2017 einstellte (...) und daraufhin der Kindsvater mit Eingaben vom 13. Februar 2017 und vom 8. März 2017 an die Vorinstanz um Unterstützung bei der Wiederaufnahme des Besuchsrechts ersuchte (...), verzögerte sich das weitere Verfahren massiv, was indes nicht dem Kindsvater angelastet werden kann. Dass die Vorinstanz zunächst eine Anhörung des Kindes vornehmen wollte, erweist sich als richtig, allerdings brauchte es zu lange, bis dieses Gespräch stattfinden konnte. Auf der einen Seite hat für die Verzögerung zwischen Kenntnissnahme der Einstellung des Strafverfahrens (02.2017) und der am 25. Juli 2017 erfolgten Bekanntgabe des Termins der Kindsanhörung

## B 16.1

(d.h. mehr als 5 Monate) grundsätzlich die Vorinstanz einzustehen, während die weiteren Verzögerungen (mit der Ablehnung der Kindsanhörung und der Beschwerde vom 18.9.2017 gegen die vorinstanzliche Zwischenverfügung vom 25.8.2017 ans Verwaltungsgericht) grundsätzlich der Kindsmutter anzulasten sind. Analog ist auch der Kindsmutter anzurechnen, dass sie hinsichtlich des im Januar 2018 eingeräumten rechtlichen Gehörs zum vorgesehenen Beschluss der Vorinstanz weitere zwei Monate bis zum ... März 2018 in Anspruch nahm, worauf die Vorinstanz nochmals mehr als 3 Monate benötigte bis zum Erlass des vorliegend angefochtenen Beschlusses.

3.3.3 Im Lichte dieser konkreten Umstände (mit Verzögerungen im weiteren Verlauf, welche überwiegend nicht dem Kindsvater angelastet werden können) hat die Vorinstanz zu Recht davon abgesehen, den derzeitigen Kontaktunterbruch massgeblich für eine Beibehaltung der bisherigen alleinigen elterlichen Sorge heranzuziehen. Vielmehr ist nach der Klärung der Sorgerechtsstreitigkeit davon auszugehen, dass das Besuchsrecht behutsam wiederaufgenommen werden kann, was gegebenenfalls - abhängig vom weiteren Verlauf - unter Umständen noch weitere Unterstützung durch die Vorinstanz erfordern könnte (z.B. Besuchsrechtsbeistandschaft/Ausdehnung der Mediationsbemühungen etc.). Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass der gemeinsame Sohn beim Vorfall vom ... Februar 2016 noch nicht 5½ Jahre alt war, derweil zwischenzeitlich der Sohn über 8 Jahre alt ist. Dieser Altersunterschied hat offenkundig zur Folge, dass das aufzunehmende Besuchsrecht anders ablaufen wird.

3.4 Es versteht sich von selbst, dass eine gemeinsame elterliche Sorge ein bestimmtes Engagement des Kindsvaters erfordern wird, was bislang nach der Aktenlage wenig sichtbar war. Dem Einwand der Kindsmutter, wonach der Kindsvater überhaupt kein Interesse am Kind zeige, ist das zugrundeliegende Gesuch um die gemeinsame elterliche Sorge entgegenzuhalten, welches ungeachtet der Meinung der Kindsmutter doch ein massgebliches Interesse am gemeinsamen Sohn dokumentiert.

3.5 Der Beschwerdeführerin ist darin beizupflichten, dass nicht bezahlte Unterhaltsbeiträge grundsätzlich Kontakte zwischen Eltern erschweren, indes kann diesem Umstand in Bezug auf die Kommunikations- und Kooperationsfähigkeit kein erhöhtes Gewicht beigemessen werden. Einmal abgesehen davon, dass die Beschwerdeführerin (früher) auch schon ein Betreibungsverfahren gegen den Kindsvater eingeleitet hat (...),

kann nach höchstrichterlicher Rechtsprechung der Konflikt um den Kindesunterhalt nicht ausschlaggebend sein, um die elterliche Sorge ausnahmsweise bei der Kindsmutter zu belassen. Die Unterhaltsfrage betrifft ausschliesslich finanzielle Aspekte. Sie hat grundsätzlich keinen Zusammenhang mit der Frage, ob die Eltern fähig sind, die elterliche Sorge zum Wohl des Kindes gemeinsam auszuüben. Der Unterhaltsstreit hängt mit der Sorgerechtsfrage auch nicht indirekt zusammen. Denn welcher Elternteil in welchem Umfang finanzielle Leistungen erbringen muss, bestimmt sich nach der Obhutsregelung bzw. den jeweiligen Anteilen der Eltern an der Betreuung (vgl. Art. 276 Abs. 2 ZGB) und nicht danach, unter wessen elterlicher Sorge das Kind nach Massgabe von Art. 296 ff. ZGB steht (siehe dazu Urteil des Bundesgerichts 5A\_22/2016 vom 2.9.2016 Erw. 5.3).

3.6 Der Argumentation in der Beschwerde, wonach das Kind sich in seiner Psyche besser entwickeln könnte, wenn sein leiblicher Vater in seinem Leben keine grosse Rolle spielen würde, kann nicht beigeplant werden. Regelmässig ist die Beziehung des Kindes zu beiden Eltern von höherem Wert, zumal sie bei der Identitätsfindung eine bedeutende Rolle spielen kann (BGE 126 III 219 E. 2b S. 221). Dass seit Februar 2016 keine gemeinsamen Unternehmungen von Vater und Sohn möglich waren, vermag die angesprochene Erfahrungstatsache nicht zu entkräften. Im Übrigen sind dem Protokoll der Anhörung des Kindes vom 13. Dezember 2017 keine Anhaltspunkte zu entnehmen, dass das Kind gegenüber seinem Vater (welchen das Kind nach eigener Schätzung zuletzt vor ca. einem Jahr gesehen habe) eine offensichtliche Ablehnung bekundet hat (...).

3.7 Das gemeinsame elterliche Sorgerecht setzt, entgegen den Ausführungen der Beschwerdeführerin, zudem nicht unabdingbar voraus, dass die Ausübung des Besuchsrechts reibungslos funktioniert. Soweit Schwierigkeiten bei der Besuchsrechtsausübung das Kindeswohl beeinträchtigen, sind sie auf der entsprechenden Stufe, das heisst im Rahmen der Regelung des persönlichen Verkehrs (Art. 273 ff. ZPO) zu lösen und nicht im Streit um die elterliche Sorge (Urteil des Bundesgerichts 5A\_22/2016 vom 2.9.2016 Erw. 5.2).

3.8 Die Kooperations- und Kommunikationsbereitschaft der Eltern ist nach der Aktenlage schwierig einzuschätzen, indes drängen sich - wie bereits erwähnt und von der Vorinstanz aufgegleist - entsprechende Mediativ-

## B 16.1

onsbemühungen auf. Die Eltern sind daran zu erinnern, dass jegliche Verbesserungen der aktuellen Situation letztlich dem gemeinsamen Kind zu Gute kommen.

3.9 Des Weiteren verkennt die Beschwerdeführerin den Ausnahmecharakter einer Zuteilung der alleinigen elterlichen Sorge: Der Richter hat nicht frei darüber zu befinden, ob die gemeinsame oder die alleinige elterliche Sorge dem Kindeswohl besser entspricht, sondern einzig zu prüfen, ob eine Alleinsorge zur Wahrung des Kindeswohls nötig ist (Art. 298 Abs. 1 ZGB). Entgegen der sinngemässen Argumentation der Beschwerdeführerin ist eine Gefährdung des Kindeswohls, die eine Abweichung vom Grundsatz der gemeinsamen elterlichen Sorge als unausweichlich erscheinen liesse, hier nicht erstellt, namentlich auch nicht dadurch, dass die Besuchsrechtstage vor Februar 2016 konfliktbelastet waren und seither nach dem Gesagten entfielen. Der Vorinstanz ist nicht entgangen, dass die Kommunikation zwischen Parteien in empfindlicher Weise gestört ist. Hingegen lassen sich in der angefochtenen Verfügung keine Feststellungen darüber entnehmen, dass diese - nach wie vor andauernden - Spannungen zwischen den Eltern das Wohl ihres Sohnes konkret gefährden würden, etwa in dem Sinne, dass er infolge des Konflikts um die Besuchsrechtstage psychisch angeschlagen wäre. Zudem konnten in der Vergangenheit, trotz beeinträchtigtem Kommunikationsmuster der Eltern, dennoch Lösungen getroffen werden (beispielsweise konnte die Mandeloperation termingerecht durchgeführt werden), weshalb hinsichtlich der Kinderbelange nicht von unüberbrückbaren Differenzen auszugehen ist.

3.10 Zusammenfassend ist es nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz prognostisch den beantragten Wechsel zu einer gemeinsamen elterlichen Sorge (siehe oben Erw. 2.1.6) nicht als erhebliche Beeinträchtigung des Kindeswohls eingeschätzt hat. Anzuführen ist, dass der Vorinstanz auch in solchen Fragen ein gewisser Beurteilungsspielraum zugestehen ist, welcher im konkreten Fall nicht überschritten wurde. Dies gilt erst recht, als eine Delegation der Vorinstanz in einem gemeinsamen Gespräch das betroffene Kind kennenlernen und sich dadurch einen unmittelbaren Eindruck verschaffen konnte.

(VGE III 2018 131 vom 28. November 2018).

## 16.2 Kindesschutz - FSME-Impfung

- *Wenn sich die Eltern betreffend FSME-Impfung des gemeinsamen Kindes nicht einigen können, kann nicht die KESB zum Entscheid angerufen werden.*

### *Aus dem Sachverhalt:*

Den Eltern steht das gemeinsame Sorgerecht über den gemeinsamen Sohn zu. Der Vater wünscht für diesen die FSME-Impfung, die Mutter lehnt eine solche ab, worauf der Vater an die KESB gelangt mit dem Antrag, es sei die Weisung an die Mutter zu erlassen, den Sohn FSME zu impfen. Die KESB wies den Antrag ab.

### *Aus den Erwägungen:*

1.1 Das Gesuch vom 24. November 2017 um Erteilung einer Weisung an die Kindsmutter zur FSME-Impfung des Sohnes begründete der Beschwerdeführer damit,

- dass die elterliche Sorge im Kindesinteresse auszuüben sei;
  - dass betreffend diese Impffrage zwischen ihm und der Kindsmutter ein Dissens bestehe;
  - dass die FSME-Impfung im Kindesinteresse liege und die Kindsmutter kein Vetorecht zulasten der Gesundheit des Kindes habe.
- (...)

2. Entgegen der Darstellung des Beschwerdeführers besteht in der gesetzlichen Regelung der gemeinsamen elterlichen Sorge und dem Kindesschutz keine durch das Gericht zu füllende echte Lücke im ZGB. Vielmehr war sich der Gesetzgeber bewusst, dass die gemeinsame elterliche Sorge Einigkeit zwischen den Eltern voraussetzt und Uneinigkeit die Interessen des Kindes zu beeinträchtigen vermag. Obwohl oder gerade weil sich der Gesetzgeber dessen bewusst war, hat er in zwei Fällen eine gesetzliche Regelung getroffen: Um Obstruktion zu verhindern kann nach Art. 301 Abs. 1bis ZGB der Elternteil, der das Kind betreut, allein entscheiden, wenn es um alltägliche oder dringliche Angelegenheiten geht oder wenn der andere Elternteil nicht mit vernünftigem Aufwand zu erreichen ist. Zweitens ist behördlich einzuschreiten, wenn der Dissens eine Gefährdung des Kindeswohls bedeutet (Art. 307 ff. ZGB). In allen anderen Fällen von

## B 16.2

Dissens der Eltern hat sich der Gesetzgeber ganz bewusst sowohl gegen eine Stichtentscheid-Regelung als auch gegen behördliche oder gerichtliche Intervention entschieden (ausgenommen, die Eltern sind verheiratet; dann steht der Weg via gerichtliche Vermittlung offen, Art. 172 ZGB. Vgl. Botschaft zu einer Änderung des ZGB, Elterliche Sorge, vom 16.11.2011; BBl 2011 S. 9106). Mithin hat der Gesetzgeber eine abschliessende Regelung getroffen; eine Lücke besteht nicht.

(...)

3.1 Damit steht aber fest, dass das Kind und die Eltern einen Dissens der Eltern hinzunehmen haben, eine von einer Seite erwünschte Veränderung nicht stattfinden kann und sich alle mit dem Status quo arrangieren müssen. Aus der Sicht des Gesetzgebers ist dies solange zu akzeptieren, als weder die Nichtveränderung noch der Konflikt als solcher das Kindeswohl gefährdet. Sobald jedoch der Nichteintritt einer Veränderung oder der Konflikt selbst zu einer Kindeswohlgefährdung führt, ist eine staatliche Intervention angezeigt und sind Kindesschutzmassnahmen zu ergreifen. Dies ist etwa auch dann der Fall, wenn sich ein Entscheid als solcher als notwendig erweist (Hausheer/Geiser/Aebi-Müller, Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 5. Aufl. 2014, Rz 17.128). Besteht zwischen den Eltern Uneinigkeit, ist daher zu prüfen, ob das Festhalten am Status quo (weil ein Elternteil der Veränderung nicht zustimmt) für das Kind einen Schaden im Sinne einer Kindeswohlgefährdung darstellt (BK-Affolter/Vogel, Art. 301 N 43). Eine Gefährdung des Kindeswohls liegt dabei vor, sobald nach den Umständen die ernstliche Möglichkeit einer Beeinträchtigung des körperlichen, sittlichen, geistigen oder psychischen Wohls des Kindes vorauszusehen ist (Häfeli, Grundriss zum Kindes- und Erwachsenenschutzrechts, 2. Aufl. 2016, N 40.01).

(...)

3.3.1 Es besteht Einigkeit, dass die Frage der Impfung als medizinischer Eingriff keine alltägliche ist, sondern eine grundlegende Entscheidung darstellt (vgl. dazu allerdings die kritische Anmerkung Urs Gloor / Barbara Umbricht Lukas [in: FHB Kindes- und Erwachsenenschutzrecht, N 13.29], wonach kaum jeder Impfung lebensprägende Wirkung zukomme, mithin zu differenzieren ist). Über die Frage der FSME-Impfung für den Sohn haben damit die über die gemeinsame elterliche Sorge verfügenden Eltern gemeinsam zu befinden. Befürworten nicht beide Elternteile die Impfung, bleibt es beim Status quo, der Nicht-Impfung des Sohnes. Wie aufgezeigt, genügt dieser Dissens in dieser grundlegenden Entscheidung für ein Einschreiten der KESB nicht. Entgegen der Darstellung



des Beschwerdeführers hat die KESB nicht einzuschreiten, weil Uneinigkeit in einer grundlegenden Frage besteht. Vielmehr müsste die Nichtveränderung, d.h. der Status quo, d.h. das Ungeimpftsein das Kindeswohl gefährden, damit die KESB eine Kindesschutzmassnahme im Sinne von Art. 307 ZGB treffen kann. Dies hat die Vorinstanz indes zu Recht verneint.

3.3.2 Es steht fest, dass die FSME-Impfung unter bestimmten Umständen durch die Eidg. Kommission für Impffragen und das BAG empfohlen ist („Die FSME-Impfung wird allen Erwachsenen und Kindern [im Allgemeinen ab 6 Jahren], die in Endemiegebieten wohnen oder sich zeitweise dort aufhalten, empfohlen. Eine Impfung erübrigt sich für Personen, welche kein Expositionsrisiko haben.“ Empfehlung BAG, Eidg. Kommission für Impffragen; Bulletin 13 S. 225 ff. vom 27.3.2006, vgl. auch Bulletin 41 S. 622 vom 10.10.2016; eingesehen unter [www.bag.admin.ch](http://www.bag.admin.ch) am 23.1.2018). Den Akten ist des Weiteren zu entnehmen, dass auch der Kantonsarzt die Impfung empfiehlt, wenn diese besonderen Umstände gegeben sind. Letztlich ist es aber jeder Person selbst überlassen, bzw. in Bezug auf die Kinder den Eltern, ob eine Impfung erfolgt oder nicht.

3.3.3 Eine behördliche Anweisung zur Impfung käme, wie erwähnt, nur in Frage, wenn wegen des Nichtgeimpftseins nach den Umständen die ernstliche Möglichkeit einer Beeinträchtigung des körperlichen, sittlichen, geistigen oder psychischen Wohls des Kindes geradezu vorauszusehen ist. Dies ist gemäss Beschwerdeführer entsprechend der BAG-Empfehlung und aufgrund der Exposition des Sohnes der Fall. Wäre dem tatsächlich so, so käme dies - wie die Vorinstanz zu Recht ausführt - einem Impfwang gleich. Denn ob eine Kindeswohlgefährdung vorliegt, ist rein objektiv zu betrachten, insbesondere auch losgelöst von einem Verschulden der Eltern. Das heisst, die KESB hat Kindesschutzmassnahmen zu treffen, wenn eine Gefährdung gegeben ist und die Eltern unfähig oder nicht Willens sind, diese abzuwenden. Würde die Nicht-Impfung von exponierten Kindern nun eine Kindeswohlgefährdung darstellen, müsste die KESB für alle Kinder Schutzmassnahmen treffen (d.h. die Impfung veranlassen), ganz unabhängig davon, ob die Eltern die Impfung gemeinsam bewusst ablehnen, sich gar keine Meinung darüber bilden oder sich uneins sind. Die Gefährdung allein ist ausreichende, aber zwingende Voraussetzung, damit die KESB Massnahmen trifft. Würde die Nichtimpfung des Sohnes des Beschwerdeführers eine Kindeswohlgefährdung darstellen, weil er zum Personenkreis gemäss Impfempfehlung zählt, so wäre auch das Wohl aller anderen Kinder mit vergleichbarer Exposition gefährdet und die KESB

## B 16.2

müsste bei allen Kindern intervenieren, falls die Eltern die Impfung nicht veranlassen. Ob eine Gefährdung vorliegt, ist insbesondere unabhängig vom Willen der Eltern; mithin liegt eine Gefährdung nicht nur deshalb vor, weil sich die Eltern uneins sind. Ein Impfblogatorium besteht aber, wie auch der Beschwerdeführer anerkennt, nicht.

3.3.4 Die Nicht-FSME-Impfung stellt auch sonst keine Kindeswohlgefährdung dar. Aufgrund der gemeldeten Zeckenzephalitis FSME-Fälle betrug die Inzidenz pro 100'000 Bevölkerung in den vergangenen 10 Jahren schweizweit zwischen 1.16 und 3.23, im Durchschnitt 1.84. Im Kanton Schwyz zwischen 0 und 3.21, im Durchschnitt 0.98. Bei den 10 bis 14-Jährigen zwischen 0.47 und 2.96, im Durchschnitt 1.22 (vgl. [www.bag.admin.ch](http://www.bag.admin.ch); Zahlen zu Infektionskrankheiten, Zeckenzephalitis FSME; eingesehen am 23.1.2018). Eine Infektion verläuft bei einem Grossteil der Personen ohne Anzeichen einer Krankheit oder mit lediglich milden grippeartigen Symptomen. Etwa ein Drittel erkrankt. Nach einem beschwerdefreien Intervall entwickeln 5 bis 10% dieser Patienten erneut Fieber und zusätzlich neurologische Symptome verschiedener Arten, wobei bleibende neurologische Schädigungen möglich sind. Ein bis zwei Prozent der Betroffenen mit neurologischen Ausfällen sterben (BAG-Bulletin 41 S. 622 vom 10.10.2016). Ohne das Risiko einschneidender Folgen zu verharmlosen oder die Richtigkeit der Impfempfehlung anzuzweifeln, kann vor diesem Hintergrund dennoch nicht gesagt werden, bei ausbleibender Impfung bestehe - selbst bei exponierten Personen - eine konkrete und hohe Wahrscheinlichkeit einer relevanten gesundheitlichen Schädigung durch Zeckenzephalitis FSME. Eine Kindeswohlgefährdung setzt aber voraus, dass die ernsthafte Möglichkeit einer gravierenden Erkrankung (und damit einer Beeinträchtigung des Kindeswohls) geradezu vorauszu- sehen ist (Urs Gloor / Barbara Umbricht Lukas, a.a.O., N 15.10).

(VGE III 2018 8 vom 28.3.2018)

---

## C Regierungsrat

---

---

### 2. Baurecht

---

#### 2.1 Widerruf der Baubewilligung

- *Voraussetzungen für den Widerruf einer Baubewilligung (Erw. 2.1-2.6).*

*Aus den Erwägungen:*

2.1 Das Ende der Schutzwirkung der formell rechtskräftigen Baubewilligung kann nur durch den Widerruf einer materiell rechtswidrigen Baubewilligung herbeigeführt werden. Bei gewissen Polizeibewilligungen werden die Voraussetzungen des Widerrufs im Gesetz umschrieben. Das Planungs- und Baugesetz vom 14. Mai 1987 (PBG, SRSZ 400.100) enthält keine Bestimmungen über den Widerruf einer Baubewilligung. Es kommt die *lex generalis* von § 34 VRP zur Anwendung. Verfügungen können demnach auf Gesuch einer Partei oder von Amtes wegen von der erlassenden Behörde oder der Aufsichtsbehörde ausserhalb eines Revisionsverfahrens abgeändert oder aufgehoben werden, wenn sich die Verhältnisse geändert haben oder erhebliche öffentliche Interessen es erfordern und dabei der Grundsatz von Treu und Glauben nicht verletzt wird. Die angesprochenen öffentlichen Interessen können namentlich in der Beseitigung eines qualifizierten Rechtsmangels liegen (EGV-SZ 1991 Nr. 47, E. 3 mit Hinweisen).

2.2 Nach Eintritt der formellen Rechtskraft sind die Voraussetzungen für eine Neu Beurteilung strenger, weil dem Gebot der Rechtssicherheit und dem Vertrauensschutzprinzip dann eine erhöhte Bedeutung zukommt. Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung hängt die Frage, ob eine materiell unrichtige Verfügung von der Behörde zurückgenommen oder abgeändert werden darf, von einer Werteabwägung ab. Dabei geht das Gebot der Rechtssicherheit in der Regel vor, wenn der (rechtswidrige) Verwaltungsakt ein subjektives Recht begründet hat oder wenn er in einem Verfahren ergangen ist, in dem die sich gegenüberstehenden Interessen allseitig zu prüfen und gegeneinander abzuwägen waren, oder wenn der Private von einer ihm durch die Verfügung eingeräumten Befugnis bereits Gebrauch gemacht hat (BGE 121 II 273 E. 1a/aa; vgl. auch RRB Nr. 424 vom 23. April 2014,

## C 2.1

E. 2.7; RRB Nr. 963 vom 30. Mai 1995, E. 2c; vgl. Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Auflage Zürich/St. Gallen 2016, N 1215 ff.).

2.3 Die kantonale Baubewilligung vom 21. Oktober 2014 für das strittige Bauprojekt wurde unter der Auflage erteilt, dass das bestehende Ökonomiegebäude und der geplante Anbau auf der Parzelle KTN XY „ausschliesslich für landwirtschaftliche Zwecke genutzt werden“ (vgl. Dispositivziffer 1 in Verbindung mit Kap. II Ziff. 1 des Gesamtentscheides vom 21. Oktober 2014). Die Baubewilligung und somit auch diese Auflage/Bedingung hat die Beschwerdeführerin nicht angefochten. Sie sind folglich in Rechtskraft erwachsen. Laut dem Verwaltungsgericht bedeutet dies nichts anderes, als dass ein Baubeginn erst in Frage kommt, wenn der verlangte Nachweis, „dass die Bewirtschaftung des Betriebs nach dem künftigen Betriebskonzept erfolgen wird“, erbracht ist. In Bezug auf die Anbaute als Neubau würde diese Auflage eine Suspensivbedingung darstellen. Da die Beschwerdeführerin diesen Nachweis bisher nicht erbracht bzw. diese Bedingung nicht erfüllt hat, war der Baustopp nach Ansicht des Verwaltungsgerichts sachlich gerechtfertigt bzw. zur Vermeidung einer widerrechtlichen (Bau-)Situation sogar zwingend erforderlich (VGE III 2016 143 + 148 vom 24. Februar 2017, E. 4.3.1 f.).

2.4 Die Vorinstanzen haben noch vor Erlass des VGE III 2016 143 + 148 vom 24. Februar 2017 die Baubewilligungen (Gesamtentscheid der Vorinstanz 2 vom 21. Oktober 2014 und der Beschluss der Vorinstanz 1 vom 6. November 2014) mit Gesamtentscheid vom 15. Dezember 2016 bzw. Beschluss vom 19. Januar 2017 widerrufen. Die Vorinstanz 2 begründete den Widerruf damit, dass die damals von der Beschwerdeführerin geltend gemachte Absicht, das zugepachtete Grundstück KTN XZ, ab 1. Januar 2015 selber zu bewirtschaften, nicht der Wahrheit entsprochen habe. Mit Schreiben vom 28. Juni sowie 25. Juli 2016 habe die Beschwerdeführerin insbesondere offen gelegt, dass sie das Grundstück KTN XZ seit Pachtantritt vom 1. Januar 2015 nicht selber bewirtschaftet, sondern die gesamte Nutzfläche seit Pachtantritt im Sinne einer Notlösung A. zur Nutzniessung überlassen habe. Die Beschwerdeführerin habe im Schreiben vom 25. Juli 2016 mitgeteilt, dass die Bewirtschaftung des Betriebes gerade nicht nach dem damals vorgelegten Betriebskonzept erfolgt sei. Hätte die Beschwerdeführerin bereits während des Baubewilligungsverfahrens im Herbst 2014 die Fremdbewirtschaftung des Grundstücks KTN XZ offen gelegt, hätte das AFL die Zustimmung zur Baubewilligung im Fachbericht bereits zum damaligen Zeitpunkt verweigert. Der Beschwerdeführerin sei nach Erhalt der Baubewilligung klar gewesen, dass ihr die Baubewilligung nur erteilt worden sei, weil durch das zugepachtete Grundstück KTN XZ eine Erwerbsorientierung des

Betriebes der Beschwerdeführerin bejaht werden konnte. Die Selbstbewirtschaftung des Grundstücks KTN XZ hätte bereits seit dem 1. Januar 2015 erfolgen müssen. Ohne die Bewirtschaftung der Parzelle KTN XZ könne nicht (mehr) von einem erwerbsorientierten Landwirtschaftsbetrieb ausgegangen werden, weshalb die raumplanungsrechtlichen Voraussetzungen für einen zonenkonformen Anbau des Ökonomiegebäudes heute nicht gegeben seien (vgl. Gesamtentscheid der Vorinstanz 2 vom 15. Dezember 2016, S. 6 ff.).

2.5 Dass die Vorinstanz 2 aufgrund dieser Tatsache die kantonale Baubewilligung widerrufen hat, ist nicht zu beanstanden. Es besteht nach wie vor kein Anlass, an der Richtigkeit der Darstellung der Vorinstanz 2 bzw. des AFL zu zweifeln; aufgrund der von der Beschwerdeführerin im Zusammenhang mit dem Baugesuch eingereichten Geschäftsbüchern 2001 bis 2013 wurde von einem nicht erwerbsorientiert geführten Landwirtschaftsbetrieb (Hobbylandwirtschaftsbetrieb) ausgegangen (siehe dazu VGE III 2016 143 + 148 vom 24. Februar 2017, E. 4.5.1; vgl. auch Gesamtentscheid vom 15. Dezember 2016, S. 6). Nur mit der Selbstbewirtschaftung der zugepachteten Fläche von KTN XZ konnte die Vorinstanz 2 von einem erwerbsorientierten Landwirtschaftsbetrieb ausgehen und den Anbau an das Ökonomiegebäude als zonenkonform beurteilen. Daher erliess das AFL auch die (von der Beschwerdeführerin nicht angefochtene) Suspensivbedingung. Die Beschwerdeführerin wusste nun aber bereits zum Zeitpunkt der Bewilligungserteilung, dass sie das Grundstück KTN XZ ab dem 1. Januar 2015 nicht selbst bewirtschaften wird. Hätte die Beschwerdeführerin von Anfang an offen gelegt, dass sie die Bewirtschaftung des Grundstücks KTN XZ durch einen Dritten vornehmen lässt, hätten die Vorinstanzen die Baubewilligungen zu Recht verweigert. Die Beschwerdeführerin hat die Baubewilligung erhalten, obwohl bzw. weil sie wesentliche Tatsachen verschwiegen hat. Insoweit liegt eine Veränderung der tatsächlichen Verhältnisse vor und ein Widerrufsgrund ist somit gegeben. Die Vorinstanzen haben ihre Baubewilligungen (Gesamtentscheid der Vorinstanz 2 vom 21. Oktober 2014 und der Beschluss der Vorinstanz 1 vom 6. November 2014) daher zu Recht widerrufen. Inwiefern dabei der Grundsatz von Treu und Glauben verletzt worden sein soll, ist nicht ersichtlich. Zudem ist das öffentliche Interesse an der Trennung von Baugebiet und Nichtbaugebiet bzw. an der Freihaltung der Landwirtschaftszone gross und vorliegend höher zu gewichten als das Vertrauen der Beschwerdeführerin in die Baubewilligungen.

2.6 Ausserdem konnte bzw. durfte die Beschwerdeführerin die Baubewilligungen bisher nicht konsumieren. Nach der von der Abteilung Hochbau der Vorinstanz 1 am 21. April 2016 (zu Unrecht) erteilten Baufreigabe stand die Beschwerdeführerin zwar kurz vor dem Baubeginn (VGE III 2016 143 + 148 vom 24. Februar 2017, E. 4.3.4). Da die Witterungsverhältnisse allerdings

## C 2.2

sehr nass waren, hat sie mit der eigentlichen Ausführung der Baute noch nicht begonnen (vgl. insbesondere Verwaltungsbeschwerde vom 16. Februar 2017, S. 7). Danach durfte die Beschwerdeführerin aufgrund des vom AFL am 24. Mai 2016 zu Recht verfügten Baustopps nicht mehr mit den Bauarbeiten beginnen (vgl. oben E. 2.3). Ein Widerruf der Baubewilligung ist daher für die Beschwerdeführerin nicht mit nachteiligen Dispositionen verbunden. Insgesamt erweist sich der Widerruf der Baubewilligungen als verhältnismässig.

(RRB Nr. 63 vom 30. Januar 2018).

**Anmerkung:** Das Verwaltungsgericht hat eine gegen den Entscheid des Regierungsrates erhobene Beschwerde abgewiesen (VGE III 2018 42 vom 27. Juli 2018).

### 2.2 Vereinfachtes Bewilligungsverfahren

- *Voraussetzungen des vereinfachten Verfahrens (Erw. 2.1).*
- *Anwendung des vereinfachten Verfahrens bei einer Stockwerkeigentümergeinschaft (Erw. 2.2–3).*

*Aus den Erwägungen:*

2. Die Beschwerdeführer bringen vor, das Gartenhaus hätte nicht im vereinfachten Verfahren bewilligt werden dürfen, da das Einverständnis der übrigen Stockwerkeigentümer am Stammgrundstück KTN XY fehle.

2.1 § 79 des Planungs- und Baugesetzes vom 14. Mai 1987 (PBG, SRSZ 400.100) regelt das vereinfachte Verfahren. Die Bewilligungsbehörde bewilligt kleinere Bauvorhaben oder Änderungen bewilligter Bauvorhaben ohne Auflage und Publikation, wenn das schriftliche Einverständnis der direkten Anstösser und der zuständigen Bewilligungsinstanzen des Kantons und des Bezirks vorliegt. Sie dispensiert in solchen und anderen begründeten Fällen auch von der Erstellung eines Baugespannes (§ 79 Abs. 1 PBG). Sie zeigt die Bewilligung den direkten Anstössern und den zuständigen Bewilligungsinstanzen des Kantons und des Bezirks an (§ 79 Abs. 2 PBG). Fehlt das schriftliche Einverständnis eines direkten Anstössers, so wird diesem mit der schriftlichen Anzeige eine Frist von 20 Tagen angesetzt mit dem Hinweis, dass innert dieser Frist Einsprache erhoben werden kann (§ 79 Abs. 3 PBG; zum vereinfachten Verfahren vgl. auch Art. 122 des Baureglements des Bezirkes Küsnacht vom 1. November 2006, BauR). Die Baubewilligungsbe-

hörde hat von Amtes wegen zu entscheiden, welche Verfahrensart im konkreten Fall zur Anwendung gelangt (Mischa Berner, Luzerner Planungs- und Baurecht, Bern 2012, Rz. 943 mit Hinweisen; RRB Nr. 1117 vom 27. November 2012, E. 6). Im Bezirk Küssnacht bewilligt die Baukommission Bauvorhaben im vereinfachten Verfahren (Art. 3 Abs. 1 und Art. 122 Abs. 1 BauR).

2.2 Das vereinfachte Verfahren erfordert entweder das schriftliche Einverständnis aller direkten Anstösser, oder dann eine schriftliche Anzeige des Baugesuches an die Anstösser mit Fristansetzung für die Einsprachemöglichkeit. Die Vorinstanz hat das nachträgliche Baugesuch für das Gartenhaus den Beschwerdeführern sowie A. angezeigt. Sie hat diesen gemäss § 79 Abs. 3 PBG die Möglichkeit zur Einsprache eingeräumt. In Bezug auf diese beiden Anstösser sind die Voraussetzungen von § 79 PBG erfüllt, was zwischen den Parteien auch unbestritten ist. Die Beschwerdeführer beanstanden überdies zu Recht nicht, dass die Vorinstanz das Gartenhaus mit einer Höhe von circa 2 m und einer Grundfläche von circa 3.5 m<sup>2</sup> als kleineres Bauvorhaben gemäss § 79 Abs. 1 PBG eingestuft hat. Uneins sind sich die Parteien aber über die Frage, ob die (nebst dem Beschwerdegegner) übrigen Stockwerkeigentümer am Stammgrundstück KTN XY ebenfalls als „direkte Anstösser“ i.S.v. § 79 Abs. 1 PBG gelten oder nicht. Die Stockwerkeigentümer von S11571 und S11572 haben dem Gartenhaus nicht schriftlich zugestimmt. Eine solche Zustimmung ist jedenfalls nicht aktenkundig. Die Vorinstanz hat diesen das (nachträgliche) Baugesuch auch nicht angezeigt und ihnen gleichzeitig die Möglichkeit zur Einsprache gemäss § 79 Abs. 3 PBG gegeben. Die Stockwerkeigentümer von S11571 und S11572 haben möglicherweise gar keine Kenntnis vom (nachträglichen) Baugesuch.

2.3 Das Stammgrundstück KTN XY besteht wie gesagt aus den drei Stockwerkeigentumseinheiten S11571, S11572 und S11573, wobei dem Beschwerdegegner die Einheit S11573 gehört. Die jeweiligen 4.5-Zimmerwohnungen sind terrassenförmig (leicht versetzt) übereinander angeordnet. Heute befindet sich das Gartenhaus auf der Umgebungsfläche, welche der Beschwerdegegner ausschliesslich nutzen darf. Gemäss Dispositivziffer 4 des angefochtenen Beschlusses muss der Beschwerdegegner das Gartenhaus versetzen, damit dieses bewilligungsfähig ist. Auch dieser neue Standort des Gartenhauses liegt auf dieser Umgebungsfläche (Erklärung über die Begründung von Stockwerkeigentum am Stammgrundstück KTN XY, Plan zur Stockwerkeigentumseinheit S11573, grün schaffierte Fläche). Diese Umgebungsfläche ist dem Beschwerdegegner nicht als Sonderrecht, sondern nur als Sondernutzungsrecht zugewiesen. Dies bedeutet, dass die Umgebungsfläche nicht im Eigentum des Beschwerdeführers, sondern der STWEG M. steht. Dem Beschwerdegegner kommt an diesem gemeinschaftlichen Teil lediglich

## C 2.2

ein exklusives Gebrauchsrecht mit Ausschlussfunktion gegenüber den nicht berechtigten Stockwerkeigentümern zu (vgl. dazu Heinz Rey, Schweizerisches Stockwerkeigentum, 2. Auflage, Zürich 2001, Rz. 97; BSK ZGB II-Bösch, Art. 712g N 6). Wenn die Stockwerkeigentümer von S11571 und S11572 schon Miteigentümer der Fläche sind, auf welcher das Gartenhaus steht (bzw. stehen wird), dann müssen sie auch als direkte Anstösser i.S.v. § 79 Abs. 1 PBG gelten.

2.4 Folglich hat die Vorinstanz das vereinfachte Verfahren nicht korrekt durchgeführt. Der angefochtene Beschluss ist daher aufzuheben. Die Sache ist an die Vorinstanz zurückzuweisen. Diese muss in einem ersten Schritt die Stockwerkeigentümer von S11571 und S11572 anfragen, ob sie dem Gartenhaus am neuen Standort schriftlich zustimmen. Wenn diese ihr Einverständnis nicht geben, muss die Vorinstanz diesen das Baugesuch unter Hinweis auf die Einsprachemöglichkeit gemäss § 79 Abs. 3 PBG anzeigen. Die Vorinstanz hätte das Gartenhaus nicht bewilligen dürfen, ohne die Stockwerkeigentümer von S11571 und S11572 überhaupt davon in Kenntnis zu setzen.

3. Dieses Vorgehen rechtfertigt sich auch deshalb, weil (nach einer summarischen Prüfung) offen ist, ob das Gartenhaus zivilrechtlich erlaubt ist. Das Nutzungs- und Verwaltungsreglement der Stockwerkeigentümergeinschaft M. (nachfolgend: Reglement) bestimmt, wie solche Umgebungsflächen, welche zwar im Eigentum der STWEG M. stehen, jedoch mit einem ausschliesslichen Benutzungsrecht belegt sind, genutzt werden dürfen. Im Beiblatt Nr. 2 zum Reglement (Beschrieb der ausschliesslichen Benützungrechte) wird dazu Folgendes aufgeführt: *„Die Stockwerkeigentümer haben weiter ein ausschliessliches Nutzungsrecht an der Umgebung (Gartenanteil) neben resp. hinter dem Gebäude, wie dies aus den Aufteilungsplänen ersichtlich ist (Bezeichnung mit gleichfarbiger Schraffierung wie das Sonderrecht). Zur Aufbewahrung der Gartenutensilien steht jedem Sondernutzungsberechtigten eine Materialbox respektive ein Geräteschuppen zur Verfügung, welcher bauseits erstellt wird. Weitere bauliche Massnahmen sind auf diesen Sondernutzungsrechten nicht erlaubt.“* Auch mit Blick darauf drängt es sich auf, die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen, damit sich diese im Rahmen der Prüfung der Bauberechtigung mit dieser zivilrechtlichen Vorfrage noch auseinandersetzt.

(RRB Nr. 201 vom 21. März 2018).



## 2.3 Ortsbildschutz innerhalb der Bauzonen

- *Bundes-, kantonal- und kommunalrechtliche Vorgaben an den Ortsbildschutz und deren Überprüfung durch den Regierungsrat im Beschwerdeverfahren (Erw. 4.2 und Erw. 7-9).*
- *Gewässerschutzrechtliche Bewilligung; Durchflussnachweis nach erteilter Baubewilligung (Erw. 11-11.3).*

*Aus den Erwägungen:*

4.1 Vorab ist festzuhalten, dass die Vorinstanz 1 zu Recht auf die Begutachtung durch die Eidgenössische Natur- und Heimatschutzkommission (ENHK) verzichtet hat, da die Bewilligungserteilung für ein Bauvorhaben innerhalb der Bauzonen für sich allein nicht als Bundesaufgabe gilt (vgl. Jean-Baptiste Zufferey, Kommentar zum Bundesgesetz über den Natur- und Heimatschutz, Zürich 1997, Rz. 1 ff. zu Art. 2 NHG; Urteil BGER 1C\_558/2015 vom 30. November 2016, E. 3.1). Im Übrigen wäre selbst dann nicht zwingend eine Begutachtung durch die ENHK einzuholen, wenn es sich dabei um eine Bundesaufgabe handeln würde. Ist nämlich der Kanton für die Erfüllung einer Bundesaufgabe zuständig, beurteilt die kantonale Fachstelle für den Denkmalschutz, ob ein solches Gutachten erforderlich ist (Art. 7 Abs. 1 NHG in Verbindung mit Art. 25 Abs. 2 NHG und Art. 23 Abs. 4 der Verordnung über den Natur- und Heimatschutz vom 16. Januar 1991, NHV, SR 451.1; vgl. RRB Nr. 718 vom 11. August 2015, E. 3.1).

4.2 Beim Ortsbildschutz innerhalb der Bauzonen handelt es sich um einen Autonomiebereich der Gemeinden. Ob ein Bauvorhaben mit dem Orts- und Landschaftsbild in Einklang steht, muss somit in erster Linie die örtliche Baubewilligungsbehörde beurteilen. Sie verfügt über die besten Ortskenntnisse und ihr obliegt es, im Rahmen ihres Planungsauftrages dem Ortsbild- und Landschaftsschutz Rechnung zu tragen (Art. 3 Abs. 2 Bst. b RPG). Ein Eingreifen des Regierungsrates ist regelmässig nur dann gerechtfertigt, wenn die beanstandete Haltung der Baubewilligungsbehörde in Bezug auf die Einordnung schwer wiegende Mängel aufweist und sich deshalb nicht vertreten lässt (vgl. EGV-SZ 2005 C. 2.1, E. 4.2.3; RRB Nr. 334 vom 16. April 2015, E. 9.3). Nach dem Gesagten ist festzuhalten, dass die sachliche Zuständigkeit für den Ortsbildschutz bei der kommunalen Baubewilligungsbehörde liegt. Ausserdem haben der kantonale Denkmalpfleger bzw. das Amt für Kultur im Gesamtentscheid der Vorinstanz 2 vom 14. März 2017 eine Beurteilung des Bauvorhabens vorgenommen. Die zuständige Baubewilligungsbehörde sowie die kantonale Fachstelle haben das Bauvorhaben bezüglich des

## C 2.3

umstrittenen Ortsbild- und Objektschutzes geprüft. Auf die Frage, ob ihre Beurteilung inhaltlich korrekt ist, wird weiter unten eingegangen.

(...)

7. Die Beschwerdegegnerin plant auf den Grundstücken KTN XY und XZ den Neubau eines Mehrfamilienhauses mit 20 Wohneinheiten sowie Gewerberäumen im Erdgeschoss. Die Beschwerdeführer machen geltend, dass sich das Bauvorhaben aufgrund seiner Dimensionen nicht in das bestehende Ortsbild eingliedere. Das Einordnungsgebot verlange zwingend, dass die im Quartier am Dorfbach bestehende Struktur mit einer lockeren Einzelbebauung erhalten bleibe. Die Gliederung der projektierten Baute in sechs aneinandergereihete Volumen in der Form von kleinen Häuschen täusche zwar eine Kleinmassstäblichkeit vor. Allerdings weise das Bauvorhaben entlang der Strasse Y. eine Gebäudelänge von rund 50 m auf. Zudem überschreite es die Gebäude- und Firsthöhen der übrigen Bauten im Quartier deutlich. Von einer lockeren Einzelbebauung könne jedenfalls keine Rede sein.

7.1 Das kantonale wie auch das kommunale Recht verlangen, dass sich Bauten und Anlagen so in die Umgebung eingliedern, dass sie das Landschafts-, Orts-, Quartier- und Strassenbild nicht stören (§ 56 Abs. 1 PBG; Art. 13 Abs. 1 BauR). Die Gemeinden können in Bezug auf das Einordnungsgebot Vorschriften erlassen, welche über § 56 PBG hinausgehen (§ 52 Abs. 2 PBG). Die Gemeinde A. hat von dieser Kompetenz Gebrauch gemacht und in verschiedenen Bestimmungen des Baureglements weitergehende Anforderungen normiert. Gemäss Art. 13 Abs. 2 BauR kann der Gemeinderat zur Verhinderung einer störenden Baugestaltung im Baubewilligungsverfahren Bedingungen und Auflagen verfügen oder Projektänderungen verlangen. Das Ortsbildinventar, welches im Jahr 1984 vom Amt für Kulturpflege (heute: Amt für Kultur) herausgegeben worden ist, dient bei der Beurteilung als Richtlinie. In der Kernzone haben Neubauten, Renovationen und andere bauliche Massnahmen sowie die Umgebungsgestaltung erhöhten gestalterischen Anforderungen zu genügen. Sie sind bezüglich Dimensionen, Fassadengestaltung, Form und Materialien gut ins Orts- und Strassenbild einzufügen (Art. 44 Abs. 3 BauR). Bei der Bearbeitung, Beurteilung und Bewilligung von Bauprojekten sind das Bundesinventar der schützenswerten Ortsbilder der Schweiz (ISOS) sowie das Ortsbildinventar als wegleitende Projektierungs- und Entscheidungsgrundlagen zu berücksichtigen (Art. 13 Abs. 3 BauR; Art. 44 Abs. 4 BauR).

7.2 § 56 Abs. 2 PBG enthält zudem einen Vorbehalt zugunsten der besonderen Vorschriften über den Natur- und Heimatschutz. Gemäss § 1 Abs. 2

Bst. c und § 2 Abs. 1 des Gesetzes über den Natur- und Heimatschutz und die Erhaltung von Altertümern und Kunstdenkmälern vom 29. November 1927 (KNHG, SRSZ 720.110) 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 unterbinden, 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 B 8.8, E. 2.6.3).

8.1 A. als verstädtertes Dorf figuriert im ISOS (vgl. Anhang der Verordnung über das Bundesinventar der schützenswerten Ortsbilder der Schweiz vom 9. September 1981, VISOS, SR 451.12). Die Baugrundstücke KTN XY und XZ liegen im Gebiet Nr. 0.2. Die Baugruppe folgt als ehemaliges Fischerquartier dem Dorfbach, der in diesem Bereich als Fluchtort der Schiffe vor hohem Seegang diente. Sie wird durch eine heterogene Bausubstanz des 19./20. Jahrhunderts mit Wohn- und Gewerbebauten sowie durch Gärten und intakte Zwischenbereiche geprägt. Im Gebiet Nr. 0.2 gilt das Erhaltungsziel B: „Erhalten der Struktur; Erhalten der Anordnung, Gesamtform und Gesamtmerkmale von Bauten und Freiräumen; Integrales Erhalten der für die Strukturmerkmale wesentlichen Einzelelemente.“ Mögliche Massnahmen zur Erreichung dieses Erhaltungsziels sind das Erstellen eines Einzelbauinventars zur weiteren Abklärung der strukturbildenden Merkmale, das Festlegen von wesentlichen strukturbildenden Elementen (wie beispielsweise Ausnutzungsziffer, Geschosshöhe und Gebäudehöhe) in den Zonenvorschriften sowie das Festlegen von Gestaltungsrichtlinien (vgl. Eidgenössisches Departement des Innern EDI, Inventar der schützenswerten Ortsbilder der Schweiz, ISOS, Bd. Kanton Schwyz, Bern 1990, S. 110 ff. und 295). Durch die Aufnahme eines Objektes von nationaler Bedeutung in ein Inventar des Bundes wird dargetan, dass es in besonderem Mass die ungeschmälerterte Erhaltung, jedenfalls aber unter Einbezug von Wiederherstellungs- oder angemessenen Ersatzmassnahmen die grösstmögliche Schonung verdient (Art. 6 Abs. 1 NHG).

8.2 Die gemäss ISOS schützenswerten Ortsbilder von nationaler Bedeutung (unter anderem das Ortsbild von A.) sind im Richtplan des Kantons Schwyz (vom Regierungsrat mit Beschluss Nr. 209 vom 8. März 2016 verabschiedet, vom Kantonsrat am 13. April 2016 zur Kenntnis genommen und

## C 2.3

vom Bundesrat am 24. Mai 2017 genehmigt) als Hinweise aufgeführt. Die Vorinstanz 1 hat den Schutzperimeter des ISOS im geltenden kommunalen Nutzungsplan vom 22. August 2002 aufgenommen. Damit ist die direkte Berücksichtigung des ISOS bei der Beurteilung von Bauvorhaben kantonal durch den Richtplan sowie die Bestimmungen des KNHG und kommunal durch Art. 44 Abs. 4 BauR klar vorgegeben (VGE III 2014 116 und 129 vom 25. November 2014, E. 6.4).

8.3 In der Gemeinde A. werden die Vorgaben des ISOS unter anderem durch das Ortsbildinventar konkretisiert. Das Quartier am Dorfbach und damit auch die Bauliegenschaften KTN XY und XZ gehören zum Ortskern (Ortsbildinventar, S. 19). Dieser stellt eines der Hauptuntersuchungsgebiete des Ortsbildinventars dar (Ortsbildinventar, S. 25 ff. und S. 55 f.). Bei Ersatzbauten im Ortskern ist der Breiten- und Höhenrhythmus der jeweiligen bestehenden älteren Baugruppe einzuhalten. Traufunterbrechende hochgezogene Fassadenteile sind erwünscht (Ortsbildinventar, S. 25 f., 55). Das Ortsbildinventar ist (wie auch das ISOS) bei der Beurteilung von Bauvorhaben wegleitend (vgl. Art. 44 Abs. 4 BauR). Es ist bei der Beurteilung von Bauvorhaben direkt zu berücksichtigen (VGE III 2014 116 und 129 vom 25. November 2014, E. 6.6).

9.1.1 Das für die Bauparzellen KTN XY und XZ geltende Erhaltungsziel B schreibt eine obligatorische Begleitung im Baubewilligungsverfahren durch die Denkmalpflege, offizielle Fachinstanzen oder andere Fachleute vor. Da dem ISOS auch im kommunalen Aufgabenbereich Behördenverbindlichkeit zukommt, ist die Baubewilligungsbehörde verpflichtet, die kantonale Denkmalpflege oder andere denkmalpflegerische Fachleute im kommunalen Baubewilligungsverfahren bei der Beurteilung des Baugesuches beizuziehen, wenn das ISOS dies ausdrücklich vorschreibt (VGE III 2014 116 und 129 vom 25. November 2014, E. 6.7). Die kantonale Denkmalpflege hat direkt im kommunalen Baubewilligungsverfahren vor der Vorinstanz 1 mitgewirkt. Zudem hat sie dem Bauvorhaben mit Fachbericht vom 5. Oktober 2016 zugestimmt. Dieser Fachbericht hat auch Eingang gefunden im Gesamtscheid der Vorinstanz 2 vom 14. März 2017.

9.1.2 Mit Vernehmlassung vom 9. Juni 2017 hat die Vorinstanz 2 eine weitere Stellungnahme der kantonalen Denkmalpflege vom 2. Juni 2017 eingereicht. In dieser wird Folgendes festgehalten:

*„Das vorliegende Projekt ersetzt einen baulichen Komplex bestehend aus Gewerbebauten der Autogarage B. auf der Nordseite der Strasse X. mit Stirnseite zur Strasse Y. Die Bauliche Struktur entspricht an diesem Ort nicht der allgemeinen Charakterisierung des ISOS als Wohn- und Fischerquartier, was für den Bereich zwischen Strasse Y. und Leewasser, sowie den westlichen*

*Teil der Strasse Y. eher zutrifft. Ein Ersatz der Gebäude ist daher aus Sicht des Ortsbildschutzes bei guter Einbettung des Nachfolgeprojekts möglich. Zugleich kann durch eine präzise Setzung des Baus an die Strasse X eine städtebauliche Klärung dieser unbefriedigenden Situation – Park- und Ausstellungsfläche der ehem. Garage H. – erfolgen.*

*Im Verfahren wurde die Frage der Unterschreitung des Strassenabstandes bzw. der Bauflucht wurde eingehend diskutiert. In Abwägung zwischen gestalterischen Vorteilen bezgl. Einpassung und dem Festhalten an dem vom Baureglement geforderten Strassenabstand wurde zugunsten des ersteren eine Unterschreitung in Kauf genommen. Eine Ausnahmegewilligung kann aus Gründen des Ortsbildschutzes gewährt werden, wenn dadurch eine bessere Einbettung ins Ortsbild erzeugt wird (§ 73 Ziff. 1 Litt. d PBG; § 42 Ziff. 2 StraG).*

*Das Projekt entspricht damit in Bezug auf den Ortsbildschutz den Vorgaben des aktuellen (Art. 13 und 44) wie des geplanten Baureglements (Art. 47 und 48).“*

9.2.1 In der Kernzone gelten weder eine Obergrenze der Gebäude- und Firsthöhe noch eine maximale Anzahl Vollgeschosse. Auch die maximal zulässige Gebäudelänge ist nicht beschränkt (Art. 60 BauR). Die Grenz- und Gebäudeabstände legt der Gemeinderat im Einzelfall fest (Art. 44 Abs. 5 BauR). Folglich werden die Dimensionen des Bauvorhabens vorliegend in erster Linie durch die Vorgaben des Ortsbildschutzes begrenzt. Die bestehende Überbauung auf dem Grundstück KTN XZ umfasst mehrere Gebäudeteile. Gegenüber der Strasse X. befindet sich ein eingeschossiger Vorbau (mit vorgelagertem Ausstellungs- und Parkplatz), in welchem bislang eine Autogarage betrieben worden ist. Die beiden dahinter liegenden Hausteile (mit je einem separaten Giebeldach) verfügen über zwei bzw. drei Vollgeschosse und ein Dachgeschoss (vgl. Augenscheinprotokoll vom 23. Februar 2018, Fotos Nr. 1 und 3). Das geplante Neubauprojekt weist ebenfalls drei Vollgeschosse und ein Dachgeschoss auf, wie dies im Übrigen auch bei etlichen Gebäuden entlang der Strasse Y. der Fall ist (vgl. Augenscheinprotokoll vom 23. Februar 2018, Fotos Nr. 7.1, 7.2 und 7.3). Die Gebäudehöhe des projektierten Neubaus auf den beiden Parzellen KTN XY und XZ beträgt elf Meter und die Firsthöhe bis zu 16.75 m (je nach Fassade). Er überragt die bestehende Überbauung um zirka drei Meter (Firsthöhe). Da neu auch der Parkplatz in das Bauvorhaben integriert werden soll, weist dieses auf der südlichen und nördlichen Fassadenseite eine Gebäudelänge von rund 50 m auf. Es ist somit augenfällig, dass das Bauprojekt aufgrund seiner Dimensionen der bestehenden Kleinkörnigkeit des (ansonsten heterogen bebauten) Quartiers am Dorfbach nicht folgt. Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführer trifft es jedoch nicht zu, dass das Bauvorhaben die Vorgaben des ISOS und des Ortsbildinventars nicht berücksichtigen würde.

## C 2.3

9.2.2 Vorab bleibt festzuhalten, dass das projektierte Bauvorhaben die Gesamtform und die Gesamtmerkmale der bestehenden Überbauung zwar nicht übernimmt (wie dies vom im ISOS-Gebiet Nr. 0.2 geltenden Erhaltungsziel B eigentlich gefordert wird). Die kantonale Denkmalpflege hat in ihrer Stellungnahme vom 2. Juni 2017 aber ausgeführt, dass bereits die bauliche Struktur der bestehenden Überbauung dem allgemeinen Charakter des Quartiers nicht entspreche. Aus städtebaulicher Sicht ist somit die Erhaltung der strukturbildenden Elemente (eingeschossiger Vorbau mit Ausstellungsraum, grosser Parkplatz gegenüber der Strasse X.) gar nicht erwünscht. Durch das geplante Mehrfamilienhaus – welches aufgrund seiner Dimensionen gut mit der benachbarten Überbauung Z. (KTN XX, ZZ) harmoniert (vgl. Augenscheinprotokoll vom 23. Februar 2018, Foto Nr. 3) – wird das Quartier am Dorfbach stärker an die Strasse X. bzw. den Dorfkern angebunden. Dadurch erfolgt eine Klärung der heute unbefriedigenden Situation entlang der Strasse X. Im Bereich der Strasse Y. vermag das Bauprojekt als Eingang in das Quartier einen klaren Kontext zu den bestehenden älteren Baugruppen herzustellen (auch wenn dieses aufgrund der Gebäudelänge von rund 50 m nicht als „kleinkörnig“ bezeichnet werden kann). Zu berücksichtigen ist, dass die südliche Längsfassade in sechs Hausteile mit je einem Giebeldach unterteilt ist, womit die historische Struktur der Strasse Y. aufgegriffen wird. Daher tritt das geplante Mehrfamilienhaus nicht so massig in Erscheinung, dass es mit dem Einordnungsgebot nicht mehr zu vereinbaren wäre. Gestützt auf diese Ausführungen ist festzuhalten, dass sich das Bauvorhaben in das bestehende Orts-, Quartier- und Strassenbild eingliedert.

(...).

11. Die Beschwerdeführer bringen vor, dass die Auflage der Vorinstanzen, wonach die Beschwerdegegnerin erst vor Baubeginn einen Pfählungsplan mit Durchflusssnachweis des Grundwassers einzureichen habe, unzulässig sei. Die Überprüfung dieser Frage dürfe nicht auf einen Zeitpunkt nach der Erteilung der Baubewilligung verschoben werden.

11.1.1 Die Baugrundstücke KTN XY und XZ liegen vollständig im Gewässerschutzbereich A<sub>u</sub>. Dieser gehört zu den besonders gefährdeten Bereichen i.S. von Art. 29 Abs. 1 Bst. a der Gewässerschutzverordnung vom 28. Oktober 1998 (GSchV, SR 814.201). In den besonders gefährdeten Bereichen bedürfen die Erstellung und die Änderung von Bauten und Anlagen sowie Grabungen, Erdbewegungen und ähnliche Arbeiten einer kantonalen Bewilligung, wenn sie die Gewässer gefährden können (Art. 19 Abs. 2 des Bundesgesetzes über den Schutz der Gewässer vom 24. Januar 1991, GSchG, SR 814.20). Im Gewässerschutzbereich A<sub>u</sub> dürfen keine Anlagen erstellt werden, die unter dem mittleren Grundwasserspiegel liegen. Die Behörde

kann Ausnahmen bewilligen, soweit die Durchflusskapazität des Grundwassers gegenüber dem unbeeinflussten Zustand um höchstens 10% vermindert wird (Anhang 4 Ziff. 211 Abs. 2 GSchV). Die Bewilligung für Bauten und Anlagen in den besonders gefährdeten Gewässerschutzbereichen erteilt die kantonale Gewässerschutzfachstelle, vorliegend das Amt für Umweltschutz (§ 29 Abs. 1 des Einführungsgesetzes zum Gewässerschutzgesetz vom 19. April 2000, EGzGSchG, SRSZ 712.110, i.V.m. § 4 Abs. 1 und 2 Bst. c der Vollzugsverordnung vom 3. Juli 2001 zum Einführungsgesetz zum Gewässerschutzgesetz, VVzGSchG, SRSZ 712.111).

11.1.2 In der Baubewilligung können technische Bewilligungen vorbehalten und nach Rechtskraft der Baubewilligung erteilt werden (§ 81 Abs. 3 PBG). Solche technische Bewilligungen sind ergänzende Konkretisierungen der Baubewilligung, welche Erschliessung, Lage, Dimension und Erscheinungsbild eines Bauvorhabens nicht verändern (§ 44 Abs. 1 PBV). In der Baubewilligung ist festzustellen, welche technischen Bewilligungen für die Baufreigabe vorbehalten bleiben (§ 44 Abs. 2 PBV). Gestützt auf den Gesamtentscheid der Vorinstanz 2 vom 14. März 2017 ordnete die Vorinstanz 1 im angefochtenen Beschluss vom 11. April 2017 als Auflage an, dass die Beschwerdegegnerin vor Baubeginn einen Pfählungsplan inklusive Durchflusssnachweis einreichen müsse. In ihrer Vernehmlassung vom 9. Juni 2017 beantragte die Vorinstanz 2 gestützt auf die Rechtsprechung des Regierungsrates in Bezug auf die Pfahlfundation schliesslich aber eine teilweise Gutheissung der Beschwerde vom 15. Mai 2017. Die Vorinstanz 2 stützt sich dabei auf den Beschluss Nr. 369 vom 26. April 2016 (E. 4.4.2), in welchem der Regierungsrat klar festgehalten hatte, dass der Durchflusssnachweis eine Bewilligungsvoraussetzung sei, denn davon hänge ab, ob die Bauten und Anlagen in der geplanten Form überhaupt bewilligungsfähig seien oder ob allenfalls weitergehende (bauliche) Massnahmen zum Schutz des Grundwassers notwendig seien respektive ob das Bauvorhaben angepasst werden müsse. Es sei somit unzulässig, den Nachweis der Durchflusskapazität erst vor der Baufreigabe zu verlangen bzw. einzureichen. Dieser Nachweis müsse spätestens im Zeitpunkt der Baubewilligung vorliegen (vgl. auch RRB Nr. 1015 vom 27. Oktober 2015, E. 4.1 ff.). In der Folge hat die Beschwerdegegnerin dem mit der Verfahrensinstruktion betrauten Sicherheitsdepartement am 27. Juli 2017 einen Pfählungsplan inklusive Durchflusssnachweis eingereicht.

11.2 Die Beschwerdeführer verlangen in ihren Stellungnahmen vom 19. Juli und 4. Oktober 2017, dass das Baugesuch (inklusive Pfählungsplan und Durchflusssnachweis) noch einmal öffentlich aufgelegt werden müsse. Ändert der Baugesuchsteller sein Projekt während des Baubewilligungsver-

## C 2.4

fahrens in seinen Grundzügen und tritt die Projektänderung äusserlich stärker in Erscheinung, ist das Projekt neu zu publizieren. Hingegen kann das Verfahren ohne Neupublikation fortgesetzt werden, wenn das Projekt in seinen Grundzügen gleich bleibt und keine zusätzlichen öffentlichen und privaten Interessen der Nachbarn betroffen sind (vgl. EGV-SZ 2001 C 2.7, E. 2; RRB Nr. 442 vom 1. März 1995, E. 2.e). Mit dem von der Beschwerdegegnerin am 27. Juli 2017 eingereichten bzw. am 7. September 2017 überarbeiteten Durchflusssnachweis (mit Pfählungsplan) wird das umstrittene Bauvorhaben konkretisiert. Die Änderungen und Ergänzungen greifen nicht zusätzlich in die Rechtsstellung Dritter ein, auch nicht in diejenige der Beschwerdeführer (zumal sich diese im Beschwerdeverfahren dazu äussern konnten). Zudem werden keine zusätzlichen öffentlichen Interessen betroffen. Insgesamt erfährt das Bauprojekt keine äusserlichen Veränderungen und behält seine ursprüngliche Identität offensichtlich bei. Gestützt auf diese Ausführungen ist das Baugesuch nicht neu zu publizieren (vgl. RRB Nr. 588 vom 2. Juli 2013, E. 4.2.3).

11.3 Das Amt für Umweltschutz hat die von der Beschwerdegegnerin am 27. Juli 2017 und 7. September 2017 nachgereichten Unterlagen geprüft. In seiner Stellungnahme vom 12. September 2017 hat es festgehalten, dass die Durchflusskapazität des Grundwassers sowohl durch das Gebäude selbst als auch durch die erforderliche Pfählung insgesamt um nicht mehr als 10% verringert werde. Deshalb könne der Beschwerdegegnerin eine Ausnahmebewilligung im Sinne von Anhang 4 Ziff. 211 Abs. 2 GSchV erteilt werden (unter Auflagen). Die Beschwerdeführer vermögen in ihrer Replik vom 4. Oktober 2017 sowie in ihrer Stellungnahme vom 15. März 2018 nicht darzulegen, inwiefern der von der S. AG erstellte Durchflusssnachweis bzw. die Beurteilung des Amtes für Umweltschutz mit Fehlern behaftet sein sollte. Für den Regierungsrat besteht jedenfalls kein Anlass, an der Einschätzung der kantonalen Fachinstanz zu zweifeln. Eine Rückweisung der Sache an die Vorinstanzen würde deshalb einen verfahrensökonomischen Leerlauf bedeuten. (RRB Nr. 243 vom 10. April 2018).

### 2.4 Teilrechtskraft, Beschwerdelegitimation und Unterschutzstellung

- *Teilrechtskraft der Baubewilligung (Erw. 3.2-3.3).*
- *Beschwerdelegitimation (Erw. 4-4.4.3).*
- *Die Beurteilung der Schutzwürdigkeit einer Baute und der Aufnahme ins KIGBO kann zwar grundsätzlich direkt im Beschwerdeverfahren erfolgen bzw. nachgeholt werden, vorliegend fehlen jedoch die hierzu erforderlichen Grundlagen (Erw. 6-7.4).*



*Aus den Erwägungen:*

3.2 In Bezug auf die sog. Teilrechtskraft gilt Folgendes. In der Regel bilden die einzelnen Bestimmungen einer Verfügung ein einheitliches Ganzes, aus dem Teile nicht herausgelöst werden können, ohne dass der Sinnzusammenhang zerstört wird. Auch aus Gründen der Praktikabilität und der Rechtssicherheit drängt sich in der Regel eine einheitliche Behandlung der ganzen Verfügung auf. Deshalb kommt eine Teilrechtskraft grundsätzlich nur in Frage, wenn sich der angefochtene und der nicht angefochtene Teil einer Verfügung ganz klar trennen lassen, ohne dass der sachliche Zusammenhang, der die verschiedenen materiellen Punkte der Verfügung miteinander verbindet, gestört wird. Dies wird ausnahmsweise namentlich in Bezug auf den Kostenpunkt angenommen, da sich diese Frage vom materiellen Teil des Entscheides sauber trennen lässt (vgl. dazu Attilio R. Gadola, Das verwaltungsinterne Beschwerdeverfahren, Zürich 1991, S. 484 f.; RRB Nr. 106 vom 3. Februar 2015, E. 4.1). Im Baubewilligungsverfahren muss die Bewilligung grundsätzlich in einem einheitlichen Entscheid ergehen. In Baubewilligungsverfahren gibt es deshalb in der Regel keine Teilrechtskraft für die unbestrittenen Bauteile (RRB Nr. 867 vom 15. September 2015, E. 1.2). Eine Teilrechtskraft ist nur dann zulässig, wenn das Bauvorhaben aufteilbar ist und die Teile unabhängig voneinander realisierbar sind (RRB Nr. 366 vom 23. Mai 2018, E. 3 mit Hinweisen).

3.3 In den vorliegenden beiden Beschwerdeverfahren geht es grundsätzlich nur um das auf KTN XY stehende Bootshaus bzw. dessen Schutzwürdigkeit. Gegen die geplanten Renaturierungsmassnahmen als solche wehren sich die Beschwerdeführer nicht. Die Renaturierungsmassnahmen können grundsätzlich ausgeführt werden, soweit diese das Bootshaus und dessen nähere Umgebung nicht tangieren. Die Bau- bzw. Renaturierungsarbeiten können örtlich vom Bootshaus abgegrenzt werden, zumal sich der Projektperimeter über eine Gesamtlänge von rund 250 m erstreckt. Dazu ist eine fiktive Linie südlich des Kiesweges auf KTN XY entlang der bestehenden Hecke nördlich des Bootshauses zu ziehen, um einen ausreichenden Perimeter um das Bootshaus sicherzustellen. Der schmale Landzipfel auf KTN XY, auf welchem das Bootshaus steht, ist vorderhand von der Baubewilligung auszuklammern. Der unbestrittene Teil des Bauvorhabens resp. der angefochtenen Baubewilligung, d.h. der Teil oberhalb der bestehenden Hecke sowie östlich und nördlich davon, ist in Teilrechtskraft erwachsen. Diese Teilrechtskraft wird mit dem vorliegenden Beschluss bescheinigt. Die Bau- bzw. Renaturierungsmassnahmen können auf dem in Teilrechtskraft erwachsenen Bereich ausgeführt werden. Damit sollten auch die Bundessubventionen noch erhältlich gemacht werden können. Die nachfolgenden Ausführungen beziehen sich damit lediglich auf den noch nicht in (Teil-)Rechtskraft erwachsenen

## C 2.4

Bereich von KTN XY, auf welchem sich das Bootshaus befindet, d.h. der südliche Landzipfel inklusive der bestehenden Hecke um das Bootshaus.

4. Vor Erlass einer Verfügung oder eines Entscheides prüft die Behörde von Amtes wegen, ob die Voraussetzungen für eine Sachverfügung oder einen Sachentscheid erfüllt sind. Sie prüft insbesondere die Zuständigkeit, die Rechtsmittelbefugnis und die Zulässigkeit des Rechtsmittels (§ 27 Abs. 1 Bst. a, d und e VRP). Ist eine dieser Voraussetzungen nicht gegeben, trifft die Behörde eine Nichteintretensverfügung oder einen Nichteintretensentscheid (§ 27 Abs. 2 VRP).

4.1 Die Vorinstanz 1 und auch die Beschwerdegegnerin verlangen, dass auf die Beschwerden I und II nicht einzutreten sei, weil sich die Beschwerdeführer im vorinstanzlichen Einspracheverfahren nie gegen den geplanten Abbruch des Bootshauses auf KTN XY gewehrt hätten. Indem diese sich nun gegen den Abbruch wehrten, werde der Streitgegenstand in unzulässiger Weise ausgeweitet. Beim Beschluss Nr. 1150 der Vorinstanz 1 vom 23. Juli 2018 handle es sich zudem um einen nicht anfechtbaren Zwischenbescheid. Die Beschwerdeführer seien im vorinstanzlichen Verfahren betr. Schutzwürdigkeit des Bootshauses nicht Verfahrenspartei gewesen.

4.2 Gemäss § 82 Abs. 1 PBG in Verbindung mit § 37 Abs. 2 Bst. b VRP sind Personen, Organisationen und Behörden zur Einreichung eines Rechtsmittels berechtigt, wenn sie durch einen Rechtssatz dazu ermächtigt sind. Nach Art. 12 Abs. 1 Bst. b des Bundesgesetzes über den Natur- und Heimatschutz vom 1. Juli 1966 (NHG, SR 451) steht den Organisationen, die sich dem Naturschutz, dem Heimatschutz, der Denkmalpflege oder verwandten Zielen widmen, gegen Verfügungen der kantonalen Behörden oder der Bundesbehörden das Beschwerderecht zu, sofern sie gesamtschweizerisch tätig sind und rein ideelle Zwecke verfolgen; allfällige wirtschaftliche Tätigkeiten müssen der Erreichung der ideellen Zwecke dienen (sog. ideelle Verbandsbeschwerde).

4.3 Zu den beschwerdeberechtigten Organisationen gehören gemäss Art. 12 Abs. 3 NHG in Verbindung mit dem Anhang der Verordnung über die Bezeichnung der im Bereich des Umweltschutzes sowie des Natur- und Heimatschutzes beschwerdeberechtigten Organisationen vom 27. Juni 1990 (VBO, SR 814.076) u.a. der Beschwerdeführer Ziffer 1. Sodann können die Organisationen ihre rechtlich selbständigen kantonalen und überkantonalen Unterorganisationen für deren örtliches Tätigkeitsgebiet generell zur Erhebung von Einsprachen und im Einzelfall zur Erhebung von Beschwerden ermächtigen (Art. 12 Abs. 5 NHG). Die Einsprachebefugnis der Beschwerdeführer im vorinstanzlichen Verfahren blieb unbestritten und ist offensichtlich

gegeben. Da es keiner Legitimation zum Argument bedarf, waren die einsprachebefugten Umweltschutzverbände grundsätzlich mit allen Rügen zu hören (vgl. VGE III 2017 68+70 vom 27. September 2017, E. 2.3.2). Der Abbruch des Bootshauses auf KTN XY ist Gegenstand des Baugesuches und im Plan Nr. 217.02 vom 6. Oktober 2017 auch dementsprechend mit gelber Farbe (Abbruch) ausgewiesen. Zutreffend ist, dass sich die Umweltschutzverbände in ihrer Einsprache grundsätzlich nicht ausdrücklich gegen den Abbruch des Bootshauses gewehrt haben. Erst in ihrer Beschwerde vom 16. Juli 2018 haben sie dementsprechende Rügen erhoben. Es stellt sich somit die Frage, ob die Beschwerdeführer damit den Streitgegenstand unrechtmässig ausweiten.

4.3.1 Der Umfang der Tätigkeit der Rechtspflegebehörde wird durch den Streitgegenstand umrissen. Es kann nur das Gegenstand des Beschwerdeverfahrens sein, was auch Gegenstand der erstinstanzlichen Verfügung war bzw. nach richtiger Gesetzesauslegung hätte sein sollen. Gegenstände, über welche die erste Instanz zu Recht nicht entschieden hat, fallen nicht in den Kompetenzbereich der Rechtsmittelbehörden, ansonsten in die funktionelle Zuständigkeit der erstinstanzlich verfügenden Behörde eingegriffen würde (vgl. Bertschi, Kommentar VRG, a.a.O., Vorbemerkung zu §§ 19-28a N 44 ff.). Ein Beschwerdeantrag darf demnach nur Sachbegehren enthalten, über welche die Vorinstanz entschieden hat oder hätte entscheiden müssen. Es darf damit nicht mehr oder etwas anderes, als ursprünglich verlangt, beantragt werden.

4.3.2 Die Beschwerdeführer verlangen in der Beschwerde I die Aufhebung des Beschlusses der Vorinstanz 1 vom 18. Juni 2018 sowie des Gesamtentscheids der Vorinstanz 2 vom 7. Juni 2018 resp. die Verweigerung der Baubewilligung. Damit gehen sie nicht über ihre Anträge in der Einsprache hinaus. Die Beschwerdeführer verlangten in ihrer Einsprache vom 29. Dezember 2017 die Verweigerung der Baubewilligung. Da das Baugesuch auch den Abbruch des Bootshauses mitumfasst, richtete sich die Einsprache (implizit) auch gegen den vorgesehenen Abbruch. Dass sie sich in ihrer Einsprache nicht ausdrücklich gegen den Abbruch des Bootshauses gewehrt haben, kann ihnen insoweit nicht entgegengehalten werden. In diesem Sinne sind die Beschwerdeführer durchaus legitimiert, die (Abbruch- und) Baubewilligung der Vorinstanz 1 vom 18. Juni 2018 sowie den Gesamtentscheid der Vorinstanz 2 vom 7. Juni 2018 mit Beschwerde anzufechten. Auf die Beschwerde I ist demnach einzutreten.

4.4 Die Beschwerde II richtet sich sodann gegen den Beschluss Nr. 1150 der Vorinstanz 1 vom 23. Juli 2018. Hierbei stellt sich zunächst die Frage, ob es sich dabei überhaupt um eine Verfügung handelt. Denn gemäss § 36

## C 2.4

Abs. 1 Bst. a VRP sind Rechtsmittel nur zulässig gegen Verfügungen und Entscheide, mit welchen ein Verfahren durch eine Sach- oder Nichteintrensverfügung oder einen entsprechenden Entscheid abgeschlossen wird (vgl. auch § 44 VRP). Die Frage, ob es sich um einen End- oder Zwischenentscheid handelt, ist sekundär.

4.4.1 Verfügungen sind hoheitliche, individuelle und einseitige Anordnungen einer Behörde. Mit ihnen werden Rechte und Pflichten bestimmter Personen begründet, abgeändert oder aufgehoben, das Bestehen, Nichtbestehen oder der Inhalt von Rechten und Pflichten festgestellt, Begehren auf Begründung, Änderung, Aufhebung oder Feststellung von Rechten und Pflichten abgewiesen oder durch Nichteintreten erledigt oder die Vollstreckung von öffentlich-rechtlichen Ansprüchen angeordnet (§ 6 Abs. 1 Bst. a - d VRP). Den Verfügungen ist die unrechtmässige Verweigerung oder Verzögerung gleichgestellt (§ 6 Abs. 2 VRP).

4.4.2 Behördliche Äusserungen, die sich an bestimmte Personen richten, ohne aber die Rechtsbeziehung zu diesen verbindlich festzulegen, fallen nicht unter den Begriff der Verfügung. Dazu gehören namentlich unverbindliche Mitteilungen, Hinweise, Auskünfte, Orientierungen, Weisungen und Mahnungen. Nicht auf die Regelung von Rechten und Pflichten ausgerichtet ist im Regelfall auch die Eröffnung eines Verfahrens (Bertschi/Plüss, Kommentar VRG, a.a.O., Vorbemerkungen zu §§ 4-31 N 22; siehe auch Alfred Kölz/Isabelle Häner/Martin Bertschi, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 3. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2013, N 885 f.).

4.4.3 Im Beschluss Nr. 1150 vom 23. Juli 2018 hat die Vorinstanz 1 lediglich festgehalten, dass sie darauf verzichte, dem Regierungsrat das Bootshaus auf KTN XY zur Aufnahme in das KIGBO zu beantragen (Dispositivziffer 1) und dass dieser stattdessen ersucht werde, die Abbruchbewilligung i.S.v. § 6 des Gesetzes über den Natur- und Heimatschutz und die Erhaltung von Altertümern und Kunstdenkmälern vom 29. November 1927 (KNHG, SRSZ 720.110) zu erteilen (Dispositivziffer 2). Das Dispositiv enthält keine Rechtsmittelbelehrung. Nach kantonalem Recht sind die Aufnahme und die Entlassung aus dem KIGBO nicht grundeigentümer-, sondern nur behördenverbindlich und stellen keine anfechtbaren Verfügungen dar (VGE III 2017 157 vom 23. Mai 2018, E. 4.3; EGV-SZ 2009 B. 8.8, E. 2.6.2). Demnach stellt auch Dispositivziffer 1 des Beschlusses Nr. 1150 vom 23. Juli 2018 keine anfechtbare Verfügung dar. Ebenso wenig werden mit Dispositivziffer 2 des besagten Beschlusses Rechte und Pflichten bestimmter Personen begründet, abgeändert oder aufgehoben. Es handelt sich dabei vielmehr um eine blosser Information bzw. Mitteilung der Behörde,

ohne dass die Rechtsbeziehungen verbindlich festgelegt würden. Der Beschluss Nr. 1150 vom 23. Juli 2018 ist deshalb insgesamt nicht anfechtbar. Auf die Beschwerde II ist demnach nicht einzutreten.

5. Die Beschwerdeführer beanstanden im Wesentlichen, dass die Vorinstanz 1 das Verfahren betr. Schutzwürdigkeit des Bootshauses vom Baubewilligungsverfahren abgespaltet und separat behandelt habe. Sie seien nie zu einem Augenschein zusammen mit dem Denkmalpfleger eingeladen worden und sie hätten sich auch nie zum Augenscheinergebnis äussern können. Damit habe die Vorinstanz 1 auch ihren Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt.

6. Für den Natur- und Heimatschutz sind die Kantone zuständig (Art. 78 Abs. 1 der Schweizerischen Bundesverfassung vom 18. April 1999, BV, SR 101). Für den Kanton Schwyz sind die massgebenden Bestimmungen hierzu im KNHG zu finden. In der freien Natur befindliche Gegenstände, denen ein wissenschaftliches Interesse oder ein bedeutender Schönheitswert zukommt, geniessen den staatlichen Schutz (§ 1 Abs. 1 KNHG). Die §§ 6-9 KNHG befassen sich mit dem Schutz von Altertümern und Kunstdenkmälern. Es ist untersagt, Bauwerke, an die sich wichtige geschichtliche Ereignisse knüpfen oder denen ein erheblicher kunsthistorischer Wert zukommt, zu verunstalten, in ihrer Wirkung zu beeinträchtigen, der Allgemeinheit zu entziehen oder ohne Bewilligung des Regierungsrates zu beseitigen (§ 6 Abs. 1 KNHG). Im Übrigen kommen die §§ 3-5 KNHG entsprechend zur Anwendung (§ 6 Abs. 2 KNHG). Der Gemeinderat sorgt für den Schutz der in § 1 genannten Gegenstände und trifft die nach § 2 erforderlichen Verfügungen (§ 3 Abs. 1 KNHG). Unterlässt ein Gemeinderat die erforderlichen Massnahmen, so schreitet der Regierungsrat von sich aus ein (§ 3 Abs. 2 KNHG).

6.1 Das Baugesuch der Beschwerdegegnerin ging am 6. Dezember 2017 bei der Gemeinde A. ein. Den Baugesuchsunterlagen zufolge soll das Bootshaus auf KTN XY abgebrochen werden. Am 28. Dezember 2017, d.h. noch während der laufenden Einsprachefrist, reichten die Beigeladenen I/Ziff. 1 der Vorinstanz 1 das Gesuch um Unterschutzstellung des Bootshauses bzw. dessen Aufnahme ins KIGBO ein. Gemäss konstanter Rechtsprechung des Regierungsrates und des Verwaltungsgerichts ist in einem solchen Fall, in dem der Abbruch einer Baute im Baugesuch explizit vorgesehen ist, die Frage der Schutzwürdigkeit dieser Baute im hängigen Baubewilligungsverfahren zu klären. Das Baubewilligungsverfahren gilt in diesem Sinne als Leitverfahren, in welchem eigentümerverbindlich über die Schutzwürdigkeit und den allfälligen Abbruch zu entscheiden ist (EGV-SZ 2009, B 8.8, E. 3.2). Das KNHG selbst sieht kein spezifisches förmliches Unterschutzstellungs- oder Entlassungsverfahren vor. Die sachliche Zuständigkeit des Bauwerkschutzes liegt

## C 2.4

somit in Sinne des Koordinationsgebotes gebündelt bei der kommunalen Baubewilligungsbehörde, d.h. der Vorinstanz 1 (vgl. auch Art. 25a des Bundesgesetzes über die Raumplanung vom 22. Juni 1979, RPG, SR 700). Dies entspricht auch dem kantonalen Planungs- und Baurecht (vgl. EGV-SZ 2009, B 8.8, E. 2.2 ff.; VGE III 2014 116+129 vom 25. November 2014, E. 8.2; RRB Nr. 223 vom 10. März 2015, E. 8.2 f., bestätigt mit VGE III 2015 54+61 vom 26. August 2015; vgl. auch VGE III 2017 157 vom 23. Mai 2018, E. 3.2.2 ff.). Kommt die Baubewilligungsbehörde aufgrund wissenschaftlicher Befunde zum Schluss, dass die zum Abbruch bestimmte Baute schützenswert ist, erlässt sie ein Abbruchverbot bzw. verweigert die Baubewilligung und beantragt beim Regierungsrat die Aufnahme ins KIGBO. Kommt sie hingegen zum Schluss, dass die entsprechende Baute nicht schutzwürdig ist, erteilt sie die Bau- bzw. Abbruchbewilligung. Will die Baubewilligungsbehörde resp. der Gemeinderat indes der Beseitigung (Abbruch) eines schützenswerten Bauwerkes zustimmen, bedarf es der Bewilligung des Regierungsrates (vgl. § 6 Abs. 1 KNHG). Dementsprechend ist die Entscheidungsfreiheit der Gemeinde in dieser Hinsicht eingeschränkt.

6.2 Vorliegend hat die Vorinstanz 1 über die Baubewilligung (und damit auch über den Abbruch) und die Schutzwürdigkeit des Bootshauses auf KTN XY in zwei separaten Beschlüssen entschieden. Im ersten Beschluss (Nr. 949) vom 18. Juni 2018 hat sie die Baubewilligung für den Abbruch erteilt. Den Beschluss betr. Schutzwürdigkeit des Bootshauses bzw. Aufnahme ins KIGBO (Beschluss Nr. 1150) hat sie am 23. Juli 2018 und damit zeitlich nach der Baubewilligung gefasst. Dass die Vorinstanz 1 das Verfahren betr. „Schutzwürdigkeit bzw. Unterschutzstellung“ des Bootshauses vom Baubewilligungsverfahren abgespalten und in einem separaten Beschluss vom 23. Juli 2018 behandelt hat, stellt demnach grundsätzlich eine Verletzung der oben beschriebenen Koordinationspflicht dar. Ob im Rahmen des Baubewilligungsverfahrens allenfalls vorab ein Teilentscheid betr. Schutzwürdigkeit möglich gewesen wäre, ist aufgrund von § 81 PBG (beförderliche und koordinierte Behandlung, gleichzeitige Eröffnung mit Einspracheentscheid) fraglich, muss an dieser Stelle aber nicht abschliessend beurteilt werden. Auch ein Teilentscheid müsste in entsprechender Beachtung von § 81 PBG ergehen, was vorliegend nicht der Fall war (vgl. dazu VGE III 2009 70 vom 28. Juli 2009 betr. „Hotel Bellevue au Lac“, E. 2.4). Der Beschluss Nr. 1150, mit welchem die Vorinstanz 1 über das Gesuch um Unterschutzstellung des Bootshauses entschieden hat, datiert vom 23. Juli 2018 und ist somit nach der Baubewilligung vom 18. Juni 2018 ergangen. Die Erkenntnisse des „Unterschutzstellungsverfahrens“ als Entscheidungsgrundlage sind somit nicht in die (Abbruch- und) Baubewilligung eingeflossen.

6.3 Die Beurteilungen der Vorinstanz 1 sind überdies in gewissem Masse widersprüchlich. In der Baubewilligung vom 18. Juni 2018 bewilligte sie den Abbruch des Bootshauses auf KTN XY. Im Beschluss Nr. 1150 vom 23. Juli 2018 verneint die Vorinstanz 1 die Schutzwürdigkeit des Bootshauses, weshalb sie auch darauf verzichtete, dem Regierungsrat die Aufnahme des Bootshauses ins KIGBO zu beantragen (vgl. Dispositivziffer 1). Im selben Beschluss ersucht die Vorinstanz 1 dann den Regierungsrat aber, die Zustimmung zum Abbruch i.S.v. § 6 KNHG zu erteilen. Damit bejaht die Vorinstanz 1 die Schutzwürdigkeit des Bootshauses wiederum implizit, denn wenn das Bootshaus nicht schutzwürdig ist, bedarf es auch keiner Abbruchbewilligung des Regierungsrates.

6.4 Die Vorinstanz 1 hat das Gesuch der Beigeladenen I/Ziff. 1 um Unterschutzstellung nicht an die Baugesuchszentrale weitergeleitet. Dies, obwohl das Unterschutzstellungsgesuch im Zusammenhang mit dem geplanten Bauvorhaben der Beschwerdegegnerin steht. Das Gesuch der Beigeladenen I/Ziff. 1 vom 28. Dezember 2017 befindet sich deshalb nicht in den Akten der Vorinstanz 2. Überdies fehlt auch im Gesamtentscheid der Vorinstanz 2 vom 7. Juni 2018 ein Fachbericht des Amtes für Kultur bzw. des Denkmalpflegers. Dies erstaunt, weil der Denkmalpfleger am 15. Februar 2018 an einem Augenschein auf KTN XY teilgenommen hat (vgl. dazu nachfolgende Ausführungen unter E. 6.5). Es ist deshalb davon auszugehen, dass die Vorinstanz 2 und die übrigen involvierten Ämter (mit Ausnahme des Denkmalpflegers) vom Unterschutzstellungsgesuch der Beigeladenen I/Ziff. 1 keine Kenntnis hatten. Der Denkmalpfleger im Gegenzug hatte vermutlich nur Kenntnis vom Unterschutzstellungsgesuch, nicht jedoch vom Baugesuch der Beschwerdegegnerin.

6.5 Die Vorinstanz 1 hat am 15. Februar 2018 auf dem Grundstück KTN XY einen Augenschein durchgeführt, an welchem Vertreter der Gemeinde A., des Bezirks B., der Beschwerdegegnerin, der Denkmalpfleger sowie die Beigeladenen I/Ziff. 1 teilnahmen. Den Einsprechern im Baubewilligungsverfahren resp. den Beschwerdeführern hat die Vorinstanz 1 diesen Termin nicht angezeigt und diese auch nicht eingeladen. Der Beizug von Sachverständigen (z.B. des Denkmalpflegers) zur Feststellung der Schutzwürdigkeit eines Objektes ist von Gesetzes wegen vorgesehen und nicht zu beanstanden (vgl. dazu § 4 und § 9 KNHG). Bei der Erstellung eines schriftlichen Gutachtens durch eine solche sachverständige Person besteht nach der Rechtsprechung zwar kein Anspruch auf Teilnahme an der durchgeführten Begutachtung (RRB Nr. 223 vom 10. März 2015, E. 4.2.2 mit Hinweis). Allerdings muss den Verfahrensbeteiligten zumindest das Ergebnis der Begutachtung, namentlich das erstellte Gutachten, zur Kenntnis gebracht werden. Dies gilt auch im vorliegenden Fall, zumal die Vorinstanz 1 über die Schutzwürdigkeit

## C 2.4

des Bootshauses und das allenfalls daraus resultierende Abbruchverbot im hängigen Baubewilligungsverfahren hätte entscheiden müssen. Die Parteirechte aller Verfahrensparteien müssen dabei gewahrt werden. Die Vorinstanz 1 hat es jedoch unterlassen, das Ergebnis der Begehung bzw. das Augenscheinprotokoll den Beschwerdeführern zumindest zur Kenntnismahme zuzustellen. Dies stellt im Ergebnis eine Verletzung des rechtlichen Gehörs dar.

6.6 Die Verletzung der Koordinationspflicht und des Anspruches auf rechtliches Gehör könnten grundsätzlich im vorliegenden Beschwerdeverfahren geheilt werden, zumal die Beschwerdeführer im Beschwerdeverfahren zu sämtlichen Verfahrensakten Zugang hatten und sich dazu vor dem Regierungsrat auch äussern konnten. Dem Regierungsrat kommt überdies volle Kognition zu (vgl. § 46 VRP). Über die Aufnahme einer Baute ins KIGBO und die Abbruchbewilligung einer schutzwürdigen Baute entscheidet schlussendlich ebenfalls der Regierungsrat (§ 6 Abs. 1 KNHG). Er kann grundsätzlich auch im Beschwerdeverfahren über die Schutzwürdigkeit der Baute und eine allfällige Abbruchbewilligung sowie über die allfällige Aufnahme ins KIGBO entscheiden. Von einer „Heilung“ der Mängel und einer direkten Beurteilung der Schutzwürdigkeit des umstrittenen Bootshauses sowie einer damit verbundenen allfälligen Abbruchbewilligung resp. eines Abbruchverbots ist vorliegend jedoch abzusehen. Dies insbesondere deshalb, weil die für die Beurteilung der Schutzwürdigkeit und eines allfälligen Abbruchverbotes bzw. einer allfälligen Abbruchbewilligung notwendigen Grundlagen nicht vorliegen (siehe dazu nachfolgende Erwägungen).

7. Ein Objekt ist nicht erst dann schutzwürdig, wenn es im KIGBO verzeichnet ist. Dem KIGBO kommt – ebenso wie den Inventaren des Bundes – keine abschliessende Wirkung zu. Für den im KNHG vorgesehenen Objektschutz wird weder eine förmliche Unterschutzstellung noch eine Inventaraufnahme vorausgesetzt. Vielmehr genügt es, dass sich die Schutzwürdigkeit aus objektiven Anhaltspunkten ergibt (VGE III 2015 54+61 vom 26. August 2015, E. 4.2 mit Hinweis auf das Bundesgerichtsurteil 1C\_270/2008 vom 6. Februar 2009, E. 3.3.1). Bei der Prüfung der Frage, ob ein Objekt Schutz verdient, hat eine sachliche, auf wissenschaftliche Kriterien abgestützte Gesamtbeurteilung Platz zu greifen, welche den kulturellen, geschichtlichen, künstlerischen und städtebaulichen Zusammenhang eines Bauwerks mitberücksichtigt. Einem Entscheid zur Schutzwürdigkeit eines Objekts hat demgemäss ein wissenschaftlicher Befund voranzugehen. Diese Aufgabe erfüllt im Kanton Schwyz in erster Linie der kantonale Denkmalpfleger. Dem Bericht des kantonalen Denkmalpflegers zur Schutzwürdigkeit eines Objekts kommt deshalb besonderes Gewicht zu. Die rechtsanwendende Behörde darf sich nicht ohne triftige Gründe darüber hinwegsetzen (vgl. VGE III 2017



115+117 vom 24. November 2017, E. 4.8 f.; Urteil des Bundesgerichts 1C\_595/2013 vom 21. Februar 2014 E. 4.1.2).

7.1 Die Vorinstanz 1 hat von sich aus den Denkmalpfleger beigezogen und mit diesem (und anderen Verfahrensparteien) einen Augenschein vor Ort durchgeführt. Am Augenschein vom 15. Februar 2018 erklärte der Denkmalpfleger offenbar, dass nach seiner ersten Einschätzung dem Bootshaus eine gewisse Schutzwürdigkeit zukomme (vgl. Aktennotiz zum Augenschein vom 15. Februar 2018). Weitere Abklärungen zur Schutzwürdigkeit haben die Vorinstanz 1 bzw. der Denkmalpfleger indes nicht getätigt. Die vorinstanzlichen Akten enthalten kein Fachgutachten und auch keine schriftliche Stellungnahme des Denkmalpflegers, welche sich detaillierter zur Schutzwürdigkeit äussern würden. Die Vorinstanz 1 hält in ihrem Beschluss Nr. 1150 vom 23. Juli 2018 (in E. 2) fest, dass dem Bootshaus „eine gewisse Schutzwürdigkeit nicht abgesprochen werden“ könne und dass dem Bootshaus für die lokale Architekturgeschichte durchaus ein wissenschaftlicher Wert zukomme. Ein Baudenkmal von hervorragender Bedeutung sei es aber nicht. Es handle sich um eine einfache Profanbaute in Leichtbauweise, bei deren Gestaltung in erster Linie die Zweckmässigkeit im Vordergrund gestanden habe (E. 3.1). Weiter argumentiert die Vorinstanz 1, dass sich der Betrachter in „landschaftsschützerischer Hinsicht“ an das Bootshaus gewöhnt habe, ein Rückbau dem Landschaftsbild insgesamt jedoch guttun würde. Es könne nicht behauptet werden, dass das Gebäude die Landschaft aufwerte oder gar mit dieser eine gestalterische Einheit bilde (E. 3.3). Auf welche Grundlagen sich die Vorinstanz 1 bei ihrer Beurteilung abgestützt hat, ist allerdings unklar. Deshalb kann der Regierungsrat auch nicht überprüfen, ob die Beurteilung der Vorinstanz 1 richtig ist. Eine fachliche Abklärung zur Frage der Schutzwürdigkeit hat die Vorinstanz 1 nicht veranlasst, obwohl sie selber gewisse Anhaltspunkte für eine Schutzwürdigkeit bejaht hat. Dies stellt im Endeffekt eine Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes dar (§ 18 Abs. 1 VRP; vgl. auch VGE III 2017 115+117 vom 24. November 2017, E. 4.9.3 mit Hinweis).

7.2 Erst im Rahmen des Beschwerdeverfahrens hat sich der zuständige Sachbearbeiter des Amtes für Kultur zur Schutzwürdigkeit und -fähigkeit geäussert. In seiner Stellungnahme hält der Sachbearbeiter des Amtes für Kultur zusammenfassend Folgendes fest:

„Beim Bootshaus handelt es sich um einen typischen Bau des Landistils. Hinzu kommt, dass nahezu die komplette historische Ausstattung erhalten ist. Das Bootshaus ist architekturgeschichtlich bedeutsam, weist einen hohen Situationswert auf und ist in seiner Substanz mehrheitlich noch original erhalten. Aus denkmalpflegerischer Sicht ist deshalb das Bootshaus mitsamt Teilen seiner Umgebung (insbesondere die Uferböschung in grossen Steinen

## C 2.4

ums Bootshaus) als schutzwürdig zu erachten. Die Schutzfähigkeit der Baute wurde nie angezweifelt. In Anbetracht der intakten Konstruktion, des guten Unterhalts und der ständigen Nutzung durch die Familie F. ist diese auch nicht in Frage gestellt. Die Denkmalpflege bedauert, dass das Bootshaus nicht in die Gesamtplanung der ökologischen Aufwertung der Seeuferzone miteinbezogen wurde. Eine gute Integration des Bootshauses in die Konzeption der Erholungszone kann sogar zu einer Aufwertung der beiden führen. Eine Umnutzung des Bootshauses im Zusammenhang mit dem nahen Campingplatz ist gut vorstellbar.“

7.3 Da Denkmalschutzmassnahmen oftmals mit schwerwiegenden Eigentumseingriffen verbunden sind, dürfen sie nicht lediglich im Interesse eines begrenzten Kreises von Fachleuten erlassen werden. Sie müssen breiter abgestützt sein und von einem grösseren Teil der Bevölkerung befürwortet werden, um Anspruch auf eine gewisse Allgemeingültigkeit erheben zu können (VGE III 2014 8 vom 24. September 2014, E. 2.5.1 mit Hinweisen). Wie die Vorinstanz selber richtig erkannt hat, ist die Frage, ob eine Unterschutzstellung und damit ein Abbruchverbot verfügt werden soll, letztendlich eine Frage der Verhältnismässigkeit. Massnahmen des Natur- und Heimatschutzes, welche zu einem Abbruchverbot führen oder die zonenkonforme Überbauung einschränken, bewirken eine Beschränkung der Verfügungsbefugnis des Grundeigentümers und tangieren somit die Eigentumsgarantie (Art. 26 BV). Eingriffe in dieses Grundrecht bedürfen einer gesetzlichen Grundlage, müssen im öffentlichen Interesse liegen und verhältnismässig sein (Art. 36 BV). Die Zumutbarkeit einer denkmalpflegerischen Massnahme ist indes nicht isoliert anhand der finanziellen Auswirkungen zu beurteilen. Vielmehr ist im Rahmen der Interessenabwägung auch das öffentliche Interesse an der Unterschutzstellung und damit der Grad der Schutzwürdigkeit zu berücksichtigen. Dabei gilt der folgende Grundsatz: Je schutzwürdiger eine Baute ist, desto geringer sind Rentabilitätsüberlegungen zu gewichten (VGE III 2017 115+117 vom 24. November 2017, E. 5.2). In Bezug auf das öffentliche Interesse am Erhalt der Baute ist einerseits zu berücksichtigen, welches Gewicht das öffentliche Interesse hat. Auch wenn die Vorinstanz in Bezug auf die Frage der Schutzwürdigkeit der Baute auf ein Fachgutachten abzustellen hat, stellt die Frage über den Grad der Schutzwürdigkeit der Baute eine Rechtsfrage dar, über die die rechtsanwendende Behörde grundsätzlich frei entscheiden kann (VGE III 2017 115+117 vom 24. November 2017, E. 5.3 mit Hinweis).

7.4 Im vorliegenden Fall ist das Ausmass bzw. der Grad der Schutzwürdigkeit des Bootshauses nicht hinreichend bekannt. Die Beurteilung der Vorinstanz 1 im Beschluss Nr. 1150 vom 23. Juli 2018 und jene des Sachbearbeiters des Amtes für Kultur gehen in diesem Punkt stark auseinander. Die

erforderlichen Abklärungen diesbezüglich muss die Vorinstanz 1 noch nachholen. Insbesondere muss sie zunächst einmal einen detaillierten Fachbericht bzw. ein Gutachten des Denkmalpflegers einholen und sich damit auseinandersetzen. Anschliessend stellte sich noch die Frage, ob ein allfälliges Abbruchverbot verhältnismässig ist. Die für die Interessenabwägung notwendigen Grundlagen wie z.B. die Möglichkeit einer Weiternutzung des Bootshauses hat die Vorinstanz 1 indes ebenfalls nur ungenügend abgeklärt. Die Variante eines öffentlichen „Naturlehr-Pavillons“ hat die Vorinstanz 1 zwar insbesondere aus Gründen des möglichen Vandalismus verworfen. Ansonsten liegt lediglich ein Schreiben des Bezirkes A. vom 13. Juni 2018 im Recht, wonach sich dieser intensiv mit der künftigen Nutzung des Bootshauses befasst, jedoch keine Möglichkeit für eine sinnvolle Weiternutzung gesehen habe. Eine nähere Begründung hierzu fehlt. In dieser Hinsicht ist die Angelegenheit demzufolge noch nicht spruchreif. Die Sache ist deshalb an die Vorinstanzen zurückzuweisen, damit diese die Frage der Schutzwürdigkeit des Bootshauses bzw. des genauen Ausmasses der Schutzwürdigkeit klären. Dabei haben sie auch die zusätzlichen Sachverhaltsabklärungen für die einer möglichen Weiternutzung des Bootshauses sowie zur Verhältnismässigkeit eines möglichen Abbruchverbotes zu treffen.

Anzumerken bleibt, dass das Bootshaus auf KTN XY gemäss dem Zonenplan der Gemeinde A. ausserhalb der Bauzonen liegt und das Bauprojekt allenfalls einer (bundes-)raumplanungs- oder gewässerschutzrechtlichen Bewilligung bedarf. Die Erteilung einer solchen Bewilligung stellte eine Bundesaufgabe i.S.v. Art. 78 Abs. 1 BV und Art. 2 Abs. 1 NHG dar (BGE 139 II 271 E. 9.2). Die Vorinstanzen werden demgemäss auch zu prüfen haben, ob allenfalls ein Gutachten der Eidgenössischen Natur- und Heimatschutzkommission (ENHK) bzw. der Eidgenössischen Kommission für Denkmalpflege (EKD) einzuholen ist.

(RRB Nr. 780 vom 30. Oktober 2018).

## 2.5 Kostenfreiheit des Einspracheverfahrens

- *Grundsätzliche Kostenfreiheit des Einspracheverfahrens (Erw. 2-4.3).*

*Aus den Erwägungen:*

2. Im Bundesgerichtsentscheid 1C\_266/2016 vom 14. Juni 2017 (als BGE 143 II 467 in der amtlichen Sammlung publiziert) setzte sich das Bundesgericht ausführlich mit der Auferlegung der Verfahrenskosten bei Einsprachen auf dem Gebiet der Raumplanung und in Baubewilligungsverfahren auseinander. Dem erwähnten Bundesgerichtsentscheid lag der Sachverhalt

## C 2.5

zu Grunde, dass der Kanton Jura die gesetzliche Regelung einführen wollte, wonach bei einer Einsprache gegen ein Baugesuch die Verfahrenskosten im Falle des Scheiterns der Schlichtung dem unterliegenden Einsprecher bereits dann auferlegt werden können, wenn der Einsprecher die Einsprache ohne Notwendigkeit verursacht hat. Im Rahmen der abstrakten Normenkontrolle überprüfte das Bundesgericht diese neue Regelung des Kantons Jura auf seine Vereinbarkeit mit dem übergeordneten Bundesrecht und hob sie wegen Bundesrechtswidrigkeit auf.

2.1 Gemäss Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101) haben die Parteien eines Verfahrens vor Verwaltungs- oder Justizbehörden einen verfassungsmässigen Anspruch auf Wahrung des rechtlichen Gehörs. Der Anspruch auf rechtliches Gehör verpflichtet die Behörden unter anderem dazu, den betroffenen Parteien das Recht einzuräumen, sich zu den für die Verfügung oder den Entscheid massgebenden Tatsachen zu äussern und ihnen Einblick in die Akten zu gewähren. Zudem haben die Behörden die Äusserungen der Parteien zu würdigen und ihren Entscheid angemessen zu begründen (§ 21, 22 und 31 VRP, vgl. auch Alain Griffel, in: Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetzes des Kantons Zürich [VRG], 3. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2014, § 8 N 33 ff.). Der Anspruch auf rechtliches Gehör gewährleistet damit die effektive Mitwirkungsmöglichkeit im Verfahren (vgl. Gerold Steinmann, in: Bernhard Ehrenzeller/Benjamin Schindler/Rainer J. Schweizer/Klaus A. Vallender, St. Galler Kommentar zur schweizerischen Bundesverfassung, Zürich/Basel/Genf 2014, Art. 29 N 42).

2.2 Der Kanton Jura wie auch der Kanton Schwyz sehen bei Baubewilligungsverfahren eine öffentliche Auflage des Baugesuchs mit der Möglichkeit einer Einsprache vor. Die Einsprache erfolgt dabei vor dem Entscheid über das Baubewilligungsgesuch (§ 78 Abs. 1 und § 80 Abs. 1 des Planungs- und Baugesetzes vom 14. Mai 1987, PBG, SRSZ 400.100). Das Bundesgericht zog in Erwägung, dass dieses Einspracheverfahren der Mitwirkung diene und auf diese Weise den vom Bauprojekt betroffenen Dritten das rechtliche Gehör gewährt werde (vgl. 1C\_266/2016 vom 14. Juni 2017, E. 2.4).

2.3 Wenn die Baubewilligungsbehörde den im Einspracheverfahren unterliegenden Einsprechern die Kosten für das Einspracheverfahren überbinde, schränke sie gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung das Mitwirkungsrecht bzw. das rechtliche Gehör der Einsprecher in unzulässiger Weise ein. Derjenige, der nämlich in ein Verwaltungsverfahren verwickelt werde, ohne es angestrengt zu haben, könne von seinem rechtlichen Gehör und Mitwirkungsrecht nur dann uneingeschränkt Gebrauch machen und sich im Ver-

fahren äussern, wenn er nicht Gefahr laufe, deswegen Kosten tragen zu müssen. Die Überbindung der Kosten des Einspracheverfahrens an die vom Bauprojekt betroffenen Einsprecher habe eine abschreckende Wirkung, was zur Folge habe, dass die betroffenen Dritten unter Umständen aus Kostengründen keine Einsprache mehr erheben bzw. von ihrem Äusserungsrecht nicht mehr umfassend Gebrauch machen würden. Dieser sogenannte „chilling effect“ stelle eine unzulässige Einschränkung des rechtlichen Gehörs dar (vgl. 1C\_266/2016 vom 14. Juni 2017, E. 2.6).

2.4 Weiter befand das Bundesgericht, dass das Einspracheverfahren auch der Baubewilligungsbehörde diene, indem es ihr erlaube, in voller Kenntnis des ganzen Sachverhalts und unter Berücksichtigung der sachlichen sowie rechtlichen Einwände und Zweckmässigkeitsbedenken der betroffenen Drittpersonen zu entscheiden (vgl. Bundesgerichtsentscheid 1C\_266/2016 vom 14. Juni 2017, E. 2.4). Das Einspracheverfahren, welches deshalb vor der Fällung des Entscheids über das Baubewilligungsgesuch durchgeführt wird, könne daher als nichtstreitiges Verfahren betrachtet werden. In diesem Sinne ging das Bundesgericht davon aus, dass das Einspracheverfahren sich akzessorisch in das Baubewilligungsverfahren einfüge. Die Kosten des Baubewilligungsverfahrens inklusive der Kosten des Einspracheverfahrens habe deshalb in der Regel der Bauherr, welcher das Baubewilligungsverfahren eingeleitet hat, zu tragen. Diese Kostenverlegungsregel entspreche im Übrigen dem allgemeinen Verursacherprinzip (vgl. Bundesgericht 1C\_266/2016 vom 14. Juni 2017, E. 2.5).

2.5 Im Kanton Schwyz sind die allgemeinen Kostenfolgen in § 71 ff. des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 6. Juni 1974 (VRP, SRSZ 234.110) geregelt. Übereinstimmend mit § 71 Abs. 1 VRP hält § 89 Abs. 1 PBG fest, dass die Bewilligungsbehörde für die Behandlung von Bau- und Vorentscheidgesuchen Gebühren nach der Gebührenordnung für die Verwaltung und die Rechtspflege im Kanton Schwyz erhebt. Zudem erlaubt es § 89 Abs. 2 PBG, dass die Gemeinden abweichende Gebührenordnungen erlassen können. Die Gemeinde Ingenbohl hat in ihrer Gebührenordnung für Baubewilligungen vom 22. September 2008 keine Regelung darüber getroffen, wem die Kosten des Einspracheverfahrens zu überbinden sind. Dafür regelt die Gebührenordnung für die Verwaltung und die Rechtspflege im Kanton Schwyz vom 20. Januar 1975 (GebO, SRSZ 173.111) in § 5 Abs. 1 GebO wiederum in Übereinstimmung mit § 72 Abs. 1 VRP, dass derjenige die Gebühr trägt, der die öffentliche Sache oder Anstalt beansprucht oder eine Amtshandlung veranlasst hat. Demzufolge hat der Bauherr, welcher den Erlass der Baubewilligung veranlasst hat, auch die Kosten des Einspracheverfahrens zu tragen, da dieses gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung lediglich als Teil des Baubewilligungsverfahrens zu betrachten ist. In diesem

## C 2.5

Sinne kann das kantonale Recht des Kantons Schwyz bundesrechtskonform ausgelegt werden und widerspricht diesem damit nicht.

(...)

3.1 Als Zwischenfazit lässt sich festhalten, dass die Kosten des Einspracheverfahrens gemäss neuster bundesgerichtlicher Rechtsprechung nicht mehr nach dem Unterliegensprinzip gemäss § 72 Abs. 2 VRP verteilt werden dürfen, da dadurch das rechtliche Gehör und das Mitwirkungsrecht der Einsprecher sowie das Verursacherprinzip verletzt werden. Die bisherige Praxis im Kanton Schwyz, welche genau dies zulies, widerspricht folglich dem Bundesrecht. Weiter ist festzuhalten, dass keine Anpassung des kantonalen Rechts notwendig ist, da dieses bundesrechtskonform ausgelegt werden kann (vgl. E. 2.5).

3.2 Ergänzend ist an dieser Stelle noch zu erwähnen, dass gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung dem Einsprecher ausnahmsweise die Kosten des Einspracheverfahrens überbunden werden können, wenn der Einsprecher gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstossen oder böswillig gehandelt hat (vgl. Bundesgerichtsentscheid 1C\_266/2016 vom 14. Juni 2017, E. 2.7). Die lediglich zum Zweck der Verfahrensverzögerung erhobene Einsprache fällt beispielsweise unter diesen Ausnahmetatbestand. Des Weiteren gilt es festzuhalten, dass diese bundesgerichtliche Rechtsprechung nur für die im Rahmen des Baubewilligungsverfahrens erhobenen Einsprachen gilt. Im nachfolgenden Beschwerdeverfahren ist es nach wie vor zulässig, die Kosten nach dem Unterliegensprinzip zu verteilen (vgl. Bundesgericht 1C\_266/2016 vom 14. Juni 2017, E. 2.6).

4. Im vorliegenden Fall hat die Vorinstanz 1 in Anwendung der bisherigen (bundesrechtswidrigen) Praxis die Kosten des Einspracheverfahrens den zum grossen Teil unterliegenden Einsprechern bzw. den jetzigen Beschwerdeführern auferlegt. Damit hat sie im Sinne der vorangegangenen Erwägungen gegen Bundesrecht verstossen.

4.1 Die Vorbringen der Vorinstanz 1 vermögen an dieser Einschätzung nichts zu ändern. Im Beschluss Nr. 262 vom 10. April 2018 hat der Regierungsrat in Erwägung 2.5.3 bereits angekündigt, dass der BGE 143 II 467 die Möglichkeit stark einschränke, den Einsprechern im Baubewilligungsverfahren die Kosten zu überbinden. Zudem beantwortete der Regierungsrat in diesem Beschluss ein Postulat des Kantonsrates, weshalb es nicht notwendig war, die Gemeinden in dieser Postulatsantwort aufzufordern, ihre bisherige Praxis bezüglich der Kostenverlegung zu überprüfen bzw. zu ändern. Die Argumentation der Vorinstanz 1 überzeugt deshalb nicht.

4.2 Auch die Erwägungen im Verwaltungsgerichtsurteil des Kantons Graubünden (R 17 55) vom 10. April 2018, welches die Vorinstanz zitiert, überzeugen nicht restlos. Es ist nachvollziehbar, dass das Verwaltungsgericht des Kantons Graubünden sinngemäss ausführt, dass die abschreckende Wirkung (chilling effect) der Kostenüberwälzung auf die betroffenen Einsprecher von der Höhe der drohenden Kosten abhängt. Nicht nachvollziehbar ist hingegen, weshalb das Verwaltungsgericht des Kantons Graubünden davon ausgeht, dass den Einsprechern trotzdem eine angemessene Gebühr auferlegt werden könne. Eine unangemessen hohe Gebühr wäre wohl sowieso nicht zulässig, weshalb das Bundesgericht seine Ausführungen im BGE 143 II 467 nur auf angemessene Gebühren bezogen haben kann. Diese angemessenen Gebühren lassen sich nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung jedoch gerade nicht mehr den unterliegenden Einsprechern auferlegen. Zudem unterscheidet das Bundesgericht im erwähnten Urteil auch nicht zwischen angemessenen Gebühren und lediglich geringfügigen Gebühren, weshalb bis zu einer Anpassung bzw. Präzisierung dieser Rechtsprechung grundsätzlich auch keine geringfügigen Gebühren zulasten der Einsprecher verlegt werden dürfen.

4.3 Zudem hat die Vorinstanz 1 weder in ihrem Beschluss Nr. 1045 vom 2. Juli 2018 noch in ihrer Vernehmlassung vom 5. September 2018 vorgebracht, dass die Einspracheerhebung böswillig erfolgt sei oder gegen Treu und Glauben verstossen habe. Eine umfangreiche Einsprache reicht noch nicht aus, um diese als gegen Treu und Glauben verstossend zu qualifizieren. Der von der Vorinstanz 1 geltend gemachte übermässige Aufwand bei der Behandlung der umfangreichen Einsprache fällt dementsprechend auch nicht unter den geschilderten Ausnahmetatbestand. Zudem hat die Einsprache der Beschwerdeführer vom 29. Januar 2018 zu einer Anpassung des Bauprojekts geführt, weshalb die Einsprache ebenfalls nicht als gegen Treu und Glauben verstossend oder böswillig bezeichnet werden kann. Auch die nach der Projektanpassung eingereichte Einspracheergänzung vom 30. April 2018 bzw. die Aufrechterhaltung der Einsprache vom 29. Januar 2018 verstösst nicht gegen Treu und Glauben, da zumindest eines der Vorbringen der Einsprecher (ungenügende Wendemöglichkeit mit grösseren Fahrzeugen) zu einer Auflage im angefochtenen Beschluss Nr. 1045 der Vorinstanz 1 geführt hat. Folglich können die Kosten des Einspracheverfahrens nicht den Einsprechern auferlegt werden.

(RRB Nr. 962 vom 18. Dezember 2018).

---

### 7. Sozialwesen

---

#### 7.1 Berücksichtigung des Einkommensfreibetrags

- *Zusammensetzung des individuellen Unterstützungsbudgets (Erw. 4.1).*
- *Berücksichtigung des Einkommensfreibetrags (Erw. 4.2-4.4).*

*Aus den Erwägungen:*

3. Die Beschwerdeführerin arbeitet seit dem 13. Juni 2016 in einem 60%-Pensum bei der Spar Tankstelle in A. Unbestritten ist, dass der erzielte Arbeitserwerb zu den eigenen Mitteln zählt und dass die Beschwerdeführerin in erster Linie diesen für die Deckung ihres Lebensunterhaltes verwenden muss. Die Vorinstanz hatte in den bisherigen Unterstützungsbudgets jeweils einen Einkommensfreibetrag von Fr. 430.-- miteinberechnet. Im angefochtenen Beschluss Nr. 196 vom 18. September 2017 hat die Vorinstanz nun keinen Einkommensfreibetrag mehr berücksichtigt, weshalb bei der Gegenüberstellung der Ausgaben und Einnahmen ein Überschuss resultierte. Aus diesem Grund hat die Vorinstanz eine weitere finanzielle Unterstützung der Beschwerdeführerin abgelehnt. Die Beschwerdeführerin macht nun geltend, es sei weiterhin ein Einkommensfreibetrag im Sozialhilfebudget zu berücksichtigen. Das habe zur Folge, dass ein monatlicher Fehlbetrag vorhanden sei, weshalb sie in der Höhe des Fehlbetrages Anspruch auf wirtschaftliche Hilfe habe.

4.1 Das individuelle Unterstützungsbudget setzt sich in jedem Fall aus der materiellen Grundsicherung und in vielen Fällen zusätzlich aus situationsbedingten Leistungen, aus Integrationszulagen (IZU) und/oder aus Einkommensfreibeträgen (EFB) zusammen. Durch die materielle Grundsicherung (Wohnkosten, medizinische Grundversorgung, Grundbedarf für den Lebensunterhalt) werden die Grundbedürfnisse für eine bescheidene Lebensführung gedeckt. Situationsbedingte Leistungen, Integrationszulagen sowie Einkommensfreibeträge tragen über die Existenzsicherung hinaus dazu bei, wirtschaftliche und soziale Integration zu fördern oder zu erhalten (A.6 SKOS-Richtlinien).

4.2 Auf Erwerbseinkommen aus dem ersten Arbeitsmarkt von über 16-jährigen Unterstützten wird grundsätzlich ein Freibetrag innerhalb der Bandbreite von Fr. 120.-- bis Fr. 600.-- pro Monat gewährt (E.I.2-SKOS-Richtli-



nien i.V.m. RRB Nr. 1185 vom 9. Dezember 2015). Mit dem Einkommensfreibetrag wird primär das Ziel verfolgt, die Erwerbsaufnahme oder die Erhöhung des Arbeitspensums zu erleichtern und damit die Integrationschancen zu verbessern. So soll ein Anreiz zur möglichst umfassenden und einträglichen Erwerbstätigkeit von Unterstützten geschaffen werden, wodurch dauerhaft finanzielle Leistungen der Sozialhilfe eingespart werden können. Der Übergang von materiellen Sozialhilfeleistungen zur wirtschaftlichen Selbstständigkeit von Betroffenen ist derart zu gestalten, dass sich deren verfügbares Einkommen dadurch möglichst nicht verändert (vgl. A.10 SKOS-Richtlinien). Im Beschluss Nr. 1185 vom 9. Dezember 2015 hat der Regierungsrat festgehalten, dass bei der Berechnung für die Ein- und Austrittsgrenzen folgende Elemente zu berücksichtigen sind: medizinische Grundversorgung (inkl. KVG-Nettoprämien), Wohnkosten inkl. Wohnnebenkosten, Grundbedarf für den Lebensunterhalt, situationsbedingte Leistungen (SIL), Leistungen mit Anreizcharakter (EFB, IZU) abzüglich allfälliges Einkommen. In Anwendung der vorgenannten Kriterien entspricht somit die Austrittsgrenze der Eintrittsgrenze. Ausgewiesene, bezifferbare und regelmässig wiederkehrende Auslagen für die Gesundheitskosten und situationsbedingte Leistungen werden in der Bedarfsrechnung mitberücksichtigt, wenn sie in der konkreten Lebenssituation zwingend notwendig sind.

4.3 Die Vorinstanz hat bei der Berechnung der wirtschaftlichen Hilfe für die Beschwerdeführerin keinen Einkommensbeitrag (mehr) berücksichtigt. In der Vernehmlassung begründet die Vorinstanz ihr Vorgehen damit, dass das Sozialhilfebudget der Beschwerdeführerin ohne Berücksichtigung eines Einkommensfreibetrages (= Fr. 430.-- bei 60%) einen Überschuss von Fr. 255.05 ausweise. Rechne man jedoch den Einkommensfreibetrag von Fr. 430.-- im Sozialhilfebudget mit ein, so resultiere ein Fehlbetrag von Fr. 174.95. Da der Überschuss (= Fr. 255.05) grösser sei als der Unterstützungsbedarf (Fr. 174.95), habe sie entschieden, den Einkommensfreibetrag nicht einzuberechnen. Mit dieser Vorgehensweise könne auch vermieden werden, dass Gesuchsteller mit einem knapp unter dem massgebenden Bedarf liegenden Erwerbseinkommen allenfalls besser fahren würden als Gesuchsteller, deren Erwerbseinkommen knapp über dem massgebenden Bedarf liege.

4.4 Schwelleneffekte in der Sozialhilfe entstehen vor allem beim Ein- und beim Austritt. Damit diese vermieden bzw. gemildert werden können, hat der Regierungsrat in seinem Beschluss Nr. 1185 vom 9. Dezember 2015 festgehalten, welche Elemente beim Ein- und Austritt aus der Sozialhilfe neben den Wohnkosten, den Gesundheitskosten und dem Grundbedarf zu berücksichtigen sind. Gleiches sehen auch die SKOS Richtlinien A.10 vor. Die SKOS-Richtlinien wie auch die Beschlüsse des Regierungsrates sind für den

## C 7.2

Vollzug der individuellen Sozialhilfe wegleitend und in der Regel anzuwenden. Die Tatsache, dass in der vorliegenden Konstellation der bereits bestehende Überschuss bei der Beschwerdeführerin grösser ist als der Unterstützungsbedarf, stellt keinen Grund dafür dar, den Einkommensfreibetrag ausser Acht zu lassen. Vielmehr ist es gerade dessen Sinn und Zweck, Sozialhilfebezüger, die nach ihren Möglichkeiten einer Arbeit nachgehen, finanziell besser zu stellen als solche, welche dies nicht tun. Die Vorinstanz hat bei der Berechnung des Sozialhilfebudgets der Beschwerdeführerin daher den Einkommensfreibetrag von Fr. 430.-- zu berücksichtigen (RRB Nr. 203 vom 21. März 2018).

### 7.2 Heimfinanzierung bei innerkantonalen Platzierungen / Anrechnung von Genugtuungsleistungen

- *Anrechnung von Genugtuungsleistungen zum Vermögen im Rahmen der wirtschaftlichen Sozialhilfe (Erw. 2.2; Erw. 4.4-7).*
- *Anwendbarkeit der IVSE beschränkt sich auf interkantonale Platzierungen (Erw. 3.1-5.6).*
- *Regelung der Heimfinanzierung bei innerkantonalen Platzierungen (Erw. 5.1-7)*

*Aus dem Sachverhalt:*

Die Beiständin des Beschwerdeführers ersuchte die Fürsorgebehörde A. um eine (zur Unterhaltungspflicht der Eltern) subsidiäre Kostengutsprache für seine Unterbringung im Jugendheim B (innerkantonale Platzierung). Die Fürsorgebehörde leistete die entsprechende Kostengutsprache, rechnete jedoch aus einer dem Beschwerdeführer per Erreichen der Volljährigkeit zugesprochenen Genugtuungsleistung von insgesamt 50'000.-- Franken deren 25'000.-- Franken bei der wirtschaftlichen Sozialhilfe als Vermögen an.

*Aus den Erwägungen:*

2.2 Der Beschwerdeführer bestreitet in beiden Beschwerdeverfahren nach wie vor nicht ausdrücklich, dass ihm die Genugtuungssumme im Umfang von Fr. 25 000.-- bei der wirtschaftlichen Hilfe als eigene Mittel anzurechnen ist. Er ist vielmehr der Ansicht, dass die Heimkosten einen Subventionsanteil enthalten und er diesen nicht mit dem Genugtuungsanteil begleichen muss. An der Beurteilung dieser – in beiden Beschwerdeverfahren umstrittenen – Frage hat er nach wie vor ein aktuelles, praktisches Interesse. Folglich

ist er zur Beschwerde befugt. Allfällige andere Gründe, weswegen auf die beiden Verwaltungsbeschwerden nicht eingetreten werden könnte, sind nicht ersichtlich und bringt die Vorinstanz auch nicht vor. Folglich kann auf die Beschwerden in den beiden Verfahren VB 141/2017 und VB 306/2017 eingetreten werden.

3.1 Der Beschwerdeführer begründet seine Beschwerde im Wesentlichen damit, dass es sich beim Jugendheim B. um eine IVSE-Einrichtung im Sinne von Art. 2 Abs. 1 Bereich A der interkantonalen Vereinbarung für soziale Einrichtungen vom 13. Dezember 2002/14. September 2007 (IVSE, SRSZ 380.311.1) handle und der angefochtene Beschluss gegen diese Vereinbarung verstosse. In ihrer Vernehmlassung zur Beschwerde vom 28. Juni 2017 macht die Vorinstanz dagegen geltend, dass es sich vorliegend um einen innerkantonalen Sachverhalt handle und die IVSE daher nicht anwendbar sei. Das Amt für Gesundheit und Soziales stellt sich auf den Standpunkt, dass für die Kosten für innerkantonale Platzierungen dieselben Regeln gelten sollen wie für Kosten von ausserkantonalen Heimplatzierungen gemäss der IVSE. Vorab ist deshalb die Frage des anwendbaren Rechts zu klären.

3.2 Da im Kanton Schwyz nur in beschränktem Masse geeignete soziale Einrichtungen vorhanden sind, hat der kantonale Gesetzgeber beschlossen, der IVSE beizutreten (vgl. Kantonsratsbeschluss über den Beitritt zur IVSE vom 20. September 2006, SRSZ 380.310; VGE III 2016 226 vom 24. Februar 2017, E. 1.3). 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). Die IVSE regelt somit das Aussenverhältnis zwischen den Kantonen. Sie gelangt innerkantonale nicht zur Anwendung. Wie der Kanton sich im Innern organisiert, ist seine Angelegenheit (Kommentar der Konferenz der kantonalen Sozialdirektorinnen und Sozialdirektoren [SODK] vom 7. Dezember 2007 zu Art. 1 IVSE; Judith Widmer, Die Finanzierung von Aufhalten in Kinder- und Jugendheimen, inklusive Schulheimen, im Kanton Zürich, Jusletter vom 13. Dezember 2010, Ziff. 5.4).

3.3 Weiter sind im Gesetz über soziale Einrichtungen vom 28. März 2007 (SEG, SRSZ 380.300) die Zuständigkeiten des Kantons und der Gemeinden betreffend soziale Einrichtungen und deren Finanzierung geregelt (§ 1 Abs. 1 Bst. a und c SEG). Beim Jugendheim B. handelt es sich um eine Einrichtung für Kinder und Jugendliche, die einer besonderen Behandlung und Betreuung bedürfen (Kinder- und Jugendheim), und damit um eine Einrichtung i.S. von § 2 Abs. 1 Bst. c SEG.

## C 7.2

3.4 Folglich ist die IVSE anwendbar, wenn es sich um eine interkantonale Platzierung handelt. Wurde der Beschwerdeführer dagegen innerhalb des Kantons platziert, sind die Bestimmungen des SEG massgebend. Der Wohnsitz des Beschwerdeführers befindet sich unbestrittenermassen in der Gemeinde A. und damit im Kanton Schwyz. Da das Jugendheim B. ebenfalls im Kanton Schwyz liegt, handelt es sich um eine innerkantonale Platzierung. Der Beschwerdeführer erkennt zwar richtig, dass das Jugendheim B. eine durch die IVSE anerkannte Einrichtung im Bereich A darstellt (vgl. Art. 2 Abs. 1 Bereich A IVSE; <http://www.sodk.ch/ueber-die-sodk/ivse-datenbank/>, eingesehen am 24. Mai 2018). Er übersieht dabei jedoch, dass dies für sich allein noch keine Anwendbarkeit der IVSE begründet. Entscheidend ist zunächst, ob es sich um eine innerkantonale oder interkantonale Platzierung handelt. Nur im Falle einer interkantonalen Platzierung wäre in einem zweiten Schritt zu prüfen, ob die Einrichtung zu den durch die IVSE anerkannten Bereichen gehört. Da es sich im vorliegenden Fall um eine innerkantonale Platzierung handelt, stellt sich diese Frage gar nicht. Dieses Vorbringen des Beschwerdeführers ist daher unbeachtlich. Die einschlägigen gesetzlichen Grundlagen befinden sich somit im SEG.

3.5 Zwar handelt es sich bei den Leistungen der Vorinstanz für den Aufenthalt des Beschwerdeführers im Jugendheim B. um Unterstützungen im Sinne von Art. 3 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Zuständigkeit für die Unterstützung Bedürftiger vom 24. Juni 1977 (Zuständigkeitsgesetz, ZUG, SR 851.1; vgl. dazu die Ausführungen unter Ziff. 4.2). Da der Beschwerdeführer seinen zivilrechtlichen Wohnsitz und seinen Unterstützungswohnsitz unbestrittenermassen in der Gemeinde A. hat, sind die Bestimmungen des Zuständigkeitsgesetzes vorliegend nicht massgebend. Daraus kann er vorliegend nichts zu seinen Gunsten ableiten.

4.1 Individuelle und institutionelle Leistungen gemäss dem SEG werden subsidiär erbracht (§ 3 Abs. 1 SEG). Die Gemeinden sind für die Einrichtungen für Kinder und Jugendliche gemäss § 2 Abs. 1 Bst. c SEG zuständig (§ 10 Abs. 1 SEG). Sie beraten Betreuungsbedürftige, vermitteln Plätze in geeigneten Einrichtungen und kommen subsidiär für die Betreuungs- und Aufenthaltskosten auf (§ 10 Abs. 2 SEG). 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). Wer ein Angebot beansprucht, hat sich an den Kosten angemessen zu beteiligen (§ 16 Abs. 2 SEG). Dient ein Angebot überwiegenden öffentlichen Interessen oder der Prävention, so kann auf eine Kostenerhebung verzichtet werden (§ 10 Abs. 3 SEG). Die Gemeinden tragen subsidiär die Kosten der

Einrichtungen gemäss § 10 SEG, sofern die betreuungsbedürftige Person oder die gesetzlich Verpflichteten die Kosten nicht decken können (§ 20 Abs. 1 SEG). Über die Platzierung, Finanzierung oder Leistung einer Kostengutsprache entscheidet die zuständige Stelle der Gemeinde (§ 20 Abs. 2 SEG). Folglich muss der Beschwerdeführer selber für die Betreuungs- und Aufenthaltskosten im Jugendheim B. aufkommen, wenn und soweit er über eigene Mittel verfügt. Wenn er diese Kosten nicht selber tragen kann, muss die Vorinstanz dafür aufkommen. Die Vorinstanz trifft damit nur eine subsidiäre Kostenübernahmepflicht.

4.2 Gemäss dem erläuternden Bericht des Regierungsrates zum Gesetz über soziale Einrichtungen (vgl. RRB Nr. 1776 vom 19. Dezember 2006, Kommentierung zu § 10) müssen die Gemeinden die notwendigen Betreuungs- und Aufenthaltskosten für Kinder- und Jugendheime nach den Bestimmungen des Sozialhilferechts tragen, soweit diese nicht durch die gesetzlich Verpflichteten zu tragen sind. Bei den finanziellen Leistungen der Gemeinden an den Aufenthalt von Kindern und Jugendlichen in Kinder- und Jugendheimen handelt es sich nämlich um wirtschaftliche Hilfe, für welche die politischen Gemeinden am Unterstützungswohnsitz des Kindes oder des Jugendlichen zuständig sind (Widmer, a.a.O., N 4; RRB Nr. 1255 vom 17. Dezember 2013, E. 2.3). Bei der Frage, was bzw. wieviel dem Beschwerdeführer als eigene Mittel anzurechnen sind, stützt sich die Vorinstanz folglich zu Recht auf das Sozialhilferecht.

4.3 Auch im Sozialhilferecht gilt der Grundsatz der Subsidiarität. In der Sozialhilfe ist in erster Linie die private Hilfe in Anspruch zu nehmen (§ 2 Abs. 1 des Gesetzes über die Sozialhilfe vom 18. Mai 1983, Sozialhilfegesetz, ShG, SRSZ 380.100). Die Sozialhilfe wird gewährt, wenn die hilfesuchende Person sich nicht selbst helfen kann und Hilfe von dritter Seite nicht oder nicht rechtzeitig erhältlich ist (§ 2 Abs. 2 ShG). Wer für seinen Lebensunterhalt und den seiner Familienangehörigen mit gleichem Wohnsitz nicht hinreichend oder rechtzeitig aus eigenen Mitteln aufkommen kann, hat Anspruch auf wirtschaftliche Hilfe (§ 15 ShG).

4.4 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 Gesetz und diese Verordnung keine andere Regelung vorsehen (§ 4 Abs. 2 der Vollziehungsverordnung zum Gesetz über die Sozialhilfe vom 30. Oktober 1984, Sozialhilfeverordnung, ShV, SRSZ 380.111). Der Grundsatz der Subsidiarität gemäss § 2 ShG bedeutet, dass Hilfe nur dann gewährt wird, wenn und soweit die bedürftige Person sich nicht selber helfen kann oder wenn Hilfe von dritter Seite nicht oder nicht rechtzeitig erhältlich ist. Die hilfesuchende

## C 7.2

Person ist dabei verpflichtet, alles Zumutbare zu unternehmen, um eine Notlage aus eigenen Kräften abzuwenden oder zu beheben (vgl. SKOS-Richtlinien, E.2-1). Als eigene Mittel kommen insbesondere die Verwendung von vorhandenem Einkommen oder Vermögen sowie der Einsatz der eigenen Arbeitskraft in Frage (vgl. SKOS-Richtlinien, A.4-2). Leistungen aus Genugtuung und Integritätsentschädigungen sind jedoch nur so weit anzurechnen, als sie bei Einzelpersonen Fr. 25 000.-- übersteigen. Dadurch wird dem Umstand Rechnung getragen, dass die betreffenden Personen einen immateriellen Schaden erlitten haben und ihnen ein gewisser Ausgleich zugestanden werden muss (vgl. SKOS-Richtlinien, E.2-2).

4.5 Die monatlichen Ausgaben des Beschwerdeführers betragen bis 31. Mai 2017 Fr. 9817.80. Insbesondere für den Aufenthalt im Jugendheim B. sind in den Sozialhilfebudgets Januar und März 2017 jeweils Fr. 8680.-- (31 Tage x Fr. 280.--) als Ausgabe eingesetzt. Als monatliche Einnahmen werden dem Beschwerdeführer sein Lehrlingslohn, der Unterhaltsbeitrag seines Vaters sowie die Rückerstattungen der individuellen Prämienverbilligung angerechnet. Im März 2017 hat die Vorinstanz zusätzlich zu den erwähnten Einnahmen auch die Genugtuungssumme als Einnahme angerechnet, soweit sie Fr. 25 000.-- übersteigt (folglich im Umfang von Fr. 25 000.--). Dabei stützt sie sich auf das SEG i.V.m. dem Sozialhilfegesetz und den SKOS-Richtlinien. Der Beschwerdeführer bestreitet nicht, dass die Genugtuung im Umfang von Fr. 25 000.-- im Sozialhilfebudget als Einnahme anzurechnen ist.

5.1 Der Beschwerdeführer bringt dagegen vor, dass sich die Heimkosten auch bei einer innerkantonalen Platzierung nach der IVSE richten müssten. Innerkantonale und ausserkantonale Platzierungen in Kinder- und Jugendheimen müssten hinsichtlich der Kosten gleich behandelt werden. Es könne nicht sein, dass er Heimkosten mit eigenen Mitteln bezahlen müsse oder nicht, je nachdem, ob er in einem Jugendheim im Kanton Schwyz oder ausserhalb des Kantons Schwyz platziert sei. Auch das Amt für Gesundheit und Soziales stellt sich auf diesen Standpunkt. Es erscheine sachgerecht, wenn für die Kosten von innerkantonalen Platzierungen in stationären Einrichtungen dieselben Regelungen gälten wie für die ausserkantonalen Platzierungskosten. Es sei aus Sicht der Unterhaltspflichtigen nicht nachvollziehbar, wenn bei ausserkantonalen Platzierungen der Anteil der Unterhaltskosten begrenzt werde und bei einer innerkantonalen Platzierung nicht. Damit berufen sich der Beschwerdeführer und das Amt für Gesundheit und Soziales sinngemäss auf das Gebot der Rechtsgleichheit.

5.2 Der Grundsatz der Rechtsgleichheit gemäss Art. 8 Abs. 1 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV,

SR 101) besagt, dass Rechte und Pflichten der Betroffenen nach dem gleichen Massstab festzusetzen sind. Gleiches ist nach Massgabe seiner Gleichheit gleich und Ungleiches nach Massgabe seiner Ungleichheit ungleich zu behandeln. Das Gleichheitsprinzip verbietet unterschiedliche Regelungen, denen keine rechtlich erheblichen Unterscheidungen zu Grunde liegen. Es ist folglich verletzt, wenn ein Erlass hinsichtlich einer entscheidungswesentlichen Tatsache rechtliche Unterscheidungen trifft, für die kein vernünftiger Grund ersichtlich ist. Es wird eine Art Verhältnismässigkeitsprüfung vorgenommen, wobei abgewogen werden muss zwischen dem Interesse an der Erreichung des Regelungsziels und dem Interesse an der Gleich- bzw. Ungleichbehandlung (Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Auflage, Zürich/St. Gallen 2016, N 572 ff. mit Hinweis u.a. auf BGE 136 I 297 E. 6.1).

5.3 Die IVSE bezieht sich auf Einrichtungen in den Bereichen A (Stationäre Einrichtungen für Kinder und Jugendliche), B (Einrichtungen für Erwachsene mit Behinderung), C (Stationäre Angebote im Suchtbereich) und D (Sonderschulen). Wie gesagt ist das Jugendheim B. eine Einrichtung im Bereich A. Bei ausserkantonalen Platzierungen sichert der Wohnkanton der Einrichtung des Standortkantons mittels der Kostenübernahmegarantie die Leistungsabgeltung zugunsten der Person für die zu garantierende Periode zu (Art. 19 Abs. 1 IVSE). Im Bereich A setzt sich die Leistungsabgeltung aus einem Subventionsanteil und dem Beitrag des Unterhaltspflichtigen (BU) zusammen (Art. 20 ff. IVSE). Gemäss Art. 22 Abs. 1 IVSE entspricht die Höhe der Beiträge der Unterhaltspflichtigen den mittleren Tagesaufwendungen für Kost und Logis für eine Person in einfachen Verhältnissen. Von Unterhaltspflichtigen nicht geleistete Beiträge können der Sozialhilfe belastet werden (Art. 22 Abs. 2 IVSE). Die Höhe des BU liegt zwischen Fr. 25.-- und Fr. 30.-- (Kommentar der SODK vom 7. Dezember 2007 zu Art. 22 IVSE). Im Kanton Schwyz müssen die Gemeinden bei einer ausserkantonalen Platzierung in einem Kinder- oder Jugendheim für den Subventionsanteil aufkommen (vgl. § 10 und § 20 SEG; RRB Nr. 967 vom 29. November 2016, E. 2). Dieser Anteil hat Subventions- und nicht Sozialhilfecharakter. Die Gemeinden müssen diesen unabhängig von der finanziellen Leistungsfähigkeit der Heimbewohnerinnen und Heimbewohner (bzw. dessen Eltern) bezahlen. Ein Rückgriff der Gemeinden auf die Unterhaltspflichtigen ist damit nicht erlaubt. Den BU hingegen müssen die Gemeinden nur übernehmen, wenn die anspruchsberechtigte Person (bzw. deren gesetzlicher Vertreter) diesen nicht bezahlen kann. In diesem Fall wird der BU der Sozialhilfe belastet (Widmer, a.a.O., N 40 ff.).

## C 7.2

5.4 Wenn auf den vorliegenden Fall die IVSE anwendbar wäre, dann müsste die Vorinstanz den Subventionsanteil für den Aufenthalt des Beschwerdeführers im Jugendheim B. vollumfänglich übernehmen, und zwar unabhängig von der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des Beschwerdeführers (bzw. von dessen Vater). Der Subventionsanteil dürfte in diesem Fall im Sozialhilfebudget nicht als Ausgabe angerechnet werden. Der Beschwerdeführer müsste nur den BU selber tragen, soweit er dazu in der Lage ist. Dieser würde maximal Fr. 930.-- pro Monat betragen (31 Tage x Fr. 30.--). Dem Beschwerdeführer wären bis 31. Mai 2017 als monatliche Ausgaben für den Heimaufenthalt nicht Fr. 9817.80, sondern nur noch maximal Fr. 930.-- im Sozialhilfebudget einzusetzen. Auch bei einer IVSE-Anwendung würde dem Beschwerdeführer die Genugtuungssumme im Umfang von Fr. 25 000.-- im Sozialhilfebudget als Einnahme angerechnet werden (was der Beschwerdeführer wie bereits unter Ziff. 4.5 ausgeführt auch gar nicht bestreitet). Wenn dem Beschwerdeführer im Sozialhilfebudget als Heimauslagen nur noch maximal Fr. 930.-- angerechnet werden dürften, dann müsste er mit seinen Einnahmen (insbesondere mit der hälftigen Genugtuung) den Subventionsanteil der Heimkosten nicht mehr decken, sondern nur noch den BU von maximal Fr. 930.--.

5.5 Der kantonale Gesetzgeber sieht bei den Kinder- und Jugendheimen zwei unterschiedliche Finanzierungsmodelle vor. Bei einer innerkantonalen Platzierung gilt das SEG. Dieses stuft die Heimkosten als Sozialhilfekosten ein und sieht damit vor, dass sich die betroffene Person (bzw. deren gesetzlicher Vertreter) soweit möglich an den Heimkosten beteiligen muss. Die Platzierung eines Kindes oder Jugendlichen in einem ausserkantonalen Heim richtet sich dagegen nach der IVSE. Gemäss dieser muss lediglich der (tiefe) BU wenn möglich aus den eigenen Mitteln bezahlt werden. Den übrigen Heimkosten kommt Subventionscharakter zu. Dieser Subventionsanteil muss (auch bei guter wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit) nicht von der anspruchsberechtigten Person bezahlt werden. Diese beiden unterschiedlichen Regelungen knüpfen zwar an sehr ähnliche, jedoch doch verschiedene Sachverhalte an (innerkantonale oder ausserkantonale Platzierung). Der Gesetzgeber wollte bei Kinder- und Jugendheimen die Finanzierung von inner- und von ausserkantonalen Platzierungen unterschiedlich regeln. Für diese Ungleichbehandlung ist ein sachlicher Grund gegeben, wie sich nachfolgend ergibt.

5.6 Bei einer Platzierung innerhalb des Kantons Schwyz wird das Subsidiaritätsprinzip stark gewichtet. Die Heimkosten bei Kindern und Jugendlichen sollen wenn möglich nicht von der Allgemeinheit, sondern von den Eltern (bzw. vom Jugendlichen selber) getragen werden müssen. Diese Zielsetzung ist nachvollziehbar. Der Kanton Schwyz darf die Heimfinanzierung bei innerkantonalen Platzierungen abweichend von der IVSE regeln. Denn im Rahmen



der IVSE soll die kantonale Tarifoheit nach Möglichkeit respektiert werden (Kommentar der SODK zu Art. 22 IVSE). Die IVSE will nur das interkantonale Verhältnis regeln. Wie der Kanton Schwyz die Kostenübernahmen für Aufenthalte in Kinder- und Jugendheime im Kanton Schwyz regelt, ist grundsätzlich seine Sache.

5.7 Möglicherweise wird mit den unterschiedlichen Regelungen zwar ein Anreiz geschaffen für (wohlhabende) Eltern, ihr Kind ausserkantonale in ein Kinder- oder Jugendheim zu platzieren, da sie bei einer innerkantonalen Heimplatzierung die Heimkosten selber bezahlen müssen. Die Gemeinden haben dagegen deutlich weniger Auslagen, wenn Kinder von vermögenden Eltern innerhalb des Kantons in einem Heim platziert werden. Zudem besteht grundsätzlich ein Interesse des Kantons Schwyz daran, dass Jugendliche, welche im Kanton Schwyz Wohnsitz haben, in Institutionen untergebracht werden, die im Kanton Schwyz zur Verfügung stehen. Bei der Zuweisung in ein Kinder- oder Jugendheim sollten nicht primär finanzielle Aspekte eine Rolle spielen. Vielmehr muss die Einrichtung in erster Linie geeignet sein, um der besonderen Situation des oder der Jugendlichen gerecht zu werden. Letztlich entscheiden nicht die Eltern, sondern die Kinderschutzhilfe (im vorliegenden Fall die KESB X) über die Unterbringung eines Kindes bzw. eines Jugendlichen (vgl. Art. 310 Abs. 1 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 10. Dezember 1907, ZGB, SR 210).

5.8 Die Genugtuung bezweckt die Wiedergutmachung immaterieller Unbill. Damit soll sich der Betroffene (bzw. dessen Angehörige) zum Ausgleich der nicht finanziellen physischen und psychischen Nachteile der Unfallfolgen etwas leisten können, was ihn (bzw. sie) freut. Mit anderen Worten wird die Genugtuung als Mittel zur Steigerung des Wohlbefindens verstanden (vgl. Art. 47 des Bundesgesetzes betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, fünfter Teil: Obligationenrecht, vom 30. März 1911, SR 220; Klaus Hütte/Petra Duksch/Kayum Guerrero, Die Genugtuung, 3. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2005, S. I/10 ff.). Im vorliegenden Fall führt die von der IVSE abweichende, kantonale Regelung im SEG dazu, dass der Beschwerdeführer mit der Hälfte seiner Genugtuung faktisch die Heimkosten bezahlen muss. Dieser Teil der Genugtuung erfüllt seinen Zweck nicht mehr. Denn wenn der Beschwerdeführer die Genugtuung nicht bekommen hätte, müsste die Vorinstanz diesen Teil der Heimkosten bezahlen. Bei einer ausserkantonalen Platzierung hingegen dürfte der Beschwerdeführer die Genugtuungssumme grösstenteils für sich behalten, da er in diesem Fall mit seinen Einnahmen seine Ausgaben knapp decken könnte (vgl. die Sozialhilfebudgets Januar und März 2017). Indem der Beschwerdeführer immerhin Fr. 25 000.-- der Genugtuung für sich behalten darf, wird ihm ein gewisser Ausgleich für seine immaterielle Unbill zugestanden. Somit kann auch nicht

## C 7.2

gesagt werden, die Regelung gemäss SEG i.V.m. dem SHG laufe dem Zweck der Genugtuung zuwider.

5.9 Folglich darf der Kanton Schwyz die Finanzierung für innerkantonale Heimplatzierungen in Kinder- und Jugendheimen abweichend von der IVSE regeln. Die Regelung im Kanton Schwyz ist mit der IVSE vereinbar. Der Gesetzgeber hat die Ungleichbehandlung der Finanzierung von inner- und ausserkantonalen Platzierungen in Kinder- und Jugendheimen ausdrücklich so gewollt. Für diese Ungleichbehandlung besteht ein sachlicher Grund. Das Regelungsziel des SEG, nämlich dass das Gemeinwesen die Kosten für Kinder- und Jugendheime nur trägt, wenn die Eltern dazu nicht in der Lage sind, überwiegt gegenüber dem Interesse des Beschwerdeführers, dass er von den Heimkosten nicht den (grossen) Subventionsanteil, sondern nur noch den (kleinen) BU selber (d.h. mit der Hälfte der Genugtuungssumme) bezahlen muss. Das Gebot der Rechtsgleichheit ist nicht verletzt.

6. Der Beschwerdeführer macht weiter geltend, dass gemäss Informationsschreiben des Amtes für Gesundheit und Soziales an die Fürsorgebehörden des Kantons Schwyz vom 7. Oktober 2014 die innerkantonale Kostentragung für Einrichtungen für Kinder und Jugendliche (Bereich A) bei den Gemeinden liege. Dieses Schreiben (bzw. diese Feststellung) bezieht sich nur auf den Subventionsanteil für ausserkantonale Heimplatzierungen, auf welche die IVSE anwendbar ist. Es ist im vorliegenden Fall deshalb nicht einschlägig, weil hier eine innerkantonale Heimplatzierung zu beurteilen ist. Die erwähnte Aussage besagt lediglich, dass bei einer ausserkantonalen Platzierung innerhalb des Kantons die Gemeinden den Subventionsanteil gemäss der IVSE bezahlen müssen.

7. Schliesslich bringt der Beschwerdeführer vor, gemäss telefonischer Auskunft von D. (Amt für Gesundheit und Soziales) vom 17. Mai 2017 müssten die Kosten für eine innerkantonale Platzierung in einer IVSE-Einrichtung im Bereich A ebenfalls in einen Subventionsanteil und in einen BU aufgeteilt werden und dürften nicht vollumfänglich auf die betroffene Person abgewälzt werden. Der Beschwerdeführer beruft sich damit sinngemäss auf den Vertrauensschutz. Eine behördliche Auskunft oder Zusicherung ist nur dann bindend, wenn die Amtsstelle, welche die Auskunft gab, zum Entscheid und damit zur Auskunftserteilung zuständig ist, und wenn der Adressat im Vertrauen auf die Richtigkeit der Auskunft eine Disposition getroffen oder unterlassen hat, die nicht oder jedenfalls nicht ohne Schaden rückgängig gemacht werden kann (Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., N 676 ff. und N 688 ff.). Hier ist die Auskunft nicht von der zum Entscheid über die Heimkosten befugten Vorinstanz, sondern vom Amt für Gesundheit und Soziales erteilt worden. Dass der Beschwerdeführer gestützt auf diese Zusicherung

Dispositionen getätigt haben soll, welche nicht oder nicht ohne Schaden wieder rückgängig gemacht werden können, ist nicht ersichtlich und bringt er auch nicht vor. Deshalb greift der Vertrauensschutz vorliegend nicht, und der Beschwerdeführer ist in seinem Vertrauen in die angebliche Zusicherung des Amtes für Gesundheit und Soziales nicht zu schützen.

(RRB Nr. 417 vom 5. Juni 2018).

### **7.3 Kostengutsprache bei sozialpädagogischer Familienbegleitung (Kompetenzstreitigkeit)**

- *Die Fürsorgebehörde der Gemeinde A. ist nicht befugt, der Berufsbeiständin der Amtsbeistandschaft X. oder dem Amt für Kindes- und Erwachsenenschutz X. Anweisungen zu erteilen (Erw. 3.1-3.3).*
- *Der Regierungsrat ist zur Beurteilung einer Kompetenzstreitigkeit zwischen der Fürsorgebehörde A. und dem Amt für Kindes- und Erwachsenenschutz X. zuständig (Erw. 3.3).*
- *Die Berufsbeiständin ist anzuweisen, bei der Fürsorgebehörde B. der neuen Wohnsitzgemeinde B. der schutzbedürftigen Kinder ein Gesuch um Kostengutsprache für die sozialpädagogische Familienbegleitung zu stellen (Erw. 4.1-4.8).*

*Aus den Erwägungen:*

3.1 Eine Verfügung, welche durch eine unzuständige Behörde erlassen wurde, leidet an einem Mangel. Dessen Rechtsfolge besteht entweder in der Anfechtbarkeit oder der Nichtigkeit der Verfügung. Nach der von Rechtsprechung und Lehre anerkannten Evidenztheorie ist eine Verfügung nichtig, wenn der ihr anhaftende Mangel besonders schwer und offensichtlich ist und zudem die Rechtssicherheit durch die Annahme der Nichtigkeit nicht ernsthaft gefährdet wird. Nichtigkeit wird u.a. dann angenommen, wenn eine Behörde in den Hoheitsbereich einer anderen eingreift (Thomas Flückiger, in: Bernhard Waldmann/Philippe Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz, 2. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2016, Art. 7 N 40 ff.).

3.2 Die Vorinstanz (Fürsorgebehörde der früheren Wohnsitzgemeinde A. der schutzbedürftigen Kinder) hat die Beschwerdeführerin 1 (bzw. die Amtsbeistandschaft X.) mit der angefochtenen Dispositivziffer 2 des Beschlusses vom 27. März 2018 beauftragt, bei der Fürsorgebehörde der neuen Wohnsitzgemeinde B. der Kinder den Antrag auf subsidiäre Kostengutsprache für die sozialpädagogische Familienbegleitung ab dem 1. Mai 2018 zu stellen.

## C 7.3

Sie ist aber nicht dazu befugt, dem Amt für Kindes- und Erwachsenenschutz X. (KESB X) bzw. der jeweiligen Amtsbeistandschaft Anweisungen zu erteilen. Denn Aufsichtsbehörde über die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden ist das Departement des Innern (vgl. § 6 Abs. 1 des Einführungsgesetzes zum schweizerischen Zivilgesetzbuch vom 14. September 1978, EGZGB, SRSZ 210.100). Die zuständige Rechtsmittelbehörde ist das Verwaltungsgericht (§ 2b Abs. 1 Bst. a EGZGB). Somit hat die Vorinstanz in unzulässiger Weise in den Hoheitsbereich der KESB X (bzw. der Beschwerdeführer) eingegriffen. Die Dispositivziffer 2 des Beschlusses der Vorinstanz vom 27. März 2018 erging in Unzuständigkeit. Ob diese Dispositivziffer nichtig oder lediglich anfechtbar ist, kann letztlich offen gelassen werden. Die Dispositivziffer 2 wurde mit Verwaltungsbeschwerde angefochten und kann im vorliegenden Beschwerdeverfahren aufgehoben werden, ohne dass sie jemals Rechtswirkungen entfaltet hat. Die Frage der Nichtigkeit müsste definitiv beantwortet werden, wenn eine Anfechtung unterblieben wäre. Die Beschwerde ist daher gutzuheissen, soweit die Beschwerdeführer die Aufhebung dieser Dispositivziffer 2 verlangen.

3.3 Allerdings ist der Regierungsrat gemäss § 8 Bst. b des Justizgesetzes vom 18. November 2009 (JG, SRSZ 231.110) dafür zuständig, Kompetenzkonflikte zwischen Verwaltungsbehörden zu entscheiden. Der Begriff „Verwaltungsbehörde“ in § 8 Bst. b JG ist als Gegensatz zu Justizbehörde bzw. Gericht zu verstehen (RRB Nr. 967 vom 29. November 2016, E. 1.2). Sowohl bei der Vorinstanz als auch beim Beschwerdeführer 2 handelt es sich um solche Verwaltungsbehörden (vgl. §§ 7 ff. des Gesetzes über die Sozialhilfe vom 18. Mai 1983, ShG, SRSZ 380.100; § 5 Abs. 1 EGzZGB). Zudem ist der Regierungsrat Oberaufsichtsbehörde über die öffentliche Sozialhilfe (§ 9 Abs. 1 ShG). Der Regierungsrat ist für die Beurteilung einer Kompetenzstreitigkeit zwischen der Vorinstanz und dem Beschwerdeführer 2 bzw. der KESB X zuständig. Die Parteien sind sich nicht einig darüber, wer bei der Fürsorgebehörde B. den Antrag um subsidiäre Kostengutsprache für die sozialpädagogische Familienbegleitung ab dem 1. Mai 2018 stellen muss. Die Beschwerdeführer verlangen vom Regierungsrat, dass er diese Frage klärt. Damit die Fürsorgebehörde B. die subsidiäre Kostengutsprache möglichst bald leisten kann, rechtfertigt es sich, diese Frage zu klären bzw. den Parteien die korrekte Vorgehensweise aufzuzeigen. Die Beschwerde ist also insoweit als Gesuch zur Beurteilung einer Kompetenzstreitigkeit i.S.v. § 8 Bst. b JG entgegenzunehmen.

4.1 Ist das Wohl des Kindes gefährdet und sorgen die Eltern nicht von sich aus für Abhilfe oder sind sie dazu ausserstande, so trifft die Kindesschutzbehörde die geeigneten Massnahmen zum Schutz des Kindes (Art. 307 Abs. 1 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 10. Dezember 1907,

ZGB, SR 210). Die Eltern sorgen gemeinsam, ein jeder Elternteil nach seinen Kräften, für den gebührenden Unterhalt des Kindes und tragen insbesondere die Kosten von Betreuung, Erziehung, Ausbildung und Kinderschutzmassnahmen (Art. 276 Abs. 2 ZGB). Folglich gehören die Kosten von Kinderschutzmassnahmen auch zum Unterhalt. Wenn die Eltern (bzw. die Unterhalts- bzw. Unterstützungspflichtigen) nicht ausreichend leistungsfähig sind, hat das Gemeinwesen die (verbleibenden) Kosten des Unterhalts nach den einschlägigen Bestimmungen des öffentlichen Rechts (Sozialhilfe/Fürsorgerecht) zu tragen (BSK ZGB-I Breitschmid, Art. 276 N 15 und 22).

4.2 Wer für seinen Lebensunterhalt und den seiner Familienangehörigen mit gleichem Wohnsitz nicht hinreichend oder rechtzeitig aus eigenen Mitteln aufkommen kann, hat Anspruch auf wirtschaftliche Hilfe (§ 15 ShG). Diese wird von der Wohnsitzgemeinde der hilfesuchenden Person (bzw. von deren Fürsorgebehörde) geleistet (vgl. § 6 ShG und § 8 Bst. c ShG). 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 Gesetz und diese Verordnung keine andere Regelung vorsehen (§ 4 Abs. 2 der Vollziehungsverordnung zum Gesetz über die Sozialhilfe, Sozialhilfeverordnung vom 30. Oktober 1984, ShV, SRSZ 380.111). Bei einem Wegzug aus einer Gemeinde werden die Unterstützungsleistungen für den ersten Monat bzw. für den Übergangsmontat in der Regel vom bisherigen Sozialhilfeorgan ausgerichtet (SKOS-Richtlinien, B.3-3).

4.3 Folglich müssen vorliegend in erster Linie die Kindseltern für die Kosten der sozialpädagogischen Familienbegleitung aufkommen. Soweit sie dazu aufgrund ihrer finanziellen Verhältnisse nicht in der Lage sind, muss die Wohnsitzgemeinde der Kinder diese Kosten übernehmen. Die Vorinstanz hat beschlossen, dass die Gemeinde A. (als frühere Wohnsitzgemeinde der Kinder) die Kosten für die sozialpädagogische Familienbegleitung noch bis 30. April 2018 subsidiär tragen muss. Mit der Zuteilung der elterlichen Sorge über die Kinder an den Kindsvater leitet sich der Wohnsitz der beiden Kinder neu vom Wohnsitz des Kindsvaters ab (vgl. Art. 25 Abs. 1 ZGB). Folglich haben die Kinder ihren Wohnsitz seit der Rechtskraft des Beschlusses Nr. IIA/004/10/2018 vom 1. März 2018 (folglich circa ab dem 2. April 2018; es gilt die 30-tätige Rechtsmittelfrist gemäss Art. 450b Abs. 1 ZGB) in der Gemeinde B. Während des Übergangsmontats April 2018 muss immer noch die Vorinstanz subsidiäre Kostengutsprache leisten. Zwischen den Parteien ist unbestritten, dass diese Pflicht der Vorinstanz ab dem 1. Mai 2018 entfällt. Erst ab dem 1. Mai 2018 müssen die Kosten für die sozialpädagogische Familienbegleitung voraussichtlich von der Gemeinde B. getragen

## C 7.3

werden. Da bei der Fürsorgebehörde B. noch kein entsprechendes Gesuch eingegangen ist, konnte diese noch keine Kostengutsprache leisten. Ob die Fürsorgebehörde B. ab dem 1. Mai 2018 tatsächlich subsidiäre Kostengutsprache leisten muss, ist in einem separaten Verfahren zu entscheiden. Vorliegend geht es nur um die Frage, wer für die entsprechende Gesuchseinreichung zuständig ist.

4.4 Die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden ordnen die Kinderschutzmassnahmen an. Dementsprechend müssen sie auch dafür besorgt sein, dass die Kosten für die Kinderschutzmassnahmen (rechtzeitig) bezahlt werden. Primär müssen die Eltern für diese Kosten aufkommen. Sind sie jedoch aufgrund ihrer finanziellen Verhältnisse dazu nicht in der Lage, so muss das Gemeinwesen diese Kosten i.S.v. Fürsorgeleistungen tragen. Grundsätzlich ist es Sache der Eltern, bei der jeweiligen Fürsorgebehörde das Gesuch um Kostengutsprache zu stellen. Wenn sie die Kinderschutzmassnahme aber ablehnen (was nicht selten vorkommt), werden sie sich weigern, dieses Gesuch zu stellen. Es wäre also nicht praxistauglich, wenn das Gesuch um Kostengutsprache von den Kindseltern gestellt werden müsste. Deswegen muss die zuständige Beiständin/der zuständige Beistand anstelle der Eltern dieses Gesuch stellen, zumal die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde die Kinderschutzmassnahme auch angeordnet und ein Interesse an deren Durchführung hat. Auch bei einem Wohnortwechsel in eine neue Gemeinde muss der zuständige Beistand/die zuständige Beiständin bei der neuen Wohnortgemeinde das Gesuch um Kostenübernahme einreichen.

4.5 Vorliegend muss die KESB X. bzw. die Beschwerdeführerin 1 dafür besorgt sein, dass die Kosten für die sozialpädagogische Familienbegleitung für die Kinder bezahlt werden. Daher muss sie bei der örtlich zuständigen Fürsorgebehörde das Gesuch um subsidiäre Kostengutsprache stellen. Dementsprechend ersuchte die KESB X. in Dispositivziffer 7 ihres Beschlusses vom 1. März 2018 die Vorinstanz um subsidiäre Kostengutsprache für die sozialpädagogische Familienbegleitung. Damit hat die KESB X. ihre Zuständigkeit zur Antragstellung implizit anerkannt. Die KESB X. wusste bereits im Zeitpunkt der Anordnung der sozialpädagogischen Familienbegleitung (1. März 2018), dass sich der Wohnsitz der Kinder spätestens ab 1. Mai 2018 in B. befinden wird. Sie hätte das Gesuch an die Fürsorgebehörde B. also gerade in diesem Beschluss stellen können. Dies hat sie jedoch unterlassen. Auch die Beschwerdeführerin 1 hat in der Folge kein separates Gesuch eingereicht. Die Beschwerdeführer weigern sich bis heute, dieses Gesuch zu stellen, obwohl sie dazu verpflichtet wären und es wie gesagt in ihrem Interesse bzw. im Interesse der Kinder liegt, dass die sozialpädagogische Familienbegleitung stattfindet und auch bezahlt wird.

4.6 Den Beschwerdeführern ist insoweit zuzustimmen, dass bei einem Umzug in eine andere Wohngemeinde die bisherige Fürsorgebehörde durchaus gewisse Abklärungen bzw. Arbeiten übernimmt, welche die Unterstützung in der neuen Gemeinde betrifft. Beispielsweise sollte die bisherige Fürsorgebehörde abklären, ob der künftige Mietzins in der neuen Gemeinde akzeptiert wird (SKOS-Richtlinien, B.3-3). Bei den Kinderschutzmassnahmen ist die Fürsorgebehörde der bisherigen Wohngemeinde allerdings von solchen Pflichten befreit. Denn die Kinderschutzmassnahme wird von der zuständigen Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde angeordnet. Sie liegt in deren Interesse bzw. im Interesse der Kinder. Deswegen muss auch die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde dafür besorgt sein, dass die zuständige Fürsorgebehörde subsidiäre Kostengutsprache leistet.

4.7 Die Beschwerdeführer legen korrekt dar, dass das Gemeinwesen, welches subsidiär für die Kosten einer Kinderschutzmassnahme aufkommen muss, kein Beschwerderecht gegen die Kinderschutzmassnahme hat, und dass bei der Anordnung der geeigneten Kinderschutzmassnahme die wirtschaftlichen Interessen der Wohnsitzgemeinde nicht ausschlaggebend sein dürfen (vgl. dazu u.a. BGE 5A\_979/2013 vom 28. März 2014, E. 3 und E. 4.3). Daraus können die Beschwerdeführer aber nicht ableiten, dass bei einem Wohnortwechsel die Fürsorgebehörde der bisherigen Wohnsitzgemeinde bei der Fürsorgebehörde der neuen Wohnsitzgemeinde den Antrag auf Kostengutsprache stellen muss.

4.8 Folglich muss die Beschwerdeführerin 1 angewiesen werden, bei der Fürsorgebehörde B. einen Antrag auf subsidiäre Kostengutsprache für die sozialpädagogische Familienbegleitung zu stellen. Inhaltlich ist die angefochtene Dispositivziffer 2 des Beschlusses Nr. 43 der Vorinstanz vom 27. März 2018 korrekt (obwohl sie in Unzuständigkeit erging). Die Vorinstanz hätte die Pflicht der Beschwerdeführer zur Gesuchseinreichung nicht verfügen dürfen. Vielmehr hätte sie diesbezüglich direkt beim Regierungsrat ein Gesuch zur Beurteilung einer Kompetenzstreitigkeit einreichen müssen. (RRB Nr. 458 vom 19. Juni 2018).

## **7.4 Einstellung der Sozialhilfeleistungen wegen fehlender Mitwirkung und Bedürftigkeit**

- *Mitwirkungspflicht der hilfesuchenden Person (Erw. 2.4-3.4).*
- *Fehlende Bedürftigkeit (Erw. 4).*

## C 7.4

### *Aus den Erwägungen:*

2.4 Gemäss § 11 Abs. 1 ShG sorgen die Gemeinden dafür, dass Hilfesuchenden die nötige und fachgerechte Sozialhilfe zukommt. Die Sozialhilfe umfasst unter anderem die Vermittlung wirtschaftlicher Hilfe (§ 11 Abs. 2 Bst. d ShG). Anspruch auf wirtschaftliche Hilfe hat, wer für seinen Lebensunterhalt oder den seiner Familienangehörigen mit gleichem Wohnsitz nicht hinreichend oder rechtzeitig aus eigenen Mitteln aufkommen kann (§ 15 ShG). Die Fürsorgebehörde muss den Sachverhalt zur Beurteilung des Anspruches auf wirtschaftliche Sozialhilfe von Amtes wegen ermitteln und die erforderlichen Beweise erheben (§ 36 Abs. 1 ShG i.V.m. § 18 Abs. 1 VRP). Die Bedürftigkeit (als Anspruchsvoraussetzung für wirtschaftliche Hilfe) kann von der Sozialbehörde nur in beschränktem Umfang in Eigenregie abgeklärt werden. Bereits bei der Erstellung der Erstberechnung eines Unterstützungsbudgets, das über die Aufnahme der wirtschaftlichen Unterstützung entscheidet, ist die Behörde auf die Beibringung diverser Belege wie Kontoauszüge, Mietvertrag usw. angewiesen. Nur so kann rechtsgenüchlich eruiert werden, ob die Eigenmittel zur Deckung des notwendigen Lebensunterhalts reichen oder nicht. Des Weiteren beinhaltet die Bedürftigkeit mit ihren diversen Variablen (etwa bezüglich Wohnsituation, Dritteinnahmen, Vermögensanfall usw.) und des Charakters der wirtschaftlichen Unterstützung als Dauerschuldverhältnis eine ausserordentliche Dynamik, die es der Behörde auch faktisch unmöglich macht, stets alle Veränderungsprozesse von sich aus zu berücksichtigen (vgl. Guido Winzent, *Die sozialhilferechtliche Bedürftigkeit*, Zürich/St. Gallen, 2014, S. 522).

2.5 Die hilfesuchende Person ist daher zur Mitwirkung verpflichtet, soweit dies notwendig und ihr zumutbar ist (§ 36 Abs. 1 ShG i.V.m. § 19 Abs. 2 VRP). Diese Mitwirkungspflicht stützt sich auf den Grundsatz von Treu und Glauben und liegt darin begründet, dass die bedürftigkeitsrelevanten Ereignisse naturgemäss dem Herrschaftsbereich der unterstützten Person(en) entstammen (Winzent, a.a.O., S. 522). Konkret trifft die hilfesuchende Person die Pflicht, über ihre Verhältnisse wahrheitsgetreu Auskunft zu geben, Einsicht in ihre Unterlagen zu gewähren und Änderungen in ihren Verhältnissen umgehend zu melden (§ 10 Abs. 1 ShV; A.5.2 SKOS-Richtlinien).

2.6 Dies ändert nichts daran, dass analog der allgemeinen Beweislastregel von Art. 8 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 10. Dezember 1907 (ZGB, SR 210) die Sozialhilfebehörde die Beweislast für die Einstellung der Unterstützungsleistungen mangels Bedürftigkeit trägt. Eine Umkehr der Beweislast kann allerdings gerechtfertigt sein, wenn im Lebensbereich des Hilfesuchenden gründende Vorgänge nicht aufzuklären sind, dies beispiels-



weise, wenn der Hilfesuchende an der Aufklärung des Sachverhalts absichtlich nicht oder nicht rechtzeitig mitgewirkt hat (Winzent, a.a.O., S. 539). Entsprechend hält § 26a ShG fest, dass die wirtschaftliche Hilfe gekürzt oder eingestellt werden kann, wenn die hilfesuchende Person die ihr zumutbare Mitwirkung trotz vorgängiger Mahnung verweigert. Dies namentlich dann, wenn sie die Auskunftspflicht verletzt oder den verfügten Auflagen, Bedingungen oder Weisungen zuwiderhandelt. Vorbehalten bleiben indessen Konstellationen, in denen es dem Einzelnen nicht möglich oder zumutbar ist, vollumfänglich mitzuwirken (beispielsweise aus gesundheitlichen oder psychischen Gründen, siehe auch Wizent, a.a.O., S. 539).

3.1 Der Anspruch auf Sozialhilfe setzt Bedürftigkeit voraus. Die hilfesuchende Person muss sowohl bei Einreichung eines Unterstützungsgesuchs als auch während der Unterstützung über ihre Verhältnisse Auskunft erteilen und diese dokumentieren, soweit dies für die Beurteilung und Bemessung des Anspruchs erforderlich ist. Wenn eine gesuchstellende Person sich weigert, die zur Bedarfsbemessung nötigen Angaben und Unterlagen vorzulegen, obwohl sie dazu ermahnt und über die Konsequenzen schriftlich informiert wurde, kann ein allfälliger Anspruch auf Sozialhilfeleistungen durch das Sozialhilfeorgan nicht geprüft werden. Bei laufenden Unterstützungsfällen können bei gleichem Sachverhalt nach entsprechender Mahnung und Gewährung des rechtlichen Gehörs die Leistungen mit der Begründung eingestellt werden, dass die Bedürftigkeit nicht mehr beurteilt werden kann und erhebliche Zweifel an deren Fortbestand bestehen (SKOS-Richtlinien A.8.3).

3.2 Mit Schreiben vom 12. Juni 2018 gewährte die Vorinstanz dem Beschwerdeführer das rechtliche Gehör zu den Vorwürfen, dass er Termine bei der Sozialberatung nicht pünktlich wahrgenommen und deren Weisungen nicht Folge geleistet habe, dass er keine Arbeitssuchbemühungen eingereicht habe und dass er den Terminen beim RAV-Berater nicht nachgekommen sei. Dieses Schreiben hat der Beschwerdeführer unbeantwortet in den Briefkasten der Gemeinde geworfen. Daraufhin gab die Vorinstanz dem Beschwerdeführer mit Schreiben 5. Juli 2018 nochmals die Gelegenheit, zu den Vorwürfen gegen ihn Stellung zu nehmen. Am 10. Juli 2018 nahm der Beschwerdeführer schriftlich dazu Stellung. Mit Schreiben vom 12. Juli 2018 teilte die Vorinstanz dem Beschwerdeführer unter anderem mit, dass Auskünfte über Einnahmen fehlen, dass das Gesuch um Weiterführung der Sozialhilfe unvollständig bzw. unzureichend ausgefüllt sei, dass Unterlagen, insbesondere Kontoauszüge, fehlen, dass die Termine bei der Sozialberatung nicht eingehalten worden seien und dass er gefälschte Arbeitsbemühungen eingereicht habe. Die Vorinstanz gab dem Beschwerdeführer die Möglichkeit, sich dazu zu äussern, was dieser mit Schreiben vom 17. Juli 2018 tat.

## C 7.4

3.3 Die Stellungnahmen des Beschwerdeführers vom 10. und 17. Juli 2018 geben nicht vollständig und genügend Auskunft über die von der Vorinstanz aufgeworfenen Fragen. Sie sind zum Teil chaotisch und widersprüchlich. Sodann fehlen die vom Sozialamt geforderten Unterlagen, insbesondere zu Einnahmen, die im Bankkontoauszug erschienen sind. Zudem hat der Beschwerdeführer weiteres Einkommen verschwiegen. Das Sozialamt hat nämlich Kenntnis davon, dass der Beschwerdeführer mehrfach in Lokalen als Servicemitarbeiter gearbeitet hat. Der Beschwerdeführer hat weder diese Anstellungen noch die aus diesen Tätigkeiten erzielten Einnahmen gegenüber der Vorinstanz kommuniziert bzw. mitgeteilt. Kommt hinzu, dass der Beschwerdeführer immer wieder seine Mitwirkung in verschiedenen Bereichen verweigerte. Dies unter anderem mit nicht wahrgenommenen Terminen beim Sozialamt und beim RAV-Coach sowie mit der Verweigerung der Zusammenarbeit mit letzterem.

Der Beschwerdeführer ist diversen Verpflichtungen nicht oder nur ungenügend nachgekommen, obschon er darauf hingewiesen wurde, dass die Vorinstanz die wirtschaftliche Hilfe allenfalls einstellen wird. Wenn die Vorinstanz unter diesen Umständen zum Schluss kommt, dass die Bedürftigkeit nicht mehr beurteilt werden kann, ist dies ohne weiteres nachvollziehbar und nicht zu beanstanden. § 26 ShG sieht denn auch ausdrücklich vor, dass die Fürsorgebehörde bei Verletzung der Auskunftspflicht die wirtschaftliche Hilfe einstellen kann. Wenn mit anderen Worten der Beschwerdeführer die für die Prüfung seines Anspruchs auf wirtschaftliche Hilfe erforderlichen Unterlagen nicht bzw. nicht vollständig einreicht, kann die Vorinstanz die wirtschaftliche Hilfe einstellen.

3.4 Bezüglich der Konsequenzen der Verletzung der Mitwirkungspflichten wurde dem Beschwerdeführer das rechtliche Gehör gewährt. Er wurde darauf hingewiesen, dass das Nichtbefolgen der Auflagen zu einer Leistungseinstellung führen kann. Die Rechtmässigkeit und Zumutbarkeit der Pflichten, welche dem Beschwerdeführer auferlegt wurden, stehen ausser Frage. Die Vorinstanz hat sämtliche formellen Voraussetzungen für die Anordnung einer Leistungseinstellung eingehalten. Dem Beschwerdeführer wurde die Möglichkeit eingeräumt, sein Verhalten zu erklären oder zu ändern und er kannte die Konsequenzen, die ihm bei einem allfälligen Nichteinhalten der Auflagen drohen. Die Einstellung der wirtschaftlichen Hilfe seitens der Vorinstanz erfolgte damit zu Recht.

4. Der Beschwerdeführer erhielt im Juni 2018 letztmals wirtschaftliche Hilfe. Seither hat ihm die Vorinstanz keine finanzielle Hilfe mehr ausbezahlt. Dies ist nicht zu beanstanden, nachdem ein allfälliger Unterstützungsbetrag gemäss dem oben Ausgeführten mangels der erforderlichen Mitwirkung des

Beschwerdeführers gar nicht berechnet werden konnte. Der Beschwerdeführer bestreitet seinen Lebensunterhalt seither offenbar mit eigenen Einnahmen. Es liegt somit beim Beschwerdeführer keine Bedürftigkeit im Sinne des Sozialhilfegesetzes mehr vor. Die Einstellung der wirtschaftlichen Hilfe drängt sich somit auch wegen fehlender Bedürftigkeit auf.

(RRB Nr. 865 vom 27. November 2018).

---

## 8. Bildung

---

### 8.1 Finanzierung einer internen Platzierung

- *Eine interne Platzierung aus ausserschulischen, sozialen Gründen bildet eine Kinderschutz- und keine Sonderschulmassnahme (Erw. 4-6.6).*
- *Die KESB am Wohnsitz des Kindes muss entsprechend über die Finanzierung der strittigen Massnahme entscheiden (Erw. 7.1-7.4).*
- *Der Regierungsrat weist die KESB in seiner Eigenschaft als Oberaufsichtsbehörde an, unverzüglich tätig zu werden (Erw. 8).*

*Aus den Erwägungen:*

4. Die Beschwerdeführerin 2 macht geltend, dass die Vorinstanz durch die getroffene Kostenregelung den verfassungsmässigen Anspruch ihrer Tochter auf unentgeltlichen Grundschulunterricht verletzt habe. Die Beschwerdeführerin 2 ist der Auffassung, dass ihre Tochter A. aufgrund des bei ihr diagnostizierten Geburtsgebrechens (POS) als Behinderte im Sinne der Behindertengesetzgebung gelte und als solche Anspruch auf eine unentgeltliche interne Sonderschulung habe. Daran ändere der Umstand nichts, dass der Bedarf nach interner Sonderschulung auch auf ausserschulische bzw. soziale Gründe zurückzuführen sei. Im Übrigen bestreitet die Beschwerdeführerin 2, dass für die interne Sonderschulplatzierung ihrer Tochter vorwiegend ausserschulische und soziale Indikationen vorliegen würden. Die Vorinstanz hingegen vertritt die Auffassung, dass aus schulischer Sicht eine Förderung in einer Tagesschule ausreichend wäre. Die Indikation für die interne Platzierung von A. liege im ausserschulischen Bereich. Die KESB B. habe aus Kinderschutzgründen die interne Schulung für A. empfohlen. Da die Kindsmutter mit der Zuweisung einverstanden gewesen sei, habe die KESB B. selbst keine zuweisende Verfügung erlassen. Vielmehr habe das AVS die Zuweisung in die

## C 8.1

von der KESB B. vorgeschlagene Institution unter dem Vorbehalt der nun umstrittenen Kostenteilung gemacht.

5.1 Im Zuge der Neugestaltung des Finanzausgleichs und der Aufgabenteilung zwischen Bund und Kantonen (NFA) wurden die Kantone verpflichtet, für eine ausreichende Sonderschulung aller behinderten Kinder und Jugendlichen bis längstens zum vollendeten 20. Altersjahr zu sorgen (Art. 62 Abs. 3 der Bundesverfassung der schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999, BV, SR 101). Mit dem NFA hat sich der Bund bzw. die Invalidenversicherung aus der Sonderschulung zurückgezogen, sodass seit dem 1. Januar 2008 die Kantone die gesamte fachliche, rechtliche und finanzielle Verantwortung für die Sonderschulung tragen (vgl. RRB Nr. 1345 vom 10. Dezember 2008). Mit Art. 197 Ziffer 2 BV wurde ferner eine Übergangsbestimmung zu Art. 62 BV geschaffen, welche die Kantone dazu verpflichtete, die bisherigen Leistungen der Invalidenversicherung an die Sonderschulung zu übernehmen, bis sie über kantonal genehmigte Sonderschulungskonzepte verfügen. Gestützt darauf wurde das „Sonderschulkonzept Kanton Schwyz: Übergangskonzept 1.1.2008 bis 31.12.2010“ vom August 2007 erlassen, welches mittlerweile durch das kantonale sonderpädagogische Konzept Kanton Schwyz bzw. das Konzept für die Sonderschulung ab 1. Januar 2018 abgelöst wurde (vgl. [https://www.sz.ch/public/upload/assets/32027/kantonales\\_sonderpaedagogisches\\_konzept\\_kanton\\_schwyz\\_24\\_oktober\\_2017.pdf](https://www.sz.ch/public/upload/assets/32027/kantonales_sonderpaedagogisches_konzept_kanton_schwyz_24_oktober_2017.pdf), besucht am 26. Oktober 2018 [nachfolgend: Sonderpädagogisches Konzept]).

5.2 Der Kanton ist zuständig für die Sonderschulung. Er zieht die Wohnsitzgemeinde zu angemessenen Leistungen bei. Kinder und Jugendliche mit besonderen heilpädagogischen oder erzieherischen Bedürfnissen, deren schulische Bedürfnisse nicht durch sonderpädagogische Massnahmen gemäss § 29 abgedeckt werden können, haben für die Dauer der Schulpflicht Anspruch auf eine ihrer Bildungsfähigkeit entsprechende Sonderschulung (§ 30 Abs. 1 und 2 des Volksschulgesetzes vom 19. Oktober 2005, VSG, SRSZ 611.210). Die Sonderschulung erfolgt in kantonalen oder ausserkantonalen, öffentlichen oder privaten Institutionen, als Einzelunterricht oder als integrierte Sonderschulung im Rahmen der Volksschule (§ 31 Abs. 1 VSG). Das AVS entscheidet über die notwendigen sonderschulischen Massnahmen nach Anhören des Schulträgers und der Erziehungsberechtigten sowie gestützt auf den Antrag der Abteilung Schulpsychologie (§ 31 Abs. 2 VSG i.V.m. §§ 11 Abs. 1 und 12 Abs. 1 der Volksschulverordnung vom 14. Juni 2006, VSV, SRSZ 611.211).

5.3 Der Kanton Schwyz unterscheidet zwischen dem niederschweligen sonderpädagogischen Angebot (wie Integrative Förderung [IF], Therapie sowie besondere Klassen) der Schulträger (Bezirke und Gemeinden) und den verstärkten Massnahmen, d.h. dem hochschweligen Angebot der Sonderschulungen in der Verantwortung des Kantons (siehe Sonderpädagogisches Konzept, S. 4). Sonderschulungen sind somit verstärkte Massnahmen für Kinder mit spezifischen heilpädagogischen oder erzieherischen Bedürfnissen. Eine Sonderschulung kann auch bei schweren Verhaltens- und Beziehungsschwierigkeiten angezeigt sein, sofern sich diese auf den Schulbetrieb auswirken (vgl. § 6 Bst. g der Weisungen über die Sonderschulung vom 5. Juli 2006, nachfolgend: Weisungen; SRSZ 613.141). Verstärkte Massnahmen zeichnen sich aus durch eine lange Dauer, eine hohe Intensität, einen hohen Spezialisierungsgrad der Fachpersonen sowie einschneidende Konsequenzen auf den Alltag, das soziale Umfeld oder den Lebenslauf des Kindes. Bei den verstärkten Massnahmen bzw. der Sonderschulung unterscheidet man insbesondere die separierte und integrierte Sonderschulung sowie den Einzelunterricht (vgl. Sonderpädagogisches Konzept, S. 4 und S. 7).

5.4 Als Form der Sonderschulung steht bei der vorliegenden Konstellation lediglich eine separierte Sonderschulung zur Verfügung. Unter einer separierten Sonderschulung versteht man die Beschulung von Kindern und Jugendlichen mit besonderen heilpädagogischen und erzieherischen Bedürfnissen an einer Tagessonderschule (externe Sonderschulung) oder in einem Sonderschulinternat (interne Sonderschulung). Die Sonderschulung in einer spezialisierten Tagesschule oder einem Schulinternat gewährleistet die individuelle Bildung, Förderung und Erziehung eines behinderten Kindes oder Jugendlichen (§ 9 der Weisungen). Als nächster Schritt ist zu überprüfen, ob die bei A. angeordnete interne Sonderschulung – wie von der Beschwerdeführerin 2 behauptet – hauptsächlich aus schulischen Gründen angezeigt ist oder ob für den schulischen Bereich für A. auch eine externe Sonderbeschulung ausreichend wäre und die Fremdplatzierung auf ausserschulische Gründe zurückzuführen ist.

6.1 Zwischen den Parteien ist unbestritten, dass bei A. ein Geburtsgebrechen nach Ziffer 404 der GgV (POS) diagnostiziert wurde. Ebenfalls nicht strittig ist, dass A. seit der ersten Klasse Verhaltensauffälligkeiten aufweist. Sie konnte jedoch bis Ende der sechsten Primarklasse mit diversen flankierenden Massnahmen wie Logopädie, integrative Förderung, Schulsozialarbeit, Ergotherapie, Psychotherapie sowie einer zur Behandlung des POS entsprechenden Medikation immer in der Regelklasse beschult werden. Im Schuljahr 2017/2018 hat die damals zuständige KESB B. bezüglich des Kindeswohls von A. vertiefte Abklärungen vorgenommen. Mit Beschluss

## C 8.1

Nr. 273 vom 29. Mai 2018 hat die KESB B. für A. eine Erziehungsbeistandschaft errichtet und damit die elterliche Sorge der Mutter im schulischen Bereich eingeschränkt. Allerdings hat die KESB B. im erwähnten Beschluss darauf verzichtet, gleichzeitig die Fremdplatzierung von A. direkt gestützt auf Art. 310 ZGB anzuordnen. Inhaltlich äusserte sich die KESB B. zur Fremdplatzierung von A. mit Schreiben vom 30. Mai 2018 jedoch wie folgt: *„Aufgrund der Aktenlage hatte die KESB B. über einen Obhutsentzug zwecks Platzierung zu befinden. Der nun vorliegende Entscheid der KESB B., die elterliche Sorge im Bereich Schule einzuschränken, wurde nach einer langen und sorgfältigen Abklärungsphase und unter Berücksichtigung aller relevanter Aspekte gefällt. Es ist nachvollziehbar, dass aus rein schulischer Sicht ein derartiger Schritt als nicht unbedingt indiziert erscheint. Allerdings ist es so, dass A. u.a. aufgrund belastender Ereignisse in ihrer Kindheit, massive Schwierigkeiten mit Nähe und Distanz, insbesondere zu männlichen Jugendlichen, aufweist. In Kombination mit dem ADHS, der zeitlich knappen Betreuung zu Hause, fehlenden Strukturen bezüglich Freizeitaktivitäten und genereller Förderung ist der Eintritt in die Wohngruppe E. der Schule M. zielführend und für die weitere Entwicklung von A. nötig. Nur so ist eine engmaschige Begleitung durch Schule und Wohngruppe gegeben.“*

6.2 Nachdem die Familie F. mehrmals den Wohnkanton gewechselt hatte, kehrte sie am 1. Februar 2018 in den Kanton Schwyz zurück. In der Folge prüfte die nun zuständige ASP des Kantons Schwyz, ob bei A. die Anordnung einer verstärkten Massnahme (externe oder interne Sonderschulung) angezeigt sei. Mit Schreiben vom 6. Juni 2018 beantragte die ASP beim AVS für A. aufgrund einer schweren Verhaltensstörung eine interne Sonderschulung, wobei für die interne Platzierung vorwiegend eine ausserschulische / soziale Indikation bestehe (...).

6.3 Aus den Ausführungen der Fachstellen geht offenkundig hervor, dass es aus schulischen Gründen ausreichend gewesen wäre, wenn A. das Externat der Schule M. besucht hätte. Sowohl die KESB B. als auch die ASP kamen zum Schluss, dass die interne Platzierung von A. aus ausserschulischen / sozialen Gründen indiziert und für die Gewährleistung des Kindeswohl notwendig sei. Für den Regierungsrat gibt es keinen Anlass, von der Meinung der Fachbehörden abzuweichen. Daran ändern auch die von der Beschwerdeführerin 2 dagegen vorgebrachten Einwände nichts. Insbesondere ist es unzutreffend, dass die ASP im Bericht vom 6. Juni 2018 explizit eine interne Sonderschulung für A. auch aus schulischen Gründen für angezeigt erachtete. Die ASP weist zwar in ihrem Bericht vom 6. Juni 2018 unter dem Titel Einschätzung der Entwicklungs- und Bildungsziele darauf hin, dass A. aufgrund der Auffälligkeiten im Arbeits- und Sozialverhalten auf der Oberstufe

eines sonderschulischen und internen Settings bedürfe. Dieser Hinweis bedeutet jedoch nicht, dass aus schulischen Gründen eine interne Platzierung notwendig ist, zumal die ASP im Bericht explizit festhält, dass die interne Platzierung vorwiegend aus ausserschulischer und sozialer Indikation angezeigt sei. Aufgrund des Berichts ist vielmehr davon auszugehen, dass die schulischen Defizite mit einem strukturierten Schulbetrieb in einem Externat wie der Schule M. aufgefangen werden können. Ausserdem weist der Schulpsychologe im Bericht vom 6. Juni 2018 auch explizit darauf hin, dass A. der Schulweg zur Schule M. mit den öffentlichen Verkehrsmitteln zumutbar sei. Auch aus diesem Grund kann davon ausgegangen werden, dass die ASP eine externe Sonderbeschulung für A. aus schulischen Gründen für ausreichend erachtet hat.

6.4 Im Übrigen muss auch beachtet werden, dass der verfassungsmässige Anspruch auf ausreichenden Grundschulunterricht zwar ein angemessenes, erfahrungsgemäss ausreichendes Bildungsangebot an öffentlichen Schulen sowie die Übernahme der entsprechenden Kosten durch das Gemeinwesen umfasst. Auch der Anspruch auf ausreichende Sonderschulung umfasst dasselbe Angebot für sonderschulbedürftige Kinder und Jugendliche (vgl. BGE 2C\_528/2012 vom 2. November 2012, E. 2.1, S. 8; VGE III 2012 16 vom 18. April 2012, E. 1.1, S. 6). Ein über das erfahrungsgemäss ausreichende Bildungsangebot hinausgehendes Mass an individueller Betreuung, das theoretisch immer möglich wäre, kann jedoch mit Rücksicht auf das staatliche Leistungsvermögen nicht gefordert werden. Denn der verfassungsmässige Anspruch auf unentgeltliche Grundschul- und Sonderschulung ist nicht gleichbedeutend mit dem Anspruch auf die optimale bzw. geeignetste Schulung eines Kindes (vgl. BGE 2C\_528/2012 vom 2. November 2012, E. 2.1, S. 8 mit weiteren Hinweisen).

6.5 Die Beschwerdeführerin 2 wendet dagegen ein, dass der Kanton die Kosten für die interne Sonderschulung von ihrer Tochter selbst dann übernehmen müsste, wenn sie auch teilweise aus sozialen Gründen indiziert sei. Bei der Zuweisung in einer Sonderschule gilt es jedoch zu beachten, dass die Indikation für eine externe oder interne Sonderschulplatzierung primär im schulischen oder pädagogischen Bereich (Lern- und Leistungsprobleme in der Klasse) liegen muss. Dies erweist sich als sachgerecht, da den Schulbehörden der Schutz des Kindes nur im Bereich der Schulbildung obliegt. Der verfassungsmässige Bildungsauftrag verschafft den Schulbehörden lediglich eine auf die Schule beschränkte Stellung, weshalb sie nur im schulischen Rahmen die notwendigen Schritte anordnen können. Muss ein Kind aus ausserschulischen Gründen den Erziehungsberechtigten weggenommen und in einem Heim platziert werden, kommt dies einer Aufhebung der elterlichen Obhut gleich, da die elterlichen Aufgaben (Obhut, Pflege und Erziehung auch ausserhalb der eigentlichen Ausbildung) an Personen ausserhalb

## C 8.1

der Familie vergeben wird. Ohne Zustimmung der Eltern kann die Schulbehörde jedoch keine elterlichen Rechte und Pflichten verändern, die mit der Ausbildung allein nichts zu tun haben. Eine Fremdplatzierung kann in diesem Fall deshalb nur die zuständige KESB am Wohnsitz des Kindes (vgl. Art. 315 ZGB) gestützt auf Art. 310 ZGB anordnen (vgl. EGV-SZ 2010, C. 8.2, E. 5.3 und E. 8; vgl. auch EGV-SZ 2002 B. 13.1 sowie EGV-SZ 1991 Nr. 45, E. 6). Nach dem Gesagten darf die Vorinstanz die interne Sonderschulung entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin 2 nur aus schulischen und nicht auch aus sozialen Gründen anordnen.

6.6 Als Zwischenfazit ist festzuhalten, dass für A. aus schulischen Gründen eine externe (separierte) Sonderbeschulung in der Schule M. ausreichend wäre. Bei der angeordneten internen Platzierung von A. handelt es sich somit nicht um eine Sonderschulmassnahme, sondern um eine Kindeschutzmassnahme.

7.1 Nachdem feststeht, dass die interne Platzierung nicht auf schulischen Gründen basiert, fällt die Anordnung bzw. die Beurteilung einer solchen Massnahme sowie das Regeln der Finanzierung einer solchen (Kindeschutz-) Massnahme grundsätzlich in den Zuständigkeitsbereich der KESB am Wohnsitz des Kindes (Art. 315 ZGB). Der Kanton ist nur dann für die Sonderschulung zuständig und trägt deren Kosten (vgl. dazu § 32 Abs. 6 VSG; EGV-SZ 2010, C. 8.2), wenn diese aus schulischen Gründen notwendig ist. Nur bei einer schulisch bedingten Sonderschulung gilt für die Erziehungsberechtigten der Grundsatz der Unentgeltlichkeit (vgl. Sonderpädagogisches Konzept, S. 17), wobei die Erziehungsberechtigten jedoch von Gesetzes wegen Beiträge an die Kosten von Verpflegung und Unterkunft zu leisten haben (§ 32 Abs. 5 VSG i.V.m. § 15 VSV). Die Erziehungsberechtigten haben sodann insbesondere die Mehrkosten der Sonderschulung zu übernehmen, die sich ergeben, wenn sie eine Heimplatzierung dem externen Besuch einer Sonderschule oder der Durchführung einer ambulanten Massnahme vorziehen (§ 16 Abs. 2 VSV). Ordnet jedoch eine KESB für ein Kind u.a. wegen der Gefährdung des Kindeswohls eine interne Platzierung an, trägt der Kanton lediglich die Schulkosten (abzüglich des Beitrages des Schulträgers für die Sonderschulung) sowie die Kosten für allfällige pädagogische-therapeutische Massnahmen und die Fahrkosten. Vorbehalten bleiben allfällige Kostenübernahmen gestützt auf die Interkantonale Vereinbarung für soziale Einrichtungen vom 13. Dezember 2002/14. September 2007 (IVSE, SRSZ 380.311.1). Die Kosten für den Internatsaufenthalt sind in diesem Fall ansonsten von den Erziehungsberechtigten bzw. der Wohnortsgemeinde als Kostengarant zu tragen. Dies ist darauf zurückzuführen, dass die Eltern gestützt auf Art. 276 ZGB die Kosten für den Unterhalt ihrer Kinder zu tragen haben.



## 7.2 (...).

7.3 Die Vorinstanz hat mit der angefochtenen Verfügung nach Rücksprache mit der KESB B. die interne Sonderschulung für A. in der Schule M. angeordnet. Die Beschwerdeführerin 2 als gesetzliche Vertreterin von A. ist mit dieser Massnahme bis heute grundsätzlich einverstanden. Aus den Akten geht entgegen den Behauptungen der Beschwerdeführerin 2 nicht hervor, dass sie sich gegen die von der ASP vorgeschlagene Massnahme für A. ausgesprochen hat. Vielmehr ist aktenkundig, dass die Vorinstanz u.a. der Beschwerdeführerin 2 mit Schreiben vom 13. Juni 2018 das rechtliche Gehör zur von der ASP vorgeschlagenen internen Platzierung ihrer Tochter A. in der Schule M. gewährt hat. Innert der von der Vorinstanz gesetzten zweiwöchigen Frist hat die Beschwerdeführerin 2 sich zur Sache nicht geäussert. Deshalb durften die Vorinstanz und auch die KESB B. davon ausgehen, dass die Beschwerdeführerin 2 mit der internen Platzierung ihrer Tochter einverstanden ist. Dies ergibt sich im Übrigen auch daraus, dass die Beschwerdeführerin 2 die Zuweisung ihrer Tochter in die Schule M. im vorliegenden Beschwerdeverfahren auch explizit nicht angefochten hat.

7.4 Nach dem Gesagten musste die KESB B. für den internen Aufenthalt von A. in der Schule M. die elterliche Obhut der Beschwerdeführerin 2 nicht mit einer Kinderschutzmassnahme nach Art. 310 ZGB einschränken, da diese mit der Massnahme einverstanden war. Da jedoch die interne Platzierung von A. in der Schule M. nicht aus schulischen Gründen indiziert ist, sondern quasi eine Kinderschutzmassnahme darstellt, muss die zuständige KESB über die strittige Finanzierung dieser Massnahme entscheiden. Die Vorinstanz war somit nicht berechtigt, mit der angefochtenen Verfügung zu entscheiden, wer die Mehrkosten trägt, welche durch die aus sozialen Gründen erforderliche interne separierte Sonderschulung entstehen. Die Beschwerde ist in diesem Punkt gutzuheissen.

8. Im Kanton Schwyz übt der Regierungsrat die Oberaufsicht über die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde aus (vgl. § 6 Abs. 1 des Einführungsgesetzes zum schweizerischen Zivilgesetzbuch vom 14. September 1978, EGzZGB, SRSZ 210.100, i.V.m. § 2 der Vollzugsverordnung über die Aufgaben und Gliederungen der Departemente und der Staatskanzlei vom 11. September 2007, VVAG, SRSZ 143.111, sowie § 58 Bst. e der Verfassung des Kantons Schwyz vom 24. November 2010, KV, SRSZ 100.100; § 4 Abs. 3 des Gesetzes über die Organisation des Regierungsrates und der kantonalen Verwaltung, Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz vom 27. November 1986, RVOG, SRSZ 143.110). Zur Wahrung des Kindeswohls von A. sieht sich der Regierungsrat deshalb veranlasst, die seit dem Umzug der Familie F. nach S. zuständige KESB C. anzuweisen, in der Sache umgehend

## C 10.1

tätig zu werden. Dazu muss die KESB C. mit der Beschwerdeführerin 2 als gesetzliche Vertreterin von A. (bzw. den Eltern und allenfalls der Fürsorgebehörde S.) in Kontakt treten, um eine einvernehmliche Lösung über deren Anteil an den Mehrkosten für die interne separierte Sonderschulung zu finden. Sollte keine einvernehmliche Lösung möglich sein und will die Beschwerdeführerin 2 gestützt auf ihre elterliche Sorge bzw. Obhut A. aus finanziellen Gründen aus der internen separierten Sonderschulung in der Schule M. herausnehmen, muss die KESB C. in einer anfechtbaren Verfügung gestützt auf Art. 310 ZGB allenfalls die elterliche Obhut der Beschwerdeführerin 2 durch eine Kindesschutzmassnahme einschränken und deren Anteil an den Kosten des Internatsaufenthalts von A. verbindlich festlegen. Im Zusammenhang mit der Finanzierung der internen Platzierung von A. in der Schule M. muss die KESB C. zudem abklären, ob bei A. allenfalls die Interkantonale Vereinbarung für soziale Einrichtungen zur Anwendung gelangt. Dafür muss die KESB C. mit der IVSE Verbindungsstelle des Kantons Schwyz in Kontakt treten.

(RRB Nr. 847 vom 20. November 2018).

**Anmerkung:** Das Verwaltungsgericht hat eine gegen den Entscheid des Regierungsrates erhobene Beschwerde abgewiesen (VGE III 2018 222 vom 24. April 2019).

---

## 10. Raumplanung

---

### 10.1 Änderung des Baureglements

- *Inkrafttreten und Übergangsbestimmung (Erw. 5.1-5.5).*

*Aus den Erwägungen:*

5.1 Die rechtlichen Wirkungen eines Erlasses beginnen mit seinem Inkrafttreten. Der Zeitpunkt des Inkrafttretens wird grundsätzlich im Erlass selber festgesetzt (Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., Rz. 258).

5.2 Gemäss § 27 Abs. 1 PBG legt der Gemeinderat den Entwurf der Nutzungspläne und der dazugehörenden Vorschriften des Baureglements nach der rechtskräftigen Erledigung der Einsprachen den Stimmberechtigten zur Beschlussfassung vor. Die Nutzungspläne und das Baureglement unterliegen

somit der Beschlussfassung durch die entsprechende Gemeindeversammlung resp. Bezirksgemeinde. Im vorliegenden Fall entscheidet daher grundsätzlich das Stimmvolk der Gemeinde A. über den Inhalt der Zonenpläne und des Baureglements. Die Pläne und die zugehörigen Vorschriften bedürfen anschliessend zu ihrer Verbindlichkeit der Genehmigung des Regierungsrates (§ 28 Abs. 1 PBG). Der Regierungsrat überprüft Pläne und Vorschriften auf ihre Rechtmässigkeit und auf ihre Übereinstimmung mit kantonalen Plänen (§ 28 Abs. 2 PBG).

5.3 Die Formulierung in Art. 54 Abs. 1 rev. BauR wurde so gewählt, dass die Vorinstanz das Inkrafttreten des geänderten Baureglements bestimmt. Eine derartige Regelung ist grundsätzlich zulässig. Weder das PBG noch ein anderer Erlass des Kantons oder Bundes enthalten Vorschriften über die Inkraftsetzung kommunaler Baureglements. Auch auf Stufe des Kantons und des Bundes wird der Zeitpunkt des Inkrafttretens von Gesetzen (und Verordnungen) häufig nicht im Erlass selbst bestimmt, sondern die Regelung der Exekutive überlassen. Insoweit ist die Regelung von Art. 54 Abs. 1 rev. BauR nicht zu beanstanden. Auch andere Gemeinden und Bezirke des Kantons Schwyz kennen ähnliche Regeln in ihren Baureglements (vgl. Art. 73 Abs. 2 des Baureglements des Bezirkes Gersau; Art. 64 des Baureglements des Bezirkes Einsiedeln; Art. 132 Abs. 1 des Baureglements des Bezirkes Küssnacht; Art. 51 Abs. 1 des Baureglements der Gemeinde Schwyz; Art. 56 Abs. 1 des Baureglements der Gemeinde Reichenburg). Dass Volksscheide generell mit der Erhaltung bzw. Gutheissung durch die „nächst höhere Instanz“ in Rechtskraft erwachsen, trifft in dieser allgemeinen Form im Übrigen nicht zu. Überdies ist die Erhaltung eines Abstimmungsergebnisses nicht gleichzusetzen mit dem Zeitpunkt des Inkrafttretens des der Abstimmung zugrunde liegenden Erlasses.

5.4 Was die Übergangsbestimmung von Art. 54 Abs. 2 rev. BauR betrifft, gilt Folgendes. Grundsätzlich muss die Frage der Anwendung von neuem Recht auf ein hängiges Verfahren vom Gesetz beantwortet werden (Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., Rz. 290). Ein Gesetz, das neu in Kraft tritt, soll eine übergangsrechtliche Regelung enthalten. Fehlt eine gesetzliche Regelung, muss aufgrund allgemeiner Grundsätze über das anwendbare Recht entschieden werden. Das Interesse am Schutz des Vertrauens der Betroffenen auf die Weitergeltung des bisherigen Rechts und an der Rechtssicherheit wird am besten gewahrt, wenn das im Zeitpunkt der Einleitung des Verfahrens geltende Recht angewendet wird. Das Interesse daran, das neue Recht möglichst rasch und umfassend wirksam werden zu lassen, verlangt dagegen, dass Änderungen des Rechts auch dann berücksichtigt werden, wenn sie erst während des erstinstanzlichen oder des Rechtsmittelverfahrens eingetreten sind (vgl. Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., Rz. 292 ff.).

## C 16.1

5.5 Im vorliegenden Fall hält Art. 54 Abs. 2 rev. BauR hierzu fest, dass die neuen Vorschriften auf alle Baugesuche Anwendung finden sollen, welche nach dem Inkrafttreten eingereicht wurden. Auf die bei Inkrafttreten des revidierten Baureglements hängigen Baugesuche sollen demnach wohl noch die Vorschriften des alten Reglements zur Anwendung gelangen. Auch diese Übergangsregelung ist grundsätzlich nicht zu beanstanden. Ähnliche Regelungen finden sich wiederum in verschiedenen kommunalen Baureglementen (vgl. Art. 51 Abs. 2 des Baureglements der Gemeinde Schwyz; Art. 56 Abs. 2 des Baureglements der Gemeinde Reichenburg; Art. 53 Abs. 2 des Baureglements der Gemeinde Schübelbach). Dass es sich bei der von der Vorinstanz gewählten Übergangsregelung um ein gemeindespezifisches Sonderrecht handeln würde, ist demnach unzutreffend. Das Gleichbehandlungsgebot wird durch diese Regelung ebenfalls nicht ausgehebelt. Diverse andere kommunale Baureglemente kennen zum Teil die Bestimmung, dass die neuen Vorschriften bei deren Inkrafttreten auch auf hängige Baugesuche angewendet werden. Es handelt sich dabei um einen Fall der sog. unechten Rückwirkung. Auch eine solche Regelung wäre zulässig, steht im vorliegenden Fall jedoch nicht zur Debatte.

(RRB Nr. 940 vom 11. Dezember 2018).

---

## 16. Verwaltungsverfahren

---

### 16.1 Rechtliches Gehör - Begründungspflicht

- *Umfang der Begründungspflicht (Erw. 4-4.8).*

*Aus den Erwägungen:*

4. Gegen die neu erteilte Bewilligung machen die Beschwerdeführer in formeller Hinsicht geltend, die Vorinstanzen hätten sich inhaltlich nicht mit den Berichten der A. AG und der B. AG auseinandergesetzt. Sie hätten lediglich festgehalten, dass die eingeholten Berichte und Nachweise schlüssig und nachvollziehbar seien, ohne näher darauf einzugehen. Auch habe sich die Vorinstanz 2 in der Begründung ihres Gesamtentscheids vom 16. August 2017 nicht mit den seitens der Beschwerdeführer im Einspracheverfahren erhobenen Rügen auseinandergesetzt. Damit seien die Vorinstanzen ihrer Begründungspflicht nicht bzw. nicht hinreichend nachgekommen, was eine

Verletzung des rechtlichen Gehörs der Einsprecher bzw. Beschwerdeführer darstelle.

4.1 Die Pflicht zur Begründung von Verfügungen ergibt sich aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör gemäss Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101). Die Begründung einer Verfügung entspricht den Anforderungen von Art. 29 Abs. 2 BV, wenn die Betroffenen dadurch in die Lage versetzt werden, die Tragweite der Entscheidung zu beurteilen und sie in voller Kenntnis der Umstände an eine höhere Instanz weiterzuziehen. Die Behörde ist aber nicht verpflichtet, sich zu allen Rechtsvorbringen der Parteien zu äussern. Vielmehr kann sie sich auf die für den Entscheid wesentlichen Gesichtspunkte beschränken. Es genügt, wenn ersichtlich ist, von welchen Überlegungen sich die Behörde leiten liess (vgl. BGE 141 III 28; 140 II 262, 274; 135 III 513, 520). An die Begründungspflicht werden höhere Anforderungen gestellt, je weiter der den Behörden durch die anwendbaren Normen eröffnete Entscheidungsspielraum und je komplexer die Sach- und Rechtslage ist. Im streitigen Verwaltungsverfahren muss die Begründung sorgfältiger sein als im nichtstreitigen (Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. A., Zürich/St. Gallen 2016, N 1072).

4.2 Stellt eine Rechtsmittelinstanz eine Verletzung der Begründungspflicht und damit eine Verletzung des rechtlichen Gehörs fest, ist der Entscheid grundsätzlich ohne Rücksicht darauf aufzuheben, ob die Verletzung für den Ausgang des Verfahrens relevant ist, d.h. die Behörde zu einer Änderung des Entscheides veranlassen wird oder nicht (BGE 140 I 99, 106; 135 I 187, 190). Nach der bundesgerichtlichen Praxis kann ein Mangel der Gehörsverweigerung jedoch geheilt werden, wenn die unterlassene Anhörung, Akteneinsicht oder Begründung in einem Rechtsmittelverfahren nachgeholt wird, das eine Prüfung im gleichen Umfang wie durch die Vorinstanz erlaubt (BGE 137 I 195, 197 f.; 134 I 140, 150). Grundsätzlich lässt das Bundesgericht die Heilung aber nur zu, wenn die Verletzung des rechtlichen Gehörs nicht besonders schwer wiegt; die „Heilung“ des Mangels soll die Ausnahme bleiben (BGE 137 I 195, 197; 135 I 279, 285 ff.). Ausnahmsweise ist selbst bei schwerwiegender Verletzung des rechtlichen Gehörs eine Heilung möglich, wenn und soweit die Rückweisung zu einem formalistischen Leerlauf und damit zu unnötigen Verzögerungen führen würde, die mit dem Interesse der betroffenen Partei an einer beförderlichen Beurteilung der Sache nicht zu vereinbaren wären (BGE 136 V 117, 126 f.). In der Lehre wird auch die Auffassung vertreten, dass eine Heilung der Verletzung des rechtlichen Gehörs durch die nachträgliche Gehörgewährung im Rechtsmittelverfahren generell abzulehnen ist. Dies wird damit begründet, dass die Behörde den Betroffenen durch die Gehörsverweigerung zum Verfahrensobjekt gemacht

## C 16.1

und nicht als Partner behandelt hat, was nicht „geheilt“ werden könne, sondern sanktioniert werden müsse (Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., N. 1178 mit entsprechenden Hinweisen).

4.3 Die Vorinstanz 2 hat mit ihrem Gesamtentscheid vom 16. August 2017 die Ausnahmegewilligung für die Unterschreitung des mittleren Grundwasserspiegels nach Anhang 4 Ziff. 211 Abs. 2 GSchV erteilt. Die dagegen erhobene Einsprache wies sie ab. Zur Begründung verwies sie im Wesentlichen auf den Fachbericht des Amtes für Umweltschutz vom 8. August 2017, welcher im Gesamtentscheid (S. 3 f.) wie folgt wiedergegeben wurde: „Antrag: Die Ausnahmegewilligung für den Einbau des Untergeschosses und der Rühlwandträger kann mit Auflagen erteilt werden. Auflagen: Die im geologischen Bericht der A. AG vom 22. September 2010, aufgeführten Empfehlungen zu Foundation, Baugrubensicherung, Aushub und Wasserhaltung sind zwingend zu beachten. Die im Anhang Au (siehe Beilage) aufgeführten Gewässerschutzmassnahmen bilden einen integrierten Bestandteil dieser Baubewilligung und sind einzuhalten. Begründung: Gemäss Art. 19 Abs. 2 Gewässerschutzgesetz (GSchG) bedürfen die Erstellung und Änderung von Anlagen sowie die Ausführung von Arbeiten, insbesondere Grabungen, in den von den Kantonen als besonders gefährdet bezeichneten Bereichen Au und Zu einer Bewilligung der zuständigen kantonalen Behörde. Nach Art. 32 Abs. 2 lit. b Gewässerschutzverordnung (GSchV) ist in den besonders gefährdeten Bereichen Au und Zu insbesondere für Anlagen, die Deckschichten oder Grundwasserstauer verletzen, eine Bewilligung der Gewässerschutzfachstelle erforderlich. Gemäss dem geologischen Bericht der A. AG vom 22. September 2010 und 2. Dezember 2016 wird durch den geplanten Einbau eine Durchflussverminderung des Grundwassers von unter 10.0% bewirkt. Nach Anhang 4 Ziffer 211 Abs. 2 GSchV dürfen im Gewässerschutzbereich Au keine Anlagen erstellt werden, die unter dem mittleren Grundwasserspiegel liegen. Die Behörde kann Ausnahmen bewilligen, soweit die Durchflusskapazität des Grundwassers gegenüber dem unbeeinflussten Zustand um höchstens 10 Prozent vermindert wird.“

Bezüglich der Einsprache zählte die Vorinstanz 2 nach einleitenden Bemerkungen zur Legitimation und zur Zuständigkeit die im Einspracheverfahren erhobenen Rügen auf und begründete die Abweisung der Einsprache wie folgt (Gesamtentscheid vom 16. August 2017, Ziff. 2c, S. 7 f.):

„Die zuständigen kantonalen Amtsstellen haben die Bewilligung für das Bauprojekt unter Auflagen und Nebenbestimmungen beantragt (vgl. vorne, Kap. II, Ziff. 1.3). Das Amt für Umweltschutz (AfU) hat die Ausnahmegewilligung für den Einbau des Untergeschosses und den Rühlwandträger mit Auflagen bewilligt, wobei die im geologischen Bericht der A. AG vom 22. September 2010 aufgeführten Empfehlungen zu Foundation, Baugrubensicherung, Aus-

hub und Wasserhaltung zwingend zu beachten seien. Die im Anhang aufgeführten Gewässerschutzmassnahmen bilden einen integrierenden Bestandteil dieser Baubewilligung und seien von der Bauherrschaft einzuhalten. Zudem werde die Durchflusskapazität des Grundwassers gemäss dem erwähnten Bericht der A. AG und den Berichten der B. AG vom 6. Juni und 2. Dezember 2016 gegenüber dem unbeeinflussten Zustand um höchstens 10 Prozent vermindert. Überdies sind die eingeholten geologischen Berichte und Nachweise schlüssig und nachvollziehbar. Auf sie kann abgestützt werden. Das AfU hat deshalb die Ausnahmegewilligung gemäss Anhang 4 Ziff. 221 Abs. 2 der Gewässerschutzverordnung (GSchV) zu Recht erteilt. Weitere kantonale Belange sind von der Einsprache nicht betroffen. Zusammenfassend ist die Einsprache aus kantonaler Sicht abzuweisen. Vorbehalten bleibt der Einspracheentscheid des Gemeinderates Lachen.“

4.4 Bereits mit ihrer Einsprache vom 9. März 2017 machten die Beschwerdeführer geltend, im Fachbericht der B. AG vom 6. Juni 2016 werde von einem unzutreffenden mittleren Grundwasserspiegel ausgegangen, weshalb die Durchflusskapazität des Grundwassers gegenüber dem unbeeinflussten Zustand um deutlich mehr als 10% vermindert werde. Zudem habe die Bauherrschaft den Nachweis nicht erbracht, dass das Bauvorhaben nicht anders – d.h. ohne Eingriff in den Grundwasserbereich – realisiert werden könne. Sodann werden im Fachbericht von einer falschen Fliessrichtung des Grundwassers ausgegangen.

4.5 Die Vorinstanz 2 geht im Gesamtentscheid vom 16. August 2017 mit keinem Wort auf diese Rügen ein. Sie begnügt sich mit dem Hinweis, die eingeholten geologischen Berichte und Nachweise seien schlüssig und nachvollziehbar. Weshalb diese geologischen Berichte und Nachweise schlüssig und nachvollziehbar seien, begründet die Vorinstanz 2 hingegen nicht, obschon die Beschwerdeführer dies im Einspracheverfahren ausdrücklich bestritten haben. Der einzig konkrete Bezug zum vorliegend zu beurteilenden Sachverhalt ist der Verweis auf die Berichte der A. AG vom 22. September 2010 sowie der B. AG vom 6. Juni und 2. Dezember 2016, wobei jedoch nicht inhaltlich auf diese Berichte eingegangen wird. Bei den übrigen Erwägungen der Entscheidungsbegründung handelt es sich um die Wiedergabe der gesetzlichen Grundlagen und um Textbaubausteine ohne konkreten Bezug zum strittigen Sachverhalt. Eine Auseinandersetzung mit den von den Einsprechern vorgebrachten Rügen findet nicht statt. Aus den Akten ergibt sich sodann, dass die Bauherrschaft weitere Fachberichte eingereicht hat. So wurden mit Datum vom 22. September 2016 sowie im Rahmen des Einspracheverfahrens mit Datum vom 24. April 2017 zwei zusätzliche Fachberichte der B. AG betreffend Grundwasser-Durchflusskapazität eingereicht. Diese werden im Gesamtentscheid jedoch nicht erwähnt.

## C 16.1

4.6 Die Parteien haben sich vor Erlass der vorinstanzlichen Verfügungen je drei Mal zum Streitgegenstand geäußert (Einsprache, Einspracheantwort, Replik, Duplik, Triplik, Quadruplik). Es macht indessen wenig Sinn, im Einspracheverfahren einen dreifachen Schriftenwechsel durchzuführen, wenn in der Begründung des Gesamtentscheids nicht auf die entsprechenden Vorbringen eingegangen wird. Die Beschwerdeführer machen somit zu Recht geltend, dass es sich beim Einspracheverfahren rückblickend betrachtet um einen Leerlauf gehandelt hat, da sich die Vorinstanz 2 mit ihren Rügen nicht auseinandergesetzt hat.

4.7 Die Vorinstanz 2 wurde im Beschwerdeverfahren aufgefordert, zur Beschwerde Stellung zu nehmen. Spätestens in diesem Verfahrensstadium hätte die Vorinstanz 2 die Möglichkeit gehabt, die entsprechende Begründung im Rahmen ihrer Beschwerdevernehmlassung noch nachzureichen. Sie ging jedoch auch in ihrer Beschwerdevernehmlassung vom 10. Januar 2018 nicht auf die Rügen der Beschwerdeführer ein und beschränkte sich im Wesentlichen darauf, dass bereits im angefochtenen Gesamtentscheid Gesagte noch einmal zu wiederholen. Wenn die Vorinstanz 2 in ihrer Beschwerdevernehmlassung sodann geltend macht, eine allfällige Verletzung des rechtlichen Gehörs sei durch die Möglichkeit der diversen Stellungnahmen im Zuge des Schriftenwechsels im Einspracheverfahren und der Beschwerdeerhebung als geheilt zu betrachten, ist festzuhalten, dass der Anspruch auf rechtliches Gehör sich nicht darin erschöpft, Stellungnahmen einreichen zu können. Er besteht im Kern vielmehr darin, dass die Vorbringen der Parteien von der Behörde tatsächlich auch gehört werden. Dies kommt in der Begründungspflicht der Behörde zum Ausdruck, wonach sich die Behörde mit den entscheidungswesentlichen Einwänden der Parteien auseinandersetzen muss. Zwar kann in einem nicht streitigen Bewilligungsverfahren – d.h. wenn keine Einsprache erhoben wird – eine schematische Kurzbegründung allenfalls ausreichend sein, wenn dem Gesuch entsprochen wird. In einem streitigen Verwaltungsverfahren muss die Begründung jedoch ausführlicher und sorgfältiger abgefasst sein als in einem nicht streitigen Verfahren. Demgemäss muss die entscheidende Instanz auf die von den Einsprechern erhobenen Rügen eingehen, soweit diese entscheidungsrelevant sind.

4.8 Auch handelt es sich bei der Grundwasserproblematik um eine komplexe Materie, woraus sich ebenfalls höhere Anforderungen an die Begründungspflicht ergeben. So geht es vorliegend um Fragen bezüglich der Höhe des mittleren Grundwasserspiegels, der geologischen Zusammensetzung des Baugrunds, der Durchflusskapazität, der Grundwassermächtigkeit, der Fliessrichtung des Grundwassers, der Anzahl notwendiger Rühlwände für die Gewährleistung der Baugrubenstabilität sowie der Anzahl Rühlwandträger bzw. um den Abstand zwischen den einzelnen Rühlwandträgern. Diese – in



erster Linie – hydrologischen, geologischen, baustatischen und bautechnischen Fragen müssen die Vorinstanz 2 bzw. die zuständige Fachbehörde (Amt für Umweltschutz) beantworten. Die Beantwortung dieser Fragen kann die Vorinstanz 2 nicht einfach ins Rechtsmittelverfahren delegieren. Es ist nicht Aufgabe der Beschwerdeinstanz, die erstinstanzlich unterlassenen Sachabklärungen nachzuholen (RRB Nr. 687 vom 24. Juni 2014, E. 10.2.2) und im Beschwerdeverfahren erstmals zu begründen, weshalb eine gewässerschutzrechtliche Ausnahmebewilligung erteilt werden könne, bzw. weshalb die von den Einsprechern dagegen vorgebrachten Argumente nicht zutreffend seien. Dies ist Aufgabe der erstinstanzlichen Bewilligungsbehörde und nicht der Rechtsmittelinstanz. Zudem verfügt das zuständige Amt aufgrund seines Fachwissens über einen erheblichen Ermessensspielraum, in welchen der Regierungsrat (gegebenenfalls) nur zurückhaltend eingreift. Die pflichtgemässe Ausübung dieses Ermessensspielraums setzt allerdings voraus, dass die Fachbehörde ihre Entscheidung in nachvollziehbarer Weise begründet, indem sie auf die im Einspracheverfahren erhobenen Rügen eingeht.

(RRB Nr. 456 vom 19. Juni 2018).

## 16.2 Rechtliches Gehör – Akteneinsicht

- *Verletzung des rechtlichen Gehörs durch Vorenthaltung entscheidungswesentlicher Verfahrensakte (Erw. 1.2-3.2).*

*Aus den Erwägungen:*

1.2 Die Parteien eines Verfahrens vor Gerichts- und Verwaltungsinstanzen haben einen verfassungsmässigen Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999, BV, SR 101). Der Anspruch auf rechtliches Gehör verpflichtet die Behörden unter anderem dazu, den Parteien das Recht einzuräumen, sich zu den für die Verfügung oder den Entscheid massgebenden Tatsachen zu äussern und ihnen Einblick in die Akten zu gewähren (§ 21 und 22 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 6. Juni 1974, VRP, SRSZ 234.110, vgl. auch Alain Griffel, in: Kommentar zum Verwaltungsrechtspflege-gesetzes des Kantons Zürich [VRG], 3. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2014, § 8 N 33 ff.). Das rechtliche Gehör bzw. das Akteneinsichtsrecht und das Äusserungsrecht des Beschwerdeführers ist folglich verletzt, wenn die Vorinstanz 1 dem Beschwerdeführer entscheidungswesentliche Akten vorenthalten bzw. der Beschwerdeführer keine Möglichkeit erhalten hat, sich zu solchen Akten zu äussern.

## C 16.2

2.1 Die Baukommission der Gemeinde A. offenbarte dem Beschwerdegegner am 1. Februar 2017, dass sein eingereichtes Baugesuch nicht bewilligungsfähig sei. Gleichzeitig räumte sie ihm die Möglichkeit ein, das Baugesuch abzuändern. Der Beschwerdegegner machte am 1. März 2017 davon Gebrauch und reichte ein abgeändertes Baugesuch ein. Am 6. März 2017 teilte die Vorinstanz 1 dem Beschwerdeführer die Baugesuchsänderung mit und stellte ihm die revidierten Planunterlagen zur Stellungnahme zu. Das Lärmschutzgutachten vom 10. Januar 2017 wurde jedoch mit keinem Wort erwähnt, geschweige denn dem Beschwerdeführer zugestellt, obschon dieses Lärmschutzgutachten zu Beginn der öffentlichen Auflage der Baugesuchsakten noch nicht vorhanden war und erst während der laufenden Auflage- bzw. Einsprachefrist am 11. Januar 2017 nachgereicht wurde. Am 14. März 2017 hat der Beschwerdeführer zusätzlich von seinem Recht auf Akteneinsicht Gebrauch gemacht und das abgeänderte Baugesuch sogleich bei der Gemeindeverwaltung eingesehen. Das Lärmschutzgutachten habe sich seiner Aussage zufolge nicht unter den ihm vorgelegten Akten befunden. Da das abgeänderte Baugesuch nach Ansicht der Baukommission A. immer noch nicht bewilligungsfähig war (Schreiben der Baukommission vom 26. April 2017), änderte der Beschwerdegegner sein Baugesuch am 13. Juni 2017 abermals. Die Vorinstanz 1 stellte diese neuste Version des Baugesuchs dem Beschwerdeführer mit Schreiben vom 14. Juni 2017 wiederum zur Stellungnahme zu. Auch diesem Schreiben war weder das Lärmschutzgutachten beigelegt noch wurde dessen Existenz darin erwähnt.

2.2 Die Vorinstanz 1 widerspricht dieser Darstellung, wonach das nachgereichte Lärmschutzgutachten weder dem Beschwerdeführer zugestellt wurde noch in den von ihm eingesehenen Verfahrensakten beilag, in ihrer Vernehmlassung vom 9. November 2017 nicht. Sie begnügt sich mit dem Argument, dass das Lärmschutzgutachten nicht zwingend der öffentlichen Auflage bedarf. Zudem habe der Beschwerdeführer mit dem Erhalt des Baubewilligungsentscheids Nr. 320b vom 5. September 2017 Kenntnis vom Lärmschutzgutachten erlangt. Das rechtliche Gehör sei deshalb nicht verletzt.

2.3 Aufgrund der Stellungnahme der Vorinstanz 1 muss davon ausgegangen werden, dass das Lärmschutzgutachten weder öffentlich aufgelegt noch dem Beschwerdeführer am 14. März 2017 bei der Akteneinsicht auf der Gemeindeverwaltung vorgelegt wurde. Zudem findet sich weder in der ersten (6. März 2017) noch in der zweiten (14. Juni 2017) Zustellung der geänderten Baugesuchsunterlagen an den Beschwerdeführer ein Hinweis auf das Vorhandensein des Lärmschutzgutachtens. Der Beschwerdeführer hatte deshalb vor dem Erhalt der angefochtenen Baubewilligung keine Kenntnis von der Existenz des Lärmschutzgutachtens und er konnte sich dazu auch nicht äussern.

2.4 Die Vorinstanz 2 stützt sich in der Begründung ihres Gesamtentscheids vom 24. August 2017 auf das Lärmschutzgutachten vom 10. Januar 2017. Das Lärmschutzgutachten ist massgebend für die Beantwortung der Frage, ob die Immissionsgrenzwerte überschritten sind und ob trotz dieser Überschreitung die Zustimmung der Vorinstanz 2 zum Bauprojekt erteilt werden kann. Es handelt sich deshalb beim Lärmschutzgutachten um ein für den Gesamtentscheid (und damit auch für den Baubewilligungsentscheid der Vorinstanz 1) wesentliches Aktenstück. Zu solchen Akten muss sich der Beschwerdeführer zwingend äussern können. Die Vorinstanz 1 hätte deshalb dem Beschwerdeführer vor dem Erlass des Baubewilligungs- und Einspracheentscheids zumindest das Vorhandensein des Lärmschutzgutachtens vom 10. Januar 2017 bekannt geben müssen. Das gilt umso mehr, als darin die Überschreitung der Immissionsgrenzwerte festgestellt wird. Es ist nicht ersichtlich, warum die Vorinstanz 1 dem Beschwerdeführer nicht sämtliche Akten inkl. Lärmschutzgutachten vorlegte, als er am 14. März 2017 (im Zusammenhang mit der ersten Baugesuchsänderung) auf der Gemeindeverwaltung von seinem Akteneinsichtsrecht Gebrauch machte. Folglich hat die Vorinstanz 1 dem Beschwerdeführer entscheidungswesentliche Akten vorenthalten und damit sein Akteneinsichtsrecht und Äusserungsrecht als Teilgehalte des Anspruchs auf rechtliches Gehör verletzt.

3.1 Kommt die Rechtsmittelbehörde zum Ergebnis, dass der Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt wurde, ist sie aufgrund der formellen Natur des Gehörsanspruches verpflichtet, die angefochtene Anordnung aufzuheben. Nach der Rechtsprechung kann allerdings eine nicht besonders schwerwiegende Verletzung des rechtlichen Gehörs als geheilt gelten, wenn die betroffene Person die Möglichkeit erhält, sich vor einer Beschwerdeinstanz zu äussern, die sowohl den Sachverhalt als auch die Rechtsanwendung frei überprüfen kann (Griffel, a.a.o., § 8 N 38). Die Heilung des rechtlichen Gehörs stellt dabei jedoch eine Ausnahme von der Regel dar. Mit der Heilung soll ein formalistischer Verfahrensleerlauf verhindert werden, womit vor allem das Interesse der Parteien an einer schnellen Verfahrenserledigung geschützt wird (vgl. BGE 137 I 195 E. 2.3.2).

3.2 Vorliegend kann bei einer Rückweisung nicht von einem formalistischen Verfahrensleerlauf gesprochen werden. Die Vorinstanz 1 erklärte, dass bisher keinerlei Anlass bestand, um die Begründung der Vorinstanz 2 für die lärmschutzrechtliche Zustimmung zum Bauprojekt anzuzweifeln. Folglich hat sich die Vorinstanz 1 bisher nicht vertieft mit dem Lärmschutzgutachten auseinandergesetzt. Dementsprechend ist nicht auszuschliessen, dass allfällige kritische Vorbringen des Beschwerdeführers den Entscheid der Vo-

## C 19.1

rinstanz 1 beeinflussen könnten. Hinzu tritt der Umstand, dass der Beschwerdegegner sich nicht auf ein überwiegendes Interesse an einer schnellen Verfahrenserledigung berufen kann. Der Beschwerdegegner hat nämlich gleich zwei Mal (26. April 2017 und 29. Mai 2017) eine von der Vorinstanz 1 am 28. März 2017 angesetzte Frist zur Stellungnahme bis 14. Juni 2017 erstrecken lassen und somit das Verfahren selbst in die Länge gezogen. Zudem ist es in erster Linie die Aufgabe der erstinstanzlichen Baubewilligungsbehörde, den Parteien das rechtliche Gehör zu gewähren und diesen während des Verfahrens nachgereichte Unterlagen zur Stellungnahme zuzustellen. Die Vorinstanz 1 hat dies nicht getan, obschon sie dazu mehrfach die Gelegenheit hatte. Das Versäumnis der Vorinstanz 1 ist deshalb nicht mehr als leichter Verfahrensfehler einzustufen. Aufgrund dieser Erwägungen kommt eine Heilung des rechtlichen Gehörs nicht in Betracht. Der angefochtene Entscheid Nr. 320b der Vorinstanz 1 vom 5. September 2017 und als integrierter Bestandteil davon auch der Gesamtentscheid der Vorinstanz 2 vom 24. August 2017 sind deshalb aufzuheben und die Beschwerde gutzuheissen.

(RRB Nr. 294 vom 24. April 2018).

---

## 19. Verschiedenes

---

### 19.1 Mitgliedschaft in einer Korporation (Wiedererwägung)

- *Vertretungsfähigkeit im Verfahren bezüglich Mitgliedschaft in einer Korporation (Erw. 1.2-1.2.3).*
- *Wiedererwägungsgesuch (Erw. 2-2.6).*
- *Fristwiederherstellungsgesuch (Erw. 3-3.5).*
- *Vertrauensgrundlage (Erw. 4-4.6).*
- *Überspitzter Formalismus (Erw. 3-5).*

*Aus den Erwägungen:*

1.2 Die Vorinstanz bringt vor, die Mitgliedschaft in der Korporation A. sei ein höchstpersönliches, vertretungsfeindliches Recht. Die Beiständin dürfe nicht alleine darüber entscheiden, ob der Beschwerdeführer Korporationsmitglied sein wolle oder nicht. Deswegen müsse dessen Zustimmung zur vorliegenden Beschwerde eingeholt werden.

1.2.1 Die Mitgliedschaft in der Korporation A. ist ein Recht, welches nicht an Dritte übertragen werden kann, da es durch Abstammung entsteht (vgl. Art. 4 Abs. 1 Statuten). Das Amt für Kindes- und Erwachsenenschutz X, handelte denn auch nicht in eigenem Namen, sondern namens des Beschwerdeführers.

1.2.2 In der vorliegenden Angelegenheit (Mitgliedschaft in der Korporation A.) kann sich der Beschwerdeführer vertreten lassen. Wer nicht verfahrensfähig ist, wird durch seine gesetzlichen Vertreter vertreten (§ 19 Abs. 1 VRP). Für urteilsunfähige Personen handelt der gesetzliche Vertreter, sofern nicht ein Recht so eng mit der Persönlichkeit verbunden ist, dass jede Vertretung ausgeschlossen ist (Art. 19c Abs. 2 ZGB). Die Mitgliedschaft in der Korporation A. ist kein solches höchstpersönliches Recht (vgl. dazu BSK ZGB I-Margrith Bigler-Eggenberger/Roland Fankhauser, Art. 19c N 5 ff.). Da die zuständige Beiständin bei der Beschwerdeerhebung verhindert war, durfte an ihrer Stelle das KESA die Beschwerde selber einreichen (vgl. Art. 406 Abs. 1 ZGB, wonach die Erwachsenenschutzbehörde die Angelegenheit selber regeln kann, wenn der Beistand oder die Beiständin am Handeln verhindert ist). Daher ist die Vertretung des Beschwerdeführers durch das KESA zulässig.

1.2.3 Gemäss der Ernennungsurkunde vom 28. April 2015 (Bst. c) ist die Beiständin befugt, den Beschwerdeführer beim Erledigen der administrativen Angelegenheiten und in rechtlichen Verfahren zu vertreten, insbesondere im Verkehr mit Behörden, Ämtern, Banken, Post, (Sozial-)Versicherungen sowie sonstigen Institutionen und Privatpersonen. Das KESA hat am 9. Mai 2018 die ausdrückliche Zustimmung des Beschwerdeführers vom 29. Oktober 2017 zur vorliegenden Beschwerde nachgereicht. Damit kann offen bleiben, ob das KESA nicht bereits gestützt auf die Ernennungsurkunde vom 28. April 2015 zur Beschwerdeerhebung namens des Beschwerdeführers befugt ist. Eine Zustimmung des Beschwerdeführers zur vorliegenden Beschwerde liegt vor. Auf die Beschwerde kann mithin eingetreten werden.

2. Die Vorinstanz ist auf das Wiedererwägungsgesuch des Beschwerdeführers vom 11. April 2017 mit Beschluss vom 30. Mai 2017 nicht eingetreten. Nachfolgend ist zu prüfen, ob dieser Nichteintretensentscheid zu Recht erging.

2.1 Die formelle Rechtskraft einer Verfügung oder eines Entscheides bedeutet, dass diese bzw. dieser nicht mehr mit ordentlichen Rechtsmitteln angefochten werden kann und somit grundsätzlich nicht mehr abänderbar ist. Verfügungen können aber auf Gesuch einer Partei oder von Amtes wegen

## C 19.1

von der erlassenden Behörde oder der Aufsichtsbehörde ausserhalb eines Revisionsverfahrens abgeändert oder aufgehoben werden, wenn sich die Verhältnisse geändert haben oder erhebliche öffentliche Interessen es erfordern und dabei der Grundsatz von Treu und Glauben nicht verletzt wird (§ 34 Abs. 1 VRP). Die Behörde ist nicht verpflichtet, auf ein Wiedererwägungsgesuch einzutreten (§ 34 Abs. 2 VRP). Das Wiedererwägungsgesuch ist der formlose Rechtsbehelf, durch den die Betroffenen die verfügende Behörde ersuchen, auf ihre Verfügung zurückzukommen und sie abzuändern oder aufzuheben (vgl. Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, 7. Auflage, Zürich/St. Gallen 2016, N 1272). Grundsätzlich besteht kein Anspruch auf eine materielle Prüfung des Wiedererwägungsgesuches. Ein Anspruch auf die Behandlung eines Wiedererwägungsgesuches besteht nach Lehre und Rechtsprechung jedoch ausnahmsweise dann, wenn sich die Umstände seit dem ersten Entscheid wesentlich geändert haben oder wenn ein klassischer Revisionsgrund vorliegt. Dies ist dann der Fall, wenn der Gesuchsteller erhebliche Tatsachen oder Beweismittel namhaft macht, die ihm im früheren Verfahren nicht bekannt waren oder die schon damals geltend zu machen für ihn unmöglich war oder dazu keine Veranlassung bestand (vgl. BGE 138 I 61 E. 4.3; BGE 127 I 133 E. 6).

2.2 Weiter steht dem Betroffenen das ausserordentliche Rechtsmittel der Revision zu, wenn eine Verfügung oder ein Entscheid fehlerhaft zustande gekommen ist (vgl. §§ 61 ff. VRP). Ein Revisionsgrund ist insbesondere dann gegeben, wenn die Partei nachträglich neue erhebliche Tatsachen und Beweismittel vorbringt, die sie früher trotz zumutbarer Sorgfalt nicht vorbringen konnte (§ 61 Bst. b VRP). Neue Beweismittel müssen sich auf Tatsachen beziehen, die vor dem Erlass der rechtskräftigen Anordnung bereits bestanden. Es kommen u.a. Beweismittel in Frage, die erst später entstanden sind und nun rückwirkend geeignet erscheinen, eine von der gesuchstellenden Person vor dem Erlass der Anordnung behauptete Tatsache zu beweisen. Sie müssen aber die Ermittlung und nicht bloss die Würdigung des Sachverhalts betreffen. Neue Beweismittel sind erheblich, wenn sie geeignet erscheinen, den Entscheid zugunsten der gesuchstellenden Person zu ändern, indem sie erhebliche Tatsachen erhärten. Diese können neu entdeckt oder bereits im früheren Verfahren behauptet, aber nicht bewiesen worden sein (Martin Bertsch, in: Alain Griffel [Hrsg.], Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 3. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2014, § 86a N 14 ff.).

2.3 Der Beschwerdeführer hat sich per 30. November 2016 bei der Gemeinde B. nach C. abgemeldet. Die Einwohnergemeinde C. teilte dem Einwohneramt B. am 18. Januar 2017 jedoch mit, dass es den Beschwerdeführer per 1. Dezember 2016 nicht in der Gemeinde C. anmelden werde. Die

zuständige Beiständin hat der Vorinstanz am 24. Januar 2017 per E-Mail mitgeteilt, dass sie weder vom Einwohneramt B. noch von der Einwohnergemeinde C. eine aktuelle Wohnsitzbestätigung erhalte. Das Einwohneramt B. stellte sich im Schreiben vom 6. Februar 2017 an die Einwohnergemeinde C. auf den Standpunkt, dass aus ihrer Sicht die Gemeinde C. den Beschwerdeführer per 1. Dezember 2016 ins Einwohnerregister aufnehmen müsse. Damit ist erstellt, dass sich die beiden Gemeinden B. und C. im Januar 2017 geweigert haben, den Beschwerdeführer bei sich ins Einwohnerregister aufzunehmen. Als Folge dieser Uneinigkeit haben weder das Einwohneramt B. noch die Einwohnergemeinde C. dem Beschwerdeführer im Januar 2017 eine Wohnsitzbestätigung ausgestellt. Folglich konnte der Beschwerdeführer der Vorinstanz – trotz zumutbarer Sorgfalt – bis 31. Januar 2017 keine Wohnsitzbestätigung einreichen, welche im Januar 2017 ausgestellt worden ist.

2.4 Offenbar hat das Einwohneramt B. am 6. Februar 2017 eine Wohnsitzbestätigung ausgestellt, welche jedoch durch die Wohnsitzbestätigung vom 28. März 2017 ersetzt wurde (vgl. das Schreiben des Einwohneramtes B. an die Beiständin vom 28. März 2017). Die angebliche Wohnsitzbestätigung vom 6. Februar 2017 – welche sich nicht in den Akten befindet – ändert nichts daran, dass der Beschwerdeführer bis 31. Januar 2017 keine Wohnsitzbestätigung einreichen konnte.

2.5 Die Vorinstanz hat die Mitgliedschaft des Beschwerdeführers nur deshalb verneint, weil er bis 31. Januar 2017 keine Wohnsitzbestätigung eingereicht hat. Der Beschwerdeführer konnte wie gesagt im Januar 2017 keine Wohnsitzbestätigung einreichen. Er hat aber die Wohnsitzbestätigung vom 28. März 2017 nachgereicht. Damit erweist sich diese Wohnsitzbestätigung als ein rechtserhebliches Beweismittel, welches der Beschwerdeführer unverschuldeterweise nicht früher einreichen konnte. Die Wohnsitzbestätigung ist ein Wiedererwägungs- bzw. ein Revisionsgrund, weswegen die Vorinstanz auf das Wiedererwägungsgesuch vom 24. Mai 2017 hätte eintreten und dieses (unter Berücksichtigung der Wohnsitzbestätigung) materiell behandeln müssen. Dies hat sie dem Beschwerdeführer im Schreiben vom 25. April 2017 auch so zugesichert (vgl. die Ausführungen unter Ziff. 4).

2.6 Wenn der Regierungsrat zum Schluss kommt, dass die Vorinstanz auf ein Wiedererwägungsgesuch hätte eintreten müssen, so hebt er den Nichteintretensentscheid praxismässig auf und weist die Sache an die Vorinstanz zurück, damit diese einen Sachentscheid treffen kann (RRB Nr. 401 vom 18. Mai 2016, E. 2.1). Die Vorinstanz hat in der Vernehmlassung vom 12. Januar 2018 den Standpunkt vertreten, dass der Beschluss vom 14. Februar 2017 auch unter Berücksichtigung der Wohnsitzbestätigung

## C 19.1

vom 28. März 2017 rechtmässig sei. Eine Rückweisung der Sache zu neuem Entscheid wäre damit ein Verfahrensleerlauf, welchen es zu vermeiden gilt. Nachfolgend wird also geprüft, ob der Beschluss vom 14. Februar 2017 aufgrund der Wohnsitzbestätigung vom 28. März 2017 aufzuheben bzw. abzuändern ist.

3. Der Beschwerdeführer bringt vor, dass die Vorinstanz die Frist bis 31. Januar 2017 zur Einreichung der Wohnsitzbestätigung hätte „verlängern“ müssen. Indem die Vorinstanz auf einer Wohnsitzbestätigung vom Januar 2017 beharrt habe, obwohl er eine solche nicht habe erhältlich machen können und er die Wohnsitzbestätigung vom 28. März 2017 nachgereicht habe, habe sie überspitzt formalistisch gehandelt.

3.1 § 75 Abs. 2 KV gewährleistet das Selbstverwaltungsrecht der Korporationen im Rahmen der Rechtsordnung. Dieses umfasst u.a. die Regelung der Mitgliedschaft (§ 19 Abs. 1 Bst. c EGzZGB; VGE III 2012 18 vom 20. Juni 2012, E. 5.3). Alle Mitglieder der Korporation A. müssen alljährlich bis spätestens 31. Januar (Datum Poststempel) der Verwaltung eine im betreffenden Monat Januar ausgestellte amtliche Wohnsitzbestätigung einreichen (Art. 6 Abs. 1 Statuten). Wer dieser Verpflichtung nicht nachkommt, verwirkt seine Mitgliedschaft. Ein Gesuch um Wiederaufnahme für das folgende Jahr ist möglich. Der Anspruch auf den Nutzen für das vergangene Jahr bleibt davon unberührt (Art. 6 Abs. 2 Statuten). Bei Erlöschen der Mitgliedschaft wegen Wegfalls der Voraussetzungen gemäss Art. 4 der Statuten, Verwirkung oder Verzicht stellt die Verwaltung den Verlust der Mitgliedschaft in einer Verfügung fest (Art. 9 Abs. 1 Statuten). Die Wiederaufnahme als Korporationsmitglied ist insbesondere bei Verwirkung möglich. Sie kann frühestens für das darauf folgende Rechnungsjahr erfolgen (Art. 9 Abs. 3 Statuten).

3.2 Die Behörde kann auf Antrag der säumigen Partei eine Frist wiederherstellen, eine Verhandlung neu ansetzen und einen Endentscheid aufheben, wenn sie glaubhaft macht, dass sie kein oder nur ein leichtes Verschulden an der Versäumnis trifft (§ 163 Abs. 1 des Justizgesetzes vom 18. November 2009, JG, SRSZ 231.110, i.V.m. § 4 Abs. 1 VRP). Das Wiederherstellungsgesuch ist spätestens zehn Tage nach Wegfall des Hindernisses zu stellen (§ 163 Abs. 3 JG).

3.3 Die Beiständin des Beschwerdeführers hat die Vorinstanz bereits im E-Mail vom 24. Januar 2017 (also noch vor Ablauf dieser in Art. 6 Abs. 1 der Statuten vorgesehenen Frist) gefragt: „*Könnte man die Frist für die Wohnsitzbestätigung in diesem Spezialfall verlängern oder ganz darauf verzichten?*“ Die Beiständin hat dieses Gesuch zwar nicht schriftlich gestellt



(vgl. § 17 Abs. 1 VRP). Sie hat es auch nicht ausdrücklich als „Wiederherstellungsgesuch“ bezeichnet. Trotzdem hätte die Vorinstanz das E-Mail vom 24. Januar 2017 als Fristwiederherstellungsgesuch (in Bezug auf die Frist bis 31. Januar gemäss Art. 6 Abs. 1 der Statuten) entgegennehmen müssen, zumal sie die Beiständin nach dem erwähnten E-Mail nicht auf den Grundsatz der Schriftlichkeit des Verwaltungsverfahrens hingewiesen hat und es auf die Bezeichnung eines Rechtsmittels nicht ankommt.

3.4 Der Beschwerdeführer konnte bis 31. Januar 2017 keine Wohnsitzbestätigung einreichen, welche im Januar 2017 ausgestellt worden ist (vgl. die Ausführungen unter Ziff. 2.3). Mit anderen Worten hat er die Frist bis 31. Januar 2017 gemäss Art. 6 Abs. 1 der Statuten unverschuldet versäumt. Die Voraussetzungen für eine Fristwiederherstellung gemäss § 163 Abs. 1 JG sind gegeben. Dem Beschwerdeführer dürfen alleine deswegen, weil er die Wohnsitzbestätigung nach dem 31. Januar 2017 eingereicht hat, keine Nachteile entstehen.

3.5 Dank den strengen Formvorschriften für bisherige Mitglieder gemäss Art. 6 der Statuten kann die Vorinstanz jeweils ab 1. Februar bei sämtlichen Mitgliedern jährlich überprüfen, ob sie die Voraussetzungen für eine Mitgliedschaft noch erfüllen. Die Vorinstanz hat die Mitgliedschaft des Beschwerdeführers im Jahr 2017 nur deswegen verneint, weil er diese Formerfordernisse nicht erfüllt hat (bzw. erfüllen konnte). Der Beschwerdeführer hat aber die Wohnsitzbestätigung vom 28. März 2017 nachgereicht, sobald das Einwohneramt B. ihm diese ausgestellt hat. Damit ist er seiner Mitwirkungspflicht gemäss Art. 6 der Statuten – wenn auch verspätet – nachgekommen. Die Vorinstanz hätte beim Beschwerdeführer die Überprüfung der Mitgliedsvoraussetzungen demnach erst im April 2017 vornehmen können bzw. dürfen. Dadurch wäre ihr kaum zusätzlicher (Verwaltungs-)Aufwand entstanden. In materieller Hinsicht ist zudem unbestritten, dass der Beschwerdeführer die Voraussetzungen für eine Mitgliedschaft in der Korporation A. gemäss Art. 4 der Statuten im gesamten Kalenderjahr 2017 erfüllt hat. Insbesondere hatte er stets Wohnsitz in der Schweiz (vgl. Art. 4 Abs. 2 Bst. c der Statuten). Denn es gilt der Grundsatz der Notwendigkeit des Wohnsitzes (vgl. Art. 24 Abs. 1 ZGB, wonach der einmal begründete Wohnsitz bestehen bleibt bis zum Erwerb eines neuen Wohnsitzes). Unter diesen Umständen erweist sich die Feststellung der Vorinstanz, dass der Beschwerdeführer seine Mitgliedschaft in der Korporation A. für das Jahr 2017 verwirkt hat, (unter Berücksichtigung der nachgereichten Wohnsitzbestätigung) als überspitzt formalistisch und damit als unzulässig. Alleine ein Streit zwischen zwei Gemeinden über den Wohnsitz darf nicht dazu führen, dass jemand das Recht zur Mitgliedschaft in einer Korporation vorübergehend verwirkt. Der Beschwerdeführer ist also auch ab 1. Januar 2017 bzw. im Kalenderjahr 2017 Mitglied der

## C 19.1

Korporation A.. Der Beschluss vom 14. Februar 2017 erweist sich damit als rechtsfehlerhaft und ist aufzuheben. Folglich sind auch die beiden Beschlüsse der Vorinstanz vom 19. April 2017 und vom 30. Mai 2017, mit welchen die Vorinstanz auf Wiedererwägungsgesuche gegen den Beschluss vom 14. Februar 2017 nicht eingetreten ist, aufzuheben.

4. Auch bereits gestützt auf den Grundsatz von Treu und Glauben muss der Beschluss der Vorinstanz vom 14. Februar 2017 aufgehoben werden.

4.1 Bei der Verwaltungsbeschwerde an den Regierungsrat beträgt die Beschwerdefrist 20 Tage (§ 47 Abs. 1 VRP). Diese gesetzlich vorgeschriebene Frist darf nicht geändert werden. Sie kann nur erstreckt werden, wenn eine Partei oder ihre Vertretung im Laufe der Frist stirbt oder handlungsunfähig wird (§ 155 JG). Gesetzliche und richterlich bestimmte Fristen stehen u.a. vom 7. Tage vor Ostern bis und mit dem 7. Tage nach Ostern still (§ 157 Abs. 1 Bst. a JG). Der Tag der Eröffnung einer Frist oder der Tag der Mitteilung eines Entscheides wird bei der Berechnung der Frist nicht mitgezählt (§ 158 Abs. 1 JG). Ist der letzte Tag einer Frist ein Samstag oder ein öffentlicher Ruhetag, oder kann die Post an diesem Tage nicht wie gewöhnlich benützt werden, so endet die Frist am nächsten Werktag (§ 158 Abs. 2 JG). Eine Handlung ist rechtzeitig erfolgt, wenn sie vor Ablauf der Frist vorgenommen wird (§ 159 JG).

4.2 Die Vorinstanz hat den Beschluss vom 14. Februar 2017 erst rund zwei Monate nach dem Beschlussdatum, d.h. am 11. April 2017, der Schweizerischen Post übergeben. Der Beschluss ist am 12. April 2017 beim KESA eingegangen. Unter Berücksichtigung, dass am 16. April 2017 Ostern und dass der letzte Tag der Frist (13. Mai 2017) ein Samstag war, endete die 20-tägige Beschwerdefrist am 15. Mai 2017. Der Beschwerdeführer hat diese Rechtsmittelfrist unbenutzt verstreichen lassen. Insoweit sind sich die Parteien einig.

4.3 Als Antwort auf das Gesuch der Beiständin vom 11. April 2017 hat die Vorinstanz dieser am 25. April 2017 und damit während der laufenden Rechtsmittelfrist ein Schreiben mit dem folgenden Inhalt zugestellt:

*„Wir beziehen uns in obgenannter Angelegenheit auf ihr Schreiben vom 11. April 2017.*

*Mit Verweis auf den Beschluss der Verwaltung vom 14. Februar 2017 und dem Hinweis, dass die Statuten für den Fall der Versäumnis der Einreichung der Wohnsitzbestätigung bis jeweils 31. Januar keine rückwirkende Aufnahme vorsehen, sowie aufgrund des strikten Wortlauts der Statuten, kann*

*auf Ihre Bitte nicht eingetreten werden. (...) Falls Sie einen förmlichen anfechtbaren Beschluss zu Ihrem Schreiben wollen, bitten wir Sie um Ihre Mitteilung.“*

Die Vorinstanz hat der Beiständin folglich nicht darauf hingewiesen, dass die 20-tägige Rechtsmittelfrist zur Anfechtung des Beschlusses vom 14. Februar 2017 noch am Laufen ist und dass sie gegen diesen Beschluss immer noch Beschwerde erheben kann, falls sie damit nicht einverstanden ist. Die Vorinstanz hat lediglich ausgeführt, dass die Beiständin einen anfechtbaren Entscheid zum Gesuch vom 11. April 2017 (worin der Beschwerdeführer die rückwirkende Aufnahme als Korporationsbürger per 1. Januar 2017 beantragte) verlangen kann. Damit hat die Vorinstanz der Beiständin eine erneute inhaltliche Prüfung der Frage der rückwirkenden Aufnahme in die Korporation A. in Aussicht gestellt. Die Beiständin durfte daraus schliessen, dass sie gegen den Beschluss vom 14. Februar 2017 keine Beschwerde mehr erheben muss. Dementsprechend hat sie am 24. Mai 2017 (und damit nach Ablauf der Rechtsmittelfrist) erneut ein Gesuch um rückwirkende Aufnahme in die Korporation A. per 1. Januar 2017 eingereicht. Die Vorinstanz hätte im angefochtenen Beschluss über dieses Gesuch materiell entscheiden müssen. Es stellt sich somit die Frage, ob der Beschwerdeführer (bzw. dessen Beiständin) im Vertrauen in das Schreiben vom 25. April 2017 zu schützen ist.

4.4 Die Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101) statuiert den Grundsatz von Treu und Glauben einerseits für das Verhalten von Staat und Privaten in Art. 5 Abs. 3 BV und andererseits in Art. 9 BV als grundrechtlichen Anspruch der Privaten gegenüber dem Staat auf Schutz des berechtigten Vertrauens in behördliche Zusicherungen oder sonstiges, bestimmte Erwartungen begründendes Verhalten der Behörden. Behördliche Auskünfte können, selbst wenn sie falsch sind, schutzwürdiges Vertrauen begründen. Dies ist dann der Fall, wenn sie vorbehaltlos erfolgen, sich auf eine konkrete, den Bürger berührende Angelegenheit beziehen, wenn die Amtsstelle, welche die Auskunft gegeben hat, hierfür zuständig war oder der Bürger sie aus zureichenden Gründen als zuständig betrachten durfte, wenn der Bürger die Unrichtigkeit der Auskunft nicht ohne Weiteres erkennen können und wenn der Bürger im Vertrauen auf die Auskunft nicht ohne Nachteil rückgängig zu machende Dispositionen getroffen hat. Ausnahmsweise kann das öffentliche Interesse an der richtigen Rechtsanwendung dem Vertrauensschutz vorgehen (vgl. Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., N 667 ff.; BSK BV-Axel Tschentscher, Art. 9 N 16).

4.5 Vorliegend hat die Vorinstanz der Beiständin am 25. April 2017 genügend bestimmt und ohne Vorbehalt mitgeteilt, dass sie (die Vorinstanz) die Frage der rückwirkenden Aufnahme in die Korporation A. erneut materiell prüfen werde, falls sie (die Beiständin) dies verlange. Die Beiständin durfte

## C 19.1

die Vorinstanz als zuständig betrachten, ihr das weitere Vorgehen bzw. ihre Möglichkeiten zu erläutern. Der Beschluss vom 14. Februar 2017 ist zwar mit der korrekten Rechtsmittelbelehrung (Verwaltungsbeschwerde an den Regierungsrat) versehen. Für die Beiständin (als juristische Laiin) war es aber nicht ohne Weiteres erkennbar, ob sie nur Wiedererwägung verlangen oder Verwaltungsbeschwerde erheben kann, zumal die Wohnsitzbestätigung vom 28. März 2017 möglicherweise einen Wiedererwägungsgrund für den Beschluss vom 14. Februar 2017 darstellt. Sodann hat es die Beiständin aufgrund der Auskunft der Vorinstanz unterlassen, gegen den Beschluss vom 14. Februar 2017 Verwaltungsbeschwerde an den Regierungsrat zu erheben; sie hat damit etwas unterlassen, was sie (grundsätzlich) nicht mehr nachholen kann. Indem nun die Vorinstanz dem Beschwerdeführer im vorliegenden Verfahren vorwirft, er habe gegen den Beschluss vom 14. Februar 2017 keine Beschwerde erhoben, verhält sie sich wider Treu und Glauben. Folglich ist die Beiständin im Vertrauen auf das Schreiben der Vorinstanz vom 25. April 2017 zu schützen.

4.6 Haben sich Private in berechtigtem Vertrauen auf eine falsche Auskunft verlassen und deshalb eine gesetzliche Frist verpasst, so kann der erlittene Rechtsnachteil durch die Wiederherstellung der Frist behoben werden. Eine falsche Auskunft kann jedoch den Rechtsmittelweg nicht ändern oder ein Rechtsmittel schaffen, das im Gesetz nicht vorgesehen ist (Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., N 704). Vorliegend müsste also die 20-tägige Rechtsmittelfrist zur Anfechtung des Beschlusses der Vorinstanz vom 14. Februar 2017 wiederhergestellt und dem Beschwerdeführer die Möglichkeit zur Erhebung einer Verwaltungsbeschwerde gegeben werden. Der Beschwerdeführer hat aber bereits die vorliegende Beschwerde eingereicht, mit welcher er sein (angebliches) Recht auf Mitgliedschaft im Jahr 2017 durchzusetzen versucht und damit den Beschluss vom 14. Februar 2017 beanstandet. Die vorliegende Beschwerde ist also auch als Beschwerde gegen den Beschluss der Vorinstanz vom 14. Februar 2017 entgegenzunehmen. Dabei ist die Wohnsitzbestätigung der Gemeinde B. vom 28. März 2017 als neues Beweismittel zu berücksichtigen (zumal die Parteien im Verwaltungsbeschwerdeverfahren gemäss § 48 VRP neue Tatsachen und Beweismittel geltend machen können und die Wohnsitzbestätigung gemäss den Ausführungen unter Ziff. 2.5 Gegenstand des vorinstanzlichen Verfahrens hätte sein müssen). Diesem Vorgehen stehen keine gewichtigen öffentlichen Interessen entgegen.

4.7 Bereits unter Ziff. 3 wurde die Rechtmässigkeit des Beschlusses vom 14. Februar 2017 unter Berücksichtigung der nachgereichten Wohnsitzbestätigung vom 28. März 2017 materiell geprüft. Das Vorgehen der Vorinstanz

gemäss diesem Beschluss ist überspitzt formalistisch, da der Beschwerdeführer bis 31. Januar 2017 keine Wohnsitzbestätigung einreichen konnte, welche im Januar 2017 ausgestellt worden ist. Deswegen sind die Beschlüsse der Vorinstanz vom 14. Februar 2017, vom 19. April 2017 und vom 30. Mai 2017 auch gestützt auf den Grundsatz von Treu und Glauben aufzuheben. Die Vorinstanz hätte den Beschwerdeführer auch im Kalenderjahr 2017 als Mitglied in der Korporation A. anerkennen müssen.

5. Vorliegend geht es um die Mitgliedschaft des Beschwerdeführers in der Korporation A. im Kalenderjahr 2017. Dem Beschwerdeführer stand es frei, bis 31. Dezember 2017 ein Gesuch um Aufnahme als Korporationsmitglied für das Kalenderjahr 2018 zu stellen (vgl. Art. 5 Statuten) und/oder den jährlichen Nachweis für seine Mitgliedschaft im Jahr 2018 zu erbringen (vgl. Art. 6 der Statuten). Ob er dies gemacht hat, kann den Akten nicht entnommen werden. So oder anders ist die Frage der Mitgliedschaft im Jahr 2018 hier nicht Verfahrensgegenstand.

(RRB Nr. 557 vom 21. August 2018).

## **Die Initiative in kantonalen Angelegenheiten**

Luka Markić, MLaw, Pfäffikon<sup>1</sup>

### **Inhalt**

1. Einführung und Abgrenzung der Abhandlung
2. Die Volksinitiative nach alter Verfassung
  - 2.1 Die Verfassungsinitiative
  - 2.2 Die Gesetzes- und Verordnungsinitiative
3. Die Volksinitiative nach neuer Verfassung
  - 3.1 Überblick
  - 3.2 Ausgestaltung
  - 3.3 Verfahren
    - 3.3.1 Initianten
    - 3.3.2 Sperrfristen
    - 3.3.3 Einreichung
    - 3.3.4 Behandlung
    - 3.3.5 Gültigkeitsvoraussetzungen
      - 3.3.5.1 Einheit der Form
      - 3.3.5.2 Einheit der Materie
      - 3.3.5.3 Vereinbarkeit mit übergeordnetem Recht
      - 3.3.5.4 Durchführbarkeit
      - 3.3.5.5 Teilungültigkeit
    - 3.3.6 Behandlungsfristen
    - 3.3.7 Rückzug und Sistierung
4. Schlussbetrachtung

---

<sup>1</sup> Der Beitrag basiert auf einem Vortrag, den der Autor im Rahmen einer Lehrveranstaltung am Rechtswissenschaftlichen Institut der Universität Zürich im April 2016 gehalten hat. Er ist Jurist (MLaw), verfasst zurzeit seine Dissertation und war von 2014 bis 2018 Mitglied des Kantonsrates des Kantons Schwyz. Er vertritt in diesem Beitrag seine persönlichen Auffassungen.

## 1. Einführung und Eingrenzung der Abhandlung

Der Souverän des Kantons Schwyz hat sich am 15. Mai 2011 eine neue Verfassung gegeben.<sup>2</sup> Sie trat am 1. Januar 2013 in Kraft.<sup>3</sup> Die Bundesversammlung hat die Verfassung des Kantons Schwyz<sup>4</sup> am 13. März 2013 gestützt auf die Art. 51 und 172 Abs. 2 BV<sup>5</sup> mit Ausnahme von § 48 Abs. 3 KV<sup>6</sup> gewährleistet.<sup>7</sup> Bestandteil der Verfassung bilden nach wie vor die Regelungen zu den Volksrechten (vgl. §§ 25 ff. KV). Wie die alte regelt auch die neue Verfassung das Initiativrecht in kantonalen Angelegenheiten nur rudimentär und in einer sehr gedrängten Form. Das mag in erster Linie erstaunen, weist doch das Bedürfnis am Ergreifen von kantonalen Volksinitiativen keinen Abbruch auf.<sup>8</sup> Dies führt im Umkehrschluss aber immer wieder dazu, dass sich im Zusammenhang mit dem Initiativrecht Rechtsfragen ergeben, die sich nicht aus der Verfassung und dem Gesetz beantworten lassen.

Die vorliegende Abhandlung setzt sich mit der Initiative in kantonalen Angelegenheiten gemäss §§ 28–33 der neuen Verfassung des Kantons Schwyz auseinander (Ziff. 3). Der Aufsatz bildet einen Überblick über die Regelungen zur Volksinitiative und beleuchtet die Besonderheiten, die sich aus dem schwyzerischen Recht und der Praxis ergeben.<sup>9</sup> Aus rechtshistorischen und rechtsvergleichenden Gründen wird die Volksinitiative nach alter Verfassung des eidgenössischen Standes Schwyz (vom 23. Oktober 1898) im Folgenden in gedrängter Form umschrieben (Ziff. 2).<sup>10</sup> Im

<sup>2</sup> Franz Marty, Die neue Schwyzer Kantonsverfassung, Lachen 2013, S. 79; Paul Richli, Zur neuen Schwyzer Kantonsverfassung – Mehr als eine Kopie oder ein Verschnitt, in: ZBI 113/2012, S. 392 f. m.w.H.

<sup>3</sup> Abl 2012, S. 2962.

<sup>4</sup> Verfassung des Kantons Schwyz vom 24. November 2010, SRSZ 100.100.

<sup>5</sup> Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999, SR 101.

<sup>6</sup> § 48 Abs. 3 KV regelt das Wahlverfahren für den Kantonsrat. Das neue Wahlverfahren wurde zwischenzeitlich von der Bundesversammlung gewährleistet (BBI 2016, S. 2301).

<sup>7</sup> BBI 2013, S. 2621.

<sup>8</sup> Seit der Inkraftsetzung der neuen Kantonsverfassung am 1. Januar 2013 wurden 13 Initiativbegehren bei der Staatskanzlei eingereicht, wovon eine Initiative vom Volk angenommen wurde (Initiative «Für die Offenlegung der Politikfinanzierung (Transparenzinitiative»). Einen Überblick über die neusten Initiativen findet sich auf der Internetseite der Staatskanzlei unter <[www.sz.ch/stk](http://www.sz.ch/stk)> / Abstimmungen, Wahlen / Initiativen (zuletzt besucht am 4. Juli 2019).

<sup>9</sup> Für einen umfangreichen Überblick zum Recht der Volksinitiativen auf kantonaler Ebene siehe Andreas Auer, Staatsrecht der schweizerischen Kantone, Bern 2016, N 1040–1089.

<sup>10</sup> Für einen Überblick zur Volksinitiative im Kanton Schwyz nach alter Verfassung siehe u.a. Peter Gander, Die Volksinitiative im Kanton Schwyz, in: ZBI 91/1990, S. 378–

## D

Rahmen einer Schlussbetrachtung werden die Erkenntnisse sowie die Überlegungen *de lege ferenda* zusammengefasst (Ziff. 4).

### 2. Die Volksinitiative nach alter Verfassung

Die alte Verfassung des eidgenössischen Standes Schwyz kannte den Unterschied zwischen der Verfassungs- und der Gesetzesinitiative.<sup>11</sup> Die formellen Erfordernisse einer Volksinitiative waren für beide Typen genau gleich: Das Initiativrecht stand 2'000 Stimmberechtigten (§§ 102 f. bzw. 31 Abs. 2 aKV), jedem Mitglied des Kantonsrates (§ 33 aKV) und jedem Mitglied des Regierungsrates (§ 46 Abs. 7 aKV) zu.

#### 2.1 Die Verfassungsinitiative

Die Besonderheit im Kanton Schwyz war, dass Initiativbegehren auf Total- und Partialrevision der Verfassung nur in Form der allgemeinen Anregung zulässig waren (§§ 104 und 105 aKV). Initiativbegehren in Form eines ausgearbeiteten Entwurfs waren dagegen unzulässig.<sup>12</sup> Im Rahmen des Verfahrens «Kritisches Forum Schwyz und Mitbeteiligte gegen den Regierungsrat des Kantons Schwyz»<sup>13</sup> musste sich das Bundesgericht mit der Auslegung der §§ 104 und 105 aKV auseinandersetzen. Das Bundesgericht stellte sich in seinem Urteil auf den Standpunkt, dass aufgrund der grammatikalischen und der historischen Methode darauf zu schliessen sei, dass der Kanton Schwyz die Volksinitiative auf Partialrevision seiner Verfassung nur in der Form der allgemeinen Anregung, nicht aber in derjenigen des ausgearbeiteten Entwurfs kenne.<sup>14</sup>

Wurde von 2'000 Stimmberechtigten ein Initiativbegehren auf Partialrevision der Verfassung eingereicht, so musste das Begehren zur Volksabstimmung unterbreitet werden. Nach der allfälligen Annahme des Begehrens durch das Volk hatte der Kantonsrat eine (ausformulierte) Vorlage auszuarbeiten (§ 105 aKV). Diese Vorlage musste vom Kantonsrat zweimal beraten werden und wurde dann dem Souverän zur Annahme oder Ablehnung vorgelegt (§ 106 aKV). Zur selben Sachvorlage fanden im Idealfall zwei Volksabstimmungen statt.

---

408; Friedrich Huwyler, Gesetz und Verordnung im Kanton Schwyz, Diss. Zürich 1969, Aarau 1970, S. 69–77.

<sup>11</sup> Vgl. Arbeitsgruppe KV-Revision, Grundlagenbericht, KV-Revision, Totalrevision der Verfassung des eidgenössischen Standes Schwyz, 2004, S. 71.

<sup>12</sup> Huwyler, Anm. 10, S. 71.

<sup>13</sup> Vgl. BGE 112 Ia 209.

<sup>14</sup> BGE 112 Ia 209 E. 2b–e und 3 S. 212–219.



## 2.2 Die Gesetzes- und Verordnungsinitiative

Die Gesetzesinitiative war in § 31 Abs. 2 aKV normiert. Im Gegensatz zur Verfassungsinitiative konnte die Gesetzesinitiative im Kanton Schwyz sowohl in Form der allgemeinen Anregung als auch in Form eines ausgearbeiteten Entwurfs eingereicht werden.

Bemerkenswert war, dass § 31 Abs. 2 aKV (wie auch die §§ 104 und 105 aKV bei der Verfassungsinitiative) nicht zwischen der allgemeinen Anregung und dem ausgearbeiteten Entwurf unterschieden hat. Die Praxis und das Bundesgericht taxierten ausgearbeitete Gesetzesinitiativen jedoch als verfassungsmässig und damit als zulässig.<sup>15</sup> Die Praxis begründete die Zulässigkeit von ausgearbeiteten Gesetzesinitiativen u.a. gestützt auf § 51 Abs. 1 der Geschäftsordnung für den Kantonsrat des Kantons Schwyz vom 28. April 1977 (GO-KR)<sup>16</sup>. Die besagte Bestimmung, die das Initiativrecht eines jeden Mitgliedes des Kantonsrates regelt, kannte (bzw. kennt nach wie vor) bei Initiativen den Unterschied zwischen einem ausgearbeiteten Entwurf und einer allgemeinen Anregung.<sup>17</sup>

Die schwyzerische Verfassung von 1898 hat dem Kantonsrat die Kompetenz erteilt, neben formellen Gesetzen auch sog. gesetzesvertretende Verordnungen zu erlassen, solange die zu regelnden Gegenstände in die Kompetenz des Kantonsrates fallen (§ 40 aKV). Gestützt auf die §§ 31 und 40 aKV konnten die Stimmberechtigten nicht nur Gesetzesinitiativen einreichen, sondern auch Verordnungsinitiativen, solange diese vom Kantonsrat hätten erlassen werden können.<sup>18</sup>

## 3. Die Volksinitiative nach neuer Verfassung

### 3.1 Überblick

Die Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft gibt den Kantonen bezüglich der Ausgestaltung ihrer Volksrechte nur eine minimale Vorgabe: Eine Kantonsverfassung muss totalrevidiert werden können, wenn die Mehrheit der Stimmberechtigten dies verlangt (Art. 51 Abs. 1

---

<sup>15</sup> BGE 112 Ia 208 E. 2b S. 213 f.; vgl. auch Huwyler, Anm. 10, S. 70.

<sup>16</sup> SRSZ 142.110. Die Geschäftsordnung wurde mittlerweile vom Kantonsrat totalrevidiert (vgl. Geschäftsordnung des Kantonsrates vom 17. April 2019, GS 25-49). Die Bestimmung zur Einzelinitiative findet sich neu in § 63. Im Folgenden werden die Bestimmungen der revidierten Geschäftsordnung zitiert (nGOKR)

<sup>17</sup> Vgl. zum Ganzen Arbeitsgruppe KV-Revision, Anm. 11, S. 74.

<sup>18</sup> Ebd.

## D

BV).<sup>19</sup> Die Kantone gehen jedoch darüber hinaus: Sie sehen alle sowohl die Initiative auf Total- und Partialrevision der Kantonsverfassung als auch die Gesetzesinitiative vor.<sup>20</sup>

Im Kanton Schwyz können gestützt auf § 28 KV je 2'000 Stimmberechtigte mit einer Initiative jederzeit die Total- oder Teilrevision der Kantonsverfassung (Bst. a), den Erlass, die Änderung oder die Aufhebung eines Gesetzes (Bst. b) oder die Aufnahme von Verhandlungen mit Verfassungs- oder Gesetzesrang oder die Kündigung einer solchen Vereinbarung (Bst. c) verlangen. Der Wortlaut des § 28 Bst. b KV lässt keine Verordnungsininitiativen mehr zu.

### 3.2 Ausgestaltung

Die Grundlagen über das Initiativrecht ergeben sich aus dem kantonalen Recht, wobei diese je nach Kanton «ausserordentlich vielgestaltig»<sup>21</sup> sind. Während einige Kantone eingehende Regelungen vorsehen, kennt der Kanton Schwyz nur wenige bindende Vorschriften über das Initiativrecht.<sup>22</sup> Es wird fast ausschliesslich in den sieben kurzen Bestimmungen der Kantonsverfassung geregelt (§§ 28–34 KV). Das Wahl- und Abstimmungs-gesetz vom 15. Oktober 1970 (WAG)<sup>23</sup> sieht keine weiteren Formvorschriften für das eigentliche Initiativbegehren vor. Es regelt u.a. nur den Gang der Abstimmung einer Initiative bzw. einer Initiative mit Gegenvorschlag (siehe §§ 46 und 46a WAG).

Ansonsten fehlen im schwyzerischen Recht insbesondere Regelungen über die Vorprüfung, formelle Anforderungen, amtliche Publikation und Anmeldefrist von Initiativbegehren.<sup>24</sup> Yvo Hangartner und Andreas Kley weisen diesbezüglich auf die Gefahr hin, «dass bei der Überprüfung der formellen Voraussetzungen konkreter Volksbegehren juristische mit politischen Fragen vermengt werden».<sup>25</sup> Die Schwyzer Verwaltung wies im Rah-

---

<sup>19</sup> Vgl. zu den weiteren Erfordernissen für die Gewährleistung einer Kantonsverfassung Andrea Marcel Töndury, Bundesstaatliche Einheit und kantonale Demokratie, Die Gewährleistung der Kantonsverfassungen nach Art. 51 BV, Diss. Zürich 2003, Zürich 2004, S. 205 ff.; Tobias Jaag, in: Giovanni Biaggini/Thomas Gächter/Regina Kiener (Hrsg.), Staatsrecht, 2. Aufl., Zürich, § 15, N 22.

<sup>20</sup> Yvo Hangartner/Andreas Kley, Die demokratischen Rechte in Bund und Kantonen der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Zürich 2000, N 1988, 2007 und 2027.

<sup>21</sup> Hangartner/Kley, Anm. 20, N 2058.

<sup>22</sup> Gander, Anm. 10, S. 379; Hangartner/Kley, Anm. 20, N 2058.

<sup>23</sup> SRSZ 120.100.

<sup>24</sup> Gander, Anm. 10, S. 383; Hangartner/Kley, Anm. 20, N 2058.

<sup>25</sup> Hangartner/Kley, Anm. 20, N 2058.

men der KV-Revision demgegenüber darauf hin, dass «die Mitwirkungsmöglichkeiten [u.a. des Volkes] dabei «von unten» ermöglicht werden und andererseits zugleich die Handlungs- und Entscheidungsfähigkeit des Staates bzw. seiner Organe gewährleistet ist».<sup>26</sup> Der Kanton Schwyz will mit den besonders wenigen Rechtsbestimmungen zum Initiativrecht so sein Ziel einer «echten Mitwirkungs- und Kontrollmöglichkeit von unten» verwirklichen. Die neue Kantonsverfassung sieht im Gegensatz zur alten Kantonsverfassung in § 33 Abs. 2 KV vor, dass der Gesetzgeber weitere Bestimmungen (wie beispielsweise Fristen) regeln kann. Der Kantonsrat hat bis *dato* aber keine gesetzlichen Grundlagen für das Initiativrecht geschaffen. Damit verpasst der Gesetzgeber m.E. die einmalige Gelegenheit, für die Stimmberechtigten, für die Regierung und für sich selbst klare Regeln beim Initiativrecht zu schaffen. Dies würde dazu führen, die Rechtssicherheit zu erhöhen, was wiederum dazu beitragen würde, die Rechtskontinuität zu wahren.

### 3.3 Verfahren

Die Kantonsverfassung behandelt die Verfassungsinitiative und die Gesetzesinitiative verfahrenstechnisch und rechtlich gleich. Die Ausgestaltung beider Initiativen wird im Folgenden deshalb zusammen behandelt. In den nachfolgenden Ausführungen werden beide Typen deshalb kurz als «Volksinitiative», «Volksbegehren», «Initiative» oder «Initiativbegehren» bezeichnet. Die Verfassung selbst spricht selbst nur von «Initiative» (vgl. §§ 28 ff. KV).

#### 3.3.1 Initianten

Ungeachtet des restriktiven Wortlauts von Art. 51 Abs. 1 BV, kennen die meisten Kantone ein niedriges Unterschriftenquorum für die Einreichung eines Initiativbegehrens.<sup>27</sup> Die Zahl der für eine Volksinitiative erforderlichen Unterschriften wird im Kanton Schwyz auf Verfassungsstufe geregelt. Gemäss § 28 KV können 2'000 Stimmberechtigte eine Volksinitiative einreichen.

Im Gegensatz zu anderen Kantonen kennt der Kanton Schwyz das Einzelinitiativrecht für je einen einzelnen Stimmberechtigten bzw. einer einzelnen Stimmberechtigten nicht.<sup>28</sup> Das Einzelinitiativrecht gilt nur auf

<sup>26</sup> Arbeitsgruppe KV-Revision, Anm. 11, S. 80.

<sup>27</sup> Ulrich Häfelin/Walter Haller/Helen Keller/Daniela Thurnherr, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 9. Aufl., Zürich 2016, N 1019; Andreas Marcel Töndury, Die kantonale Verfassungsinitiative – Ausfluss des Selbstkonstituierungsrechts des Volkes und Anforderung des Bundes an die Kantone, in: ZSR 2007 I, Basel 2007, S. 14 f.

<sup>28</sup> Hangartner/Kley, Anm. 20, N 2062.

## D

Stufe der Gemeinden und Bezirke (§ 37 KV i.V.m. § 9 Abs. 2 des Gesetzes über die Organisation der Gemeinden und Bezirke vom 25. Oktober 2017 [GOG]<sup>29</sup>).<sup>30</sup>

Aufgrund der Verfassungstradition kennt der Kanton Schwyz jedoch das Einzelinitiativrecht für die Mitglieder des Kantonsrates (§ 63 nGOKR). Früher ergab sich dieses Recht explizit aus der Kantonsverfassung (§ 33 aKV). Ein einzelnes Mitglied des Kantonsrates kann gestützt auf § 63 Abs. 1 nGOKR mittels Einzelinitiative eine Verfassungs- oder Gesetzesänderung anregen. Diese kann als allgemeine Anregung oder als ausgearbeiteter Entwurf schriftlich eingereicht werden. Der Kantonsrat entscheidet über die Erheblichkeit (§ 63 Abs. 3 nGOKR). Er kann den bereits formulierten Text unverändert genehmigen. Diese Verfassungs- oder Gesetzesänderung untersteht dann entweder dem obligatorischen oder dem fakultativen Referendum (§§ 34 f. KV).

Der Regierungsrat beteiligt sich an der Rechtsetzung in dem er dem Kantonsrat Vorlagen zu Verfassung, Gesetzen, Verordnungen und Beschlüssen unterbreitet (§ 60 Abs. 2 Bst. a nGOKR). Demnach steht dem Regierungsrat als Kollegialbehörde ein faktisches Initiativrecht zu (vgl. § 9 Abs. 1 GORR<sup>31</sup>). Das Einzelinitiativrecht jedes einzelnen Mitgliedes des Regierungsrates war in der alten Kantonsverfassung ausdrücklich normiert (§ 46 Abs. 7 aKV). Dieses wurde mit der neuen Kantonsverfassung gestrichen.

### 3.3.2 Sperrfristen

Verfassungsinitiativen müssen jederzeit eingereicht werden können (Art. 51 Abs. 1 BV). Sperrfristen für Verfassungsinitiativen sind daher unzulässig.<sup>32</sup> Demgegenüber sind Sperrfristen bei Gesetzesinitiativen grundsätzlich erlaubt.<sup>33</sup> Die Schwyzer Kantonsverfassung sieht – wie die meisten anderen Kantone – aber keine Sperrfrist für Initiativbegehren vor. Volksinitiativen können deshalb jederzeit eingereicht werden.<sup>34</sup>

---

<sup>29</sup> SRSZ 152.100.

<sup>30</sup> Vgl. zum Ganzen Friedrich Huwyler, Gemeindeorganisation des Kantons Schwyz, Schwyz 2009, S. 77; Gander, Anm. 10, S. 398.

<sup>31</sup> Geschäftsordnung für den Regierungsrat vom 7. Januar 1987, SRSZ 143.112.

<sup>32</sup> Alexander Ruch, in: Bernhard Ehrenzeller/Benjamin Schindler/Rainer J. Schweizer/Klaus A. Vallender (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. Aufl., 2014, Art. 51, N 13, Töndury, Anm. 27, S. 12.

<sup>33</sup> Hangartner/Kley, Anm. 20, N 2065.

<sup>34</sup> Der Vollständigkeit halber sei zu erwähnen, dass das schwyzerische Recht nur bei kommunalen Einzel- und Pluralinitiativen eine fakultative Sperrfrist von zwei Jahren vorsieht (§ 10 Abs. 2 GOG).

### 3.3.3 Einreichung

Über die formellen Voraussetzungen des Initiativbegehrens schweigen sich die §§ 28 ff. KV aus. Auch die alte Kantonsverfassung hat zur Form, die bei der Einreichung einer Volksinitiative zu beachten ist, geschwiegen.<sup>35</sup> Viele Regelungen ergeben sich deshalb aus der Praxis des Kantons- und Regierungsrates, d.h. aus dem Gewohnheitsrecht.

Aus den §§ 28 ff. KV lässt sich nur analog ableiten, dass das Initiativbegehren schriftlich einzureichen ist. Auf jedem Unterschriftenbogen muss der gleiche Wortlaut des Initiativbegehrens abgedruckt sein.<sup>36</sup> Zudem muss der Unterschriftenbogen so gestaltet sein, dass eine Beglaubigung und damit eine Identifizierung der Unterzeichnerinnen und Unterzeichner des Begehrens möglich ist.<sup>37</sup> Weitere Formerfordernisse für den Unterschriftenbogen lassen sich weder aus der Verfassung noch aus dem Gesetz ableiten. Insbesondere Hinweise zu Strafbestimmungen oder eine Begründung des Initiativbegehrens sind deshalb fakultativ auf den Bogen abzudrucken.

Da der Kanton Schwyz keine Sammelfrist für Initiativbegehren kennt, müssen diese auch nicht angemeldet werden. Das Initiativbegehren wird erst nach dem Zustandekommen im Amtsblatt veröffentlicht.<sup>38</sup>

---

<sup>35</sup> Huwyler, Anm. 10, S. 72.

<sup>36</sup> Gander, Anm. 10, S. 383; Hangartner/Kley, Anm. 20, N 2065; Huwyler, Anm. 10, S. 72.

<sup>37</sup> Der Verfassungsgeber hat die Hürden für die Einreichung einer Volksinitiative bewusst tief gehalten. Er hat es insbesondere unterlassen, Regelungen zu treffen, welche persönlichen Angaben zur Identifikation und damit zur Beglaubigung notwendig sind. Eine Heranziehung der rechtlichen Erfordernisse für eidgenössische Volksinitiativen (vgl. Art. 60 Abs. 1 Bst. a i.V.m. Art. 61 Abs. 1 und 2 BPR) ist gerade deshalb abzulehnen, da dies zu einer Erschwerung des Verfahrens hinauslaufen würde. Die von der Schweizerischen Bundeskanzlei herausgegebenen gesamtschweizerisch einheitlichen Kurzbelegungszeichen für die Bescheinigung des Stimmrechts (vgl. Schweizerische Bundeskanzlei, Sektion Politische Rechte, Stimmrechtsbescheinigung, 2. Aufl., 2015, S. 13) können bei kantonalen Volksinitiativen deshalb nur bedingt als Grundlage für die Nichtbescheinigung von Unterschriften dienen. Namentlich können ein falsches Geburtsdatum oder eine falsche Adressangabe noch nicht zur Ungültigkeit der Unterschrift führen, solange der Stimmberechtigte bzw. die Stimmberechtigte mittels anderer Angaben klar identifizierbar ist.

<sup>38</sup> Statt vieler Abl 2015, S. 1122.

## D

In einigen Kantonen findet vor der Unterschriftensammlung eine formelle Vorprüfung des Initiativbegehrens statt.<sup>39</sup> Auch im Bund ist die Vorprüfung von Volksinitiativen explizit vorgesehen (Art. 69 des Bundesgesetzes über die Politischen Rechte 17. Dezember 1976 [BPR]<sup>40</sup>). Das schweizerische Recht kennt demgegenüber keine formelle Vorprüfung von Volksinitiativen. Die Staatskanzlei kann lediglich «unverbindliche Meinungsäusserungen»<sup>41</sup> zu den Begehren abgeben.<sup>42</sup> Über die formelle und materielle Gültigkeit einer Volksinitiative entscheidet der Kantonsrat endgültig (§§ 30 Abs. 2 und 31 Abs. 1 KV). Laut Hangartner und Kley ist es jedoch ratsam, «eine informelle, rechtlich nicht verbindliche Vorprüfung durch die Staatskanzlei oder ein Departement» durchführen zu lassen, damit das Initiativbegehren nicht nachträglich vom Parlament aus formellen Gründen für ungültig erklärt wird.<sup>43</sup>

Im Rahmen der Behandlung des Initiativbegehrens «NEIN zum Lehrplan 21»<sup>44</sup> haben mehrere Mitglieder des Kantonsrates dem Initiativkomitee vorgeworfen, dass sie es versäumt hätten, ihr Begehren der Staatskanzlei oder dem Sicherheitsdepartement zur informellen Vorprüfung vorzulegen.<sup>45</sup> Die Initiative wurde u.a. aus formellen Gründen vom Kantonsrat für ungültig erklärt.<sup>46</sup> Das Risiko einer nachträglichen Ungültigkeitserklärung hätte m.E. mit einer informellen Vorprüfung wohlmöglich verhindert werden können. Einerseits wäre eine informelle Vorprüfung durch die Staatskanzlei demzufolge immer geboten. Andererseits ist aber festzuhalten, dass einzig der Kantonsrat abschliessend und unabhängig vom Ergebnis

---

<sup>39</sup> Bei der formellen Vorprüfung werden namentlich der Titel, die Formulierung, die Begründung und die Unterschriftenliste auf ihre rechtliche Zulässigkeit geprüft (vgl. Hangartner/Kley, Anm. 20, N 2077). Die Kantone St. Gallen und Waadt kennen dagegen auch eine materielle Vorprüfung von Volksinitiativen. Bei der materiellen Vorprüfung werden sowohl die formellen Anforderungen (Einheit der Materie, Einheit der Form und Durchführbarkeit) als auch die inhaltliche Rechtmässigkeit überprüft. Die Prüfung findet durch den Regierungsrat vor der Unterschriftensammlung statt (vgl. Auer, Anm. 9, N 1084 m.w.Verw.).

<sup>40</sup> SR 161.1.

<sup>41</sup> Hangartner/Kley, Anm. 20, N 2077.

<sup>42</sup> Vgl. bspw. RRB Nr. 196/2017, E. 1.2 und 4.4.3 mit Verweisen zur informellen, rechtlich nicht verbindlichen Vorprüfung der Staatskanzlei zur Gültigkeit der Initiative «Für die Offenlegung der Politikfinanzierung (Transparenzinitiative)» vor dem Beginn der Unterschriftensammlung.

<sup>43</sup> Hangartner/Kley, Anm. 20, N 2077.

<sup>44</sup> Vgl. RRB Nr. 567/2015.

<sup>45</sup> Verhandlungsprotokoll des Kantonsrates vom 18. November 2015, S. 934 ff.

<sup>46</sup> Abl 2015, S. 2669 f. Die Ungültigkeitserklärung der Volksinitiative wurde vom Bundesgericht bestätigt (BGer, Urteil vom 5. Oktober 2016, 1C\_665/2016).

der informellen Vorprüfung durch die Staatskanzlei über die Gültigkeit des Initiativbegehrens entscheidet.<sup>47</sup>

Vor der Einreichung des Initiativbegehrens bei der Staatskanzlei müssen die Unterschriften in den meisten Kantonen beglaubigt werden.<sup>48</sup> Aus den §§ 28 ff. KV lassen sich zwar keine Beglaubigungspflicht ableiten, jedoch ergibt sich aus der kantonalen Praxis, dass die Unterschrift jeder einzelnen stimmberechtigten Person beglaubigt werden muss.<sup>49</sup> Die Beglaubigung kann vom Initiativkomitee vor der Einreichung bei den Gemeinden und Bezirken selbst eingeholt werden. Unterlassen die Initianten die Beglaubigung, so werden die Unterschriften nach der Einreichung durch die Staatskanzlei an die Gemeinden und Bezirke zur Bescheinigung des Stimmrechts weitergeleitet. Beim Initiativbegehren «Axen vors Volk – Für Sicherheit ohne Luxustunnel» haben die Initianten beispielsweise die Unterschriften selbst durch die Gemeinden und Bezirke beglaubigen lassen.<sup>50</sup> Demgegenüber hat das Initiativkomitee beim Initiativbegehren «Für eine flächendeckende Präsenz der Schwyzer Kantonalbank» die Unterschriften unbeglaubigt bei der Staatskanzlei eingereicht. Die Staatskanzlei hat die Unterschriftenbögen den Gemeinden und Bezirken selbstständig zur Beglaubigung zukommen lassen.<sup>51</sup> Wer sicher gehen möchte, dass sein Initiativbegehren vor der Einreichung über 2'000 gültige Unterschriften verfügt, der muss um die Beglaubigung selbst besorgt sein. Ansonsten wird riskiert, dass das Initiativbegehren wegen der ungenügenden Anzahl gültiger Unterschriften nicht zustande kommt.<sup>52</sup> Eine Nachsammlung bzw. Nachreichung von fehlenden Unterschriften ist nicht gestattet.

### 3.3.4 Behandlung

Nach der Einreichung des Initiativbegehrens prüft der Regierungsrat, ob eine Initiative zustande gekommen ist (§ 30 Abs. 1 KV). Der Regierungsrat erstattet dem Kantonsrat Bericht und Antrag zum Initiativbegehren (§ 60

---

<sup>47</sup> Um Kontroversen betreffend die formelle Gültigkeit zwischen den Institutionen und im Parlament selbst zu vermeiden, schlagen Hangartner und Kley allen Kantonen vor, die Vorprüfung im Hinblick auf die formelle Rechtmässigkeit einzuführen, wobei die vorprüfende Behörde die Kompetenz haben sollte, hinsichtlich der weiteren Behandlung des Initiativbegehrens verbindliche Feststellungen treffen zu können (Hangartner/Kley, Anm. 20, N 2077).

<sup>48</sup> Hangartner/Kley, Anm. 20, N 2079.

<sup>49</sup> Vgl. RBRR 1960, S. 109 f., RRB 3775/63 vom 2. Dezember 1963, zit. nach Huwyler, Anm. 10, S. 72.

<sup>50</sup> RRB Nr. 3/2016, E. 1.2.

<sup>51</sup> RRB Nr. 1089/2015, E. 1.

<sup>52</sup> Hangartner/Kley, Anm. 20, N 2083.

## D

Abs. 2 Bst. a nGOKR). Die Ratsleitung des Kantonsrates weist das Initiativbegehren vor der Behandlung im Plenum zusammen mit dem Bericht und Antrag des Regierungsrates an eine vorberatende Kommission (§ 12 Abs. 1 Bst. a nGOKR). Die vorberatende Kommission erstattet dem Kantonsrat Bericht und Antrag (§ 13 Abs. 1 nGOKR). Auf Einladung der Kommission kann eine Abordnung des Initiativkomitees die Initiative im Rahmen der Kommissionssitzung vorstellen oder eine Stellungnahme zuhanden der Kommissionsmitglieder zukommen lassen. Es besteht jedoch kein verfassungsmässiges Recht der Bürger oder des Initiativkomitees auf Anhörung oder auf Einladung zu einer Stellungnahme, wenn die Kommission den Antrag an den Kantonsrat über die Gültigkeit einer Initiative entscheiden.<sup>53</sup> Es obliegt der Kommission, abschliessend darüber zu befinden, wie und in welcher Form sich die Abordnung des Initiativkomitees äussern darf. Dies würde sich anders verhalten, falls der Gesetzgeber einen solchen Anspruch im kantonalen Recht festschreiben würde.

Der Kantonsrat prüft die Gültigkeit einer Volksinitiative (§ 30 Abs. 2 KV) und entscheidet über Annahme oder Ablehnung (§ 31 Abs. 1 KV).<sup>54</sup> Stimmt der Kantonsrat einer Initiative zu, so wird der ausgearbeitete Entwurf oder der vom Kantonsrat aufgrund einer allgemeinen Anregung gefasste Beschluss dem obligatorischen oder dem fakultativen Referendum unterstellt (§ 31 Abs. 2 KV).<sup>55</sup> Lehnt der Kantonsrat eine Initiative ab, so entscheidet das Volk über diese (Obligatorisches Referendum, §§ 31 Abs. 3 i.V.m. 34 Abs. 1 Bst. c KV). Der Kantonsrat kann einem ausgear-

---

<sup>53</sup> BGE 123 I 63 E. 2 S. 66–70; BGE 139 I 292 nicht publizierte E. 4, siehe hierfür BGer, Urteil vom 23. August 2013, 1C\_127/2013.

<sup>54</sup> Zur Frage der Gültigkeit einer Initiative siehe unten Ziff. 3.3.6.

<sup>55</sup> Die Behandlung der Initiativen im Kantonsrat wurde im Rahmen der letzten Totalrevision der Verfassung vereinfacht. Stimmt die Mehrheit des Kantonsrates einer eingereichten Initiative zu, so findet darüber nicht automatisch eine Volksabstimmung statt. Eine Abstimmung wird nur noch dann durchgeführt, wenn das fakultative Referendum (§ 35 Abs. 1 KV) ergriffen oder wenn die Voraussetzungen für ein obligatorisches Referendum erfüllt sind (§ 34 Abs. 2 KV). Über Initiativen, die eine Teilrevision der Kantonsverfassung verlangen oder eine internationale bzw. interkantonale Vereinbarung mit Verfassungsrang ändern wollen, wird obligatorisch abgestimmt (§ 34 Bst. a und b KV). Dieses Verfahren führt gerade bei der Initiative auf Totalrevision der Kantonsverfassung, die nur als allgemeine Anregung eingereicht werden darf (§ 29 Abs. 2 KV), zu einer Besonderheit, welche in der Schweiz nur in drei weiteren Kantonen vorkommt: Stimmt der Kantonsrat einer Initiative auf Totalrevision der Kantonsverfassung mit einfacher Mehrheit zu, findet keine Volksabstimmung i.S.e. Grundsatzentscheidendes statt. Erst der ausgearbeitete Verfassungsentwurf untersteht dem obligatorischen Referendum gemäss § 34 Abs. 1 Bst. a KV (vgl. Auer, Anm. 9, N 1044; Verfassungskommission, Schwyzer Kantonsverfassung, Bericht und Vorlage an den Kantonsrat vom 17. Dezember 2009, S. 61).



beiteten Entwurf oder seinem Beschluss einen Gegenvorschlag gegenüberstellen (§ 32 Abs. 1 KV).<sup>56</sup> Initiativen, denen ein Gegenvorschlag gegenübergestellt wird, werden obligatorisch zur Abstimmung gebracht (§ 34 Bst. d KV).

Der Ablehnungs- oder Annahmeentscheid des Kantonsrates bildet zugleich die Abstimmungsempfehlung an die Stimmberechtigten.<sup>57</sup> Die Stimmberechtigten werden über das Initiativbegehren mit einem erläuternden Bericht informiert, der auch über die Auffassung wesentlicher Minderheiten im Rahmen der kantonsrätlichen Debatte tragen und auf sachliche Argumente des Initiativkomitees eingehen muss (§ 57 Abs. 2 Bst. c und d nGOKR).<sup>58</sup>

### 3.3.5 Gültigkeitsvoraussetzungen

Das schwyzerische Verfassungsrecht stellt vier Voraussetzungen auf, damit eine Initiative gültig ist (§ 30 Abs. 3 KV). Initiativen sind durch den Kantonsrat als gültig zu erklären, wenn sie die Einheit der Form und die Einheit der Materie wahren (Bst. a), nicht gegen übergeordnetes Recht verstossen (Bst. b) und nicht offensichtlich undurchführbar sind (Bst. c).<sup>59</sup> Gegen Entscheide des Kantonsrates betreffend die Ungültigkeit von Initiativen ist geschützt auf Art. 82 Bst. c des Bundesgesetzes über das Bundesgericht vom 17. Juni 2005 (BGG)<sup>60</sup> die Beschwerde an das Bundesgericht zulässig.<sup>61</sup>

#### 3.3.5.1 Einheit der Form

<sup>56</sup> Vgl. hierzu § 46a WAG; des Weiteren Gander, Anm. 10, S. 391–394.

<sup>57</sup> Hangartner/Kley, Anm. 20, N 2089.

<sup>58</sup> Vgl. VGE III 2017 152, Entscheid vom 2. November 2017, E. 6.1–6.2.5. Vgl. zum Ganzen auch Thomas Sägger, Amtliche Abstimmungserläuterungen: Grundlagen, Grundsätze und Rechtsfragen, in: AJP 23/2014, S. 924–940.

<sup>59</sup> Vgl. zu weiteren, teilweise auch ungeschriebenen Gültigkeitsvoraussetzungen Auer, Anm. 9, N 1064–1073.

<sup>60</sup> SR 173.110.

<sup>61</sup> Seit der Inkraftsetzung der neuen Kantonsverfassung hat der Kantonsrat nur ein Initiativbegehren in globo für ungültig erklärt. Der Regierungsrat beantragte dem Kantonsrat das Initiativbegehren «NEIN zum Lehrplan 21» aus zwei Gründen ungültig zu erklären: Erstens verstosse «die Einführung eines Referendumsrechts auf Gesetzesstufe gegen die Kantonsverfassung, weil diese die Gegenstände und Modalität des Referendums [...] abschliessend» (vgl. RRB Nr. 567/2015 E. 5.) regle. Zweitens verstosse «die Initiative gegen die Einheit der Form, weil sie in unzulässiger Weise einen ausgearbeiteten Entwurf mit einer allgemeinen Anregung verbindet» (ebd.). Am 18. November 2015 hat der Kantonsrat das Initiativbegehren «NEIN zum Lehrplan 21» mit 86 zu 3 Stimmen für ungültig erklärt (Verhandlungsprotokoll des Kantonsrates vom 18. November 2016, S. 939; ABl 2015, S. 2669 f.). Der Entscheid wurde vom Bundesgericht bestätigt (vgl. BGer, Urteil vom 5. Oktober 2016, 1C\_665/2015).

## D

Der Grundsatz der Einheit der Form besagt, dass das Initiativbegehren entweder als allgemeine Anregung oder als ausgearbeiteter Entwurf eingereicht werden muss. Aus dem Begehren muss ersichtlich sein, ob ein definitiver Gesetzes- bzw. Verfassungstext vorliegt oder ob der Kantonsrat zur Ausarbeitung einer Vorlage beauftragt werden soll.<sup>62</sup> Mischformen sind unzulässig.<sup>63</sup> Die Stimmberechtigten sollen über die Folgen einer Annahme einer Initiative Bescheid wissen. Dies wäre bei einer Initiative, welche die Form nicht einhält, nicht gegeben.<sup>64</sup> Der Wortlaut der Schwyzer Verfassung lässt es ausserdem explizit nicht zu, dass bei einer Vermischung der Formen das Begehren als Ganzes als allgemeine Anregung entgegengenommen wird.<sup>65</sup>

### 3.3.5.2 Einheit der Materie

Mit der Einheit der Materie soll die demokratische Willensbildung gewährleistet werden. Erstens muss der wirkliche Wille der Initianten ermittelt werden können und zweitens muss bei der Abstimmung über die Initiative der Wille der Stimmberechtigten zuverlässig und unverfälscht zum Ausdruck kommen.<sup>66</sup> Gemäss Bundesgericht verlangt der Grundsatz der Einheit der Materie zusammenfassend, dass zwei oder mehrere Sachfragen und Materien nicht in einer Art und Weise miteinander zu einer Abstimmungsvorlage verbunden werden, die die Stimmberechtigten in eine Zwangslage versetzen und ihnen keine freie Wahl zwischen den einzelnen Teilen der Initiative belassen. Wird die Einheit der Materie missachtet, können die Stimmbürgerinnen und Stimmbürger ihre Auffassung nicht ihrem Willen gemäss zum Ausdruck bringen. Sie müssten entweder der Vorlage *in globo* zustimmen, auch wenn sie einen oder gewisse Teile missbilligen, oder sie müssten die Vorlage ablehnen, obwohl sie Teile des Begehrens befürworten.<sup>67</sup>

---

<sup>62</sup> Hangartner/Kley, Anm. 20, N 2108.

<sup>63</sup> BGer, Urteil vom 5. Oktober 2016, 1C\_665/2015, E. 3.4.2; Gander, Anm. 10, S. 383.

<sup>64</sup> Auer, Anm. 9, N 1068.

<sup>65</sup> BGer, Urteil vom 5. Oktober 2016, 1C\_665/2015, E. 3.4.2; vergleiche für die mildere Rechtsfolge bspw. Art. 25 Abs. 2 der Verfassung des Kantons Zürich vom 27. Februar 2005 (LS 101).

<sup>66</sup> Hangartner/Kley, Anm. 20, N 2111.

<sup>67</sup> Statt vieler: BGE 129 I 366 E. 2.2 S. 370; 90 I 69 E. 2 S. 72; 104 Ia 215 E. 2b S. 223; 99 Ia 724 E. 3 S. 731–733; 97 I 699 E. 3 S. 672. Vgl. auch Auer, Anm. 9, N 1067.

### 3.3.5.3 Vereinbarkeit mit übergeordnetem Recht

Initiativen dürfen nicht gegen übergeordnetes Recht verstossen; d.h. eine kantonale Gesetzesinitiative darf nicht gegen das Bundesrecht, das Völkerrecht, das interkantonale Recht und das kantonale Verfassungsrecht verstossen; eine kantonale Verfassungsinitiative darf nicht gegen das Bundesrecht, das Völkerrecht und das internationale Recht verstossen.<sup>68</sup> Für die Beurteilung der Rechtmässigkeit einer Initiative ist deren Text nach den Interpretationsgrundsätzen auszulegen. Das Bundesgericht hält fest, dass von den verschiedenen Auslegungsmöglichkeiten jene zu wählen ist, «die einerseits dem Sinn und Zweck der Initiative am besten entspricht und zu einem vernünftigen Ergebnis führt und welche andererseits im Sinne der verfassungskonformen Auslegung mit dem übergeordneten Recht von Bund und Kanton vereinbaren erscheint. Kann der Initiative ein Sinn beigemessen werden, der sie nicht klarerweise als unzulässig erscheinen lässt, ist sie als gültig zu erklären und der Volksabstimmung zu unterstellen.»<sup>69</sup> Das Bundesgericht stellt zudem klar, dass kein Rechtsanspruch bestehe, dass rechtswidrige Initiativen dem Volk nicht unterbreitet werden.<sup>70</sup> Aus dem schwyzerischen Recht lässt sich solch ein Anspruch auch nicht ableiten. Dies ist insoweit konsequent, als die Unrechtmässigkeit einer vom Volk angenommenen Vorlage nachträglich in einem Beschwerdeverfahren nach Art. 82 Bst. a oder b BGG geprüft werden kann. Der Rechtsschutz erfolgt damit erst nach der Abstimmung.<sup>71</sup>

### 3.3.5.4 Durchführbarkeit

Eine Initiative ist gültig, wenn sie nicht offensichtlich undurchführbar ist. Im Umkehrschluss bedeutet dies, dass Initiativen als ungültig zu erklären sind, wenn offensichtlich ist, dass sie im Fall ihrer Annahme «faktisch nicht vollzogen werden können»<sup>72</sup>. Es wäre ungerechtfertigt und sinnlos, die Stimmbürgerinnen und Stimmbürger über eine Initiative entscheiden zu lassen, die nicht vollzogen werden kann, weil sich die Verwirklichung der Forderung als unmöglich erweist.<sup>73</sup> Der Undurchführbarkeitsgrund muss objektiv unüberwindbar sein.<sup>74</sup>

---

<sup>68</sup> Hangartner/Kley, Anm. 20, N 2118.

<sup>69</sup> BGE 139 I 292 E. 5.7 S. 296 m.w.Verw.; Gander, Anm. 10, S. 386.

<sup>70</sup> BGE 139 I 195 E. 1.3.2 S. 199 f.

<sup>71</sup> Ebd.

<sup>72</sup> Gander, Anm. 10, S. 387.

<sup>73</sup> Auer, Anm. 9, N 1070; Gander, Anm. 10, S. 387.

<sup>74</sup> Ebd. m.w.H.u.Verw.

## D

### 3.3.5.5 Teilungültigkeit

Auch wenn die Schwyzer Verfassung die teilweise Ungültigerklärung von Initiativen nicht ausdrücklich vorsieht, wird sie vom Bundesgericht voraus- und durchgesetzt.<sup>75</sup> Das Gebot der Teilungültigkeitserklärung von Volksinitiativen ergibt sich aus dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit (Art. 5 Abs. 2 BV) und der Abstimmungsfreiheit (Art. 34 BV).<sup>76</sup> Gemäss der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichts gebietet ebendieser Grundsatz, «eine Initiative nicht als Ganzes für ungültig zu erklären, wenn nur ein Teil davon rechtswidrig ist und vernünftigerweise anzunehmen ist, die Unterzeichner der Initiative hätten den gültigen Teil auch unterzeichnet, wenn er ihnen allein unterbreitet worden wäre. Dies ist dann der Fall, wenn der verbleibende Teil der Initiative nicht von untergeordneter Bedeutung ist, sondern noch ein sinnvolles Ganzes im Sinne der ursprünglichen Stossrichtung ergibt, sodass die Initiative nicht ihres wesentlichen Gehaltes beraubt wird.»<sup>77</sup>

### 3.3.6 Behandlungsfristen

Das Bundesgericht hält fest, dass Initiativbegehren binnen angemessener Frist zur Abstimmung zu unterbreiten sind. Das bedeutet, dass ein Begehren «soit soumise à la votation populaire dans un délai convenable qui en sauvegarde l'actualité au moment où le peuple doit se prononcer»<sup>78</sup>. Damit Behandlungen von Volksbegehren durch die Behörden nicht mutwillig verzögert werden, kennen viele Kantone gesetzliche Fristen für die Behandlung von Initiativen.<sup>79</sup> Solche Fristen können als notwendig erachtet werden, da bei der Behandlung einer Volksinitiative zwischen dem Gesetzgeber und dem Verfahren der Volksinitiative immer ein Spannungsverhältnis besteht. Volksinitiativen haben notgedrungen den Ausdruck eines Misstrauensvotums gegenüber der Gesetzgebungstätigkeit des Parlaments, tritt erstere doch immer als Ersatz zum Gesetzgeber auf.<sup>80</sup>

Die Schwyzer Kantonsverfassung sieht im Rahmen des Initiativrechts nur eine Frist vor: Der Kantonsrat muss gemäss § 33 Abs. 1 KV innert 18

---

<sup>75</sup> BGer, Urteil vom 5. Oktober 2016, 1C\_665/2015, E. 3.5.2.

<sup>76</sup> Auer, Anm. 9, N 1073.

<sup>77</sup> BGer, Urteil vom 5. Oktober 2016, 1C\_665/2015, E. 3.5.2; vgl. auch BGE 139 I 292 E. 7.2.3 S. 298 f.

<sup>78</sup> BGE 101 Ia 492 E. 6 S. 500.

<sup>79</sup> Hangartner/Kley, Anm. 20, N 2019; Auer, Anm. 9, N 1089.

<sup>80</sup> Zum Ganzen siehe Goran Seferovic, Volksinitiative zwischen Recht und Politik, Die staatsrechtliche Praxis in der Schweiz, den USA und Deutschland, Habil. Zürich 2017, Bern 2018, N 79.

Monaten über die Annahme oder Ablehnung eines Initiativbegehrens entscheiden. Mit der Einführung einer Frist wollte der Verfassungsgeber erreichen, dass sich der Kantonsrat mit dem Anliegen einer Initiative befasst, solange dieses noch aktuell ist.<sup>81</sup> Weil jedoch nähere Ausführungsbestimmungen, wie beispielsweise Sanktions- oder Folgemöglichkeiten bei Nichtbeachtung der Frist, fehlen, muss die Frist gemäss § 33 Abs. 1 KV als eine reine Ordnungsfrist angesehen werden. Ordnungsfristen, die verletzt werden, ziehen aber keine rechtlichen Folgen nach sich.<sup>82</sup> Die Regelung in § 33 Abs. 1 KV ist m.E. deshalb ein untauglicher Versuch, eine allfällige Verzögerung eines Initiativbegehrens zu verhindern.

Ein eindrückliches Beispiel aus der Praxis ist die Behandlung des Initiativbegehrens «PlusEnergiehaus – das Kraftwerk für den Kanton Schwyz»<sup>83</sup>. Das Initiativbegehren wurde am 8. Januar 2014 bei der Staatskanzlei eingereicht.<sup>84</sup> Der Kantonsrat hat das Initiativbegehren am 16. März 2016 als gültig erklärt und abgelehnt. Zwischen der Einreichung der Initiative und dem Kantonsratsbeschluss lagen 26 Monate und 8 Tage. Die Volksabstimmung fand am 21. Mai 2017 statt. Obwohl die 18-Monats-Frist nicht eingehalten wurde, gab es keine Konsequenzen.

Dem Problem von möglichen Verzögerungen bei der Behandlung von Volksinitiativen kann mit Fristen entgegengewirkt werden.<sup>85</sup> § 33 Abs. 2 KV fordert den Gesetzgeber sogar explizit auf, weitere Fristen im Gesetz vorzusehen. Der Kantonsrat hat bis *dato* jedoch noch nie von seiner diesbezüglichen Gesetzgebungskompetenz Gebrauch gemacht. Es obliegt dem Kantonsrat den Gesetzgebungsauftrag umzusetzen, damit sich Parlament und Regierung einen allfälligen Vorwurf der vorsätzlichen Verzögerung eines Initiativbegehrens präventiv nicht gefallen lassen müssen.

### 3.3.7 Rückzug und Sistierung

Das kantonale Recht des Kantons Schwyz regelt den Rückzug einer eingereichten Initiative nicht. Auch wenn eine gesetzliche Grundlage fehlt, die den Rückzug von Initiativbegehren regelt, muss es trotzdem zulässig

---

<sup>81</sup> Verfassungskommission, Anm. 55, S. 63.

<sup>82</sup> Hangartner/Kley, Anm. 20, N 2091.

<sup>83</sup> Vgl. RRB Nr. 796/2015.

<sup>84</sup> RRB Nr. 796/2015, E. 2.1.

<sup>85</sup> Hangartner/Kley, Anm. 20, N 2091.

## D

sein, dass Initiativkomitees Rückzugsklauseln für ihre Begehren vorsehen.<sup>86</sup> Die schwyzerische Praxis lässt demnach auch die Möglichkeit des Rückzugs von Initiativbegehren zu, wenn die Unterschriftenbögen eine Rückzugsklausel enthalten haben.<sup>87</sup> Der Rückzug von Initiativen kann bis zur regierungsrätlichen Anordnung der Volksabstimmung durch das Initiativkomitee vorgenommen werden.<sup>88</sup> Versäumt es das Initiativkomitee, eine Rückzugsermächtigung auf den Unterschriftenbögen vorzusehen, so kann das Begehren nach der Einreichung nicht mehr zurückgezogen werden. Mit der Einreichung des Initiativbegehrens stellt es rechtlich nicht ein Begehren eines Initiativkomitees oder einer politischen Partei bzw. Organisation dar, sondern es wird zum Begehren aller Stimmbürgerinnen und Stimmbürger, die es unterschrieben haben.<sup>89</sup>

Eine immer wieder aufkommende Frage im Kanton Schwyz ist die Möglichkeit einer Sistierung von Initiativbegehren. Unter der alten Kantonsverfassung hat der Regierungsrat die Möglichkeit einer Sistierung jeweils bejaht.<sup>90</sup> Nach Inkrafttreten der neuen Kantonsverfassung verneinte der Regierungsrat erstmals bei der Volksinitiative «PlusEnergiehaus – das Kraftwerk für den Kanton Schwyz»<sup>91</sup> mit Verweis auf die in § 33 Abs. 1 KV geregelte Behandlungsfrist von Initiativbegehren die Zulässigkeit der Sistierung von ebendiesen. Die Regierung begründete dies damit, dass der Verfassungsgeber mit der Einführung einer Ordnungsfrist explizit verhindern wollte, dass Initiativen «auf die lange Bank geschoben werden».<sup>92</sup> Der Kantonsrat hat sich der Auffassung des Regierungsrates an seiner Sitzung vom 16. März 2016 angeschlossen und damit implizit entschieden, dass Sistierungen von Initiativbegehren nach neuem Verfassungsrecht gänzlich nicht mehr möglich sind.<sup>93</sup>

---

<sup>86</sup> Hangartner/Kley, Anm. 20, N 2095. Eine gesetzliche Pflicht, eine Rückzugsklausel bei einem Initiativbegehren anzuführen, besteht im Kanton Schwyz explizit nicht (a.M. Auer, Anm. 9, S. 1079).

<sup>87</sup> Gander, Anm. 10, S. 391; Hangartner/Kley, Anm. 20, N 2095 m.w.H.; Huwyler, Anm. 10, S. 73 m.w.Verw.

<sup>88</sup> Gander, Anm. 10, S. 391 m.w.H. Zum Rückzugsverfahren innerhalb des Initiativkomitees siehe Hangartner/Kley, Anm. 20, N 2098.

<sup>89</sup> Hangartner/Kley, Anm. 20, N 2096.

<sup>90</sup> Vgl. RRB Nr. 91/2016 E. 2.1.2. Die letzte Initiative, die vom Kantonsrat sistiert wurde, war das Begehren «Stopp den überbordenden Staatsaufgaben». Regierung und Parlament erachteten die Sistierung für zulässig, da die Initiative noch unter der alten Verfassung eingereicht wurde (vgl. ebd.).

<sup>91</sup> Vgl. RRB Nr. 796/2015.

<sup>92</sup> RRB Nr. 91/2016 E. 2.1.2

<sup>93</sup> Verhandlungsprotokoll des Kantonsrates vom 16. März 2016, S. 1067. Der Entscheid erfolgte mit 49 zu 45 Stimmen.

Gegen den Beschluss des Kantonsrates<sup>94</sup> haben Vertreter des Initiativkomitees Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten vor Bundesgericht geführt.<sup>95</sup> Die Beschwerdeführer machten eine Verletzung von politischen Rechten gemäss Art. 82 Bst. c BGG geltend. Das Bundesgericht trat auf die Beschwerde nicht ein, da die Beschwerdeführer für deren Zulässigkeit die erforderliche Betroffenheit nicht nachweisen konnten. Das Bundesgericht konnte im Hinblick auf die beanstandete Sistierung nicht erkennen, inwiefern dadurch die freie Willensbildung und -äusserung der Stimmbürgerinnen und Stimmbürger beeinträchtigt werden konnte. Vielmehr hielt es fest, dass «[m]it der unterbliebenen Sistierung [...] die unmittelbare Ausübung der politischen Rechte der Stimmbürger nicht in Frage gestellt [wird]. Vielmehr wird die Initiative der Abstimmung zugeführt, sodass die Stimmbürger ihr politisches Recht, an Abstimmungen teilzunehmen, wahrnehmen können.»<sup>96</sup>

Im Umkehrschluss bedeutet dies, dass Sistierungen von Volksinitiativen gemäss § 33 Abs. 1 KV unzulässig sind. Der Vollständigkeit halber ist zu erwähnen, dass der Gesetzgeber unter gewissen Umständen weitere Fristen (vgl. Art. 33 Abs. 2 KV) vorsehen und damit auch Fristerstreckungen auf Gesetzesstufe regeln kann.<sup>97</sup> Inwiefern dann Sistierungen (wieder) ermöglicht werden, muss der Gesetzgeber beantworten.

#### 4. Schlussbetrachtung

Dem Verfassungsgeber ist mit der Neuregelung des Initiativrechts offensichtlich und unbestrittenermassen gelungen, die verschiedenen Initiativarten zu vereinheitlichen und damit das gesamte Verfahren zu vereinfachen. Dies führt zum Schluss, dass die Hürden für die Einreichung einer Initiative in kantonalen Angelegenheiten im Kanton Schwyz tief sind. Man kann regelrecht von einer bürgerfreundlichen, schlanken Ausgestaltung sprechen. Das Initiativrecht wirkt somit als echte Mitwirkungs- und Kontrollmöglichkeit von unten.

Nichtdestotrotz kann das gesamte Verfahren mit der Ergänzung von elementaren Regeln *de lege ferenda* verbessert werden, ohne die Verfahrensregeln unnötigerweise aufzublähen:

---

<sup>94</sup> Publiziert in: Abl 2016, S. 754.

<sup>95</sup> Siehe BGer, Urteil vom 8. Dezember 2016, 1C\_176/2016.

<sup>96</sup> BGer, Urteil vom 8. Dezember 2016, 1C\_176/2016, E. 1.4.

<sup>97</sup> Verfassungskommission, Anm. 55, S. 63; vgl. auch RRB Nr. 91/2016, E. 2.1.2.

## D

I. Einführung von Fristen bei der Behandlung: Gemäss § 33 Abs. 2 KV sieht das Gesetz – neben der Ordnungsfrist von 18 Monaten, innert der der Kantonsrat über Annahme oder Ablehnung einer Initiative beschliesst, – weitere Fristen vor. Diesem Gesetzgebungsauftrag ist der Kantonsrat bis heute nicht nachgekommen. Mit der Schaffung von weiteren Fristen innerhalb des parlamentarischen bzw. regierungsrätlichen Verfahrens kann das Initiativrecht gestärkt werden. Des Weiteren wäre es im Rahmen dieses Gesetzgebungsverfahrens möglich, Fragen zur Sanktions- bzw. Folgemöglichkeiten bei Nichtbeachtung der Ordnungsfrist gemäss § 33 Abs. 1 KV oder zur Möglichkeit einer Sistierung des Verfahrens bei Initiativen abschliessend zu beantworten.

II. Nach wie vor fehlen Regelungen zu technischen Fragen:<sup>98</sup> Mit klaren Vorgaben zu den Angaben auf dem Unterschriftenbogen, zur amtlichen Publikation des Initiativtextes vor Sammelbeginn, den Rechten und Pflichten des Initiativkomitees, zu einer möglichen formellen Vorprüfung sowie zum Beglaubigungsverfahren kann Rechtssicherheit und Rechtsgleichheit hergestellt werden. Dieses Postulat liess sich mit wenigen Bestimmungen im WAG umsetzen, ohne das Initiativrecht komplizierter zu gestalten oder gar zu erschweren.

---

<sup>98</sup> Gander, Anm. 10, S. 408.



---

## Sachregister

---

(Die Zahlenangaben beziehen sich auf die Entscheid-Nummern)

### A

Abgekürztes Verfahren	A 5.6
Alters- und Hinterlassenenversicherung	
- Beitragspflicht	B 2.1
Anklageprinzip	A 4.4
Anzeigepflichten des Versicherungsnehmers	A 2.6
Arbeitslosenversicherung	
- Arbeitsmarktliche Massnahme (Programm zur vorübergehenden Beschäftigung)	B 3.2
- Einstellung in der Anspruchsberechtigung / ungenügende Arbeitsbemühungen	B 3.1
Arbeitsvergebung	
- Vorbefassung	B 11.1

### B

Bankkontosperr	A 2.1
Baurecht (siehe Planungs- und Baurecht)	
Baubewilligung	
- Beschwerdelegitimation	C 2.4
- Einsprachekosten	C 2.5
- Gebäudehöhe, in der Höhe gestaffelte Bauten	B 8.2
- Gewässerschutzrechtliche Bewilligung	C 2.3
- Kuhglockengeläut	B 8.4
- Nebenbestimmung	B 8.3
- Ortsbildschutz	C 2.3
- Teilrechtskraft	C 2.4
- Verbindlichkeit eines Vorentscheides	B 8.1
- Vereinfachtes Bewilligungsverfahren	C 2.2
- Widerruf	C 2.1
Beglaubigung Unterschrift	A 7.1
Beschlagnahme	A 5.3
Beweisführung, vorsorgliche	A 3.2
Bildung	
- ausserkantonaler Schulbesuch, Kostenübernahme	B 10.1

- Finanzierung einer internen Platzierung	C 8.1
Bodenverschiebungen, dauernde	A 2.3

## E

Eheschutz, Bankkontosperr	A 2.1
Enteignung	
- Dienstbarkeiten, zwangsweise Auferlegung	B 9.1
- formelle und materielle Enteignung	B 9.1
- nachbarliche Abwehransprüche, Entzug	B 9.1
Eidesstattliche Erklärung	A 7.1
Ergänzungsleistungen	
- Vermögensverzicht	B 2.2

## F

Fahrlässige Körperverletzung	A 4.3
Flurgenossenschaft	
- Werk, neues	B 6.1
Fürsorgebehörde, Parteistellung im Strafverfahren	A 5.1

## G

Gerichtsstandsvereinbarung	A 3.4
----------------------------	-------

## H

Hauptverhandlung, Verzicht	A 3.3
----------------------------	-------

## K

Kausalabgaben	
- Anschlussgebühr – Nacherhebung bei Reglementsänderung	B 5.1
Kindesunterhalt	A 2.2
Kindes- und Erwachsenenschutzrecht	
- FSME-Impfung	B 16.2
- Gemeinsame elterliche Sorge, Zuteilung	B 16.1
Körperverletzung, fahrlässige	A 4.3

Kolonnenverkehr	A	4.5
Korporation, Mitgliedschaft	C	19.1
Kotenfreiheit des Einspracheverfahrens	C	2.5
Krankenversicherung		
- Prämienverbilligung – Rückforderung	B	3.3

## L

Lärmschutz		
- Viehlockengeläut	B	8.4

## N

Nichtanhandnahme einer Strafuntersuchung	A	5.4
Nutzungsentschädigung, Mietrecht	A	2.5

## P

Parteistellung im Strafverfahren	A	5.1	A	5.2
Planungs- und Baurecht				
- Änderung des Baureglements			C	10.1
- Baugespann, Hilfsfunktion			B	8.1
- Beschwerdelegitimation			C	2.4
- Einsprachekosten			C	2.5
- Gebäudehöhe, in der Höhe gestaffelte Bauten			B	8.2
- Gewässerschutzrechtliche Bewilligung			C	2.3
- Kuhlockengeläut			B	8.4
- Nebenbestimmung			B	8.3
- Ortsbildschutz			C	2.3
- Sanierungskosten – Verfahrenskosten			B	8.7
- Teilrechtskraft			C	2.4
- Verbindlichkeit eines Vorentscheides			B	8.1
- Vereinfachtes Bewilligungsverfahren			C	2.2
- Vollstreckungsmassnahme, Sistierung			B	8.5
- Widerruf Baubewilligung			C	2.1
- Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes			B	8.6
Politische Rechte				
- Einbürgerung			B	7.2
- Initiativbegehren, Unzulässigkeit			B	7.1
Protokollierung von Stockwerkeigentümerbeschlüssen	A	2.4		

## R

„Rechnungsverfügung“, definitive Rechtsöffnung			A 6.2
Rechtliches Gehör			
- Akteneinsicht			C 16.2
- Begründungspflicht	B 1.3	B 1.4	C 16.1
- Heilung einer Verletzung	C 16.1	C 16.2	
- Protokollierung			B 1.5
Rechtsmittel			
- Berufung im abgekürzten Verfahren			A 5.6
- Berufungsrückzug bzw. -verzicht			A 5.7
Rechtsöffnung, definitive			A 6.1 ff.
Rechtsüberholen			A 4.5

## S

Schuldbetreibungs- und Konkursrecht			
- definitive Rechtsöffnung			A 6.1 ff.
Schulrecht			
- ausserkantonaler Schulbesuch, Kostenübernahme			B 10.1
- Finanzierung einer internen Platzierung			C 8.1
Sistierung			A 3.1
Sozialwesen			
- Anrechnung von Genugtuungsleistungen			C 7.2
- Einkommensfreibetrag			C 7.1
- Fehlende Mitwirkung			C 7.4
- Heimfinanzierung bei innerkantonalen Platzierungen			C 7.2
- Kompetenzstreitigkeit			C 7.3
- Kostengutsprache bei sozialpädagogischer Familienbegleitung			C 7.3
Stalking			A 4.4
Strafprozessrecht			
- Anklageprinzip			A 4.4
- Berufung im abgekürzten Verfahren			A 5.6
- Berufungsrückzug bzw. -verzicht			A 5.7
- Beschlagnahme			A 5.3
- Nichtanhandnahme			A 5.4
- Parteistellung	A 5.1		A 5.2
- Verfahrenseinheit			A 5.4
- Widerruf des Einspracherückzugs			A 5.5
- Zuständigkeit	A 5.4		A 5.5

Strafarten	A	4.1
Strafrecht		
- Körperverletzung, fahrlässige	A	4.3
- Rechtsüberholen	A	4.5
- Stalking	A	4.4
- Strafarten	A	4.1
- Tötung, eventualvorsätzliche versuchte	A	4.2
- Vollzugsweise	A	4.1
Strassenverkehrsrecht		
- Rechtsüberholen	A	4.5
Submission (siehe Arbeitsvergebung)		
Superprovisorische Verfügung, definitive Rechtsöffnung	A	6.1

## T

Tötung, versuchte eventualvorsätzliche	A	4.2
--	---	-----

## V

Verbandsausgleichskasse, Parteistellung im Strafverfahren	A	5.2
Verfahren		
- Akteneinsicht	C	16.2
- Ausstand	B	1.6
- Begründungspflicht	B 1.3	B 1.4 C 16.1
- Beschwerdelegitimation	B 1.1	C 2.4
- Formvorschriften – Einsprache per E-Mail		B 1.2
- Parteientschädigung		B 1.4
- Verfahrenskosten		B 1.7
Verwaltungsverfügung, definitive Rechtsöffnung	A	6.3

## W

Würgen	A	4.2
--------	---	-----

## Z

Zivilprozessrecht		
- Beweismittel	A	7.1
- Gerichtsstandsvereinbarung	A	3.4

- Prozessvoraussetzung	A 7.1
- Sistierung	A 3.1
- Verzicht auf Hauptverhandlung	A 3.3
- vorsorgliche Beweisführung	A 3.2
Zivilrecht	
- Anzeigepflichten des Versicherungsnehmers	A 2.6
- Bankkontosperr	A 2.1
- Bodenverschiebungen, dauernde	A 2.3
- Kindesunterhalt	A 2.2
- Nutzungsentschädigung, Mietrecht	A 2.5
- Protokollierung von Stockwerkeigentümerbeschlüssen	A 2.4



