

Rechtsprechung

kantonschwyz 

Entscheide 2023  
der Gerichts- und  
Verwaltungsbehörden



Rechtsprechung

kanton**schwyz** 

Entscheide 2023  
der Gerichts- und  
Verwaltungsbehörden

EGV-SZ 2023

## **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 2024

[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

---

---

|          |                                  |           |
|----------|----------------------------------|-----------|
| <b>A</b> | <b>Zivil- und Strafgerichte</b>  | Seite 8   |
| 1.       | Justizgesetz                     | 1.1       |
| 2.       | Zivilrecht                       | 2.1 – 2.2 |
| 3.       | Zivilprozessrecht                | 3.1 – 3.2 |
| 4.       | Strafrecht                       | 4.1 – 4.3 |
| 5.       | Strafprozessrecht                | 5.1 – 5.6 |
| 6.       | Schuldbetriebs- und Konkursrecht | 6.1       |
| 7.       | Beurkundung und Beglaubigung     | –         |
| 8.       | Anwaltsrecht                     | –         |
| 9.       | Verschiedenes                    | –         |

---

|          |  |             |
|----------|--|-------------|
| <b>B</b> | <b>Verwaltungsgericht</b>  | Seite 68    |
| 1.       | Verfahren  | 1.1 - 1.5   |
| 2.       | Alters- und Hinterlassenenversicherung /<br>Invalidenversicherung / Ergänzungsleistungen | 2.1         |
| 3.       | Arbeitslosenversicherung / Berufliche Vorsorge /<br>Kranken- und Unfallversicherung      | –           |
| 4.       | Kantonales Steuergesetz / Direkte Bundessteuer   | –           |
| 5.       | Kausalabgaben  | –           |
| 6.       | Flurgenossenschaft / Wuhrkorporation   | –           |
| 7.       | Bezirke und Gemeinden / Politische Rechte  | 7.1 - 7.4   |
| 8.       | Planungs- und Baurecht /<br>Natur-, Landschafts- und Heimatschutz                        | 8.1 - 8.5   |
| 9.       | Enteignungsrecht   | –           |
| 10.      | Bildung / Gastgewerbe / Gesundheit /<br>Jagd und Fischerei / Landwirtschaft              | 10.1 - 10.2 |
| 11.      | Arbeitsvergebung (Submission)  | 11.1        |
| 12.      | Strassenverkehrsrecht  | –           |
| 13.      | Sozialhilfe  | –           |
| 14.      | Staatshaftung  | –           |
| 15.      | Ausländerrecht   | –           |
| 16.      | ZGB und EG ZGB   | –           |
| 17.      | Vollstreckungsrecht / Vollzug von Strafen<br>und Massnahmen                              | –           |
| 18.      | Verschiedenes  | –           |

---

|          |                      |           |
|----------|----------------------|-----------|
| <b>C</b> | <b>Regierungsrat</b> | Seite 161 |
|----------|----------------------|-----------|

---

|     |   |             |
|-----|---|-------------|
| 1.  | Gemeindewesen                                 | –           |
| 2.  | Baurecht                                      | 2.1 – 2.6   |
| 3.  | Umweltschutz                                  | 3.1         |
| 4.  | Abgaben                                       | –           |
| 5.  | Zivilrecht                                    | –           |
| 6.  | Öffentlichkeit der Verwaltung und Datenschutz | –           |
| 7.  | Sozialwesen                                   | 7.1 – 7.5   |
| 8.  | Bildungswesen                                 | 8.1 – 8.3   |
| 9.  | Strassenwesen                                 | –           |
| 10. | Raumplanung                                   | 10.1 – 10.2 |
| 11. | Forst- und Jagdpolizei                        | –           |
| 12. | Landwirtschaft                                | –           |
| 13. | Wasserbau                                     | –           |
| 14. | Arbeitsvergebung                              | –           |
| 15. | Gesundheitswesen                              | 15.1        |
| 16. | Verwaltungsverfahren                          | –           |
| 17. | Verkehrs- und Polizeiwesen                    | –           |
| 18. | Ausländerrecht                                | –           |
| 19. | Verschiedenes                                 | –           |

---

|                     |           |
|---------------------|-----------|
| <b>Sachregister</b> | Seite 235 |
|---------------------|-----------|

---

Die Entscheide der Gerichts- und Verwaltungsbehörden des Kantons Schwyz werden in diesem Band nach einem feststehenden Raster publiziert. Der gesamte Band 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 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 Strafgerichte**

---

Seite 8

### **1. Justizgesetz**

1.1 Sachliche Zuständigkeit

### **2. Zivilrecht**

2.1 Arbeitsrecht, missbräuchliche Kündigung und Kündigungsfreiheit

2.2 Perspektive des allgemeinen Publikums im Firmenrecht

### **3. Zivilprozessrecht**

3.1 Hauptverhandlung, Verzicht

3.2 Anfechtbarkeit prozessleitender Entscheide

### **4. Strafrecht**

4.1 Antragsrecht

4.2 Ungetreue Geschäftsbesorgung, Retrozessionen

4.3 Grobe Verkehrsregelverletzung, Abgrenzung

### **5. Strafprozessrecht**

5.1 Einstellung, Ehrverletzung

5.2 Einstellung, Ehrverletzung

5.3 Örtliche Zuständigkeit der Staatsanwaltschaft

5.4 Unmittelbarkeitsprinzip

5.5 Parteistellung Angehöriger

5.6 Berufung, Abänderungsanträge

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

6.1 Definitive Rechtsöffnung, Anforderungen an die Beschwerdebegründung

**1.      Verfahren**

- 1.1      Beschwerdelegitimation
- 1.2      Zuständigkeit bei Finanzgesuchen
- 1.3      Rechtsmitteleingabe per E-Mail
- 1.4      Akteneinsicht
- 1.5      Kosten eines Gutachtens

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

- 2.1      Ergänzungsleistungen

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

- 7.1      Gemeindeversammlung - Beratung des Voranschlags
- 7.2      Gemeindeversammlung - Antrag auf Rückweisung und Verschiebung
- 7.3      Gemeindeversammlung - Abstimmungsmodalitäten
- 7.4      Nachzählung bei Urnenabstimmung

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

- 8.1      Zonenplanung
- 8.2      Behindertengerechtes Bauen: Klosterplatz Einsiedeln
- 8.3      Bauten im Gewässerraum - Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes
- 8.4      Gebäudehöhe
- 8.5      Geschoszahl

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

- 10.1     Schulrecht - Verweigerung einer definitiven Lehrbewilligung
- 10.2     Anwaltsrecht

**11.     Arbeitsvergebung (Submission)**

- 11.1     Bewertung Preiskriterium; Zeitpunkt der Festsetzung und Bekanntgabe - Änderung der Rechtsprechung

**2.      Baurecht**

- 2.1 Gewässerraum / Grundwasserschutz
- 2.2 Zonenkonformität einer Kindertagesstätte
- 2.3 Abstand zur Zonengrenze
- 2.4 Qualifikation als Groberschliessungsstrasse
- 2.5 Bestandesgarantie im Gewässerraum
- 2.6 Einordnungsgebot

**3.      Umweltschutz**

- 3.1 Sanierung einer Tankstelle

**7.      Sozialwesen**

- 7.1 Versicherungsprämien und Selbstbehalt
- 7.2 Abschiebungsverbot
- 7.3 Kosten für die Ausübung des Besuchsrechts
- 7.4 Verpflegungspauschale
- 7.5 Heimkosten

**8.      Bildungswesen**

- 8.1 Lehrbewilligung
- 8.2 Unbewilligtes Fernbleiben vom Unterricht / Ordnungsbusse
- 8.3 Disziplinarischer Schulausschluss

**10.     Raumplanung**

- 10.1 Schutzzonenplan
- 10.2 Aufhebung eines Gestaltungsplans

**15.     Gesundheitswesen**

- 15.1 Berufsausübungsbewilligung

---

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

---

---

### 1. Justizgesetz

---

#### 1.1 Sachliche Zuständigkeit

- *Trotz des Ausdrucks „Mietsache“ in § 31 Abs. 2 lit. b JG ist der Einzelrichter nach historischer, systematischer und teleologischer Auslegung nicht unabhängig vom Streitwert für bewegliche Sachen betreffende Mietstreitigkeiten zuständig (Erw. 3).*

*Aus den Erwägungen:*

3. Das Bezirksgericht beurteilt alle Zivilsachen, soweit sie nicht einer anderen Behörde zugewiesen sind (§ 31 Abs. 1 JG). Einzelrichterlich beurteilt es (a) Familien- und Partnerschaftssachen, (b) Miet-, Arbeits- und Konsumentensachen, (c) die vereinfachten Verfahren und (d) die summarischen Verfahren einschliesslich gerichtliche Verbote (§ 31 Abs. 2 JG).

a) Die Klägerin behauptete erstinstanzlich, dass der Gesetzgeber in der ZPO nur den sozial sensiblen Bereich der Wohn- und Geschäftsraummieta habe schützen wollen und ein Gleichlauf zwischen der Systematik und dem Sinn und Zweck der Regelungen in der ZPO und im JG bestehe. Diese Behauptung verwarf die Vorinstanz als blosser Mutmassung und hielt fest, der Wortlaut von § 31 Abs. 2 lit. b JG lasse keine Interpretation vollkommen gegen denselben zu, weil das Gesetz keine dagegensprechenden Anhaltspunkte enthalten würde. Es sei mithin der Einzelrichter zuständig, weil das mietvertragliche Verhältnis im eingeklagten „Mietauftrag“ gewichtiger sei.

b) Zur Beantwortung der Rechtsfrage der sachlichen Zuständigkeit ist kantonales Recht auszulegen. (...). Im Berufungsverfahren bleibt die vorinstanzliche Auslegung von § 31 Abs. 2 lit. b JG und die Kritik der Klägerin zu prüfen, die angefochtene Verfügung setze sich mit den historischen, teleologischen sowie systematischen Aspekten zu wenig auseinander. Das

---

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

Gesetz muss in erster Linie aus sich selbst heraus, das heisst nach dem Wortlaut, Sinn und Zweck und den ihm zugrundeliegenden Wertungen auf der Basis einer teleologischen Verständnismethode ausgelegt werden. Ist der Gesetzestext nicht ganz klar und sind verschiedene Auslegungen möglich, so muss das Gericht unter Berücksichtigung aller Auslegungselemente nach der wahren Tragweite der Norm suchen. Dabei hat es insbesondere den Willen des Gesetzgebers zu berücksichtigen, wie er sich namentlich aus den Gesetzesmaterialien ergibt (historisches Auslegungselement). Weiter hat das Gericht nach dem Zweck und den dem Text zu Grunde liegenden Wertungen zu forschen, namentlich nach dem durch die Norm geschützten Interesse (teleologisches Auslegungselement). Zu berücksichtigen ist ferner die systematische Stellung der Norm im Kontext und das Verhältnis, in welchem sie zu anderen Gesetzesvorschriften steht (systematisches Auslegungselement). Dabei ist ein pragmatischer Methodenpluralismus zu befolgen und sind die einzelnen Auslegungselemente nicht einer hierarchischen Prioritätsordnung zu unterstellen (vgl. BGE 148 II 475 E. 4.3.1; 148 III 314 E. 2.2; 147 III 475 E. 2.3.3.1; 145 III 63 E. 2.1; 141 III 195 E. 2.4; je mit Hinweisen).

aa) Im Berufungsverfahren unbestritten geht die Vorinstanz davon aus, dass der Ausdruck „Mietsachen“ in § 31 Abs. 2 lit. b JG dem Wortlaut nach eindeutig ist, da sich im Justizgesetz keine Anhaltspunkte fänden, dass die Einzelrichterzuständigkeit auf die Wohn- und Geschäftsraum-miete beschränkt wäre. Allerdings lassen nachfolgende Umstände (lit. bb-dd) darauf schliessen, dass dem Ausdruck nicht diese uneingeschränkte Bedeutung zukommt. Immerhin ist hier schon in grammatikalischer Hinsicht festzuhalten, dass das Wort „Mietsache“ nicht für sich allein steht, sondern der Kürze halber mit anderen „Sachen“ im Ausdruck „Miet-, Arbeits- und Konsumentensachen“ zusammengestellt wurde. Offensichtlich handelt es sich dabei um eine textliche Verknappung der Vorgängerregelung von § 5 aVVzOR (GS 18 S. 63 f., vgl. dazu unten lit. bb):

Ohne Rücksicht auf den Streitwert werden im beschleunigten Verfahren beurteilt:

- a) Streitigkeiten aus Miete und Pacht von Wohn- und Geschäftsräumen (Art. 274d Abs. 1, Art. 301 OR);
- b) Streitigkeiten aus dem Arbeitsverhältnis (Art. 343 OR);
- c) Streitigkeiten aus Verträgen zwischen Letztverbrauchern und Anbietern (Art. 31<sup>sexies</sup> Abs. 3 der Bundesverfassung).

Es ist nicht von der Hand zu weisen, dass die vorgeschlagene Reduzierung auf „Mietsachen“ in der Revision, die sich hauptsächlich mit der Neuorganisation der Strafrechtspflege und im Bereich der zivilrechtlichen

## A 1.1

Zuständigkeiten am Bezirksgericht vorwiegend mit der Rettung des Bau-einspracheverfahrens beschäftigte, zu einer zu weitgehenden begrifflichen Verallgemeinerung geriet.

bb) Auf die Entstehungsgeschichte der Bestimmung verweist das Schwyzer Justizhandbuch. Danach regeln § 31 Abs. 2 lit. a und b JG die wichtigsten vormaligen beschleunigten Verfahren (JHB-SZ § 31 N 1). § 31 Abs. 2 lit. b übernimmt also die nach altem kantonalen Recht in § 5 aVVzOR (vgl. oben lit. aa, dazu auch EGV-SZ 1994 Nr. 32 E. 1) beschleunigt zu behandelnden Streitigkeiten aus dem Arbeitsverhältnis, aus Verträgen zwischen Letztverbrauchern und Anbietern und eben, jedoch explizit eingeschränkt auf Wohn- und Geschäftsräume, Streitigkeiten aus Miete und Pacht. Mietstreitigkeiten in Bezug auf bewegliche Gegenstände, wie hier eine mobile Entwässerungsanlage, waren mithin nach altem Recht durch den ordentlichen Richter (§ 2 aVVzOR), also bei einem Streitwert von wenigstens Fr. 8'000.00 durch das Bezirksgericht (§ 19 aGO GS 20-439) zu beurteilen. Der Regierungsrat rekapitulierte in Bericht und Vorlage zur neuen Justizgesetzgebung an den Kantonsrat, dass das bundesrechtlich vereinheitlichte Zivilverfahrensrecht u.a. die Bestimmung, ob die Gerichte Kollegial- oder Einzelgerichte sind, den Kantonen überlasse, beispielsweise aber bei den Schlichtungsstellen bei Miet-, Pacht- und Gleichstellungssachen die Parität vorgeben würde (RRB Nr. 351/2009 vom 31. März 2009 S. 4; vgl. unten lit. cc). Die Anpassungen in der Zivilrechtspflege in organisatorischer Hinsicht seien geringfügig und auf das Notwendige beschränkt (RRB ebd. S. 8). Weder in der Arbeitsgruppe der Experten noch im Vernehmlassungsverfahren noch in der das Geschäft für den Kantonsrat vorbereitenden Rechts- und Justizkommission gab die einzelrichterliche Zuständigkeit für Mietsachen soweit ersichtlich zu Diskussionen Anlass. Waren die Anpassungen in der Zivilrechtspflege auf das Notwendige beschränkt, ist denn auch nicht davon auszugehen, dass der Gesetzgeber bei Mietstreitigkeiten gegenüber dem alten Recht neue Kompetenzabgrenzungen zwischen Kollegialgerichten und Einzelrichter einführen wollte. Die unter dem Stichwort „Mietsachen“ geführte Diskussion in der Rechts- und Justizkommission rechtfertigte es mit Bezug auf Miete von Wohn- und Geschäftsräumen im Sinne von Art. 243 Abs. 2 lit. c ZPO als sachgerecht, Mietsachen unabhängig vom Streitwert und auch ausserhalb des im Kernbereich des Mieterschutzes bundesrechtlich vorgeschriebenen vereinfachten Verfahrens einfachheitshalber und rasch einzelrichterlich beurteilen zu lassen (Kommissionsprotokoll Nr. vom 9. September 2009 S. 10; vgl. auch ZK1 2020 15 vom 21. Dezember 2020 E. 1.a). Dass aber abweichend zu § 5 aVVzOR neu auch für bewegliche Mietsachen ein einzelrichterliches Verfahren vorgesehen werden sollte, stand bei der Neuordnung der Rechtspflege im Zusammenhang mit dem

Inkrafttreten des eidgenössischen Straf- und Zivilprozessrechts indes nicht zur Diskussion.

cc) Das Justizgesetz regelt die Organisation und die Zuständigkeiten der Justizbehörden unter Vorbehalt des Bundesrechts und des ergänzenden oder abweichenden kantonalen Rechts (§ 2 Abs. 1 JG). Es enthält neben den Vorschriften über die Verwaltungsrechtspflege auch kantonales Ausführungsrecht zur ZPO (§ 2 Abs. 2 JG). Auf „Mietsachen“ bezieht sich das Gesetz neben der Zuständigkeit des Einzelrichters (§ 31 Abs. 2 lit. b JG) noch in § 69 Abs. 2 JG. Danach sind die Schlichtungsbehörden in Mietsachen für die gesetzlich vorgesehenen Mietverfahren zuständig, und zwar im Rahmen der bundesrechtlichen Vorgaben von Art. 200 ZPO (JHB § 69 N 1). Art. 200 Abs. 1 ZPO schreibt paritätische Schlichtungsbehörden bei Streitigkeiten aus Miete und Pacht von Wohn- und Geschäftsräumen vor, deren Zuständigkeit der Disposition der Parteien entzogen ist (dazu vgl. etwa BGE 146 III 47 E. 3.1). Daraus lässt sich in Übereinstimmung mit der historischen Auslegung (vgl. oben lit. bb) auch gesetzessystematisch schliessen, dass der Gesetzgeber mit dem Ausdruck „Mietsache“ nur die gesetzlich speziell geregelten Mietverfahren betreffend Wohn- und Geschäftsräume im Sinne hatte. Daher wandte sich die Klägerin für die Durchsetzung des umstrittenen „Mietauftrags“ zutreffend an das nach § 69 Abs. 1 JG grundsätzlich zuständige Vermittleramt Höfe und nicht an die paritätische Schlichtungsbehörde in Mietsachen, obwohl im Wortlaut von § 69 Abs. 2 JG wie in § 31 Abs. 2 lit. b JG ohne weitere Einschränkungen nur von Mietsachen die Rede ist.

dd) Das systematische bzw. teleologische Argument der Klägerin, der vorliegend umstrittene „Mietauftrag“ betreffe nicht den sozial sensiblen alltäglichen Mieterschutzbereich und benötige mithin kein vereinfachtes Verfahren, ist insoweit nicht ganz schlüssig, als Wohn- und Geschäftsräume betreffende Mietstreitigkeiten nur im Kernbereich des Mieterschutzes unabhängig vom Streitwert vereinfacht zu behandeln sind (Art. 247 Abs. 2 lit. c ZPO e contrario). Dennoch ist weder aus den Materialien (oben lit. bb) noch aktuell ein Grund ersichtlich, über die im besonderen Schlichtungsverfahren für Streitigkeiten aus Miete und Pacht von Wohn- und Geschäftsräumen (Art. 200 ZPO und § 69 Abs. 2 JG) hinaus andere nicht alltägliche Mietstreitigkeiten einzelrichterlich behandeln zu lassen, über die bei einem Streitwert von über Fr. 30'000.00 ordentlich zu verfahren ist. In casu handelt es sich denn auch bei einem Streit um das Entgelt für das Überlassen einer mobilen Entwässerungsanlage mit einem Techniker nicht um einen „sozialen Zivilprozess“ (dazu vgl. Botschaft zur ZPO BBI 2006 S. 7345 f.), der rasch, einfacher und prozessökonomischer

## A 2.1

durch einen Einzelrichter als durch ein Kollegialgericht durchgeführt werden soll.

Unter all diesen Umständen lässt sich das vom Gesetzgeber in § 31 Abs. 2 lit. b JG gewählte Wort „Mietsache“ nicht derart uneingeschränkt auslegen, um auch bewegliche Sachen betreffende Mietstreitigkeiten unabhängig vom Streitwert im ordentlichen Verfahren dem Einzelrichter zuweisen zu können.

(Beschluss vom 28. März 2023, ZK1 2022 8).

---

## 2. Zivilrecht

---

### 2.1 Arbeitsrecht, missbräuchliche Kündigung und Kündigungsfreiheit

- *Der Grundsatz der Kündigungsfreiheit galt auch während der Coronavirus-Krise weiterhin (Erw. 1.a/aa).*
- *Der Arbeitgeber darf Optimierungsmassnahmen treffen, jedoch dürfen wirtschaftliche Gründe nicht bloss vorgeschoben werden, um unliebsame Arbeitnehmer loszuwerden (Erw. 1.a/bb, 1.c/ff und 1.d).*
- *Kausalzusammenhang zwischen dem missbräuchlichen Grund und der Kündigung (Erw. 1.a/aa und 1.c).*
- *Gebot der schonenden Rechtsausübung (Erw. 1.e).*
- *Krasses Missverhältnis der Interessen (Erw. 1.a/aa und 1.e/cc).*

*Aus den Erwägungen:*

1. Der Kläger stützt seinen Anspruch auf Art. 336 Abs. 1 OR i.V.m. Art. 336a OR. Der Vorderrichter verneinte das Vorliegen einer missbräuchlichen Kündigung.

a) aa) Ein unbefristetes Arbeitsverhältnis kann von jeder Vertragspartei unter Einhaltung der gesetzlichen oder vertraglichen Kündigungsfrist gekündigt werden (Art. 335 Abs. 1 OR). Damit gilt das Prinzip der Kündigungsfreiheit. Es bedarf grundsätzlich keiner besonderen Gründe, um kündigen zu können (BGer, Urteile 4A\_186/2022 vom 22. August 2022 E. 4.1 und 4A\_157/2022 vom 5. August 2022 E. 3.1, je mit Hinweis auf BGE 136 III 513 E. 2.3). Der Grundsatz der Kündigungsfreiheit galt auch in der Coronavirus-Krise weiterhin (Pärli/Eggmann, Corona und die Arbeitswelt, in: Jusletter 8. Februar 2021 S. 34). Die Kündigungsfreiheit erlaubt

beiden Parteien, das Arbeitsverhältnis aus beliebigen Gründen, auch aus solchen wirtschaftlicher Art, aufzulösen (Facincani/Bazzel, in: Etter/Facincani/Sutter [Hrsg.], Arbeitsvertrag, Bern 2021, Art. 335 OR N 3). Die Kündigungsfreiheit findet aber ihre Grenzen am Missbrauchsverbot. Missbräuchlich ist eine Kündigung nur, wenn sie aus bestimmten, in Art. 336 OR umschriebenen unzulässigen Gründen ausgesprochen wird, wobei die Aufzählung nicht abschliessend ist (Facincani/Bazzel, a.a.O., Art. 336 OR N 46). Grundsätzlich knüpft der sachliche Kündigungsschutz am Motiv der Kündigung an. Die Missbräuchlichkeit kann sich aber ebenso aus der Art und Weise ergeben, wie die kündigende Partei ihr Recht ausübt. Auch wenn eine Partei die Kündigung rechtmässig erklärt, muss sie das Gebot schonender Rechtsausübung beachten. Sie darf insbesondere kein falsches und verdecktes Spiel treiben, das Treu und Glauben krass widerspricht (BGE 131 III 535 E. 4.2). Das Gebot der schonenden Rechtsausübung ist insbesondere verletzt, wenn sich die kündigende Partei zeitlich nahe an der Kündigung krass vertragswidrig verhält, namentlich das Persönlichkeitsrecht der gekündigten Partei schwer verletzt (Facincani/Bazzel, a.a.O., Art. 336 OR N 52; Streiff/von Kaenel/Rudolph, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319–362 OR, 7. A. 2012, Art. 336 N 4). Ebenso ist Missbräuchlichkeit gegeben, wenn ein krasses Missverhältnis der Interessen vorliegt, beispielsweise bei einer Entlassung nach 44 klaglosen Dienstjahren wenige Monate vor der Pensionierung (Facincani/Bazzel, a.a.O., Art. 336 OR N 53 mit Hinweis auf BGE 132 III 115; vgl. auch Portmann/von Kaenel [Hrsg.], Fachhandbuch Arbeitsrecht, 2018, N 11.91 ff.; Brühwiler, Einzelarbeitsvertrag, Kommentar zu den Art. 319–343 OR, 3. A. 2014 N 10).

Zwischen dem missbräuchlichen Grund und der Kündigung muss ein natürlicher Kausalzusammenhang bestehen. Bei mehreren Kündigungsgründen muss der missbräuchliche Grund ausschlaggebend gewesen sein bzw. die Entscheidung zur Kündigung massgeblich beeinflusst haben. Die entlassene Partei muss das Vorliegen des missbräuchlichen Kündigungsgrundes und die natürliche Kausalität dieses Grundes für die Kündigung behaupten und beweisen. Weil der Nachweis des Kündigungsgrundes als innere Tatsache schwierig ist, kann das Vorliegen eines missbräuchlichen Grundes im Sinne einer Tatsachenvermutung angenommen werden, wenn der Arbeitnehmer genügende Indizien vorbringt, die den von der Arbeitgeberin angegebenen Grund als unrichtig erscheinen lassen. Die Praxis lässt für den Beweis innerer Tatsachen den Beweisgrad der hohen Wahrscheinlichkeit genügen. Zwar führt dies nicht zu einer Beweislastumkehr, jedoch wird die Arbeitgeberin ihre eigenen Behauptungen zum Kündigungsgrund belegen müssen (Facincani/Bazzel, a.a.O., Art. 336 OR N 64 ff.; Portmann/Rudolph, in: Widmer Lüchinger/Oser [Hrsg.], Basler Kommentar,

## A 2.1

Obligationenrecht I, 7. A. 2020, Art. 336 OR N 31; Streiff/von Kaenel/Rudolph, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319–362 OR, 7. A. 2012, Art. 336 N 16; BGer, Urteil 4A\_216/2019 vom 29. August 2019 E. 3.3 mit Hinweis auf BGE 130 III 699 E. 4.1).

bb) Der Arbeitgeber darf Optimierungsmassnahmen treffen, ohne dass er einen schlechten Geschäftsgang abwarten müsste, und er darf die Lohnkosten dort einsparen, wo es sich als betriebswirtschaftlich besonders sinnvoll erweist oder am ehesten sozialverträglich abwickeln lässt. Dabei dürfen die wirtschaftlichen Gründe nicht bloss vorgeschoben werden, um unliebsame Arbeitnehmer loszuwerden, beispielsweise indem die angeblich einzusparende Stelle durch eine neueingestellte Person wiederbesetzt wird (BGE 133 III 512 E. 6.3). Soweit Kündigungen ausgesprochen werden, ohne es vorerst mit der Geltendmachung von Kurzarbeitsentschädigung versucht zu haben, Entlassungen zu vermeiden, ist eine Missbräuchlichkeit der Kündigung zumindest nicht ausgeschlossen. Falls betriebswirtschaftliche Gründe den Schluss zulassen, dass Entlassungen trotz Kurzarbeitsentschädigungen unumgänglich sind, liegt keine Missbräuchlichkeit vor. Ein Indiz für Missbräuchlichkeit wäre, wenn das Unternehmen weiterhin überhöhte Vergütungen an das Management und/oder den Verwaltungsrat ausrichtet (Pärli/Eggmann, a.a.O., S. 35).

b) (...).

c) aa) Nach dem Standpunkt des Klägers sollen die von der Beklagten eingeleiteten Kostensparmassnahmen bzw. die Kündigung(en) bloss vorgeschoben sein. Der Kläger bringt diesbezüglich vor, die Beklagte habe zu Beginn des Jahres 2020 mit einer Flotte von 14 Maschinen geplant. Davon seien gestützt auf einen Wet-Lease-Vertrag langfristig 8 Maschinen für die X. im Einsatz. Dieser Vertrag sei auch angesichts der Pandemie nicht kündbar gewesen. Vielmehr habe die Beklagte am 12. Februar 2020 mit der X. vereinbart, während der Sommermonate 2020 zusätzliche ein bis zwei Maschinen im Wet-Lease einzusetzen. Damit wären die Kosten inkl. Personalkosten der Crew gedeckt gewesen. Somit hätte die Beklagte im März 2020 lediglich die Kosten von vier bis fünf Maschinen während eines Zeitraumes von ein paar Wochen kontrollieren müssen. Zusätzlich hätte die Beklagte die Lohnkosten während der damals prognostizierten kurzen Zeit mittels Kurzarbeitsentschädigung überwiegend auf den Staat abwälzen können. Der Vorderrichter widerspreche sich, wenn er einerseits der Beklagten zugutehalte, sie habe mittels entsprechender Massnahmen Kosten sparen dürfen und andererseits erwäge, es sei nicht sachlich begründbar gewesen, grundsätzlich nur den dienstjüngsten oder unerfahrensten Piloten zu kündigen. So habe die Beklagte acht per 1. Februar

2020 neu angestellten und noch nicht ausgebildeten Piloten nicht gekündigt, obwohl diese noch in der Probezeit und nicht zum operativen Einsatz zugelassen gewesen seien. Hätte die Beklagte tatsächlich Kosten einsparen wollen, hätte sie diese Piloten entlassen müssen, denn dann wären ihr deren Ausbildungs- und Zulassungskosten nicht entstanden. Alsdann sei die Beklagte bezüglich der Kriterien, wen sie entlassen wolle, nicht frei. So schreibe das vom BAZL genehmigte Betriebshandbuch („Operations Manual“, OM-A) vor, die Sicherheit sei das wichtigste Managementprinzip. Als wichtigstes Element der (Flug-)Sicherheit gelte „qualifiziertes und geschultes Personal“. Mithin verlange das Betriebshandbuch geradezu, dass die dienstjüngsten, noch nicht qualifizierten Piloten hätten entlassen werden müssen. Hingegen hätte dem Kläger mit rund 30 Jahren Erfahrung nicht gekündigt werden dürfen. All dies hätte erhebliche Zweifel an den Kündigungsumständen erwecken müssen, insbesondere auch die öffentliche Aussage des Eigentümers der Beklagten, wonach aufgrund der Kurzarbeitsentschädigungen die Kosten hätten reduziert werden können, „ohne dass wir Mitarbeiter entlassen mussten“.

bb) Die Beklagte bestreitet, ihr Überleben sei mittels des Wet-Lease-Vertrags mit der X. gesichert gewesen. Sie führt aus, die betreffenden Flugzeuge seien am Boden geblieben, so dass der variable Teil der Vergütung aus dem Wet-Lease-Vertrag entfallen sei. Die Reduktion von 14 auf 13 Flugzeuge inkl. Crew sei nicht nur für ein paar Wochen erfolgt. Es sei unstrittig, dass nur noch 13 anstelle von 14 Flugzeugen becrewed gewesen seien. Im Übrigen sei die Reduktion der Flotte bis heute beibehalten und es seien auch keine neuen Piloten angestellt worden. Es treffe somit nicht zu, dass die Beklagte die Pandemie benutzt habe, um unliebsame Piloten loszuwerden, vielmehr hätten wirtschaftliche Gründe den Ausschlag gegeben. Dass nur den dienstjüngsten und unerfahrensten Piloten hätte gekündigt werden dürfen, widerspreche der Kündigungsfreiheit und wäre nicht kostensparender gewesen, weil erfahrene Piloten wesentliche höhere Kosten verursachen würden. Eine Entlassung alleine der dienstjüngsten Piloten hätte ausserdem zu einem Ungleichgewicht innerhalb der Struktur der Piloten geführt. Die Behauptung des Klägers, dass andere Piloten im Zeitpunkt der Kündigung noch nicht ausgebildet und zum operativen Einsatz zugelassen gewesen seien und das Betriebshandbuch zwingend geboten habe, die dienstjüngsten Piloten zu entlassen, sei unzutreffend. Alle bei der Beklagten angestellten Piloten seien qualifiziert gewesen und hätten sämtliche Sicherheitsanforderungen erfüllt. Somit hätte es, egal wen die Beklagte entlassen hätte, stets qualifiziertes Personal getroffen. Im Übrigen werde die Aussage des Eigentümers der Beklagten bestritten; gemeint sei allenfalls gewesen, dass sich durch Kurzarbeit noch mehr Kündigungen hätten vermeiden lassen.

## A 2.1

cc) Bezüglich der Anzahl Maschinen und zur wirtschaftlichen Situation führte die Beklagte vor Vorinstanz aus, sie sei im Januar 2020 noch davon ausgegangen, bis Sommer 2020 ca. 100 neue Mitarbeitende am Hauptstandort Zürich einzustellen. Damals habe sie über eine Flotte von 13 Maschinen (11 Embraer E190-E1 und 2 Embraer der neuen Generation) verfügt, wobei diese um fünf weitere E-190-E2 hätten ergänzt werden sollen. Zudem habe bezüglich acht Flugzeugen ein langfristiges Wet-Lease Agreement mit X. bestanden, wobei für eine beschränkte Zeit im Sommer zusätzliche 1-2 Flugzeuge auf diese Weise eingesetzt worden wären. Zwei Maschinen seien für den Eigenbedarf der Beklagten für Charterflüge vorgesehen gewesen. Insgesamt seien Anfang 2020 14 Flugzeuge komplett verplant gewesen. Einen Tag nach der erwähnten Mitteilung an die Belegschaft sei die Beklagte darüber informiert worden, dass der Krisenstab der Y. (wozu auch die X. gehört) den Flugbetrieb ab dem Sommerflugplan bis auf Weiteres auf 50 % reduzieren werde. Zudem sei entschieden worden, die Airbus 380 Flotte komplett zu grounden. Damit habe für die Beklagte festgestanden, dass sich die Situation kurzfristig nicht erholen werde, weshalb die geplante Wachstumsstrategie nicht weiterverfolgt werden könne. Am 7. März 2020 sei daher intern beschlossen worden, die Zielgrösse der Flotte mittelfristig auf 13 Flugzeuge inkl. Crew zu reduzieren. Seitens der Y. sei man von einer zweiten Infektionswelle im Herbst ausgegangen und damit von einer bleibend tiefen Nachfrage. Per 10. März 2020 habe sich gezeigt, dass insbesondere der Buchungsstand bei der Y. rund 77 % unter dem Vorjahr und die Auslastung innerhalb Europas bei 50 % gelegen habe.

dd) Wie vorstehend (...) ausgeführt, ging der Vorderrichter zutreffend davon aus, dass die Beklagte Anfang März 2020 nicht mit einer nur während weniger Wochen anhaltenden Störung durch die Pandemie rechnete, sondern sie annahm, die Nachfrage werde wegen der befürchteten zweiten Infektionswelle im Herbst weiterhin tief bleiben. Zwar stützte sich die Beklagte dabei offenbar auch auf eine Einschätzung der Y. Zu dieser zählt bekanntlich ebenso die X., mit der die Beklagte ein Wet-Lease Agreement einging. Es ist somit naheliegend, dass der Geschäfts- bzw. Buchungsgang der Y. sich ebenfalls auf die Beklagte auswirkt. Darüber hinaus behauptet der Kläger selbst, zufolge des Wet-Lease Agreements mit der zur Y. gehörenden X. seien die Kosten der Beklagten gedeckt gewesen. Weshalb ansonsten die Auswirkungen der Pandemie auf die Y. nicht auf die Beklagte übertragbar sein sollen, legte der Kläger nicht näher dar. Jedenfalls ist nicht zu beanstanden, dass der Vorderrichter der Beklagten vor diesem Hintergrund grundsätzlich Kostensparmassnahmen zugestand. Was die Wahl der Massnahmen betrifft, legt der Kläger nicht substantiiert dar, dass die Entlassung(en) mittels Kurzarbeit seines Erachtens in jedem Fall

hätten vermieden werden können. Zwar kann nicht vollständig ausgeschlossen werden, dass mit Hilfe des Instruments der Kurzarbeitsentschädigung (einzelne) Kündigungen (einstweilen) hätten vermieden werden können. Allerdings spricht der Umstand, dass die Beklagte Anfang März 2020 wegen der Pandemie mit längerdauernden Verwerfungen rechnete, dagegen, dass mittels Kurzarbeit Kündigungen hätten vermieden werden können. Daher kann aus dem Umstand, dass keine Kurzarbeitsentschädigung beantragt wurde, noch nicht auf Missbräuchlichkeit geschlossen werden, weil die Beklagte, wie erwähnt, eine anhaltend niedrige Nachfrage nach Flügen prognostizierte bzw. von einem solchen Szenario ausging. Zwar ist umstritten, wieviele Flugzeuge die Flotte der Beklagten umfasst. So behauptet der Kläger, die Beklagte habe ihre Flotte trotz bzw. während der Pandemie von 14 auf 16 Flugzeuge ausgebaut. Die Beklagte führt dagegen aus, die Reduktion von 14 auf 13 Flugzeuge inkl. Crew sei bis heute beibehalten worden. Einem vom Kläger eingereichten Social Media Post ist zu entnehmen, dass die Beklagte „From the end of July onwards“ über 16 Flugzeuge verfügen soll; allerdings kann mangels Jahreszahl nicht nachvollzogen werden, zu welchem Zeitpunkt der fragliche Post veröffentlicht wurde (vgl. „Friday 12 March“). Ebenso kann dem (ebenfalls undatierten) Bericht auf SkyNews.ch keine eindeutige Angabe über die Flottengrösse der Beklagten entnommen werden. Mangels näherer Substanziierung und entsprechender Beweisanträge erweist sich die klägerische Behauptung, die Beklagte habe ihre Flotte (weiterhin) auf 16 Maschinen ausgebaut, als unbelegt.

ee) Was die Tatsache betrifft, dass die Beklagte nicht ausschliesslich dienstjüngere Piloten entliess, ist zunächst festzuhalten, dass das vom Kläger in der Klagebegründung zitierte Operations Manual zwar die Sicherheit als oberstes Gebot bzw. Managementprinzip statuiert. Weiter wird darin ausgeführt, dass der Sicherheitsaspekt sorgfältig zu bewerten ist, bevor eine Entscheidung in der Betriebsführung getroffen wird („The safety aspect must be carefully evaluated before any [...] Operations Management decision is made“). Daraus lässt sich aber entgegen der Auffassung des Klägers nur schon aufgrund des allgemein gehaltenen Wortlauts nicht zwingend ableiten, dass im Falle von Kündigungen stets die dienstjüngsten Piloten entlassen werden müssen. Auch kann mangels substantzierter Vorbringen nicht als erstellt gelten, dass ein dienstjüngerer Pilot bzw. die vom Kläger erwähnten neu eingestellten Piloten betriebswirtschaftlich mehr kosten würden als dienstältere Piloten. Oder anders gesagt, legt der Kläger nicht näher dar, dass die Ausbildung der dienstjüngeren Piloten letztlich mehr kosten soll als die höhere Entlohnung dienstälterer Piloten. Es ist somit nicht belegt, dass die Kündigung dienstälterer Piloten aus

## A 2.1

wirtschaftlicher Sicht für die Beklagte ungünstiger wäre, als wenn die Beklagte ausschliesslich dienstjüngere Piloten entlassen hätte. Grundsätzlich nicht von der Hand zu weisen ist ausserdem das Argument der Beklagten, es entstehe ein Ungleichgewicht in der Personalstruktur, wenn ausschliesslich dienstjüngere Piloten entlassen würden. Der Kläger hält dem zwar entgegen, dass sich an der Struktur des Pilotenkorps nichts geändert hätte, wenn die Beklagte die erst per 1. Februar 2020 neu eingestellten Piloten wieder entlassen hätte. Dies mag zutreffen, allerdings gebietet das Missbrauchsverbot in einem Fall wie dem vorliegenden nicht, dass die Beklagte zugunsten der bisherigen Piloten bzw. dem Kläger zwingend die neu eingestellten hätte entlassen müssen.

ff) Der Kläger wirft der Beklagten zudem vor, dass zwei im Management tätige Personen selber im Sommer die Umschulung auf die Embraer Maschinen in Angriff genommen hätten und diese zuvor (mit-)entschieden hätten, wem gekündigt werde. Die Beklagte führte dazu aus, es sei in ihrem Unternehmen üblich, dass auch das Management fliege, was unbestritten blieb. Wohl können gewisse Eigeninteressen seitens der beiden Manager nicht von der Hand gewiesen werden. Allerdings ist nicht näher dargelegt, wie sich dieser Entscheid für die Beklagte kostenmässig auswirkte bzw. ob die Kosten dieser Umschulungen deutlich höher waren, als wenn die Beklagte die übrigen gekündigten Piloten weiterbeschäftigt hätte. Was schliesslich die Aussage des Eigentümers der Beklagten in einem Zeitungsinterview vom August 2020 betrifft, wonach die Möglichkeit der Kurzarbeit begrüsst wurde und man bei der Beklagten die Kosten schnell massiv reduziert habe ohne Mitarbeiter zu entlassen, scheint diese zwar im Widerspruch zu den Geschehnissen zu stehen. Anzumerken ist jedoch, dass aus den Vorbringen der Parteien nicht hervorgeht, ob, in welchem Zeitpunkt und Umfang die Beklagte allenfalls doch Kurzarbeit beantragt hätte. Davon abgesehen ist nicht ersichtlich, weshalb diese gegenüber der Öffentlichkeit getätigte Aussage ein gewichtiges Indiz für die Missbräuchlichkeit darstellen soll. Soweit der Kläger ausführt, das BAZL habe ihm gegenüber bestätigt, dass von den acht neuen Piloten deren sechs in der Zeit zwischen dem 30. Juli 2020 und dem 27. August 2020 die Prüfung auf dem Flugzeugtyp Embraer E190-E2 absolvierten, handelt es sich um eine neue Behauptung, wobei der Kläger keine Novemberechtigung nachweist, weshalb er damit nicht zu hören ist (Art. 317 Abs. 1 ZPO; vgl. BGE 138 III 625 E. 2.2, wonach die Novemberechtigung auch in Verfahren mit sozialer Untersuchungsmaxime nachzuweisen ist). Davon abgesehen würde dieser Umstand nichts daran ändern, dass, wie erwähnt, nicht dargelegt ist, dass die neu eingestellten Piloten signifikant mehr kosten würden als dienstältere Piloten. In Würdigung all dieser Umstände

kann mit dem Vorderrichter nicht von einer hohen Wahrscheinlichkeit davon ausgegangen werden, dass die von der Beklagten genannten wirtschaftlichen Gründe bloss vorgeschoben waren.

d) aa) Der Kläger wirft dem Vorderrichter weiter vor, ignoriert zu haben, dass die Pandemie zwar Anlass für den Stellenabbau gegeben habe, die Auswahl der aussortierten Piloten und namentlich des Klägers aber gestützt auf verpönte Motive erfolgt sei. So habe die Beklagte die Auswahlkriterien nie offengelegt. Sie habe sich mit dem Hinweis begnügt, sie habe das „standardmässige Rekrutierungsraster unter Berücksichtigung qualitativer und subjektiver Aspekte“ angewendet und sich die Frage gestellt, „mit wem wollen wir durch die Krise gehen“. Der Vorderrichter sei zum Schluss gekommen, die Beklagte habe objektiv nachvollziehbare Gründe für die Auswahl des Klägers gehabt und dazu auf den „Vorfall in London City“ verwiesen, welcher Anlass zu einem Mitarbeitergespräch gegeben habe. Dies treffe nicht zu. Der Kläger habe ein ihm zugewiesenes Flugzeug am Vortag nach Erhalt des Einsatzplanes für den kommenden Tag nicht akzeptiert, weil ein Defekt an einem System vorgelegen habe, das für den Flug nach London City aus Sicherheitsgründen zwingend erforderlich gewesen sei. Die Zurückweisung des Flugzeuges sei nicht nur das Recht, sondern gemäss OM-A Ziff. 1.4.1 auch die Pflicht des Klägers gewesen. Es sei gängige Praxis und im Übrigen im Betriebshandbuch vorgeschrieben, dass der verantwortliche Commander ein defektes Flugzeug ohne Konsequenzen zurückweisen darf und muss. Somit habe es entgegen den Erwägungen des Vorderrichters keinen „Vorfall in London City“ gegeben. Auch sei das Mitarbeitergespräch nicht wegen des Verhaltens des Klägers, sondern weil er nach Ansicht der Beklagten in den „Emails einige Sachverhalte [anspreche], auf welche wir gerne etwas tiefer eingehen möchten“. Der Kläger habe in den fraglichen E-Mails nämlich darauf hingewiesen, dass die Beklagte akzeptieren müsse, wenn ein Commander ein Flugzeug nicht akzeptiere. Der Kläger habe somit lediglich erwähnt, dass er gemäss Betriebshandbuch korrekt entschieden habe und die Entscheidungskompetenz bei ihm gelegen habe. Anlass für das Mitarbeitergespräch sei somit nicht das Verhalten des Klägers gewesen. Wenn die Beklagte nun diesen „Vorfall“ als Kündigungsmotiv angebe, sei dies missbräuchlich und flugaufsichtsrechtlich unzulässig. Der Kläger sei entlassen worden, weil er das Betriebshandbuch angewendet und die Beklagte in der Folge darauf hingewiesen habe, dass er im Sinne der Flugsicherheit entschieden habe, was der Beklagten nicht gepasst habe.

bb) Die Beklagte führt aus, es habe objektive Gründe für die Kündigung des Klägers gegeben. Sie habe den Kläger im Zusammenhang mit dem Flug nach London City um eine kurze Stellungnahme ersucht, weshalb

## A 2.1

dieser ein Flugzeug abgelehnt habe. Der Kläger habe zuerst nicht geantwortet und erst nach nochmaliger Nachfrage mitgeteilt „Ich muss dir ehrlich sagen, ich finde diese Geschichte, dass ich hier Stellung nehmen muss lächerlich [...]. Wer hier eine Stellungnahme verlangt, kennt die Situation nicht oder hat keine Ahnung von London City!“. Dieses Verhalten habe eine mangelnde Kooperations- und Kommunikationsfähigkeit des Klägers offenbart, worin kein verpönte Kündigungsmotiv gesehen werden könne, denn es habe sich um eine standardmässiges Reporting gehandelt, auf welches der Kläger fragwürdig reagiert habe. Sodann sei falsch und im Übrigen ein unzulässiges Novum, genauso wie die Behauptung, die Kündigung sei erfolgt, weil er sich an das Prinzip „Safety first“ gehalten habe, dass das Flugzeug einen Defekt an einem System aufgewiesen habe, welches für den Flug nach London City zwingend erforderlich sei. So habe die Beklagte in einer E-Mail vom 22. August 2019 festgehalten, dass die defekte Auxiliary Power Unit per se einen Flug nach London City nicht ausschliesse. Zudem fehle es am zeitlichen Zusammenhang zwischen dem Vorfall betreffend London City und der Kündigung, weil der Kläger nach jenem Ereignis unverändert als Pilot eingesetzt worden sei, bevor ihm sieben Monate später wegen der Coronakrise gekündigt habe werden müssen.

cc) Die Beklagte bestreitet, dass der vom Kläger erwähnte Defekt einen Flug nach London City in jedem Fall ausgeschlossen hätte. Mangels entsprechender Behauptungen und Beweisanträgen ist für das Gericht nicht beurteilbar, ob der Kläger das Flugzeug für den fraglichen Flug nach London City zu Recht zurückwies. Mithin ist seine Behauptung, es sei seine Pflicht gewesen, das Flugzeug abzulehnen, unbelegt. Ein „flugaufsichtsrechtliches“ Fehlverhalten der Beklagten, sei es im Zusammenhang mit der Rückweisung des Flugzeuges an sich oder dem Umstand, dass sie im Nachgang dazu vom Kläger eine Stellungnahme verlangte, ist folglich ebenso wenig erstellt. Ob und inwieweit das Verhalten des Klägers als, wie die Beklagte dafürhält, „mangelnde Kooperations- und Kommunikationsfähigkeit“ auszulegen ist, kann im Übrigen dahingestellt bleiben. Dass nämlich zwischen den Geschehnissen wegen der Ablehnung eines Flugzeuges, welche sich im August 2019 ereigneten, und der Kündigung im März 2020 ein Kausalzusammenhang in dem Sinne besteht, als dass ein Handeln Ursache im Sinne einer *conditio sine qua non* für den Eintritt eines Schadens (hier die Kündigung) ist, erscheint nicht plausibel, denn der Kläger wurde danach unbestrittenermassen weiterhin und im gleichen Umfang als Commander eingesetzt. Zudem spricht die zeitliche Distanz zwischen beiden Ereignissen gegen einen ursächlichen Zusammenhang. Selbst wenn es für die Beklagte eine Rolle gespielt haben mag, dass der Kläger ihrer Ansicht nach über eine „mangelnde Kooperations- und Kommunikationsfähigkeit“ verfügt haben soll, ist nicht ersichtlich und nicht

substanziert dargelegt, dass es sich dabei um den gegenüber der Pandemie und den damit verbunden wirtschaftlichen Gründen ausschlaggebenden Grund handeln soll. Ebenso wurde weder behauptet noch belegt, dass die Beklagte den Kläger wegen dieser Sache beispielsweise abgemahnt hätte. Ob der Aspekt der „mangelnde Kooperations- und Kommunikationsfähigkeit“ an sich ein rechtmässiges Kündigungsmotiv wäre, muss daher nicht geprüft werden (vgl. zum Ganzen Portmann/Rudolph, in: Widmer Lüchinger/Oser [Hrsg.], Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 7. A. 2020, Art. 336 OR N 8a). Bei diesem Ergebnis kann ebenso offenbleiben, ob sich bei der Behauptung des Klägers, er sei wegen Festhaltens am Betriebshandbuch der Beklagten gekündigt worden, um ein Novum handelt.

e) aa) Schliesslich bringt der Kläger vor, der Vorderrichter habe die Verletzung des Gebots der schonenden Rechtsausübung gar nicht geprüft, indem er davon ausgegangen sei, es seien der Beklagten mehrere Vorgehensweisen zur Auswahl gestanden, allerdings sei ihre Wahl eingeschränkt gewesen und die Wahl des milderen Mittels wäre letztlich auf ein Kündigungsverbot hinausgelaufen. Auch habe der Vorderrichter ein krasses Missverhältnis der Interessen verneint, ohne dabei auf die Besonderheiten des Falles einzugehen. Der Kläger habe nämlich dargelegt, dass die X. den Arbeitsmarkt für Piloten mutmasslich monopolähnlich beherrsche und die Situation durch die Pandemie noch verschärft worden sei. Jedoch habe der Vorderrichter nicht gewürdigt, dass der Kläger nach seiner Entlassung und rund einem Jahr Arbeitslosigkeit eine schlecht bezahlte Anstellung in Nigeria habe akzeptieren müssen. Der Kläger habe somit ein eminentes Interesse an der Aufrechterhaltung des Arbeitsvertrages gehabt, während der Beklagten mehrere Möglichkeiten zur Verfügung gestanden hätten. Die Beklagte habe nicht dargelegt, weshalb andere Massnahmen den Überbestand und damit die Kosten hätten verringern können. Die Beklagte bestreitet, dass andere Vorgehensweisen zur Verfügung gestanden hätten, welche wirtschaftlich gleichwertig gewesen wären. Die Beklagte habe ihre Flotte wegen der Coronakrise nicht nur für eine kurze Zeit von 14 auf 13 Flugzeuge reduzieren müssen, sondern dies längere Zeit beibehalten müssen, so dass die Kündigungen unumgänglich gewesen seien. Zudem handle es sich beim Kläger nicht um einen langjährigen Mitarbeiter und er sei auch nicht kurz vor der Pensionierung gestanden.

bb) Das Gebot der schonenden Rechtsausübung verletzt, wer von mehreren gleichwertigen Möglichkeiten, die ihm bei der Ausübung eines Rechts offenstehen, ohne sachlichen Grund gerade diejenige wählt, die für die andere Partei besondere Nachteile bringt. Der Grundsatz bedeutet allerdings nicht, dass der Berechtigte auf die Ausübung des Rechts verzichten und mildere Massnahmen zu ergreifen hat (Portmann/Rudolph, in:

## A 2.1

Widmer Lüchinger/Oser [Hrsg.], Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 7. A. 2020, Art. 336 OR N 25). Vorliegend machte der Kläger geltend, die Beklagte hätte als Alternative zu Entlassungen Kurzarbeitsentschädigung beantragen können. Wie vorstehend unter E. 1b/dd ausgeführt, ist zwar nicht auszuschliessen, dass mit Hilfe des Instruments der Kurzarbeitsentschädigung die Kündigungen allenfalls hätten vermieden oder verzögert werden können. Allerdings legte der Kläger nicht näher dar, dass es sich bei der Kurzarbeitslösung und den Entlassungen um für die Beklagte (wirtschaftlich) gleichwertige Lösungen handeln soll, zumal wie vorstehend unter E. 1c/ee ausgeführt, von einer Reduktion der Flotte bzw. zumindest nicht von einem Ausbau auszugehen ist und es deshalb fraglich und daher erklärungsbedürftig wäre, ob mittels Kurzarbeitsentschädigung Kündigungen hätten vermieden werden können. Insbesondere vermag der Verweis auf das Vorgehen anderer Fluggesellschaften wie die X., die nach der Behauptung des Klägers keine Kündigungen ausgesprochen haben soll, nicht zu genügen, zumal auch hätte ausgeführt werden müssen, dass die X. mit der Beklagten vergleichbar sei.

cc) Hinsichtlich des krassen Missverhältnisses ist zwar nicht von der Hand zu weisen, dass dem Kläger Unannehmlichkeiten wie insbesondere eine schlechter bezahlte Anstellung (monatlich USD 7'000.00 abzgl. Sozialversicherungsbeiträge und Altersvorsorge) bei einer Z.-Airline entstanden. Auf der anderen Seite weisen der Vorderrichter und die Beklagte zutreffend darauf hin, dass kein ausserordentlich langes Anstellungsverhältnis gekündigt wurde und der Kläger nicht kurz vor der Pensionierung stand. Der vom Kläger nicht näher umschriebene Umstand, dass der Arbeitsmarkt für Piloten von der X. beherrscht wird, erscheint zwar, soweit es sich denn so verhält, unter Umständen durchaus geeignet, die Stellensuche für den Kläger zu erschweren, allerdings kann aufgrund dessen von der Beklagten nicht verlangt werden, dass sie grundsätzlich keine Kündigungen ausspricht. Weitere spezifische Umstände, welche für ein krasses Missverhältnis der Interessen sprechen könnten, nannte der Kläger nicht. Somit ist nicht zu beanstanden, dass der Vorderrichter ein solches Missverhältnis der Interessen und damit Missbräuchlichkeit verneinte.

(Urteil vom 17. Mai 2023, ZK1 2022 19).

## 2.2 Perspektive des allgemeinen Publikums im Firmenrecht

- *In Abweichung vom Grundsatz der Einheitlichkeit des Begriffs der Verwechslungsgefahr im Kennzeichenrecht ist im Firmenrecht grundsätzlich die Perspektive des allgemeinen Publikums einzunehmen (E. 2.b/dd).*
- *Zwischen den Firmen Nobilis Estate AG und NOBILIS Switzerland GmbH besteht eine Verwechslungsgefahr (E. 2.b/ee).*

*Aus den Erwägungen:*

2. b) (...).

dd) Wie dargelegt ist der Begriff der Verwechslungsgefahr im gesamten Kennzeichenrecht einheitlich handzuhaben (BGer, 25.8.2015, 4A\_123/2015, E. 4.2; BSK OR II-Altenspohl, Art. 951 N 5). Es ist deshalb auch zu klären, aus welcher Perspektive die Verwechslungsgefahr zu bestimmen ist, also wer die Adressaten, d.h. die angesprochenen Verkehrskreise sind. Je nach Produkt kann es sich um Unternehmen (verschiedene Wirtschaftsstufen), Konsumenten oder mehrere Gruppen handeln (vgl. Heinemann, in: Heizmann/Loacker [Hrsg.], UWG-Kommentar, 2018, Art. 3 Abs. 1 lit. d UWG N 51). Vorausgesetzt ist laut einem frühen Entscheid des Bundesgerichts, „dass die Personen, denen die Verwechslung begegnete, normal unterscheidungsfähig waren und die im Geschäftsverkehr allgemein übliche Sorgfalt walten liessen“ (BGE 40 II 123 E. 3; BSK OR II-Altenspohl, Art. 951 N 6). Grundsätzlich haben sich Unternehmen, die sich an ein breites Publikum richten, mit ihrer Firma deutlicher von anderen Firmen zu unterscheiden als Unternehmen, die mit einem spezielleren Publikum verkehren (BSK OR II-Altenspohl, Art. 951 N 6, m.N.).

Vorliegend macht die Beklagte geltend, die Klägerin verkaufe Immobilien in der höchsten Preisklasse und die Beklagte betreibe ein B2B-Geschäft für Parfums. Die Klägerin bestreitet dies nicht, weshalb darauf abgestellt werden kann, dass sich das Angebot der Beklagten grundsätzlich an Geschäftskunden bzw. Unternehmen richtet, während die Klägerin potentielle Interessenten für hochpreisige Immobilien anspricht. Dies können natürliche und juristische Personen sein. Mangels entsprechender Vorbringen ist nicht dargetan, dass die Beurteilung der Verwechslungsgefahr bei den hier involvierten Verkehrskreisen anders ausfallen würde als bei einem allgemeinen Publikum. Die von den Parteien jeweils angesprochenen spezifischen Verkehrskreise ändern ohnehin nichts daran, dass, wie bereits erwähnt, nach ständiger Rechtsprechung Firmen auch gegenüber Unternehmen geschützt werden, die in anderen Branchen tätig sind (vgl. BGer, Urteil 4A\_590/2018 vom 25. März 2019 E. 2.3). Deshalb ist wie üblich

## A 2.2

auch vorliegend von einem allgemeinen Publikum auszugehen. Ohnehin ist, wie das Bundesgericht kürzlich klarstellte, im Firmenrecht anders als etwa im Markenrecht die Unterscheidbarkeit nicht aus Sicht der Abnehmer bestimmter Produkte zu prüfen. So präzierte das Bundesgericht, dass die firmenrechtlich gebotene Unterscheidbarkeit nicht allein der Ordnung des Wettbewerbs diene, sondern den Träger der älteren Firma umfassend um seiner Persönlichkeit und seiner gesamten Geschäftsinteressen willen schütze. Entsprechend solle ganz allgemein verhindert werden, dass das Publikum, zu dem nicht nur Kunden, sondern auch weitere Kreise, wie etwa Stellensuchende, Behörden und öffentliche Dienste gehören würden, getäuscht werde. Massgebend ist also nicht einzig die Aufmerksamkeit derjenigen Kreise, mit denen die Unternehmen geschäftlich verkehren, sondern wie das allgemeine Publikum die Firma verstehen darf (BGer 4A\_617/2021 vom 23. August 2022 E. 3.3, zum Ganzen).

ee) Was den Gesamteindruck anbelangt, handle es sich nach Ansicht der Beklagten beim Firmenbestandteil „Nobilis“ nicht um einen generischen, also einen im allgemeingültigen Sinne gebrauchten Begriff, weil die ursprüngliche Bedeutung des lateinischen „nobilis“ eigentlich diejenige von „bekannt“ sei und das deutsche Wort „nobel“ daher nicht dem lateinischen „nobilis“ entspreche. Die Transformation vom Lateinischen ins Deutsche sei somit mit einem Bedeutungswandel einhergegangen. Laut dem von der Beklagten eingereichten Auszug aus dem PONS Wörterbuch hatte „nobilis“ unter anderem die Bedeutungen von „kenntlich, erkennbar, offensichtlich [...]“, „bekannt“, „berühmt, gepriesen [...]“ sowie „adlig, edel, vornehm, aristokratisch, von vornehmer Herkunft [...]“. Gemäss dem von der Klägerin eingereichten Auszug aus einer älteren Ausgabe des Duden hat das deutsche „nobel“ die Bedeutung von „edel, vornehm“. Laut der von der Beklagten zitierten Online-Version des Duden bedeutet „nobel“ „1. in bewundernswerter Weise grossmütig, edel [...]; 2. elegant [wirkend]; luxuriös; 3. grosszügig, freigebig“. Die Klägerin hält dem entgegen, das Online-Zitat sei unvollständig, zusätzlich sei der Fundstelle insbesondere Folgendes zu entnehmen: „Herkunft französisch noble < lateinisch nobilis, eigentlich = bekannt“. Das Bundesgericht erwog betreffend „integra“, der Ausdruck lehne sich an Wörter des allgemeinen Sprachgebrauchs an und sei geeignet, Assoziationen zu verschiedenen Wörtern wie „integral“, „integriert“ etc. zu wecken. Es könne nicht von einer reinen Sachbezeichnung ausgegangen werden, vielmehr enthalte der Firmenbestandteil „integra“ einen gewissen, allerdings geringen Fantasiegehalt (zit. Urteil 4C.31/2003 E. 1.2). Ähnlich wie „integra“ ist aufgrund der zitierten Dudeneinträge davon auszugehen, dass „Nobilis“ Assoziationen zu Ausdrücken des heutigen allgemeinen Sprachgebrauchs wie insbesondere „nobel“ bzw. französisch „noble“ hervorruft, was schon vom

Schriftbild her als auch phonetisch naheliegend ist, und zwar derart, dass sich weitere Beweiserhebungen erübrigen, wie namentlich die von der Beklagten beantragte Umfrage bzw. eines Gutachtens zur Bedeutung von „Nobilis“. Wie „integra“ ist „Nobilis“ aber als Ausdruck des heutigen sprachlichen Gemeindegebrauchs mit wenig Fantasiegehalt und somit als kennzeichenschwacher Firmenbestandteil einzuordnen. Die Grossschreibung bei der Firma der Beklagten spielt nach der Rechtsprechung keine Rolle und leistet keinen Beitrag zur Unterscheidbarkeit, weil es sich nur um eine Variante der grafischen Gestaltung handelt. Dasselbe gilt für den Zusatz der Rechtsform. Weil das prägende Element beider Firmen schon vollständig identisch ist, vermögen die ohnehin lediglich schwach kennzeichnenden Zusätze „Estate“ als auf die Tätigkeit der Klägerin hinweisend bzw. die Gebietsbezeichnung „Switzerland“ bei der Beklagten – ohne dass an die Unterscheidbarkeit überhöhte Anforderungen gestellt würden – keine genügende Unterscheidbarkeit zu gewährleisten, dies auch angesichts dessen, dass „Nobilis“ als charakteristischer Bestandteil bei beiden Firmen am Anfang steht. Sodann kam es unbestrittenermassen tatsächlich zu einer Verwechslung, indem die Firma UPS der Klägerin fälschlicherweise eine Rechnung für eine Lieferung stellte, welche diese aber nie bestellte. Allerdings müssen tatsächliche Verwechslungen nicht eingetreten sein, das heisst bereits die Gefahr einer Verwechslung genügt (Altenpohl, in: Honsell/Vogt/Watter [Hrsg.], Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 5. A. 2016, Art. 951 OR N 5). Die tatsächliche Verwechslung hat aber immerhin Indizwirkung für die Verwechslungsgefahr, was das Bestehen der Verwechslungsgefahr vorliegend stützt. Abgesehen davon liegt angesichts des Umstands, dass der charakteristische Bestandteil „nobilis“ bei beiden Firmen am Anfang steht und als Zusätze jeweils die Gesellschaftsformen (AG/GmbH) sowie die Gebietsbezeichnung „Switzerland“ und die Tätigkeitsbeschreibung „Estate“ hinzutreten, ebenso eine mittelbare Verwechslungsgefahr vor, also die Gefahr des falschen Eindrucks, dass es sich bei der Beklagten möglicherweise um eine Holdinggesellschaft handle, die eine (Mehrheits-)Beteiligung an der Klägerin halte, wie die Klägerin zutreffend erklärt. Somit ist nicht nur von einer unmittelbaren, sondern auch von einer mittelbaren Verwechslungsgefahr auszugehen.

(Urteil vom 12. April 2023, ZK1 2021 53 = CAN 2-2024 Nr. 4 mit Bemerkungen; eine Beschwerde in Zivilsachen wurde mit BGer 4A\_238/2023 vom 28. August 2023 abgewiesen, soweit darauf einzutreten war. Das Bundesgericht schützte zwar das Urteil der Zivilkammer des Kantonsgerichts, ging aber nicht näher auf die Frage der Perspektive ein).

---

### 3. Zivilprozessrecht

---

#### 3.1 Hauptverhandlung, Verzicht

- *Es ist grundsätzlich unzulässig, einen Sachentscheid ohne Durchführung einer Hauptverhandlung zu fällen, ohne dass die Parteien auf eine solche verzichten (Erw. 3.a).*
- *Mangels Verzichts der Parteien wurde die Hauptverhandlung nicht rechtskonform durchgeführt (Erw. 3.b).*

*Aus den Erwägungen:*

3. Die Berufungsführerin begründet ihren Rückweisungsantrag mit massiven Verfahrensfehlern der Vorinstanz, insbesondere ungenügende Abnahmen offerierter Beweise bzw. fehlerhafte Feststellungen des Sachverhalts und das Fehlen einer Hauptverhandlung. Sie rügt im Zusammenhang mit den eingeklagten zusätzlich geleisteten Stunden, dass die Vorinstanz ohne Beweisabnahmen über die Parteivorbringen hinausgehende falsche Annahmen getroffen habe. Der Berufungsgegner opponiert dem erwähnten Vorwurf der Berufungsführerin konkret nicht, es sei weder ein Beweis noch ein Hauptverfahren durchgeführt worden.

a) Nach der Durchführung des Schriftenwechsels ist nach Art. 228 ff. ZPO eine Hauptverhandlung durchzuführen. Auf eine öffentliche Verhandlung haben die Parteien grundsätzlich einen verfassungsmässigen Anspruch (Sutter-Somm/Seiler, CHK, Art. 233 ZPO N 1 m.H.). Zwar können die Parteien gemeinsam auf die Durchführung einer solchen verzichten (Art. 233 ZPO), indessen darf das Gericht nicht von sich aus von der Abhaltung einer Hauptverhandlung absehen, weil es eine solche für unnötig erachtet. Einen verfahrensabschliessenden Endentscheid darf das Gericht erst dann fällen, wenn das Verfahren spruchreif ist (Art. 236 ZPO), was dann der Fall ist, wenn das Gericht über sämtliche Entscheidungsgrundlagen verfügt, um über die Begründetheit oder Unbegründetheit des geltend gemachten Anspruchs zu befinden oder einen Nichteintretensentscheid zu erlassen. Vorausgesetzt ist überdies, dass das vom Gesetz vorgeschriebene Verfahren ordnungsgemäss durchgeführt wurde. So ist es grundsätzlich unzulässig, einen Sachentscheid ohne Durchführung einer Hauptverhandlung zu fällen, ohne dass die Parteien auf eine solche verzichtet hätten (BGE 140 III 450 für das vereinfachte Verfahren E. 3.1 f. m.H.). Zur ordnungsgemässen Durchführung des Verfahrens gehört auch

die Berücksichtigung von (für den Ausgang des Verfahrens relevanten) Tatsachen und (tauglichen) Beweismitteln, welche eine Partei nach Massgabe der anwendbaren Gesetzesbestimmungen (Art. 221 Abs. 1 lit. d und e sowie Art. 229 ZPO) zulässigerweise in den Prozess einbringt (BGE 148 III 95 E. 4.3.1 m.H.). Der Verzicht auf eine Hauptverhandlung setzt nach Art. 233 ZPO voraus, dass ihn beide Parteien erklären. Das Gesetz schreibt keine bestimmte Form vor; die Erklärung kann auch mündlich erfolgen. Auch eine ausdrückliche Äusserung verlangt das Gesetz nicht; ein konkludenter Verzicht ist denkbar (s. auch Sutter-Somm/Seiler, ebd. N 2). Allerdings ist zu beachten, dass die mündliche Hauptverhandlung der Wahrung grundrechtlicher Verfahrensgarantien dient. Zu erwähnen ist der Anspruch auf rechtliches Gehör und der Grundsatz der Öffentlichkeit des Verfahrens. Daher darf nicht leichthin von einem Verzicht ausgegangen werden (BGer 4A\_14/2020 vom 18. Juni 2020 E. 3.3 m.H. auf BGE 140 III 450 E. 3.2).

b) Die Vorinstanz lud nach Eingang der Klageantwort und Widerklage zur Instruktionsverhandlung am 16. Januar 2020 vor. Anlässlich dieser Verhandlung scheiterte der gerichtliche Vergleichsvorschlag, das Verfahren wurde indes antragsgemäss zwecks Einigungsverhandlungen unter den Parteien sistiert. Mangels Einigung wurde ein zweiter Schriftenwechsel angeordnet und durchgeführt. Nach Eingang der Widerklageduplik wurde der Beklagten eine Frist gesetzt, um zu allfälligen Noven in der Widerklageduplik Stellung zu nehmen. Telefonmündlich wurden die Parteivertreter zur Einreichung der Kostennoten aufgefordert. Nach deren Eingang nahm die Vorderrichterin, was im Berufungsverfahren unbestritten ist, ohne Vorliegen eines Verzichts der Parteien weder Beweise ab noch führte sie eine Hauptverhandlung durch. Der Umstand, dass die Vertreterin der Beklagten die Kostennote einreichte, kann nicht als konkludenter Verzicht auf die Hauptverhandlung und Beweisabnahmen gelten, zumal sie auf ihre Abwesenheit für den Fall von Beweisabnahmen hinwies. Somit fällte die Vorderrichterin am 16. Dezember 2021 das angefochtene Urteil, ohne das gesetzlich vorgesehene Verfahren durchzuführen. Da die Hauptverhandlung nicht rechtskonform durchgeführt wurde, wäre es der Vorderrichterin verwehrt gewesen, über die Klage zu befinden (vgl. BGer 4A\_220/2020 vom 10. Juli 2020 E. 2.3). Hinzu kommt, dass die Vorderrichterin es den Parteien dadurch verunmöglichte, zu ihrem impliziten Entscheid gegen eine Beweisabnahme Stellung zu nehmen, so dass sich auch der Sachverhalt in wesentlichen Teilen noch nicht als spruchreif erweist und insoweit noch zu vervollständigen ist (Art. 318 Abs. 1 lit. c ZPO; vgl. auch EGV-SZ 2016 A 3.1). Daher kann mangels Unvollständigkeit des erstinstanzlichen Verfahrens und unheilbarer Verletzung des rechtlichen Gehörs die Beru-

## A 3.2

fungsinstanz das angefochtene Urteil in der Sache nicht überprüfen, weshalb dieses in Gutheissung der Berufung aufzuheben und die Sache zum Entscheid über die Abnahme der offerierten Beweismittel, Durchführung einer Haupt- und Schlussverhandlung und Neuurteilung antragsgemäss zurückzuweisen ist (Art. 318 Abs. 1 lit. c ZPO).

(Beschluss vom 21. Februar 2023, ZK1 2022 2; vgl. neuerdings auch Beschluss vom 8. März 2024, ZK1 2023 16 und 18).

### 3.2 Anfechtbarkeit prozessleitender Entscheide

- *Nur drohende rechtliche, nicht aber tatsächliche Nachteile können nicht leicht wiedergutzumachende Nachteile i.S.v. Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO sein (Erw. 2.a).*
- *Eine prozessleitende Verfügung, wonach eine Noveneingabe androhungsgemäss als nicht erfolgt gilt, ist mangels Nachteils im Sinne von Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO regelmässig nicht selbständig mit Beschwerde anfechtbar (Erw. 2.c).*

*Aus den Erwägungen:*

2. a) Laut Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO sind prozessleitende Entscheide anfechtbar, wenn durch sie ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht. Nach der kantonsgerichtlichen Praxis können nur drohende rechtliche, nicht aber tatsächliche Nachteile zu einem nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteil i.S.v. Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO führen (EGV-SZ 2014 A 3.5, E. 2.a; Kantonsgericht Schwyz, Beschlüsse ZK2 2015 52 vom 10. Februar 2016, E. 2.b; ZK2 2015 48 vom 10. Februar 2016, E. 2, jeweils mit Hinweisen). Dazu ist vorausgesetzt, dass sich der Nachteil mit einem späteren günstigen Endentscheid nicht oder nicht gänzlich beseitigen lässt, wobei die blosser Möglichkeit eines nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteils rechtlicher Natur genügt. Nicht hinreichende rein tatsächliche Nachteile sind etwa die Verfahrensverlängerung oder -verteuerung (BGer, Urteil 5A\_566/2014 vom 11. Februar 2015 E. 1 mit Hinweis auf BGE 137 III 380 E. 1.2.1 und 138 III 190 E. 6).

b) Der Beschwerdeführer macht geltend, der Vorderrichter wolle die Stellungnahme des Beschwerdeführers vom 10. März 2022 zu den neuen Vorbringen der Beschwerdegegnerin nicht zulassen mit der Begründung, diese seien verspätet. Dies sei unrichtig, denn Art. 229 ZPO regle nur die Einreichung eigener Noven, nicht aber die Stellungnahme zu den Noven

der Gegenpartei. Indem der Vorderrichter angeordnet habe, der Beschwerdeführer habe sich auf eine Widerklageduplik zu beschränken, wolle er die Stellungnahme des Beschwerdeführers zur Klageduplik bereits vor dem Endentscheid aus dem Recht weisen und durch eine neue Eingabe ersetzt sehen. Richtigerweise sei die Eingabe zu den Akten zu nehmen und mit dem Endentscheid über die Zulässigkeit und Rechtzeitigkeit zu entscheiden. Die Ausführungen des Beschwerdeführers im Rahmen des Replikrechts würden aber aus dem Recht gewiesen und ersatzlos gestrichen, so dass die Duplik unerwidert bliebe. Dieser Nachteil liesse sich nicht wiedergutmachen, weil das Beweisverfahren und der erstinstanzliche Entscheid auf der Basis der Klageduplik ergehen würden.

c) Der verfahrensleitende Vorderrichter ordnete an, der Beschwerdeführer habe eine um die Klagedupliknoven gekürzte Fassung seiner Stellungnahme vom 10. März 2022, das heisst der „Widerklageduplik und Stellungnahme zu den Noven der Klageduplik“ einzureichen. Die fragliche Eingabe des Beschwerdeführers beinhaltet gemäss Bezeichnung sowohl die Widerklageduplik als auch eine Stellungnahme zu den beklagtischen Noven in der Klageduplik, aber auch eigene, gemäss klägerischer Darstellung echte Noven. Der Begriff der „Dupliknoven“ bezeichnet üblicherweise von der beklagten Partei in der Duplik neu aufgestellte Tatsachenbehauptungen, das heisst von der beklagten Partei in der Duplik vorgetragene neue Angriffs- und Verteidigungsmittel (Schmid/Hofer, Bestreitung von neuen Tatsachenbehauptungen in der schriftlichen Duplik, in: ZZZ 40/2016 S. 286 und Fn 46). Daher erscheint die an den Beschwerdeführer gerichtete Anordnung, er habe die Stellungnahme um die „Klagedupliknoven“ zu kürzen, prima vista zwar missverständlich. Die Begründung der angefochtenen Verfügung scheint aber nahezulegen, dass der Vorderrichter nur die vom Beschwerdeführer in der beanstandeten Stellungnahme zusätzlich eingebrachten eigenen Noven infolge verspäteten Vorbringens nicht zulassen will. Die Verfahrensleitung ist denn auch befugt, wenn sie wie vorliegend an ein Gerichtsmitglied delegiert wird (den erstinstanzlichen Vorsitzenden) und eine Noveneingabe (im weiteren Sinne neuer Angriffs- und Verteidigungsmittel) eingereicht wird, mittels einer prozessleitenden Verfügung zu entscheiden, ob die Eingabe zugelassen wird. Jedoch ist das Kollegialgericht bei der späteren Beurteilung der Streitsache nicht an den Entscheid des Instruktionsrichters gebunden. Erst dieses befindet im Endentscheid (endgültig) über die Zulässigkeit einer Noveneingabe. Gegebenenfalls wäre der Gegenpartei zunächst noch das rechtliche Gehör zu gewähren (vgl. zum Ganzen BGer, Urteil 4A\_61/2017 vom 31. August 2017 E. 6.2.3, m.N., in Wiedergabe verschiedener Lehrmeinungen). Weil aber der zuständige Spruchkörper bei

## A 3.2

seiner Beurteilung nicht an die Verfügung des verfahrensleitenden Gerichtsmitglieds gebunden ist und die nicht zugelassene Noveneingabe berücksichtigen kann, ist eine prozessleitende Verfügung, mit der eine Noveneingabe wie vorliegend androhungsgemäss als nicht erfolgt gilt, mangels Nachteils im Sinne von Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO kaum je selbständig mit Beschwerde anfechtbar (Verfügung ZK2 2021 78 vom 16. Februar 2021 E. 3c mit Hinweis auf AppGer BS, Urteil BEZ.2018.38 vom 10. September 2018 E. 2.3, in: CAN 2019 Nr. 13, S. 31; Leuenberger, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. A. 2016, Art. 229 ZPO N 11). Vorliegend zeigt der Kläger nicht auf, dass eine besondere Konstellation vorliegt, die eine Beschwerde rechtfertigen würde, wie beispielsweise der Umstand, dass ein Zeuge später möglicherweise nicht mehr angehört werden könnte (Sterchi, in: Hausheer/Walter [Hrsg.], Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Band III, 2014, Art. 319 ZPO N 14). Insbesondere erklärt der Beschwerdeführer nicht, weshalb es ihm unmöglich sein soll, mittels Anfechtung des erstinstanzlichen Endentscheids eine etwaige Verletzung des rechtlichen Gehörs bei der Berufungsinstanz zu rügen und damit allenfalls einen für ihn günstigeren Entscheid herbeizuführen. Darüber hinaus hätte der Beschwerdeführer auch darlegen müssen, wie sich das von ihm gewünschte Vorgehen auf das weitere Verfahren ausgewirkt hätte, denn der Anspruch auf rechtliches Gehör ist zwar formeller Natur mit der Folge, dass eine Verletzung grundsätzlich zur Aufhebung des angefochtenen Entscheides führt, jedoch stellt die Wahrung des rechtlichen Gehörs keinen Selbstzweck dar, was bedeutet, dass, wenn nicht ersichtlich ist, welchen Einfluss eine allfällige Verletzung das Verfahren hatte, kein Anlass für die Aufhebung eines Entscheides besteht (BGer, Urteil 5A\_1063/2020 vom 10. Februar 2022 E. 3.5.2 mit Hinweis insbesondere auf BGE 143 IV 380 E. 1.4.1). Unzutreffend ist schliesslich, wie der Beschwerdeführer geltend macht, dass der Vorderrichter die fragliche Eingabe „aus dem Recht gewiesen“ habe, denn dass die Absicht bestanden hätte, diese aus den Akten zu entfernen, ist der Verfügung nicht zu entnehmen. Davon abgesehen sieht die Zivilprozessordnung dies nicht vor (OG ZH, Urteil RB150044-O/U vom 10. Februar 2016 E. 2.1).

(Nichteintretensverfügung vom 13. April 2023, ZK2 2022 32).

---

## 4. Strafrecht

---

### 4.1 Antragsrecht

- Die Antragsberechtigung steht einzelnen Personen selbstständig zu, und es laufen die entsprechenden Antragsfristen je gesondert (Erw. 3).
- Die minderjährige Urteilsfähige braucht sich nach Art. 30 Abs. 3 StGB weder durch die Mutter noch durch die Beiständin vertreten zu lassen (Erw. 3.a).
- Anforderungen an die formgültige Protokollierung eines mündlichen Strafantrags (Erw. 3.b).

*Aus den Erwägungen:*

3. Wer jemanden tätlich sexuell belästigt, wird, auf Antrag, mit Busse bestraft (Art. 198 Abs. 2 und 3 StGB). Bei Antragsdelikten wird ein Vorverfahren vorbehaltlich unaufschiebbarer sichernder Massnahmen erst eingeleitet, wenn der Strafantrag gestellt wurde (Art. 303 StPO), was auch mündlich zu Protokoll erfolgen kann (Art. 304 Abs. 1 StPO). Ist eine Tat nur auf Antrag strafbar, so kann jede Person, die durch sie verletzt worden ist, die Bestrafung des Täters beantragen (Art. 30 Abs. 1 StGB). Ist die verletzte Person handlungsunfähig, so ist ihr gesetzlicher Vertreter zum Antrag berechtigt (Art. 30 Abs. 2 Satz 1 StGB). Ist die verletzte Person minderjährig oder steht sie unter umfassender Beistandschaft, so ist auch sie zum Antrag berechtigt, wenn sie urteilsfähig ist (Art. 30 Abs. 3 StGB). Eine auf den Strafantrag beschränkte Urteilsfähigkeit genügt (Treichsel/Geth, in: Trechsel/Pieth [Hrsg.], Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, 4. A. 2021, Art. 30 StGB N 3 m.H.). Ohne Vorliegen eines gültigen Strafantrags darf der Staat kein Strafverfahren führen (BGE 145 IV 190 E. 1.5.2 m.H.). Das Antragsrecht erlischt nach Ablauf von drei Monaten, wobei die Frist mit dem Tag beginnt, an welchem der antragsberechtigten Person der Täter bekannt wird (Art. 31 StGB). Weiss die antragsberechtigte Person zwar um das Vorliegen einer Straftat, vermag sie aber aufgrund fehlender Detailkenntnisse noch nicht einzuschätzen, ob es sich um ein Official- oder ein Antragsdelikt handelt, beginnt die Antragsfrist zu laufen und muss die antragsberechtigte Person sicherheits halber stets einen Strafantrag einreichen, will sie nicht nur ein Officialdelikt, sondern auch ein damit allfällig einhergehendes Antragsdelikt verfolgt wissen (BGer 6B\_303/2017 vom 16. November 2017 E. 6.3, BGer

## A 4.1

6B\_125/2017 vom 17. Mai 2017 E. 1.3.2, je m.H.). Die Antragsberechtigung steht den einzelnen Personen selbstständig zu, und es laufen die entsprechenden Antragsfristen je gesondert (BGer 6B\_334/2012 vom 26. September 2012 E. 2.2 m.H. u.a. auf BGE 127 IV 193 = Pra 2002 Nr. 11 zu Art. 28 Abs. 2 und 3 aStGB). Der Täter war den bei Tatbegehung grundsätzlich nebeneinander selbständig strafantragsberechtigten (dazu Konopatsch/Uhrmeister, AK, Art. 30 StGB N 22 m.H.) Mutter und Privatklägerin noch am Tag des Vorfalls vom 28. Juli 2020 bekannt. Die Vertretungsbeistandschaft wurde erst nach Ablauf der der Privatklägerin und Mutter gesondert laufenden Antragsfristen anfangs Dezember 2020 angeordnet. Es bestand während den laufenden Antragsfristen mithin keine Beistandschaft, die der Erwachsenenschutzbehörde im Sinne von Art. 30 Abs. 2 Satz 2 StGB das Antragsrecht in gesetzlicher Vertretung der Privatklägerin einräumte.

a) Die Vertretungsbeiständin der Privatklägerin macht geltend, die Mutter habe wegen Interessenkonflikts und Art. 306 Abs. 3 ZGB keine Antragsbefugnisse innegehabt. Dieser Einwand übersieht zum einen, dass es vorliegend nicht um die Angelegenheit innerhalb der Gemeinschaft (vgl. auch den Titel von Art. 306 ZGB), also hier um ein Delikt der Mutter oder des Vaters zum Nachteil der Privatklägerin, ging. Das Stellen eines Strafantrags betrifft hier die Vertretung einer Angelegenheit gegenüber Dritten (vgl. Titel von Art. 304 f. ZGB), wobei die Vertretungsmacht der Mutter bei nicht eindeutigen Willen der Privatklägerin, an deren Urteilsfähigkeit insoweit hier aber keine Zweifel bestehen, umstritten ist (vgl. Maranta, OFK, 4. A. 2021, Art. 304 ZGB N 2 m.H.), da es sich um ein höchstpersönliches Recht handelt (vgl. Hotz, KUKO, 2. A. 2018, Art. 19c ZGB N 9). Zum andern ist Art. 30 Abs. 3 StGB einschlägig und verfügte die Erwachsenenschutzbehörde zur Tatzeit über keine Antragsberechtigung, stand die Privatklägerin doch weder unter Vormundschaft noch umfassender Beistandschaft. Selbst wenn diesbezüglich nach Art. 30 Abs. 2 StGB der Zeitpunkt der Antragstellung massgebend wäre (so noch Riedo, Der Strafantrag, S. 276 bzw. 286), brauchte sich die Privatklägerin hier (anders als im in BGer 6B\_396/2008 vom 25. August 2008 beurteilten Fall der Täterschaft einer gesetzlichen Vertreterin, wo nach altem Recht noch kein Antragsrecht für minderjährige Urteilsfähige vorgesehen war) mit Blick auf Art. 30 Abs. 3 StGB weder durch die Mutter noch durch die Beiständin vertreten zu lassen, da sie urteilsfähig war und ist (e contrario: Donatsch, OFK, 21. A. 2022, Art. 30 StGB N 12 m.H. auf BBI 1999 2016). Letzteres übersieht auch die Staatsanwaltschaft in ihren Bedenken, wonach in solchen Fällen Antragsdelikte nicht mehr verfolgt werden könnten. Auch abgesehen davon trifft ihre Befürchtung im vorliegenden

Fall so nicht zu. Die Strafverfolgungsbehörden erhielten am 21. September 2020, also knapp zwei Monate nach dem Vorfall, Kenntnis von der mutmasslichen Tat und dem verdächtigen Täter. Sie hätten mithin noch die Möglichkeit gehabt, rechtzeitig um eine Prozessbeistandschaft zu ersuchen, wenn sie eine solche etwa infolge fehlender Urteilsfähigkeit der Privatklägerin als erforderlich erachtet hätten. Verzichtete hier die urteilsfähige minderjährige Privatklägerin, innert Frist einen Strafantrag zu stellen, wäre es indes wenig sinnvoll, wenn die erst nach Ablauf der Antragsfrist in der Annahme einer Kollision der Interessen von Mutter und Tochter eingeschaltete Erwachsenenschutzbehörde noch einen Strafantrag stellen könnte.

b) Soweit die Vorinstanz offenliess, ob die am 21. September 2020 durch die Mutter bei einem Polizisten telefonisch erstattete Anzeige als rechtskonformer Strafantrag gelten könnte, ist diese Möglichkeit zu verwerfen. Zum einen geht aus dem Polizeirapport wie bereits angetönt (vgl. oben E. 2.b/bb) hervor, dass die Mutter eigentlich keine Strafverfolgung initiieren wollte. Die Bestätigung ihres vom Beschuldigten selber bei der Polizei beklagten Missbrauchsvorwurfs (sic!) stellt bloss eine Wissenserklärung dar, die allein zum Strafantrag nicht genügt. Zum andern setzt die bundesgerichtliche Rechtsprechung voraus, dass die Protokollierungspflicht gemäss Art. 304 Abs. 1 StPO eine schriftliche Dokumentation eines mündlichen Strafantrags erfordert, was auch durch einen Polizeirapport geschehen kann (BGE 145 IV 190 E. 1.3.3), sofern dessen Verfasserin für die Richtigkeit garantieren kann (ebd. E. 1.4.1). Hier kann die Rapportverfasserin jedoch nur vom Hörensagen eines Telefonats eines anderen Beamten mit der Mutter berichten, dass diese bzw. ihre Tochter Strafanzeige erstatten möchte). Die Beamtin selber rapportierte aus eigener Wahrnehmung nur, dass die Mutter ihr mehrmals zu verstehen gab, dass nichts Schlimmes passiert sei und sich erst am 17. Oktober 2020, als die Polizei sie um eine Desinteresse-Erklärung anging, mit einer Einvernahme ihrer Tochter einverstanden erklärt. Auf diese Weise kann kein Strafantrag als formgültig zu Protokoll genommen worden gelten, umso weniger als die Identität der bloss am Telefon eine Strafanzeige bestätigenden Mutter nicht überprüft werden konnte (dazu BGE 145 IV 190 E. 1.4.3).

(Urteil vom 14. Februar 2023, STK 2021 66).

## A 4.2

### 4.2 Ungetreue Geschäftsbesorgung, Retrozessionen

- Anforderungen an den subjektiven Tatbestand beim Grundtatbestand der ungetreuen Geschäftsbesorgung (Erw. 6).
- Für die Strafbarkeit eines Vermögensverwalters wegen des Grundtatbestands der ungetreuen Geschäftsbesorgung im Zusammenhang mit der auftragsrechtlichen Rechenschafts-/Herausgabepflicht bezüglich Retrozessionen muss sich das Wissen und Wollen bzw. das Für-möglich-halten und In-Kauf-nehmen des Täters nicht nur auf die Verletzung der Rechenschaftspflicht, sondern auch auf die Verletzung der Herausgabepflicht sowie bei Vorhandensein einer Verzichtsklausel betreffend Herausgabe der Retrozessionen auf deren Ungültigkeit und den daraus kausal resultierenden Vermögensschaden beziehen (Erw. 6.a/aa-cc).
- Auch nach BGE 132 III 460 (sog. Retro I-Entscheid) kann es zu einem Sachverhaltsirrtum in Bezug auf die Gültigkeit einer Verzichtsklausel betreffend Herausgabe von Retrozessionen kommen (Erw. 6.b/aa-dd).

*Aus den Erwägungen:*

6. Um den Grundtatbestand der ungetreuen Geschäftsbesorgung nach Art. 158 Ziff. 1 Abs. 1 StGB in subjektiver Hinsicht zu erfüllen, muss sich der (Eventual-)Vorsatz des Täters insbesondere auf die Pflichtwidrigkeit des Handelns oder Unterlassens, die Vermögensschädigung und den Kausalzusammenhang zwischen dem pflichtwidrigen Verhalten und dem Schaden beziehen. An den Nachweis des Eventualvorsatzes sind hohe Anforderungen zu stellen, weil der objektive Tatbestand, namentlich das Merkmal der Pflichtverletzung, relativ unbestimmt ist (BGE 142 IV 346, E. 3.2; BGE 120 IV 190, E. 2b; BGer Urteil 6B\_708/2019 vom 12. November 2019, E. 5.3.1).

a) Der Beschuldigte bringt im Zusammenhang mit dem subjektiven Tatbestand vor, er habe nicht nur darum wissen bzw. es für möglich halten müssen, dass auftragsrechtlich eine Rechenschafts- und Herausgabepflicht hinsichtlich Retrozessionen bestanden habe, sondern auch, dass die konkrete Verzichtsklausel in den Verträgen mit den Kunden ungültig gewesen sei. Er habe die Verzichtsklausel in Ziffer 8 der Verwaltungsmandate irrtümlich für gültig gehalten, womit er nach seinem Dafürhalten keiner Pflicht unterlegen habe, Retrozessionen an die Kunden abzuliefern. Es handle sich diesbezüglich um einen Sachverhaltsirrtum nach Art. 13 Abs. 1 StGB.

aa) In BGE 144 IV 294 hielt das Bundesgericht in der Regeste fest, der Vermögensverwalter mache sich der ungetreuen Geschäftsbesorgung strafbar, wenn er seinen Kunden nicht über die Vergütungen oder Retrozessionen informiere, die er von der Depotbank erhalte. Es erwog, dass die Rechenschaftspflicht des Beauftragten eine erhöhte oder qualifizierte Verpflichtung bilde, deren Verletzung als ungetreue Geschäftsbesorgung im Sinne von Art. 158 Ziff. 1 StGB gelte. Die Pflicht zur Rechenschaftsablage des Beauftragten gegenüber dem Auftragnehmer müsse diesem ermöglichen, zu überprüfen, ob sein Vertragspartner seinen auftragsrechtlichen Pflichten in guten Treuen nachgekommen sei. Die Information müsse ihn in die Lage versetzen, das zu fordern, was der Beauftragte ihm schulde, sowie, falls nötig, auch von ihm Schadenersatz zu verlangen. So komme der Rechenschaftspflicht – bezogen auf den Schutz der Interessen des Auftraggebers – eine präventive Rolle zu. Die Pflichten zur Rechenschaftsablage sowie zur Herausgabe seien demzufolge im Bereich des Auftragsrechts nicht auf derselben Ebene anzusiedeln. Die Wirkung der zweiten Pflicht hänge stattdessen von der richtigen Erfüllung der ersten Pflicht ab (BGE 144 IV 294 = Pra 108 [2019] Nr. 81, E. 3.3).

In einem nach dem genannten Entscheid ergangenen Urteil erwog das Bundesgericht zunächst, wenn ein Mitglied des Verwaltungsrats einer Vermögensverwaltungsgesellschaft gegenüber den Kunden der Gesellschaft seine Informations-, Rechenschafts- oder Treuepflicht verletze, könne dies nach der Rechtsprechung einen Schuldspruch wegen Betrugs oder ungetreuer Geschäftsbesorgung durch Unterlassen nach sich ziehen (BGer Urteil 6B\_910/2019 und 6B\_1076/2019 vom 15. Juni 2020, E. 2.2.3.2), was aufgrund der Kann-Formulierung den Anschein macht, dass das Bundesgericht seine Rechtsprechung in diesem Zusammenhang zumindest relativieren wollte. In E. 4.2 desselben Urteils wiederholte es jedoch, der Vermögensverwalter müsse seine Kunden über Retrozessionen, die er von der Depotbank erhalte, informieren – unterlasse er dies, mache er sich der ungetreuen Geschäftsbesorgung strafbar (BGer Urteil 6B\_910/2019 und 6B\_1076/2019 vom 15. Juni 2020, E. 4.2).

bb) Aus den Ausführungen des Bundesgerichts in BGE 144 IV 294, insbesondere der entsprechenden Regeste, und dem vorangehend genannten Urteil liesse sich schlussfolgern, dass bereits die Verletzung der Rechenschaftspflicht durch den Vermögensverwalter den Tatbestand der ungetreuen Geschäftsbesorgung nach Art. 158 Ziff. 1 Abs. 1 StGB erfüllt. Ein allfälliger Irrtum über die Gültigkeit einer Verzichtsklausel, die – wie vorliegend – die Herausgabepflicht des Vermögensverwalters betreffend Retrozessionen beschlägt, wäre mithin für die Frage der Strafbarkeit wegen ungetreuer Geschäftsbesorgung nicht von Relevanz.

## A 4.2

Allerdings verlangt der objektive Tatbestand von Art. 158 Ziff. 1 Abs. 1 StGB nicht nur die Verletzung einer mit der Eigenschaft als Geschäftsführer zusammenhängenden Pflicht, sondern auch einen daraus kausal resultierenden Vermögensschaden. Ein solcher kann in einer tatsächlichen Schädigung durch Verminderung der Aktiven, Vermehrung der Passiven, Nicht-Verminderung der Passiven oder Nicht-Vermehrung der Aktiven liegen. Darüber hinaus liegt ein Schaden bereits vor, wenn das Vermögen in einem Masse gefährdet wird, dass es in seinem wirtschaftlichen Wert vermindert ist. Dies ist der Fall, wenn der Gefährdung im Rahmen einer sorgfältigen Bilanzierung durch Wertberichtigung oder Rückstellung Rechnung getragen werden muss (BGE 142 IV 346, E. 3.2 m.w.H.). Kommt ein Vermögensverwalter seiner Rechenschaftspflicht betreffend Retrozessionen gegenüber seinen Kunden nicht nach, leitet er die erhaltenen Retrozessionen jedoch vollumfänglich an diese weiter, entsteht bei den Kunden kein Vermögensschaden (Schaller, Handbuch des Vermögensverwaltungsrechts, Grundlagen – Haftung – Zivilprozess – Aufsicht – Strafrecht, Rn. 845; Riedo, Das Verschweigen von Retrozessionen als strafbare Vertragsverletzung, in: BR 2018, S. 358 ff., Fn. 12 m.w.H.; zur allfälligen Relevanz des Zeitpunkts der Auszahlung siehe Reber/Emmenegger/Lehmkuhl, Retro-Strafbarkeit nach Art. 158 StGB: Questions and [some] Answers, in: SZW 2021, S. 144 ff., Fn. 47), weil es bei ihnen in diesem Fall weder zu einer Verminderung der Aktiven, Vermehrung der Passiven, Nicht-Vermehrung der Aktiven noch einer Nicht-Verminderung der Passiven kommt und ihr Vermögen ebenso wenig in einem Masse gefährdet wird, dass es in seinem wirtschaftlichen Wert vermindert ist (Riedo, a.a.O., S. 361). Die blossе Verletzung der Rechenschaftspflicht stellt mithin keinen Vermögensschaden dar, auch wenn die Rechenschaftspflicht laut Bundesgericht eine erhöhte oder qualifizierte Verpflichtung bildet. Dementsprechend erklärt auch Schubarth, der die Verletzung der Abrechnungspflicht und nicht die Nichtablieferung betreffend Retrozessionen als tatbestandsmässige Pflichtverletzung ansieht und auf den das Bundesgericht in BGE 144 IV 294 u.a. verweist, die Verletzung der Abrechnungspflicht werde „in der Regel“ beim Kunden zu einem Vermögensschaden führen, weil er mangels Offenlegung seinen Herausgabeanspruch nicht geltend machen könne (Schubarth, Die Bedeutung der neuen Retrozessionsentscheidung des Bundesgerichtes für das Konzernstrafrecht, in: Jusletter vom 17. Dezember 2012, Rz. 8 f.). Leitet der Vermögensverwalter jedoch trotz mangelnder Offenlegung sämtliche Retrozessionen unaufgefordert an seine Kunden weiter, entfällt trotz Verletzung der Rechenschaftspflicht die Notwendigkeit der Geltendmachung des Herausgabeanspruchs, weil kein Vermögensschaden entsteht. Ein Vermögensschaden tritt mithin erst ein, wenn der Vermögensverwalter neben der Rechenschaftspflicht gleichzeitig seine Herausgabepflicht verletzt (Riedo, a.a.O.,

S. 362; vgl. Graf, BGer 6B\_689/2016: Strafrechtlicher Umgang mit Retrozessionen, in: AJP/PJA 11/2018, S. 1421 ff., S. 1426; Reber/Emmenegger/Lehmkuhl, a.a.O., S. 151 sowie Fn. 47 f.).

Folglich verhindert ein rechtsгүйtiger Verzicht auf Herausgabe der Retrozessionen, der gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung möglich ist, auch die Strafbarkeit wegen ungetreuer Geschäftsbesorgung, weil aufgrund des gültigen Verzichts der Anspruch auf Vermehrung der Aktiven durch Herausgabe der Retrozessionen entfällt und es damit am Vermögensschaden sowie am Schädigungsvorsatz fehlt, selbst wenn die Rechenschaftspflicht verletzt ist (Reber/Emmenegger/Lehmkuhl, a.a.O., S. 151). Mit anderen Worten muss sich für die Strafbarkeit wegen des Grundtatbestands der ungetreuen Geschäftsbesorgung das Wissen und Wollen bzw. das Für-möglich-halten und In-Kauf-nehmen des Täters nicht nur auf die Verletzung der Rechenschaftspflicht, sondern auch die Verletzung der Herausgabepflicht sowie bei Vorhandensein einer Verzichtsklausel betreffend Herausgabe der Retrozessionen auf deren Ungültigkeit und damit auch auf den daraus kausal resultierenden Vermögensschaden beziehen.

cc) Ziffer 8 der Verwaltungsmandate sowohl in ihrer ursprünglichen als auch in ihrer angepassten Form erfüllte die Anforderungen der bundesgerichtlichen Rechtsprechung an einen gültigen Verzicht betreffend Retrozessionen nicht, weil die Beschuldigten den Kunden darin weder die Eckwerte der bestehenden Retrozessionsvereinbarungen mit der B. als Depotbank noch die Grössenordnung der zu erwartenden Rückvergütungen in einer Prozentbandbreite des verwalteten Vermögens bekanntgaben. Auszüge der B. betreffend Zeitpunkt und Höhe der ausgerichteten Retrozessionen stellten die Beschuldigten den Kunden ebenfalls nicht zu. Anhaltspunkte dafür, dass die A. AG gegenüber den Kunden die notwendigen Informationen zumindest nachträglich bzw. nach Erhalt der Retrozessionen vollständig und transparent offengelegt hätte, sind ebenso wenig ersichtlich. Die Beschuldigten bringen denn auch nicht vor, die Kunden über die Eckwerte der bestehenden Retrozessionsvereinbarungen mit der B. und die Grössenordnung der zu erwartenden Rückvergütungen in einer Prozentbandbreite des verwalteten Vermögens informiert zu haben. Sie sind jedoch der Auffassung, dass sie in Bezug auf die Verzichtsklausel einem Sachverhaltsirrtum unterlegen seien, weil sie diese irrtümlich für gültig gehalten hätten (siehe E. 6a).

b) Handelt der Täter in einer irrigen Vorstellung über den Sachverhalt, beurteilt das Gericht die Tat zugunsten des Täters nach dem Sachverhalt, den sich der Täter vorstellte (Art. 13 Abs. 1 StGB; sog. Sachverhaltsirrtum). Ein solcher Sachverhaltsirrtum ist auch der Irrtum über Tatbestands-

## A 4.2

merkmale. Nach der Rechtsprechung und herrschenden Lehre ist es unerheblich, ob dieser Irrtum auf einer Verkennung von Tatsachen oder auf einer fehlerhaften Rechtsauffassung beruht. Wer – aus welchen Gründen auch immer – über ein normatives Tatbestandsmerkmal irrt, erliegt einem Sachverhaltsirrtum. Auch wer infolge fehlerhafter Rechtsvorstellungen beispielsweise verkennt, dass eine Sache eine fremde ist, irrt über den Sachverhalt im Sinne von Art. 13 StGB und kann den Vorsatz der Veruntreuung oder des Diebstahls nicht haben (BGE 129 IV 238, E. 3.2; BGE 109 IV 65, E. 3; BGer Urteil 6B\_187/2016 vom 17. Juni 2016, E. 3.2; je mit Hinweisen). Versteht der Täter hingegen in laienhafter Anschauung die soziale Bedeutung des von ihm verwirklichten Sachverhalts, so handelt er mit Vorsatz, auch wenn er über die genaue rechtliche Qualifikation irrt, was als rechtlich unbeachtlicher Subsumtionsirrtum anzusehen ist (BGE 129 IV 238, E. 3.2.2 m.H.; BGer Urteil 6B\_630/2018 vom 8. März 2019, E. 1.6.2). Wer sich bewusst für Nichtwissen entscheidet, kann sich nicht darauf berufen, er habe die Tatbestandsverwirklichung nicht für möglich gehalten. Wer weiss, dass er nichts weiss, irrt nicht. Bewusste Nicht-Kenntnis eines Sachverhalts ist daher nicht als Sachverhaltsirrtum im Sinne von Art. 13 StGB zu behandeln (BGE 135 IV 12, E. 2.3.1; BGer Urteil 6B\_910/2019 und 6B\_1076/2019 vom 15. Juni 2020, E. 2.2.4.4).

aa) Hielten die Beschuldigten die Verzichtsklausel betreffend Herausgabe der Retrozessionen sowohl in ihrer ursprünglichen als auch abgeänderten Variante fälschlicherweise für gültig und nahmen entsprechend an, sie müssten die Retrozessionen den Kunden nicht herausgeben, hätten sie über ihre Herausgabepflicht, deren Verletzung sowie den daraus resultierenden Vermögensschaden bei den Kunden, mithin über Tatbestandsmerkmale geirrt. Weil es unerheblich ist, ob dieser Irrtum auf einer Verkennung von Tatsachen oder auf einer fehlerhaften Rechtsauffassung beruht, wären sie somit einem Sachverhaltsirrtum im Sinne von Art. 13 StGB unterlegen und nicht etwa einem Verbotsirrtum nach Art. 21 StGB (vgl. BGer Urteil 6B\_910/2019 und 6B\_1076/2019 vom 15. Juni 2020, E. 2.7.5). Aufgrund dessen hätten die Beschuldigten ohne (Eventual-)Vorsatz gehandelt.

bb) In BGE 144 IV 294 machte der dortige Beschwerdeführer geltend, dass zwei der Kunden Aufträge unterzeichnet hätten mit einer übersetzt (Pra 108 [2019] Nr. 81, E. 3.4) wie folgt formulierten Klausel: „Alle Retrozessionen oder Rabatte, welche der Gesellschaft von Banken, Finanzintermediären oder Anlagefonds auf Grundlage einer Vereinbarung gewährt werden, verbleiben bei der Gesellschaft bzw. gelten als durch diese erworben. Der Kunde bestätigt, dass er auf Rechenschaftsablage betreffend

diese Retrozessionen sowie auf jegliche diesbezüglichen Ansprüche verzichtet.“ Der Beschwerdeführer im erwähnten Bundesgerichtsverfahren brachte vor, er habe in guten Treuen an die Gültigkeit der Verzichtsklausel bezüglich Retrozessionen geglaubt, da – seinen Angaben zufolge – vor dem Bundesgerichtsurteil vom 29. August 2011 (BGE 137 III 393) die Anforderungen betreffend die vorgängige Information des Kunden von der einschlägigen Rechtsprechung noch nicht präzisiert worden seien. Das Bundesgericht erwiderte, bereits im Urteil vom 22. März 2006 (BGE 132 III 460) habe es festgestellt, dass ein Kunde, der vorgängig keine vollständige und wahrheitsgetreue Information über die Leistungen erhalten habe, die der Verwalter von der Depotbank oder gegebenenfalls von sonstigen Dritten erhalte, seinen Vertragspartner nicht gültig von seinen Pflichten zur Rechenschaftsablage und Rückgabe von Retrozessionen befreien könne. Der Irrtum, auf den sich der Beschwerdeführer berufe, könne nur vor dem Urteil vom 22. März 2006 in Betracht fallen (BGE 144 IV 294 = Pra 108 [2019] Nr. 81, E. 3.4).

Weil der Beschwerdeführer im dortigen Fall gemäss dem bundesgerichtlichen Entscheid vorbrachte, die Anforderungen betreffend die vorgängige Information des Kunden seien vor dem BGE 137 III 393 (sog. Retro II-Entscheid) von der einschlägigen Rechtsprechung noch nicht präzisiert worden, scheint dem Beschwerdeführer immerhin bekannt gewesen zu sein, dass das Bundesgericht in BGE 132 III 460 (sog. Retro I-Entscheid) gewisse Anforderungen an eine gültige Verzichtsklausel festgelegt, diese allerdings noch nicht präzisiert hatte. Gegenteiliges ergibt sich aus dem Bundesgerichtsentscheid jedenfalls nicht. Vor dem Retro II-Entscheid herrschte in der Lehre ferner Uneinigkeit über die konkreten Anforderungen für die Gültigkeit einer Verzichtsklausel betreffend Herausgabe von Retrozessionen, wobei die Meinungen weit auseinandergingen (siehe BGE 137 III 393, E. 2.2 m.w.H.). Dennoch formulierte der Beschwerdeführer die Verzichtsklausel nicht entsprechend den restriktivsten Lehrmeinungen zu dieser Zeit. In Anbetracht dessen erscheint es zumindest vertretbar, beim Beschwerdeführer Eventualvorsatz anzunehmen, weil das Bundesgericht aufgrund der Kenntnis des Beschwerdeführers, dass zwar Anforderungen an einen gültigen Verzicht vorhanden, jedoch noch nicht präzisiert waren, schliessen konnte, er habe wenigstens für möglich gehalten und in Kauf genommen, dass die Verzichtsklausel ungültig sein könnte, zumal er die Verzichtsklausel wie erwähnt nicht einmal entsprechend den restriktivsten Lehrmeinungen zu dieser Zeit formulierte. In diesem konkreten Fall würde daher, wie das Bundesgericht erwog, der vom Beschwerdeführer vorgebrachte Irrtum nur vor dem Retro I-Entscheid in Betracht fallen. Das Bundesgericht begründete seine Ansicht indes nicht, jedenfalls nicht ausdrücklich.

## A 4.2

cc) Daher könnte aus dem BGE 144 IV 294 auch der Schluss gezogen werden, ein Irrtum über die Gültigkeit einer Verzichtsklausel betreffend Herausgabe von Retrozessionen sei seit dem Retro I-Entscheid vom 22. März 2006 allgemein nicht mehr möglich. Wie bereits ausgeführt betrifft das Wissen und Wollen bzw. das Für-möglich-halten und In-Kauf-nahmen des Täters innere Tatsachen, mithin Tatfragen, die entscheidrelevant und deshalb von den Strafbehörden abzuklären sowie zu beweisen sind (vgl. Art. 139 i.V.m. Art. 6 StPO). Die blosser Existenz eines Bundesgerichtssentscheids lässt keine Schlüsse auf diese inneren Tatsachen eines Beschuldigten zu und vermag deshalb das tatsächliche Vorhandensein solcher Tatsachen nicht zu belegen. Selbst wenn der Beschuldigte nachweislich Kenntnis vom entsprechenden Bundesgerichtssentscheid genommen hätte, würde dies noch nichts darüber aussagen, ob er diesen richtig verstanden und ihm dessen Inhalt zumindest in Gestalt eines dauernden Begleitwissens im Zeitpunkt der Tat mitbewusst gewesen wäre. Dementsprechend wäre es auch nicht haltbar, aus der blossen Existenz des Retro I-Entscheids eine allgemeine Fiktion zuungunsten der Beschuldigten zu konstruieren und ihnen damit die Möglichkeit eines Irrtums in diesem Zusammenhang von vornherein abzusprechen, zumal die Strafbehörden verpflichtet sind, sowohl die belastenden als auch die entlastenden Umstände für die Beurteilung einer Tat mit gleicher Sorgfalt zu untersuchen (Art. 6 Abs. 2 StPO). Dies muss umso mehr gelten, als diese Frage den subjektiven Tatbestand der ungetreuen Geschäftsbesorgung betrifft, bei dem das Bundesgericht hohe Anforderungen an den Nachweis des Eventualvorsatzes stellt, weil der objektive Tatbestand bereits relativ unbestimmt ist (siehe E. 6). So erklärte das Bundesgericht im Urteil 6B\_910/2019 und 6B\_1076/2019 vom 15. Juni 2020 im Zusammenhang mit dem subjektiven Tatbestand der ungetreuen Geschäftsbesorgung und einem allfälligen Sachverhaltsirrtum, ein Verwaltungsratspräsident einer Vermögensverwaltungsgesellschaft könne geltend machen, er habe seine Pflichten nicht gekannt, und es sei vom Gericht zu prüfen, ob er um seine Pflichten gewusst habe (siehe dort E. 2.7.5). Die blosser Existenz gesetzlicher Pflichten oder einer bundesgerichtlichen Rechtsprechung, mithin auch des Retro I-Entscheids, kann daher nicht automatisch zu einem Schluss auf das Vorhandensein der inneren Tatsachen führen. Dementsprechend kann dies auch einem Sachverhaltsirrtum, der gerade diese inneren Tatsachen betrifft, nicht entgegenstehen. Ein genereller Ausschluss der Möglichkeit eines Sachverhaltsirrtums betreffend Gültigkeit einer Verzichtsklausel im Zusammenhang mit der Herausgabe von Retrozessionen seit dem Retro I-Entscheid lässt sich nach dem Gesagten nicht rechtfertigen und ist mit dem dem Strafgesetzbuch zugrundeliegenden Schuldstrafrecht (vgl. Niggli/Maeder, a.a.O., Art. 12 StGB N 16; vgl. Trechsel/Fateh-Moghadam, a.a.O., Art. 12 StGB N 1) unvereinbar.

dd) Aufgrund dessen kann es auch nach dem Retro I-Entscheid zu einem Sachverhaltsirrtum in Bezug auf die Gültigkeit einer Verzichtsklausel betreffend Herausgabe von Retrozessionen kommen, was nachfolgend bezüglich des Beschuldigten zu prüfen ist.

(Urteile vom 16. Juni 2023, STK 2022 24 und 25 sowie STK 2022 26 und 27).

### **4.3 Grobe Verkehrsregelverletzung, Abgrenzung**

*- Die Vermutung einer groben Verkehrsregelverletzung bei Überschreitung der zulässigen Höchstgeschwindigkeit ausserorts oder auf Autobahnen um 30 respektive 35 km/h oder mehr ist anhand aussergewöhnlicher Umstände widerlegbar (Erw. 2).*

*Aus den Erwägungen:*

2. Der Vorderrichter bejahte den objektiven Tatbestand von Art. 90 Abs. 2 SVG und berücksichtigte die von der Beschuldigten geltend gemachten aussergewöhnlichen Fallumstände im Subjektiven zu deren Gunsten (vgl. auch Boll, Handkommentar, N 2183 und 2196 ff.). Dass die Beschuldigte unbewusst fahrlässig nicht auf den Tacho geschaut habe, nahm der Vorderrichter an, weil ihr die unbestrittene Überschreitung der Höchstgeschwindigkeit von 120 km/h um 36 km/h mangels Gewöhnung an das benutzte Fahrzeug und mangels Anhaltspunkten im übrigen Verkehr nicht auffallen müssen und von ihr nie riskiert worden wäre, da sie in ihrer Tätigkeit als Polizistin auf den Fahrausweis angewiesen sei. Ihre Fahrlässigkeit erschien ihm jedoch in einem milderen Licht, weil sie den Grenzwert für eine grobe Verkehrsregelverletzung im geringen Ausmass nur für einen kurzen Augenblick überschritten habe. Im Weiteren ging er in dubio pro reo von einer trockenen, etwas ausgeleuchteten Fahrbahn und einem sehr geringen Verkehrsaufkommen auf einem gut ausgebauten Autobahnabschnitt aus. Schliesslich beurteilte er vor dem Hintergrund eines ungenauen Tachos dessen fehlende Prüfung zugunsten der ansonsten auf der ihr bekannten Strecke konzentriert fahrenden Beschuldigten als milder.

a) Je schwerer die Verkehrsregelverletzung objektiv wiegt, desto eher wird Rücksichtslosigkeit subjektiv zu bejahen sein, sofern keine besonderen Gegenindizien vorliegen (Urteil 6B\_904/2015 vom 27. Mai 2016 E. 6.2.1 mit Hinweisen). Nach ständiger Rechtsprechung sind die objektiven und grundsätzlich auch die subjektiven Voraussetzungen der groben

## A 4.3

Verkehrsregelverletzung ungeachtet der konkreten Umstände zu bejahen, wenn die zulässige Höchstgeschwindigkeit ausserorts oder auf Autobahnen um 30 km/h respektive 35 km/h oder mehr überschritten wird (STK 2019 54 E. 1d m.H. u.a. auf BGer 6B\_510/2019 vom 8. August 2019 m.H. sowie angef. Urteil E. 2 in fine; etwa Giger, OFK, 9. A. 2022, Art. 90 SVG N 12 m.H.). Diese Vermutung ist anhand aussergewöhnlicher Umstände widerlegbar (BGer 6B\_466/2022 vom 9. September 2022 E. 3.3 m.H.) bzw. die Grobfahrlässigkeit zu verneinen, wenn besondere Umstände vorliegen, wie etwa ein Irrtum über die geltende Höchstgeschwindigkeit (BGer 6B\_171/2010 vom 19. April 2010 E. 3.2 m.H.).

b) Die Staatsanwaltschaft geht grundsätzlich zutreffend davon aus, dass der geringe Umfang der Übertretung des Grenzwerts kein ausserordentlicher Umstand darstellt, ist es doch gerade der Zweck dieser Grenze, die Tatbestandsmässigkeit ungeachtet der konkreten Umstände zu bejahen. Indes spricht das Bundesgericht in dem von der Staatsanwaltschaft erwähnten Fall mehrfach von „deutlichen Überschreitungen“ (BGE 122 IV 173 E. 2.b/bb und c). Somit ist nachvollziehbar, dass der Vorderrichter zu Gunsten der Beschuldigten eine geringfügige bzw. „nicht deutliche“ Überschreitung berücksichtigte, zumal diese nur während eines kurzen Augenblicks erfolgte. Da die Schwere der Verkehrsregelverletzung im groben Bereich des Rechtssprechungsschemas bei Geschwindigkeitsvergehen geringfügig ausfällt, ist jedenfalls nicht zu beanstanden, dass der Vorderrichter keine allzu hohen Anforderungen an das Vorliegen besonderer, gegen rücksichtsloses Verhalten sprechender Indizien stellte.

c) Mit der Staatsanwaltschaft ist von einer frühmorgens nicht künstlich ausgeleuchteten Fahrbahn auszugehen. Ohnehin würde eine künstliche Beleuchtung angesichts des in der Rechtsprechung gesetzten Grenzwerts ebenso wenig wie das zu dieser Tages- und Jahreszeit notorisch geringe Verkehrsaufkommen und der gute Ausbaustandard einer richtungsgetrennten Autobahn ein ausserordentliches Element darstellen. Diese Umstände können daher das Verhalten der Beschuldigten nicht in einem milderen Licht erscheinen lassen. Daran ändert nichts, dass die Beschuldigte glaubhaft dartut, sich auf die Strasse konzentriert zu haben und kontrolliert gefahren zu sein. Zutreffend macht die Staatsanwaltschaft geltend, dass es sich bei der konzentrierten und kontrollierten Fahrweise um Grundvoraussetzungen handelt, die eine Fahrzeuglenkerin erfüllen muss.

d) Die Staatsanwaltschaft hält dafür, der defekte Tacho und die mangelnde Vertrautheit der Beschuldigten mit dem Fahrzeug würden nicht zu deren Gunsten sprechen, sondern sie vielmehr belasten, weil sie deswegen zu erhöhter Vorsicht und defensiver Fahrweise angehalten gewesen wäre.

Indes war der Tacho nicht defekt, sondern lediglich ungenau. Der Vorderrichter hielt daher dafür, die Beschuldigte habe die vorhersehbare erhöhte abstrakte Gefährdung pflichtwidrig nicht in Betracht gezogen, hätte diese jedoch durch regelmässiges Prüfen des Tachos vermeiden können, weshalb sie unbewusst fahrlässig gefahren sei, was die Staatsanwaltschaft im Berufungsverfahren nicht bestreitet und hier deshalb nicht näher zu prüfen ist.

aa) In Fällen unbewusster Fahrlässigkeit bedarf die Annahme grober Fahrlässigkeit einer sorgfältigen Prüfung (Giger, a.a.O., Art. 90 SVG N 11 in fine m.H.; Boll, a.a.O., N 2178 ff. m.H.). Grobheit ist dann anzunehmen, wenn das Nichtbedenken der Gefährdung anderer Verkehrsteilnehmer auf Rücksichtslosigkeit beruht (BGE 131 IV 133 E. 3.2 m.H.). Der vorliegende Fall ist in Bezug auf die von der Staatsanwaltschaft geforderten Reserven für Unvorhersehbares nicht mit demjenigen wegen Drogeneinflusses gutachterlich verneinter Fahrfähigkeit zu vergleichen (BGE 130 IV 32 insbes. E. 3.1), zumal weder ersichtlich noch angeklagt ist, dass die Beschuldigte auf Unvorhergesehenes nicht hätte reagieren können (vgl. noch unten lit. cc in fine).

bb) Die unbewusste Fahrlässigkeit infolge Nichtbeachtung des Tachos erschien dem Vorderrichter in einem milderem Licht, weil die Beschuldigte um dessen Ungenauigkeit wusste. Dass die Geschwindigkeitsangaben von Tachos jedoch von denjenigen fahrzeugexterner, geeichter Messgeräte bzw. den tatsächlich gefahrenen Geschwindigkeiten abweichen, ist ebenso wenig aussergewöhnlich wie der Umstand, dass Lenkerinnen und Lenker in verschiedenen Fahrzeugen das Tempo unterschiedlich wahrnehmen. Dass die Beschuldigte wegen der mangelnden Vertrautheit mit dem Fahrzeug jedoch nicht bedachte, auf den ungenauen Tacho zu schauen, kann ihr dennoch nicht als Gleichgültigkeit angelastet werden; denn sie beschränkte ihre Aussage, dass die Ungenauigkeit für sie keine Rolle spielte, auf einen Geschwindigkeitsbereich zwischen 120 und 130 km/h. Daher kann aufgrund ihrer glaubhaften Aussagen, nie einen Ausweisverlust riskieren zu wollen, darauf geschlossen werden, dass sie es tatsächlich unterschätzte, deutlich über 130 km/h gefahren zu sein, zumal sie einräumte, dass sie die Geschwindigkeitsüberschreitung mit einem Blick auf den Tacho hätte sehen können bzw. müssen.

cc) Unbestritten ist in tatsächlicher Hinsicht, dass im Moment der geringfügigen und kurzen Grenzwertüberschreitung durch die Beschuldigte keine anderen Verkehrsteilnehmer in der Nähe waren, anhand deren Fahrweise die Beschuldigte hätte schliessen müssen, dass sie mit erheblich übersetzter Geschwindigkeit fuhr. Zudem ist ihr in diesem Zusammenhang

## A 5.1

noch zugute zu halten, dass sie im Dunkeln weniger gut als am Tag anhand der Veränderung der Umgebung auf die tatsächliche Geschwindigkeit schliessen konnte. Die Staatsanwaltschaft räumt in der Berufungsbegründung ein, dass die Zusatzausbildungen der Beschuldigten im Fahren mit hohen Geschwindigkeiten das Selbstunfallrisiko mindert, wobei in diesem Punkt zugunsten der Beschuldigten zudem berücksichtigt werden kann, dass keine weiteren Personen im Fahrzeug sassen. Dass die Beschuldigte vor unbeleuchteten Fahrzeugen, Personen oder Gegenständen auf der Fahrbahn bei einer überblickbaren Distanz von 300 Metern nicht hätte anhalten können, ist nicht untersucht worden und wird ihr in der Anklage auch nicht vorgeworfen.

e) Unter diesen Umständen ist es nachvollziehbar, dass der Vorderrichter der vollumfänglich fahrfähigen, indes unbewusst fahrlässig kurzen Zeit den Grenzwert um 1 km/h geringfügig überschreitenden Beschuldigten eine Irrtumsmarge zubilligte und grobe Fahrlässigkeit verwarf. Das angefochtene Urteil ist daher nicht zu beanstanden.

(Urteil vom 7. November 2023, STK 2023 33).

---

## 5. Strafprozessrecht

---

### 5.1 Einstellung, Ehrverletzung

- *Der Beschwerdeführer ist nicht legitimiert, in eigenem Namen eine Verletzung des Rufes einer Aktiengesellschaft geltend zu machen (Erw. 2.b).*
- *Die Bezeichnung als Krimineller ist unter den konkreten Umständen nicht ehrverletzend (Erw. 2.c, vgl. auch nachfolgend A 5.2).*

*Aus den Erwägungen:*

1. Am 20. Januar 2022 erstattete A. gegen die Gemeinderätin E. wegen Ehrverletzung Strafanzeige und stellte Strafantrag wegen folgenden Stellen eines zudem auf der Webseite (...) veröffentlichten Interviews (...):

Es isch leider für dä Gmeindrat Y. sehr ä bitteri Pillä, wo mir müänd schluckä. Mir händ diä Baubewilligung muässä erteilä, will das wiä zwei verschideni Bereich sind. Mir döfed diä Bauherrschaft nöd bestrafe für das, was sie gmacht hät. Für das isch d'Staatsawaltschaft zueständig. S neue Projekt a sich isch nöd leid. Es isch eigentlich

ä gueti Sach. Schlächt isch natürlich gsi, das Vorgehe, dass mers eifach illegal abgruumt hät. Dä Gemeindrat isch gzwungä, wänn sie die Richtliniä iihaltet, zum diä Baubewilligung erteilä. Aber es isch natürlich sehr bitter, dass mer mit eme Kriminelle, wenn mers so wett sägä, so oberkorrekt muäss umga.

Die Staatsanwaltschaft stellte am 29. Juni 2023 das eröffnete Strafverfahren gegen die Beschuldigte betreffend Verleumdung, üble Nachrede und Beschimpfung (...) gestützt auf Art. 319 Abs. 1 lit. b StPO ein. (...).

2. Die Staatsanwaltschaft stellte das Verfahren kurz zusammengefasst aus zwei alternativen Gründen ein: Erstens habe die Beschuldigte von keiner bestimmbar Person, sondern nur von der Bauherrschaft gesprochen. Zweitens sei die Beschuldigte von einer fehlenden Abbruchbewilligung ausgegangen und habe daher die den Abbruchauftrag erteilende Person als „Kriminellen“ bezeichnet, als jemand, der „etwas Illegales“ machte, was nach § 92 PBG der Wahrheit entspreche. (...).

b) Für seine Behauptung, die Beschuldigte habe genau gewusst, dass er das Baugesuch für den Neubau eingereicht habe und somit Bauherr sei, vermag der Beschwerdeführer keine erheblichen Anhaltspunkte zu nennen. Soweit das scheinbare Wissen der Beschuldigten mit dem Baugesuch für den Neubau begründet wird, ist dies unerheblich, weil sich die angeblich ehrenrührigen Interviewstellen auf den nicht bewilligten Abbruch beziehen. Ohnehin übersieht der Beschwerdeführer, dass die Staatsanwaltschaft gar nicht auf das Wissen der Beschuldigten (dazu vgl. noch unten lit. c/aa) abstellt. Vielmehr schliesst sie mit der Begründung, dass im Handelsregister für die X. AG unbestritten verschiedene Personen zeichnungsberechtigt sind, objektiv tatbestandsrelevant (vgl. Trechsel/Lehmkuhl, PK, 4. A. 2021, vor Art. 173 StGB N 13 m.H.; Riklin, BSK, 4. A. 2019, vor Art. 173 StGB N 38 m.H.; vgl. auch BEK 2022 19 vom 10. Mai 2023 E. 3.a) aus, dass die Beschuldigte im Interview eine bestimmt erkennbare natürliche Person eines illegalen, respektive kriminellen Vorgehens beschuldigte. Allenfalls würden ihre Äusserungen wenn überhaupt (s. unten lit. c/bb) den Ruf der im fraglichen Interviewabschnitt nicht namentlich genannten Gesellschaft betreffen, dessen Verletzung der Beschwerdeführer jedoch nicht in eigenem Namen geltend machen kann. Somit ist mangels hinreichender Auseinandersetzung mit der ersten selbständigen Begründung der Einstellungsverfügung, wonach die Beschuldigte von keiner bestimmbar natürlichen Person gesprochen habe, auf die Beschwerde nicht einzutreten.

## A 5.1

c) Laut Beschwerdeführer soll im Übrigen der Befund der sachverhaltswidrig von seiner Strafbarkeit ausgehenden Staatsanwaltschaft, er dürfe schon während eines noch laufenden Strafverfahren entgegen der Unschuldsumutung als kriminell bezeichnet, die klare Praxis des Bundesgerichts missachten. Vorab ist abgesehen vom bereits Gesagten (dazu oben lit. b) hier klarzustellen, dass die Staatsanwaltschaft nicht die Strafbarkeit des Beschwerdeführers vorwegnahm, sondern nur erwog, dass die Beschuldigte davon ausging, dass die Person, die den Auftrag für den Abbruch gab, sich strafbar gemacht habe.

aa) Weiter bleibt in der Sache zu wiederholen, dass der Beschwerdeführer objektiv nicht als Adressat des fraglichen Interviewabschnitts identifizierbar ist. Es ist der Beschuldigten im Übrigen auch subjektiv nicht zu widerlegen, nicht den Beschwerdeführer persönlich gemeint und weder über ihn noch über die X. AG etwas gewusst zu haben, so dass auch insofern keine konkreten Anhaltspunkte vorliegen, dass sie ihre Aussagen gegen den Beschwerdeführer persönlich richten wollte. Unter vorliegenden Umständen richten sich die Interviewäusserungen nicht im Sinne der fraglichen Tatbestände gegen „jemanden“ und es ist nicht ersichtlich, inwiefern die Staatsanwaltschaft mit der entsprechend begründeten Einstellung einen Ermessensspielraum tangiert haben soll, der nach einer gerichtlichen Überprüfung rufen würde (dazu Heiniger/Rickli, ebd. N 10; BGE 146 IV 68 E. 2.1).

bb) Die Frage der Baubewilligungspflicht der Gebäudeabrisse und mit hin der Illegalität ist noch Gegenstand einer Strafuntersuchung. Vor deren Abschluss kann folglich die Wahrheit entsprechender Behauptungen nicht als erstellt gelten (vgl. auch BEK 2021 203 vom 23. Mai 2022 E. 3.b). Die Beschuldigte bezieht im Kontext der Abgrenzung des Verwaltungsrechts vom Strafrecht den Ausdruck „kriminell“ für einen unbefangenen Betrachter deutlich auf eine Illegalität, die sich im unbestrittenen Sachverhalt des Abrisses ohne Baubewilligung erschöpft („eme Kriminelle, wenn mers so wett sägä“). Daher wird niemand allgemein als Straftäter bezeichnet, sondern ein bloss angeblich verwaltungsrechtswidriges, nicht im strafrechtlich geschützten Ehrbereich liegendes Vorgehen umschreiben, ohne abschätzige Qualifikationen von dahinterliegenden persönlichen Motiven wie etwa eines eigennütigen rücksichtslosen Profitstrebens. Hinweise auf eine weitergehende Bedeutung, d.h. auf eine Absicht, den Beschwerdeführer als Person als Straftäter zu diffamieren, gibt es nicht.

Solange ist auch eine Äusserung, die aus der Sicht eines unbefangenen Dritten situativ durchaus als unsachlich, ja grob und deplatziert aufgefasst werden darf, keine Ehrverletzung im strafrechtlichen Sinn (BGer 6B\_582/2020 vom 17. Dezember 2020 E. 3.3).

(Beschluss vom 11. Dezember 2023, BEK 2023 89).

## **5.2 Einstellung, Ehrverletzung**

*- Allein die Verwendung negativ wertender Ausdrücke tangiert den tatbestandsmässigen Ehrbegriff nicht, solange die Äusserungen in objektiver Betrachtung nicht geeignet sind, jemanden als Person herabzusetzen (Erw. 3.a, vgl. auch vorstehend A 5.1).*

*Aus den Erwägungen:*

3. (...). Ehrverletzungsdelikte verneinte die Staatsanwaltschaft im Wesentlichen mit der Begründung, die fraglichen Äusserungen würden die strafrechtlich geschützte Ehre des Beschwerdeführers nicht tangieren. Unter der vom Strafrecht geschützten Ehre wird allgemein ein Recht auf Achtung verstanden, das durch jede Äusserung verletzt wird, die geeignet ist, die betroffene Person als Mensch verächtlich zu machen, wobei nicht die Wertmassstäbe der angeblich Verletzten gelten (BGer Urteil 6B\_582/2020 vom 17. Dezember 2020 E. 3.2 m.H.).

a) Der Beschuldigte wirft dem Beschwerdeführer in der inkriminierten E-Mail nicht vor, ein Querulant, ein nicht friedfertiger Mensch oder ein Unruhestifter zu sein. Er konstatiert lediglich, der Beschwerdeführer würde bisher pragmatisch erledigte Sachverhalte unnötig derart erneut in Frage stellen, dass der Verwaltungsaufwand in erheblichem Masse gestiegen sei, ohne die vom Beschwerdeführer eingebrachten Änderungsvorschläge inhaltlich zu bewerten. Die nicht weiter begründete Behauptung des Beschwerdeführers, dass bereits damit eine Ehrverletzung erstellt sei, bleibt nicht nachvollziehbar. Soweit der Beschuldigte in der E-Mail weiter ausführt, die in der Folge geführten Diskussionen hätten einen für eine friedfertige Nachbarschaft nicht würdigen Ton angenommen und in ein bis dato ruhiges gemeinschaftliches Zusammenleben der STWEG Unruhe und Verunsicherung gebracht, werden – ohne persönlichen und moralisch pejorativen Bezug auf den Beschwerdeführer – bloss Folgen seiner Vorgehensweise dargestellt. Die Äusserungen des Beschuldigten laufen insgesamt betrachtet darauf hinaus, das bisher „pragmatische“ Vorgehen „in gegenseitigem Einvernehmen“ gegenüber offenbar zusätzlichen Aufwand

## A 5.2

verursachenden neuen Änderungsvorschlägen des Beschwerdeführers zu verteidigen. Entgegen der Beschwerde indizieren sie nicht, dass mit dem Beschwerdeführer keine pragmatischen Lösungen mehr möglich seien, sondern scheinen vielmehr in sachlicher Kritik seiner angeblich konfrontativen und Unruhe verbreitenden neuen Vorschläge an ihn zu appellieren, sich an eine bisher übliche einvernehmliche Art und Weise der Lösungsfindung anzupassen. Die E-Mail enthält nicht den Vorwurf, der Beschwerdeführer vergreife sich im Ton, sondern seine Vorschläge hätten Diskussionen in einem Ton zur Folge, der einer friedfertigen Nachbarschaft nicht würdig sei. Es wird deutlich, dass der Beschuldigte um eine Problemlösung bemüht war und danach trachtete, die einzelnen kritischen Äusserungen sachlich abzufassen und den Beschwerdeführer nicht persönlich anzugreifen, geschweige denn seine Person zu diffamieren. Die Äusserungen kritisieren zwar die Vorgehensweise des Beschwerdeführers. Allein der Umstand, dass negativ wertende Ausdrücke verwendet werden, ist aber nicht einer strafrechtlichen Qualifikation als Ehrverletzung gleichzusetzen (vgl. etwa BGer 6B\_582/2020 vom 17. Dezember 2020 E. 3.3 f.). Die Äusserungen sind in objektiver Betrachtung nicht geeignet, ihn als Person herabzusetzen. In ihrer Qualität tangieren die Äusserungen den tatbestandsmässigen Ehrbegriff nicht und es ist nicht ersichtlich, inwiefern die Staatsanwaltschaft mit der entsprechend begründeten Einstellung einen Ermessensspielraum verletzt haben soll, der nach einer gerichtlichen Überprüfung rufen würde (dazu Heiniger/Rickli, ebd. N 10). Kritik entsteht einerseits aus einem differenzierenden Innovationsstreben und muss nicht per se negativ sein. Nur weil die Gegenkritik andererseits aber negative Folgen kritischen Bestrebens benennt, können entsprechende Äusserungen nicht automatisch einer persönlichen Ablehnung, geschweige denn einer Diffamierung gleichgesetzt werden. Jede Person hat in ihrer menschlichen Unvollkommenheit ein gewisses Mass an Kritik zu akzeptieren (PK StGB-Trechsel/Lehmkuhl, Vor Art. 173 N 10, m.N.).

(Beschluss vom 14. Dezember 2023, BEK 2023 119).

### 5.3 Örtliche Zuständigkeit der Staatsanwaltschaft

- *Prozessökonomische Überlegungen oder eine implizite Anerkennung reichen zur Abweichung vom gesetzlichen Gerichtsstand nicht aus. Es ist zusätzlich erforderlich, dass ein zum betreffenden Kanton örtlicher Anknüpfungspunkt besteht (Erw. 3.a).*
- *Eine bloss Strafanzeige ist kein hinreichender örtlicher Anknüpfungspunkt (Erw. 3.b).*
- *Fehlt es an der örtlichen Zuständigkeit der Staatsanwaltschaft und somit an einer Gerichtsbarkeit im Kanton Schwyz, kann der Fall nicht an ein anderes innerkantonales Gericht überwiesen werden, sondern es ist auf die Anklage der Staatsanwaltschaft nicht einzutreten und der Fall andernorts erneut zur Anklage zu bringen oder diesen an eine örtlich zuständige Staatsanwaltschaft zu übergeben, sodass trotz Art. 42 Abs. 3 StPO ein erneutes Gerichtsverfahren zulässig ist (E. 3.c).*

*Aus den Erwägungen:*

3. a) aa) Die Staatsanwaltschaft bringt vor, sie habe sich als zuständig erachtet und das Strafverfahren bis zur Anklageerhebung geführt und somit den Gerichtsstand nach Art. 38 Abs. 1 StPO konkludent anerkannt. Die Zuständigkeit könne nachträglich nur geändert werden, wenn sich noch vor der Anklageerhebung erhebliche neue Tatsachen ergäben, die zum Zeitpunkt des Entscheids (noch) nicht bekannt gewesen seien, oder wenn sich aufgrund anderer triftiger Gründe eine Neuurteilung aufdränge, was vorliegend nicht der Fall sei.

bb) Die Staatsanwaltschaften können untereinander einen anderen als den in den Artikeln 31–37 der Strafprozessordnung vorgesehenen Gerichtsstand vereinbaren, wenn der Schwerpunkt der deliktischen Tätigkeit oder die persönlichen Verhältnisse der beschuldigten Person es erfordern oder andere triftige Gründe vorliegen (Art. 38 Abs. 1 StPO). Triftige Gründe können sich aus Zweckmässigkeits-, Wirtschaftlichkeits- oder prozessökonomischen Überlegungen ergeben (vgl. BStGer, Beschluss BG.2021.25 vom 22. April 2021 E. 3.3; BGE 121 IV 224 E. 3a; Moser/Schlapbach, in: Niggli/Heer/Wiprächtiger [Hrsg.], Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, 2. A. 2014, Art. 38 StPO N 5). Ein Abweichen vom gesetzlichen Gerichtsstand ist insbesondere auch dann möglich, wenn ein Kanton das Verfahren durch bestimmte Prozesshandlungen implizit übernimmt. Prozessökonomische Überlegungen oder eine implizite Anerkennung reichen zur Abweichung vom gesetzlichen Gerichtsstand indessen nicht aus. Es ist zusätzlich erforderlich, dass ein zum

## A 5.3

betreffenden Kanton örtlicher Anknüpfungspunkt besteht (vgl. BGE 120 IV 280 E. 2b; BGer, Urteil 6B\_1208/2015 vom 14. März 2016 E. 3.2 m.H.; Schlegel, in: Donatsch/Lieber/Summers/Wohlens [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, 3. A. 2020, Art. 39 StPO N 3 und 8; Kuhn, in: Niggli/Heer/Wiprächtiger [Hrsg.], a.a.O., Art. 39 StPO N 5 und Art. 42 N 7; Baumgartner, Die Zuständigkeit im Strafverfahren, Diss. Zürich, 2014, S. 451 f.).

Spätestens durch Überweisung des berichtigten Strafbefehls vom 19. Oktober 2021 als Anklageschrift an das Bezirksgericht anerkannte die Staatsanwaltschaft den Gerichtsstand nach Art. 38 Abs. 1 StPO zumindest konkludent, weshalb nachfolgend zu prüfen ist, ob zum Gebiet des Kantons Schwyz ein örtlicher Anknüpfungspunkt besteht und die Anerkennung damit rechtswirksam ist.

b) Die Staatsanwaltschaft begründet ihren Standpunkt eines hinreichend örtlichen Anknüpfungspunkts zum Gebiet des Kantons Schwyz damit, dass einerseits die Privatklägerin die Strafanzeige im Kanton Schwyz eingereicht habe und andererseits die Tathandlung auf der „Zugfahrstrecke Arth-Goldau - Zürich HB“ begangen worden sei.

aa) Als örtliche Anknüpfungspunkte zu einem Kanton gelten unter anderem auf einem entsprechenden Gebiet verübte Delikte (BGer, Urteile 6B\_372/2018 vom 7. Dezember 2018 E. 1.4; 6B\_918/2016 vom 28. März 2017 E. 2.3 und 6B\_553/2015 vom 18. Januar 2016 E. 2.1; Baumgartner, a.a.O., S. 170 und 358 mit Hinweisen auf Entscheide des Bundesstrafgerichts), der mutmassliche Versandort einer inkriminierten E-Mail (BGer, Urteil 6B\_584/2016 vom 6. Februar 2017 E. 1.2.1), der Wohnort einer tatbeteiligten Person (BGer, Urteil 6B\_584/2016 vom 6. Februar 2017 E. 1.2.1; Baumgartner, a.a.O., S. 170 und 359 mit Hinweisen auf Entscheide des Bundesstrafgerichts), der Sitz der kontoführenden Bank, auf deren Konto ein Deliktsbetrag hätte überwiesen werden sollen (Baumgartner, a.a.O., S. 170 und 358 mit Hinweis auf BStGer, Beschluss BG.2008.14 vom 3. Oktober 2008 E. 2), die Gutschrift von im Ausland ertogener Gelder auf ein Schweizer Bankkonto (BGer, Urteil 6B\_251/2012 vom 2. Oktober 2012 E. 1.3), vertragliche Vereinbarungen auf dem Gebiet des betreffenden Kantons mit dessen Bezeichnung als Gerichtsstand (BGer, Urteil 6B\_1208/2015 vom 14. März 2016 E. 3.2), die Verbreitung eines Medienerzeugnisses, der Wohnsitz einer geschädigten Person oder eines Opfers, der Wohnsitz der beschuldigten Person, der Sitz der involvierten juristischen Personen, der Ort der Konkursöffnung im Sinne der Durchführung des Konkurs- und Liquidationsverfahrens, der Ort durchzuführender Beweiserhebungen oder die Aufgabe von Inseraten

an einen Zeitungsverlag mit Sitz im entsprechenden Kanton (Baumgartner, a.a.O., S. 170 und 358 f. mit Hinweisen auf Entscheide des Bundesstrafgerichts).

bb) Gemäss Anklagevorwurf und bezogen auf mögliche örtliche Anknüpfungspunkte sei der Beschuldigte am 26. Februar 2020 nicht bereits in Arth-Goldau, sondern erst in Zug in den Zug der SBB nach Zürich HB eingestiegen, ohne einen gültigen Fahrausweis gelöst zu haben. Gleichen tags sei der Beschuldigte um 20:20 Uhr mit einem weiteren Zug der SBB auf der Strecke Zürich HB nach Schlieren ZH gefahren, ohne im Besitz eines gültigen Fahrausweises zu sein. Insoweit erweist sich das Vorbringen der Staatsanwaltschaft, wonach die Tathandlung auf der Zugfahrstrecke von Arth-Goldau nach Zürich HB begangen worden sei, als nicht stichhaltig. Als Tathandlungs- und Erfolgsorte kommen lediglich die Einstiegs-, Ausstiegs- oder Kontrollorte in Frage. Die Fahrstrecke eines öffentlichen Transportmittels vor dem erstmaligen Einstieg einer beschuldigten Person bleibt ohne konkreten Bezug zu den vorliegenden Tatvorwürfen und muss für die Frage eines hinreichenden örtlichen Anknüpfungspunkts irrelevant bleiben. (...).

Nachdem Gesagten ist die von der Privatklägerin beim Polizeikommando des Kantons Schwyz eingereichte Strafanzeige der einzige konkrete Bezug zum Kanton Schwyz. Der Ort des Eingangs einer Strafanzeige allein kann aber nicht als hinreichender örtlicher Anknüpfungspunkt im Sinne der zitierten Rechtsprechung und Lehre qualifiziert werden. Andernfalls hätte es ein Anzeigersteller stets in der Hand, durch Einreichung einer Strafanzeige an einem Ort nach seinem Belieben eine Zuständigkeit zu begründen, sofern die Strafbehörde an diesem Ort in der Folge und gestützt auf die Angaben in der Strafanzeige fälschlicherweise von ihrer Zuständigkeit ausgeht. Zwar trifft das Vorbringen der Staatsanwaltschaft zu, dass eine Änderung des Gerichtsstandes nach Abschluss der Strafuntersuchung den Interessen einer effizienten und beschleunigten Durchführung des Strafverfahrens entgegensteht. Indessen ist dies hinzunehmen, wenn wie vorliegend kein Anknüpfungspunkt zum Kanton Schwyz, indessen zahlreiche zu anderen Kantonen bestehen und die Staatsanwaltschaft des Kantons Schwyz nichtsdestotrotz einen Strafbefehl als Anklageschrift an ein unzuständiges erstinstanzliches Gericht im Kanton überweist (vgl. E. 3a/bb vorne). Gemäss den von der Staatsanwaltschaft zitierten Entscheiden ist denn auch eine Änderung des Gerichtsstandes bei fortgeschrittener Untersuchung bzw. kurz vor deren Abschluss nicht absolut, sondern lediglich im Grundsatz zu vermeiden. An der fehlenden Zuständigkeit der Staatsanwaltschaft ändert ebenso wenig ihr Vorbringen etwas, wonach die Parteien während des gesamten Untersuchungsverfahrens und ebenso nach Anklageerhebung keine andere Zuständigkeit geltend gemacht hätten, sondern

## A 5.3

vielmehr der Beschuldigte mit Stellungnahme an die Vorinstanz vom 14. März 2022 die Zuständigkeit der Staatsanwaltschaft akzeptiert habe. Die Zuständigkeitsregelungen der StPO sind zwingender Natur, weshalb eine Einlassung der Parteien unwesentlich bzw. nicht möglich ist (Schmid/Jositsch, Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, 3. A. 2017, N 399 und 402).

c) Die Staatsanwaltschaft bringt weiter vor, die Vorinstanz hätte das Verfahren, wenn überhaupt, sistieren und die Sache zur Abklärung des Gerichtsstandes an sie zurückweisen müssen. Zur Begründung führt sie aus, wegen des vorinstanzlichen Nichteintretensentscheids könne das eröffnete Strafverfahren weder gerichtlich beurteilt noch ordentlich abgeschlossen werden, weil einerseits die Staatsanwaltschaft Zug mit Telefonat vom 10. Mai 2022 nach Hinweis auf den Entscheid der Vorinstanz bestätigt habe, sie würde auch bei erneuter Anfrage ihre Zuständigkeit ablehnen, weil die Staatsanwaltschaft des Kantons Schwyz den Gerichtsstand anerkannt habe, und andererseits das Bundesstrafgericht bei strittigem Gerichtsstand unter den Kantonen nach erfolgter Anklageerhebung nicht mehr auf die Gesuche zur Festlegung des Gerichtsstandes nach Art. 40 Abs. 2 StPO eintrete.

aa) Für die Folge davon, dass sich ein Gericht nach erfolgter Anklageerhebung durch die Staatsanwaltschaft als örtlich nicht zuständig erachtet, kann dem Gesetz und den entsprechenden Materialien keine Regelung entnommen werden (Baumgartner, a.a.O., S. 446). Die überwiegende Lehre hält dafür, dass in aller Regel auf die Strafsache nicht einzutreten und der Fall an die Staatsanwaltschaft zur weiteren Behandlung zurückzuweisen sei (Schlegel, a.a.O., Art. 39 StPO N 4; Baumgartner, a.a.O., S. 450 f., S. 452 unten und S. 453 oben; Schmid/Jositsch, a.a.O., N 401 und 1287; Riklin, OFK-StPO, 2. A. 2014, Art. 39 StPO N 1; Schmid/Jositsch, Schweizerische Strafprozessordnung Praxiskommentar, 3. A. 2018, Art. 39 StPO N 3, Art. 42 StPO N 5 und Art. 329 StPO N 17), wobei dies nach Schlegel nicht gelte, wo sich das Gericht interkantonal für nicht zuständig erachte, weil die Behörden eines Kantons ihre örtliche Zuständigkeit konkludent anerkannt hätten, wenn sie das Verfahren bis zur Anklage geführt hätten (Schlegel, a.a.O., Art. 39 StPO N 4). Zweifelt die Verfahrensleitung an der örtlichen Zuständigkeit und wurde diese Frage im Vorverfahren noch nie aufgeworfen, so wäre gemäss Kuhn eine Sistierung und Rückweisung durch das Gericht an die Staatsanwaltschaft nach Art. 329 Abs. 2 und 3 StPO denkbar. Die Staatsanwaltschaft hätte dann den Meinungs austausch mit der Staatsanwaltschaft, die das Gericht für zuständig erachte, durchzuführen. Dabei hätte sie sich bei Vorliegen

eines örtlichen Anknüpfungspunktes den Einwand der konkludenten Anerkennung entgegenhalten zu lassen. Führe die Verfahrensleitung oder das Gericht selbst den Meinungs austausch mit der ihrer Ansicht nach zuständigen Staatsanwaltschaft erfolglos durch, so wäre das Verfahren trotzdem zu sistieren und an die Staatsanwaltschaft zurückzuweisen, damit der Meinungs austausch unter den zur Beschwerde legitimierten Staatsanwaltschaften abgeschlossen und von der Staatsanwaltschaft, die zuerst mit der Sache befasst gewesen sei, dem Bundesstrafgericht zum Entscheid unterbreitet werden könne (Art. 40 Abs. 2 StPO; Kuhn, a.a.O., Art. 39 StPO N 5). Nach dem Wortlaut und Aufbau des Gesetzes solle das Verfahren mit Gerichtsstandsfragen nach der Anklage nicht mehr verzögert werden. So sei das Bundesstrafgericht auf das Gesuch der Staatsanwaltschaft nach Rückweisung des Strafbefehls als Anklageschrift durch das erstinstanzliche Gericht nicht eingetreten, da unter der Formulierung „vor der Anklageerhebung“ nur die erstmalige Anklageerhebung verstanden werden könne (Kuhn, a.a.O., Art. 39 StPO N 5 mit Hinweis auf BStGer, Beschluss BG.2013.25 vom 25. Februar 2014 E. 1; vgl. auch BStGer, Beschluss BG.2020.27 vom 3. September 2020 E. 1.3 f.). Das Bundesstrafgericht erklärte unter altem Recht im Entscheid BG.2008.5 vom 13. Februar 2008, halte sich ein Kanton für unzuständig, so dürfe er nicht einfach einen Nichteintretensentscheid erlassen, sondern er müsse den Fall an die Behörden des nach seiner Ansicht zuständigen Kantons überweisen, da jeder dafür zu sorgen habe, dass sowohl Offizialdelikte wie Antragsdelikte verfolgt würden. Daher sei von der Ausfällung eines Unzuständigkeitsentscheides abzusehen, solange der Meinungs austausch zwischen den in Frage kommenden Instanzen nicht abgeschlossen sei (E. 3.1 des Entscheids; vgl. auch nicht publizierter Entscheid UK080356 des Obergerichts des Kantons Zürich vom 17. August 2009 E. 2 und 3, zitiert in Baumgartner, a.a.O., S. 448). In neueren Entscheiden nach aktuellem Recht führte das Obergericht des Kantons Zürich aus, stelle ein erstinstanzliches Gericht nach Anklageerhebung seine örtliche Unzuständigkeit fest, trete es auf die Strafsache in analoger Anwendung von Art. 329 Abs. 4 StPO nicht ein (Beschlüsse UH160133 und UH160133 des Obergerichts des Kantons Zürich vom 5. Juli 2016 E. II/3.2 bzw. 5. Juli 2016 E. II/3.2).

bb) Aufgrund des fehlenden örtlichen Anknüpfungspunktes zum Gebiet des Kantons Schwyz ist weder die Staatsanwaltschaft Schwyz noch ein anderes erstinstanzliches Gericht im Kanton Schwyz zuständig (vgl. E. 3b vorne). Vorliegend kommen weder eine Rückweisung der Anklage an die Staatsanwaltschaft zur Ergänzung und Berichtigung (Art. 329 Abs. 2 StPO) noch eine Einstellung des Verfahrens (Art. 329 Abs. 4 StPO) in Frage. Ebenso wenig kann der Fall gestützt auf Art. 334 StPO direkt an

## A 5.4

ein Gericht eines anderen Kantons überwiesen werden (vgl. Baumgartner, a.a.O., S. 450 f.; Schlegel, a.a.O., Art. 39 StPO N 5). Wegen der bereits erfolgten Anklageerhebung durch die Staatsanwaltschaft gelangt auch Art. 39 Abs. 1 zweiter Satzteil StPO nicht zur Anwendung (Baumgartner, a.a.O., S. 451). Zwar ist zu beachten, dass die Staatsanwaltschaft trotz fehlenden Anknüpfungspunkts zum Kanton Schwyz noch keine hinreichenden Einigungsversuche mit den Strafverfolgungsbehörden anderer Kantone unternahm. Im Kanton Zug habe sich lediglich die Staatsanwaltschaft und nicht die Oberstaatsanwaltschaft verlauten lassen. Zudem bestehen zahlreiche mögliche Anknüpfungspunkte zu weiteren Kantonen (vgl. E. 3b/bb vorne). Es bleibt der Staatsanwaltschaft unbenommen, sich gegebenenfalls mit den Strafverfolgungsbehörden dieser Kantone zu einigen. Diese Umstände ändern indessen nichts an der unwirksamen Anerkennung durch die Staatsanwaltschaft Schwyz und der daraus folgenden Unzuständigkeit des Kantons Schwyz. Daher ist in Bestätigung der angefochtenen Verfügung des Einzelrichters am Bezirksgericht Schwyz vom 6. Mai 2022 die Beschwerde abzuweisen.

(Beschluss vom 27. Januar 2023, BEK 2022 77).

### 5.4 Unmittelbarkeitsprinzip

*- Ist die unmittelbare gerichtliche Kenntnis der Aussagen und des Aussageverhaltens der einzuvernehmenden Person für die Urteilsfällung notwendig, genügt die audiovisuelle Aufnahme einer einzigen Einvernahme im Vorverfahren, bei der sich die einvernommene Person aufgrund wiederholter Unterbrechungen vonseiten der Staatsanwaltschaft zwecks Protokollierung zum Tatvorwurf nicht frei und zusammenhängend äussern konnte, nicht, um sich als Gericht ein hinreichendes Bild von der Glaubwürdigkeit dieser Person und der Glaubhaftigkeit deren Aussagen zu verschaffen (Erw. 3.b/dd).*

*Aus den Erwägungen:*

3. b/aa) Die Verteidigung beanstandet die fehlende Befragung der Privatklägerin durch die Erstinstanz. (...).

bb) Die Vorinstanz begründete die Abweisung des Antrags der Verteidigung auf Befragung der Privatklägerin damit, dass keine eigentliche „Ausgabe-gegen-Aussage-Konstellation“ vorliege, da der Beschuldigte hinsichtlich der Stichverletzungen konstant eine Erinnerungslücke geltend mache.

Nebst den Aussagen der Privatklägerin lägen weitere Sach- und Personenbeweise vor (Arztberichte, Zeugenaussagen und Chatverläufe), die Aufschluss über die Messerstiche und den Tatablauf gäben. Die Aussagen der Privatklägerin seien damit nicht das einzige Beweismittel und ihr Aussageverhalten könne im Übrigen durch Sichtung des Videos ihrer ersten, im Universitätsspital Zürich erfolgten, zeitnahen Einvernahme beurteilt werden (...).

cc) Gemäss Art. 343 Abs. 3 StPO erhebt das Gericht im Vorverfahren ordnungsgemäss erhobene Beweise nochmals, sofern die unmittelbare Kenntnis des Beweismittels für die Urteilsfällung notwendig erscheint. Für die diesbezüglichen theoretischen Ausführungen wird auf die zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz verwiesen (...). Unvollständige Beweiserhebungen des erstinstanzlichen Gerichts werden im Rechtsmittelverfahren von Amtes wegen oder auf Antrag einer Partei wiederholt (vgl. Art. 389 StPO).

dd) Die Verteidigung moniert zu Recht, dass es für die Beurteilung einzelner Sachverhaltselemente, wie insbesondere das angebliche Drehen des Messers, das mutmassliche Bespucken sowie die angeblichen Äusserungen des Beschuldigten, entscheidend auf die Aussagen und das Aussageverhalten der Privatklägerin ankommt, weil ihre Aussagen teilweise die einzigen und entscheidungswesentlichen Beweismittel darstellen. Insofern erscheint die unmittelbare gerichtliche Kenntnis der Aussagen und des Aussageverhaltens der Privatklägerin für die Urteilsfällung notwendig. Zwar können audiovisuelle Aufnahmen von Einvernahmen im Vorverfahren genügen, um sich ein hinreichendes Bild von der Glaubwürdigkeit der Auskunftsperson und der Glaubhaftigkeit deren Aussagen zu verschaffen (vgl. Urteile des Bundesgerichts 6B\_1105/2020, 6B\_1106/2020 vom 13. Oktober 2021, E. 3.2.2; 6B\_1265/2019 vom 9. April 2020, E. 1.2). Von den beiden staatsanwaltschaftlichen Einvernahmen der Privatklägerin im Vorverfahren (...) wurde aber nur die erste audiovisuell aufgezeichnet und die Privatklägerin konnte den Tatvorwurf in dieser Einvernahme nicht frei und zusammenhängend schildern, da sie von der einvernehmenden Staatsanwältin zwecks Protokollierung ständig unterbrochen wurde, weshalb dieser audiovisuellen Aufzeichnung nur eingeschränkte Beweiskraft zukommt (vgl. Urteil des Bundesgerichts 6B\_70/2015 vom 20. April 2016, E. 1.4.2).

## A 5.5

Unter diesen Umständen konnte, auch angesichts der Schwere der Tatvorwürfe, von einer gerichtlichen Befragung der Privatklägerin entgegen der Ansicht der Vorinstanz nicht abgesehen werden und war die gerichtliche Befragung an der zweiten Berufungsverhandlung vom 21. November 2023 nachzuholen. (...).

(Urteil vom 24. November 2023, STK 2022 14, 15 und 16; die das vorliegende Thema nicht betreffende Beschwerde in Strafsachen ist beim Bundesgericht hängig, BGer 6B\_77/2024).

### 5.5 Parteistellung Angehöriger

- *Eine E-Mail-Erklärung des Direktgeschädigten, sich als Privatkläger konstituieren zu wollen, ist ungültig (Erw. 3.a).*
- *Zufolge ungültiger Konstituierungserklärung des Direktgeschädigten verwirkt dessen Tochter das Konstituierungsrecht, abgesehen davon, dass sie hier nicht mehr Erbin ist (Erw. 3.b).*
- *Sowohl ein allfälliges Vermächtnis (Erw. 4.b) als auch Rechtsvertretungskosten (Erw. 4.c) verleihen der Tochter des Direktgeschädigten bloss mittelbar obligatorische Ansprüche und kein für die Rechtsmittellegitimation erforderliches rechtlich geschütztes Interesse.*

*Aus den Erwägungen:*

3. Gemäss Art. 110 Abs. 1 StGB sind Angehörige einer Person u.a. ihre Verwandten gerader Linie. Stirbt die geschädigte Person, ohne auf ihre Verfahrensrechte als Privatklägerschaft verzichtet zu haben, so gehen ihre Rechte auf die Angehörigen im Sinne von Artikel 110 Absatz 1 StGB in der Reihenfolge der Erbberechtigung über (Art. 121 Abs. 1 StPO). Nach dem Tode der beschuldigten oder verurteilten Person oder der Privatklägerschaft können die Angehörigen im Sinne von Artikel 110 Absatz 1 StGB in der Reihenfolge der Erbberechtigung ein Rechtsmittel ergreifen oder das Rechtsmittelverfahren weiterführen, soweit sie in ihren rechtlich geschützten Interessen betroffen sind (Art. 382 Abs. 3 StPO). Die Rechtsnachfolge der Privatklägerschaft ist restriktiv zu verstehen (BGE 148 IV 162 E. 3.5 m.H.).

a) Die Anklage wirft der Beschuldigten zusammengefasst vor, von Bankkonten des X sel. in strafbarer Weise Beträge (...) auf das eigene Bankkonto überwiesen und (...) Bargeld abgehoben zu haben. X sel. liess durch seinen Rechtsvertreter Strafanzeige erstatten und mit E-Mail (...) mitteilen, sich als Privatkläger am Strafverfahren beteiligen zu wollen. Diese

Erklärung erfolgte nach Aufforderung der Staatsanwaltschaft in einer von der Strafprozessordnung nicht vorgesehenen Form (Art. 110 StPO) und es ist nicht ersichtlich, inwiefern sich X sel. bis zum Abschluss des Vorverfahrens (Art. 118 Abs. 3 StPO) gültig als Privatkläger konstituierte. Indes liess die Staatsanwaltschaft die E-Mail-Erklärung offenbar genügen und den kurz nach Anklageerhebung Verstorbenen als Privatkläger zu. Das Strafgericht stellte fest, dass die Berufungsführerin als seine einzig noch lebende Nachkomm(in) nicht Erbin sei, weshalb lediglich die Rechte bezüglich der Strafklage auf sie übergegangen seien.

b) Die Rechtsnachfolge im Strafverfahren setzt voraus, dass die geschädigte Person zu Lebzeiten auf ihre Verfahrensrechte als Privatklägerschaft nicht verzichtete (vgl. Art. 121 StPO). Vorliegend konstituierte sich der kurz nach der Anklageerhebung verstorbene mutmasslich Geschädigte bis zum Abschluss des Vorverfahrens nicht formgültig als Privatkläger (vgl. oben lit. a), obwohl er Gelegenheit dazu hatte, weshalb er das Konstituierungsrecht für seine Angehörigen verwirkte (vgl. Art. 118 Abs. 3 StPO; BGE 140 IV 162 E. 4.9.2 m.H.; Mazzucchelli/Postizzi, BSK, 2. A. 2014, Art. 121 StPO N 9; Lieber, SK, 3. A. 2020, Art. 382 StPO N 29). Abgesehen davon räumte die für ihren kurz nach der Anklageerhebung verstorbenen Vater prozessierende Berufungsführerin vorinstanzlich ein, keine Erbenstellung zu haben. Selbst Erben mit nachrangiger Erbberechtigung sind von der Stellung der durch Erbfolge eingetretenen Privatklägerschaft ausgeschlossen (vgl. BGE 148 IV 162 E. 3.5 m.H.). Die Berufungsführerin als Nichterbin kann sich nicht in die von Art. 121 Abs. 1 bzw. Art. 382 Abs. 3 StPO vorausgesetzte Reihenfolge der Angehörigen mit Erbberechtigung einreihen. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung sind im Übrigen selbst bei vorhandener Erbberechtigung zivilrechtliche Forderungen grundsätzlich gemeinsam geltend zu machen (BGE 142 IV 82 E. 3.3). Insoweit fehlt es der Berufungsführerin nicht nur an der Stellung als Privatklägerin und der für die Rechtsmittellegitimation erforderlichen Erbenstellung, sondern auch an den rechtlich geschützten Interessen (Art. 382 Abs. 3 StPO; vgl. noch unten E. 4).

4. Die Berufungsführerin macht eine (originäre) unmittelbare Betroffenheit in ihren Rechten geltend: Sie sei als Vermächtnisnehmerin lebenslang (...) am vererbten Vermögen des Verstorbenen berechtigt und daher von dessen mutmasslich durch die Beschuldigte verursachten Schmälerung direkt in ihren eigenen Vermögensrechten verletzt, mithin zur Erhebung der Berufung legitimiert. Allerdings verweist sie zum Nachweis eines solchen Vermächtnisses weder auf die Strafakten noch reicht sie dieses zur

## A 5.5

Begründung der Rechtsmittellegitimation der Berufungsinstanz ein. Deshalb ist von vornherein auf die entsprechenden Behauptungen nicht einzutreten. Abgesehen davon ergibt sich:

a) Die Berufungsführerin könnte als Privatklägerschaft Partei sein (Art. 104 Abs. 1 lit. a StPO), wenn sie als unmittelbar in ihren Rechten verletzte Person (Art. 115 Abs. 1 StPO) ausdrücklich erklärt, sich am Strafverfahren als Straf- oder Zivilklägerin zu beteiligen (Art. 118 Abs. 1 StPO). Durch eine Straftat unmittelbar verletzt und damit Geschädigte im Sinne von Art. 115 Abs. 1 StPO ist nach ständiger Rechtsprechung, wer Träger des durch die verletzte Strafnorm geschützten oder zumindest mitgeschützten Rechtsgutes ist (BGE 141 IV 380 E. 2.3.1 m.H.). Jede Partei, die ein rechtlich geschütztes Interesse an der Aufhebung oder Änderung eines Entscheids hat, kann ein Rechtsmittel ergreifen (Art. 382 Abs. 1 StPO). Ein solches ergibt sich daraus, dass die betreffende Person durch den angefochtenen Entscheid unmittelbar in ihren Rechten betroffen respektive beschwert ist (BEK 2021 185 vom 19. Januar 2022 E. 6, BEK 2016 144 vom 6. Februar 2017 E. 2.a, BEK 2014 147 vom 18. November 2017 E. 3; BGE 143 IV 475 E. 2.9, BGER 1B\_55/2021 vom 25. August 2021 E. 4.1; Lieber, a.a.O., Art. 382 StPO N 7). Faktische Nachteile oder bloss Reflexwirkungen begründen kein rechtlich geschütztes Interesse (Lieber, ebd.). Ist die Rechtsmittellegitimation nicht offensichtlich gegeben, ist sie darzulegen (Lieber ebd. N 7c; BEK 2016 144 E. 2.b; BGER 1B\_339/2016 vom 17. November 2016 E. 2.1; BGER 1B\_55/2021 vom 25. August 2021 E. 4.1; zum Ganzen BEK 2022 91 vom 26. August 2022 E. 2 m.H.).

b) Vorliegend wäre der Vater der Privatklägerin durch die angeklagten Straftaten unmittelbar in seinem Vermögen geschädigt worden. Aus Art. 121 Abs. 1 StPO folgt, dass die Angehörigen keine originären Verfahrensrechte haben (Mazzucchelli/Postizzi, a.a.O., Art. 121 StPO N 8), sondern bei ihnen nur ausnahmsweise indirekte Schäden zur Begründung der Geschädigtenstellung ausreichen (Lieber, a.a.O., Art. 115 StPO N 4). Nach formungültiger Konstituierung ihres Vaters bzw. Verzicht auf ihre Erbberechtigung konnten die Rechte ihres direkt geschädigten Vaters nicht auf die Berufungsführerin übergehen (vgl. oben E. 3). Das behauptete Vermächtnis würde ihr einen bloss mittelbaren, obligatorischen Anspruch gewähren (etwa Burkart in Abt/Weibel, PK Erbrecht, 4. A. 2019, Art. 484 ZGB N 6 m. H.). Als Gläubigerin (dazu vgl. etwa Mazzucchelli/Postizzi, a.a.O., Art. 115 StPO N 56) würde sie nicht direkt in ihren Rechten verletzt, sondern allenfalls nur dann indirekt geschädigt, wenn, wie sie selber einräumt, die Erbschaft ihres Vaters aufgrund der mutmasslichen Straftaten zur monatlichen Ausrichtung ihres

Vermächtnisses nicht genügen würde, so dass sie eine Herabsetzung ihrer Begünstigung zu gewärtigen hätte. Auch als Vermächtnisnehmerin wäre die Berufungsführerin daher in ihren Vermögensrechten durch die angeklagten Straftaten nicht unmittelbar betroffen und könnte daher keine Geschädigtenstellung beanspruchen, so dass auch abgesehen vom fehlenden Beleg eines Vermächtnisses auf ihre Berufung nicht einzutreten wäre.

c) Soweit die Berufungsführerin Rechtsvertretungskosten ihres Vaters vor dessen Tod geltend macht, kann auf ihr Rechtsmittel ebenfalls nicht eingetreten werden, weil ihre Betroffenheit via die Belastung des Nachlasses abgesehen von der ihr fehlenden Erbberechtigung und Rechtsnachfolge ebenfalls nur indirekter Natur ist und selbst Rechtsnachfolger nur als indirekt geschädigte Personen gelten (BGE 148 IV 256 E. 3.1 m. H.). Soweit sie eigene Rechtsvertretungskosten nach dem Tod ihres Vaters geltend macht, ist die Abweisung ihres Anspruchs, soweit darauf einzutreten war, durch die Vorinstanz im Ergebnis nicht zu beanstanden, da auf diese Forderung nach dem Gesagten mangels Parteistellung schon gar nicht einzutreten war. Insofern wurde der Berufungsführerin Gelegenheit zur Begründung ihrer Parteistellung gegeben, so dass die Berufung direkt mit vorliegendem Beschluss im schriftlichen Verfahren abgewiesen werden kann (Art. 406 Abs. 1 StPO i.V.m. Art. 390 Abs. 2 StPO).

(Beschluss vom 4. April 2023, STK 2022 12).

## **5.6 Berufung, Abänderungsanträge**

- *Für die Anmeldung und die Berufungserklärung behält Art. 399 StPO von den für Parteieingaben im Allgemeinen abweichende besondere Bestimmungen vor (Erw. 3).*
- *Der Berufungsführer muss nicht nur die angefochtenen Urteilspunkte angeben, sondern abgesehen von den Beweisanträgen auch Abänderungsanträge stellen (Erw. 3.a und Erw. 4).*
- *Die Berufungserklärung fixiert den Gegenstand der Berufung und eine spätere Ausdehnung der Berufung ist ausgeschlossen (Erw. 3.b und c).*
- *Aus der Kurzbegründung und den Beweisanträgen lassen sich mit Ausnahme der angefochtenen Landesverweisung keine Abänderungsanträge entnehmen (Erw. 5).*

## A 5.6

### *Aus den Erwägungen:*

3. Für die Anmeldung und die Berufungserklärung behält Art. 399 StPO von den für Parteieingaben im Allgemeinen abweichende besondere Bestimmungen vor (vgl. Riklin, OFK, 2. A. 2014, Art. 109 StPO N 2; vgl. auch Lieber, SK, 3. A. 2020, Art. 110 StPO N 1). Namentlich legen Abs. 3 lit. a, b und c Angaben fest (vgl. unten lit. a), die eine die prozessuale Lage aus sich selbst heraus ohne das Zutun des Gerichts gestaltende Erklärung (Riklin, a.a.O., Vorbem. Art. 109-110 StPO N 1; vgl. schon Hauser/Schweri/Hartmann, Schweizerisches Strafprozessrecht, 6. A. 2005, § 43 N 6 f.) enthalten muss. Diese Angaben erfordern Anträge, deren Erfolg sich nach den formalen Voraussetzungen und der inhaltlichen Berechtigung richtet (Riklin, ebd.; Hauser/Schweri/Hartmann, a.a.O., § 43 N 3). Diese Alterität von materiellem und formellem Recht sichert die Funktionalität der Rechtsanwendung, indem nur Beantragtes zu beurteilen (und auszulegen) ist (dazu Vismann, Das Recht und seine Mittel, S. 256 ff.), was im Strafprozess im grundsätzlichen Unterschied zu Zivilverfahren erst auf der Rechtsmittelebene der Initiative der Parteien überlassen ist (vgl. unten lit. b und c).

a) Nach Art. 399 Abs. 3 StPO reicht eine Partei, die Berufung anmeldete, dem Berufungsgericht innert 20 Tagen seit der Zustellung des begründeten Urteils eine schriftliche Berufungserklärung ein. Sie hat darin anzugeben: (a) ob sie das Urteil vollumfänglich oder nur in Teilen anfechtet, (b) welche Abänderungen des erstinstanzlichen Urteils sie verlangt und (c) welche Beweisanträge sie stellt. Aus dieser Bestimmung wird deutlich, dass der Berufungsführer nicht nur die angefochtenen Urteilspunkte (Art. 399 Abs. 3 lit. a) angeben, sondern abgesehen von den Beweisanträgen (ebd. lit. c) auch Abänderungsanträge stellen bzw. zusätzlich angeben muss, inwiefern sie eine Änderung der angefochtenen Urteilspunkte erwirken will (ebd. lit. b; Riklin, ebd.; Hafner/Fischer, BSK, 2. A. 2014, Art. 109 StPO N 7 f.). Er muss also Anträge erstens zur (formalen) Abgrenzung des Berufungsgegenstands, zweitens zu den inhaltlichen Änderungen der angefochtenen Urteilspunkte und drittens zu allfälligen Beweisen stellen. Diese Angaben müssen innert nicht erstreckbarer gesetzlicher Frist von 20 Tagen seit Zustellung des begründeten Urteils erfolgen (Art. 399 Abs. 3 i.V.m. Art. 89 Abs. 1 StPO).

b) Nach Art. 404 Abs. 1 StPO ist die Berufungsinstanz vorbehaltlich Art. 404 Abs. 2 StPO wegen der im Berufungsverfahren geltenden Dispositionsmaxime an eine Beschränkung der angefochtenen Urteilspunkte (Anfechtungsobjekt, vgl. auch Art. 399 Abs. 4 StPO) gebunden (BGE 147 IV 93 E. 1.5.2; BGer 6B\_1143/2021 vom 11. März 2022 E. 2.2.2;

vgl. auch Oberholzer, Grundzüge des Strafprozessrechts, 4. A. 2020, N 2047 f.; BBI 2006 S. 1311 und 1316; Goldschmid/Maurer/Sollberger, Kommentierte Textausgabe, S. 384). Der Gegenstand der Berufung wird mit der Berufungserklärung fixiert. Eine spätere Ausdehnung der Berufung ist ausgeschlossen, nicht aber eine weitere Beschränkung (BGer 6B\_1320/2020 vom 12. Januar 2022 in BGE 148 IV 22 nicht publ. E. 2.2 m.H. und E. 2.4.1 sowie E. 2.5).

c) Hingegen ist das Berufungsgericht ausser bei der Beurteilung von Zivilklagen nicht an die Anträge gebunden (Art. 391 Abs. 1 lit. b StPO). Bindet das Gesetz die Rechtsmittelinstanz im Strafrechtlichen auch nicht an die Inhalte der Abänderungsanträge und gesteht dem Berufungsgericht ferner zu, zugunsten der Beschuldigten auch nicht angefochtene Punkte zu überprüfen, um gesetzwidrige und unbillige Entscheidungen zu verhindern (Art. 404 Abs. 2 StPO), statuiert es doch – noch in Art. 399 Abs. 3 lit. b StPO verdeutlicht erfragt durch das Interrogativpronomen „welche“ – die performative Verfahrenshandlung einer Partei (vgl. oben vor lit. a), innert der Berufungserklärungsfrist von 20 Tagen konkret verlangen, respektive beantragen zu müssen, inwiefern die angefochtenen Punkte abzuändern sind (vgl. auch Zimmerlin, SK, 3. A. 2020, Art. 403 StPO N 1). Die Berufung richtet sich gegen das Dispositiv des angefochtenen Urteils und bezweckt dessen Korrektur (Nydegger, recht 2021, S. 22 FN 57). Der Berufungsführer hat gestützt auf Art. 399 Abs. 3 Satz 2 lit. b StPO – unabhängig davon, ob er das Urteil als Beschuldigter oder Privatkläger weiterzieht – mit den Abänderungsanträgen anzugeben, wie seiner Meinung nach die angefochtenen Teile des Dispositivs richtigerweise lauten (Riedo/Fiolka/Niggli, Strafprozessrecht, S. 453 N 2897) bzw. korrigiert werden müssten (ähnlich Schmid/Jositsch, PK, 3. A. 2018, Art. 399 StPO N 12), wozu zumindest gewisse Spezifizierungen erforderlich sind (Eugster, BSK, Art. 399 StPO N 4). Diese Spezifizierungen müssen umso mehr vorausgesetzt sein, als Berufungserklärungen ohne Dazutun des Gerichts mit den erforderlichen Anträgen die Möglichkeiten eines Rechtsmittelverzichts beschränken (Art. 386 Abs. 1 StPO; dazu vgl. auch Goldschmid/Maurer/Sollberger, a.a.O., S. 396), den Wirkungsbereich der reformatio in peius abstecken (Art. 391 Abs. 2 StPO) und Grundlage für eine allfällige Anschlussberufung bilden (Art. 400 Abs. 3 lit. b StPO).

4. Die Berufungsgegner 2 und 3 machen geltend, der Berufungsführer gebe nicht an, welche Änderungen der erstinstanzlichen Urteile er verlange. Dass seine sich in der Darlegung der angefochtenen Urteilspunkte erschöpfenden „Berufungserklärungen“ keine Abänderungsanträge enthalten, bestreitet der Berufungsführer nicht. Doch entschuldigt er es nicht

## A 5.6

als Versehen, sondern beantragt in der Stellungnahme zu den Nichteintretensanträgen der Gegenparteien Abänderungen ohne Gesuch um Wiederherstellung der versäumten Frist (Art. 94 StPO) ausdrücklich nur, um zur Klärung der Beanstandungen beizutragen. Er hält unter Verweis auf einen Bundesgerichtsentscheid (BGer 6B\_651/2013) daran fest, dass Art. 399 StPO die Parteien nicht verpflichte, neben allfälligen Beweisanträgen weitere Begehren zu stellen.

a) Vorliegend steht nicht infrage, dass der Berufungsführer im Sinne der ständigen Bundesgerichtspraxis sowohl mit der Berufungsanmeldung als auch der Berufungserklärung der Form nach zweimal seinen Willen kundtat, die erstinstanzlichen Urteile nicht zu akzeptieren (etwa BGE 143 IV 40 E. 3.4.1 m.H.; vgl. inhaltlich indes unten lit. c). Ebenfalls ausser Diskussion steht, dass der Berufungsführer die Berufungserklärung (noch) nicht begründen muss (z.B. Godenzi, ZStrR 2018 S. 21 ff. m.H.). Immerhin stellt auch diese Autorin in Kommentierung der Kritik an diesem Verzicht auf die umgehende obligatorische Begründung nicht infrage, dass Abänderungsanträge erforderlich sind (ebd. S. 23).

b) Ob von einer konkreten Ausformulierung von Abänderungsanträgen bei einer den Freispruch von Schuld und Strafe quasi selbstverständlich erscheinenden Laienerklärung, jeden Punkt anfechten zu wollen, abgesehen werden kann (so soweit ersichtlich BGer 6B\_345/2020 vom 21. Juli 2020), kann hier offengelassen werden. Allenfalls könnte nur bei gänzlicher Anfechtung die Korrektur angefochtener Schuldsprüche in einen vollständigen Freispruch von Schuld und Strafe als logisch impliziert gelten, was vorliegend bei keinem Urteil der Fall ist. Der amtlich verteidigte Berufungsführer geht selber davon aus, die Urteile nur teilweise angefochten zu haben. Deshalb ist keine Frist zur Verdeutlichung unklarer Anträge gemäss Art. 399 Abs. 3 lit. a StPO anzusetzen (Art. 400 Abs. 1 StPO). Umso weniger ist eine Fristansetzung angebracht zur Verbesserung von überhaupt fehlenden Abänderungsanträgen nach der sowohl bei gänzlicher als auch nur teilweiser Anfechtung geltenden (Schmid/Jositsch, ebd.) Vorschrift von Art. 399 Abs. 3 lit. b StPO. Die „Berufungserklärungen“ beschränken die angefochtenen Urteilspunkte nicht mehr erweiterbar (vgl. oben E. 3.b, Goldschmid/Maurer/Sollberger, a.a.O., S. 396), mithin verbindlich. Den Beschränkungen ist jedoch kein Abänderungsgehalt zu entnehmen, weil sie sich bloss auf Dispositivziffern des angefochtenen Urteils und nicht auf die in Art. 399 Abs. 4 StPO abschliessend beschriebenen Inhalte beziehen.

c) Abgesehen von dem bereits erwähnten Urteil (vgl. oben lit. b) hält das Bundesgericht in zwei länger zurückliegenden, nicht publizierten Entscheidungen in nicht vergleichbaren Ausgangslagen und bei gestellten Abänderungsanträgen fest, Art. 399 StPO verpflichte die Parteien nicht, in ihrer Berufungserklärung neben allfälligen Beweisanträgen (Abs. 3 lit. c) weitere Begehren zu stellen (BGer 6B\_651/2013 vom 23. Januar 2014 E. 5.3; BGer 6B\_63/2013 vom 4. März 2013 E. 1.3; vgl. jedoch nur bezüglich Einzelheiten Zimmerlin, a.a.O., Art. 399 StPO N 12 m.H.). Diese Formulierungen sind angesichts der gesetzlich vorausgesetzten Antragsstellungen gemäss Art. 399 Abs. 3 lit. a und lit. b StPO missverständlich und können nicht auf den vorliegenden Fall übertragen werden, in dem überhaupt keine Abänderungsanträge gestellt werden (vgl. indes noch unten E. 5). Die Ungebundenheit der Rechtsmittelinstanz an Anträge beseitigt das gesetzliche Erfordernis nicht, in einer Berufungserklärung innert 20 Tagen unter anderem angeben zu müssen, welche Abänderungen der angefochtenen Punkte des erstinstanzlichen Urteils verlangt werden (s. oben E. 3; ebenfalls etwa BGer 6B\_1320/2020 vom 12. Januar 2022 in BGE 148 IV 22 nicht publ. E. 2.5, wonach trotz eines grundsätzlich umfassenden Weiterzugs, aufgrund des Abänderungsantrags bestimmte Schuldsprüche nicht als angefochten betrachtet wurden; ähnlich BGer 6B\_535/2021 vom 14. Juli 2021 E. 1.3 f.; auch BGer 6B\_540/2021 vom 13. April 2022 E. 1.5.2 impliziert notwendige Erklärungen dazu, welche Abänderungen verlangt werden). Lässt sich der Berufungserklärung nicht entnehmen, welche Abänderungen des erstinstanzlichen Urteils verlangt und welche Beweisanträge gestellt werden, folgt logisch in beiden Fällen, dass keine entsprechenden Begehren an die Rechtsmittelinstanz gerichtet werden. Die Konsequenzen sind indes unterschiedlich. Werden keine Beweisanträge gestellt, beruht das Rechtsmittelverfahren vorbehaltlich den gesetzlich vorgesehenen Fällen der Beweiswiederholung oder der Beweiserhebung von Amtes wegen auf den bereits im Vorverfahren und im erstinstanzlichen Hauptverfahren erhobenen Beweisen (Art. 389 StPO). Insofern mag die Angabe von Beweisanträgen als blosser Ordnungsvorschrift erscheinen. Indes ist hier die Unterscheidung von Gültigkeits- und Ordnungsvorschriften nicht einschlägig, weil Art. 399 Abs. 3 StPO keine Verfahrensvorschriften zur Wahrung der Interessen des Berufungsführers enthält (dazu vgl. BGer 6B\_1419/2020 vom 2. Mai 2022 E. 3.3.2; BGE 148 IV 22 E. 5.5.1). Vielmehr statuiert Art. 399 Abs. 3 lit. b StPO, dass die innert nicht erstreckbaren 20 Tagen zu erklärende Berufung Abänderungsanträge enthalten muss. Werden aber inhaltlich keine Abänderungen der angefochtenen Punkte des erstinstanzlichen Urteils verlangt, entleert der Berufungsführer das, was er der Form nach angefochten haben will (Anfechtungsobjekt), jeglichen Inhalts, was die erforderliche zweite Willenserklärung materiell betrachtet eines gültigen Gehalts beraubt, womit die

## A 5.6

Berufungserklärung die prozessuale Lage aus sich selbst heraus ohne das Zutun des Gerichts gestalten könnte. Die gesetzliche Voraussetzung von Art. 399 Abs. 3 lit. b StPO als spezielle Rechtsmittelvorschrift verhindert es mithin, via Art. 379 StPO aus Art. 346 Abs. 1 Satz 1 StPO auch für das Berufungsverfahren abzuleiten, dass die Abänderungsanträge wie im erstinstanzlichen Hauptverfahren erst nach Abschluss des Beweisverfahrens zu stellen wären. Abänderungsanträge vorzusetzen rechtfertigt sich umso mehr, als im Rechtsmittelverfahren nicht nur ein durch das erstinstanzliche Gericht beendetes Beweisverfahren, sondern ein in der Sache das erstinstanzliche Verfahren abschliessendes begründetes Urteil vorliegt.

5. Aus diesen Gründen ist auf die Berufungserklärung in allen drei Fällen grundsätzlich nicht einzutreten, weil innert der Berufungserklärungsfrist keine Abänderungsanträge gestellt wurden. (...) Inwiefern das angefochtene Urteil gegen den Berufungsführer als Beschuldigten qualifiziert falsch und damit zu seinen Gunsten trotz der Dispositionsmaxime nach Art. 404 Abs. 2 StPO überprüfbar wäre, ist nicht offenkundig, (...). Es bleibt noch zu prüfen, ob die weiteren Abschnitte der Berufungserklärung, nämlich die Kurzbegründung und die Beweisanträge inkl. deren Begründungen, verlangte Abänderungen deutlich machen.

a) Der „Kurzbegründung“ lässt sich entnehmen, dass der Berufungsführer eine Notwehrsituation behauptet bzw. sich dagegen zur Wehr setzt, seine Beteiligung an den tätlichen Auseinandersetzungen asymmetrisch schwerer zu gewichten. Diesen Hinweisen lässt sich nicht deutlich entnehmen, inwiefern die angefochtenen Urteile abzuändern wären, er etwa freizusprechen (z.B. gestützt auf Art. 15 StGB), wegen versuchter einfacher (statt schwerer) Körperverletzung und der Tätlichkeit (statt einfacher Körperverletzung) schuldig zu sprechen oder milder zu bestrafen wäre (z.B. Art. 16 Abs. 1 StGB). Soweit der Berufungsführer indes betreffend Landesverweisung einen persönlichen Härtefall geltend macht, impliziert diese Begründung, dass er die ersatzlose Aufhebung der Landesverweisung in der angefochtenen Dispositivziffer 7 des vorinstanzlichen Urteils SGO 2021 33 verlangt. Insoweit ist auf die Berufung STK 2022 72 einzutreten. Behauptet der Berufungsführer, ihm würden aufgrund der davon getragenen Verletzungen sowohl Schadenersatz als auch eine Genugtuung zustehen, genügt dies in qualitativer und quantitativer Hinsicht den Antragserfordernissen offensichtlich nicht, abgesehen davon, dass bei zivilrechtlichen Klagen die Berufungsinstanz an die Anträge gebunden wäre (Art. 391 Abs. 1 lit. b StPO). In den beiden weiteren Berufungsfällen (SGO 2021 34 und 35) bleibt ebenfalls unklar, weswegen er in der Rolle als Privatkläger die Berufungsgegner 2 und 3 als Beschuldigte bestraft sehen

will. Im Übrigen beziffert er auch in diesen Verfahren seine Zivilforderungen nicht.

b) Aus den Beweisanträgen selbst lassen sich keine Abänderungsanträge herauslesen: Anhand deren Begründung wird nur deutlich, dass der Berufungsführer eine aktive(re) bzw. aggressive Beteiligung der Berufsgegner 2 und 3 und seine Verletzungen und Schäden beweisen möchte, ohne dass sich daraus ein eindeutiges Bild ergäbe, inwiefern er die Abänderung der angefochtenen Urteile verlangt.

(Urteil vom 25. April 2023, STK 2022 72, 74 und 76; eine Beschwerde in Strafsachen wurde mit BGer 7B\_539/2023 vom 3. November 2023 als aussichtslos abgewiesen, soweit darauf einzutreten war. Dass im Strafprozessrecht eine Berufungserklärung ohne Antrag in der Sache ausreicht, falls sich ein Rechtsmittelbegehren aus einer nicht erforderlichen Begründung zweifelsfrei ergibt, scheint eher angebracht als im Zivilprozess, in dem grundsätzlich die Dispositionsmaxime gilt, wovon EGV-SZ 2022 A 3.3 ausging und doch durch BGer 5A\_342/2022 vom 26. Oktober 2022 aufgehoben wurde).

---

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

---

### **6.1 Definitive Rechtsöffnung, Anforderungen an die Beschwerdebe-gründung**

*- In der Beschwerde gegen eine definitive Rechtsöffnung muss dargelegt werden, inwiefern die einzelnen Erwägungen des angefochtenen Entscheids unrichtig sind. Die Wiederholung bereits erstinstanzlich vorge-tragener Vorbringen reicht nicht aus (Erw. 2).*

*Aus den Erwägungen:*

2. Der Beschwerdeführer setzt sich mit den einzelnen Erwägungen des angefochtenen Rechtsöffnungsentscheids nicht hinreichend im Sinne von Art. 321 Abs. 1 ZPO auseinander. In der Umschreibung der im Wesentlichen auf die Vertretungsbefugnis (unten lit. a) und der Simulation des Unterhaltsvertrages (lit. b) beschränkten Rügen nimmt er nur pauschal Bezug auf die vorinstanzlichen Begründungen. Vor allem wiederholt er in

## A 6.1

seiner vierzigseitigen Beschwerde seine bereits der Vorinstanz vorgetragenen Vorbringen, ohne jedoch konkret die vorinstanzlichen Erwägungen mühelos nachvollziehbar zu beanstanden. Namentlich legt der Beschwerdeführer nicht dar, inwiefern die Sachverhaltsfeststellungen der angefochtenen Verfügung offensichtlich unrichtig seien, was nach Art. 320 lit. b ZPO vorausgesetzt wäre (zum Ganzen BGE 147 III 176 E. 4.2.1 i.V.m. etwa mit BGer 4A\_555/2022 vom 11. April 2023 E. 3.1 m.H).

a) Die Vorinstanz verneinte die vom Beschwerdeführer geltend gemachte Kollision der Interessen der Tochter mit denjenigen der diese gesetzlich vertretenden Mutter, deren Folge nach Auffassung des Beschwerdeführers die entfallene Vertretungsbefugnis gemäss Art. 306 Abs. 3 ZGB wäre, in der Sache wie folgt (angef. Verfügung E. 1.3 b):

Im vorliegenden Fall macht die Mutter als gesetzliche Vertreterin der Gesuchstellerin die Vollstreckung eines gerichtlichen Genehmigungsentscheids betreffend Kindesunterhaltsbeiträge geltend, die der Gesuchstellerin gestützt auf einen zugrundeliegenden Unterhaltsvertrag zwischen den Eltern zustehen sollen. Inwiefern dies den Interessen der Gesuchstellerin zuwiderlaufen soll, ist bereits von vornherein nicht ersichtlich. Kindesunterhaltsbeiträge kommen ihrer Natur nach dem Unterhalt und damit der finanziellen Absicherung des anspruchsberechtigten Kindes zu Gute. Die Interessen der Gesuchstellerin und ihrer Mutter sind folglich gleichgerichtet.

In derselben Erwägung führt die Vorinstanz weiter zusammengefasst aus, die unangenehme Situation des Vorgehens eines Kindes gegen einen unterhaltspflichtigen Elternteil bestehe im familienrechtlichen Erkenntnisverfahren. Damit sowie mit der grundsätzlichen vorinstanzlichen Quintessenz, der Beschwerdeführer verkenne, dass es sich hier nicht um ein familienrechtliches Erkenntnisverfahren, sondern um ein späteres Vollstreckungsverfahren handelt, setzt sich die Beschwerde nicht hinreichend auseinander. Mithin bleibt die Beschwerde hinsichtlich der Vertretungsbefugnis der Mutter ungenügend begründet, so dass auf sie insoweit nicht einzutreten ist. (...).

b) Die Vorinstanz erachtete den rechtskräftigen Genehmigungsentscheid (...), dem der Unterhaltsvertrag der Parteien vom 3. bzw. 5 Februar 2011 zugrunde liege, als definitiven Rechtsöffnungstitel. Den Einwand, der Unterhaltsvertrag sei simuliert, liess die Vorinstanz offen, weil angesichts der Leistungsfähigkeit der Eltern und der Bedürfnisse des Kindes keine Anzeichen für die Nichtigkeit des Rechtsöffnungstitels, also des zu vollstreckenden richterlichen Genehmigungsentscheids, bestünden. Die Ausführungen

rungen der Beschwerde zur Simulation des Unterhaltsvertrags und rechtsmissbräuchlichen Verhaltens der Mutter der Berufungsgegnerin gehen daher am Rechtsöffnungstitel und damit am in der Vollstreckung massgebenden Thema vorbei. Darauf ist mithin ebenfalls nicht einzutreten.

(Verfügung vom 3. Juli 2023, BEK 2023 10; eine Beschwerde in Zivilsachen wurde mit BGer 4A\_632/2023 vom 30. Januar 2024 abgewiesen, soweit darauf einzutreten war. Das Bundesgericht hielt u.a. fest [ebd. E. 4], dass es keine Verletzung der Begründungspflicht bzw. des Gehörsanspruchs darstelle, wenn die Vorinstanz sich materiell nicht mit den Vorbringen des Beschwerdeführers, auch nicht mit solchen zu einer Gehörsverletzung durch die Erstinstanz, befasste. Vielmehr sei dies die korrekte Folge aus dem Nichteintreten).

---

# B      **Verwaltungsgericht**

---

---

## 1.      **Verfahren**

---

### 1.1      **Beschwerdelegitimation**

- *Legitimation des Schulträgers zur Anfechtung der erziehungsrätlichen Verweigerung einer definitiven Lehrbewilligung für eine Lehrperson (siehe EGV-SZ 2023 B 10.1).*

### 1.2      **Zuständigkeit bei Finanzgesuchen**

- *Die Abgrenzung der Zuständigkeit, über ein Finanzgesuch zu entscheiden, erfolgt gestützt auf den zuzusprechenden Betrag und nicht gestützt auf den eingeforderten Beitrag.*

*Aus dem Sachverhalt:*

Während der Covid-Pandemie stellte ein Kulturschaffender den Antrag um Ausrichtung einer Ausfallentschädigung für Kulturschaffende in sechsstelliger Höhe. Der Bildungsdirektor sprach eine Ausfallentschädigung von rund Fr. 30'000 zu. Der Kulturschaffende erhob Beschwerde u.a. mit der Rüge, über das Gesuch hätte der Regierungsrat entscheiden müssen, da eine Ausfallentschädigung von mehr als Fr. 100'000 beantragt worden sei.

*Aus den Erwägungen:*

3.1 Der Beschwerdeführer bestreitet die Zuständigkeit des Amtes für Kultur und des Bildungsdepartementes zum Erlass der Verfügung vom 3. September 2021. Er habe sowohl für den Zeitraum November 2020 bis Januar 2021 als auch für den Zeitraum Februar bis April 2021 einen Beitrag von je über Fr. 100'000 beantragt, weshalb der Regierungsrat für die Behandlung der Gesuche zuständig gewesen wäre. Die Zuständigkeit richte sich nicht nach dem zugesprochenen Beitrag, sondern nach der

Höhe der ersuchten Unterstützung. Allein schon aufgrund der fehlenden Zuständigkeit sei die Verfügung nichtig.

[...]

3.3 Gemäss § 3 Abs. 2 der Verordnung zur Umsetzung der Covid-19-Kulturverordnung sind die Gesuche für Ausfallentschädigungen für Kulturunternehmen und Kulturschaffende beim Amt für Kultur einzureichen. Das Amt für Kultur ist zuständig für die Prüfung und Beurteilung der Gesuche auf der Grundlage der departementalen Richtlinien sowie für die Weiterleitung der Gesuche mit seiner Beurteilung an die Behörde zum Entscheid (§ 4 Abs. 2 lit. b und c Verordnung zur Umsetzung der Covid-19-Kulturverordnung). [...] Über die Ausfallentschädigungen und Beiträge an Transformationsprojekte gemäss der Covid-19-Kulturverordnung entscheiden a) das Bildungsdepartement bis zu einem Beitrag von Fr. 100'000 (inklusive Bundesbeitrag) und b) der Regierungsrat ab einem Beitrag von mehr als Fr. 100'000 (inklusive Bundesbeitrag).

In den Richtlinien des Bildungsdepartements zur Beurteilung von Gesuchen gemäss der Covid-19-Kulturverordnung (vom 26.1.2021) wird in § 5 Abs. 1 ausgeführt, dass die Gesuche in einem ersten Schritt durch die Abteilung Kulturförderung formal geprüft werden. Danach wird durch die Abteilung Kulturförderung eine inhaltliche Prüfung durchgeführt und ein Antragsentwurf erstellt. Die geprüften Anträge werden dann entweder dem Bildungsdepartement (bis Fr. 100'000) oder dem Regierungsrat (über Fr. 100'000) zur Genehmigung vorgelegt. Die Entscheide sind der Finanzkontrolle zur Kenntnis zuzustellen.

Nach der zitierten Regelung, auf welche die Vorinstanzen korrekt abgestellt haben, kann das Bildungsdepartement mithin Beiträge bis zu einer Höhe von Fr. 100'000 zusprechen. Sollen höhere Beiträge ausgerichtet werden, ist das Gesuch an den Regierungsrat weiterzuleiten. Es ist in casu nicht zu beanstanden, dass die Abgrenzung der Zuständigkeit gestützt auf den zuzusprechenden Betrag (gemäss Gesuchsprüfung durch das Amt für Kultur) und nicht gestützt auf den eingeforderten Beitrag abgegrenzt wird. Solche Kompetenzabgrenzungen bei der Bewilligung von Ausgaben sind nicht unüblich und sie erfolgen regelmässig entsprechend den zugesprochenen Beiträgen oder den beschlossenen Ausgaben (vgl. z.B. § 28 Gesetz über den kantonalen Finanzhaushalt, FHG, SRSZ 144.110; §§ 8-12 Geldspielverordnung, GSV, SRSZ 542.111). Entsprechend wird denn auch in § 29 Abs. 1 der Verordnung über den kantonalen Finanzhaushalt (FHV, SRSZ 144.111) festgehalten, dass Basis für die Beurteilung der Zuständigkeit für die Ausgabenbewilligung die Berechnung der Ausgabenhöhe ist. Finanzhilfesuche wie auch Ausgabenbeschlüsse werden jeweils verwaltungsintern vorbereitet und bei Übersteigerung eines gewissen Betrages

## B 1.3

zur Entscheidung an den Regierungsrat übertragen. Die Zuständigkeitsabgrenzung bezweckt die Kompetenzeinschränkung der Verwaltung ab einer bestimmten Ausgabenhöhe und nicht die Begründung eines Anspruchs auf einen Entscheid durch den Regierungsrat ab einer bestimmten Ausgabenhöhe resp. Gesuchshöhe.

(VGE II 2022 78 vom 22. August 2023).

### 1.3 Rechtsmitteleingabe per E-Mail

- *Was gilt, wenn ein Rechtsmittel, das von Gesetzes wegen schriftlich einzureichen ist, per E-Mail eingereicht wird?*

*Aus den Erwägungen:*

2.4 Einsprachen müssen ein Rechtsbegehren und eine Begründung enthalten (Art. 10 Abs. 1 Verordnung über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts [ATSV; SR 830.11] vom 11.9.2002). Sie kann bei vorliegender Streitigkeit wahlweise schriftlich oder mündlich erhoben werden (vgl. Art. 10 Abs. 2 und 3 ATSV). Die schriftlich erhobene Einsprache muss die Unterschrift der Einsprache führenden Person oder ihres Rechtsbeistands enthalten (Art. 10 Abs. 4 Satz 1 ATSV). Genügt die Einsprache den Anforderungen nach Abs. 1 nicht oder fehlt die Unterschrift, so setzt der Versicherer eine angemessene Frist zur Behebung der Mängel an und verbindet damit die Androhung, dass sonst auf die Einsprache nicht eingetreten wird (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 mit Hinweisen).

2.5 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, 9C\_597/2014 vom 10.12.2014 Erw. 4.2). Da beim elektronischen Verkehr via E-Mail keine Originalurkunde vorhanden ist, stellt sich das Problem der Unterschrift. Nach Art. 14 Abs. 1 des Bundesgesetzes betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht, OR; SR 220) vom 30. März 1911 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 (z.B. SMS,

MMS) die Schriftform nicht erfüllen. Sendungen per E-Mail, Fax oder SMS sind mit diversen Unsicherheiten (insbesondere betreffend die Identifizierung des Absenders, die Verifizierung der Unterschrift und die Feststellung des Zeitpunktes des Empfanges) behaftet, die bei eingeschriebener Post, elektronischer Eingabe oder mündlicher Erklärung zu Protokoll wegfallen (Urteil BGer 1B\_304/2013 vom 27.9.2013 Erw. 2.4). Für den elektronischen Verkehr im Rahmen von Gerichts- und Verwaltungsverfahren ist eine spezifische gesetzliche Regelung notwendig (Urteil BGer 1P.254/2005 vom 30.8.2005 Erw. 2.3, in: Pra 2006 Nr. 51 S. 362; vgl. auch Urteil BGer 5A\_650/2011 vom 27.1.2012 Erw. 4). Das ATSG enthält keine Bestimmungen über den elektronischen Verkehr. (...).

2.6 Rechtsprechungsgemäss stellt es keinen überspitzten Formalismus dar, von den Bürgern eigenhändig unterzeichnete Rechtsschriften zu verlangen. Allerdings gebietet Art. 29 Abs. 1 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (BV; SR 101) vom 18. April 1999 von den Behörden, sich gegenüber Rechtssuchenden so zu verhalten, dass deren Rechtsschutzinteresse materiell gewahrt werden kann. So besteht rechtsprechungsgemäss etwa ein verfassungsmässiger Anspruch darauf, dass die Behörde eine Eingabe, die an einem klar erkennbaren Formmangel leidet, zur Verbesserung zurückweist, sofern die noch verfügbare Zeit ausreicht, um bis zum Ablauf der Rechtsmittelfrist den Mangel zu beheben; dieser Anspruch wird mit dem Verbot des überspitzten Formalismus oder auch mit Treu und Glauben begründet. Er gilt insbesondere bei formellen Mängeln wie dem versehentlichen Fehlen der Unterschrift oder der Vollmacht (BGE 142 V 152 Erw. 4.3 mit weiteren Hinweisen). Nach der Rechtsprechung schafft eine von Amtes wegen angesetzte Nachfrist mit entsprechender Androhung die Voraussetzung für ein Nichteintreten, sofern der Fristansetzung nicht nachgelebt wird (SVR 2010 UV Nr. 29 S. 117, 8C\_556/2009 vom 1.3.2010 Erw. 4.2 mit Hinweis auf ZAK 1956 S. 479).

2.7 Dieser Anspruch auf eine Nachfrist besteht indes nur bei unfreiwilligen Unterlassungen (BGE 121 II 252 Erw. 4b). Reicht eine Partei eine Rechtsschrift per Telefax oder E-Mail ein, lehnt das Bundesgericht eine Heilung durch Nachreichen einer Rechtsschrift mit Originalunterschrift nach Ablauf der Beschwerdefrist ab, weil die Partei, die eine Rechtsschrift auf diese Weise einreicht, schon von vornherein wissen muss, dass damit gegen das Unterschriftserfordernis verstossen wird. Denn bei der Übermittlung einer Eingabe mittels E-Mail geht eine Unterschrift regelmässig nicht vergessen, sondern sie fehlt der Natur der Sache nach von vornherein. Die Ansetzung einer Nachfrist fällt ausser Betracht (BGE 142 V 152

## B 1.3

Erw. 4.5). Möglich bleibt einzig eine Verbesserung des Formfehlers vor Ablauf der Einsprachefrist, worauf die zuständige Behörde den Einsprecher gegebenenfalls aufmerksam machen muss.

(...)

4.6 Die Einsprache muss schriftlich, d.h. persönlich unterzeichnet eingereicht werden. Dieser Anspruchsvoraussetzung genügte die E-Mail vom 21. September 2022 offenkundig nicht, was die AKSZ mit Schreiben vom 23. September 2022 zu Recht festgestellt hat (Vi-act. 21).

In der Folge setzte die AKSZ der Beschwerdeführerin eine Frist bis 21. Oktober 2022 zur Nachreichung einer Verbesserung an. Wie eingangs dargestellt wurde, war dies grundsätzlich falsch. Wer Einsprache mittels E-Mail erhebt, dem unterläuft hinsichtlich Schriftlichkeit/Unterschrift kein Fehler, vielmehr erfolgt diese Unterlassung bewusst, weil eine E-Mail gar nicht schriftlich/persönlich unterzeichnet sein kann. Entsprechend ist keine Nachfrist anzusetzen (vgl. oben Erw. 2.5 und 2.7). Das Gebot von Treu und Glauben gebietet es jedoch, die einsprechende Partei auf den Fehler aufmerksam zu machen, um ihr die Möglichkeit zu geben, diesen innert der noch laufenden (nicht zu verlängernden) Frist zu beheben.

Wie erwähnt, hat die AKSZ die Beschwerdeführerin nun aber nicht nur auf den Fehler aufmerksam gemacht, sondern darüber hinaus und zu Unrecht eine Nachfrist angesetzt. Eine solche gesetzwidrige Einräumung einer Nachfrist hat bei einer juristisch geschulten Person wie einem patentierten Rechtsvertreter unbeachtlich zu bleiben, da diese auf die Nachfristansetzung nicht vertrauen darf (Urteil BGer 8C\_289/2022 vom 5.8.2022 Erw. 6.2.3).

Die Beschwerdeführerin war zu keinem Zeitpunkt anwaltschaftlich vertreten. Rein nach dem Wortlaut von Art. 10 Abs. 5 ATSV waren die Voraussetzungen für die Einräumung einer Nachfrist gegeben. Sie musste nicht erkennen, dass die Nachfristansetzung der AKSZ zu Unrecht erfolgt ist; mithin durfte sie auf diese vertrauen und eine rechtsgenügende Einsprache bis am 21. Oktober 2022 einreichen.

(VGE II 2023 19 vom 21. April 2023).

## **1.4 Akteneinsicht**

- *Anspruch auf Akteneinsicht in ein ENHK-Gutachten auch nach Rückzug eines Baugesuchs.*

### *Aus dem Sachverhalt:*

Die Bauherrin reichte im Juli 2017 ein Baugesuch ein. Auf Beschwerde hin hob der Regierungsrat die gemeinderätliche Baubewilligung auf und wies die Sache zur Einholung eines Gutachtens der Eidgenössischen Natur und Heimatschutzkommission (ENHK) an den Gemeinderat zurück. Dieses wurde im September 2020 erstattet. Dem Gesuch der Einsprecher um Einsicht ins Gutachten gab der Gemeinderat verfügungsweise statt. Der Regierungsrat wies die hiergegen von der Bauherrin erhobene Beschwerde im Juni 2022 ab. Bereits im Februar 2022 hatte die Bauherrin das Baugesuch zurückgezogen. Das Verwaltungsgericht bestätigte den Anspruch der Einsprecher auf Einsicht ins ENHK-Gutachten.

### *Aus den Erwägungen:*

1.4 Mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde bringen die Beschwerdeführer vor, das Baugesuch sowie die Baueinsprachen der Beschwerdegegner seien infolge Rückzugs des Baugesuchs abgeschrieben worden. Dieser Beschluss sei unangefochten in Rechtskraft erwachsen; damit sei das Verfahren beendet worden, weshalb das Akteneinsichtsgesuch in § 22 VRP keine rechtliche Stütze finde.

Zwar gäbe Art. 29 Abs. 2 BV ausserhalb eines hängigen Verfahrens einen Anspruch auf Akteneinsicht; dieser sei indes davon abhängig, ob der Rechtssuchende ein besonders schützenswertes Interesse glaubhaft machen könne. Solche Interessen seien nicht auszumachen; auch aus dem Umstand, dass sich das Gebäude in einem ISOS-Gebiet befinde, ergebe sich weder ein privates Interesse der Beschwerdegegner noch ein Interesse der Öffentlichkeit an der Einsichtnahme in das Gutachten; das Interesse der Beschwerdegegner beschränke sich auf Neugier.

Sodann stünde die Interessenlage der Beschwerdegegner den Interessen der Beschwerdeführer auf Wahrung ihrer Privatsphäre und ihres Privateigentums - insbesondere die privaten Räume und Einrichtungen im Innern ihres Hauses betreffend - entgegen. Zudem habe der Regierungsrat keine

## B 1.4

entsprechende Interessenabwägung vorgenommen, sodass er seine Begründungspflicht bzw. das rechtliche Gehör der Beschwerdeführer verletzt habe.

Mit dem Regierungsrat sei zudem davon auszugehen, dass die Beschwerdegegner Einsicht in das Gutachten nehmen können, wenn ein neues Baubewilligungsverfahren eingeleitet werde und sie erneut als Verfahrenspartei auftreten sollten; der Entscheid, ob und gegebenenfalls wann ein neues Bauprojekt aufgelegt werde, liege allein bei den Beschwerdeführern; bis dahin hätten die Beschwerdegegner keinen Anspruch auf Einsicht in das Gutachten.

Ferner erweise sich die Eventualbegründung des Regierungsrates, wonach das Einsichtsrecht in das Gutachten trotzdem noch auf das ÖDSG abgestützt werde, als unbehelflich. Dabei stünden der Einsichtnahme die zuvor ausgeführten privaten Interessen der Beschwerdeführer entgegen; der Regierungsrat habe indes weder eine Interessenfeststellung und Interessengewichtung noch eine Interessenabwägung vorgenommen.

Schliesslich zeige sich, dass der Gemeinderat nicht alleiniger Besitzer des Gutachtens sei; mithin sei das Gesuch um Einsichtnahme in das Gutachten von den Erstellern, d.h. von der ENHK und der EDK, zu behandeln (vgl. S. 8 Ziff. 5).

### 1.5 (...).

1.7 Zu beurteilen gilt, ob der Anspruch der Beschwerdegegner auf Einsichtnahme in das Gutachten der ENHK zu Recht bejaht wurde.

2.1.1 Der mit Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (BV, SR 101) vom 18. April 1999 gewährleistete Anspruch auf rechtliches Gehör wird kantonal in §§ 21 f. VRP normiert: § 21 VRP regelt den Anspruch auf rechtliches Gehör; § 22 Abs. 1 VRP räumt den Verfahrensparteien das Recht zur Akteneinsicht ein. Die Behörde kann die Einsicht in die Akten verweigern, wenn schützenswerte private oder öffentliche Interessen die Geheimhaltung erfordern (§ 22 Abs. 3 VRP).

### 2.1.2 (...).

Das Akteneinsichtsrecht ist eng mit dem Äusserungsrecht verbunden. Der Betroffene kann sich nur wirksam zur Sache äussern und geeignete Beweise führen oder bezeichnen, wenn ihm die Möglichkeit eingeräumt wird, die Unterlagen einzusehen, auf die sich die Behörde bei ihrem Entscheid stützen will. Das Akteneinsichtsrecht bezieht sich auf alle verfahrensbezogenen Akten, die geeignet sind, Grundlage des Entscheids zu bilden (vgl. Urteil BGer 1C 241/2021 vom 17.3.2022 Erw. 2.3.1 [nicht

publ. in BGE 148 II 359]). Die Akteneinsicht ist auch zu gewähren, wenn die Ausübung des Akteneinsichtsrechts den Entscheid in der Sache nicht zu beeinflussen vermag. Sie kann nicht mit der Begründung verweigert werden, die fraglichen Akten seien für den Verfahrensausgang belanglos, denn es muss vielmehr dem Betroffenen selber überlassen werden, die Relevanz der Akten zu beurteilen (vgl. Urteil BGer 1P.604/2006 vom 29.1.2007 Erw. 3.3). Das Recht auf Akteneinsicht gilt in dem Sinn vorbehaltlos, als die Partei kein besonderes Interesse dafür geltend machen muss (BGE 144 II 427 Erw. 3.1.1).

### 2.1.3 (...).

2.1.4 Art. 29 Abs. 2 BV bzw. § 22 VRP verpflichtet die Behörde, welche neue Akten zum bestehenden Dossier einfügt und sich in ihrem Entscheid darauf beziehen will, die Berechtigten rechtzeitig über diese entscheidwesentliche Aktenergänzungen zu informieren und ihnen Gelegenheit zur Stellungnahme einzuräumen (vgl. BGE 124 II 132 Erw. 2b m.H.; Urteil BGer 1C\_325/2018 vom 15.3.2019 Erw. 5.2 m.w.H.). Der Anspruch auf rechtliches Gehör umfasst somit auch das Recht der Parteien, von jedem nachgereichten Aktenstück bzw. jeder weiteren Stellungnahme von Parteien und Behörden Kenntnis zu nehmen und sich dazu äussern zu können. (...) (vgl. Urteile BGer 1C\_597/2014 vom 1.7.2015 [i.Sa. W. vs. GR Schwyz] Erw. 3.6.2; 1C\_159/2014 vom 10.10.2014 Erw. 4.4).

2.2 Das Akteneinsichtsrecht hängt indes nicht zwingend mit der Stellung als Verfahrensbeteiligte/r bzw. mit der Einspracheberechtigung im Baubewilligungsverfahren zusammen. Ausserhalb bzw. im Stadium vor Anhebung oder nach Abschluss eines Verwaltungsverfahrens können sich die betroffenen Personen sowohl auf das Einsichts- und Auskunftsrecht nach dem ÖDSG als auch das verfahrensrechtliche Akteneinsichtsrecht berufen, wobei letzteres - anders als während Rechtshängigkeit des Verfahrens - eines spezifischen Interesses bedarf (vgl. Urteil des Verwaltungsgerichts Bern 100.2020.251 vom 21.4.2022 Erw. 2.1 in: BVR 2022 S. 490). Mithin können auch Dritte, die nicht Parteistellung haben, bzw. Parteien nach rechtskräftigem Abschluss des Verfahrens Akteneinsicht verlangen, wenn sie ein schutzwürdiges Interesse, welches allfällig entgegenstehende (private oder öffentliche) Interessen überwiegt, glaubhaft machen. Dieses kann sich aus der Betroffenheit in einem spezifischen Freiheitsrecht - wie etwa der persönlichen Freiheit oder aus einer sonstigen besonderen Sachnähe - ergeben. Dies setzt indes eine Interessenprüfung und -abwägung voraus (vgl. Urteil BGer 1C\_241/2021 vom 17.3.2022

## B 1.4

Erw. 2.3.2 m.w.H. [nicht publ. Erw. in: BGE 148 II 359]; EGV-SZ 1993 Nr. 52).

3.1 (...).

3.2.1 Den Beschwerdegegnern als im Baubewilligungsverfahren unbestrittenermassen einsprache- und beschwerdebefugte Verfahrensbeteiligte kam bereits gestützt auf § 22 VRP ein schützenswertes Interesse zur Akteneinsichtsrecht im Einspracheverfahren zu (vgl. vorstehend Erw. 2.1; vgl. auch Baumann, in: Baumann et al., Kommentar zum Baugesetz des Kantons Aargau, Bern 2013, § 60 N 47 u. N 71). Als im Verfahren Beteiligte hatten die Beschwerdegegner somit ein Recht darauf, auch in Äusserungen von beigezogenen Sachverständigen Einblick zu erhalten und dazu vor dem Beschluss über das eigentliche Baugesuch Stellung zu beziehen. Hieran vermag die Aufhebung der Baubewilligung vom 18. Dezember 2017 und Rückweisung der Angelegenheit des Regierungsrates nichts zu ändern. Mit dieser Rückweisung wurde die Parteistellung der Beschwerdegegner nicht beendet. Sie blieben weiterhin (als Einsprecher) im Baubewilligungsverfahren beteiligt und ersuchten kraft ihrer Parteistellung im Mai 2021 um Akteneinsicht im Rahmen des dannzumal noch hängigen Baubewilligungsverfahrens. Dem Regierungsrat ist beizupflichten, dass sich die Einwände der Beschwerdeführer, wonach die Baubewilligungsbehörde bei einer Rückweisung der Angelegenheit praxisgemäss auf eine Mitteilung der Bauherrschaft warte, ob am Baugesuch festgehalten werde und das Baubewilligungsverfahren fortzusetzen sei, (...), als unbehelflich erweisen.

3.2.2 Ferner ist mit dem Regierungsrat festzuhalten, dass weder schützenswerte öffentliche noch private Interessen für eine (ganze oder teilweise) Geheimhaltung eines/des Gutachtens der ENHK ersichtlich sind. Soweit die Beschwerdeführer lediglich pauschal vorbringen, dem Einsichtsrecht stünden ihre privaten Interessen auf Wahrung ihrer Privatsphäre und ihres Privateigentums entgegen, so erläutern sie nicht konkret, worin dieses Interesse bestehen soll. Auch werden diesbezüglich keine anderweitigen Geheimhaltungsgründe geltend gemacht noch sind solche ersichtlich. Anzumerken ist, dass ein Baugesuch öffentlich aufgelegt und im Amtsblatt publiziert wird, was zeigt, dass das Baubewilligungsverfahren vom Grundsatz der Öffentlichkeit beherrscht wird und insofern mit dem Baubewilligungsverfahren grundsätzlich auch keine Persönlichkeitsrechte oder Geschäftsgeheimnisse Dritter betroffen sind, die gegen das Akteneinsichtsrecht sprächen (vgl. EGV-SZ 1993 Nr. 52 Erw. 7 lit. c).

### 3.2.3 (...).

4. Indessen ist der Anspruch der Beschwerdegegner auf Akteneinsicht auch unbesehen ihrer konkreten Parteistellung im Baubewilligungsverfahren zu bejahen.

4.1.1 Wie erwähnt (vorstehend Erw. 2.2) hängt der Anspruch auf Akteneinsicht nicht zwingend mit der Stellung als Verfahrensbeteiligte/r bzw. mit der Einspracheberechtigung im Baubewilligungsverfahren zusammen. So hat ein Bauherr in der Regel ein ausreichendes Interesse daran, in die Bauakten für Nachbarliegenschaften Einsicht zu nehmen (EGV-SZ 1993 Nr. 52). In diesem Beschluss hat der Regierungsrat unter anderem ausgeführt (Erw. 6.a), in einer solchen Konstellation stimme das für das Akteneinsichtsrecht erforderliche schützenswerte Interesse mit dem für die Baueinsprache geforderten schützenswerten Interesse überein. Der einsprachebefugte Nachbar müsse prüfen können, ob die auf dem benachbarten Grundstück erstellte Baute dem Baugesuch entspreche. Dazu sei der Einblick in die Akten eines abgeschlossenen Baubewilligungsverfahrens unumgänglich. Nur so sei er in der Lage, nötigenfalls nachträgliche Baueinsprache zu erheben oder die Durchführung eines nachträglichen Baubewilligungsverfahrens zu verlangen. Insoweit habe er auch ein schützenswertes Interesse an der Akteneinsicht.

4.1.2 Die Beschwerdegegner sind Gesamteigentümer des Grundstückes, welches an das Baugrundstück angrenzt. Die notwendige besondere Sachnähe liegt somit vor. Ihr Anspruch auf Akteneinsicht ist im Sinne der bundesgerichtlichen und kantonalen Rechtsprechung mithin auch unbesehen der konkreten Parteistellung zu bejahen. Entgegenstehende öffentliche wie private Interessen sind nicht erkennbar. (...).

4.2 Im Übrigen ist bei einer summarischen Beurteilung auch den Vorinstanzen beizupflichten, dass die Beschwerdegegner selbst bei einem nicht hängigen Baubewilligungs- und Einspracheverfahren gestützt auf das ÖDSG Anspruch auf Einsicht in das ENHK-Gutachten haben. Unter Verweis auf den angefochtenen Beschluss sowie im Lichte des anderweitig begründeten Anspruchs der Beschwerdegegner auf Akteneinsicht erübrigen sich hierzu weitergehende Ausführungen.

(VGE III 2022 113 vom 26. Januar 2023).

## B 1.5

### 1.5 Kosten eines Gutachtens

- *Unzulässigkeit der Auferlegung von Kosten eines von der Baubewilligungsbehörde während des Verwaltungsbeschwerdeverfahrens eingeholten Gutachtens auf die Bauherrschaft.*

*Aus den Erwägungen:*

1.2 Der Gemeinderat erwog in seiner angefochtenen Verfügung im Wesentlichen, als er das Gutachten in Auftrag gegeben habe, sei "das erstinstanzliche Einspracheverfahren noch nicht abgeschlossen bzw. die Baubewilligung noch nicht rechtskräftig" gewesen. Die Kosten für das Gutachten könnten nicht einfach den Parteikosten im Beschwerdeverfahren zugeordnet werden, sondern seien Bestandteil der erstinstanzlichen Abklärungen und gehörten zu den Kosten des Baubewilligungsverfahrens. (...). Das Gutachten sei eingeholt worden, um dem Gemeinderat im Nachgang zur Baubewilligung eine allfällige Wiedererwägung bzw. einen Widerruf der Baubewilligung zu ermöglichen.

Die Verrechnung stütze sich auf Art. 8 der Gebührenordnung für Baubewilligungen (Gde-GebO) vom 9. Juni 2009 und 26. April 2022 sowie auf § 4 Abs. 1 der Gebührenordnung für die Verwaltung und die Rechtspflege im Kanton Schwyz (GebO; SRSZ 173.111) vom 20. Januar 1975. Zudem sei auf die Rechtsprechung (VGE III 2008 72&74 vom 11.7.2008, publ. in EGV-SZ 2008 B 1.6; VGE 1009/01 vom 22.6.2001 publ. in EGV-SZ 2001 B 8.1) zu verweisen. Ausgewiesene, unerlässliche Kosten für Sachverhaltsabklärungen dürften nach Praxis und Rechtsprechung dem Baugesuchsteller überbunden werden. (...).

Auf die Verrechnung des eigenen Aufwands im Zusammenhang mit dem Gutachten werde unpräjudiziell verzichtet. (...).

2.1.1 Das Baubewilligungsverfahren ist in § 75 ff. PBG geregelt. § 77 Abs. 1 PBG nennt die mit dem Baugesuch einzureichenden Unterlagen. Sofern erforderlich, kann die Bewilligungsbehörde weitere Unterlagen verlangen (§ 77 Abs. 2 PBG).

Das kommunale BauR regelt das Baubewilligungsverfahren in den Art. 90 ff. Art. 92 BauR normiert die Anforderungen an das Baugesuch und die einzureichenden Unterlagen. In besonderen Fällen kann der Gemeinderat weitere Unterlagen, unter anderem namentlich ein Verkehrsgutachten, "verlangen, wenn dies für die Beurteilung des Baugesuchs notwendig erscheint". Das erstinstanzliche Baubewilligungsverfahren endet mit der Beschlussfassung der kommunalen Baubewilligungsbehörde über

das Baugesuch und gleichzeitig über allfällige öffentlich-rechtliche Einsprachen (vgl. § 81 Abs. 2 PBG; vgl. Art. 96 Abs. 3 BauR).  
(...).

### 2.1.2 (...)

2.1.3 Die Verwaltungs- und die Verwaltungsgerichtsbeschwerde sind devolutive Rechtsmittel. Nicht mehr die Behörde, die den angefochtenen Akt erlassen hat, ist zur Beurteilung zuständig, sondern die Beschwerdeinstanz (Hensler, Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde im Kanton Schwyz, Zürich 1980, S. 145; Herzog, in: Kommentar zur bernischen VRPG, Art. 60 N 30). Der Behörde, von welcher der Akt stammt, ist es grundsätzlich verwehrt, in der streitigen Angelegenheit weiterhin verbindliche Anordnungen zu treffen (vgl. Herzog, a.a.O., Art. 60 N 30; Müller, in: Kommentar zur bernischen VRPG, Art. 56 N 5).

2.2.1 Die Bewilligungsbehörde erhebt für die Behandlung von Bau- und Vorentscheidgesuchen Gebühren nach der GebO (§ 89 Abs. 1 PBG).

Gemäss der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung dürfen auch ausgewiesene unerlässliche externe Kosten für Sachverhaltsabklärungen dem Baugesuchsteller überwält werden (§ 4 GebO). Zwar ist die Gemeinde zur baurechtlichen Prüfung eines Baugesuchs verpflichtet. Von Gesetzes wegen ist diese Prüfung indessen nicht zwingend durch das kommunale Bauamt vorzunehmen. Dies entspricht dem Grundsatz, wonach Verwaltungsbehörden zur Ermittlung des (rechtserheblichen) Sachverhaltes Beteiligte und Auskunftspersonen befragen, Urkunden beiziehen, Augenscheine vornehmen und Expertisen anordnen können (§ 24 VRP). So können auch im Baubewilligungsverfahren Beweiserhebungen durch Beauftragte des Gemeinderates bzw. der Baubewilligungsbehörde oder durch Experten vorgenommen werden (vgl. Baumann, in: Kommentar zum Baugesetz des Kantons Aargau, Bern 2013, § 60 N 43). Wenn die Behörde für die Rechtsanwendung, für welche sie zuständig ist, einen externen Berater zuzieht, dürfen diese Kosten allerdings nicht direkt, sondern nur im Rahmen der kantonalen (bzw. gegebenenfalls einer kommunalen) Gebührenordnung in Rechnung gestellt werden, d.h. innerhalb des festgesetzten Gebührenrahmens nach der Bedeutung der Sache und nach dem Zeitaufwand (§ 3 Abs. 2 GebO). Eine solche Kostenüberwälzung gebietet das Gleichheitsgebot, dass die für eine Amtshandlung anfallende Gebühr in der Regel nicht davon abhängen darf, ob die Behörde die Rechtsanwendungsfragen selber abklärt oder dafür einen externen Berater beizieht, zumal es in ihrer Kernkompetenz liegt, das Recht von Amtes wegen anzuwenden (vgl. § 29 Abs. 1 VRP), wofür sie sich entsprechend zu organisieren hat (vgl. EGV-

## B 1.5

SZ 2008 B 1.6 Erw. 8.3 mit Hinweis auf EGV-SZ 2001, B. 8.1 Erw. 5.b). Hieraus ergibt sich, dass im Bereich von Verwaltungsgebühren weder das Kostendeckungs- noch das Verursacherprinzip die Abwälzung von extern entstandenen Kosten ohne Weiteres zulässt (vgl. VGE III 2014 16 vom 28.8.2014 Erw. 3.3.1; VGE III 2012 210 + III 2013 26 vom 17.4.2013 Erw. 5.3.2; VGE II 2012 63 vom 17.8.2012 Erw. 3.7).

2.2.2 Die Gemeinden können von der GebO abweichende Gebührenordnungen erlassen (§ 89 Abs. 2 PBG). Gemäss Art. 103 Abs. 1 BauR erhebt der Gemeinderat für die Behandlung von Bau- und Vorentscheidgesuchen, die Baukontrolle sowie den Entscheid über Einsprachen Gebühren. Er erlässt hierfür eine Gebührenordnung (Art. 103 Abs. 2 BauR). Gestützt hierauf hat der Gemeinderat die Gde-GebO vom 26. April 2022 erlassen (...).

Die Baubewilligungsgebühr beinhaltet die Kosten für die ordentliche Baugesuchsprüfung und die Beschlussgebühr inkl. Zeitaufwand und Ausfertigung (Art. 8 Abs. 1 Gde-GebO). In der Gebühr nicht enthalten sind Gutachterkosten (Art. 8 Abs. 2 lit. e Gde-GebO).

2.3.1 Vorliegend hat der Gemeinderat das Gutachten nicht im Rahmen des Baubewilligungsverfahrens eingeholt, sondern erst auf Beschwerde hin im regierungsrätlichen Verwaltungsbeschwerdeverfahren. Der - für das Baubewilligungsverfahren in § 77 Abs. 2 PBG spezialgesetzlich normierte - Untersuchungsgrundsatz (vgl. § 18 VRP), der auch die Erhebung der erforderlichen Beweismittel wie Gutachten von Sachverständigen beinhaltet (§ 24 Abs. 1 lit. e VRP), sowie die Verpflichtung zur Rechtsanwendung von Amtes wegen (vgl. § 26 VRP) trifft im Verwaltungsbeschwerdeverfahren jedoch die Beschwerdeinstanz und nicht die Parteien. Diese sind zur Mitwirkung an der Feststellung des Sachverhaltes verpflichtet, soweit dies nötig und ihnen zumutbar ist (§ 19 VRP).

Eine irgendwie geartete Verpflichtung des Gemeinderates, im Verwaltungsbeschwerdeverfahren ein Gutachten erstellen zu lassen und einzureichen, bestand nicht und wird zu Recht von der Gemeinde auch nicht geltend gemacht. Vielmehr hat der Gemeinderat das Gutachten (...) auf eigene Initiative hin in Auftrag gegeben.

2.3.2 Für die Überwälzung der Kosten für das Gutachten auf die Bauherrschaft, nachdem das Gutachten nach Abschluss des erstinstanzlichen Baubewilligungsverfahrens und im Rahmen des Vernehmlassungsverfahrens vor der Beschwerdeinstanz erstellt wurde, besteht bei dieser Sachlage schlichtweg keine Rechtsgrundlage, weder in der Gde-GebO noch in der GebO. Auch kann sich die Gemeinde nicht auf ein Verursacherprinzip (§ 5

GebO) berufen, da sie das Gutachten ohne entsprechende causa, namentlich auch ohne von der Rechtsmittelinstanz hierzu angehalten worden zu sein, erstellen liess. Ob die Gemeinde mit diesem Vorgehen sinngemäss einräumt, die Frage der Verkehrssicherheit im erstinstanzlichen Baubewilligungsverfahren nicht hinreichend abgeklärt zu haben (so RRB Nr. 425/2022 vom 24.5.2022 Erw. 2.3), ist vorliegend nicht von Belang und kann insbesondere keine Kostenüberwälzung rechtfertigen.

Insofern kann auch nicht ohne weiteres von unerlässlichen externen Kosten für Sachverhaltsabklärungen die Rede sein. Hieran ändert nichts, dass die Bauherrschaft im Rahmen des Verwaltungsbeschwerdeverfahrens Korrekturen am Bauprojekt vornahm. Zudem darf davon ausgegangen werden, dass der Regierungsrat im Rahmen seiner Untersuchungspflicht die Sache gegebenenfalls auch von kantonsinternen Fachstellen hätte überprüfen lassen oder aber die Bauherrschaft zu entsprechenden ergänzenden Sachverhaltsabklärungen angehalten hätte. Im einen Fall wären die allfälligen Kosten wohl mit den Verfahrenskosten von der Bauherrschaft erhoben worden, im andern Fall hätte die Bauherrschaft die Kosten initial selber zu tragen gehabt, wie dies grundsätzlich bei allen von einer Bauherrschaft im Rahmen eines ordnungsgemässen und vollständigen Bausechs beizubringenden Unterlagen der Fall ist. (...).

Die Gemeinde kann auch aus der von ihr angerufenen verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung nichts zu ihren Gunsten herleiten. Jene Verfahren betrafen externe Kosten, welche im Rahmen des erstinstanzlichen Baubewilligungsverfahrens generiert wurden und die entsprechend mit der ordentlichen Gebührenrechnung für die Baubewilligung in Rechnung gestellt wurden.

2.4 Wenn die Gemeinde in der angefochtenen Verfügung vom 28. Februar 2023 von Wiedererwägung und/oder (teilweisem) Widerruf der Baubewilligung spricht, macht es den Eindruck, dass sie sich der fehlenden Rechtsgrundlage für die Inrechnungstellung der Kosten für das im Rahmen des Verwaltungsbeschwerdeverfahrens eingeholte Gutachten bewusst war. (...).

Es ist daher nachstehend zu prüfen, ob und/oder welche Konsequenzen diese Argumentation für die vorliegende Beurteilung hat.

3.1 Zunächst ist der Bedeutungsgehalt des Rechtsbegriffes der "Wiedererwägung" zu klären.

3.1.1 Das VRP regelt die Wiedererwägung in § 34 unter der Marginalie "Widerruf". (...).

## B 2.1

3.1.2 - 3.2.2 (...).

3.2.3 Entgegen der Darstellung der Gemeinde lässt sich ihren Eingaben im Verwaltungsbeschwerdeverfahren VB 146/2021 nichts entnehmen, was auf einen Widerruf hindeuten könnte. Mit dem Schreiben vom 19. Juli 2021 hat sie explizit nur einen Sistierungsantrag gestellt und einen Rückzug der Beschwerde - was die Abschreibung des Beschwerdeverfahrens (§ 28 lit. a VRP) und den Eintritt der Rechtskraft der Baubewilligung bedeutet hätte - nicht für ausgeschlossen erachtet. Allfällige Konsequenzen aus dem Gutachten zu ziehen, stellte sie der Beschwerdeführerin anheim. Wenn diese in der Folge auf zwei Parkplätze verzichtete, kann hierin allenfalls eine teilweise Anerkennung der Beschwerdebegehren (§ 28 lit. b VRP) gesehen werden, was angesichts des Ausgangs des Verwaltungsbeschwerdeverfahrens jedoch so oder anders bedeutungslos war/gewesen wäre. Das kommunale Bauamt wie auch der Gemeinderat beantragten im Übrigen weiterhin vorbehaltlos die Abweisung der Beschwerde.

3.3 Mit der Beschwerdeführerin ist auch festzuhalten, dass die Gemeinde im Verwaltungsbeschwerdeverfahren mit keiner Eingabe den Antrag auf Überwälzung der Kosten des Gutachtens auf die Beschwerdeführerin (oder andere Verfahrensbeteiligte) beantragt hat. Mithin hatte der Regierungsrat auch keinen entsprechenden Antrag zu beurteilen.  
(VGE III 2023 52 vom 27. Juni 2023).

---

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

---

### 2.1 Ergänzungsleistungen

- *Rückerstattung unrechtmässig bezogener Leistungen.*
- *Verjährung bei Herleitung des Rückerstattungsanspruchs aus einer strafbaren Handlung.*
- *Vorfrageweise Prüfung der Strafbarkeit durch die Verwaltung.*

*Aus den Erwägungen:*

1.3 Unrechtmässig bezogene Leistungen sind zurückzuerstatten. Wer Leistungen in gutem Glauben empfangen hat, muss sie nicht zurückerstatten, wenn eine grosse Härte vorliegt (vgl. Art. 1 des Bundesgesetzes über Ergänzungsleistungen zur Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung [ELG; SR 831.30] vom 6.10.2006 i.V.m. Art. 25 Abs. 1 des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts [ATSG; SR 830.1] vom 6.10.2000). Der Rückforderungsanspruch erlischt drei Jahre, nachdem die Versicherungseinrichtung davon Kenntnis erhalten hat, spätestens aber fünf Jahre seit der Auszahlung der einzelnen Leistung. Wird der Rückerstattungsanspruch aus einer strafbaren Handlung hergeleitet, für welche das Strafrecht eine längere Verjährungsfrist vorsieht, so ist diese Frist massgebend (Art. 25 Abs. 2 ATSG).

1.4 Die Unrechtmässigkeit des Bezugs von Ergänzungsleistungen ergibt sich dadurch, dass die Berechnungsgrundlagen rückwirkend so angepasst werden, dass aus der Neuberechnung ein tieferer Anspruch resultiert, als ursprünglich ausgerichtet.

Die Rückforderung ist nur unter den Voraussetzungen der Wiedererwägung (Art. 53 Abs. 2 ATSG) oder prozessualen Revision (Art. 53 Abs. 1 ATSG) der formell rechtskräftigen Verfügung, mit welcher die betreffende Leistung zugesprochen worden ist, zulässig. Die Pflicht zur Rückerstattung unrechtmässig bezogener Ergänzungsleistungen besteht also unabhängig von einer allfälligen Meldepflichtverletzung. Es geht einzig darum, nach Entdeckung einer ursprünglich unrichtigen oder unvollständigen Sachverhaltsfeststellung den rechtmässigen Zustand wiederherzustellen (vgl. VGE II 2020 33 vom 24.6.2020 Erw. 3.2; VGE II 2010 22 vom 22.4.2010 Erw. 2.2; vgl. Carigiet/Koch, Ergänzungsleistungen zur AHV/IV, 3. Aufl., Zürich, 2021, Rz. 346).

2.1.1 (...).

2.2.2 Dem mit der Replik neu gestellten Antrag auf Feststellung, dass sich der Beschwerdeführer nicht strafbar gemacht hat, kommt keine selbständige Bedeutung zu. Dieser Antrag geht im (Haupt-)Antrag auf Aufhebung der Rückforderung, soweit diese verjährt ist, auf und erweist sich insofern subsidiär zum Hauptantrag. Ein schutzwürdiges Interesse an einer selbständigen Feststellung, dass er sich nicht strafbar gemacht hat, besteht nicht (zur Subsidiarität des Feststellungsbegehrens zum Leistungsbegehren vgl. Urteil BGer 8C\_4/2022 vom 4.5.2022 Erw. 1.3.2 mit

## B 2.1

Hinweis auf BGE 142 V 2 Erw. 1.1). Insoweit ist auf die Beschwerde/Replik daher nicht einzutreten.

### 2.3 (...).

3.2.1 Der Beschwerdeführer anerkennt explizit, dass er dank der Begründung im Einspracheentscheid die verschiedenen phasenweisen Berechnungen für die vergangenen und die künftigen EL-Leistungen nachvollziehen könne. (...) Hingegen halte er nach wie vor am Einwand fest, dass die Rückforderungen für die Zeit vom 1. Juni 2017 bis 30. September 2017 verjährt seien. Diese Fr. 188.-- könnten nicht zurückgefordert werden.

Die Vorinstanz dürfe vorfrageweise selbst prüfen, ob eine strafbare Handlung gegeben sei. Eine solche dürfe aber nur bejaht werden, wenn sie bewiesen sei. Dabei müssten an den Beweis die gleichen Anforderungen wie in einem Strafverfahren gestellt werden. Der im Sozialversicherungsrecht sonst übliche Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit genüge nicht. Es liege nicht in der Kompetenz der Beschwerdegegnerin, im Einspracheentscheid über ein strafbares Verhalten zu entscheiden, wenn dieses bestritten worden sei. Die Vorinstanz habe nun selber am 27. Februar 2023 eine Strafanzeige gemäss Art. 31 ELG eingereicht. Die Strafbehörde werde beurteilen, ob ein strafbares Verhalten des Beschwerdeführers vorgelegen habe oder nicht.

### 3.2.2 (...).

4.1.1 Art. 25 Abs. 2 Satz 2 ATSG bezweckt, die Vorschriften des Sozialversicherungs- und des Strafrechts im Bereich der Verjährung zu harmonisieren. Solange der Leistungsbezüger der Strafverfolgung unterliegt, lässt sich eine Verwirkung des Rückerstattungsanspruchs nicht rechtfertigen (BSK ATSG-Dormann, Art. 25 N 64 mit Hinweis auf BGE 138 V 74 Erw. 5.2; BGE 147 V 417 Erw. 7.3.3). Massgeblich ist die Verfolgungsverjährung (BGE 147 V 417 [= Urteil BGer 9C\_321/2020 vom 2.7.2021, nicht publ. Erw. 4.2.1] sowie Erw. 7.3.3; Urteil BGer 9C\_388/2018 vom 29.10.2018 Erw. 4.1).

4.1.2 Ist die Strafverfolgung aufgenommen und bereits rechtskräftig (mit Urteil oder Einstellungsverfügung) abgeschlossen worden, so ist die über den Rückforderungsanspruch befindende Behörde an diesen Entscheid der Straf(verfolgungs)behörde gebunden. Fehlt es indessen an einem solchen Entscheid, haben die Verwaltung und gegebenenfalls das Sozialversicherungsgericht vorfrageweise selbst darüber zu befinden, ob sich

die Rückforderung aus einer strafbaren Handlung herleitet und der Täter dafür strafbar wäre. Dabei gelten die gleichen beweisrechtlichen Anforderungen wie im Strafverfahren, so dass der sonst im Sozialversicherungsrecht geltende Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit nicht ausreicht. Auf jeden Fall hat die Behörde, die sich auf die strafrechtliche Verjährungsfrist beruft, Aktenmaterial zu produzieren, welches das strafbare Verhalten hinreichend ausweist. Die Anwendbarkeit der längeren strafrechtlichen Verjährungsfrist setzt die Erfüllung sowohl der objektiven als auch der subjektiven Tatbestandsmerkmale voraus. Erforderlich ist zudem, dass die strafbare Handlung für den eingetretenen Schaden natürlich und adäquat kausal ist. Die Frist beginnt mit der Begehung der Tat (Urteil BGer 9C\_321/2020 vom 2.7.2021 Erw. 4.2.2 mit Hinweisen, u.a. auf BGE 138 V 74 Erw. 6.1, SVR 2008 KV Nr. 4 Erw. 6.2).

4.1.3 Art. 31 Abs. 1 lit. a und d ELG sehen grundsätzlich Bestrafungen mit Geldstrafen bis zu 180 Tagessätzen vor für diejenige Person, die durch unwahre oder unvollständige Angaben oder in anderer Weise von einem Kanton oder einer gemeinnützigen Institution für sich oder eine andere Person eine Leistung auf Grund dieses Gesetzes erwirkt, die ihm oder der anderen Person nicht zukommt (lit. a) bzw. die die ihr obliegende Meldepflicht (Art. 31 Abs. 1 ATSG) verletzt (lit. d). Es gilt daher die Verfolgungsverjährung von sieben Jahren, welche Art. 97 Abs. 1 lit. d des Schweizerischen Strafgesetzbuchs (StGB; SR 311.0) vom 21. Dezember 1937 grundsätzlich für "andere Strafe[n]" vorsieht.

4.2 (...).

4.3 Festzuhalten ist, dass die offensichtlich mittlerweile von der Vorinstanz vorgenommene Strafanzeige an der Zulässigkeit der vorfrageweisen Prüfung der Strafbarkeit durch die Vorinstanz nichts ändert (vgl. Urteil BGer 9C\_388/2018 vom 29.10.2018 Erw. 4.2).

5.1 Dass der Beschwerdeführer bei der EL-Anmeldung den objektiven Tatbestand der Erwirkung höherer EL infolge unvollständiger Angaben gegenüber der Vorinstanz erfüllt hat (Art. 31 Abs. 1 lit. a ELG), kann nicht ernsthaft bestritten werden und wird vom Beschwerdeführer - soweit ersichtlich - auch nicht bestritten. (...).

5.2.1 Bei der Strafbestimmung gemäss Art. 31 Abs. 1 ELG handelt es sich um ein Vorsatzdelikt (vgl. Art. 333 Abs. 1 StGB i.V.m. Art. 12 Abs. 1 StGB). Vorsätzlich begeht ein Verbrechen oder Vergehen, wer die Tat mit

## B 2.1

Wissen und Willen ausführt. Vorsätzlich handelt bereits, wer die Verwirklichung der Tat für möglich hält und in Kauf nimmt (Art. 12 Abs. 2 StGB).

Fahrlässig begeht ein Verbrechen oder Vergehen, wer die Folge seines Verhaltens aus pflichtwidriger Unvorsichtigkeit nicht bedenkt oder darauf nicht Rücksicht nimmt. Pflichtwidrig ist die Unvorsichtigkeit, wenn der Täter die Vorsicht nicht beachtet, zu der er nach den Umständen und nach seinen persönlichen Verhältnissen verpflichtet ist (Art. 12 Abs. 3 StGB).

Die Abgrenzung zwischen Eventualvorsatz und bewusster Fahrlässigkeit kann im Einzelfall schwierig sein. (...).

5.2.2 Ob der Täter die Tatbestandsverwirklichung in Kauf genommen hat, muss das Gericht - bei Fehlen eines Geständnisses des Beschuldigten - aufgrund der Umstände entscheiden. Dazu gehören die Grösse des dem Täter bekannten Risikos der Tatbestandsverwirklichung, die Schwere der Sorgfaltspflichtverletzung, die Beweggründe des Täters und die Art der Tathandlung. Je grösser die Wahrscheinlichkeit der Tatbestandsverwirklichung ist und je schwerer die Sorgfaltspflichtverletzung wiegt, desto näher liegt die Schlussfolgerung, der Täter habe die Tatbestandsverwirklichung in Kauf genommen. Das Gericht darf vom Wissen des Täters auf den Willen schliessen, wenn sich dem Täter der Eintritt des Erfolgs als so wahrscheinlich aufdrängte, dass die Bereitschaft, ihn als Folge hinzunehmen, vernünftigerweise nur als Inkaufnahme des Erfolgs ausgelegt werden kann. Was der Täter wusste, wollte und in Kauf nahm, betrifft sog. innere Tatsachen und ist damit Tatfrage. Rechtsfrage ist hingegen, ob im Lichte der festgestellten Tatsachen der Schluss auf Eventualvorsatz begründet ist (Urteil BGer 9C\_388/2018 vom 29.10.2018 Erw. 4.6 mit Hinweis auf BGE 138 V 74 Erw. 8.4.1).

5.3.1 ff. [Bejahung eines eventualvorsätzlichen Verhaltens des Beschwerdeführers].

(VGE II 2023 28 vom 22. August 2023).

---

## 7. Bezirke und Gemeinden / politische Rechte

---

### 7.1 Gemeindeversammlung - Beratung des Voranschlags

- *Anlässlich der Beratung des Voranschlages stellte ein Stimmberechtigter diverse Fragen zum vorgelegten Voranschlag. Der Gemeinderat trat zu Unrecht auf die Fragen nicht ein.*

*Aus den Erwägungen:*

2. Der Beschwerdeführer ersucht - sinngemäss - um Kassation des Beschlusses über die Festsetzung des Steuerfusses und Genehmigung des Voranschlages 2023 (Traktandum 2).

(...).

2.3.1 Der Vorwurf der fehlenden Beratung und fehlenden Auseinandersetzung mit dem Voranschlag bzw. den Detailpositionen des Voranschlages anlässlich der Gemeindeversammlung, wie ihn der Beschwerdeführer vor Verwaltungsgericht vorträgt (vgl. oben Erw. 2.1), wurde von ihm schon anlässlich der Versammlung aufgebracht. Gemäss Protokoll (das gemäss Beschwerdeführer soweit [mit zuvor genannter Ausnahme] korrekt sei) konfrontierte der Beschwerdeführer den Gemeinderat und den Gemeindegassier mit Positionen aus der 'dreistufigen' Erfolgsrechnung, welche er vorgängig von der Gemeinde erhielt. So wünschte er Auskunft, ob die geplante Website unter Konto 0120.313 in der Exekutive am richtigen Ort budgetiert sei, warum das Konto 0220.313 im Vergleich zum Voranschlag 2022 um Fr. 6'600.-- auf Fr. 26'400.-- erhöht werde, und das Konto 0220.315 um Fr. 15'100.-- auf Fr. 36'100.--. Eine Begründung fehle für beide Konten. Weiter wollte er wissen, für was die Fr. 53'000.-- im Konto 0291.313 eingestellt seien; der Betrag sei gleich wie im Jahr 2022, damals seien Fr. 35'000.-- für das Projekt 'H. \_\_\_\_\_' eingestellt gewesen, er wolle wissen, ob auch für 2023 Mittel für das Projekt 'H. \_\_\_\_\_' eingestellt seien. Der Beschwerdeführer vertrat dabei die Ansicht, die Behörden müssten anlässlich der Gemeindeversammlung über diese Positionen Auskunft geben können, wenn die Versammlung ihren Zweck der Beratung und Beschlussfassung des Voranschlages erfüllen solle. Er wisse wohl, dass gemäss neuem Finanzhaushaltsrecht der Voranschlag 'zweistufig' vorzulegen sei. Dies könne aber die Behörde nicht davon entbinden, Auskunft zu den Konten des 'dreistufigen' Kontenplanes zu geben. Wenn dies nicht

## B 7.1

möglich sei, sei keine Beratung möglich und entsprechend auch keine korrekte Beschlussfassung. Wenn man zu diesen Konten an der Gemeindeversammlung keine Fragen stellen könne und keine Antworten erhalte, dann könne man abrechnen, es brauche dann gar keine Budgetgemeinde. Zudem behalte er sich die Stimmrechtsbeschwerde vor.

Der Gemeinderat und Gemeindegassier hielten gemäss Protokoll in dem Sinne entgegen, als Gegenstand der Gemeindeversammlung die Botschaft mit dem 'zweistufigen' Voranschlag sei, wobei die wesentlichen Abweichungen zum laufenden Voranschlag begründet würden. Dies entspreche den kantonalen Vorgaben gemäss HRM2. Den 'dreistufigen' Voranschlag habe man im Internet oder auf der Gemeinde einsehen können; Fragen hierzu hätten vorgängig unterbreitet und besprochen werden können. Anlässlich der Gemeindeversammlung sei es unmöglich, über sämtliche Details zu allen Detailkonten Auskunft geben zu können. Dies sei vom neuen Finanzhaushaltsrecht so gewollt. Der Beschwerdeführer habe den detaillierten Voranschlag vorgängig von der Gemeinde erhalten und man verstehe nicht, warum er seine Fragen nicht vorgängig gestellt habe, sondern nun an der Gemeindeversammlung Auskunft wünsche. Was genau hinter den Zahlen des detaillierten Voranschlages stecke, könne man nicht aus dem Stegreif sagen; man habe nicht sämtliche Positionen im Kopf. Gegenstand der Gemeindeversammlung bilde der 'zweistufige' Voranschlag. Dieser liege vor und die vom HRM2 verlangte Begründung der Abweichungen sei in der Botschaft wiedergegeben und sei vorgestellt worden. Der Gemeinderat sei damit seiner Pflicht nachgekommen. Es sei nicht Sinn und Aufgabe der Gemeindeversammlung, jede Position des Voranschlages im dreistufigen Modell durchzugehen. Das könne und wolle man nicht.  
(...).

2.4.1 Der Voranschlag ist Teil des Finanzplanes (§ 7 Abs. 2 lit. d FHG-BG und § 6 Abs. 1 FHV-BG) und für jedes Kalenderjahr zu erstellen; er umfasst die Erfolgsrechnung und die Investitionsplanung (§ 8 Abs. 1 FHG-BG). Der Voranschlag ist einerseits funktional nach Aufgaben zu gliedern (Allgemeine Verwaltung, Bildung, Gesundheit, Volkswirtschaft etc.) und andererseits innerhalb der Aufgaben nach Arten gemäss Kontenrahmen des Harmonisierten Rechnungsmodells (Personalaufwand, Sach- und übriger Betriebsaufwand, Entgelte etc.) (§ 4 Abs. 1 FHG-BG). Zu erstellen ist dabei sowohl eine ordentliche Darstellung (nach Hauptkonten [zweistellige Sachgruppen] gemäss Anhang I zur FHV-BG gegliedert, § 13 FHV-BG) und eine detaillierte Darstellung (mit Ausweis der Detailkonten [dreistellige Sachgruppen]) (§ 9 Abs. 1 i.V.m. § 4 Abs. 2 FHG-BG und § 5 Abs. 1 FHV-BG). Ein einzelner Voranschlagskredit umfasst den gesamten Aufwand eines Hauptkontos und entspricht der Summe der zugehörigen Detailkonten.

Er ermächtigt, die Jahresrechnung im Voranschlagsjahr für den bezeichneten Zweck bis zum bewilligten Betrag zu belasten (§ 10 Abs. 1 und 2 FHG-BG).

(...).

2.4.4 Für den Voranschlag gilt anlässlich der Gemeindeversammlung sowohl eine Beratungs- als auch eine Beschlussfassungspflicht (§ 16 Abs. 1 lit. a GOG). Im Rahmen der Beratung des Voranschlages bestehen hinsichtlich der Rechte der Stimmberechtigten keine speziellen Vorgaben. Namentlich sind sämtliche Anträge auch hier zugelassen, auch wenn beachtlich ist, dass zum einen die Gemeindeversammlung zwingend über den Voranschlag beschliessen muss und zum andern der Beschluss bis Mitte Dezember des vorangehenden Kalenderjahres vorzuliegen hat (auch wenn das FHG-BG für den Ausnahmefall eine Spezialnorm enthält, § 11 FHG-BG) und schliesslich Abänderungsanträge nicht unbeschränkt zulässig sind (zum Antragsrecht der Stimmberechtigten bei der Behandlung des Voranschlages in der Gemeindeversammlung allgemein: Mächler, Aufsatz in EGV-SZ 2002 S. 233 ff.; siehe auch VGE III 2009 228 vom 24.3.2010; EGV-SZ 1997 Nr. 10). Mithin sind auch Rückweisung oder Verschiebung nicht grundsätzlich ausgeschlossen (vgl. Huwylar, a.a.O., S. 104 und 112; Mächler, a.a.O., S. 237). Vor allem aber steht den Stimmberechtigten in der Beratung das Recht zu, informelle Anfragen aller Art zu einzelnen Positionen jederzeit vorzubringen (Huwylar, a.a.O., S. 112). Weder besteht eine Pflicht, Fragen oder Anträge bereits vor der Gemeindeversammlung vorzubringen (vgl. zu Anträgen EGV-SZ 1997 Nr. 10 Erw. 2.b), noch müssen sich die Fragen (oder Anträge) auf die Hauptkonten beschränken. Dies ergibt sich nicht zuletzt aus der Tatsache, dass ein Voranschlagskredit der Summe der zu einem Hauptkonto gehörigen Detailkonten entspricht (§ 10 Abs. 1 FHG-BG) und die detaillierte Darstellung des Voranschlages jedermann zugänglich sein muss (§ 48 Abs. 3 FHG-BG). Entsprechend kann es nicht ausgeschlossen sein, eine Anfrage oder einen Abänderungsantrag an der Gemeindeversammlung auch zu einem Detailkonto zu stellen. Soll etwa der Aufwand eines Detailkontos (zulässigerweise) gestrichen oder gekürzt werden und wird dem Antrag durch die Gemeindeversammlung zugestimmt, so reduziert sich entsprechend die Summe des zugehörigen Hauptkontos und ebenso der Voranschlagskredit (was dies für die Bindung des Gemeinderates durch den genehmigten Voranschlag [entscheidend ist das Hauptkonto] bedeutet, kann hier offen bleiben). Mit dem revidierten FHG-BG, das neu zwischen ordentlicher und detaillierter Darstellung unterscheidet, sollte nicht die Informations- und Beratungspflicht anlässlich der Beschlussfassung über den Voranschlag eingeschränkt werden (das alte Finanzhaushaltsrecht

## B 7.1

kannte gar keine Detaillierungsgrad-Vorschrift). Am Fragerecht der Stimmberechtigten und der Informationspflicht der Behörden änderte sich mit dem neuen Recht nichts. Einzig die Publikation (ordentliche Darstellung) und der Voranschlagskredit (bezogen auf Hauptkonto) änderten. Schliesslich ist die Beratung des Voranrages an der Gemeindeversammlung solange fortzusetzen, bis niemand mehr das Wort verlangt oder die Versammlung Schluss der Diskussion beschliesst (§ 27 Abs. 2 GOG); dann sind die notwendigen Abstimmungen durchzuführen (§ 28 f. GOG).  
(...).

2.5.3 Im Rahmen der darauffolgenden Beratung ersuchte der Beschwerdeführer um Auskunft zu verschiedenen Positionen des Voranrages in der detaillierten Darstellung (dreistufige Erfolgsrechnung). Mithin bezogen sich seine Fragen nicht auf die Hauptkonten, sondern auf Detailkonten. Anträge stellte er keine.

Nach dem zuvor Ausgeführten bestand für den Beschwerdeführer weder eine Pflicht, seine Fragen bereits vor der Versammlung dem Gemeinderat zu unterbreiten, noch besteht eine Beschränkung des Fragerechts auf die Hauptkonten (vgl. oben Erw. 2.4.4). Mithin waren die Fragen des Beschwerdeführers zulässig und durften nicht abgeblockt werden mit dem Argument, Gegenstand der Versammlung (und Beschlussfassung) bilde nur der Voranschlag in der ordentlichen Darstellung (was der Gemeinderat auch nicht getan hat; siehe nachfolgend).

2.5.4 Allerdings dürfte ein Stimmberechtigter in aller Regel gut beraten sein, wenn er insbesondere Detailfragen bereits vorgängig zumindest einreicht, damit er anlässlich der Versammlung auch mit einer informativen, seiner Meinungsbildung dienenden Antwort rechnen kann. Denn wohl besteht für die Behörde eine Pflicht zur objektiven und sachlichen Information, mithin auch zu entsprechender Beantwortung gestellter Fragen. Dies setzt aber immerhin voraus, dass die Behörde die Fragen auch beantworten kann, d.h. um die Antwort weiss. Zu ergänzen ist, dass die gestellten Fragen nicht zwingend durch den finanzverantwortlichen Säckelmeister zu beantworten sind; namentlich bei Detailfragen zu Detailkonten in spezifischen Aufgaben kann es geradezu angezeigt sein, dass der für die Aufgabe funktional verantwortliche Gemeinderat oder der Kassier antwortet.

Kann eine (Detail-)Frage mangels Wissen an der Versammlung nicht beantwortet werden, ist es geradezu angezeigt, dies offenzulegen und keine, anstelle einer falschen Antwort zu geben. Denn in einer falschen Antwort liegt die Gefahr, dass über Zweck und Tragweite einer Vorlage falsch bzw. geradezu irreführend orientiert wird, was dann ggfs. eine Verletzung des

Stimmrechtes bedeuten kann. Wird eine Frage - oder werden mehrere Fragen - hingegen nicht beantwortet, weil es am Wissen um die Antwort fehlt, und wird dies entsprechend klargestellt, steht es dem Fragesteller bzw. allen Stimmberechtigten offen, z.B. einen Rückweisungs- oder Verschiebungsantrag zu stellen, wenn das Geschäft wegen den offenen Fragen nicht entscheidungsreif ist und daher gefordert wird, dass sich die Behörde noch einmal mit dem Geschäft auseinandersetzt, um die Stimmberechtigten angemessen orientieren zu können (auch kann der Voranschlag abgelehnt werden, was im Ergebnis einer Rückweisung gleichkommt, muss doch zwingend ein neuer Voranschlag vorgelegt werden). Wird kein entsprechender Antrag gestellt, signalisiert dies hingegen, dass sich die Stimmberechtigten mit den vorliegenden Informationen zufriedengeben und sie das Geschäft als beschlussreif beurteilen.

Bleibt zu ergänzen, dass unter Umständen auch das Nichtbeantworten einer Frage eine Verletzung des Stimmrechts bedeuten kann. Dies dann, wenn die Frage wissentlich und willentlich unbeantwortet bleibt, obwohl die Antwort bekannt wäre, weil die Antwort nicht gegeben werden soll. Denn auch in der Unterdrückung von für den Entscheid der Stimmberechtigten wichtigen Elementen kann eine das Stimmrecht ungebührlich beeinflussende, irreführende Falschorientierung über Zweck und Tragweite der Vorlage liegen (vgl. Urteil BGer 1C\_315/2018 vom 10.4.2019 Erw. 4.2).

(VGE III 2022 176 vom 26. Januar 2023).

## **7.2 Gemeindeversammlung - Antrag auf Rückweisung und Verschiebung**

- *Wann sind anlässlich der Beratung eines Geschäftes durch die Gemeindeversammlung die Anträge auf Rückweisung an den Gemeinderat bzw. Verschiebung zulässig bzw. unzulässig?*

*Aus dem Sachverhalt:*

Als einziges der Urnenabstimmung unterliegendes Sachgeschäft war die 'Beschlussfassung über eine Ausgabenbewilligung von Fr. \_\_\_\_ für Land-erwerb und Bau der Basis- und Groberschliessung E. sowie über die Übernahme einer Strasse auf dem Gebiet der Gemeinde vom Bezirk' traktandiert. Anlässlich der Gemeindeversammlung stellte ein Stimmberechtigter Antrag auf Rückweisung resp. Verschiebung des Geschäftes an den Gemeinderat. Auch ein zweiter Bürger stellte einen Rückweisungsantrag. Die

## B 7.2

Gemeindepräsidentin liess beide Anträge als unzulässig nicht zur Abstimmung zu.

### *Aus den Erwägungen:*

4.1 Es ist unbestritten, dass es sich bei Traktandum 3 der a.o. Gemeindeversammlung um ein der Urnenabstimmung unterliegendes Sachgeschäft handelte (§ 12 Abs. 1 lit. c und d des Gesetzes über die Organisation der Gemeinden und Bezirke [Gemeindeorganisationsgesetz, GOG; SRSZ 152.100] vom 25.10.2017). Die der Urnenabstimmung unterstellten Sachgeschäfte sind vorab an der Gemeindeversammlung zu beraten (§ 13 Abs. 1 GOG). Für die Beratung gelten die ordentlichen Verfahrensregeln (§ 23 ff. GOG, insbesondere § 28 ff. GOG) mit Ausnahme, dass Anträge auf Ablehnung oder Nichteintreten unzulässig sind (§ 13 Abs. 2 GOG), keine Doppelanträge an die Urnenabstimmung überwiesen werden dürfen (§ 13 Abs. 3 GOG) und am Ende der Beratung nicht über Annahme oder Ablehnung entschieden wird, sondern der Versammlungsleiter nach Abschluss der Beratung die Überweisung an die Urne feststellt (vgl. VGE III 2022 176 vom 26.1.2023 Erw. 3.3; Huwyler, Gemeindeorganisation des Kantons Schwyz, 2009, S. 114).

4.2 Im Rahmen der Beratung sind damit auch bei Sachgeschäften, die der Urnenabstimmung unterliegen, namentlich die formellen Anträge auf Rückweisung, Verschiebung oder Trennung (§ 28 Abs. 2 GOG) sowie materielle Anträge auf Abänderung (§ 29 Abs. 2 GOG) des Sachgeschäftes grundsätzlich zulässig.

Vorliegend strittig ist die Nichtzulassung der formellen Anträge der Rückweisung bzw. der Verschiebung.

4.2.1 Mit dem Antrag auf Rückweisung wird der Gemeinderat verpflichtet, ein Geschäft einer nochmaligen Prüfung zu unterziehen. Der Sinn dieses Antrages besteht vorab darin, die Möglichkeit zu schaffen, um eine für die Behandlung des Geschäftes wesentliche Abklärung zu treffen, sei es, weil das Geschäft unzureichend vorbereitet ist, oder sei es, weil die Beratung noch wesentliche, neue Gesichtspunkte hervorgebracht hat. Mit der Rückweisung bekunden die Versammlungsteilnehmer, dass die Sachvorlage noch nicht beschlussreif ist, sondern noch weiterer Vorarbeiten bedarf. Der Antrag kann aus formellen Gründen (bspw. mangelhafte Vorbereitung oder ungenügende Information) oder aus materiellen Gründen (bspw. günstigere Ausführung; neue Vorschläge für die Gestaltung eines Projektes) gestellt werden (EGV-SZ 2010 B 7.1 Erw. 2.2.2; Schönbächler,

Das Verfahren der Gemeindeversammlung im Kanton Schwyz, 2. Aufl. 2001, Rz. 42; Huwyler, a.a.O., S. 105; Thalmann, Kommentar zum Zürcher Gemeindegesetz, 3. Aufl. 2000, S. 161 und 336; Griffel, in: Jaag/Rüssli/Jenni, GG, Kommentar zum Zürcher Gemeindegesetz, 2017, § 16 Rz. 11; derselbe, a.a.O., § 22 Rz. 24).

4.2.2 Der Verschiebungsantrag verpflichtet den Gemeinderat dagegen nicht zu neuen resp. zusätzlichen Abklärungen, sondern bezweckt lediglich die Beratung und Beschlussfassung zu einem späteren Zeitpunkt. Zur Begründung sind stichhaltige Gründe anzugeben wie bspw. das Abwarten des Ganges von bestimmten Ereignissen, die Sammlung von Erfahrungen, vorherige Erfüllung von anderen wichtigen Gemeindeaufgaben (Schönbächler, a.a.O., Rz. 43; Huwyler, a.a.O., S. 106; Thalmann, a.a.O., S. 336).

4.3 Sowohl bei Rückweisungs- als auch Verschiebungsanträgen gilt es allerdings zu beachten, dass der Gesetzgeber die in § 12 GOG aufgelisteten Sachgeschäfte ausdrücklich und zwingend (vorbehältlich § 97 lit. a GOG) der Beschlussfassung an der Urne vorbehalten hat, was durch die Beratung an der Gemeindeversammlung nicht vereitelt werden darf. Denn die Gemeindeorganisation überträgt bei diesen Sachgeschäften die Entscheidungskompetenz der Urnenabstimmung und nicht der Gemeindeversammlung. Entsprechend haben die Stimmberechtigten das Recht, über eine traktandierte Sachvorlage (z.B. einen gemeinderätlichen Antrag oder eine Initiative) an der Urne abzustimmen, was die Überweisung an die Urne voraussetzt und mithin verlangt.

Aus diesem Grunde betonen Lehre und Rechtsprechung, dass im Verfahren der beratenden Gemeindeversammlung gegenüber Anträgen, welche als Rückweisungs- oder Verschiebungsanträge bezeichnet werden, hinsichtlich deren Zulässigkeit eine gewisse Zurückhaltung geboten ist. Wenn solche Anträge sachlich einem Nichteintretens- oder Ablehnungsantrag gleichkommen, sind sie als verdeckte oder getarnte Abweisungs- oder Nichteintretensanträge unzulässig und nicht zur Abstimmung zu bringen (vgl. Urteil BGer 1C\_373/2010 vom 21.2.2011 Erw. 5.2; EGV-SZ 2010 B 7.1 Erw. 2.2.2; VGE III 2009 235 vom 24.2.2010 Erw. 2; Huwyler, a.a.O., S. 105; Schönbächler, a.a.O., Rz. 46 ff.; Griffel, a.a.O., § 16 Rz. 11; Thalmann, a.a.O., S. 336).

Diese Praxis ergibt sich aus dem Sinn des zweigeteilten Entscheidungsfindungsprozesses mit der Beratung in der Gemeindeversammlung und der Schlussabstimmung an der Urne. Die Urnenabstimmung soll nicht durch verdeckte Rückweisungs- oder Verschiebungsanträge ausgeschaltet wer-

## B 7.2

den dürfen oder anders ausgedrückt, es soll das in § 13 Abs. 2 GOG statuierte Verbot von Ablehnungs- und Nichteintretensanträgen durch Anträge, welche anders benannt, aber inhaltlich nahe bei einem Ablehnungs- oder Nichteintretensantrag liegen, nicht unterlaufen werden dürfen. Denn der Entscheidungsfindungsprozess ist - nachdem der Gemeinderat einen entsprechenden Antrag verabschiedet hat - gemäss der zuvor dargestellten Gemeindeorganisation auf die beiden Organe Gemeindeversammlung und Urnenabstimmung aufgeteilt. Die Aufteilung weist jedem der beiden Organe spezifische Funktionen zu und diese Funktionen sollen einerseits nicht durch bestimmte Verfahrensanträge beeinträchtigt werden, andererseits aber auch tatsächlich wahrgenommen werden können (Urteil BGer 1C\_373/2010 vom 21.2.2011 Erw. 5.1). Die Stimmberechtigten sollen an der Ausübung ihres Rechts nur durch echte und zweifelsfreie Rückweisungs- und Verschiebungsanträge gebremst oder gar ausgeschlossen werden können (vgl. VGE III 2009 235 + III 2010 3 vom 24.2.2010 Erw. 7.3 mit Verweis auf VGE 566/96 vom 21.6.1996 Erw. 8c).

4.4 Wann ein Rückweisungs- oder Verschiebungsantrag als verdeckter Ablehnungs- oder Nichteintretensantrag zu qualifizieren und demzufolge unzulässig ist, lässt sich abschliessend nicht generell, sondern nur einzel-fallweise anhand der konkreten Umstände beurteilen. Es kann nicht in abstrakter Weise festgehalten werden, wann tatsächlich ein verdeckter Abweisungsantrag oder aber ein zulässiger Rückweisungs- oder Verschiebungsantrag vorliegt.

Es ist anzuerkennen, dass der Entscheid, ob nun ein echter Rückweisungsantrag oder ein verdeckter Ablehnungsantrag vorliegt, durch den hierfür zuständigen Versammlungsleiter nicht immer leicht zu treffen ist (vgl. EGV SZ 1988 S. 108 m.H.). Und dennoch muss er über die Zulassung eines Antrages noch direkt während der Beratung entscheiden. In seiner Entscheidungsfindung hat er hierbei auf den tatsächlichen Willen des Antragstellers abzustellen; dessen allenfalls unrichtige Wortwahl bei der Antragstellung anlässlich einer Gemeindeversammlung kann nicht entscheidend sein. Es kann darauf abgestellt werden, was der Antragsteller beabsichtigt und welche Weisungen er mit dem Antrag verbindet (zusätzliche Abklärungen, umfassendere Berichterstattung etc.) bzw. wie Antrag und Ausführungen dazu in der Versammlung verstanden werden durften und mussten. Eine solche Beurteilung der Zulässigkeit eines Antrages bedingt damit aber auch, dass der Antragsteller nicht nur seinen Antrag formuliert, sondern diesen mit weiteren Ausführungen begründet bzw. zumindest Ausführungen macht, welche auf seine Absicht und den Zweck des Antrages schliessen lassen. Er hat nachvollziehbar aufzuzeigen, warum die Sachvorlage an den Gemeinderat zurückzuweisen ist oder warum

das Geschäft zu verschieben ist. Notfalls hat der Versammlungsleiter dies mit Rückfragen zu klären (Huwyler, a.a.O., S. 105; Schönbächler, a.a.O., Rz. 48). Im Übrigen ist im Einzelfall aufgrund der konkreten Gegebenheiten zu prüfen, ob ein Rückweisungs- oder Verschiebungsantrag zulässig ist. Im Gegensatz zur Praxis bei der Zulässigkeit von Abänderungsanträgen ist dabei nach dem Gesagten bei Rückweisungs- und Verschiebungsanträgen eine erhöhte Zurückhaltung angezeigt.

4.5 Für die Beurteilung der Zulässigkeit ist damit im Rahmen der konkreten Umstände wesentlich von der Absicht des Antragstellers und dem von ihm verfolgten Zweck auszugehen. Deckt sich seine Absicht mit dem Zweck des gestellten Antrages auf Rückweisung oder Verschiebung, ist eher nicht von einem verdeckten Ablehnungs- oder Nichteintretensantrag auszugehen. Besteht hingegen keine Übereinstimmung, drängt es sich auf, einen verdeckten Ablehnungs- oder Nichteintretensantrag anzunehmen.

4.5.1 Beim Verschiebungsantrag geht es nach dem Gesagten nicht um den Inhalt des Sachgeschäftes. Denn dieser bleibt auch bei Annahme des Verschiebungsantrages grundsätzlich unberührt. Vielmehr gilt es, über das Sachgeschäft erst später zu befinden, weil noch konkrete, ausserhalb des Sachgeschäftes liegende Bedingungen eintreten sollen (vgl. oben Erw. 4.2.2). Entsprechend muss sich aus der Begründung des Antrages ergeben, warum erst später zu entscheiden ist, welche Umstände einen zeitlichen Aufschub der Beschlussfassung über den gestellten Antrag notwendig machen oder zumindest rechtfertigen. Dies immer vor dem Hintergrund, dass später das gleiche Sachgeschäft unverändert noch einmal vorgelegt wird.

4.5.2 Bei der Rückweisung andererseits steht die Entscheidungsfähigkeit der Sachvorlage im Zentrum (vgl. oben Erw. 4.2.1). Zeigt sich in der Beratung, dass eine Sachvorlage zu wenig ausgereift ist, dass entscheidungsrelevante Punkte nicht berücksichtigt wurden oder dass weiterer Klärungsbedarf besteht, bevor eine definitive Entscheidung getroffen werden kann, dann soll ein Geschäft für diese notwendigen Zusatzarbeiten an den Gemeinderat zurückgewiesen werden. Ein Rückweisungsantrag ist daher in aller Regel das Ergebnis und folgt am Schluss einer Beratung, da diese den noch bestehenden Klärungsbedarf zeigte (Thalmann, a.a.O., S. 161). Wesentlich dabei ist, dass sich diese noch offenen Fragen auf den behördlichen Antrag, das vorgelegte Sachgeschäft beziehen müssen. Es geht um das Schliessen von Lücken für die Entscheidung zum vorgelegten Sachgeschäft. Ziel

## B 7.2

der Rückweisung ist die Herbeiführung der Entscheiderreife des Sachgeschäftes, wobei sich die weitere Prüfung wegen unzureichender Vorbereitung oder wegen neuer Gesichtspunkte auf zusätzliche Abklärungen oder in materieller Hinsicht auf eine andere Gestaltung oder eine weniger aufwendige Lösung beziehen kann (Urteil BGer 1C\_373/2010 vom 21.2.2011 Erw. 5.2). Dem entsprechend hat der Antragsteller aufzuzeigen, dass und inwiefern die Vorlage noch nicht entscheidreif ist, welche weiteren Vorarbeiten - zum vorgelegten Geschäft - noch zu tätigen sind (vgl. Griffel, a.a.O., § 22 Rz. 24; Thalmann, a.a.O., S. 161).

Unproblematisch dürften dabei all jene Fälle sein, da eine Beratung klare Lücken eines Sachgeschäftes aufzeigt im Sinne von zu erwartenden Vorarbeiten, welche der Gemeinderat nicht getätigt hat, weswegen das ganze Geschäft noch nicht entscheidreif ist (z.B. fehlende Ermittlung und Darlegung der Folgekosten, welche der Stimmberechtigte kennen will, bevor er über die Vorlage entscheidet). Die Vorlage geht in einem solchen Falle nach Annahme des Rückweisungsantrages zurück an den Gemeinderat, damit er die noch offenen Punkte klärt und die Vorlage später unverändert oder angepasst (oder auch gar nicht mehr) der Gemeindeversammlung vorlegt.

Problematischer sind Rückweisungsanträge aus inhaltlichen Gründen. Für Änderungen an einer Sachvorlage sind in erster Linie Änderungsanträge zu stellen. Diesen sind allerdings Grenzen gesetzt. So muss jeder Abänderungsantrag einen engen Zusammenhang mit dem zur Beratung stehenden Geschäft haben. Anträge, die keine oder nurmehr eine lose Verbindung zur Vorlage aufweisen bzw. mehr als eine blosser Ergänzung oder Abänderung (auch finanzieller Art) sind oder nicht das vom Gemeinderat gesteckte Ziel erreichen, dürfen nicht gestellt werden. Der Abänderungsantrag muss zur Vorlage in diesem Sinne einen akzessorischen Charakter haben (vgl. Huwyler, a.a.O., S. 108; Schönbächler, a.a.O., Rz. 54 ff.). Überschreitet ein Änderungsvorschlag die Grenze eines zulässigen Änderungsantrages, so kann auch mit einem Rückweisungsantrag nicht die Prüfung einer entsprechenden Änderung/Variante beantragt werden. Ein entsprechender Antrag wäre als verdeckter Ablehnungsantrag unzulässig. Bewegt sich indessen ein Änderungs- bzw. Variantenvorschlag im Rahmen eines zulässigen Änderungsantrages, fehlen der Gemeindeversammlung aber die notwendigen Informationen, um fundiert zwischen der Vorlage und der Variante entscheiden zu können, ist es zulässig, mittels Rückweisungsantrag vom Gemeinderat zu verlangen, Anpassungen der Vorlage im Sinne des Änderungsvorschlages / der Variante zu prüfen. Hierfür muss nicht zwingend zuerst ein Änderungsantrag gestellt werden. Vielmehr steht es dem Antragsteller in einem solchen Fall auch zu, direkt einen Rückweisungsantrag zu stellen, mit der Absicht, dass der Gemeinderat eine andere

(z.B. günstigere, redimensionierte, grosszügigere, 'schönere') Variante prüfe. Voraussetzung bleibt, dass die vorgeschlagene Variante zur Vorlage akzessorischen Charakter hat. Es muss sich um eine Alternative zur Erreichung desselben Ziels handeln. Im Rahmen der Beratung kann sich der Gemeinderat wohl mit dem Argument, er habe diese und viele andere Varianten sehr wohl bereits vertieft geprüft, gegen einen entsprechenden Rückweisungsantrag einsetzen. Es sind dies aber bloss Argumente für die Ablehnung des Antrages und nicht gegen dessen Zulässigkeit. Vielmehr ist es Sache der beratenden Gemeindeversammlung, über diesen Rückweisungsantrag zu befinden.

(VGE III 2022 133 vom 22. Februar 2023).

### **7.3 Gemeindeversammlung - Abstimmungsmodalitäten**

*- Rückweisungs- und Verschiebungsanträge schliessen sich gegenseitig nicht aus.*

*Aus den Erwägungen:*

2.1.2 Replizierend führen die Beschwerdeführer ergänzend und vertiefend aus, (...). Rückweisungs- und Verschiebungsantrag schliessen sich gegenseitig nicht aus. Der Rückweisungsantrag habe auf eine Abrechnung analog dem Zahlenwerk gemäss dem Planungskredit abgezielt, sei also rein rechnungstechnisch begründet; mit dem Verschiebeantrag sollte die Beschlussfassung auf einen Zeitpunkt nach einem rechtskräftigen Beschluss zur Erschliessungsvariante verschoben werden, wie dies in der ursprünglichen Vorlage für die Bewilligung des Planungskredits vorgesehen gewesen sei. Beide Anträge seien formeller Natur und könnten parallel erfüllt werden. Der Hinweis auf die Koordinationsmethode gehe fehl, weil diese bei materiellen Abänderungsanträgen zur Anwendung komme. Falsch sei auch, dass bei einer prioritären Annahme des Rückweisungsantrags über den Verschiebungsantrag nicht mehr hätte abgestimmt werden dürfen. Diese Argumentation sei rein formaler Natur und verkenne ganz klar das demokratische Grundrecht jedes Antragstellers auf Abstimmung über seinen zulässigen (Verschiebungs-)Antrag. Völlig unzutreffend sei die ausdrückliche Vorgabe, wonach die Stimme nicht zweimal abgegeben werden könne (für den Rückweisungsantrag und dann für den Verschiebungsantrag). Damit seien die Stimmen der Vorlagegegner in zwei Lager aufgeteilt worden. Falsch sei auch die weitere Abstimmung gewesen, in welcher der in der ersten Abstimmung obsiegende formale Verschiebungsantrag in

## B 7.3

ganz klarem Widerspruch zur gesetzlichen Vorgabe (vgl. § 28 Abs. 2 i.V.m. Abs. 3 des Gesetzes über die Organisation der Gemeinden und Bezirke [Gemeindeorganisationsgesetz, GOG; SRSZ 152.100] vom 25.10.2017) dem materiellen Antrag des Gemeinderates auf Genehmigung der Abrechnung gegenübergestellt habe.

### 2.2 (...).

3.2.1 §§ 28-31 GOG regelt die Abstimmungen gegliedert nach "Erläuterung und formelle Anträge" (§ 28 GOG), materielle Anträge (§ 29 GOG), Feststellung des Ergebnisses (§ 30 GOG) und "Stimmabgabe des Gemeindepräsidenten" (§ 31 GOG).

3.2.2 Der Gemeindepräsident erläutert den Stimmberechtigten den Abstimmungsvorgang (§ 28 Abs. 1 GOG). Bei der Abstimmung haben Anträge auf Rückweisung, Verschiebung oder Trennung des Geschäftes den Vorrang. Wird die Rückweisung oder Verschiebung beschlossen, geht das Geschäft an den Gemeinderat zurück (§ 28 Abs. 2 GOG). In allen anderen Fällen wird ein Sachentscheid getroffen (§ 28 Abs. 3 GOG).

3.2.3 Bei den materiellen Anträgen (sofern allfällige formelle Anträge abgewiesen wurden) wird zuerst über Eintreten oder Nichteintreten abgestimmt (§ 29 Abs. 1 GOG). Anschliessend wird über die Abänderungsanträge entschieden (§ 29 Abs. 2 GOG). Abänderungsanträge, die sich gegenseitig ausschliessen, sind einander gegenüberzustellen. Zum Schluss wird über die bereinigten Hauptanträge abgestimmt (§ 29 Abs. 3 GOG).

3.2.4 Bei der Abstimmung entscheidet die Mehrheit der Stimmenden; Stimmenthaltungen fallen ausser Betracht (§ 30 Abs. 1 GOG). Für die Berechnung des Mehrs zählt also nur die Zahl der Stimmenden, nicht die Zahl der Anwesenden. Ergibt die erste Abstimmung ein unzweifelhaftes Mehr, insbesondere bei genauer Auszählung der Stimmen, kann auf die Aufrufung der Minderheit verzichtet werden (vgl. Schönbächler, Das Verfahren der Gemeindeversammlung im Kanton Schwyz, 2. Aufl. 2001, Rz. 66).

3.2.5 Bei der Gestaltung des Abstimmungsvorganges kommt einem Gemeindepräsidenten wohl ein gewisses Ermessen zu, doch ist er nicht völlig frei. Es muss ein Abstimmungsverfahren gewählt werden, das effektiv eine eindeutige Willenskundgebung ermöglicht. Dies bedingt, dass der Versammlungsleiter Klarheit darüber schafft, über welche Fragen wann und in welcher Reihenfolge abgestimmt wird (vgl. Schönbächler, a.a.O.,

Rz. 60; Baumann, a.a.O., S. 453). Das pflichtgemäss auszuübende Ermessen ist an die Verfassung gebunden, neben Art. 34 Abs. 2 BV namentlich die Befolgung des Rechtsgleichheitsgebots, des Verhältnismässigkeitsprinzips sowie der Pflicht zur Wahrung der öffentlichen Interessen (Baumann, ebenda, FN 14). Bei der Abstimmung haben die (Ordnungs-) Anträge auf Rückweisung, Verschiebung oder Trennung des Geschäftes – in dieser Reihenfolge – den Vorrang (Schönbächler, a.a.O., Rz. 61).

3.3 Zur Abgrenzung eines Rückweisungs- vom Verschiebungsantrag hat sich das Verwaltungsgericht im VGE III 2022 133 vom 22. Februar 2023 [= EGV-SZ 2023 B 7.2] (Erw. 4.2.1 f. und Erw. 4.5.1 f., mit Hinweisen) wie folgt geäußert:

### 3.3.1 (...).

3.4.1 Rückweisungs- und Verschiebungsanträge sind, wie dargelegt, inhaltlich voneinander abzugrenzen. Dies bedeutet jedoch nicht, dass sie sich gegenseitig ausschliessen. Eine solche gegenseitige Ausschliessung lässt sich auch dem Gesetz trotz des "oder" ("Rückweisung oder Verschiebung", § 28 Abs. 2 Satz 2 GOG) nicht entnehmen (ebenso wenig § 28 Abs. 2 Satz 1 GOG "Rückweisung, Verschiebung oder Trennung"). Hingegen ist anzunehmen, dass der Gesetzgeber analog zum gegenseitigen Ausschluss materieller Abänderungsanträge (§ 29 Abs. 3 GOG) eine Ausschliesslichkeit der einzelnen formellen Anträge ebenfalls ins Gesetz geschrieben hätte, zumal sich gegenseitig ausschliessende Abänderungsanträge augenfälliger sein dürften als eine Unvereinbarkeit der drei im Gesetz vorgesehenen formellen Anträge auf Rückweisung, Verschiebung und Trennung.

Gemeinsam ist den beiden formellen Antragsarten "Rückweisung" und "Verschiebung" nur, dass die Abstimmung im Endeffekt auf einen späteren Zeitpunkt verschoben wird.

Wie die vorliegende Konstellation zeigt, kann es durchaus vorkommen und ist es nicht nur denkbar, dass eine Vorlage einerseits noch nicht als spruchreif erachtet wird und weitere Abklärungen für erforderlich erachtet werden, andererseits aber der Zeitpunkt der Abstimmung von einem definierbaren Ereignis oder Vorgang abhängig gemacht werden soll. Es spricht nichts dagegen, dass diese je verschiedenen Voraussetzungen kumulativ gegeben sein können, und es ist auch nicht ersichtlich, dass sich diese beiden Voraussetzungen gegenseitig ausschliessen.

Ebenso ist (wäre) es durchaus denkbar und auch zulässig, dass ein und dieselbe stimmberechtigte Person einen Rückweisungs- mit einem Ver-

## B 7.3

schiebungsantrag kombiniert. Im Sinne der unverfälschten und eindeutigen Willenskundgabe muss der Antrag für die anschliessende Abstimmung in diesem Fall allerdings aufgespalten werden.

3.4.2 Schliessen sich Rückweisung- und Verschiebungsantrag gegenseitig nicht aus, so ist auch kein überzeugender Grund erkennbar, das Stimmrecht der Stimmberechtigten auf eine Stimme entweder für den Rückweisungs- oder den Verschiebungsantrag zu beschränken. Jeder Stimmberechtigte muss und kann frei für sich selber entscheiden, ob er keinen Grund für eine Rückweisung der Sache und eine Verschiebung der Abstimmung über die Sachvorlage erkennen kann (i), und deshalb beide formellen Anträge abweist, oder ob er ergänzende Abklärungen oder das Abwarten eines Ereignisses/Vorganges für erforderlich erachtet (ii), und er sich daher nur für den einen der beiden formellen Anträge ausspricht, oder ob er sowohl die Argumente für die Rückweisung wie die Verschiebung für überzeugend erachtet (iii) und sich folglich beiden formellen Anträgen anschliessen will.

3.5.1 Für den vorliegenden Fall ergibt sich aufgrund des Gesagten, dass zunächst über den Rückweisungsantrag hätte abgestimmt und die diesbezüglichen Ja- und Nein-Stimmen hätten erfasst werden müssen, anschliessend ebenso über den Verschiebungsantrag. Hätten die Ja-Stimmen (in einem oder in beiden Fällen) überwogen, hätte die Sache an den Gemeinderat zurückgewiesen und/oder die Abstimmung auf einen späteren Zeitpunkt verschoben werden müssen. Hätten die Nein-Stimmen bei beiden Abstimmungen überwogen, wäre es zur materiellen Behandlung gekommen.

3.5.2 Vorliegend wurden die beiden formellen Anträge auf Rückweisung und Verschiebung somit einander zu Unrecht gegenübergestellt. Eine solche Gegenüberstellung sieht das GOG denn auch nur für materielle Anträge vor, die sich gegenseitig ausschliessen.

Der an der Gemeindeversammlung gewählte Abstimmungsmodus hatte, wie die Beschwerdeführer zu Recht rügen, zur Folge, dass sich die Stimmen der gemäss dem Protokoll der Gemeindeversammlung anwesenden Personen (soweit diese stimmberechtigt waren), aufspalteten. Bei 37 Stimmen für den Verschiebungsantrag und 31 Stimmen für den Rückweisungsantrag ist die Annahme gerechtfertigt, dass jedenfalls einer der beiden Anträge eine Mehrheit hätte finden, wenn nicht sogar das absolute Mehr von rund 62 Stimmen hätte erreichen können.

3.6 Der Vollständigkeit halber - wenn auch nicht (mehr) entscheiderelevant - ist auch festzustellen, dass die Gegenüberstellung des obsiegenden (formellen) Verschiebungsantrags und des (materiellen) gemeinderätlichen Antrages betreffend die Genehmigung des Planungskredits ebenfalls nicht den rechtlichen Vorgaben entspricht. Einander gegenüber zu stellen sind nur (ein oder mehrere bereinigte) Änderungsanträge und der (gemeinderätliche) Hauptantrag; über den bereinigten (materiellen) Hauptantrag bzw. die bereinigten Hauptanträge ist schliesslich noch in der Schlussabstimmung zu befinden.

(VGE III 2023 64 vom 10. Oktober 2023).

## **7.4 Nachzählung bei Urnenabstimmung**

*- Ein knappes Ergebnis allein rechtfertigt noch keine Nachzählung einer Urnenabstimmung. Mit der Stimmrechtsbeschwerde sind vielmehr konkrete Anhaltspunkte für eine fehlerhafte Auszählung oder für ein gesetzwidriges Verhalten der zuständigen Organe aufzuzeigen.*

*Aus dem Sachverhalt:*

Die Gemeindeversammlung überwies das Geschäft auf 'Beschlussfassung über eine Ausgabenbewilligung für die Erstellung einer Asylunterkunft' zur Abstimmung an die Urne. Es wurde mit 807 Ja (50.95 %) zu 777 Nein (49.05 %) angenommen. Der Beschwerdeführer beantragt eine Nachzählung der abgegebenen Stimmzettel.

*Aus den Erwägungen:*

3.1 Von Bundesrechts wegen schützt Art. 34 Abs. 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (BV; SR 101) vom 18. April 1999 die freie Willensbildung und die unverfälschte Stimmabgabe. Sie soll garantieren, dass kein Abstimmungs- oder Wahlergebnis anerkannt wird, das nicht den freien Willen der Stimmbürger zuverlässig und unverfälscht zum Ausdruck bringt. Dazu gehört u.a., dass Wahl- und Abstimmungsergebnisse sorgfältig und ordnungsgemäss ermittelt werden, gegen Wahl- und Abstimmungsergebnisse vorgebrachte Rügen - mit der allfälligen Folge einer Nachzählung oder Aufhebung des Urnengangs - im Rah-

## B 7.4

men des einschlägigen Verfahrensrechts geprüft werden und ordnungsgemäss zustande gekommene Wahl- oder Abstimmungsergebnisse tatsächlich anerkannt werden (BGE 141 II 297 E. 5.2; BGE 131 I 442 E. 3.1).

In kantonalen (inklusive kommunalen) Angelegenheiten kann sich eine vom einzelnen Stimmbürger durchsetzbare Verpflichtung zur Nachzählung eines Wahl- oder Abstimmungsergebnisses gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung unter Umständen direkt aus Art. 34 Abs. 2 BV ergeben (BGE 136 II 132 E. 2.3.3). Eine sich aus dem Bundesverfassungsrecht ergebende Verpflichtung zur Nachzählung besteht jedoch bloss in jenen knapp ausgegangenen Fällen, in denen der Bürger auf konkrete Anhaltspunkte für eine fehlerhafte Auszählung oder für ein gesetzwidriges Verhalten der zuständigen Organe hinzuweisen vermag. Hingegen begründet der blosser Umstand eines knappen Wahl- oder Abstimmungsergebnisses für sich allein genommen keine bundesverfassungsrechtliche Pflicht zur Nachzählung (BGE 131 I 442 E. 3.3). Eine gewisse Unsicherheit der Auszählung ist dem demokratischen Wahl- und Abstimmungsverfahren inhärent (allerdings weniger bei Abstimmungen mit Ja- und Nein-Antwort als bei Proporzahlen mit Kumulier- und Panaschiermöglichkeiten) und in gewissen Grenzen hinzunehmen (Nuspliger/Mäder, Das Nachzählen sehr knapper Wahl- und Abstimmungsergebnisse - am Beispiel der Vorlage über die Teilrevision des Berner Motorfahrzeugsteuergesetzes, ZBl 4/2013, S. 183 ff., 187 f.). Die Grenze der Akzeptanz von Auszählungsunsicherheiten ist indessen erreicht, wenn Unregelmässigkeiten festgestellt werden oder hierfür ernsthafte Anzeichen bestehen und das Wahl- oder Abstimmungsergebnis sehr knapp ausgefallen ist. Der Glaubhaftmachung von konkreten Anhaltspunkten für Unregelmässigkeiten bzw. der Feststellung von tatsächlichen Unrechtmässigkeiten im Auszählungsverfahren kommt folglich eine entscheidende Bedeutung zu (BGE 131 I 442 E. 3.6 und 3.8; VGE III 2014 1 vom 27.3.2014 E. 6.2.1). Ein allgemeiner und unbedingter Anspruch auf Nachzählung sehr knapper oder äusserst knapper Wahl- und Abstimmungsergebnisse besteht gestützt auf Art. 34 Abs. 2 BV rechtsprechungsgemäss nicht (BGE 141 II 297 E. 5.4). Dem Umstand, dass es für den Stimmbürger möglicherweise schwierig ist, konkrete Anhaltspunkte für eine fehlerhafte Auszählung oder für ein gesetzwidriges Verhalten zu erkennen, kann dadurch Rechnung getragen werden, dass umso geringere Anforderungen an den Nachweis solcher Unregelmässigkeiten zu stellen sind, je knapper das Wahl- oder Abstimmungsergebnis ausfällt (BGE 136 II 132 E. 2.4.2).

3.2 Es ist im Übrigen Sache der Kantone, im kantonalen Recht einen über diese Mindestgarantie hinausgehenden, gerichtlich durchsetzbaren

Anspruch auf Nachzählung von Wahl- und Abstimmungsresultaten vorzusehen (Lutz/Feller/Müller, Nachzählung bei knappen Wahl- und Abstimmungsergebnissen - überhöhte Erwartungen?, AJP 2006, S. 1517 ff., 1519; Nuspliger/Mäder, a.a.O., S. 184). Denn es ist in erster Linie eine Frage des anwendbaren kantonalen Rechts, unter welchen Voraussetzungen - über den bundesverfassungsmässigen Anspruch hinausgehend - Nachzählungen von Wahl- und Abstimmungsergebnissen anzuordnen sind und ob der einzelne Stimmberechtigte eine Nachzählung erwirken kann (BGE 141 II 297 E. 5.2; VGE III 2014 1 vom 27.3.2014 E. 6.2.1).

3.2.1 § 30 Abs. 2 GOG sieht für die offene Abstimmung an der Gemeindeversammlung vor, dass die Abstimmung wiederholt wird und die Stimmen gezählt werden, wenn die Stimmzähler im Zweifel über das Mehr sind. Zur Ermittlung von Urnenergebnissen äussert sich das GOG nicht.

3.2.2 Für Wahlen und Sachabstimmungen des Volkes in eidgenössischen, kantonalen und kommunalen Angelegenheiten, für welche das Urnensystem eingeführt ist, ist neben dem GOG das Wahl- und Abstimmungsgesetz (WAG; SRSZ 120.100) vom 15. Oktober 1970 anwendbar (§ 1 Abs. 1 WAG; vgl. auch VGE III 2016 29 vom 28.6.2016 E. 6.2).

So hat der Gemeinderat ein Wahl- und Abstimmungsbüro (Kommission) zu bestimmen, dem mindestens der Gemeindepräsident oder ein Stellvertreter, zwei weitere Mitglieder des Gemeinderates sowie der Gemeindecreiber, sein Stellvertreter oder der Stimmregisterführer angehören und die zusammen den Ausschuss des Büros bilden (§ 23 Abs. 1 und 2 WAG). Der Gemeinderat kann das Büro durch weitere Personen ergänzen; die Vorstände politischer Parteien oder je 20 Stimmberechtigte sind zudem befugt, spätestens zehn Tage vor dem Wahl- und Abstimmungssonntag je ein Mitglied des Büros zu bezeichnen, die in gleicher Weise wie die anderen Stimmzähler bei der Ermittlung des Ergebnisses mitwirken (§ 23 Abs. 3 WAG). Das Büro besammelt sich am Sonntag im Zähllokal zur Öffnung der Urnen und zur Ermittlung des Ergebnisses (§ 29 Abs. 1 WAG). Der Ausschuss entscheidet über die Gültigkeit oder Ungültigkeit der Stimmabgabe sowie die Gültigkeit oder Ungültigkeit der eingereichten Wahl- und Abstimmungszettel (§ 29 Abs. 3 WAG). Über das Ergebnis der Auszählung wird auf einem Formular, das die Staatskanzlei abgibt, ein Protokoll in doppelter Ausfertigung erstellt; neben weiteren, im Gesetz aufgeführten Angaben hat dieses die Unterschriften des Präsidenten und von mindestens einem weiteren Mitglied des Wahl- und Abstimmungsbüros zu enthalten (§ 32 WAG). Die gebrauchten Rücksendeküverts, Stimmküverts, Stimm- und Wahlzettel sowie Stimmrechtsausweise sind in der durch das

## B 7.4

Auszählverfahren bewirkten Sortierung von der Gemeinde zu verpacken und verschlossen aufzubewahren (§ 34 Abs. 2 WAG).

3.2.3 Weiter nimmt § 47 WAG Bezug zu den kommunalen Abstimmungen, indem festgelegt wird, dass die für kantonale Abstimmungen geltenden Vorschriften sinngemäss auch für die Abstimmungen über Sachgeschäfte der Gemeinden und Bezirke anwendbar sind. Wie bereits im Entscheid VGE III 2016 29 vom 28. Juni 2016 ausgeführt, bezieht sich dies systematisch betrachtet indes allein auf die für kantonale Abstimmungen geltenden Vorschriften von § 46 ff. WAG (7. Titel), nicht aber auf den nachfolgenden Titel '8. Veröffentlichung, Anfechtung und Erhaltung der Ergebnisse' (E. 6.4; im zitierten Fall bezog sich dies ausschliesslich auf die Frage der Publikation des Ergebnisses [§ 51 WAG], welche bei kommunalen Wahlen und Abstimmungen keine Anwendung finde). Keine Anwendung findet damit insbesondere auch § 52 WAG, der die Prüfung des Ergebnisses von Amtes wegen regelt. Da diese Norm aber die Frage beantwortet, ob bzw. wann eine Nachprüfung von Amtes wegen anzuordnen ist, wenn ein Ergebnis unangefochten bleibt, ist die Bestimmung für die hier strittige Frage ohnehin nicht direkt anwendbar. Denn vorliegend stellt sich die Frage, wann der Stimmberechtigte im Rahmen der Stimmrechtsbeschwerde Anspruch auf eine Nachzählung hat.

3.2.4 Das WAG enthält keine ausdrückliche Regelung eines Nachzählungsanspruchs. Soweit § 54 Abs. 2 WAG Kassationsgründe auflistet, führen diese nicht zu einer Nachzählung, sondern zu einer Aufhebung des angefochtenen Abstimmungsergebnisses (vgl. VGE III 2014 1 vom 27.3.2014 E. 6.2.2). Allerdings führte der Regierungsrat im Bericht zur WAG-Revision zu § 54 Abs. 2 WAG aus, diese Bestimmung setze den Prüfungsmassstab der zuständigen Instanzen an, wenn sie Vorbereitungshandlungen bzw. Wahl- und Abstimmungsergebnisse von Amtes wegen oder auf Beanstandung hin zu überprüfen haben: Allein ein knappes oder sehr knappes Abstimmungs- oder Wahlergebnis genüge nicht für eine Nachzählung, sondern die gerügten Unregelmässigkeiten müssten ihrer Art und ihrem Umfang nach geeignet sein, das Ergebnis wesentlich zu beeinflussen (RRB Nr. 1277/2014 vom 10.12.2014, S. 14).

Der Regierungsrat verweist hinsichtlich dieses Prüfungsmassstabes ausdrücklich auf den Beurteilungsmassstab, welchen der Bundesgesetzgeber in der Revision (vom 26.9.2014) des Bundesgesetzes über die politischen Rechte (BPR, SR 161.1) vom 17. Dezember 1976 normiert hatte. Gemäss dem neuen Art. 13 Abs. 3 BPR erfordert ein sehr knappes Abstimmungs-

ergebnis nur dann eine Nachzählung, wenn Unregelmässigkeiten glaubhaft gemacht worden sind, die nach Art und Umfang geeignet waren, das Bundesergebnis wesentlich zu beeinflussen. Damit reagierte der Bundesgesetzgeber auf ein Urteil des Bundesgerichts (BGE 136 II 132), das feststellte, allein schon ein sehr knappes Abstimmungsresultat sei gleich zu behandeln wie "Unregelmässigkeiten" und gebe Anspruch auf eine Nachzählung. Hierauf reagierte der Bundesgesetzgeber mit der Revision, um "zum Willen des historischen Gesetzgebers" zurückzukehren und Nachzählungen nurmehr aufgrund begründeter Hinweise auf Unregelmässigkeiten möglich zu machen (BBI 2013 9252 ff.). Hierauf änderte auch das Bundesgericht seine Rechtsprechung und anerkannte neu einen allgemeinen und unbedingten Anspruch auf Nachzählung eines sehr knappen bzw. äusserst knappen Resultats einer eidgenössischen Abstimmung nur dann, wenn zusätzlich äussere Anhaltspunkte darauf hinweisen, dass nicht korrekt ausgezählt worden ist (BGE 141 II 297 E. 5.5.4). Gemäss Botschaft zum WAG ist dieser Beurteilungsmassstab auch kantonrechtlich zu beachten.

3.3 Damit aber kennt der Kanton Schwyz im Ergebnis keine über den bundesverfassungsmässigen Anspruch nach Art. 34 Abs. 2 BV hinausgehende, vom einzelnen Stimmbürger durchsetzbare Verpflichtung zur Nachzählung eines Wahl- oder Abstimmungsergebnisses. Das heisst, ein Nachzählungsanspruch besteht nur in jenen knapp ausgegangenen Fällen, in denen der Bürger auf konkrete Anhaltspunkte für eine fehlerhafte Auszählung oder für ein gesetzwidriges Verhalten der zuständigen Organe hinzuweisen vermag; die Knappheit des Ergebnisses allein genügt nicht. Der Glaubhaftmachung von konkreten Anhaltspunkten für Unregelmässigkeiten bzw. der Feststellung von tatsächlichen Unrechtmässigkeiten im Auszählungsverfahren kommt folglich eine entscheidende Bedeutung zu (vgl. oben E. 3.1; VGE III 2014 1 vom 27.3.2014 E. 6).

(VGE III 2023 146 vom 24. Oktober 2023; eine Beschwerde gegen diesen Entscheid ist beim Bundesgericht unter der Verfahrensnummer 1C\_631/2023 hängig).

---

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

---

## 8.1 Zonenplanung

- *Auszonung einer als Intensiverholungszone ausgeschiedenen Waldlichtung.*

*Aus den Erwägungen:*

4. Einerseits kann ein Zonenplan seinen Zweck nur erfüllen, wenn er eine gewisse Beständigkeit aufweist (BGE 144 II 41 [= Pra 2018 Nr. 129] Erw. 5.1; 132 II 408 Erw. 4.2; 120 Ia 227 Erw. 2b mit Hinweisen). Andererseits sind Pläne revidierbar, da dem Grundeigentümer kein Anspruch auf dauernden Verbleib seines Landes in derselben Zone zukommt und Planung und Wirklichkeit bei Bedarf in Übereinstimmung gebracht werden müssen (BGE 123 I 175 Erw. 3a). Für die Beurteilung, ob die Veränderung der Verhältnisse erheblich ist und damit ein öffentliches Interesse an einer Planänderung besteht, bedarf es einer Interessenabwägung. Art. 21 Abs. 2 RPG unterscheidet mit Blick auf die Änderung von Nutzungsplänen zwei Stufen: In einem ersten Schritt wird geprüft, ob sich die Verhältnisse so erheblich geändert haben, dass die Nutzungsplanung überprüft werden muss; in einem zweiten Schritt erfolgt nötigenfalls die Plananpassung (BGE 140 II 25 Erw. 3).

Ob eine Plananpassung (zweite Stufe) aufgrund veränderter Verhältnisse gerechtfertigt ist, beurteilt sich aufgrund einer Interessenabwägung. Zu berücksichtigen sind insbesondere die bisherige Geltungsdauer des Nutzungsplans, das Ausmass seiner Realisierung und Konkretisierung, das Gewicht des Änderungsgrunds, der Umfang der beabsichtigten Planänderung und das öffentliche Interesse daran (vgl. BGE 140 II 25 Erw. 3.1; 132 II 408 Erw. 4.2; 128 I 190 Erw. 4.2).

Im Rahmen der ersten Stufe sind geringere Anforderungen zu stellen: Eine Überprüfung der Grundordnung ist bereits geboten, wenn sich die Verhältnisse seit der Planfestsetzung geändert haben, diese Veränderung die für die Planung massgebenden Gesichtspunkte betrifft und erheblich ist. Die Erheblichkeit ist auf dieser Stufe bereits zu bejahen, wenn eine Anpassung der Zonenplanung im fraglichen Gebiet in Betracht fällt und die entgegenstehenden Interessen der Rechtssicherheit und des Vertrau-

ens in die Planbeständigkeit nicht so gewichtig sind, dass eine Plananpassung von vornherein ausscheidet. Sind diese Voraussetzungen erfüllt, so ist es Aufgabe der Gemeinde, die gebotene Interessenabwägung vorzunehmen und zu entscheiden, ob und inwiefern eine Anpassung der Zonenplanung nötig ist (BGE 140 II 25 Erw. 3.2, mit Hinweisen; Urteile BGer 1C\_459/2020 vom 27.10.2022 Erw. 2.1; 1C\_249/2021 vom 12.7.2022 Erw. 2.1).

5.1 Die Einzonung der Teilfläche "H." in die Intensiverholungszone 1 (IEZ 1) geht auf eine Revision der Zonenpläne vom März/ April 1994 zurück, über die das Verwaltungsgericht in VGE III 724/95 + 726/95 + 730/95 vom 30. April 1996 zu befinden hatte. Die Einzonung des "H.s" in die IEZ 1 stand dabei im Konnex mit der Zuweisung einer weiteren Teilfläche in die Hotel- und Touristikzone sowie der Zuweisung eines weiteren Grundstücks in die IEZ 2 (Golfanlage).

Das Verwaltungsgericht hat im besagten Entscheid u.a. festgehalten, das im aufgelegten Plan als IEZ 1 und 2 ausgeschiedene Gebiet liege - wie die Hotel- und Touristikzone und das ganze Dorf - im Perimeter des BLN-Objektes Nr. 1606 (Vierwaldstättersee) und sei zurzeit "Übriges Gemeindegebiet". Im kantonalen Richtplan werde es als Futterbaugbiet qualifiziert, womit es als Landwirtschaftszone auszuscheiden sei, sofern kein überwiegendes Interesse die Zuweisung in eine andere Nutzungszone aufdränge. Zudem sei dieses Gebiet dem Streu- und Hof siedlungsgebiet zugeordnet und verdiene damit im besonderen Masse grösstmögliche Schonung. Bei Projekten sei aufzuzeigen, inwiefern Natur und Landschaft betroffen würden und ob sie der Zielsetzung einer grösstmöglichen Erhaltung bzw. Schonung entsprächen. Die Intensiverholungs zonen seien - wie die Hotel- und Touristikzone - vom parallel laufenden (kommunalen) Richtplanverfahren "A." tangiert. (...).

In Erw. 5d hielt das Verwaltungsgericht im Wesentlichen fest, dass der Gemeinderat das Festhalten an den ausgeschiedenen Intensiverholungs zonen resp. den Bedarf für die Spezial zonen (KS/HTZ/IEZ) mit der vorgesehenen touristischen Entwicklung in der Gemeinde begründe und der Regierungsrat den kommunalen Entscheid bestätigt habe. (...). Es sei keine Absage an den Natur- und Landschaftsschutz, dass den Interessen der wirtschaftlichen Entwicklung und des Tourismus der Vorrang gegeben worden sei, sondern Auftrag zu einer anspruchsvollen, umwelt- und landschaftsschonenden Gesamtplanung im Rahmen eines Gestaltungsplanes.

In Erw. 5e führte das Verwaltungsgericht schliesslich u.a. aus, für das Nutzungsplanverfahren sei insbesondere der angestrebte Synergieeffekt bedeutsam, weil er einerseits den berechtigten touristischen Interessen

## B 8.1

gerecht werde, andererseits aber landschaftliche Eingriffe auf das Minimum einschränke. (...).

5.3.1 Die letzte Zonenplanrevision liegt geraume Zeit zurück; der Planungshorizont von 15 Jahren ist längst abgelaufen. Somit ist eine umfassende Überprüfung des Zonenplans geboten (vgl. Urteil BGer 1C\_358/2020 vom 9.7.2021 Erw. 5.4).

5.3.2 Die planungsrechtlich vorgesehene Nutzung des "H." ist bislang kaum bzw. nicht konkretisiert und in keiner Weise realisiert worden. Unbestrittenermassen wird der auf einer Hügelkuppe situierte, allseitig von Wald umgebene "H." lediglich mittels unbefestigten Fusswegen über Wiesland und durch Waldareal erschlossen; ansonsten fehlt jede Erschliessung.

Zur Verwirklichung der im überarbeiteten, kommunalen Richtplan zugelassenen Nutzung des "H.s" als Spielplatz und offenes Schwimmbaden, die im Sinne der damals vorgesehenen touristischen Entwicklung Anlass für die Einzonung des "H.s" in die IEZ 1 gebildet hatte (vgl. VGE III 724/95 + 726/95 + 730/95 vom 30.4.1996 Erw. 5d; vgl. auch Heer, Die raumplanerische Erfassung von Bauten und Anlagen im Nichtbaugebiet, Ziff. 2.2, S. 152 f.), sind soweit ersichtlich keine (planerischen) Anstrengungen aktenkundig.

(...).

Für den Gestaltungsplanentwurf vom 8. November 2016, welcher innerhalb der IEZ 1 "H." saisonal genutzte Unterkünfte in Form von Zelten, Jurten oder Modulbauten (in gehobenem Ausbaustandard) enthielt und innerhalb des "Baufelds H." die Realisierung von permanenten, ganzjährig nutzbaren Infrastrukturbauten und -anlagen für die saisonale Nutzung vorsah, wie Nasszellen, Saunas, Aufenthalts-, Seminar- und Lagerräume, konnte das ARE im Vorbericht vom 21. April 2017 vornehmlich mangels planungsrechtlicher Grundlage für die erforderliche Erschliessung (durch das Waldareal) keine Bewilligung in Aussicht stellen; ebensowenig der Gemeinderat am 18. Juli 2017 in der Verabschiedung des am 12. Juni 2017 neu eingegebenen Gestaltungsplans zur kantonalen Vorprüfung.

Bei der von der Beschwerdeführerin gegen die "Nutzungsplanrevision 2016+" vom 20. Oktober 2020 eingebrachten Nutzungskonzeption handelt es sich lediglich um eine rudimentär skizzierte Projektidee, erstellt angesichts der drohenden Auszonung.

5.4 Damit sind die Anforderungen der ersten Stufe (erheblich geänderte Verhältnisse) als Voraussetzung für die Änderung von Nutzungsplänen

zweifellos erfüllt. Die öffentlichen und privaten Interessen an der Beständigkeit der geltenden Zonenordnung können eine Plananpassung nicht von vornherein ausschliessen (vgl. BGE 140 II 25 Erw. 5.3). (...).

6.1 Mit Blick auf die erforderliche Interessenabwägung, ob eine Plananpassung (zweite Stufe) aufgrund veränderter Verhältnisse gerechtfertigt ist, macht die Beschwerdeführerin geltend, das von den Vorinstanzen u.a. angeführte Postulat der Reduktion überdimensionierter Bauzonen (Art. 15 Abs. 2 RPG) sei nicht unbesehen auf alle Bauzonen anwendbar. Zonen wie die IEZ 1, die Badeanlagen, Camping- und Zeltplätze sowie Spielplätze und Familiengärten vorsähen (Art. 73 Abs. 2 BauR), seien in der Gemeinde nicht überdimensioniert vorhanden. Zudem handle es sich bei der IEZ 1 gemäss Art. 73 Abs. 2 BauR nicht um eine Bauzone "i.(e.)S." von Art. 15 Abs. 1 RPG. Art. 15 Abs. 2 RPG sei auf den "H." nicht anwendbar.

6.1.1 Als überdimensioniert gelten grundsätzlich alle Bauzonen, die den Kriterien des heutigen Art. 15 RPG und den Zielen und Planungsgrundsätzen des RPG (Art. 1 und 3 RPG) widersprechen (Aemisegger/Kissling, in: PK-RPG: Nutzungsplanung 2016, Art. 15 N 58). Das RPG verlangt auch, dass Lage und Grösse der Bauzonen den Zielen und Grundsätzen der Raumplanung entsprechen (Art. 15 Abs. 3 RPG). Massgebend für die Rückzonungen sind ausschliesslich raumplanerische Überlegungen. Private und insbesondere finanzielle Gründe ändern nichts an der Rückzonungspflicht (EspaceSuisse, Überdimensionierte Bauzonen zurückzonieren, in: Raum&Umwelt, April 1/2021, Ziff. 1.1 S. 8 f., mit Hinweisen auf Jeannerat/Moor, in: PK-RPG: Nutzungsplanung 2016, Art. 14 N 43 sowie 1P.115/2003 / 1P.101/2003 vom 11.7.2003 Erw. 4.3).

Gestützt auf die Ziele und Grundsätze des RPG (Art. 1 und 3 RPG) und die Anforderungen zur Ausscheidung und Dimensionierung an Bauzonen (Art. 15 Abs. 3 und 4 RPG) kommen für eine Rückzonung namentlich Flächen in Frage (EspaceSuisse, Überdimensionierte Bauzonen zurückzonieren, a.a.O.; Ziff. 3.3, S. 16):

- die sich für die Landwirtschaft eignen (Art. 1 Abs. 2 Bst. a, Art. 3 Abs. 2 Bst. a, Art. 16 Abs. 1 und 2 RPG);
- deren Überbauung Natur, Landschaft und schöne Ortsbilder beeinträchtigt (Art. 1 Abs. 2 Bst. a, Art. 3 Abs. 2 Bst. c/d, Art. 17 RPG);
- deren bauliche Nutzung das Konzentrationsgebot verletzt (Art. 1 Abs. 2 Bst. b RPG) und Kulturland zerstückelt (Art. 15 Abs. 4 Bst. c RPG);

## B 8.1

- die schlecht erschlossen sind (Art. 19 Abs. 1 RPG, Art. 32 Abs. 3 RPV).

Unter dem Aspekt der Reduktion überdimensionierter Bauzonen steht somit nicht bloss in Frage, ob einzelne Zonen überdimensioniert vorhanden sind. Vielmehr bilden insbesondere auch die Kriterien zur Ausscheidung und Dimensionierung von Bauzonen sowie die Ziele und Grundsätze der Raumplanung massgebliche Grundlagen für Rückzonungen. Diese Kriterien stellten denn auch die massgebliche Entscheidungsbasis für den vom Regierungsrat geschützten Rückzonungsentscheid des Gemeinderates dar.

6.1.2 (...). Vorliegend bildete die im überarbeiteten kommunalen Richtplan beabsichtigte touristische Entwicklung, welche die Nutzung des "H." als Spielplatz und offenes Schwimmbaden vorsah, Anlass und Grundlage für die Einzonung dieser Teilfläche in die IEZ 1. (...). Bei diesem konkreten Vorhaben handelt es sich - anders als bei standortabhängigen Zonen für den Golf- (oder Ski-)Sport (vgl. BGE 143 II 588 Erw. 2.5.3 mit zahlreichen Hinweisen) - nicht um eine standortspezifische (Erholungs)Anlage, welche auf eine Positionierung ausserhalb der Bauzonen angewiesen ist. Dies akzentuiert sich auch darin, dass derartige Anlagen gemäss Art. 71 Abs. 3 BauR ausdrücklich auch im benachbarten Gestaltungsplangebiet zulässig sind, welches der Hotel- und Touristikzone zugeordnet ist.

6.2 Die Beschwerdeführerin hält dafür, die Beibehaltung von "Inselbauzonen" sei raumplanerisch nicht per se ausgeschlossen. Es sei diesbezüglich die konkrete standortbezogene Nutzung zu beurteilen. (...).

6.2.1 Das raumplanerische Konzentrationsprinzip verlangt, Bauten und Anlagen grundsätzlich auf räumlich zusammenhängende, vom umliegenden Nichtsiedlungsgebiet klar abgegrenzte und auf das Notwendige beschränkte Zonen zu konzentrieren (vgl. Art. 1 Abs. 2 lit. a<sup>bis</sup> RPG; BGE 116 Ia 335 Erw. 4; Urteil BGer 1C\_361/2020 vom 18.1.2021 Erw. 4.2; vgl. auch BGE 145 II 83 Erw. 6.2.1; 136 II 204 Erw. 6.2.2). Das Bundesgericht hat wiederholt festgestellt, dass isolierte Kleinbauzonen nicht nur unzweckmässig, sondern grundsätzlich gesetzwidrig sind, wenn dadurch das raumplanerische Ziel unterlaufen wird, die Siedlungstätigkeit in Bauzonen zusammenzufassen und die Streubauweise für nicht freilandgebundene Bauten zu verhindern (BGE 124 II 391 Erw. 3a; 121 I 245 Erw. 6e; 116 Ia 339 Erw. 4b). (...).

6.2.2 Unter Verweis auf die gemeinderätlichen und regierungsrätlichen Feststellungen, denen vorbehaltlos gefolgt werden kann, ist der "H." als eine isolierte Kleinbauzone ohne Siedlungszusammenhang zu qualifizieren, welche sich inmitten eines unverbaubaren Gebiets (Wald) und überdies innerhalb des BLN-Objekts 1606 befindet. Eine solche Inselbauzone unterläuft das raumplanerische Ziel, den Boden haushälterisch zu nutzen und widerspricht dem Grundsatz der Trennung von Bau- und Nichtbaugebiet.

(...).

6.2.3 Es ist davon auszugehen, dass gemäss Art. 73 Abs. 2 BauR in der IEZ 1 grundsätzlich auch Camping- und Zeltplätze zulässig sind, worunter sich das von der Beschwerdeführerin skizzierte "Glamping-Projekt" wohl subsumieren lässt.

Anlass und Grundlage für die Einzonung, also massgebliches raumplanerisches Motiv (vgl. dazu Muggli, in: in PK-RPG Nutzungsplanung 2016 Art. 18 N 23), der Kleinbauzone "H." bildete indessen primär eine Nutzung als Spielplatz und offenes Schwimmbassin als Ergänzung zum der Hotel- und Touristikzone zugeordneten Gestaltungsplangebiet.

Zur Möglichkeit einer Campingnutzung des Gebietes "H." - das im besonderen Masse grösstmögliche Schonung verdient (vgl. VGE III 724/95 + 726/95 + 730/95 vom 30.4.1996 Erw. 5a) - hatte sich das Verwaltungsgericht nicht zu äussern. Eine solche Nutzungsmöglichkeit bildete, soweit ersichtlich, damals nicht Teil der vorgesehenen touristischen Entwicklung. Entsprechend flossen solche Überlegungen auch nicht in die Interessenabwägung ein, was seinen Niederschlag zweifellos auch im VGE III 724/95 + 726/95 + 730/95 vom 30. April 1996 gefunden hätte. (...).

6.2.4 Der Umstand, dass die Waldlichtung zu rund vier Fünftel grundsätzlich nicht bebaubares Waldabstandsgebiet umfasst, führt nicht dazu, dass eine weitestgehende Ausnützung des bebaubaren Fünftels dieser Fläche als haushälterische Bodennutzung zu bewerten wäre. In der deutlich eingeschränkten Bebaubarkeit dieser Waldlichtung manifestiert sich im Gegenteil der Widerspruch deren Zuweisung bzw. Beibehalt in der Bauzone zum Grundsatz der haushälterischen Bodennutzung und des raumplanerischen Konzentrationsprinzips. Wenn die aktuellen Richtlinien "Waldabstandsvorschriften des Amtes für Wald und Naturgefahren des Kantons Schwyz (Revision 2018, Ziff. 8.1, S. 7)" verlangen, dass die Zonengrenzen nur im Ausnahmefall im Waldabstandsbereich liegen sollen, darf hierin im Übrigen allenfalls auch eine geänderte Anschauung und Absicht der Planungsorgane erkannt und entsprechend berücksichtigt werden.

## B 8.1

6.3.1 Die Beschwerdeführerin rügt sodann, die Vorinstanzen würden übersehen, dass die Anforderungen an die rechtsgenügeliche Erschliessung eines Grundstücks je nach Nutzungszone unterschiedlich seien. Bereits bei der Zuweisung zur IEZ 1 im Jahre 1998 sei der "H." "nur" über das Waldareal zugänglich gewesen, (...).

6.3.3 Die allseitig von Wald umgebene Teilfläche "H." wird unbestritten lediglich mittels unbefestigten Fusswegen über Wiesland und durch Waldareal erschlossen; eine Erschliessung mit den Strängen der Ver- und Entsorgung ist nicht vorhanden. (...). Auch wenn allenfalls andernorts ein Zugang mittels eines Fusswegs oder einer Seilbahn zu genügen vermag, ist die Beurteilung der Vorinstanzen, die den ihnen zustehenden Ermessensspielraum klar wahrt, nicht zu beanstanden. Die bestehenden Erschliessungswege genügen als Zufahrt für die Notfalldienste offenkundig nicht.

6.3.4 (...).

6.3.5 Ohne Bedeutung ist, dass im aktuellen Zonenplan Dorf ein Erschliessungskorridor durch das Waldareal eingetragen ist. Wie das Volkswirtschaftsdepartement bereits im Vorprüfungsbericht 14. Juli 2020 zutreffend festgehalten hat, wird mit dieser Darstellung eines Erschliessungskorridors keine planungsrechtliche Grundlage für eine künftige Erschliessung geschaffen (hierzu vgl. Keller, in: Abt/Norer/Wild/Wisard [Hrsg.] a.a.O., Art. 4 N 4; Ruch, in PK-RPG: Baubewilligung, Rechtsschutz und Verfahren 2020, Art. 22 N 107).

Ebenso kann die Beschwerdeführerin nichts zu ihren Gunsten herleiten, dass bei der Einzonung die Erschliessbarkeit des "H.s" grundsätzlich bejaht worden sein muss. Dies steht einer späteren Rück-/Auszonung nicht entgegen. Diesbezüglich ist anzumerken, dass nach der Rechtsprechung das Inkrafttreten der RPG-Revision vom 15. Juni 2012 (am 1.5.2014) - insbesondere die Verpflichtung, überdimensionierte Bauzonen zu reduzieren (Art. 15 Abs. 2 RPG) - jedenfalls dann als erhebliche Veränderung der Verhältnisse einzustufen ist, wenn andere Umstände dazukommen, die eine Rückzonung einer Bauparzelle als wahrscheinlich oder zumindest als eine ernstlich in Betracht fallende Option erscheinen lassen, wie die periphere Lage der Bauparzelle, ihre ungenügende Erschliessung oder das Alter des Plans (Urteil BGer 1C\_592/2017 vom 15.6.2018 Erw. 6.2 mit Hinweis auf BGE 144 II 41 Erw. 5.2 und Erw. 5.3). Diese Voraussetzungen sind vorliegend offensichtlich alle erfüllt.

6.4.1 Die Beschwerdeführerin macht einen einschneidenden Eingriff in die Eigentumsgarantie geltend, womit die Gründe für eine Anpassung des Nutzungsplans umso gewichtiger sein müssten. Solche Gründe lägen nicht vor.

6.4.2 Nach konstanter bundesgerichtlicher Rechtsprechung gibt die Eigentumsgarantie dem Grundeigentümer keinen Anspruch darauf, dass sein Land dauernd in der Zone bleibt, in die es einmal eingewiesen worden ist (BGE 116 Ib 185 Erw. 3c mit Hinweisen; vgl. BGE 123 I 175 Erw. 3a; BGE 120 Ia 227 Erw. 2b; vgl. Urteil BGer 1C\_305/2015 vom 14.12.2015 Erw. 3.1; Urteil BGer 1C\_210/2015 vom 26.10.2015 Erw. 5.2). Planungen führen nach der Rechtsprechung dann zu Eigentumsbeschränkungen, die einer Enteignung gleichkommen, wenn einem Eigentümer der bisherige oder ein voraussehbarer künftiger Gebrauch seines Grundeigentums untersagt oder in einer Weise eingeschränkt wird, die besonders schwer wiegt, weil ihm eine aus dem Eigentumsinhalt fließende wesentliche Befugnis entzogen wird. Die Möglichkeit einer zukünftigen besseren Nutzung der Sache (i.d.R. die Möglichkeit der Überbauung eines Grundstücks) ist dabei nur zu berücksichtigen, wenn anzunehmen ist, sie lasse sich mit hoher Wahrscheinlichkeit in naher Zukunft verwirklichen (Urteil BGer 1C\_653/2017 vom 12.3.2019 Erw. 2.2 mit Hinweisen).

6.4.3 (...). Wegen der beschränkten Überbaubarkeit der Insel-Kleinbauzone (...) kann für die raumplanerische Ausscheidung eines Erschliessungskorridors durch das Waldareal mit Rodungsverfahren keine positive Prognose gestellt werden (...). Mithin scheint es - unbesehen des Alters des bestehenden Nutzungsplanes - unwahrscheinlich, dass sich das gedachte "Glamping-Projekt" in naher Zukunft verwirklichen lässt (vgl. Urteil BGer 1C\_653/2017 vom 12.2.2019 Erw. 2.2). Insofern kann in Berücksichtigung der absehbaren Nutzungsmöglichkeit nicht von einem einschneidenden Eingriff in die Eigentumsgarantie der Beschwerdeführerin gesprochen werden. Die aktuelle landwirtschaftliche Nutzung bleibt unverändert möglich.

6.4.3 Angesichts des Alters des bestehenden Planes sowie zudem des Umstandes, dass der "H." der IEZ 1 und damit einer beschränkten Bauzone zugewiesen ist, ist kein Interesse an einer erhöhten Planbeständigkeit auszumachen, aus welcher sich ein Vertrauensschutz der Beschwerdeführerin ableiten lässt. Frühere (planerische) Anstrengungen zur zonenkonformen Nutzung sind nicht aktenkundig. (...).

## B 8.1

6.4.4 Der von der Beschwerdeführerin im "Glamping-Projekt" erkannte volkswirtschaftliche Nutzen erscheint rein spekulativ. Jedenfalls dürfte der Beitrag des "H.s" an die Logiernächte im Rahmen der Hotel- und Touristikzone marginal sein und vermag das öffentliche Interesse an einer Freihaltung des "H.s" nicht zu kompensieren.

6.4.5 Das öffentliche Interesse an der Auszonung der Insel-Kleinbauzone "H." als einer isolierten Waldlichtung liegt insbesondere in den Zielen und Grundsätzen der Raumplanung begründet, vornehmlich in der Eliminierung einer ungenügend erschlossenen, weder konkretisierten noch realisierten Inselbauzone, welche den raumplanerischen Zielen zuwiderläuft, den Boden haushälterisch zu nutzen, Bau- und Nichtbaugebiet zu trennen, die Siedlungstätigkeit auf räumlich zusammenhängende von den umliegenden Nichtbauzonen klar abgegrenzte Bauzonen zusammenzufassen und die Streubauweise zu verhindern, sowie dem raumplanerischen Ziel, naturnahe Landschaften und Erholungsräume (inmitten eines unverbaubaren Gebiets [Wald] innerhalb des BLN-Objekts 1606) und deren ökologische Ausgleichsfunktion zu erhalten (vgl. Art. 3 Abs. 2 lit. d RPG; hierzu Ruch/Muggli, in PK-RPG: Bauen ausserhalb der Bauzone 2017, Art. 16 N 18).

6.5 Soweit die Beschwerdeführerin vorbringt, dem "H." komme keine Versorgungsfunktion zu, sie sei für eine landwirtschaftliche Bewirtschaftung i.S.v. Art. 3 Abs. 2 lit. a RPG ungeeignet, so trifft es wohl zu, dass zu den Flächen, die sich für die Landwirtschaft eignen, insbesondere die Fruchtfolgeflächen gehören. Dies heisst jedoch nicht, dass nur die wertvollsten landwirtschaftlichen Böden für eine Rückzonung in Frage kommen. Der multifunktionalen Landwirtschaftszone (vgl. Espace Suisse, Überdimensionierte Bauzonen zurückzonen, a.a.O.; Ziff. 3.3.1, S. 17 f.) kann auch Land zugeordnet werden, das weniger wertvoll ist, aber im Gesamtinteresse landwirtschaftlich bewirtschaftet werden soll (Art. 16 Abs. 1 lit. b RPG).

Die Landwirtschaftszone umfasst in diesem Sinn regelmässig auch Gebiete, die aufgrund der Topographie lediglich extensiv genutzt werden können. Die Eignung des "H." für die landwirtschaftliche Bewirtschaftung im Sinne von Art 16 Abs. 1 RPG ist fraglos gegeben, dies namentlich auch unter dem Aspekt des ökologischen Ausgleichs. Der Durchführung eines Augenscheins bedarf es hierzu nicht. Dass dieses Gebiet grundsätzlich als Landwirtschaftszone auszuscheiden ist, wurde im Übrigen bereits in VGE III 724/95 + 726/95 + 730/95 vom 30. April 1996 (Erw. 5a) festgehalten.

7.1 Zusammenfassend ist die Umzonung (Auszonung) des "H.s" nicht zu beanstanden.  
(VGE III 2022 123 vom 26. Januar 2023).

## **8.2 Behindertengerechtes Bauen: Klosterplatz Einsiedeln**

- *Beweiswert eines ENHK-Gutachtens im Allgemeinen sowie im konkreten Fall.*
- *Abwägung der Interessen nach dem Behindertengleichstellungsgesetz einerseits und der Heimatschutzgesetzgebung anderseits.*

*Aus dem Sachverhalt:*

Mit Baubewilligung vom 30. Mai 2018 trug der Bezirksrat den Anliegen behinderter Menschen neben anderen Massnahmen insofern Rechnung, als er eine Pflästerung des (sog.) "Platzes im Platz" durch neu geschnittene und sandgestrahlte Flusskieselsteine anstelle der ursprünglich geplanten gespaltenen Flusskiesel vorsah; für die Bogen- und Reihenpflästerung der Fussgänger- und Verkehrsflächen sollte ein Guberstein verwendet werden. Diese Pflästerung stellte nach der Beurteilung des Regierungsrates gegenüber der Baugesuchsaufgabe eine Projektänderung dar. Der Bezirksrat bewilligte hierauf gestützt auf ein Gutachten der Eidgenössischen Natur- und Heimatschutzkommission (ENHK) sowie der Eidgenössischen Denkmalschutzkommission (EKD) vom 14. Mai 2020 die Ausführung des gesamten Platzes (im Platz) in ungebundener Reihenpflästerung mit gespaltenem, zugehauenen Flusskiesel. Ausgenommen hiervon wurden die Gehwege und Strahlen, welche in gebundener Reihenpflästerung mit geschnittenem, geflammtem ovalem Flusskiesel und damit einer glatteren Oberfläche ausgeführt werden sollten. Eine Breite von zwei Metern soll das Kreuzen von Rollstuhlfahrern ermöglichen. Gegen diese Platzpflästerung richteten sich verschiedene Beschwerden

*Aus den Erwägungen:*

3.5 In der Sache werden in den Beschwerden [unter anderem] namentlich folgende Argumente vorgebracht:

- Bei flächigen Veranstaltungen (z.B. Konzerte, Märkte, Ausstellungen, Versammlungen etc.) würden Menschen mit Behinderungen anders als gemäss

## B 8.2

der mit der Baubewilligung vom 30. Mai 2018 vorgesehenen Bodenpflästerungen neu ausgeschlossen

- Flussskiesel, auch Bollensteinpflästerung genannt, sei für Menschen mit Behinderungen der mit Abstand am wenigsten geeignete Bodenbelag.
- Der von der Denkmalpflege aktuell verfolgte Trend zu einer Rückkehr zu Flussskieseln widerspreche den Interessen der Menschen mit Behinderungen. Positive Beispiele seien hingegen das Schloss Laupen mit zugehörigem Dorf am Schlossberg und ebenso die Tellsgasse (recte: wohl Schützengasse/Hellgasse in Altdorf), aber auch das Kapitol in Rom.
- Einsiedeln gehöre mit Rom und Lourdes zu den wichtigen katholischen Pilgerstädten in Mitteleuropa. Es sei angemessen und verhältnismässig zu verlangen, dass der Platz flächig den Bedürfnissen für Menschen mit Behinderungen gleichermassen wie denkmalpflegerischen Ansprüchen genüge.
- Vom Erhalt des Klosterplatzes könne keine Rede sein; es handle sich um einen Neubau bzw. Neugestaltung.
- Neue, unüberwindbare Hindernisse würden auf Jahrzehnte hinaus zementiert.
- Es gäbe kein Interesse zwischen einem hindernisfreien "Platz im Platz" und der Denkmalpflege abzuwägen. Die Interessenabwägung falle zu Gunsten der Personen mit Behinderung aus.
- Das gewichtige öffentliche Interesse im Sinne von Art. 36 Abs. 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (BV; SR 101) vom 18. April 1999 bestehe darin, dass auch Menschen mit Behinderung den ganzen Platz unter Einschluss der Befahrbarkeit mit Rollstühlen nutzen könnten. Diese Personengruppe werde diskriminiert.
- Die Baubewilligung verstosse gegen Art. 8 Abs. 2 BV wie auch gegen das BehiG.
- Die ENHK/EKD könne für sich keine Kompetenzen ausserhalb denkmal- und heimat-/ortsbildschützerischer Aspekte reklamieren. Sachverständige für Bereiche wie Barrierefreiheit und Rechte Behinderter, aber auch Tourismus und Wirtschaft, hätten sich zur Sache nicht geäussert. Das Gutachten ENHK/EKD könne nicht per se einen Entscheid darstellen.
- Eine Interessenabwägung vermisse man in der angefochtenen Baubewilligung.
- Die Anforderungen an die Behindertengerechtigkeit würden mit der vorgesehenen Pflästerung nicht erfüllt. Eine Fläche von lediglich 13 % des Klosterplatzes werde hindernisfrei befahrbar. Auch mit der hindernisfreien Ausgestaltung des "Platzes im Platz" würden nur rund 30 % des Klosterplatzes mit dem Rollstuhl befahrbar.
- Eine Aufteilung in (hindernisfreie) Hauptwege und übrige Gehflächen sei aufgrund der Vielfalt der Nutzungen nicht zweckmässig.
- Die geplante Pflästerung sei gemäss der Schweizer Norm SN 640 075 ("Hindernisfreier Verkehrsraum") weder für Hauptwege noch für übrige Gehflächen zulässig und erfülle die rechtlichen Vorgaben nicht.
- Es lägen triftige Gründe für ein Abweichen vom Gutachten ENHK/EKD vor.

- Mit der Neugestaltung (strahlenförmige Gestaltung des Platzes; Ergänzung der Haupttreppe; neue Treppenanlage im unteren Bereich des Platzes) werde dem Erhaltungsziel gemäss dem ISOS nicht nachgelebt; der Platz werde erheblich verändert.
- Der Bereich um den Liebfrauenbrunnen sei erst Mitte des 19. Jahrhunderts gepflästert worden. Der Tatsache, dass heutzutage auch Menschen mit Behinderungen Wallfahrten machen könnten und nicht nur fitte Pilger mit Wanderschuhern wie zu früheren Zeiten, werde keine Rechnung getragen.
- Auch geschnittene Flusskiesel nähmen Bezug auf die historische Pflästerung. Der Belag müsse für heutige Belastungen geeignet verlegt werden.
- Es fehle jeglicher Bezug zu den vielen überzeugenden internationalen Beispielen von hochkarätigen Schutzobjekten (u.a. San Francesco in Assisi; Asamkirche in München; Stiftskirche St. Gallen; Petersplatz in Rom).
- In der Baubewilligung werde eine unzureichende und fehlerhafte Interessenabwägung vorgenommen. Mit dem Denkmalschutz und der Behindertengerechtigkeit stünden sich gleichwertige Interessen gegenüber. Den Ausschlag gebe die Zahl der Personen, welche eine Baute benützten und die Bedeutung der Baute für Menschen mit Behinderungen. Rechtsfehlerhaft sei die Interessenabwägung auch wegen der fehlenden Berücksichtigung des Gutachtens der Fachstelle hindernisfreie Architektur.

4.1.1 Tritt ein Gemeinde- oder Bezirksrat - wie vorliegend - sowohl als Vertreter der Bauherrschaft (Gemeinde) wie auch als Baubewilligungsbehörde auf, hat der Regierungsrat als Beschwerdeinstanz seine Kognition vollumfänglich und ohne Zurückhaltung wahrzunehmen (VGE III 2014 3 vom 2.10.2014 Erw. 3.1; VGE III 2012 81 vom 24.7.2012 Erw. 1.3). Das Gleiche muss bei einer Sprungbeschwerde für das Verwaltungsgericht gelten.

4.1.2 § 55 Abs. 2 lit. a VRP räumt dem Verwaltungsgericht auch eine Prüfung der richtigen Handhabung des Ermessens zu, wenn es als erste kantonale Beschwerdeinstanz zu entscheiden hat und es sich nicht um Verfügungen des Regierungsrates handelt. Dem Verwaltungsgericht steht im vorliegenden Fall somit volle Kognition zu. Soweit dem Fachwissen bzw. dem fachtechnischen Ermessen der Erstinstanz eine massgebliche Bedeutung zukommt, ist im Verwaltungsbeschwerdeverfahren (und mithin auch im Rahmen einer Sprungbeschwerde mit grundsätzlich voller Kognition) gleichwohl grundsätzlich eine gewisse Zurückhaltung bei der Überprüfung geboten (VGE 1058/99 vom 14.4.2000 Erw. 2.a; VGE 424/96 vom 24.2.1997 Ingress lit. H i.V.m. Erw. 2.e).

4.2.1 Niemand darf wegen einer körperlichen, geistigen oder psychischen Behinderung diskriminiert werden (vgl. Art. 8 Abs. 2 BV). Bauten und Anlagen haben für Menschen mit Behinderungen die Anforderungen

## B 8.2

des Bundesrechts zu erfüllen (§ 57 Abs. 1 PBG). Bei der Errichtung und bei wesentlichen Erweiterungen von öffentlich zugänglichen Bauten sind die dem Publikum zugänglichen Bereiche so zu gestalten, dass sie für Menschen mit Behinderungen zugänglich und benutzbar sind (§ 57 Abs. 2 PBG). Beim behindertengerechten Bauen sind insbesondere die Bedürfnisse der Körper-, Hör- und Sehbehinderten zu berücksichtigen (§ 36 Abs. 1 der Vollzugsverordnung zum Planungs- und Baugesetz [SR SZ 400.111; PBV] vom 2.12.1997). Für die baulichen Anforderungen gelten die Normen über behindertengerechtes Bauen als Richtlinien (§ 36 Abs. 2 PBV). Das Volkswirtschaftsdepartement bezeichnet die Normen (§ 36 Abs. 3 PBV).

4.2.2 Das BehiG will Benachteiligungen verhindern, verringern oder beseitigen, denen Menschen mit Behinderungen ausgesetzt sind (Art. 1 Abs. 1 BehiG).

Das Gericht oder die Verwaltungsbehörde ordnet gemäss Art. 11 Abs. 1 BehiG die Beseitigung der Benachteiligung nicht an, wenn der für Behinderte zu erwartende Nutzen in einem Missverhältnis steht, insbesondere zum wirtschaftlichen Aufwand (lit. a), zu Interessen des Umweltschutzes sowie des Natur- und Heimatschutzes (lit. b) sowie zu Anliegen der Verkehrs- und Betriebssicherheit (lit. c).

Art. 6 BehiV macht Vorgaben zur Interessenabwägung: Zur Beurteilung der Frage, ob ein Missverhältnis im Sinne von Art. 11 Abs. 1 BehiG vorliegt, muss in der Interessenabwägung namentlich berücksichtigt werden (Abs. 1):

- a. die Zahl der Personen, welche die Baute oder die Anlage benutzen oder die Dienstleistung in Anspruch nehmen;
- b. die Bedeutung der Baute, der Anlage oder der Dienstleistung für die Menschen mit Behinderungen;
- c. der provisorische oder dauerhafte Charakter der Baute, der Anlage oder der Dienstleistung.

Sind die Interessen der Behinderten gegen die Interessen des Umweltschutzes, des Naturschutzes oder des Heimatschutzes und der Denkmalpflege abzuwägen (Art. 11 Abs. 1 Bst. b BehiG), so sind zusätzlich zu berücksichtigen (Abs. 2):

- a. die Bedeutung der Baute oder der Anlage aus der Sicht des Umweltschutzes, des Naturschutzes oder des Heimatschutzes und der Denkmalpflege; und
- b. das Ausmass, in dem die verlangten Anpassungen:
  1. die Umwelt beeinträchtigen;

2. die Bausubstanz, die Struktur und das Erscheinungsbild der Baute oder der Anlage aus der Sicht des Naturschutzes oder des Heimatschutzes und der Denkmalpflege beeinträchtigen.

4.2.3 Je bedeutender ein Objekt aus der Sicht des Umweltschutzes, des Naturschutzes oder des Heimatschutzes und der Denkmalpflege ist, desto besser muss ein Eingriff begründet sein. Diese Interessenabwägung hat nach den Regeln der Gesetzgebung über den Umweltschutz, den Naturschutz sowie den Heimatschutz und die Denkmalpflege zu erfolgen. Insbesondere ist bei der Bestimmung des öffentlichen Interesses die Bedeutung eines Objekts auf lokaler, regionaler oder nationaler Ebene zu beachten (vgl. Art. 4 NHG). Im Weiteren ist die Interessenabwägung auch unter Berücksichtigung der unmittelbaren Umgebung der fraglichen Objekte vorzunehmen (vgl. Erläuterungen zur Behindertengleichstellungsverordnung [BehiV] S. 6 f. zu Art. 6).

#### 4.3.1 (...).

4.4.2 Nach der Rechtsprechung kommt einem Gutachten der ENHK grosses Gewicht zu. Vom Ergebnis der Begutachtung darf nur aus triftigen Gründen abgewichen werden, auch wenn der entscheidenden Behörde eine freie Beweiswürdigung zusteht (BGE 136 II 214 Erw. 5). Immerhin kann das Abstellen auf nicht schlüssige Fachgutachten gegen Art. 9 BV verstossen, so, wenn gewichtige, zuverlässig begründete Tatsachen oder Indizien die Überzeugungskraft des Gutachtens ernstlich erschüttern (BGE 128 I 81 Erw. 2). Bestehen Zweifel an der Richtigkeit eines Gutachtens und werden dennoch keine ergänzenden Abklärungen vorgenommen, kann sich das als rechtswidrig erweisen (BGE 132 II 257 Erw. 4.4.1; vgl. Urteil BGer 1C\_893/2013 vom 1.10.2014 Erw. 5.3.3). Das Gutachten beschränkt sich nicht auf die Feststellung blosser Tatsachen. Durch die Konkretisierung und Differenzierung der Schutzziele und die Bestimmung des Ausmasses und des Gewichtes der Beeinträchtigungen - insbesondere mit der Beantwortung der Frage, ob gar ein "Abweichen von der ungeschmälernten Erhaltung" vorliege -, entscheidet die Kommission Rechtsfragen. Auch diesbezüglich müssen triftige Gründe vorliegen, wenn die Entscheidbehörde von der Stellungnahme der Kommission abweichen will (Leimbacher, in: Keller/Zufferey/Fahrländer, Kommentar NHG, 2. Aufl., Zürich 2019, Art. 7 N 20).

5.1 Das 18-seitige Gutachten ENHK/EKD wurde zum einen gestützt auf Art. 7 NHG abgegeben, weil das Bundesamt für Kultur die Platzneugestaltung finanziell unterstützte (Zusage eines Betrages von rund Fr. 100'000,

## B 8.2

vgl. Schreiben des Bundesamtes für Kultur BAK vom 31.10.2019 an die Kantonalen Denkmalpflege). Zum ändern hat die kantonale Denkmalpflege im Auftrag des Regierungsrates am 7. Oktober 2019 um die Erstattung eines Gutachtens ersucht (vgl. Gutachten ENHK/EKD S. 1 Ziff. 1). (Aufbau/Inhalt des Gutachtens).

5.2 (...). In der Beurteilung (S. 16 Ziff. 6) wird unter anderem folgende Würdigung vorgenommen:

Die im Bauprojekt (Botschaft vom 01.08.2016) angelegte und im Genehmigungs-/Auflageprojekt vom 06.12.2017 spezifizierte Materialisierung aus in Reihen und ungebunden verlegten, gebrochenen Flusskieseln nimmt Bezug auf die historische Pflasterung und zeigt einen differenzierten Umgang mit den Materialien: Die Muldenrinnen aus z.T. historischen, bruchrauen Flusskieseln sind sowohl technische Notwendigkeit als auch dekoratives Element, in die sich auch der hindernisfreie Streifen vom unteren Ende der Arkaden zum Liebfrauenbrunnen aus geschliffenen und geflammten Flusskieseln als gestalterisches Element einfügt. Damit werden die Anforderungen an einen zeitgemässen Platz und der gestalterische Anspruch in diesem spezifischen architektur- und kulturhistorischen Kontext in einem visuellen Gesamtkonzept vereint. Das Genehmigungs-/Auflageprojekt bedient nach Ansicht der Kommissionen gleichermaßen formale, funktionale und bedeutungsmässige Ansprüche und knüpft offensichtlich an das historisch überlieferte Konzept an, wie auch an eine traditionelle Materialisierung.

Dabei handelt es sich nicht um eine Rekonstruktion, sondern um eine zeitgenössische Weiterentwicklung der barocken Platzgestaltung nach [Johannes] Rueff [1686-1750, der Gestalter des Klosterplatzes] und [Paulo Federico] Bianchi [Mailänder Architekt; 18. Jh.; genaue Lebensdaten unbekannt] an dessen Plänen sich Rueff orientierte; vgl. Gutachten ENHK/EDK S. 7 Ziff. 3.2.2], die zum Ziel hat, dem Denkmal "Kloster" einen funktionellen, räumlich und in seiner Beschaffenheit einwandfreien, authentischen Vor- und Wirkungsraum zu schaffen.

Die in Kapitel 5 dokumentierte, nach der Volksabstimmung von 2016 und der Baubewilligung von 2018 eingeleitete, sukzessiv vollzogene Änderung der Art der Pflasterung für den "Platz im Platz" stellt eine zunehmende Abkehr von der in Kapitel 3 beschriebenen traditionellen Oberflächenbeschaffenheit des Klosterplatzes dar, wie sie spätestens seit dem 19. Jahrhundert belegt ist. Steinarten, Formen und Grössen, aber auch deren Oberflächenbearbeitungen haben sich in der Vergangenheit immer wieder verändert, auch die Abnutzungserscheinungen, die zu Scharten und Unregelmässigkeiten, aber auch zu Abflachungen der Oberflächen geführt haben, haben sich auf die Wirkung des Platzes ausgewirkt. Gesichert ist aber, dass die verwendeten Steine weder geschliffen noch grossflächig in Mörtel verlegt worden waren. Während die im Genehmigungs-/Auflageprojekt 2017 ausgewiesene Ausführung (bruchraue Flusskiesel in ungebundener Reihenpflasterung, dazu hindernisfreie Gehwegflächen aus geschliffenen und geflammten Flusskieseln und für die

Muldenrinnen (wo möglich) historische, bruchraue Flusskiesel) eine historische, bautechnische und gestalterische Kontinuität erkennen lässt, widerspricht die skizzierte Abkehr des Ausführungsprojekts 2019 mit geschnittenen, sandgestrahlten und verfugten Flusskieseln und Gubersteinen für die Muldenrinnen der wechselvollen Geschichte und historischen Bedeutung des Platzes und würde zu einer optischen Verflachung der naturgemäss rohen und stark strukturierten Oberfläche führen, was den visuellen Charakter massgeblich verändern und die charakteristische Wirkung verfälschen würde.

Für die Platzfläche sind gestützt auf die Schutzziele ein Erscheinungsbild und eine Oberflächenbeschaffenheit zu erzielen, die sich klar an den historischen Bestand anlehnen. Demnach ist es wichtig, dass die Oberflächenbearbeitung der verwendeten Flusskiesel wie auch ihre Verlegeart und Verfugung eine charakteristische, unregelmässige Oberfläche erzeugen. Die Verwendung von gesägten und maschinell geschliffenen und geflammten Flusskieseln für die grossen, als Blütenblätter bezeichneten Flächen auf dem "Platz im Platz" erachten die Kommissionen daher als ungeeignet respektive als erheblich beeinträchtigend, da sie eine unerwünschte und unangemessene künstliche Wirkung entfaltet; wegen der Glanzwirkung der geschliffenen Steine, die jegliche Vielfalt einer traditionellen Oberflächenbearbeitung vermissen lässt, würde auch die ästhetische Qualität der Platzoberfläche geschwächt. Eine nicht minder wichtige Rolle für Wirkung und Charakter spielt die Art der Verfüzung, trägt diese doch ebenfalls massgeblich zur charakteristischen Oberflächenbeschaffenheit einer nach historischem Vorbild gepflasterten Fläche und zu einem abwechslungsreichen Licht-Schatten-Spiel bei, indem die beschatteten Fugen der verlegten Steine dunkler, die Oberflächen der Pflastersteine heller wirken. Anders als die Verwendung von Sand würde ein Mörtel den Eindruck des Abflachens zusätzlich unterstützen, während die ungebundene, mit Sand verfüllte Art der Pflasterung aufgrund ihrer Patinierung die Reliefbildung unterstützen würde. Zudem entspricht die ungebundene Art der Pflasterung, wegen des Verhältnisses von sorgfältig ausgewählten, u.U. leicht nachbearbeiteten Steinen und geschickter, enger, die Fugenbreiten auf das Minimum reduzierender Setzung der historisch überlieferten Bauweise. Als ortsfremd und im historischen Kontext im Sinne der Ausführungen in Kapitel 3 gänzlich unangemessen beurteilen die Kommissionen eine Platzgestaltung aus in Mörtel verlegten Natursteinen, die durch eine nachträgliche maschinelle Oberflächenbehandlung eine annähernd plane Fläche ergeben, ohne Licht-Schatten-Spiel.

(...).

#### 7 Schlussfolgerungen und Antrag

Auf der Basis der Unterlagen sowie der Ergebnisse des Augenscheins kommen die Kommissionen zum Schluss, dass die Wahl einer ortsunüblichen, der kulturhistorischen Bedeutung des Klosterplatzes nicht angemessenen Pflasterung zu einer mit den Schutzziele nicht vereinbaren, schwerwiegenden Beeinträchtigung des tradierten architektur- und kulturhistorischen Zeugniswertes sowie der authentischen Gesamtwirkung des Klosterplatzes und damit des Ortsbildes von nationaler Bedeutung führen würde. Ebenfalls nicht mit den Schutzziele zu

## B 8.2

vereinbaren wäre eine uneinheitliche Behandlung der Platzoberflächen als Ausdruck der Zuständigkeiten des Klosters im oberen und des Bezirks im unteren Bereich. Das Einzigartige des Platzentwurfs besteht trotz grosser räumlicher Trennung in der Verbindung von Kloster und Dorf. An dieser Qualität ist uneingeschränkt festzuhalten. Die Kommissionen stellen deshalb folgende Anträge:

- Der Klosterplatz ist im Sinne des Genehmigungs-/Auflageprojekts auszuführen.
- Die Pflasterung des "Platzes im Platz" ist als Reihenpflasterung in Flusskieseln, die sich in Grösse und allenfalls in ihrer durch Bearbeitung erlangten Form dazu eignen, gespalten, ungebunden auszuführen, soweit möglich unter Verwendung der ursprünglichen Steine.
- Auf den im Genehmigungs-/Auflageprojekt ausgeschiedenen hindernisfreien Streifen können die Flusskiesel aus Rücksicht auf gehbehinderte Personen zusätzlich geflammt und in Mörtel gesetzt werden.

5.3 Menschen mit Behinderung bzw. einer behindertengerechten Pflasterung wird im Gutachten ENHK/EKD bis auf den hindernisfreien Streifen im Sinne des vormaligen Genehmigungs-/Auflageprojekts keine nennenswerte Rechnung getragen.

6.1 Die Baubewilligungsbehörde erachtet das Gutachten ENHK/EKD im angefochtenen BRB Nr. 2022.171 vom 13. Juli 2022 als verbindlich. Es beinhalte auch eine Interessenabwägung.

Die Baubewilligungsbehörde wog ab, für eine weitgehende Berücksichtigung der Interessen von Menschen mit Behinderungen spreche die unbestimmte Zahl der Personen, welche den öffentlichen "Platz im Platz" aufsuchten, der dauerhafte Charakter dieser Anlage sowie die Bedeutung des Klosters als Wallfahrtsstätte für Pilger und Heilsuchende (Art. 6 Abs. 1 BehiV).

Dem stehe im Sinne von Art. 6 Abs. 2 BehiV entgegen, dass Einsiedeln im Bundesinventar der schützenswerten Objekte der Schweiz von nationaler Bedeutung (ISOS) als Kleinstadt/Flecken aufgeführt sei und mit "beachtlichen" Lagequalitäten, "besonderen" räumlichen und "besonderen" architekturhistorischen Qualitäten beinahe die höchstmögliche Qualifikation erreiche. Diese hohe Einstufung sei im Wesentlichen gerade der Klosteranlage zu verdanken, "einem Meisterwerk der Barockarchitektur des Abendlandes" und "dem grossartigen Klosterplatz, einer der eindrucklichsten Raumschöpfungen des Landes". Das Gutachten ENHK/EKD nehme eine Abwägung vor und lasse die kunsthistorisch nicht begründbare Ausscheidung von hindernisfreien Streifen mit Flusskiesel, geflammt und in Mörtel gesetzt, aus Rücksicht auf gehbehinderte Personen zu.

6.2 Die Vorinstanz geht unzutreffend davon aus, dass das Gutachten ENHK/EKD die erforderliche Interessenabwägung im Sinne des BehiG beinhaltet. Hierzu ist die ENHK/EKD auch nicht befugt. Die Interessenabwägung ist Sache der entscheidbefugten Behörden und Rechtsmittelinstanzen. Indessen hat der Bezirksrat seinerseits eine - wenn auch knapp ausgefallene - Interessenabwägung vorgenommen.

Zu relativieren ist auch die Auffassung der Vorinstanz, das Gutachten ENHK/EKD sei für sie verbindlich. Bei diesem Gutachten der sachverständigen und -kompetenten Behörden handelt es sich um ein Beweismittel (§ 24 Abs. 1 lit. e VRP). Die Behörde würdigt die Beweise nach pflichtgemäßem Ermessen (§ 25 VRP). Indes setzt ein Abweichen vom Ergebnis des Gutachtens rechtsprechungsgemäss triftige Gründe voraus (vgl. vorstehend Erw. 4.4). Vor der Interessenabwägung ist folglich zu prüfen, ob - im Sinne der Argumentation der Beschwerdeführer - Grund zu einem Abweichen vom Gutachten ENHK/EKD besteht.

6.3 Dies ist nicht der Fall. Gründe, die zudem triftig sein müssten, um vom Ergebnis des Gutachtens abzuweichen, bestehen auch unter Berücksichtigung der Vorbringen der Beschwerdeführer nicht.

Nicht zu verkennen ist, dass (auch) historische Bauten im Allgemeinen dem Wandel und den Einflüssen der Zeiten nicht ganz entzogen sind. Dies gilt auch vorliegend. Im Gutachten ENHK/EKD werden die verschiedenen, im Laufe der Zeit vorgenommenen baulichen Interventionen, soweit sie greifbar sind, auch umfassend dargelegt, in den zeitlichen Kontext gestellt und gewürdigt. Ebenso liegt es auf der Hand, dass die originären Zustände historischer Anlagen regelmässig nicht mit absoluter Sicherheit eruiert werden können. Auch dem wird im Gutachten ENHK/EKD Rechnung getragen, indem einerseits ein Erscheinungsbild des Klosterplatzes angestrebt wurde, das an den eruierten und gesicherten historischen Bestand anknüpft, und andererseits das frühere Auflageprojekt (2016), an welches angelehnt wird, nicht als Rekonstruktion, sondern als zeitgenössische Weiterentwicklung der barocken Platzgestaltung charakterisiert wird mit dem Ziel, dem Kloster einen authentischen Vor- und Wirkungsraum zu schaffen.

Es sind keine konkreten Anhaltspunkte erkennbar, welche die im Gutachten ENHK/EKD als gesichert erachtete Tatsache, dass die genuin verwendeten Steine weder geschliffen noch grossflächig in Mörtel verlegt wurden, als falsch widerlegen. Entsprechend stimmig sind auch die Folgerungen, dass die Oberflächenbearbeitung wie auch die Verlegart und die Verfüguung eine charakteristische, unregelmässige Oberfläche des Platzes erzeugen. Die gutachterliche Feststellung, dass in Mörtel verlegte Natursteine ortsfremd und im historischen Kontext unangemessen erscheinen,

## B 8.2

ist angesichts der umfassenden Ausführungen ohne weiteres nachvollziehbar. Die gutachterlich beantragte Pflästerung basiert überdies auf dem Vergleich von elf Varianten, unter denen sie sich als einzig denkmalpflegerisch gangbare Lösung erwiesen hat. Eine von der kantonalen Denkmalpflegerin ins Spiel gebrachte Kompromisslösung für die übrigen Gehflächen (gesägte und geflammte Flusskiesel statt gespaltene) wurde von den Gutachtern ENHK/EKD nicht weiterverfolgt.

Im Lichte des vorgegebenen ISOS-Erhaltungsziels A (Substanzerhaltung als integrale Erhaltung aller Bauten, Anlageteile und Freiräume; Beseitigung störender Eingriffe) geben auch die von der ENHK/EKD für den Klosterplatz konkretisierten Schutzziele (Gutachten ENHK/EKD S. 10)

- ungeschmälerte Erhaltung der Substanz und der authentischen Wirkung des Klosterplatzes mit seiner von traditioneller Handwerkskunst geprägten, rohen und stark strukturierten Oberflächenbeschaffenheit, und
- ungeschmälerte Erhaltung des mindestens seit dem 19. Jahrhundert authentisch überlieferten Pflasterstreifens entlang der westlichen Klosterfront als äusserst wertvolles Zeugnis historischer Pflasterkunst,

keinen Anlass zu Beanstandungen. Die Schlussfolgerung und die (kultur-)historischen Überlegungen, welche in den Antrag des Gutachtens ENHK/EKD mündeten, stehen im Einklang mit diesen rechtmässigen Schutzzielen. (...).

Unbehelflich ist der Verweis der Beschwerdeführer auf die Gestaltung anderer berühmter Kirchenplätze. Einerseits lassen sich aus der blossen Nennung von Beispielen im In- wie Ausland keine Rückschlüsse für den vorliegend zu beurteilenden Fall ziehen. Andererseits ist nicht bekannt, gestützt auf welche sachverhaltlichen (kulturhistorischen) und rechtlichen Grundlagen jene Plätze gestaltet wurden.

7. Die bei der Interessenabwägung zu beachtenden Kriterien sind gesetzlich vorgegeben (vgl. vorstehend Erw. 4.2.2).

7.1.1 Zu Gunsten der Position der Beschwerdeführer spricht die Zahl der Personen, welche die Klosteranlage und gerade auch den Klosterplatz mit dem Marienbrunnen besuchen. Rund 800'000 Pilger und Touristen besuchen Einsiedeln pro Jahr (...). Das Kloster Einsiedeln ist der wichtigste Leuchtturm der Region Einsiedeln-Ybrig-(oberer) Zürichsee. Für 44 % der Befragten war das Kloster für ihre Entscheidung, in die Region zu reisen, wichtig bis sehr wichtig (für 29 % die Hoch-Ybrig Bahnen und

das Skigebiet Hoch-Ybrig [vgl. Rütter soceco ag, Die Wertschöpfung des Tourismus im Kanton Schwyz 2019, Rüschiikon 9/2020, S. 77]).

Hierunter dürfte sich - auch wenn diesbezüglich keine statistischen Erhebungen greifbar sind (...) - eine überproportionale Anzahl älterer und betagter Personen sowie auch von Menschen mit Behinderungen befinden. Es darf als notorisch gelten, dass nach wie vor gerade auch Personen mit Beeinträchtigungen und Leiden welcher Art auch immer Trost und seelisch-spirituelle Hilfe an sakralen (Kraft-)Orten wie der Einsiedler Klosterkirche mit der Gnadenkapelle und der Schwarzen Madonna sowie dem Marienbrunnen (aus dem Pilger nach wie vor traditionellerweise aus den 14 Röhren einen Schluck Wasser trinken) suchen und zu finden hoffen. Insofern erscheint es durchaus als störend, wenn dieser Personenkreis in seinem Bewegungsradius auf dem Klosterplatz eingeschränkt wird.

Den Beschwerdeführern kann jedoch nicht beigelegt werden, dass erst heutzutage Menschen mit Behinderungen Wallfahrten machen könnten. Die unzähligen Heilungswunder (für deren Anerkennung Papst Benedikt XIV. [1675-1758; Papst ab 1740], Förderer der Marienverehrung, Anerkennungsregeln aufstellte), aber auch die an Wallfahrtsorten seit alters gepflegten Krankensegnungen sprechen eine andere Sprache. Dass die damaligen Wallfahrten für jedermann und insbesondere für gesundheitlich beeinträchtigte Menschen in jeder Hinsicht mit heutzutage unbekannten Strapazen verbunden gewesen sein dürften, muss nicht eigens gesagt werden.

7.1.2 Zuzustimmen ist den Beschwerdeführern, dass die Bedeutung der Klosteranlage mit Strahlkraft weit über die Landesgrenzen hinaus samt dem Klosterplatz, der zu den grössten Kirchenvorplätzen Europas zählt (vgl. Gutachten ENHK/EKD S. 9 Ziff. 3.3 i.i.), an und für sich zu Gunsten der Menschen mit Behinderungen ins Gewicht fällt. (...).

Festzuhalten ist allerdings bereits an dieser Stelle, dass sich die Bedeutung der Klosteranlage samt dem Klosterplatz auf der anderen Seite auch bei der Berücksichtigung der denkmalschützerischen Interessen gewichtig niederschlägt, womit die Beschwerdeführer aus der Bedeutung der Klosteranlage im Ergebnis nichts Entscheidendes zu ihren Gunsten herleiten können.

7.1.3 Unbestreitbar wird mit der Platzsanierung eine langfristige Lösung angestrebt. Die allfällige Benachteiligung der Menschen mit Behinderungen bleibt somit auf unabsehbare Zeit sprichwörtlich in Stein gemeisselt. Die Langfristigkeit dieser Benachteiligung infolge der Dauerhaftigkeit der vorgesehenen Pflasterung ist mithin zu Gunsten der Interessen der Beschwerdeführer an der von ihnen vorgeschlagenen Lösung zu werten.

## B 8.2

7.1.4 Es kann somit gesagt werden, dass die Kriterien gemäss Art. 6 Abs. 1 lit. a und lit. c sowie - mit Vorbehalt auch lit. b - BehiV zu Gunsten des Standpunktes und der Anträge der Beschwerdeführer zu berücksichtigen sind. Weitere relevante Aspekte sind nicht erkennbar (die Kriterien gemäss Art. 6 Abs. 1 BehiV sind nicht abschliessend enumeriert) und/oder - soweit allenfalls vorhanden - nicht von Relevanz.

7.2.1 Diesen Interessen von Menschen mit Behinderung für eine Pflasterung des Klosterplatzes (bzw. "Platz im Platz"), der ihnen eine ungehinderte Begehung und Befahrung ermöglicht, steht die Bedeutung der Baute aus der Sicht der Denkmalpflege entgegen. Diese Bedeutung ist vorliegend als überragend zu qualifizieren. Nicht nur handelt es sich bei der Klosteranlage samt dem Klosterplatz um ein Schutzobjekt von nationaler Bedeutung, vielmehr kommt dem Ensemble, wie vorstehend angesprochen, eine weit über die Landesgrenzen hinausreichende Bedeutung zu.

7.2.2 Die von den Beschwerdeführern verlangten umfassenden Anpassungen bei der Gestaltung/Pflasterung des "Platz im Platz" sind mit dem Interesse am Erhalt/Wiederherstellung von Substanz, Struktur und Erscheinungsbild der Platzanlage nicht vereinbar, wie mit dem Gutachten ENHK/EKD überzeugend dargelegt wurde. Mit der von den Beschwerdeführern favorisierten Pflasterung läge nicht mehr bloss ein geringfügiger, nicht augenfälliger Eingriff in den Klosterplatz als Objekt von nationaler Bedeutung vor, der noch als "durchaus angemessen" erachtet werden könnte (vgl. Erweiterte BehiG-Arbeitsgruppe des Netzwerks behindertengerechtes Bauen, Erläuterungen zum BehiG im Baubereich, Version 1.0, Februar 2010, S. 11 Ziff. 6.2 viertes Lemma).

7.2.3 Die Interessen des Denkmalschutzes an einer möglichst weitgehenden integralen Erhaltung/Wiederherstellung (was entgegen der Auffassung der Beschwerdeführer nicht einem "Neubau" gleichgesetzt werden kann) des Klosterplatzes überwiegen vorliegend eindeutig die Interessen von Menschen mit Behinderungen an der (problemlosen) Befahrung und Begehung des gesamten Klosterplatzes.

In diese Interessenabwägung darf zum einen auch einfließen, dass Art. 6 Abs. 2 NHG für ein Abweichen von der ungeschmälerter Erhaltung eines inventarisierten Schutzobjektes verlangt, dass gleich- oder höherwertige Interessen von ebenfalls nationaler Bedeutung entgegenstehen. Insofern liegt der Vorteil bei der Interessenabwägung beim Fehlen eines entgegenstehenden nationalen Interesses auf Seiten des Denkmalschut-

zes. Mit dem Rechtsgleichheitsgebot und dem Diskriminierungsverbot gemäss Art. 8 BV und insbesondere mit dem BehiG werden jedoch in erster Linie Individualrechte gesichert. Auch wenn diesen verfassungsmässigen und gesetzlichen Vorgaben im landläufigen Sinne durchaus ein nationales Interesse zugewilligt werden kann, muss dieses vorliegend als gering veranschlagt werden.

Zum andern sieht Art. 5 Abs. 1 BehiG die Verhinderung, die Verringerung und die Beseitigung von Benachteiligungen vor. Eine Priorisierung besteht grundsätzlich nicht. Art. 11 Abs. 1 BehiV erlaubt unter bestimmten Voraussetzungen explizit auch die Unterlassung der Beseitigung einer Behinderung.

7.3.1 Mit den vorgesehenen barrierefreien Wegen von 2 m Breite entlang der Arkaden und zum Marienbrunnen und dem Verzicht auf die ursprünglichen Muldenrinnen in der Mitte dieser Wege wurde dem Verhältnismässigkeitsgrundsatz rechtsgenügend Rechnung getragen. Die Gestaltung und die Beschaffenheit der barrierefreien Wege entspricht auch der SIA-Norm 521 500 ("Hindernisfreie Bauten") und VSS-Norm 640 075 ("Fussgängerkehr - Hindernisfreier Verkehrsraum"). Daran kann sich auch nichts ändern, falls die Ausgestaltung selbst der barrierefreien Wege nicht die ideale Lösung darstellen sollte. Die SIA-Norm 521 500 hält einleitend fest (Ziff. 0.1.2), dass im Einzelfall festgestellt werden muss, ob die Norm für ein Vorhaben massgeblich ist. Nachdem, wie vorstehend dargelegt, vorliegend kein unbedingter Anspruch auf die Beseitigung von Benachteiligungen besteht, kann die Norm entsprechend zwangsläufig ebenfalls keine absolute Geltung beanspruchen. Ein Gleiches ist von der VSS-Norm 640 075 zu sagen. Die Norm gilt für alle (Verkehrs-)Anlagen, für die hindernisfreies bzw. behindertengerechtes Bauen "vorgeschrieben" ist. Der Rahmen für den Umfang des behindertengerechten Bauens wird vorliegend von den denkmalschützerischen Vorgaben mitbestimmt.

7.3.2 Der Bezirksrat macht vernehmlassend zudem geltend, mit dem Rollstuhl sei der gesamte "Platz im Platz" befahrbar (S. 3 Ad 17 mit Verweis auf SIA-Norm 521 500 Ziff. 3.2.1 und Anhang B.I sowie VSS-Norm 640 075 Ziff. 25), was von den Beschwerdeführern allerdings in Abrede gestellt wird. Wie es sich hiermit verhält, ist für den Ausgang dieses Verfahrens ohne Relevanz. Ein Indiz für die Richtigkeit der Meinung des Bezirkrates findet sich immerhin im Hinweis des Bezirkrates, dass sich die übrige Fläche auf dem "Platz im Platz" (d.h. die Fläche ausserhalb der barrierefreien Wege) "vom Oberplatz gerade durch die zugehauenen Steine mit engeren Fugen unterscheiden" werde.

## **B 8.3**

Angenommen werden darf, dass auch die Qualität von Rollstühlen und Rollatoren sowie anderen Fortbewegungshilfen (weiterhin) verbessert und ein Befahren/Begehen des Klosterplatzes ausserhalb der barrierefreien Wege zumindest erleichtert werden kann. Zudem weist der Bezirksrat auf die Möglichkeit temporärer Mattenwege bei Veranstaltungen hin, wobei auf deren Rutschfestigkeit zu achten wäre.

8. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass das Gutachten ENHK/EKD überzeugt. Die Interessenabwägung zwischen den Interessen an der Erhaltung/Wiederherstellung des "Platzes im Platz" mittels der im Gutachten ENHK/EKD vorgeschlagenen Pflästerungen (und im konkreten Bauprojekt mit einer für Menschen mit Behinderung verbesserten Ausführung) und den Interessen von Menschen mit Behinderung an einer Pflästerung, welche ihnen ein uneingeschränktes Befahren/Begehen des gesamten "Platz im Platz" ermöglicht, fällt zu Ungunsten der Beschwerdeführer aus. Die Beschwerden erweisen sich somit als unbegründet und sind abzuweisen.

(VGE III 2022 127-130 vom 22. Februar 2023; eine Beschwerde gegen diesen Entscheid wurde vom Bundesgericht mit Urteil 1C\_160/2023 vom 7. März 2024 abgewiesen, soweit darauf eingetreten wurde).

### **8.3 Bauten im Gewässerraum - Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes**

- *Bauten und Anlagen im Gewässerraum.*
- *Verhältnismässigkeit von Rückbauanordnungen.*

*Aus dem Sachverhalt:*

In Abweichung von der Baubewilligung erstellte die Bauherrschaft innerhalb des Gewässerraumes zwei Parkplätze und weitere Anlagen. Ebenso verschob sie den Standort der Luft/Wasser-Wärmepumpe in den Gewässerraum. Die nachträgliche Baubewilligung wurde verweigert und die Restauration angeordnet.

*Aus den Erwägungen:*

3.1 Der Regierungsrat hat die massgebenden gesetzlichen Grundlagen umfassend dargelegt (Art. 36a ff. des Bundesgesetzes über den Schutz der Gewässer [Gewässerschutzgesetz, GSchG; SR 814.20] vom

24.1.1991 betreffend Festlegung des Gewässerraumes durch die Kantone). Für die Breite des Gewässerraumes stehender Gewässer legt Art. 41b Abs. 1 GschV eine Mindestbreite von 15 m gemessen ab der Uferlinie fest. Unter bestimmten - vorliegend nicht interessierenden - Voraussetzungen muss diese Breite erhöht werden (Art. 41b Abs. 2 lit. a bis lit. d GSchV). Die Breite des Gewässerraums kann in dicht überbauten Gebieten den baulichen Gegebenheiten angepasst werden, soweit der Schutz vor Hochwasser gewährleistet ist (Art. 41b Abs. 3 GSchV). Soweit keine überwiegenden Interessen entgegenstehen, kann auf die Festlegung des Gewässerraums verzichtet werden, unter anderem wenn das Gewässer künstlich angelegt ist (Art. 41b Abs. 4 lit. c GSchV). Die Kantone haben den Gewässerraum gemäss den Art. 41a (für Fliessgewässer) und 41b GSchV bis zum 31. Dezember 2018 festzulegen (Abs. 1 der Übergangsbestimmungen [ÜbBst] zur Änderung vom 4.5.2011). Solange sie den Gewässerraum nicht festgelegt haben, gilt bei stehenden Gewässern mit einer Wasserfläche von mehr als 0.5 ha eine Gewässerraumbreite von 20 m (Abs. 2 lit. c ÜbBst zur Änderung vom 4.5.2011).

3.2 Gemäss der Publikation des Bundesamtes für Umwelt (BAFU), Bundesamtes für Raumentwicklung (ARE) sowie Bundesamtes für Landwirtschaft (BLW) "Gewässerraum - Modulare Arbeitshilfe zur Festlegung und Nutzung des Gewässerraums in der Schweiz" vom Juni 2019 (nachstehend jeweils: Modul [1, 2, 3]) können die Kantone auf die Festlegung des Gewässerraums bei künstlich angelegten Gewässern verzichten, soweit keine überwiegenden Interessen entgegenstehen. Überwiegende Interessen, die einem Verzicht auf die Festlegung des Gewässerraums bei künstlich angelegten Gewässern entgegenstehen, sind insbesondere Interessen des Hochwasserschutzes sowie die allenfalls vorhandene besondere ökologische Bedeutung des Gewässers. Als Beispiel eines solchen Gewässers wird der Klingnauer Stausee (AG) genannt (Modul 2, S. 17 f. Ziff. 2.6.3). Unter Bezugnahme auf die Definition des Begriffs der künstlichen Gewässer (Modul 1, S. 14) hat der Bezirksrat die Anforderungen an den Verzicht auf die Festlegung eines Gewässerraumes für den Sihlsee als nicht gegeben erachtet (vgl. Erläuterungsbericht nach Art. 47 RPV zur "Festlegung Gewässerraum Sihlsee" der R+K Büro für Raumplanung vom 6.3.2021, S. 10 Ziff. 2.1.2).

Der Bezirksrat hat also hinsichtlich der Qualifikation des Sihlsees als künstliches Gewässer eine vom Regierungsrat abweichende bzw. differenzierte Beurteilung vorgenommen, die vorliegend nicht weiter in Frage zu stellen ist. Soweit sich die Beschwerdeführerin unter Bezugnahme auf das Merkblatt des Umweltdepartements "Festlegung der Gewässerräume" vom 20. Dezember 2017/29. März 2018 die gegenteilige (regierungsrätliche)

## B 8.3

Auffassung zu eigen macht, kann sie hieraus nichts zu ihren Gunsten herleiten. Anzumerken ist, dass die regierungsrätliche Auffassung bzw. der Verzicht auf die Festlegung eines Gewässerraumes kaum widerstandslos hingenommen würde und das erwähnte Merkblatt bereits einmal Gegenstand eines Verfahrens war (vgl. VGE III 2019 19 vom 26.6.2019). Konsequenz wäre ein zeitlich kaum bzw. nicht mehr absehbarer Horizont, bis Klarheit über den zu beachtenden (oder nicht zu beachtenden) Gewässerraum bestünde.

3.3 Bis zur Festlegung des Gewässerraumes durch die Kantone (Bezirke und Gemeinden) gilt gemäss der erwähnten gesetzlichen Vorgabe von Abs. 2 lit. c ÜbbSt zur Änderung der GSchV vom 4. Mai 2011 eine Gewässerraumbreite von 20 m. Für die Beachtung und Anwendung dieser Breite bedarf es keines öffentlichen Interesses. Hingegen erfordert die Bewilligung einer Anlage bei an und für sich gegebenen Voraussetzungen - so auch im Falle von Art. 41c Abs. 1 lit. a und lit. a<sup>bis</sup> GSchV -, dass einer Bewilligung keine überwiegenden Interessen entgegenstehen, worunter namentlich gegenläufige öffentliche Interessen zu verstehen sind.

4.1 Es ist unbestritten, dass die Luft/Wasser-Wärmepumpe sowie die ohne Bewilligung vorgenommenen Änderungen der Umgebungsgestaltung im Ostbereich des MFH innerhalb des übergangsrechtlich massgebenden Gewässerraumabstandes von 20 m liegen. Unbestritten ist ebenso, dass diese Anlagen weder standortgebunden sind und nicht im öffentlichen Interesse liegen und dass vorliegend auch kein Bestandesschutz (Art. 41c Abs. 2 GSchV) greifen kann. Strittig ist hingegen, ob die Beschwerdeführerin einen Anspruch auf eine (nachträgliche) Bewilligung aus Art. 41c lit. a oder lit. a<sup>bis</sup> GSchV ableiten kann.

4.2.1 Gemäss Art. 41c Abs. 1 GSchV dürfen im Gewässerraum nur standortgebundene, im öffentlichen Interesse liegende Anlagen wie Fuss- und Wanderwege, Flusskraftwerke oder Brücken erstellt werden. Sofern keine überwiegenden Interessen entgegenstehen, kann die Behörde ausserdem unter anderem die Erstellung zonenkonformer Anlagen in dicht überbauten Gebieten (lit. a) sowie zonenkonforme Anlagen ausserhalb von dicht überbauten Gebieten auf einzelnen unüberbauten Parzellen innerhalb einer Reihe von mehreren überbauten Parzellen (lit. a<sup>bis</sup>) bewilligen. (...).

4.4 Nachdem die unbewilligten Anlagen weder in einem "dicht überbauten" Gebiet (Art. 41c Abs. 1 lit. a GSchV) noch auf einer bis anhin einzelnen unüberbauten Parzelle neben ansonsten überbauten Parzellen

(Art. 41c Abs. 1 lit. a<sup>bis</sup> GschV) errichtet wurden, erübrigt sich die Prüfung, ob einer Bewilligung allenfalls überwiegende Interessen entgegenstehen.

5.1 Rechtswidrige Bauten, die nachträglich nicht bewilligt werden können, müssen grundsätzlich beseitigt werden (BGE 136 II 359 Erw. 6). Die mit der Anordnung der Beseitigung einer Baute verbundene Eigentumsbeschränkung ist nur zulässig, wenn sie auf einer gesetzlichen Grundlage beruht, im öffentlichen Interesse liegt und verhältnismässig ist (Art. 36 BV).

5.2 (gesetzliche Grundlage).

5.3 Das öffentliche Interesse an der Freihaltung des Gewässerraumes ist bei nicht standortgebundenen Anlagen grundsätzlich auch dann zu bejahen, wenn dieser Raum teilweise bereits überbaut ist (vgl. Urteil BGER 1C\_402/2020 vom 25.1.2021 Erw. 4.4). Hieran kann vorliegend auch die zwischen dem Baugrundstück und dem See verlaufende Strasse nichts ändern. Dieser Umstand kann vielmehr gebieten, den Gewässerraum erst recht von weiteren zusätzlichen Belastungen durch nicht standortgebundene Anlagen frei zu halten ist. Namentlich steht das öffentliche Interesse an der Freihaltung des Gewässerraumes auch der Erweiterung bestehender Bauten und Anlagen im Gewässerraum entgegen, was vorliegend mit der (teils) im Gewässerraum liegenden Umgebungsgestaltung und der Luft/Wasser-Wärmepumpe der Fall ist (vgl. Urteil BGER 1C\_43/2015 vom 6.11.2015 Erw. 7.4).

5.4.1 Das Verhältnismässigkeitsprinzip verlangt, dass eine Massnahme für das Erreichen des im öffentlichen oder privaten Interesse liegenden Ziels geeignet und erforderlich ist und sich für die Betroffenen in Anbetracht der Schwere der Grundrechtseinschränkung als zumutbar erweist (BGE 140 I 2 Erw. 9.2.2).

(...).

5.4.2 Die Eignung und Erforderlichkeit des verlangten Rückbaus zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes - d.h. Einhaltung des übergangsrechtlichen Gewässerraumes von 20 m - kann nicht ernsthaft bestritten werden.

5.4.3 Die Beschwerdeführerin muss sich Bösgläubigkeit vorwerfen lassen. Bereits unmittelbar im Nachgang zur Einreichung des Baugesuchs wurde sie vom ARE darauf aufmerksam gemacht, dass Bauten und Anla-

## B 8.3

gen einen Mindestabstand von 20 m ab Grenze der Wasserzone einzuhalten haben. Mit E-Mail informierte die Beschwerdeführerin das ARE, "auf Container-PP und Besucher-PP wird im Gewässerraum verzichtet (...)", dies unter Beilage von Planunterlagen, welche die Beschwerdeführerin selber als "Gekriebe!" qualifizierte. (...).

Mit der Änderungseingabe vom 6. April 2020 wurde nur um die Bewilligung für geringfügige Änderungen im Nord- und Ostbereich und klarerweise ausserhalb der Uferlinie von 20.00 m im Meldeverfahren ersucht.

Wenn die Beschwerdeführerin in der Folge gleichwohl abweichende und unbewilligte Umgestaltungen der Umgebung und statt der Errichtung der Erdsondenwärmepumpe an einem Standort teils innerhalb des Gewässerraumes eine Luft/Wasser-Wärmepumpe installierte, konnte dies nur willentlich und im Wissen um die Unrechtmässigkeit des Tuns und - entgegen ihrer Auffassung - nicht in gutem Glauben geschehen.

Der Wiederherstellung des gesetzmässigen Zustands ist entsprechend erhöhtes Gewicht beizumessen; die dem Bauherrn erwachsenden Nachteile, die vorliegend absehbar ausschliesslich finanzieller Natur sind, können entsprechend nur in verringertem Masse berücksichtigt werden. Dies gebietet der Grundsatz der gleichen und willkürfreien Behandlung von Baugesuchstellern sowie das präventive Verhindern von allfälligem eigenmächtigem baurechtlichem Verhalten Dritter ("Nachahmungstätter").

5.4.4 Trotz der Bösgläubigkeit der Beschwerdeführerin rechtfertigt sich vorliegend in Abweichung von den vorinstanzlichen Anordnungen eine differenzierte Beurteilung der Wiederherstellungsmassnahmen.

5.5 (...). Gemäss dem erwähnten Umgebungsplan tangiert die Luft/Wasser-Wärmepumpe die Uferlinie von 20 m mit maximal rund 0.70 m, den beanspruchten Gewässerraum mit rund 0.65 m<sup>2</sup>. Es ist durchaus vertretbar, diese Unterschreitung als geringfügig zu erachten. Zwar argumentiert der Regierungsrat auch mit durch die Verwendung der Luft/Wasser-Wärmepumpe im Gewässerraum verursachten Emissionen. Allerdings spezifiziert er diese Emissionen nicht weiter. Diese dürften sich im Wesentlichen auf die Lärmgeräusche reduzieren, welche wiederum nicht durchgehend anfallen und im Verhältnis zum permanent iterativen Strassenverkehrslärm vernachlässigbar sind. Berücksichtigt werden darf auch, dass Wärmepumpen nur wenig elektrische Primärenergie benötigen, was diese zu einer umweltfreundlichen Heiz- (und Kühl-)Technologie macht, womit sie ein wesentliches Element zur Erreichung der gesetzten energie- und klimapolitischen Ziele bilden (vgl. Energie-Schweiz, Bundesamt für Energie BFE, Die Wärme-Pumpen-Heizung, S. 13), was als öffentliches Interesse gewertet werden kann. Zwar ist hierin ebenfalls ein privates Interesse

(Energiesparpotential) zu erkennen und lässt sich damit eine Verletzung des Gewässerraumes grundsätzlich nicht legitimieren, darf aber im Verbund mit der Geringfügigkeit der Gewässerraumverletzung durchaus zu Gunsten der Beschwerdeführerin beim Verzicht auf eine Wiederherstellung bzw. Verschiebung der Luft/Wasser-Wärmepumpe um die erwähnten rund 70 cm beachtet werden.

5.6 Anders verhält es sich mit der Umgebungs- und Vorplatzgestaltung. Dieser (Platz mit Parkplätzen; Treppe im Nordostbereich samt Mauer [diese überwiegend]) befindet sich vollumfänglich mit 6.50 m bis 7.50 m (im Nordbereich) innerhalb der Seeuferlinie von 20 m und tangiert selbst die Uferlinie von 15 m in nicht unerheblichem Masse.

5.6.1 Die ursprünglich geplante und auch bewilligte Umgebungs- und Vorplatzgestaltung verunmöglicht eine zonen- und sachgerechte Nutzung des neuen MFH nicht. Dies wird von der Beschwerdeführerin auch nicht behauptet. Andernfalls wäre die Bewilligung nicht erteilt worden bzw. hätte sie nicht erteilt werden können. Sachliche Gründe, welche einer Wiederherstellung entgegenstehen, sind nicht ersichtlich.

5.6.2 Die Beschwerdeführerin bezieht sich insbesondere auf das zeitliche Element und macht namentlich geltend, dass die Gewässerraumfestlegung auf 15 m bevorstehe, und es daher unverhältnismässig wäre, sie zu einem Rückbau zu verpflichten für Bau- und Anlagenteile, welche sie schon bald rechtmässig errichten könnte.

[Gegenargumente des ARE]. Diesen Ausführungen ist vollumfänglich beizupflichten. Zu ergänzen ist, dass einer zukünftigen Nutzungsplanänderung/-anpassung, die überdies nicht gesichert ist, keine Vorwirkung zukommen kann. Überdies wird, wie gesagt, in nicht unerheblichem Umfang selbst der Gewässerraum von 15 m verletzt. (...).

5.7 Die Beschwerde ist somit insoweit teilweise gutzuheissen, als der angefochtene RRB Nr. 183/2023 die Verpflichtung der Beschwerdeführerin zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes der Luft/Wasser-Wärmepumpe (angeordnete Verschiebung ausserhalb des Gewässerraumes) bestätigt hat. Im Übrigen ist die Beschwerde abzuweisen.

(VGE III 2023 46 vom 20. Juli 2023; eine Beschwerde gegen diesen Entscheid ist beim Bundesgericht unter der Verfahrensnummer 1C\_511/2023 hängig).

## B 8.4

### 8.4 Gebäudehöhe

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

*Aus den Erwägungen:*

4.3.1 Der Gemeinderat erachtet das Gebäude an der Südseite als gestaffelt. Beim vorspringenden Erdgeschoss gelange der Mindestgrenzabstand von 4.00 m zur Anwendung (100 % der Gebäudehöhe von 3.12 m). Das Obergeschoss messe eine Höhe von 6.07 m. Der grosse Grenzabstand sei im selben Umfang ausgewiesen.

Der Regierungsrat teilte die Auffassung einer Staffelung des MFH an der Südseite. Eine gestaffelte Bauweise sei dann gegeben, wenn einzelne Bauteile oder -körper in einem gewissen Masse optisch verselbständigt seien (RRB Nr. 811 vom 10.9.2013, Erw. 4.3). Vorliegend sei das Obergeschoss gegenüber dem Erdgeschoss zwischen 2.5 m und 1 m zurückversetzt. Die optische Verselbständigung werde noch verstärkt durch das massive Vordach im Erdgeschoss. Es sei daher nicht zu beanstanden, dass der Gemeinderat von einer gestaffelten Baute ausgegangen sei. Zudem überzeuge auch die Argumentation der Beschwerdeführerin nicht, wonach die Grenzabstandsvorschriften eines Gebäudes jeweils umgangen werden könnten, indem einfach das unterste Geschoss ein paar Meter vorgezogen würde. Indem das unterste Geschoss vorgezogen werde, ändere sich nämlich nichts am Grenzabstand für den nicht vorgezogenen Gebäudeteil. Lediglich der vorgezogene und weniger hohe Gebäudeteil dürfe in diesem Fall einen geringeren Grenzabstand einhalten.

4.3.2 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 Terrassenhäuser 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.

Das Verwaltungsgericht fasste in VGE III 2017 226 vom 30. Mai 2018 Erw. 4.4.5 (= EGV-SZ 2018 B.2; vgl. auch VGE III 2019 137 vom 23.1.2020 Erw. 5.4.1 [betr. Freienbach]) seine (spärliche) Rechtsprechung zu in der Höhe gestaffelten Bauten zusammen. Demgemäss besteht keine kantonale Praxis, wonach lediglich bei einer Rückversetzung von mindestens 3 m von einem gestaffelten Baukörper gesprochen werden kann. (...).

Im Entscheid VGE III 2019 137 vom 23. Januar 2020 (Erw. 5.4.1) zeigten die Fassadenpläne, dass die Ebenen 02 und 03 gegenüber den unterliegenden Ebenen um 5 m zurückversetzt waren. Des Weiteren betrug die Grundmasse der Ebenen 01 und 00 21.75 m x 18.00 m, diejenigen der Ebenen 02 und 03 hingegen 20.00 m x 13.00 m, dies jeweils unter Einschluss begehbarer Flachdächer/Balkone. Zudem hielt das Verwaltungsgericht fest, dass die durch die äussere Gestaltung erzielte visuelle Abschwächung des Eindruckes einzelner Baukörper nicht dazu führen könne, der Baute die Qualifikation als gestaffelte Baute zu versagen.

In VGE III 2021 134 vom 14. Dezember 2021 (betr. Gemeinde Freienbach) war die Staffelung bei einem Einfamilienhaus zu beurteilen, das ein Gartengeschoss und ein OG umfasste. Über einem Teil des Gartengeschosses sowie über einem gedeckten Sitzplatz lag eine vom OG her begehbare 3.95 m tiefe und über die ganze Länge des OG von über 17.00 m reichende Terrasse. Die - grundsätzlich unbestrittene - Staffelung wurde bejaht.

4.3.3 Entgegen der Auffassung der Vorinstanzen lässt vorliegend vorab bereits die Visualisierung der Südseite des geplanten MFH (aus der Südwestperspektive) auf dem Plan Nr. 19114-2-03a (Fassaden + Schnitte revidiert) nichts erkennen, was auf eine Staffelung der Südseite hinweisen kann.

Nichts anderes ergibt sich aus der Darstellung der Fassaden selbst. (...). An der Südfassade wird durch den Dunkelton die Brüstung des Vordaches betont. Die Ostfassade weist südseitig ("links") die Rückversetzung des OG um einen Meter aus. Ansonsten tritt analog der Südfassade das Vordach markant in Erscheinung. An der Westfassade (südseitig, "rechts") wird die Vorversetzung des EG samt Vordach nur in Umrissen dargestellt, was sich mit der dortigen durch die Terrasse bedingten Rückversetzung des Südteils der Westfassade erklärt. Indessen wird aus dieser Optik eine Rückversetzung des OG gegenüber dem EG um 1.50 m sowie ein Vordach mit einer Ausladung von 1.00 m erkennbar.

Nichts anderes ergibt sich auch aus der numerischen Analyse. Im östlichen Bereich (Doppelgarage) ist das OG auf einer Länge von 7.05 m gegenüber dem EG um einen Meter zurückversetzt (11.50 m gegenüber

## B 8.5

12.50 m). Anschliessend ist das OG auf einer Länge von 7.15 m um 1.50 m zurückversetzt (11.50 m gegenüber 13.00 m). Auf dieser gesamten Länge von 14.50 m (14.20 m zuzüglich Mauerstärke von 0.30 m der westlichen Stützmauer des Vordachs [von einer Tiefe von 1.0 m]) ist das EG von einem Vordach überdacht, welches im Ostbereich eine Tiefe von 1.50 m aufweist und im Westbereich entsprechend 1.00 m. Im Osten erstreckt sich das Vordach (als Vordach des Unterstandes = Nebenbaute) um dessen Breite von 2.50 m über die Westfassade des MFH hinaus. Am Westrand über eine Länge von 2.80 m (Terrasse Süd) bleibt es bei einer Rückversetzung des OG gegenüber dem EG um 1.50 m. (...) die gesamte Fläche der Rückversetzung (ohne Berücksichtigung des Vordachs) beträgt  $19 \text{ m}^2$ , was bei einer Länge von 14.50 m einer durchschnittlichen Rückversetzung des OG von rund 1.30 m entspricht. Ungefähr im gleichen durchschnittlichen Umfang ist dem EG zudem das Vordach vorgesetzt.

Die von den Vorinstanzen erkannte Staffelung ist mithin entscheidend geprägt vom Vordach. Ein Vordach gilt indessen als abstandsprivilegierter Gebäudeteil im Sinne von § 59 Abs. 2 PBG und Art. 27 Abs. 5 BauR. Damit ist nicht vereinbar, ein Vordach (gleichzeitig) als eine Gebäudestaffelung bewirkendes Bauelement zu berücksichtigen. Dem steht allein schon die Tatsache entgegen, dass mit der Länge eines Vordaches und dessen Gestaltung eine entsprechende gestaffelte Wirkung beliebig "gesteuert" werden könnte und insofern der rechtsmissbräuchlichen Verwendung solcher architektonischer Elemente Vorschub geleistet werden könnte.

(VGE III 2023 31+35 vom 25. August 2023).

## 8.5 Geschosszahl

- *(Un-)Zulässigkeit von Aufbauten auf Attikageschossen.*

*Aus den Erwägungen:*

3.1.1 Stein des Anstosses der Beschwerdeführer sind die zwei Dachausstiege auf die drei Terrassen des Attikageschosses (AG). Ein östlicher Aufbau führt zu einer nördlichen Terrasse ( $13.8 \text{ m}^2$ ) und weist eine Grundfläche von 1.60 m (Nord-Süd) x 5.95 m (West-Ost) auf. Südlich an diesen angebaut (mit Bündigkeit an der Ostseite) folgt ein Aufbau mit einer Grundfläche von 4.27 m x 3.57 m zu einer südlichen Terrasse ( $20.6 \text{ m}^2$ ). Ein westlicher Aufbau zu einer westlichen Terrasse ( $17.6 \text{ m}^2$ ) weist eine

Grundfläche von 5.15 m x 1.60 m auf. Die Höhe der Ausstiege misst 2.70 m.

Die Beschwerdeführer wollen im Dachgeschoss (DG)/AG mit den beiden Aufbauten für die Ausgänge zu den Dachterrassen eine unzulässige Doppelgeschossigkeit bei einer Attika erkennen. Dies habe auch zur Konsequenz, dass als Gebäudehöhe die Oberkante des Dachabschlusses des in den Plänen als Attika bezeichneten ersten Dachgeschosses gelte. Die beiden Dachaufbauten vermittelten den Eindruck eines weiteren Geschosses auf dem Attikageschoss.

3.1.2 Der Gemeinderat hat sich zu diesen Rügen - soweit ersichtlich - in der Baubewilligung nicht geäußert bzw. mangels einspracheweiser Geltendmachung nicht äussern müssen. Er hat sich zu den Dachausstiegen und der Nutzung der Dachfläche des DG bei der Beurteilung der Einordnung geäußert (Erw. 2). Das Gleiche gilt für das Verwaltungsbeschwerdeverfahren.

3.2.1 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). Nicht berücksichtigt werden unter anderem Aufbauten bei Schräg- und Flachdächern, sofern sie nicht mehr als einen Drittel der Fassadenlänge einnehmen (§ 60 Abs. 3 lit. b PBG) sowie Attikageschosse und Dachbrüstungen, sofern ihre Fassaden auf der Schmalseite innerhalb eines Giebeldreiecks von 45° liegen sowie auf der Längsseite mit Ausnahme von maximal einem Drittel dieser Fassadenlänge um das Mass ihrer Höhe von der Fassade des darunter liegenden Geschosses zurückversetzt sind (§ 60 Abs. 3 lit. c PBG). Die analogen Regelungen kennt Art. 31 Abs. 2 f. BauR. (...).

3.2.2 Das PBG macht keine Vorschriften zur zulässigen Geschossezahl. Gemäss Art. 32 Abs. 1 BauR wird die zulässige Geschossezahl durch die Zonenvorschriften bestimmt. Für ihre Berechnung ist die Anzahl der Vollgeschosse massgebend. Dachgeschosse und Untergeschosse werden bei der Ermittlung der Geschossezahl nicht angerechnet. (...). Geschosse die in einem Dachraum liegen und eine Dachneigung von max. 45°a. T. und eine Kniestockhöhe von weniger als 1 m aufweisen, sowie Attikageschosse, die allseitig um den Winkel von 45°a. T. zurückversetzt sind, gelten als Dachgeschosse. Aufbauten bei Schräg- und Flachdächern bis zu einem Drittel der Fassadenlänge sind zulässig.

## B 8.5

Laut Ziff. 3.1 der (gemeinderätlichen) Vollzugshilfen zum BauR (VHzBR; Stand 1.12.2018) gilt als massgeblicher Punkt für die Zurückversetzung um den Winkel von 45° der Schnittpunkt der Fassade mit der Dachhaut, bei Flachdächern bis zur Oberkante des Dachabschlusses. In Anlehnung an herkömmliche Dachgeschosse (Kniestockhöhe) darf eine massive, in homogener Gestaltung mit der Fassade hochgezogene Brüstung das Mass von weniger als 1.00 m ab oberkant Dachhaut nicht überschreiten, wobei die maximal zulässige Gebäudehöhe eingehalten bleiben muss. (...).

3.3.1 Der Gemeinderat hat dargelegt, dass das DG/AG des geplanten MFH allseitig eine massive Brüstung aufweist, womit die Rückversetzung dem Mass von oberkant Brüstung bis oberkant Flachdach zu entsprechen hat. Die (korrigierte) Brüstungshöhe liege bei 0.99 m Höhe, was zulässig sei. Bei einer Höhe von 2.00 m ab der Brüstung bis oberkant Flachdach (Attika) sei die verlangte Rückversetzung im selben Ausmass einzuhalten. Das Mass werde ausgewiesen. An allen vier Fassaden im Attikageschoss sei je eine Dachaufbaute geplant. Die Bauherrschaft ermittle jeweils die Drittelslänge von der zugeordneten Fassadenlänge des AG. Massgebend für die Geschoszahl (wie auch für die Gebäudehöhe, nicht aber für die Ausnutzungsfreiheit) sei die Fassadenlänge des Erdgeschosses. Diese sei länger. Die Drittelsvorgabe werde allseitig gewahrt. Bei einer Höhendifferenz von 2.70 m von oberkant Attika bis oberkant Dachabschluss (Aufbauten / Dachausstiege) sei ebenfalls eine Rückversetzung im selben Ausmass verlangt. Das Mass von 2.70 m bleibe, unter Berücksichtigung der korrekten Rückversetzungslinie, gewahrt. Die Absturzsicherungen auf dem Flachdach über dem Attika seien in den Planunterlagen filigran dargestellt. Zudem würden diese richtigerweise als Staketten oder Glasgeländer umschrieben und dargestellt. Hier werde, sofern die Absturzsicherungen ausserhalb der Rückversetzungslinie angedacht seien, weisses Klarglas verlangt. In der Gesamtbetrachtung stelle das Attika ein höhen- und abstandsbehaftetes Dachgeschoss dar.

3.3.2 Diese gemeinderätlichen Ausführungen lassen sich anhand der Planunterlagen verifizieren (...).

3.3.3 Damit ist indes noch nichts gesagt zur Frage, ob solche Aufbauten auf einem AG überhaupt zulässig sind und/oder im Sinne des Standpunktes der Beschwerdeführer Konsequenzen für die Bemessung der Höhe des MFH sowie hinsichtlich der anrechenbaren Vollgeschosse haben. Weder das PBG noch das BauR äussern sich zur Frage von Aufbauten auf den Dächern von Attikageschossen.

3.3.4 Gleichwohl kann bereits an dieser Stelle festgehalten werden, dass die allseitige Rückversetzung von Aufbauten auf einem AG um ihre Höhe kein Kriterium für deren Zulässigkeit sein kann, denn dies liefe im Ergebnis auf die Zulässigkeit eines AG auf einem AG hinaus, was nicht Sinn und Zweck des AG und dessen Privilegierung bei der AZ wie bei der Geschossberechnung sein kann.

3.4 Unter Dachaufbauten werden in der Architektur grundsätzlich alle über die Grundform des Daches hinausragenden Bauteile (Dachfenster, Dacherker und Zwerchhäuser, aber auch Attiken, Balustraden, Ziergiebel, Schornsteine) und die vielgestaltigen Aufbauten auf Flachdächern, Dachterrassen oder Dachgärten verstanden (vgl. EGV-SZ 2007 C 2.2 Erw. 4.3.2; EGV-SZ 1994, Nr. 4 Erw. 6 mit Hinweisen). Als Dachaufbauten gelten sämtliche Bauteile, welche oberhalb der Dachhaut in Erscheinung treten bzw. die Dachfläche nach aussen durchstossen. Nach der Praxis gehören zu den Dachaufbauten auch auskragende Vordächer, Brüstungen und andere massive Bauteile. Ein die Trauflinie durchbrechender Dacherker wird ebenfalls als Dachaufbau gewürdigt (vgl. EGV-SZ 2007 C 2.2 Erw. 4.3.3 mit Hinweisen). Zu den Dachaufbauten gehören nicht nur die "reinen" Baukörper, sondern jeder Gebäudeteil, der zu einer optischen Aufblähung des Gebäudekörpers führt, also z.B. auch Vordächer (sofern sie mehr als üblich auskragen), Brüstungen und andere massive Bauteile (vgl. Fritzsche/Bösch/Wipf, Zürcher Planungs- und Baurecht, 5. Aufl., Zürich 2011, S. 943) (vgl. VGE III 2018 180 vom 25.3.2019 Erw. 2.4.1).

In diesem Sinne ist zum einen klarzustellen, dass als "Dachhaut" bei einem AG das Dach des darunterliegenden (Voll-)Geschosses zu verstehen ist. So definiert auch Ziff. 6.3 Anhang 1 ("Begriffe und Messweisen") der Interkantonalen Vereinbarung über die Harmonisierung der Baubegriffe (IVHB), die im Kanton Schwyz indes nicht verbindlich ist (vgl. § 52 Abs. 3 PBG; betreffend Austritt des Kantons Schwyz per 22.9.2022 aus dem Konkordat vgl. Protokoll der Kantonsratssitzung vom 30.3.2022 S. 849 bis 860), AG als "auf Flachdächern aufgesetzte, zusätzliche Geschosse". Zum andern sind mit den "Dachaufbauten" im BauR (Art. 24 Abs. 3; Art. 31 Abs. 3 lit. b; Art. 32 Abs. 1) nicht Aufbauten auf den Dächern von Attikageschossen gemeint, sondern Vorsprünge eines AG bis an den Fasadendrand des darunterliegenden Vollgeschosses, welche der Qualifikation als AG nicht abträglich sind (vgl. auch die Skizze in Ziff. 3.2 VHzBR).

Allein in der derart besetzten Bedeutung des Rechtsbegriffs einer "Dachaufbaute" kann ein Indiz gegen die Zulässigkeit von (Dach-)Aufbauten auf einem AG gesehen werden, welche nicht als technisch bedingte Bauten wie beispielsweise ein Liftaufbau zu qualifizieren sind.

## B 8.5

3.5.1 Der Gemeinderat hat in der Baubewilligung die Dachausstiege über dem DG/AG und die Nutzung der Dachfläche als "neu im Quartier" bezeichnet (Erw. 2). Hieraus ist an und für sich zu schliessen, dass andernorts in der Gemeinde Baubewilligungen für vergleichbare Dachausstiege und Dachterrassen gewährt wurden. Indes schweigt sich der Gemeinderat hierzu aus. Auch den Akten lassen sich keine Hinweise dafür entnehmen, dass vergleichbare Aufbauten auf AG bereits bestehen oder nicht. Mithin kann nicht angenommen werden, dass eine entsprechende (kommunale) Praxis besteht.

3.5.2 Den Beschwerdegegnern ist beizupflichten, dass die Beschwerdeführer aus dem in EGV-SZ 2016 B 8.4 (Erw.2.3) publizierten Entscheid an und für sich nichts zu ihren Gunsten herleiten können. In Erw. 2.3 dieses Entscheides wird unter anderem ausgeführt, dass die Zweigeschossigkeit des Dachgeschosses nicht gegen einen Schnittpunkt Fassade/ Dachhaut zur Bemessung der Gebäudehöhe spricht.

Auf den vorliegenden Fall angewendet könnte dies entgegen der Auffassung der Beschwerdeführer so verstanden werden, dass (auch) Aufbauten auf einem DG/AG keine Konsequenzen für die Bemessung der Höhe haben, soweit sie - gleich dem zweiten Dachgeschoss - grundsätzlich innerhalb des 45°-Winkels (eines fiktiven Giebeldaches) liegen. Dies würde jedoch zur vorstehend erwähnten (Erw. 3.3.4) unzulässigen Konstellation eines "AG auf einem AG" führen.

3.6.1 Mit VGE III 2022 94 vom 26. Oktober 2022 hatte das Verwaltungsgericht jüngst zu beurteilen, ob die Errichtung eines offenen Sitzplatzes auf einem Attikadach mit einer Absturzsicherung in der Form eines Staketengeländers, welches an bzw. auf den Sitzplatz umfassenden Blockstufen (mit einer Gesamthöhe von Blockstufe samt Staketengeländer von 1 m ab Oberkante Attikadach) montiert werden sollte, zulässig ist. Dabei hat das Verwaltungsgericht erwogen (Erw. 5.4), dass es verschiedentlich befunden habe, dass Geländer auf einem Flachdach bei der Ermittlung der Gebäudehöhe im Sinne von § 60 Abs. 2 PBG in der Regel nicht mitzuberücksichtigen sind (zum Ganzen VGE III 2017 115+117 vom 24.11.2017 Erw. 7.4, mit Hinweis u.a. auf VGE 1062/05 vom 15.2.2006 Erw. 4.7). Solche Geländer sind nicht mit Dachbrüstungen gemäss § 60 Abs. 3 lit. c PBG gleichzusetzen.

Mit VGE III 2014 103 vom 28. August 2014 (betr. Gemeinde Freienbach) hat das Verwaltungsgericht zudem die Nutzung eines Attikadaches als Terrasse - unter Vorbehalt der Zurückversetzung der Geländer um das Mass ihrer Höhe innerhalb der 45°-Linie des Attikas - als zulässig erachtet

und konkret weder eine Beeinträchtigung nachbarlicher Interessen noch eine Umqualifizierung zu einem anrechenbaren Vollgeschoss erkennen können, das Zweite in Analogie zu einer als Nebenbaute qualifizierten Garage, die ihre Eigenschaft als Nebenbaute in der Regel nicht verliert, wenn ihr Dach als Terrasse nutzbar gemacht wird. Der Gemeinderat hielt in diesem Fall allerdings gleichzeitig fest, dass zusätzliche Möblierungen dieses als Terrasse zu nutzenden Bereichs wie massive Pflanzentröge, fest verankerte Errichtungen zum Sichtschutz sowie weitere fassadenähnliche Errichtungen zu vermeiden sind, und untersagte dies in seinem Beschluss. (Erw. 4.2.3).

Hieraus ist zu schliessen, dass die Gemeinde im Rahmen der zulässigen Nutzung des AG-Daches als Terrasse grundsätzlich keine zusätzlichen Bauten und Anlagen auf dem AG-Dach dulden wollte bzw. will. Hierfür spricht auch die Tatsache, dass sich hierzu in der VHzBR keine entsprechenden Angaben oder Hinweise finden.

3.6.2 Dach- und Attikageschosse werden, soweit sie die gesetzlichen Vorgaben erfüllen, weder bei der AZ noch bei der Geschosshöhe angerechnet. Diese Vorgaben werden abschliessend aufgezählt (Art. 24 Abs. 3 BauR sowie Art. 32 Abs. 1 BauR). Ebenso wird ein AG bei erfüllter Voraussetzung von Art. 31 Abs. 3 lit. c BauR (Rückversetzung mindestens um das Mass ihrer Höhe von der Fassade) bei der Gebäude- und Firsthöhe nicht berücksichtigt. Der abschliessende Charakter dieser Aufzählung spricht dafür, dass den Voraussetzungen nicht entsprechende, so auch zusätzliche nicht vorgesehene bauliche Elemente, bei AG (wie bei DG) den Privilegierungen schädlich sind.

3.6.3 Ziff. 2.1 VHzBR bestimmt in Ergänzung zu Art. 24 Abs. 3 BauR betreffend das nutzungsfreie Dachgeschoss, dass in den Genuss der Nichtanrechenbarkeit zur Bruttogeschossfläche nur eine Dachgeschossebene, und zwar diejenige, welche über einem Vollgeschoss liegt, gelangen kann. Den Rahmen eines Estrichs übersteigende Nutzungen im darüber liegenden Luftraum ("Spitzboden") sind nicht zulässig. Der Zugang ab einer Wohnung hat mittels einer ausziehbaren Estrichtreppe (keine festmontierte Treppe) zu erfolgen.

Aus dieser Regelung ist zum einen abzuleiten, dass nur eine Geschossebene privilegiert werden soll. Zum andern wird der Zugang ab einer Wohnung im DG zum darüberliegenden (zweiten) DG durch eine festmontierte Treppe untersagt. Angesichts der Parallelisierung und Gleichbehandlung der in den gleichen Bestimmungen privilegierten DG und AG (hierzu vgl. EGV-SZ 2006 B 8.2 Erw. 4.2; VGE III 2007 173 vom 24.12.2008 Erw. 4.5.4) drängt es sich entsprechend auf, auch die Terrassennutzung

## B 8.5

von AG-Dächern nur über einfache Treppen zu ermöglichen. Im vorerwähnten VGE III 2022 94 vom 26. Oktober 2022 war in diesem Sinne namentlich auch die Bewilligungsfähigkeit einer schmalen Aussentreppe, welche gleichzeitig als Servicetreppe zur Solaranlage, die sich ebenfalls auf dem gleichzeitig als Terrasse genutzten Dach des AG befand, strittig.

3.7 Zusammenfassend ist somit einerseits festzuhalten, dass eine Nutzung des Daches eines AG als Terrasse - so auch vorliegend - grundsätzlich zulässig ist. Mit dem Wesen und dem Charakter eines AG sind andererseits Aufbauten auf demselben ebenso grundsätzlich nicht zu vereinbaren. Dies bedeutet, dass eine Nutzung als Terrasse keine (erheblichen) baulichen Massnahmen, welche über einen einfachen (Treppen-) Aufstieg und - optisch vertretbare - Sicherungsmassnahmen (Absturzsicherung) hinausgehen, nach sich ziehen darf.

Für diese Lösung spricht auch die Auslegung der relevanten (kommunal-)baurechtlichen Bestimmungen unter Einschluss der VHzBR. Soweit Aufbauten auf Dächern von AG baureglementarisch nicht explizit thematisiert werden, ist hierin ein qualifiziertes Schweigen des Gesetzgebers zu sehen, das im Einklang mit dem Grundsatz steht, dass die Funktion eines AG - gleichwie die Funktion eines DG - als oberstes und privilegiertes Geschoss ein weiteres Geschoss und weitere Aufbauten (mit Ausnahme allfälliger technisch bedingter Aufbauten) bereits wesensgemäss ausschliesst. Für eine kommunale Praxis, gemäss welcher gleichwohl Aufbauten auf Dächern von AG (mit Ausnahme allenfalls technisch bedingter Aufbauten) bewilligt werden, sprechen keine Anhaltspunkte. Vielmehr hat sich der Gemeinderat in der Vergangenheit gegen die Zulässigkeit nicht nur von baulichen Massnahmen mit fassadenähnlicher Wirkung auf Dächern von AG, sondern selbst von (massiven) Pflanzenträgen ausgesprochen. Dass die beiden Treppenausstiege über ebenfalls als unzulässig erachtete fest verankerte Einrichtungen (zum Sichtschutz) hinausgehen und ihnen durchaus eine fassadenähnliche Wirkung zukommt, veranschaulichen die Planunterlagen.

(VGE III 2023 30 vom 25. August 2023).

---

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

---

### 10.1 Schulrecht - Verweigerung einer definitiven Lehrbewilligung

- *Beschwerdelegitimation des Schulträgers.*
- *Voraussetzungen für die ausnahmsweise Erteilung einer dauernden Lehrbewilligung und Anwendung im konkreten Fall.*

*Aus dem Sachverhalt:*

Der Lehrperson fehlte für die Ausstellung des EDK [Konferenz der kantonalen Erziehungsdirektorennen und -direktoren]-anerkannten Lehrerdiplooms der Nachweis der erforderlichen Fremdsprachenkompetenz. Zu deren Erwerb räumte ihr die Pädagogische Hochschule Schwyz [PHSZ eine Frist bis Ende 2024 ein. Nach provisorischen Lehrbewilligungen in den Schuljahren seit 2017/2028 ersuchte die Schulleitung den kantonalen Erziehungsrat im Oktober 2022 um die definitive Lehrbewilligung für die Lehrperson; infolge einer psychischen Belastungssituation sei es der Lehrperson nicht möglich und zumutbar, den geforderten Nachweis der Fremdsprachenkompetenz zu erbringen.

Der Erziehungsrat gewährte weitere befristete Lehrbewilligungen verbunden mit dem Hinweis, dass die Lehrperson ab Schuljahr 2025/2026 ohne anerkannten Ausbildungsabschluss im Kanton nicht mehr eingesetzt werden könne.

*Aus den Erwägungen:*

1.2.1 Für das Schulwesen sind die Kantone zuständig (Art. 62 Abs. 1 BV). Das kantonale Volksschulgesetz (VSG; SRSZ 611.210) vom 19. Oktober 2005 regelt das Volksschulwesen, welches den Kindergarten, die Primarstufe, die Sekundarstufe I, die Sonderschulung, das Sonderpädagogische Angebot und die Spezialdienste beinhaltet (§ 1 VSG).

Wer als Lehrperson an der Volksschule unterrichten will, benötigt einen nach internationalem oder interkantonalem Recht anerkannten Ausbildungsabschluss. Der Erziehungsrat kann weitere Ausbildungsabschlüsse anerkennen (§ 49 Abs. 1 VSG). Der Erziehungsrat bestimmt, welche Ausbildungsabschlüsse für die einzelnen Schularten und für die Schulung von

## B 10.1

Schülerinnen und Schülern mit besonderen pädagogischen Bedürfnissen vorausgesetzt (§ 49 Abs. 2 VSG). Der Erziehungsrat kann ausnahmsweise einer Person, die über keinen anerkannten und vorausgesetzten Ausbildungsabschluss verfügt, eine dauernde oder befristete Lehrbewilligung erteilen, wenn ihre Befähigung anderswie ausgewiesen ist (§ 50 VSG).

1.2.2 Dem Bezirks- bzw. Gemeinderat obliegt neben den durch die Rechtsordnung übertragenen Aufgaben unter anderem insbesondere die Anstellung des Lehrpersonals gemäss Personalrecht, soweit er diese Aufgabe nicht dem Schulrat überträgt (§ 60 Abs. 2 lit. d VSG; vgl. § 5 Abs. 1 des Personal- und Besoldungsgesetzes für die Lehrpersonen an der Volksschule [PGL; SRSZ 612.110] vom 27.6.2002). Als Lehrpersonen dürfen grundsätzlich nur Personen angestellt werden, die über einen anerkannten Ausbildungsabschluss verfügen (§ 6 Abs. 1 PGL). Ausnahmsweise können Lehrpersonen ohne anerkannten Ausbildungsabschluss angestellt werden. Der Erziehungsrat regelt die Einzelheiten (§ 6 Abs. 2 PGL). Das Arbeitsverhältnis der Lehrpersonen mit anerkanntem Ausbildungsabschluss oder definitiver Lehrbewilligung des Erziehungsrates ist in der Regel unbefristet (§ 7 PGL).

1.2.3 Mit ERB Nr. 76 vom 1. Dezember 2016 hat der Erziehungsrat das Verfahren zur Erteilung von definitiven Lehrbewilligungen bei unter anderem unvollständiger Ausbildung auf der Primarstufe festgelegt. Es betrifft dies beispielsweise Lehrpersonen, denen das Sprachdiplom fehlt. Das Amt für Volksschulen (AVS) beantragte dem Erziehungsrat, dass folgende Bedingungen erfüllt sein müssen (S. 2 Ziff. 2.1):

- Bericht der Schulleitung über die erfolgten Unterrichtsbesuche und die Unterrichtsbeurteilung;
- Positiver externer Expertenbericht durch einen Fachdozenten auf Hochschulniveau aufgrund von mindestens zwei Unterrichtsbesuchen;
- Positive Unterrichtsbeurteilung durch die Abteilung Schulcontrolling;
- Kosten für die externe Expertentätigkeit zulasten des Kandidaten; Kosten für die Expertentätigkeit des Schulinspektors zulasten des AVS;
- Gesuch für eine definitive Lehrbewilligung und Empfehlung des Schulträgers mit Begründung nach zwei Jahren befristeter Lehrbewilligung;
- Abschliessender Entscheid des Erziehungsrates, ob eine dauernde oder nochmalige befristete Lehrbewilligung erteilt wird.

Das AVS beantragte dem Erziehungsrat zudem, dass der Erziehungsrat Gesuchen für dauernde Lehrbewilligungen gemäss diesem Verfahren nur in Ausnahme- oder Härtefällen nachkommen soll. Der Erziehungsrat erwog unter anderem (S. 6 Erw. 2 f.), die Kriterien für die Erteilung von definitiven Lehrbewilligungen an Lehrpersonen mit unvollständiger Ausbildung (z.B. fehlendes Sprachdiplom) seien "klar umschrieben" und es sei richtig, dass sie lediglich in Ausnahme- oder Härtefällen zur Anwendung kämen. Die Neuerungen dürften die reguläre Lehrerausbildung nicht unterlaufen. Dies sei jedoch nicht zu befürchten, da die Anpassungen massvoll seien und letztlich Einzelfälle betreffen.

Dieser ERB wurde (integral) in den Wegweiser zur Gesetzgebung Volksschule (hrsg. vom kantonalen Amt für Volksschulen und Sport, Stand Dezember 2022, S. 129, 4.2.3) übernommen.

1.3.1 Die Zuständigkeit zur Anstellung von Lehrpersonal liegt zwar beim Bezirksrat. Die Voraussetzungen, welche an das Lehrpersonal gestellt werden, sind indes kantonalrechtlich definiert. Insbesondere der abschliessende Entscheid über die ausnahmsweise Anstellung von Lehrpersonen ohne anerkannten Ausbildungsabschluss auf ein Gesuch des Schulträgers hin ist allein dem Erziehungsrat anheimgestellt. Dies spricht gegen eine Autonomie des Schulträgers in diesem Bereich. Die "Autonomie" des Schulträgers bei der Anstellung von Lehrpersonen beschränkt sich an und für sich auf die Freiheit zur Gesuchstellung.

Hingegen lässt die Tatsache, dass Gesuche um ausnahmsweise Lehrbewilligungen für Bewerberinnen und Bewerber, die über keinen anerkannten oder vorausgesetzten Ausbildungsabschluss verfügen, "nur von den Schulträgern und nur für eine konkrete Stelle eingereicht werden" können (Wegweiser S. 129, Ziff. 4.2.2), auf ein schutzwürdiges Interesse des Schulträgers an der beschwerdeweisen Überprüfung der Abweisung eines Gesuchs um Erteilung einer ausnahmsweisen Lehrbewilligung für eine bestimmte Lehrperson und eine konkrete Stelle schliessen.

### 1.3.2 (Beschwerdelegitimation der Lehrperson).

1.4 § 50 VSG sieht die Möglichkeit der ausnahmsweisen Erteilung einer dauernden wie befristeten Lehrbewilligung für Personen, die über keinen anerkannten und vorausgesetzten Ausbildungsabschluss verfügt, vor, sofern die Befähigung anderswie ausgewiesen ist.

Den Beschwerdeführern ist zwar beizupflichten, dass sich dieser Bestimmung keine Angaben entnehmen lassen, innert welcher Frist vor dem letztmöglichen Termin zur Absolvierung der Sprachprüfung ein Gesuch um ausnahmsweise Erteilung einer definitiven Lehrbewilligung einzureichen

## B 10.1

ist. Indessen rechtfertigt sich ein Zuwarten mit der Einreichung und Behandlung eines Gesuchs aus der dem Gesetz immanent innewohnenden Überlegung, dass an der Volksschule als Regelfall (§ 49 Abs. 1 VSG) grundsätzlich nur Lehrpersonen unterrichten sollen und dürfen, welche über einen nach nationalem oder interkantonalem Recht anerkannten Ausbildungsabschluss verfügen. Hierfür bzw. für das Erlangen des erforderlichen Sprachzertifikats wird eine grosszügige Frist gewährt - so vorliegend auch der Lehrperson -, womit der erforderlichen Vorbereitungszeit Rechnung getragen wird.

### 2.1.1 (...)

3.1.1 Die Beschwerdeführer rügen replizierend, § 50 VSG stelle keine ausreichende Grundlage dar, um zu verlangen, dass für eine definitive Lehrbewilligung ein "absoluter Härtefall" vorliegen müsse.

3.1.2 Bei § 50 VSG handelt es sich zum einen um eine "Kann"-Bestimmung, zum andern enthält die Norm einen unbestimmten Rechtsbegriff ("ausnahmsweise"). Dem Erziehungsrat steht mit der Kann-Formulierung ein Entschliessungsermessen zu (vgl. Wiederkehr, in: Wiederkehr/Richli, Praxis des allgemeinen Verwaltungsrechts, Bern 2012, § 5 Rz. 1472). Das heisst, er kann grundsätzlich von der (ausnahmsweisen) Erteilung einer Lehrbewilligung auch absehen, wenn die erforderlichen Voraussetzungen (anderweitiger Ausweis der Befähigung; Ausnahmesituation) an und für sich erfüllt sind. Begrenzt wird dieses Entschliessungsermessen im Allgemeinen durch die rechtsstaatlichen Grundsätze wie Willkürverbot, Rechtsgleichheit und Verhältnismässigkeit (Wiederkehr, a.a.O., § 5 Rz. 1498). Vorliegend wird der Ermessensspielraum des Erziehungsrates zusätzlich begrenzt durch die vom Gesetzgeber vorgesehene nur "ausnahmsweise" Erteilung einer Lehrbewilligung an Personen ohne anerkannten Ausbildungsabschluss. Diese zusätzliche Einschränkung steht im Zeichen des Gleichbehandlungsgrundsatzes wie des Willkürverbotes. Andernfalls könnte leichthin eine Benachteiligung von (Lehr-)Personen drohen, welche den gesamten Ausbildungsweg (auch unbesehen gesundheitlicher Beeinträchtigungen) beschreiten und/oder die erforderlichen Abschlüsse erst nach mehrmaligen Anläufen erlangen.

Es ist auch nicht zu beanstanden, wenn der unbestimmte Rechtsbegriff der "ausnahmsweisen" Erteilung als Vorliegen eines Härtefalls verstanden wird (vgl. Urteil BGer 2C\_484/2014 vom 14.11.2014 Erw. 4.1 und Erw. 4.6.1 ff. betr. Art. 9 Abs. 3 der Verordnung vom 8.5.1995 über die Zulassung zur Eidgenössischen Technischen Hochschule Lausanne [Zu-

lassungsverordnung ETHL; SR 414.110.422.3]). Soweit die Beschwerdeführer der Auffassung sind, in ihrem Fall werde die Ausnahme zu ihren Ungunsten sogar auf einen "absoluten Härtefall" verengt, findet dies im Wegweiser (wie im Gesetz) wie auch im angefochtenen RRB keinen Niederschlag. Da positive Berichte der Schulleitung sowie von Schulinspektoren (Schulcontrolling) wie gegebenenfalls auch externer Experten und Fachdozenten grundsätzlich über den Lehrbetrieb einer jeden Lehrperson erwartet und verlangt werden dürfen, rechtfertigt es sich - nicht zuletzt im Zeichen der vorerwähnten Gleichbehandlung mit patentierten Lehrkräften und willkürfreien Erteilung von Ausnahmegewilligungen - allerdings durchaus, an die Ausnahmesituation (und somit auch den Härtefall) hohe Anforderungen zu stellen.

Der Folgerung der Beschwerdeführer, die definitive Lehrbewilligung sei auch zu erteilen, wenn kein Härtefall vorliege, kann bereits im Grundsatz nicht beigeplichtet werden. Ebenso wenig kann der aktuelle Lehrmangel im Einzelfall einen Härtefall begründen, um eine ausnahmsweise definitive Lehrbewilligung zu erhalten.

3.1.3 Im Sinne der vorinstanzlichen Argumentation kann somit festgehalten werden, dass die Erteilung einer (definitiven) Lehrbewilligung an den Beschwerdeführer Ziff. 2 nicht in Frage kommen kann, wenn und solange eine Ausnahmesituation/ein Ausnahmegrund zu verneinen ist.

### 3.2.1 (Medizinische Situation der Lehrperson/Arztberichte).

3.3 Bei der gebotenen Gesamtwürdigung und insbesondere in Berücksichtigung der Arztberichte ist den Vorinstanzen beizupflichten, dass derzeit noch nicht von einer Ausnahmesituation (verstanden als Härtefall), wie von § 50 VSG verlangt, ausgegangen werden kann. (...).

Es ist damit angesichts der dem Beschwerdeführer Ziff. 2 verbleibenden Zeit zur Absolvierung der Sprachprüfung und der ärztlicherseits nicht überzeugend belegten Unüberwindbarkeit der Prüfungsphobie derzeit noch nicht von einem Härtefall auszugehen. Wie der Erziehungsrat anerkennt, stellt das Sprachzertifikat C1 eine hohe Anforderung dar. Diese Anforderung rechtfertigt sich jedoch angesichts der Bedeutung einer hohen Sprachkompetenz der Lehrpersonen für den Lernerfolg der Schülerinnen und Schüler.

### 3.4 (...).

3.5 Festzuhalten ist, dass der Regierungsrat den Beschwerdeführer Ziff. 2 auch darauf hingewiesen hat, dass es ihm unbenommen bleibt, bis

## B 10.2

zum Mai 2024 erneut ein Gesuch um die (ausnahmsweise) Erteilung einer definitiven Lehrbewilligung zu stellen, falls er es nicht schafft, das Sprachzertifikat fristgerecht zu erwerben.

(VGE III 2023 13 vom 25. April 2023).

### 10.2 Anwaltsrecht

- *Erlass des Praktikums - Voraussetzungen.*

*Aus den Erwägungen:*

3.1.1 Das Bundesgesetz über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte (Anwaltsgesetz, BGFA; SR 935.61) vom 23. Juni 2000 gewährleistet die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte und legt die Grundsätze für die Ausübung des Anwaltsberufs in der Schweiz fest (Art. 1 BGFA). Das Recht der Kantone, im Rahmen des BGFA die Anforderungen für den Erwerb des Anwaltspatentes festzulegen, bleibt gewahrt (Art. 3 Abs. 1 BGFA). (...).

Art. 7 BGFA legt die fachlichen Voraussetzungen fest. Für den Registereintrag müssen die Anwältinnen und Anwälte über ein Anwaltspatent verfügen (Abs. 1). Dieses bedingt einerseits ein juristisches Studium, das mit einem Lizentiat oder Master einer schweizerischen Hochschule oder einem gleichwertigen Hochschuldiplom eines Staates abgeschlossen wurde, der mit der Schweiz die gegenseitige Anerkennung vereinbart hat (lit. a), sowie ein mindestens einjähriges Praktikum in der Schweiz, das mit einem Examen über die theoretischen und praktischen juristischen Kenntnisse abgeschlossen wurde (lit. b). Hierbei handelt es sich um bundesrechtliche Minimalanforderungen (Stahelin/Oetiker, in: Fellmann/Zindel, Kommentar zum Anwaltsgesetz, Zürich 2011, Art. 7 N. 1). Es steht den Kantonen frei, für ihre Praktika detailliertere Bestimmungen aufzustellen. Es muss sich jedoch um juristische Praktika handeln. Darunter kann die Tätigkeit bei Gerichten und in Anwaltsbüros verstanden werden. Infrage kommt aber auch die Arbeit in einer Rechtsabteilung der öffentlichen Verwaltung, die nicht als Praktikum bezeichnet wird, sofern damit auch eine Ausbildung verbunden ist (Stahelin/Oetiker, a.a.O., Art. 7 N. 15 mit FN. 18).

3.1.2 Gemäss § 8 Abs. 1 des Kantonalen Anwaltsgesetzes (KANwG; SRSZ 280.110) vom 29. Mai 2002 wird zur Anwaltsprüfung zugelassen,

wer ein juristisches Studium mit einem Lizentiat oder einem vergleichbaren Diplom einer schweizerischen Hochschule oder einem gleichwertigen Hochschuldiplom eines Staates, der mit der Schweiz die gegenseitige Anerkennung vereinbart hat, abgeschlossen (lit. a) und ein mindestens einjähriges Praktikum absolviert hat (lit. b). Diese Regelung entspricht also Art. 7 Abs. 1 lit. a und b BGFA). Das Kantonsgericht regelt die Anforderungen an das Praktikum, den Gegenstand und das Verfahren der Anwaltsprüfung in einem Reglement (§ 9 KAnwG).

3.1.3 Gestützt unter anderem auf § 9 KAnwG hat das Kantonsgericht das Anwaltsreglement (SRSZ 280.211) vom 14. Januar 2003 erlassen.

§ 3 AnwR regelt die "Anforderungen an das Praktikum" wie folgt:

<sup>1</sup> Das Anwaltspraktikum dauert mindestens ein Jahr und ist im Kanton Schwyz zu absolvieren.

<sup>2</sup> Während mindestens eines halben Jahres hat die Ausbildung unter der Aufsicht und Verantwortung einer im Anwaltsregister des Kantons Schwyz aufgeführten Person zu erfolgen.

<sup>3</sup> Als anrechenbares Praktikum für die restliche Praktikumszeit gilt auch die Tätigkeit bei einem Gericht, beim Rechts- und Beschwerdedienst des Sicherheitsdepartements, bei der Oberstaatsanwaltschaft oder einer Staatsanwaltschaft. Die Anwaltskommission kann weitere geeignete Stellen bezeichnen.

<sup>4</sup> Die Anwaltskommission kann vor Antritt des Praktikums aus wichtigen Gründen eine andere Gestaltung bewilligen.

<sup>5</sup> Die Anwaltskommission kann Personen, die eine längerfristige Berufstätigkeit im Kanton Schwyz in einer Anwaltskanzlei, bei einem Gericht oder in der Verwaltung ausüben, die Absolvierung des Praktikums ganz oder teilweise erlassen.

3.2 Die Vorinstanz hat in Würdigung der Angaben der Beschwerdeführerin im angefochtenen Beschluss erwogen, sie erfülle die Voraussetzung eines mindestens einjährigen Anwaltspraktikums im Kanton Schwyz nicht. Des Weiteren sei erhellt, dass sie erst seit rund 14 Monaten in einem Pensum von 50 % im Kanton Schwyz eine Tätigkeit als Juristin in der Rechtsabteilung des ARE ausübe. Eine Aufstockung auf 100 % sei per 1. August 2023 geplant. Die dort ausgeübte Tätigkeit beschlage im Wesentlichen das Raumplanungs- und Baubewilligungsrecht. Dem Kriterium der längerfristigen Berufstätigkeit vermöge die Beschwerdeführerin nicht zu genügen, zumal der von ihrer Berufstätigkeit erfasste Bereich des öffentlichen Rechts nur einen relativ schmalen Ausschnitt der im Rahmen der Prüfung auf dem Gebiet des Staats- und Verwaltungsrechts erwarteten

## B 10.2

Kenntnisse abdecke. Die Beschwerdeführerin erwähne sodann, ihr beruflicher Lebensmittelpunkt befinde sich im Kanton Schwyz. Ansonsten mache die im Kanton Nidwalden wohnhafte Beschwerdeführerin keine Bezugspunkte zum hiesigen Kanton geltend. Schliesslich erkläre die Beschwerdeführerin selber, im Kanton Uri ohne Weiteres zur (einmaligen) Wiederholung der Anwaltsprüfung zugelassen zu sein. Es verstehe sich, dass die Situation jederzeit neu beurteilt werden könne, wenn sich die Beschwerdeführerin über ein entsprechendes Praktikum, das den Anforderungen von § 3 AnwR entspreche, ausweisen könne, oder wenn sich die Umstände massgeblich änderten.

3.3 Die Beschwerdeführerin rügt, ihre bereits geleisteten Anwaltspraktika würden nicht berücksichtigt. In diesem Zusammenhang mache sie eine Ungleichbehandlung und damit die Verletzung von Art. 8 BV geltend. Es sei ihr nämlich ein Fall betr. Erlass des Praktikums aus dem Jahr 2022 bekannt. Die Begründung, wonach die Tätigkeit beim ARE nur einen kleinen Teil des relevanten Prüfungsstoffs abdecke, sei nicht nachvollziehbar. § 3 Abs. 5 AnwR unterscheide zwischen Gerichten, Staatsanwaltschaft und der Verwaltung. Es ergebe sich bereits aus der Natur des Verwaltungsapparats, dass die juristische Tätigkeit meist auf ein paar wenige Rechtsgebiete beschränkt sei.

Sie habe nirgends von einem Lebensmittelpunkt im Kanton Schwyz, sondern vom beruflichen Mittelpunkt gesprochen. Die Gutheissung des Gesuchs könne jedoch nicht von einem Lebensmittelpunkt im Kanton Schwyz abhängig gemacht werden; andernfalls würde die Niederlassungsfreiheit verletzt. Im Zeitpunkt ihres Gesuchs sei sie zudem bereits als künftiges Vorstandsmitglied des Schwyzer Personalverbandes vorgesehen gewesen.

Die Möglichkeit, eine Prüfung in einem anderen Kanton absolvieren zu können, könne nicht entscheidend sein. Unter Verweis auf das ihr bekannte Präjudiz mache sie auch diesbezüglich eine Ungleichbehandlung geltend (Beschwerde S. 8 f. Ziff. 3).

3.4 Vernehmlassend weist die Vorinstanz darauf hin, dass sie seit jeher die Praxis verfolge, dass der ganze oder teilweise Erlass des Praktikums nur zurückhaltend bewilligt werden könne. Der von der Beschwerdeführerin genannte Fall sei nicht vergleichbar.

4.1.1 Bei § 3 Abs. 5 AnwR handelt es sich um eine "Kann"-Bestimmung. Kann-Vorschriften räumen ein sogenanntes Entschliessungsermessen (Rechtsfolgeermessen) ein, d.h. einen Spielraum beim Entscheid, ob eine

Massnahme zu treffen ist oder nicht (vgl. Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl., Zürich 2020, Rz. 398 u. Rz. 403; vgl. Wiederkehr, in: Wiederkehr/Richli, Praxis des allgemeinen Verwaltungsrechts, Bern 2012, § 5 Rz. 1454 u. Rz. 1472). Zudem wird der Anwaltskommission ein Auswahlermessen eingeräumt, wenn sie - bei als gegeben erachteten Voraussetzungen - die Absolvierung des Praktikums ganz oder teilweise erlassen kann (vgl. Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., Rz. 401; Wiederkehr, a.a.O., § 5 Rz. 1480 ff.). Durch das Ermessen erhalten die Verwaltungsbehörden bzw. vorliegend die Anwaltskommission einen Spielraum für den Entscheid im Einzelfall. Gleichwohl sind sie in ihrer Entscheidung nicht völlig frei, sondern sind an die Verfassung gebunden und müssen insbesondere das Rechtsgleichheitsgebot, das Willkürverbot, das Verhältnismässigkeitsprinzip und die Pflicht zur Wahrung der öffentlichen Interessen befolgen. Ausserdem sind Sinn und Zweck der gesetzlichen Ordnung auch bei Ermessensentscheiden zu beachten (Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., Rz. 409).

4.1.2 Des Weiteren beinhaltet § 3 Abs. 5 AnwR mit dem Begriff der "längerfristigen" Berufstätigkeit einen in offener Weise umschriebenen Tatbestand und somit einen unbestimmten Rechtsbegriff (vgl. Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., Rz. 413 ff.; Wiederkehr, a.a.O., § 5 Rz. 1456). Ein Gleiches ist auch für den Begriff der "Verwaltung" anzunehmen, nachdem die Vorinstanz mit der Tätigkeit der Beschwerdeführerin beim ARE nur einen "relativ schmalen Ausschnitt" der prüfungsrelevanten Bereiche der Prüfung auf dem Gebiet des Staats- und Verwaltungsrechts als abgedeckt erachtet.

Der Sinngehalt und die Tragweite eines unbestimmten Rechtsbegriffs ist durch Auslegung und im Rahmen einer Interessenabwägung zu ermitteln (Wiederkehr, a.a.O., § 5 Rz. 1419).

4.1.3 Bei der Anwendung von unbestimmten Rechtsbegriffen ist nach herrschender Lehre unter Umständen eine gewisse Zurückhaltung bei der Überprüfung durch eine gerichtliche Instanz angezeigt. Das trifft vor allem zu, wenn die Verwaltungsbehörden zur Beurteilung der konkreten Umstände besser geeignet sind als die Gerichte. Gegen eine volle richterliche Überprüfung spricht unter anderem die grössere Nähe und Vertrautheit der Verwaltungsbehörden mit den tatsächlichen Verhältnissen (Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., Rz. 419; Wiederkehr, a.a.O., § 5 Rz. 1430).

4.1.4 An die Begründung eines Entscheids sind umso höhere Anforderungen zu stellen, je grösser der Spielraum ist, welcher der Behörde infolge

## B 10.2

ihres Ermessens und aufgrund unbestimmter Rechtsbegriffe zusteht (Urteil BVerwG B-5953/2020 vom 6.5.2022 Erw. 3.3 mit Hinweisen, u.a. auf BGE 129 I 232 Erw. 3.3; zur von der Rechtslehre zunehmend in Frage gestellten Unterscheidung zwischen unbestimmten Rechtsbegriffen und Ermessen vgl. Donatsch, in: Kommentar VRG, § 50 N. 19).

4.2.1 (Zulässige Beschwerdegründe). Vorinstanz ist vorliegend die kantonale Anwaltskommission. Folglich greift § 55 Abs. 2 lit. a VRP.

4.2.2 (Bindung des Verwaltungsgerichts an die Parteianträge [§ 58 f. VRP]).

Im Verwaltungsgerichtsverfahren können die Parteien neue Tatsachen und Beweismittel geltend machen (§ 57 VRP). Massgebend für das Verfahren vor dem Verwaltungsgericht ist entsprechend der Sachverhalt im Zeitpunkt des Beschwerdeentscheides (vgl. Daum, in: Kommentar zum bernischen VRPG, Art. 25 N. 5; Herzog, ebenda, Art. 80 N. 32 und Art. 66 N. 35). Dies ergibt sich auch aus dem vom Bundesgericht aus der Rechtsweggarantie (Art. 29a BV) abgeleiteten Erfordernis, dass auf die tatsächlichen Verhältnisse im Zeitpunkt des Entscheides abzustellen ist (BSK BV-Waldmann, Art. 29a N. 14, Donatsch, a.a.O., § 52 N. 29; BGE 125 II 369 Erw. 3.3).

4.2.3 Hebt die Rechtsmittelinstanz die angefochtene Verfügung oder den angefochtenen Entscheid auf, so entscheidet sie in der Regel selbst über die Sache (§ 43 Abs. 1 VRP; zur Verwaltungsgerichtsbeschwerde als grundsätzlich reformatorischem Rechtsmittel vgl. auch Herzog, a.a.O., Art. 74 N. 28; Donatsch, a.a.O., § 63 N. 17). Sie kann die Sache aber auch mit den erforderlichen Weisungen an die Vorinstanz zum Erlass einer neuen Verfügung oder eines neuen Entscheides zurückweisen (vgl. § 43 Abs. 2 VRP). Insofern steht dem Verwaltungsgericht also ein gewisser Ermessensspielraum zu, ob es reformatorisch entscheiden oder die Sache an die Vorinstanz zurückweisen will (vgl. VGE III 2022 117 vom 22.7.2022 Erw. 2.1.1; Donatsch, a.a.O., § 63 N. 18). (...).

4.3 (Bisherige Praktika und Tätigkeiten der Beschwerdeführerin).

4.4.1 Es erweist sich mithin zum einen, dass die Beschwerdeführerin ihre Rechtspraktika vollumfänglich im Kanton Uri absolviert hat. Wie die Beschwerdeführerin selber betont, handelt es sich hierbei insgesamt um eine - bei gemäss Art. 5 Abs. 1 des Urner Reglements über die Anwaltsprüfung (RB 9.2325) vom 5. April 2002 erforderlichen achtzehn Monaten - über zweijährige und vielseitige Praktikumsdauer.

Zum andern fällt auf, dass die Beschwerdeführerin nach ihrer vorübergehenden Tätigkeit bei Versicherungen in Zürich (rund neun Monate) im Rechtsdienst des Kantons Uri während 23 Monaten zu 50 % zusätzlich 6 Monaten zu 40 % tätig war. Dies entspricht auf ein Hundertprozentpensum umgerechnet rund 14 Monaten. Im Kanton Schwyz arbeitete sie demgegenüber beim ARE (gerundet) 17 Monate in einem 50 %-Pensum und nunmehr seit dem 1. August 2023 während gut zwei Monaten in einem 100 %-Pensum. Dies entspricht insgesamt (gerundet) einem Hundertprozentpensum von 11 Monaten. Allein der Vergleich dieser Anstellungsdauern zeigt, dass weder relativ (im Verhältnis zum Kanton Uri) noch absolut von einer längerfristigen Berufstätigkeit in der hiesigen kantonalen Verwaltung gesprochen werden kann. Die diesbezügliche Beurteilung der Vorinstanz ist zu bestätigen.

(...).

4.4.2 Für eine Berücksichtigung/Anrechnung der im Kanton Uri absolvierten Praktika im Kanton Schwyz besteht vorliegend weder Anlass noch eine rechtliche Grundlage; anders beispielsweise im Kanton St. Gallen, wo die Anwaltskammer eine praktische Tätigkeit in einem anderen Kanton im Umfang von drei Monaten anerkennen kann (Art. 4 Abs. 3 des St. Galler Prüfungs- und Bewilligungsreglements für Rechtsanwälte und Rechtsagenten [PBR; sGS 963.73] vom 22.4.1994). § 3 Abs. 5 AnwR knüpft den ganzen oder teilweisen Erlass des Praktikums ausschliesslich an die längerfristige Berufstätigkeit im Kanton Schwyz. Ebenso liegt es auf der Hand, dass Tätigkeiten bei Versicherungen weder als Praktika noch als Tätigkeiten in der Verwaltung gelten können. Das Gleiche gilt für das - durchaus und uneingeschränkt löbliche - freiwillige Engagement im Schwyzer Personalverband (vgl. Beschwerde S. 7 Ziff. 2.1).

4.4.3 Zutreffend ist auch die Auffassung der Vorinstanz, dass die Tätigkeit beim ARE namentlich das Raumplanungs- und Baubewilligungsrecht beschlägt. Gleichzeitig weist die Beschwerdeführerin ihrerseits zu Recht auf die Vielfalt der Aufgaben des ARE hin. Wie die von ihr aufgelisteten Rechtsgebiete (RPG, DSG, USG, GSchG, ZWG) zeigen, betrifft dies aber zu einem grossen Teil auch Bundesrecht, also für jeden Kanton bzw. in jedem Kanton gleichermassen geltendes Recht. Insbesondere aber ist die Tätigkeit bei einem kantonalen Rechtsdienst, wie sie die Beschwerdeführerin im Kanton Uri versehen hat, zweifelsohne von grösserer rechtlicher Vielfalt, namentlich auch mit Blick auf die kantonale Gesetzgebung und Rechtsprechung.

## B 10.2

4.4.4 Die schriftliche Anwaltsprüfung im Kanton Uri erstreckt sich auf das Straf- und Strafprozessrecht, das Staats- und Verwaltungsrecht (eingeschlossen die Rechtspflege), das Privatrecht, das Zivilprozessrecht und das Schuldbetreibungs- und Konkursrecht (Art. 10 Reglement Anwaltsprüfung). Die mündliche Prüfung erstreckt sich zusätzlich auf das Anwaltsrecht (Art. 13 Reglement Anwaltsprüfung).

Die schriftliche Anwaltsprüfung im Kanton Schwyz erstreckt sich auf das Privat- und/oder Strafrecht sowie das Staats- und/oder Verwaltungsrecht. Dabei kann auch das Prozess- und Vollstreckungsrecht sowie das interkantonale und internationale Recht geprüft werden (§ 7 Abs. 1 AnwR). Die mündliche Prüfung erstreckt sich auf das Privatrecht, das Zivilprozess- sowie Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, das Straf- und Strafprozessrecht, das Staats- und Verwaltungsrecht sowie das Anwalts- und Beurkundungsrecht. In den einzelnen Fächern wird auch das interkantonale und internationale Recht geprüft (§ 8 Abs. 2 AnwR).

Es zeigt sich mithin, dass im Wesentlichen die gleichen Rechtsgebiete geprüft werden.

(...).

4.4.5 Der Vorinstanz ist beizupflichten, dass sich eine sehr restriktive Handhabung der Möglichkeit eines (ganzen oder teilweisen) Erlasses des Praktikums rechtfertigt. Dies gebietet vorab der Grundsatz der Gleichbehandlung. Eine grosszügige Entbindung von der Verpflichtung zur Absolvierung eines Anwaltspraktikums im Kanton aufgrund einer mehr oder weniger längerfristigen Tätigkeit in einer Anwaltskanzlei, bei einem Gericht oder in der Verwaltung könnte allzu leicht in Willkür und insbesondere auch in eine Entwertung des (mässig entlohnten, indessen betreuten) Praktikums münden. Insofern ist es sinnvoll zu verlangen, dass mit der (längerfristigen) Tätigkeit auch eine Ausbildungskomponente verbunden ist.

4.4.6 Im Weiteren entspricht es einer Erfahrungstatsache, dass gescheiterte Anwaltsprüfungskandidaten in der Regel entweder die Prüfung gleichenorts ein zweites Mal in Angriff nehmen oder unter Verzicht auf die Prüfungswiederholung, wie das Beispiel der Beschwerdeführerin illustriert, als Juristen ohne Rechtsanwaltspatent eine Tätigkeit in der Privatwirtschaft oder in einer kantonalen Verwaltung aufnehmen, was beides nicht zwingend im angestammten Kanton der Fall sein muss. Solche fortgesetzten Tätigkeiten lassen sich früher oder später als "längerfristig" qualifizieren und das Bedürfnis nach einem (ganzen oder teilweisen) Erlass des Anwaltspraktikums wecken. Auch deshalb rechtfertigt sich eine restriktive Handhabung von § 3 Abs. 5 AnwR und ist die Befürchtung der

Vorinstanz, es könnte einem "Prüfungstourismus" Vorschub geleistet werden, nicht als gänzlich unberechtigt von der Hand zu weisen.

4.5.1 Nach ständiger Rechtsprechung ist der Grundsatz der rechtsgleichen Behandlung verletzt (Art. 8 Abs. 1 BV), wenn rechtliche Unterscheidungen getroffen werden, für die ein vernünftiger Grund in den zu regelnden Verhältnissen nicht ersichtlich ist, oder wenn Unterscheidungen unterlassen werden, welche sich aufgrund der Verhältnisse aufdrängen. (...). Vorausgesetzt ist, dass sich die ungerechtfertigte Gleich- bzw. Ungleichbehandlung auf eine wesentliche Tatsache bezieht (Urteil BGE 2C\_733/2018 vom 11.2.2019 Erw. 6.1 i.Sa. Bezirksschulrat Küssnacht; BGE 131 V 107 Erw. 3.4.2).

Der Grundsatz der Gesetzmässigkeit der Verwaltung geht dem Rechtsgleichheitsprinzip im Konfliktfall in der Regel vor. Wenn eine Behörde in einem Fall eine vom Gesetz abweichende Entscheidung getroffen hat, gibt das den Privaten, die sich in der gleichen Lage befinden, grundsätzlich keinen Anspruch darauf, ebenfalls abweichend von der Norm behandelt zu werden. Dies gilt allerdings nur dann, wenn die abweichende Behandlung lediglich in einem einzigen oder in wenigen Fällen erfolgt ist (Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., Rz. 599 mit Hinweisen auf die Rechtsprechung).

4.5.2 Mit der Vernehmlassung bringt die Vorinstanz zum einen vor, die Tätigkeit der Person des von der Beschwerdeführerin angeführten Präjudizes bei einem Notariat sei in Bezug auf die Anwaltsprüfung weiter gefächert (gemeint: als dasjenige der Beschwerdeführerin beim ARE). Wie es sich hiermit faktisch verhält, ist nicht weiter zu prüfen, da es sich zweifelsohne um Praktika/Tätigkeiten mit anderer Ausrichtung handelt und insofern die Fälle nicht vergleichbar sind.

Zum andern legt die Vorinstanz auch dar, dass die betreffende Person, selbst wenn sie über ein ausserkantonales Anwaltspatent verfügte, zusätzlich im Kanton Schwyz die Notariatsprüfung hätte ablegen müssen, um längerfristig bei einem Notariat tätig sein zu können. Mithin besteht auch in diesem Punkt ein gewichtiger Unterschied.

(...).

Die Rüge der Verletzung des Grundsatzes der rechtsgleichen Behandlung erweist sich folglich als unbehelflich.

4.6 Zusammenfassend erweist sich die Beschwerde als unbegründet. Es sprechen keine Anhaltspunkte dafür, dass die Vorinstanz im Falle der Beschwerdeführerin § 3 Abs. 5 AnwR verletzt hat. Ebenso wenig hat sich der

## B 11.1

massgebende Sachverhalt seit dem Zeitpunkt des angefochtenen Beschlusses in entscheidrelevanter Weise verändert. Diesbezüglich ist auch auf Erw. 4 des angefochtenen Beschlusses zu verweisen, womit die Vorinstanz der Beschwerdeführerin in Aussicht gestellt hat, dass "die Situation jederzeit neu beurteilt werden kann, wenn sich die Bewerberin über ein entsprechendes Praktikum, das den Anforderungen von § 3 des Anwaltsreglements entspricht, ausweisen kann, oder wenn sich die Umstände massgeblich ändern".

(VGE III 2023 101 vom 24. Oktober 2023).

---

## 11. Arbeitsvergebung (Submission)

---

### 11.1 Bewertung Preiskriterium; Zeitpunkt der Festsetzung und Bekanntgabe - Änderung der Rechtsprechung

- *Bei Beschaffungen gemäss der neuen IVöB gehört zur Definition des Zuschlagskriteriums Preis inkl. Gewichtung ebenso die Festsetzung der Preiskurve mitsamt Preisbandbreite, d.h. das konkrete Benotungssystem (Bewertungsmatrix). Das Benotungssystem, namentlich die Preiskurve, muss somit zwingend vor Publikation der Ausschreibung bzw. der Ausschreibungsunterlagen, spätestens aber vor Öffnung der Offerten definiert sein.*
- *Die bisherige Praxis, das Bewertungssystem des Zuschlagskriteriums Preis mit der Ausschreibung nicht bekannt zu geben, ja gar erst nach der Offertöffnung festzulegen, ist nicht mehr zulässig.*

*Aus den Erwägungen:*

8.1 Abschliessend ist auf das Folgende hingewiesen. Wie unter Erwägung 5 erwähnt, hat es die bisherige Rechtsprechung zugelassen, dass die Vergabebehörde die für das Bewertungssystem des Zuschlagskriteriums Preis, resp. die Ausgestaltung der für die Preiskurve zentralen Preisbandbreite nicht mit der Ausschreibung bekanntgab, ja gar erst nach Offertöffnung festgelegt hat (vgl. oben E. 5.7.1). Die entsprechende Rechtsprechung ist auch Grundlage des vorliegenden Entscheides betreffend strittiger Submission, welche noch gestützt auf die Interkantonale Vereinbarung

über das öffentliche Beschaffungswesen vom 25. November 1994/15. März 2001 erging.

8.2 Auch schon unter der alten IVöB wurde diese Praxis in der Literatur kritisch gewürdigt und als Verfahren erster Wahl die Festlegung und Bekanntgabe des Bewertungssystems mit den Ausschreibungsunterlagen proklamiert (vgl. oben E. 5.7.3; vgl. auch Kuonen; in Trüb [Hrsg.], Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht, Art. 36 Rz. 13 mit weiteren Hinweisen auf die Literatur; siehe auch BVGE-2018-IV/2 E. 7.3). Kritisiert wird insbesondere die Un-/Vereinbarkeit der bestehenden Praxis mit dem Transparenzgebot, welches als Grundsatz bereits in Art. 1 Abs. 3 lit. c der alten IVöB enthalten war (vgl. auch Art. 5 Abs. 2 des Bundesgesetzes über den Binnenmarkt [Binnenmarktgesetz, BGBM; SR 943.02] vom 6.10.1995). Entsprechend führte etwa das Verwaltungsgericht Zürich aus: "Wie die Beschwerdeführerin damit richtig bemerkt, kommt der einzusetzenden Preisspanne für das Ergebnis eine erhebliche Bedeutung zu. In der Tat kann die nachträgliche Festlegung der Preisspanne die Transparenz und die Nachvollziehbarkeit des Vergabeentscheids beeinträchtigen und eine gewisse Manipulierbarkeit des Ergebnisses mit sich bringen" (VB.2018.00662 vom 19.6.2019 E. 8.2). Dies lässt sich auch anhand der vorliegenden Beschaffung erkennen (wobei zu betonen ist, dass der Vergabebehörde ausdrücklich keine Manipulationsabsicht vorgeworfen wird und keine diesbezüglichen Hinweise bestehen): In der Ausschreibungsunterlage wurde festgelegt, die Preisbandbreite werde nach der Offertöffnung definiert. Es gingen dann zwei Offerten mit einer effektiven Preisspanne von rund 31 % ein. Die Vergabebehörde legte die Preisbandbreite auf 100 % fest und begründete dies - nachvollziehbar - mit der Komplexität des zu beschaffenden IT-Tools und entsprechend zu erwartender, realistischer Bandbreite von 100 %. Es bleiben hier immer die Fragen im Raum stehen, warum konnte und wurde diese für den Beschaffungsgegenstand realistische und nachvollziehbare Preisbandbreite, welche von den konkreten Offerten völlig unabhängig ist, nicht bereits vorgängig festgelegt, und zweitens, in welchem Eintretensfall, d.h. bei welchen eingegangenen Offerten hätte die Vergabebehörde eine andere Preisbandbreite festgelegt, weil sie ja die Offertöffnung explizit abwarten wollte?

8.3 Der Grundsatz der Transparenz gilt auch in der neuen IVöB (Art. 2 lit. b neue IVöB). Hinsichtlich Inhalt der Ausschreibung bzw. Ausschreibungsunterlagen hat das Beschaffungsrecht insofern eine Verschärfung erfahren, als neu (ausser bei funktionaler Ausschreibung) die Gewichtung der Zuschlagskriterien ausdrücklich bekannt zu geben ist (Art. 29 Abs. 3

## B 11.1

und Art. 35 lit. p und Art. 36 lit. d neue IVöB), d.h. die bloße Rangordnung der Zuschlagskriterien (§ 12 Abs. 1 lit. m VIVöB) ist nicht mehr ausreichend. Im Vergleich zum früheren Recht wird damit klar mehr Transparenz gefordert.

8.4 Es ist allseits anerkannt, dass die effektive Gewichtung des Preiskriteriums nur zu einem Teil vom Gewichtungsprozentsatz abhängt, zu einem mindestens so wesentlichen Teil aber auch vom konkreten Bewertungssystem des Preiskriteriums. Je nach Festlegung der anzuwendenden Preisbandbreite mit entsprechend steiler oder flacher Preiskurve wird die Gewichtung - in beide Richtungen - relativiert (dies gilt grundsätzlich ebenso für die Qualitätskriterien [vgl. Urteil BVGer B-7216/2014 vom 24.2.2015 E. 5.2.7]). Es kann hier auf Wiederholungen verzichtet werden (vgl. etwa oben E. 5.6.1; E. 5.7.3; BGE 130 I 241 E. 6.1 = Pra 94 (2005) Nr. 59). Denzler führt diesbezüglich zu Recht aus: "Allerdings sagt auch diese Matrix [d.h. die Bekanntgabe der prozentualen Gewichtung der Kriterien] im Grunde nichts aus, sofern nicht zugleich Hinweise abgegeben werden, wie der Preis einerseits und die weichen Faktoren andererseits in Punkte umgerechnet werden. Wer drei Unbekannte mit z.B. 60, 30 oder 10 % multipliziert, erhält als Ergebnis wieder drei Unbekannte" (Denzler, in: Sonderheft Baurecht 2004, Der Angebotspreis: Probleme und Lösungen, S. 20). Dem ist beizupflichten und wird im Übrigen durch den Sachverhalt des vorliegenden Falles bestätigt.

8.5 Wenn aber erstens das neue Beschaffungsrecht die Zuschlagskriterien und deren Gewichtung ausdrücklich (von einer Ausnahme abgesehen) zum zwingenden Inhalt der Ausschreibung oder Ausschreibungsunterlagen macht, und zweitens die Gewichtung des Preiskriteriums ohne definiertes Bewertungssystem nicht feststeht, also veränderbar und nur relativ ist, so widerspricht die nachträgliche Festlegung des Bewertungssystems dem Gebot der Transparenz, weil die Zuschlagserteilung letztlich weder voraussehbar noch nachvollziehbar ist. Hieran ändert die in der bisherigen Rechtsprechung geforderte Bedingung für die nachträgliche Festsetzung der Preiskurve/Preisbandbreite, wonach eine erhöhte Begründungspflicht gefordert ist, nichts. Denn diese vermag ggf. die Nachvollziehbarkeit zu unterstützen, nicht jedoch die Voraussehbarkeit. Und selbst dann dürften in der Regel Zweifel an der Unvoreingenommenheit der Bewertung verbleiben (vgl. oben E. 5.7.4 und E. 8.3), was dem gesamten rechtsstaatlichen Beschaffungswesen abträglich ist.

8.6 Es ist Kuonen beizupflichten, wenn er festhält, in der Vorbereitung der Ausschreibung müsse sich die Auftraggeberin Gedanken machen, welche qualitativen Zuschlagskriterien und -subkriterien sie wähle und wie sie die Qualität und den Preis gewichte, welche Notenskala bzw. Preiskurve sie anwende. Eine professionelle Auftraggeberin nehme diese Denkarbeit vor der Ausschreibung sorgfältig vor. Entsprechend werde auch eine detaillierte Bewertungsmatrix erstellt, an welche sie sich folglich auch halte. Um Manipulationen auszuschliessen, müsse diese Matrix vor der Ausschreibung erstellt sein. Sei dies erfolgt, bestehe kein Grund, die Bewertungsmatrix nicht auch den Wettbewerbern bekannt zu geben (Kuonen, a.a.O., Art. 36 Rz. 13).

Selbstverständlich kann jener (wohl sehr seltene) Einzelfall nicht ausgeschlossen werden, da aufgrund des spezifischen Beschaffungsgegenstandes die vorgängige Definition der Bewertungsmatrix nicht möglich ist oder wenig sinnvoll erscheint. Diesfalls ist es aber möglich, den Verzicht auf die vorgängige Definition zu begründen, d.h. es kann nachvollziehbar aufgezeigt werden, dass und warum ein solcher, seltener Einzelfall vorliegt. Dann ist das Ergebnis der professionellen Ausschreibungsvorbereitung die Begründung des Verzichts auf die vorgängige Definition. Und ebenso kann auch jener Fall nicht ausgeschlossen werden, dass sich im Nachhinein das im Voraus definierte Bewertungssystem als geradezu untauglich erweist. In diesem Ausnahmefall erscheint es als zulässig, die Matrix nachträglich anhand objektiver, nichtdiskriminierender Kriterien begründet anzupassen (siehe Beyeler, vergaberechtliche Entscheide 2018 / 2019 Rz. 213), wobei sich die nachvollziehbare Begründung sowohl auf die Tatsache der Anpassung (infolge Untauglichkeit) als auch der Ausgestaltung der neuen Bewertungsmatrix zu beziehen hat.

8.7 Damit aber lässt sich die bisherige Rechtsprechung unter der neuen IVöB nicht länger aufrechterhalten (vgl. betreffend Rechtsprechungsänderung BGE 146 I 105 E. 5.2.2). Zu den Zuschlagskriterien und deren Gewichtung, die bekannt zu geben sind (Art. 35 lit. p und Art. 36 lit. d neue IVöB), zählt auch die Bewertungsmatrix, beim Zuschlagskriterium Preis konkret die Preiskurve inkl. Preisbandbreite. Nur so lässt sich dem Transparenzgebot Nachachtung verschaffen (weshalb dies wohl das Bundesverwaltungsgericht bereits unter altem [Bundes-] Recht unter Hinweis auf die herrschende Lehre entsprechend verlangt hat; vgl. BVGE-2018-IV/2 E. 7.3; Urteile BVGer B-1606/2020 vom 11.2.2022 E. 8.5.3; B-4086/2018 vom 30.8.2018 E. 7.3).

## B 11.1

8.8 Damit richtet sich die künftige Rechtsprechung betreffend Festsetzung des Zuschlagskriteriums Preis gemäss neuem, revidiertem Beschaffungsrecht an folgenden Vorgaben aus:

Zum Inhalt der Ausschreibung resp. der Ausschreibungsunterlagen zählen auch die Zuschlagskriterien und deren Gewichtung (Art. 35 lit. p und Art. 36 lit. d neue IVöB).

Zur Definition des Zuschlagskriteriums Preis inkl. Gewichtung gehört ebenso die Festsetzung der Preiskurve inkl. Preisbandbreite, d.h. das konkrete Benotungssystem (Bewertungsmatrix). Dieses muss somit zwingend vor Publikation der Ausschreibung / der Ausschreibungsunterlagen, spätestens aber vor Öffnung der Offerten definiert sein.

Soweit mit der Ausschreibung oder Ausschreibungsunterlage keine Bekanntgabe der Bewertungsmatrix erfolgt (wovon nur ausnahmsweise abgesehen werden soll), ist der Auftraggeber beweispflichtig, dass die gesamte Matrix bereits im Voraus, d.h. vor Offertöffnung, festgelegt wurde.

Erscheint es aufgrund spezifischer Umstände des konkreten Beschaffungsgegenstandes im Einzelfall ausnahmsweise als unmöglich (oder im Mindesten als nicht sinnvoll), die Bewertungsmatrix vor der Offertöffnung zu definieren, ist zwingend eine nachvollzieh- und beurteilbare Begründung hierfür im Voraus festzuhalten. D.h. im Voraus ist entweder die Bewertungsmatrix oder die Begründung deren Fehlens festzulegen, wofür die Auftraggeberin beweispflichtig ist.

Erweist sich ausnahmsweise die vorgängig definierte Bewertungsmatrix nach Kenntnisnahme der Offertöffnung als geradezu untauglich, so kann diese nachträglich anhand objektiver, nichtdiskriminierender Kriterien und begründet angepasst werden, wobei sich die Begründung auf die Tatsache der Anpassung und die neue Bewertungsmatrix beziehen muss.

Soweit die Richtlinie RRB Nr. 638 vom 23. August 2022 unter Ziff. 5.4 festhält, es sei zulässig, die Preisbandbreite erst nach dem Eingang der Offerten festzulegen, so ist diese Verwaltungsrichtlinie für das Gericht nicht bindend.

(VGE III 2023 54 vom 25. August 2023).

---

## C Regierungsrat

---

---

### 2. Baurecht

---

#### 2.1 Gewässerraum / Grundwasserschutz

- *Der Gewässerraum eines stehenden Gewässers beginnt an dessen Uferlinie. Bei der Festlegung der Uferlinie wird den Kantonen ein gewisser Spielraum für die Berücksichtigung der jeweiligen Gegebenheiten belassen. Künstlich angelegte Einschnitte für Bootsplätze (Bootschabe) können unter bestimmten Voraussetzungen ausser Acht gelassen werden (Erw. 5-5.3.2).*
- *Frage der Abstandsrelevanz und Zulässigkeit von beweglichen Metall-Klapppläden an der Fassade, die in horizontalem (geöffnetem) Zustand in den Gewässerraum hineinragen und faktisch eine gleiche Wirkung wie über die Fassade hinausragende Vordächer entfalten (Erw. 5.4).*
- *Im Gewässerschutzbereich A<sub>v</sub> dürfen keine Bauten und Anlagen erstellt werden, die unter dem mittleren Grundwasserspiegel liegen. Die Behörde kann Ausnahmen bewilligen, soweit die Durchflusskapazität des Grundwassers um höchstens 10% vermindert wird. Die Erteilung einer Ausnahmebewilligung setzt eine Interessenabwägung voraus (Erw. 6-6.4).*

*Aus den Erwägungen:*

5. Die Beschwerdeführer machen geltend, dass das geplante Wohnhaus nicht bewilligungsfähig sei, weil dieses im Gewässerunterabstand bzw. im Gewässerraum liege. Die Festlegung des Gewässerraums im Bereich der Parzelle KTN XY sei nicht korrekt erfolgt. Da die Wasserfläche vor und unter dem bestehenden Bootshaus zum A-See gehöre, hätten die Vorinstanzen auf die entsprechende Uferlinie (und nicht auf die Parzellengrenze) abstellen müssen. So oder so würden sich Teile des Untergeschosses innerhalb des Gewässerraums zum A-See befinden. Auch der ausfahrbare, mobile Sonnenschutz entlang der Westfassade rage mehr als vier Meter in den in den Plänen ausgewiesenen Gewässerraum bzw. -abstand hinein.

## C 2.1

Sodann hätten die Vorinstanzen für verschiedene Bauteile (Abwasserleitungen, Schacht, Kieswege, Gartensitzplatz) zu Unrecht eine Ausnahmebewilligung erteilt.

5.1 Bauten und Anlagen haben gegenüber Seen einen Mindestabstand von 20 m ab Grenze der Wasserzone einzuhalten (§ 66 Abs. 1 i. V. m. § 94 Abs. 1 PBG in der bis zum 30. Juni 2022 geltenden Fassung; Art. 40 Abs. 1 BauR). Neben diesem kantonalen bzw. kommunalen Gewässerabstand müssen zudem in erster Linie die revidierten gewässerschutzrechtlichen Bestimmungen des Bundes beachtet werden. Seit dem 1. Januar 2011 sind Art. 36a ff. des Bundesgesetzes über den Schutz der Gewässer vom 24. Januar 1991 (GSchG, SR 814.20) und seit dem 1. Juni 2011 die Ausführungsbestimmungen in Art. 41a ff. der Gewässerschutzverordnung vom 28. Oktober 1998 (GSchV, SR 814.201) in Kraft. Diese Vorschriften des Bundes über den Gewässerraum sind auch beim vorliegenden Bauvorhaben zu beachten und gehen kantonalen und kommunalen Gewässerabstandsvorschriften vor, soweit diese nicht weitergehen. Altrechtliche kantonalrechtliche Instrumente zur Sicherung des für die Gewässer erforderlichen Raums (Gewässerabstandslinien, Schutzzonen, Gewässerabstände, Gewässerbaulinien) behalten ihre Verbindlichkeit nach Massgabe des kantonalen Rechts. Sie können die bundesrechtlichen Minimalanforderungen ergänzen. Dies gilt einerseits in Fällen, in welchen die kantonalen Instrumente breitere Korridore zum Schutz der Gewässer vorsehen. Andererseits stellen die auf dem kantonalen Recht beruhenden Festlegungen eine zusätzliche Schranke auch innerhalb des bundesrechtlich ausgeschiedenen Gewässerraums dar, falls nach Bundesrecht eine Ausnahme als zulässig erscheint (siehe Hans W. Stutz, Uferstreifen und Gewässerraum – Umsetzung durch die Kantone, in: URP 2/2012, S. 110).

5.2 Für den A-See wurde in der Gemeinde B noch kein Gewässerraum nach den neuen Bestimmungen ausgeschieden. Es gilt somit die Übergangsregelung des Bundes, wonach gegenüber stehenden Gewässern mit einer Wasserfläche von mehr als 0.5 ha ein Gewässerraum von 20 m einzuhalten ist (vgl. Abs. 2 Bst. c der Übergangsbestimmungen zur Änderung vom 4. Mai 2011 der GSchV). Im vorliegenden Fall sehen somit sowohl die neue bundesrechtliche Gewässerschutzgesetzgebung als auch der kantonale Gewässerabstand gemäss § 66 Abs. 1 PBG in der bis zum 30. Juni 2022 geltenden Fassung (vgl. auch Art. 40 Abs. 1 BauR) einen Gewässerraum bzw. einen Gewässerabstand von 20 m vor. Damit geht das kantonale Instrument zur Sicherung des für die Gewässer notwendigen Raums zurzeit nicht weiter als die bundesrechtlichen Minimalanforderungen. Deswegen sind vorliegend primär die Gewässerschutzbestimmungen des Bundes massgebend.

5.3.1 Ein oberirdisches Gewässer beinhaltet ein Wasserbett mit Sohle und Böschung sowie die tierische und pflanzliche Besiedelung (Art. 4 Bst. a GSchG). Gemäss Art. 41b Abs. 1 GSchV beginnt der Gewässerraum stehender Gewässer an der Uferlinie. Dies ist die Begrenzungslinie eines Gewässers, bei deren Bestimmung in der Regel auf einen regelmässig wiederkehrenden höchsten Wasserstand abgestellt wird. Bei der Festlegung der Uferlinie wird den Kantonen ein gewisser Spielraum für die Berücksichtigung der jeweiligen Gegebenheiten (z. B. Jährlichkeiten Wasserstand, Oberkante Böschung bei kleineren stehenden Gewässern) belassen (Bundesamt für Umwelt/Bundesamt für Raumentwicklung/Bundesamt für Landwirtschaft/Konferenz der kantonalen Landwirtschaftsdirektoren/Bau-, Planungs- und Umweltdirektoren-Konferenz, Gewässerraum: Modulare Arbeitshilfe zur Festlegung und Nutzung des Gewässerraums in der Schweiz, Juni 2019, Modul 1, S. 16). Dabei ist grundsätzlich der Ist-Zustand bzw. die tatsächliche Uferlinie und nicht eine seit Jahrzehnten nicht mehr bestehende Uferlinie massgebend. Denn die Legaldefinition von Art. 4 Bst. a GSchG zielt auf Elemente ab, die sich im Lauf der Zeit verändern können, sei es durch natürliche Vorgänge (Erosion, Verlandung) oder infolge menschlicher Eingriffe. Daher sind alle (zumindest periodisch) vom See- wasser überschwemmten Landteile zum Gewässer zu zählen, und zwar unabhängig vom Zeitpunkt und von der Art ihrer Entstehung (RRB Nr. 409 vom 15. Juni 2021, E. 2.4).

5.3.2 Als Spezialfall bei der Bestimmung der Uferlinie sind örtlich angelegte Einschnitte (Bootshabe) zu behandeln. Diese sind meist künstlich angelegte Einschnitte für Bootsplätze oder ähnliche Nutzungen. Zur Festsetzung der Uferlinie sind zwei Kriterien massgebend – die Fläche und das Verhältnis zwischen der Tiefe und Breite der Bootshabe. Bei der Fläche gilt eine Richtgrösse von 50 m<sup>2</sup>. Die Breite darf die Tiefe nicht übersteigen. Falls beide Kriterien eingehalten werden, kann die Bootshabe für die Festsetzung der Uferlinie ignoriert werden (vgl. Amt für Raumentwicklung, Uferlinien von stehenden Gewässern in kommunalen Nutzungsplanungen, Arbeitshilfe, vom 28. Mai 2019 [nachfolgend: Arbeitshilfe ARE], S. 7). Die Wasserfläche bis zur Grenze des Bootshauses ist kleiner als 50 m<sup>2</sup>. Auch das zweite Kriterium (Breite darf Tiefe nicht übersteigen) wird vorliegend eingehalten. Die Wasserfläche unter dem Bootshaus muss für die Festlegung der Uferlinie nicht berücksichtigt werden (vgl. Arbeitshilfe ARE, S. 6 und 10). Demzufolge haben die Vorinstanzen die Einbuchtung zu Recht ausser Acht gelassen und die Uferlinie als direkte Verbindung zwischen den jeweiligen Eckpunkten bzw. entlang der Parzellengrenze vorgesehen. Gestützt auf diese Ausführungen wurde der Gewässerraum im Bereich der Parzelle KTN XY korrekt festgelegt.

## C 2.1

5.4 Die (voll verglaste) Westfassade des geplanten Einfamilienhauses soll auf der ganzen Fläche durch eine vorgelagerte Gitterkonstruktion verkleidet werden. Diese dient in erster Linie der Beschattung der Wohnräume. Die einzelnen Metallgitterelemente können bei Bedarf über eine Hebevorrichtung in eine horizontale Position gebracht werden. Gemäss den Plänen-Nr. 1252\_03\_201 "Grundriss Erdgeschoss" und 1252\_03\_202 "1. OG / 2. OG / Dachaufsicht" vom 28. Februar 2022 ragen die (geöffneten) horizontalen Klappläden um rund vier Meter in den Gewässerraum hinein. Bei Sonnenstoren ohne Resistenz, deren Gestänge hinaus- und wieder zurückgefahren werden kann, handelt es sich um Konstruktionen ohne Gebäudecharakter (vgl. Fritzsche/Bösch/Wipf/Kunz, a.a.O., S. 1064). Die Vorinstanz 1 und der Beschwerdegegner sind der Auffassung, dass es sich bei den mobilen Gitterelementen um solche (nicht abstandspflichtige) Bauteile handle. Die Vorinstanz 2 bzw. das Amt für Gewässer haben sich zur Bewilligungsfähigkeit der Klappläden im Gewässerraum bzw. -abstandsbereich überhaupt nicht geäußert. Bei den Metallgitterelementen handelt es sich zwar um bewegliche Fassadenteile. Diese sind jedoch stabil gebaut und sie sind mit dem Hauptgebäude fest verbunden. Im vorgesehenen Ausmass wirken diese wie über die Fassade hinausragende Vordächer, für welche eine Abstandspflicht gilt. Hinzu kommt, dass nur bei geöffneten Elementen eine freie Sicht auf den Zürichsee besteht. Es ist deshalb davon auszugehen, dass die Klappläden die meiste Zeit (vollständig oder zumindest teilweise) geöffnet sein werden. Dies gilt umso mehr, als die Belichtung der Wohnräume in erster Linie über die (verglaste) West- bzw. Nordwestfassade erfolgt. Zudem dürfte eine Beschattung auf dieser Seite nur gegen Abend erforderlich sein. Somit geht auch der Zweck der beweglichen Fassadenelemente weit über denjenigen einer (mobilen) Sonnenstore, welche ausschliesslich der Beschattung einer eng umgrenzten Fläche dient, hinaus. Solche fix installierten massiven Bauteile sind jedoch im Gewässerraum nicht zulässig. Ein Ausnahmegrund, welche eine Ausnahmegewilligung gemäss Art. 41c Abs. 1 GSchV rechtfertigen würde, ist nicht ersichtlich. Auch in dieser Hinsicht ist die Beschwerde deshalb gutzuheissen.

5.5 (...).

6. Im Weiteren rügen die Beschwerdeführer, dass die Vorinstanzen zu Unrecht eine Ausnahmegewilligung in Bezug auf den Grundwasserschutz erteilt hätten.

6.1 Gemäss Art. 19 Abs. 1 GSchG teilen die Kantone ihr Gebiet nach der Gefährdung der ober- und der unterirdischen Gewässer in Gewässerschutzbereiche ein. 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 GSchG). Das Bauvorhaben liegt unbestrittenermassen im Gewässerschutzbereich A<sub>U</sub>. Der Gewässerschutzbereich A<sub>U</sub> gehört gemäss Art. 29 Abs. 1 Bst. a GSchV zu den besonders gefährdeten Bereichen. Nach Art. 32 Abs. 2 Bst. b GSchV ist in den besonders gefährdeten Bereichen insbesondere für Anlagen, die Deckschichten oder Grundwasserstauer verletzen, eine Bewilligung der Gewässerschutzfachstelle erforderlich. Nach Anhang 4 Ziffer 211 Abs. 2 GSchV dürfen im Gewässerschutzbereich A<sub>U</sub> 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.

6.2 Das zuständige Amt für Umwelt und Energie hat im Gesamtscheid der Vorinstanz 2 vom 23. September 2022 festgehalten, dass durch den Einbau des Untergeschosses und die Pfahlfundation die Durchflusskapazität um 47 % reduziert werde. Nach der Wegleitung Grundwasserschutz des früheren Bundesamtes für Umwelt, Wald und Landschaft (BUWAL) aus dem Jahr 2004 kann ein an sich unzulässiges Bauwerk bewilligungsfähig werden, wenn durch gezielte Ersatzmassnahmen die vorhanden Durchflusskapazität erhalten wird. Im Kanton Schwyz gilt die Praxis, dass bei einer grösseren Durchflussverminderung als 10 % mittels Kompensationsmassnahmen der Durchfluss zu 100 % wiederhergestellt werden muss. Gemäss dem Umströmungsnachweis der F AG vom 28. April 2022 wird mit dem Einbringen einer 40 cm mächtigen Schicht aus gewaschenem Kiessand unter der Bodenplatte ein Durchfluss von 90 % erreicht. Die übrige Kompensation soll im Hinterfüllungsbereich stattfinden. Demgemäss erteilte die Vorinstanz 2 dem Bauvorhaben mit Bezug auf den Grundwasserschutz eine Ausnahmebewilligung unter Auflagen.

6.3 Die Erteilung von Bewilligungen zur Verminderung der Durchflusskapazität unterhalb des mittleren Grundwasserspiegels wird vom Verordnungsgeber ausdrücklich als Ausnahme bezeichnet. Nach Massgabe ihres Zwecks, besonders gefährdete Gewässer zu schützen, legt dies eine zurückhaltende Anwendung der Norm nahe (vgl. Urteil BGer 1C\_460/2020 vom 30. März 2021, E. 4.2.3). Für die Erteilung einer Bewilligung gemäss Anhang 4 Ziff. 211 Abs. 2 GSchV ist eine Interessenabwägung erforder-

## C 2.1

lich. Dabei müssen die privaten und öffentlichen Interessen an einer Verminderung der Durchflusskapazität die entgegenstehenden (Gewässerschutz-)Interessen überwiegen. Aus gewässerschutzrechtlicher Sicht fällt dabei namentlich ins Gewicht, wie gross die Verminderung der Durchflusskapazität innerhalb der zulässigen Bandbreite von zehn Prozent tatsächlich ausfällt und ob ein unterirdisches Gewässer selbst oder bloss ein zu seinem Schutz notwendiges Randgebiet betroffen ist. Aufseiten der Geschützten verdient Berücksichtigung, inwieweit die Verweigerung einer Bewilligung eine sinnvolle, den übrigen (insbesondere raumplanerischen und umweltrechtlichen) Vorgaben entsprechende Nutzung ihres Grundeigentums erschweren würde.

6.4 Vorliegend hat sich die Vorinstanz 2 darauf beschränkt, die durch das Bauprojekt zu erwartende Verminderung der Durchflusskapazität und Ersatzmassnahmen zur Erhaltung der vorhandenen Durchflusskapazität zu diskutieren. Sodann stützt sie sich auf den Bericht der Architekten des Beschwerdegegners vom 3. Mai 2022 ab, ohne diesen jedoch nur im Ansatz zu hinterfragen. Aus dem Gesamtentscheid der Vorinstanz 2 vom 23. September 2022 geht nicht hervor, dass eine nach der vorstehend ausgeführten Rechtsprechung notwendige Interessenabwägung vorgenommen worden wäre. Demgemäss ist es erforderlich, die vorliegend ganz erhebliche Durchflussverminderung von 47 % mit den bautechnischen Erfordernissen an eine sinnvolle, mit den übrigen Vorgaben des Raumplanungs- und Umweltrechts übereinstimmende Grundstücksnutzung ins Verhältnis zu setzen. Es scheint zumindest fraglich, ob das (private) Interesse des Beschwerdegegners an einem Untergeschoss im geplanten Ausmass (inklusive Tiefgarage mit acht Parkplätzen) die öffentlichen (gewässerschutzrechtlichen) Interessen tatsächlich zu überwiegen vermag. Bei dieser Ausgangslage hat die Vorinstanz 2 die Voraussetzungen für die Erteilung einer gewässerschutzrechtlichen Ausnahmegewilligung nur unvollständig geprüft. Demnach widerspricht die angefochtene Baubewilligung Art. 19 Abs. 2 und Art. 43 Abs. 4 GSchG in Verbindung mit Anhang 4 Ziff. 211 Abs. 2 GSchV (vgl. RRB Nr. 574 vom 24. August 2021, E. 10.4.2). Auch in diesem Punkt ist die Beschwerde gutzuheissen. Die Vorinstanz 2 wird bei einem allfälligen Nachfolgeprojekt die geforderte Interessenabwägung vornehmen müssen.

(RRB Nr. 411 vom 31. Mai 2023).

## 2.2 Zonenkonformität einer Kindertagesstätte

- *Die Nutzung einer Liegenschaft als Kindertagesstätte ist mit der Wohnnutzung eng verwandt. Eine Kindertagesstätte ist in einer Wohnzone, in der nur nicht störende Betriebe zulässig sind, grundsätzlich zonenkonform (Erw. 5-5.6).*

*Aus den Erwägungen:*

5. Die Beschwerdeführer bestreiten die Zonenkonformität der geplanten Umnutzung des Wohnhauses auf dem Grundstück GB XY in eine Kindertagesstätte. Sie stellen sich auf den Standpunkt, dass mit dem Bauvorhaben ein reiner Gewerbebetrieb geplant sei, was in einer reinen Wohnzone jedoch nicht zulässig sei. Im Quartier S bestehe jedenfalls kein öffentliches Interesse an einer Kindertagesstätte, zumal die bestehenden Betriebe im Bezirk A. noch freie Plätze anbieten würden. Es sei klarerweise damit zu rechnen, dass die Mehrheit der zu betreuenden Kinder aus anderen Dörfern und Gemeinden stammen würden. Zudem handle es sich beim geplanten Bauprojekt um einen störenden Betrieb. Der Lärm, welchen die Kinder beim Spielen draussen erzeugen würden, sei für die Nachbarn nicht tragbar. Sodann würden auch die zu erwartenden 140 Zu- und Wegfahrten pro Tag massive Lärmimmissionen erzeugen.

5.1 Bauten und Anlagen dürfen nur mit behördlicher Bewilligung errichtet oder geändert werden (Art. 22 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Raumplanung vom 22. Juni 1979 [RPG, SR 700]; § 75 Abs. 1 PBG). Bauten und Anlagen werden namentlich dann geändert, wenn sie äusserlich umgestaltet, erweitert, erheblich umgebaut oder einer neuen, baupolizeilich bedeutsamen Zweckbestimmung zugeführt werden (§ 75 Abs. 2 PBG). Voraussetzung einer Bewilligung ist, dass die Bauten und Anlagen dem Zweck der Nutzungszone entsprechen und das Land erschlossen ist (Art. 22 Abs. 2 RPG). Nutzungspläne ordnen die zulässige Nutzung des Bodens (Art. 14 Abs. 1 RPG). Die Gemeinden sind verpflichtet, kommunale Nutzungspläne und insbesondere Zonenpläne samt den zugehörigen Vorschriften zu erlassen (§ 15 Abs. 1 PBG). Die Gemeinde scheidet im Zonenplan die erforderlichen Bau-, Landwirtschafts-, Schutz- und Gefahrenzonen aus (Art. 14 Abs. 2 RPG; § 17 Abs. 1 PBG). Es können weitere Zonenarten festgelegt werden (Art. 18 Abs. 1 RPG; § 17 Abs. 2 PBG). Bauzonen können namentlich auch in Wohnzonen eingeteilt werden (§ 18 Abs. 2 Bst. a PBG), die wiederum in reine oder gemischte Zonen unterteilt werden können (§ 18 Abs. 3 PBG). Das Baureglement enthält Bestimmun-

## C 2.2

gen, die den Zonenplan näher umschreiben. Es muss mindestens Vorschriften über die Bauweise, die Nutzungsart und das Ausmass der Nutzung in den einzelnen Bauzonen enthalten (§ 21 Abs. 1 und Abs. 2 Bst. a PBG).

5.2 Das Grundstück GB XY befindet sich gemäss dem geltenden Zonenplan des Bezirks A. in der Wohnzone 3 (W3). Zudem muss beachtet werden, dass die Bauparzelle GB XY innerhalb des Perimeters des Quartiergestaltungsplans "S (W)" (vom Regierungsrat genehmigt mit Beschlüssen Nr. 1147 vom 5. Juli 1983 und Nr. 251 vom 20. April 2021) liegt. Im Zeitpunkt des Erlasses des Quartiergestaltungsplans "S (W)" war das Baureglement vom 31. Oktober 1974 bzw. vom 28. Mai 1978 (aBauR) in Kraft. Es ist grundsätzlich das im Zeitpunkt des Gestaltungsplanerlasses gültige Baureglement anwendbar, soweit die Sonderbauvorschriften keine abweichende Regelung enthalten (vgl. RRB Nr. 24 vom 15. Januar 2019, E. 7.2; VGE III 2019 31 vom 25. Juli 2019, E. 4.2.2 f.). Nach Art. 40 Abs. 2 Bst. b Ziff. 1 aBauR sollen in den Wohnzonen ruhige Verhältnisse gewährleistet sein. Störende Betriebe sind nicht zulässig. Inhaltlich stimmt diese Bestimmung weitgehend mit dem heute geltenden Art. 47 des Baureglements des Bezirks A. vom 1. Mai 2015 (BauR) überein. Danach sollen in den Wohnzonen ruhige Wohnverhältnisse gewährleistet sein. Zugelassen sind nicht störende Betriebe, deren Bauweise der Zone angepasst ist, namentlich kleinere emissionsarme Geschäfte und Dienstleistungsbetriebe mit geringem Zubringerverkehr. Da es sich bei Art. 40 aBauR bzw. Art. 47 BauR um kommunales Recht handelt, obliegt es in erster Linie der kommunalen Baubewilligungsbehörde, diese Vorschriften nach pflichtgemäßem Ermessen sachgerecht auszulegen und anzuwenden. Bei der Auslegung von kommunalen Vorschriften steht der Vorinstanz 1 ein Ermessensspielraum zu, bei dessen Überprüfung sich der Regierungsrat regelmässig eine gewisse Zurückhaltung auferlegt (§ 46 Abs. 2 VRP). Diese Zurückhaltung geht allerdings nur so weit, als das Gemeinwesen den ihm zustehenden Ermessensspielraum nicht verlässt (EGV-SZ 2002 C 2.3, E. 2.4).

5.3 Allgemein gilt, dass die Zonenkonformität einen positiven, funktionalen Zusammenhang zwischen Nutzung und Zonenzweck verlangt, d. h. die Baute muss jener Nutzung dienen, für welche die Zone bestimmt ist. Die Wohnzone ist für den dauernden oder vorübergehenden Aufenthalt von Menschen im Sinne des Wohnens bestimmt. Die Wohnnutzung kann in erster Linie als eine Reihe verschiedener Zwecke und Tätigkeiten beschrieben werden, zu denen etwa Erholung, Schlafen, Essen und Hausarbeit gezählt werden (vgl. Bernhard Waldmann/Peter Hänni, Handkommentar zum Raumplanungsgesetz, Bern 2006, Art. 22 N 25). Im Wesentlichen

spielen zwei Elemente eine Rolle für die Frage der Übereinstimmung einer Nutzung mit dem Zweck der Wohnzone: Zum einen der qualitative Schutz vor Beeinträchtigungen durch Lärm, Luftverunreinigungen usw. und zum andern der quantitative Schutz von Nutzflächen zugunsten des Wohnens. Für die Beurteilung der Zulässigkeit einer Nutzung kommt es grundsätzlich nicht darauf an, ob im konkreten Fall tatsächlich Immissionen verursacht werden, sondern darauf, ob mit der betreffenden Nutzung typischerweise Belästigungen verbunden sind, die über das hinausgehen, was normalerweise mit dem Wohnen verbunden ist. Abzustellen ist mithin auf eine abstrakte Immissionsbeurteilung, auf durchschnittliche objektivierte Bedingungen (vgl. EGV-SZ 2008 B 8.8, E. 2.2 mit Hinweisen).

5.4 Die umstrittene Kindertagesstätte soll montags bis freitags von 6.45 bis 18.30 Uhr geöffnet sein. Abends sowie am Wochenende und an Feiertagen ist sie geschlossen. Die Kindertagesstätte verfügt über 24 Plätze (zwei Gruppen à maximal zwölf Kinder). Die Liegenschaft der Beigeladenen verfügt über einen Garten, in welchem die Kinder spielen können. Die Nutzung einer Liegenschaft als Kindertagesstätte ist mit der Wohnnutzung eng verwandt. Anstelle der Eltern erfolgt die Betreuung der Kinder durch die Kindertagesstätte (vgl. BRGE I Nr. 0169/2014 und 0170/2014 vom 21. November 2014, E. 5.1). Im Viertel B. gibt es bis anhin weder eine Kindertagesstätte für Vorschulkinder noch einen Hort für Schulkinder. Auch wenn der geplante Betrieb nicht ausschliesslich von Kindern, die im Quartier S wohnen, besucht werden wird, so ist er doch primär für die Deckung eines alltäglichen Bedürfnisses der Bewohner des Quartiers und der näheren Umgebung gedacht. Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass die meisten Eltern ihre Kleinkinder schon aus praktischen Gründen in der Nähe des Wohnorts oder allenfalls des Arbeitsplatzes betreuen lassen. Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführer trifft es nicht zu, dass ein funktionaler Zusammenhang zwischen Nutzung und Zweck der Wohnzone einzig bei Gewerbebetrieben, welche ausschliesslich der Versorgung der Bevölkerung des Quartiers dienen würden, besteht. Vielmehr müssen die Anwohner grundsätzlich den Zuzug von nicht störenden Betrieben und deren (beschränkten) Immissionen dulden und können nicht darauf vertrauen, dass die bisherige Quartierstruktur unverändert erhalten bleibt (vgl. RRB Nr. 806 vom 10. November 2020, E. 2.3). Sodann ist für die Beurteilung der Zonenkonformität nicht von Relevanz, ob die bestehenden Kindertagesstätten im Bezirk A. über freie Betreuungsplätze verfügen oder nicht. Ist die geplante Kindertagesstätte zonenkonform, so kann sie grundsätzlich auch dann eröffnet werden, wenn keine Nachfrage besteht. Die Auffassung der Vorinstanz 1, wonach die geplante Kindertagesstätte den

## C 2.2

Zonencharakter wahr, ist daher in Berücksichtigung ihres Ermessensspielraums bei der Auslegung und Anwendung kommunaler Zonenvorschriften nicht zu beanstanden.

5.5 Erlaubt eine Gemeinde in einer Wohnzone nur nicht störende Betriebe, sind an deren Vereinbarkeit mit der Wohnnutzung höhere Anforderungen zu stellen, als wenn auch mässig störende Betriebe zugelassen sind. Diese Anforderungen lassen sich etwa dahingehend umschreiben, dass Betriebe ihrem Wesen nach einwandfrei in eine Wohnzone passen müssen. Da Wohnzonen offensichtlich auch für den Aufenthalt von Kindern bestimmt sind, ist Kinderlärm in ihnen grundsätzlich zu dulden. Insbesondere ist zu berücksichtigen, dass der Lärm von Kindern, die in Nachbargärten oder auf dem Trottoir spielen, für ein Wohnquartier geradezu typisch ist und von der Mehrheit der Bevölkerung, auch in einer ruhigen Wohnzone, als ortsüblich und weniger als störend empfunden wird. Auch in einer eher ruhigen Wohnzone ist es den Nachbarn jedenfalls zuzumuten, von Montag bis Freitag während ein paar Stunden im Zeitraum zwischen 6.45 und 18.30 Uhr den Lärm von in der Regel nicht mehr als zwanzig im Garten spielenden Kindern zu dulden (vgl. Urteil BGer 1C\_148/2010 vom 6. September 2010, E. 2.2.3; BRGE I Nr. 0169/2014 und 0170/2014 vom 21. November 2014, E. 5.1). Selbst wenn bei voller Auslastung alle 24 Kinder mit dem Auto gebracht und geholt würden (womit jedoch nicht zu rechnen ist), würde dies nicht zu ungewöhnlich intensivem Fahrzeugverkehr führen (vgl. dazu unten E. 6.3). Die geplante Kindertagesstätte ist in einer Wohnzone mit nicht störendem Gewerbe zonenkonform.

5.6 Nach dem Gesagten entspricht die Umnutzung des bestehenden Wohnhauses in eine Kindertagesstätte dem Zonenzweck der Wohnzone 3. Die zu erwartenden Immissionen sind zudem nicht als störend einzustufen. Indem die Vorinstanz 1 die Zonenkonformität der Kindertagesstätte bejaht hat, hat sie ihren Ermessensspielraum nicht verlassen.

(RRB Nr. 278 vom 4. April 2023).

## 2.3 Abstand zur Zonengrenze

- *Sind von einer Baute auf oder ganz nahe an der Grenze zur Nachbarzone Auswirkungen auf diese benachbarte Zone wahrscheinlich, hat die Baubehörde die Konformität auch mit der benachbarten Zone zu prüfen. (Erw. 2.1-2.4).*

*Aus den Erwägungen:*

2. Die Beschwerdeführerin rügt mit Verweis auf das Urteil des Bundesgerichts 1C\_668/2017 vom 31. Oktober 2018, dass auf den Plänen in der nordwestlichen Grundstücksecke von KTN XY willkürliche Abstände von 1.5 m zur Landwirtschaftszone ausgewiesen worden seien. Zudem würden gewisse Anlagen auch noch näher als 1.5 m an der Zonengrenze zu liegen kommen.

2.1 Gemäss dem erwähnten Bundesgerichtsentscheid 1C\_668 vom 31. Oktober 2018 (publiziert: BGE 145 I 156), welcher im Übrigen ebenfalls das Baugrundstück KTN XY betraf, setzt die Erteilung einer Baubewilligung voraus, dass die Bauten und Anlagen dem Zweck der Nutzungszone entsprechen (Art. 22 Abs. 2 Bst. a des Bundesgesetzes über die Raumplanung vom 22. Juni 1979 [Raumplanungsgesetz, SR 700, RPG]). Eine Baute, die sich über mehrere Zonen erstreckt, muss den Bestimmungen aller betroffenen Zonen entsprechen. Dabei ist nach Auffassung des Bundesgerichts nicht bloss der Standort der Baute massgebend, sondern es sind auch die Auswirkungen auf die Nachbarzonen zu berücksichtigen. Sind von einer Baute auf oder ganz nahe an der Grenze zur Nachbarzone Auswirkungen auf diese benachbarte Zone wahrscheinlich, hat die Baubehörde die Konformität auch mit der benachbarten Zone zu prüfen. Nichtlandwirtschaftliche Wohnbauten in der Bauzone müssen daher so weit von der Zonengrenze zurückversetzt werden, dass ihre Erstellung auf die Landwirtschaftszone keine nennenswerten Auswirkungen mehr hat. Dabei sind die entgegengesetzten Interessen an der Erhaltung von geeignetem Kulturland für die Landwirtschaft (vgl. Art. 3 Abs. 2 Bst. a RPG) und der durch die Eigentumsgarantie (vgl. Art. 26 BV) geschützten baulichen Nutzungsmöglichkeiten gegeneinander abzuwägen (vgl. BGE 145 I 156 E. 6.1 ff.). Grundsätzlich dürfte die Einhaltung der ordentlichen Grundstücksgrenzabstände auch als Zonengrenzabstände genügen (vgl. dazu Arnold Marti: Kommentar zu BGE 145 I 156, in: ZBI 3/2019, S. 164).

## C 2.3

2.2 Weiter hielt das Bundesgericht fest, dass die Errichtung grösserer Bauten direkt oder ganz nahe an der Grenze zur Landwirtschaftszone meistens zu einer Inanspruchnahme des angrenzenden landwirtschaftlichen Kulturlands führen dürfte. Anders verhalte es sich bei kleineren Bauten wie einfachen Nebenbauten, Zäunen und Gattern, die keine nennenswerten Auswirkungen auf das angrenzende Landwirtschaftsland haben dürften (vgl. BGE 145 I 156 E. 6.5).

2.3 Das Baugrundstück KTN XY ist von Norden nach Süden abfallend und grenzt im Westen und im Norden an die in der Landwirtschaftszone liegenden Grundstücke KTN XX und KTN YZ. Gemäss dem Plan Nr. 120 vom 1. Oktober 2021 werden sämtliche Grenzabstände gegenüber der westlichen Grundstücksgrenze und damit auch die entsprechenden Abstände von der Zonengrenze gegen Westen eingehalten (da die Zonengrenze identisch mit der Grundstücksgrenze ist). Gegenüber dem nördlichen Nachbargrundstück bzw. der nördlich gelegenen Landwirtschaftszone werden Abstände zwischen 2.02 m und 2.73 m ausgewiesen. Bei der Einhaltung der ordentlichen Grenzabstände gegenüber der Zonengrenze ist grundsätzlich von einem genügenden Abstand auszugehen. Gegenüber der westlichen Landwirtschaftszone wird daher ein ausreichender Abstand eingehalten. Bei den Abständen zur nördlichen Grundstücksgrenze handelt es sich nicht um ordentliche Abstände, sondern durch ein Näherbaurecht verkürzte Abstände, weshalb allfällige negative Auswirkungen auf die nördlich angrenzende Landwirtschaftszone zu berücksichtigen sind. Gemäss dem Amt für Landwirtschaft wird der Geländeverlauf entlang der nördlichen Zonengrenze derart angepasst, dass sich der natürliche Geländeverlauf entlang der Zonengrenze nicht störend bzw. mit einer leichten Ausrundung entlang der nördlichen Bauzonengrenze untergeordnet verändert. Dementsprechend bestünden keine nennenswerten Auswirkungen auf die Landwirtschaftszone (vgl. Fachbericht des Amtes für Landwirtschaft vom 30. November 2021). Dem ist beizupflichten. Die Beschwerdeführerin vermag denn auch nicht darzulegen, welche konkreten negativen Auswirkungen das geplante Bauvorhaben auf die benachbarte Landwirtschaftszone hat. Das Gebäude auf dem Baugrundstück KTN XY tritt gegenüber der nördlichen Landwirtschaftszone nur einstöckig in Erscheinung. Bezüglich dem Entzug von Sonnenlicht bzw. dem Schattenwurf sind die Auswirkungen daher mit denen einer eingeschossigen Nebenbaute vergleichbar. Zudem werden diesbezügliche negative Auswirkungen durch das gegen Norden ansteigende Terrain noch zusätzlich minimiert und sind damit vernachlässigbar. Auch in Bezug auf den Gebäudeunterhalt reicht der Abstand von mindestens 2.02 m von der Zonengrenze aus, um z. B. ein einstöckiges Baugerüst für allfällige Renovations- oder Unterhaltsarbeiten ohne Inanspruchnahme oder Störung des landwirtschaftlichen

Lands zu installieren. Auch sonst ist mit den mindestens 2.02 m eine grundsätzliche Begehbarkeit rund um das Gebäude sichergestellt. Gleichzeitig wird aber durch das steil nach Norden ansteigende Terrain und die für den Alltag fehlende Zugänglichkeit der Nordseite des Gebäudes verhindert, dass das in der Landwirtschaftszone liegende Grundstück KTN YZ von den Bewohnern des Grundstücks KTN XY als Gartenerweiterung in Anspruch genommen wird. Dementsprechend sind unabhängig von der Nutzung des Grundstücks KTN YZ als Weide- oder Ackerland kein nennenswerter Entzug von Besonnung, Licht oder andere negative Auswirkungen auf das landwirtschaftliche Land ersichtlich, weshalb der vorliegende Zonenabstand ausreichend ist.

2.4 Soweit die Beschwerdeführerin bemängelt, dass in der nordwestlichen Grundstücksecke von KTN XY der Abstand zur Landwirtschaftszone nur 1.5 m betrage, ist darauf hinzuweisen, dass es sich dabei nur um einen Sitzplatz handelt und damit keine abstandsrelevante Hochbaute betroffen ist. Dementsprechend sind diesbezüglich keine negativen Auswirkungen wie der Entzug von Besonnung und Licht ersichtlich. Dasselbe gilt für die Inanspruchnahme des landwirtschaftlichen Landes als Gartenerweiterung. Im Bereich des beanstandeten Sitzplatzes in der nordwestlichen Grundstücksecke begrenzen nämlich Stützmauern den Sitzplatz. Zusammen mit dem nach Norden ansteigenden Terrain ist damit eine Inanspruchnahme bzw. eine nennenswerte Beeinträchtigung der landwirtschaftlichen Zone ebenfalls ausgeschlossen. Folglich sind auch durch den Sitzplatz und die Stützmauern bzw. Abgrabungen weder nennenswerten Auswirkungen ersichtlich noch werden solche von der Beschwerdeführerin konkret dargelegt.

(RRB Nr. 654 vom 31. Januar 2023; eine dagegen erhobene Beschwerde wies das Verwaltungsgericht mit VGE III 2023 28 vom 28. Juli 2023 ab).

## C 2.4

### 2.4 Qualifikation als Groberschliessungsstrasse

- *Ob eine Strasse als Groberschliessungsstrasse zu qualifizieren ist, ist primär dem Erschliessungsplan zu entnehmen (Erw. 4-5).*
- *Gibt der Erschliessungsplan keine Antwort, ist die Strassen anhand der konkreten Gegebenheiten einer Strassenkategorie zuzuordnen (Erw. 6 und 7).*

*Aus den Erwägungen:*

4. Gemäss § 4 StraG besteht das Strassennetz aus Nationalstrassen, Hauptstrassen, Verbindungsstrassen und Nebenstrassen.

4.1 Verbindungsstrassen sind gemäss § 6 Abs. 1 StraG Strassen mit wichtigen Verbindungsfunktionen zwischen Ortschaften. Träger der Verbindungsstrassen ist in der Regel der Bezirk oder die Gemeinde (Abs. 2). Der Regierungsrat bestimmt die Verbindungsstrassen aufgrund der Funktion, der Verkehrsbelastung und des Ausbaustandards. Er kann Strecken nur als Verbindungsstrassen anerkennen, wenn keine wiederkehrenden befristeten oder unbefristeten Fahrverbote für Motorfahrzeuge bestehen. Ist die direkte Verbindung zwischen zwei Ortschaften durch eine Hauptstrasse gewährleistet, kann keine weitere Strecke als Verbindungsstrasse bezeichnet werden. Die Verbindung zu Talstationen überregional bedeutender Tourismusgebiete kann als Verbindungsstrasse bestimmt werden (Abs. 3).

4.2 Nebenstrassen sind gemäss § 7 Abs. 1 StraG alle übrigen öffentlichen Strassen. Träger der Nebenstrassen sind in der Regel Gemeinden, Genossenschaften des öffentlichen Rechts und Private (Abs. 2).

4.3 Bezüglich der Groberschliessungsstrassen verweist das StraG auf das PBG. Dieses teilt die Erschliessungsstrassen in Grob- und Feinerschliessungsstrassen ein. Gemäss § 37 Abs. 4 und 5 PBG besteht die Groberschliessung in der Ausstattung des Baugebietes mit den Hauptsträngen der Strassen-, Wasser-, Energie- und Abwasseranlagen und die Feinerschliessung verbindet die einzelnen Baugrundstücke mit den Anlagen der Groberschliessung. Der Erschliessungsplan legt die Groberschliessung der Bauzonen gesamthaft oder für Teile davon fest. Er bezeichnet dafür die Etappen, das Ausbauprogramm und die Kosten für die einzelnen Etappen (§ 23 Abs. 1 PBG, vgl. auch § 38 Abs. 1 PBG).

5. Folglich ist der Erschliessungsplan vorab zu konsultieren. Aus dem Erschliessungsplan der Gemeinde A. vom 3. März 2002 ist ersichtlich,

dass noch gar keine Groberschliessungsstrassen ausgeschieden wurden. Daraus können die Beschwerdeführer jedoch nichts zu ihren Gunsten ableiten. Zum einen ist der Erschliessungsplan bereits mehr als 20 Jahre alt, weshalb sich eine Überarbeitung längst aufdrängt und dadurch wiederum die Verbindlichkeit des bestehenden Planinhalts in höchstem Masse in Frage gestellt werden muss. Zum anderen lässt sich bereits dem Genehmigungsbeschluss des Regierungsrates vom 2. Juli 2002 entnehmen, dass bereits damals der hierarchische Aufbau des Strassennetzes in A. im Erschliessungsplan vom 3. März 2002 nicht korrekt wiedergegeben wurde. Dementsprechend wurde der Erschliessungsplan auch nur mit einem entsprechenden Vorbehalt genehmigt und sinngemäss ausgeführt, dass das Groberschliessungsstrassennetz in A. anzupassen sei und namentlich die B-Strasse, die C-Strasse, die D-Strasse und die E-Strasse als Groberschliessungsstrassen in Frage kommen. Dementsprechend ist nachfolgend die B-Strasse anhand der konkreten Gegebenheiten einer Strassenkategorie zuzuordnen.

6. Bei der B-Strasse handelt es sich um eine ca. 600 m lange und im Eigentum der Gemeinde A. stehende Strasse. Die B-Strasse zweigt auf der Höhe der Pfarrkirche S. von der F-Strasse (Verbindungsstrasse gemäss Anhang der Strassenverordnung vom 18. Januar 2000 [StraV, SRSZ 442.111]) ab und geht nach der Überquerung der X. in die G-Strasse bzw. den H. über. Der deutlich schmalere H. erschliesst anschliessend diverse Bauernhöfe in der Landwirtschaftszone und geht seinerseits nach ca. 2.3 Kilometern in die I-Strasse über, welche nach weiteren 800 m in den Dorfteil J. mündet. Zu Beginn ist die B-Strasse bei der Abzweigung in die F-Strasse ca. 6 m breit und verjüngt sich anschliessend bis auf ca. 5 m. Zudem verfügt die B-Strasse über ein durchgehendes, ca. 1.5 m breites Trottoir mit entsprechender Strassenbeleuchtung (vgl. WebGIS; <https://map.geo.sz.ch> und Bilder auf Google-Street-View). Die B-Strasse führt durch bzw. an der Kernzone, einer Zone für öffentliche Bauten, einer zweigeschossigen Wohnzone und einer Wohn- und Gewerbezone entlang. In der Zone für öffentliche Bauten stehen unter anderem die Pfarrkirche S. und die Mittelpunktschule A., deren Parkplätze jeweils über ein kleines Zufahrtssträsschen an die B-Strasse angebunden sind. Zudem werden grössere Teile der umliegenden Kernzone, der zweigeschossigen Wohnzone und der gemischten Wohn- und Gewerbezone über die E-Strasse (inkl. K.) erschlossen und der dadurch auf der nördlichen Hälfte der E-Strasse anfallende Verkehr in die B-Strasse geleitet. Demgegenüber dürfte der auf der südlichen Hälfte der E-Strasse anfallende Verkehr vermutlich direkt in die F-Strasse einfahren.

## C 2.5

7. Nach dem Gesagten ist die vorinstanzliche Einordnung der B-Strasse als Groberschliessungsstrasse korrekt. Die B-Strasse sammelt den Verkehr der umliegenden Bauzonen und den über die G-Strasse von ausserhalb der Bauzone heranfliessende Verkehr und leitet diesen an die nächstgelegene Verbindungsstrasse bzw. die F-Strasse weiter, von wo aus der Verkehr auf die im Eigentum des Kantons stehende Hauptstrasse bzw. L-Strasse gelangt. Sie erfüllt damit die klassische Funktion einer Groberschliessungsstrasse. Zudem spricht auch die (vor dem Hintergrund der Dorfgrösse und der Grösse der zu erschliessenden Bauzone) angemessene Ausbaugrösse der B-Strasse für eine Groberschliessungsstrasse genauso wie die Eigentumsverhältnisse an dem abparzellierten Strassengrundstück. Des Weiteren spricht auch die hierarchische Ordnung der an die B-Strasse anschliessenden Strassen für eine Groberschliessungsstrasse. So münden diverse kleinere Strassen (H., E-Strasse und K.) und Zufahrtssträsschen (MPS A. und Pfarrkirche S.) in die B-Strasse, welche wiederum in die nächst grössere Strassenkategorie bzw. die als Verbindungsstrasse eingestufte F-Strasse mündet. Objektiv betrachtet, handelt es sich bei der B-Strasse daher um eine Groberschliessungsstrasse.

(RRB Nr. 704 vom 17. Oktober 2023).

### 2.5 Bestandesgarantie im Gewässerraum

- *Die Bestandesgarantie im Gewässerraum innerhalb der Bauzonen richtet sich nach kantonalem Recht (Erw. 3.1-3.3).*
- *Die Bestandesgarantie erstreckt sich nicht nur auf die horizontale, sondern auch auf die vertikale Ausdehnung einer Baute (Erw. 3.4-3.6).*
- *Ein Gebäude, das ein Geschoss mehr und ein rund 30 % grösseres Volumen als die bestehende Baute aufweist, ist nicht mehr von der Bestandesgarantie gedeckt (Erw. 3.7-3.8).*
- *Nutzungsänderungen sind im Rahmen der Bestandesgarantie nur zulässig, wenn sie keine neuen oder zusätzlichen Widersprüche zum geltenden Recht schaffen (Erw. 3.9).*

*Aus den Erwägungen:*

3.1 Anlagen im Gewässerraum sind in ihrem Bestand grundsätzlich geschützt, sofern sie rechtmässig erstellt wurden und bestimmungsgemäss nutzbar sind (Art. 41c Abs. 2 GSchV). Innerhalb der Bauzonen haben die Kantone bei der Regelung der Frage, inwieweit bestehende Anlagen baulich oder bezüglich ihrer Nutzung verändert werden dürfen, im Rahmen der Eigentumsgarantie einen Spielraum (vgl. den erläuternden Bericht des

Bundesamtes für Umwelt [BAFU] vom 20. April 2011 zur parlamentarischen Initiative Nr. 07.492 "Schutz und Nutzung der Gewässer", S. 15). Somit ist der Umfang der Bestandesgarantie innerhalb der Bauzonen im Gewässerraum nach Massgabe von § 72 PBG zu beurteilen (VGE III 2013 142 vom 23. Januar 2014, E. 2.3; BGE 1C\_473/2015 vom 22. März 2016, E. 4.2 f.).

3.2 Im Kanton Schwyz befasst sich § 72 PBG mit der Änderung und dem Wiederaufbau bestehender vorschriftswidriger Bauten und Anlagen. Bestehende, rechtmässig erstellte Bauten und Anlagen, die den neuen Vorschriften widersprechen, sind in ihrem Bestande garantiert (§ 72 Abs. 1 PBG). Wenn ein bestehendes Gebäude abgebrochen oder durch höhere Gewalt zerstört oder in seinem Umfang vermindert wird, so hat der Eigentümer fünf Jahre lang das Recht, es im früheren Umfang wieder aufzubauen (§ 72 Abs. 3 PBG).

3.3 Im Kanton Schwyz ist selbst der Wiederaufbau einer freiwillig abgebrochenen Baute zulässig (vgl. Gisler, a.a.O., S. 49). Grundsätzlich muss sich der Umfang einer Ersatzbaute sowohl bezüglich Grundriss, Volumen und Höhe an die Masse des Altbaus halten. So wird der Rahmen eines Wiederaufbaus beispielsweise gesprengt, wenn die Ersatzbaute mit einem Geschoss mehr erstellt wird, wodurch das Volumen, die Höhe und auch die Nutzfläche klar zunehmen. Im Rahmen des Wiederaufbaus sind nur geringfügige Erweiterungen zulässig, wobei auf die konkreten Umstände des Einzelfalls abzustellen ist. Eine Erweiterung kann aus objektiven Gründen zwingend erforderlich sein, z. B. zur Herbeiführung des heutigen wohnhygienischen Minimalstandards. Erweiterungen sind auch dann zulässig, wenn mit dem Wiederaufbau Vorteile bzw. Gegenleistungen verbunden sind, die insgesamt zu einer Verbesserung des bestehenden Zustandes, d. h. zu einer teilweisen Anpassung an geltendes Recht führen. Mit anderen Worten darf die Ersatzbaute keine neuen oder zusätzlichen Widersprüche zum geltenden Baurecht schaffen, sondern muss den bestehenden Zustand vielmehr weiterführen oder sogar verbessern. Der Nachbar muss aufgrund eines Wiederaufbaus grundsätzlich keine Mehrbeeinträchtigung hinnehmen. Wenn ein Wiederaufbau hingegen aufgrund des neuen, geltenden Rechts zulässig ist, steht dessen Verwirklichung nichts entgegen (vgl. EGV-SZ 2015, Nr. B 8.9, E. 4.1; EGV-SZ 2011, Nr. B 8.4, E. 3; Gisler, a.a.O., S. 31 und S. 56 ff.).

3.4 Das am 23. März 1976 bewilligte Zweifamilienhaus umfasst drei zu Wohnzwecken ausgebaute Geschosse (Erd-, Ober- und Dachgeschoss) sowie einen zweigeschossigen, südwestlichen Anbau, der auf der Höhe des Obergeschosses eine Doppelgarage und auf der Höhe des Erdgeschosses

## C 2.5

einen Tankraum, einen Heizungsraum und eine Gartenhalle aufweist. Zwischen den Parteien ist unbestritten, dass dieses bestehende Zweifamilienhaus mit dem südwestlichen Anbau rechtmässig bewilligt und erstellt worden und damit in seinem Bestand garantiert ist.

3.5 Das Neubauvorhaben beinhaltet wiederum ein Zweifamilienhaus, welches sich jedoch über vier Stockwerke hinweg erstreckt. Im Untergeschoss befindet sich der Wohn- und Essbereich sowie im Erd- und im Obergeschoss die Schlafzimmer, Badezimmer und der Büro- bzw. Musikraum (5.5-Zimmerwohnung). Im Obergeschoss sowie im Dachgeschoss liegt eine 3.5-Zimmerwohnung, wobei sich im Obergeschoss Schlaf- und Badezimmer sowie im Dachgeschoss der Wohn- und Essbereich befinden. Im Untergeschoss des südwestlichen, zweigeschossigen Anbaus sind neue Technikräume sowie ein Badezimmer mit einer Dusche und einem WC geplant. Die Doppelgarage im Erdgeschoss des Garagenanbaus bleibt bestehen. Zusätzlich ist im Nordosten des Zweifamilienhauses ein dreigeschossiger Anbau geplant, welcher im Untergeschoss einen Geräteraum, im Erdgeschoss einen Veloraum und im Obergeschoss einen Technik- sowie einen Wasch- und Trocknungsraum beinhaltet. Dieser Anbau wird an die Grundstücksgrenze zu KTN XY gestellt.

3.6 Der Grundriss des neuen Zweifamilienhauses (ohne den nordöstlichen Anbau) entspricht in etwa demjenigen des heute bestehenden Zweifamilienhauses. In Bezug auf die horizontale Ausdehnung ist das neue Zweifamilienhaus im Grundsatz noch vom Recht der alten Baustelle gedeckt. Die Bestandesgarantie im Gewässerraum ist aber nicht auf die horizontale Ausdehnung beschränkt. Auch die vertikale Ausdehnung von bestandesgeschützten Bauten und Anlagen muss berücksichtigt werden. Denn Mehrvolumen und Mehrhöhen verursachen potentiell mehr Lärm- und Lichtimmissionen und führen zu Mehrbeeinträchtigungen von heimischem Getier im und am Gewässer (vgl. VGE III 2015 32 vom 16. Juli 2015, E. 3.4; BGE 1C\_473/2015 vom 22. März 2016, E. 4.4 f.; RRB Nr. 597 vom 31. August 2021, E. 5.5.2; RRB Nr. 414 vom 15. Juni 2015, E. 3.8). Der Beschwerdegegner bringt vor, dass eine Erweiterung von bestehenden Gebäuden im Gewässerraum ausserhalb der Bauzonen zulässig sei und dass dies auch für bestehende Bauten innerhalb der Bauzone gelten solle. Dabei übersieht er, dass Art. 41c GSchV in Bezug auf die Bestandesgarantie eine gegenüber von Art. 24c des Bundesgesetzes über die Raumplanung vom 22. Juni 1979 (RPG, SR 700) eigenständige Bedeutung zukommt. Die Erweiterung oder der Wiederaufbau von zonenwidrigen Bauten ausserhalb der Bauzone im Gewässerraum ist damit nicht zulässig (vgl. BGE 146 II 304, E. 9). Der Beschwerdegegner wäre also in Bezug auf die Frage der Zulässigkeit einer Erweiterung nicht besser

gestellt, wenn sich das Baugrundstück KTN XY ausserhalb der Bauzonen befinden würde.

3.7 Das geplante Zweifamilienhaus umfasst ein Geschoss mehr als das bestehende Zweifamilienhaus und weist deutliche Mehrhöhen gegenüber dem bestehenden Gebäude auf (Südostfassade 11.75 m anstatt ca. 6.5 m, Nordostfassade 10.84 m anstatt ca. 5.5 m, Nordwestfassade 9.725 m anstatt ca. 4 m, Südwestfassade 11.08 m anstatt ca. 5.5 m). Entsprechend verfügt es im Vergleich zum bestehenden Gebäude über ein rund 30 % grösseres Volumen ( $1538.36 \text{ m}^3 \div 1152.79 \text{ m}^3 \times 100 = 133 \%$ ; inklusive An- bzw. Nebenbauten). Diese Erweiterung kann nicht mehr als geringfügig bezeichnet werden. Der Neubau ist in südöstlicher Richtung zwar gegenüber dem bestehenden Gebäude teilweise um bis zu einem Meter mehr vom A-See zurückversetzt, ragt gleichzeitig aber in ähnlichem Umfang wieder stärker in den Gewässerraum hinein. Insbesondere die Balkone im Erd- und im Obergeschoss an der Südostfassade und der Nordostfassade beanspruchen den Gewässerraum stärker als das bestehende Gebäude. Eine Verbesserung des bestehenden, rechtswidrigen Zustandes ist nicht auszumachen. Somit geht das neue Zweifamilienhaus in Bezug auf die vertikale Ausdehnung deutlich über die Masse des bestehenden Wohnhauses hinaus. Der Schlussfolgerung der Vorinstanz 2 (bzw. des zuständigen Amtes für Gewässer), wonach bestandeschützte Bauten im Gewässerraum generell um 30 % bzw. massvoll erweitert dürfen, kann nicht zugestimmt werden. Erweiterungen sind nur zulässig, wenn gleichzeitig der bestehende rechtswidrige Zustand in ähnlichem Ausmass behoben wird.

3.8 Die drei auf dem Plan "Grundrisse" vom 31. März 2022 als bestehend eingezeichneten Nebenbauten und/oder Anlagen im nordöstlichen Bereich des Zweifamilienhauses (Ofen mit einer Fläche von  $4 \text{ m}^2$ , Gartenhaus mit einer Fläche von  $9 \text{ m}^2$ , Velohaus mit einer Fläche von  $12.15 \text{ m}^2$ ) waren nicht Gegenstand der Baubewilligung vom 23. März 1976. Auf den damals bewilligten Plänen sind in diesem Bereich keine Nebenbauten eingezeichnet. Der Beschwerdegegner legt nicht dar, ob bzw. wann diese Gebäude anderweitig einmal rechtmässig bewilligt worden sind. Auch auf dem Luftbildstreifen vom 20. Mai 2022 (vgl. <https://map.geo.admin.ch>, Luftbildstreifen swisstopo) sind dort keine Nebenbauten erkennbar. Zudem ist anzunehmen, dass es sich beim "Ofen" nicht um ein Gebäude, sondern um eine Anlage handelt und an dessen Stelle im Rahmen der Bestandesgarantie keine Baute erstellt werden darf. Unabhängig von diesen offenen Fragen geht der geplante dreigeschossige nordöstliche Anbau über das Mass der bestehenden drei Nebenbauten bzw. Anlagen hinaus und ist nicht mehr von der Bestandesgarantie gedeckt. Das Garten- und

## C 2.5

das Velohaus würden dem Beschwerdegegner (wenn überhaupt) nur ein Recht auf einen eingeschossigen Anbau mit einer Fläche im bestehenden Umfang von angeblich ca. 21 m<sup>2</sup> geben. Der dreigeschossige Anbau hingegen geht in vertikaler Hinsicht weit über die Masse der bestehenden Bauten hinaus. Er sprengt die Bestandesgarantie und ist nicht mehr zulässig.

3.9 Der bestehende südwestliche Garagenanbau mit einer Doppelgarage, einem Tankraum, einem Heizungsraum und einer Gartenhalle wird nicht zu Wohnzwecken genutzt. Neu ist im Untergeschoss dieses Anbaus (neben zwei Technikräumen) auch ein Badezimmer mit Dusche und WC vorgesehen, welches von der unteren 5.5-Zimmerwohnung her zugänglich ist. Diese teilweise Umnutzung von Nebenflächen im Garagenanbau zu Wohnzwecken fällt wiederum nicht unter die Bestandesgarantie. Nutzungsänderungen sind im Rahmen der Bestandesgarantie nur zulässig, wenn sie keine neuen oder zusätzlichen Widersprüche zum geltenden Recht schaffen, den bestehenden Zustand somit weiterführen oder allenfalls der bestehenden Nutzungsordnung näher bringen (Gisler, a.a.O., S. 66). Mit der Erweiterung der Wohnfläche wird der Gewässerraum in unzulässiger Weise stärker beansprucht. Mithin schafft die Erweiterung zusätzliche Widersprüche zum geltenden Recht. Auch das Badezimmer im Untergeschoss des südwestlichen Anbaus ist im Rahmen der Bestandesgarantie nicht mehr erlaubt.

3.10 Damit sind weder das Wohnhaus selber noch der dreigeschossige, nordöstliche Anbau noch das Badezimmer im Untergeschoss des südwestlichen Anbaus von der Bestandesgarantie gedeckt. Das Bauvorhaben hätte nicht gestützt auf Art. 41c Abs. 2 GSchV bewilligt werden dürfen. Ob hier einer der Ausnahmegründe für die Unterschreitung des Gewässerraumes i.S.v. Art. 41c Abs. 1 GSchV gegeben ist, haben die Vorinstanzen nicht mehr geprüft. Diese Frage kann hier letztlich offen gelassen werden, weil die Baubewilligung auch aus anderen Gründen aufgehoben werden muss (vgl. die nachfolgenden Ausführungen unter Ziff. 5). Sie muss allenfalls im Rahmen eines redimensionierten Nachfolgeprojekts geprüft werden, wenn der Rahmen der Bestandesgarantie wiederum verlassen wird. Ob das Zweifamilienhaus im Gewässerunterabstand zulässig ist bzw. ob die Vorinstanzen für die Unterschreitung des Gewässerabstandes eine Ausnahmegewilligung hätten erteilen dürfen, kann bei diesem Ergebnis ebenfalls dahingestellt bleiben.

(RRB Nr. 534 vom 22. August 2023).

## 2.6 Einordnungsgebot

- § 56 Abs. 1 PBG ist als negative ästhetische Generalklausel ausgestaltet. Negative Generalklauseln wollen eine Verschlechterung des ästhetischen Zustandes verhindern. Es gelten für ein Bauvorhaben somit keine erhöhten Anforderungen an die Einordnung. Damit eine Baubewilligung verweigert werden kann, muss eine Baute erheblich stören. Will eine Gemeinde in einem Quartier einen einheitlichen Bebauungsstil durchsetzen, hat sie dies mittels Gestaltungsvorschriften zu tun (Erw. 4-4.5).
- Bei Fragen des Ortsbildschutzes, wo Gemeinden und Bezirke autonom sind, legt sich der Regierungsrat bei der Überprüfung der Entscheide eine gewisse Zurückhaltung auf (Erw. 5).
- Je weiter der Ermessenspielraum einer Behörde ist, desto besser muss ein Entscheid begründet sein. Die Baubewilligungsbehörde muss ausführlich begründen, weshalb sich ein Bauvorhaben ihrer Ansicht nach nicht einordnet. Gegebenenfalls muss sie sich auch zur Bewilligungsfähigkeit unter Auflagen äussern (Erw. 5.1-5.6).

*Aus den Erwägungen:*

4. Gemäss § 56 Abs. 1 des Planungs- und Baugesetzes vom 14. Mai 1987 (PBG, SRSZ 400.100) und Art. 8 Abs. 1 des Baureglements der Gemeinde S. vom 26. September 2010 (BauR) müssen sich Bauten und Anlagen so in die Umgebung eingliedern, dass sie das Landschafts-, Orts-, Quartier- und Strassenbild nicht stören. Die Gemeinden können in Bezug auf das Einordnungsgebot Vorschriften erlassen, welche über § 56 PBG hinausgehen (§ 52 Abs. 2 PBG). Die Gemeinde S. hat von dieser Kompetenz Gebrauch gemacht. Gemäss Art. 8 Abs. 2 BauR müssen die Bauten und Anlagen und deren Umgebung in den Kern- und Zentrumszonen (Bst. a), an exponierten Hanglagen (Bst. b), im Sichtbereich von künstlerisch und geschichtlich wertvollen Stätten, Bauten und Anlagen (Bst. c) sowie bei Bauten, die das Strassen-, Platz- oder Landschaftsbild wesentlich beeinflussen (Bst. d), besonders sorgfältig gestaltet werden.

4.1 Bei ästhetischen Generalklauseln wird begrifflich hauptsächlich zwischen negativen und positiven ästhetischen Generalklauseln sowie zwischen Verunstaltungsverboten, Beeinträchtigungsverboten, Einordnungsgeboten und Mischformen unterschieden. Negative Generalklauseln dienen der Abwehr. Sie wollen eine Verschlechterung des ästhetischen Zustandes verhindern, indem sie verunstaltende oder beeinträchtigende Eingriffe verbieten. Mit diesem Auffangtatbestand soll das ästhetische Empfinden des Bürgers geschützt und ein ästhetisch annehmbarer Zustand als

## C 2.6

grundlegendes Erfordernis des menschlichen Zusammenlebens gewährleistet werden. Positive ästhetische Generalklauseln hingegen verlangen in ihrer anspruchsvollsten Form in allgemeiner Weise eine städtebaulich oder architektonisch gute oder vorbildliche Bauweise (Beat Zumstein, Die Anwendung der ästhetischen Generalklausel des kantonalen Baurechts, St. Gallen 2001, S. 27 f.). § 56 Abs. 1 PBG und Art. 8 Abs. 1 BauR sind negative Generalklauseln. Sie untersagen eine klar erkennbare Störung des Landschafts-, Orts-, Quartier- und Strassenbildes. Art. 8 Abs. 2 BauR dagegen ist als positive Generalklausel ausgestaltet.

4.2 Im vorliegenden Fall ist die in Art. 8 Abs. 1 BauR (vgl. auch § 56 Abs. 1 PBG) erwähnte negative Generalklausel massgebend. Es gelten somit für das Bauvorhaben keine erhöhten Anforderungen. Kommt hinzu, dass sich das Baugrundstück KTN XY weder in unmittelbarer Nähe zu einem KSI-Objekt befindet (vgl. KSI = Inventar der geschützten Bauten und Objekt; siehe dazu § 4 Abs. 1 des Gesetzes über die Denkmalpflege und die Archäologie vom 6. Februar 2019, Denkmalschutzgesetz [DSG, SRSZ 720.100]) noch in einem Gebiet liegt, welches im Bundesinventar der schützenswerten Ortsbilder der Schweiz von nationaler Bedeutung (nachfolgend: ISOS) inventarisiert ist. Sodann hat die Vorinstanz 1 mit Beschluss Nr. 300 vom 16. September 2021 die "Leitplanung Ortsbild, Ortskerne S., T., U." erlassen. Der für das Bauvorhaben massgebende Ortsenteil "H." befindet sich jedoch nicht im Perimeter dieser Leitplanung (vgl. Leitplanung Ortsbild, Ortskerne S., T., U., Leitplantext vom 6. September 2021, S. 44).

4.3 Schliesslich ist im Jahre 1993 vom damaligen Amt für Kulturpflege (heute: Amt für Kultur) das Ortsbildinventar S./T./U. (nachfolgend: Ortsbildinventar) herausgegeben worden. Dieses beschreibt den Ortsteil U. als eine lockere Siedlung ohne ausgeprägtes Zentrum. In Bezug auf das vorliegend massgebende Siedlungsgebiet hält das Ortsbildinventar weiter fest, dass die parallel zueinander verlaufenden neueren Quartierstrassen (E-strasse, F-strasse und B-platzweg) für die Bebauung im schachbrettartigen Siedlungsmuster massgebend seien (Ortsbildinventar, S. 283). Zu den bestehenden Baukörpern im Ortsteil U. äussert das Ortsbildinventar, dass innerhalb der älteren Bausubstanz der zweibündige Haustyp mit quadratischem Grundriss, zwei bis drei Hauptgeschossen und Satteldach vorherrschend sei. Weiter führte jedoch bereits 1993 das Ortsbildinventar zur Bebauung in U. aus, dass die neueren Bauten unterschiedliche und meist grössere Dimensionen aufweisen würden (Ortsbildinventar, S. 287).

4.4 Nach dem Gesagten gelten für das Baugrundstück KTN XY in Bezug auf die Einordnung keine erhöhten Anforderungen. Vielmehr ist für die

Beurteilung der Einordnung primär die geltende Zonenordnung und nicht die bestehende, allenfalls kleinräumige Siedlungsstruktur massgebend. Denn der Grundeigentümer hat grundsätzlich Anspruch darauf, sein Bauland im Rahmen der jeweils geltenden Zonenordnung und Bauvorschriften auszunützen. Die Reduktion eines an sich zulässigen Bauvolumens allein aufgrund des Eingliederungsgebotes ist daher nur ausnahmsweise möglich (vgl. EGV-SZ 2008, C. 2.3, E. 7.1.1). Aus der generellen Einordnungsbestimmung (§ 56 PBG i.V.m. Art. 8 Abs. 1 BauR) lässt sich demnach kein generelles Gebot ableiten, die in der Nachbarschaft bestehenden Baumaterialien, Kubaturen, Dachformen und Firstrichtungen zu übernehmen. In einem heterogenen Perimeter muss ein Neubauvorhaben keine besondere Rücksicht auf die bereits vorhandene Bausubstanz nehmen. Lediglich wenn sich die bestehenden Bauten zu einem guten Quartierbild zusammenfügen, kann allenfalls die Pflicht zur Übernahme der charakteristischen Elemente geboten sein. Will eine Gemeinde ausserhalb dieses Sonderfalls in einem Quartier einen einheitlichen Bebauungsstil durchsetzen, so hat sie dies mittels Gestaltungsvorschriften durchzusetzen (vgl. dazu Christoph Fritzsche/Peter Bösch/Thomas Wipf/Daniel Kunz, Zürcher Planungs- und Baurecht, 6. Auflage, Wädenswil 2019, S. 816 f.).

4.5 Damit eine Baubewilligung verweigert und der damit verbundene Eingriff in die Eigentumsgarantie gerechtfertigt werden kann, muss eine Baute erheblich stören. Dies ergibt sich bereits aus dem Verhältnismässigkeitsprinzip. Die Beeinträchtigung ist dabei immer am Wert des zu schützenden Objekts zu messen. Je höher also der Wert des Ortsbildes ist, umso höher ist seine Empfindlichkeit gegenüber Einwirkung (siehe dazu Erica Häuptli-Schwaller, in: Kommentar zum Baugesetz des Kantons Aargau, Bern 2013, § 42 N 26). Da im vorliegenden Fall keine erhöhten Anforderungen in Bezug auf die Einordnung gelten, ist der Wert des vorliegend massgebenden Ortsbildes als eher gering einzustufen.

5. Bei der Überprüfung von Entscheiden, welche in Anwendung des kommunalen Rechts gefällt worden sind, hat sich der Regierungsrat eine gewisse Zurückhaltung aufzuerlegen. Dies gilt praxisgemäss vor allem bei Fragen des Ortsbildschutzes, wo die Gemeinden und Bezirke autonom sind. Ob sich ein Bauvorhaben in die bauliche Umgebung einordnet, muss deshalb in erster Linie von den zuständigen örtlichen Baubehörden beurteilt werden. Sie verfügen über die besten Ortskenntnisse und ihnen obliegt es, im Rahmen ihres Planungsauftrages dem Ortsbild und Landschaftsschutz Rechnung zu tragen. Der Regierungsrat greift deshalb bei der Beurteilung der Eingliederung eines Bauprojekts nur ein, wenn der beanstandete Standpunkt der kommunalen Baubewilligungsbehörde objektiv nicht mehr vertretbar ist (vgl. EGV-SZ 2017, C 2.5, E. 7.7). Das

## C 2.6

Bundesgericht (vgl. BGE 145 I 52 E. 3.6) hat dazu jedoch präzisiert, dass die Zurückhaltung bei der Überprüfung von Ermessensentscheiden zur Wahrung der Gemeindeautonomie nicht so weit gehen darf, dass sich Rechtsmittelbehörden auf eine Willkürprüfung beschränken (vgl. VGE III 2020 163, E. 3.5.2). Die neuere Rechtsprechung geht davon aus, dass wenn die Gemeinden bei der Anwendung offen formulierter kantonaler Bestimmungen über einen im Einzelnen noch näher zu definierenden Spielraum verfügen, dies nicht bedeuten kann, dass der zur Angemessenheitskontrolle befugte Regierungsrat erst dann eingreifen darf, wenn sich der Einordnungsentscheid geradezu als "sachlich nicht mehr vertretbar" bzw. "offensichtlich unvertretbar" erweist (vgl. dazu Entscheid des Verwaltungsgerichts Zürich [VB.2013.00468] vom 17. Dezember 2013, E. 4.2.3).

5.1 Bei der Ermessensausübung sind die kommunalen Baubewilligungsbehörden auch nicht völlig frei, sondern müssen die verfassungsmässigen Grundprinzipien einhalten. Die pflichtgemässe Ausübung des Ermessens steht daher auch in einem engen Zusammenhang mit dem Begründungszwang, d. h. mit der Pflicht der Verwaltungsbehörden, ihre Entscheide zu begründen. Je weiter der Ermessensspielraum ist, desto besser muss der Entscheid begründet werden. Mithin werden an die Begründungspflicht höhere Anforderungen gestellt, je weiter der den Behörden durch die anwendbaren Normen eröffnete Entscheidungsspielraum und je komplexer die Sach- und Rechtslage ist (vgl. Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Auflage, Zürich/St. Gallen 2020, N 409 ff. sowie N 1072). Auch die bundesgerichtliche Rechtsprechung stellt umso strengere Anforderungen an die Begründung, je grösser der der Behörde eingeräumte Ermessensspielraum ist. Die Begründungspflicht trägt gemäss dem Bundesgericht in solchen Fällen nämlich (im Sinne einer Selbstkontrolle) zur Rationalisierung der Entscheidfindung bei und verhindert, dass sich die Behörde von unsachlichen Erwägungen leiten lässt (vgl. BGE 129 I 232 E. 3.3). Bei kommunalen Einordnungsentscheiden hat der Regierungsrat somit insbesondere zu prüfen, ob eine den strengeren Anforderungen gerecht werdende Begründung vorliegt und ob diese Begründung eine nachvollziehbare und vertretbare Würdigung beinhaltet.

5.2 Aus dem angefochtenen Beschluss geht hervor, dass die Vorinstanz 1 mit der Gebäudeform, der Gliederung der Baute mit einem grösseren Sockel- und einem kleineren Obergeschoss sowie einem umlaufenden Balkon mit Wintergarten und der Dachform (Pyramidendach) nicht einverstanden ist (vgl. dazu vorangehende Erwägung 3 sowie angefochtener Beschluss Nr. 328 vom 17. August 2022, E. 4). Die Vorinstanz 1 hat

sich im angefochtenen Beschluss sehr umfassend zum Aussehen des geplanten Bauvorhabens geäußert. Ihre Äusserungen in Bezug auf die Umgebung der geplanten Baute, bzw. weshalb sich das Bauvorhaben des Beschwerdeführers nicht in die Umgebung einordne, sind hingegen sehr allgemein gehalten. Sie hält dazu lediglich fest, dass die Bauliegenschaft in einem Quartier mit beschaulichen Wohnhäusern in klassischer Bautypologie (mit jeweils einem Sockel und mindestens zwei Obergeschossen sowie maximal auf einer Seite einem Balkon) liege. Die bestehenden, gesamtheitlich konzipierten Baukörper würden fassadenbündig bis auf den Boden reichen, wobei Sockel und Oberbau einheitlich gestaltet seien und die Bauten Satteldächer aufweisen würden. Ausserdem würden sich die bestehenden Bauten an den vor Ort anzutreffenden Strassenzügen orientieren und einen fassbaren Bezug zu den Parzellengrenzen aufweisen.

5.3 Mit der Beschwerdeschrift vom 19. September 2022 reichte der Beschwerdeführer zusätzliches Bildmaterial zur bestehenden Überbauung ein, aus dem bereits hervorgeht, dass das von der Vorinstanz 1 im angefochtenen Beschluss beschriebene Quartierbild nicht so einheitlich umgesetzt wurde. Zu diesem Bildmaterial hat sich die Vorinstanz 1 in der Vernehmlassung vom 12. Oktober 2022 nur sehr rudimentär geäußert. Insbesondere machte die Vorinstanz 1 den allgemeinen Hinweis, dass sich ein Teil der abgebildeten Bauten (Foto Nr. 12-15) in der angrenzenden Kernzone befinden würden. Dieser Umstand ist jedoch für die Beurteilung der Einordnung in das Landschafts-, Orts- und Quartierbild nicht massgebend, da die Einordnung nicht an der Zonengrenze Halt macht. Vielmehr ist das Gesamtbild relevant, wobei nicht nur auf die unmittelbare Umgebung abzustellen ist (vgl. dazu Fritzsche/Bösch/Wipf/Kunz, a.a.O., S. 814 ff.). Diese Gesamtwürdigung hat die Vorinstanz 1 bislang unterlassen. Ausserdem ist sie nicht auf die einzelnen vom Beschwerdeführer vorgebrachten Vergleichsobjekte und die in diesem Zusammenhang massgebenden Gebäudeteile eingegangen. Aufgrund des schweren Eingriffs in die Eigentumsgarantie durch die Bauverweigerung gestützt alleine auf die Einordnungsbestimmung wäre es wohl angezeigt gewesen, dass die Vorinstanz 1 einen Augenschein vor Ort unter Wahrung der Parteirechte des Beschwerdeführers vornimmt. Erst daraus lässt sich das notwendige Gesamtbild, welches für die Beurteilung der Einordnungsfrage massgebend ist, ermitteln (vgl. dazu RRB Nr. 595 vom 31. August 2021, welcher ebenfalls den Ortsteil U. betraf). Am 27. Juli 2022 fand eine Besprechung zwischen den Parteien statt, an welcher in Bezug auf die gestalterischen Fragen keine Einigung zustande kam. Spätestens zu diesem Zeitpunkt wäre die Vorinstanz 1 verpflichtet gewesen, einen Augenschein durchzuführen, zumal die Baubewilligung nur aufgrund der angeblich mangelnden Einordnung verweigert wurde.

## C 2.6

5.4 Nach dem Gesagten hat die Vorinstanz 1 den Sachverhalt in Bezug auf die Einordnung nicht genügend abgeklärt. Dem Regierungsrat, welchem in diesem Bereich lediglich eine Angemessenheitskontrolle zusteht, ist es deshalb gestützt auf die ihm vorliegenden Aktenlage nicht möglich, die Einordnung der geplanten Baute abschliessend zu überprüfen. Bereits aus diesem Grund ist der angefochtene Beschluss aufzuheben und zur ergänzenden Sachverhaltsabklärung an die Vorinstanz 1 zurückzuweisen. Die Vorinstanz 1 wird aufgefordert, anhand eines Augenscheins gegebenenfalls die umliegenden Bauten sowie das umliegende Landschafts-, Orts- und Quartierbild zu umschreiben und nochmals zu bewerten. Dies ist notwendig, um festzustellen, ob sich das umstrittene Neubauvorhaben in einem heterogenen Perimeter befindet oder ob sich die bestehenden Bauten zu einem guten Gesamtbild zusammenfügen und dadurch die bestehende Bebauung bei der Beurteilung der Einordnungsfrage an Bedeutung gewinnt.

5.5 Zudem hat die Vorinstanz 1 durch die ungenügende Berücksichtigung des umliegenden Landschafts-, Orts- und Quartierbildes auch eine nicht unerhebliche Verletzung ihrer erhöhten Begründungspflicht begangen. Dies ist nach dem noch ausstehenden Augenschein ebenfalls noch nachzuholen. Insbesondere hat die Vorinstanz 1 die Einordnung in das – gegebenenfalls mit Hilfe des Augenscheins – umschriebene Landschafts-, Orts- und Quartierbild zu prüfen und detailliert zu begründen, weshalb sich das Bauvorhaben ihrer Ansicht nach nicht einordne und zwar unter Berücksichtigung des Umstandes, dass im besagten Gebiet in Bezug auf die Einordnung nur geringe Anforderungen gelten (vgl. vorangehende Erwägung 4). Dabei hat die Vorinstanz 1 auf die umliegenden Bauten (insbesondere auch die Gebäude auf KTN XXX und KTN YYY sowie auch KTN ZZZ) Bezug zu nehmen. Sollte die Vorinstanz 1 nach der ergänzenden Sachverhaltsabklärung erneut zum Ergebnis gelangen, dass die geplante Baute sich nicht einordne, muss sie vor der Erteilung eines vollständigen Bauabschlages ausserdem noch prüfen, ob die Baute allenfalls mit Auflagen (z. B. einheitliche Farbgebung von Sockel- und Obergeschoss, etc.) im Sinne einer milderer Massnahme möglich wäre. Denn die Einschränkung der Eigentumsgarantie muss nicht nur durch ein öffentliches Interesse (Einordnung) gerechtfertigt, sondern auch verhältnismässig sein. Soweit die Vorinstanz 1 dagegen einwendet, dass sich das Bauprojekt nicht durch einige wenige Massnahmen retten lasse und sie nicht Projektierungsbehörde sei, ist sie darauf hin zu weisen, dass sie der Bauherrschaft bereits in der Stellungnahme vom 30. Juni 2022 einige konkrete Verbesserungsvorschläge unterbreitet hat, welche sich ohne Weiteres mittels Auflage umsetzen lassen würden.

5.6 Nach den vorangegangenen Erwägungen erübrigt sich an dieser Stelle, die ästhetische Beurteilung der Vorinstanz 1 (unter der Beachtung der regierungsrätlichen Zurückhaltung; Angemessenheitskontrolle) materiell zu überprüfen. Auch die Einhaltung der übrigen Bauvorschriften behält sich der Regierungsrat zurzeit noch vor. Dies wird Aufgabe der Vorinstanz 1 sein, sollte sie nach der vorgenommenen ergänzenden Sachverhaltsabklärung zum Ergebnis gelangen, dass sich das Bauvorhaben (eventuell unter Auflagen) doch einordne.

(RRB Nr. 90 vom 7. Februar 2023).

---

### 3. Umweltschutz

---

#### 3.1 Sanierung einer Tankstelle

- *Eine echte Rückwirkung ist grundsätzlich unzulässig. Eine unechte Rückwirkung hingegen ist zulässig, sofern ihr nicht wohlerworbene Rechte entgegenstehen und sie nicht mit dem Vertrauensschutz kollidiert. Die Anwendung des GSchG auf eine altrechtlich bewilligte Tankstelle ist eine zulässige unechte Rückwirkung (Erw. 4.1-4.4).*
- *Die verfügten Sanierungsmassnahmen stellen einen Eingriff in die Eigentumsgarantie dar und sind nur unter den Voraussetzungen von Art. 36 BV zulässig, d.h. sie bedürfen einer gesetzlichen Grundlage, müssen im öffentlichen Interesse liegen und verhältnismässig sein (Erw. 5.1-5.4.4).*

*Aus den Erwägungen:*

4. Der Beschwerdeführer ist der Ansicht, dass die oben dargelegten Bestimmungen nicht auf seine Tankstelle anwendbar seien, weil er die Tankstelle im Jahr 1950 rechtmässig in Betrieb genommen sowie laufend habe warten und jährlich habe prüfen lassen.

4.1 Die rechtlichen Wirkungen eines Erlasses beginnen mit seinem Inkrafttreten. Die darin enthaltenen Rechtsnormen gelten grundsätzlich für die Zukunft. Nehmen Rechtsnormen auf bereits Geschehenes Bezug, besteht die Gefahr, dass die Betroffenen durch die Rechtsänderung überrascht werden und sich anders verhalten hätten, wenn ihnen das neue

## C 3.1

Recht bekannt gewesen wäre. Rückwirkendes Recht kann damit in Widerspruch zur Rechtssicherheit, zum Vertrauensschutz und zum Legalitätsprinzip geraten. Grundsätzlich ist eine echte Rückwirkung unzulässig. Eine solche liegt vor, wenn neues Recht auf einen Sachverhalt angewendet wird, der sich abschliessend vor Inkrafttreten dieses Rechts verwirklicht hat. Bei einer unechten Rückwirkung hingegen wird neues Recht auf zeitlich offene Dauersachverhalte angewendet. Die unechte Rückwirkung ist zulässig, sofern ihr nicht wohlerworbene Rechte entgegenstehen und sie nicht mit dem Vertrauensschutz kollidiert. Ein Widerspruch mit dem Vertrauensschutz liegt vor, wenn der Betroffene im Vertrauen auf die Weitergeltung des bisherigen Rechts Dispositionen getroffen hat, die sich ohne Nachteil nicht wieder rückgängig machen lassen (vgl. Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Auflage, Zürich/St. Gallen 2020, N 258 ff.).

4.2 Das Sanierungsrecht im Bereich des Umweltschutzes und des Gewässerschutzes betrifft Tatbestände, die sich vor dem Inkrafttreten des USG oder des GSchG verwirklicht haben und noch andauern. Als Sanierungsmassnahmen kommen bauliche, betriebliche und technische Massnahmen in Frage. Die wichtigsten Massnahmen im Sachbereich des qualitativen Gewässerschutzes sind aber die vorsorglichen Massnahmen. Sie gelten nicht als Sanierungsmassnahmen, bewirken aber einen geringeren Sanierungsaufwand, weil (noch) keine Gewässerunreinigung eingetreten ist. Vorsorgliche Massnahmen können u. a. gestützt auf die allgemeine Sorgfaltspflicht (Art. 3 GSchG) oder auf das generelle Verunreinigungsverbot (Art. 6 GSchG) erlassen werden (Hunger, a. a. O., S. 1 ff. und S. 205 ff.).

4.3 Der Beschwerdeführer hat die Tankstelle gemäss seinen eigenen Angaben im Jahr 1950 in Betrieb genommen. Eine (Bau-)Bewilligung für die Tankstelle liegt nicht in den Akten. Im Jahr 1953 wurde Art. 24<sup>quater</sup> der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1974 (aufgehoben am 1. Januar 2000, aBV, AS 1 1) als erster Umweltschutzartikel in die Bundesverfassung aufgenommen und hatte den Gewässerschutz zum Thema. Vor 1953 existierte auf Bundesebene nur Art. 25 aBV, welcher dem Bund das Recht gab, Bestimmungen über die Ausübung der Fischerei festzulegen. Im Jahr 1955 wurde das erste Gewässerschutzgesetz erlassen, welches am 1. Januar 1957 in Kraft getreten ist (AS 1956 1533; vgl. Hunger, a. a. O., S. 195 f.). Somit darf davon ausgegangen werden, dass die Tankstelle im Jahr 1950 gestützt auf die damalige Rechtslage rechtmässig erstellt und in Betrieb genommen worden ist.

4.4 Das GSchG statuiert (insbesondere in Bezug auf das generelle Verunreinigungsgebot) keine grundsätzliche Bestandesgarantie, gemäss welcher seinerzeit rechtmässig bewilligte und erstellte Anlagen bestehen bleiben dürfen. Vielmehr ist das heute geltende, am 1. November 1992 in Kraft getretene GSchG (mit den Rechtsänderungen) sofort anwendbar, und zwar auch auf die Tankstelle des Beschwerdeführers. Beim Betrieb der Tankstelle handelt es sich um einen Dauersachverhalt. Die Anwendung des GSchG auf die Tankstelle ist eine zulässige unechte Rückwirkung, welcher weder wohlerworbene Rechte noch der Vertrauensschutz entgegenstehen. Der Beschwerdeführer macht nicht geltend, dass ihm (bzw. seinem Rechtsvorgänger) individuell zugesichert worden sei, dass keine Änderung der Rechtslage eintreten werde bzw. dass er seine Tankstelle stets in der im Jahr 1950 vorhandenen Form betreiben dürfe. Mitunter durfte damals nicht davon ausgegangen werden, dass die Tankstelle nie an geänderte umweltschutz- bzw. gewässerschutzrechtliche Bestimmungen angepasst werden muss. Spätestens seit der Begehung durch das damalige Amt für Umweltschutz vom 20. Juni 2001 sowie dem gleichentags verfassten Schreiben (und damit seit rund 22 Jahren) musste der Beschwerdeführer wissen, dass er die bestehende Entwässerung der Tankstelle an den Stand der Technik anpassen muss. Somit ist das GSchG (und insbesondere das generelle Verunreinigungsverbot) auch auf die Tankstelle des Beschwerdeführers anwendbar. Die Vorinstanz durfte den Beschwerdeführer dazu verpflichten, entsprechende vorsorgliche Massnahmen zu ergreifen. Ob vorsorgliche Massnahmen bereits gestützt auf die früher geltenden Gewässerschutzgesetze (vgl. AS 1956 1533 und AS 1972 950) hätten ergriffen werden dürfen und müssen, kann bei diesem Ergebnis dahingestellt bleiben.

5. Der Beschwerdeführer erachtet es als unverhältnismässig, dass er die angeblichen Mängel an seiner Tankstelle beheben muss. Er sei bereits 84 Jahre alt, und "in den letzten 60 Jahren" sei nie Benzin von seiner Tankstelle in ein Gewässer gelangt. Die Tankstelle habe einen Jahresverbrauch von rund 8000 Litern und werde nur von fünf Personen benutzt. Die Behörden hätten sich nie gegen die heute bestehende Entwässerung gestellt. Dass die Vorinstanz von ihm nun nach über 70 Jahren der Inbetriebnahme eine Mängelbehebung verlange, sei als treuwidrig einzustufen. Die von der Vorinstanz verfügten Massnahmen würden Kosten von rund Fr. \_\_\_\_ mit sich ziehen. Selbst wenn die Massnahmen angezeigt wären, sei ihm eine angemessene Übergangsfrist von mindestens drei Jahren zu gewähren. Ausserdem macht der Beschwerdeführer eine Verletzung des Legalitätsprinzips geltend. Der Vertrag, das Merkblatt und das Handbuch seien keine hinreichenden gesetzlichen Grundlagen für die angeordneten Massnahmen.

## C 3.1

5.1 Die umstrittenen, von der Vorinstanz angeordneten Massnahmen stellen einen Eingriff in die Eigentumsgarantie dar (vgl. Art. 26 Abs. 1 BV). Eingriffe in die Eigentumsgarantie sind unter den Voraussetzungen von Art. 36 BV zulässig. Sie bedürfen einer gesetzlichen Grundlage (Art. 36 Abs. 1 BV), müssen im öffentlichen Interesse liegen oder durch den Grundrechtsschutz Dritter gerechtfertigt (Art. 36 Abs. 2 BV) sowie verhältnismässig sein (Art. 36 Abs. 3 BV).

5.2.1 Art. 36 Abs. 1 BV verlangt für jede Einschränkung eines Grundrechts eine gesetzliche Grundlage, die eine generell-abstrakte Struktur aufweist, vom kompetenzrechtlich zuständigen Gemeinwesen erlassen wurde, im Anwendungszeitpunkt in Kraft war und mit übergeordnetem Recht vereinbar ist. Dieses Erfordernis konkretisiert das in Art. 5 Abs. 1 BV verankerte Legalitätsprinzip, welches besagt, dass Staatstätigkeit nur aufgrund und nach Massgabe von generell-abstrakten Rechtsnormen ausgeübt werden darf, die genügend bestimmt sind. Diese müssen so präzise formuliert sein, dass der Bürger sein Verhalten danach einrichten und die Folgen eines bestimmten Verhaltens mit einem den Umständen entsprechenden Grad an Gewissheit erkennen kann. Einer Verwaltungsverordnung bzw. verwaltungsinternen Richtlinien kommt keine Rechtssatzqualität zu (vgl. Häfelin/Müller/Uhlmann, a. a. O., N 325 ff.).

5.2.2 Die umstrittenen vorsorglichen Massnahmen, die der Beschwerdeführer im Zusammenhang mit der Entwässerung der Tankstelle ergreifen muss, basieren in erster Linie auf den unter E. 2 erwähnten Bestimmungen des GSchG (insbesondere auf Art. 6 und Art. 22 GSchG). Daraus geht hinreichend klar hervor, dass die Entwässerung einer Tankstelle so auszugestalten ist, dass Flüssigkeitsverluste verhindert und dass auf dem Betankungs- und Umschlagplatz auslaufende Flüssigkeiten erkannt und zurückgehalten werden können. Diese sind generell-abstrakter Natur, wurden am 24. Januar 1991 von der Schweizerischen Bundesversammlung und damit vom zuständigen Organ erlassen und waren im Zeitpunkt der anfechtbaren Verfügung (4. April 2023) in Kraft. Sie stützen sich insbesondere auf Art. 76 Abs. 3 BV (Gewässerschutz) bzw. sind mit dieser übergeordneten Bestimmung vereinbar. Der Vertrag, das Merkblatt sowie das Handbuch besagen nur, wie die Entwässerung einer Tankstelle konkret auszugestalten ist, damit die Anforderungen von Art. 6 und Art. 22 GSchG erfüllt werden können. Es handelt sich dabei lediglich um Vollzugshilfen, welche die Gewässerschutzbestimmungen konkretisieren. Die mit der angefochtenen Verfügung angeordneten Eigentumseingriffe basieren damit auf einer hinreichenden gesetzlichen Grundlage.

5.3 Das öffentliche Interesse an den angeordneten Massnahmen besteht sodann offensichtlich im Gewässerschutz (vgl. dazu auch Art. 76 Abs. 3 BV). Sowohl die Oberflächengewässer wie auch das Grundwasser müssen vor Verunreinigungen durch Treibstoffe bewahrt werden.

5.4.1 Bei der Verhältnismässigkeit eines Grundrechtseingriffes müssen drei Aspekte geprüft und kumulativ erfüllt sein: die Eignung, die Erforderlichkeit und die Verhältnismässigkeit von Eingriffszweck und Eingriffswirkung, auch Zumutbarkeit genannt (vgl. Häfelin/Müller/Uhlmann, a. a. O., N 514 ff.).

5.4.2 Die von der Vorinstanz angeordneten vorsorglichen Massnahmen sind grundsätzlich geeignet und notwendig, um das generelle gewässerschutzrechtliche Verunreinigungsverbot und die Anforderungen an den Umgang mit wassergefährdenden Flüssigkeiten umzusetzen bzw. diesen Rechnung zu tragen. Mildere Massnahmen sind weder ersichtlich noch bringt der Beschwerdeführer solche vor. Benzin ist eine wassergefährdende Flüssigkeit, welche bereits in kleinen Mengen Wasser verunreinigen kann. Das Risiko einer Verunreinigung von Oberflächengewässern und des Grundwassers durch das Benzin der umstrittenen Tankstelle muss so gering wie möglich gehalten werden, zumal sich das Grundstück des Beschwerdeführers im Gewässerschutzbereich A<sub>u</sub> zum Schutz nutzbarer unterirdischer Gewässer befindet. Dabei spielt es eine untergeordnete Rolle, dass es hier um eine private Tankstelle geht. Das Risiko einer Gewässerverschmutzung besteht bei einer öffentlichen und bei einer privaten Tankstelle gleichermaßen. Das öffentliche Interesse am Schutz der Gewässer und damit an der Umsetzung der vorsorglichen Massnahmen ist hoch zu gewichten.

5.4.3 Der Beschwerdeführer darf die Tankstelle in der heutigen Form seit bereits über 70 Jahren nutzen und betreiben. Die 20-jährige Frist gemäss dem Merkblatt (S. 4), innert welcher das Interesse an der Beibehaltung des heutigen Zustandes höher zu gewichten ist, ist schon längstens abgelaufen. Der Beschwerdeführer durfte nicht darauf vertrauen, dass er an der Tankstelle nie bauliche oder betriebliche Veränderungen vornehmen muss, zumal die Behörden ihm dies nie individuell zugesichert haben. Spätestens seit der Begehung durch das damalige Amt für Umweltschutz vom 20. Juni 2001 weiss er, dass er an der bestehenden Entwässerung Massnahmen ergreifen muss. Eine zusätzliche, darüber hinausgehende Übergangsfrist ist nicht angezeigt. Sein Vertrauen in den Bestand der heutigen Situation ist als gering einzustufen. Der Beschwerdeführer kann seine private Tankstelle auch mit den angeordneten vorsorglichen Massnahmen weiterbetreiben. Es steht ihm frei, seine private Tankstelle

## C 3.1

aufzugeben und den benötigten Treibstoff von einer öffentlichen Tankstelle zu beziehen, wenn er nicht bereit ist, die Kosten der vorsorglichen Massnahmen zu tragen. Die Benutzung einer öffentlichen Tankstelle ist für ihn durchaus zumutbar.

5.4.4 Gestützt auf das im Gewässerschutzrecht geltende Verursacherprinzip (vgl. Art. 3a GSchG) müssen die Kosten der angeordneten Massnahmen vom Beschwerdeführer getragen werden (vgl. dazu auch Stutz, a. a. O., S. 117). In den Akten sind keine Belege vorhanden, welche die vom Beschwerdeführer geltend gemachte Kostenhöhe für die Umsetzung der Massnahmen von ca. Fr. \_\_\_\_ untermauern würden. Der Beschwerdeführer hätte sowohl im vorinstanzlichen Verfahren wie auch im vorliegenden Beschwerdeverfahren hinreichend Gelegenheit gehabt, solche Belege einzureichen. Weil er dies unterliess, hat er seine Mitwirkungspflicht verletzt (vgl. § 19 VRP). Daher und weil das öffentliche Interesse am Gewässerschutz bzw. an der Umsetzung der Massnahmen als sehr hoch einzustufen ist, überwiegt dieses gegenüber den privaten Interessen des Beschwerdeführers am Erhalt der Tankstelle in der bestehenden Form. Die Massnahmenkosten stehen damit in einem angemessenen Verhältnis zum Ziel, welches mit den Massnahmen erreicht werden kann. Somit sind die von der Vorinstanz angeordneten Massnahmen bzw. der diesbezügliche Eingriff die Eigentumsgarantie auch verhältnismässig.

(RRB Nr. 849 vom 21. November 2023, eine dagegen erhobene Beschwerde wies das Verwaltungsgericht mit VGE III 2023 204 vom 22. April 2024 ab).

---

## 7. Sozialwesen

---

### 7.1 Versicherungsprämien und Selbstbehalt

- *Prämien für eine den Verhältnissen angepasste Hausrat- und Haftpflichtversicherung sowie die minimalen Selbstbehalte sind als grundversorgende situationsbedingte Leistungen von der Fürsorge zu übernehmen (Erw. 2.2).*
- *Der Beschwerdeführer ist in einer Kollektivhaftpflichtversicherung der Gemeinde mitversichert, welche einen Selbstbehalt von Fr. 1000.-- vorsieht. Es kann nicht sein, dass der Beschwerdeführer die durch die Versicherung nicht gedeckten Kosten übernehmen muss, weil die Vorinstanz mit der Versicherung einen Selbstbehalt von Fr. 1000.-- vereinbart hat (Erw. 3.1-3.2).*

*Aus den Erwägungen:*

2.1 Gemäss § 19 Abs. 1 des kantonalen Gesetzes zum Bundesgesetz über Ausländerinnen und Ausländer und zum Asylgesetz vom 21. Mai 2008 (Migrationsgesetz, MigG, SRSZ 111.200) ist für die Sozialhilfe für Personen, die sich gestützt auf das Ausländer- oder Asylrecht in der Schweiz aufhalten, die jeweilige Wohnsitzgemeinde zuständig. Die persönliche und wirtschaftliche Hilfe richtet sich nach der kantonalen Gesetzgebung über die Sozialhilfe (§ 19 Abs. 2 MigG). Sobald Asylsuchende und vorläufig Aufgenommene einer Gemeinde zugewiesen werden, ist die Wohnsitzgemeinde für die Sozialhilfe zuständig. Der Regierungsrat erlässt über Art und Umfang der Sozialhilfe an Asylsuchende und vorläufig Aufgenommene besondere Vorschriften, die von der kantonalen Gesetzgebung über Sozialhilfe abweichen können (§ 21 Abs. 1 und 2 MigG). Asylsuchende, die ihren Unterhalt nicht oder nicht vollständig aus eigenen Mitteln bestreiten können, haben Anspruch auf wirtschaftliche Hilfe (§ 22 Abs. 1 der Vollzugsverordnung zum Kantonalen Gesetz zum Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer und zum Asylgesetz vom 2. Dezember 2008 [MigV, SRSZ 111.211]). Zu den eigenen Mitteln gehören insbesondere alle Einkünfte und das Vermögen, Versicherungsleistungen und Sonderhilfen aufgrund besonderer Erlasse sowie familienrechtliche Unterhalts- und Unterstützungsansprüche (§ 22 Abs. 2 MigV). Art und Mass der wirtschaftlichen Hilfe richten sich nach den Vorschriften des Asylgesetzes, des Migrationsgesetzes, des Sozialhilfegesetzes und dieser Verordnung. Im Rahmen dieser Erlasse kommt den Empfehlungen und

## C 7.1

Richtlinien der Schweizerischen Konferenz für öffentliche Fürsorge wegleitender Charakter zu (§ 23 Abs. 1 MigV).

2.2 Die wirtschaftliche Hilfe deckt die Kosten für eine angemessene Unterkunft (inklusive Hausrat- und Haftpflichtversicherungen) sowie die medizinische Grundversorgung (§ 24 Abs. 1 MigV). Zur Deckung des Grundbedarfes für den Lebensunterhalt ist eine Pauschale zu entrichten (§ 24 Abs. 1 MigV). Die Pauschale für einen Einzelpersonenhaushalt beträgt Fr. 14.-- pro Tag (§ 24 Abs. 2 MigV). Nach SKOS-RL C.6.8 Abs. 2 Bst. a sind als grundversorgende situationsbedingte Leistungen namentlich die Prämien für eine den Verhältnissen angepasste Hausrat- und Haftpflichtversicherung sowie die minimalen Selbstbehalte bei von der Versicherung anerkannten Schadensfällen zu übernehmen.

3.1 Der Beschwerdeführer hat keine eigene Hausrat- und Haftpflichtversicherung. Die Vorinstanz bzw. die Gemeinde A. hat jedoch eine Kollektivhaftpflichtversicherung abgeschlossen. Da der Beschwerdeführer in einer gemeindeeigenen Unterkunft wohnt, ist er über diese Kollektivhaftpflichtversicherung der Gemeinde A. versichert. Gemäss der Vorinstanz beträgt der Selbstbehalt der Kollektivhaftpflichtversicherung pro Schadenfall Fr. 1000.--. Der insgesamt verursachte Schaden im vorliegenden Fall beträgt Fr. 482.50. Er liegt somit unter dem Selbstbehalt von Fr. 1000.--, weshalb die Versicherung nichts vom Schaden übernimmt. Die Vorinstanz stellt sich nun auf den Standpunkt, dass sie gemäss den SKOS-RL C.6.8 Abs. 2 Bst. a vom Schadensbetrag von Fr. 482.50 nur den minimalen Selbstbehalt, d. h. Fr. 200.-- zu übernehmen habe. Den restlichen Betrag von Fr. 282.50 müsse der Beschwerdeführer selber tragen.

3.2 Der Ansicht der Vorinstanz kann nicht gefolgt werden. Die Vorinstanz übersieht bei ihrer Begründung, dass ein Sozialhilfebezüger grundsätzlich selber eine Hausrat- und Haftpflichtversicherung abschliessen und die Prämien dafür die Sozialhilfe übernehmen muss. Die Prämien für die Hausrat- und Haftpflichtversicherungen sowie die minimalen Selbstbehalte von Fr. 200.-- gelten nämlich als situationsbedingte Leistungen und sind von der Sozialhilfe zu übernehmen (vgl. dazu Schwyzer Handbuch für Sozialhilfe, Ausgabe 2018, C.1.5; SKOS-RL C.6.8 Abs. 2 Bst. a). Da nun die Vorinstanz eine Kollektivhaftpflichtversicherung mit einem Selbstbehalt von Fr. 1000.-- abgeschlossen hat, muss die Versicherung beim vorliegenden Schadensfall nicht zahlen. Hätte der Beschwerdeführer jedoch selber eine Haftpflichtversicherung mit einem Selbstbehalt von Fr. 200.-- abgeschlossen, so würde die Vorinstanz den Selbstbehalt von Fr. 200.-- und die Versicherung die Kosten, die über dem Selbstbehalt

von Fr. 200.-- liegen, übernehmen. Im vorliegenden Schadensfall wären dies Fr. 282.50 (Fr. 482.50 ./ Fr. 200.--). Es kann daher nicht sein, dass der Beschwerdeführer die durch die Versicherung nicht gedeckten Kosten übernehmen muss, weil die Vorinstanz mit der Versicherung einen Selbstbehalt von Fr. 1000.-- vereinbart hat.

(RRB Nr. 67 vom 31. Januar 2023).

## 7.2 Abschiebungsverbot

- *Der Unterstützungswohnsitz fällt in der Regel mit dem zivilrechtlichen Wohnsitz zusammen. Wer keinen festen Wohnsitz hat, hat auch keinen Unterstützungswohnsitz. Das Fehlen eines Unterstützungswohnsitzes darf indes nicht leichthin angenommen werden. Massgebend für die Bestimmung des Unterstützungswohnsitzes ist letztlich der Lebensmittelpunkt einer Person (Erw. 3-3.6).*
- *Die Behörden dürfen einen Bedürftigen nicht veranlassen, aus dem Wohnkanton bzw. der Wohngemeinde wegzuziehen, wenn dies nicht in seinem Interesse liegt (sog. Abschiebungsverbot) (Erw. 4.1).*
- *Der Vorwurf, keinen Wohnraum zur Verfügung gestellt zu haben, vermag für sich allein den Tatbestand der Abschiebung nicht zu erfüllen. Vorliegend kann der Vorinstanz nicht vorgeworfen werden, sie hätte den Beigeladenen bei der Wohnungssuche nur ungenügend betreut (Erw. 4.2-4.6).*

*Aus den Erwägungen:*

3. Im Folgenden ist zu prüfen, ob die Vorinstanz die Ausrichtung der wirtschaftlichen Hilfe an den Beigeladenen per 31. Januar 2023 zu Recht eingestellt hat bzw. welche Gemeinde ab dem 1. Februar 2023 als Unterstützungswohnsitz des Beigeladenen für die Ausrichtung dessen wirtschaftlicher Hilfe zuständig ist. Es muss somit geklärt werden, in welcher Gemeinde der Beigeladene seinen Unterstützungswohnsitz per 1. Februar 2023 hat. Ob er in materieller Hinsicht einen Anspruch auf Sozialhilfe hat, ist jedoch nicht Gegenstand des vorliegenden Beschwerdeverfahrens.

3.1 Gemäss § 18 Abs. 1 ShG fällt der Unterstützungswohnsitz in der Regel mit dem zivilrechtlichen Wohnsitz von Art. 23 ff. des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 10. Dezember 1907 (ZGB, SR 210) zusammen. Abweichende Bestimmungen über den Unterstützungswohnsitz gemäss Bundesrecht sind auch im innerkantonalen Verhältnis anwendbar

## C 7.2

(§ 18 Abs. 2 ShG). Die Unterschiede ergeben sich aus der unterschiedlichen Zweckbestimmung.

3.2 Beim zivilrechtlichen Wohnsitz handelt es sich um einen Rechtsbegriff, der nicht immer mit den tatsächlichen Verhältnissen (Aufenthalt einer Person) übereinstimmen muss. Einen zivilrechtlichen Wohnsitz muss jedermann jederzeit haben. Art. 24 Abs. 1 ZGB bestimmt deshalb, dass der einmal begründete Wohnsitz einer Person bis zum Erwerb eines neuen bestehen bleibt. Ein solcher wird dort begründet, wo sich eine Person mit der Absicht dauernden Verbleibens aufhält (Art. 23 Abs. 1 ZGB). Dies gilt auch für den Unterstützungswohnsitz. Dieser befindet sich ebenfalls dort, wo sich jemand tatsächlich niedergelassen und eingerichtet hat in der erkennbaren Absicht, hier seinen Lebensmittelpunkt zu begründen. Deshalb kann für die Beurteilung der Frage, ob ein Unterstützungswohnsitz begründet wurde, grundsätzlich auf die entsprechende Lehre und Rechtsprechung zum zivilrechtlichen Wohnsitzbegriff abgestellt werden (Thomet, a.a.O., N 95).

3.3 Zweck des Unterstützungswohnsitzes ist es, das fürsorgepflichtige Gemeinwesen zu bestimmen. Dies kann billigerweise nur ein Gemeinwesen sein, zu dem die bedürftige Person dauerhafte persönliche Beziehungen hat, in dem sie auch tatsächlich wohnt. Wer keinen festen und dauerhaften Wohnsitz kennt, hat auch keinen Unterstützungswohnsitz. Es steht jedermann frei, keinen festen Wohnsitz zu haben. Wer somit nirgends fest wohnt oder sich nur zeitweise an einem Ort aufhält, hat keinen Unterstützungswohnsitz, was zur Folge hat, dass er gewisse fürsorgliche Nachteile in Kauf zu nehmen hat, es sei denn, es werde (nach kantonalem Recht) ein anderer Kostenträger bestimmt (§ 20 Bst. c ShG; EGV-SZ 2000, Nr. 53, E. 3.1 mit Hinweisen). Das Fehlen eines Unterstützungswohnsitzes darf jedoch nicht leichthin angenommen werden. Insbesondere dürfen weder an die Wohnsitzbegründung, namentlich von Menschen ohne feste soziale und ökonomische Strukturen oder von Personen, die mit einer Suchtproblematik oder gesundheitlichen Problemen psychischer Art zu kämpfen haben, allzu strenge Anforderungen gestellt werden, noch darf leichthin von einem Verlust des Unterstützungswohnsitzes ausgegangen werden (vgl. Urteil des BGer 8C\_223/2010 vom 5. Juli 2010 E. 4.1).

3.4 Im interkantonalen Verhältnis bestimmt sich die Zuständigkeit für die Unterstützung eines Bedürftigen nach dem Zuständigkeitsgesetz und obliegt gemäss Art. 12 Abs. 1 ZUG dem Wohnkanton. Im innerkantonalen Verhältnis ist die Wohngemeinde unterstützungspflichtig (§ 6 Abs. 2 ShG i.V.m. § 19 Abs. 1 ShG). Massgebend für die Bestimmung des unterstützungspflichtigen Gemeinwesens ist somit sowohl nach Bundes- wie auch

nach kantonalem Recht der Unterstützungswohnsitz. Nach Art. 4 Abs. 1 ZUG hat der Bedürftige seinen Wohnsitz nach dem Zuständigkeitsgesetz in dem Kanton, in dem er sich mit der Absicht dauernden Verbleibens aufhält. Dieser Kanton wird als Wohnkanton bezeichnet (Art. 4 Abs. 1 ZUG). Die unter E. 3.2 erwähnte Definition des Wohnsitzes nach Art. 23 Abs. 1 ZGB bzw. des Unterstützungswohnsitzes nach Art. 4 Abs. 1 ZUG enthält sowohl ein objektives Element (Aufenthalt) wie auch ein subjektives (Absicht dauernden Verbleibens), die untrennbar miteinander verbunden sind. Es muss eine dauerhafte persönliche Beziehung zu diesem Ort vorliegen. Dabei kommt es nicht auf den inneren Willen an, sondern vielmehr darauf, welche Absicht aus dem Verhalten objektiv erkennbar ist. Die Motive zur Wohnsitznahme sind nicht massgebend. Unterhält eine bedürftige Person zu mehreren Orten gleichzeitig persönliche Beziehungen, so ist der Ort der intensivsten Beziehung zu ermitteln. Entscheidend ist somit letztlich der Lebensmittelpunkt einer Person bzw. die Beantwortung der Frage, ob nach den gesamten Umständen anzunehmen ist, dass die betreffende Person den Ort ihres Verweilens zum Mittel- oder Schwerpunkt ihrer Lebensbeziehungen gemacht hat (Thomet, a.a.O., N 97). Die polizeiliche Anmeldung begründet dabei lediglich, aber immerhin die Vermutung, dass ein Unterstützungswohnsitz begründet wurde (vgl. dazu Guido Wizent, Sozialhilferecht, Zürich / St. Gallen 2020, N 253).

3.5 Aus den dem Regierungsrat vorliegenden Akten geht hervor, dass der Beigeladene per 31. August 2017 seine 2-Zimmerwohnung in A. verlassen musste. In der Folge verfügte er bis zum 24. April 2020 über keinen festen Wohnsitz mehr. Die Vorinstanz leistete ihm weiterhin wirtschaftliche Hilfe und stellte ihm eine Notunterkunft (Zivilschutzanlage) zur Verfügung. Der Beigeladene übernachtete in diesem Zeitraum ab und zu bei seinem damals in A. wohnhaften Vater oder bei Bekannten und Freunden in der Region B. Per 24. April 2020 zog der Beigeladene nach B. in eine Wohngemeinschaft, wo er jedoch nur als Wochenaufenthalter gemeldet wurde. Die Vorinstanz leistete weiterhin wirtschaftliche Hilfe (vgl. Beschluss Nr. 11-2020 der Vorinstanz vom 29. Juni 2020). Auf den 1. Januar 2023 bezog der Beigeladene ein neues Mietobjekt an der gleichen Adresse in B. Ausserdem meldet er sich über das Internetportal eUmzug am 18. Januar 2023 per 31. Januar 2023 in der Gemeinde A. ab und per 1. Februar 2023 im Bezirk B. an.

3.6 Gestützt auf diese Ausführungen muss nach Berücksichtigung der gesamten Umstände angenommen werden, dass sich der Unterstützungswohnsitz des Beigeladenen sicherlich seit dem 1. Februar 2023 in B. befindet, was bedeutet, dass die Zuständigkeit am 1. Februar 2023 auf den Beschwerdeführer übergegangen ist. Unter Beachtung von Ziff. C.4.3

## C 7.2

Abs. 4 der Richtlinien für die Ausgestaltung und Bemessung der Sozialhilfe der Schweizerischen Konferenz für Sozialhilfe (nachfolgend: SKOS-Richtlinien) ist es somit nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz mit der angefochtenen Einstellungsverfügung zum Ergebnis gelangte, dass die vollständige Zahlungspflicht per 1. März 2023 auf den Beschwerdeführer übergegangen ist.

4. Der Beschwerdeführer ist jedoch der Auffassung, dass die Vorinstanz gegen das im Zuständigkeitsgesetz enthaltene Abschiebungsverbot verstossen habe, indem sie es unterlassene habe, dem Beigeladenen auf ihrem Gemeindegebiet eine adäquate Wohnlösung anzubieten. Stattdessen habe sie den Beigeladenen in B. platziert, was klar eine Verletzung des Abschiebungsverbotes darstelle. Deshalb verlangt der Beschwerdeführer, dass der Unterstützungswohnsitz des Beigeladenen bis und mit Februar 2025 weiterhin in A. liege und die Vorinstanz infolgedessen verpflichtet sei, den Beigeladenen bis dahin zu unterstützen.

4.1 Die Behörden dürfen einen Bedürftigen nicht veranlassen, aus dem Wohnkanton bzw. der Wohngemeinde wegzuziehen, auch nicht durch Umzugsunterstützungen oder andere Begünstigungen, wenn dies nicht in seinem Interesse liegt. Bei Widerhandlungen gegen dieses Verbot bleibt der Unterstützungswohnsitz des Bedürftigen am bisherigen Wohnort so lange bestehen, als er ihn ohne den behördlichen Einfluss voraussichtlich nicht verlassen hätte, längstens aber während fünf Jahren (§ 4 ShV i.V.m. Art. 10 Abs. 1 und 2 ZUG). Diese Regelung soll verhindern, dass sich das wohnörtliche Gemeinwesen mit der Abschiebung seiner Unterstützungspflicht entziehen kann. Das Abschiebungsverbot ist ein Ausfluss der auch dem Bedürftigen uneingeschränkt garantierten Niederlassungsfreiheit (Art. 24 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 199 [BV, SR 101]). Daraus ergibt sich die Antwort auf die Frage, was nach Art. 10 Abs. 1 ZUG verboten und was erlaubt ist. Verboten ist vor allem, den Bedürftigen aus dem Kanton oder der Gemeinde auszuweisen oder ihn durch behördliche Schikanen zum Wegzug zu veranlassen. Aber auch behördliche Interventionen bei Arbeitgebern oder Vermietern mit dem Zwecke, sie zur Auflösung eines Arbeits- oder Mietvertrages mit dem Bedürftigen zu veranlassen, sind verboten. Auch das Angebot einer Umzugsunterstützung, um den Bedürftigen zu einem Wegzug zu veranlassen, ist untersagt (Thomet, a.a.O., N 155 ff.).

4.2 In der Sozialhilfe ist in erster Linie die private Hilfe in Anspruch zu nehmen. Die Sozialhilfe wird gewährt, wenn die hilfeschende Person sich nicht selbst helfen kann und Hilfe von dritter Seite nicht oder nicht recht-

zeitig erhältlich ist (§ 2 ShG). Nach § 11 Abs. 1 ShG sorgen die Gemeinden dafür, dass Hilfesuchenden die nötige und fachgerechte Sozialhilfe zuteil wird. Die Sozialhilfe der Gemeinden wird gewährt durch private oder öffentliche Institutionen, denen die Gemeinden diese Aufgaben übertragen (§ 12 Abs. 1 Bst. a ShG) oder durch Sozialdienste einzelner oder mehrerer Gemeinden, sofern diese Aufgabe privaten oder öffentlichen Institutionen nicht übertragen wird (§ 12 Abs. 1 Bst. b ShG).

4.3 Die Sozialhilfe der Gemeinde umfasst insbesondere die persönliche Hilfe (Beratung und Betreuung der Hilfesuchenden) sowie die Vermittlung wirtschaftlicher Hilfe (§ 11 Abs. 2 Bst. b und d ShG). Anspruch auf wirtschaftliche Hilfe hat, wer für seinen Lebensunterhalt und den seiner Familienangehörigen nicht hinreichend oder rechtzeitig aus eigenen Mitteln aufkommen kann (§ 15 ShG). Gemäss § 16 Abs. 1 ShV gehören zur persönlichen Hilfe insbesondere die Beratung in persönlichen Notlagen (Bst. a), die Beratung zur finanziellen Existenzsicherung (Bst. b) und die Unterstützung bei der Wohnungssuche (Bst. g). Art und Mass der wirtschaftlichen Hilfe richten sich nach den Vorschriften des Gesetzes und der Vollziehungsverordnung sowie den örtlichen Verhältnissen des Unterstützungswohnsitzes, wobei die zuständige Fürsorgebehörde nach pflichtgemäßem Ermessen entscheidet (§ 5 ShV). Die SKOS-Richtlinien sind für den Vollzug der individuellen Sozialhilfe wegleitend, soweit das Gesetz und die Sozialhilfeverordnung keine andere Regelung vorsehen (§ 4 Abs. 2 ShV).

4.4 Nach dem Gesagten ist als Zwischenfazit festzuhalten, dass die Vorinstanz als betreuende Behörde gestützt auf die Sozialhilfegesetzgebung nicht verpflichtet war, dem Beigeladenen, welcher sich in einer persönlichen Notlage befand, vor Ort zu neuem Wohnraum zu verhelfen. Sie war lediglich gehalten, diesem bei der Suche nach einer (neuen) Unterkunft Hilfe zur Selbsthilfe zu leisten und ihn bei der Wohnungssuche zu unterstützen (vgl. § 16 Abs. 1 Bst. g SHV; siehe auch Urteil des Verwaltungsgerichts St. Gallen [B\_2008\_95] vom 22. Januar 2009, E. 2.2.2.1). Allein der Vorwurf, die Vorinstanz hätte dem Beigeladenen keinen Wohnraum zu Verfügung gestellt, vermag somit den Tatbestand der Abschiebung nicht zu erfüllen. In einem nächsten Schritt ist zu prüfen, ob der Vorinstanz eine Abschiebung des Beigeladenen begangen hat, indem sie ihrem Betreuungsauftrag, insbesondere bezüglich der Unterstützung bei der Suche von Wohnraum, nicht genügend nachgekommen ist.

4.5 Der Beschwerdeführer weist zutreffend darauf hin, dass die Aktenlage in Bezug auf die Wohnungssuche des Beigeladenen in A. ziemlich spärlich ist. Allerdings geht aus den Akten hervor, dass die Vorinstanz

## C 7.2

ständig mit dem Beigeladenen in Kontakt war. Ohne Details zu nennen ist zudem erwähnt, dass die damalige Fürsorgesekretärin den Beigeladenen mit Wohnungsinseraten aus dem Internet bedient hat (vgl. Beschluss Nr. 02-2020 vom 30. März 2020 entspricht auch der Beilage 8 zur Stellungnahme der Vorinstanz vom 16. August 2023; siehe auch Beschluss der Vorinstanz vom 17. Januar 2023). Ausserdem hat die Vorinstanz dem Beigeladenen die Zivilschutzanlage als Notunterkunft zur Verfügung gestellt, in welche er seine persönlichen Gegenstände (wie Kleider, Radio, etc.) mitnehmen durfte. Neben der Benutzung der Zivilschutzanlage wurde dem Beigeladenen für seine Wäsche ausserdem die Benutzung des Waschsalons gewährt sowie die Möglichkeit, sein persönliches Hab und Gut (wie Möbel) einzulagern. Die Vorinstanz war sich durchaus bewusst, dass es sich dabei nicht um eine dauerhafte Lösung, sondern nur um eine Zwischenlösung handelte (vgl. Beschluss Nr. 02-2020 vom 30. März 2020 entspricht auch der Beilage 8 zur Stellungnahme der Vorinstanz vom 16. August 2023). Im Übrigen ist es für den Regierungsrat durchaus nachvollziehbar, dass es in einer kleineren Gemeinde, in welcher sich mehr oder weniger alle kennen, schwierig ist, für eine Person mit einer Suchtproblematik geeigneten Wohnraum zu finden.

4.6 Aufgrund der Aktenlage bestehen keine konkreten Anhaltspunkte, wonach das Vorgehen der Vorinstanz darauf ausgerichtet gewesen sein könnte, den Beigeladenen durch systematische Verweigerung der zweckdienlichen Hilfe zur Selbsthilfe bei der Wohnungssuche aus dem Gemeindegebiet abzuschieben. Dies gilt umso mehr, als es gemäss ständiger Rechtsprechung zulässig ist, den Wohnungsmarkt der umliegenden Gemeinden miteinzubeziehen, wenn es sich als unmöglich erweisen sollte, in der Wohnsitzgemeinde innert nützlicher Frist eine angemessene Wohnung zu finden, jedoch ein entsprechendes Angebot in den umliegenden Gemeinden vorhanden ist (vgl. dazu Urteil des Verwaltungsgerichts Zürich [VB.2020.0053] vom 28. Dezember 2020, E. 5.3). Nach dem Gesagten erweist sich der Vorwurf des Beschwerdeführers, die Vorinstanz habe den Beigeladenen durch ungenügende Betreuung (bei der Wohnungssuche) abgeschoben, weshalb der Unterstützungswohnsitz des Beigeladenen bis und mit Februar 2025 in A. bleibe, als unbegründet. Der Vorinstanz wird jedoch empfohlen, ihr Handeln zukünftig besser zu dokumentieren.

(RRB Nr. 634 vom 13. September 2023).

### 7.3 Kosten für die Ausübung des Besuchsrechts

- Die Sozialhilfe ist so auszugestalten, dass die Ausübung des Besuchsrechts aufgrund der finanziellen Mittel nicht eingeschränkt oder gar verunmöglicht wird. Die Fürsorgebehörde ist grundsätzlich verpflichtet, die kostengünstigste zumutbare Variante für die Ausübung des Besuchsrechts zu entschädigen. Sie ist nicht verpflichtet, die effektiven Fahrkosten mit dem Auto zu vergüten, wenn eine kostengünstigere und zumutbare Alternative zur Verfügung steht (Erw. 2-2.5).

*Aus den Erwägungen:*

2. Der Beschwerdeführer bringt vor, dass die Vorinstanz von falschen Voraussetzungen ausgegangen sei. Er lege pro Wochenende mit seinem Auto eine Distanz von 350 km und nicht bloss 175 km, wie die Vorinstanz fälschlicherweise angenommen habe, zurück. Deshalb sei ihm das Doppelte, d. h. insgesamt Fr. 735.-- pro Monat zu vergüten. Die Vorinstanz hingegen ist der Ansicht, dass der Beschwerdeführer auch mit den öffentlichen Verkehrsmitteln reisen oder sich ein kleineres bzw. sparsameres Auto kaufen könnte.

2.1 Es gibt Kosten, welche in Abhängigkeit von einer bestimmten Situation zwingend anfallen. Diese sind zu übernehmen. Zwingend notwendige Leistungen sind Besuchsrechtskosten. Reisekosten und zusätzliche Auslagen im Zusammenhang mit der Pflege persönlicher Beziehungen können mit wirtschaftlicher Sozialhilfe finanziert werden. Die Kosten für das Besuchsrecht (Reise, Verpflegungs- und Unterkunftskosten) sind grundsätzlich durch den besuchsberechtigten Elternteil zu tragen. Die Höhe der Auslagen ist im Einzelfall zu ermitteln (vgl. RRB Nr. 207 vom 6. März 2012, E. 1.3).

2.2 Sowohl der nicht sorgeberechtigte Elternteil als auch die Kinder haben Anspruch auf persönlichen Kontakt. Die Sozialhilfe ist in solchen Fällen so auszugestalten, dass die Ausübung des Besuchsrechts aufgrund der finanziellen Mittel nicht eingeschränkt oder gar verunmöglicht wird (vgl. Erläuterungen zu C.3.2 SKOS-Richtlinien). Unbestritten ist vorliegend, dass der Beschwerdeführer seine drei Kinder im Alter von 12, 7 und 5 Jahren jeweils an drei Wochenenden pro Monat zu sich (oder mit sich) auf Besuch nehmen darf. Die drei Kinder sind daher üblicherweise an drei Wochenenden pro Monat jeweils von Freitagabend bis Sonntagabend beim Beschwerdeführer. Die Kinder wohnen bei ihrer Mutter in C. bei D. Bis anhin hat der Beschwerdeführer seine Kinder jeweils am Freitagabend mit

## C 7.3

seinem Auto in C. bei D. abgeholt und am Sonntagabend wieder dorthin gebracht. Die Distanz zwischen dem Wohnort der Kinder und dem Wohnort des Beschwerdeführers beträgt rund 87.5 km.

2.3 Die Vorinstanz ist grundsätzlich verpflichtet, die kostengünstigste zumutbare Variante für die Ausübung des Besuchsrechts zu entschädigen. Sie ist nicht verpflichtet, dem Beschwerdeführer zwingend die effektiven Fahrkosten mit dem Auto zu vergüten, wenn eine kostengünstigere und zumutbare Alternative zur Verfügung steht. Unterstützte Personen sollen materiell nicht bessergestellt werden als jene ohne Anspruch auf Unterstützung, die in bescheidenen wirtschaftlichen Verhältnissen leben (vgl. A.3 Abs. 3 SKOS-Richtlinien). Der Beschwerdeführer ist seinerseits verpflichtet, nach eigenen Kräften zur Verminderung und Behebung der Bedürftigkeit beizutragen (sog. Schadenminderungspflicht; A.4.1 Abs. 8 SKOS-Richtlinien).

2.4 Wie die Vorinstanz in ihrer Vernehmlassung vom 29. März 2023 zutreffend ausgeführt hat, ist insbesondere die Fahrt mit dem Zug die kostengünstigere Variante. Zudem ist diese Variante dem Beschwerdeführer auch zumutbar. Der Beschwerdeführer übt eine selbständige Erwerbstätigkeit aus. Wie die Vorinstanz ebenfalls zutreffend ausgeführt hat, könnte der Beschwerdeführer daher jeweils am Freitagabend um 16.59 Uhr den Zug ab E. nach C. bei D. nehmen und dort seine Kinder empfangen. Um 19.08 Uhr würde der Zug von dort wieder abfahren und der Beschwerdeführer wäre um ca. 21.19 Uhr mit seinen Kindern bei sich zu Hause. Die Kosten für die Zugfahrt für den Beschwerdeführer betragen in diesem Fall pro Monat maximal Fr. 390.-- (ca. Fr. 65.-- pro Hin- und Rückfahrt ohne Halbtax) bzw. Fr. 195.-- (mit Halbtax). Ein Halbtax-Abo kostet Fr. 185.-- pro Jahr (ca. Fr. 15.40 pro Monat). Wenn der Beschwerdeführer eine Tageskarte von der Gemeinde bezieht, kostet diese sogar lediglich Fr. 42.--. Eine Junior-Karte der SBB kostet pro Kind Fr. 30.-- pro Jahr und ist ab dem dritten Kind gratis.

2.5 Auch wenn das Zurücklegen des Weges mit dem Zug nicht zur einfachsten oder bequemsten Art zu zählen ist, muss in Betracht gezogen werden, dass bei der Ausrichtung von wirtschaftlicher Hilfe die kostengünstigste Variante zu wählen ist, sofern nichts Schwerwiegendes dagegenspricht. Würde die Vorinstanz die Autokilometer pro Besuch mit Fr. 0.70 pro Kilometer übernehmen, würde dies pro Monat Fr. 735.-- ausmachen (12 x 87.5 km x Fr. 0.70). Dies steht in keinem Verhältnis zu den Kosten für das öffentliche Verkehrsmittel.

(RRB Nr. 340 vom 16. Mai 2023).

## 7.4 Verpflegungspauschale

- *Verfügt eine Wohneinrichtung über keine Kochgelegenheiten und ist das Kochen darin gar explizit untersagt, sind unterstützte Personen auf eine auswärtige Verpflegung angewiesen. Dadurch entstehende Mehrauslagen sind angemessen zu berücksichtigen und als situationsbedingte Leistung zu übernehmen (Erw. 4-4.3).*

*Aus den Erwägungen:*

4. Sodann bringt der Beschwerdeführer vor, dass er im August 2023 bei der Vorinstanz einen Antrag auf situationsbedingte Leistungen bzw. auf eine Verpflegungspauschale für auswärts eingenommene Mahlzeiten gestellt habe. Die Vorinstanz habe ihm diese aber nicht gewährt. Er habe in seinem möblierten Zimmer keine Möglichkeit, sich etwas zu kochen. In der Hausordnung sei Kochen in der Unterkunft sogar explizit verboten. Zudem könne er sich nicht nur von kalten Mahlzeiten und Fertigsuppe ernähren. Er habe Anspruch auf einen entsprechenden Betrag, damit er mindestens einmal am Tag eine warme Mahlzeit zu sich nehmen könne.

4.1 Aus den vorinstanzlichen Akten ergibt sich, dass der Beschwerdeführer den Antrag auf eine Verpflegungspauschale am 1. September 2023 gestellt hat. Die Vorinstanz hat sich damit im angefochtenen Beschluss jedoch nicht auseinandergesetzt bzw. sie hat diesen Antrag implizit und ohne nähere Begründung abgewiesen. Auch in diesem Punkt hat die Vorinstanz ihre Begründungspflicht verletzt. Erst in der Vernehmlassung vom 3. November 2023 hat die Vorinstanz die Begründung nachgeliefert. Sie stellt sich auf den Standpunkt, dass der Beschwerdeführer bereits seit über zwei Jahren freiwillig in seinem möblierten Zimmer wohne und diese Wohnform somit selbst gewählt habe. Es stehe ihm frei, eine andere günstige Wohnform mit besserer Kochmöglichkeit zu suchen. Einfache Fertiggerichte könne er mithilfe eines Wasserkochers zubereiten. Deshalb sei ihm kein Betrag für die auswärtige Verpflegung zuzusprechen.

4.2 Wie die Vorinstanz in ihrer Vernehmlassung vom 3. November 2023 selber ausführt, ist es derzeit sehr schwierig eine günstige, angemessene Wohnung zu finden. Aus diesem Grund übernimmt sie auch die vollen Wohnkosten des Beschwerdeführers, obwohl diese mit Fr. \_\_\_ über den aktuellen Mietzinsrichtlinien der Gemeinde X. liegen. Insoweit ist die Wahlmöglichkeit des Beschwerdeführers in Bezug auf den Wohnraum unbestrittenermassen deutlich eingeschränkt. Der Grundbedarf für den Lebensunterhalt (GBL) beträgt derzeit für einen Ein-Personen-Haushalt

## C 7.5

Fr. 1031.--. Dieser Grundbedarf umfasst insbesondere die Kosten für Nahrungsmittel zuhause, zuhause und auswärts eingenommene alkoholfreie und alkoholische Getränke und Tabakwaren (vgl. SKOS-Richtlinien, C.3.1 Abs. 1<sup>bis</sup> sowie die Erläuterungen dazu). Die im GBL berücksichtigten Mittel orientieren sich an den Kosten für selber gekochte Mahlzeiten. Verfügt eine Wohneinrichtung über keine Kochgelegenheiten, sind unterstützte Personen auf eine auswärtige Verpflegung angewiesen. Dadurch entstehende Mehrauslagen sind angemessen zu berücksichtigen und als situationsbedingte Leistung zu übernehmen (SKOS-Richtlinien, Erläuterungen zu C.3.2 Abs. 6).

4.3 Die Vorinstanz hat deshalb grundsätzlich die Mehrkosten, die dem Beschwerdeführer für auswärts eingenommene Mahlzeiten entstehen, als situationsbedingte Leistung zu übernehmen. Die SKOS-Richtlinien sind für den Vollzug der individuellen Sozialhilfe zwar lediglich begleitend (§ 4 Abs. 2 ShV). Da der Beschwerdeführer jedoch gar keine Kochmöglichkeit zuhause hat resp. das Kochen in seiner Unterkunft explizit untersagt ist, ist er auf auswärtige Verpflegung angewiesen. Wie die Vorinstanz für die Mehrkosten für auswärtige Verpflegung aufkommt, ist grundsätzlich ihr überlassen. Sie kann dem Beschwerdeführer, wie bereits erwähnt, situationsbedingte Leistungen zusprechen oder eventuell eine Möglichkeit in einer öffentlichen oder sozialen Einrichtung in der Gemeinde organisieren, damit der Beschwerdeführer dort gratis oder vergünstigt zumindest einmal am Tag eine warme Mahlzeit zu sich nehmen kann. Auch in diesem Punkt ist die Beschwerde gutzuheissen. Zur genauen Ausgestaltung der Verpflegungskosten ist die Sache an die Vorinstanz zu neuem Entscheid zurückzuweisen.

(RRB Nr. 945 vom 19. Dezember 2023).

## 7.5 Heimkosten

- *Überhöhte Wohn- und Heimkosten sind nur dann durch die Sozialhilfe zu übernehmen, wenn der hilfsbedürftigen Person kein Wohnungs- bzw. Heimwechsel zugemutet werden kann (Erw. 6.1-6.4).*

*Aus den Erwägungen:*

6.1 Von unterstützten Personen wird erwartet, dass sie in günstigem Wohnraum leben. Anzurechnen sind die Wohnkosten nach den örtlichen Verhältnissen inklusive der mietrechtlich anerkannten Nebenkosten (SKOS-RL C.4.1, auch zum Folgenden). Überhöhte Wohnkosten sind so

lange zu übernehmen, bis eine zumutbare günstigere Lösung zur Verfügung steht. Kündigungsbedingungen sind in der Regel zu berücksichtigen. Erachtet die Sozialhilfebehörde einen Mietzins als zu hoch, kann sie die Ausrichtung wirtschaftlicher Hilfe mit der Auflage verbinden, eine günstigere Wohnung zu suchen (§ 9 Abs. 1 und Abs. 2 Bst. d ShV, EGV-SZ 1995, S. 128, RRB Nr. 795 vom 24. Oktober 2017, RRB Nr. 692/2020 vom 15. September 2020). Die SKOS-Richtlinien setzen voraus, dass die Situation im Einzelfall genau geprüft wird, bevor ein Umzug in eine günstigere Wohnung verlangt werden kann. Insbesondere sind die folgenden Punkte bei einer Entscheidung zu berücksichtigen: die Grösse und die Zusammensetzung der Familie, eine allfällige Verwurzelung an einem bestimmten Ort, das Alter und die Gesundheit der unterstützten Personen sowie der Grad ihrer sozialen Integration. Wird die Suche nach einer günstigeren Wohnung oder der Umzug in eine verfügbare und zumutbare günstigere Wohnung verweigert, dann besteht kein Anspruch auf Übernahme des überhöhten Teils der Wohnkosten.

6.2 Erwiesenermassen erhöhen sich durch einen Aufenthalt in einem Alters- und Pflegeheim regelmässig die Lebenshaltungskosten im Vergleich dazu, was im eigenen Haushalt hätte aufgewendet werden müssen, weil in einem Heim diverse Arbeiten wie Kochen, Reinigung und Waschen, vergleichbar mit einem Hotelaufenthalt, für die Pensionäre erledigt werden. Die Aufwendungen für diese Verrichtungen sind nebst den Kosten für Unterkunft und Verpflegung in der Grundtaxe bzw. Pensionstaxe eines Alters- und Pflegeheims enthalten. Weiter sind darin Ausgaben für die Besorgung von heimeigenen Tieren oder auch Freizeitangebote wie Ausflüge, Filmvorführungen, Seelsorge usw. enthalten (vgl. BESA-Leistungskatalog). Die Grundtaxe fällt folgerichtig höher aus als die Kosten, die im eigenen Haushalt entstehen würden. Welchen Anteil an der Grundtaxe die reinen Wohnkosten ausmachen, lässt sich zwar meistens nicht genau eruieren; dennoch sind die SKOS-Richtlinien auch auf (allfällige überhöhte) Heimkosten anwendbar (vgl. auch RRB Nr. 11 vom 21. Dezember 2018 und RRB Nr. 692 vom 15. September 2020).

6.3 Der Grundsatz, dass überhöhte Wohn- und Heimkosten nur dann durch die Sozialhilfe zu übernehmen sind, wenn der hilfsbedürftigen Person kein Wohnungs- bzw. Heimwechsel zugemutet werden kann, wurde in der Rechtsprechung mehrfach bestätigt. Das Verwaltungsgericht des Kantons Bern setzt bei der Beurteilung der Zumutbarkeit eines Wohnungs- oder Heimwechsels einen recht strengen Massstab an und erachtet den Umzug in ein anderes Heim auch dann noch als zumutbar, wenn er für die körperliche und seelische Gesundheit der betroffenen Person nicht eben förderlich ist (Urteil vom 19. Dezember 2000, BVR 2001, S. 420 ff. E. 3a

## C 7.5

mit Hinweisen, auch zum Folgenden). Nur besondere Umstände vermögen nach der Berner Praxis eine Unzumutbarkeit zu begründen. Dies ist etwa der Fall, wenn ein lang- oder zumindest mehrjähriges Zuhause in bekannter Umgebung aufgegeben werden müsste oder wenn aufgrund konkreter Umstände dargetan ist, dass eine besondere Beziehung zum Aufenthaltsort besteht, sei dies aufgrund vorbestehender persönlicher Beziehungen zu anderen Bewohnerinnen und Bewohnern (z. B. Geschwister), aufgrund der geografischen Lage des fraglichen Heims (z. B. Pflegeheim am früheren Wohnort, Pflegeheim am Wohnort naher Angehöriger), aufgrund eines spezifischen Pflegeangebots, sofern die betroffene Person darauf angewiesen ist oder Ähnlichem. Dass bei der Beurteilung der Zumutbarkeit eines Wohnungs- bzw. Heimwechsels ein strenger Massstab angewendet werden darf, wurde auch vom Bundesgericht bestätigt. Im Urteil 2P.207/2004 vom 7. September 2004 hielt das höchste Gericht fest, dass die sich in einer Notlage befindende und Sozialhilfe beanspruchende Person gestützt auf Art. 12 BV keinen Anspruch auf Übernahme der Mietkosten einer beliebigen Wohnung durch das Gemeinwesen hat; vielmehr darf dieses immerhin unter Berücksichtigung ausserordentlicher persönlicher Verhältnisse des Einzelfalles seinen Beitrag an die Wohnungskosten auf das beschränken, was für eine elementaren Unterkunftsbedürfnissen genügende Wohnung aufgewendet werden muss (E. 3.1 des Entscheides). Das Bundesgericht erachtete es denn auch als zulässig, von einem Sozialhilfeempfänger zu verlangen, gewisse Härten, z. B. ein Herausreissen aus der gewohnten Umgebung, und gewisse Einschränkungen in der Lebensqualität in Kauf zu nehmen (E. 3.2 des Entscheids).

6.4 Sofern die Vorinstanz die Beschwerdeführerin mit wirtschaftlicher Hilfe unterstützt und die Tagespauschale von Fr. \_\_\_ im AZ (...) in R. als zu hoch erachtet, muss sie die Beschwerdeführerin auffordern bzw. ihr die Auflage machen, in ein günstigeres Altersheim bzw. ins APH (...) in S. umzuziehen. Die Tagestaxe für das günstigste Zimmer im APH (...) beträgt für Einwohner der Gemeinde, was auf die Beschwerdeführerin zutrifft, Fr. \_\_\_ (...). Somit könnte die Beschwerdeführerin täglich mindestens Fr. \_\_\_ einsparen. Ob für die Beschwerdeführerin ein Heimwechsel zumutbar ist, hat die Vorinstanz anhand der vorstehenden Ausführungen zu prüfen und zu entscheiden. Bei überhöhten Wohn- bzw. Heimkosten darf die Vorinstanz aber nicht einfach das Unterstützungsgesuch abweisen. Vielmehr sind diese Heimkosten (Wohnkosten) vorerst zu übernehmen. Für die Zeit bis zu einem möglichen Wechsel ins APH (...) in S. sind die Pensionstaxen vom AZ (...) in R. im Sozialhilfebudget der Beschwerdeführerin zu berücksichtigen und allenfalls wirtschaftliche Hilfe auszurichten.

(RRB Nr. 298 vom 19. April 2023)

---

## 8. Bildungswesen

---

### 8.1 Lehrbewilligung

- *Lehrpersonen, welche nicht im Besitz eines anerkannten Berufsausweises sind, können nur unterrichten, sofern sie im Besitz einer Lehrbewilligung des Erziehungsrates sind (Erw. 3.4).*
- *§ 50 VSG vermittelt keinen Rechtsanspruch auf die Erteilung einer Lehrbewilligung für Personen, die über keinen anerkannten und vorausgesetzten Ausbildungsabschluss verfügen (Erw. 4-4.1).*
- *Wer den zur Erlangung der Lehrbewilligung vorausgesetzten Lehrgang nicht absolviert hat, aber über eine mindestens gleichwertige Ausbildung verfügt, hat dennoch Anspruch auf eine definitive Lehrbewilligung. Ein Ausnahmetatbestand von § 50 VSG liegt in diesem Fall nicht vor (Erw. 4.2-4.6).*

*Aus den Erwägungen:*

3.-3.1 (...).

3.2 Bei der erwähnten interkantonalen Diplomanerkennungsvereinbarung inklusive der gestützt auf diese Vereinbarung erlassenen Reglemente handelt es sich um interkantonales Recht, das dem kantonalen Recht übergeordnet ist. Diese Bestimmungen gehen somit als höherrangige Normen den Vorschriften im Volksschulgesetz des Kantons Schwyz vor ("lex superior derogat legi inferiori"; vgl. BGE 9C\_921/2008 vom 23. April 2009, E. 3.3). Die Vorinstanz war sich dieses Umstandes bewusst und hat deshalb in ihren internen Richtlinien festgehalten, dass sie die Lehrdiplome anerkennt, die im Katalog der anerkannten Ausbildungsabschlüsse der EDK aufgeführt sind. Sie gewährt damit den Inhabern dieser Diplome den freien Zugang. Damit jemand als Fachlehrperson "Integrative Förderung" bzw. als schulischer Heilpädagoge unterrichten darf, braucht es demnach gemäss dem Wegweiser (S. 127) einen der nachfolgenden Abschlüsse:

- " - *Anerkanntes Lehrdiplom für die Regelklassen der Volksschulstufe und anerkanntes Diplom in Schulischer Heilpädagogik (altrechtliches oder Bachelor- bzw. Masterdiplom).*
- *EDK-anerkannte Ausbildung in Schulischer Heilpädagogik ohne anerkanntes Lehrdiplom für die Regelklassen der Volksschulstufe, wenn folgende Bedingungen erfüllt sind:*

## C 8.1

1. *Mindestens zwei Jahre Berufspraxis im Lehrerberuf mit einem Mindestpensum von 50%*
  2. *Besuch von Zusatzmodulen in Pädagogik, Didaktik (z.B. "Grundlagen des Unterrichts in Regelklassen") mit einem Mindestumfang von 30 ECTS-Punkten.*
- *Master of Arts Sekundarstufe I, Profil Heilpädagogik.*
  - *CAS Einführung in die Integrative Förderung (CAS EIF) ab 50 Jahren. Massgebend ist das Alter 50 bei Beginn des CAS."*

### 3.3 (...).

3.4 Lehrpersonen, welche nicht im Besitz eines anerkannten Berufsausweises sind, können nur unterrichten, sofern die Vorinstanz gemäss § 50 VSG eine Lehrbewilligung erteilt. Gemäss den internen Richtlinien der Vorinstanz werden Lehrbewilligungen nur jährlich und maximal für drei Jahre ausgestellt. Das heisst, eine Lehrperson, die auf einer Stufe unterrichtet, für welche sie kein Diplom hat, kann maximal drei Jahre dort unterrichten, ausser sie nehme eine entsprechende berufsbegleitende Ausbildung in Angriff (z. B. Primarlehrperson in heilpädagogischer Ausbildung). In diesem Fall kann die Lehrbewilligung bis zum Abschluss der Ausbildung erteilt werden, d. h. auch länger als drei Jahre. Dies ist sachgerecht, damit berufsbegleitend die fehlende Ausbildung nachgeholt werden kann, ohne direkt die Arbeitsstelle zu verlieren. Um dem Lehrpersonalmangel entgegenzuwirken, können ab 1. August 2022 bis 31. Juli 2025 im Kanton Schwyz für maximal sechs Jahre befristete Lehrbewilligungen ausgestellt werden, wenn die Bewerberin/der Bewerber nicht über den vorausgesetzten Ausbildungsabschluss verfügt. Vor Ablauf der letzten befristeten Lehrbewilligung muss der Schulträger für die Lehrperson ein Gesuch um eine definitive Lehrbewilligung stellen (vgl. Wegweiser, S. 128).

4. Der Beigeladene verfügt über ein anerkanntes (altrechtliches) Lehrdiplom, mit welchem er 24 Jahre auf der Primarstufe als Lehrperson tätig war. Am 7. September 2015 startete der Beigeladene mit dem Masterstudiengang "Schulische Heilpädagogik" an der PH Luzern. Dabei absolvierte er den ganzen Studiengang mit Ausnahme der Masterarbeit, was zwischen den Parteien unbestritten ist. Die vom Beigeladenen verfasste Masterarbeit hat die PH Luzern nicht angenommen. Aufgrund seines Alters hat sich der Beigeladene daraufhin entschieden, keine neue Masterarbeit mehr zu verfassen und hat stattdessen seine Exmatrikulation an der PH Luzern verlangt. Diese erfolgte am 17. Januar 2022. Als Zwischenfazit ist demnach festzuhalten, dass der Beigeladene zurzeit nicht über die notwendigen Ab-

schlüsse verfügt, um als schulischer Heilpädagoge tätig zu sein. Der Beigeladene arbeitet jedoch bereits seit dem Schuljahr 2012/2013 in einem befristeten Arbeitsverhältnis mit jeweils befristeten Lehrbewilligungen an der Primarschule XY als schulischer Heilpädagoge. Um seine Tätigkeit weiterzuführen, stellte er zusammen mit der Beschwerdeführerin am 7. Oktober 2022 ein Gesuch um eine ausnahmsweise Erteilung einer definitiven Lehrbewilligung.

4.1 Nach § 50 VSG kann der Erziehungsrat ausnahmsweise einer Person, die über keinen anerkannten und vorausgesetzten Ausbildungsabschluss verfügt, eine dauernde oder befristete Lehrbewilligung erteilen, wenn ihre Befähigung anderswie ausgewiesen ist (§ 50 VSG). Vorab ist darauf hinzuweisen, dass es sich bei § 50 VSG um eine Kann-Vorschrift handelt. Sie vermittelt den Beschwerdeführern somit keinen Rechtsanspruch auf die Erteilung einer definitiven Lehrbewilligung ohne einen anerkannten Ausbildungsabschluss (vgl. analog BGE 2P.266/2002 vom 3. Dezember 2002). Zudem sieht § 50 VSG nur im Ausnahmefall die Erteilung einer Lehrbewilligung ohne anerkannten Ausbildungsabschluss vor. § 50 VSG räumt somit der Vorinstanz ein erhebliches Ermessen ein, ob sie einer Person, die über keinen anerkannten und vorausgesetzten Ausbildungsabschluss verfügt, eine befristete oder definitive Lehrbewilligung erteilen will. Um eine einheitliche Praxis sicherzustellen, hat die Vorinstanz interne Richtlinien, den sogenannten Wegweiser zur Gesetzgebung der Volksschule, erlassen. Aus diesem Wegweiser ergibt sich, wie die Behörde gedenkt, von ihrem durch § 50 VSG eingeräumten Ermessensspielraum Gebrauch zu machen.

4.2 In der Eingabe vom 23. Dezember 2022 erwähnt die Beschwerdeführerin den an der pädagogischen Hochschule Schwyz (nachfolgend PH SZ) angebotenen Lehrgang CAS "Einführung in die Integrative Förderung" (CAS EIF). Weiter reichte die Beschwerdeführerin dazu ein Infoblatt ein (vgl. Beilage 2), aus welchem hervorgeht, dass Lehrpersonen mit einer befristeten Lehrbewilligung als IF-Lehrperson, die bei Beginn der Zusatzausbildung 50 Jahre und älter seien, im Kanton Schwyz eine unbefristete Lehrbewilligung als IF-Lehrperson erhalten würden. Die Beschwerdeführerin bringt in diesem Zusammenhang vor, dass der Beigeladene diese von der PH SZ publizierten minimalen Anforderungen bei Weitem erfülle und deshalb die Erteilung einer unbefristeten Lehrbewilligung gerechtfertigt sei.

4.3 In der Vernehmlassung vom 13. Januar 2022 äusserte sich die Vorinstanz zu dieser Argumentation nicht. Auf Nachfrage des mit der Verfahrensinstruktion betrauten Rechts- und Beschwerdedienstes teilte die

## C 8.1

Vorinstanz mit Stellungnahme vom 6. März 2023 mit, dass die von der Beschwerdeführerin erwähnte Praxis bestehe. Es treffe somit zu, dass Absolvierende des CAS EIF, die bei Beginn des CAS 50 Jahre oder älter sind und den CAS erfolgreich absolviert haben, eine definitive Lehrbewilligung als IF-Lehrpersonen erhalten würden.

4.4 Zwischen den Parteien ist unbestritten, dass der Beigeladene den erwähnten Lehrgang CAS EIF nicht absolviert hat. Der Beigeladene (geboren am 19. Juli 1965) startete jedoch am 7. September 2015 den Masterstudiengang "Schulische Heilpädagogik" an der PH Luzern. Bei seiner Immatrikulation war der Beigeladene somit bereits 50 Jahre alt. Um das Masterstudium "Schulische Heilpädagogik" abschliessen zu können, muss der Studierende 108 bzw. 110 Kreditpunkte erreichen (vgl. dazu den Flyer Masterstudiengang Schulische Heilpädagogik der PH Luzern vom September 2022, S. 4; [https://www.phlu.ch/\\_Resources/Persistent/6/2/9/6/62965e6cbec6bd1bc384c8c05fb67575c9ad938a/AB\\_HP\\_Flyer-Masterstudiengang-Schulische-Heilpaedagogik\\_202209.pdf](https://www.phlu.ch/_Resources/Persistent/6/2/9/6/62965e6cbec6bd1bc384c8c05fb67575c9ad938a/AB_HP_Flyer-Masterstudiengang-Schulische-Heilpaedagogik_202209.pdf), besucht am 8. März 2023). Gemäss der Studienbestätigung vom 28. Januar 2022 hat der Beigeladene davon 83 Kreditpunkte erreicht. Insbesondere fehlt ihm noch die Masterarbeit. Der an der PH Schwyz angebotene CAS EIF, welcher beim erfolgreichen Abschluss des Lehrganges den Absolvierenden, die bei Beginn des CAS EIF 50 Jahre und älter waren, eine definitive Lehrbewilligung einbringt, umfasst hingegen lediglich 15 Kreditpunkte (vgl. <https://www.phsz.ch/weiterbildung/cas-mas-lehrgaenge/cas-einfuehrung-integrative-foerderung>, besucht am 8. März 2023).

4.5 Bei dieser Ausgangslage ist der Beschwerdeführerin zuzustimmen, dass der Beigeladene mit seinen erreichten 83 Kreditpunkten im Masterstudiengang "Schulische Heilpädagogik" mindestens über eine gleichwertige Ausbildung wie der abgeschlossene CAS EIF verfügt. Ausserdem war der Beigeladene bei seiner Immatrikulation für das Masterstudium bereits über 50 Jahre alt. Unter Berücksichtigung der Praxis der Vorinstanz im Zusammenhang mit dem CAS EIF hat der Beigeladene einen Anspruch auf die Erteilung einer definitiven Lehrbewilligung als schulischer Heilpädagoge. Nach dem Gesagten ist vorliegend kein Ausnahmetatbestand nach § 50 VSG gegeben, bei welchem der Vorinstanz ein Ermessen zustehen würde. Vielmehr hat der Beigeladene einen Anspruch auf die Erteilung einer definitiven Lehrbewilligung als schulischer Heilpädagoge, da er über eine (mindestens) gleichwertige Ausbildung wie der CAS EIF verfügt. Die Beschwerde ist demnach gutzuheissen und dem Beigeladenen ist die definitive Lehrbewilligung als schulischer Heilpädagoge zu erteilen.

4.6 Soweit die Vorinstanz festhält, dass sie auch in Zeiten des Lehrpersonenmangels grossen Wert darauf legt, dass an der Qualität der Lehrpersonen festgehalten wird, ist darauf hinzuweisen, dass dies in Bezug auf den Beigeladenen wohl kaum problematisch sein wird. Denn der Beigeladene verfügt über 24 Jahre Berufserfahrung als Primarlehrer. Zudem ist er bereits über zehn Jahre als schulischer Heilpädagoge mit befristeten Lehrbewilligungen tätig. Aufgrund der 34-jährigen Berufserfahrung des Beigeladenen sowie seiner Ausbildung im Bereich "Schulische Heilpädagogik" ist nicht mit einem Qualitätsverlust zu rechnen. In Zeiten des akuten Lehrpersonenmangels, insbesondere auch im Fachbereich "Schulische Heilpädagogik" kann auf den Beigeladenen nicht verzichtet werden. Aufgrund dieser Umstände besteht auch keine Gefahr, dass durch die Erteilung der definitiven Lehrbewilligung ein unerwünschtes Präjudiz geschaffen wird, da es sich vorliegend doch um eine besondere Konstellation handelt, welche nicht allzu oft auftreten dürfte.

(RRB Nr. 203 vom 14. März 2023).

## 8.2 Unbewilligtes Fernbleiben vom Unterricht / Ordnungsbusse

- *Eine Dispensation vom Unterricht zu Ferien- und Reisezwecken ist grundsätzlich nur dann möglich, wenn dieser dringende persönliche oder familiäre Angelegenheiten zugrunde liegen. Es rechtfertigt sich eine restriktive Handhabung des Dispensationswesens. Auch ist vom Regierungsrat in diesem Zusammenhang ein gewisser Beurteilungsspielraum der zuständigen Instanz vor Ort zu respektieren (Erw. 3-3.4).*
- *Die Höhe der Ordnungsbusse bei unbewilligtem Fernbleiben vom Unterricht muss dem Verschulden des Gebüssten entsprechen. Für die Bemessung der Busse gilt der Grundsatz der Verhältnismässigkeit. Vor Ausfällung der Ordnungsbusse ist der betroffenen Person nochmals das rechtliche Gehör zu gewähren. Das rechtliche Gehör dient auch der Sachverhaltsabklärung (Erw. 6-6.7).*

*Aus den Erwägungen:*

3. Die Beschwerdeführerin wehrt sich gegen die ihr auferlegte Ordnungsbusse in der Höhe von Fr. 5000.-- wegen des vorsätzlichen Fernhaltens ihres Sohnes B. vom Schulunterricht vom 1. Dezember 2022 bis 20. Januar 2023.

## C 8.2

3.1 Wer vorsätzlich oder fahrlässig ein Kind ohne Bewilligung vom Unterricht fernhält, wird mit Ordnungsbusse von Fr. 200.-- bis Fr. 5000.-- bestraft (§ 47 Bst. a des Volksschulgesetzes vom 19. Oktober 2005 [VSG, SRSZ 611.210]). Schülerinnen und Schüler können auf begründetes Gesuch der Erziehungsberechtigten hin vom Unterricht ganz oder teilweise dispensiert werden (§ 15 Abs. 1 des Reglements über die Rechte und Pflichten der Lehrpersonen und Schülerinnen und Schüler an der Volksschule vom 1. Februar 2006 [Schulreglement, SRSZ 611.212]). Für Dispensationen vom Unterricht ist bis zu einem Tag die Klassenlehrperson, bis zu zwei Wochen die Schulleitung und für längere Dispensationen der Schulrat zuständig (§ 15 Abs. 2 des Schulreglements). Der Schulrat erlässt Richtlinien über das Dispensationswesen, welche auch die Dispensation im Kindergarten und Langzeitbeurlaubungen (z. B. Auslandsaufenthalte, Alpzeit) regeln (§ 15 Abs. 4 Schulreglement).

3.2 Die Vorinstanz ist diesem Auftrag nachgekommen und hat die Einzelheiten möglicher Schulabsenzen in den "Richtlinien zum Dispensationswesen für Lernende der BSK" vom 23. März 2021 (nachfolgend: Dispensationsrichtlinien) festgelegt. Wenn ein Lernender aus wichtigen Gründen dem Unterricht fernbleiben muss und keine oder zu wenige Jokertage zur Verfügung hat, so müssen die Erziehungsberechtigten gemäss Ziffer 3.2.2 der Dispensationsrichtlinien frühzeitig mit dem Formular "Dispens Schulbesuch" ein Gesuch stellen. Für Dispensationen vom Unterricht für dringende, persönliche oder familiäre Angelegenheiten von mehr als zwei Wochen ist der Schulrat zuständig. Gesuche müssen – mit Ausnahmen von Notfällen – mindestens sechs Wochen im Voraus bei diesem schriftlich eingereicht werden. Als möglichen Dispensationsgrund nennen die Dispensationsrichtlinien (S. 3) u. a. familiäre Gründe wie Todesfall, Beerdigung oder Hochzeit. Weiter führen die Dispensationsrichtlinien zur Begründung eines Dispensationsgesuches aus, dass eine Dispensation zu Ferien- und Reisezwecken nur dann möglich sei, wenn dieser dringende persönliche oder familiäre Angelegenheiten zugrunde liegen oder eine innige persönliche Beziehung zwischen dem Schulkind und der betreffenden Person in dieser Angelegenheit vorliegt, die ein einmaliges Fernbleiben vom Schulunterricht rechtfertigen würden. Dispensationsgesuche könnten nur bei dringenden persönlichen oder familiären Angelegenheiten erteilt werden. Schliesslich weisen die Dispensationsrichtlinien darauf hin, dass der offizielle Ferienplan des Bezirks XY für alle Lernenden verbindlich ist und die Familienferien deshalb mit den Schulferien koordiniert werden müssen.

3.3 Eine restriktive Handhabung des Dispensationswesens rechtfertigt sich nicht nur aufgrund der jährlich dreizehn Wochen Schulferien, welche

den Schülern und ihren Eltern einen erheblichen Spielraum in ihrer Ferienplanung zugestehen, sondern auch hinsichtlich der Erreichung der Ausbildungsziele sowie der Aufrechterhaltung eines geordneten Schulbetriebes. Auch ist vom Regierungsrat in diesem Zusammenhang ein gewisser Beurteilungsspielraum der zuständigen Instanz vor Ort zu respektieren. Diese kennt die Verhältnisse an der betreffenden Schule sowie allfällige Stärken und Schwächen der zu dispensierenden Kinder, so dass sie am besten in der Lage ist, entsprechende Gesuche zu beurteilen. Der Regierungsrat hat sich daher im Beschwerdeverfahren eine gewisse Zurückhaltung aufzuerlegen und nur einzugreifen, wenn die Vorinstanz das ihr bei der Beurteilung von Dispensationsgesuchen zukommende Ermessen qualifiziert unrichtig gehandhabt hat (RRB Nr. 1127 vom 30. August 2005, E. 3.3).

3.4 Die Beschwerdeführerin stellte am 21. November 2022 ein Dispensationsgesuch für ihren Sohn B. vom 30. November 2022 bis 16. Januar 2023, um die Familie in A. über Weihnachten zu besuchen, welche sie über zehn Jahre nicht gesehen hätten. Mit Schreiben vom 22. November 2022 lehnte die Schulleiterin das Gesuch mit der Begründung ab, dass ein Familienbesuch, auch wenn der letzte Besuch über zehn Jahre zurückliege, nicht zu einem solch langen Schuldispens während der obligatorischen Schulzeit berechtige. Weiter wies die Schulleiterin darauf hin, dass die Eingabefrist von sechs Wochen für einen derart langen Schuldispens nicht eingehalten wurde. Demnach verfügte B. für das Fernbleiben vom Unterricht vom 1. Dezember 2022 bis 16. Januar bzw. bis und mit 20. Januar 2023 über keine Bewilligung, so dass es bei der Schulpflicht bleibt.

4.-5. (...)

6. Als nächstes wird überprüft, ob die Höhe der Ordnungsbusse von Fr. 5000.--, welche die Vorinstanz gegen die Beschwerdeführerin wegen des vorsätzlichen Fernhaltens ihres Sohnes B. vom Schulunterricht ausgesprochen hat, angemessen ist.

6.1 Gemäss § 47 VSG ist ein Strafrahmen von Fr. 200.-- bis Fr. 5000.-- vorgesehen. Die Busse ist nach den Verhältnissen des Gebüsstes so zu bemessen, dass dieser die Strafe erleidet, die seinem Verschulden angemessen ist. Für die Bemessung der Busse gilt der Grundsatz der Verhältnismässigkeit. Die Busse muss der Schwere der Ordnungsverletzung angemessen sein und hat sich auf das sachlich Notwendige zu beschränken. Wird eine Pflicht verletzt, ist eine Verwarnung auszusprechen oder eine Busse von mind. Fr. 200.-- zu verhängen. Es ist aber nicht un-

## C 8.2

bedingt so, dass dieser Ansatz für jeden Tag, an dem ein Kind vom Unterricht ferngehalten wird, anzuwenden ist. Ein eigentlicher Ordnungsbussentarif besteht nicht. Es empfiehlt sich für die Schulträger eine Richtlinie zu erlassen, welche den Bussenrahmen für die Verletzung von Pflichten nach § 47 VSG festlegt (Wegweiser zur Gesetzgebung der Volksschule des Amtes für Volksschulen und Sport, Stand 11. Januar 2023 [nachfolgend: Wegweiser], Ziffer 2.5, S. 84).

6.2 Die Vorinstanz kam dieser Aufforderung im Wegweiser nach und hat mit Beschluss Nr. 13 vom 24. Januar 2023 die "Richtlinien für das Erteilen von Ordnungsbussen" (nachfolgend: Ordnungsbussenrichtlinie) erlassen und diese per 1. Februar 2023 in Kraft gesetzt (vgl. Beilage 8 und 9 zur Vernehmlassung der Vorinstanz vom 6. März 2023). Dabei hält die Ordnungsbussenrichtlinie zur Höhe einer Ordnungsbusse das Nachfolgende fest:

*"Ein eigentlicher Ordnungsbussentarif besteht nicht, da die Höhe der Busse angemessen erfolgen sollte unter Berücksichtigung der Schwere der Übertretung, den Einkommensverhältnissen, einer allfälligen Wiederholung oder Weigerung, auf Gesprächsangebote einzugehen.*

*Es gilt der Grundsatz der Verhältnismässigkeit. Die Höhe der Busse muss der Abschreckung vor weiteren Übertretungen dienen, darf aber nicht übermässig hoch oder willkürlich ausfallen. Insbesondere sollte beim Ansetzen der Busse berücksichtigt werden, ob die Übertretungen nachweislich ohne mutwillige Absicht oder aus begründeter Unwissenheit (mangelnde Sprachkenntnisse, etc.) erfolgt sind.*

*Richtlinien zur Berechnung der Bussenhöhe:*

- *Fr. 50.- für jede verpasste unentschuldigte Lektion, mindestens aber Fr. 200.-*
- *Falls die Eltern von sich aus nachweisen, dass sie Sozialhilfe empfangen, sollte die Busse möglichst tief ausfallen oder erst nach Rücksprache mit dem Sozialamt erfolgen.*

*(...)*

*Pauschale Richtwerte für die Bussenzumessung:*

|                          |                |                    |
|--------------------------|----------------|--------------------|
| <i>1 Tag Fr. 300.-</i>   | <i>6 Tage</i>  | <i>Fr. 1'800.-</i> |
| <i>2 TageFr. 600.-</i>   | <i>7 Tage</i>  | <i>Fr. 2'100.-</i> |
| <i>3 TageFr. 900.-</i>   | <i>8 Tage</i>  | <i>Fr. 2'400.-</i> |
| <i>4 TageFr. 1'200.-</i> | <i>9 Tage</i>  | <i>Fr. 2'700.-</i> |
| <i>5 TageFr. 1'500.-</i> | <i>10 Tage</i> | <i>Fr. 3'000.-</i> |

*Höhere Bussen nach Ermessen des Schulrates"*

6.3 Die Vorinstanz hat mit Beschluss Nr. 11 vom 24. Januar 2023 der Beschwerdeführerin für das Fernbleiben ihres Sohnes B. vom Unterricht vom 1. Dezember 2022 bis und mit 20. Januar 2023 eine Ordnungsbusse in der Höhe von Fr. 5000.-- auferlegt. Dabei stützte sie sich u. a. auf die Ordnungsbussenrichtlinie. Diese Richtlinie wurde von der Vorinstanz an der gleichen Sitzung (am 24. Januar 2023) beschlossen wie der angefochtene Beschluss. Dies bedeutet, dass die Ordnungsbussenrichtlinie streng genommen im Zeitpunkt der Beschlussfassung über die Ordnungsbusse der Beschwerdeführerin noch nicht in Kraft war, zumal sie gemäss Beschluss Nr. 13 vom 24. Januar 2023 erst am 1. Februar 2023 in Kraft gesetzt werden sollte (was wiederum im Widerspruch zu den Angaben auf den Ordnungsbussenrichtlinien selbst steht). Mittlerweile ist die Ordnungsbussenrichtlinie in Kraft. Da die vorliegende Sache ohnehin bereits aus anderen Gründen zur erneuten Sachverhaltsabklärung an die Vorinstanz zurückgewiesen wird, muss nicht weiter geklärt werden, inwieweit die Ordnungsbussenrichtlinie im vorliegenden Beschwerdeverfahren zu berücksichtigen ist. Unbestrittenermassen gelangt sie im nächsten Rechtsgang zur Anwendung.

6.4 Gemäss § 47 VSG ist der Schulrat zur Verhängung der Ordnungsbusse zuständig. Das Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege ist auf dieses Verwaltungsstrafverfahren anwendbar, da eine Verwaltungsbehörde, namentlich der Schulrat, für die Bussenverfügung zuständig ist (§ 3 Bst. a VRP). Der Schulrat hat die Verletzung der Pflichten nach § 47 VSG zu untersuchen und nach Anhörung der Betroffenen einen Entscheid zu fällen. Nach dem Gesagten ist somit vor Ausfällung einer Ordnungsbusse der betroffenen Person nochmals das rechtliche Gehör zu gewähren (vgl. Wegweiser, Ziffer 2.5, S. 83). Es vermittelt den Betroffenen u. a. den Anspruch, sich vor Erlass der Verfügung zu allen relevanten Gesichtspunkten zu äussern und Beweisanträge zu stellen (§ 21 VRP). Der Anspruch auf vorgängige Äusserung und Anhörung gehört zum eigentlichen Kern des rechtlichen Gehörs (vgl. Alain Griffel, in: Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, VRG, 3. Auflage, Zürich 2014, § 8 N 30). Das rechtliche Gehör garantiert den Betroffenen im Verfahren nicht nur ein persönliches Mitwirkungsrecht. Vielmehr dient es auch der Sachverhaltsabklärung (BGE 122 I 55). Denn gemäss dem Untersuchungsgrundsatz haben die Behörden den für die Verfügung oder den Entscheid erheblichen Sachverhalt sowie die erforderlichen Beweise von Amtes wegen zu ermitteln. Vorbehalten bleibt die Mitwirkungspflicht der Parteien (§ 18 Abs. 1 VRP). Der Untersuchungsgrundsatz besagt, dass die Behörden im Rahmen des Verfahrens- bzw. Streitgegenstandes für die Beschaffung des massgeblichen Tatsachenmaterials zuständig sind.

## C 8.2

6.5 Stellt eine Rechtsmittelinstanz 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 E. 3.8; BGE 135 I 187 E. 2.2). 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 E. 2.3; BGE 134 I 140 E. 5.5). Grundsätzlich lässt das Bundesgericht die Heilung aber nur zu, wenn die Verletzung des rechtlichen Gehörs nicht besonders schwer wiegt (BGE 137 I 195 E. 2.3.2; BGE 135 I 279 E. 2.6). 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 beförderliche Beurteilung der Sache nicht zu vereinbaren wären (BGE 136 V 117 E. 4.2.2.2).

6.6 Weder aus dem angefochtenen Beschluss noch aus der Vernehmung vom 6. März 2023 bzw. den von der Vorinstanz eingereichten Akten geht hervor, dass sich die Beschwerdeführerin zu der Ordnungsbusse, insbesondere zur Höhe der auferlegten Ordnungsbusse, vorgängig äussern konnte. Deshalb machte sie auch erstmals mit der Beschwerdeschrift vom 15. Februar 2023 geltend, dass sie nicht über die finanziellen Mittel verfüge, um diese Ordnungsbusse in der Höhe von Fr. 5000.-- begleichen zu können. Ob die Beschwerdeführerin tatsächlich nicht über ausreichende finanzielle Mittel verfügt, um die ihr auferlegte Ordnungsbusse zu begleichen bzw. ob sie wirtschaftlich unterstützt wird, ergibt sich nicht aus den dem Regierungsrat vorliegenden Akten. Die Vorinstanz hat die finanziellen Verhältnisse der Beschwerdeführerin nicht abgeklärt, dies obwohl sie in der Ordnungsbussenrichtlinie selbst erwähnt, dass der Bezug von Sozialhilfe sowie die Einkommensverhältnisse generell bei der Berechnung der Bussenhöhe berücksichtigt werden muss. Dadurch, dass die Vorinstanz der Beschwerdeführerin vor Erlass der Ordnungsbusse das rechtliche Gehör nicht mehr gewährt hat, hat sie auch den massgebenden Sachverhalt nicht ausreichend ermittelt. Denn die vorgängige Anhörung dient nicht nur dem Anspruch der Beschwerdeführerin auf rechtzeitig Einräumung des rechtlichen Gehörs, sondern auch massgeblich der Abklärung des Sachverhalts.

6.7 Insgesamt hat die Vorinstanz somit den rechtserheblichen Sachverhalt für die Ausübung ihres Ermessens, d. h. für die Festlegung der Höhe

der Ordnungsbusse, ungenügend abgeklärt. Eine materielle Beurteilung dieser Frage ist in diesem Beschwerdeverfahren einerseits aus Gründen des funktionellen Instanzenzuges, andererseits aber auch mangels ausreichender Unterlagen und Angaben nicht möglich. Schliesslich ist es nicht Aufgabe der Beschwerdeinstanz, erstinstanzliche Sachabklärungen nachzuholen. Die Beschwerdeführerin hat zudem Anspruch darauf, dass der Sachverhalt durch die mit den Verhältnissen besser vertraute und/oder über besondere Fachkenntnisse verfügende erstinstanzliche Behörde abgeklärt wird und sie die Möglichkeit erhält, den neuen Entscheid allenfalls erneut anzufechten, ohne eine Rechtsmittelinstanz einzubüssen (Alfred Kölz/Jürg Bosshart/Martin Röhl, Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 2. Auflage, Zürich 1999, N 29 zu § 28). Kommt hinzu, dass der Vorinstanz bei der Festlegung der Höhe der Ordnungsbusse ein Ermessensspielraum zusteht. Deshalb ist es auch unabdingbar, dass diese nach der Vornahme der noch fehlenden Sachverhaltsabklärungen (insbesondere bezüglich der Vermögensverhältnisse) selber erneut über die Sache entscheidet. Gestützt auf diese Ausführungen erweist sich vorliegend die Aufhebung der angeordneten Ordnungsbusse und die Rückweisung nicht nur aufgrund der Gehörsverletzung als angezeigt, sondern auch mangels genügender Sachverhaltsabklärung.

(RRB Nr. 280 vom 4. April 2023).

### 8.3 Disziplinarischer Schulausschluss

- *Die "Kündigung" der Schulvereinbarung durch eine vom Kanton anerkannte private Mittelschule kommt vorliegend einer Umgehung der Disziplinarordnung gleich, da es sich bei der "Kündigung" im Ergebnis um einen disziplinarischen Schulausschluss handelt. Ein solcher ist beim Regierungsrat mit Beschwerde anfechtbar (Erw. 2.1-2.1.3).*
- *Die Schulzeit an Mittelschulen fällt nicht unter den verfassungsmässigen Anspruch auf ausreichenden und unentgeltlichen Grundschulunterricht (Erw. 3).*
- *Privatschulen besitzen eine bestimmte Freiheit, wie sie das Verhältnis zu den Eltern und Schülern ausgestalten wollen. Sie können eigene Schul-, Haus- und Disziplinarordnungen erlassen. I.c. ist ein definitiver Schulausschluss selbst als erste Massnahme gerechtfertigt (Erw. 3.2-3.7).*

## C 8.3

### *Aus den Erwägungen:*

2.1 Die Vorinstanz ist eine vom Kanton anerkannte private Mittelschule (§ 37 Abs. 1 Bst. b des Mittelschulgesetzes vom 20. Mai 2009 [MSG, SRSZ 623.110]). Als solche untersteht sie der Aufsicht des Kantons (§ 35 Abs. 4 MSG). Mit den anerkannten privaten Mittelschulen werden Leistungsaufträge abgeschlossen, die die bisherigen Angebote der einzelnen Schulen berücksichtigen. Sie erhalten kantonale Beiträge im Rahmen dieses Gesetzes (§ 37 Abs. 2 MSG). Entscheide der anerkannten privaten Mittelschulen unterliegen der Beschwerde an den Regierungsrat, soweit öffentliches Recht angewendet wird (§ 39 Abs. 2 MSG). Verfahren und Rechtsmittel richten sich im Weiteren nach dem Verwaltungsrechtspflegegesetz (§ 39 Abs. 3 MSG).

2.1.1 Die Vorinstanz hat mit ihrem Schreiben vom 26. April 2023 die Schulvereinbarung vom 25. März/14. April 2020 per 31. Juli 2023 "gekündigt". Sie hat sich dabei ausdrücklich auf den Standpunkt gestellt, dass es sich nicht um eine Disziplinar massnahme bzw. nicht um einen disziplinarischen Ausschluss von der Schule handle, sondern um eine Vertragskündigung aufgrund wiederholter Missachtung der Grundsätze und Werte des Gymnasium XY. Gleichzeitig hat sie als Rechtsmittel die Verwaltungsbeschwerde an den Regierungsrat angegeben. Gemäss dem kantonalen Leistungsauftrag für das Gymnasium XY für das Schuljahr 2022/23 vom 5. Juli 2022 führt die Vorinstanz eine vierjährige gymnasiale Maturitätsschule (Gymnasium) gemäss MAR. Der Leistungsauftrag bezieht sich ausschliesslich auf die eigentliche Maturitätsschule (9.-12. Schuljahr), nicht aber auf das Untergymnasium und weitere Angebote. Die Rahmenbedingungen präsentieren sich dabei u. a. wie folgt:

- Schwyzer Schüler, die die Aufnahmebedingungen für den oben aufgeführten Schul-Typ erfüllen, müssen aufgenommen werden.
- Die vom Erziehungsrat erlassenen Ausbildungsreglemente (Aufnahme-, Promotions- und Prüfungsreglement) sind verbindlich.

In Bezug auf die Organisation und die finanziellen Belange sind die privaten Mittelschulen jedoch grundsätzlich frei.

2.1.2 Die Vorinstanz ist somit zur Aufnahme sämtlicher im Kanton wohnhaften Schüler verpflichtet, wenn diese die Aufnahmebedingungen erfüllen. Es würde dieser Aufnahmepflicht widersprechen, wenn die Vorinstanz gestützt auf die Schulvereinbarung vom 25. März 2020/14. April 2020 (quasi voraussetzungslos) einfach eine Kündigung aussprechen könnte. Zudem hat die Vorinstanz ihre "Kündigung" vom 26. April 2023

selber mit einer Rechtsmittelbelehrung versehen und darin als Rechtsmittel die Beschwerde an den Regierungsrat angegeben. Im Übrigen hat die Vorinstanz eine eigene Schulordnung erlassen, die auch disziplinarische Massnahmen vorsieht. Als zulässige disziplinarische Massnahmen nennt die Schulordnung insbesondere das Ultimatum sowie die Ausschlussverfügung/Entlassung (Kapitel 3, Ziff. 5.1 der Schulordnung). Als Rechtsmittel gegen das Ultimatum, die Suspendierung und die Entlassung sieht die Schulordnung ebenfalls die Beschwerde an den Regierungsrat nach den Vorschriften des VRP vor (Kapitel 3, Ziff. 6.3 der Schulordnung).

2.1.3 Eine "Kündigung" des Vertrages käme einer Umgehung der Disziplinarordnung gleich, was offenkundig nicht angehen kann. Bei der "Kündigung" vom 26. April 2023 handelt es sich somit eigentlich um einen disziplinarischen Schulausschluss bzw. um eine Ausschlussverfügung im Sinne von Kapitel 3, Ziff. 5.1 der Schulordnung. Der Regierungsrat ist für die Behandlung der Beschwerde vom 13. Mai 2023 somit zuständig.

2.2 Gemäss § 37 Abs. 1 VRP ist zur Einreichung eines Rechtsmittels berechtigt, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen hat oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat, durch den angefochtenen Entscheid oder die angefochtene Verfügung besonders berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung oder Änderung des Entscheides oder der Verfügung hat (§ 37 Abs. 1 VRP).

2.2.1 Die materielle Beschwer setzt voraus, dass das erfolgreiche Rechtsmittel der Beschwerde führenden Person einen eigenen, praktischen Nutzen eintragen würde bzw. dass es einen ideellen, materiellen, wirtschaftlichen oder anderweitigen Nachteil abwenden würde, den der negative Entscheid zur Folge hätte. Die Wahrnehmung der Interessen Dritter oder öffentlicher Interessen allein genügt nicht. Zudem muss das geltend gemachte Interesse aktuell sein, d. h. es muss sowohl im Zeitpunkt der Rechtsmittelerhebung als auch im Zeitpunkt des Entscheids vorliegen (vgl. EGV-SZ 2009, B 1.1, E. 2.3; vgl. auch Martin Bertschi, in: Alain Griffel [Hrsg.], Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, VRG, 3. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2014, § 21 N 10 ff.). Fehlt es am aktuellen praktischen Interesse und ist auch kein virtuelles Interesse auszumachen, wird die Beschwerde als gegenstandslos abgeschrieben, soweit der rechtliche Nachteil des angefochtenen Entscheides nach Einreichung der Beschwerde weggefallen ist. Ist der Nachteil hingegen bereits bei Einreichung der Beschwerde nicht gegeben, wird auf die Beschwerde nicht eingetreten (BGE 136 III 497 E. 2.1; vgl. Bertschi, Kommentar VRG, § 21 N 26 und § 28 N 13).

## C 8.3

2.2.2 Gemäss einem in den Akten liegenden E-Mail von A. vom 5. Juli 2023 an die Vorinstanz wird dieser im nächsten Schuljahr an die KKS wechseln. Der Vater von A. hat in seinem E-Mail vom 13. Juli 2023 bestätigt, dass A. eine Anschlusslösung gefunden hat. Gemäss seinen Angaben wird A. im kommenden Schuljahr ans Gymnasium in C. gehen. Ob A. nun ab August 2023 in C. oder in D. angemeldet ist, ist grundsätzlich unerheblich. Aus den E-Mails vom 5. Juli 2023 und vom 13. Juli 2023 geht aber jedenfalls hervor, dass die Anmeldung an der neuen Schule für die Beschwerdeführer lediglich eine Notlösung darstellt und dass A. grundsätzlich am Gymnasium XY zur Schule gehen möchte. Da die Vorinstanz ihnen kurz vor Ende des Schuljahres "gekündigt" hatte, sahen sich die Beschwerdeführer gezwungen, nach einer Übergangslösung Ausschau zu halten. Insoweit haben die Beschwerdeführer nach wie vor ein aktuelles schutzwürdiges Interesse an der Beurteilung der Beschwerde. Die Beschwerdeführer halten denn auch explizit an ihrer Beschwerde fest. Darüber hinaus könnte A. allenfalls auch ein gewisses Interesse an der blossen Feststellung zugesprochen werden, ob die "Kündigung" vom 26. April 2023 gerechtfertigt war oder nicht. Auf die Beschwerde ist daher einzutreten.

3. Das Schulwesen – wozu auch die Mittelschule zählt – fällt in die Kompetenz der Kantone (Art. 62 Abs. 1 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 [BV, SR 101]). Sie sorgen für einen ausreichenden Grundschulunterricht, der allen Kindern offensteht. Der Grundschulunterricht ist obligatorisch und untersteht staatlicher Leitung oder Aufsicht. An öffentlichen Schulen ist er unentgeltlich (Art. 62 Abs. 2 BV). Art. 19 BV gewährleistet sodann einen Anspruch auf ausreichenden und unentgeltlichen Grundschulunterricht. Art. 19 BV bezieht sich jedoch nur auf die (öffentliche) Grundschule während der obligatorischen Schulzeit. Nicht vom verfassungsrechtlichen Anspruch erfasst werden die an die obligatorische Schulzeit anschliessenden Bildungsstufen beispielsweise an Mittelschulen (inklusive Untergymnasium) oder Seminaren (BGE 129 I 35 Erw. 7.4 mit Hinweisen).

3.1 Der Beschwerdeführer ist 15 Jahre alt und hat gerade die Klasse 3b am Gymnasium XY und somit sein insgesamt zehntes Schuljahr absolviert. Zuvor hat er bereits zwei Jahre lang das Untergymnasium besucht. Der Beschwerdeführer kann sich deshalb nicht auf Art. 19 BV berufen, da die Mittelschulen nicht von diesem Grundrecht erfasst werden.

3.2 Das Mittelschulgesetz gilt für die kantonalen Mittelschulen vollumfänglich (§ 1 Abs. 2 MSG). Für die privaten Mittelschulen gelten die Be-

stimmungen der Abschnitte I., III. und IX. sowie die weiteren Bestimmungen, in denen sie ausdrücklich erwähnt sind (§ 1 Abs. 3 MSG). Unter dem dritten Abschnitt wird der Schulbetrieb geregelt. Unter dem vierten Abschnitt "IV. Schülerinnen und Schüler" des MSG werden sodann die Grundsätze der Aufnahme, die Rechte und Pflichten der Schülerinnen und Schüler sowie die Disziplinar massnahmen gesetzlich geregelt. Als mögliche disziplinarische Massnahmen stehen gemäss § 19 Abs. 2 MSG zur Verfügung:

- a) mündlicher Verweis mit Meldung an die Schulleitung;
- b) Wegweisung aus dem Unterricht mit Meldung an die Schulleitung;
- c) schriftliche Verwarnung;
- d) Androhung der Wegweisung aus der Schule;
- e) Wegweisung aus der Schule.

3.3 Wie bereits erwähnt, gilt dieser vierte Abschnitt des MSG für die privaten Mittelschulen und damit für die Vorinstanz nicht. Der Gesetzgeber hat somit die disziplinarischen Massnahmen der Mittelschulen ausdrücklich von der gesetzlichen Regelung ausgenommen. Die Privatschulen sind insoweit also autonom und besitzen eine bestimmte Freiheit, wie sie das Verhältnis zu den Eltern und Schülern inhaltlich ausgestalten wollen. Sie können somit eigene Schul- und Hausordnungen erlassen und selber entscheiden, wie die Disziplinarordnung ausgestaltet wird (vgl. Benjamin Schindler, Feststellung der Zuständigkeit der Zivilgerichte durch das Verwaltungsgericht [Verwaltungsrechtliche Abteilung] vom 14. Mai 2019 nach Meinungsaustausch mit dem Obergericht [100.2018.342], in: Bernische Verwaltungsrechtsprechung BVR 2019, S. 405).

3.4 Wie in E. 2.1.2 erwähnt, hat die Vorinstanz eine eigene Schulordnung erlassen, die auch disziplinarische Massnahmen vorsieht. Als zulässige disziplinarische Massnahmen nennt die Schulordnung insbesondere das Ultimatum sowie die Ausschlussverfügung/Entlassung (Kapitel 3, Ziff. 5.1 der Schulordnung). Das Ultimatum, die Suspendierung und die Entlassung sollen wenn möglich nicht als erste Massnahmen ausgesprochen werden; die Eltern sollen wenn möglich vorher eine schriftliche Benachrichtigung über die schwerer wiegenden Probleme erhalten haben. Nur bei schwerwiegenden Verstössen ist jeder der oben erwähnten Massnahmen als erste möglich (Kapitel 3, Ziff. 5.2 der Schulordnung). Das Ultimatum, die Suspendierung oder die Entlassung werden von der Schulleitung ausgesprochen, wenn ein Lernender in schwerer Weise die Rahmenordnung, die Rechtsordnung oder die Grundsätze der Schule, wie diese im Leitbild oder in den Reglementen verankert sind, missachtet (Kapitel 3 Ziff. 5.3 der Schulordnung). Das Ultimatum, die Suspendierung

## C 8.3

und die Entlassung dürfen erst ausgesprochen werden, wenn dem betroffenen Lernenden und seinen Eltern das rechtliche Gehör gewährt worden ist. Der Lernende darf in solchen Fällen einen Berater seiner Wahl beiziehen (Kapitel 3, Ziff. 6.1 der Schulordnung). Die drei erwähnten Massnahmen werden von der Schulleitung ausgesprochen. Den Eltern bzw. dem mündigen Lernenden muss die Verfügung schriftlich per eingeschriebenen Brief mitgeteilt werden (Kapitel 3, Ziff. 6.2 der Schulordnung).

3.5 Disziplinar massnahmen sollen das Schülerverhalten im positiven Sinne verändern. Die Wahl der Massnahme ist je nach Schwere des Disziplinarfehlers unter Berücksichtigung des Verhältnismässigkeitsprinzips zu treffen. Wenn Jugendliche auffallen, provozieren, aggressiv und gewalttätig sind, häufig abwesend sind, ein schlechtes Arbeitsverhalten an den Tag legen und die Mitschüler in ihrem schulischen Fortkommen gefährden, ist bisweilen ein definitiver, endgültiger Schulausschluss unumgänglich. Ein Ausschluss aus der Schule bedarf einer gesetzlichen Grundlage, muss im öffentlichen Interesse liegen und verhältnismässig sein (vgl. Präsidialverfügung des Landammans Nr. 3/2021 vom 11. Mai 2021, E. 4.3, genehmigt mit RRB Nr. 337 vom 18. Mai 2021). Er ist (als äusserste Massnahme) nur zulässig, wenn sich mildere Massnahmen (wie beispielsweise Elterngespräche, Verwarnung, Verweis, Versetzung in eine andere Klasse, vorübergehender Schulausschluss) als unwirksam erwiesen haben oder in Anbetracht der besonderen Umstände nicht in Frage kommen (vgl. Herbert Plotke, Schweizerisches Schulrecht, 2. Aufl., Bern/Stuttgart/Wien 2003, S. 412 f.; Rahel Rohr, Der disziplinarische Schulausschluss, Diss., 2010, S. 145 ff.). In gewisse Fällen ist der Schulausschluss auch als erste Massnahmen zulässig, namentlich wenn der Disziplinarverstoss so schwer wiegt, dass der fehlbare Schüler untragbar für die Schule geworden ist und diese, sofern der Schüler nicht entfernt wird, ihre Aufgabe nicht mehr richtig erfüllen kann (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2P.27/2006 vom 31. Mai 2006, Erw. 2.5.2; BGE 129 I 35 Erw. 10.2).

3.6 Der Beschwerdeführer hat im November 2022 eine Website mit dem Namen (...) im Internet aufgeschaltet. Auf dieser Website hat er Fotomontagen mit den Porträts von Lehrpersonen des Gymnasium XY sowie frei erfundene Geschichten veröffentlicht. Zum Teil handeln die Geschichten von sexuellen Übergriffen von Lehrpersonen an Schülern. Dieses Fehlverhalten ist gravierend und schwerwiegend und zweifellos geeignet, die betroffenen Lehrer in ihren Persönlichkeitsrechten schwer zu verletzen. Die betroffenen Lehrpersonen sahen sich denn auch in ihrer beruflichen Integrität schwer geschädigt. Die Veröffentlichung der Website hat auch strafrechtliche Auswirkungen, nachdem die zuständige Staatsanwaltschaft im Fall ermittelt. Dieses Fehlverhalten für sich alleine ist bereits Grund

genug, den definitiven Schulausschluss von A. zu verfügen. Derartiges Verhalten ist, auch wenn es angeblich im jugendlichen Leichtsinn begangen wurde, nicht tolerierbar und rechtfertigt zweifellos scharfe Disziplinarsanktionen. Die Vorinstanz trifft als Arbeitgeberin gegenüber den angestellten Lehrpersonen eine Fürsorgepflicht. Auch aus diesem Grund ist sie gehalten und berechtigt, schwerwiegendes Fehlverhalten von Schülern gegenüber den Lehrpersonen zu ahnden. Im vorliegenden Fall ist ein definitiver Schulausschluss selbst als erste Massnahme gerechtfertigt. Der disziplinarische Schulausschluss von A. erfolgte demzufolge zu Recht.

3.7 Im Übrigen ist die Behauptung der Beschwerdeführer unzutreffend, dass die Vorinstanz ihnen das rechtliche Gehör verweigert habe. Es ist aktenkundig, dass mindestens drei persönliche Gespräche mit den Eltern und mit A. stattgefunden haben, in denen das Verhalten von A. diskutiert wurde. Die Vorinstanz bzw. die Schulleitung hat den Beschwerdeführern und A. bereits am 5. April 2023 mitgeteilt, dass sie das Fehlverhalten von A. nicht tolerieren könne und dass sie einen Schulausschluss bzw. eine Kündigung in Betracht ziehe. Die Beschwerdeführer konnten sich an den zwei folgenden Gesprächen am 17. April 2023 und am 24. April 2023 einlässlich dazu äussern. Dass das rechtliche Gehör zwingend schriftlich zu erfolgen hat, ist ebenfalls unzutreffend. Ausserdem wäre es den Beschwerdeführern ohne weiteres zugestanden, auch schriftlich zu den Vorwürfen Stellung zu nehmen. Von einer Verletzung des rechtlichen Gehörs kann unter diesen Umständen keine Rede sein.

(Präsidualverfügung Nr. 4 vom 4. Juli 2023, genehmigt mit RRB Nr. 527 vom 22. August 2023).

---

# 10. Raumplanung

---

## 10.1 Schutzzonenplan

- *Die Markierung eines Grundstücks bzw. eines Gebäudes in einem Schutzzonenplan als "inventarisierte Bauten und Anlagen" stellt keine anfechtbare Verfügung dar (Erw. 4-4.2).*

*Aus den Erwägungen:*

4. Konkret beanstandete die Beschwerdeführerin in ihrer Einsprache vom 12. Februar 2022, dass das Grundstück KTN XXX bzw. das darauf stehende Gebäude mit der Nr. YYY in keinem Inventar verzeichnet sei. Entsprechend sei die planerische Erfassung des Gebäudes auf dem Grundstück KTN XXX als "inventarisierte Baute oder Anlage" aufzuheben.

4.1 Gemäss dem Schutzzonenplan vom 13. Dezember 2021 ist das Grundstück KTN XXX bzw. das darauf stehende Gebäude mit der Nr. YYY mit einem ockerbraunen Kreis markiert. Gemäss der Planlegende stellt der Kreis lediglich einen Hinweis dar und markiert "inventarisierte Bauten und Anlagen". Auch dem Erläuterungsbericht nach Art. 47 der Raumplanungsverordnung vom 28. Juni 2000 (RPV, SR 700.1) lässt sich entnehmen, dass die Kennzeichnung der inventarisierten Objekte bloss einen orientierenden Charakter hat. Mit der planerischen Darstellung derselben sollen die Bauherrschaften und Bewilligungsbehörden nur auf möglicherweise sensible Objekte hingewiesen werden. Es handelt sich dabei auch nur um eine Übersicht ohne abschliessenden Anspruch auf Vollständigkeit und Richtigkeit. Für die planerische Erfassung im Schutzzonenplan dienen das INSA (Inventar der neueren Schweizer Architektur), das BHI (Inventar der Schweizerischen Bauernhaus Forschung), das ICOMOS (Liste der historischen Gärten der Schweiz) und das ISIS (Inventar der schützenswerten Kulturgüter der Schweiz) als Grundlage (vgl. Erläuterungsbericht nach Art. 47 RPV vom 13. Dezember 2021, Ziff. 9.8, S. 29 sowie Vernehmlassung vom 13. April 2023, Ziff. III. 2, S. 3). Der Tabelle im Anhang (Beilage 04) des Erläuterungsberichts lässt sich entnehmen, dass das Gebäude mit der Nr. YYY im Inventar der neueren Schweizer Architektur aufgeführt ist. Tatsächlich lässt sich das Gebäude Nr. YYY an der S-Strasse 41 im Verzeichnis des INSA, Band 8 (1996), S. 495 finden (vgl. <https://www.gsk.ch/de/insa.html>). Demgemäss werden durch die Markierung mit einem Kreis jedoch keine Rechte und Pflichten begründet,

sondern bloss mittels einer planerischen Darstellung auf eine bereits bestehende Inventarisierung hingewiesen.

4.2 Folglich fehlt es in Bezug auf die bloss orientierende Erfassung des Grundstücks KTN XXX bzw. des Gebäudes Nr. YYY im Schutzzonenplan vom 13. Dezember 2021 bereits am Verfügungs- bzw. Entscheidcharakter, da damit über keinerlei Rechte und Pflichten entschieden wurde. Dementsprechend kann gemäss § 36 Abs. 1 Bst. a VRP dagegen auch kein Rechtsmittel ergriffen bzw. keine Einsprache erhoben werden. Dies wiederum bedeutet, dass es an der Sachurteilsvoraussetzung im Sinne von § 27 VRP fehlt und die Vorinstanz zu Recht nicht auf die Einsprache der Beschwerdeführerin eingetreten ist.

(RRB Nr. 708 vom 17. Oktober 2023).

## 10.2 Aufhebung eines Gestaltungsplans

- *Ein Gestaltungsplan kann aufgehoben werden, wenn die bereits erstellten Bauten und Anlagen dem geltenden Planungs- und Baurecht entsprechen. Bei älteren Gestaltungsplänen ist dabei zunächst die anwendbare rechtliche Grundlage zu eruieren (Erw. 6-6.3.3).*
- *Wenn bestehende Bauten und Anlagen bereits unter der Herrschaft des Gestaltungsplanes rechtswidrig erstellt wurden, ist die Aufhebung des Gestaltungsplanes nicht ursächlich für die Rechtswidrigkeit. In diesem Fall kann der Gestaltungsplan grundsätzlich aufgehoben werden (Erw. 6.4-6.4.3).*
- *Berechtigtes Vertrauen in den Plan darf bei dessen Aufhebung nicht verletzt werden (Erw. 6.5.1-6.7).*

*Aus den Erwägungen:*

6. Die Vorinstanz hat eine Aufhebung des Gestaltungsplans E-Weg abgelehnt mit der Begründung, dass das Wohnhaus auf KTN XXX die zulässige Überbauungsziffer überschreite und den Grenzabstand Richtung Süden bzw. KTN YYY unterschreite. Sie anerkennt, dass die übrigen, im Gestaltungsplanperimeter liegenden Bauten den heutigen Baurechtsbestimmungen entsprechen. Die Beschwerdeführerin bringt vor, dass die Abweichungen des Wohnhauses E-Weg 8 vom geltenden Recht nicht auf den Gestaltungsplanvorschriften basierten, sondern weil man beim Bau dieses Wohnhauses von der erteilten Baubewilligung abgewichen sei. Das Wohnhaus auf KTN XXX werde durch eine Gestaltungsplanaufhebung nicht ins Unrecht gesetzt.

## C 10.2

6.1.1 Das gesamte Areal des Quartiergestaltungsplans E-Weg lag im Zeitpunkt des Gestaltungsplanerlasses in der Landhauszone L 0.2. Heute ist es der Wohnzone 1 (W1) zugeteilt (vgl. den Zonenplan B vom 9. Februar 2014). Dort gilt eine Überbauungsziffer von 20 %, ein kleiner Grenzabstand von 4 m und ein grosser Grenzabstand von 8 m. Bei Gebäudelängen unter 25 m kann der grosse Grenzabstand auf einer beliebigen Seite eingehalten werden (vgl. Art. 49 Abs. 1 BauR). Die Überbauungsziffer bestimmt das Verhältnis der jeweiligen Gebäudegrundfläche (Haupt- resp. Nebenbauten) und der anrechenbaren Grundstücksfläche (Art. 34 BauR). Als Gebäudegrundfläche gilt die senkrechte Projektion der grössten oberirdischen Gebäudeumfassung auf das Grundstück (Art. 35 Abs. 1 BauR). Die anrechenbare Grundstücksfläche ist die Fläche der von der Baueingabe erfassten, baulich noch nicht ausgenützten Grundstücke oder Grundstückteile der Bauzone (Art. 36 Abs. 1 BauR). Nicht angerechnet werden die für die Erschliessung notwendigen Fahrbahnflächen, soweit es sich nicht um Hauszufahrten handelt (Art. 36 Abs. 2 Bst. a BauR).

6.1.2 Das heute vollständig in der Bauzone liegende Grundstück KTN XXX umfasst eine Fläche von 863 m<sup>2</sup>. Bei der darauf liegenden Fahrbahnfläche handelt es sich um die Hauszufahrt zum Haus E-Weg 8. Sie gehört ebenfalls zur anrechenbaren Landfläche. Die Gebäudefläche des Wohnhauses E-Weg 8 beträgt 217 m<sup>2</sup> (vgl. den Grundstücksbescrieb zu KTN XXX im WebGIS des Kantons Schwyz, <https://map.geo.sz.ch>). Die für KTN XXX zulässige Überbauungsziffer von 172.6 m<sup>2</sup> ( $863 \text{ m}^2 \div 100 \times 20$ ) wird damit deutlich überschritten. Der Abstand des Wohnhauses E-Weg 8 zur südlichen Grundstücksgrenze bzw. zu KTN YYY beträgt rund 3.3 m (von Hand aus dem WebGIS SZ herausgemessen) und unterschreitet den minimalen kleinen Grenzabstand von 4 m um rund 70 cm. Die Beschwerdeführerin als Eigentümerin von KTN YYY gibt an, dass sie einer Ungleichverteilung des Grenzabstandes gemäss § 62 PBG nie zugestimmt habe. Bei den beiden Grundstücken KTN YYY und KTN XXX sei keine entsprechende Dienstbarkeit im Grundbuch eingetragen. Damit überschreitet das Wohnhaus E-Weg 8 die Überbauungsziffer und unterschreitet den kleinen Grenzabstand gegenüber KTN YYY, was zwischen den Parteien unbestritten ist.

6.2 Es stellt sich nachfolgend die Frage, ob mit der Aufhebung des Gestaltungsplans Abweichungen bzw. Widersprüche des Wohnhauses E-Weg 8 zum geltenden Recht begründet werden. Denn mit der ersten Voraussetzung von § 24 Abs. 1 PBV für eine Gestaltungsplanaufhebung (Widerspruch zum geltenden Planungs- und Baurecht) soll verhindert werden, dass bestehende Bauten und Anlagen durch die Gestaltungsplanaufhebung ins Unrecht gesetzt werden (Gisler, a.a.O., S. 402). Dabei muss

vorab die Frage geklärt werden, ob für das Gestaltungsplanareal immer noch das im Zeitpunkt des Gestaltungsplanerlasses geltende Baureglement vom 31. Oktober 1974 (aBauR 1974, revidiert am 28. Mai 1978) oder das aktuelle BauR gilt. Die Vorinstanz hat für Bauvorhaben im Gestaltungsplanareal stets die im Erlasszeitpunkt (11. November 1982) geltende Grundordnung, mithin das aBauR 1974, angewendet.

6.3.1 Gemäss der ständigen Praxis im Kanton Schwyz hat eine Änderung der Grundordnung (Zonenplan inkl. Baureglement) nicht automatisch die entsprechende Änderung eines bestehenden Gestaltungsplans und der Sonderbauvorschriften zur Folge. Dadurch könnte die Gesamtkonzeption des Gestaltungsplanes als Sondernutzungsplan infrage gestellt werden. In der Regel ist vielmehr der Gestaltungsplan im gesetzlich vorgesehenen Verfahren anzupassen (vgl. VGE III 2011 185 vom 8. Februar 2012, E. 3.3 mit Hinweisen auf weitere Entscheide; siehe auch Gisler, a.a.O., S. 400 f.). Es gibt keine Anhaltspunkte, weshalb dieser Grundsatz nicht auch bei altrechtlichen Plänen ohne Sonderbauvorschriften gelten soll. Andernfalls könnten gewichtige Änderungen in der kommunalen Grundordnung bei automatischer Anpassung die erforderliche ausgewogene Korrelation zwischen Vorteilen und Abweichungen massiv verändern (EGV-SZ 2012, Nr. B 8.3, E. 3.2).

6.3.2 Seit dem Erlass des Quartiergestaltungsplans E-Weg sind die Baureglemente vom 26. September 1993 (aBauR 1993) und vom 9. Februar 2014 (BauR) in Kraft getreten. Der Gestaltungsplan E-Weg enthält keine Sonderbauvorschriften. Auch in den Plänen ist keine Regelung bezüglich des anwendbaren Rechts (bzw. keine Verweisung auf das im Erlasszeitpunkt geltende oder auf das aktuelle Baureglement) vorhanden. Alleine aus dem Hinweis im Gestaltungsplan, dass das Areal in der «Landhauszone, Ausnützung 0.2» liegt, kann noch keine statische Verweisung auf das im Erlasszeitpunkt geltende aBauR 1974 abgeleitet werden. Denn das Nutzungsmass der Landhauszone war damals bereits in der Zonenbezeichnung enthalten (vgl. Art. 39 Abs. 1 und 2 aBauR 1974).

6.3.3 Der Gestaltungsplan E-Weg macht keine Vorgaben zur Überbauung der sechs Grundstücke KTN ZZZ bis XYZ. Er regelt nur die Aufteilung des Areals in sechs Baugrundstücke und ein Strassengrundstück sowie dessen Erschliessung. Er wird dementsprechend auch "Erschliessungsprojekt" genannt (vgl. den Plan "Situation 1:200" vom 25. Oktober 1982). Er enthält weder Vorteile noch erlaubt er Abweichungen vom damals geltenden aBauR 1974 bzw. von der damaligen Zonenordnung. Bei der Anwendung eines (im Gegensatz zum aBauR 1974) abgeänderten Baureglements für das Gestaltungsplanareal kann demnach kein Missverhältnis

## C 10.2

zwischen Vorteilen und Ausnahmen entstehen und keine Gesamtkonzeption in Frage gestellt werden. Der Gestaltungsplan legt keine eigene (vom geltenden Recht abweichende) Grundordnung fest, welche bei einer künftigen Rechtsänderung bestehen bleiben soll, sondern ist wie gesagt primär ein Erschliessungsprojekt. Entsprechend dieser Grundidee des Gestaltungsplans hätte die Vorinstanz für Bauvorhaben im Gestaltungsplanareals stets das jeweils aktuell gültige Baureglement anwenden sollen. Heute gilt für das Gestaltungsplanareal somit das BauR vom 9. Februar 2014 (BauR) und der aktuell gültige Zonenplan B vom 9. Februar 2014. Eine Gestaltungsaufhebung kann hier zu keinen Widersprüchen zum geltenden Recht führen. Bereits deshalb ist die erste Voraussetzung von § 24 Abs. 1 PBV erfüllt.

6.4 Doch selbst wenn für das Gestaltungsplanareal immer noch das a-BauR 1974 gelten würde, wären die Widersprüche des Wohnhauses E-Weg 8 zum geltenden Recht nicht auf eine Gestaltungsaufhebung zurückzuführen, wie sich nachfolgend ergibt.

6.4.1 Am 9. Juni 1983 bewilligte die Vorinstanz den Bau des Einfamilienhauses E-Weg 8 auf der heutigen Parzelle KTN XXX gestützt auf das damals geltende aBauR 1974. In der L 0.2 galt eine Ausnützungsziffer von 0.2 (vgl. Art. 39 Abs. 2 aBauR 1974). Die Ausnützungsziffer ist die Verhältniszahl zwischen der anrechenbaren Bruttogeschossfläche der Gebäude (aBGF) und der anrechenbaren Landfläche (Art. 17 Abs. 1 aBauR 1974). Das bewilligte Einfamilienhaus wies eine anrechenbare Wohnfläche von 159.61 m<sup>2</sup> auf. Ausgehend von einer anrechenbaren Grundstücksfläche von 820 m<sup>2</sup> in der Bauzone war eine anrechenbare Bruttogeschossfläche von 164 m<sup>2</sup> (820 m<sup>2</sup> x 0.2) zulässig. An der Schlusskontrolle vom 24. Oktober 1985 wurde jedoch festgestellt, dass im Untergeschoss anstelle des Trockenraumes, der Sauna und teilweise des Kellers ein Zimmer (ca. 35 m<sup>2</sup>) und ein WC eingebaut worden ist. Am 12. Dezember 1985 untersagte die Vorinstanz den damaligen Eigentümern von KTN XXX die Nutzung des Zimmers und des WC zu Wohnzwecken, weil dadurch das Grundstück KTN XXX übernutzt werde. Mit Schreiben vom 17. Januar 1986 ersuchte der damalige Eigentümer von KTN XXX die Vorinstanz sinngemäss, dieses verfügte Nutzungsverbot nicht zu vollstrecken. Gemäss den Ausführungen der Beigeladenen Ziff. 3 (heutige Eigentümerin von KTN XXX) wurde bzw. wird das Zimmer und das WC im Untergeschoss bis heute zu Wohnzwecken genutzt. Damit war das Grundstück KTN XXX mit dem Wohnhaus E-Weg 8 bereits im Erstellungszeitpunkt unter dem damals geltenden Recht übernutzt.

6.4.2 Gemäss Art. 39 Abs. 2 aBauR 1974 musste in der L 0.2 ein kleiner Grenzabstand von 4 m eingehalten werden. Das am 9. Juni 1983 bewilligte Einfamilienhaus E-Weg 8 weist gemäss den bewilligten Plänen (vgl. den Plan "Grundrisse, Schnitt, Situation" vom 23. März 1983) gegen Süden einen Grenzabstand von 4 m auf. Der tatsächliche Grenzabstand Richtung Süden beträgt allerdings nur rund 3.3 m. Es ist anzunehmen, dass auch in diesem Punkt von der Baubewilligung abgewichen worden ist. Der Grenzabstand Richtung Süden war bereits im Zeitpunkt der Erstellung des Wohnhauses E-Weg 8 unterschritten.

6.4.3 Somit weicht das bestehende Wohnhaus E-Weg 8 in Bezug auf die Ausnützungsziffer und den Grenzabstand Richtung Süden auch vom aBauR 1974 ab. Ob und in welchem Umfang der Systemwechsel von der Ausnützungsziffer hin zur Überbauungsziffer diese Übernutzung des Grundstückes KTN XXX verschärft oder verringert hat, kann zwar mit den vorhandenen Unterlagen nicht beurteilt, letztlich aber offen gelassen werden. Denn unabhängig davon ist eine Gestaltungsplanaufhebung und eine allfällige damit verbundene Anwendbarkeit des aktuell gültigen BauR nicht die Ursache für die Widersprüche zum geltenden Recht. Vielmehr sind diese Widersprüche (primär) auf die widerrechtliche Bautätigkeit im Zeitpunkt der Erstellung des Wohnhauses E-Weg 8 zurückzuführen. Die erste Voraussetzung von § 24 Abs. 1 PBV, wonach die Gestaltungsplanaufhebung zu keinen Widersprüchen von bereits erstellten Bauten und Anlagen zum geltenden Planungs- und Baurecht führen darf, ist somit erfüllt. Näher zu prüfen bleibt die Frage, ob berechtigtes Vertrauen in den Plan nicht verletzt wird.

6.5.1 Die im Gestaltungsplan vorgesehene Erschliessungsstrasse E-Weg ist realisiert und das Gestaltungsplangebiet in die sechs Parzellen KTN ZZZ bis XYZ und das Strassengrundstück KTN ABC aufgeteilt und überbaut. Der Zweck des Gestaltungsplans, nämlich die Regelung der Erschliessung und Parzellierung, ist erfüllt. Der Gestaltungsplan erlaubt keine Abweichungen vom anwendbaren Recht. Demensprechend führt dessen Aufhebung zu keinen Baurechtswidrigkeiten. Zudem weist der Gestaltungsplan keine Vorteile gegenüber der Regelbauweise auf, welche solche Abweichungen ausgleichen und deshalb erhalten bleiben müssten. Sodann sieht der Gestaltungsplan keine Vorteile zugunsten der Allgemeinheit wie beispielsweise ein öffentliches Wegrecht vor. Zudem kann mit einer Gestaltungsplanaufhebung die für die Grundstücke KTN ZZZ, XXX und XYZ unzweckmässige Gestaltungsplangrenze (Verlauf jeweils durch das Grundstück hindurch) behoben werden. Eine Gestaltungsplanaufhebung dient der Klarheit und der Rechtssicherheit und liegt damit im öffentlichen Interesse.

## C 10.2

6.5.2 Der Gestaltungsplan enthält keine Überbauungsmasse für die sechs Wohnhäuser und ist für die Grundeigentümer der Gestaltungsplangrundstücke (bzw. für die Beschwerdeführerin und die Beigeladenen) insoweit nicht relevant. Die Grundeigentümer der sechs Gestaltungsplangrundstücke KTN ZZZ bis XYZ sind gleichzeitig auch Miteigentümer der Strassenparzelle KTN ABC (E-Weg) und können so den Bestand und den Unterhalt dieser Erschliessungsstrasse sichern. Damit haben sie kein Interesse mehr am Erhalt des Gestaltungsplans. Dies zeigt sich auch daran, dass der Antrag vom 20. Januar 2022 um Aufhebung des Gestaltungsplans E-Weg von der Beschwerdeführerin sowie den Beigeladenen Ziff. 1 – 4 unterzeichnet worden ist. Die Beigeladene Ziff. 5 setzt sich gegen die Gestaltungsplanaufhebung im vorliegenden Beschwerdeverfahren nicht zur Wehr. Die Gestaltungsplangrundeigentümer wollen vielmehr die Möglichkeit haben, von der heute geltenden, für sie in Bezug auf das Nutzungsmass wohl günstigeren Zonenordnung zu profitieren.

6.6 Damit sind weder öffentliche Interessen noch private Interessen der Gestaltungsplangrundeigentümer am Erhalt des Gestaltungsplans E-Weg vorhanden. Die Vorinstanz hätte das Gesuch der Beschwerdeführerin und der Beigeladenen Ziff. 1 – 4 vom 20. Januar 2022 um Aufhebung des Gestaltungsplans nicht mit der Begründung ablehnen dürfen, dass das Wohnhaus auf KTN XXX dem geltenden Recht widerspricht (...).

6.7 Die Vorinstanz wird nun das Gesuch der Beschwerdeführerin und der Beigeladenen Ziff. 1 – 4 vom 20. Januar 2022 um Aufhebung des Gestaltungsplans im Amtsblatt sowie in den örtlichen Publikationsorganen publizieren und während 20 Tagen öffentlich auflegen müssen. Damit gibt sie den Grundeigentümern bzw. Bewohnern von Grundstücken ausserhalb des Gestaltungsplanareals die Möglichkeit, sich gegen die Gestaltungsplanaufhebung mittels Einsprache zur Wehr zu setzen. Sodann muss sie erneut über das Gesuch um Gestaltungsplanaufhebung und gleichzeitig über allfällige Einsprachen entscheiden. Dabei wird sie prüfen müssen, ob berechnete Interessen von Grundeigentümern bzw. Personen ausserhalb des Gestaltungsplanareals an einer Beibehaltung des Gestaltungsplans E-Weg vorhanden sind. Falls solche Interessen einer Gestaltungsplanaufhebung nicht entgegenstehen, so muss sie das Aufhebungsgesuch gutheissen. Die Aufhebung des Gestaltungsplans bedarf sodann einer Genehmigung des Regierungsrates. Die Vorinstanz als Baubewilligungsbehörde ist überdies von Amtes wegen verpflichtet, für die mutmasslich formell rechtswidrigen Bauteile bzw. Nutzungen auf KTN XXX ein nachträgliches Baubewilligungsverfahren einzuleiten (vgl. § 87 Abs. 2 PBG).

(RRB Nr. 409 vom 31. Mai 2023).

---

## 15. Gesundheitswesen

---

### 15.1 Berufsausübungsbewilligung

- *Im Kanton Schwyz bedürfen Ärztinnen und Ärzte, welche selber die Voraussetzungen nach Art. 36 MedBG erfüllen und in privater Praxis tätig sind, immer einer Berufsausübungsbewilligung, unabhängig davon, ob sie ihren Beruf eigenverantwortlich oder unter fachlicher Aufsicht, selbstständig oder unselbstständig ausüben (Erw. 4-4.5).*

*Aus den Erwägungen:*

4. Die Beschwerdeführerin Ziff. 1 beabsichtigt, den Weiterbildungstitel "Fachärztin für Allgemeine innere Medizin" (FA AIM) zu erlangen. Nach ihrer Auffassung ist dies nur möglich, wenn sie als Ärztin unter fachlicher Aufsicht in einer Arztpraxis (als Assistenzärztin) tätig ist. In diesem Sinne hat der Beschwerdeführer Ziff. 2 für die Beschwerdeführerin Ziff. 1 am 29. November 2022 das Gesuch um eine Assistenzbewilligung bei der Vorinstanz eingereicht. Die Vorinstanz hat dieses Gesuch abgewiesen. Die Beschwerdeführer stellen sich auf den Standpunkt, dass die Vorinstanz die Assistenzbewilligung zu Unrecht verweigert habe. Damit verunmögliche die Vorinstanz die Weiterbildungsmöglichkeit der Beschwerdeführerin Ziff. 1. Die Weiterbildung habe zwingend unter fachlicher Aufsicht zu erfolgen, ansonsten die Tätigkeit nicht angerechnet werde. Die Verfügung Nr. 99/2023 vom 5. Mai 2023 sei daher rechtswidrig und aufzuheben.

4.1 Wer einen universitären Medizinalberuf ausübt, muss im Register nach Art. 51 eingetragen sein und über die notwendigen Sprachkenntnisse für die jeweilige Berufsausübung verfügen (Art. 33a Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 23. Juni 2006 über die universitären Medizinalberufe [MedBG, SR 811.11]). Als universitäre Medizinalberufe gelten insbesondere Ärztinnen und Ärzte (Art. 2 Abs. 1 Bst. a MedBG). Für die Ausübung eines universitären Medizinalberufes in eigener fachlicher Verantwortung bedarf es ausserdem einer Bewilligung des Kantons, auf dessen Gebiet der Medizinalberuf ausgeübt wird (Art. 34 Abs. 1 MedBG). Die Bewilligung zur Berufsausübung in eigener fachlicher Verantwortung wird erteilt, wenn die Gesuchstellerin oder der Gesuchsteller ein entsprechendes eidgenössisches Diplom besitzt, vertrauenswürdig ist sowie physisch und psychisch Gewähr für eine einwandfreie Berufsausübung bietet und über die notwendigen Kenntnisse einer Amtssprache des Kantons, für welchen die Bewilligung beantragt wird, verfügt (Art. 36 Abs. 1 MedBG). Wer den Arzt-, den

## C 15.1

Chiropraktoren- oder den Apothekerberuf in eigener fachlicher Verantwortung ausüben will, braucht zusätzlich einen eidgenössischen Weiterbildungstitel (Art. 36 Abs. 2 MedBG). Gemäss Art. 41 Abs. 1 MedBG obliegt die Aufsicht über Personen, die einen universitären Medizinalberuf in eigener fachlicher Verantwortung ausüben, den Kantonen. Im Kanton Schwyz obliegt diese Aufsicht dem Departement des Innern (§ 6 des Gesundheitsgesetzes vom 16. Oktober 2002 [GesG, SRSZ 571.110]). Die Vorinstanz vollzieht die Gesetzgebung auf dem Gebiet des Gesundheitswesens (§ 6 Abs. 2 GesG i. V. m. § 2 der Gesundheitsverordnung vom 23. Dezember 2003 [GesV, SRSZ 571.111]).

4.2 Das MedBG stützt sich nebst Art. 117a Abs. 2 Bst. a der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101) auf Art. 95 Abs. 1 BV, welcher dem Bund eine umfassende Gesetzgebungskompetenz mit nachträglich derogatorischer Wirkung in Bezug auf die Ausübung privatwirtschaftlicher Erwerbstätigkeit einräumt (Felix Uhlmann, in: Ariane Ayer/Ueli Kieser/Tomas Poledna/Dominique Sprumont [Hrsg.], Medizinalberufegesetz (MedBG), Kommentar, Basel 2009, Verfassungsrechtliche Grundlagen, N 1 und 3). Dies bedeutet, dass die Kantone für die Gesetzgebung zuständig bleiben, solange der Bund von seiner Kompetenz keinen Gebrauch gemacht hat. Der Bund nutzte die Gesetzgebungskompetenz bei Einführung des MedBG nur teilweise, indem er lediglich die selbständige Berufsausübung der Medizinalpersonen regelte (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2C\_236/2020 vom 28. August 2020, E. 3.3.2 mit weiteren Hinweisen). Die Regelung der unselbständigen Erwerbstätigkeit spezifischer Medizinalpersonen blieb den Kantonen überlassen. Es war deshalb Sache der Kantone, eine Berufsausübungsbeurteilung für solche Personen weiterzuführen, einzuführen oder darauf zu verzichten (Jean-François Dumoulin, Kommentar MedBG, Art. 34 N 5). Bezüglich der Abgrenzung der selbständigen von der unselbständigen Berufsausübung stellte der Gesetzgeber auf die sozialversicherungs- und steuerrechtlichen Begriffe bzw. Abgrenzungskriterien ab (Botschaft zum MedBG, BBI 2005 224 f.; Ueli Kieser, Kommentar MedBG, Art. 1 N 23). Letzteres hat zu Kritik geführt, was den Gesetzgeber dazu bewogen hat, in einer Gesetzesrevision im Jahr 2015 den Begriff "selbständige (Berufs-) Ausübung" im gesamten MedBG durch den Begriff "privatwirtschaftliche Berufsausübung in eigener fachlicher Verantwortung" zu ersetzen. Um auch leitende Ärzte im öffentlichen Dienst zu erfassen, wurden in einer weiteren Revision des MedBG der Begriff "privatwirtschaftlich" sowie der Vorbehalt von Art. 34 Abs. 2 MedBG betreffend den öffentlichen Dienst gestrichen (Botschaft vom 18. November 2015 zum Bundesgesetz über die Gesundheitsberufe, BBI 2015 8715 ff.). Damit werden in jedem Fall diejenigen Personen, welche einen universitären Medizinalberuf ausüben,

ohne dass sie der (fachlichen) Aufsicht einer anderen universitären Medizinalperson unterstehen, vom MedBG erfasst, auch wenn erstere angestellt sind (Botschaft MedBG 2013, BBl 2013 6213). Die Kantone verfügen nach wie vor über die Kompetenz, die Berufsausübung der universitären Medizinalberufe zu regeln, sofern diese nicht fachlich eigenverantwortlich erfolgt (vgl. Urteil des BGer 2C\_236/2020 vom 28. August 2020, E. 3.3.2 mit Hinweisen).

4.3 Von Bundesrechts wegen bewilligungspflichtig ist daher insbesondere die Tätigkeit als Arzt oder Ärztin in eigener fachlicher Verantwortung. Die Tätigkeit als Arzt oder Ärztin unter der fachlichen Aufsicht einer anderen Medizinalperson ist hingegen nach Art. 34 MedBG nicht bewilligungspflichtig, es sei denn, der entsprechende Kanton behält sich diesbezüglich eine Bewilligung vor. Gemäss § 18 Abs. 1 GesG bedarf einer Bewilligung der Vorinstanz:

- a) wer in eigener fachlicher Verantwortung Krankheiten, Verletzungen und andere Störungen der körperlichen und seelischen Gesundheit an Menschen nach den Erkenntnissen der anerkannten Wissenschaften oder im Rahmen der wissenschaftlichen Forschung feststellt oder behandelt;
- b) wer die Geburtshilfe ausübt;
- c) wer sich als Leistungserbringer in einem Beruf betätigt, der in der Gesetzgebung über die Krankenversicherung vorgesehen ist.

Keiner Bewilligung bedürfen gemäss § 20 GesG:

- a) Fachpersonen, die in anderen Kantonen zur selbstständigen Berufsausübung zugelassen sind, für eine berufliche Besuchstätigkeit im Kanton Schwyz oder wenn sie in besonderen Einzelfällen von der behandelnden Fachperson im Kanton Schwyz zugezogen werden;
- b) Personen, die entsprechend fachlich ausgebildet sind und unter Aufsicht und Verantwortung einer Fachperson mit der entsprechenden Bewilligung stehen. Ausgenommen davon sind Ärztinnen und Ärzte sowie Zahnärztinnen und Zahnärzte, welche in privater Praxis tätig sind und die Voraussetzungen gemäss Art. 36 des Medizinalberufegesetzes erfüllen.

Gemäss § 33 Abs. 1 GesV bedarf die unselbstständige Berufsausübung der bewilligungspflichtigen Berufe keiner Bewilligung. Unselbstständige Fachpersonen arbeiten im Namen und auf Rechnung der zur selbstständigen Berufsausübung zugelassenen Fachperson. Vorbehalten bleibt § 20 Bst. b GesG.

## C 15.1

4.4 Die Ausübung eines "Gesundheitsberufes" unter fachlicher Aufsicht ist im Kanton Schwyz somit grundsätzlich nicht bewilligungspflichtig (§ 20 Bst. b Satz 1 GesG; § 33 Abs. 1 Satz 1 GesV). Von dieser Ausnahme nicht betroffen und entsprechend bewilligungspflichtig sind hingegen insbesondere Ärztinnen und Ärzte, die in privater Praxis tätig sind und die Voraussetzungen nach Art. 36 MedBG erfüllen (§ 20 Bst. b Satz 2 GesG; § 33 Abs. 1 Satz 2 GesV). Einer Bewilligung zur ärztlichen Tätigkeit bedürfen namentlich die Ärzte in privater Praxis, die Chefärzte, Co-Chefärzte, Leitende Ärzte sowie Konsiliar- und Belegärzte der öffentlichen und privaten Spitäler und der ambulanten Dienste (§ 14 Abs. 3 Bst. a und b GesV). Dies bedeutet, dass Ärztinnen und Ärzte, welche selber die Voraussetzungen nach Art. 36 MedBG erfüllen und in einer privaten Praxis tätig sind, immer der Bewilligungspflicht unterliegen, unabhängig davon, ob sie ihren Beruf eigenverantwortlich oder unter fachlicher Aufsicht, selbständig oder unselbständig ausüben. Die kantonale Gesetzgebung kennt die Unterscheidung zwischen eigentlicher Berufsausübungsbewilligung (in eigener fachlicher Verantwortung) und der sog. Assistenzbewilligung nicht. Dies ist grundsätzlich auch nicht näher von Bedeutung. Aufgrund des Wortlaufes von § 18 Abs. 1 Bst. a GesG und § 14 Abs. 2 GesV ist davon auszugehen, dass es sich immer um eine sog. Berufsausübungsbewilligung (d. h. einer Bewilligung zur Ausübung des Medizinalberufes in eigener fachlicher Verantwortung) handelt, da die nicht eigenverantwortliche Tätigkeit resp. die Ausübung des Berufs unter fachlicher Aufsicht im Grunde gar nicht bewilligungspflichtig ist. Eine separate Bewilligung für die Tätigkeit als Assistenzarzt bzw. -ärztin (sog. Assistenzbewilligung), wie sie andere Kantone kennen (z. B. Zürich), gibt es im Kanton Schwyz nicht (mehr). Dass die Vorinstanz den Beschwerdeführern mit Verfügung Nr. 99/2023 vom 5. Mai 2023 die "Assistenzbewilligung" verweigert hat, ist insoweit nicht zu beanstanden.

4.5 Es ist vorliegend unbestritten, dass die Beschwerdeführerin Ziff. 1 aufgrund ihrer bisherigen Aus- und Weiterbildung die Voraussetzungen von Art. 36 Abs. 1 und 2 MedBG erfüllt. Die Beschwerdeführerin Ziff. 1 möchte in der privaten Arztpraxis des Beschwerdeführers Ziff. 2 (Arztelch XY) als Ärztin tätig sein. Sie wird somit von § 20 Bst. b Satz 2 GesG erfasst und bedarf deshalb einer eigenen (Berufsausübungs-)Bewilligung. Die Bewilligung wird nach § 22 Abs. 1 GesG erteilt, wenn die Fachperson:

- a) einen nach Staatsvertrag, Bundesrecht, interkantonalem oder kantonalem Recht anerkannten Fähigkeitsausweis besitzt;
- b) über die erforderliche praktische Erfahrung verfügt;
- c) handlungsfähig ist und einen unbescholtenen Leumund genießt;
- d) nicht an einer Krankheit leidet, die mit der beruflichen Tätigkeit unvereinbar ist.

---

## Sachregister

---

(Die Zahlenangaben beziehen sich auf die Entscheid-Nummern)

### A

|  |        |
|--|--------|
| Abstand  |        |
| - siehe Planungs- und Baurecht                                     |        |
| Abschiebungsverbot   | C 7.2  |
| Akteneinsicht  |        |
| - Anspruch nach Rückzug eines Baugesuches                          | B 1.4  |
| Angehörige   | A 5.5  |
| Antrag   | A 5.6  |
| Anwaltsrecht   |        |
| - siehe Bildung  |        |
| Arbeitsrecht   |        |
| - missbräuchliche Kündigung und Kündigungsfreiheit                 | A 2.1  |
| Arbeitsvergabe   |        |
| - Bewertung Preiskriterium   | B 11.1 |
| - Zeitpunkt der Festsetzung und Bekanntgabe<br>des Preiskriteriums | B 11.1 |

### B

|  |        |
|--|--------|
| Behindertengleichstellungsgesetz                 |        |
| - siehe Planungs- und Baurecht                   |        |
| Berufungserklärung                               | A 5.6  |
| Berufsausübungsbewilligung                       | C 15.1 |
| Beschwerdelegitimation                           |        |
| - eines Schulträgers                             | B 1.1  |
| Besuchsrecht                                     |        |
| - Kosten der Ausübung des                        | C 7.3  |
| Bildung  |        |
| - Disziplinarischer Schulausschluss              | C 8.3  |
| - Erlass eines Anwaltspraktikums                 | B 10.2 |
| - Verweigerung einer definitiven Lehrbewilligung | B 10.1 |
| - Anspruch auf eine Lehrbewilligung              | C 8.1  |
| - unbewilligtes Fernbleiben vom Unterricht       | C 8.2  |
| Beweiswert                                       |        |
| - eines ENHK-Gutachtens                          | B 8.2  |

## E

|  |       |       |
|--|-------|-------|
| Ehrverletzung  | A 5.1 | A 5.2 |
| Einzelrichter  |       |       |
| - Zuständigkeit  |       | A 1.1 |
| ENHK-Gutachten   |       |       |
| - Beweiswert   |       | B 8.2 |
| Entscheid  |       |       |
| - prozessleitender                                     |       | A 3.2 |
| Ergänzungsleistungen                                   |       |       |
| - Rückerstattung unrechtmässig bezogener Leistungen    |       | B 2.1 |
| - Verjährung der Rückforderung bei strafbarer Handlung |       | B 2.1 |

## F

|                             |  |       |
|-----------------------------|--|-------|
| Firmenrecht                 |  |       |
| - Name                      |  | A 2.2 |
| Formvorschriften            |  |       |
| - siehe Rechtsmitteleingabe |  |       |

## G

|  |  |       |
|--|--|-------|
| Gemeindeversammlung  |  |       |
| - Abstimmungsmodalitäten bei Rückweisungs- und Verschiebungsanträgen |  | B 7.3 |
| - Beratung des Voranschlags  |  | B 7.1 |
| - Urnenabstimmung  |  | B 7.4 |
| - Zulässigkeit von Anträgen auf Rückweisung und Verschiebung         |  | B 7.2 |
| Geschäftsbesorgung   |  |       |
| - ungetreue  |  | A 4.2 |
| Gewässerraum   |  |       |
| - siehe Planungs- und Baurecht                                       |  |       |
| Gewässerschutz   |  |       |
| - Bauten im Gewässerschutzbereich                                    |  | B 8.5 |
| Geschwindigkeitsüberschreitung                                       |  | A 4.3 |
| Groberschliessungsstrassen   |  | C 2.4 |
| Gutachten  |  |       |
| - Verlegung der Kosten eines Gutachtens                              |  | B 1.5 |

## H

Hauptverhandlung

- Verzicht

A 4.3

Heimkosten

C 7.5

## J

Justizgesetz

- Kompetenz des Einzelrichters

A 1.1

## K

Kausalzusammenhang

A 2.1

Kindertagesstätte

- Zonenkonformität

C 2.2

Kosten

- siehe Gutachten

Kündigungsfreiheit

A 2.1

## M

Mietstreitigkeit

A 1.1

## N

Nachteil

- nicht wiedergutzumachender

A 3.2

## O

Ordnungsbusse

C 8.2

## P

Partei

- Angehörige

A 5.5

Planungs- und Baurecht

- Abstand zur Zonengrenze

C 2.3

- Aufbauten auf Attikageschossen

B 8.5

- Aufhebung eines Gestaltungsplans

C 10.2

|   |       |        |
|---|-------|--------|
| - Auszonung einer Intensiverholungszone       |       | B 8.1  |
| - Bauten und Anlagen im Gewässerraum          |       | B 8.3  |
| - Bestandesgarantie                           |       | C 2.5  |
| - Behindertengerechtes Bauen                  |       | B 8.2  |
| - Einordnungsgebot                            |       | C 2.6  |
| - Gebäudehöhe                                 |       | B 8.4  |
| - Geschosszahl                                |       | B 8.5  |
| - Gestaffelte Bauten                          |       | B 8.4  |
| - Gewässerraum                                | C 2.1 | C 2.5  |
| - Groberschliessungsstrasse                   |       | C 2.4  |
| - Grundwasserschutz                           |       | C 2.1  |
| - Sanierung einer Tankstelle                  |       | C 3.1  |
| - Schutzzonenplan                             |       | C 10.1 |
| - Verhältnismässigkeit von Rückbauanordnungen |       | B 8.3  |
| - Zonenkonformität einer Kindertagesstätte    |       | C 2.2  |
| Politische Rechte                             |       |        |
| - siehe Gemeindeversammlung                   |       |        |
| Publikum                                      |       |        |
| - allgemeines                                 |       | A 2.2  |

## R

|  |  |        |
|--|--|--------|
| Raumplanung                                  |  | C 10.1 |
| Rechtsmittel                                 |  |        |
| - Anfechtbarkeit prozessleitender Entscheide |  | A 3.2  |
| - Anforderungen an die Anträge               |  | A 5.6  |
| - Anforderungen an die Beschwerdebegründung  |  | A 6.1  |
| - Angehörige                                 |  | A 5.5  |
| - Berufung, Abänderungsanträge               |  | A 5.6  |
| - Berufungskläger                            |  | A 5.6  |
| - Nachteil, nicht wiedergutzumachender       |  | A 3.2  |
| - Parteistellung, Angehörige                 |  | A 5.5  |
| Rechtsmitteleingabe                          |  |        |
| - per E-Mail                                 |  | B 1.3  |
| Retrozession                                 |  | A 4.2  |

## S

|                                     |  |       |
|-------------------------------------|--|-------|
| Sanierung                           |  |       |
| - umweltrechtliche                  |  | C 3.1 |
| Schuldbetreibungs- und Konkursrecht |  |       |

|  |       |       |
|--|-------|-------|
| - Rechtsöffnung, definitive                        |       | A 6.1 |
| Schulrecht   |       |       |
| - siehe Bildung                                    |       |       |
| Strafantrag  |       |       |
| - Protokollierung                                  |       | A 4.1 |
| Strafprozessrecht                                  |       |       |
| - Antragsrecht einer minderjährigen Urteilsfähigen |       | A 4.1 |
| - Berufung, Abänderungsanträge                     |       | A 5.6 |
| - Einstellung                                      | A 5.1 | A 5.2 |
| - örtliche Zuständigkeit                           |       | A 5.3 |
| - Unmittelbarkeitsprinzip                          |       | A 5.4 |
| Strafrecht   |       |       |
| - Ehrverletzung                                    | A 5.1 | A 5.2 |
| - Geschäftsbesorgung, ungetreue                    |       | A 4.2 |
| - Strafantrag                                      |       | A 4.1 |
| Strassenverkehrsrecht                              |       |       |
| - grobe Verkehrsregelverletzung                    |       | A 4.3 |
| Submission (siehe Arbeitsvergabe)                  |       |       |

## U

|                             |  |       |
|-----------------------------|--|-------|
| Umweltschutz                |  | C 3.1 |
| Unmittelbarkeitsprinzip     |  | A 5.4 |
| Unterstützungswohnsitz      |  | C 7.2 |
| Urnenabstimmung             |  |       |
| - siehe Gemeindeversammlung |  |       |

## V

|                                |  |       |
|--------------------------------|--|-------|
| Verkehrsregelverletzung, grobe |  | A 4.3 |
| Verpflegungspauschale          |  | C 7.4 |
| Versicherungsprämien           |  | C 7.1 |
| Verwechslungsgefahr            |  | A 2.2 |

## Z

|  |  |       |
|--|--|-------|
| Zivilprozessrecht                            |  |       |
| - Anfechtbarkeit prozessleitender Entscheide |  | A 3.2 |
| - Hauptverhandlung, Verzicht                 |  | A 3.1 |
| Zivilrecht                                   |  |       |
| - Arbeitsrecht, missbräuchliche Kündigung    |  | A 2.1 |

|                                       |       |
|---------------------------------------|-------|
| - Firmenrecht, Name                   | A 2.2 |
| Zonenkonformität                      |       |
| - siehe Planungs- und Baurecht        |       |
| Zuständigkeit                         |       |
| - örtliche                            | A 5.3 |
| - sachliche                           | A 1.1 |
| - zum Entscheid über ein Finanzgesuch | B 1.2 |



