



Entscheide

der Gerichts- und  
Verwaltungsbehörden  
des Kantons Schwyz

EGV-SZ 2003

# INHALTSVERZEICHNIS

## A. ZIVIL- UND STRAFGERICHTE

1. Gerichtsordnung	–
2. Zivilrecht	2.1-2.3
3. Zivilprozessrecht	3.1-3.4
4. Strafrecht	4.1-4.6
5. Strafprozessrecht	5.1-5.5
6. Schuldbetreibungs- und Konkursrecht	6.1-6.8
7. Beurkundung und Beglaubigung	7.1
8. Anwaltsrecht	–
9. Verschiedenes	9.1

## B. VERWALTUNGSGERICHT

1. Verfahren	1.1-1.9
2. Alters- und Hinterlassenenversicherung / Invalidenversicherung / Ergänzungsleistungen	–
3. Arbeitslosenversicherung / Berufliche Vorsorge / Kranken- und Unfallversicherung	3.1
4. Kantonales Steuergesetz / direkte Bundessteuer / Handänderungssteuer	–
5. Kausalabgaben	5.1-5.3
6. Flurgenossenschaft / Wuhrkorporation	–
7. Bezirke und Gemeinden / politische Rechte	7.1-7.2
8. Planungs- und Baurecht / Natur-, Landschafts- und Heimatschutz	8.1-8.9
9. Enteignungsrecht	–
10. Schule, Gastgewerbe, Gesundheit, Jagd / Fischerei, Landwirtschaft	10.1
11. Arbeitsvergebung (Submission)	siehe 1.1-1.4
12. Strassenverkehrsrecht	12.1
13. Sozialhilfe	–
14. Staatshaftung	–
15. Ausländerrecht	15.1
16. ZGB und EG ZGB	16.1-16.3
17. Vollstreckungsrecht / Vollzug von Strafen und Massnahmen	17.1
18. Verschiedenes	

## C. REGIERUNGSRAT

Gemeindewesen	1.1
Baurecht	2.1-2.5
Umweltschutz	3.1
Abgaben	–
Zivilrecht	5.1-5.2
Vormundschaftsrecht	–
Sozialwesen	–
Erziehungswesen	8.1
Strassenwesen	–
Raumplanung	–
Forst- und Jagdpolizei	11.1
Landwirtschaft	–
Wasserbau	–
Arbeitsvergebung	14.1-14.2
Gesundheitswesen	–
Verwaltungsverfahren	–
Verkehrs- und Polizeiwesen	17.1-17.2
Ausländerrecht	–
Verschiedenes	–

## D. AUFSÄTZE

Seite 250

Zweitinstanzliches Novenrecht und neue Anträge in Ehesachen, von Dr. Alice Reichmuth Pfammatter, Vizepräsidentin des Kantonsgerichts Schwyz

Die Haftbeschwerde im schwyzerischen Strafprozess, von Dr. Martin Ziegler, Präsident des Kantonsgerichts Schwyz

## SACHREGISTER

Seite 254

Die Entscheide der Gerichts- und Verwaltungsbehörden des Kantons Schwyz werden wiederum nach einem feststehenden Raster publiziert. Dieser Einteilung folgen nicht nur die in der Buchform veröffentlichten Entscheidungen, sondern ebenfalls die im Laufe des Jahres auf der Homepage des Kantons Schwyz und des Kantonsgerichts aufgeschalteten Entscheide ([www.sz.ch](http://www.sz.ch), Rubrik: Entscheide bzw. [www.kgsz.ch/rechtsprechung](http://www.kgsz.ch/rechtsprechung)). Dadurch soll ermöglicht werden, dass im Internet aufgeschalteten Entscheide gleich zitiert werden können wie jene später in der Buchform erscheinenden (z.B. Entscheid des Verwaltungsgerichtes, VGE 1032/03 vom 6. August 2003, EGV-SZ 2003, B 1.4). Die im Internet laufend aufgeschalteten Entscheidungen werden inhaltlich unverändert in das Sammelbändchen aufgenommen. Der Band als Gesamter wird schliesslich wiederum auf der Homepage des Kantons Schwyz einsehbar sein. Die steuerrechtlichen Entscheide des Verwaltungsgerichtes werden weiterhin mehrheitlich in der «Steuerpraxis des Kantons Schwyz», Zeitschrift für schwyzerisches Bundessteuerrecht, veröffentlicht.

## A. ZIVIL- UND STRAFGERICHTE

---

### 2. Zivilrecht

#### 2.1 Vaterschaftsanfechtung

- *Wichtige Gründe für die nachträgliche Vaterschaftsanfechtung (Erw. 3).*
- *Rolle des Kindesbeistands (Erw. 4).*
- *Vereinbarkeit der Anfechtungsverwirkung mit der EMRK? (Erw. 5).*

*Aus den Erwägungen:*

2. Dass der Kläger nicht der Vater des beklagten Kindes sein kann (Art. 254 ZGB), ist aufgrund der vorliegenden DNA-Analyse nicht streitig, sondern nur, ob der Kläger die Anfechtungsklage rechtzeitig erhoben hat.

Nach Art. 256c Abs. 1 ZGB hat der (geschiedene) Ehemann die Klage binnen Jahresfrist einzureichen, seitdem er die Geburt und die Tatsache erfahren hat, dass er nicht der Vater ist oder dass ein Dritter der Mutter um die Zeit der Empfängnis beigewohnt hat, in jedem Fall aber vor Ablauf von fünf Jahren seit der Geburt.

3. A. ist am 28. August 1993 geboren. Im Zeitpunkt der Klageeinreichung am 18. Februar 2000 war die absolute Frist von fünf Jahren bereits abgelaufen. Die Anfechtung kann demnach nur zugelassen werden, wenn die Verspätung mit wichtigen Gründen entschuldigt wird (Art. 256c Abs. 3 ZGB).

a) ...

b) Der Kläger muss dartun, wann und wie er von der Tatsache erfahren hat, dass er nicht der Vater des Kindes ist oder dass ein Dritter seiner Frau beigewohnt hat. Die Frist beginnt erst zu laufen, wenn er über sichere Tatbestandselemente verfügt, die ihm erlauben, die Klage zu erheben. Dagegen obliegt es den Beklagten zu beweisen, dass die Klagefrist nicht eingehalten worden ist (Pra 84 Nr. 224 = BGE 119 II 110 ff. unter Hinweis auf BK Hegnauer, N 29 zu Art. 256 ZGB). Die relative Frist läuft aber bereits, sobald der Kläger erfährt, dass ein Dritter seiner Frau zur Empfängniszeit beigewohnt hat, wobei Kenntnis der Person nicht erforderlich ist.

c) Beim Entscheid über die Zulassung einer verspäteten Klage und damit einer Wiederherstellung der absoluten Frist sind alle erheblichen Umstände des Einzelfalles zu berücksichtigen. Die Verspätung muss «mit wichtigen Gründen» entschuldigt werden.

## A. 2.1

Zwar bildet nach Auffassung des Kommentators Hegnauer das Fehlen zureichender Veranlassung zu Zweifeln (an der Vaterschaft) für sich allein keinen wichtigen Grund. Ein solcher ist aber etwa anzunehmen, wenn der Ehemann während der Fünfjahresfrist durch Vorspiegelung falscher Tatsachen an der Entdeckung seiner Nichtvaterschaft oder der Beiwohnung eines Dritten gehindert worden ist (BK Hegnauer, N 56 f. zu Art. 256c ZGB). Rücksicht zu nehmen ist auch auf die Interessenlage der Parteien, insbesondere des Kindes (BK Hegnauer, N 50 und 61 zu Art. 256c ZGB).

Das Gesetz verweist mit der Formulierung «wichtiger Grund» auf Art. 4 ZGB, wonach der Richter seinen Entscheid «nach Recht und Billigkeit» zu treffen hat.

Bei der Fällung eines Billigkeitsentscheides gemäss Art. 4 ZGB hat der Richter alle objektiven Umstände des Einzelfalles zu würdigen, er geht also kasuistisch vor. ...

d) Die Vorinstanz hat sich ausführlich mit dem streitigen Sachverhalt und der Frage der Kenntnis der Beklagten von der Nichtvaterschaft des Klägers auseinandergesetzt.

Den Ausführungen der Vorinstanz ist beizupflichten, wenn sie festhält, dass der Kläger bis Dezember 1999 an seine Vaterschaft glaubte und vorher nicht auf Gegenteiliges schliessen musste. Er glaubte der Vater von A. zu sein, weil er zur Zeit der Empfängnis seiner damaligen Freundin während gemeinsamer Ferien ... beigewohnt hatte. Er wusste gemäss den eigenen Aussagen der Beklagten nichts davon, dass diese mit F. vor der Geburt von A. eine intime Beziehung unterhielt und musste auch keine Veranlassung haben, an der Treue seiner Freundin zu zweifeln. Weiterhin ist mit der Vorinstanz auszuführen, dass die Beklagte nicht ohne weiteres davon ausgehen konnte, dass der Kläger der Vater des Kindes sei. ...

Wie bereits erwähnt, obliegt es der Beklagten zu beweisen, dass die Klagfrist nicht eingehalten worden ist (Pra 84 Nr. 224 = BGE 119 II 110 ff., unter Hinweis auf BK Hegnauer, N 29 zu Art. 256 ZGB). Nach Ansicht der Vorinstanz sowie dieses Gerichts erscheint es nach Durchsicht aller Akten nicht glaubwürdig, wenn die Beklagte behauptet, keinerlei Zweifel an der Vaterschaft des Klägers gehabt zu haben. Geht das Gericht aber davon aus, dass sie um die eventuelle Nichtvaterschaft des Klägers wusste, so hat sie den Kläger über die wahren Tatsachen im Unklaren gelassen und ihm letztlich die falsche Tatsache seiner Vaterschaft vorgespielt. ...

4. Es sei noch ein Hinweis auf das Vorgehen des Kindesbeistandes beigefügt, welcher entgegen der klaren Anweisung der ihn beauftragenden Vormundschaftsbehörde schon im erstinstanzlichen Verfahren beantragt hatte, die Klage abzuweisen. Inwieweit das Gericht auf einen solchen im Widerspruch zum Beschluss der Vormundschaftsbehörde gestellten Antrag abstellen kann, kann offen bleiben. Auf jeden Fall hätte eine Anfechtung der Vaterschaft durch das Kind, wie von der Vormundschaftsbehörde vorgesehen,

nicht der absoluten Frist von fünf Jahren unterlegen, womit sich die Frage nach dem Vorliegen eines wichtigen Grundes erübrigt hätte.

5. Grundsätzlich würde sich noch die Frage stellen, inwieweit die absolute Verwirkungsfrist von fünf Jahren nach Art. 256c Abs. 1 ZGB mit Art. 8 EMRK vereinbar ist.

Art. 8 EMRK garantiert jedermann das Recht auf Familienleben. Der Begriff des Familienlebens ist als autonomer Begriff unabhängig von den nationalen Rechten auszulegen. Der Schutz des Familienlebens beschränkt sich nicht auf das rechtliche Familienleben, sondern bezieht sich vor allem unter Anwendung des Art. 6 EMRK, der eine verfahrensrechtliche Garantie auf Zugang zu den Gerichten zur Feststellung der bürgerlichen Rechte und Pflichten beinhaltet, auch auf das faktische Familienleben. Unter dem Begriff des Familienlebens sind nicht nur die Beziehungen zwischen verheirateten oder unverheirateten Eltern, die in einem familienrechtlichen Verhältnis zu ihren Kindern stehen, zu verstehen. Auch der biologische Vater kann in bestimmten Fällen ein Familienleben im Sinne der Konvention in Anspruch nehmen und sich auf Art. 6, ausnahmsweise auf Art. 8 EMRK berufen (Pinters in: Die Reform des belgischen Kindschaftsrechts aus vergleichender Sicht, FamRZ 1997, 457-464, mit Anm. zum EGMR-Entscheid vom 24. Februar 1995, McMichael gegen Vereinigtes Königreich).

In der Entscheidung des EGMR im Fall Kroon gegen die Niederlande (Entscheidung vom 27. Oktober 1994) wurde die Verbindung des biologischen Erzeugers zu seinem Kind auch dann dem Schutz von Art. 8 EMRK unterstellt, wenn das Kind aufgrund der Ehelichkeitsvermutung juristisch einem anderen Mann zugeordnet war. In diesem speziellen Fall war es jedoch so, dass der «juristische Vater» offensichtlich kein Interesse an dem Kind hatte und auch die Ehe mit der Kindesmutter nur noch auf dem Papier bestand (dies unterscheidet ihn grundsätzlich von dem Fall Nylynd gegen Finnland [Entscheidung des EGMR vom 26.6.1999], welcher nicht als Durchbrechung der Rechtsprechung im Fall Kroon gegen die Niederlande verstanden werden kann). Auf jeden Fall wurde nicht grundsätzlich jedes Interesse des biologischen Vaters an der Zuordnung des Kindes bejaht und es wurde offen gehalten, ob eine Klage unberechtigt ist, wenn die Ehe der Kindesmutter intakt ist. Im Fall Kroon gegen die Niederlande handelte es sich zwar um eine Anerkennungsklage, woraus sich aber der Umkehrschluss entnehmen lässt, dass dem biologischen Vater die Vaterschaft nur zugesprochen werden kann, wenn der Ehemann der Mutter seinerseits aus seiner - durch die «pater est quem nuptias demonstrant» Regelung erlangten - Vaterschaft verdrängt wird.

Im vorliegenden Fall ist die Ehe nicht mehr intakt, so dass zumindest ein Klageanspruch des biologischen Vaters auf Anfechtung der Vaterschaft des Klägers nach dem oben genannten Urteil als zulässig erscheint. Wenn aber der nach Schweizer Recht zur Anfechtung nicht berechtigte biologische Vater unter Berufung auf Art. 8 EMRK seine Vaterschaft gerichtlich feststellen und damit schlussendlich die Vaterschaft des Ehemanns der Mutter doch anfechten kann, muss der Kläger (Ehemann der Mutter), welcher nach geltendem

## A. 2.2

Schweizer Recht noch als Vater des Beklagten gilt, gleichwohl dieselben Möglichkeiten zur Beseitigung seiner vermeintlichen Vaterschaft haben. Käme man somit zu dem Schluss, dass gegenüber dem biologischen Vater die absolute Frist des Art. 256c Abs. 1 ZGB keine Anwendung findet, müsste dies dazu führen, dass dieser Ausschluss der Frist auch gegenüber dem Kläger anzuwenden wäre.

Letztendlich hat der EGMR in der Entscheidung Kroon gegen die Niederlande jedoch offengelassen, ob überhaupt und - wenn ja - an welche Fristen der biologische Vater gebunden ist, wenn er die Anerkennung seiner Vaterschaft gerichtlich durchsetzen möchte. Ob die fünfjährige Frist aus Art. 256c Abs. 1 ZGB im vorliegenden Fall mit der EMRK vereinbar ist, bedarf in casu keiner abschliessenden Entscheidung, da durch die Annahme eines wichtigen Grundes die Frist gewahrt und die Anfechtungsklage des Klägers zu Recht durch die Vorinstanz zugelassen wurde.

(Urteil vom 28. Juli 2003; KG 427/01 ZK; vgl. zum Thema BGE 5C.130/2003 in FamPra.ch 1/2004 Nr. 16 mit Bemerkungen von Andrea Buechler).

## 2.2 Haftpflicht aus Gesetz und Vertrag

- *Keine Haftung nach Eisenbahnhaftpflichtgesetz für Sommerrodelbahn (Erw. 2).*
- *Gesetzliche und vertragliche Haftungsgrundlagen bei Auffahrunfällen, zumutbare Vorsichts- und Schutzmassnahmen nach Gefahrensatz (Erw. 3 und 4).*
- *Rechtsfolgen eines unzureichenden Beweissicherungskonzepts nach einem Unfall (Erw. 5 und 6).*

*Aus den Erwägungen:*

1. Im vorliegenden Prozess nicht strittig ist, dass die Klägerin auf der Rodelbahn der Beklagten bei der Kollision im September 1996 Körperverletzungen erlitten hat. Die Beklagte bestreitet dafür verantwortlich zu sein und für die Unfallfolgen zu haften. Die Klägerin stützt ihre Forderung auf mehrere Haftungsgründe ab. Sie macht geltend, dass die Beklagte infolge Vertragsverletzung (Beförderungsvertrag) für den entstandenen Schaden aufzukommen habe. Weiters beruft sie sich auf die ausservertraglichen Haftungsgründe der Verschuldenshaftung nach Art. 41 OR sowie der Kausalhaftung (Haftung des Geschäftsherrn, Art 55 OR, und Werkeigentümershaftung, Art. 58 OR). Daneben macht sie geltend, die Beklagte unterliege auch der strengen Eisenbahn-Betriebshaftung (Bundesgesetz betr. die Haftpflicht der Eisenbahn- und Dampfschiffahrtsunternehmen und der Post vom 28.3.1905; SR 221.112.742, EHG).

2. Das EHG begründet in klarer Form eine sich als Gefährdungshaftung darstellende Kausalhaftung. Der Inhaber einer vom Gesetz erfassten Unternehmung haftet grundsätzlich für den durch seinen Betrieb verursachten Schaden; er wird von der Haftung befreit, wenn er sich mit Erfolg auf einen der drei Entlastungsgründe (höhere Gewalt, Drittverschulden oder Selbstverschulden) beruft. Die Haftung beruht deshalb nicht auf dem Nachweis eines Mangels in der Anlage oder im Betrieb oder auf dem Nachweis einer Verletzung von Sorgfaltspflichten oder gar eines Verschuldens (Oftinger/Stark, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Besonderer Teil, Bd. II/3, § 27 N 2). Man spricht von Betriebshaftung infolge der (blossen) Anknüpfung an den gefährdenden Betrieb. Dem EHG unterstehen neben den Schweizerischen Bundesbahnen und allen anderen konzessionspflichtigen Eisenbahnen u.a. auch Luftseilbahnen, Schlittenseilbahnen und Aufzüge. Für die Unterstellung unter das EHG ist nicht die tatsächliche Konzessionierung massgebend, sondern die Frage, ob eine Konzessionspflicht gegeben wäre. Oftinger/Stark sind der Auffassung, dass sogenannte «Berg- und Talbahnen oder Rutschbahnen» (a.a.O., N 15 bei Anm. 34) keine Eisenbahnen im Sinne des EHG darstellen. Das Eisenbahngesetz vom 20.12.1957 (EBG) definiert die Eisenbahnen als Unternehmungen, die nach ihrer Zweckbestimmung von jedermann zur Beförderung von Personen und Gütern benützt werden können und deren Fahrzeuge auf oder an Schienen laufen (SR 742.101; Art. 1 Abs. 2).

Die Klägerin ist der Auffassung, dass die Rodelbahn der Beklagten der Eisenbahnhaftpflichtgesetzgebung unterliegt, da die Schlitten steuerlos und auf Rollen in der Bahn geführt würden (seitlich geführt durch das Blechprofil), weshalb von einem «Laufen an Schienen» auszugehen sei. Dieser Auslegung kann nicht gefolgt werden. Richtig ist, dass die auf Rollen laufenden Schlitten durch das halbkreisförmige Profil der Blechwanne geführt werden und die Richtungsgebung damit zwingend vorgegeben ist. Schienen sind jedoch – wie die Nebenintervenientin richtig einwendet – nach üblichem Sprachgebrauch massive Stahl- bzw Gussteile, auf oder an welchen ein Fahrzeug mit minimalen Toleranzen geführt wird. Ein halbkreisförmiger Blechkanal kann schon von der Wortbedeutung her deshalb nicht als Schiene gelten (wie etwa auch Kanäle, Röhren, Bobbahnen). Es kann deshalb nicht gesagt werden, dass die Schlitten oder Rodeln – auch wenn sie Rollen haben – im technischen Sinn «auf oder an Schienen laufen».

Die strenge Gefährdungshaftung nach EHG knüpft an die besondere Gefährlichkeit, die von Eisenbahnen ausgeht, an. Das EHG spricht in diesem Sinne in Art. 1 Abs. 1 ausdrücklich «von der besonderen Gefahr des Eisenbahnbetriebes». Die sehr hohe Gewichtsmasse in Kombination mit der Geschwindigkeit führt zu einem erheblichen Gefährdungspotential. Ein derart spezifisches Gefährdungspotential weist eine Rodelbahn, wie sie die Beklagte betreibt, nicht auf. Eine Unterstellung unter die Betriebshaftung gemäss Eisenbahngesetz entfällt auch aus diesem Grund. Schliesslich mangelt es auch am erforderlichen Zweck der Anlage, Personen zu befördern (Art. 1 Abs. 2 EHG).



## A. 2.2

3. Die Beklagte als Betreiberin der Rodelbahn ist unbestrittenermassen verpflichtet, die zur Gefahrenabwehr zumutbaren Vorsichts- und Schutzmassnahmen vorzukehren. Diese Verkehrssicherungspflicht ergibt sich aus der allgemeinen Schutzpflicht dessen, der einen Gefahrenzustand schafft. Neben dieser Deliktshaftung aus Art. 41 OR steht die Haftung aus Vertrag im Vordergrund. Der Inhaber einer Rodelbahn hat (analog zu den mietvertraglichen Bestimmungen) dem Benützer der Talabfahrt Schlitten und Anlage in einem zum vorausgesetzten Gebrauch tauglichen Zustand zur Verfügung zu stellen, damit ein gefahrloses Befahren der Bahn möglich ist. Weitere mögliche Haftungsgrundlagen sind die ausservertragliche Haftung des Werkeigentümers nach Art. 58 OR sowie die Geschäftsherrenhaftung nach Art. 55 OR. Zu den Voraussetzungen der einzelnen Haftungsarten kann auf die Ausführungen im vorinstanzlichen Urteil, denen die Zivilkammer beipflichtet, verwiesen werden (Urteil S. 7 – 10). Ob die Haftungsgrundlage vertraglicher oder ausservertraglicher Natur ist, ändert nichts am Inhalt der Verkehrssicherungspflicht (siehe BGE 121 III 360): Schlitten und Anlage sind in einem Zustand zur Verfügung zu stellen, die ein gefahrloses Befahren – auch durch Kinder – erlauben und es sind die zur Gefahrenabwehr zumutbaren Vorsichts- und Schutzmassnahmen zu treffen. Insbesondere ist der Benützer der Anlage vor Gefahren zu schützen, die nicht ohne weiteres erkennbar sind und sich daher als eigentliche Fallen erweisen.

Zu prüfen ist demnach im Folgenden, ob ein Mangel der Anlage oder im Betrieb, den die Beklagte zu vertreten hat, vorgelegen hat oder ob ihr bzw. ihren Angestellten ein schuldhaftes Verhalten oder eine Verletzung von Sorgfaltspflichten vorgeworfen werden kann. Allein aus dem Umstand, dass sich auf der Rodelbahn ... ein Auffahrunfall ereignet hat, kann nicht ein Werkmangel oder eine Verletzung von Sorgfaltspflichten durch die Beklagte abgeleitet werden. Für die Haftung der Beklagten muss der konkrete Nachweis eines Mangels beim Schlitten bzw. der Anlage generell erbracht sein oder es muss der Beklagten ein konkreter Sicherheitsmangel vorgeworfen werden können, der den Auffahrunfall bewirkt oder zumindest mitbegünstigt hat.

- a) Rodelbahn als Sportanlage: ...
- b) Bremsverhalten des Schlittens M.: ...
- c) Beschilderung: ...

d) Flattervorhänge: Die Klägerin rügt im Berufungsverfahren neu, dass die Anlage der Beklagten gegen Bahnende keine Flattervorhänge aufweise. Sie weist darauf hin, dass gewisse Bahnen vor dem Auslauf solche Vorhänge installiert hätten; diese hätten eine wirksame Bremsfunktion und würden das Ende der Bahn anzeigen (Fotos in Berufsbeilage 2 sowie Privatgutachten Dr. L. AG, zu Frage 11). Eine Partei hat ihre Sachvorbringen im erstinstanzlichen Hauptverfahren rechtzeitig darzulegen (§ 103 ZPO). Das Vorbringen, die Beklagte habe durch die fehlende Installation von Flattervorhängen, ihrer Verkehrssicherungspflicht nicht Genüge getan, ist deshalb verspätet. Eine Novemberechtigung im Sinne der §§ 198 und 104 ZPO ist nicht ersichtlich und wird

auch nicht begründet, wozu die Klägerin verpflichtet wäre. Es sind keine Gründe ersichtlich, weshalb die Klägerin diesen Einwand nicht bereits vor Erinstanz hätte geltend machen können. Der Einwand hilft ihr aber auch in der Sache nichts, selbst wenn er gehört werden könnte. Flattervorhänge sind eine mögliche Massnahme der Bremsanzeige. Wenn sie bei einzelnen Rodelbahnen installiert sind (die Klägerin verweist auf die Anlagen ‚Wirzweli‘ und ‚Fräkigaudi‘), so heisst das keinesfalls, dass diese Massnahme bei anderen Anlagen sinnvoll, geschweige denn sogar notwendig ist. Sinnvoll können Flattervorhänge insbesondere bei Anlagen sein, die von ihrer topographischen Situation und vom Zielpublikum her auf schnelles, sportliches Rodelfahren ausgelegt sind. Das ist hier (...) als typische Familien- und Kinderbahn nicht der Fall. Zu den Flattervorhängen noch dies: Sie können zwar in der Regel zu einem stärkeren Bremsen anhalten, aber unter Umständen auch die Sichtsituation und damit die Übersicht auf den vorangehenden Verkehr auf der Bahn beeinträchtigen. Denkbar ist ebenso, dass gerade jugendliche Fahrer den Vorhängen durch Vorhalten der Hand oder Beugung des Kopfes auszuweichen versuchen, was Fehlmanipulationen oder eine beeinträchtigte Sicht zur Folge haben kann. Es ist deshalb keineswegs evident, dass solche Flattervorhänge in jedem Fall und insbesondere auf Familienbahnen die Sicherheit auf der Anlage erhöhen und dazu beitragen, vermehrt Auffahrkollisionen zu verhindern.

e) Startintervalle : ...

f) Passive Sicherheit des Schlittens und Bremssystem: ...

g) Sicherheit bei der Auslaufstrecke: ...

h) Fehlende Kausalität: ...

4. Zusammengefasst steht damit fest, dass eine Haftung der Beklagten aus Vertrag oder gestützt auf Art. 41, 55 oder 58 OR in Bezug auf den Unfall der Klägerin vom 29. September 1996 zu verneinen ist, nachdem

- in Würdigung der gesamten Aktenlage und des Beweisergebnisses der Beweis dafür, dass die Bremsen am Schlitten der Kinder M. nicht oder nicht genügend funktionierten, nicht erbracht ist,
- die Sicherheitsvorkehrungen bei der beklagten Rodelbahn im Zeitpunkt des Unfalls als tauglich und ausreichend zu werten sind und
- die Anlageführung der Bahn allgemein, speziell aber die Auslaufstrecke, angesichts der aktiven und leicht handbaren Bremsvorrichtung des Schlittens sowie den zahlreichen Bremswarntafeln, sicherheitstechnisch nicht mangelhaft war.

5. Es ist unbestritten, dass der Unfallschlitten der Kinder M. nicht gesichert wurde, womit die Überprüfung dessen Bremsfunktion nicht möglich war. Ebenso wenig fand eine Bandaufzeichnung der Kollision statt, nachdem das Videogeräte der Beklagten in der Talstation über keine Aufzeichnungsfunktion besitzt. Die Klägerin leitet daraus und weiteren Umständen (fehlende Nummerierung der Schlitten) ab, dass die Beklagten ihr den Beweis der nicht funktionierenden Bremse beim Schlitten M. vereitelt habe.

## A. 2.2

Eine eigentliche Beweisvereitelung im Sinne eines Handelns gegen Treu und Glauben (Art. 2 Abs. 2 ZGB) durch die Beklagte ist im vorliegenden Fall nicht gegeben. Es ist nicht nachgewiesen worden, dass die Angestellten der Bahn Anlass hatten und es ihnen auch möglich war, den Unfallschlitten sofort auszuschleiden und zu sichern. Die Aussagen der Zeugen J. und A.S. sind in diesem Punkt glaubhaft: Sie haben übereinstimmend ausgesagt, dass man den Unfallschlitten M. mangels (sofortiger) Reklamation nicht habe eruieren können und dieser den ganzen Tag im üblichen Kreislauf geblieben sei (vi-act. 28, S. 17 und 22). Jedenfalls mangels genügender Sicherheit über den genauen Geschehensablauf nach dem Unfallereignis kann der Beklagten deshalb keine bewusste, treuwidrige Beweisvereitelung vorgeworfen werden. Ebenso wenig führt die fehlende Aufzeichnungspflicht durch ein Videogerät sowie die fehlende Nummerierung der Schlitten dazu, dass im Falle der Beweislosigkeit entgegen der üblichen Beweislastregel die Beklagte zu beweisen hätte, dass die Bremsen des Schlittens funktionierten (vgl. hiezu auch Oftringer/Stark, a.a.O., Bd. II/1, § 19 N 90 f.).

Mit ein Grund für die fehlende Beweislosigkeit war die lange Zeitdauer zwischen dem Beweisverfahren vor Bezirksgericht und dem Unfallereignis (rund dreieinhalb Jahre). Es ist gerichtsnotorisch, dass Zeugenaussagen nach einer derart langen Zeitdauer häufig ungenau oder sogar falsch sind. Mit der späten Klageeinreichung und dem Verzicht auf sofortige Beweissicherung durch die Klägerin wurde eine Befragung der Zeugen kurze Zeit nach dem Unfallereignis verunmöglicht. Die Klägerin hat es deshalb auch ihrer Untätigkeit zuzuschreiben, wenn in diesem Punkt der Prozess zu keinem klaren Ergebnis geführt hat.

Immerhin rechtfertigt es sich, die Vorhaltungen der Klägerin in diesem Zusammenhang bei der erstinstanzlichen Kostenbeurteilung zu berücksichtigen (§ 59 Abs. 3 ZPO). Durch die fehlenden Massnahmen im Betrieb der Beklagten wurde die Sicherung des Beweises durch die Klägerin erschwert. So kann von einer Rodelbahnbetreiberin erwartet werden, dass die Schlitten nummeriert sind, um so Unfallschlitten auszuschleiden und auf ihre Funktionstüchtigkeit zu überprüfen. Ebenso fehlt oder fehlte es der Beklagten an einer klaren Instruktion der Angestellten und einem Sicherheitskonzept, welche konkreten Massnahmen nach einem erfolgten Unfall im Hinblick auf die Abklärung der Ursachen und Sicherung der Beweise vorzunehmen sind.

6. Nach dem oben Gesagten rechtfertigt es sich trotz Klageabweisung, die erstinstanzlichen Kosten den Parteien in Anwendung von § 59 Abs. 3 ZPO je zur Hälfte aufzuerlegen. Die Parteikosten vor Erstinstanz sind deshalb wettzuschlagen. Insofern ist die Berufung teilweise gutzuheissen und das angefochtene Urteil abzuändern. Vor Kantonsgericht kann die Frage des mangelnden Sicherheitskonzepts der Beklagten bei den Kosten dagegen nicht mehr gewichtet werden. Da die Klägerin mit ihrer Berufung jedoch in einem Teilpunkt durchdringt, sind ihr nicht sämtliche Berufungskosten, welche gemäss §§ 10 und 34 GebO festzusetzen sind, aufzuerlegen, sondern einen Achtel der Beklagten zu überbinden. ...

Die Nebenintervenientin ist weder kosten- noch entschädigungspflichtig. Sie hat andererseits trotz Unterstützung der überwiegend obsiegenden Partei auch keinen Entschädigungsanspruch (Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen ZPO, N 2 zu § 47).

(Urteil vom 2. Dezember 2003; KG 114/01 ZK, Berufung und staatsrechtliche Beschwerde wurden am 8. Juli bzw. 7. Juni 2004 abgewiesen, soweit darauf eingetreten wurde, 5C.39/2004 und 5P.67/2004).

### **2.3 Überstunden und nicht bezogene Ruhetage nach OR; Essenspausen**

- *Leistet ein Arbeitnehmer Überstunden an Ruhetagen, so kann kumulativ für die geleisteten Überstunden eine Entschädigung von 125 % des Bruttolohnes und für die nicht bezogenen Ruhetage eine solche von 1/22 des monatlichen Bruttolohnes geltend gemacht werden.*
- *Essenspausen, in welchen sich der Arbeitnehmer zur Verfügung des Arbeitgebers halten muss, gelten als Arbeitszeit.*

*Aus dem Sachverhalt:*

Der Kläger war vom 1. September 2001 bis zum 30. Juni 2002 als faktischer Geschäftsführer eines Restaurantsbetriebs angestellt. Nach der Auflösung des Arbeitsverhältnisses machte er unter anderem geltend, dass er kumulativ Anspruch auf Entschädigung zu je 125 % des Bruttolohnes für 339.5 Überstunden und für 16.7 nicht bezogene Ruhetage habe. Die Beklagte wandte dagegen im Wesentlichen ein, dass nicht kumulativ eine Entschädigung für Überstunden und für nicht bezogene Ruhetage geltend gemacht werden könnten. Vielmehr seien vorab die nicht bezogenen Ruhetage abzugelten und sodann die noch verbleibenden Überstunden.

*Aus den Erwägungen:*

2. Mit Unterzeichnung des Arbeitsvertrages erklärten die Parteien, dass in erster Linie der Landes-Gesamtarbeitsvertrag des Gastgewerbes L-GAV 98 und – wo eine Regelung fehlt – die schweizerische Gesetzgebung über das Arbeitsrecht auf das Vertragsverhältnis anwendbar seien (KB 3 Ziff. 11). Für die Beurteilung des vorliegenden Falles ist somit darauf abzustellen. Auf die Ausführungen des Klägers betreffend anwendbarem Recht braucht nicht weiter eingegangen zu werden.

4.a) Zum beklagtischen Einwand, bei der klägerischen Berechnungsart würden Ruhetage doppelt entschädigt, nämlich einerseits als Überstunden und andererseits als Ruhetage, ist beim jetzigen Stand der Rechtsprechung

### A. 2.3

Folgendes auszuführen: Die Fragen der Überstundenentschädigung und die der Auszahlung von Ruhetagen, die am Ende des Arbeitsverhältnisses nicht mehr bezogen werden können, dürfen nicht vermengt werden. Ein Arbeitnehmer hat nach Art. 16 L-GAV 98 bzw. Art. 329 OR Anspruch auf wöchentliche Frei- bzw. Ruhezeit. Für die Frage, ob ein Arbeitnehmer bei Auflösung des Arbeitsverhältnisses noch Anspruch auf Entschädigung für nicht bezogene Ruhetage hat, ist einzig und allein ausschlaggebend, ob die dem Arbeitnehmer zustehenden Ruhetage bezogen wurden oder nicht. Ein Anspruch auf Entschädigung nicht bezogener Ruhetage bestünde deshalb auch dann, wenn aus dem Arbeitsverhältnis keine Überstunden resultieren würden. So ist es denkbar, dass die aus der Arbeit an Ruhetagen resultierenden zusätzlichen Stunden durch den Bezug einzelner freier Stunden nach und nach kompensiert werden, ohne dass dadurch die nicht bezogenen Ruhetage nachgeholt werden. Von der Frage der Entschädigung nicht bezogener Ruhetage zu trennen ist die Frage der Überstundenentschädigung. Bei Überstunden handelt es sich um jene Stunden, die über die vertragliche (wöchentliche) Höchstarbeitszeit hinaus geleistet wurden. Wann diese zusätzlichen Arbeitsstunden erbracht wurden, ist irrelevant. Insbesondere ist jener Einwand unbeachtlich, diese Stunden würden aus den nicht bezogenen Ruhetagen resultieren. Wann die Überstunden geleistet wurden, ist nicht nachzuprüfen. Ergibt sich aus einem Vergleich der tatsächlich geleisteten Arbeitsstunden mit der Soll-Arbeitszeit ein Überschuss, sind diese, wenn eine Kompensation nicht mehr möglich ist, nach Art. 15 L-GAV 98 zu entschädigen. Die Rechtsprechung hebt die Schutzfunktion der Regelung hervor und unterstreicht damit den Charakter der Ruhetage bzw. der Entschädigung für nicht bezogene Ruhetage: Die Entschädigung ist nicht als Entgelt für geleistete Arbeit zu betrachten, sondern gilt als Ausgleich des Nachteils, der Unbill, dass der Arbeitnehmer die ihm zustehende Ruhezeit, die seiner Erholung dient, verlustig geht, da wegen der Vertragsauflösung ein Nachbezug dieser Tage nicht mehr möglich ist (JAR 1988 S. 190 ff.; bestätigt in JAR 1990 S. 208 und JAR 1993 S. 175 f.; vgl. auch Jürg Brühwiler, Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag, 2. Auflage, Art. 321 c N 12). Der Einwand der Beklagten, dadurch würde der Kläger doppelt entschädigt, geht daher fehl.

b) (...) Die grosse Differenz der Arbeitszeitberechnungen der Parteien liegt im Umstand, dass die Beklagte bei den geleisteten Arbeitsstunden des Klägers noch insgesamt 149 Pausenstunden in Abzug bringt. Grundsätzlich sieht Art. 15 Abs. 4 L-GAV 98 vor, dass Essenszeit nicht Arbeitszeit darstellt und diese pro Mahlzeit mindestens eine halbe Stunde betrage. Der Gesamtarbeitsvertrag hält im gleichen Artikel jedoch auch fest, dass Essenszeit dann als Arbeitszeit zu gelten hat, sofern der Mitarbeiter sich während der Essenszeit zur Verfügung des Arbeitgebers zu halten hat. Der Kommentar zum L-GAV verweist diesbezüglich auf Art. 13 Abs. 1 ArGV I, wonach Präsenzzeit als Arbeitszeit zu gelten habe (Kommentar S. 34).

Zur Frage, wie im beklaglichen Betrieb die Essenspausen gehandhabt werden bzw. wurden, hat die angerufene Instanz Zeugen einvernommen.

Vorweggenommen werden kann hier, dass aus all diesen Zeugenaussagen deutlich hervorgeht, dass der Kläger keinesfalls regelmässig in jeder Arbeitsschicht eine halbe Stunde Essenspause gemacht hat, wie dies von der Beklagten so vorgebracht wird. Der Koch des beklagten Betriebes sagte etwa aus, der Kläger habe etwa 2 Mal in der Woche das Mittagessen und vielleicht 6 bis 7 Mal im Monat das Abendessen eingenommen. Ob der Kläger sich dann wirklich eine halbe Stunde hingesetzt hatte, um die Mahlzeit einzunehmen, konnte der Zeuge nicht bestätigen (act. 15 S. 4). Zudem bestätigt der Zeuge auch auf entsprechende Frage hin, dass die Mitarbeiter und insbesondere auch der Kläger im Stehen während dem Bedienen ab und zu einen Bissen von ihrer Mahlzeit zu sich nahmen (act. 15 S. 8). Noch deutlicher sind die Aussagen des zweiten Kochs im Betrieb der Beklagten. Auf die Frage, ob der Kläger das Mittagessen auch im Restaurant eingenommen habe, sagt er klar: «Ich habe mehr gesehen, dass er zwischendurch etwas gegessen hat. Er hat etwa ein Schüsselchen mit Salat in der Küche deponiert, zwischendurch wieder einen Löffel genommen und ist dann wieder hinausgegangen. ...» Und auf Nachfrage hin noch einmal deutlich: «Dass er (der Kläger) richtig etwas gegessen hat, das habe ich nie gesehen» (act. 15 S. 21). All diese Aussagen lassen unzweifelhaft den Schluss zu, dass der Kläger nur in Ausnahmefällen eine Essenspause, die ihren Namen als Pause auch wirklich verdient, einlegen konnte. Vielmehr entsprach bzw. entspricht es den Gepflogenheiten, während der Arbeitszeit zwischendurch einen Happen oder ein Sandwich im Hintergrund zu essen, um ohne Unterbrechung die Kundschaft weiter bedienen zu können. Daraus ist zu folgern, dass der Kläger sich zur Arbeit bereit halten musste, was gemäss Lehre und Rechtsprechung als Arbeitszeit zu gelten hat und dementsprechend zu entschädigen ist (vgl. etwa JAR 2002 S. 159). In keiner Art und Weise können die Zeugenaussagen das Vorbringen der Beklagten belegen, der Kläger habe regelmässig eine bzw. zwei Essenspausen von je einer halben Stunde im Tag gemacht. ...

c) Der L-GAV 98 hält in Art. 15 Abs. 5 fest: Überstunden sind Arbeitsstunden, welche über die vereinbarte durchschnittliche wöchentliche Arbeitszeit hinaus geleistet werden. Setzt man nun in casu die Sollarbeitszeit der effektiv geleisteten Arbeitszeit gegenüber, erhält man eine Überstundenzahl von 339.5 Stunden, die gestützt auf Art. 15 Abs. 5 L-GAV 98 mit 125% des Bruttolohnes zu entschädigen sind. Die Parteien sind sich in der Berechnung des Brutto-Stundenlohnes einig. Er beträgt Fr. 23.10. Bei einer Anzahl von 339.5 Überstunden ergibt dies einen Anspruch des Klägers auf Fr. 9'803.50 ( $339.5 \times 23.10 \times 125 : 100$ ).

5. Ein Mitarbeiter hat Anspruch auf zwei Ruhetage pro Woche (Art. 16 Abs.1 L-GAV 98). Nicht bezogene Ruhetage sind innert vier Wochen zu kompensieren und, falls dies nicht möglich ist, am Ende des Arbeitsverhältnisses mit je 1/22 des monatlichen Bruttolohnes auszubezahlen (Art. 16 Abs. 5 L-GAV 98). Der Kommentar zum L-GAV 98 gibt auf S. 36 ein Beispiel, wie der Ruhetagsanspruch zu berechnen ist. Abgestellt wird auf die effekti-

### A. 3.1

ven Kalendertage jeden Monats. ... (Es folgen Ausführungen zur Berechnung im konkreten Fall). In casu ergibt dies ein Ruhetagsaldo von 16.7 Tagen, welche dem Kläger gestützt auf Art. 16 Abs. 5 L-GAV 98 mit je 1/22 des Bruttolohnes zu entschädigen sind. Daraus errechnet sich ein Anspruch von Fr. 3'188.00 (Fr. 4'200.00 : 22 = Fr. 190.90 x 16.7 = Fr. 3'188.20).

(Urteil des Einzelrichters des Bezirksgerichts Schwyz vom 18. Dezember 2003, EB 03 34).

## 3. Zivilprozessrecht

### 3.1 Privatrechtliche Baueinsprache

- *Bestimmung des Prozessthemas (Einsprachegegenstands) durch das Baugesuch (Erw. 2).*
- *Auflage einer Terrainveränderung mit Bollensteinmauer in concreto (Erw. 3 und 4).*
- *Ergänzende Abklärungen (Erw. 5).*

*Aus den Erwägungen:*

2. Der Gegenstand eines Baubewilligungsverfahrens wird bestimmt durch das Baugesuch. Dieses muss eine Beschreibung des Vorhabens, Situations- und Baupläne, einen Katasterplan, Angaben über die Grundeigentumsverhältnisse und den Zweck der Baute sowie die Unterschrift des Bauherrn enthalten (§ 77 Abs. 1 PBG). Die Gemeinde legt das Gesuch während 20 Tagen öffentlich auf und gibt die Auflage im Amtsblatt und in ortsüblicher Weise bekannt (§ 78 Abs. 1 PBG). Während der Auflagefrist kann gegen das Bauvorhaben Einsprache erhoben werden, öffentlichrechtlich bei der Bewilligungsbehörde, privatrechtlich nach Massgabe der Zivilprozessordnung beim zuständigen Einzelrichter am Ort der gelegenen Sache (§ 80 Abs. 1 und 2 PBG). Spätere Einsprachen sind nach § 80 Abs. 3 PBG zulässig, wenn die baulichen Vorkehren aus dem Baugespann und den aufgelegten Plänen nicht deutlich ersichtlich waren oder ihnen widersprechen, wozu grundsätzlich die Frist ab Kenntnis der Vorhaben läuft (EGV 1992 Nr. 8, vgl. auch 1996 Nr. 51).

Publiziert als Bauvorhaben des nachträglichen Baubewilligungsverfahrens war im vorliegenden Fall eine bereits realisierte «Gartengestaltung» (ABl Nr. 5/2001 S. 201), als Bauvorhaben des mit Bewilligung vom 14. August 2000 abgeschlossenen Baubewilligungsverfahrens ein «An- und Umbau» (ABl Nr. 24/2000 S. 900).

3. Die Auffassung der Vorinstanz, insbesondere die Errichtung der Bollensteinmauer sei «offenbar» bereits Gegenstand der Baubewilligung vom 14. August 2000 und deshalb nicht mehr des nachträglichen Baubewilli-

gungsverfahrens gewesen, kann das Kantonsgericht aus folgenden Gründen nicht teilen.

a) Der Baubewilligung vom 14. August 2000 (BB 10) kann nur entnommen werden, dass es um den An- und Umbau des Einfamilienhauses auf dem Grundstück KTN 1501 ging, nämlich um die Erweiterung im Osten durch einen unterkellerten Anbau. Die Auflage unter Ziffer 3.11, welche übrigens auch in der nachträglich für die Betonmauer erteilten Baubewilligung vom 5. März 2001 (BB 2) enthalten ist, wonach für Terrainveränderungen (Auffüllungen, Abgrabungen und Böschungen), Stütz- und Böschungsmauern sowie Bepflanzungen die Bestimmungen des Einführungsgesetzes zum ZGB gelten, ist ein allgemeiner Hinweis und nicht eine spezifisch für das konkret vorgelegte Bauvorhaben erlassene Auflage. Daraus kann entgegen der Auffassung der Appellaten nicht abgeleitet werden, die Bollensteinmauer sei bereits Gegenstand dieses Baubewilligungsverfahrens gewesen, die nach Auffassung der Vorinstanz das Fusswegrecht nicht beeinträchtigende Betonmauer dagegen nicht.

b) Auch aufgrund der von den Beklagten eingereichten Plänen vom 26. Mai 2000 (BB 9), wonach die farblich herausgehobenen, abzubrechenden (gelb) und neu zu erstellenden Bauteile (rot) sich auf An- und Umbauten des Hauses beschränken und nichts mit einer geänderten Gartengestaltung zu tun haben, kann nicht gefolgert werden, dass die Bollensteinmauer schon Gegenstand der im Jahr 2000 eingeholten Baubewilligung war. Eine solche scheint zwar auf diesen Plänen eingezeichnet zu sein. Sie ist aber nicht farblich als neue zu bewilligende Anlage herausgehoben. Diesem Zeichnungselement kann daher nicht die Bedeutung eines Projektbestandteils, welcher zum Gegenstand einer Bewilligung gemacht werden sollte, beigemessen werden. Unklarheiten müssten sich überdies zum Nachteil des Gesuchstellers auswirken, da er diese zu vertreten hat (Mäder, Das Baubewilligungsverfahren, Zürich 1991, Rz 259). Im von der Vorinstanz erwähnten Bericht der Architektin vom 25. Mai 2000 (BB 8) ist unter dem Stichwort «Umgebung» zwar davon die Rede, dass gegen Norden der Hang zum Gehweg neu befestigt werden müsse, was – so wird ausdrücklich ausgeführt - aber keine wesentliche Änderung gegenüber dem Bestehenden bedeute. Kommt hinzu, dass die Vorinstanz nicht geklärt hat, ob dieser Bericht überhaupt im aufgelegten Akten-dossier enthalten war, was vom Kläger bestritten wird.

c) Die zugegebenermassen im Herbst 2000 gesetzten und geschichteten Bollensteine (vgl. Berufungsantwort S. 4 Ziff. 3 und S. 5 f. Ziff. 5) werden mithin weder in der Baubewilligung vom 14. August 2000 noch in den von der damaligen Bauherrschaft eingereichten Unterlagen (Architektenbericht und Pläne) behandelt. Die Unterlagen wären abgesehen davon zur Bestimmung, was Gegenstand des Baubewilligungsverfahrens ist, nicht als relevant anzusehen, da die Nachbarn angesichts des in Publikation und Auflage klar auf einen Um- und Anbau beschränkten Bauvorhabens nicht mit einem solchen Gartengestaltungsvorhaben rechnen mussten.



### A. 3.1

d) Nicht berücksichtigt hat die Vorinstanz das in den Akten liegende Schreiben der Hochbaukommission der Gemeinde Wollerau vom 31. Januar 2001 (KB 11). Diese hat die Eingabe des Klägers vom 4. Januar 2001, worin Terrainveränderungen und die Errichtung einer Stützmauer reklamiert worden sind, damit beantwortet, dass für die Gartengestaltung ein nachträgliches Baubewilligungsverfahren erforderlich sei. Diese Auskunft ist mit der vorinstanzlichen Auffassung, dass die vom Kläger reklamierten Gartenanlagen mit Ausnahme der Betonmauer offenbar bereits am 14. August 2000 bewilligt worden wären, nicht vereinbar. Aus ihr geht im Gegenteil die Auffassung der Hochbaukommission hervor, dass diese Gartenanlagen nicht Gegenstand des der Baubewilligung vom 14. August 2000 zugrunde liegenden Verfahrens waren.

4. Aus dem Umstand, dass in der nachträglichen Baubewilligung vom 5. März 2001 (BB 2) weder Terrainveränderungen noch eine Bollensteinmauer behandelt werden und nur von einer Betonmauer die Rede ist, kann entgegen der Auffassung der Vorinstanz nicht geschlossen werden, dass die beanstandeten Aufschüttungen und Böschungen (Bollensteinmauer) nicht Gegenstand des nachträglichen Baubewilligungsverfahrens waren. ... (Ausführungen zur Massgeblichkeit des Bauprojekts und nicht der öffentlichrechtlichen Bewilligung; in casu notwendiger Bezug der Bauakten; Bezugnahme auf EGV 1988 Nr. 22).

5. Demnach erweist sich die vorinstanzliche Beurteilung, die Bollensteinmauer sei nicht Gegenstand des nachträglichen Baubewilligungsverfahrens und mithin nicht ihr Prozessthema gewesen, nach bisherigem Aktenstand als nicht haltbar. Die Vorinstanz hat infolgedessen die Frage nach der Beeinträchtigung des geltenden gemachten unbeschränkten Fusswegrechts ohne hinreichende Beweiserhebung nur in Bezug auf die nachträglich bewilligte Betonmauer geprüft und verneint, da sich diese Mauer klar ausserhalb dieses Bereichs befand. Insbesondere hat sie die Frage nach der Breite des Weges, auf welchem das Fusswegrecht geltend gemacht werden kann, offen gelassen. Die Sache ist daher in teilweiser Gutheissung der Berufung und Aufhebung des angefochtenen Urteils an die Vorinstanz zurückzuweisen. Anhand der Bauakten ist zu prüfen, ob die vom Kläger beanstandeten Anlagen Gegenstand des nachträglich aufgelegten Projektes waren. Sollten sie in der Tat nicht Gegenstand der nachträglichen Auflage gewesen sein, was wie gesagt nicht mit der Baubewilligungserteilung gleichzusetzen ist, müsste geklärt werden, ob die Klage nicht als nachträgliche Einsprache im Sinne von § 80 Abs. 3 PBG entgegenzunehmen wäre, weil die vom Kläger reklamierten baulichen Vorkehren gemäss den bisher zu den Akten gereichten, im Jahre 2000 aufgelegten Plänen und Unterlagen nicht deutlich ersichtlich waren. Bei der Beantwortung der Frage, ob dieser Rechtsbehelf innert Frist ab Kenntnis erhoben worden wäre, müsste geprüft werden, ob der Kläger durch die Auskunft der Hochbaukommission von der umgehenden Einreichung einer späteren förmlichen Einsprache abgehalten worden ist.

Es ist nicht Sache des Kantonsgerichts, diese Fragen anhand von Bauakten, deren Beizug die Vorinstanz unterlassen hat, zu prüfen. ...  
(Beschluss vom 4. August 2003; KG 187 und 188/02 ZK).

### 3.2 Eheschutzmassnahmen

– *Gegenrechtsbegehren im Eheschutzverfahren kommt - anders als bei der Widerklage - keine selbständige Bedeutung zu und sie fallen bei einem Rückzug der Klage dahin.*

*Aus den Erwägungen:*

1. Der Einzelrichter des Bezirks March nahm mit Verfügung vom 14. Juli 2003 auf Gesuch des Klägers von der Aufhebung des gemeinsamen Haushaltes der Eheleute X. Vormerk (Dispositiv Ziff. 1) und hiess das Gegenrechtsbegehren der Beklagten um Zuweisung der ehelichen Wohnung (Dispositiv Ziff. 2) sowie Verpflichtung des Klägers, der Beklagten einen Unterhaltsbeitrag zu bezahlen (Dispositiv Ziff. 5), teilweise gut. Weiter ordnete er mit Wirkung ab 1. Dezember 2000 die Gütertrennung an (Dispositiv Ziff. 6).

2.a) Mit Eingabe vom 5. August 2003 verlangt der Kläger, die vorderrichterliche Verfügung sei aufzuheben und das Eheschutzverfahren infolge Klagerückzugs am Protokoll als erledigt abzuschreiben, unter Kosten- und Entschädigungsfolge.

b) Mit Stellungnahme vom 4. September 2003 beantragt die Beklagte, auf den Rekurs sei nicht einzutreten, eventuell sei er abzuweisen, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Klägers. In einem Eventualantrag begehrt die Beklagte, sofern das Verfahren als durch Klagerückzug abgeschlossen werde, sei das Verfahren zur Vornahme einer dem Prozessausgang entsprechenden Kosten- und Entschädigungsregelung an die Vorinstanz zurückzuweisen; eventualiter seien dem Kläger die Kosten beider Instanzen aufzuerlegen und dieser zu verpflichten, die Beklagte für beide Instanzen angemessen ausserrechtlich zu entschädigen.

3.a) Parteierklärungen, zu welchen auch der Klagerückzug zu zählen ist, sind bis zur Erledigung des Prozesses in der gegebenen Instanz, und zwar auch noch nach Fällung bis zur Eröffnung des Urteils beachtlich. Nachher bedarf es der Geltendmachung im Rechtsmittelverfahren. Solange die Rechtshängigkeit dauert, steht dem Kläger das freie Verfügungsrecht über den eingeklagten Anspruch zu. Er kann im Rechtsmittelverfahren die Klage noch zurückziehen, d.h. auf den eingeklagten materiellen Anspruch verzichten, selbst wenn nicht er, sondern die Gegenpartei Rechtsmittelkläger ist

### A. 3.2

(Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl., 1997, N 4a zu § 107 ZPO ZH, N 13 und 16 zu § 188 ZPO ZH; Guldener, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Aufl., 1979, S. 286 f.; BGE 91 II 148 f.).

b) Innert der Rechtsmittelfrist gelangte der Kläger mit dem obgenannten Begehren ans Kantonsgericht. Solange die Rechtshängigkeit dauert – der Prozess mithin noch nicht rechtskräftig erledigt ist (§ 163 Abs. 2 ZPO) – ist der Kläger befugt, die Klage zurückzuziehen. Der Klagerückzug beendet den Prozess unmittelbar und die noch nicht rechtskräftig gewordene Verfügung der unteren Instanz fällt mit dem in der oberen Instanz erklärten Klagerückzug ohne weiteres dahin (BGE 91 II 148 f.).

4.a) Ist ein Klagerückzug zulässig und ist dieser rechtzeitig, d.h. innert der Rechtsmittelfrist, erfolgt, stellt sich vorliegend die Frage, welche Wirkung dies auf die mit Klageantwort vom 16. Februar 2001 (vorinst. act. 10) gestellten Begehren der Beklagten zeitigt.

b) Der Kläger stellt sich auf den Standpunkt, die Beklagte habe mit Eingabe vom 16. Februar 2001 Gegenrechtsbegehren gestellt, sie habe jedoch ausdrücklich keine Widerklage eingereicht. Die Beklagte führt in ihrer Stellungnahme (act. 7) aus, sie habe im Rahmen des erstinstanzlichen Prozesses zu den in Art. 176 ZGB genannten Belangen Anträge gestellt, weshalb der Richter über diese zu entscheiden habe. Einer Widerklage bedürfe es ihm Rahmen des Eheschutzverfahrens hinsichtlich dieser Belange nicht. Sie habe selbständige Gegenansprüche gestellt und damit Widerklage erhoben. Eine explizite Bezeichnung als Widerklage sei nicht notwendig.

c) Widerklage ist die im hängigen Prozess des Klägers vom Beklagten gegen den Kläger erhobene Klage. Statt sich bloss mit Bestreitungen oder Einreden gegen die Klage zu wehren, geht der Beklagte zum Gegenangriff über, indem er im gleichen Prozess selbständige, von der Hauptklage nicht erfasste Ansprüche gegen den Kläger einklagt, so dass im gleichen Verfahren mehrere Klagen zu beurteilen sind. Damit eine Widerklage vorliegt, muss der Beklagte demnach einen selbständigen Anspruch gegen den Kläger erheben (Kummer, Grundriss des Zivilprozessrechts, 3. Aufl., 1978, S. 116; Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 1 f. zu § 60 ZPO ZH; Walder-Richli, Zivilprozessrecht, 4. Aufl., 1996, § 11 N 4, S. 146). Auf Grund ihrer selbständigen Wirkung bleibt eine beim Gericht rechtshängige Widerklage bestehen, auch wenn die Hauptklage aus irgendeinem Grund, wie z.B. durch Rückzug, dahinfällt (§ 55 Abs.1 ZPO).

d) Gemäss ständiger Gerichtspraxis im Kanton Schwyz kann die beklagte Partei in einem Eheschutzverfahren Gegenrechtsbegehren stellen, ohne formell in der Klageantwort Widerklage erheben zu müssen. Das Eheschutzverfahren ist insofern doppelseitige Klage, als der beklagten Partei ohne Erhe-

bung einer Widerklage Rechte zuerkannt werden können. Mit anderen Worten bewirkt ihre Gutheissung, dass auch dem Beklagten Rechte zugesprochen werden, obwohl er selbständig keine Gegenansprüche (Widerklage) anhub (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 3 zu § 60 ZPO ZH; Leuch, Die Zivilprozessordnung für den Kanton Bern, 4. Aufl., 1995, N 1b zu § 170 ZPO BE; Studer/Rüegg/Eiholzer, Der Luzerner Zivilprozess, 1994, N 3 zu § 96 ZPO LU; vgl. auch BGE 95 II 65 ff.). Wie der Kläger zutreffend festhält, hat die Beklagte mit Klageantwort lediglich Gegenrechtsbegehren gestellt, ohne dass sie formell Widerklage erhob. Diesen Gegenrechtsbegehren der Beklagten kommt – anders als bei der Widerklage – jedoch keine selbständige Bedeutung zu und sie fallen folglich bei einem Rückzug der Klage dahin. Die Beklagte hätte demnach vorliegend spätestens mit der Klageantwort ausdrücklich und förmlich Widerklage erheben und begründen müssen (§ 106 ZPO), mit der Wirkung, dass diese Begehren selbständige Bedeutung erlangt hätten und dass sich das erstinstanzliche Verfahren auch auf die Widerklage hätte ausdehnen müssen, d.h. eine Widerklageantwort hätte eingeholt werden müssen (vgl. EGV SZ 1989/32). Nur so hätte sich die Beklagte dagegen sichern können, dass der klagende Ehegatte die Eheschutzklage zurückzieht und ihre Begehren bei einem allfälligen Rückzug nicht dahinfallen. Tut sie dies nicht – wie in casu – fallen mit Rückzug der Klage auch ihre Begehren dahin.

5. Entgegen dem Vorbringen der Beklagten ist das Verhalten des Klägers nicht rechtsmissbräuchlich. Die Parteien leben gemäss übereinstimmenden Angaben im erstinstanzlichen Verfahren bereits seit dem 25. Juni 1999 getrennt. Erst am 1. Dezember 2000 – somit rund 1½ Jahre später – machte der Kläger den vorliegenden Prozess rechtshängig. Während diesen 1½ Jahren sah sich die Beklagte demnach nicht veranlasst, ein Eheschutzverfahren einzuleiten. Erst im vorliegenden Verfahren beantragte sie die Zusprechung von Unterhaltsbeiträgen, rückwirkend ab 1. März 2000. Offensichtlich war die Beklagte in diesen 1½ Jahren in der Lage, für ihren eigenen Unterhalt zu sorgen, ansonsten sie zu einem früheren Zeitpunkt ein entsprechendes Verfahren hätte einleiten können. Ebenso wenig hat die Beklagte während des pendenten Verfahrens nach Massgabe des kantonalen Rechts vorsorgliche Massnahmen angebeht. Erst mit Schreiben vom 5. März 2003 (vorinst. act. 32) ersuchte die Beklagte den Vorderrichter um baldige Entscheidung mit dem Hinweis, der Entscheid dränge, nachdem der Kläger jegliche Zahlungen eingestellt habe und die Klägerin in grosser finanzieller Bedrängnis sei. Zu beachten gilt es weiter, dass der Kläger bereits in seiner Klageschrift vom 1. Dezember 2000 damit rechnete, dass die Beklagte ein Begehren um Zusprechung von Unterhaltsbeiträgen stellen könnte (S. 13, Ziff. 34). Dass der Kläger eine taktische Prozessverzögerung beabsichtigt haben könnte, ist aus dem Prozessverlauf nicht ersichtlich. Schliesslich kam es in casu innerhalb eines Jahres immerhin zu drei Vergleichsverhandlungen, die den Schluss auf eine gewisse Einigungsbereitschaft zwischen den Parteien zulassen. Auf Grund der geltenden Dispositionsfreiheit des Klägers war es ihm unbenom-

### A. 3.3

men, seine Klage zurückzuziehen. Die Rückzugserklärung des Klägers kann entgegen der Auffassung der Beklagten aus den genannten Gründen nicht als rechtsmissbräuchlich bezeichnet werden, obschon sie nicht infolge einer Versöhnung der Parteien abgegeben wurde und der Prozess seit dem 1. Dezember 2000 rechtshängig ist.

6. a) Die Streitsache ist deshalb als durch Klagerückzug erledigt abzuschreiben. ...

(Verfügung vom 24. Oktober 2003; KG 278/03 RK1).

### 3.3 Berufungsfrist

– *Die Berufungsfrist ist bei Aufgabe an einer ausländischen Poststelle erst gewahrt, wenn sie vor Fristablauf an eine schweizerische Poststelle (Auslandsortierung) oder Behörde gelangt.*

*Aus den Erwägungen:*

1. Mit Urteil vom 20. Oktober 2003 sprach der Einzelrichter der March die Scheidung der Ehe der Parteien aus und regelte die Nebenfolgen der Scheidung. Das Urteil wurde für den Beklagten am 7. November 2003 im Amtsblatt publiziert, nachdem er es trotz Hinweis auf die Rechtsfolgen unterlassen hatte, ein schweizerisches Zustelldomizil zu bezeichnen. Mit Postaufgabe vom 26. November 2003 bei der italienischen Poststelle in C. erklärte und begründete der Beklagte die Berufung gegen das vorinstanzliche Urteil und verlangte im Wesentlichen, die Klage für unzulässig zu erklären. Eine schweizerische Zustelladresse bezeichnete er wiederum nicht. Die Berufung gelangte gemäss elektronischem Eintrag der Schweizerischen Post am 2. Dezember 2003 an die Auslandsortierstelle in Zürich.

2. Gemäss § 124 Abs. 1 GO ist eine Handlung fristwährend, wenn eine schriftliche Eingabe spätestens am letzten Tag der Frist an die Bestimmungsstelle gelangt oder für sie der Schweizerischen Post übergeben wurde.

Vorliegend begann die zwanzigtägige Frist zur Berufung am 8. November 2003 zu laufen und endete am 27. November 2003. Nachdem die Postsendung mit der Berufungsschrift gemäss elektronischer Nachforschung erst am 2. Dezember an eine inländische Poststelle gelangte und am 3. Dezember 2003 bei der Gerichtskanzlei einging, ist sie verspätet. Damit kann auf die Berufung nicht mehr eingetreten werden.

(Verfügung vom 22. Dezember 2003; KG 435/03 ZK, staatsrechtliche Beschwerde wurde vom Bundesgericht am 4. Mai 2004 abgewiesen, soweit darauf einzutreten war, 5P.73/2004).

### 3.4 Schiedsgutachen

- *Das Konkordat über die Schiedsgerichtsbarkeit vom 27. März 1969 ist auf Schiedsgutachten nicht anwendbar (Erw. 2).*
- *Natur des Schiedsgutachtervertrags (Erw. 3).*
- *Die Parteien und ein ordentliches Gericht sind an die Feststellungen eines Schiedsgutachtens gebunden, sofern dieses nicht offensichtlich unrichtig oder unter Verletzung wesentlicher Verfahrensbestimmungen zustande gekommen ist (Erw. 4).*

#### *Aus den Erwägungen:*

2.a) Die Beklagte bestreitet nicht, dass die Parteien gemeinsam die Durchführung einer Expertise vereinbart und die Übertragung des Begutachterauftrages an die EMPA abgemacht hatten. Die Beklagte moniert, dass der Auftrag zu einer gemeinsamen Expertise noch lange keinen Schiedsgutachtervertrag darstelle. Sie stellt sich auf den Standpunkt, dass in casu die Regeln der Schiedsgerichtsbarkeit zur Anwendung gelangen. Es gelte insbesondere das Konkordat über die Schiedsgerichtsbarkeit und die darin enthaltenen Formvorschriften von Art. 6. Die Beklagte leitet hieraus ab, auch ein Schiedsgutachtervertrag müsse die Schriftform wahren.

b) Entgegen den Vorbringen der Beklagten und wie die Klägerin zutreffend ausführt (Berufungsantwort S. 8), gelangen die Regeln der Schiedsgerichtsbarkeit in casu nicht zur Anwendung. Gemäss § 1 des Konkordats über die Schiedsgerichtsbarkeit vom 27. März 1969 (SRSZ 232.220.1), welchem der Kanton Schwyz beigetreten ist (vgl. SRSZ 232.220), ist dasselbe auf jedes Verfahren vor einem Schiedsgericht anwendbar, das seinen Sitz in einem Konkordatskanton hat. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist dieses Konkordat nur auf Schiedssprüche, nicht jedoch auf Schiedsgutachten anwendbar (vgl. BGE 117 Ia 365 = Pra 81, 153 E. 5a). Sofern die Beklagte somit aus dem obgenannten Konkordat etwas zu ihren Gunsten ableiten will – insbesondere in Bezug auf die Formvorschriften gemäss Art. 6 – ist sie mit ihren Einwendungen nicht zu hören.

3.a) Das Schiedsgutachten ist ein selbständiges Institut eigener Prägung neben dem Schiedsgericht. Gemäss Frank/Sträuli/Messmer hat sich das Recht des Schiedsgutachtens als ungeschriebenes Bundesrecht entwickelt (Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl., 1997, N 1 zu § 258 ZPO ZH). In Bezug auf die Merkmale des Schiedsgutachtervertrages ist auszuführen, dass der Schiedsgutachter ein Sachverständiger ist, der von zwei oder mehreren Baubeteiligten zur verbindlichen Feststellung einer oder mehrerer rechtserheblicher Tatsachen beauftragt wird. Verbunden mit der reinen Tatsachenfeststellung kann die Feststellung rechtlicher Tatbestandselemente wie Verschulden, Schaden etc.

### A. 3.4

sein. Bei diesem Vertrag handelt es sich regelmässig um ein Mandatsverhältnis und ist nach herrschender Lehre und Rechtsprechung privatrechtlicher Natur. Der Vertrag ist formlos gültig. Mit der vertraglichen Bestellung eines Schiedsgutachters können die Parteien einzelne umstrittene Punkte ihres Disputes einem sachverständigen Dritten zur abschliessenden Begutachtung und Feststellung unterbreiten. Was Gegenstand des Schiedsgutachtens ist, wird also gleichsam durch verbindliche Feststellung des beauftragten Schiedsgutachters ausser Streit gestellt (BGE 67 II 146; BGE 117 Ia 365 = Pra 81, 153 E. 5b; Hürlimann, Das Schiedsgutachten als Weg zur aussergerichtlichen Beilegung von Baustreitigkeiten, BR 1992, S. 108 ff.; Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 1 ff. zu § 258 ZPO ZH; Fellmann, Berner Kommentar, 1992, Art. 394 N 165).

b) Entgegen den Vorbringen der Beklagten ist der Vertrag demgemäss formlos gültig. Was die Auftragserteilung an die EMPA anbelangt, ist vorweg folgendes zu vermerken: Mit Schreiben vom 13. November 1998 (KB 5) schlug die Beklagte, nachdem die Klägerin sie neuerlich zur Nachbesserung aufgefordert hatte, Folgendes vor:

«(...) und schlagen vor, dass unsere bisherigen Arbeiten einem Fachexperten unterbreitet werden. Als sinnvoll erachten würden wir den Umstand, dass beide Parteien gemeinsam einen Experten bestimmen und sich beide Parteien bereit erklären, die Feststellungen des Fachexperten zu akzeptieren. Die Expertenkosten sind von beiden Parteien (Bauherrschaft und Unternehmer) je hälftig zu übernehmen. (...)»

Die Klägerin teilte ihr Einverständnis mit Schreiben vom 26. November 1998 mit (KB 6). Sie schlug als Experten Hans A. vor. Am 17. Dezember 1998 teilte die Beklagte der Klägerin daraufhin schriftlich mit (KB 7), sie stelle fest, dass beide Parteien mit einer Begutachtung einverstanden seien. Weiter führte die Beklagte wörtlich aus:

«(...) Sie haben als Experten Herrn Hans A. ... vorgeschlagen. Wir kennen diesen Experten nicht und haben somit vom Grundsatz her gegen diese Person nichts einzuwenden. Unseres Wissens ist jedoch Herr Hans A. .. Inhaber der Firma ... AG und wir stellen uns die Frage, ob Herr Hans A. ... als Malermeister der Aufgabe tatsächlich gewachsen ist. Es stellen sich nicht nur Aesthetikprobleme, sondern auch Fragen bezüglich der vorfabrizierten Betonelemente, folglich sich auch betonchemische Fragen aufdrängen werden. Somit drängt sich allenfalls auf, dass die Analyse durch einen Betonchemiker vorzunehmen ist.

Aufgrund der obigen Ausführungen schlagen wir vor, für die Begutachtung die EMPA, beizuziehen, welche über Fachleute verfügt sowohl auf betonchemischer wie auch auf malertechnischen Bereich. (...)»

Auch hiermit erklärte sich die Klägerin einverstanden (KB 8). Am 8. Februar 1999 informierte die Beklagte die Klägerin schriftlich (KB 9), dass die EMPA im Rahmen der Auftragserteilung wolle, dass man ihr konkrete Fragen unterbreite. Die Beklagte ersuchte im Weiteren die Klägerin, ihr einen Fragekatalog zuzustellen mit denjenigen Fragen, die die Klägerin

beantwortet haben wolle. Die Klägerin kam dieser Aufforderung am 23. Februar 1999 nach (KB 32).

Am 28. April 1999 teilte die Beklagte der EMPA mit (KB 28), dass sich die Parteien geeinigt haben, durch die EMPA eine Begutachtung vorzunehmen, unter Einreichung eines Fragekatalogs, bestehend aus Fragen sowohl der Klägerin als auch der Beklagten (vgl. auch KB 32). Weiter wurde der EMPA kundgetan, dass beide Parteien vereinbart haben, dass die Fachexpertise der EMPA akzeptiert werde sowie dass die Expertisekosten von beiden Parteien je hälftig übernommen werden.

c) Zusammenfassend ging die Initiative zur Auftragserteilung an einen Gutachter von der Beklagten aus, inklusive des Vorschlages, dass die Parteien die Feststellungen des Fachexperten akzeptieren. Sie schlug weiter als Gutachter die EMPA vor und teilte der Klägerin mit, sie solle ihr Fragen an den Experten zustellen. Die Klägerin war mit diesen Vorschlägen einverstanden und teilte dies auch immer schriftlich mit. Entscheidend bei der Frage, ob ein Schiedsgutachten oder eine Expertise vorzunehmen ist, ist gemäss Lehre und Rechtsprechung stets der Wille der Vertragsparteien und der Inhalt des Schiedsgutachtervertrages unter Einbezug sämtlicher Umstände (Hürlimann, a.a.O., S. 109 f.; BGE 117 Ia 365 = Pra 81, 153 E. 5b). Aktenkundig ist, dass die Parteien sich einigten, die EMPA mit der Erstellung eines Gutachtens bezüglich des strittigen Gebäudes resp. der daran vorgenommenen Arbeiten zu beauftragen. Weiter verpflichteten sich die Parteien, dieses Gutachten als verbindlich anzuerkennen. Somit handelt es sich in casu zweifelsohne um ein Schiedsgutachten, wie bereits die Vorinstanz richtig festgestellt hat. Die Vorinstanz hat sich dabei materiell eingehend mit der obzitierten bundesgerichtlichen Rechtsprechung auseinandergesetzt und in ihrer Begründung klar dargelegt, weshalb sie der Ansicht ist, dass in casu ein Schiedsgutachten vorliegt. Die Argumente der Parteien wurden hierbei beidseitig berücksichtigt. Eine Verletzung verfassungsmässiger Rechte, wie dies die Beklagte vorbringt (Berufungsbegründung S. 9), ist hierin nicht zu erblicken. Die Rüge der Beklagten erweist sich in diesem Punkt als unbegründet.

4.a) Die Verbindlichkeit des Schiedsgutachtens bedeutet, dass die Vertragsparteien und auch ein ordentliches Gericht an die darin enthaltenen Feststellungen gebunden sind, bezüglich jener Punkte also freie Beweiswürdigung ausgeschlossen ist. Die Bindungswirkung ist aber nicht absolut. Sowohl die Baubeteiligten als auch ein angerufenes Gericht sind durch das Schiedsgutachten nur solange gebunden, als die unterliegende Partei nicht beweisen kann, dass die Feststellungen im Schiedsgutachten offensichtlich unrichtig oder in Missachtung wesentlicher Verfahrensbestimmungen zustande gekommen sind. Ein rechtserheblicher Verfahrensmangel liegt vor, wenn das Prinzip der Gleichstellung der Parteien oder der Grundsatz des rechtlichen Gehörs verletzt wurde. Die sachliche Unrichtigkeit eines Schiedsgutachtens genügt nicht, um die Unverbindlichkeit des Schiedsgut-



### A. 3.4

achtens zu bewirken. Vielmehr muss das Schiedsgutachten offenbar ungerichtet, willkürlich, unsorgfältig, fehlerhaft sein und im hohen Grade der Billigkeit widersprechen (Hürlimann, a.a.O., S. 109; BGE 117 Ia 365 = Pra 81, 153 E. 7).

b) Sowohl die Klägerin als auch die Beklagte hatten Gelegenheit, an den Gutachter Fragen zu richten, was denn beide taten. Anlässlich des durchgeführten Augenscheins waren im Weiteren Vertreter beider Parteien zugegen (vgl. KB 10, Prüfbericht der EMPA vom 29. Juli 1999, S. 2). Das Prinzip der Gleichstellung der Parteien und der Grundsatz des rechtlichen Gehörs wurden in casu demzufolge gewahrt. Das Vorliegen eines schweren Verfahrensmangels ist nicht ersichtlich und wird von Seiten der Beklagten auch nicht substantiiert behauptet.

c) Weiter stellt sich die Frage, ob das Gutachten einen derart schweren inhaltlichen Mangel vorweist, dass es offenbar ungerichtet, willkürlich, unsorgfältig, fehlerhaft ist und im hohen Grade der Billigkeit widerspricht. Auf Grund der Akten ist erstellt, dass es sich bei der EMPA – wie die Beklagte selbst in ihrem Schreiben vom 17. Dezember 1998 (KB 7) darlegt – um eine Fachexpertin für die in casu zu beantwortenden Fragen handelt. Gerichtsnotorisch ist, dass es sich bei der EMPA um eine multidisziplinäre und unabhängige Forschungsinstitution für nachhaltige Material- und Systemtechnik im ETH-Bereich handelt. Die EMPA ist mit der ETH eng verbunden und konzentriert sich vorwiegend auf die anwendungsorientierte Forschung. Die Gutachterin wurde denn auch seitens der Beklagten vorgeschlagen. Den Vorbringen der Beklagten in Bezug auf ihre Kritik der Expertise kann nicht gefolgt werden. Insbesondere der Vorwurf der Beklagten (Berufungsbegründung, S. 10), die Expertin habe die konkrete Fassade nicht untersucht, ist unbegründet. Anlässlich des unbestritten durchgeführten Augenscheins wurde das Aussehen der Fassade seitens der EMPA begutachtet. Ihre diesbezüglichen Feststellungen sind unter Ziff. 2.2 des Gutachtens enthalten. Weiter wurde die Imprägnierung vor Ort beurteilt und zwar erfolgte hierbei eine visuelle Beurteilung sowie eine Beurteilung durch Benetzung der Fassade (vgl. Ziff. 2.3 des Gutachtens). Schliesslich wurden Abklärungen im Labor gemacht, unter Angabe der exakten Vorgehensschritte (Ziff. 3 des Gutachtens). Die Zivilkammer, der ein erfahrener Bauingenieur ... angehört, erachtet die Einwände der Beklagten (vgl. Berufungsbegründung, S. 11), dass die von der EMPA eingesetzten technischen Fachleute nicht über die notwendigen Sprachkenntnisse verfügt hätten sowie dass die EMPA in einem irrealen Verfahren Glas imprägniert und dann künstlich bewittert hätten, ebenso für unbegründet. Im Übrigen wird auf die zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz auf S. 7 des angefochtenen Urteils verwiesen (§ 136 GO). Insbesondere ist der Vorinstanz zuzustimmen, dass die EMPA die strittigen Arbeiten fachmännisch untersucht und die von den Parteien gestellten Fragen kompetent und mit überzeugender Begründung beantwortet hat. Offenbare Unbilligkeiten oder grobe Fehler, die eine

Unverbindlichkeit des Gutachtens zur Folge hätten, sind nicht vorhanden. Demzufolge sind die in dem Gutachten getroffenen Feststellungen für die Parteien und das Gericht verbindlich. Die Rüge der Beklagten, dass die Vorinstanz eine willkürliche Sachverhaltsfeststellung vorgenommen habe, erweist sich als haltlos.

5.a) Die Beklagte lässt in einem Eventualstandpunkt vorbringen, selbst wenn das Gutachten der EMPA als Schiedsgutachten zu behandeln wäre, so könnte die EMPA auch in diesem Fall die reine Rechtsfrage, ob ein Mangel (Abweichung des Ist-Zustandes vom vertraglichen Sollzustand) vorliegt oder nicht, auf keinen Fall beantworten. Das Vorliegen eines Mangels wird seitens der Beklagten bestritten.

b) Hierzu ist erneut auszuführen, dass der Schiedsgutachter einen oder mehrere rechtserhebliche Tatsachen *und/oder* einzelne Rechtsfragen verbindlich feststellen kann. Verbunden mit der reinen Tatsachenfeststellung kann demgemäss die Feststellung rechtlicher Tatbestandselemente wie Verschulden, Schaden etc. sein. Mit der vertraglichen Bestellung eines Schiedsgutachters können die Parteien einzelne umstrittene Punkte ihres Disputes einem sachverständigen Dritten zur abschliessenden Begutachtung und Feststellung unterbreiten. Demgemäss ist dem Schiedsgutachten eigentümlich, dass der Beurteilung der ordentlichen Gerichte nur einzelne, nicht aber alle Streitpunkte der Auseinandersetzung entzogen werden. Die endgültige Entscheidung hat durch Richterspruch zu erfolgen. Das heisst, dem ordentlichen Gericht verbleibt die rechtliche Subsumtion und die Feststellung jener Tatbestandselemente, die dem Schiedsgutachter nicht durch die Bestellungsvereinbarung übertragen wurden (Hürlimann, a.a.O., S. 109).

c) Gemäss ihren eigenen Angaben in ihrem Schreiben vom 28. April 1999 an die Gutachterin (KB 28) beschrieb die Beklagte die Auftragserteilung und den Auftragsumfang wie folgt:

«(...) Unsere Firma, die Firma X. AG hat von der Firma Y. AG den Auftrag übernommen, an der Liegenschaft ... eine Fassadenimprägnierung vorzunehmen. Ein schriftlicher Werkvertrag wurde nicht abgeschlossen.

(...)

*Behandlung der Fassade der Liegenschaft ...*

- Abwaschen mit Hochdruck-Heisswasser;
- Imprägnieren mit Hydrosil-Grund L;
- Abwaschen mit Salmiaklösung/Pinselreiniger;
- 2 x leicht aufspritzen von Hydrosil-Grund W gemäss Muster. (...)

Das Vorbringen der Beklagten in der Berufungsbegründung auf S. 9 f., es wäre zunächst einmal festzustellen, was genau Vertragsinhalt zwischen den

### A. 3.4

Parteien gewesen sei und was dementsprechend der vertraglich geschuldete Soll-Zustand des Werkes gewesen wäre, stösst ins Leere, war es doch die Beklagte, welche die oberwähnte Mitteilung an die Expertin vornahm. Mit ihren Vorbringen bezüglich des Vertragsinhaltes ist die Beklagte nicht zu hören.

Die Beklagte liess der Gutachterin zudem einen Fragekatalog der Parteien, bestehend aus 6 Fragen der Klägerin und 3 Fragen der Beklagten, zukommen. Die Gutachterin hält einleitend im Prüfungsbericht fest (KB 10, Ziff. 1 S. 2), dass die von den Parteien gestellten Fragen in einem separaten Schreiben beantwortet werden, wobei der Bericht für die Beantwortung ein integrierender Bestandteil ist. Die Beantwortung der von den Parteien gestellten Fragen durch die Expertin ist demgemäss entgegen den Vorbringen der Beklagten sowohl im erst- als auch im zweitinstanzlichen Verfahren verbindlich für das Gericht, denn was Gegenstand des Schiedsgutachtens ist, wird durch verbindliche Feststellung des beauftragten Schiedsgutachters ausser Streit gestellt. Die entsprechenden Fragen wurden von beiden Parteien gemeinsam der Gutachterin gestellt und waren Gegenstand der Expertise. Wie die Vorinstanz zutreffend ausführt, ist gemäss dem Gutachten, welches auch die Beantwortung der von den Parteien gestellten Fragen beinhaltet, erstellt, dass die unbestrittenermassen von der Beklagten ausgeführte Imprägnierung der strittigen Fassade wolkige, schnauzartige Abläufe aufweist und zu einem fleckigen Erscheinungsbild geführt hat. Die Ursache dafür liegt in einer falsch gewählten Materialanwendung, in einer nicht oder zu wenig fachkundigen Untergrundsbeurteilung sowie eine einer unfachmännischen Applikation. Diese Feststellungen waren für das erkennende Gericht verbindlich. Die beklagtischerseits bestrittene Kausalität zwischen dem Werk der Beklagten und den festgesetzten Verfärbungen ist folglich eindeutig aus dem Gutachten erwiesen und durch die Vorinstanz rechtsgenügend dargelegt (vgl. angefochtenes Urteil S. 7). Zu Recht führte die Vorinstanz aus, dass unter Berücksichtigung dieser Erwägungen feststehe, dass die beklagtischen Werkvertragsarbeiten mangelbehaftet waren. Die rechtliche Subsumtion erfolgte durch das erkennende Gericht und nicht – wie beklagtischerseits behauptet – durch die Gutachterin. In casu liegt eindeutig ein Werkmangel vor, da das Werk nicht der normalen Beschaffenheit entspricht.

d) Im Unterschied zur (gerichtlichen oder aussergerichtlichen) Expertise kann das Schiedsgutachten auf Grund seiner Verbindlichkeit nicht durch Gegen- oder Oberexpertisen entkräftet werden (vgl. Hürlimann, a.a.O., S. 110). Der Hinweis der Beklagten auf § 152 ZPO und das Bestreiten der entsprechenden Ausführungen der Vorinstanz hierzu (vgl. angefochtenes Urteil S. 6) stossen demgemäss ins Leere (vgl. Berufungsbegründung S. 5 und 9). Im Übrigen wurde seitens der Beklagten keine neuerliche Expertise beantragt, so dass sie aus ihren Ausführungen ohnehin nichts zu ihren Gunsten abzuleiten vermag. Wie die Klägerin richtig ausführt, was es der Beklagten zudem unbenommen, zum Gutachten der EMPA Stellung zu nehmen. Eine Verletzung verfassungsmässiger Rechte ist in diesem Punkt nicht ersichtlich.

(Urteil vom 24. Juni 2003; KG 331/02 ZK. Eine dagegen gerichtete Berufung und staatsrechtliche Beschwerde hat das Bundesgericht mit Urteilen vom 24. Februar 2004 abgewiesen, 4C.265/2003 und 4P.199/2003).

## 4. Strafrecht

### 4.1 Betrug, Kreditkartenmissbrauch und Hehlerei

- *Art. 148 ist Sonderdelikt und lex specialis zu Art. 146 StGB (Erw. 2.1).*
- *Zumutbare Massnahmen gegen den Missbrauch (Erw. 2.2 und 2.3).*
- *Kreditkartenmissbrauch als Vortat zur Hehlerei, Bedeutung der objektiven Strafbarkeitsbedingung (Erw. 3).*
- *Urteilsrevision gemäss § 137 StPO (Erw. 7).*

*Aus den Erwägungen:*

2. Die Verteidigung hält kurz zusammengefasst dafür, dass zum einen die angeklagten, unter Einsatz der Postcard begangenen Taten entgegen dem angefochtenen Urteil nicht den Tatbestand des Betruges (Art. 146 StGB), sondern - wenn überhaupt - die Voraussetzungen eines Check- und Kreditkartenmissbrauchs (Art. 148 StGB) erfüllten (dazu unten E. 2.1). Zum ändern habe die Post bei der Aushändigung der Postcard elementarste Sorgfaltspflichten und grundlegende Kontrollmassnahmen sträflich verletzt bzw. unterlassen, so dass es mangels Arglist beim Betrug bzw. der objektiven Strafbarkeitsbedingung des Ergreifens der zumutbaren Massnahmen gegen den Kartenmissbrauch nach Art. 148 StGB zu keiner Verurteilung seines Mandanten wegen Gehilfenschaft hierzu kommen dürfe (E. 2.2 und 2.3).

2.1 Wer, obschon er zahlungsunfähig oder zahlungsunwillig ist, eine ihm vom Aussteller überlassene Check- oder Kreditkarte oder ein gleichartiges Zahlungsinstrument verwendet, um vermögenswerte Leistungen zu erlangen und den Aussteller dadurch am Vermögen schädigt, wird, sofern dieser und das Vertragsunternehmen die ihnen zumutbaren Massnahmen gegen den Missbrauch der Karte ergriffen haben, mit Gefängnis bis zu fünf Jahren bestraft (Art. 148 Abs. 1 StGB).

a) Mit der Teilrevision des Strafgesetzbuches von 1994 wurde der Tatbestand des Check- und Kreditkartenmissbrauchs eingeführt, um den nicht als Betrug zu qualifizierenden Missbrauch einer Karte durch den insolventen Inhaber unter Strafe zu stellen (Stratenwerth, Schweizerisches Strafrecht, BT I, 5. Aufl., Bern 1995, § 16 Rz 22). Betrug liegt bei einem solchen Sachverhalt nicht vor. Aufgrund des blossen Erlangens einer Karte erwächst dem

## A. 4.1

Kartenaussteller selbst bei arglistiger Täuschung noch kein Schaden (BGE 127 IV 74 f. E. 2 c bb und 2 d), und bei Verwendung der Karte im Dreiparteienverhältnis prüft das Vertragsunternehmen lediglich die formale Berechtigung, nicht jedoch Bonität und Berechtigung des Kunden im Innenverhältnis und kann deshalb über die Deckung nicht getäuscht werden (StGB-Fiolka, Art. 148 Rz 5 mit Hinweisen; Schild Trappe, Zum neuen Straftatbestand des Check- und Kreditkartenmissbrauch, Art. 148 StGB, ZBJV 1997, S. 2 ff.; Trechsel, StGB-Kurzkommentar, 2. Aufl., Zürich 1997, Art. 148 Rz 1).

b) Beim Einsatz einer Postcard spielt das Debit-Kartensystem...

c) Die Vorinstanz begründet im angefochtenen Urteil trotz Bestreiten durch die Verteidigung nicht, warum im vorliegenden Fall Gehilfenschaft zu Betrug und nicht zu Kreditkartenmissbrauch vorliegt. Sie hält insbesondere der Auffassung des Appellanten, dass die von N. verwendete Postcard eine Kreditkarte bzw. ein dieser gleichartiges Zahlungsinstrument gemäss Art. 148 Abs. 1 StGB sei, nichts entgegen. Wer aber *eine ihm vom Aussteller überlassene* Kreditkarte oder ein ähnliches Zahlungsinstrument zur Zahlung von Waren und Dienstleistungen etc. verwendet, mithin kartenspezifisch gebraucht, fällt unter den Anwendungsbereich von Art. 148 StGB, nicht unter Betrug im Sinne Art. 146 StGB (BGE 127 IV 74 E. 2 c). Die Auffassung des Strafgerichtes, dass doch Betrug vorliege, könnte darauf zurückzuführen sein, dass im konkreten Fall der Haupttäter nicht seine eigene, sondern die Karte seines Vaters verwendete. Das geht jedoch aus folgenden Gründen nicht an.

aa) Die Lehre behandelt den Kreditkartenmissbrauch als Sonderdelikt (Trechsel, StGB-Kurzkommentar, Art. 148 Rz 2; StGB-Fiolka, Art. 148 Rz 8; Rehberg/Schmid/Donatsch, Strafrecht III, 8. Aufl., Zürich 2003 S. 210; Schild Trappe, ZBJV 1997 S. 6 FN 14). Die Sondereigenschaft des Täters sehen die erwähnten Autoren in seiner Stellung als *rechtmässigen Inhaber* (Trechsel und Schild Trappe; auch die Botschaft, BBl 1991 II 1023 und Stratenwerth, a.a.O., § 16 Rz 26 gehen davon aus, ohne diese Eigenschaft in Bezug zum Sonderdeliktscharakter von Art. 148 StGB zu setzen) oder darin, dass ihm eine Kreditkarte *überlassen oder abgegeben worden ist* (StGB-Fiolka, Rehberg/Schmid/Donatsch und Schild Trappe, a.a.O., FN 14). Dass der Täter Berechtigter oder rechtmässiger Inhaber einer Kreditkarte oder eines gleichartigen Zahlungsinstrumentes sein müsse, lässt sich dem Wortlaut von Art. 148 Abs. 1 StGB jedoch nicht entnehmen. Der Gesetzestext spricht nur davon, dass dem Täter die Karte vom Aussteller überlassen sein muss. «Abgegeben» ist bloss ein anderer Ausdruck dafür. Von einem gemeinen Delikt, das jedermann begehen kann, unterscheidet sich Art. 148 Abs. 1 StGB also nur darin, dass dem Täter eine Kreditkarte etc. vom Aussteller überlassen worden sein muss.

bb) Das Bundesgericht hat zwar in einem früheren Entscheid festgehalten, dass eine kartenspezifische, missbräuchliche Verwendung einer Kunden-

oder Kreditkarte *durch den berechtigten Inhaber* im Verkehr mit dem Kartenaussteller als auch mit Dritten von Art. 148 StGB als speziellem Tatbestand erfasst werde und der allgemeine Betrugstatbestand insoweit keine Anwendung findet (BGE 122 IV 154 E. 3b). Im bereits oben zitierten Entscheid (BGE 127 IV 74 E. 2 b bb) hat es dann aber dargelegt, dass unklar sei, was mit der Formulierung der Verwendung «durch den berechtigten Inhaber» zu verstehen sei, und für die Beantwortung der Konkurrenzfrage einzig gestützt auf den Wortlaut von Art. 148 Abs. 1 StGB als entscheidend angesehen, dass die Karte dem Inhaber vom Aussteller überlassen worden sei, unabhängig davon ob der Aussteller dabei arglistig getäuscht worden war oder nicht. ...

d) Erachtet man aber die Formulierung «*vom Aussteller überlassene*» Kreditkarte als die das Sonderdelikt ausmachende Tätereigenschaft, so ist diese im vorliegenden Fall gegeben. ...

Nicht angeklagt ist schliesslich die in der Lehre unter Betrug subsumierte Tatvariante, wonach der Täter damit gerechnet hätte, dass die Tankstellenshops als Vertragsunternehmer der Kartenausstellerin ihren Sorgfaltspflichten nicht nachgekommen wären und die Post nicht geschädigt wäre, weil sie den Schaden auf diese abwälzen könnte (StGB-Fiolka, Art. 148 Rz 32 und 53 mit Hinweisen). Eine solche Tatvariante dürfte im Debit-Kartensystem, wo die Überprüfung automatisiert im Verantwortungsbereich des Kartenausstellers abläuft, praktisch kaum vorkommen. Die Post hat denn ihre Forderung offenbar nicht abwälzen können, sondern eine solche im Strafverfahren adhäsionsweise geltend gemacht.

2.2 Die Verteidigung hält im Weiteren zu Recht dafür, dass die Post die ihr zumutbaren Massnahmen gegen einen Kartenmissbrauch im Sinne von Art. 148 StGB nicht ergriffen hat.

a) Lehre und Rechtsprechung betrachten die Voraussetzung des Ergreifens zumutbarer Massnahmen als eine objektive Strafbarkeitsbedingung, die nicht vom Vorsatz des Täters erfasst sein muss (StGB-Fiolka, Art. 148 Rz 35 mit Hinweisen; Trechsel, a.a.O., Art. 148 Rz 9; BGE 127 IV 76 E. 3 a und dazu Vetsch/Fabbri in AJP 2/2002 S. 214; 125 IV 260 E. 2 = Pra 2001 Nr. 17). Erfasst sind nicht nur Massnahmen gegen die missbräuchliche Verwendung der Karte, vielmehr hat die Rechtsprechung das Treffen solcher Massnahmen gerade bei der Kartenausstellung ins Zentrum gerückt (StGB-Fiolka, Art. 148 Rz 37; Vetsch/Fabbri, a.a.O.). An die Sorgfalt sind hohe Massstäbe zu setzen. Der Kartenaussteller, der eine Überprüfung der Zahlungsfähigkeit unterlässt, etwa weil er aus wirtschaftlichen Gründen wie Kundenbindung und Umsatzsteigerung an der Überlassung von Kundenkarten in grosser Zahl interessiert ist, verdient keinen besonderen Schutz durch das Strafrecht (Vetsch/Fabbri, a.a.O., S. 214 f.). ...

b) ... (Ausführungen zu unterlassenen Massnahmen).

## A. 4.1

2.3 Da die Post sowohl bei der Kartenausstellung als auch bei der Verwendung nicht das Minimum an zumutbarer Vorsicht walten lassen, würde es, wenn wider das bisher Ausgeführte Betrug anzunehmen wäre, am Tatbestandsmerkmal der Arglist fehlen. ...

2.4 Zusammenfassend ist daher der Angeklagte vom Vorwurf der Gehilfenschaft zu Betrug oder Kreditkartenmissbrauch im Sinne von Anklageziffer 1 freizusprechen. Damit kann die Frage der Konkurrenz zwischen Hehlerei (vgl. nachfolgend E. 3) und Gehilfenschaft zur Vortat offen bleiben, auch wenn das Kantonsgericht der Auffassung der Vizestaatsanwältin sowie einem Teil der Lehre zuneigt, wonach mit der Bestrafung wegen Hehlerei die Gehilfenschaftshandlung vollständig abgegolten ist (vgl. dazu StGB-Weissenberger, Art. 160 Rz 81 mit Hinweisen auch auf die abweichende Meinung des Bundesgerichts und eines Teils der Lehre).

3. ... (Ausführungen zum Tatbestand der Hehlerei).

a) In der Lehre wird davon ausgegangen, dass Kreditkartenmissbrauch Vortat einer Hehlerei sein kann (StGB-Weissenberger, Art. 160 Rz 21; Rehberg/Schmid/Donatsch, Strafrecht III, S. 268). Die Frage, wie eine allfällige Nichterfüllung der «untypischen» (Trechsel, a.a.O., Art. 148 Rz 9) objektiven Strafbarkeitsbedingung des Ergreifens der zumutbaren Massnahmen zu behandeln wäre, wird nicht weiter kommentiert. Betrachtet man die objektive Strafbarkeitsbedingung als begrifflich nicht klar einzuordnende materielle Voraussetzung für eine Bestrafung ausserhalb von Unrecht und Schuld (Stratenwerth, Schweizerisches Strafrecht, AT, Bern 1982, § 8 Rz 28), könnte vorliegend zumindest theoretisch die Annahme einer tatbestandsmässigen Vortat zur Hehlerei nahe liegen, auch wenn der Haupttäter mangels Erfüllung der objektiven Strafbarkeitsbedingung wegen des Kreditkartenmissbrauchs straflos bliebe.

b) In der soweit ersichtlich bisher nicht als überholt betrachteten älteren Lehre und Praxis wird allgemein davon ausgegangen, dass es ohne Strafbarkeitsbedingung kein Verbrechen oder Vergehen und keine Vortat zur Hehlerei gebe (Schwander, Das schweizerische Strafgesetzbuch, Zürich 1964, Nr. 22 mit Hinweis auf BGE 69 IV 69 ff., wo der in Bezug auf die Vortat zurückgezogene Strafantrag als Prozessvoraussetzung und nicht als Strafbarkeitsbedingung angesehen und deshalb der angefochtene Freispruch von der Hehlerei aufgehoben wurde; Trechsel, Zum Tatbestand der Hehlerei, ZStrR 1975 S. 398 ff.). Daran ist umso mehr festzuhalten, als Hehlerei bei Antragsdelikten nunmehr auch von Gesetzes wegen nur noch verfolgt werden darf, wenn ein Strafantrag vorliegt (Art. 160 Ziff. 1 Abs. 3 StGB, im Unterschied zu Art. 144 Abs. 1 aStGB, der dies nicht regelte).

Es ist darüber hinaus konkret zu berücksichtigen, dass die objektive Strafbarkeitsbedingung in Art. 148 Abs. 1 StGB nicht aus irgendwelchen Gründen der Praktikabilität (Rehberg/Donatsch, Strafrecht I, 7. Aufl., Zürich

2001, S. 80), sondern mit Bezug auf die Opfermitverantwortung ein Gleichgewicht zum Erfordernis der Arglist beim Betrug schaffen soll, aus der Erkenntnis, dass der vom Kartenherausgeber in eigenem wirtschaftlichen Interesse gewährte «Vertrauensvorschuss» nicht durch eine zu weit gehende Kriminalisierung des Kunden erkaufte werden soll (StGB-Fiolka, Art. 148 Rz 35 mit Hinweisen). Im bundesrätlichen Entwurf hatte man dieses Ziel noch auf der Tatbestandsebene zu erreichen versucht, in dem man nicht nur in der Marginalie sondern auch im Wortlaut der Bestimmung selber das Verb «missbrauchen» verwendet hat (vgl. Schild Trappe, ZBJV, 1997 S. 24 f.). Bemühte sich der Gesetzgeber aber beim Kreditkartenmissbrauch die Strafbarkeit unter dem Aspekt der Eigenverantwortung analog zur Betrugskonzeption mit dem Tatbestandselement der Arglist einzuschränken (ebd.), darf die theoretische Einordnung als Strafbarkeitsbedingung auf die Beantwortung der Frage des Vorliegens einer Vortat bei der Hehlerei nicht unterschiedliche Auswirkungen haben, je nach dem, ob der Tatbestand des Betrugs oder Kreditkartenmissbrauchs Anwendung findet. Dies umso weniger, als es bei der objektiven Strafbarkeitsbedingung wie gesagt um eine rechtsdogmatisch unscharfe Voraussetzung der Strafbarkeit handelt. ...

5. Zusammenfassend ist in teilweiser Gutheissung der Berufung sowie der Anschlussberufung der Angeklagte vom Vorwurf der Gehilfenschaft zum Betrug oder Kreditkartenmissbrauch und der Hehlerei im Sinne der Anklageziffern 1 und 2 freizusprechen . ...

6. ... (Adhäsionsforderung).

7. Die teilweise Gutheissung der Berufung des Angeklagten hat zur Folge, dass die angefochtenen Verurteilungen wegen Gehilfenschaft zu Betrug und wegen Hehlerei aus Gründen aufgehoben werden, die auch dem Mitangeklagten N. zustatten kommen könnten, so dass unter Umständen die gegen diesen ergangenen Schuldsprüche abzuändern sind (§ 137 StPO). Hierzu wird das Kantonsgericht in einem Nachverfahren die entsprechenden Akten beziehen und die betroffenen Parteien Stellung nehmen lassen. ...

(Entscheid vom 14. Oktober 2003; KG 467/01 SK).

## 4.2 Verjährung

– *Die am 1. Oktober 2002 in Kraft getretenen Verjährungsbestimmungen sind in der Regel nicht milderer Recht.*

*Aus den Erwägungen:*

3. ... Am 1. Oktober 2002 sind die neuen Verjährungsbestimmungen des Schweizerischen Strafgesetzbuches in Kraft getreten. Nach Art. 337 StGB



### A. 4.3

gilt auch für das Verjährungsrecht des StGB der Grundsatz der Nichtrückwirkung des neuen Rechts; das neue Verjährungsrecht wäre nur anzuwenden, wenn es für den Angeklagten das mildere ist. ...

a) und b) ...

c) Das neue Verjährungsrecht ist für den Angeklagten nicht das mildere: nach Art. 70 Abs. 1 lit. b StGB verjährt die Strafverfolgung zwar ebenfalls in 15 Jahren, wenn die Tat mit Gefängnis von mehr als drei Jahren oder mit Zuchthaus bedroht ist. Nach Absatz 3 von Art. 70 StGB endet der Verjährungslauf jedoch bereits mit der Ausfällung des erstinstanzlichen Urteils. Die Verjährung wäre deshalb bei Anwendung des neuen Rechts nicht eingetreten. ...

(Beschluss vom 26. April 2003; KG 377 und 379/93 SK).

### 4.3 Bussenumwandlung in Haft

- *Voraussetzungen der Bussenumwandlung in bedingte oder unbedingte Haft.*
- *Möglichkeit der nachträglichen Bezahlung.*

*Aus den Erwägungen:*

1. Der Antragsgegner hat die ihm auferlegte Busse von Fr. 1'000.00 trotz wiederholter Mahnungen nicht bezahlt. Die Betreuung führte zur Ausstellung eines Verlustscheines. Bezahlt der Verurteilte die Busse nicht und verdient er sie auch nicht ab, so wird sie durch den Richter in Haft umgewandelt (Art. 49 Ziff. 3 Abs. 1 StGB). Der Richter kann die Umwandlung ausschliessen, wenn ihm der Verurteilte nachweist, dass er schuldlos ausserstande ist, die Busse zu bezahlen (Art. 49 Ziff. 3 Abs. 2 StGB). Hierzu sind keine weiteren Abklärungen mehr zu tätigen, nachdem der Nachweis unverschuldeter Mittellosigkeit dem Verurteilten obliegt und dieser sich mit dem Versprechen, die Busse bis Ende Oktober zu zahlen, von der Verhandlung hat dispensieren lassen. Die Busse ist demzufolge in Haft umzuwandeln. ...

Der Antragsgegner und die Vollzugsbehörden sind darauf hinzuweisen, dass von der Vollstreckung der Haft abzusehen ist, wenn er die Busse nach der Umwandlung bezahlt (§ 163 Abs. 3 StPO; Trechsel, StGB-Kurzkommentar, 2. Aufl., Zürich 1997, Art. 49 Rz 11 mit Hinweisen). Zahlt der Antragsgegner den ausstehenden Bussenbetrag von Fr. 750.00 aber, wie er dem Kantonsgerichtspräsidenten zugesichert hat, nicht bis Ende Oktober 2003, ist die Haft zu vollziehen.

2. Gemäss Art. 49 Ziff. 3 Abs. 3 Satz 2 StGB sind die Bestimmungen über den bedingten Strafvollzug auf die Umwandlungsstrafe anwendbar. In die

Prognose des künftigen Wohlverhaltens ist auch der Wille zur Bussenzahlung miteinzubeziehen und es ist zu prüfen, ob die Aussicht besteht, dass der Antragsgegner im Falle einer erneuten Geldstrafe die Busse zu begleichen versucht (BGE 124 IV 210 E. 9 lit. b mit Hinweisen). Das Verhalten des Antragsgegners im vorliegenden Verfahren dokumentiert, dass er sich um seine Verurteilung und deren Folgen grundsätzlich wenig kümmert. Erst das Erscheinen der Polizei bei der Zustellung der Vorladung zur Verhandlung vor Kantonsgericht hat ihn zur Zahlung eines Viertels der Busse bewegen und ihm das Versprechen abringen können, den Rest der Busse bis Ende Oktober zu zahlen. Vorher sind alle Vollzugsbemühungen (inkl. Angebot des Abverdienens durch gemeinnützige Arbeit) gescheitert. Mithin ist nicht anzunehmen, dass die Gewährung des bedingten Strafvollzuges im Falle einer erneuten Geldstrafe ihn zu Wohlverhalten veranlassen würde. Seiner Zahlungsrenitenz kann nur mit einer unbedingten Umwandlungsstrafe wirksam begegnet werden, sofern er den Bussenrest nicht doch noch ... bezahlt.

...

(Urteil vom 9. September 2003; KG 373/01 SK).

#### 4.4 SVG: Vertrauensgrundsatz und Höchstgeschwindigkeit

- *«GENERELL 50» ausserorts?*
- *Vertrauen des Vortrittsbelasteten in concreto auf nicht wesentlich über-setzte Geschwindigkeit des Unfallgegners.*
- *Kognition im kantonalen Nichtigkeitsbeschwerdeverfahren.*
- *Zulässigkeit der eidg. Nichtigkeitsbeschwerde.*

*Aus den Erwägungen:*

1. Der Einzelrichter ist im Wesentlichen davon ausgegangen, dass sämtliche Zufahrtsstrassen zur Unfallstelle mit entsprechenden Geschwindigkeitssignalisationen von 50 km/h bzw. generell 50 km/h versehen seien und keine Aufhebungen dieser Geschwindigkeitsbeschränkungen vorlägen, weshalb von einer tatsächlich zulässigen Höchstgeschwindigkeit von 50 km/h auszugehen sei. Weiter hat er erwogen, dass Y., welche einräumte, mit ca. 60 km/h gefahren zu sein, die zulässigen 50 km/h um mindestens 10 km/h überschritten hätte. Auch das Schadensbild weise auf eine erhebliche Geschwindigkeitsüberschreitung sowie darauf hin, dass die Angeklagte im Zeitpunkt der Kollision die Kreuzung bereits zu einem wesentlichen Teil überquert haben müsse. Deshalb wirft der Einzelrichter der vortrittsberechtigten Unfallbeteiligten vor, dass sie sich nicht vergewissert habe, ob die Angeklagte ihr den Vortritt überhaupt noch hätte gewähren können und hat letztere daher sowie zumindest im Sinne des Grundsatzes «in dubio pro reo» vom Anklagevorwurf freigesprochen.

## A. 4.4

### 2. ...

3. Die Rügen, für die vortrittsberechtigte Y. habe nicht eine Beschränkung von 50 km/h, sondern 80 km/h gegolten und die Vorinstanz habe zu Unrecht angenommen, der Vertrauensgrundsatz von Art. 26 SVG greife, hat die Staatsanwaltschaft zutreffend dem Nichtigkeitsgrund der Verletzung materiellen Rechts im Sinne von § 152 lit. c StPO subsumiert.

a) Nach Art. 4a Abs. 1 lit. a und Abs. 2 VRV gilt die allgemeine Höchstgeschwindigkeit von 50 km/h im ganzen dicht bebauten Gebiet der Ortschaft; sie beginnt beim Signal «Höchstgeschwindigkeit 50 generell» (2.30.1) und endet beim Signal «Ende der Höchstgeschwindigkeit 50 generell» (2.53.1). Nach Art. 22 Abs. 3 SSV wird der Beginn der allgemeinen Höchstgeschwindigkeit von 50 km/h mit dem Signal «50 km/h generell» dort angezeigt, wo die dichte Überbauung auf einer der beiden Strassenseiten beginnt, und das Ende dort angezeigt, wo keine der beiden Strassenseiten nicht mehr dicht bebaut ist. Die allgemeine Höchstgeschwindigkeit von 80 km/h gilt nach Art. 4a Abs. 3 VRV erst ab dem Signal «Ende der Höchstgeschwindigkeit 50 km/generell» (2.53.1).

b) Unbestritten ist, dass die Einfahrt zum «Haslenboden» ab der Mühlenstrasse mit «50 km/h generell» (2.30.1) signalisiert ist. Offensichtlich handelt es sich dabei aber zumindest um eine unklare, missverständliche Signalisation, weil die entsprechende Tafel nicht für ein dicht bebautes Gebiet gesetzt ist (act. ...). Zweck, für dicht bebaute Gebiete eine Geschwindigkeitsbeschränkung von generell 50 km/h vorzusehen, ist u.a. auch, nicht nach jeder Verzweigung in einer Ortschaft die Geschwindigkeitsbeschränkung neu signalisieren zu müssen. So gilt denn die Regel, dass generell 50 km/h im ganzen dicht bebauten Gebiet und nicht bloss bis zur nächsten Verzweigung gilt (Art. 16 Abs. 2 letzter Satz SSV). Entgegen der Auffassung der Beschwerdegegnerin sieht die Strassenverkehrsgesetzgebung ausserorts eine Geschwindigkeitsbeschränkung von 50 km/h generell nicht vor, weshalb der Geltungsbereich einer vorschriftswidrigen ausserorts angebrachten entsprechenden Signalisation zumindest unklar ist. ... Geschwindigkeitsbegrenzungen enden an der nächsten Verzweigung, d.h. Kreuzung, Gabelung oder Einmündung einer Fahrbahn (Art. 1 Abs. 8 VRV). In Anwendung dieser Regelung würde auch die vorschriftswidrige Beschränkung von «50 generell» bei der Einfahrt ab der Mühlenstrasse für die Vortrittsberechtigte bei der nächsten Strassenverzweigung im Gebiet «Schöri» enden.

c) Für die von Sch. herkommende Angeklagte bestand entgegen der von ihr vor dem Untersuchungsrichter geäusserten Auffassung bei der Unfallstelle keine von der allgemeinen Höchstgeschwindigkeit von 80 km/h abweichende Beschränkung auf 50 km/h mehr, da sie bereits mehrere Verzweigungen passiert hatte, welche die ausgangs Sch. signalisierte Geschwindigkeitsbeschränkung von 50 km/h aufgehoben hatten. ...

4. Mit der falschen Beurteilung der Frage nach der signalisierten zulässigen Höchstgeschwindigkeit und der allein daraus abgeleiteten Annahme, dass die Angeklagte nicht davon ausgehen musste, dass die Unfallgegnerin erheblich schneller als mit 50 km/h unterwegs war, hat die Vorinstanz materielles Recht verletzt und, wie die Staatsanwaltschaft zu Recht geltend macht, einen Nichtigkeitsgrund gesetzt. ... Aus folgenden Gründen kann indes nicht eine Rückweisung zur *Verurteilung* erfolgen.

a) Die für die Vortrittsberechtigte signalisierte Höchstgeschwindigkeit stellt für die Beurteilung des Hauptthemas der Missachtung des Vortritts durch die Angeklagte quasi nur eine Vorfrage dar. Die entscheidende Frage, ob das Vortrittsrecht durch die Angeklagte aber nachgewiesenermassen schuldhaft verletzt wurde, wird mit der Feststellung, dass die zulässige Höchstgeschwindigkeit der Vortrittsberechtigten nicht auf 50 km/h beschränkt angesehen werden kann, nicht ohne weiteres erledigt. Nach Art. 32 Abs. 1 SVG ist die Geschwindigkeit nämlich stets den Umständen, namentlich den Strassen-, Verkehrs- und Sichtverhältnissen anzupassen; vor nicht frei überblickbaren Strassenverzweigungen ist langsam zu fahren. Ob die Vortrittsberechtigte mit in diesem, von der Vorinstanz nicht überprüften Sinne angepasster Geschwindigkeit gefahren ist, bestreitet die Angeklagte. Sie macht geltend, dass die vortrittsberechtigte Fahrzeuglenkerin zu schnell unterwegs gewesen sei. Aus den Akten ist zu schliessen, dass die beiden Strassen derart schmal sind, bereits das Kreuzen entgegenkommender Fahrzeuge erschwert ist und ausserdem mit der Ausübung von Freizeitaktivitäten zu rechnen ist – alles Gründe, die gegen eine Ausnützung der zulässigen Höchstgeschwindigkeit sprechen. Kommt hinzu, dass auch die vortrittsberechtigte Lenkerin zugegeben hat, die Überblickbarkeit der Kreuzung sei wegen des Trafohäuschens an der Unfallkreuzung beeinträchtigt, womit ein weiterer Grund zur Drosselung der Geschwindigkeit bestand. ...

b) ... Der erforderlichen Neubeurteilung durch die Vorinstanz bezüglich Angemessenheit der von der vortrittsberechtigten Lenkerin gefahrenen Geschwindigkeit soll nicht vorgegriffen werden; denn nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung muss jedenfalls eine Wartepflichtige grundsätzlich nicht mit übersetzter Geschwindigkeit eines auftauchenden Fahrzeuges rechnen (vgl. BGE 118 IV 272).

c) Es ist nicht Sache der Kassationsinstanz über die Feststellung des Nichtigkeitsgrundes hinaus den Prozessstoff zu überprüfen, ausser es wäre aus andern Gründen ein Freispruch spruchreif (§ 156 Abs. 1 StPO), was vorliegend jedoch nicht der Fall ist. Das Kantonsgericht kann die Frage, ob die Vortrittsberechtigte mit angepasster oder mit einer derart übersetzten Geschwindigkeit, mit welcher die Angeklagte nicht hatte rechnen müssen, unterwegs war, aus den dargelegten Gründen nicht abschliessend beantworten. Es ist deshalb Sache des Richters vor Ort zu prüfen, ob der Angeklagten unter den gegebenen Umständen eine Vortrittsverletzung nachzuweisen ist (evtl. Augenschein mit Rekonstruktion).

## A. 4.5

5. Die Staatsanwaltschaft macht noch den Nichtigkeitsgrund der willkürlichen tatsächlichen Annahme im Sinne von § 152 lit. b StPO geltend. Sie ist der Auffassung, dass die von der Vorinstanz aufgeführten Momente der Beschädigung und der Drehung des Fahrzeuges der Angeklagten für sich allein nicht geeignet seien, verbindliche Rückschlüsse auf eine konkrete Geschwindigkeit zu erbringen. Das ist an sich richtig. Die Vorinstanz schliesst aber aus diesen Momenten nicht auf eine konkrete Geschwindigkeit, sondern betrachtet diese nur als Hinweis auf eine erhebliche Geschwindigkeit. Diese Auffassung kann noch nicht als willkürlich tatsächliche Annahme gelten (vgl. auch Kollisionspunkt im hintern Fahrzeugteil der Beschwerdegegnerin). Dass heute die tatsächlich gefahrene Geschwindigkeit durch einen Sachverständigen anhand der beschädigten Fahrzeuge und der Drehung des Fahrzeuges der Angeklagten kaum mehr schlüssig beurteilt werden kann, geht auf die einseitig gegen die Beschwerdegegnerin geführte Untersuchung zurück, in welcher es versäumt wurde, die Ermittlungen auch auf die Frage der seitens der Vortrittsberechtigten gefahrenen Geschwindigkeit auszudehnen. Es fehlen auch Unfallunterlagen wie Kollisionspunktausmessungen und Fahrzeugexpertisen. Wenn deshalb die Vorinstanz zu keinem hinreichenden Beweisergebnis gelangt, wird sie in dubio pro reo an sich nicht ausschliessen dürfen, dass die vortrittsberechtignte Fahrzeuglenkerin mit übersetzter Geschwindigkeit unterwegs war, dies aber *nicht* mit unzutreffenden Überlegungen hinsichtlich der geltenden Geschwindigkeitsbeschränkungen. ...

6.a) ...

b) Gegen den vorliegenden Beschluss ist die eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde gegeben, soweit Fragen des Bundesrechts abschliessend beurteilt wurden (BGE 111 IV 191 f.).

(Beschluss vom 10. Juli 2003; KG 110/03 RK 2, publ. in SJZ 99/2003 Nr. 19 509).

### 4.5 SVG: Nichtbeherrschen des Fahrzeugs

– *Erzwingung der Wegfahrt von einer Fähre als grobe Verletzung von Verkehrsregeln (nebst Nötigung)?*

*Aus den Erwägungen:*

2. Zu beurteilen bleiben damit die Anklagevorwürfe der Nötigung und des Nichtbeherrschens des Fahrzeuges. Die Vorinstanz hat Nötigung gemäss Art. 181 StGB im Sinne der Anklageschrift dadurch als erfüllt betrachtet, als der Angeklagte den für den Entladevorgang verantwortlichen Fährangestellten Moser durch das In-die-Beine-Fahren und den Faustschlag zwang, ein

Abweichen des aus Sicherheitsgründen einzuhaltenden Entladeschemas und damit ein vorzeitiges Wegfahren von der Fähre zu dulden. Das In-die-Beine-Fahren hat sie zugleich als grobe Verkehrsregelverletzung durch Nichtbeherrschen des Fahrzeuges beurteilt. Der Angeklagte hat auch im Berufungsverfahren wie schon im Untersuchungsverfahren sowie vor der ersten Instanz bestritten, dem Fährangestellten in die Beine gefahren zu sein und behauptet, dass der Faustschlag ein Reflex auf eine Bewegung des Fährangestellten gewesen sei. ...

3. (Beweiswürdigung).

4.a) (Auführungen zum Nötigungstabestand, der erfüllt wurde).

b) Die Staatsanwaltschaft hält dafür, dass das Anfahren der Beine des Fährangestellten als grobe Verletzung von Verkehrsvorschriften im Sinne von Art. 90 Ziff. 2 SVG zu qualifizieren sei, ohne jedoch konkret auf die Verkehrsregel Bezug zu nehmen, welche der Angeklagte verletzt hätte. Die Anklage und das angefochtene Urteil gehen von einem Nichtbeherrschen des Fahrzeuges aus, wie es Art. 31 SVG verlangt. Nach Absatz 1 dieser Bestimmung muss der Führer das Fahrzeug ständig so beherrschen, dass er seinen Vorsichtspflichten nachkommen kann. Beherrschen heisst dafür sorgen, dass das Fahrzeug nichts tut, was der Fahrer nicht will (Giger, SVG-Kommentar, 6. Aufl., Zürich 2002, S. 90). Im vorliegenden Fall hat das Fahrzeug des Angeklagten nichts gemacht, was er nicht wollte. Im Gegenteil wollte der Angeklagte mit dem Anfahren der Beine des Fährangestellten diesen ja wie gesagt dazu bringen, ihm die Wegfahrt von der Fähre zu erlauben. Es fehlte ihm deshalb auch nicht an einer für das Beherrschen des Fahrzeuges erforderlichen allgemeinen Voraussetzungen wie Fahrfähigkeit oder Aufmerksamkeit, infolgedessen er die Situation falsch eingeschätzt und den Fährangestellten versehentlich - eben infolge Nichtbeherrschens des Fahrzeuges - angefahren hätte. Eine andere Regelverletzung als die des Beherrschens des Fahrzeuges ist nicht angeklagt. Deshalb ist der Angeklagte mangels Tatbestandserfüllung vom Vorwurf des Nichtbeherrschens des Fahrzeuges freizusprechen. Auch an dieser Stelle kann mithin die Frage, ob die zur Begehung einer Nötigung begangene Verkehrsregelverletzung nicht konsumiert würde, offen bleiben. ...

(Urteil vom 17. Juni 2003; KG 326/98 SK).

## A. 4.6

### 4.6 Entwendung eines Motorfahrzeuges zum Gebrauch (Art. 94 Ziff. 1 SVG)

– Halterbegriff.

*Aus dem Sachverhalt:*

Am Sonntag, 16. März 2003, zirka um 17.00 Uhr fuhr A. mit dem auf seinen Vater B. eingelösten Personenwagen Mercedes auf der Unterdorfstrasse in P., obwohl ihm der Führerausweis am 12. Juli 2002 durch das Verkehrsamt des Kantons Schwyz auf unbestimmte Zeit entzogen worden war.

Das Bezirksamt Höfe klagte A. am 23. September 2003 beim Bezirksgericht Höfe u.a. wegen Entwendung eines Motorfahrzeuges zum Gebrauch (Art. 94 Ziff. 1 SVG) an mit folgender Begründung:

«Für die vorgenannte Fahrt vom 16.03.2003 in P. SZ benutzte A. den Personenwagen Mercedes (...), dessen Halter zu diesem Zeitpunkt sein Vater B. war. Der Personenwagen war am 03.06.2002 auf den Namen von B. und dabei auf dessen eigenes Kontrollschild SZ ... eingelöst worden. B. hat das Fahrzeug selber benutzt und seine Verantwortung als Halter wahrgenommen. Er hat A. dabei ausdrücklich angewiesen, dass er wegen seines Führerausweisentzuges mit dem Auto nicht fahren dürfe. Am 16.03.2003 hat A. den Personenwagen Mercedes mit dem Kontrollschild SZ ... gegen den Willen des Halters benutzt und damit dessen Gewahrsam gebrochen.»

*Aus den Erwägungen:*

2. Wer ein Motorfahrzeug zum Gebrauch entwendet und wer ein solches Fahrzeug führt oder darin mitfährt, obwohl er bei Antritt der Fahrt von der Entwendung Kenntnis hatte, wird mit Gefängnis oder mit Busse bestraft (Art. 94 Ziff. 1 Abs. 1 SVG). In objektiver Hinsicht ist der Tatbestand erfüllt, wenn jemand gegen den Willen des Halters oder eines anderweitig Berechtigten ein Motorfahrzeug in Besitz nimmt. Die Untersuchungsrichterin wirft A. vor, nicht er, sondern sein Vater sei zur fraglichen Zeit Halter des Fahrzeuges Mercedes gewesen; B. habe das Auto selber benutzt und seine Verantwortung als Halter wahrgenommen.

Gemäss Art. 78 Abs. 1 VZV beurteilt sich die Haltereigenschaft nach den tatsächlichen Verhältnissen: «Als Halter gilt namentlich, wer die tatsächliche und dauernde Verfügungsgewalt über das Fahrzeug besitzt und es in seinem Interesse oder auf seine Kosten gebraucht oder gebrauchen lässt.» Ausführliche Überlegungen zum Begriff des Halters finden sich bei Hans Giger, Kommentar zum Strassenverkehrsgesetz (6., neubearbeitete Auflage 2002), Art. 58 (in der Folge kurz: Kommentar). Giger weist einleitend (II. Begriff des Halters, A. Zusammengefasste Überlegungen als Ausgangslage, S. 174) wohl zu Recht darauf hin, dass in der Regel die zur Zeit eines Unfalles im Fahrzeugausweis eingetragene natürliche oder juristische Person Halter ist. Sie braucht es aber nicht zu sein, weshalb der Richter im Einzelfall zu prüfen hat, wer tatsächlich Halter ist. Das Bundesgericht hat im Entscheid BGE

92 II 39 mit Hinweis auf Oftinger (Haftpflichtrecht, 2. Aufl., II/1 S. 481) festgehalten, Halter sei derjenige, «auf dessen eigene Rechnung und Gefahr der Betrieb des Fahrzeuges erfolgt und der zugleich über dieses und allenfalls über die zum Betrieb erforderlichen Personen die tatsächliche, unmittelbare Verfügung besitzt». Giger vertritt die Ansicht (Kommentar, Art. 58 SVG, S. 175/176), die Formulierung des Bundesgerichts sei nicht wörtlich, sondern sinngemäss so auszulegen, dass zwei Voraussetzungen den Halterbegriff bestimmen, nämlich die wirtschaftliche und die gegenständliche, betriebsbezogene Verfügungsgewalt; Halter sei, wer das Betriebsschicksal des Fahrzeuges bestimme, wer für den Betrieb des Fahrzeugs verantwortlich sei. Massgeblich für die Bestimmung der Haltereigenschaft sei nicht die «tatsächliche, unmittelbare Verfügung», sondern das sich mit dem Interesse am Betrieb deckende Verantwortlichsein für Betriebstauglichkeit, Betriebsbereitschaft und Betriebssicherheit.

Zur Klärung der Frage, wer Halter des am 16. März 2003 von A. unbestrittenermassen gefahrenen Motorfahrzeuges Mercedes war, ergibt sich aus den Verfahrensakten das Folgende: Als Halter im Fahrzeugausweis eingetragen war B., der das Auto offenbar auch regelmässig benutzte. B. sagte gegenüber der Untersuchungsrichterin aus, er habe den einen von insgesamt zwei Wagenschlüsseln immer in seiner Jackentasche getragen. Eigentümer des Wagens war demgegenüber unbestrittenermassen A. Dieser hatte den Wagen im November 2001 zum Preis von Fr. 24'500.– gekauft. A. war es auch, der gemäss Aussage von B. sämtliche Versicherungsprämien, Fahrzeugsteuern und Unterhaltsrechnungen für den Mercedes bezahlte. A. selber machte sowohl gegenüber der Untersuchungsrichterin als auch vor Schranken geltend, er habe das Auto auf den Vater eingelöst, weil er damit Versicherungsprämien habe sparen können. Hinzu sei gekommen - was von B. bestätigt wird -, dass praktisch gleichzeitig, als ihm der Führerausweis entzogen worden sei, das alte Auto des Vaters endgültig ausgestiegen sei und sie sich darauf geeinigt hätten, den Mercedes auf das Kennzeichen von B. (SZ ...) einzulösen.

B. war im fraglichen Zeitpunkt im Fahrzeugausweis als Halter des Mercedes eingetragen und erfüllte damit zumindest ein formales Halterkriterium. Weitere Kriterien erfüllt er demgegenüber nach Ansicht des Gerichtes nicht. Dass A. Eigentümer des Fahrzeuges war, ist dabei - als weiteres rein formales Kriterium - nicht ausschlaggebend. Entscheidend für die Annahme, dass entgegen der Darstellung der Strafuntersuchungsbehörde A. Halter des Motorfahrzeuges Mercedes war, ist, dass A. sowohl in ökonomischer als auch in betriebsbezogener Hinsicht die Verfügungsmacht über das Fahrzeug hatte. Er war es, der unbestrittenermassen sämtliche Kosten für das Fahrzeug getragen hat, inklusive Unterhaltskosten. Es ist daher ohne Weiteres davon auszugehen, dass ausschliesslich er und nicht B. beispielsweise über die Vornahme von Reparaturen und Servicearbeiten entschieden und somit die Verantwortung für die Betriebstauglichkeit und -sicherheit des Fahrzeuges getragen hat. Die Verfügungsmacht des B. war temporär und rein faktisch, von der umfassenden Herrschaft des A. lediglich abgeleitet.



## A. 5.1

Dass B. das Auto regelmässig benutzt hat, vermag am Gesagten nichts zu ändern. Der Halter im Rechtssinne hat ein dauerndes Interesse an der Inverkehrsetzung des Fahrzeuges. Damit ist eine sich grundsätzlich mit der Betriebsdauer des Fahrzeuges deckende Zeitspanne gemeint, «die nichts mit einer vorübergehenden, wenn vielleicht auch Monate dauernden Inanspruchnahme des Motorfahrzeuges zu tun hat» (dazu: Kommentar, Art. 58 SVG, S. 183). In casu hat als erstellt zu gelten (zumal von der Strafuntersuchungsbehörde nie etwas anderes behauptet wurde), dass die tatsächliche Verfügungsmacht des B. über die Verwendung des Fahrzeuges Mercedes von Anfang an auf die Dauer des Führerausweiseszuges bei A. beschränkt war.

Gestützt auf die obigen Ausführungen geht das Bezirksgericht davon aus, dass A. im Zeitpunkt der inkriminierten Fahrt Halter des Motorfahrzeuges Mercedes war. Er ist daher vom Vorwurf der Entwendung eines Motorfahrzeuges zum Gebrauch freizusprechen. (Urteil vom 28. Oktober 2003; [BS 03 8]).

## 5. Strafprozessrecht

### 5.1 Beschlagnahme und Eigentumsgarantie

- *Amtliche Verwahrung von Vermögensgegenständen wie Motorfahrzeugen.*
- *Ersatzmassnahme, Beschlagnahme unter Auflagen und ohne Gewahrsamsentzug.*

*Aus den Erwägungen:*

1. Das Verhöramt des Kantons Schwyz führt eine Strafuntersuchung gegen den Beschwerdeführer wegen Beteiligung an mehrfachem Einbruchdiebstahl, begangen im Zeitraum zwischen Dezember 2002 und Januar 2003, wobei der Angeschuldigte bis auf einen einzelnen Fall von Diebstahl geständig ist. Mit Verfügung vom 4. April 2003 beschlagnahmte das kantonale Verhöramt beim Beschwerdeführer ein Paar Turnschuhe, Bargeld im Betrag von Fr. 638.20 sowie einen Personenwagen vom Typ «Audi» Cabriolet. Während die Turnschuhe zu Beweiszwecken und ein Teil des Bargelds im Hinblick auf eine spätere Rückgabe an den Geschädigten sichergestellt wurden, erfolgte die Beschlagnahme des restlichen Geldbetrags sowie des Personenwagens «Audi» Cabriolet gestützt auf § 35 Abs. 1 StPO zur Deckung der Kosten des Strafverfahrens. Mit der gleichen Verfügung erteilte das kantonale Verhöramt der Kantonspolizei Schwyz den Auftrag zur vorzeitigen Verwertung des Fahrzeuges gemäss § 35 Abs. 3 StPO, mit der Begründung, das Fahrzeug unterliege einer schnellen Wertminderung durch drohende Standschäden. ...

2. ...

3. Erscheint es zur Sicherung der künftigen Vollstreckung eines Urteils geboten, so kann gemäss § 35 Abs. 1 StPO vom Vermögen des Angeschuldigten so viel beschlagnahmt werden, als zur Deckung der Kosten und zur Vollstreckung des Strafurteils erforderlich ist. Nicht beschlagnahmt werden dürfen Vermögenswerte, die im Sinne von Art. 92 SchKG unpfändbar sind (Hauser/Schweri, Schweizerisches Strafprozessrecht, 5. Aufl., Rz 22/24 zu § 69). Dazu gehören gemäss Art. 92 Abs. 1 Ziff. 3 SchKG Gegenstände, die für den Schuldner zur Ausübung seines Berufs notwendig sind. Ein zur Berufsausübung nicht notwendiger Gegenstand im Sinne dieser Bestimmung ist gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung das als blosses Transportmittel für den Arbeitsweg dienende Motorfahrzeug, wenn gleichzeitig ein öffentliches Verkehrsmittel zur Verfügung steht (BGE vom 20. August 2002, 7B/117, mit weiteren Verweisen; BGE 110 III 18; Fritzsche/Walder, Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht, Bd. I, Rz 30 zu § 24).

Allerdings hat eine Beschlagnahme von Vermögenswerten als Eingriff in die verfassungsrechtliche Eigentumsgarantie wie sämtliche Zwangsmassnahmen den Grundsatz der Verhältnismässigkeit zu beachten (Art. 5 Abs. 2 BV, Art. 26 Abs. 1 BV i.V.m. Art. 36 Abs. 3 BV). Unter mehreren geeigneten Mitteln ist das schonendste auszuwählen (Hauser/Schweri, Schweizerisches Strafprozessrecht, 5. Aufl., Rz 10 zu § 67; Schmid, Strafprozessrecht, 3. Aufl., Rz 686; Häfelin/Haller, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 5. Aufl., Rz 322). Ferner muss zwischen dem mit der Zwangsmassnahme verfolgten Ziel und der Art des Eingriffs in die Rechte des Betroffenen ein vernünftiges Verhältnis bestehen (Schmid, Strafprozessrecht, 3. Aufl., Rz 686; Häfelin/Haller, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 5. Aufl., Rz 323). Zwar hat die Beschlagnahme von Vermögenswerten zur Sicherstellung von Verfahrenskosten vorsorglichen Charakter und darf grundsätzlich auch angeordnet werden, bevor die Kostenbelastung endgültig feststeht (Hauser/Schweri, Schweizerisches Strafprozessrecht, 5. Aufl., Rz 22 zu § 69). Aus dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit folgt aber, dass vor diesem Zeitpunkt eine Beschlagnahme nur dann erfolgen darf, wenn im zu beurteilenden Fall eine Sicherstellung der Verfahrenskosten nicht auch auf anderem Weg erreicht werden kann und das Ziel der Massnahme im Übrigen in einem vernünftigen Verhältnis zur Art des Eingriffs in die Rechte des Betroffenen steht.

4. Vorliegend beruht die Sicherstellung der Verfahrenskosten auf dem Verkehrswert des beschlagnahmten «Audi» Cabriolet. Bei diesem Fahrzeug handelt es sich um einen elfjährigen Gebrauchtwagen mit 140'000 gefahrenen Kilometern. Angesichts des Alters und Kilometerstands des Fahrzeugs weist der Beschwerdeführer zu Recht darauf hin, dass durch dessen blossen Gebrauch bis zum Abschluss der Strafuntersuchung wie auch durch das blosses Verstreichen von Zeit bis zum rechtskräftigen Urteil nicht mit einer substanziellen Wertminderung des Wagens zu rechnen ist (...). Einer Wert-

## A. 5.2

minderung des Fahrzeuges durch allfällige Beschädigung beim Gebrauch kann zudem mit dem Abschluss einer Vollkasko-Schadenversicherung durch den Beschwerdeführer vorgebeugt werden. Gleichzeitig kann der Beschwerdeführer dazu verpflichtet werden, für den Werterhalt des Fahrzeuges zu sorgen und sich jeder Veräusserung zu enthalten. Um sicherzustellen, dass keine Handänderung erfolgt, kann der Fahrzeugausweis im Original beschlagnahmt und beim Verkehrsamt mit einem Sperrcode versehen werden. Diese Anordnungen können direkt von der verfahrensleitenden Behörde getroffen werden (d.h. vom Verhöramt bis zur Anklageerhebung).

Das Fahrzeug wird zwar weiterhin beschlagnahmt, kann jedoch zum Gebrauch im Gewahrsam des Angeschuldigten verbleiben, womit auch die Gefahr von Standschäden entfällt. Durch die genannten Auflagen kann in ausreichendem Masse sichergestellt werden, dass es nach Abschluss des Strafverfahrens zur Deckung von Verfahrenskosten gegebenenfalls herangezogen werden könnte. Gleichzeitig entfallen die von der Vorinstanz (Verfügung vom 2. Juni 2003, Ziff. 7) zur Begründung eines Notverkaufs geltend gemachten Lagerkosten. Über die Verwertungsfähigkeit des Wagens hat zu gegebener Zeit der zuständige Sachrichter unter Zugrundelegung der Umstände im Urteilszeitpunkt zu entscheiden. Die Frage, ob das Fahrzeug vom Beschwerdeführer im jetzigen Zeitpunkt im Sinne von Art. 92 SchKG zur Berufsausübung notwendig ist, kann an dieser Stelle offen bleiben.

(Beschluss vom 31. Juli 2003; KG 206/03 RK 2, publ. in SJZ 99/2003 Nr. 19 511).

## 5.2 Wiederaufnahme eines Strafverfahrens nach rechtskräftiger Einstellung

– *Für die Wiederaufnahme eines Verfahrens, die schriftlich zu verfügen ist, gilt gemäss § 72 StPO der Grundsatz «in dubio pro accusatione» nicht.*

*Aus den Erwägungen:*

4.b) Anders als bei der Beschlussfassung über die Eröffnung bzw. Nichteröffnung eines Strafverfahrens oder die Einstellung bzw. Anklageerhebung hat die Person, gegen welche ein Strafverfahren rechtskräftig eingestellt wurde, ein rechtlich geschütztes Interesse daran, dass der Untersuchungsrichter eine Strafuntersuchung nur dann wieder aufnimmt, wenn neue Anhaltspunkte ihre Täterschaft oder ihre Schuld wahrscheinlich machen (§ 72 StPO). Zwar kommt Einstellungsverfügungen nur beschränkte Rechtskraft zu. Sie sind aber in dem Sinne verbindlich, dass nicht schon bei nachträglichen Zweifeln an der Richtigkeit der Erwägungen, mit welchen die Einstellung begründet worden ist, sondern erst bei neuen Tatsachen oder Beweismitteln, die für das Vorliegen einer Straftat sprechen, oder bei neuen erheblichen Verdachtsgründen für die Täterschaft das Verfahren wieder auf-

genommen werden darf (vgl. Hauser/Schweri, Schweiz. Strafprozessrecht, 5. Aufl., Basel 2002, § 79 Rz 24). Die Strafuntersuchungsbehörden haben bei der Prüfung der Voraussetzungen für eine Wiederaufnahme nicht den ganzen Sachverhalt von Amtes wegen abzuklären. Sie haben auch die Frage der Wahrscheinlichkeit des Nachweises von Täterschaft und Schuld nicht dem Richter zu überlassen, sondern selber zu entscheiden, ob neue Anhaltspunkte die Täterschaft oder Schuld wahrscheinlich machen und mithin die Wiederaufnahme rechtfertigen. Somit ist es den Untersuchungsbehörden verwehrt, einen Fall voraussetzungslos wieder neu aufzunehmen (vgl. KG 459/02 RK 2 vom 30.11.2002). Der Grundsatz, dass bei Zweifeln eine Strafuntersuchung nicht zu Gunsten des Angeklagten eingestellt werden darf, ist mithin bei der Prüfung der Frage der Wiederaufnahme in dem Sinne zu relativieren, als dass es nicht genügt, bloss neue Zweifel zu säen, sondern es müssen konkrete Anhaltspunkte dargetan werden, welche die Täterschaft und Schuld wahrscheinlich machen.

c) Vorliegend hat das Verhöramt keine Wiederaufnahmeverfügung erlassen, welche die Parteien, insbesondere die Angeschuldigte hätte anfechten können. Der Verteidiger der Angeschuldigten hat dies im wiederaufgenommenen Verfahren, an welchem er beteiligt worden ist, nicht gerügt, weshalb heute auf diesen Mangel nicht mehr zurückzukommen ist. Es macht im heutigen Stadium der Untersuchung keinen Sinn, das Verfahren zum Entscheid über die Wiederaufnahme zurückzuweisen. Allerdings muss zu Gunsten der Angeschuldigten berücksichtigt werden, dass vorliegend die Voraussetzungen an eine Wiederaufnahme der Strafuntersuchung nicht erfüllt waren. Dies aus folgenden Gründen. ...  
(Beschluss vom 18. September 2003; KG 219/03 RK 2).

### 5.3 Anklageprinzip

- *Begrenzungs- und Informationsfunktion des Anklage.*
- *Anforderungen im Zusammenhang mit ANAG-Delikten.*

*Aus den Erwägungen:*

3.d) ... Die Anklage beinhaltet nur die Vorwürfe, die zwecks Ausübung einer Erwerbstätigkeit in die Schweiz eingereisten Ausländerinnen zum Stellenantritt zugelassen (beschäftigt) und beherbergt zu haben, indem sie ihnen in den Clubräumlichkeiten Unterkunft gewährt hätten, was jedoch aus den obgenannten Gründen nicht aufrechterhalten werden kann. Aus den beiden Vorwürfen eine Anklage weiterer Erleichterungshandlungen zu konstruieren, wie das die Vorinstanz getan hat, geht nicht an, auch wenn dies noch so nahe liegen mag, weil die Angeklagten in der Tat den Club bewusst so betrieben, dass rechtswidrig in der Schweiz weilende Ausländerinnen im «Atlan-

## A. 5.4

tis» ihrem Erwerb nachgehen und logieren konnten. Die vorliegende Anklage bezeichnet aber die tatsächlichen Merkmale (§ 74 lit. b StPO) einer Erleichterungshandlung im Sinne von Art. 23 Abs. 1 al. 5 ANAG (als selbständig strafbare Gehilfenschaft) nicht, welche darin bestünde, dass durch die Bereitstellung von gemieteten Räumlichkeiten zur Ausübung einer rechtswidrigen Erwerbstätigkeit und zum Wohnen das rechtswidrige Verweilen von Ausländern in der Schweiz gefördert würde. Der Richter ist bezüglich Sachverhalt an die Anklage gebunden (§ 96 Abs. 1 StPO), weshalb er Lebensvorgänge, die nicht angeklagt sind, seinem Urteil nicht zu Grunde legen darf.

Abgesehen von ihrer Bindungswirkung und ihrer Umgrenzungsfunktion vermittelt die Anklage dem Angeklagten die für die Durchführung des Verfahrens und seine Verteidigung notwendigen Informationen (Informationsfunktion vgl. Hauser/Schweri, Schweiz. Strafprozessrecht, 5. Aufl., Basel 2002, § 50 Rz 16, SJZ 2003 S. 281 Nr. 5). Auch diese Bedeutung der Anklageschrift verbietet es, mit zusätzlichen oder neu verknüpften, erst im Urteil aufgeführten Tatumständen eine Verurteilung nach Art. 23 Abs. 1 al. 5 ANAG zu begründen, weil so die effektive Verteidigung den Angeklagten verunmöglicht wird. Ein solches Vorgehen ist auch mit dem Anspruch auf rechtliches Gehör unvereinbar. Vom Grundsatz, dass die dem Angeklagten zur Last gelegten Delikte im Sachverhalt präzise umschrieben werden und die Vorwürfe im objektiven und subjektiven Bereich genügend konkretisiert sind (BGE 120 IV 354; SJZ ebd.), darf auch in Berücksichtigung des Anliegens, den Anklagegrundsatz nicht zu überspannen und die Anklage auf das Notwendigste zu beschränken, nicht zu Lasten der verfassungsmässigen Rechte des Angeklagten abgewichen werden. Dies um so weniger, als der Erleichterungstatbestand im Lichte von «nulla poena sine lege», namentlich seiner Unbestimmtheit wegen, nicht als unproblematisch anzusehen ist (vgl. Specha, a.a.O., S. 143).

e) Indem die Vorinstanz Sachverhalte und Unterlassungen zur Verurteilung heranzieht, die in der Anklage in tatsächlicher Hinsicht so nicht umschrieben sind, verstösst sie gegen den Anklagegrundsatz. Deshalb und weil die in der Anklage umschriebenen Tathandlungen des Beschäftigten und Beherbergens als Erleichterungshandlungen nicht erfüllt bzw. nachgewiesen sind, soweit sie noch beurteilt werden müssen, ist die Verurteilung wegen Art. 23 Abs. 1 al. 5 ANAG in teilweiser Gutheissung der Berufung aufzuheben.

...

(Urteil vom 17. Juni 2003; KG 71 und 72/00 SK).

## 5.4 Amtliche Verteidigung und Gebührentarif

- *Kriterien der Honorarnormierung.*
- *Vorfrageweise Überprüfung des tarifmässigen Höchstansatzes nach dem Kriterium, ob damit noch eine verfassungskonforme, effektive Verteidigung gewährleistet wurde.*

*Aus den Erwägungen:*

5. Aus den genannten Gründen (vgl. oben ...) war das Strafgericht berechtigt, das Honorar ermessensweise festzusetzen. Aufgrund des Verfahrensaufwandes hat es befunden, dass sich eine Überschreitung des Maximaltarifes nicht rechtfertige. Dieser Ansicht kann das Kantonsgericht durchaus zustimmen, auch wenn die Begründung des hinsichtlich des Honorars des amtlichen Verteidigers angefochtenen Urteils offen lässt, ob hierbei der tatsächliche Aufwand des amtlichen Verteidigers (228.95 Stunden) oder den nach allgemeiner Erfahrung der Bedeutung der Strafsache angemessene Verfahrensaufwand gemeint ist. Es kann nur letzteres sein. Andernfalls wäre eine Vergütung von rund Fr. 65.00 in der Stunde (Fr. 15'000.00 : 228.95), wie der Beschwerdeführer zutreffend ausführt, verfassungswidrig.

Nach Art. 32 Abs. 2 BV und Art. 6 Ziff. 3 lit. c EMRK hat der amtliche Verteidiger die Interessen des Angeschuldigten in ausreichender und wirksamer Weise wahrzunehmen und die Notwendigkeit von prozessualen Vorkehrungen im Interesse des Angeschuldigten sachgerecht und kritisch abzuwägen. Der Angeschuldigte hat Anspruch auf eine sachkundige, engagierte und effektive Wahrnehmung seiner Parteiinteressen (BGE 1P.431/2002 v. 6.11.2002, BGE 124 I 189f.). Von der Bedeutung der Strafsache, vom Umfang der Akten sowie der vom amtlichen Verteidiger vorliegend übernommenen Verantwortung her ist mit der Staatsanwaltschaft aber einig zu gehen, dass eine Honorierung mit dem ausserordentlichen Maximaltarif von Fr. 15'000.00 (bei einem Stundenansatz von Fr. 180.00 entspricht dies einem Zeitaufwand von 831/3 Stunden) nicht bloss tarifmässig, sondern auch fallspezifisch am obersten Limit des Notwendigen (nicht nur des Tarifs) liegt. Damit war der amtliche Verteidiger in der Lage, den Angeklagten effektiv zu verteidigen, wie das Art. 32 Abs. 2 BV jeder beschuldigten Person garantiert. Anerkennt man den geltend gemachten Zeitaufwand von 50 Stunden für die Teilnahme an zahlreichen Einvernahmen als Grund zur Überschreitung des Höchsttarifes von Fr. 10'000.00, dann verbleiben für Besprechungen mit dem Mandanten, Studium der Akten und der Rechtslage, Vorbereitung der Verhandlung und Diverses noch über dreissig Stunden zur Verfügung, was für eine verfassungsmässige effektive Verteidigung in der vorliegenden Strafsache ausreichen musste. Dies umso mehr, als dem amtlichen Verteidiger aufgrund seiner Teilnahme an den zahlreichen ausführlichen Einvernahmen die Sachverhalte über weite Strecken bekannt gewesen sein musste. Das Kantonsgericht hat deshalb keinen Anlass, in das Ermessen der Vorinstanz einzugreifen und die angefochtene Entschädigungsregelung aufzuheben. ...

6. Bei diesem Ergebnis stellt sich die vom Strafgerichtspräsidenten aufgeworfene Frage, ob es im Ermessen eines erstinstanzlichen Gerichts stehe, den von der Gesetzgebung geschaffenen Gebührentarif zu überschreiten, im vorliegenden Fall eigentlich nicht. Dennoch drängen sich zwei Bemerkungen zu dieser Frage auf; denn dem Präsidenten ist zuzustimmen, dass bei dem vom Kantonsgericht und Strafgericht praktizierten Stundenansatz von aktuell um

## A. 5.5

die Fr. 180.00 der ausserordentliche Maximaltarif einen Zeitaufwand abdeckt, der in wirklich aufwendigen Verfahren zur Wahrnehmung einer effektiven Verteidigung nicht immer genügen dürfte.

a) Der Wortlaut von § 13 lit. a GebTRA liesse es in bestimmten Fällen wohl zu, Verfassungskonformität mit der Auslegung zu bewerkstelligen, dass sowohl vor dem Untersuchungsrichter als auch vor den Schranken des erstinstanzlichen Gerichts Honorare von je Fr. 10'000.00, insgesamt also höchstens Fr. 20'000.00, ausnahmsweise maximal je Fr. 15'000.00, insgesamt Fr. 30'000.00, zugesprochen werden könnten. Ob die vorliegend in einem Verfahren behandelte Strafsache quasi für die Berechnung der Entschädigung in vier Fälle aufgeteilt werden könnte, wie das der amtliche Verteidiger vorschlägt, scheint dagegen fraglich zu sein, wenn diese Fälle in einer Strafsache zusammengefasst behandelt wurden.

b) Der Richter ist unabhängig und nur an das Recht gebunden (§ 61 GO), und Bundesrecht geht entgegenstehendem kantonalem Recht vor (Art. 49 BV). Verwaltungsbehörden wie Gerichte haben die Bundesrechtmässigkeit vorfrageweise zu prüfen und bundesrechtswidrigen kantonalen Erlassen die Anwendung im konkreten Fall zu versagen (Rhinow, Grundzüge des Schweizerischen Verfassungsrechts, Basel 2003, Rz 691 ff., insbes. Rz 703; Hauser/Schweri, GVG, Zürich 2002, § 104a Rz 20; § 26 VRP). Der Strafrichter hat mithin höherrangiges Bundesrecht anzuwenden und die verfassungskonforme Rechtsanwendung sicherzustellen, ohne zuvor ein Präjudiz eines höheren Gerichtes abzuwarten. Demzufolge ist der ausserordentliche Maximaltarif in Fällen unbeachtlich, wo eine tarifgemässe Entschädigung einer amtlichen Verteidigung eine verfassungskonforme effektive Verteidigung verunmöglichen würde. Dies wäre vorliegend offensichtlich dann der Fall, wenn der vom Beschwerdeführer geltend gemachte tatsächliche Zeitaufwand als angemessen zu betrachten wäre. Das vorliegend vom Strafgericht zugesprochenen Honorar von Fr. 15'000.00 ermöglichte aber wie gesagt bei einem Stundenansatz von um die Fr. 180.00 eine effektive Verteidigung.

(Beschluss vom 15. Januar 2004; RK2 2003 308).

## 5.5 Ersatzeinziehung und Kostennormierung

- *Erstinstanzliche Einziehungsentscheide sind berufungsfähig (sofern es sich nicht um einen Übertretungstatbestand handelt); ebenso die Kosten, wenn sie gleichzeitig angefochten werden (Erw. 2).*
- *Anklageprinzip für Einziehungsanträge? Bemessung der Ersatzforderung, Verhältnismässigkeit (Erw. 3).*
- *Kostendeckungs- und Äquivalenzprinzip für Ermittlungs- und Untersuchungskosten (Erw. 4).*

*Aus den Erwägungen:*

2. Sachlich zuständig für die Einziehung bzw. die Ersatzforderung ist der Richter (Art. 59 Ziff. 1 und 2 StGB). Die Rechtsmittel gegen den Einziehungsentscheid entsprechen denjenigen von Sachentscheiden in Strafsachen (StGB-Baumann, Art. 59 Rz 73; Schmid, Das neue Einziehungsrecht nach StGB Art. 58 ff., ZStrR 1995 S. 365). Gemäss der Praxis des Kantonsgerichts sind Einziehungsentscheide dem Richter vorbehalten. Sachentscheide und nicht der Beschwerde unterliegende Administrativentscheide (KG 468/94 RK 2 v. 8.2.1995). Entsprechend hat der Gesetzgeber den Untersuchungsrichter in Fällen, wo gegen seine selbständige Einziehungsverfügung Einsprache erhoben wird, verpflichtet, wie bei Sachentscheiden im Strafbefehls- bzw. Strafverfügungsverfahren, wo Einsprache erhoben wurde, zu verfahren und die Sache an den zuständigen Einzelrichter weiterzuleiten (§ 104a Abs. 2 StPO). Analog zum Fall des Widerrufs des bedingten Strafvollzuges ist auch der Festsetzung einer sich auf eidgenössisches Einziehungsrecht stützenden Ersatzforderung Urteilscharakter im Sinn von § 130 Abs. 1 GO zuzuschreiben (vgl. EGV-SZ 1979 S. 59), weshalb unabhängig davon, ob sie akzessorisch oder selbständig verfügt worden ist, die Berufung gegeben ist. Mit der Berufung kann auch der Kostenspruch angefochten werden (§ 148 Abs. 2 GO).

3. Das Strafgericht erkannte nach Art. 59 Ziff. 2 und Ziff. 4 StGB auf eine Ersatzforderung des Staates für den beim Betäubungsmittel erzielten und nicht mehr vorhandenen Verkaufserlös in der Höhe von Fr. 40'000.00 bis Fr. 54'000.00 (400 bis 450 Gramm zu einem Preis von Fr. 100.00 bis 120.00 pro Gramm weiterverkauftes Kokain). Das Gericht befürchtete jedoch, dass eine Ersatzforderung in dieser Höhe die Wiedereingliederung des Angeklagten ernsthaft und massiv beeinträchtigen würde und reduzierte diese deshalb im Sinne von Ziff. 2 Abs. 2 leg. cit. auf Fr. 10'000.00.

a) Nach § 74 StPO braucht eine Einziehung nicht in die Anklage aufgenommen zu werden. Das Anklageprinzip gilt im Einziehungsverfahren abgesehen davon nicht (Schmid, Kommentar Einziehung, Bd. I, Zürich 1998, Art. 58 StGB Rz 79 u. Art. 59 Rz 148). Dass die Anklage deshalb keine Angaben bezüglich des erzielten Verkaufserlöses enthält, schadet deshalb entgegen der Auffassung des Appellanten nicht. Indes wäre ein Antrag auf Einziehung bzw. der Festsetzung einer Ersatzforderung unter dem vorliegend allerdings nicht gerügten Aspekt des rechtlichen Gehörs, namentlich des Anspruches, ausreichend Zeit zur Vorbereitung der Verteidigung zu haben, in der Anklage durchaus angebracht. Das Kantonsgericht hält jedenfalls dafür, dass es mit den Anforderungen des rechtlichen Gehörs nur schwer zu vereinbaren wäre, den Angeklagten grundsätzlich erst an der Hauptverhandlung mit entsprechenden Anträgen zu konfrontieren.

b) Die bundesgerichtliche Rechtsprechung geht davon aus, dass bei der Bemessung der Ersatzforderung vom Bruttoprinzip auszugehen sei, weil bei



## A. 5.5

der Einziehung Gestehungskosten nicht abgezogen werden können und mit der Anordnung einer Ersatzforderung der Straftäter, der die an sich einzuziehenden Gegenstände nicht mehr besitzt, demjenigen gleichgestellt werden soll, der sie noch hat. Die Einziehung ist aber dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit verpflichtet, der auch bei einer Ersatzforderung zusätzlich zur Frage der Einbringlichkeit und Wiedereingliederung im Sinne von Art. 59 Ziff. 2 Abs. 2 StGB zu berücksichtigen ist (BGE 124 I 6).

Könnten die Drogen eingezogen werden, würde der Täter alles verlieren, was für die Anwendung des Bruttoprinzips spricht (vgl. Trechsel, StGB-Kurzkommentar, 2. Aufl., Zürich 1997, Art. 59 Rz 12). Die Abschöpfung des ganzen Erlöses aus der vom Strafgericht berücksichtigten Menge an Betäubungsmittel, die an Dritte weiterveräussert wurde, ist deshalb grundsätzlich als zulässig anzusehen. Das Strafgericht hat jedoch im vorliegenden Fall mehrfachen deliktischen Handelns bei der Schätzung der Ersatzforderung unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismässigkeit nicht berücksichtigt, dass der Angeklagte den erlangten Erlös zumindest teilweise wieder in den Kauf von neuen Betäubungsmitteln reinvestiert haben dürfte. Ausserdem verkaufte und kaufte er Kokain an bzw. bei Personen, welche ihrerseits mit dem Stoff handelten und bei denen daher ebenfalls ein deliktisch erlangter Vermögensvorteil mit einer Einziehung bzw. einer Ersatzforderung abschöpfbar wäre. Aus diesen Gründen ist die auf den gesamten Verkaufserlös von Fr. 40'000.– bis Fr. 54'000.– abstellende Schätzung der Ersatzforderung nicht verhältnismässig. Die vom Strafgericht erkannte Ersatzforderung von Fr. 10'000.– ist jedoch deswegen nicht noch einmal erheblich zu reduzieren, da die unter dem Aspekt der Wiedereingliederungsaussichten nach Art. 59 Ziff. 2 Abs. 2 StGB vorgenommene erhebliche Reduktion durch die Vorinstanz nur damit erklärbar ist, dass hier doch gewisse Verhältnismässigkeitsüberlegungen inbegriffen waren. Insgesamt hält das Kantonsgericht eine Reduktion auf Fr. 8'000.00 für angemessen. ...

4. In Anwendung von § 50 Abs. 2 StPO wurden dem Angeklagten die Kosten der Untersuchung ohne angerechnete Haft von Fr. 127'589.05 (...) und Anklagekosten von Fr. 1'771.90 (act. ...), d.h. Untersuchungs- und Anklagekosten von Fr. 129'360.95, zuzüglich Gerichtskosten von Fr. 3'518.80 und Kosten der amtlichen Verteidigung von Fr. 9'670.90, mithin insgesamt Fr. 142'550.65 zur Hälfte auferlegt.

a) (Ausführungen zur Überbindung von Haftkosten).

b) Zutreffend ... macht der Appellant geltend, dass die Rechnung des IRM Zürich vom 18. Juli 2000 über Fr. 594.00 für die Erstattung des Chemisch-toxikologischen Gutachtens (act. 7.1.04 TN 00-397) ihm nicht auferlegt werden darf. Aufgrund dieses Gutachtens konnte seine Fahruntfähigkeit nicht nachgewiesen werden und deshalb musste er vom Vorwurf der Verletzung von Verkehrsregeln freigesprochen werden.

c) Fehl geht der Appellant, wenn er den Einbezug der Kosten der amtlichen Verteidigung von Fr. 9'670.00 rügt. Im Kanton Schwyz werden diese Kosten anders als im Kanton Zürich in der Regel nicht endgültig auf die Staatskasse genommen.

d) Ungeklärt ist damit noch, was es mit der Polizeirechnung vom 18. August 2000 über Fr. 107'665.00 (act. 11.1.13) sowie mit den Rechnungen des UVEK vom 4. und 5. Oktober 2000 über Fr. 3'214.25 und Fr. 8'775.80 (act. 11.1.14 und 11.1.15 bzw. 4.15.07 und 4.15.08) auf sich hat.

Die Kosten der Polizei sind nicht näher ausgewiesen. Zur detaillierten Offenlegung der Kosten bestand an sich kein Anlass, da der Appellant keine detaillierte Abrechnung verlangte (§ 7 Abs. 2 GebO). Unangemessene Kostenbemessungen sind jedoch von der Aufsichtsbehörde von Amtes wegen zu prüfen und zu berichtigen (§ 9 GebO). Die von der Polizei in Rechnung gestellten Kosten für die Tatbestandsaufnahme (1'504 Stunden à Fr. 70.00 = 105'280.00) sind derart hoch, dass sich eine Untersuchung, ob hierfür ein objektiver Gegenwert besteht und ob diese sich überhaupt in einem vernünftigen Rahmen bewegen, geradezu aufdrängt. Eine detaillierte Abrechnung hierüber ist deshalb notwendig. Dass das Strafgericht davon abgesehen hat und die Kostenfrage einfach mit der Anwendung von § 50 Abs. 2 StPO zu erledigen suchte, ist nicht haltbar. Es muss überprüft werden, ob die Rechnung den Anforderungen des Kostendeckungs- und Äquivalenzprinzips entspricht. Zur Behebung dieses für den Angeklagten erheblichen Verfahrensmangels ist die Angelegenheit an die Vorinstanz zurückzuweisen. Eine Rückweisung drängt sich vorliegend auch aus prozessökonomischen Gründen auf. Das Urteil wurde im Strafpunkt nicht angefochten und ist deshalb durch das Kantonsgericht an sich nicht zu prüfen. Das Strafgericht hat dagegen die Strafsache beurteilt und ist daher vorerst besser zur Beurteilung in der Lage, ob die entsprechenden kostenverursachenden Ermittlungen überhaupt notwendig und ob die in Rechnung gestellten Kosten der Strafsache angemessen waren und sich in einem vernünftigen Rahmen bewegen. Die Vorinstanz wird einen beschwerdefähigen Beschluss zu erlassen haben, der nicht mehr berufungsfähig sein wird, und kann dabei auch nach § 93 Abs. 4 StPO verfahren.

Da die durch das UVEK in Rechnung gestellten Kosten wahrscheinlich in einem engen Zusammenhang mit den polizeilichen Ermittlungen stehen, ist auch diese Position zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

5. Zusammenfassend sind in teilweiser Gutheissung der Berufung Dispositivziffer 6 und 7 aufzuheben. ... Steht das Total der zu verlegenden Kosten fest, wird das Strafgericht erneut über den Umfang einer Kostenbefreiung nach § 50 Abs. 2 StPO zu befinden haben, wobei der Angeklagte insgesamt nicht schlechter gestellt werden darf.

(Beschluss vom 4. November 2003, KG 302/02 SK).

## 6. Schuldbetreibungs- und Konkursrecht

### 6.1 Verfügungsverfügungen als Rechtsöffnungstitel

– *Eindeutige Schuldnerbezeichnung in Schadenersatzverfügungen als Rechtsöffnungsvoraussetzung.*

*Aus den Erwägungen:*

1. Mit Eingabe vom 23. Juni 2003 erhob der Beklagte fristgerecht Rekurs gegen die vorinstanzlich für Fr. 30'109.90 nebst Zinsen und Kosten bewilligte definitive Rechtsöffnung. ... Zur Begründung beruft er sich im Wesentlichen auf fehlende Begründung der klägerischen Schadenersatzverfügung und Unzuständigkeit der Ausgleichskasse, was beides zur Nichtigkeit des Titels führe. Hierüber sei zudem ein Beschwerdeverfahren vor Verwaltungsgericht des Kantons Schwyz hängig.

Die Klägerin ... verweist zur Hauptsache auf die Begründung der angefochtenen Rechtsöffnungsverfügung und den Umstand, dass es sich bei der Schadenersatzforderung um den ihr von den Organen der F. GmbH «zugeführten» Schaden handle, was in der Schadenersatzverfügung vermerkt sei.

2. Die Klägerin stützt ihr Rechtsöffnungsbegehren auf die unbestrittenermassen formell rechtskräftige Verfügungsverfügung vom 6. Januar 2003. Entgegen ihrer Sachdarstellung in der Rekursantwort enthält diese allerdings keinen Hinweis, dass es sich bei dem darin in Rechnung gestellten Betrag von Fr. 30'109.90 um einen von den Organen der F. zugefügten Schaden handle. Vielmehr erweckt der Verfügungsinhalt den Anschein, dass die Verpflichtung die F. GmbH betreffe (vgl. ausdrückliche Aufführung unter dem Betreffnis), während der Beklagte ohne jeden Zusatz lediglich im Adressfenster aufgeführt ist.

Damit eine Verfügungsverfügung einen vollstreckbaren Zahlungstitel darstellt, muss daraus eindeutig hervorgehen, welche Schuldnerpartei zu welcher Zahlung an wen verpflichtet wird, ohne dass der Rechtsöffnungsrichter in weitem Akten danach zu forschen hat. Nachdem auf dem angerufenen Vollstreckungstitel zwei mögliche schuldnerische Parteien aufgeführt sind, entbehrt dieser der erforderlichen Eindeutigkeit hinsichtlich der verpflichteten Partei, ein zwingendes Erfordernis, das sich aus dem Grundsatz der Titelidentität ergibt (vgl. EGV-SZ 2000 Nr. 39). Das Kantonsgericht hat in ständiger Praxis an der strikten Prüfung dieser Rechtsöffnungsvoraussetzung festgehalten (vgl. ...). Diese Rechtsprechung ist auch dadurch gerechtfertigt, dass es einem öffentlichrechtlichen Gläubiger ohne weiteres offen steht, den von ihm erlassenen Rechtstitel auch noch nachträglich in einer (allerdings anfechtbaren) Verfügungsergänzung zu vervollständigen, so dass

er aus der dem Schutz des Schuldners dienenden Formstrenge keinen materiellen Nachteil erleidet. ...

(Beschluss vom 26. September 2003; KG 223/03 RK 2).

## 6.2 Provisorische Rechtsöffnung

– *Keine provisorische Rechtsöffnung für Quellensteuern.*

*Abschreibung des Verfahrens aus den Erwägungen,*

dass der Beklagte am 16. Juni 2003 gegen die Bewilligung der provisorischen Rechtsöffnung für (Quellensteuern von) Fr. 5'591.90 nebst Zinsen und Kosten Rekurs eingereicht hat mit dem Antrag, das Rechtsöffnungsbegehren abzuweisen, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen,

dass die Parteien mit Schreiben der Gerichtsleitung vom 8. Juli 2003 darauf hingewiesen wurden, dass provisorische Rechtsöffnungen für öffentlich-rechtliche Forderungen grundsätzlich ausgeschlossen seien, sofern ein hoheitliches Verfügungsrecht bestehe (SchKG-Staehelin, N 46 zu Art. 82),

dass die Kläger daraufhin mit Schreiben vom 18. Juli 2003 ihre Rechtsöffnungsklage zurückgezogen haben. ...

(Verfügung vom 21. Juli 2003; KG 211/03 RK 2).

## 6.3 Provisorische Rechtsöffnung

– *Nachreichung einer Begründungsergänzung im Rekursverfahren? (Erw. 1).*

– *Mietvertrag mit Genehmigungsvorbehalt als Rechtsöffnungstitel? (Erw. 2).*

*Aus den Erwägungen:*

1. Gemäss § 208 Abs. 2 ZPO sind in der Rekurschrift die Rekursanträge zu stellen und zu begründen. ... Wie ausführlich die Begründung sein muss, bestimmt das Prozessrecht nicht. Den gesetzlichen Anforderungen genügt die Rekurschrift vom 29. April 2003. Sie enthält eine Kurzbegründung. Auf die Rekurseingabe vom 29. April 2003 ist daher einzutreten. Eine andere Frage ist, ob in Gutheissung des Fristwiederherstellungsgesuches auf die detaillierte Rekursbegründung vom 8. Mai 2003 einzutreten ist.

a) Zwar sieht § 208 Abs. 2 ZPO vor, dass dem Rekurrenten, wenn die Rekurschrift den Anforderungen nicht genügt, eine kurze Frist zur Behebung des Mangels angesetzt wird unter der Androhung, dass sonst auf den Rekurs nicht eingetreten werde. Diese Möglichkeit der Mängelbehebung kann indes nicht dahin ausgelegt werden, dass generell ein Anspruch auf Nachfristansetzung zur Rekursbegründung bestünde. Die Nachfristanset-

### A. 6.3

zung ist die Ausnahme von der Regel, dass ein Rekurs mit Antrag und Begründung innert der Rekursfrist einzureichen ist und wird nach der Praxis des Kantonsgerichts vor allem gegenüber juristischen Laien praktiziert. Gegenüber Rechtsanwälten wird indessen nur in ausserordentlichen, objektiv begründeten Fällen davon Gebrauch gemacht. Zeitknappheit, mit welcher Anwälte mit konstanter Regelmässigkeit konfrontiert sind, reicht hiefür in der Regel jedoch nicht aus, jedenfalls dann nicht, wenn diese durch vorausgeplante Abwesenheit bewirkt worden ist (EGV-SZ 1994 Nr. 30).

b) Der Anwalt des Rekurrenten begründet das Fehlen einer detaillierten Begründung damit, dass er das Schreiben der U. AG vom 23. April 2003 wegen eines Aufenthaltes in Barcelona und des Zürcher Sechseläutens vom Montag, den 28. April 2003, erst am 29. April 2003 hätte bearbeiten können. Diese geltend gemachte Zeitknappheit beruht mithin auf vorausgeplanten Abwesenheiten, weshalb auch im vorliegenden Fall praxismässig keine Nachfristansetzung für eine detaillierte Rekursbegründung anzusetzen ist. ... Das Fristwiederherstellungs- bzw. Wiedererwägungsgesuch vom 8. Mai 2003 ist daher ohne weiteres abzuweisen und demzufolge ist die in dieser Eingabe nachgeschobene detaillierte Rekursbegründung aus dem Recht zu weisen.

2. Der Rekurrent macht in seiner Eingabe vom 29. April 2003 entgegen der Auffassung der Rekursgegnerin hinreichend konkret und bestimmt geltend, dass die Gültigkeit des Mietvertrages vom 18. September 2001 unter Vorbehalt der Genehmigung des Vertrages durch die U. AG stehe und die Klägerin eine derartige Bestätigung nicht eingereicht habe. Die Vorinstanz hat, wie der Rekurrent zutreffend geltend macht (vgl. act. 7 Ziff. 16), zu dem bereits in der Klageantwort vorgebrachten Argument nicht Stellung genommen. ...

a) Die eingangs zitierte Vertragsklausel macht die Gültigkeit des Mietvertrages unmissverständlich von der Genehmigung durch die U. AG abhängig. Er ist deshalb im Sinne von Art. 151 OR derart als bedingt anzusehen, dass er erst im Zeitpunkt des Vorliegens dieser Genehmigung Wirkung entfaltet. Die Rekursgegnerin bestreitet nicht, dass im 4. Quartal 2002, für das der Rekurrent auf Zahlung des Mietzinses betrieben worden ist, keine Genehmigung vorlag. Damit entfaltete der Mietvertrag zu dieser Zeit aber noch keine Wirkung und kann deshalb auch nicht als Rechtsöffnungstitel zur Betreibung von im 4. Quartal 2002 ausstehenden Mietzinsen dienen. Dass die Parteien beabsichtigt hätten, die Vertragswirkungen im Falle der Genehmigung auf den Zeitpunkt der Einigung eintreten zu lassen, behauptet die Rekursgegnerin nicht, abgesehen davon, dass keine entsprechende Genehmigungsurkunde vorliegt.

b) Dagegen behauptet die Rekursgegnerin, mit der Zahlung der Mietzinse bis zum 3. Quartal 2002 sei der Genehmigungsvorbehalt fallen gelassen worden. Dabei handelt es sich jedoch um einen durch den Rechtsöffnungstitel

nicht ausgewiesenen materiellrechtlichen Aspekt des Forderungsstreits, welcher im Rechtsöffnungsverfahren nicht zu beurteilen ist, das eine rein betreibungsrechtliche Streitigkeit zum Gegenstand hat. Der Rechtsöffnungsrichter darf nur überprüfen, ob Bestand, Höhe, Fälligkeit und Betreibungsfähigkeit der Forderung durch den Rechtsöffnungstitel ausgewiesen sind (vgl. Stücheli, Die Rechtsöffnung, Zürich 2000, S. 118). ...

c) Eine suspensiv bedingte Schuldanererkennung berechtigt zur provisorischen Rechtsöffnung, wenn der Eintritt der Bedingung liquide nachgewiesen wird, eine Anerkennung des Bedingungseintritts durch den Schuldner ist nicht erforderlich. Der Bedingungseintritt muss indes vom Gläubiger als Bestandteil seines Titels nachgewiesen werden (SchKG-Staehelin, Art. 82 Rz 36). Davon ist - abgesehen davon, dass in der Lehre und Praxis unterschiedliche Anforderungen an den liquiden Beweis gestellt werden - zumindest im vorliegenden Fall nicht abzurücken, weil der Schuldner im Rechtsöffnungsverfahren den Eintritt der Bedingung bestritten hat. Den Nachweis des Eintritts der Bedingung hat die Klägerin und Rekursgegnerin durch die Vorlage der Genehmigung beim Rechtsöffnungsrichter trotz Bestreitens des Beklagten nicht erbracht, weshalb es auch diesbezüglich an einem hinreichenden Rechtsöffnungstitel mangelt.

3. (Gutheissung des Rekurses).  
(Beschluss vom 21. August 2003; KG 155/03 RK 2).

## 6.4 Vorläufige Einstellung der Betreibung

- *Gegen Verfügungen über die vorläufige Einstellung nach Art. 85a SchKG ist der Rekurs zulässig.*
- *Das beschleunigte Verfahren ist eine Unterart des ordentlichen Verfahrens.*

*Aus den Erwägungen:*

3. Die Frage der Zulässigkeit eines Rechtsmittels gegen die Abweisung des in einem beschleunigten Verfahren nach Art. 85a SchKG gestellten Begehrens um vorläufige Einstellung der Betreibung beurteilt sich, entgegen der Auffassung des Beklagten, nach kantonalem Prozessrecht (BGE 125 III 441 mit Hinweisen).

a) Nach § 203 Ziff. 4 ZPO ist der Rekurs gegen prozessleitende Entscheide der Einzelrichter im ordentlichen Verfahren, die vorsorgliche Massnahmen betreffen, zulässig. Die Vorschriften des ordentlichen Verfahrens gelten auch für das beschleunigte Verfahren, soweit hierfür keine besonderen Bestimmungen vorgesehen sind (§ 188 ZPO). Nicht nur wegen dieses Verweises, sondern auch zufolge der materiellrechtlichen Natur der betreibungsrecht-

## A. 6.5

lichen Feststellungsklage ist das beschleunigte Verfahren als Unterart des ordentlichen Verfahrens aufzufassen. Der Prozess nach Art. 85a SchKG ist im ordentlichen Verfahren zu führen, wird aber wegen der Situierung der Klage im Betreibungsrecht im beschleunigten Verfahren durchgeführt (Brönnimann, Zur Klage nach Art. 85a SchKG, AJP 11/1996 S. 1396; Art. 85a Abs. 4 SchKG), das heisst in einem ordentlichen Verfahren mit verkürzten Fristen, aber ohne Beschränkung der Beweismittel und der Kognition des Richters (SchKG-Bodmer, Art. 85a Rz 27). Nach Eingang der Feststellungsklage hört der Richter die Parteien an und würdigt die Beweismittel. Erscheint ihm die Klage als sehr wahrscheinlich begründet, so stellt er die Betreibung auf Konkurs im Sinne einer vorsorglichen Massnahme nach der Zustellung der Konkursandrohung ein (Art. 85a Abs. 2 Ziff. 2 SchKG; SchKG-Bodmer, Art. 85a Rz 19).

Aufgrund des allgemeinen Verweises in der Schwyzer Zivilprozessordnung, der Natur der betreibungsrechtlichen Feststellungsklage sowie und des Umstandes, dass sich das beschleunigte Verfahren nicht von den rechtsstaatlichen Gegebenheiten des ordentlichen Verfahrens (allgemeine Verfahrensgrundsätze, Beweisverfahren, Rechtsmittel) unterscheidet (Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur ZPO-ZH, Zürich 1997, vor § 204 ff. Rz 8), ist das beschleunigte Verfahren als Unterart des ordentlichen Verfahrens aufzufassen. Deshalb ist gegen den Zwischenentscheid des Einzelrichters vom 25. April 2003, womit er das Begehren um vorsorgliche Einstellung der Betreibung abgewiesen hat, gestützt auf § 203 Ziff. 4 ZPO der Rekurs entgegen der Auffassung des Rekursgegners zulässig.

b) Würde man den Entscheid über die vorläufige Einstellung der Betreibung im Sinne von Art. 85a Abs. 2 SchKG als summarischer Natur betrachten (vgl. hierzu EGV 2000 Nr. 35 betr. vorsorgliche Massnahmen im Ehescheidungsverfahren), da es um den Nachweis geht, dass die Klage sehr wahrscheinlich begründet sei, handelte es sich um eine Erledigungsverfügung in einer Sache, die der Richter von Gesetzes wegen, ohne entsprechenden Antrag des Betriebenen separat (SchKG-Bodmer, Art. 85a Rz 19) zu prüfen hätte. Rekurs wäre bei dieser Betrachtungsweise dann aber gestützt auf § 204 Abs. 1 ZPO zulässig. ... (Beschluss vom 22. Juli 2003; KG 175/03 RK 2).

## 6.5 Klage auf Aufhebung der Betreibung nach Art. 85a SchKG

– *Zulässigkeit der Verrechnungseinrede.*

*Aus dem Sachverhalt:*

Die Parteien haben vor dem Vermittler einen Vergleich abgeschlossen, in welchem der Kläger eine vom Beklagten in Betreibung gesetzte Geldforde-

rung anerkannte und den dagegen erhobenen Rechtsvorschlag zurückzog. Dieser Vergleich vor dem Vermittler blieb unangefochten und erwuchs damit in materielle Rechtskraft. In der Folge erhob der Kläger die Klage auf Aufhebung der Betreibung nach Art. 85a SchKG. Zur Begründung brachte er u.a. vor, ihm stehe eine Forderung gegen den Beklagten zu, die er nun zur Verrechnung stelle. Der Beklagte wendet dagegen ein, die fragliche Gegenforderung habe bereits im Zeitpunkt des Hauptprozesses (Sühneverfahrens) bestanden und könne im Vollstreckungsverfahren nicht mehr zur Verrechnung gestellt werden. Der Kläger habe auf diese Einrede im Hauptprozess verzichtet. Daran sei er auch im Vollstreckungsverfahren gebunden. Über die Forderung des Beklagten sei materiell rechtskräftig entschieden.

*Aus den Erwägungen:*

3.e) Mit dem Verzicht auf die Geltendmachung der Verrechnung in jenem Prozess hat der Kläger nicht auf eine allfällige Forderung verzichtet. Er hat sich lediglich dazu entschlossen, diese nicht verrechnungsweise, sondern allenfalls in einem separaten Verfahren geltend zu machen. An diese Wahlerklärung wäre er allenfalls in einem definitiven Rechtsöffnungsverfahren gebunden (vgl. BLSchK 1993, S. 159), nicht hingegen im negativen Feststellungsprozess nach Art. 85 oder 85a SchKG (vgl. Zürcher Kommentar, N 156 zu Vorbemerkungen zu Art. 120 - 126 OR).

Basiert die Forderung wie vorliegend auf einem materiell rechtskräftigen Urteil, bzw. Urteilssurrogat (§ 164 Abs. 2 i.V.m. § 87 Abs. 2 ZPO), können in der Klage nach Art. 85a SchKG nur noch Tatsachen geltend gemacht werden, die sich seit jenem Urteil ergeben haben, d.h. zulässig sind nur echte Noven. In Frage kommen hier insbesondere die Tilgung, die Stundung oder die Verjährung der Forderung nach dem materiellen Urteil (Gasser, Revidiertes SchKG - Hinweise auf kritische Punkte, ZBJV 1996, S. 640, vgl. auch Basler Kommentar, N 9 zu Art. 85a SchKG). Die Verrechnung ist die Tilgung der Forderung durch Aufopferung einer Gegenforderung (Berner Kommentar, N 1 zu Vorbemerkungen zu Art. 120-126 OR).

Verzichtet ein Beklagter auf die verrechnungsweise Geltendmachung einer Gegenforderung in einem Prozess, beschränkt sich die materielle Rechtskraft des ergehenden Urteils auf die Hauptforderung. Durch das Erheben der Verrechnungseinrede im negativen Feststellungsprozess nach Art. 85a SchKG wird daher die materielle Rechtskraft des ursprünglichen Urteils nicht berührt. Der Bestand der Hauptforderung bleibt unbestritten. Es ist lediglich zu prüfen, ob eine Gegenforderung besteht.

Vorliegend hat der Kläger im ursprünglichen Hauptverfahren, auf die Erhebung der Verrechnungseinrede verzichtet. Entsprechend wurde darüber damals nicht befunden. Wenn er nun diese Einrede im Verfahren nach Art. 85a SchKG erhebt, ist sie als echtes Novum zulässig, und es ist im vorliegenden Prozess zu prüfen, ob die behauptete Gegenforderung besteht.

(Urteil des Einzelrichters des Bezirkes Höfe vom 7. November 2002; E2 00



## A. 6.6

142. Eine gegen dieses Urteil erhobene Berufung wies das Kantonsgericht Schwyz mit Urteil ZK 2003 15 vom 27. Januar 2004 ab).

### 6.6 Widerspruchsverfahren und Durchgriff

- *Der Betreuungsschuldner wurde nicht Eigentümer von Fahrzeugen, wenn er beim Kaufgeschäft ausdrücklich als Vertreter seiner AG gehandelt hat (Erw. 4).*
- *Hingegen kann die Berufung auf die Selbständigkeit der Gesellschaft als rechtsmissbräuchlich und daher unbeachtlich angesehen werden (Durchgriff), wenn genügend Anhaltspunkte für eine vorgeschobene Rechtsgestaltung bestehen (Erw. 5).*
- *Das Widerspruchsgericht kann dem Betreibungsamt keine Anweisungen über das weitere Vorgehen erteilen (Erw. 6).*

*Aus den Erwägungen:*

4. Der Einzelrichter hat erkannt, dass die Klägerin an den beiden Fahrzeugen zivilrechtlich kein Eigentum erworben habe, weil der Beweis, dass G. bei den Kaufvertragsabschlüssen für die Klägerin handeln wollen, nicht erbracht worden sei. Die Zivilkammer kann sich in diesem Punkt den Folgerungen der Vorinstanz nicht anschliessen. G. trat gegenüber den beiden Verkäufern als direkter Vertreter der Klägerin auf (Art. 32 Abs. 1 OR). Er handelte ausdrücklich im Namen der vertretenen Klägerin ... und seine Vertretungsmacht ergibt sich aus der Generalvollmacht gemäss BB 28. Auch wenn in einem solchen Fall der Vertreter keinen Vertretungswillen hat, der Dritte jedoch nach Treu und Glauben auf einen solchen schliessen darf, tritt die Vertretungswirkung ein. Das Erfordernis des tatsächlichen Vertretungswillens ist nur dann zwingend, wenn der Vertreter im eigenen Namen handelt und es dem Dritten gleichgültig ist, mit wem er den Vertrag schliesst (Gauch/Schluop/Schmid/Rey, OR Allgemeiner Teil, Bd. I, Nr. 1333 und 1335; Guhl/Merz/Koller, Das Schweizerische Obligationenrecht, 9. Aufl., § 19 Nr. 15; entgegen der bisherigen Rechtsprechung muss der Vertreter, damit die Vertretungswirkung eintritt, nicht zwingend den tatsächlichen Vertretungswillen haben, siehe: BGE 120 II 2000 präzisierend zu BGE 100 II 211). Diese Konstellation nach Art. 32 Abs. 2 OR traf entgegen der Darstellung der Vorinstanz bei den zwei besagten Kaufgeschäften gerade nicht zu: G. handelte nicht im eigenen Namen, sondern gab sich ausdrücklich als Vertreter der R. AG zu erkennen. ... Die Vertretungswirkung ist deshalb in beiden Fällen eingetreten; die Verpflichtungsgeschäfte sind damit gültig zustande gekommen.

5. Aufgrund ihrer Schlussfolgerung hat die Vorinstanz die von Beklagtenseite aufgeworfene (weitere) Frage, ob die Klägerin - hinsichtlich der beiden

Fahrzeuge - nur in rechtsmissbräuchlicher Art und Weise als Eigentümerin vorgeschoben wird, um die wirtschaftliche Realität zu kaschieren, unbeantwortet gelassen. Darauf ist im Folgenden näher einzutreten.

Ausgangspunkt bildet der Grundsatz der vollständigen rechtlichen und tatsächlichen Trennung der juristischen Person von ihren Mitgliedern in persönlicher und vermögensmässiger Hinsicht. Auch eine weitgehende Identität der wirtschaftlichen Interessen von Gesellschaft und Gesellschafter ist grundsätzlich unbeachtlich. Nur ausnahmsweise muss die hinter der rechtlichen Form liegende wirtschaftliche Realität berücksichtigt werden: Dann nämlich, wenn die juristische Person von ihren Mitgliedern in rechtsmissbräuchlicher Weise zur Erreichung unlauterer Zwecke verwendet wird, so dass die Berufung auf die rechtliche Selbständigkeit der juristischen Person gegen Art. 2 ZGB verstösst (Meier-Hayoz/Peter Forstmoser, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 8. Aufl., § 2 N 34). Zu prüfen ist, ob es genügend Anhaltspunkte für die Feststellung gibt, dass G. die Klägerin dazu benutzt (hat), die wirtschaftlich ihm gehörenden und von ihm gebrauchten Fahrzeuge zulasten seiner Gläubiger dem eigenen Haftungssubstrat zu entziehen. Die Klägerin muss sozusagen (nur) zum Schein als Eigentümerin eingesetzt worden sein. Es ist aufgrund aller Umstände zu prüfen, ob vorliegend ein derartiger Missbrauchstatbestand vorliegt.

a) Am 8. Juli 1992 ist G. als Gründer der R. AG ... aufgetreten. Er zeichnete 998 der 1'000 Inhaberaktien von je Fr. 100.00 und vertrat an der Gründungsversammlung zugleich die beiden Mitgründer ... Aufgrund dieser Gründungsunterlagen ist davon auszugehen, dass G. zu einem Anteil von 99.8 % originär Aktionär der R. AG ist, er mithin wirtschaftlich - praktisch im Sinne einer 'Einmann-Aktiengesellschaft' - hinter der Gesellschaft steht. ...

b) ... Seitens der Klägerin blieb die Darstellung der Beklagten, dass die Sitzverlegung an die Privatadresse von G. erfolgte (Klageantwort S. 3), unbestritten. ... Ebenso blieb die Behauptung der Beklagten in der Duplik S. 3, wonach aus dem Briefkopf ... zum einen die Nummern der Mobiltelefone von G. und zum andern die Telefonnummer eines Privatanschlusses ... ersichtlich sei, durch die Klägerin im Berufungsverfahren unwidersprochen.

...

d) Die Klägerin wurde von der Vorinstanz ersucht, ihre Buchhaltungsunterlagen betreffend die für die Fahrzeugkäufe relevanten Periode einzureichen. Sie ist dieser Aufforderung trotz Nachfristansetzung nicht nachgekommen. ... Die Klägerin hat zusammengefasst nicht dargelegt und bewiesen, dass die Fahrzeuge damals aus Mitteln der Gesellschaft erworben wurden.

e) Die von der Klägerin ... ausgestellte «Generalvollmacht» stützt die Auffassung, dass G. die Klägerin im eigenen Interesse und zur Täuschung und Benachteiligung von Dritten (und Privatgläubigern) benutzt hat. Das Verhalten der Klägerin ist offenkundig widersprüchlich. Auf der einen Seite will die

## A. 6.6

Klägerin mit G. nichts zu tun haben: So hat sie im Schreiben an das Betreibungsamt vom 10. Juni 1996 (BB 9) festgehalten, dass G. weder Lohnempfänger noch Geschäftsführer ihrer Firma sei. Auf der anderen Seite hat sie ihn mit der Generalvollmacht, welche immer wieder erneuert wurde...

f) Es bestehen sodann auch konkret die Fahrzeuge betreffende Indizien dafür, dass G. die R. AG zum Schein als Eigentümerin der Fahrzeuge vorgeschoben hat, um sie der Vollstreckung in das eigene Vermögen zu entziehen.

...

g) Die Zivilkammer kommt deshalb aufgrund der aufgezeigten Umstände zum Schluss, dass G. die R. AG zum Schein als Eigentümerin der Fahrzeuge vorgeschoben hat, mit dem Ziel, sie zwecks Benachteiligung von Privatgläubigern dem Vermögensbeschluss zu entziehen. Das rechtsmissbräuchliche Vorgehen von ist aufgrund aller Umstände offenkundig und die Indizienlage für die Täuschungsabsicht genügend dargetan. G. hat die Fahrzeuge für seine eigenen Zwecke erworben und in der Folge auch gebraucht. Die Klägerin wurde ... in rechtsmissbräuchlicher Weise zur Erreichung unlauterer Zwecke verwendet und die Berufung auf die rechtliche Selbständigkeit der juristischen Person verstösst gegen Art. 2 ZGB. Die Eigentumsansprache der Klägerin ist abzuweisen.

Im Ergebnis hat der Einzelrichter die Widerspruchsklage der Klägerin deshalb zu Recht abgewiesen, womit die Berufung abzuweisen und das angefochtene Urteil zu bestätigen ist.

6. Die Beklagten haben vor Kantonsgericht neben dem Berufungsabweisungsantrag das Begehren gestellt, dass die Klägerin zu verpflichten sei, die beiden Fahrzeuge sowie die dazugehörigen Schlüssel dem Betreibungsamt zur amtlichen Verwahrung zu übergeben unter Androhung von Art. 292 StGB.

Die Widerspruchsklage ist eine betriebsrechtliche Klage mit Reflexwirkung auf das materielle Recht, wobei ihre Wirkungen auf die betreffende Betreibung beschränkt ist. Freilich kann das Urteil im Widerspruchsprozess indirekt den Bestand des materiellen Rechts tangieren und dessen Untergang bewirken, und zwar dann, wenn der Anspruch des Dritten abgewiesen und das gepfändete Vermögensstück ohne Berücksichtigung des Drittanspruchs verwertet wird (Stahelin, Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Bd. II, N 3 zu Art. 109 SchKG). Nach Eintritt der formellen Rechtskraft des Urteils nimmt die Betreibung unter Einbezug der gepfändeten Vermögenswerte ihren Fortgang (siehe Art. 109 Abs. 5 SchKG). Eine Vollstreckungsanordnung im Urteil selbst ist nicht vorzunehmen; das Urteil ist dem Betreibungsamt von Amtes wegen zuzustellen und dieses ordnet selbst an, welches das weitere Schicksal des gepfändeten Gegenstandes in der laufenden Vollstreckung ist: Bei Abweisung der Eigentumsansprache des Dritten ist (wie hier) der umstrittene Vermögenswert zu verwerten. Werden

die erforderlichen Handlungen durch das Betreibungsamt nicht vorgenommen, kann dagegen Beschwerde geführt werden (Brunner/Reutter, Kollokations- und Widerspruchsklagen nach SchKG, 2. Aufl., S. 141). Beizufügen ist, dass die am 18. März 1999 durch das Betreibungsamt vergeblich angeordnete amtliche Verwahrung, entgegen der Meinung des Bezirksamtes in der Einstellungsverfügung vom 19. August 1999 (act. 18), durchaus rechtens war (Stahelin, a.a.O., N 14 und 16 zur Art. 98 SchKG). (Urteil vom 13. Mai 2003; KG 156/99 ZK ).

## 6.7 Paulianische Anfechtung

- *Passivlegitimation im Anfechtungsprozess, kein Einbezug des Gemeinschuldners.*
- *Wohnrechtseinräumung, partielle Anfechtbarkeit?*

*Aus den Erwägungen:*

1. Gemäss Klageschrift werden als anfechtbare Rechtshandlungen die Veräusserung des Grundstücks X. in der Gemeinde A und die Übergabe des Inhaberschuldbriefes an die Erstbeklagte sowie die Begründung des lebenslänglichen Wohnrechts zugunsten des Zweitbeklagten bezeichnet. ...

d) Als Erstbeklagte ist die Ehefrau des Konkursiten, mit der der Schuldner die anfechtbaren Handlungen abgeschlossen hat, ins Recht gefasst. Zusätzlich hat die Klägerin «mit Bezug auf die Anfechtung des lebenslänglichen Wohnrechts» den Konkursiten selbst eingeklagt. Nach Art. 290 SchKG richtet sich die Anfechtungsklage gegen die Personen, die mit dem Schuldner die anfechtbaren Rechtsgeschäfte abgeschlossen haben oder von ihm in anfechtbarer Weise begünstigt worden sind, sowie gegen ihre Erben oder andere Gesamtnachfolger und bösgläubige Dritte. Eingeklagt werden kann demnach nur der Vertragspartner des Schuldners bzw. der von ihm Begünstigte und dessen Universalsukzessor sowie der bösgläubige Singulärsukzessor (Ammon/Gasser, a.a.O., § 52 Rz 33). Der Schuldner selber kann nicht ins Recht gefasst werden, auch nicht als Begünstigter eines Wohnrechts. Das Gesetz hat diesen Spezialfall ausdrücklich in Art. 286 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG geregelt: Anfechtbar sind auch Rechtsgeschäfte, durch die der Schuldner für sich (oder einen Dritten) u.a. ein Wohnrecht erworben hat. Es geht hier nicht um die Anfechtung einer unentgeltlichen Zuwendung, welche ein Dritter aus dem Vermögen des Schuldners erhalten hat. Angefochten ist vielmehr ein Rechtsgeschäft, mit welchem der Schuldner entgeltlich einen unpfändbaren (oder beschränkt pfändbaren) Vermögenswert erworben hat, der nicht zur Konkursmasse gezogen bzw. nicht verwertet werden kann und damit die Gläubiger schädigt. Der Schuldner verschlechtert die Exekutionsrechte der Massegläubiger, wenn er entgeltlich (und nur dann) ein Wohnrecht erwirbt:

## A. 6.7

er hat den Gläubigern einen Vermögenswert entzogen, weil das Erhaltene (das ihm zustehende Wohnrecht) nicht pfändbar ist. Auch bei diesem besonderen Anfechtungstatbestand ist aber immer der Dritte, von dem der Schuldner das Wohnrecht (oder die Leibrente, Pfrund oder Nutzniessung) erworben hat, Anfechtungsbeklagter, und nicht der Schuldner als Wohnberechtigter selbst.

Die Passivlegitimation des Zweitbeklagten ist deshalb zu verneinen. Das hat zur Folge, dass die Klage gegen diesen abzuweisen ist. ...

3. Der Zweitbeklagte hat die in seinem Eigentum stehende Liegenschaft seiner Ehefrau zu einem Preis von Fr. 400'000.00 verkauft. Der Kaufpreis wurde durch Übernahme der bestehenden Grundpfandschuld geleistet. Im gleichen Akt haben die Kaufvertragsparteien ein lebenslängliches Wohnrecht zu Gunsten der Verkäufers vereinbart. Dieses Wohnrecht hatte gemäss Schätzung durch die Schatzungskommission im Zeitpunkt der Einräumung einen Kapitalwert von Fr. 305'000.00. Ohne Berücksichtigung des Wohnrechts betrug gemäss erfolgter Schätzung der Verkehrswert der Liegenschaft im Zeitpunkt der Veräusserung Fr. 751'000.00. Zieht man den Kapitalwert des Wohnrechts davon ab, so ergibt sich ein effektiver Verkehrswert von Fr. 446'000.00, womit eine blosser Differenz von Fr. 46'000.00 zum vereinbarten Kaufpreis verbleibt. ...

Angesichts der Wohnrechtsbelastung kann deshalb beim Kaufgeschäft von keinem Missverhältnis der Leistungen ausgegangen werden. Auf der anderen Seite ist es evident, dass die Wohnrechtseinräumung eine Schmälerung des Haftungssubstrats bewirkt und damit zu einer Gläubigerschädigung geführt hat. Es ist anzunehmen, dass ohne Belastung durch das Wohnrecht die Liegenschaft zu einem Preis, wie sie von der Güterschätzungskommission bemessen wurde, an Dritte hätte veräussert werden können bzw. die Liegenschaft aktuell im Falle einer Versteigerung zu einem Wert von über Fr. 700'000.00 verwertbar wäre. Der Beklagte hat das Wohnrecht entgeltlich, d.h. durch Erlass des Kaufpreises um den Betrag des Kapitalwertes des Wohnrechts, erworben. Die Absicht des Geschäfts zwischen den Eheleuten war klar darauf gerichtet, die Zukunft des Schuldners bezüglich der Wohnberechtigung auf der Liegenschaft X. zum Nachteil seiner Gläubiger sicherzustellen. Das Geschäft mit seiner Ehefrau bewirkte, dass sich der Beklagte ein lebenslängliches, unpfändbares Wohnrecht sicherte, welches er durch Erlass des Kaufpreises um den (ungefähren) Wert des Wohnrechts entgeltlich erwarb. Ein solches Geschäft ist nach dem Wortlaut von Art. 286 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG anfechtbar. ...

4. Zu prüfen ist im Folgenden, ob die Anfechtbarkeit dazu führt, dass nur die Wohnrechtseinräumung ungültig ist und zur Rückerstattungspflicht führt oder ob das die Wohnrechtsbestellung enthaltende Rechtsgeschäft im Ganzen als ungültig im Sinne von Art. 288 SchKG zu betrachten ist. Im konkreten Fall ist es gerechtfertigt, die paulianische Ungültigkeit auf die Wohnrechtseinräumung zu beschränken. Diese Folge drängt sich in erster Linie

deshalb auf, weil in Berücksichtigung der Wohnrechtsbelastung beim Kaufvertrag an sich nicht von einem Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung ausgegangen werden kann. Zum zweiten kann der Kaufpreisanteil, der der Beklagten als Äquivalent für die Bestellung des Wohnrechts nachgelassen wurde, aufgrund des festgestellten Kapitalwertes ohne weiteres ausgeschieden werden und die Rückgewährspflicht kann hierauf beschränkt werden (dies im Gegensatz zu dem vom Bundesgericht in 45 III 151 ff. beurteilten Fall, in welchem eine Ausscheidung desjenigen Teils, der dem Vertragspartnern als Ausgleich für die Bestellung der Nutzniessungsrechte überlassen wurde, nicht möglich war). Schliesslich drängt sich diese Lösung auch aus dem allgemein geltenden und für das Vertragsrecht in Art. 1 Abs. 2 OR festgehaltenen Grundsatz auf, dass nicht das ganze Rechtsgeschäft als unwirksam betrachtet werden soll, wenn der Mangel nur einen Teil des Geschäfts betrifft (siehe dazu ausführlich BGE 123 III 297 ff., E 2.e).

Auch in prozessualer Hinsicht steht diesem Vorgehen nichts im Weg. Die Klägerin hat neben der Rückgabe des Grundstücks und des Schuldbriefs auch auf eine Zahlungsverpflichtung der Erstbeklagten geklagt und sie hat in der Klageschrift ausdrücklich die Begründung des lebenslänglichen Wohnrechts für den Beklagten angefochten (...). Wenn bloss auf Rückübertragung des Kapitalwertes des Wohnrechts erkannt wird, dann spricht das Gericht der Klägerin zwar weniger zu als sie gewollt hat, aber nicht ein Anderes oder ein Mehr, was nicht zulässig wäre (§ 50 Abs. 2 ZPO).

5.a) Ziel der Anfechtung der unter Art. 286 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG angeführten Rechtsgeschäfte ist die Erfassung der vom Schuldner für den Erwerb bezahlten Gegenleistung (Stahelin, a.a.O., N 17 zu Art. 286 SchKG). Bei einem angefochtenen Wohnrecht ist demnach der Wert des Wohnrechts im Zeitpunkt dessen Einräumung zurückzuerstatten. Die Erstbeklagte ist demnach zu verpflichten, den ihr vom Zweitbeklagten für die Einräumung des Wohnrechts geleisteten Wert (durch teilweisen Erlass des Kaufpreises um den Wert des Wohnrechts) zurückzuerstatten. Dieser Kapitalwert betrug gemäss Schätzung im Zeitpunkt der Veräusserung Fr. 305'000.00. Eine Verzinsung dieses Kapitalwertes fällt ausser Betracht, da nicht nachgewiesen ist, dass die Beklagte einen Ertrag aus dem Wohnrecht erzielte, jedenfalls nicht über die Hypothekarzinsenlast hinaus, unbestrittenermassen der Konkurschuldner das Wohnrecht ausgeübt hat und dieses nicht pfändbar ist (Stahelin, a.a.O., N 25 zu Art. 286 SchKG).

b) Als Gegenleistung im Sinne des Gesetzes ist alles das zu betrachten, was der Anfechtungsbeklagte dem Schuldner geleistet hat, um die für ihn durch die anfechtbare Handlung begründeten Vermögensvorteile zu erlangen: Bei der Wohnrechtseinräumung ist dies das im Grundbuch zu Gunsten des Schuldners eingetragene Wohnrecht. Die Gegenleistung ist zu erstatten, was bei diesem besonderen Anfechtungstatbestand zur Folge hat, dass das Wohnrecht zu löschen ist. Hierfür zuständig ist im Falle des Konkurses die Konkursverwaltung. Ihr obliegt die Pflicht zur Erstattung (Blumenstein, Schuld-

## A. 6.8

betriebsrecht, S. 872; siehe auch Jäger, SchKG-Kommentar, 1911, Bd. 2, N 9 zu Art. 287 am Schluss, wonach im Falle der Nutzniessungsbestellung die Gegenleistung «sozusagen immer im vollen Betrage zurückgegeben werden» könne). Die Konkursverwaltung ist von Amtes wegen verpflichtet, die Löschung des Wohnrechts zu veranlassen. Dabei hat diese Zug um Zug mit der Bezahlung des Betrages von Fr. 305'000.00 an die Klägerin zu erfolgen. Die Beklagte ist zur Geldleistung verpflichtet, sobald von der Konkursverwaltung (in Absprache mit der Klägerin) die Löschung angeboten wird, wozu diese verpflichtet ist.

(Urteil vom 13. Mai 2003; KG 465/99 ZK, publ. in SJZ 99/2003 Nr. 19 507; eine Berufung dagegen wurde mit BGE 5C.176/2003 vom 5. Februar 2004 teilweise gutgeheissen, d.h. im Sinne der Annahme einer vollumfänglichen Anfechtbarkeit des Rechtsgeschäfts).

## 6.8 Bäuerliches Gewinnanteilsrecht nach 619 ff. a.ZGB, bzw. 28 ff. BGBB

– *Zur Bestimmung des Gewinnanteilsrechts für eine landwirtschaftliche Liegenschaft ist vor der Fristansetzung zur Klage das Widerspruchsverfahren nach Art. 106 ff SchKG durchzuführen. Die Berechnung der Höhe des Gewinnanteilsrechts obliegt nicht dem Betreibungsamt, sondern dem Zivilrichter.*

*Aus dem Sachverhalt:*

1. Der Beschwerdeführer war Eigentümer zweier landwirtschaftlicher Liegenschaften in der Gemeinde Schwyz. Der Beschwerdeführer hatte diese Liegenschaften offenbar im Jahre 1982 übernommen, wobei zugunsten des Beschwerdeführers und der Miterben ein Gewinnanteilsrecht für die Dauer von 25 Jahren im Grundbuch vorgemerkt worden war. Mit Datum vom 7.4.1999 ist überdies ein Grundpfandrecht gemäss Art. 34 BGBB vorgemerkt (act. 4.6, S. 2 f.).

Die beiden Liegenschaften sind im Rahmen der SchKG-Betreibung zwangsverwertet worden. Der Nettoerlös der Versteigerung betrug, nach Abzug der Hypothekarschulden und der Verwertungskosten, Fr. 283'712.80.

2. Je mit Verfügungen vom 13. November 2002 setzte das Betreibungsamt Schwyz den Miterben Frist bis 17. Januar 2003, um gerichtliche Klage auf Geltendmachung ihres Gewinnanteils, bzw. der vorsorglichen Eintragung des Grundpfandrechts an den beiden Liegenschaften anzuheben, unter der Androhung, dass im Unterlassungsfalle das Betreibungsverfahren abgeschlossen und der Verwertungserlös ohne Berücksichtigung der Gewinnanteile an die betreibenden Gläubiger ausbezahlt werde (act. 3.1-3).

3. Mit Eingabe vom 13. Januar 2003 erklärte der Beschwerdeführer gegenüber dem Bezirksgericht Schwyz, dass er (ebenfalls) Klage auf Geltendmachung des Gewinnanteils anheben wolle. Das Betreibungsamt Schwyz habe am 13. November 2002 allen ausser ihm die fragliche Fristansetzung zur Klage zugestellt. Er erhebe deshalb Beschwerde gegenüber dem Betreibungsamt Schwyz. Im wesentlichen verlangte er die Feststellung der Gewinnanteilsberechtigten und die Festlegung deren Anteil am Verwertungserlös.

*Aus den Erwägungen:*

2. a) Das bäuerliche Gewinnanteilsrecht gemäss Art. 619 ff a.ZGB ist durch Art. 92 BGG abgeändert und die Art. 619bis-625bis ZGB sind mit Wirkung ab dem 1.1.1994 aufgehoben worden. Neu ist das bäuerliche Gewinnanteilsrecht in Art. 28ff. BGG geregelt. Hinsichtlich des Übergangsrechts bestimmt Art. 94 Abs. 3 BGG, dass ein bei Inkrafttreten dieses Gesetzes bereits bestehender gesetzlicher oder vertraglicher Gewinnanspruch auch unter dem neuen Recht seine Gültigkeit behält. Soweit vertraglich nichts Abweichendes vereinbart worden ist, richten sich jedoch Fälligkeit und Berechnung nach dem Recht, das im Zeitpunkt der Veräusserung gilt. Die nach altem Recht, also vor dem 1. Januar 1994 erfolgte Vormerkung bleibt rechtsgültig, in Anwendung des Art. 17 Abs. 3 Schlusstitel ZGB, jedoch auch mit allen Konsequenzen und Wirkungen des alten Rechts (Art. 619 quinquies a.ZGB; Jean-Michel Henny/Reinhold Hotz/Benno Studer, im Kommentar BGG, N 21 zu Art. 94).

Vorliegend ist das Gewinnanteilsrecht nach altem Recht noch vor dem 1.1.1994 im Grundbuch vorgemerkt worden. Die Wirkungen dieser Vormerkung richten sich deshalb noch nach dem alten, vor dem 1.1.1994 geltenden bäuerlichen Gewinnanteilsrecht. Die Berechnung und die Fälligkeit des Gewinnanteilsrechts richten sich jedoch nach dem neuen Recht (Art. 28 bis 35 BGG).

b) Der Gewinnanteilsanspruch des alten Rechts (Art. 619 ff a.ZGB) ist ein persönlicher Anspruch auf eine Geldleistung gegenüber dem Übernehmer, der das Grundstück weiter veräussert. Da dieser Anspruch von Gesetzes wegen entsteht, ist er eine «gesetzliche Obligation». Weder vor noch nach der Vormerkung liegt jedoch eine Realobligation vor: Von Gesetzes wegen richtet sich der Anspruch nicht gegen den jeweiligen Eigentümer des Grundstücks, sondern nur gegen den ursprünglichen Übernehmer. Auch beim vorgemerkten Gewinnanteilsrecht wird der Übernehmer bei der Veräusserung des Grundstücks nicht von seiner Schuldpflicht befreit; vielmehr tritt neben seine Schuldpflicht zusätzlich die solidarische Haftung des Erwerbers gemäss Art. 619 quinquies ZGB (Rudolf Schwager, Das bäuerliche Gewinnanteilsrecht in der Zwangsvollstreckung gegen den Übernehmer, in: SJZ 77 (1981), S. 310).



## A. 6.8

Die überwiegende Doktrin und die Praxis geht davon aus, dass dem vor-  
gemerkten Gewinnanteilsrecht eine Prioritätswirkung gemäss Art. 959 Abs.  
2 ZGB gegenüber später errichteten Pfandrechten zukommt, weshalb das  
Gewinnanteilsrecht bei der Zwangsverwertung ins Lastenverzeichnis aufzu-  
nehmen ist (Rudolf Schwager, a.a.O., S. 310; Beschluss des Kantonsgerichts  
Schwyz vom 23.9.1993 (KG 224/93 RK 2), S. 3f., mit weiteren Verweisen).  
Nachdem vorliegend dieses Gewinnanteilsrecht gemäss Lastenverzeichnis  
am 4. Juni 1982 im Grundbuch vorgemerkt und überdies ins Lastenverzeich-  
nis aufgenommen worden ist, sind die Miterben vorab aus dem Verwertungser-  
lös mit ihrem Gewinnanteil zu befriedigen.

3.a) Damit ist indessen die Frage noch nicht entschieden, wie vorzugehen  
ist, um die Höhe des Gewinnanteils der Miterben festzulegen. Das Problem  
liegt unter anderem darin, dass im Lastenverzeichnis nicht ein bestimmter  
Geldbetrag angegeben werden kann, weil sich der Gewinnanteil nach dem  
erzielten Verwertungserlös richtet. Das Fehlen eines Betrages für den  
Gewinnanspruch im Lastenverzeichnis wirkt sich dann auch bei der Vertei-  
lung des Verwertungserlöses aus. Auch wenn der Verwertungserlös nach der  
Steigerung feststeht, sind die Betreibungsorgane nicht in der Lage, den  
Gewinnanspruch gemäss Art. 619quinquies ZGB betragsmässig zu ermit-  
teln; für dessen verbindliche Festsetzung ist vielmehr der Zivilrichter zustän-  
dig. Bis dahin kann aber auch nicht ermittelt werden, wie viel vom Verwer-  
tungserlös den nachgehenden Grundpfandgläubigern bzw. den nach-  
gehenden Pfändungs- und Konkursgläubigern zukommt. Auch in dieser  
Situation lässt die VZG die Betreibungsorgane ratlos, wie sie vorgehen  
sollen. Schwager plädiert als mögliche Lösung für eine zweistufige Erstel-  
lung des Verteilungsplanes (Rudolf Schwager, a.a.O., S. 311).

b) Ausgehend vom Grundsatz, dass die verbindliche Festlegung des  
Gewinnanteilsrechts dem Zivilrichter vorbehalten sei und in Anlehnung an  
andere vollstreckungsrechtliche Klagen mit materiellem Hintergrund (z.B.  
Art. 109 SchKG) hat das Kantonsgericht Schwyz mit Beschluss vom 23.  
September 1993 entschieden, dass den berechtigten Miterben durch das  
Betreibungsamt Frist zur Anhebung der gerichtlichen Klage auf Geltendma-  
chung ihres Gewinnanteils anzusetzen sei mit der Androhung, dass im Unter-  
lassungsfalle das Betreibungsverfahren abgeschlossen und der Verwertungser-  
lös ohne Berücksichtigung der Gewinnanteilsrechte an die betreibenden  
Gläubiger ausbezahlt werde. Nicht geregelt hat das Kantonsgericht die  
Frage, wer von den Miterben vor dem Zivilrichter ins Recht zu fassen ist und  
wie das Verfahren der Fristansetzung im Einzelnen abläuft.

In einem neueren Entscheid hat das Aargauer Obergericht zu dieser Frage  
Stellung genommen. Es führte im Wesentlichen aus, dass - nachdem dem  
VZG keine Regelung entnommen werden könne - die Regelungen für ähnli-  
che Fälle analog angewandt werden müssten. Mit den ins Lastenverzeichnis  
aufzunehmenden Ansprüchen (Art. 140 SchKG i.V.m. Art. 34 VZG) sei dem  
Gewinnanteilsrecht gemeinsam, dass darüber endgültig nicht das Betrei-

bungsamt, sondern der Richter zu entscheiden habe. Gemäss Art. 37 VZG werde das Verzeichnis der Lasten den Gläubigern und dem Schuldner unter Ansetzung einer zehntägigen Bestreitungsfrist mitgeteilt. Die Art. 106 und 107 seien dabei anwendbar. Dieses Vorgehen dränge sich auch bezüglich der Bereinigung des Verteilungsplanes hinsichtlich des Gewinnanteilsrechts auf (BISchKG, 1997, S. 71). Diese Ansicht verdient Zustimmung. Art. 37 VZG verweist ausdrücklich auf Art. 140 Abs. 2 SchKG, wonach bei der Bereinigung des Lastenverzeichnisses die Art. 106-109 SchKG anwendbar sind. Nach Art. 106 Abs. 1 SchKG zeigt das Betreibungsamt den Anspruch des Dritten den Parteien besonders an, sofern der Anspruch nicht bereits in der Pfändungsurkunde vorgemerkt worden ist. Gestützt auf Art. 107 Abs. 1 und 2 SchKG können hierauf Schuldner und Gläubiger den Anspruch des Dritten beim Betreibungsamt innert 10 Tagen bestreiten. Wird der Anspruch des Dritten nicht bestritten, so gilt er gemäss Art. 107 Abs. 4 SchKG in der betreffenden Betreibung als anerkannt. Wird der Anspruch aber bestritten, so setzt das Betreibungsamt dem Dritten nach Art. 107 Abs. 5 SchKG eine Frist von 20 Tagen, innert welcher er gegen den Bestreitenden auf Feststellung seines Anspruches klagen kann. Reicht er keine Klage ein, so fällt der Anspruch in der betreffenden Betreibung ausser Betracht. Dieses Vorgehen stellt einerseits sicher, dass sämtliche am Verfahren Beteiligten, Gläubiger, Dritter und auch Schuldner ihre Rechte wahren können. Zudem wird klargestellt, welche Personen im anschliessenden Zivilprozess durch den Dritten ins Recht zu fassen sind: nämlich all jene, welche den Anspruch des Dritten bestritten haben.

c) Zu prüfen bleibt noch die Frage, welche Aufgabe das Betreibungsamt bei der Ermittlung der Höhe des Gewinnanteilsrechts hat. Unbestritten ist, dass die endgültige Festlegung dem Zivilrichter vorbehalten ist. Während das Kantonsgericht Schwyz in seiner Entscheid vom 23. September 1993 (KG 224/93 RK 2) eine vom Betreibungsamt erstellte «Abrechnung des Gewinnanteilsrechts» von Amtes wegen aufgehoben hat, entschied das Obergericht des Kantons Aargau gegenteilig und wies das Betreibungsamt an, nach erfolgter Versteigerung den Betrag des Gewinnanteilsrechts zu ermitteln und diesen Betrag unter Mitteilung des Verteilungsplanes den Beteiligten unter der Androhung mitzuteilen, dass das von ihm errechnete Gewinnanteilsrecht sowohl nach Bestand, Fälligkeit, Umfang und Rang als anerkannt gelte, soweit nicht innert 10 Tagen seit Empfang dieser Anzeige schriftlich beim Betreibungsamt eine Bestreitung erfolge.

Gemäss Art. 140 Abs. 1 SchKG ermittelt der Betreibungsbeamte die auf dem Grundstück ruhenden Lasten (Dienstbarkeiten, Grundlasten, Grundpfandrechte und vorgemerkte persönliche Rechte) anhand der Eingaben der Berechtigten und eines Auszuges aus dem Grundbuch. Das Betreibungsamt besitzt dabei aber, anders als das Konkursamt beim Konkurs oder in der Spezialliquidation, keinerlei Kognition, die Berechtigung angemeldeter Ansprüche zu überprüfen. Das Betreibungsamt darf angemeldete Ansprüche oder solche, die sich aus dem Grundbuch ergeben, weder ablehnen noch abändern

## A. 6.8

oder bestreiten, noch auch nur die Einreichung von Beweismitteln verlangen. Denn es ist Sache des Zivilrichters, über den Bestand des von einem Betreuungsgläubiger behaupteten Recht zu befinden (Markus Häusermann/ Kurt Stöckli/Andreas Feuz, Kommentar SchKG, Band II, N 104 zu Art. 140 SchKG). Daraus erhellt, dass es im vorliegenden Fall nicht Sache des Betreibungsamtes sein kann, die Höhe des Gewinnanteilsrechts zu berechnen. Dem Betreibungsamt dürften dazu auch die nötigen Angaben fehlen. Zwar könnte es sich beim Grundbuchamt den Kaufvertrag aus dem Jahre 1982 beschaffen, so den ursprünglichen Kaufpreis eruieren und den Gewinn nach Art. 31 Abs. 1 BGG bestimmen. Ebenso wäre es möglich, die Amortisation nach Art. 41 Abs. 4 zu berechnen. Für die weiteren Bestimmungsfaktoren wie Abzug für Realersatz, Ausbesserung und für Ersatz von Bauten und Anlagen fehlen dem Betreibungsamt jedoch die nötigen Kenntnisse. Es wäre deshalb nicht angebracht, dem Betreibungsamt die Berechnung des Gewinnanteils aufzubürden.

d) Zusammenfassend ergibt sich, dass zur Bestimmung des Gewinnanteilsrechts vor der Fristansetzung zur Klage analog das Verfahren gemäss Art. 37 VZG und Art. 140 Abs. 2 sowie 106 bis 109 SchKG anzuwenden ist. In diesem Verfahren erhalten alle Beteiligten (alle teilnehmenden Gläubiger, Schuldner, Dritte, Inhaber von Rechten, die im Lastenverzeichnis aufgeführt sind und wohl auch der für das Gewinnanteilsrecht solidarisch haftende Ersteigerer der Liegenschaften; vgl. Häusermann/Stöckli/Feuz, a.a.O., N 110 zu Art. 140 SchKG) Gelegenheit, den Anspruch des Dritten zu bestreiten. Da vorliegend dieses Vorverfahren nicht durchgeführt wurde und sowohl Schuldner als auch Gläubiger keine Gelegenheit hatten, einen allfälligen Anspruch der Dritten (Gewinnanteilsberechtigten) zu bestreiten oder eben auch anzuerkennen, sind die Fristansetzungen des Betreibungsamtes Schwyz vom 13. November 2002 von Amtes wegen aufzuheben. ... (Verfügung des Bezirksgerichtspräsidenten Schwyz vom 19. Februar 2003, AB 2003 3).

## 7. Beurkundung und Beglaubigung

### 7.1 Urkundsperson

- *Örtliche Ausübung der Beurkundungstätigkeit.*
- *Titelführung.*

*Aus den Erwägungen:*

1. Mit Eingabe vom 10. Juli 2003 richtete die Aufsichtskommission über die Rechtsanwälte des Kantons X. eine Aufsichtsanzeige gegen den Beschwerdegegner an das Kantonsgericht und die Anwaltskommission des Kantons Schwyz wegen Verdachts auf unerlaubte Beurkundungstätigkeit bzw. fehlende Unabhängigkeit in der Berufsausübung als Rechtsanwalt.

2. Da der Beschwerdegegner nicht im Anwaltsregister des Kantons Schwyz registriert ist, gab die Anwaltskommission der Anzeige mit Schreiben vom 16. Juli 2003 keine weitere Folge.

Nachdem die Beschwerdeführerin in Bezug auf die Beurkundungstätigkeit weiter an ihrer Anzeige festhielt, wurde die Sache dem für allgemeine Aufsichtsfragen zuständigen Präsidium zur Beurteilung zugewiesen.

3. Lic.iur. R. ist als Urkundsperson des Kantons Schwyz im Sinne von § 10 lit. b EGzZGB beim Kantonsgericht registriert. Die Aufsicht des Kantonsgerichts ist daher gegeben (§ 13 Abs. 1 leg.cit.).

Eine Überprüfung anhand des Urkundsregisters und vorgelegter Stichproben hat ergeben, dass der Beschwerdegegner keine Beurkundungen ausserhalb des Hoheitsgebiets des Kantons Schwyz vorgenommen hat. Auch bezeichnet er sich stets korrekt als «Urkundsperson (Kt. SZ)» oder «Urkundsperson Kanton Schwyz», so dass an sich nicht der Eindruck entsteht, dass er in andern Kantonen mit solchen Befugnissen ausgestattet wäre. Dagegen, dass der Beschwerdeführer sich im Zusammenhang mit seinem Hauptberuf als geschäftsführender Partner der Firma Y. nicht als Schwyzer Urkundsperson bezeichnen dürfte, besteht im Kanton Schwyz keine gesetzliche Handhabe (vgl. auch Ruf, Notariatsrecht, N. 370); abgesehen vom Registrierungs- und Wohnsitzerfordernis sind keine weiteren Voraussetzungen wie bspw. eine unabhängige Berufsausübung normiert (vgl. § 10 lit. b leg.cit.). Insbesondere darf sich jede Schwyzer Urkundsperson auch ausserhalb des Kantons als solche bezeichnen, sofern nicht der fremde Hoheitsträger dies gesetzlich untersagt, wobei hier die Frage der Verfassungskonformität eines solchen Titelverbots auf schweizerischem Staatsgebiet offen bleiben kann. Jedenfalls kann es nicht Aufgabe des Kantons Schwyz sein, die Titelverwendung auf dem Gebiet anderer Kantone zu regeln und nachzuprüfen, solange die eigenen Vorschriften, insbesondere zur Gültigkeit der in

## A. 9.1

schwyzerischen Registern eingetragenen Beurkundungen, eingehalten werden.

Immerhin ist dem Beschwerdeführer zu empfehlen, sich künftighin als «Urkundsperson im Kanton Schwyz» zu bezeichnen, um jeglichen Verwechslungen zum vornherein vorzubeugen.

4. Das Aufsichtsverfahren ist damit einzustellen und der Anzeige keine weitere Folge zu geben.

(Beschluss vom 28. August 2003; KG 248/03 P).

## 9. Verschiedenes

### 9.1 **Offizialverteidigungen und unentgeltliche Rechtsvertretungen**

*Richtlinien der Gerichtspräsidentenkonferenz vom 3. November 2003.*

#### I.

Für die unentgeltliche Prozessführung bzw. -vertretung sind nebst Vorlage des von den Gerichten herausgegebenen Deklarationsformulars und den Grundvoraussetzungen (Art. 29 Abs. 3 BV, §§ 74 ff. ZPO) in der Regel folgende Anforderungen zu beachten:

- Zuschlag von max. 30 % zum betriebsrechtlichen Grundbetrag;
- Berücksichtigung der laufenden Steuern und von belegten Abzahlungen aus den Vorjahren;
- Freibetrag in der Höhe des Bedarfs für 1 bis 2 Monaten, ausnahmsweise 3 Monaten;
- Primat der Bevorschussungspflicht in Ehesachen;
- Offenlegung von bereits bezogenen Kostenvorschüssen an den Rechtsvertreter.

In Strafsachen gelten ausschliesslich die Kriterien der amtlichen Verteidigung (§ 18 Abs. 2 StPO; vgl. auch § 50 Abs. 2 StPO).

#### II.

Der Honoraransatz für unentgeltliche Rechtsvertretungen und Offizialverteidigungen beträgt in der Regel Fr. 180.00 je Stunde (= 80 %, inkl. MWST) zuzüglich Auslagen, ausnahmsweise bis Fr. 200.00. Vorbehalten bleiben insbesondere die Berücksichtigung des Streitwerts in Zivilverfahren, die Besonderheiten des Einzelfalls und die ermessensweise Honorarfestsetzung bei nicht spezifizierter Kostennote.

## B. VERWALTUNGSGERICHT

---

### 1. Verfahren

#### 1.1 Aufschiebende Wirkung

*Submissionsverfahren / Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB):*

- Keine aufschiebende Wirkung *ex lege* (Art. 17 IVöB).
- Voraussetzungen für Erteilung der aufschiebenden Wirkung.  
(betreffend kantonale Submissionsverordnung siehe EGV-SZ 1999, Nr. 16)

*Aus den Erwägungen:*

2.a) Gemäss Art. 17 Abs. 1 IVöB hat die Beschwerde keine aufschiebende Wirkung. Die Beschwerdeinstanz kann jedoch auf Gesuch oder von Amtes wegen die aufschiebende Wirkung erteilen, wenn die Beschwerde als ausreichend begründet erscheint und keine überwiegenden öffentlichen oder privaten Interessen entgegenstehen (Art. 17 Abs. 2 IVöB).

b) Der Umstand, dass die aufschiebende Wirkung nicht *ex lege* gilt, gebietet nicht, die aufschiebende Wirkung nur ausnahmsweise zu gewähren. Vielmehr bedarf es einer individuellen Prüfung, bei der nicht *a priori* den öffentlichen Interessen ein stärkeres Gewicht beizumessen ist (BEZ 1999, Nr. 9, Erw. 1c; VPB 66.37, Erw. 2c; BR 4/99, S.149 Nr. S 53).

c) Das Kriterium der ausreichenden Begründung verlangt eine Prima-facie-Würdigung der materiellen Rechtslage.

Ist die Beschwerde offensichtlich unbegründet, kann keine aufschiebende Wirkung erteilt werden. Mit diesem Erfordernis soll verhindert werden, dass offensichtlich unbegründete Rechtsmittel dazu verwendet werden, die Durchführung einer Beschaffung hinauszuzögern (BEZ 2001, Nr. 39, Erw. 3c).

Sind Erfolgchancen vorhanden oder bestehen darüber Zweifel, bedarf es einer Interessenabwägung aufgrund einer summarischen Beurteilung der im Zeitpunkt des prozessualen Entscheids überblickbaren Rechts- und Sachlage (VPB 66.37 Erw. 2e; BEZ 2001, Nr. 39, Erw. 3a). Es gilt dabei einerseits zu beachten, dass die Anordnung der aufschiebenden Wirkung der Verwirklichung eines ausreichenden Rechtsschutzes dient. Ausgangspunkt ist mithin

## B. 1.2

die Gewährung des effektiven Rechtsschutzes und die Verhinderung von Zuständen, die das Rechtsmittel illusorisch werden lassen. Wird die aufschiebende Wirkung nicht erteilt und ist der Vertrag bereits abgeschlossen, ist nämlich nurmehr ein Feststellungsentscheid möglich (Art. 18 Abs. 2 IVöB; BEZ 2001 Nr. 39, Erw. 3a). Andererseits ist aber auch zu berücksichtigen, dass der Vergabestelle bei der Beurteilung der Angebote anhand der Zuschlagskriterien ein weiter Ermessensspielraum zur Verfügung steht, in welchen das Gericht, dem keine Überprüfung der Angemessenheit des Entscheids zusteht (Art. 16 Abs. 2 IVöB), nicht eingreift (BEZ 2001, Nr. 39. Erw. 3c).

d) Das öffentliche Interesse ist vornehmlich in einer möglichst verzögerungsfreien Beschaffung zu sehen. Soweit zeitliche Dringlichkeit geltend gemacht wird, darf darauf in der Regel nur abgestellt werden, wenn sich diese aus äusseren Umständen ergibt und nicht der eigenen unzureichenden Zeitplanung der vergebenden Instanz zuzuschreiben ist (BEZ 2002, Nr. 39, Erw. b). Schon bei der Planung ist zu bedenken, dass gegen den Zuschlag ein Rechtsmittel ergriffen werden kann, dem gegebenenfalls die aufschiebende Wirkung erteilt wird (BR 4/99, S.149, S 53). Beschaffungsgeschäfte samt Durchführung des eigentlichen Submissionsverfahrens sind nach Möglichkeit langfristig genug zu planen (VPB 62.79, Erw. 3c). Dies gilt auch bei der Festsetzung der Bindungsfrist (BR 4/01, S. 155, Nr. S38), wobei sich die Rechtsprechung nicht einig ist, ob unbesehen davon die Bindung an das Angebot durch die Einleitung des Rechtsmittelverfahrens entsprechend verlängert wird (BEZ 1999, Nr. 9, Erw. 1b mit weiteren Zitaten).

e) Die Interessen einer beschwerdeführenden Partei liegen in der Chancenerhaltung mit Hinblick auf den Zuschlag, die des berücksichtigten Anbieters in einem baldigen Vertragsabschluss (BEZ 1999 Nr. 2, Erw. 1c).  
(Zwischenbescheid 1052/02Z vom 14. Januar 2003).

## 1.2 Beschwerdebefugnis

*Submissionsverfahren:*

– *Rügenbezogene Beurteilung der Beschwerdebefugnis.*

*Aus den Erwägungen:*

1.b) Gemäss konstanter verwaltungsgerichtlicher Rechtsprechung ist im Submissionsverfahren die Beschwerdebefugnis nur zu bejahen, wenn und soweit bei Beschwerdegutheissung die Stellung der Beschwerdeführer unmittelbar beeinflusst wird (EGV-SZ 1996, S. 9). Wie bereits im Zwischenbescheid vom 14. Januar 2003 festgehalten, darf bei umstrittenen Bewertungsfragen indes die Beschwerdebefugnis nicht leichthin wegen fehlender reeller Aussichten auf den Zuschlag verneint werden (Erw. 3a unter Hinweis

auf RRB Nr. 897/2002 v. 2.7.2002, Erw. 2.2). Die Beschwerdeführerinnen rügen im Wesentlichen Eröffnungs- und Begründungsfehler, eine Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes- und des Diskriminierungsverbotes (Offertpräsentationen), ein unfaires Verfahren (Verletzung von Ausstandsvorschriften, Vorbefassung) sowie eine rechtswidrige Bewertung der Offerten. Auf diese Rügen ist grundsätzlich einzutreten, soweit damit ihre Chancen auf den Zuschlag intakt bleiben. Zeigen Zwischenergebnisse der gerichtlichen Beurteilung auf, dass keine Chancen für einen Zuschlag an die Beschwerdeführerinnen mehr bestehen, so sind die noch nicht beurteilten Rügen nicht weiter zu beurteilen (Robert Wolf, Die Beschwerde gegen Vergabeentscheid - Eine Übersicht über die Rechtsprechung zu den neuen Rechtsmitteln, in ZBl 104 (2003), S. 1ff., 11f.). (VGE 1053-1055/02 vom 17. April 2003).

### 1.3 Kognition

– *Submissionsverfahren.*

*Aus den Erwägungen:*

1.c) Die Überprüfungszuständigkeit des Verwaltungsgerichts ist eine beschränkte. Dies geht einmal aus Art. 16 Abs. 2 IVöB hervor, wonach die Arbeitsvergabe auf die Angemessenheit hin nicht überprüft werden kann. Zu prüfen ist die Sachverhaltsfeststellung sowie die Rechtsanwendung (Rechtskontrolle).

Die verwaltungsunabhängige Beschwerdeinstanz hat also in erster Linie Rechtsfragen zu beantworten, nicht aber Fachfragen der Verwaltung zu beurteilen (Merkli/ Aeschlimann/ Herzog, Kommentar zum Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege im Kanton Bern, N 1 zu Art. 80). Soweit die Natur einer Streitsache mithin einer uneingeschränkten Rechtskontrolle Grenzen setzt, darf die Rechtsmittelbehörde ihre Kognition beschränken. So kann u.a. das Erfordernis spezieller Fachkenntnisse für das Gericht einen Grund zu zurückhaltender Überprüfung abgeben, beispielsweise bei der Auslegung von sog. unbestimmten Rechtsbegriffen («Tatbestandsmessen»), unter Umständen aber auch bei der Sachverhaltsermittlung, wenn massgebende Sachumstände durch Schätzung festgestellt werden müssen (Merkli/ Aeschlimann/ Herzog a.a.O. N 3,5,9 zu Art. 80 und N 4f.,9 zu Art. 66; vgl. auch VGE 1060/98 vom 21. Mai 1999, Erw.1).

Folgerichtig hat sich deshalb das Gericht auch bei Submissionsbeschwerden eine gewisse Zurückhaltung bei Problemen vorwiegend technischer Natur und bei reinen Ermessensfragen aufzuerlegen. Bei der Frage des wirtschaftlich günstigsten Angebots setzt es nicht sein eigenes Ermessen anstelle jenes der Vergabebehörde (Galli/Moser/Lang, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, Rz. 686).



### B. 1.3

Die qualitative Bewertung eines Angebotes ist mitunter zweifelsohne schwierig. Es liegt im weiten Ermessen der Vergabungsbehörde, fall- und objektbezogen die massgeblichen Kriterien zu bestimmen, anzuwenden und zu gewichten. Der Vergabeentscheid muss jedoch nachvollzieh- und überprüfbar sein. Es greift vor allem dann ein, wenn angewandte Kriterien nicht sachlich sind, die Gewichtung willkürlich ausfällt und der Bewertung falsche Sachverhaltsannahmen zugrunde liegen (1014/01 v. 5.0.01 Erw. 2). Auch bei der Auswahl und Gewichtung der einzelnen Kriterien steht der Vergabebehörde grundsätzlich ein weiter Ermessensspielraum zu (vgl. VGE 1041/01 vom 5. Sept. 2001, Erw.2, Prot. S.876; AGVE 1999, S.328; Elisabeth Lang: Die Praxis des Verwaltungsgerichts des Kantons Aargau zum Submissionsrecht, in ZBl 9/2002, S. 469)(VGE 1027/02 v. 30.10.02, 3a).

Für die Rechtsmittelinstanz ist es im Streitfall in der Regel insbesondere nicht einfach zu überprüfen, ob ein bestimmtes Angebot die Auftragsbedingungen lückenlos und in allen Teilen einhält. Dies gilt namentlich dann, wenn die Ausschreibungsunterlagen verhältnismässig offen ausgestaltet sind, oder wenn bei einem hohen Detaillierungsgrad in den Ausschreibungsunterlagen der jeweilige zeitliche Aufwand für bestimmte Teilleistungen (Dienstleistungen) nicht konkret vorgegeben ist, sondern nur annähernd geschätzt werden kann. In diesem Zusammenhang bestehen folgende Korrelationen: Zum einen gilt, je enger die Vorgaben (z.B. hinsichtlich Zeitaufwand oder Materialwahl) fixiert sind, desto schwieriger wird es, den unternehmerischen Sachverstand und das Know-how des jeweiligen Anbieters miteinzubeziehen, was sich vor allem bei komplexeren Bauaufträgen und bei der Vergabe von Dienstleistungsaufträgen als nachteilig erweisen kann (vgl. dazu Lang, a.a.O., ZBl 9/2002, S.465). Zum andern ist nicht zu übersehen, dass qualitativ gute Arbeit in aller Regel einen entsprechenden Zeitaufwand erfordert, namentlich wenn es um Kontrollarbeiten (wie z.B. Baukontrolle) oder um Qualitätssicherungsarbeiten geht. Mit anderen Worten birgt ein zu knapp kalkulierter Zeitaufwand die latente Gefahr in sich, dass bei der Ausführung die Qualität der (Kontroll-)Arbeiten leidet, weil nicht genügend Zeit eingeplant ist. Auch bei dieser Ausgangslage hat deshalb das Gericht bei der Überprüfung technischer und betrieblicher Aspekte, welche die Vergabebehörde aufgrund ihres Fachwissens besser beurteilen kann, sich Zurückhaltung aufzuerlegen (vgl. ZBl 9/2002, S.475, mit Hinweisen). Analog kommt bei der Beantwortung der Frage, ob mit dem für ein bestimmtes Angebot einkalkulierten Zeitaufwand die mit der Ausschreibung geforderte Qualität bei der Arbeitsausführung erreicht werden kann, der Beurteilung durch die mit Fachwissen ausgestatteten Vorinstanz ein erhebliches Gewicht zu (VGE 1027/02 v. 30.10.02, Erw. 5d). (VGE 1053-105502 vom 17. April 2003).

## 1.4 Ausstand / Vorbefassung

– *Submissionsverfahren.*

*Aus dem Sachverhalt:*

Die Elektroingenieurarbeiten für die Erneuerung einer Tunnelbeleuchtung wurden einer Offerentin zugeschlagen, welche vorgängig für den Auftraggeber einen Zustandsbericht über die fraglichen Beleuchtungsanlagen verfasste.

*Aus den Erwägungen:*

3.a) Den Ausschreibungsunterlagen lag u.a. der Zustandsbericht der fraglichen Beleuchtungsanlagen in den Tunnels ... vom 16. Dezember 2002 vor mit Angaben über den Ist-Zustand, Lösungsvorschläge für die Erneuerung der Beleuchtungsanlage sowie einer Grobkostenschätzung. Auf dem Titelblatt ist das Kantonswappen abgebildet verbunden mit dem Text «Kanton Schwyz», und «Tiefbauamt Abt. Betrieb und Unterhalt.» Die Kopfzeilen der nachfolgenden Seiten lauten: «Tiefbauamt des Kantons Schwyz - ...». Im Anhang des Berichtes finden sich eine «Photodokumentation, Stand 30.05.02» und «Zustandsaufnahme vom 19.4.02, Checklisten Stand 08.05.02».

b) Die Beschwerdeführerin macht vor Verwaltungsgericht geltend, man habe ihr zugetragen, den Zustandsbericht habe die Beschwerdegegnerin verfasst. Nach Studium des Staatskalenders habe sie feststellen können, dass die mutmasslichen Verfasser mit den Zeichen ... höchstwahrscheinlich nicht beim Kanton arbeiten würden. Sollte diese Vermutung zutreffen, hätte die Beschwerdegegnerin einen unzulässigen Wettbewerbsvorteil gehabt. Sie hätte entweder den Zustandsbericht nicht erstellen dürfen oder dann nicht am Vergabeverfahren teilnehmen dürfen. Wenn externe Fachleute zur Vorbereitung und/oder Durchführung des Submissionsverfahrens beigezogen würden, seien sie vorbefasst und grundsätzlich als Anbieter auszuschliessen.

c) Vernehmlassend führt hiezu die Vorinstanz aus:

«Die beiden Tunnels ... an der ... im Abschnitt ... wurden 1980 in Betrieb genommen. Die nahezu 25 Jahre alten elektromechanischen Installationen/ Beleuchtungen sind zum grössten Teil am Ende ihrer Lebensdauer angelangt. Es ist deshalb vorgesehen, die bestehenden Beleuchtungsanlagen in beiden Tunnels zu erneuern und diese gleichzeitig den heute gültigen Normen anzupassen.

Damit sich das Tiefbauamt ein Bild über den Umfang und das Ausmass der notwendigen Arbeiten machen konnte, wurde im 2002 das Ingenieurbüro ... (Bg) beauftragt, eine Zustandserhebung mit Vorschlägen und Grobkostenschätzung auszuarbeiten. Dieser Zustandsbericht beinhaltet keine Bearbeitung der Phasen Konzept oder Vorprojekt. Gestützt auf diese Grundlagen entschied sich dann das Tiefbauamt zu einer Totalerneuerung sämtlicher Anlageteile, wie der Beleuchtung, Beleuchtungssteuerung sowie der

## B. 1.4

notwendigen Kalbelanlagen. Gleichzeitig entschied sich das Tiefbauamt anhand der Grobkostenschätzung für die Elektroingenieurarbeiten einen beschränkten Wettbewerb gemäss § 3 der Kantonalen Submissionsverordnung durchzuführen.

Als externe Fachberater im Bereich Elektrotechnik/ -mechanik des Tiefbauamtes wurde ... mit der Ausarbeitung der Submissionsunterlagen für Elektroingenieurarbeiten beauftragt. In der Folge wurden in einem beschränkten Wettbewerb die eingeladenen Elektroingenieurbüros mit sämtlichen Dokumenten, Planunterlagen, Messberichten des Amtes für Messwesen sowie dem Zustandsbericht der bestehenden Beleuchtungsanlage bedient. Somit war sichergestellt, dass alle Bewerber gleich behandelt wurden und alle den gleichen Stand der Informationen besaßen.

Entgegen den nicht weiter substantiierten Behauptungen der Bf wirkte die Bg keinesfalls am Vergabeverfahren mit. Ihre seinerzeit mit abschliessendem Auftrag übertragene Aufgabe bestand lediglich in der Erarbeitung der Grundlagenfassung und eines Zustandsberichtes. Und genau diese Angaben bildeten unter anderem Bestandteil der konkreten Submission, sie wurden auch der Bf genauso bekannt, wie der Bg zuvor. Es ist deshalb absolut abwegig, aus dieser Konstellation einen Wettbewerbsvorteil zu Gunsten der Bg konstruieren zu wollen. Bezeichnenderweise operiert denn auch die Bf diesbezüglich nur mit blossen Mutmassungen oder dann bestenfalls mit nicht näher begründeten Rechtsbehauptungen.»

Die Beschwerdegegnerin stellt sich vernehmlassend auf den Standpunkt, ihres Erachtens seien im Zustandsbericht keine Lösungsvorschläge enthalten, sondern lediglich Grundlagen beschrieben, damit der Offertumfang ersichtlich werde. Eine Grobkostenschätzung lasse sich, sofern der Anbieter im Allgemeinen mit der Materie vertraut sei, von vergleichbaren, ähnlichen Anlagen über den Meterpreis herleiten.

d) Replicando macht die Beschwerdeführerin geltend, die von der Beschwerdegegnerin erbrachten Leistungen und Vorabklärungen und die so erlangten Zusatzinformationen seien als derart gewichtig einzustufen, dass ein Wettbewerbsvorteil mit grosser Wahrscheinlichkeit vorliege. Die Beschwerdegegnerin habe bessere Orts- und Zustandskenntnisse und besseres Projektwissen. Dies werde dadurch belegt, dass sie sehr tief habe offerieren können. Sie könne die bereits von ihr erhobenen Detailinformationen, die sie für die Ausarbeitung des Zustandsberichts mit Vorschlägen und Grobkostenschätzung ausfindig gemacht habe, für die Weiterbearbeitung verwenden. Zudem bedurfte es, um den Zustandsbericht erstellen zu können, eines Konzeptvorschlages, ansonsten die Kosten ja aufgrund von Annahmen hätten getroffen werden müssen.

e) Während die Vorinstanz duplicando auf ihre Vernehmlassung verweist und «die neuerlichen Ausführungen der Beschwerdeführerin» bestreitet, hält die Beschwerdegegnerin fest, dass für den Zustandsbericht «keine Detailinformationen und Lösungsvorschläge zu erarbeiten waren und demzufolge auch nicht darin aufgeführt» seien. Es seien «lediglich Aufzählungen wie Tunneldaten, Verkehrsfrequenzen, Materialqualitäten und einzuhaltende Vorschriften für die zu erneuernden Anlageteile enthalten, sodass für alle Anbieter die gleichen Bedingungen zur Offertstellung» galten.

4.a) Zu den allgemeinen Grundsätzen des Vergabeverfahrens gehört die Beachtung der Ausstandsregeln (Art. 11 lit. d IVöB; § 4 Abs. 1 VRP i.V.mit §§ 52 GO). So darf im Vergabeverfahren nicht mitwirken, wer selber Anbieter ist oder im Falle einer juristischen Person deren Verwaltung angehört (§ 52 Abs. 1 lit. a und c GO). Abgelehnt werden kann im Vergabeverfahren eine Person u.a., wenn sie Rat gegeben oder Gutachten erstattet hat, wenn zwischen ihr und einem Anbieter Freundschaft, Feindschaft oder ein Pflicht- oder Abhängigkeitsverhältnis besteht oder wenn andere Umstände vorliegen, die sie als befangen erscheinen lassen (§ 53 lit. b-d GO).

Wenn externe Fachleute zur Vorbereitung und/oder Durchführung des Submissionsverfahrens beigezogen werden, sind sie vorbefasst und grundsätzlich als Anbieter auszuschliessen (Galli/Moser/Lang, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, Rz. 516; VGE 1053-55/02 vom 17.4.03, Erw. 4a). Die Vorbefassung ist mit der Ausstandspflicht mithin eng verwandt (BR 2/03, S17, S. 65). Das Verwaltungsgericht hat in einem jüngsten Entscheid indes festgehalten, dass in einer Dienstleistungsbranche, die nur von wenigen Anbietern betrieben wird, eine rigorose Handhabung der Ausstandsvorschriften, die die Durchführung von Submissionsverfahren sehr stark behindern, wenn nicht gar verunmöglichlichen würde, nicht angebracht ist (VGE 1053-55/02 vom 17.4.03, Erw. 4b/d).

In der Rechtsprechung verschiedener Kantone wird hervorgehoben, dass es genüge, wenn ein Wettbewerbsvorteil als möglich erscheine (Galli/Moser/Lang a.a.O, Rz. 517 [GR], 518 [AG]; BR 2/03 S17, S. 65). Andererseits führt nicht jede Vorbefassung bzw. jeder Wissensvorsprung zum Ausschluss eines Anbieters. Nebst der geringen Anzahl von Anbietern einer bestimmten Leistung vermag auch der geringe Grad einer Mitwirkung einen Verzicht auf Verfahrensausschluss zu rechtfertigen (Galli/Moser/Lang a.a.O., Rz. 520 [LU]; Rz. 518 [AG]; weitere mögliche Ausnahmesituationen: bei Neuausschreibung eines Dauerauftrages, Wissensvorsprung des bisherigen Auftragsinhabers [Rz. 516]; siehe auch Rz. 521). Allerdings darf ein Unternehmer die Ausschreibung nicht zu seinen Gunsten beeinflussen. Das Verwaltungsgericht des Kantons Aargau verlangt, dass eine solches Mitwirken offen gelegt und ein allfälliger Wissensrückstand der übrigen Bewerber durch geeignete Ausgleichsmechanismen kompensiert wird (Galli/Moser/Lang a.a.O. Rz. 518). Ähnlich argumentiert das Verwaltungsgericht Luzern (Galli/Moser/Lang a.a.O. Rz. 520). Auch die Eidg. Rekurskommission verlangt die Offenlegung der Vorbefassung gegenüber den Mitkonkurrenten (Galli/Moser/Lang a.a.O. Rz. 514).

b) Der von der Beschwerdegegnerin verfasste Zustandsbericht geht über eine blossе Faktensammlung hinaus. Es ist die Rede von einem «Massnahmeprojekt», welches in Zusammenarbeit «mit dem TBA SZ» (=Tiefbauamt des Kantons Schwyz) ausgearbeitet wurde und die «Grundlage für die Erneuerung der elektromechanischen Anlagen in beiden Tunneln» bildet (Zustandsbericht S. 1/2). Das «Massnahmeprojekt» besteht darin, dass im Zustandsbericht hinsichtlich Energieversorgung, Beleuchtung und Kabelan-

## B. 1.4

lagen einerseits der Ist-Zustand erwähnt und andererseits die Massnahme für die Erneuerung der elektromechanischen Ausrüstungen vorgeschlagen wird. Im Anschluss an diese vorgeschlagenen Massnahmen wird die Grobkostenschätzung vorgenommen. Sie geht von einem Gesamttotal ohne Honorar und MWST von Fr. 398'597.– aus. Als Honorar werden Fr. 50'000.– eingesetzt, sodass der Zustandsbericht Totalkosten (inkl. MWST) von Fr. 482'690.– annimmt.

(...).

d) Der Zustandsbericht stellt zweifelsohne eine massgebende Grundlage für das vorliegende Submissionsverfahren dar. Dies zeigt sich schon darin, dass er den eingeladenen Anbietern zugestellt wurde (Ausschreibungsunterlagen S. 10). Auch im Zustandsbericht selbst ist von der Grundlage für die Erneuerung der elektromechanischen Anlagen in den beiden Tunnels ... die Rede. Die Beschwerdegegnerin wurde somit zur Vorbereitung des Submissionsverfahren beigezogen, weshalb sie als vorbereitend zu betrachten ist, was grundsätzlich zu deren Ausschluss vom Submissionsverfahren führen muss. Es ist nachfolgend zu prüfen, ob von diesem Grundsatz ausnahmsweise abzuweichen ist (vgl. oben Erw. 4a).

e) Im Bereich von Elektroingenieurarbeiten ist vorab nicht von einer geringen Anzahl von Anbietern auszugehen. Somit bleibt die Frage, ob sich ein Verzicht auf Verfahrensausschluss aufgrund einer bloss geringfügigen Mitwirkung bzw. Vorbefassung rechtfertigen lässt. Dies wäre indes schon deswegen fraglich, weil den Mitkonkurrenten die Vorbefasstheit der Beschwerdegegnerin nicht offen gelegt wurde (vgl. oben Erw. 3a), während hingegen mit der Zustellung des Zustandsberichtes immerhin ein allfälliger Wissensrückstand kompensiert und mit dem Beizug eines weiteren externen Fachberaters eine weitergehende Beeinflussung des Verfahrens verhindert wurde. Unbesehen davon kann man indes nicht von einer geringfügigen Mitwirkung bzw. Vorbefassung ausgehen. Wer im Zusammenhang mit einer konkreten Erneuerung von Tunnelbeleuchtungsanlagen ein (so bezeichnetes) «Massnahmeprojekt» mit Grobkostenschätzung erarbeiten muss, beschäftigt sich intensiv mit der fraglichen Problematik. Es liegt auf der Hand, dass die Beschwerdegegnerin damit Gelegenheit erhielt, sich für die nachfolgende Arbeitsausschreibung einen Wissensvorsprung zu verschaffen, der sich nicht zwingend im verfassten Zustandsbericht niederschlagen musste. Unmittelbare Orts- und Werkskenntnisse lassen sich auch nie genau eins zu eins schriftlich wiedergeben. Es ist deshalb von einem möglichen Wettbewerbsvorteil auszugehen, der den Verfahrensausschluss der Beschwerdegegnerin gebietet. Dass die Beschwerdegegnerin sich tatsächlich einen Wettbewerbsvorteil verschaffen konnte, ist nicht erforderlich (vgl. oben Erw. 4a).

Die angefochtene Arbeitsvergabe ist somit aufzuheben. Dieses Beurteilungsergebnis wird durch nachfolgende Feststellung gestützt. Es fällt auf, dass die Beschwerdegegnerin mit Fr. 47'220.– (bzw. Fr. 49'148.00 des Totals der

Eingabesumme nach Bereinigung eines Rechnungsfehlers) als einzige der eingeladenen Anbieterinnen klar unter der im Zustandsbericht geschätzten Honorarsumme von Fr. 53'800.– (Fr. 50'000.– plus Fr. 3'800 MWST) offerieren konnte, während die Angebote der übrigen Anbieterinnen, welche nicht wussten, dass die geschätzte Honorarsumme von der Mitkonkurrentin ermittelt wurde, klar und ausnahmslos über diesen Fr. 53'800.– lagen (Fr. 59'500.– bis Fr. 64'560.–). Dies lässt vermuten, dass die nicht berücksichtigten Anbieterinnen aufgrund eines geringeren Wissensstandes vorsichtiger offerierten. (VGE 1032/03 vom 6. August 2003).

## 1.5 Streitgegenstand

– *Bedeutung des Rügeprinzips für die Bestimmung des Streitgegenstandes.*

*Aus den Erwägungen:*

1.a) Im Einspracheverfahren wie auch im vorinstanzlichen Beschwerdeverfahren war nur die im Gestaltungsplan vorgesehene Entwässerung ... umstritten.

Soweit vor Verwaltungsgericht vorgebracht wird, die Eintragung der Höhenkurven im Gestaltungsplan sei mangelhaft, die Höhenbegrenzungslinien, Spielflächen, Angaben über die Abstellflächen für Motorfahrzeuge sowie - angesichts der Topographie und der im Plan offensichtlich fehlenden bzw. nicht genügenden Wendeplätze - Angaben über die Versorgung und Entsorgung fehlten, kann auf diese neuen Rügen im vorliegenden Verfahren aus nachfolgender Begründung nicht eingetreten werden.

b) Vom Anfechtungsobjekt (in casu aufgelegter Gestaltungsplan) ist der Streitgegenstand zu unterscheiden. Dieser bezeichnet den Umfang, in dem das mit der angefochtenen Verfügung geregelte Rechtsverhältnis umstritten ist. Das Rechtsmittelverfahren beschränkt sich auf diesen Streitgegenstand (Merkli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zum Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege im Kanton Bern, N 6 zu Art. 72). Zur Bestimmung des Streitgegenstandes wiederum ist das Rügeprinzip massgebend (betreffend Baurecht siehe im speziellen, Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 2.a., N 4 zu § 52). Als Rügen gelten die Einwände (Sachvorbringen) gegen die vorinstanzliche Beurteilung oder ein geplantes Vorhaben. Mit ihren Rügen legen die Parteien somit den Streitgegenstand für die Rechtsmittelbehörden fest. Nach Ablauf der Rechtsmittelfrist dürfen keine über den Streitgegenstand hinauszielende Rügen mehr erhoben werden (Merkli/Aeschlimann/Herzog a.a.O., N 4 zu Art. 25 und N 7 zu Art. 72). Neue Rügen sind mithin keine Noven. Abgesehen davon würde der Streitgegenstand die Zulässigkeit von Noven beschränken (Kölz/Bosshart/Röhl, a.a.O. N 34 zu § 20).

## B. 1.6

c) Soweit die Beschwerdeführer des Weiteren auch eine Verletzung der *formellen und materiellen Koordinationspflicht* rügen, ist darauf ebenfalls nur im Lichte der Streitgegenstand bildenden Frage der Entwässerung einzutreten.

d) Vom Rechtsmittelverfahren als Mittel des individuellen Rechtsschutzes ist die ausstehende regierungsrätliche Genehmigung zu unterscheiden, in welchem Verfahren der Regierungsrat ex officio den erlassenen Gestaltungsplan auf die Rechtmässigkeit und Übereinstimmung mit den kantonalen Plänen zu überprüfen haben wird (§ 30 Abs. 5 i.V. mit § 28 Abs. 2 PBG; angef. RRB Erw. 5.2).  
(VGE 1030/03 vom 6. August 2003).

## 1.6 Revision

– *Nachträglich mitgeteilte, über einen Kläger verhängte Vormundschaft als Revisionsgrund für neuen Kostenentscheid akzeptiert.*

*Aus dem Sachverhalt:*

Auf ein Klagebegehren konnte wegen Nichtbezahlens des Kostenvorschusses nicht eingetreten werden. Dem Kläger wurden im Nichteintretensentscheid die Verfahrenskosten auferlegt. Einige Zeit später meldete sich der Vormund des Klägers, welcher das Gericht ersuchte, von der Kostenerhebung abzusehen.

*Aus den Erwägungen:*

1. Das vorliegende Ersuchen des klägerischen Vormunds ist als Revisionsbegehren entgegen zu nehmen.

2. Das Gericht kann u.a. auf ein rechtskräftiges Urteil zurückkommen, wenn die Partei nachträglich neue erhebliche Tatsachen oder Beweismittel vorbringt, die sie früher trotz zumutbarer Sorgfalt nicht vorbringen konnte (§ 61 lit. b VRP). Das Revisionsbegehren ist innert 90 Tagen seit Feststellung des Revisionsgrundes, jedoch spätestens innert zehn Jahren seit Erlass des Urteils einzureichen (§ 62 VRP).

a) Die Voraussetzung der rechtskräftigen Entscheidung liegt vor. Gegen das Urteil des Verwaltungsgerichts ist nur das ausserordentliche Rechtsmittel der staatsrechtlichen Beschwerde zulässig. Das Revisionsbegehren ist offenkundig auch rechtzeitig eingereicht worden.

b) Gemäss beiliegender Urkunde ist Amtsvormund (...) von der Vormundschaftsbehörde (...) zum Vormund über (...) ernannt worden. Dies ist eine neue erhebliche Tatsache im Sinne von § 61 lit. b VRP. Dem Kläger, der gemäss glaubhafter Darlegung des Vormunds wegen Geisteskrankheit unter Vormundschaft gestellt ist (Art. 369 ZGB), kann keine Sorgfaltspflichtverletzung vorgeworfen werden, gehört es doch gerade zu seinem Krankheitsbild, Prozesse unter Umgehung seines Vormundes bzw. der Vormundschaftsbehörde anzuheben. Anhaltspunkte, dass der Vormund als Vertreter des Klägers die Sorgfaltspflicht verletzt hätte, liegen keine vor. Es ist mithin auf das Revisionsbegehren einzutreten.

3. Mit dem Revisionsbegehren wird nicht das Nichteintreten auf die Klage in Frage gestellt, sondern nur der Kostenspruch.

a) Vor Erlass einer Entscheidung hat das Gericht die Sachentscheidvoraussetzungen zu überprüfen, so u.a. die Verfahrensfähigkeit (§ 27 Abs. 1 lit. b VRP i.V. mit § 70 VRP). Ist eine der Voraussetzungen nicht gegeben, kann auf die Beschwerde bzw. auf die Klage nicht eingetreten werden (§ 27 Abs. 2 VRP i.V. mit § 70 VRP). Dem bevormundeten Kläger fehlt die Verfahrensfähigkeit (§ 12, 15 Abs. 1 VRP; Art. 407 ZGB; Kölz/Bosshart/Röhl, Kommentar zu ZH-VRG, 2. A., N 13 zu § 21). In Kenntnis des Bevormundungstatbestandes hätte mithin das Gericht auf die Klage nicht eintreten dürfen. Damit ändert sich an Dispositiv-Ziffer 1, worin auf die Klage nicht eingetreten wird, somit grundsätzlich nichts.

b) Das Nichteintreten hat in der Regel Kosten zu Lasten des Beschwerdeführers bzw. des Klägers zur Folge (Unterliegerprinzip). Wenn indes - wie im vorliegenden Fall - die Verfahrensfähigkeit und damit das Eintreten verneint werden muss, weil die klagende Person wegen Geisteskrankheit bevormundet ist, ist ein Vorgehen nach dem Unterliegerprinzip nicht mehr begründet. Eine geisteskranke, nicht verfahrensfähige Person vermag keine prozessualen Handlungen oder Unterlassungen zu setzen, die im Nichteintretensfalle auch eine innere Rechtfertigung für die Kostenaufgabe hergeben. Vielmehr ist hier analog zu § 72 Abs. 4 VRP vorzugehen, wo der Entscheid über die Kostenfolge im Ermessen der Behörden liegt, wenn ein Verfahren gegenstandslos wird (siehe auch § 25 Ziff. 32 Gebührenordnung). In diesem Sinne ist in Gutheissung des Revisionsbegehrens Dispositiv-Ziffer 2 des VGE 1032/02 vom 20. Dezember 2002 ersatzlos aufzuheben. (VGE 1007/03 vom 30. Januar 2003).

## **1.7 Beschwerde betr. Verletzung Gemeindeautonomie / fehlende Rechtsmittelbelehrung**

(siehe EGV-SZ 2003, B 17.1).



## **B. 3.1**

### **1.8 Präsidialverfügung**

(Präsidialverfügungen sind der Kollegialbehörde zur Genehmigung zu unterbreiten, siehe EGV-SZ 2003, B 16.2 betreffend fürsorgliche Freiheitsentziehung).

### **1.9 Beiladung**

(siehe EGV-SZ 2003, B 15.1).

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

### **3.1 Krankenversicherung (Heilungskosten-Zusatzversicherung nach VVG)**

– *Tarifierhöhung bei Altersgruppenwechsel: Die Versicherungsnehmerin musste nach Treu und Glauben sowie nach der Ungewöhnlichkeitsregel nicht damit rechnen, dass sie mit konkludenter Zustimmung zu den allgemeinen Versicherungsbedingungen auf ein Kündigungsrecht nach Kenntnisnahme der konkreten Prämienhöhung verzichte; in Anbetracht der konkreten Informationspraxis zur Prämienhöhung erfolgte Kündigung in casu rechtzeitig.*

*Aus dem Sachverhalt:*

Die Klägerin (Krankenkasse) verschickte der Beklagten (Versicherungsnehmerin) im Oktober 2000 die neue Police 2001 für die Heilungskosten-Zusatzversicherung nach VVG. Darin war eine Prämienhöhung für den kommenden Übertritt von der Altersgruppe 56-60 in die Altersgruppe 61-65 enthalten. Daraufhin kündigte die Beklagte diese Zusatzversicherung per 31. Dezember 2000. Die Klägerin beharrte darauf, dass die Frist zur Kündigung der Zusatzversicherung bereits am 30. Sept. 2000 abgelaufen sei, weshalb sie an einem Inkasso der Prämien für 2001 festhielt.

*Aus den Erwägungen:*

1. Das Verwaltungsgericht ist nach § 13 Abs.2 des kantonalen Gesetzes über die Prämienverbilligung in der Krankenpflegeversicherung (PVG, SRSZ 361.100) für die Entscheidung von Streitigkeiten aus Zusatzversiche-

rungen zur sozialen Krankenversicherung nach den Bestimmungen über das verwaltungsgerichtliche Klageverfahren zuständig. Für solche Streitigkeiten schreibt das Bundesrecht ein einfaches und rasches Verfahren vor, in dem der Richter den Sachverhalt von Amtes wegen feststellt und die Beweise nach freiem Ermessen würdigt (vgl. VGE 4/01 vom 18. April 2001, Erw.1b, publ. in EGV-SZ 2001, B.3.4, S.66ff. mit Verweis auf Art. 47 Abs.2 des Bundesgesetzes betreffend die Aufsicht über die privaten Versicherungseinrichtungen, VAG).

Im vorliegenden Fall macht die Klägerin geltend, dass ihr die Beklagte, welche ihren Wohnsitz im Kanton Schwyz hat, aus Krankenzusatzversicherungen nach VVG für das 1. Halbjahr 2001 noch Prämien im Umfange von Fr. 2'659.20 (zuzüglich Mahn- und Bearbeitungskosten) schulde. Für die Behandlung dieser Streitigkeit ist das Verwaltungsgericht nach dem Gesagten örtlich und sachlich zuständig, weshalb auf die Klage einzutreten ist.

(...).

3.a) In der Folge ist die Frage zu untersuchen, ob die Beklagte mit ihrer Kündigung vom 9. Nov. 2000 ihre Zusatzversicherungen (nach VVG) bei der Klägerin per 31. Dez. 2000 beenden konnte. Die Beklagte bejaht diese Frage mit der sinngemässen Begründung, aufgrund der per 1. Januar 2001 wirksam werdenden Prämienhöhung sei ihr ein entsprechendes Kündigungsrecht zugestanden. Demgegenüber beruft sich die Klägerin darauf, Ziffer 7.2 der für das Jahr 2000 anwendbaren allgemeinen Vertragsbedingungen (AVB 2000) bestimme, wo der Prämientarif altersabhängig ausgestaltet sei, würden Prämienänderungen bei Erreichen der entsprechenden Altersgrenze automatisch in Kraft treten (vgl. Klageschrift, S. 4, Ziff. 12).

b) Die vorliegenden, im Jahre 2000 geltenden AVB sehen in Ziffer 4.5 drei Kündigungsgründe vor (KB 2):

- Bei Vertragsablauf: unter Wahrung einer Kündigungsfrist von 3 Monaten auf Ablauf der in der Police festgehaltenen Vertragsdauer (ohne Kündigung läuft der Vertrag um ein Jahr weiter, vgl. Ziffer 4.6 AVB);
- Im Schadenfall: nach jedem Krankheitsfall oder Unfallereignis, für welches die X eine Leistung erbringt, spätestens 14 Tage nach Erhalt der Leistung;
- Bei Änderung im Vertragsverhältnis: hier wird auf Ziffer 7 der AVB verwiesen.

Gemäss Ziffer 7.1 AVB hat der Versicherer das Recht, die Prämien entsprechend der Kostenentwicklung zu erhöhen oder zu reduzieren und Zusatzbedingungen im Leistungsbereich anzupassen, wenn Änderungen im Umfeld der Sozialversicherung oder im Verhältnis zwischen Leistungserbringern und dem Versicherer eintreten. Im Gegenzug steht den versicherten Personen das Recht zu, in Bezug auf den von der Änderung

### B. 3.1

betroffenen Teil auf das Ende des laufenden Kalendersemesters zu kündigen. Die Kündigung muss um gültig zu sein, spätestens am letzten Tag des Kalendersemesters beim Versicherer eintreffen. Unterlässt die versicherte Person eine solche Kündigung, wird Zustimmung zur Änderung angenommen.

Im Übrigen wird in Ziffer 7.2 AVB festgehalten: «Sind für bestimmte Leistungsarten Prämienabstufungen nach Gefahrenklassen und Wohnort oder anderswie vorgesehen, und tritt in Ihren Verhältnissen diesbezüglich eine Änderung ein, kann die X die Prämie entsprechend anpassen. Sie melden solche Änderungen innert 30 Tagen der gemäss Police zuständigen Stelle der X. Versäumen Sie diese Frist, so kann die X bei Bekanntwerden der jeweiligen Umstände allfällige Prämienausstände nachfordern. Wo der Prämientarif altersabhängig ausgestaltet ist, treten Prämienänderungen bei Erreichen der entsprechenden Altersgrenzen automatisch in Kraft» (vgl. KB 2, S.7).

c) Die private Versicherungsaufsichtsgesetzgebung und das Versicherungsvertragsgesetz lassen dem Versicherer relativ viele Freiheiten, wie er seine Tarife gestalten will. So ist es möglich, die Versicherten nach Altersklassen einzuteilen und von diesen Klassen entsprechende Prämien zu verlangen. Von dieser Möglichkeit haben in der Krankenzusatzversicherung praktisch alle Versicherer Gebrauch gemacht. Da die Krankheitshäufigkeit in der Regel mit wachsendem Alter zunimmt, belastet die nach Altersklassen abgestufte Risikoprämie insbesondere ältere und alte Versicherte stärker (vgl. Peter Streit, Zusatzversicherungen nach VVG, Erfahrungen und Entwicklungen, publ. in Soziale Sicherheit 4/1997, S.222; zur Tarifausgestaltung vgl. auch BGE 124 III 234, Erw.3a).

Auch die Klägerin kennt eine Tarifstruktur nach Altersgruppen (und Kantonen, vgl. dazu das im X... Nr. 2 vom Sept. 2000 = KB 17, S.9 abgedruckte Beispiel eines Tarifs für Männer/Kanton ...). Allerdings ist die massgebende Tarifstruktur für die versicherten Personen nicht ohne weiteres ersichtlich. Denn weder in der konkreten Versicherungs-Police, noch in den vorliegenden AVB sind Tariftabellen enthalten (vgl. KB 2 und BB 3). In Ziffer 6.1 AVB wird zur Prämienhöhe ausgeführt: «Die für Sie gültige Prämie entnehmen Sie Ihrer Police» (vgl. KB 2, S.6/Mitte). In der entsprechenden Police werden die konkreten Prämien für einzelne Leistungsbereiche aufgeführt, ohne dass darin eine Prämien-Zusammenstellung für die einzelnen Altersgruppen enthalten ist (vgl. BB 3).

d) Die Klägerin macht geltend, in der Ausgabe September 2000 des «X...», der Zeitung für die Versicherten der Klägerin, seien alle Versicherten über den Altersgruppenwechsel und die damit einhergehenden Folgen orientiert worden. So werde auf Seite 9 dieser Zeitung insbesondere ausgeführt, welche Jahrgänge betroffen seien, dass sich der Wechsel auf die Prämien niederschlage, hingegen als fester Bestandteil der Tarifstruktur kein spezielles Kündigungsrecht auslöse, da ein solcher Wechsel nicht als Prämienerrhöhung im eigentlichen Sinne gelte (vgl. Klageschrift, S.4, Ziff.12).

Die Klägerin übersieht in ihrer Argumentation, dass die Beklagte grundsätzlich weder aus der genannten Publikation in der September-Ausgabe des «X...», noch aus der damaligen Police (2000), noch aus den AVB 2000 entnehmen konnte, in welchem Umfange sich ihre Prämien für die Zusatzversicherungen ab 1. Jan. 2001 erhöhen werden. Die Argumentation der Klägerin läuft darauf hinaus,

- dass eine vor einem Altersgruppenwechsel stehende versicherte Person ihre Zusatzversicherungen bei der Klägerin noch im September 2000 («quasi blindlings») hätte kündigen müssen, obwohl ihr damals die für sie inskünftig ab Januar 2001 geltenden höheren Prämientarife nicht bekannt waren und sie somit noch gar nicht abschätzen konnte, ob sie sich diese Prämienhöhung leisten kann (bzw. will),
- bzw. falls die vor einem Altersgruppenwechsel stehende versicherte Person bis Ende Sept. 2000 nicht kündigt, dass sie dann ein weiteres Kalenderjahr an den Versicherungsvertrag gebunden bleibt und verpflichtet ist, ab 1. Januar des Folgejahres höhere Prämien zu bezahlen, obwohl ihr bis Ende Sept. 2000 die konkrete Prämienhöhung vom Versicherer noch gar nicht bekannt gemacht wurde.

In diesem Zusammenhang fällt ins Gewicht, dass die Klägerin weder behauptet, geschweige denn nachweist, dass die Beklagte im September 2000 hätte wissen müssen, welche Prämientarife für Frauen in der Altersgruppe 61-65 (Kt. SZ) aktuell bzw. ab 1. Januar 2001 gelten. *Aktenkundig ist, dass die Klägerin die Beklagte über die konkreten höheren Prämien, welche für die Beklagte ab 1. Jan. 2001 Anwendung finden sollten, erst mit dem Versand der neuen Police im Oktober 2000 informiert hat* (vgl. die Darstellung der Klägerin in ihrem Schreiben vom 14. Sept. 2001 = KB 12, S.2, 4. Abs.). Daraufhin hat die Beklagte reagiert und am 9. Nov. 2000 das Versicherungsverhältnis per Ende des laufenden Kalendersemesters gekündigt (vgl. Ziff.7.1 AVB). Soweit aber ein Versicherer die versicherte Person erst im Oktober über die ab 1. Januar des Folgejahres konkret geltenden höheren Prämien informiert, kann er der daraufhin erfolgten Kündigung durch die versicherte Person nicht entgegen halten, die Kündigung hätte bereits im Vormonat September (und mithin vor der Mitteilung, um wie viel sich die Prämien konkret erhöhen) erfolgen müssen. An dieser Stelle kann offen bleiben, ob anders zu entscheiden wäre, wenn der für die Beklagte ab 1. Jan. 2001 geltende Prämientarif entweder in der September-Ausgabe 2000 des «X... », oder im Anhang zu den AVB 2000 publiziert worden wäre, da dies nach den vorliegenden Akten nicht der Fall war.

e) Der Einwand der Klägerin, wonach die Kündigung vom 9. Nov. 2000 zu spät erfolgte bzw. die Beklagte der Prämienhöhung, welche durch den Altersgruppenwechsel verursacht wurde, nur durch eine Kündigung bis zum 30. Sept. 2000 hätte entgehen können, ist schliesslich auch aus folgenden Gründen nicht zu hören. Wer einen Text unterzeichnet, der einen ausdrücklichen Hinweis auf allgemeine Geschäftsbedingungen (hier AVB) enthält, ist

### B. 3.1

nach der Rechtsprechung in gleicher Weise gebunden wie derjenige, der seine Unterschrift unter den Text der AGB (AVB) selbst setzt. Es kommt dabei nicht darauf an, ob er die betreffenden AGB (AVB) tatsächlich gelesen hat (vgl. BGE 119 II 445 = Praxis 1994, S.754 Nr. 229). Allerdings wird die Gültigkeit der vorformulierten AGB (AVB) durch die sogenannte Ungewöhnlichkeitsregel eingeschränkt. Nach dieser Regel sind von der pauschalen Zustimmung zu AGB (AVB) alle ungewöhnlichen Klauseln ausgenommen, auf deren Vorhandensein die schwächere oder weniger geschäftserfahrene Partei nicht besonders aufmerksam gemacht worden ist. Die Partei, welche die AGB (AVB) in den Vertrag aufgenommen hat, muss aufgrund des *Vertrauensprinzips* davon ausgehen, dass sein unerfahrener Vertragspartner gewisse ungewöhnliche Klauseln nicht will. Ob eine Klausel ungewöhnlich ist, muss aus der Sicht des Zustimmungenden zur Zeit des Vertragsabschlusses beurteilt werden. Im Übrigen gilt, je stärker eine Klausel die Rechtsstellung des Vertragspartners beeinträchtigt, um so eher darf sie als ungewöhnlich bezeichnet werden (vgl. zit. BGE 119 II 446, mit Hinweisen).

Im vorliegenden Fall fällt diesbezüglich zunächst ins Gewicht, dass die Beklagte ursprünglich bei einer anderen Gesellschaft versichert war, welche später von der Klägerin übernommen wurde. Ob bereits bei der ursprünglichen Gesellschaft einerseits eine Tarifstruktur mit Altersgruppen galt, und andererseits auch in den AVB dieser ursprünglichen Gesellschaft eine vergleichbare Regelung (betr. Altersgruppenwechsel) wie bei der Klägerin enthalten war, wird weder behauptet, noch nachgewiesen. Des Weiteren ist es für einen Versicherungsnehmer offenkundig ungewöhnlich, dass er sich (wollte man der sinngemässen Argumentation der Klägerin folgen) über die Fortsetzung des Versicherungsverhältnisses («noch im September») entscheiden sollte, bevor ihm der Versicherer die für ihn geltenden höheren Prämien für das Folgejahr bekannt gibt. In diesem Sinne kann einer Versicherungsnehmerin, welche erst nach der Mitteilung der für sie im Folgejahr geltenden höheren Prämien (via Zustellung der neuen Police) reagiert und das Versicherungsverhältnis auf den Zeitpunkt kündigt, ab welchem die Prämienhöhung Wirkung entfalten soll, aufgrund der Ungewöhnlichkeitsregel nicht entgegen gehalten werden, gemäss den AVB hätte sie früher (vor der Mitteilung der konkreten Prämienhöhung) kündigen müssen.

f) Zusammenfassend ist unter Einbezug aller Umstände des konkreten Falles festzuhalten,

- dass die Beklagte, welche ursprünglich bei einer anderen Gesellschaft versichert war,
- mit ihrer konkludenten Zustimmung zu den AVB 2000 des neuen Versicherers, welcher die andere Gesellschaft übernommen hatte,
- nach Treu und Glauben (aufgrund der Ungewöhnlichkeitsregel) nicht damit rechnen musste, dass sie den Entscheid – ob sie eine Prämienhöhung akzeptieren will, welche durch einen bevorstehenden Altersgruppenwechsel verursacht wird – treffen müsste, bevor ihr der Versicherer die konkrete Prämienhöhung mitgeteilt hat.

Bei dieser Sachlage ist davon auszugehen, dass – nachdem die Klägerin der Beklagten die konkrete Prämienhöhung erst mit der im Oktober 2000 verschickten Police bekannt gab - die vorliegende Kündigung vom 9. Nov. 2000 (per Beginn der Prämienhöhung) noch rechtzeitig erfolgte. Dementsprechend hat die Klägerin keinen Anspruch auf Prämienforderungen für das Jahr 2001, weshalb die Klage abzuweisen ist. (VGE 96/02 vom 19. Februar 2003).

## **5. Kausalabgaben**

### **5.1 Vorteilsabgabe gemäss § 58 der kantonalen Strassenverordnung**

– § 58 Abs.2 lit.b Strassenverordnung (StrV, SRSZ 442.110) ist so zu verstehen, dass die Abgabepflicht entsteht, wenn neu überbaut wird oder bei einer bestehenden baulichen Nutzung eine bauliche Erweiterung der Nutzfläche bewilligt wird; keine Vorteilsabgabe für reine Renovation.

*Aus den Erwägungen:*

1. Der Strassenträger erhebt für das Unterschreiten des Strassenabstandes (§ 42) und für die Erstellung von Zufahrten und Zugängen (§§ 47f.) eine Vorteilsabgabe (vgl. § 58 Abs.1 der kantonalen Strassenverordnung vom 15. September 1999, StrV, SRSZ 442.110). Nach § 47 Abs.1 StrV bedürfen das Erstellen neuer und der Aus- oder Umbau bestehender Zufahrten und privater Zugänge zu Strassen einer Bewilligung des Strassenträgers. Eine Bewilligung ist auch erforderlich, wenn über eine bestehende Zufahrt ein wesentlich grösserer oder andersartiger Verkehr geleitet werden soll (§ 47 Abs.2 StrV). Die Abgabepflicht entsteht bei Zufahrten und Zugängen im Zeitpunkt der Bewilligungserteilung für die Bebauung oder für die bauliche Erweiterung der Nutzfläche (vgl. § 58 Abs.2 lit.b StrV). Die Vorteilsabgabe beträgt höchstens 5 Prozent des Verkehrswertes der wie folgt bestimmten Fläche: Bei Zufahrten und Zugängen nach der effektiv bebauten Nutzfläche, aber ohne die Fläche der Zugänge und Zufahrten selbst (vgl. § 58 Abs.3 lit.b StrV).

2. Der Beschwerdeführer macht geltend,

– dass er im Anschluss an die am 12. März 2001 erteilte Baubewilligung während der Ausführungszeit die bewilligte Volumenvergrösserung mit neuem Zugang weggelassen und diese Änderung dem Bauamt (...) mitgeteilt habe,

## B. 5.1

- dass somit sich die heutige Nutzung auf die alte Grundrissfläche/Volumen des ca. im Jahre 19.. erstellten Gebäudes beschränke, weshalb es sich nur um eine Renovation, und nicht um einen Umbau handle,
- dass sämtliche Kanalisationsleitungen, welche 1983 angeschlossen worden seien, beibehalten wurden, was die gleichgebliebene Nutzung unterstreiche,
- dass lediglich die (bestehende) Parkplatzfläche mit einem neuen Asphaltbelag versehen worden sei,
- dass die Einfahrtsbewilligungen ab der Hauptstrasse sowie ab der Kreuzung ... nicht bewilligt werden mussten, da diese bereits vorhanden und zur Bewirtschaftung der Parzellen notwendig gewesen seien (bzw. dass keine neue Einfahrtsbewilligung benötigt wurde),

(...)

dass keine Zufahrt und keine Zugänge erstellt wurden,

dass keine bauliche Erweiterung der Nutzfläche vorgenommen wurde,

(...).

3.a) Im vorliegenden Fall ist streitig, ob und inwiefern die Vorinstanz berechtigt und verpflichtet ist, im Zusammenhang mit dem am 12. März 2001 bewilligten Bauvorhaben eine Vorteilsabgabe zu erheben. Diese Vorteilsabgabe wurde vom kantonalen Gesetzgeber in der Strassenverordnung vom 15. Sept. 1999 (StrV) eingeführt, welche am 1. Jan. 2000 in Kraft getreten ist. Beim genannten Bauvorhaben geht es weder darum, dass ein überbautes Grundstück erstmals überbaut werden soll, noch dass ein bereits überbautes Grundstück nach dem Abbruch der bereits bestehenden Bauten und Anlagen neu überbaut werden soll. Vielmehr handelt es sich um Änderungen einer bereits seit längerem bestehenden Überbauung. Damit stellt sich die Frage, welche Vorteilsabgabe der kantonale Gesetzgeber im Zusammenhang mit der Abänderung von bestehenden Bauten beabsichtigt hat.

b) Wie bereits im Entscheid VGE 630/00 vom 26. Juni 2001 (publ. in EGV-SZ 2001, B.5.1, S.73ff., v.a. S.79) ausgeführt wurde, ist nicht nur dann eine *Einfahrtsbewilligung* (nach § 47 Abs.1 StrV) erforderlich, wenn eine Zufahrt neu gebaut oder eine bisherige Zufahrt (z.B. durch Verschiebung) umgebaut wird, sondern auch dann, wenn über eine bisherige Zufahrt ein wesentlicher Mehrverkehr geleitet wird (vgl. § 47 Abs.2 StrV), welcher aus einer Mehrkubatur (damals 5742 m<sup>3</sup>) bzw. aus einer Erhöhung der Anzahl Abstellplätze (damals von 9 auf 25) abgeleitet werden kann. Solche (bewilligungspflichtige) bauliche Erweiterungen (mit wesentlichem Mehrverkehr) sind ebenfalls unter den Abgabetatbestand von § 58 Abs. 2 lit.b StrV zu subsumieren (vgl. EGV-SZ 2001, S.79, Erw.4b/dd in fine, S.79 unten).

Diese dargelegte, in § 58 Abs.1 StrV enthaltene Anknüpfung der Vorteilsabgabe an die (Einfahrts-) Bewilligungspflicht gemäss § 47 StrV sagt noch nichts darüber aus, wann genau in welchem Umfang die Vorteilsabgabepflicht entsteht. Diesbezüglich hat der Gesetzgeber in § 58 Abs.2 lit.b StrV normiert, dass die Abgabepflicht bei Zufahrten und Zugängen *im Zeitpunkt der Bewil-*

*ligungserteilung für die Bebauung oder für die bauliche Erweiterung der Nutzfläche entsteht.* Daraus sind folgende Schlussfolgerungen abzuleiten. Zum einen hat der Gesetzgeber die Entstehung der Vorteilsabgabepflicht vom Zeitpunkt der *Bewilligungserteilung* (für bestimmte Bauvorhaben) abhängig gemacht. Nachdem der Gesetzgeber bei der Einführung der Vorteilsabgabe (per 1. Jan. 2000) keine Rückwirkung statuiert hat, gilt offenkundig, dass eine Vorteilsabgabe nur dann entstehen kann, wenn der betreffende Grundeigentümer bewilligungspflichtige (bauliche) Änderungen vornehmen will (nicht aber dann, wenn ein Grundeigentümer für seine am 1. Jan. 2000 bereits bewilligte oder bereits bestehende Überbauung mit Direktzugang zur betreffenden Strasse keine Änderungen beabsichtigt). Zum andern hat der Gesetzgeber nicht sämtliche bewilligungspflichtigen Änderungen am betreffenden Grundstück der Vorteilsabgabepflicht unterstellt, sondern ausdrücklich nur Bewilligungen «für die Bebauung oder für die bauliche Erweiterung der Nutzfläche» (zur effektiv bebauten Nutzfläche sind auch Aussenparkplätze zu zählen, vgl. VGE 640/01 vom 20. Juni 2002). Mithin sind (bewilligungspflichtige) Änderungen bestehender Bauten *ohne bauliche Erweiterung der Nutzfläche* (also beispielsweise Renovationen, Umbauten innerhalb bestehender Kubaturen oder reine Nutzungsänderungen) grundsätzlich nach dem Willen des Gesetzgebers nicht unter die Vorteilsabgabepflicht zu subsumieren (andernfalls der Gesetzgeber eine andere Regelung gewählt hätte, beispielsweise: *Die Abgabepflicht entsteht bei Zufahrten und Zugängen im Zeitpunkt der Bewilligungserteilung für eine bauliche Nutzung des Grundstücks oder für eine Nutzungsänderung*). Mit anderen Worten ist § 58 Abs.2 lit.b StrV dahingehend zu verstehen, dass die Abgabepflicht dann entsteht, *wenn* das (über einen Direktzugang verfügende) Baugrundstück entweder neu überbaut wird und «für diese Bebauung» eine Bewilligung erteilt wird, *oder wenn* bei einer bereits bestehenden (bzw. am 1. Jan. 2000 bereits bewilligten) baulichen Nutzung des betreffenden Grundstücks zusätzlich eine bauliche Erweiterung der Nutzfläche bewilligt wird.

c) Diese soeben dargelegten Ausführungen haben auf den konkreten Fall bezogen folgende Konsequenzen. Anzuführen ist, dass die eingereichten Akten nicht ausreichen, um den zugrunde liegenden Sachverhalt eindeutig festzustellen, weshalb sich bereits deswegen eine Rückweisung zur ergänzenden Sachverhaltsabklärung aufdrängt. Abgesehen davon ist eine Rückweisung an die Vorinstanz auch noch aus den in Erwägung 4 erläuterten Gründen unumgänglich.

Soweit es zutrifft, dass der Beschwerdeführer gestützt auf die Baubewilligung vom 12. März 2001 im Wesentlichen lediglich eine Renovation von bereits (am 1. Jan. 2000) bestehenden Bauten vorgenommen hat, fällt die Erhebung einer Vorteilsabgabe ausser Betracht, weil eine reine Renovation weder als Bebauung im Sinne von § 58 Abs.2 lit.b StrV, noch als bauliche Erweiterung der Nutzfläche zu qualifizieren ist. (...).

Soweit es sich so verhält, dass mit dem vorinstanzlichen Beschluss vom 12. März 2001 auf dem betreffenden Areal erstmals die Erstellung einer



## B. 5.2

öffentlich zugänglichen Parkierungsanlage bewilligt wurde, ist darin eine bauliche Erweiterung der Nutzfläche zu erblicken, welche grundsätzlich der Vorteilsabgabepflicht unterliegt. Von dieser Nutzfläche sind allfällige ausgewiesene altrechtliche Parkfelder abzuziehen. (...). (VGE 721/02 vom 9. Januar 2003).

### 5.2 Vorteilsabgabe gemäss § 58 StrV

– *Kein abgabepflichtiger Sondervorteil, wenn Grundeigentümer bestehende Zufahrtsfläche für Zubringerverkehr zu anderen Grundstücken in Nachbarschaft freihalten muss.*

*Aus den Erwägungen:*

1. Gegenstand des verwaltungsgerichtlichen Beschwerdeverfahrens 717/03 bildet die Frage, ob das kantonale Tiefbauamt die Beschwerdeführer zu Recht verpflichtet hat, eine Vorteilsabgabe von Fr. 6'268.– zu bezahlen.

2. Der Strassenträger erhebt für das Unterschreiten des Strassenabstandes (§ 42) und für die Erstellung von Zufahrten und Zugängen (§§ 47f.) eine Vorteilsabgabe (vgl. § 58 Abs. 1 der kantonalen Strassenverordnung vom 15. September 1999, StrV, SRSZ 442.110). Nach § 47 Abs. 1 StrV bedürfen das Erstellen neuer und der Aus- oder Umbau bestehender Zufahrten und privater Zugänge zu Strassen einer Bewilligung des Strassenträgers. Eine Bewilligung ist auch erforderlich, wenn über eine bestehende Zufahrt ein wesentlich grösserer oder andersartiger Verkehr geleitet werden soll (§ 47 Abs. 2 StrV). Die Abgabepflicht entsteht bei Zufahrten und Zugängen im Zeitpunkt der Bewilligungserteilung für die Bebauung oder für die bauliche Erweiterung der Nutzfläche (vgl. § 58 Abs. 2 lit. b StrV). Die Vorteilsabgabe beträgt höchstens 5 Prozent des Verkehrswertes der wie folgt bestimmten Fläche: Bei Zufahrten und Zugängen nach der effektiv bebauten Nutzfläche, aber ohne die Fläche der Zugänge und Zufahrten selbst (vgl. § 58 Abs. 3 lit. b StrV).

3.a) Im Zusammenhang mit der Einführung der Vorteilsabgabe hat der kantonale Gesetzgeber als abgeltungspflichtigen Sondervorteil sinngemäss den Umstand bezeichnet, dass derjenige mit einer privaten Zufahrt bzw. mit einem Direktzugang zur öffentlichen Strasse ohne die Abgeltung insofern bevorzugt wäre, als er keine Beteiligung an Erschliessungskosten leisten müsste (vgl. dazu VGE 625/01 vom 16. November 2001, Erw. 2b, publ. in: EGV-SZ 2001, Nr. B.5.2, S. 88ff.). Die innere Rechtfertigung für die Vor-

teilsabgabe ist somit darin zu erblicken, dass - falls keine Vorteilsabgabe eingeführt worden wäre - der betreffende Grundeigentümer mit einem direkten Zugang zur Kantons-, Bezirks- oder Gemeindestrasse sich an keinen Erschliessungskosten beteiligen müsste (vgl. auch VGE 622/01 vom 16. November 2001, Erw. 5b in fine). Mit anderen Worten wollte der Gesetzgeber mit der in § 58 StrV normierten Vorteilsabgabe im Wesentlichen diejenigen Grundeigentümer erfassen, welche «für die Bebauung» ihres Baugrundstücks in erschliessungsmässiger Hinsicht *quasi nur eine Hauszufahrt (direkt) zur Kantons-, Bezirks- oder Gemeindestrasse (Basiserschliessung)* zu erstellen haben (bzw. im Falle einer baulichen Erweiterung der Nutzfläche bewirken, dass ein wesentlich grösserer oder andersartiger Verkehr im Sinne von § 47 Abs. 2 StrV über die bestehende Hauszufahrt direkt in die betreffende öffentliche Strasse geleitet wird).

b) Des Weiteren ist auch noch auf folgende Aspekte hinzuweisen: Wenn Eigentümer von Baugrundstücken, welche direkt an eine öffentliche Strasse anstossen, für die Erstellung einzelner Hauszufahrten jeweils Vorteilsabgaben zu entrichten haben, wächst auch die Bereitschaft dieser Grundeigentümer, sich an einer gemeinsamen (rückwärtigen) Erschliessungslösung mit einer einzigen Einfahrt in die öffentliche Strasse (kostenmässig) zu beteiligen. Mit der Beteiligung an den Kosten einer gemeinsamen Erschliessungslösung kann den einbezogenen Grundeigentümern in der Regel kein Sondervorteil vorgehalten werden, weshalb in solchen Fällen die innere Rechtfertigung für die Erhebung einer Vorteilsabgabe nicht ersichtlich ist. Bei dieser Sachlage dient die Vorteilsabgabe letztlich auch dazu, anstelle von mehreren Hauszufahrten (welche jeweils direkt in eine Kantons-, Bezirks- oder Gemeindestrasse einmünden) eine gemeinsame Erschliessungslösung zu fördern und damit die Anzahl der Einfahrten zu beschränken. Mit einer solchen Zusammenlegung von potentiellen Einfahrten wird insbesondere auch die Verkehrssicherheit verbessert.

c) Nach dem Gesagten drängt sich folgende Präzisierung auf. Falls ein Baugrundstück über eine Feinerschliessungsstrasse erschlossen wird, welche auch noch anderen Grundeigentümern in der Nachbarschaft als Erschliessung dient, wird es sich im Regelfall so verhalten, dass der Eigentümer dieses Baugrundstücks sich grundsätzlich auch an die Erstellungs- und Unterhaltskosten dieser Feinerschliessungsstrasse zu beteiligen hat(te). In einem solchen Fall kann von einem abgeltungspflichtigen Sondervorteil im obgenannten Sinne nicht gesprochen werden. Analoges gilt auch dann, wenn diese Feinerschliessungsstrasse über das Grundstück des bauwilligen Grundeigentümers führt und dieser Grundeigentümer den betreffenden Zugang zur öffentlichen Strasse nicht wie eine Hauszufahrt für sich allein beanspruchen kann (z.B. auch für Autoabstellplätze), sondern diese Zufahrtsfläche für den Zubringerverkehr zu anderen Grundstücken in der Nachbarschaft jederzeit freihalten muss. Bei einer derartigen Konstellation liegt insbesondere dann kein Sondervorteil vor, wenn dem bauwilligen Grundeigentümer für die

## B. 5.3

Ermittlung der zulässigen Ausnützung die (auch noch anderen Grundeigentümern dienende) Zufahrtsfläche bei der anrechenbaren Landfläche in Abzug gebracht wird (vgl. dazu Art. 27 Abs. 2 lit. b des kommunalen Baureglements, BauR).

(...).

(VGE 717/03 vom 14. November 2003).

### 5.3 Wasserzinsen

- *Frage der «res iudicata» bei periodischen Abgaben (Erw. 1).*
- *Unzulässigkeit der Wasserdrosselung als Zwangsmassnahme (Erw. 4 und 5).*

*Aus dem Sachverhalt:*

Ein säumiger Wasserbezüger wurde von der Wasserversorgerin verfügungsweise zur Zahlung der Wasserzinsausstände für das Jahr 1999 verpflichtet. Eine vom Säumigen gegen diese Verfügung erhobene Beschwerde wurde letztinstanzlich vom Bundesgericht abgewiesen.

Für die beiden Folgejahre musste er erneut verfügungsweise zur Zahlung der Wasserzinsen verpflichtet werden. Mit derselben Verfügung wurden die Organe der Wasserversorgerin ermächtigt, im Falle weiterer und künftiger Säumnisse Wasserlieferungen nach vorangegangener Mahnung auf 0.07 Minutenliter zu reduzieren. Eine gegen diese Verfügung erhobene Beschwerde wurde vom Gemeinderat abgewiesen. Der Regierungsrat überwies die gegen den Gemeinderatsbeschluss erhobene Beschwerde zur Beurteilung ans Verwaltungsgericht.

*Aus den Erwägungen:*

1.b) Eine abgeurteilte Sache (res iudicata) liegt vor, wenn der streitige Anspruch mit einem schon rechtskräftig beurteilten identisch ist. Dies trifft zu, wenn der Anspruch dem Gericht aus demselben Rechtsgrund und gestützt auf den gleichen Sachverhalt erneut zur Beurteilung unterbreitet wird (BGE 125 III 241 E. 1; BGE 119 II 89 E. 2a S. 90 mit Hinweisen; 121 III 474 E. 4a S. 477; 123 III 16 E. 2a S. 18). Von Gleichheit des Verfügungs- oder Streitgegenstandes kann dann nicht gesprochen werden, wenn der Versicherte einen gegenüber dem früheren Verwaltungsakt oder Urteil veränderten Sachverhalt geltend macht. An dieser Identität fehlt es aber auch dann, wenn seit Erlass des Verwaltungsaktes oder des Urteils eine Rechtsänderung eingetreten ist, welche Verfügung oder Urteil nun als rechtswidrig erscheinen lässt (bereits BGE 98 V 174 E. 2 mit Hinweisen). Zu beachten ist auch, dass die materielle Rechtskraftwirkung nur soweit eintritt, als über den geltend

gemachten Anspruch entschieden worden ist. Die Rechtskraft bezieht sich in der Regel nur auf das Dispositiv. Verweist dieses aber auf die Erwägungen, haben diese an der Rechtskraft teil (Kölz / Häner, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 2.A. Zürich 1998 Rz 716 mit Hinweisen auf die Rechtsprechung). Im Übrigen haben die tatsächlichen Feststellungen und die rechtlichen Erwägungen eines Entscheids aber in einer anderen Streitsache keine bindende Wirkung.

c) Bei periodischen Abgaben, wie es auch Wasserzinsen darstellen, gibt es Rechts- und Sachgrundlagen, die regelmässig über längere Zeit gleich bleiben. Auf der Basis dieser unveränderten Grundlagen werden dann periodisch die konkret anfallenden, nicht gleichbleibenden Abgaben (hier Wasserzinsen) zusammen mit den sich verändernden Faktoren (z.B. Wasserverbrauch) ermittelt und teilweise ex lege (z.B. beim Steuerrecht und AHV-Beitragsrecht), teilweise bei Bedarf (z.B. bei diversen periodischen Kausalabgaben, die der Schuldner aufgrund einer blossen Rechnungsstellung nicht zahlt) verbindlich, d.h. in Verfügungsform festgestellt. Damit wird einerseits im Streitfall der Rechtsmittelweg geöffnet, und andererseits das Inkasso für eine bestimmte Zeitperiode betreibungsrechtlich durchsetzbar gemacht (Rechtsöffnungstitel). Solche zeitlich aufeinander folgende, veränderbare periodische Abgabefestsetzungen sind somit nicht identische Ansprüche. Es kann deshalb auch nicht von einer *res iudicata* ausgegangen werden, nachdem das Verwaltungsgericht mit VGE 859/02 vom 19. Juli 2002 bereits über die Wasserzinsen 1999 entschieden hat. Zu erwähnen ist an dieser Stelle, dass Verfügungen und Entscheide von Verwaltungsbehörden, die nicht von einer richterlichen Instanz überprüft werden, vielfach gar nicht in materielle Rechtskraft erwachsen, weshalb in solchen Fällen schon deswegen keine *res iudicata* vorliegen würde (vgl. Kölz / Häner, a.a.O. Rz 380f mit zahlreichen Verweisen; Kölz / Bosshart / Röhl, *Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich*, 2.A. Zürich 1999, Vorb. zu §§ 86a-86d N 5).

Das Fehlen einer *res iudicata* bedeutet aber nicht, dass auf bereits in früheren Verfahren beurteilte Rügen jedesmal wieder mit umfassender Begründung einzugehen ist. Vielmehr darf und muss hier grundsätzlich eine summarische Begründung mit Verweis auf einen früheren Entscheid genügen. Andererseits ermöglicht das Fehlen einer *res iudicata* von einer früheren Entscheidungsbegründung abzuweichen, falls die beurteilende Instanz zu neuen, abweichenden Erkenntnissen gelangen würde. Bei einer *res iudicata* wären Verwaltungsbehörden und Gerichte hingegen gleichermassen daran gebunden. Sie müssten als Fehlentscheide erkannte frühere Erkenntnisse unangestastet lassen, ausser es würde ein Revisionsgrund vorliegen, was aber selten der Fall ist.

4. (...). Der Gemeinderat X. erachtet diese angedrohte Reduktion, die sich auf Art. 18 Abs. 3 KonzReg abstützt, für rechtmässig (angefochtener Entscheid vgl. Ziff. 3 S. 3). Hingegen wird die Wasserversorgerin darauf hingewiesen, dass gemäss § 79 Abs. 1 VRP den Beschwerdeführern vor Beginn

### B. 5.3

der Drosselung eine Nachfrist zur Bezahlung der offenen Rechnung zu setzen und überdies eine formelle Vollstreckungsverfügung mit Rechtsmittelbelehrung zu erlassen sei.

Diese Androhung der Drosselung der Wasserzufuhr zielt nur mittelbar auf die Eintreibung der Wasserzinsausstände ab, indem die Beschwerdeführer an ihre Pflicht zu «loyalem Bürgerverhalten» (Vernehmlassung WV Ziff. 4 S. 3), d.h. zur Entrichtung des gesetzlich vorgesehenen Entgeltes, erinnert werden sollen. Mithin stellt die angedrohte Drosselung eine Zwangsmassnahme dar.

Dazu drängen sich nachfolgende Bemerkungen (Erw. 5) auf.

5.a) Die Einstellung bzw. Drosselung der Wasserzufuhr als Zwangsmassnahme ist in casu zunächst aus (zwangs-)vollstreckungsrechtlichen Überlegungen unzulässig.

aa) Die Zulässigkeit von verwaltungsrechtlichen Sanktionen ist an verschiedene Voraussetzungen geknüpft:

- Vollstreckbarkeit der Verfügung, d.h. formelle Rechtskraft der Verfügung,
- Zuständigkeit der die Vollstreckungsmassnahme anordnenden Behörde,
- gesetzliche Grundlage der Massnahme im Falle von repressiven Sanktionen. Im Gegensatz zu den exekutorischen Sanktionen sind repressive Sanktionen nicht schon durch die Norm gedeckt, welche die zu vollstreckende Pflicht begründet (Tschannen u.a., a.a.O. § 31 IV.1.c); bei der Verweigerung von Verwaltungsleistungen kann eine fehlende gesetzliche Grundlage allenfalls durch die Konnexität zwischen Pflichtverletzung des Pflichtigen und verweigerter Leistung kompensiert werden (Tschannen u.a., a.a.O. § 31 VI.1; Knapp, a.a.O. Rz 1732; Häfelin / Müller a.a.O. Rz 976);
- Wahrung der Verhältnismässigkeit; das eingesetzte Zwangsmittel muss geeignet und erforderlich sein, um die Erfüllung der verwaltungsrechtlichen Pflicht durchzusetzen und die Zweck-Mittel-Relation muss den Verhältnissen angemessen sein: es soll nicht mit Kanonen auf Spatzen geschossen werden. Daraus ergibt sich, dass von den möglichen Sanktionen die mildest mögliche Sanktion zu ergreifen ist und die einmal ergriffene Sanktion auf das sachlich notwendige zu beschränken ist. Ausdruck des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes ist auch die vorherige Androhung unter Ansetzung einer Erfüllungsfrist (zur Verhältnismässigkeit vgl. nachstehend Erw. b).

bb) § 78 Abs. 1 VRP sieht als Vollstreckungsmassnahmen vor die Schuldbetreibung für Geldzahlungen und Sicherheitsleistungen (lit. a); die Ersatzvornahme auf Kosten des Pflichtigen (lit. b); den unmittelbaren Zwang gegen den Pflichtigen oder seine Sachen (lit. c); Ordnungsbussen für jeden Tag bis zur Erfüllung (lit. d).

Diese im kantonalen Recht vorgesehenen Vollstreckungsmassnahmen haben exekutorischen Charakter; die tägliche Ordnungsbusse ist indes eine

Beugemassnahme (EGV-SZ 2001 B 17.1, S. 151). Die Vollstreckung obliegt der Behörde, welche die Verfügung oder den Entscheid erstinstanzlich getroffen hat (§ 77 Abs. 1 VRP). Sie hat bei der Wahl der Vollstreckungsmassnahmen den Grundsatz der Verhältnismässigkeit zu beachten (§ 78 Abs. 2 VRP).

cc) Die von der Beschwerdeführerin ins Auge gefasste Einstellung bzw. Drosselung der Wasserzufuhr als administrativer Rechtsnachteil (d.h. Verweigerung einer Verwaltungsleistung) ist in der VRP, mithin im kantonalen Recht, welches kommunalem Recht vorgeht, nicht vorgesehen. Daraus ergibt sich zwar nicht zwingend, dass mangels expliziter Erwähnung dieser Vollstreckungsmassnahme im zitierten Massnahmenkatalog administrative Rechtsnachteile nicht zulässig sind, zumal bei dieser Form von Zwangsmassnahme, wie vorerwähnt, an die Stelle einer gesetzlichen Grundlage die Konnexität zwischen Pflichtverletzung des Pflichtigen und verweigerter Leistung treten kann. Zu beachten ist hingegen, dass bei Massnahmen, welche wie im vorliegenden Fall die Grundrechte des einzelnen tangieren, dem Erfordernis der gesetzlichen Grundlage eine erhöhte Bedeutung zukommt (vgl. Art. 36 Abs. 1 BV).

dd) Öffentlichrechtliche Geldforderungen sind indessen ohnehin, wie privatrechtliche Schulden, auf dem Wege der Schuldbetreibung nach dem Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs zwangsweise einzutreiben. Jede andere Art der Zwangsvollstreckung ist bei öffentlichrechtlichen Geldforderungen grundsätzlich unzulässig (Imboden / Rhinow a.a.O. Nr. 50 B I; Häfelin / Müller, a.a.O., Rz. 925 f).

b) Weiter steht die vorgesehene Zwangsmassnahme auch im Widerspruch zum (verfassungsmässigen) Grundsatz der Verhältnismässigkeit.

aa) Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit fordert, dass die Verwaltungsmassnahme ein geeignetes und notwendiges Mittel darstellt, um das zu verwirklichende Ziel zu erreichen, und ein vernünftiges Verhältnis zwischen eingesetztem Mittel und erstrebtem Zweck gewahrt bleibt. Die Frage nach der Verhältnismässigkeit einer Massnahme stellt sich nur, wenn an ihr überhaupt ein zulässiges öffentliches Interesse besteht (Häfelin / Müller a.a.O. Rz 486f). Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit ist einerseits bei der Wahl der Zwangsmittel wegleitend, andererseits muss er ebenfalls bei der Rangordnung der Zwangsmittel beherrschend sein (Kölz / Bosshart / Röhl, a.a.O., § 30 N 48 ff).

bb) Vorliegend erfüllt die Einstellung bzw. Drosselung der Wasserzufuhr allenfalls das Erfordernis der Geeignetheit des Mittels. Indessen sind öffentlichrechtliche Geldforderungen, wie erwähnt, grundsätzlich auf dem Weg der Schuldbetreibung durchzusetzen. Steht der Weg über die Schuldbetreibung zur Verfügung, scheitern andere mögliche Zwangsmittel in der Regel schon am Kriterium der Erforderlichkeit. Schwere administrative Rechtsnachteile haben ohnehin nur subsidiären Charakter.

### B. 5.3

cc) Es ist zwar nicht von der Hand zu weisen, dass das öffentliche Interesse an einer gesicherten Grundversorgung auch eine gesicherte Finanzierung der entsprechenden Infrastruktur erfordert, was über die (Anschluss- und Wasser-)gebühren der Wasserbezüger erfolgt. Indessen ist die ausreichende Versorgung mit Energie und Wasser die elementarste Voraussetzung, um überhaupt ein menschenwürdiges Dasein zu ermöglichen, und gehört mithin zum zentralen Gehalt des Grundrechts auf Existenzsicherung (vgl. Häfelin / Haller, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 5.A. Zürich 2001, Rz 918; Jörg Paul Müller, Grundrechte in der Schweiz, 3.A. Bern 1999, S. 172 ff). Konsequenterweise ist bei der Einstellung der Belieferung durch einen kommunalen Versorgungsbetrieb wegen Zahlungsverzugs oder Zahlungsverweigerung des Belieferten zwischen den verschiedenen Versorgungsleistungen zu differenzieren und eine Einstellung nur in Ausnahmefällen zuzulassen. Im von Imboden / Rhinow zitierten Präjudiz (a.a.O. Nr. 56 B II; vgl. Tschanner u.a., a.a.O. § 31 VI.1; Knapp, a.a.O, Rz. 1738) wurde in Differenzierung zwischen der Einstellung eines lebenswichtigen Gutes wie Wasser und existentiell minder bedeutenden Telephonieleistungen ausgeführt, es sei durchaus zu verstehen, wenn die (Trink) Wasserabgabe - das gleiche gilt nicht minder für das Gebrauchswasser - durch die Gemeinde als eine im höheren Interesse unentbehrliche Leistung betrachtet wird, deren Unterbrechung aus finanziellen Motiven nicht statthaft sei. Je wichtiger die Leistung der Anstalt für das Leben der Anstaltsbenützer und je grösser das öffentliche Interesse an der Nichteinschränkung der Benutzerrechte sei, um so sparsamer muss die Anstalt von der Möglichkeit Gebrauch machen, ihre Leistungen zu verkürzen oder gar zu verweigern. Von dieser Rechtsprechung im vorliegenden Fall abzurücken, besteht kein Grund.

c) Die Einstellung bzw. Drosselung der Wasserabgabe erweist sich auch aufgrund des vorliegend anwendbaren Wasserversorgungskonzessionsreglements als höchst problematische Massnahme.

Gemäss Art. 18 Abs. 1 KonzReg trifft die Pflicht zur Entrichtung der aus Grundtaxe und Verbrauch zusammengesetzten Wasserzinsen die *Eigentümer* von Liegenschaften. So ist es denkbar, dass ein Eigentümer einer von Dritten (Mieter, Pächter, Nutzniessungsberechtigte etc.) bewohnten Liegenschaft seiner Zahlungspflicht nicht nachkommt, von der Massnahme indessen die Dritten betroffen sind, die Massnahme mithin nicht greifen kann, da sie den Eigentümer nicht oder höchstens mittelbar trifft. Zudem müssen sich die Dritten den (teilweisen) Entzug von Wasserlieferungen sowohl unter bau- wie auch zwangsvollstreckungsrechtlichen Gründen nicht gefallen lassen. Das gleiche muss auch dort Geltung haben, wo vom Eigentümer abhängige Dritte (Familienmitglieder; Unterstützungsberechtigte; bes. Kleinkinder wie auch Betagte) betroffen sind. Mit anderen Worten könnte die Massnahme nur im seltenen Fall zur Anwendung kommen, wo der Eigentümer der alleinige Bewohner einer Liegenschaft ist.

d) Selbst wenn eine allfällige Betreuung fruchtlos verlaufen (d.h. in einem Verlustschein enden) sollte, müsste vorliegend dennoch im Sinne des vorstehend erwähnten grundrechtlichen Anspruches auf die Grundversorgung mit Strom und Wasser von einer Wasserdrosselung abgesehen werden. In diesem Fall wäre die Zahlungsunfähigkeit der Beschwerdegegner als Wasserbezüger erstellt und gleichzeitig konkludent auch der Beweis einer Notlage der Beschwerdeführer erbracht, womit sinngemäss Art. 14. Abs. 3 KonzReg zur Anwendung kommen müsste. Laut dieser Bestimmung können einem Schuldner, der nachzuweisen vermag, dass er durch die Bezahlung der Abgaben in eine Notlage geraten würde, die Ausstände gemäss einem Tilgungsplan gestundet (oder allenfalls gar erlassen) werden. Wie weit unter diesen Umständen allenfalls die öffentliche Fürsorge für die Wasserzinsen aufzukommen hätte, ist vorliegend nicht zu beurteilen.

e) Letztlich lässt sich die Wasserdrosselung auch unter dem Gesichtspunkt des Planungs- und Baurechts nicht rechtfertigen.

aa) Das Bundesrecht bezeichnet in Art. 19 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Raumplanung vom 22. Juni 1979 (RPG; SR 700) Land als erschlossen, wenn die für die betreffende Nutzung hinreichende Zufahrt besteht und die erforderlichen Wasser-, Energie- sowie Abwasserleitungen so nahe heranzuführen, dass ein Anschluss ohne erheblichen Aufwand möglich ist. Das kantonale Recht bezeichnet in § 37 Abs. 1 des Planungs- und Baugesetzes vom 14. Mai 1987 (PBG; SRSZ 400.100) Land analog der vorstehend zitierten bundesrechtlichen Definition als erschlossen, wenn es für die betreffende Nutzung genügend zugänglich ist und die erforderlichen Wasser-, Energie- sowie Abwasserleitungen so nahe heranzuführen, dass ein Anschluss ohne erheblichen Aufwand möglich ist. Die Versorgung mit Wasser oder Energie kann konzessionsweise von der Gemeinde einem betreffenden Versorgungswerk übertragen werden (§ 38 Abs. 3 u. 4). Bauten und Anlage dürfen nur auf gemäss § 37 Abs. 1 PBG erschlossenen Grundstücken errichtet werden (§ 53 PBG).

bb) Aufgrund dieser planungs- und baurechtlichen Umschreibung des Begriffes der «Erschliessung» erweist sich eine kommunalgesetzlich verankerte Sanktion der Einstellung bzw. Drosselung der Wasserzufuhr als nicht vereinbar mit Sinn- und Zweck der Erschliessung von Bauland bzw. einer erschlossenen Baute. Eine willentlich zwangsweise Unterbrechung (oder auch Drosselung) der Wasserzufuhr verletzt die Wasserlieferungspflicht der Konzessionärin. Es wäre zudem in höchstem Masse widersprüchlich, einerseits eine Anschlusspflicht der jeweiligen Grundeigentümer eines erschlossenen Baugebietes zu postulieren, andererseits aber einen Grundeigentümer, der Gebühren und Beiträge nicht (fristgerecht) bezahlt, wieder ganz oder teilweise von den Versorgungswerken abzukoppeln. Eine solche Vorgehensweise verträgt sich nicht mit dem Begriff der Baureife.



## B. 7.1

f) Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Zwangsmassnahme von Art. 18 Abs. 3 lit. d KonzReg im Katalog der kantonalen Vollstreckungsmassnahmen von § 78 Abs. 1 VRP keine Grundlage hat, im Widerspruch zum verfassungsmässigen Grundsatz der Verhältnismässigkeit steht und sich nicht mit dem (raum)planungs- und baurechtlichen Begriff der «Erschliessung» vereinbaren lässt. Probleme praktischer Art ergeben sich zudem aus der Bestimmung der Eigentümer von Liegenschaften als Schuldner der Wasserzinsen im Wasserversorgungskonzessionsreglement. (VGE 712/02 vom 9. Januar 2003).

## 7. Bezirke und Gemeinden / Politische Rechte

### 7.1 Stimmrechtsbeschwerde

- § 31 Finanzhaushaltgesetz (FHG, SRSZ 153.100): *Abgrenzung zwischen einmaliger neuer Ausgabe und wiederkehrender neuer Ausgabe (Erw. 2c).*
- § 36 FHG: *Nachkredit bei Fehlen eines Voranschlagkredites (Erw. 2e).*
- *Keine behördliche Irreführung der Stimmberechtigten (Erw. 3).*

*Aus dem Sachverhalt:*

An der ordentlichen Gemeindeversammlung Freienbach vom 11. April 2003 wurde bei der Behandlung des Nachkredites, welcher Planungskosten für die Insel Ufenau betrifft, ein Rückweisungsantrag gestellt u.a. mit der Begründung, es lägen keine genauen Angaben über die Zusammensetzung des Kredites von Fr. 300'000.– vor. Nach Ablehnung dieses Rückweisungsantrages genehmigte die Gemeindeversammlung den entsprechenden Nachkredit. Dagegen erhob der Stimmbürger, welcher den Rückweisungsantrag gestellt hatte, beim Verwaltungsgericht Stimmrechtsbeschwerde.

*Aus den Erwägungen:*

1. c) Streitgegenstand des vorliegenden Beschwerdeverfahrens bildet der Beschluss der Gemeindeversammlung vom 11. April 2003, mit welchem Nachkredite für die laufende Rechnung 2003 im Betrage von Fr. 66'000.– und für die Investitionsrechnung 2003 im Betrage von Fr. 735'000.– genehmigt wurden. Konkret beantragt der Beschwerdeführer in seinem Rechtsbegehren Ziffer 1 ausschliesslich, dass die Genehmigung des Nachkredites «für den Investitionsbeitrag Planungskosten Insel Ufnau auf die laufende Rechnung im Betrage von CHF 300'000.00 betr. Konto 310.565.11» aufzuheben sei. (...)

2. a) Der Beschwerdeführer bringt sinngemäss vor, der angefochtene Gemeindeversammlungsbeschluss verletze das Finanzhaushaltsgesetz (FHG, SRSZ 153.100). Diesen Standpunkt begründet er u.a. wie folgt:

«Liegt bei einem Sachgeschäft keine Ausnahme gemäss § 31 FHG vor, ist ein Verpflichtungskredit einzuholen. Mit anderen Worten kommt der Gemeindeversammlung in diesem Fall vorberatende Funktion zu. Die Urnenabstimmung bleibt in diesem Fall vorbehalten (§ 39 Abs.2 FHG).

Nicht anders kann es sich verhalten, wenn nicht ein vollkommen neues Geschäft, sondern ein Nachkredit zur Debatte steht, der – insbesondere, weil die Ausgabe die Limite gemäss § 31 lit.c oder d FHG überschreitet – einen Verpflichtungskredit erforderlich macht.

Im Nichtwissen um die Limite, welche die Beschwerdegegnerin zur Vorlage eines Sachgeschäftes an die Urne zwingt, macht der Beschwerdeführer geltend, dass der anlässlich der Gemeindeversammlung vom 11. April 2003 geforderte Nachkredit über CHF 300'000.00 einer Urnenabstimmung bedarf.

(...)

b) Im kantonalen Gesetz über den Finanzhaushalt der Bezirke und Gemeinden (FHG, SRSZ 153.100) wird die Bewilligung von Ausgaben in den §§ 30ff. FHG geregelt. In § 30 FHG mit der Überschrift «1. Grundlage» wird normiert: «Damit eine Ausgabe vorgenommen werden darf, ist dafür ein Verpflichtungs- und ein Voranschlagskredit zu bewilligen». § 31 FHG enthält folgende Ausnahmen (Fettdruck nicht im Original):

«Ein Verpflichtungskredit ist nicht erforderlich:

a) für Ausgaben, die durch einen Rechtssatz des Bundes, des Kantons, des Bezirkes oder der Gemeinde gebunden sind und für die bezüglich der konkreten Verwendung kein erheblicher Entscheidungsspielraum besteht;

b) für die Beschaffung der notwendigen personellen und sachlichen Mittel für die Verwaltungstätigkeit, vorbehältlich der Bauten und Anlagen;

c) für einmalige neue Ausgaben, die 1.5 Prozent des Steuerertrages der einfachen Steuer nach letzter abgeschlossener Rechnung nicht übersteigen, mindestens bis 75'000 Franken;

d) für wiederkehrende neue Ausgaben, die 0.5 Prozent des Steuerertrages der einfachen Steuer nach letzter abgeschlossener Rechnung nicht übersteigen, mindestens bis 25'000 Franken.»

Für weitere, in § 32 FHG normierte (und hier nicht in Frage stehende) Ausgaben ist weder ein Verpflichtungs-, noch ein Voranschlagskredit erforderlich (es handelt sich dabei namentlich um zwingende gebundene Ausgaben sowie Notausgaben zur Gefahrenabwehr).

## B. 7.1

c) Entgegen der sinngemässen Meinung des Beschwerdeführers hat die Gemeindeversammlung Freienbach dadurch, dass sie am 11. April 2003 (ohne Verpflichtungskredit) einen Betrag von Fr. 300'000.– als Planungskosten für die Insel Ufnau genehmigt hat (und zwar in der Form eines Nachkredites, da ein entsprechender Voranschlagskredit 2003 nicht vorhanden war, vgl. dazu noch nachfolgend, Erw. 2e), die Bestimmungen des FHG nicht verletzt. Die Frage, ob für diese Ausgabenbewilligung ein Verpflichtungskredit erforderlich gewesen wäre, ist aus den folgenden Gründen zu verneinen.

aa) Unbestritten ist, dass hier weder § 31 lit.a FHG, noch § 31 lit.b FHG zur Anwendung kommt. Näher zu prüfen ist hingegen die Frage, ob die Bewilligung der Ausgabe von Fr. 300'000.– als einmalige neue Ausgabe im Sinne von § 31 lit.c FHG, oder als wiederkehrende neue Ausgabe im Sinne von § 31 lit.d FHG zu qualifizieren ist.

bb) Der Gesetzgeber hat im Finanzhaushaltungsgesetz (FHG) die Abgrenzung zwischen einmaligen und wiederkehrenden Ausgaben nicht näher geregelt. Diese Abgrenzung bietet jedenfalls dann keine Schwierigkeiten, wenn die Bürgerinnen und Bürger davon ausgehen können, dass eine bestimmte Ausgabe nur ein einziges mal anfällt (z.B. Beitrag an einen Jubiläumsanlass, vgl. die 1991 durchgeführten 700-Jahr-Feierlichkeiten), oder wenn zu erwarten ist, dass sich der betreffende Ausgabenbedarf alljährlich bzw. auf unbestimmte Zeit wiederholt (z.B. jährlicher Betriebskostenbeitrag an einen Kinderhort etc.).

Bei der Bewilligung von Planungskosten für ein ganz bestimmtes Vorhaben geht es nicht um (alljährlich) wiederkehrende Ausgaben. Derartige auf ein bestimmtes Vorhaben bezogene Planungskosten gehören grundsätzlich zur Kategorie der einmaligen Ausgaben. Am dargelegten Charakter der einmaligen Ausgabe ändert sich prinzipiell auch dann nichts, wenn die (geschätzten) Planungskosten beispielsweise in zwei Tranchen (verteilt auf zwei Jahre) beantragt und bewilligt werden (vgl. dazu H.R. Thalmann, Kommentar zum Zürcher Gemeindegesetz, Zürich 1987, S.397, wonach für die Qualifikation als einmalige Ausgabe unerheblich ist, ob die Ausgabe – deren Gesamtbetrag im voraus [annäherungsweise] bekannt ist – sich rechnungsmässig auf mehrere Jahre verteilt oder in einem einzigen Jahr vollumfänglich fällig wird). Allerdings darf mit einer solchen Aufteilung von (geschätzten) Planungskosten auf zwei Jahre die in § 31 lit.c FHG enthaltene Schwelle (1.5 Prozent des Steuerertrages der einfachen Steuer nach letzter abgeschlossener Rechnung) nicht unterlaufen werden. Dies ist indes hier nicht der Fall. Gemäss den vorliegenden Angaben beträgt die vorgenannte Schwelle ausgehend vom Steuerertrag 2002 der Gemeinde Freienbach Fr. 653'367.– (ausgehend vom Steuerertrag 2001 würde diese Schwelle sogar Fr. 880'768.– ausmachen, vgl. Vi-act.10). Zählt man (im Einklang mit der Argumentation des Beschwerdeführers) die im Jahre 2002 angefallenen und die im Jahre 2003 bewilligten Planungskosten für die Insel Ufnau zusammen (Fr. 59'260.30 + Fr. 300'000.–), wird der erwähnte Schwellenwert eindeutig

nicht überschritten. Mit anderen Worten hätte die Gemeindeversammlung Freienbach bereits im Jahre 2002 Planungskosten von rund Fr. 360'000.– bewilligen können, ohne dass nach Massgabe von § 31 lit.c FHG ein Verpflichtungskredit erforderlich gewesen wäre.

Im Übrigen kann auch aus der vom Gesetzgeber festgelegten Relation der in § 31 lit.d FHG und § 31 lit.c FHG definierten Prozentsätze – 0.5 % bei wiederkehrenden neuen Ausgaben zu 1.5 % bei einmaligen neuen Ausgaben, was einem Faktor «x3» entspricht – abgeleitet werden, dass grundsätzlich frühestens dann von wiederkehrenden Ausgaben gesprochen werden kann, wenn zu erwarten ist, dass die benötigten Mittel mindestens während drei Haushaltjahren anfallen (was hier nicht zutrifft; vgl. zum Ganzen auch noch nachfolgend, Erw.cc).

cc) Für das vorliegende Ergebnis, wonach hinsichtlich der vorliegenden Planungskosten für die Insel Ufnau von einer einmaligen neuen Ausgabe im Sinne von § 31 lit.c FHG auszugehen ist, sprechen insbesondere auch die nachfolgenden Ausführungen. Die kantonalen Verfassungs- und Gesetzesvorschriften über das Finanzreferendum unterscheiden regelmässig zwischen einmaligen und wiederkehrenden Ausgaben. Die für das Referendum massgebliche Ausgabenhöhe wird für wiederkehrende Ausgaben tiefer angesetzt (vgl. Hangartner/Kley, Die demokratischen Rechte in Bund und Kantonen der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Zürich 2000, Rz. 1879 i.V.m. Rz. 1937). Nach Lehre und Rechtsprechung erfolgt die einmalige Ausgabe für einen einmaligen Zweck. Sie ist auch dann gegeben, wenn die Ausgabe nicht auf einmal erfolgt und deshalb die nötigen Kredite aufgeteilt werden (vgl. Hangartner/Kley, a.a.O., Rz.1880). In einem Fall, welcher den Kanton Thurgau betraf, hatte das kantonale Parlament die geschätzten Kosten von Fr. 550'000.– bis Fr. 600'000.– für ein Projekt zur Arbeitsplatzbewertung für die kantonalthurgauische Verwaltung, welches während 3 Jahren ausgeführt werden sollte, als jährlich wiederkehrende Ausgabe betrachtet. Demgegenüber hielt das Bundesgericht fest, dass das Geld zwar nach Massgabe der geleisteten Arbeiten in mehreren Jahren ausgegeben werde, dass es sich aber nicht um eine jährlich wiederkehrende Verwendung, sondern um eine lediglich in Tranchen aufgeteilte Gesamtausgabe handle (vgl. Hangartner/Kley, a.a.O. Rz. 1880, mit Verweis auf BGE 99 Ia 192).

Demgegenüber liegen wiederkehrende Ausgaben vor, wenn eine Leistung periodisch fällig wird. Die Gesamtdauer des Vorgehens bzw. Vorhabens und damit die Gesamtsumme stehen nicht fest (vgl. Hangartner/Kley, a.a.O. Rz. 1881 mit Verweis auf BGE 121 I 294; vgl. auch Thalman, a.a.O. S.397, Ziff.3.4.2; Daniel Arn, Kommentar zum bernischen Gemeindegesetz, Bern 1999, Vorbem. Zu Art.70-79, Rz.65). Massgeblich ist grundsätzlich, ob sich die wiederkehrend getätigten Ausgaben in einer unbestimmten Zahl von Jahren wiederholen werden. Wird hingegen die Massnahme befristet (z.B. eine Subvention dreimal hintereinander in gleicher Höhe ausgerichtet), so handelt es sich um ein in sich geschlossenes Vorhaben, welches unter dem Gesichtspunkt des Ausgabenreferendums als einmalige Ausgabe betrachtet wird,

## B. 7.1

wobei zur Berechnung der für das Ausgabenreferendum massgebenden Ausgabenhöhe in diesem Fall die Tranchen zusammenzuzählen sind (vgl. Hangartner/ Kley, a.a.O. Rz. 1882).

Im Lichte dieser Rechtsprechung und Lehre zum Finanzreferendum ergibt sich eindeutig, dass in der vorliegend zu beurteilenden Ausgabenbewilligung von Fr. 300'000.– für Planungskosten hinsichtlich der Insel Ufnau eine einmalige neue Ausgabe zu erblicken ist, auch wenn die Gemeindeversammlung im Vorjahr (2002) bereits einmal für die Insel Ufnau einen Planungskostenbeitrag (zur Ermittlung der Planungskosten, vgl. Vi-act.4) genehmigt hat.

d) Aus all diesen Gründen ist zusammenfassend festzuhalten, dass der angefochtene Gemeinderatsbeschluss, mit welchem im Zusammenhang mit der Investitionsrechnung 2003 ein Nachkredit von Fr. 300'000.– als «Investitionsbeitrag Planungskosten Insel Ufnau» genehmigt wurde, unter § 31 lit.c FHG fällt,

und dass – da die in § 31 lit.c FHG enthaltene Schwelle nicht überschritten wird – die Rüge des Beschwerdeführers, wonach sinngemäss für die umstrittene Ausgabenbewilligung eine Urnenabstimmung nötig gewesen wäre, unbegründet ist.

e) Soweit der Beschwerdeführer bemängelt, dass hinsichtlich des Investitionsbeitrags von Fr. 300'000.– an die Planungskosten für die Insel Ufnau kein Voranschlagskredit eingeholt wurde, drängen sich folgende Bemerkungen auf. In der Vernehmlassung des Gemeinderates wurde überzeugend und nachvollziehbar dargelegt,

dass der Gemeinderat ursprünglich an der Sitzung vom 11. Juli 2002 davon ausging, abgesehen von einem an der Herbstgemeindeversammlung 2002 einzuholenden Nachkredit von Fr. 50'000.– den für das Jahr 2003 geschätzten Finanzbedarf im Zusammenhang mit der Insel Ufnau von rund Fr. 300'000.– als Vorfinanzierung zu gewähren, welche zurückzuzahlen sei bzw. bei einer Beitragsleistung an die Insel Ufnau angerechnet werde (vgl. Vernehmlassung, S.4 oben i.V.m. GRB Nr. 432 vom 11. Juli 2002 = Vi-act.4),

dass in den Finanzplan 2003-2006 für die Insel Ufnau im Jahre 2004 ein Investitionsbeitrag von einer Million Franken aufgenommen wurde (vgl. Vernehmlassung, S.4, Ziff.4 i.V.m. Vi-act.5, S.35),

dass der Gemeinderat anlässlich der Budgetsitzung vom 12. Sept. 2002 zur Erkenntnis kam, im Falle einer Ablehnung eines künftigen Sachgeschäftes «Ufnau» müssten die vorfinanzierten Mittel (vom Kloster Einsiedeln als Eigentümer der Insel, oder allenfalls von der noch nicht bestehenden Stiftung) zurückgefordert werden, was man vermeiden wollte, weshalb in diesem Zeitpunkt darauf verzichtet wurde, die erwähnten Fr. 300'000.– ins Budget 2003 aufzunehmen (vgl. Vernehmlassung, S.4, Ziff.5),

und dass der Gemeinderat nach weiteren Abklärungen an der Sitzung vom 21. Nov. 2002 beschloss, hinsichtlich der erwähnten Fr. 300'000.– für im Jahre 2003 anfallende Planungskosten anstelle der ursprünglich geplanten Vorfinanzierung neu an der Frühjahrsgemeinde 2003 einen Nachkredit zu

Lasten der Investitionsrechnung 2003 einzuholen (vgl. Vernehmlassung, S.4, Ziff.5 i.V.m. Vi-act.6).

Auch wenn bei dieser Sachlage der Gemeinderat die betreffenden Fr. 300'000.– nicht in das an der Gemeindeversammlung vom 25. Okt. 2002 behandelte Budget 2003 aufgenommen hat, gibt diese Vorgehensweise entgegen der Meinung des Beschwerdeführers keinen Anlass zur Beanstandung. Denn nach § 36 Abs.1 FHG ist es zulässig, dann, wenn für einen vorgesehenen Zweck ein Voranschlagskredit fehlt oder nicht ausreicht, dafür einen Nachkredit einzuholen. Gemäss § 39 Abs.1 lit.a FHG ist die Gemeindeversammlung für die Festsetzung sowohl des Voranschlages, als auch der Nachkredite zuständig. Bezüglich der Zuständigkeit spielt es somit keine Rolle, ob der umstrittene Planungskostenbeitrag via Voranschlag oder via Nachkredit bewilligt wird. In beiden Fällen haben die Stimmbürgerinnen und Stimmbürger an der Gemeindeversammlung die Möglichkeit, eine ihnen nicht genehme Ausgabe abzulehnen. Im konkreten Fall hat der Gemeinderat den betreffenden Planungskostenbeitrag an der Gemeindeversammlung vom 11. April 2003 als Nachkredit zu Lasten der Investitionsrechnung 2003 vorgelegt und der nach Gesetz dafür zuständige Entscheidungsträger (Gemeindeversammlung) hat ihn genehmigt. Darin ist keine Verletzung des Finanzhaushaltsgesetzes zu erblicken.

3. a) Weiter rügt der Beschwerdeführer eine Verletzung von Art. 34 Abs. 2 BV. Durch unrichtige Information (insbesondere Verheimlichung von Tatsachen) seitens des Gemeinderates sei die Willensbildung der Stimmbürger in wesentlichem Ausmass beeinflusst worden und habe deren Stimmabgabe verfälscht. Dies wiederum habe dazu geführt, dass die Gemeindeversammlung die Vorlage betreffend Nachkredit angenommen und den Rückweisanspruch des Beschwerdeführers abgelehnt habe (vgl. Beschwerdebeurteilung, S. 11 ff.).

b) Wichtigstes und die ganze Praxis zur Stimmrechtsbeschwerde beherrschendes Prinzip ist der in § 54 Abs. 1 WAG normierte Grundsatz, wonach kein Ergebnis einer Wahl oder Abstimmung anerkannt werden darf, das den Willen der Urnengänger nicht zuverlässig und unverfälscht wiedergibt (verfassungsmässiger Anspruch garantiert durch Art. 34 Abs. 2 BV). § 54 WAG gilt gemäss § 1 Abs. 2 WAG ausdrücklich auch für Abstimmungen, die in den Gemeinden offen durchgeführt werden (vgl. VGE 966/02 vom 17. April 2003, Erw.3b, mit Hinweis auf 650/96 vom 17. Januar 1997, Erw. 3a, teilweise publiziert in EVGE-SZ 1997, Nr. 11, S. 30). Die zuständige Behörde ist verpflichtet, objektiv und selbstverständlich auch wahrheitsgetreu über eine Abstimmungsvorlage zu informieren (vgl. dazu Häfelin/Haller, Schweiz. Bundesstaatsrecht, 5. Aufl. 2001, Rz. 1390 ff.; vgl. auch VGE 870/00 vom 24. Aug. 2000, Erw.3a mit weiteren Hinweisen).

c) Dem Protokoll der Gemeindeversammlung vom 11. April 2003 ist zu entnehmen, dass der Beschwerdeführer bei der Behandlung des umstrittenen

## B. 7.1

Nachkredites das Wort ergriffen und dabei folgende drei Fragen an den Gemeinderat gerichtet hat (vgl. Vi-act. 8, S. 3):

Wie lautet der Auftrag oder das Ziel des Gemeinderates zu dieser Konzeptgruppe im Detail?

Wie setzt sich dieser Kredit von Fr. 300'000.– im Detail zusammen und welche Gegenleistung kriegt die Gemeinde dafür?

Ist der Kredit von Fr. 300'000.– bereits schon angebraucht oder, wenn nicht, sind eventuell Forderungen vorhanden, die grundsätzlich in diesem Jahr generiert worden sind?

In der vorliegenden Beschwerde (S. 12) werden diese drei Fragen etwas anders formuliert, im Kern geht es indessen jeweils um das Gleiche.

Zu diesen Fragen nahm Gemeinderat Werner Herrmann, Mitglied der Konzeptgruppe, zusammengefasst im Wesentlichen wie folgt Stellung. Die Aufgaben und Ziele der Konzeptgruppe wurden detailliert dargelegt. Die Zusammensetzung des Kredites wurde mit Aufwendungen im Planungsbe- reich, in der Öffentlichkeitsarbeit, für rechtliche Abklärungen, für Vorarbeiten hinsichtlich der Erschliessung etc. umschrieben. Dabei wurde betont, dass zu diesem Zeitpunkt noch keine konkreten Details (mit Zahlen) aufge- zeigt werden können. Zudem wurde festgehalten, dass von den Fr. 300'000.– noch keine Ausgaben getätigt worden seien; an der nächsten Gemeinderatssitzung sei vorgesehen, über die ersten Ausgaben zu be- schlüssen.

Im Anschluss daran ergriff der Beschwerdeführer erneut das Wort und bemängelte, dass nicht alle Fragen vollständig beantwortet seien. Seine Kri- tik, welche auch als Begründung seines Rückweisungsantrages diene, rich- tete sich hauptsächlich gegen den Umstand, wonach über die Zusammenset- zung des Kredites von Fr. 300'000.– keine genauen Angaben vorlägen (vgl. Vi-act.8, S.6 oben).

In der Folge plädierte Gemeinderat Daniel Landolt, ebenfalls Mitglied der Konzeptgruppe, für eine Ablehnung des vom Beschwerdeführer gestellten Rückweisungsantrages. (...)

Nach weiteren Wortmeldungen erfolgte die Abstimmung über den Rück- weisungsantrag des Beschwerdeführers, welcher mit 55 Ja gegen 86 Nein abgelehnt wurde.

d) Aus diesen Angaben ist abzuleiten, dass der umstrittene Nachkredit von Fr. 300'000.– auf einer Schätzung basiert und dass dieser Umstand an der Gemeindeversammlung vom 11. April 2003 offen gelegt wurde. Wenn somit die an der Gemeindeversammlung teilnehmenden Stimmbürgerinnen und Stimmbürger in Kenntnis der Rüge, wonach die geplante Verwendung des Kredites von Fr. 300'000.– nicht konkreter (bzw. detaillierter) dargelegt wor- den sei, den mit dieser Rüge mitbegründeten Rückweisungsantrag mehrheit- lich abgelehnt haben, kann dies nicht als behördliche Irreführung der Stimm- berechtigten oder als unerlaubte Beeinflussung betrachtet werden. (...). (VGE 869/03 vom 20. August 2003).

Eine gegen diesen Entscheid erhobene staatsrechtliche Beschwerde hat das Bundesgericht mit Urteil 1P.557/2003 vom 12. Dezember 2003 abgewiesen, soweit es darauf eingetreten ist.

## **7.2 Bezirke und Gemeinden**

(vgl. EGV-SZ 2003, Vollstreckungsrecht Nr. 17.1).

# **8. Planungs- und Baurecht; Natur-, Landschafts- und Heimatschutz**

## **8.1 Planungs- und Baurecht**

– *Baubewilligung für privat genutzte Baute (Tiefgarage) in öffentlicher Zone.*

*Aus dem Sachverhalt:*

Der private Bauherr A. hat vom Gemeinderat am 12. Juni 1998 die Bewilligung zur Erstellung eines Wohn- und Geschäftshauses auf seinem in der Kernzone gelegenen Grundstück KTN AB erhalten. Mit Eingabe vom 17. Juli 2001 ersucht er um Bewilligung zur Erstellung einer Tiefgarage auf dem Nachbargrundstück KTN XY, welches in der öffentlichen Zone liegt und der privaten Stiftung X gehört, wobei das Einverständnis der Stiftung vorliegt.

*Aus den Erwägungen:*

2. Die Vorinstanzen begründen die Abweisung des Baugesuches im Wesentlichen damit, dass die Tiefgarage dem Wohn- und Geschäftshaus auf KTN AB diene und in der öffentlichen Zone nicht zonenkonform sei. Die Tiefgarage diene nicht der Allgemeinheit und die Öffentlichkeit werde faktisch von der Nutzung der Garage ausgeschlossen. Allfällige künftige Bauvorhaben der Stiftung X, für welche eine unterirdische Erschliessung der Liegenschaft KTN XY über die Liegenschaft KTN AB geltend gemacht werde, seien für die Beurteilung der Zonenkonformität unerheblich. Konkrete Pläne für unterirdische Erweiterungsbauten lägen ohnehin nicht vor. Eine Ausnahme von der Nutzungsordnung sei im Übrigen nicht möglich. Der Gemeinderat macht zudem geltend, dass auch wenn eine Ausnahmesituation auf Seiten des Beschwerdeführers anerkannt würde, dieser mit dem gesetzlich vorgegebenen Instrument der Ersatzabgabe Rechnung getragen werde



## B. 8.1

(zumal in unmittelbarer Nähe ausreichend Parkraum vorhanden sei) und andere Instrumente eine Berücksichtigung einer Ausnahmesituation nicht zulassen.

Die Stiftung X macht in ihrer Eingabe geltend, dass sie eine Sicherstellung einer unterirdischen Erschliessung ihrer Liegenschaft als äusserst bedeutsam erachte und die vorgeschlagene Massnahme die einzige absehbare Lösung für die Zufahrt zu einer späteren unterirdischen Erweiterung der bestehenden Magazine und des Kulturgüterschutzraumes oder anderen mit den Zwecken der Stiftung und ihrer Mieter direkt zusammenhängenden Vorhaben sei. Sie habe bereits gegenüber dem Gemeinderat geltend gemacht, dass aus diesem Grunde gewichtige öffentliche Interessen an der Erstellung der unterirdischen Baute bestünden. Auch der Beschwerdeführer beruft sich wiederholt darauf, dass die Tiefgarage der unterirdischen Erschliessung der Liegenschaft KTN XY dienen soll.

a) Voraussetzung für die Erteilung einer Bewilligung ist unter anderem, dass die Bauten und Anlagen dem Zweck der Nutzungszone entsprechen (Art. 22 Abs. 2 lit. a RPG). Allgemein gilt, dass Zonenkonformität einen positiven, funktionalen Zusammenhang zwischen Bauvorhaben und Zonenzweck verlangt; d.h. das Bauvorhaben muss jener Nutzung dienen, für welche die Zone bestimmt ist. Dies ist nicht schon dann der Fall wenn das Bauwerk dem Zonenzweck nicht entgegensteht (Schürmann/Hänni, Planungs-, Bau- und besonderes Umweltschutzrecht, 3.A., S. 163; EJPD/BRP, Erläuterungen zum Bundesgesetz über die Raumplanung, Art. 22 N 29).

Die Zone für öffentliche Bauten und Anlagen, in welcher die geplante Tiefgarage liegen soll, ist eine Bauzone (§ 18 Abs. 2 lit. e PBG). Weitere Vorschriften über den Zweck der öffentlichen Zone finden sich im kantonalen Recht nicht. Das Baureglement der Gemeinde ... (BauR) hält in Art. 34 in Bezug auf die öffentliche Zone fest, dass diese für öffentliche und öffentlichen Zwecken dienenden Bauten und Anlagen bestimmt ist, wie Kirchen, Friedhöfe, Schulhäuser, Spitäler, Anlagen öffentlicher Dienste, Gemeindeanlagen, Mehrzweckhallen. Die öffentliche Zone dient damit der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben.

b) Wie der Regierungsrat in seinem Entscheid zu Recht festhält, geht es im vorliegenden Fall um die Bewilligung einer Nebenanlage zu einem bereits rechtskräftig bewilligten Wohn- und Geschäftshaus. Unbestritten könnte das Wohn- und Geschäftshaus selber in der öffentlichen Zone nicht bewilligt werden. Der Regierungsrat hat auch zu Recht erkannt, dass es der unterirdischen Garage an einem Zusammenhang zur öffentlichen Zone, in welcher sie vorgesehen ist, zur Zeit fehlt. Die Parkplätze sollen nicht der Öffentlichkeit zur Verfügung gestellt werden, sondern sie dienen privaten Zwecken. Daraus, dass die Garage als unterirdischer Zugang zum Grundstück der Stiftung X vielleicht einmal dienen soll, kann im heutigen Zeitpunkt ebenfalls keine öffentliche Zweckbestimmung abgeleitet werden. (...).

Auch wenn der geplanten Tiefgarage eine öffentliche Zweckbestimmung nicht zugesprochen werden kann, so stellt sich dennoch die Frage, ob private Bauten in der öffentlichen Zone generell verboten sind.

c) Aus der Funktion der öffentlichen Zone, die Raumbedürfnisse für die öffentliche Nutzung sicherzustellen, wird verschiedentlich ein Verbot, auf jeden Fall aber die Einschränkung der Errichtung von neuen privaten Bauten und Anlagen in der öffentlichen Zone abgeleitet (vgl. Gsponer, Die Zone für öffentliche Bauten und Anlagen, S. 162; Zimmerlin, Baugesetz des Kantons Aargau, 2.A., S. 314; Schürmann/Hänni; Planungs-, Bau- und besonderes Umweltschutzrecht, 3.A., S. 141). Die Zuteilung von Land eines Privaten in die Zone für öffentliche Bauten und Anlagen stellt unstreitig eine einschneidende Eigentumsbeschränkung dar und sie bewirkt häufig die Einleitung des Enteignungsverfahrens. Es ist nun aber nicht so, dass schweizweit private Bauten in öffentlichen Zonen generell unzulässig sind. Diesbezüglich finden sich unterschiedliche Regelungen und Rechtsanwendungen. Der Kanton Luzern verbietet z.B. ausdrücklich die Erstellung von privaten Bauten in der öffentlichen Zone (§ 51 Abs. 2 PBG LU). Auch das Baugesetz des Kantons Aargau lässt zonenwidrige Bauten in der Zone für öffentliche Bauten und Anlagen nicht zu (vgl. Zimmerlin, Baugesetz des Kantons Aargau, 2. A., S. 314). Die Baugesetze der Kantone BL und BS sehen demgegenüber eine private Nutzung vor, soweit dem keine öffentlichen Interessen entgegenstehen (vgl. Gsponer, a.a.O., S. 162 m.H. auf § 24 Abs. 2 BauG BL und § 4 Abs. 2 HBG BS). Im Baugesetz des Kantons Bern ist eine private Nutzung zwar nicht ausdrücklich vorgesehen, gemäss der Praxis ist das Gemeinwesen jedoch berechtigt, Nebennutzungen nicht öffentlicher Art vorzusehen, wenn sie in einem sachlichen Zusammenhang zur betreffenden Hauptnutzung stehen oder wenn damit ungenutztes Bauvolumen oder brachliegende Parzelleile, die von untergeordneter Bedeutung sind, sinnvoll genutzt werden können und keine öffentlichen oder nachbarlichen Interessen beeinträchtigt sind (Zaugg, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, Art. 77 Rz 4). Im Kanton Schwyz ergibt sich aus § 33 Abs. 1 PBG ein Verbot für private Bauten in der Zone für öffentliche Bauten und Anlagen. § 33 Abs. 1 PBG hält fest, dass das in den Nutzungsplänen für öffentliche Bauten und Anlagen bestimmte und das innerhalb von Baulinien liegende Land nicht mehr anderweitig überbaut werden darf. An bestehenden Bauten und Anlagen dürfen nur die zum Unterhalt erforderlichen Arbeiten vorgenommen werden.

Die unterschiedliche Praxis und Normierung in den Kantonen resultiert nicht zuletzt aus den unterschiedlichen Zweckbestimmungen der öffentlichen Zone in den kantonalen und kommunalen Gesetzen. Einerseits wird die öffentliche Zone generell für sämtliche vorhandenen und künftigen dem öffentlichen Interessen dienende Bauten und Anlagen angewendet. Andererseits werden z.B. Grünzonen, Kirchen, Alterswohnungen, Kulturdenkmäler oder historische Stätten, welche grundsätzlich aufgrund ihrer Funktion ebenfalls von allgemeiner Bedeutung sind, nicht der öffentlichen Zone zugeteilt sondern anderen Zonen (z.B. Grünzone, Schutzzone, Gewerbezone, Wohn-

## B. 8.1

zone) unterstellt. Während der Verwendungszweck der öffentlichen Zone im ersten Fall eher weit gefasst ist, wird der Begriff des öffentlichen Interesses im zweiten Fall eher eng ausgelegt und die öffentliche Zone steht praktisch ausschliesslich mehr der verfassungsmässigen Aufgabenerfüllung zur Verfügung (v.a. Verwaltungsgebäude, Schulen, Spitäler, militärische Anlagen). Bezweckt die öffentliche Zone die Sicherstellung der Raumbedürfnisse verfassungsmässiger Aufgaben des Staates, so ist eine Nutzung zu privaten Zwecken wohl in der Regel nicht zulässig. Andererseits kann bei der öffentlichen Zone zugeteilten und häufig in privatem Eigentum stehenden historischen Stätten, Grünanlagen oder Alterswohnsiedlungen eine private (Neben) Nutzung wohl nicht in jedem Fall generell ausgeschlossen und als nicht zonenkonform qualifiziert werden. Dies auch in Berücksichtigung des dem Gemeinderat bei der Zoneneinteilung zukommenden Ermessens (vgl. z.B. in der Gemeinde C Zuteilung eines öffentlichen Platzes, Parkhauses und Museum in Kernzone und nicht in öffentliche Zone). Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Frage nach der Zulässigkeit privater Bauten auf Grundstücken der öffentlichen Zone immer in Berücksichtigung der zugrunde liegenden gesetzlichen Regelung, der konkreten Zweckbestimmung des Grundstückes und der projektierten Bauten mit ihren Auswirkungen zu beurteilen ist und nicht generell beantwortet werden kann.

In diesem Sinne wird auch in der Lehre verlangt, dass die Auswirkungen eines Bauverbotes für private Bauten und Anlagen in einer öffentlichen Zone im Einzelfall mit Blick auf den Grundsatz der Verhältnismässigkeit überprüft wird, da das Bauverbot im Ergebnis nicht in jedem Fall in einem vernünftigen Verhältnis zum angestrebten öffentlichen Zweck steht (vgl. Gsponer, a.a.O., S. 170). Die ausnahmsweise Zulassung einer privaten Nebennutzung in einer öffentlichen Zone wird in Übereinstimmung mit der oben dargestellten Berner Praxis einerseits für sachlich mit der öffentlichen Nutzung verbundene private Nebennutzungen und andererseits für die Nutzung von brachliegendem Land stipuliert (vgl. Gsponer, a.a.O., S. 170 ff.).

Die dargestellte Forderung kann sich auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung stützen, wonach selbst bei ausdrücklichem Verbot einer privaten Nutzung oder Bebauung in der öffentlichen Zone gemäss kantonaler Gesetzgebung in Beachtung des Verhältnismässigkeitsprinzipes von der starren Handhabung dieser Bauvorschrift im Rahmen einer Ausnahmebewilligung dispensiert werden kann, wenn die Anwendung im Einzelfall zu einer übermässigen Beschränkung Privater führen würde, ohne dass dies durch entsprechend schwerwiegende öffentliche Interessen gefordert wäre (ZBl 1981 S. 527, 533 f; gl.M. Huber, Die Ausnützungsziffer, S. 137).

Ausnahmen von der Zonenkonformität regelt gemäss Art. 23 RPG das kantonale Recht. Eine entsprechende Bestimmung findet sich in § 73 PBG. Danach kann die zuständige Bewilligungsbehörde für Bauten und Anlagen innerhalb der Bauzonen Ausnahmen von den im PBG oder in den Bauvorschriften der Gemeinden festgelegten Bestimmungen bewilligen, wenn und soweit besondere Verhältnisse es rechtfertigen, insbesondere wenn:

- a) Sonst eine unzumutbare Härte einträte;
- b) dank der Abweichung wegen der örtlichen Gegebenheiten eine bessere Lösung erzielt werden kann;
- c) Art, Zweckbestimmung oder Dauer des Gebäudes eine Abweichung nahe legen oder
- d) dadurch ein Objekt des Natur- und Heimatschutzes besser geschützt werden kann.

Eine Ausnahmegewilligung muss mit den öffentlichen Interessen vereinbar sein und darf keine wesentlichen Interessen von Nachbarn verletzen (§ 73 Abs. 2 PBG).

Entgegen der Ansicht des Regierungsrates ist es demnach gemäss gesetzlicher Regelung und dargelegter Lehre und Rechtsprechung nicht so, dass eine Ausnahme von der Nutzungsordnung nicht möglich ist. Der in § 73 PBG verwendete Begriff «Bauvorschriften» umfasst neben Gestaltungs- und technischen Vorschriften auch Nutzungsvorschriften. § 73 PBG ist damit auch für die Beurteilung von Ausnahmen vom Erfordernis der Zonenkonformität innerhalb der Bauzonen massgebend (vgl. auch Haller/Karlen, Raumplanungs-, Bau- und Umweltrecht, 3.A., Band I, Rz 684; Ruch, Kommentar RPG, Art. 23 N 22; Schürmann/Hänni, a.a.O., S. 165, 270; EJPD/BRP, Erläuterungen zum Bundesgesetz über die Raumplanung, Art. 22 N 29).

d) Es stellt sich damit die Frage, ob vorliegend eine Ausnahmesituation vorliegt, welche den Bau der privaten Tiefgarage auf dem Grundstück KTN XY erlaubt.

Diesbezüglich ist zunächst darauf hinzuweisen, dass sich das Grundstück KTN XY im Eigentum eines Privaten befindet und es sich dabei nicht um ein Grundstück handelt, welches unmittelbar der Erfüllung verfassungsmässiger Aufgaben der öffentlichen Hand dient. Diesem Umstand ist bei der Gegenüberstellung von betroffenen privaten mit öffentlichen Interessen Rechnung zu tragen. Des Weiteren ist unbestritten, dass auf dem im alten Dorfkern, in einem eng bebauten Gebiet gelegenen und auf zwei Seiten an Verkehrswege angrenzenden Grundstück des Beschwerdeführers die gemäss PBG und BauR erforderlichen Abstellflächen nicht bereit gestellt werden können bzw. höchstens mittels komplizierten und aufwändigen Techniken (z.B. Unterkellerung und Autolifanlage) erstellt werden könnten, wobei diesbezüglich die Ein- bzw. Ausfahrt weitere Fragen aufwerfen würde. Der Gemeinderat hat den Beschwerdeführer aus diesem Grund von der Erstellung von Abstellplätzen denn auch dispensiert.

Ferner gilt im konkreten Fall zu berücksichtigen, dass

- die von privater Seite beanspruchte Nutzung lediglich den Untergrund des in der öffentlichen Zone gelegenen Grundstückes betrifft und die Grösse der beanspruchten Fläche im Vergleich zur Grösse des gesamten Grundstückes von untergeordneter Bedeutung ist,
- die private Nebennutzung gegen Aussen nicht in Erscheinung tritt,

## B. 8.1

- gemäss dem vorliegenden Projekt die öffentliche Hauptnutzung des Grundstückes sowie die Interessen des Landschafts- und Heimatschutzes durch die private Nebennutzung in keiner Weise tangiert werden und
- überwiegende nachbarliche Interessen, welche der privaten Nebennutzung entgegenstehen, nicht erkennbar sind.

Insgesamt ist nicht ersichtlich, welche relevanten öffentlichen Interessen der unterirdischen Nutzung des Grundstückes KTN XY als Tiefgarage für das Grundstück KTN AB entgegenstehen. Andererseits besteht nicht nur ein privates sondern auch ein öffentliches Interesse daran, dass bei der Schaffung von Wohn- und Geschäftsräumen die durch den Neubau geschaffene Nachfrage nach Abstellplätzen auch durch die Erstellung der entsprechenden Abstellplätze befriedigt wird. Es kann damit verhindert werden, dass öffentliche Abstellplätze und weitere Verkehrsflächen verstellt und durch Dauerparkierer ihrem Zweck entzogen werden. Dass ein erhebliches privates Interesse an der Bereitstellung der für ein Wohn- und Geschäftshaus erforderlichen Abstellplätze besteht, ist wohl unbestritten. Nutzbarkeit, Vermietung und Verkauf von Wohn- und Geschäftsräumen hängen nicht zu letzt von den Parkierungsmöglichkeiten ab. Auch in der Kernzone sind Wohn- und Geschäftsräume, welche nicht über eigene Parkierungsmöglichkeiten verfügen, mit einem erheblichen Nachteil belastet. Insgesamt sprechen damit erhebliche private und öffentliche Interessen für die Erstellung einer Tiefgarage auf KTN XY. Es kommt massgeblich hinzu, dass die private Eigentümerin von KTN XY im jetzigen Zeitpunkt zwar kein öffentliches Interesse an der Erstellung eines unterirdischen Zuganges zu ihrem Grundstück nachzuweisen vermag, dass ihr aber zumindest ein nachvollziehbares (privates) Interesse an der Schaffung eines zusätzlichen Zuganges auf ihr Grundstück nicht abgesprochen werden kann, zumal sie zu Recht darauf hinweist, dass die bestehende Zufahrt nicht ideal ist und eine künftige unterirdische Erweiterung der Baute zwecks Sicherstellung der heutigen, im öffentlichen Interesse liegenden Nutzung durchaus Sinn macht. (...). Die private Grundeigentümerin weist zudem in nachvollziehbarer Weise darauf hin, dass das vorliegend zu beurteilende Projekt wohl die einzige absehbare Lösung für eine unterirdische und zureichende Erschliessung ihres Grundstückes darstellt. Damit liegen auch von Seiten der Grundeigentümerin erhebliche und nachvollziehbare Interessen an der Erstellung der Tiefgarage vor. Mit der Erstellung der geplanten Tiefgarage kann damit aufgrund der besonderen Situation eine für alle Seiten bessere Lösung erzielt werden und ein Ausnahmetatbestand im Sinne von Art. 73 Abs. 1 lit. b PBG kann bejaht werden, sofern - wie geltend gemacht - eine Zufahrt für das Grundstück KTN XY rechtlich sichergestellt wird.

(VGE 1034/02 vom 30. Januar 2003).

## 8.2 Planungs- und Baurecht

- Nebenbaute (§ 61 PBG).
- Kriterium der Eingeschossigkeit.

*Aus dem Sachverhalt:*

Die Beschwerdeführer hatten in Hanglage abweichend von den bewilligten Plänen anstelle eines gedeckten Autounterstandes auf Stützpfeilern einen Autounterstand mit Kellerraum erstellt. Die Vorinstanzen argumentierten, der Baukörper weise zwei Geschosse auf und könne ohne gewisse Änderungen nicht als Nebenbaute betrachtet werden. Demgegenüber waren die Beschwerdeführer der Ansicht, bei den zwei gedeckten Abstellplätzen könne nicht von einem Geschoss gesprochen werden; zudem stelle die (teilweise) Unterkellerung kein eigenes Geschoss dar.

*Aus den Erwägungen:*

4. b) Nebenbauten sind eingeschossige, unbewohnte Bauten, wie Garagen, Kleinbauten usw., die nicht mehr als 3.50 m Gebäudehöhe, 4.50 m Firsthöhe und 60 m<sup>2</sup> Grundfläche aufweisen. Sie haben einen Grenzabstand von mindestens 2.50 m einzuhalten (§ 61 Abs. 1 PBG), wobei die Bewilligungsbehörde bei schriftlicher Einwilligung des Nachbarn das Bauen bis an die Grenze gestatten kann (§ 61 Abs. 3 PBG). Im kommunalen Baureglement wird § 61 Abs. 1 und 3 PBG als Art. ... BauR wiederholt.

c) Die Parteien sind sich einig, dass die Kriterien «Unbewohntheit» und «Grundfläche» im konkreten Fall eingehalten sind. Ein Grenzbaurecht ist im Grundbuch eingetragen und vorliegend unbestritten.

Soweit die Beschwerdeführer bemängeln, dass die beiden überdachten Autoabstellplätze nicht als Geschoss zu betrachten seien, ist auf die zutreffenden Ausführungen im angefochtenen RRB (Erw.4.4ff.) zu verweisen. Zu ergänzen ist, dass das Verwaltungsgericht in Entscheid VGE 1067/97 vom 8. April 1998 (Erw.3b, Prot. S.249) entschieden hat, dass ein gedeckter, an ein Wohnhaus angebauter Abstellplatz für einen Personenwagen als eine Nebenbaute im Sinne von § 61 PBG (und nicht als Bestandteil des Hauptgebäudes) zu qualifizieren ist. Analog gilt auch ein (freistehender) sogenannter «Carport» (= überdachter Autoabstellplatz) als (eingeschossige) Nebenbaute. An einer solchen Qualifikation als Nebenbaute ändert sich nichts, wenn der mit einem massiven Betonflachdach versehene Autounterstand nicht an ein Wohnhaus, sondern an eine andere Garagenbaute angebaut ist (an dieser Stelle wird auf den Aspekt der teilweisen Unterkellerung noch nicht eingegangen, vgl. dazu nachfolgend Erw. 4d/e). Zusammenfassend ist entgegen der Meinung der Beschwerdeführer davon auszugehen, dass ein überdachter Unterstand für zwei Personenwagen (ohne Unterkellerung) als (eingeschossige) Nebenbaute im Sinne von § 61 PBG gilt. Dafür spricht

## B. 8.2

schliesslich, dass die erwähnte gesetzliche Bestimmung eine beispielhafte Aufzählung enthält, welche abgesehen von Garagen auch «Kleinbauten» umfasst.

d) Das Kriterium der «Eingeschossigkeit» ist nach der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung eng auszulegen, da andernfalls Missbräuchen Tür und Tor geöffnet würde und damit die vom Gesetzgeber auf eingeschossige Bauten beschränkte Privilegierung (vgl. geringerer Grenzabstand, Grenzbau usw.) unterlaufen werden könnte (vgl. VGE 619/95 vom 19. Oktober 1995, Erw.2g, Prot. S.1252; VGE 510/90 vom 18. April 1990, publ. in EGV-SZ 1990, Nr. 17, S.50f., Erw. 3c). Die Auslegung des Kriteriums der «Eingeschossigkeit» richtet sich nach kantonalem Recht. Dabei ist aus der vom Gesetzgeber gewählten Formulierung zum einen zu schliessen, dass eine Baute mit zwei Geschossen grundsätzlich nicht unter den Begriff der Nebenbaute subsumiert werden darf. Zum andern kann von einer eingeschossigen Baute nur dann die Rede sein, wenn dem zusätzlichen Bereich über oder unter dem (Erd- bzw. Haupt-)Geschoss im Vergleich zum Hauptgeschoss *nur eine völlig untergeordnete Bedeutung zukommt*, dergestalt, dass der zusätzliche Bereich *nur sehr beschränkt benutzbar* ist. Eine solche beschränkte Benutzbarkeit liegt *beispielsweise* dann vor, wenn der Dachaufbau nicht aufrecht begehbar ist, oder wenn der Kellerbereich weitgehend unter dem gewachsenen Terrain zu liegen kommt (vgl. EGV-SZ 1990, Nr. 17, Erw. 3c, S.51 oben). Im Entscheid VGE 619/95 vom 19. Oktober 1995 hatte das Gericht das Kriterium der «Eingeschossigkeit» im Zusammenhang mit der Erstellung eines gedeckten Autoabstellplatzes in relativ steiler Hanglage zu prüfen. Dabei hielt es u.a. fest, dass an das Kriterium der «Eingeschossigkeit» dann weniger strenge Anforderungen zu stellen sind, wenn der «flächenmässig grössere Bereich unterhalb des Abstellplatzes» «nicht durch Mauerwerk umfasst ('eingewandet') wird, sondern offen ausgestaltet ist» und «gleichzeitig die Stützmauern lediglich marginal aus dem bestehenden Terrain herausragen» (vgl. Prot.1995, S.1253 unten). Die unter dem Boden einer Nebenbaute zu akzeptierende, ohne oder nur mit geringer Terrainveränderung mögliche Nutzung des offenen («nicht eingewandeten») Raumes kann in etwa mit der gemäss Rechtsprechung ebenfalls als zulässig erkannten Nebennutzung eines Garagendaches als Terrasse verglichen werden (vgl. EGV-SZ 1987, Nr.8; VGE 1065/97 vom 8. April 1998, Erw.3b).

e) Nach Massgabe dieser dargelegten Rechtsprechung und Grundsätze kann der bereits erstellte, am Augenschein angetroffene Baukörper nicht als «eingeschossig» gelten. Denn der unterkellerte Bereich, dessen Grundfläche etwas weniger als 2/3 der Grundfläche der beiden gedeckten Abstellplätze umfasst, ist bis auf eine Türöffnung sowie zwei Fensteröffnungen an der Nordfassade vollumfänglich durch Betonmauern «eingewandet». Zudem trifft es nicht zu, dass diese Betonmauern «lediglich marginal aus dem bestehenden Terrain herausragen». (...) (VGE 1002/03 vom 26. Juni 2003).

### 8.3 Planungs- und Baurecht

- *Nutzungsstopp als Verwaltungsmassnahme während eines nachträglichen Baubewilligungsverfahrens setzt Verhältnismässigkeit voraus.*

*Aus den Erwägungen:*

1. Streitig und zu beurteilen ist im vorliegenden Verfahren die Frage, ob die Vorinstanzen es zu Recht abgelehnt haben, der Beschwerdegegnerin bis zum rechtskräftigen Abschluss des Baubewilligungsverfahrens die Nutzung des X-Tunnels als Käselager zu verbieten. (...).

2.a) Der ehemals von den SBB genutzte X-Tunnel durchläuft unterirdisch verschiedene Zonen (v.a. Kernzone und Übriges Gemeindegebiet, z.T. ausserhalb der Bauzone). Das dem nördlichen Tunnelportal vorgelagerte Grundstück KTN 2094, über welches der Zugang in den Tunnel erfolgt, wurde als Strassenfläche ausgeschieden. Die Erschliessung erfolgt über Bauzonen. Der X-Tunnel wird seit mehreren Jahrzehnten nicht mehr als Eisenbahntunnel benutzt. Nach der Stilllegung des Tunnels durch die Bahn wurde er zuerst an eine Firma vermietet, welche darin Speiseöl lagerte. Per 1. Jan. 1980 wurde der Tunnel mit Vorplatz von einer Firma, welche darin Weine und Spirituosen lagerte, gemietet. Am 17. November 1999 schlossen die SBB mit der Beschwerdegegnerin einen Mietvertrag ab, mit welchem die Beschwerdegegnerin berechtigt wurde, den Tunnel als Käselager zu nutzen (die Käselagerung als Verwendungszweck wurde im Mietvertrag schriftlich fixiert). Auf Gesuch hin wurde der Beschwerdegegnerin von der Gemeinde am 16. Oktober 2000 die Kanalisationsanschlussbewilligung für den als Käsekeller genutzten X-Tunnel erteilt. In der Folge erhielt die Beschwerdegegnerin auch eine Wasseranschlussbewilligung. Mit Kaufvertrag vom 4. Mai 2001 erwarb die Beschwerdegegnerin die Grundstücke GB 811 (dem südlichen Tunnelende vorgelagert) und GB 2094 (dem nördlichen Tunnelende vorgelagert) von den SBB. Gleichzeitig übertrugen die SBB der Beschwerdegegnerin das Nutzungsrecht des nicht im Grundbuch eingetragenen X-Tunnels, welcher die beiden Kaufobjekte unterirdisch verbindet. Am 22. August 2001 verlangte der Gemeinderat B von der Beschwerdegegnerin die Einreichung eines Baugesuches für die Nutzung des Tunnels als Käselager. Die Beschwerdegegnerin reichte ein entsprechendes Baugesuch am 21. September 2001 ein, dieses wurde im Amtsblatt vom 22. Februar 2002 publiziert und ist noch pendent. Eine baupolizeiliche Bewilligung für die heutige Nutzung als Käselager liegt damit unstrittig nicht vor. Wie bereits im Zwischenbescheid festgehalten, ist damit für das vorliegende Verfahren von einer nicht bewilligten und damit formell rechtswidrigen gewerblichen Nutzung des ehemaligen SBB-Tunnels auszugehen.

b) Gemäss § 87 Abs. 1 PBG verfügt die Bewilligungsbehörde die Einstellung von Bauarbeiten, die der erteilten Bewilligung widersprechen oder ohne



### B. 8.3

Bewilligung in Angriff genommen worden sind. Gemäss § 87 Abs. 2 PBG verfügt die Bewilligungsbehörde auf Kosten des Bauherrn die Abänderung oder Entfernung von widerrechtlichen Bauten und Anlagen, sofern die Abweichung gegenüber den Bauvorschriften nicht bedeutungslos ist. Die Möglichkeit, ein Nutzungsverbot bis zum rechtskräftigen Entscheid über die Zulässigkeit einer Baute oder Zweckänderung zu verfügen, wird zwar im kantonalen Baurecht nicht ausdrücklich statuiert. Diese Möglichkeit ergibt sich indessen nach der Rechtsprechung aus Art. 22 Abs. 1 RPG und § 85 PBG, wonach Bauten und Anlagen erst nach Erteilung einer Baubewilligung errichtet werden dürfen; aus der Bewilligungspflicht folgt auch das Recht der Bewilligungsbehörde, Arbeiten einstellen zu lassen, die ohne oder in Abweichung von einer Bewilligung errichtet wurden, und bewilligungspflichtige Nutzungsänderungen zu verbieten, bis über ihre Bewilligungsfähigkeit entschieden ist (vgl. VGE 1050/98 v. 22.10.98, Erw. 3c; VGE 1036/97 vom 24.10.97, Erw. 4a mit Hinweis auf Beeler, Die widerrechtliche Baute, S. 58).

Die materielle Illegalität ist keine notwendige Voraussetzung für den Erlass einer vorsorglichen Massnahme. Eine solche rechtfertigt sich aber um so mehr, wenn feststeht oder zu vermuten ist, dass zusätzlich eine materielle Rechtswidrigkeit vorliegt (Ruoss Fierz, Massnahmen gegen illegales Bauen, S. 99).

Wie bereits im Zwischenbescheid festgehalten, liegt es nicht im Belieben der Behörde ob bei Vorliegen objektiver Anhaltspunkte für das Vorhandensein einer Baurechtswidrigkeit eine vorsorgliche Massnahme angeordnet wird. Vielmehr ist nach pflichtgemäsem Ermessen zu handeln. Nicht bewilligte Arbeiten sind regelmässig zu unterbinden (Beeler, Die widerrechtliche Baute, S. 58). Es besteht eine grundsätzliche Verpflichtung der Behörde, bei Erfüllung der Voraussetzungen vorsorgliche Massnahmen zu treffen (Ruoss Fierz S. 96; Mäder, Das Baubewilligungsverfahren, S. 332; Zimmerlin, Baugesetz des Kantons Aargau, 2.A., S. 551). Wie bereits im vorinstanzlichen Entscheid richtig dargelegt und auch im Zwischenbescheid ausgeführt, muss ein Nutzungsverbot als vorsorgliche Massnahme jedoch wie jede andere Verwaltungsmassnahme (neben den Voraussetzungen der gesetzlichen Grundlage und des öffentlichen Interesses) dem Verhältnismässigkeitsprinzip entsprechen (vgl. Ruoss Fierz, a.a.O., S. 100 ff.; Haller/Karlen, Raumplanungs-, Bau- und Umweltrecht, 3.A., N 857; LGVE 1999 II Nr. 20 m.H.).

Der Regierungsrat hat im angefochtenen Entscheid den Erlass eines Nutzungsverbotes während des laufenden Baubewilligungsverfahrens deshalb abgelehnt, weil er die Massnahme als unverhältnismässig qualifizierte. Das Vorliegen einer gesetzlichen Grundlage für den Erlass eines Nutzungsverbotes wurde mit dem Hinweis auf § 87 PBG zwar bejaht und ein öffentliches Interesse am Erlass eines Nutzungsverbotes wurde insofern bejaht, als dass dadurch eine formell widerrechtliche Nutzung unterbunden werden könne und Geruchsemissionen während des Baubewilligungsverfahrens sicher verhindert würden. Es wurden aber auch einem Nutzungsverbot widersprechende öffentliche Interessen (umweltschonende und energiesparende Art der Käselagerung und haushälterische Nutzung des Bodens) hervorgehoben.

Letztendlich stützte der Regierungsrat jedoch seinen Entscheid auf die fehlende Verhältnismässigkeit zwischen Eingriffszweck und Eingriffswirkung der geforderten Massnahme.

c) Das Verhältnismässigkeitsgebot verlangt, dass die vorsorgliche Massnahme geeignet und erforderlich ist sowie in einem vernünftigen Verhältnis zwischen Eingriffszweck und Eingriffswirkung steht. Nach Beendigung der Bauarbeiten ist eine Baueinstellung im Gegensatz zum Nutzungsverbot beispielsweise nicht mehr geeignet. Das Kriterium der Erforderlichkeit wiederum kann eine bloss partielle vorsorgliche Massnahme gebieten, so wenn zum Beispiel der Umfang der Baurechtswidrigkeit sofort ersichtlich oder feststellbar ist (Ruoss Fierz S. 100 und 101).

Das Verhältnis zwischen Eingriffszweck und Eingriffsverwaltung erfordert, dass beim Erlass jeder vorsorglichen Massnahme die öffentlichen Interessen an der Durchsetzung der formellen und/oder materiellen Bauordnung summarisch gegen die privaten Interessen am gegenwärtigen Zustand abgewogen werden (Verhältnismässigkeit im engeren Sinne). Auch wenn den öffentlichen Interessen in der Regel ein höheres Gewicht beizumessen ist, zumal wenn der Anschein einer materiellen Baurechtswidrigkeit festgestellt wird und Gefahren für Personen und die Umwelt bestehen, sind in jedem Einzelfall die konkreten Umstände zu berücksichtigen. So wäre eine Baueinstellung oder ein Nutzungsverbot unverhältnismässig, wenn die Behebung einer geringfügigen Abweichung nach der Bauvollendung den Bauherrn weniger trifft als eine Baueinstellung, oder wenn die materielle Legalität einer blossen Nutzungsänderung eindeutig feststeht (Ruoss Fierz a.a.O. S. 103). Eine Baueinstellung rechtfertigt sich erst dann, wenn die Rechtsverletzung eine gewisse Bedeutung erlangen kann (Mäder, a.a.O., S. 332 f.).

Im Weiteren ist das subjektive Verhalten des Bauherrn bei der Gewichtung der Interessen nicht völlig ausser Acht zu lassen. Wenn ein Bauherr bösgläubig gegen die Bewilligungspflicht verstossen oder nur deshalb keine Bewilligung eingeholt hat, um schnelle Gewinne zu machen, ist es gerechtfertigt den privaten Interessen grundsätzlich weniger Gewicht beizumessen (Ruoss Fierz S. 103; Aldo Zaugg, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 2.A., S. 331).

d) aa) Bei der Beurteilung der Verhältnismässigkeit der verlangten Massnahme ist zunächst die gesamte Vorgeschichte zu berücksichtigen. Wie vorstehend dargelegt wird der X-Tunnel bereits seit mehreren Jahrzehnten nicht mehr als Eisenbahntunnel sondern als Lagerraum für verschiedene Lebensmittel benutzt. Die Beschwerdegegnerin hat den Tunnel per 1. Jan. 2000 als Käselager von den SBB gemietet. Diese Nutzung war nie geheim; vielmehr hat die Beschwerdegegnerin gegenüber der Baubewilligungsbehörde spätestens mit dem Kanalisationsanschlussgesuch vom 4. September 2000 die Nutzung des Tunnels offen deklariert. Dennoch hat die Gemeinde als Baubewilligungsbehörde beinahe ein Jahr gewartet, um von der Beschwerdegegnerin die Einreichung eines Baugesuches für die fragliche Nutzung zu verlan-

### B. 8.3

gen. D.h. im Zeitpunkt, als die Gemeinde an die Beschwerdegegnerin zwecks Einreichung einer Baubewilligung herantrat, wusste sie bereits seit längerer Zeit von der Nutzung des Tunnels als Käselager und sie hat diese geduldet. Der Gemeinderat bestätigt denn in seiner Vernehmlassung vom 15. November 2002 auch, dass die Nutzung des Tunnels als Käselager dem Bauamt am 4. September 2000 gemeldet worden sei, in der Folge habe man es aber bei der Gutheissung des Kanalisationsanschlussgesuches belassen, dies weil die Notwendigkeit eines formellen Baubewilligungsverfahrens für die geänderte Nutzung «nicht in die Augen sprang». Nachdem es nicht einmal für die zuständige Baubewilligungsbehörde offenkundig war, dass die fragliche Nutzung einer Baubewilligung bedarf, kann der Beschwerdegegnerin schwerlich Bösgläubigkeit vorgeworfen werden. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass im Kaufvertrag zwischen der Beschwerdegegnerin und der SBB vom 4. Mai 2001 festgehalten wird, dass sich die Verkäuferin über keinen Rechtsgrund betreffend der Nutzung des X-Tunnels ausweisen kann und dass die Parteien zwecks Sicherung dieser Nutzung beim Kanton Schwyz als Hoheit über den Untergrund gemeinsam ein entsprechendes «Konzessionsgesuch» einreichen werden. Dabei geht es aber nicht um die raumplanungs- und baurechtliche Bewilligungspflicht der Nutzung sondern um die bewilligungspflichtige Nutzung des Untergrundes. Zudem datiert der Kaufvertrag vom 4. Mai 2001; der Tunnel wurde somit auch zu diesem Zeitpunkt bereits längere Zeit mit Wissen der zuständigen Baubewilligungsbehörde als Käselager genutzt.

bb) Die im Rahmen der Verhältnismässigkeit zu prüfende Erforderlichkeit des geforderten Nutzungsverbots wurde im angefochtenen Beschluss verneint. Letztendlich kann vorliegend jedoch offen bleiben, ob ein Nutzungsstop als erforderlich qualifiziert werden könnte, da ein vernünftiges Verhältnis zwischen Eingriffszweck und Eingriffswirkung zu verneinen ist und auch von den Vorinstanzen zu Recht verneint wurde.

Es geht vorliegend um die Nutzung einer vollständig im Erdinnern liegenden Anlage. Gegen Aussen sind nur die beiden Abschlussstore des Tunnels sichtbar. Von der Nutzung gehen insofern Auswirkungen aus, als dass der Betrieb des Tunnels mit Lastwagenverkehr verbunden ist und dass Geruchsmissionen entstehen können. Der sich über die Kern- und Gewerbezone abwickelnde Lastwagenverkehr hält sich in einem beschränkten Rahmen und wird von den Beschwerdeführerinnen denn in ihren Eingaben ans Verwaltungsgericht auch nicht thematisiert. Berechtigtes Hauptanliegen der Beschwerdeführerinnen sind mit dem Betrieb zusammenhängende Geruchsmissionen. Reklamationen bezüglich vom Käselager ausgehender Geruchsmissionen sind insofern aktenkundig, als dass anlässlich des vom Gemeinderat am 17. April 2002 durchgeführten Augenscheines solche Immissionen von Anwohnern geltend gemacht wurden und als dass sich in den Akten eine schriftliche Reklamation gegenüber der Gemeinde von einem Anwohner befindet (datiert vom 19. Juni 2002). Zwischenzeitlich hat die Beschwerdegegnerin eine neue mobile Luftfilteranlage in den Tunnel

gestellt, was sich aus dem Bericht des Bauamtes der Gemeinde B vom 12. Dezember 2002 ergibt. Denselben Bericht kann entnommen werden, dass die ausgestossene Luft geruchsfrei ist. Die Beschwerdeführerinnen bestreiten zwar pauschal die Funktionsfähigkeit der vorhandenen Luftfilteranlage. Unstreitig gingen jedoch zwischenzeitlich weder bei der Gemeinde noch bei der Beschwerdegegnerin Reklamationen betreffend Geruchsmissionen ein (vgl. auch Schreiben des Gemeinderates B ans ARP v. 31. Okt. 2002, wonach die zwischenzeitliche Installation einer mobilen Filteranlage als erfolgreich gewertet werden müsse, da beim Bauamt keine Beanstandungen mehr eingegangen seien). Es muss deshalb davon ausgegangen werden, dass die Geruchsmissionen zwischenzeitlich kein Problem mehr darstellen, weshalb in dieser Hinsicht das öffentliche Interesse an der Einstellung des Betriebes bis zum Vorliegen einer Baubewilligung nur als sehr gering eingestuft werden kann. Des Weiteren gilt zu berücksichtigen, dass durch die vorläufige Nutzung keine vollendeten, später nicht mehr abänderbare Tatsachen geschaffen werden, so dass auch diesbezüglich ein öffentliches Interesse an einem Nutzungsverbot nicht besteht.

Andererseits sprechen gewichtige private Interessen gegen ein Nutzungsverbot während des Baubewilligungsverfahrens. Diesbezüglich ist zunächst darauf hinzuweisen, dass das Amt für Raumplanung bereits mit Schreiben vom 17. Dez. 2002 ans Verwaltungsgericht klar zu erkennen gegeben hat, dass die Bewilligungsfähigkeit der Nutzung bzw. des Umbaus des Tunnels zu einem Käsekeller gegeben ist. Zwischenzeitlich liegt dem Gericht der Entscheid des ARP vor, dessen Eröffnung dem Gemeinderat B vorbehalten sein wird. Das ARP sieht darin eine provisorische Bewilligung für eine zeitlich limitierte Versuchsphase (max. 5 Jahre) vor. Als Voraussetzung für die Umwandlung der provisorischen in eine zeitlich unlimitierte Bewilligung hat nach dem Entscheid des ARP die Bauherrschaft nachzuweisen, dass sich die Geruchsmissionen unter die Wahrnehmungsgrenze senken lassen. Ein Nutzungsverbot wäre damit voraussichtlich nur vorübergehender Natur und die mit einem Nutzungsverbot verbundenen Umtriebe und wirtschaftlichen Verluste sind unter diesem Gesichtspunkt zu beurteilen.

Zu Beginn der Miete des Tunnels wurden gemäss Angaben der Beschwerdegegnerin ca. 20,5 t Käse eingelagert. Am 1. Januar 2001 lagerten 39 t Käse, während es im Zeitpunkt der gemeinderätlichen Aufforderung zur Einreichung eines Baugesuches (August 2001) noch ca. 31 t waren. Ende 2001 erhöhte sich der Lagerbestand wieder auf fast 38 t Käse, was in etwa auch dem Ausmass Ende November 2002 entsprach. Per 10. Dezember 2002 befanden sich gemäss Bericht des Bauamtes B ca. 31,7 t Käse im Lager. Dieser Käse, der ca. 7 - 8 Monate gelagert werden muss, müsste bei einem Nutzungsverbot somit in ein anderes, für die Käsereifung eingerichtetes Lager umgelagert werden. Die Beschwerdegegnerin legt glaubhaft dar, dass ihr ein solches Ausweichlager zur Zeit nicht zur Verfügung steht. Die vor der Miete des X-Tunnels vorhandenen Lager wurden gemäss Darlegungen der Beschwerdegegnerin einerseits zu einem Kühllager umgebaut und werden andererseits für die Lagerung anderer Käsesorten benutzt und es besteht

### B. 8.3

keine Kapazität mehr für die zusätzliche Einlagerung von über 30 Tonnen Käse. Dies wird dadurch belegt, dass seit Ende 1999 eine erhebliche Steigerung der Käseproduktion stattfand (v.a. infolge Kauf einer Käseproduktionsfirma; Steigerung der Milchmenge für die Käseproduktion von 5'450 kg/Tag auf 9'100 kg/Tag). Die sofortige Auslagerung des Käses hätte somit beträchtliche wirtschaftliche Folgen für die Beschwerdegegnerin, da entweder der im Tunnel eingelagerte Käse dem Verderben preisgegeben oder ein Lager von Dritten gemietet werden müsste, wobei aber sehr fraglich ist, dass ein entsprechendes freistehendes Lager per sofort überhaupt gefunden werden könnte, zumal eine entsprechende Lagerung gemäss der Darstellung der Beschwerdegegnerin wegen der Ursprungsbezeichnung (...) auf ein bestimmtes Gebiet beschränkt ist. Von einem Nutzungsverbot wären im Übrigen gemäss glaubhafter Darstellung der Beschwerdegegnerin auch die sie beliefernden Milchproduzenten betroffen, werden doch immerhin ca. 14 % der gelieferten Milch für die Herstellung von Käse verwendet.

cc) In Berücksichtigung der sich gegenüberstehenden privaten und öffentlichen Interessen, der dargestellten Vorgeschichte, welche den Nachweis von Böswilligkeit auf Seiten der Beschwerdegegnerin nicht erlaubt, und des Umstandes, dass die Bewilligungsfähigkeit der Nutzung des Tunnels als Käselager vom ARP zwischenzeitlich grundsätzlich bejaht wird, wäre ein Nutzungsverbot bis zum Abschluss des Baubewilligungsverfahrens als unverhältnismässig zu qualifizieren, weshalb die Vorinstanzen ein solches zu Recht abgelehnt haben. (...).

dd) Da die während des Verfahrens weiterhin bestehende (zumindest formelle) Baurechtswidrigkeit nicht weiter verstärkt werden soll, ist die Nutzung des Tunnels jedoch weiterhin auf die aktuelle Nutzung zu beschränken. Diesbezüglich wird auf Erw. 4.c) und Dispositiv Ziff. 1.a) des Zwischenbescheides verwiesen und die entsprechenden Ausführungen und Anweisungen werden für das vorliegende Verfahren wiederholt. Dem Antrag auf uneingeschränkte Nutzung des Tunnels bis zum Abschluss des Baubewilligungsverfahrens kann damit nicht stattgegeben werden.

ee) Sollten während des laufenden Baubewilligungsverfahrens Änderungen der Verhältnisse eintreten, welche eine neue Beurteilung der gegenüberstehenden privaten und öffentlichen Interessen erfordern (insbesondere wenn die Immissionen wider Erwarten ein Ausmass erreichen, welche einen Betrieb generell nicht zulassen würden), hat der Gemeinderat neu über den Erlass eines Nutzungsverbotes während des Baubewilligungsverfahrens zu entscheiden. (VGE 1048 und 1049/02 v. 30. Januar 2003).

Eine gegen diesen Entscheid erhobene Verwaltungsgerichtsbeschwerde hat das Bundesgericht mit Urteil 1A.46/2003 vom 2. September 2003 abgewiesen, soweit es darauf eintrat. Auf die gleichzeitig erhobene staatsrechtliche Beschwerde ist das Bundesgericht mit Urteil 1P.166/2003 vom 2. September 2003 nicht eingetreten.

## 8.4 Planungs- und Baurecht

- Mobilfunkanlagen.
- Immissions- und Anlagegrenzwerte gemäss der Verordnung vom 23. Dezember 1999 über den Schutz vor nichtionisierender Strahlung (NISV; SR 814.710)(Erw. 4).
- Als Siedlungsinfrastrukturanlagen sind Mobilfunkanlagen grundsätzlich in jeder Bauzone zonenkonform; keine Bedürfnisprüfung (Erw. 5).

### *Aus den Erwägungen:*

4.a) Die Beschwerdeführer/innen II bestreiten nicht, dass im vorliegenden Fall die Anlagegrenzwerte von 5 V/m eingehalten sind, sie betonen jedoch, dass dies «nur sehr knapp» der Fall sei (4.72, 4.86, 4.77 V/m). Die Beschwerdeführer/innen II bemängeln zudem, die starren Anlagegrenzwerte gemäss NISV würden dem Vorsorgeprinzip von Art. 11 Abs. 2 USG nicht gerecht werden. Der Bundesrat habe es bis heute unterlassen, die Anlagegrenzwerte der heutigen technischen und betrieblichen Machbarkeit anzupassen. Eine akzessorische Normenkontrolle hinsichtlich der Anlagegrenzwerte sei angezeigt. Im konkreten Fall seien tiefere Grenzwerte technisch und betrieblich möglich, es sei deshalb zu prüfen, ob eine Reduktion auch wirtschaftlich tragbar sei, welchen Nachweis die Beschwerdeführer nicht erbringen könnten, da sie zu den massgeblichen Informationen keinen Zugriff hätten. Der Beschwerdegegnerin Ziff. 2 käme hier eine qualifizierte Mitwirkungspflicht zu. Zudem sei das BUWAL zu einer Stellungnahme anzuhalten und eine unabhängige Expertise anzuordnen. Im Weiteren rügen die Beschwerdeführer/innen II, die heutigen Immissionsgrenz- und Anlagegrenzwerte seien auf jeden Fall zu hoch, da sie die nicht-thermischen Wirkungen, die bereits bei schwacher nichtionisierender Strahlung auftreten, ausser Betracht liessen.

b) Diese Einwände sind unbeheflich. Das Bundesgericht hat in BGE 126 II 399 ff., Erw. 3, ausgeführt, der Schutz vor den wissenschaftlich erhärteten thermischen Wirkungen werde durch die Immissionsgrenzwerte (Anhang 2 NISV) bewerkstelligt, die überall eingehalten sein müssen, wo sich Menschen aufhalten können (Art. 13 Abs. 1 NISV). Dabei habe man die von der Internationalen Kommission zum Schutz vor nichtionisierender Strahlung (ICNIRP) erarbeiteten Grenzwerte übernommen. Der Ordnungsgeber habe erkannt, dass mit der blossen Übernahme der ICNIRP-Grenzwerte mit Blick auf mögliche nicht-thermische Wirkungen der Schutz der nichtionisierenden Strahlung lückenhaft wäre. Er habe daher zusätzlich vorsorgliche Emissionsbegrenzungen angeordnet (Art. 4 NISV), die das Risiko schädlicher Wirkungen, die zum Teil erst vermutet werden und noch nicht absehbar seien, möglichst gering halten solle. Alsdann hat das Bundesgericht unmissverständlich festgehalten, die vorsorglichen Emissionsbegrenzungen (Anlagegrenzwerte) seien in Art. 4 NISV abschliessend geregelt und die

## B. 8.4

rechtsanwendenden Behörden könnten nicht im Einzelfall gestützt auf Art. 12 Abs. 2 USG eine noch weitergehende Begrenzung verlangen. Der Erlass von Anlagegrenzwerten erfolge im Interesse der Rechtssicherheit. Es steht mithin fest, dass die Anlagegrenzwerte einerseits abschliessend geregelt sind, und diese andererseits das Risiko nicht-thermischer Wirkungen bereits mitabdecken.

Im Weiteren ist das Bundesgericht in BGE 126 II 399, Erw. 4, im Rahmen einer akzessorischen Normenkontrolle zur Erkenntnis gelangt, dass das gewählte Konzept und die Festlegung der Grenzwerte bundesrechtskonform ist. Sobald jedoch eine sachgerechte und zuverlässige Quantifizierung der nicht-thermischen Wirkungen nichtionisierender Strahlen auf Grund neuer Erkenntnisse möglich sei, müssten die Immissions- und Anlagegrenzwerte überprüft und soweit nötig angepasst werden. Das Bundesgericht sah sich bis heute nicht veranlasst, die Anlage- und Immissionsgrenzwerte erneut akzessorisch zu überprüfen (Urteil 1A.148/2002 vom 12. August 2003, Erw. 4.1). Gleiches gilt im vorliegenden Fall auch für das Verwaltungsgericht. Die Beschwerdeführer machen keine neuen Erkenntnisse hinsichtlich nicht-thermischer Wirkungen geltend. Soweit sie eine zusätzliche Emissionsbegrenzung als technisch und betrieblich möglich sowie wirtschaftlich tragbar bezeichnen bzw. diesbezüglich entsprechende Abklärungen verlangen, überdehnen sie in casu das Institut der akzessorischen Überprüfung. Dem Bundesrat als Verordnungsgeber kommt zum einen ein sehr weiter Bereich des Ermessens zu (BGE 126 II 399, Erw. 4a). Das Gericht kann erst einschreiten, wenn die zuständigen Behörden bzw. der Bundesrat als Verordnungsgeber diesen Ermessenspielraum missbrauchen. Es ist mithin in erster Linie Aufgabe der Fachbehörden, namentlich des BUWAL und des BAKOM, die technische Entwicklung und die ausländischen Erfahrungen mit Mobilfunknetzen zu verfolgen und die notwendigen Vorkehrungen zu treffen, wenn sich ergeben sollte, dass es technisch und betrieblich möglich und wirtschaftlich tragbar ist, Mobilfunknetze unter Einhaltung von wesentlich tieferen Grenzwerten zu betreiben (Urteil 1A.62/2001/1P.264/2001 vom 24. Oktober 2001, Erw. 3a/bb; 3b/aa). Das Bundesgericht hat zum anderen in Kenntnis des Salzburger Modells, auf welches die Beschwerdeführer II offenbar Bezug nehmen, keinen Handlungsbedarf für die Anpassung der Anlagegrenzwerte der NISV abgeleitet (Urteil 1A.62/2001/1P.264/2001 v. 24. Oktober 2001, Erw.3b/bb, Urteil 1A.10/2001 v. 8. April 2002, Erw. 2.2; 2.4). Es ist davon auszugehen, dass das Bundesgericht die Entwicklungen und Erkenntnisse im Mobilfunkbereich weiterhin genau mitverfolgt und bei erster Gelegenheit eine erneute akzessorische Überprüfung vornehmen wird, falls Anhaltspunkte auf einen Missbrauch des behördlichen Ermessensspielraumes hindeuten sollten. Konkrete Anhaltspunkte hierfür sind im vorliegenden Verfahren keine geltend gemacht noch erkennbar.

5.a) Die Beschwerdeführer/innen II bemängeln den vorgesehenen Standort der geplanten Mobilfunkantenne in der Wohnzone. Sie stellen sich sinn gemäss hinter die vom Gemeinderat ... bevorzugte Festlegung der Anten-

nenstandorte ausserhalb der Bauzonen. Wenn dies nicht möglich sei, kämen vorab Industrie- und Gewerbezone, in zweiter Linie Wohn- und Gewerbezone und erst zuletzt reine Wohnzonen in Betracht. Je dichter ein Gebiet besiedelt sei, desto erheblicher sei das Interesse der Bevölkerung an der Erstellung von Mobilfunkanlagen in abgelegenen Zonen. Stehe ein Alternativstandort ausserhalb der Wohnzone zur Verfügung oder sei ein solcher wahrscheinlich, überwiege das öffentliche Interesse an der Nichterteilung der Baubewilligung. Es verstosse gegen Treu und Glauben, wenn die Bauherrschaft heute einen Alleingang anstrebe und für ein koordiniertes Vorgehen mit den übrigen Mobilfunkanbietern nicht mehr Hand biete. Dies umso mehr, als eine Konkurrentin eine Mobilfunkstation bei einem wenig besiedelten Ortsteil der Gemeinde (...) plane und der Bauherrin deren Mitbenützung anerbote habe.

b) Diese Argumentation verkennt, dass es sich im vorliegenden Fall um eine Siedlungsinfrastrukturanlage handelt, die grundsätzlich in jeder Bauzone zonenkonform ist (URP 2003, S. 159). Das Bundesgericht hält zudem unmissverständlich fest, im Baubewilligungsverfahren für Antennenstandorte innerhalb der Bauzone bestehe grundsätzlich keine Handhabe für eine Bedürfnisprüfung und eine das gesamte Netz der Gesuchstellerin sowie die Netze von Konkurrenzunternehmen berücksichtigende Suche nach Alternativstandorten (Urteil 1A.148/2002 v. 12. August 2003, Erw. 2.2). Es bedarf somit für Standorte innerhalb von Bauzonen weder einer zusätzlichen Interessenabwägung noch kann gegenüber einer Bauherrschaft eine Koordinationspflicht mit anderen Mobilfunkanbietern verfügt werden. Vielmehr ist das konkrete Projekt am geplanten Standort auf die Übereinstimmung mit dem Bundes-, Kantons- und Gemeinderecht zu überprüfen, was bei einem positiven Ergebnis zwingend die Bewilligungserteilung zur Folge hat. Die Bewilligung kann nicht verweigert werden, weil ein anderer Standort bei Aufrechterhaltung der technischen und betrieblichen Machbarkeit sowie wirtschaftlichen Tragbarkeit sinnvoller wäre, indem in unmittelbarer Nähe weniger Wohnraum tangiert würde und/oder ein Zusammengehen mit einer anderen Mobilfunkbetreiberin möglich wäre. Auch ist nicht ersichtlich, inwiefern sich eine Gesuchstellerin treuwidrig verhält, wenn sie auf einem konkreten Antennenstandort innerhalb der Bauzone beharrt und sich auf einen gemeinsamen Standort mit einer Konkurrentin nicht einlässt. (...) (VGE 1012+1013/03 vom 16. September 2003).



## B. 8.5

### 8.5 Planungs- und Baurecht

– *Mobilfunkanlagen ausserhalb der Bauzone.*

*Aus den Erwägungen:*

3.a) Bei Mobilfunkanlagen handelt es sich um Siedlungsinfrastrukturanlagen, die grundsätzlich innerhalb von Bauzonen zu errichten sind (URP 2003, S. 159; VGE 1012/1013/03 v. 16.9.03, Erw. 5b). In Landwirtschaftszonen sind Mobilfunkanlagen nicht zonenkonform und bedürfen einer Ausnahmegewilligung nach Art. 24 RPG (BGE 1A62/2001 und 1P.264/2001 v. 24.10.01, Erw. 6c). Bei Bewilligung ausserhalb der Bauzone muss der Zweck der Anlage somit einen Standort ausserhalb der Bauzonen erfordern (Art. 24 lit. a RPG). Zudem dürfen dem Vorhaben keine überwiegenden Interessen entgegenstehen (Art. 24 lit. b RPG).

b) Die Standortgebundenheit ist nach ständiger bundesgerichtlicher Praxis zu bejahen, wenn eine Anlage aus technischen oder betriebswirtschaftlichen Gründen oder wegen der Bodenbeschaffenheit auf einen Standort ausserhalb der Bauzone angewiesen ist (sog. positive Standortgebundenheit), oder wenn ein Werk aus bestimmten Gründen in einer Bauzone ausgeschlossen ist (sog. negative Standortgebundenheit). Dabei genügt eine relative Standortgebundenheit: Es ist nicht erforderlich, dass überhaupt kein anderer Standort in Betracht fällt; es müssen jedoch besonders wichtige und objektive Gründe vorliegen, die den vorgesehenen Standort gegenüber anderen Standorten innerhalb der Bauzone als viel vorteilhafter erscheinen lassen (BGE 1A.186/2002 und 187/2002 v. 23.5.2003, Erw. 3 mit weiteren Zitaten).

Die (positive) Standortgebundenheit wird bei Mobilfunkanlagen grundsätzlich bejaht, wenn eine Deckungs- oder Kapazitätslücke aus funktechnischen Gründen mit einem oder mehreren Standorten innerhalb der Bauzone nicht in genügender Weise beseitigt werden kann bzw. es bei einem Standort innerhalb der Bauzone zu einer nicht vertretbaren Störung der in anderen Funkzellen des Netzes verwendeten Frequenzen kommen würde. Nicht ausreichend sind dagegen wirtschaftliche Vorteile des gewählten Standorts (z.B. geringere Landerwerbskosten; voraussichtlich geringere Zahl von Einsprachen) oder zivilrechtliche Gründe für die Standortwahl, wie z.B. die Weigerung von Eigentümern, einer Mobilfunkantenne auf ihren Grundstücken innerhalb der Bauzone zuzustimmen (BGE 1A.186/2002 und 187/2002 v. 23.5.2003, Erw. 3.1 unter Hinweis auf BVR 2001, Erw. 5c, auf welchen Entscheid ebenfalls der regierungsrätliche Rückweisungsentscheid RRB 959/2002 v. 6.8.2002 in Erw. 8.2 Bezug nimmt, siehe hierzu auch unten Erw. 3c). Das Bundesgericht hält im soeben zitierten Entscheid vom 23. Mai 2003 des Weiteren fest, dass auch der Begriff der Standortgebundenheit eine Interessenabwägung voraussetze um zu entscheiden, ob eine Anlage aus objektiven wichtigen Gründen auf einen Standort ausserhalb der Bauzone ange-

wiesen sei, und dass sich diese Interessenabwägung von derjenigen gemäss Art. 24 lit. b RPG nicht sinnvoll abgrenzen lasse. Der endgültige Entscheid für oder gegen die Errichtung einer projektierten Anlage an einem bestimmten Standort könne erst getroffen werden, wenn sämtliche Vor- und Nachteile aller in Betracht kommenden Standorte innerhalb und ausserhalb der Bauzone bekannt seien und miteinander verglichen werden könnten, um die insgesamt beste Lösung mit möglichst geringen Auswirkungen auf Raum und Umwelt zu finden (zit. BGE Erw. 3.4.-3.7.). (VGE 1034/03 vom 22. Oktober 2003).

## **8.6 Planungs- und Baurecht**

(Reklamebewilligung vgl. EGV-SZ 2003, B. 12.1).

## **8.7 Planungs- und Baurecht**

- *Erschliessungsplanung / Lärmschutz: Prüfung der Einhaltung der Umweltschutzvorschriften im Planerlassverfahren.*
- *Vorbestehende Lärmbelastung durch Eisenbahnverkehr muss bei der Prüfung der Frage, ob die geplante Strasse die Planungswerte einhält, nicht mitberücksichtigt werden.*
- *Hingegen muss bei der Planung von neuen Strassen im Rahmen der Erschliessungsplanung geprüft werden, ob die weiterführenden Strassen unter dem Gesichtspunkt der Lärmbelastung ausreichende Reserven für den Verkehr aus den geplanten Strassen haben.*

*Aus den Erwägungen:*

7.a) Mit der Erschliessungsplanung ist eine darin vorgesehene neue Erschliessungsanlage noch nicht zur Bauausführung freigegeben. Wie bereits erwähnt, bedarf es für den Bau der Anlage noch einer Baubewilligung (vgl. § 39 Abs. 5 PBG). Es stellt sich damit die Frage, ob bereits im Rahmen des Planerlassverfahrens die Einhaltung der Umweltschutzvorschriften geprüft werden muss, oder ob dies erst im Rahmen des Baubewilligungsverfahrens erforderlich ist.

Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung sind die Voraussetzungen von Art. 25 USG schon im Rahmen der Nutzungsplanung zu prüfen, wenn für eine konkrete Anlage ein (Sonder-)Nutzungsplan festgelegt wird, welcher wesentliche Elemente der künftigen Baubewilligung enthält (BGE 118 Ib 66 Erw. 2a; vgl. auch Wolf, Kommentar zum USG, Art. 25 Rz 9 m.H.; URP 2002, 129). Dementsprechend hat das Verwaltungsgericht im Entscheid VGE 1015/99 v. 19. November 1999 bei der Beurteilung der Erschliessungsplanung der Gemeinde W. in Bezug auf eine geplante neue Strasse (bzw. in

## B. 8.7

Bezug auf den geplanten Ausbau einer Strasse), die Einhaltung von Umweltschutzvorschriften überprüft. Es ist damit bereits im vorliegenden Verfahren zu prüfen, ob durch die im Erschliessungsplan vorgesehenen Neu- bzw. Umbauten von Strassenanlagen die Umweltschutzvorschriften und zwar insbesondere die Lärmschutzvorschriften eingehalten werden.

b) Gemäss Art. 25 Abs. 1 USG dürfen Ortsfeste Anlagen nur errichtet werden, wenn die durch diese Anlagen allein erzeugten Lärmimmissionen die Planungswerte in der Umgebung nicht überschreiten; die Bewilligungsbehörde kann eine Lärmprognose verlangen.

Im Erschliessungsplan Arth sind im Dorfteil Goldau zwei Neubauprojekte geplant. Es handelt sich dabei einerseits um den Eisenbahnweg, welcher verlegt (neue Linienführung) und mit einem Trottoir ausgestattet wird und andererseits um die Vogelsangstrasse Ost (Abschnitt Parkstrasse bis Kindergarten), welche gemäss dem Bericht zur Erschliessungsplanung (Vi-act. 2 S. 10, Verf. 1045/02) mit einem Trottoir ausgestattet und deren Einmündung in die Parkstrasse neu gestaltet werden soll. Konkret bemängelt wird vorliegend von sämtlichen Beschwerdeführern einzig der Ausbau bzw. die Verlegung des Eisenbahnweges. (...) Der Eisenbahnweg soll neu zwei kantonale Schulen erschliessen. Die eine Schule steht bereits seit mehreren Jahren und sie wird zur Zeit über die Zaystrasse-Ost, welche durch die Wohnzone führt, erschlossen. Die zweite Schule, die Pädagogische Hochschule, ist geplant und eine entsprechende Ein- bzw. Umzonung fand statt. Die Beschwerdeführer Ziff. I und III befürchten Verkehrsimmissionen des (neuen) Eisenbahnweges auf die Wohnliegenschaften am Weiherweg. Die übrigen Beschwerdeführer machen geltend, der Ausbau des Eisenbahnweges und die Erschliessung der Pädagogischen Hochschule führe zu einer zusätzlichen unzulässigen Verkehrsbelastung im Dorfkern. Sie verlangen, dass die beiden Schulen über eine neu zu erstellende Strasse (Schutt - Gotthardstrasse) erschlossen wird (Schuttstrasse).

Obwohl es sich beim Eisenbahnweg um eine bestehende Strasse handelt, ist der im Erschliessungsplan vorgesehene Ausbau dieses Weges doch als Neuanlage im Sinne von Art. 25 USG zu qualifizieren, da einerseits ein Ausbau und eine neue Linienführung vorgesehen sind und andererseits neu zwei Schulen über diese Strasse erschlossen werden sollen. Heute führt der Eisenbahnweg über das Privatgrundstück eines Unternehmens und dient dort der internen Erschliessung und als Fussweg. Der Gemeinderat geht offenbar ebenfalls von einer neuen Anlage aus, so hat er doch die Einhaltung der Planungswerte bzw. die lärmässigen Auswirkungen des Eisenbahnweges auf die am Weiherweg gelegenen Liegenschaften KTN 1362, 3051 und 3052, welche von der neuen Linienführung des Eisenbahnweges am stärksten betroffen sind (die Liegenschaft KTN 1362 grenzt unmittelbar an den Eisenbahnweg, liegt jedoch etliche Meter darüber), durch ein Gutachten abklären lassen.

Im Gutachten der Firma ... AG wird ausgehend von einem Verkehrsaufkommen von 550 Fahrzeugen/Tag von Lärmimmissionen von 46.5 dB am

Tag und von 36.5 dB in der Nacht an dem am nächsten beim Eisenbahnweg gelegenen Punkt ausgegangen. Damit sind sowohl die Planungswerte der Empfindlichkeitsstufe III als auch diejenigen der Empfindlichkeitsstufe II eingehalten (vgl. Anhang 3 LSV, SR 814.41: Empfindlichkeitsstufe III: 60 dB [Tag], 50 dB [Nacht]; Empfindlichkeitsstufe II: 55 dB [Tag], 45 dB [Nacht]). Es ist nicht ersichtlich, inwiefern das Lärmgutachten mangelhaft sein sollte. Der Eisenbahnweg führt durch die gemischte Wohn- und Gewerbezone und die Industriezone. Die Wohn- und Gewerbezone ist der Empfindlichkeitsstufe III, die Industriezone der Empfindlichkeitsstufe IV zugeteilt (Art. 30 BauR Arth). Die Verkehrsprognose für den Eisenbahnweg stellt auf die Verkehrszählung auf der Zaystrasse, über welche sich der Zubringerverkehr zur bestehenden Berufsschule heute abwickelt, ab (vgl. Vi-act. 10 Verf. 1045/02). Die Verkehrszählung an der Zaystrasse vom Sept. 2000 und Februar 2001 zwischen dem Knoten Sonneggstrasse und der Einfahrt Berufsschule ergaben einen durchschnittlichen Werktagsverkehr von 512 Fahrzeugen am Tag. 68 % des Verkehrs (348 Fahrzeuge/Tag) stand im Zusammenhang mit der Berufsschule, 32 % wurde als Lokalverkehr Zaystrasse qualifiziert (vgl. Verkehrserhebung bigler ag, Vi-act. 9 Verf. 1045/02). Da die Kant. Berufsschule mit 123 Parkplätzen ausgestattet ist und bei der Pädagogischen Hochschule 75 Parkplätze geplant sind (vgl. Programm Projektwettbewerb Päd. Hochschule, S. 15, Vi-act. 17 Verf. 1045/02) ist die Hochrechnung von 348 Fahrzeugen/Tag auf 550 Fahrzeugen pro Tag (d.h. Mehrverkehr von ca. 200 Fahrten pro Tag durch Benutzung der Pädagogischen Hochschule) bei zusätzlichen 75 Parkplätzen nicht zu beanstanden, zumal für beide Schulen eine Parkplatzbewirtschaftung vorgesehen ist. Des Weiteren liegen die beiden Schulen in der Nähe des Bahnhofes Goldau und sind daher mit den öffentlichen Verkehrsmitteln bestens erschlossen. Durchfahrtsverkehr wird es auf dem Eisenbahnweg nicht geben, da die Strasse nur bis zu den beiden Schulen führt. Auch wird in der Nacht, an den Wochenenden und in den Ferien kein oder nur sehr geringer Verkehr von den Schulen ausgehen. Die Verkehrsprognose ist von daher nachvollziehbar und nicht zu beanstanden. Was bei der Verkehrsprognose Eisenbahnweg soweit ersichtlich nicht berücksichtigt wurde, ist jedoch der quartierinterne Verkehr. Auf den Ausgang des vorliegenden Verfahrens ist dies jedoch ohne Belang, da der Eisenbahnweg neben der Berufsschule und der Päd. Hochschule nur ganz wenige Gebäude erschliesst und im Übrigen gemäss dem von der Gemeinde Arth eingeholten Lärmmachweis der ... AG auch bei einem durchschnittlichen Verkehr von 1000 Fahrzeugen/Tag der Lärm am Tag lediglich 51.9 dB und in der Nacht 39.1 dB erreicht. Auch bei einer unwahrscheinlichen Verkehrsbelastung von 1000 Fahrzeugen/Tag wären somit die Planungswerte sowohl der Empfindlichkeitsstufe III als auch der Empfindlichkeitsstufe II entlang des Eisenbahnweges eingehalten. Es ist damit für das vorliegende Verfahren auch ohne Belang, dass im Lärmgutachten allfälliger mit den Sportanlagen der Päd. Hochschule ausserhalb der Schulzeiten anfallender Verkehr nicht ausdrücklich berücksichtigt wurde. Dieser Verkehr wird sich - soweit die Anlagen den privaten Sportvereinen überhaupt zur Verfü-

## B. 8.7

gung gestellt werden - mit Sicherheit weit unter 450 Fahrzeugen/Tag bewegen. Das klare Resultat der Lärmberechnung macht es auch unerheblich, dass die Berechnungen jeweils bezüglich der Belastung im 1. Obergeschoss der am nächsten der Strasse gelegenen Gebäude vorgenommen wurde und nicht noch weitere Messpunkte (z.B. wie von den Beschwerdeführern Ziff. III gefordert in den obersten Geschossen) berücksichtigt wurden, zumal sich die Intensität von Luftschall in der Regel bei der Ausbreitung im Freien mit zunehmendem Abstand reduziert (vgl. Wolf, Kommentar zum USG; Vorbem. Art. 19 - 25 N 14).

Soweit die Beschwerdeführer Ziff. I und III geltend machen (vgl. Replik anlässlich Augenschein), das Lärmgutachten sei ungenügend, weil darin die vorbestehende Lärmbelastung durch den nahegelegenen Bahnhof nicht mitberücksichtigt werde, ist darauf hinzuweisen, dass gemäss Art. 25 USG die durch diese Strasse *allein* erzeugten Lärmimmissionen die Planungswerte in der Umgebung nicht überschreiten dürfen. Einer allenfalls vorbestehenden Lärmbelastung wird dadurch Rechnung getragen, als dass die Planungswerte unterhalb der in den Immissionsgrenzwerten definierten Grenze der Schädlichkeit und Lästigkeit angesetzt sind (Wolf, Kommentar zum USG, Art. 25). Die Bestimmung von Art. 25 Abs. 1 USG wird zudem durch Art. 11 Abs. 3 USG relativiert bzw. ergänzt. Danach werden Emissionsbegrenzungen verschärft, wenn feststeht oder zu erwarten ist, dass die Einwirkungen unter Berücksichtigung der bestehenden Umweltbelastung schädlich oder lästig werden. Der Anwendungsbereich der Immissionsgrenzwerte beschränkt sich jedoch auf Lärmimmissionen gleicher Art - d.h. solcher, die im gleichen Anhang der LSV geregelt sind (vgl. Art. 40 Abs. 2 LSV; Zäch/Wolf, Kommentar zum USG, Art. 15 N 29; Schrade/Loretan, Kommentar zum USG, Art. 13, N 14a; Wolf, Kommentar zum USG, Art. 25 N 16; BGE 126 II 565 f.). Der Eisenbahn- und der Strassenlärm werden nicht im gleichen LSV-Anhang geregelt und diese Lärmbelastungen sind deshalb nicht als Immissionen gleichartiger Anlagen zu qualifizieren (vgl. Anhang 3 und 4 der LSV). Eine allenfalls vorbestehende Lärmbelastung durch den Eisenbahnverkehr musste im Lärmgutachten damit nicht berücksichtigt werden.

c) Bei der Planung einer Erschliessungsanlage im Groberschliessungsplan muss nicht nur die Einhaltung der Empfindlichkeitsstufen der unmittelbar berührten Zonen entlang der Anlage geprüft werden, sondern es ist auch der bestehende Verkehr (Zusammensetzung und Ausmass) sowie der voraussichtlich künftige Verkehr der mit der neuen Erschliessungsanlage verbundenen Zone und dessen Rückwirkungen auf das Basisstrassennetz zu berücksichtigen (vgl. Brand/Moor, Kommentar RPG, Art. 18 Rz 108). In diesem beschränkten Rahmen ist damit die Verkehrsbelastung der bestehenden Basiserschliessungsanlagen im vorliegenden Verfahren zu berücksichtigen.

In Bezug auf den Lärm setzt Art. 9 LSV dem durch eine neue Strassenanlage verursachten Mehrverkehr Grenzen. Gemäss Art. 9 LSV darf der Betrieb neuer oder wesentlich geänderter ortsfester Anlagen nicht dazu führen, dass:

- a. durch die Mehrbeanspruchung einer Verkehrsanlage die Immissionsgrenzwerte überschritten werden oder
- b. durch die Mehrbeanspruchung einer sanierungsbedürftigen Verkehrsanlage wahrnehmbar stärkere Lärmimmissionen erzeugt werden.

So muss bei der Erstellung einer Quartierstrasse geprüft werden, ob auch die weiterführenden Strassen, die den Verkehr aus dem Quartier aufnehmen sollen, unter dem Gesichtspunkt der Lärmbelastung ausreichende Reserven besitzen (Wolf, Lärmschutzrecht, Nutzungsplanung und Baubewilligung, AJP 99, S. 1067). Was die „Wahrnehmbarkeit« der Mehrbeanspruchung in Bezug auf den Lärm anbelangt, gilt als anerkannt, dass eine Verkehrszunahme von weniger als 25 % einer Zunahme des Verkehrslärms um weniger als 1 dB entspricht und noch nicht wahrnehmbar ist; eine Zunahme um mehr als 3 dB (Verdoppelung des Verkehrs) dagegen deutlich wahrnehmbar ist. Die Grenze wird heute in der Praxis zumeist bei 1 dB, entsprechend einer Verkehrszunahme von 26 %, angesetzt (vgl. Wolf, a.a.O., S. 1067 m.H.; Wolf, Kommentar zum Umweltschutzgesetz, Vorbem. Art. 19-25, Rz 9; BGE 110 Ib 353). (...).

(VGE 1043+1044+1045+1046/02 vom 17. April 2003).

Eine gegen diesen Entscheid erhobene Verwaltungsgerichtsbeschwerde hat das Bundesgericht mit Urteil 1A.123/2003 vom 7. Juni 2004 abgewiesen, während es auf eine gleichzeitig erhobene staatsrechtliche Beschwerde mit Urteil 1P.345/2003 vom 7. Juni 2004 nicht eingetreten ist.

## **8.8 Lärmschutz**

- *Kein überwiegendes Interesse der Gesamtverteidigung an der Gewährung von Erleichterungen zur Sanierung einer Schiessanlage (Art. 17 USG; Art. 14 LSV).*

*Aus den Erwägungen:*

2.b) Im Anschluss daran stellt sich die Frage, ob ein Weiterbetrieb der Schiessanlage X in Frage kommt, auch wenn der Immissionsgrenzwert nach dem Ist-Zustand der Anlage nicht eingehalten wird.

- aa) Der Regierungsrat argumentierte im angefochtenen RRB (Erw. 4.1),
  - dass die in der bundesrätlichen Lärmschutzverordnung festgesetzte 15-jährige Frist für Sanierungen und Schallschutzmassnahmen am 31. März 2002 abgelaufen ist,
  - dass nirgends eine Bestimmung statuiert sei, wonach diese Frist verlängert werden könne,
  - dass gemäss Abklärungen beim Bund die Bestimmungen des bundesrätlichen Lärmschutzverordnung denjenigen der departementalen Verordnung über die Schiessanlagen für das Schiesswesen ausser Dienst (Schiessanlagen-Verordnung, SR 510.512) vorgehen,

## B. 8.8

– und dass im Ergebnis nicht LSV-konforme Schiessanlagen per 31. März 2002 grundsätzlich geschlossen werden müssen.

Des Weiteren prüfte der Regierungsrat die Ausnahmeklausel von Art. 17 Abs. 1 USG (Erleichterungen im Einzelfall) sowie die in Art. 14 LSV enthaltenen Erleichterungen bei Sanierungen. Er hielt u.a. fest, dass Erleichterungen gewährt werden können, wenn die Sanierung die Verfolgung anderer, mit dem Umweltschutz mindestens gleichrangiger öffentlicher Interessen verunmöglicht oder übermässig erschwert (vgl. angefocht. RRB, Erw. 4.3, mit Hinweisen). Konkret prüfte der Regierungsrat, ob überwiegende öffentliche Interessen, insbesondere solche der Gesamtverteidigung, die vom Gemeinderat gewährten Erleichterungen für die Schiessanlage X rechtfertigen.

bb) Diese vorinstanzliche Argumentationskette gibt keinen Anlass zur Beanstandung. Beizupflichten ist namentlich der Feststellung des Regierungsrats, dass von der Ausnahmeklausel gemäss Art. 17 Abs.1 USG bzw. Art. 14 Abs.1 LSV nur zurückhaltend Gebrauch gemacht werden darf, andernfalls (d.h. bei einer largen Ausnahmepaxis) die gesetzliche Ordnung unterlaufen würde. Zu Recht prüfte der Regierungsrat, ob aus Gründen der Gesamtverteidigung eine Erleichterung angebracht ist. Denn nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung besteht an der Sicherstellung des der Landesverteidigung dienenden Schiesswesens und insbesondere an der Durchführung der Bundesschiessübungen ein gewichtiges öffentliches Interesse. Die Landesverteidigung ist zwar nicht generell von den Anforderungen des Umweltschutzrechts ausgenommen, doch darf die Umweltschutzgesetzgebung das Schiesswesen ausser Dienst nicht verunmöglichen oder unverhältnismässig erschweren. Nach der Praxis des Bundesgerichtes sind daher Überschreitungen der Immissionsgrenzwerte oder allenfalls sogar der Alarmwerte unter Gewährung entsprechender Sanierungserleichterungen grundsätzlich hinzunehmen, *damit die obligatorische Schiesspflicht erfüllt werden kann* (vgl. BGE 1A.101/2002 vom 24. April 2003 betr. Schiessanlage Allschwiler-Weiher BL, Erw.4.3 mit Hinweisen, u.a. auf BGE 119 Ib 463). In diesem zuletzt genannten Präjudiz erachtete das Bundesgericht die aus Lärmschutzgründen verfügte Schliessung der Schiessanlage Allschwiler-Weiher als unverhältnismässig, da gemäss den Ausführungen des Polizei- und Militärdepartements des Kantons Basel-Stadt eine Verlegung der «Obligatorisch-Schützen» auf andere Anlagen nicht in Frage kam.

cc) Anders verhält es sich im vorliegenden Fall, wo in der zu beurteilenden Gemeinde (...) insgesamt drei LSV-konforme Schiessanlagen zur Verfügung stehen. Wie im angefochtenen RRB (Erw.3.4.3) nachvollziehbar dargelegt wurde, sind auf den nicht sanierungsbedürftigen bzw. bereits sanierten Anlagen ..., ... und ... grundsätzlich genügend Kapazitätsreserven vorhanden, damit auch Schützen von anderen Vereinen die bundesrechtlichen Übungen absolvieren können. Diesbezüglich ist insbesondere auf das vom Fachbüro (...) erstellte Konzept (...) zu verweisen, in welchem ausgehend von ... Schützen (umfassend die Obligatorisch-Schützen und die Jungschüt-

zen als die zahlenmässig gewichtigen Anteilsgruppen) und *durchschnittlich* 60 Schüssen pro Schütze (für Übungen im Interesse der Landesverteidigung) ein Mindestbedarf von ... Schüssen (...) ermittelt wurde, was gemäss der Konzept Variante B1 (...) eine erhebliche Kapazitätsreserve ergibt. (...) Die gleiche Berechnung (mit einer entsprechenden Kapazitätsreserve) wurde auch in der Stellungnahme des Amtes für Umweltschutz vom 17. Dez. 2001 übernommen. Beim Amt für Umweltschutz (AfU) handelt es sich um die für die Einhaltung der Vorschriften über den Schutz der Umwelt zuständige kantonale Fachstelle (vgl. § 4 der Vollzugsverordnung zur kant. Verordnung zum Umweltschutzgesetz, SRSZ 711.111). In diesem Zusammenhang ist auf die ständige Praxis hinzuweisen, wonach sich das Gericht grundsätzlich auf die Darlegungen der Fachstellen in technischen und naturwissenschaftlichen Belangen abstützen darf und nur aus triftigen Gründen davon abweicht (vgl. VGE 1036+1039/02 vom 28. Mai 2003, Erw.5b; BGE 124 II 473). Solche triftigen Gründe liegen - wie nachfolgend darzulegen ist - nicht vor. (...)

In diesem Zusammenhang ist im Übrigen darauf hinzuweisen, dass der Bundesgesetzgeber in Art. 3 der Schiessanlagen-Verordnung die Förderung von Gemeinschaftsschiessanlagen betont hat.

c) Aus all diesen Gründen ist zusammenfassend nicht zu beanstanden, dass der Regierungsrat im angefochtenen RRB ausgehend von den drei in der gleichen Gemeinde (...) vorhandenen LSV-konformen Schiessständen zum Ergebnis gelangte, es bestehe kein überwiegendes Interesse der Gesamtverteidigung (Art. 14 Abs.1 lit.b LSV), welches die Gewährung von Erleichterungen für die Sanierung der Schiessanlage X zu rechtfertigen vermöge. (VGE 1025/03 vom 26. Juni 2003).

## 8.9 Lärmschutz / Sanierungspflicht

– *Schiessstand als Anlage, die Lärm erzeugt; Sanierungspflicht bis 31. März 2002; Sanierung eines vorläufig stillgelegten Schiessstandes ist grundsätzlich auch nach Ablauf der Sanierungsfrist möglich.*

*Aus den Erwägungen:*

3. a) Ein Schiessstand ist eine Anlage, die beim Betrieb Aussenlärm erzeugt. Diese Anlage unterliegt folglich den Bestimmungen des Bundesrechts über den Lärmschutz (vgl. BGE 126 II 483 mit Verweis auf Art. 2 Abs. 1 Lärmschutzverordnung, LSV, SR 814.41, i.V.m. Art. 7 Abs. 7 des Bundesgesetzes über den Umweltschutz, USG, SR 814.01).

Im vorliegenden Fall wurde der Schiessstand X schon vor Inkrafttreten des USG (am 1. Januar 1985) betrieben, so dass er als alte Anlage zu betrachten ist, auf welche grundsätzlich die Vorschriften über die Sanierung der Art. 16



## B. 8.9

ff. USG und Art. 13 ff. LSV anwendbar sind (vgl. BGE 126 II 483, Erw. 3a mit Hinweis; Schrade/ Wiestner, Kommentar zum Umweltschutzrecht, Art. 16 USG N 16).

b) Gemäss Art. 16 Abs. 1 USG sind Anlagen, die den bundesrechtlichen Umweltschutzbestimmungen nicht genügen, zu sanieren. Bei diesen Vorschriften handelt es sich um die Art. 11 Abs. 2 USG (betr. vorsorgliche Emissionsbegrenzung) und Art. 11 Abs. 3 USG (betr. verschärfte Emissionsbegrenzung im Falle schädlicher und lästiger Einwirkungen) sowie um diejenigen, welche die Erfordernisse im Bereich des Lärmschutzes präzisieren (vgl. BGE 126 II 483 Erw. 3a mit Verweis auf BGE 126 II 366, Erw. 2b). Die Lärmimmissionen ortsfester Anlagen sind grundsätzlich anhand der vom Bundesrat festgelegten Belastungsgrenzwerte (Anhänge 3-8 LSV) zu beurteilen (vgl. Art. 13 Abs. 1 USG i.V.m. Art. 40 Abs. 1 LSV). Nach Art. 13 Abs. 1 LSV ordnet bei ortsfesten Anlagen, die wesentlich zur Überschreitung der Immissionsgrenzwerte beitragen, die Vollzugsbehörde nach Anhören der Inhaber der Anlagen die notwendigen Sanierungen an. Als Ziel einer Sanierung sieht Art. 13 Abs. 2 lit. b LSV die Einhaltung der Immissionsgrenzwerte vor (vgl. BGE 126 II 483, Erw. 3a). Die Belastungsgrenzwerte für den Lärm von Schiessanlagen sind im Anhang 7 zur LSV festgelegt. Nachdem hinsichtlich der Grundstücke der Beschwerdeführer, welche zur Wohnzone W2 (Moos) gehören, die Empfindlichkeitsstufe III gilt, was in der Beschwerde (S. 7 unten) bestätigt wurde, liegt der Immissionsgrenzwert gemäss Ziffer 2 des Anhangs 7 zur LSV bei 65 dB (A).

c) Was das Sanierungsrecht anbelangt, hat sich der Gesetzgeber in Art. 16 Abs. 1 USG an sich für den *Grundsatz der Gleichbehandlung von neuen und alten Anlagen* entschieden. Dieser Grundsatz bedeutet, dass das öffentliche Interesse an der Durchsetzung des neuen Rechts Vorrang hat gegenüber dem Schutz des Vertrauens der Inhaber in die Rechtsbeständigkeit; alte Anlagen müssen demnach den Vorschriften des USG angepasst werden. Allerdings wird der Grundsatz der Gleichbehandlung von neuen und alten Anlagen durch erhebliche Ausnahmen durchbrochen und mit Übergangsrecht gemildert. Schon das USG selbst sieht zum Teil milderes Recht für alte Anlagen vor. Zudem ermächtigt das Gesetz in Art. 16 Abs. 2 USG den Bundesrat, für alte Anlagen weniger strenge Vorschriften zu erlassen als für neue, wenn dies zur Wahrung des Investitionsschutzes notwendig ist (vgl. Schrade/ Wiestner, a.a.O., Vorbemerkungen zu Art. 16 – 18 USG, N 6 f.).

Der Grundsatz der Gleichbehandlung von neuen und alten Anlagen gilt im Bereich der Lärmbekämpfung bzw. Lärmschutz nur sehr eingeschränkt. *Die Altanlagen müssen in der Regel statt der Planungswerte (Art. 23 und 25 USG) lediglich die höheren Immissionsgrenzwerte einhalten* (vgl. Schrade/Wiestner, a.a.O., Art. 16 USG N 2 und 113). Zusätzlich zu den generell weniger strengen Vorschriften für Altanlagen (Art. 13 LSV) sind die Fristen recht grosszügig bemessen (Art. 17 LSV, 15 Jahre nach Inkraft-

treten der LSV), und es können im Einzelfall Erleichterungen in erheblichem Ausmass gewährt werden (Art. 14 LSV) (vgl. Schrade/ Wiestner, a.a.O., Art. 16 USG N 55). So kann die Vollzugsbehörde beispielsweise Erleichterungen bei Sanierungen gewähren, wenn überwiegende Interessen der Gesamtverteidigung der Sanierung entgegenstehen (vgl. Art. 14 Abs. 1 lit. b in fine LSV).

d) Nach Art. 16 Abs. 2 USG erlässt der Bundesrat u.a. Vorschriften über Sanierungsfristen und das Verfahren. Gestützt darauf wurde in Art. 17 LSV normiert, dass die Vollzugsbehörde die Fristen für Sanierungen und Schallschutzmassnahmen nach deren Dringlichkeit festsetzt (Absatz 1). Gemäss Art. 17 Abs. 3 LSV müssen die Sanierungen und Schallschutzmassnahmen spätestens 15 Jahre nach Inkrafttreten der LSV durchgeführt sein. Nachdem die LSV am 1. April 1987 in Kraft getreten ist (vgl. Art. 50 LSV), *hätte die Sanierung somit bis spätestens 31. März 2002 durchgeführt werden müssen* (vgl. auch BGE 119 Ib 478, Erw. 7d).

4.a) Im vorliegenden Fall ist die erwähnte Sanierungsfrist am 31. März 2002 abgelaufen, ohne dass die Schiessanlage X bis zu diesem Zeitpunkt saniert worden ist. In der Folge ist zu prüfen, welche Konsequenzen damit verbunden sind.

aa) Weder der Gesetzgeber noch der Verordnungsgeber haben die Möglichkeit einer Verlängerung der genannten Sanierungsfrist vorgesehen. Eine von 29 Parlamentariern unterzeichnete Empfehlung vom 6. Oktober 1997, mit welcher der Bundesrat unter Hinweis auf die Regelung für Strassen- und Eisenbahnanlagen eingeladen wurde, im Rahmen der vorgesehenen Revision der LSV die 15-jährige Sanierungsfrist für Schiessanlagen zu verlängern, blieb ohne Erfolg (vgl. Bf-act. 4 und 5).

bb) Zwar sah der Verordnungsgeber eine Maximalfrist von 15 Jahren für Sanierungen vor, doch statuierte er keine unmittelbare Rechtsfolge bei Nichteinhaltung dieser Sanierungsfrist. Auch das USG spricht sich (einmal abgesehen von den Strafbestimmungen der Art. 60 ff. USG) nicht direkt über die Folgen einer Nichtsanierung innert Frist aus.

Als mögliche Rechtsfolge bei Nichteinhaltung von Sanierungsfristen geht die Praxis davon aus, dass eine ordentliche Sanierungsverfügung den Anlageinhaber faktisch zur Stilllegung zwingen kann, namentlich dann, wenn sie mit extrem kurzer oder überhaupt keiner Frist verbunden ist. Die Unterscheidung zwischen ausdrücklich verfügter und faktisch erzwungener Stilllegung der Anlage ist insofern bedeutsam, als der ausdrückliche Befehl zur Stilllegung der Anlage von der Behörde zuerst förmlich zurückgenommen werden muss, bevor die Anlage weiter betrieben werden darf. Eine bloss faktisch erzwungene Stilllegung kann der Anlageinhaber dagegen von sich aus aufheben, indem er die Anlage entsprechend der behördlichen Anordnung saniert (vgl. Schrade/Wiestner, a.a.O., Art. 16 USG N 100).

## B. 8.9

Nachdem die Schiessanlage X derzeit nicht betrieben wird und das dargelegte Ergebnis des Verwaltungsbeschwerdeverfahrens I (bzw. die Aufhebung der Übergangslösung durch den Regierungsrat) nicht Gegenstand des verwaltungsgerichtlichen Beschwerdeverfahrens bildet, erübrigen sich an dieser Stelle weitere Ausführungen zur vorläufigen Stilllegung der Schiessanlage (bis zur durchgeführten Sanierung).

b) Eine andere Frage ist, ob nach Ablauf der dargelegten Sanierungsfrist (mit vorläufiger Stilllegung des Schiessbetriebes) eine Sanierung der Schiessanlage X (unter Einhaltung der Immissionsgrenzwerte) weiterhin zulässig ist, oder ob der Auffassung der Beschwerdeführer zu folgen ist, wonach sinngemäss nach Ablauf der Sanierungsfrist eine Wiederaufnahme des Schiessbetriebes in dieser Anlage nur noch dann in Frage kommen kann, wenn die Anforderungen für die Bewilligung zum Bau und Betrieb eines *neuen* Schiessstandes erfüllt werden (was insbesondere die Einhaltung der strengeren Planungswerte voraussetzt).

aa) Für den dargelegten Standpunkt der Beschwerdeführer sprechen an sich folgende Aspekte. Zum einen verlangt der *Wortlaut* von Art. 17 Abs. 3 LSV, dass die Sanierungen spätestens 15 Jahre nach Inkrafttreten dieser Verordnung *durchgeführt sein müssen*. Zum andern wiesen die Beschwerdeführer zutreffend darauf hin, dass der Gesetzgeber ungeachtet der erwähnten parlamentarischen Intervention nicht bereit war, die Sanierungsfrist für Schiessanlagen zu verlängern.

bb) Aber auch wenn der Gesetzgeber nicht bereit war, die Sanierungsfrist für Schiessanlagen zu verlängern, bedeutet dies nicht, dass nach dem 31. März 2002 keine Sanierungen möglich sein sollten.

*Erstens* beabsichtigte der Gesetzgeber mit dem Erlass des USG Menschen, Tiere und Pflanzen, ihre Lebensgemeinschaften und Lebensräume gegen schädliche oder lästige Einwirkungen zu schützen und die Fruchtbarkeit des Bodens zu erhalten (Art. 1 Abs. 1 USG). Die Zweckmässigkeit der Mittel zur Erreichung dieser Ziele ist auf dem Hintergrund des in BGE 116 Ib 167 aufgestellten und in BGE 125 II 132 bestätigten Grundsatzes zu beurteilen, wonach das Umweltschutzgesetz kein Verhinderungs-, sondern ein Massnahmengesetz ist. Seinem Konzept nach will es die Quellen der Umweltbelastung nicht als solche in Frage stellen; die Nachfrage soll nicht untersagt, sondern befriedigt werden, wobei aber gleichzeitig die den Umweltschutzanforderungen entsprechenden Vorkehren getroffen werden sollen (vgl. BGE 116 Ib 167). Ausgehend von dieser Grundordnung ist es nicht ersichtlich, dass der Gesetzgeber die Absicht hatte, die lärmrechtliche Sanierung von Altanlagen generell nur bis zum 31. März 2002 zuzulassen. Vielmehr fürchtete der Gesetzgeber die grossen Kosten für die Sanierung der öffentlichen Anlagen, weshalb er dem Grundsatz der Gleichbehandlung von neuen und alten Anlagen im Lärmschutz nur sehr abgeschwächte Bedeutung zuerkannte (vgl. Schrade/Wiestner, a.a.O., Art. 16 USG NN 55 und 113).

*Zweitens* hat das (erreichte) Ende der Sanierungsfrist hier insofern eine klare und einschneidende rechtliche Auswirkung, indem der Schiessbetrieb derzeit stillgelegt ist. Diese Rechtsfolge ist nicht zu verwechseln mit der Fragestellung, unter welchen Umständen der Anlageinhaber bewirken kann, dass die derzeitige Stilllegung des Schiessbetriebes dahinfällt. Zieht man für die Beurteilung der Sanierungsfrist von Art. 17 Abs. 3 LSV den für die Umweltschutzgesetzgebung bedeutsamen *Verhältnismässigkeitsgrundsatz* hinzu (vgl. BGE 116 Ib 167 und BGE 121 I 334 Erw. 11), ist dem Zweck des USG – Schutz vor schädlichen und lästigen Einwirkungen – mit der Einstellung des Schiessbetriebes als Folge des Ablaufs der Sanierungsfrist genüge getan.

*Drittens* hat der Gesetzgeber nirgends festgehalten, dass eine Lärmsanierung von Altanlagen (bzw. konkret von Schiessanlagen) nach dem 31. März 2002 nicht mehr zulässig wäre, mithin sämtliche Altanlagen nach dem 1. April 2002 in lärmrechtlicher Hinsicht die Anforderungen von Neuanlagen zu erfüllen hätten. Die gesetzgeberische Absicht einer weiterführenden Einschränkung bzw. einer Verschärfung der Anforderungen an die lärmässige Sanierung oder gar die Unrechtmässigkeit einer lärmässigen Sanierung nach Ablauf der Sanierungsfrist ist weder aus den anwendbaren Gesetzesbestimmungen noch den Materialien erkennbar. Ebenso wenig gebietet das öffentliche Interesse eine so weitreichende Einschränkung, zumal der Gesetzgeber beispielsweise im Bereich Eisenbahnanlagen, welche eine (im Vergleich zu Schiessanlagen) massiv höhere Zahl von Personen lärmwirksam betrifft und zwar nicht nur für beschränkte Zeit pro Jahr, sondern praktisch rund um die Uhr, eine Erstreckung der Sanierungsfristen gewährt hat (vgl. dazu das BG vom 24. März 2000 über die Lärmsanierung der Eisenbahnen, SR 742.144).

Hätte *viertens* der Gesetzgeber tatsächlich die Absicht gehabt, dass es vom 1. April 2002 an bei bestehenden Schiessanlagen keine Sanierungen mehr geben soll (sondern nur noch Bewilligungen als Neuanlage in Frage kommen), hätte er diese Absicht in den gesetzlichen Bestimmungen festhalten müssen. Dies hätte sich insbesondere deshalb aufgedrängt, weil – wie auch der vorliegende Fall zeigt – die Bestrebungen zur lärmässigen Sanierung der Schiessanlage schon vor Ablauf der Sanierungsfrist in die Wege geleitet wurden, indessen aus verschiedenen Gründen, welche mindestens teilweise nicht im Machtbereich des Anlageinhabers liegen, Verzögerungen aufgetreten sind, welche eine rechtzeitige Durchführung der Sanierung verhinderten. So wurde das erste Gesuch um Erteilung einer Baubewilligung für diverse Änderungen an der Schiessanlage am 3. November 2000 eingereicht. Das zweite überarbeitete Projekt wurde am 12. Oktober 2001 öffentlich ausgeschrieben. Wäre damals keine Einsprache erhoben worden, hätte wahrscheinlich die Zeit ausgereicht, um die nachgesuchte Bewilligung für die betreffenden Sanierungsmassnahmen noch vor dem 31. März 2002 zu erteilen. Aus Gründen der Berechenbarkeit und des *Vertrauensschutzes* hätte eine allfällige Absicht, nach dem 31. März 2002 generell keine Sanierungen von bestehenden Schiessanlagen mehr zuzulassen (bzw. bestehende, noch nicht sanierte Schiessanlagen nur noch im Rahmen einer Neuanlage zu prüfen), den betroffenen Anlagein-

## B. 8.9

habern rechtzeitig kundgetan werden müssen. Abgesehen davon wäre eine solche Regelung – wonach sinngemäss ein Gesuch um Erteilung einer Baubewilligung für Lärmsanierungsmassnahmen, welches noch vor Ablauf der Sanierungsfrist gestellt, aber bis zum 31. März 2002 nicht rechtskräftig behandelt wurde, nicht mehr als Sanierungsgesuch, sondern seit dem 1. April 2002 nur noch als Gesuch um Bewilligungserteilung für eine Neuanlage behandelt werden könnte – mit den Grundsätzen von *Treu und Glauben* sowie der *Verhältnismässigkeit* wohl kaum vereinbar.

*Fünftens* spricht auch die jüngste Rechtsprechung des Bundesgerichts (betr. Schiessanlagen) gegen die erwähnte Argumentation der Beschwerdeführer. Im Urteil 1A.101/2002 vom 24. April 2003 hatte sich das Bundesgericht mit der Schiessanlage Allschwiler-Weiher zu befassen, welche im Ingress als sanierungsbedürftig umschrieben wurde. Auch wenn dieses Urteil mit dem vorliegenden Fall nicht ganz zu vergleichen ist (im BGE ging es um eine aus Lärmschutzgründen verfügte Stilllegung des Schiessstandes, welche unter Einbezug der Interessen an der Sicherstellung des der Landesverteidigung dienenden Schiesswesens als unverhältnismässig beurteilt wurde), wies das Bundesgericht in diesem Urteil nirgends auch nur ansatzweise darauf hin, dass nach Ablauf der Sanierungsfrist per 31. März 2002 eine Sanierung von Schiessanlagen nicht mehr in Frage kommen sollte. Vielmehr bestritt das Bundesgericht zum einen die Argumentation des Verwaltungsgerichts des Kantons Basel-Landschaft, dass es möglich gewesen wäre, die Schiessanlage Allschwiler-Weiher «innert der gesetzlich vorgesehenen Frist zu sanieren oder den Schiessbetrieb ganz oder teilweise auf andere Anlagen zu verlegen» (vgl. Erw. 4.3 des Urteils 1A.101/2002). Zum andern hielt das Bundesgericht in seinem Urteil vom 24. April 2003 in Erwägung 3 fest:

«(...) Das Bundesamt für Umwelt, Wald und Landschaft (BUWAL) hat in seiner Vernehmlassung die Meinung vertreten, im vorliegenden Verfahren sei zu prüfen, ob Erleichterungen im Sinne von Art. 14 LSV gewährt werden könnten, und diese Frage zugleich verneint. Hierzu ist klarzustellen, dass die kantonalen Behörden in den vorinstanzlichen Verfahren ausdrücklich davon ausgegangen sind, es sei dem Kanton Basel-Stadt unbenommen, den basellandschaftlichen Behörden (endlich) ein bundesrechtskonformes Projekt zur endgültigen Sanierung der Schiessanlage vorzulegen. Ein solches baurechtliches Verfahren zur Redimensionierung und zur umfassenden Sanierung der Schiessanlage ist inzwischen auch eingeleitet worden und nunmehr vor Kantonsgericht hängig. Im vorliegenden Verfahren wird somit über die Lärmsanierung der Schiessanlage Allschwiler-Weiher noch nicht abschliessend entschieden; demzufolge könnte auch die Frage der (definitiven) Gewährung oder Verweigerung von Erleichterungen, soweit sie sich überhaupt stellt, noch nicht endgültig beantwortet werden. (...)»

Des Weiteren führte das Bundesgericht unter Hinweis auf den Verfahrensstand vor Kantonsgericht (BL) aus:

«Damit kann heute nicht mehr davon gesprochen werden, dass das Sanierungsprojekt vage und es noch völlig offen sei, ob eine vollständige Sanierung der Schiessanlage überhaupt vorgenommen werden könne. Vielmehr bestehen bei entsprechendem Ausgang des kantonsgerichtlichen Verfahrens gute Aussichten auf raschen Beginn der geplanten Arbeiten. (...)»  
(vgl. zit. Urteil, Erw. 4.2)

Wäre der Auffassung der Beschwerdeführer zu folgen, wonach sinngemäss der Ablauf der Sanierungsfrist per 1. April 2002 so zu verstehen wäre, dass seither generell keine Sanierungsbewilligungen für noch nicht sanierte (bestehende) Schiessanlagen mehr zulässig seien (sondern nur noch «Bewilligungen für Neuanlagen»), hätte das Bundesgericht im genannten Urteil vom 24. April 2003 nicht auf das im Urteilszeitpunkt noch pendente Verfahren zur Bewilligung des hängigen Sanierungsprojektes verwiesen bzw. abgestellt.

c) Aus all diesen Gründen ist zusammenfassend festzuhalten, dass es entgegen der Meinung der Beschwerdeführer grundsätzlich auch noch nach dem 31. März 2002 zulässig ist, die bestehende (in casu vorläufig stillgelegte) Schiessanlage nach Art. 13ff. LSV zu sanieren. (...) (VGE 971/02 vom 28. Mai 2003).

## **10. Schule, Gastgewerbe, Gesundheit, Jagd/Fischerei, Landwirtschaft**

### **10.1 Gesundheit**

– § 14 ff. *Verordnung über das Gesundheitswesen im Kanton Schwyz: Bewilligung zur selbständigen Berufsausübung als Arzt (im Zusammenhang mit dem bundesrätlichen Zulassungsstopp); Zulässigkeit einer Befristung der Bewilligung.*

*Aus dem Sachverhalt:*

Dr. X stellte am 28. Juni 2002 ein Gesuch um Erteilung einer Praxisbewilligung per 1. Januar 2005. Im Zeitpunkt der Einreichung des Gesuchs war er dabei, noch während rund eines Jahres eine medizinische Zusatzausbildung zu absolvieren. Anschliessend beabsichtigte er, bis Ende 2004 Berufserfahrungen auf diesem Fachgebiet zu sammeln, um ab 1. Januar 2005 in einer bestimmten Ortschaft im Kanton Schwyz eine eigene Arztpraxis zu eröffnen. Der Regierungsrat erteilte am 13. November 2002 die nachgesuchte Bewilligung mit folgender Einschränkung: «Die Praxis ist innerhalb eines Jahres nach Bewilligungserteilung zu eröffnen. Ansonsten erlischt die vorliegende Bewilligung.»

*Aus den Erwägungen:*

2. Der Beschwerdeführer machte beschwerdeweise geltend, in der Eingabe vom 25. November 2002

## B. 10.1

- da der Ärztestopp faktisch einem Berufsverbot gleichkomme, habe er sein Praxisbewilligungsgesuch früher gestellt, als es unter «normalen» Bedingungen der Fall gewesen wäre;
- die Massnahme des Bundes treffe ihn mitten in einer Zusatzausbildung zum ...chirurgen;
- gemäss Auskunft des Kantonsarztes bestünde im Kanton Schwyz Interesse an einem ...Arzt mit guten Kenntnissen in ...chirurgie, damit die entsprechenden Patienten im eigenen Kanton behandelt werden könnten;
- dies setze jedoch einige Jahre Berufserfahrung voraus. So benötige er noch ein Jahr bis zum Erwerb des Untertitels ...chirurgie und weitere ein bis zwei Jahre zur Festigung seiner Kenntnisse;
- wenn er seine Praxis bereits innerhalb eines Jahres eröffnen solle, dann könne er diese Bedingungen nicht erfüllen;  
ergänzend in der Eingabe vom 09. Dezember 2002
- es verstosse gegen die §§ 13 der Verordnung über das Gesundheitswesen im Kanton Schwyz vom 09. September 1971 (SRSZ 571.110), die Bewilligung an Bedingungen zu knüpfen oder zu befristen;
- gemäss seinen Nachforschungen seien bisher Bewilligungen nicht mit einer Frist verbunden worden;
- die auferlegte Bedingung sei «ebenso wenig nachvollziehbar und willkürlich, wie auch die Begründung des Regierungsrates, dass die Bewilligungserteilung an andere Interessenten durch nicht ausgeübte Bewilligungen nicht über längere Zeit blockiert werden solle»;
- aufgrund des Ärztestopps könne eine nicht ausgeübte Bewilligung in den nächsten Jahren somit ohnehin keine anderen Interessenten blockieren (Beschwerdeergänzung Ziff. 3);  
und mit Replik vom 12. Januar 2003
- die Nebenbestimmung müsse auch mit dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit vereinbar sein;
- und, da sich das öffentliche Interesse der Praxisänderung nur anhand der genauen Anzahl der Gesuche um eine Praxisbewilligung nachvollziehen lasse, beantrage er deshalb,

«dass der Regierungsrat die Anzahl der in den letzten Jahren eingegangenen Gesuche, den Zeitpunkt seiner Praxisänderung und die genaue Anzahl der nach der Praxisänderung erteilten befristeten Bewilligungen bekannt zu geben hat.»

3.a/aa) Aus dem Fehlen einer gesetzlich vorgesehenen Möglichkeit von Nebenbestimmungen in § 15 GwV der Verordnung über das Gesundheitswesen im Kanton Schwyz vom 09. September 1971 (GwV; SRSZ 571.110) betr. Bewilligungsvoraussetzungen will der Beschwerdeführer zu seinen Gunsten herleiten, die Befristung der Bewilligung sei in seinem Fall unrechtmässig.

bb) Das Departement des Innern weist demgegenüber vernehmlassend (Ziff. 6) darauf hin, dass die entsprechenden Gesuche sich bis anhin in jedem

Fälle auf konkrete Praxiseröffnungen bezogen haben, weshalb von einer Befristung abgesehen werden konnte.

b/aa) Gemäss § 1 Abs. 1 GwV übt der Regierungsrat die Aufsicht über das Gesundheitswesen im Kanton Schwyz aus. Des Weiteren erteilt der Regierungsrat die in der Verordnung vorgeschriebenen Bewilligungen für die Ausübung medizinischer und pharmazeutischer Berufe (§ 3 Abs. 2 GwV u. § 14 Abs. 1 GwV).

bb) § 15 GwV nennt die Voraussetzungen für die Erteilung einer Bewilligung an Ärzte:

«1 Die Bewilligung wird erteilt:

a) an Ärzte ... aufgrund des entsprechenden eidgenössischen Diploms;

...

2 Die Bewilligung ist von einem einwandfreien Leumund und von der geistigen und physischen Gesundheit abhängig zu machen.»

cc) § 16 GwV regelt die Ausnahmewilligungen, unter denen Ärzte, welche die Voraussetzungen von § 15 GwV nicht erfüllen, trotzdem eine Bewilligung erhalten können:

«1 Der Regierungsrat ist befugt, nach Anhören des zuständigen Berufsverbandes ausnahmsweise einem Arzt ... die Bewilligung zur selbständigen Berufsausübung zu erteilen, sofern er einen gleichwertigen Ausweis beibringt und hierfür ein Bedürfnis besteht.

2 Diese Bewilligung kann an Bedingungen geknüpft und befristet werden.»

Die Bewilligung ist im Amtsblatt zu veröffentlichen (§ 17 GwV).

dd) Keiner Bewilligung bedürfen die im Grenzgebiet benachbarter Kantone niedergelassenen und dort praxisberechtigten Angehörigen der medizinischen und pharmazeutischen Berufe für die Berufstätigkeit, die sie von ihrem Wohnort aus im Kanton Schwyz ausüben (§ 14 Abs. 2 lit. a GwV) sowie die in anderen Kantonen praxisberechtigten Angehörigen der medizinischen und pharmazeutischen Berufe, die in besonderen Einzelfällen von der behandelnden Berufsperson im Kanton Schwyz beigezogen werden (§ 14 Abs. 2 lit. b GwV).

ee) Die Überwachung der Berufstätigkeit der Ärzte obliegt dem Kantonsarzt (§ 7 lit. c GwV).

c/aa) Das gesetzliche Erfordernis einer Bewilligung kann nicht anders als mit Bezug auf die *konkrete* Ausübung eines medizinischen und pharmazeutischen Berufes verstanden werden. Dies ergibt sich vorab aus dem Wortlaut der vorstehend wiedergegeben sowie den weiteren Ordnungsbestimmungen. Beispielsweise wird dem Regierungsrat unmittelbar nach der Kompe-



## B. 10.1

tenz zur Erteilung von Bewilligungen zur Ausübung medizinischer Berufe auch die Kompetenz zur Bewilligungserteilung für den *Betrieb* von Kranken- und Pflegeanstalten zugewiesen (§ 3 Abs. 2 u. 3 GwV). § 14 Abs. 2 lit. a GwV spricht von den im Grenzgebiet benachbarter Kantone «*niedergelassenen und dort praxisberechtigten*» Angehörigen medizinischer Berufe, die ihre Tätigkeit im Kanton Schwyz *von ihrem Wohnort aus ausüben*, und die nachfolgende lit. b spricht vom *Beizug* ausserkantonaler Angehöriger medizinischer Berufe, was selbstredend ohne konkrete Berufsausübung der betreffenden Berechtigten nicht möglich ist. Ebenso haben die Angehörigen medizinischer Berufe bei der *Ausübung ihrer Tätigkeit* alle Sorgfalt anzuwenden (§ 23 Abs. 1 GwV).

bb) Der Bezug der Bewilligung auf die *konkrete* Berufsausübung ergibt sich auch aus weiteren Elementen der Verordnung. Die Bestimmung des Regierungsrates als Aufsichtsbehörde über das Gesundheitswesen in § 1 Abs. 1 GwV setzt ein funktionierendes Gesundheitswesen, mithin praktizierendes Medizinalpersonal, voraus; das gleiche gilt für die Überwachung der *Berufstätigkeit* der Ärzte etc. durch den Kantonsarzt, der seinerseits jährlich dem Departement Bericht zu erstatten hat (§ 7 lit. b u. e). Insbesondere sind zur Berufsausübung im Kanton Schwyz zugelassene Ärzte auch verpflichtet, in dringenden Fällen Hilfe zu leisten und bei schweren Unglücksfällen und Katastrophen mitzuwirken (§ 23 Abs. 1 u. 2).

cc) Insgesamt ergibt sich aus der Verordnung, dass mit dem Recht zur Berufsausübung eines Arztes im Kanton Schwyz gleichzeitig eine Reihe von Pflichten verbunden sind, denen ein Arzt ohne effektive Aufnahme einer Tätigkeit nicht gerecht werden kann. Schliesslich ist auch eine Publikation der Bewilligung im Amtsblatt (§ 17 GwV) nur sinnvoll, wenn der betreffende Arzt der Bevölkerung seine Dienstleistungen effektiv anbieten wird. Mithin hat die Bewilligungsbehörde sicherzustellen, dass eine bewilligte Tätigkeit auch ausgeübt wird.

d/aa) Ein Bezug der Bewilligung auf eine *konkrete* Ausübung des Medizinalberufes ergibt sich auch aus Sinn und Zweck der Verordnung über das Gesundheitswesen. Aufgrund der weitgehenden Zuständigkeit der Kantone für das Gesundheitswesen (vgl. Mader, St. Galler Kommentar zu Art. 118 BV, Rz 4) gehört es zu deren Aufgaben, die Gesundheit zu fördern und deren Gefährdung zu verhindern. Die Erreichung dieser Ziele setzt u.a. fachkundliche medizinische und pharmazeutische Berufstätige voraus.

bb) Gleichzeitig hat der Staat der hohen Bedeutung des Rechtsgutes der körperlichen Unversehrtheit (Art. 10 Abs. 2 BV) bzw. dem Rechtsgut der öffentlichen Gesundheit Rechnung zu tragen. Dies geschieht auf dem Wege der Polizeibewilligung als einer Kontrollerlaubnis (vgl. nachstehend Erw. f). Die Voraussetzung des zu prüfenden einwandfreien Leumundes (§ 15 Abs. 2 GwV) neben den fachlichen Fähigkeiten und der unbestreitbar bedeutsamen

geistigen und physischen Gesundheit steht dabei im Zeichen der besonderen Vertrauensbeziehung, welche zwischen Arzt und Patient regelmässig unabdingbar ist. § 10 Abs. 1 des Gesetzes über das Gesundheitswesen des Kantons Zürich vom 4. November 1962 (Gesundheitsgesetz; SRZH 810.1) verlangt denn beispielsweise explizit, dass der Inhaber der Bewilligung die bewilligte Tätigkeit vorbehaltlich einer vorübergehenden Vertretung bei Abwesenheit, Krankheit oder Todesfall persönlich auszuüben hat.

cc) Das Mittel der Polizeibewilligung ermöglicht dem Staat somit die Sicherstellung der hinreichenden medizinischen Versorgung seiner Bevölkerung zum einen, der erforderlichen Qualität dieser medizinischen Versorgung zum andern. Kraft seiner gesetzlichen Aufsichtsfunktion hat der Staat bzw. dessen Organe die Möglichkeit, im Interesse des Schutzes der erwähnten Rechts- bzw. Polizeigüter allenfalls auch einzuschreiten (vgl. § 18 GwV betr. Entzug der Bewilligung).

e) Es stünde aus der Sicht des Staates im Widerspruch zur eminent wichtigen Staatsaufgabe im Bereich der öffentlichen Gesundheit, Bewilligungen zu erteilen, die nicht oder allenfalls erst in (ferner) Zukunft von den Gesuchstellern konsumiert würden. Dies müsste dazu führen, dass sich die Kontrollfunktion der zuständigen Behörde paradoxerweise auch auf im Kanton nichttätige, aber zugelassene Ärzte erstrecken müsste. Mindestens müsste sichergestellt werden, dass die betreffenden Ärzte die effektive Tätigkeitsaufnahme unter Angabe des Zeitpunktes und vor allem auch der Praxisadresse meldeten, was mittels periodischer Kontrolle oder sinnvollerweise durch eine Meldepflicht der zugelassenen, aber nichttätigen Ärzte zu erfolgen hätte. Dies würde indessen zu einer unnötigen Doppelspurigkeit (Bewilligung, später Meldung) führen. Auch aufgrund dieser Betrachtungsweise ist in Anbetracht des (unbedingten) Rechtsanspruches auf Erteilung einer Polizeierlaubnis (vgl. nachstehende Erw. f) keinerlei Notwendigkeit ersichtlich, vorzeitig um eine Bewilligung zu ersuchen.

In Fällen, in welchen wie vorliegend ein Praxisprojekt noch nicht einmal in Umrissen gegeben ist, rechtfertigt es sich entsprechend auf jeden Fall, die erteilte Bewilligung mit einer Frist zur Konsumierung der Bewilligung zu verknüpfen.

f/aa) Wie der Beschwerdeführer unter Verweis auf Häfelin / Müller Rz 1960ff treffend ausführt (Beschwerde Ziff. 2), zeichnet sich eine Polizeierlaubnis im Allgemeinen dadurch aus, dass sie keine neuen Rechte begründet, sondern dass ein Gesuchsteller von Gesetzes wegen einen Rechtsanspruch auf Erteilung der Bewilligung hat, sofern er die verlangten gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt. Diesbezüglich besteht kein Ermessensspielraum. Die Polizeierlaubnis hat insofern nur deklaratorische Wirkung.

Indessen ist vorliegend beachtlich, dass die Berufsausübungsbewilligung als Arzt mit Art. 55a KVG bzw. der darauf abgestützten Verordnung betr. Zulassungsbeschränkung (vgl. nachstehende Erw. 4.a) den Charakter einer

## B. 10.1

Polizeierlaubnis verloren hat, weil unter dem Regime dieser Verordnung ein gesuchstellender Arzt keinen Rechtsanspruch auf Erteilung der Bewilligung, d.h. auf eine (selbständige) Tätigkeit auf Kosten der sozialen Krankenversicherung mehr hat. Bei Gesuchen, die kurz vor bzw. im Wissen um den bevorstehenden Zulassungsstopp eingereicht werden, drängt es sich auf, dass die Bewilligungsbehörde die Motive der Gesuchseinreichung berücksichtigt und ihnen angemessen und in vertretbarer Weise Rechnung trägt.

bb) Bei dieser Prüfung hat sich die Bewilligungsbehörde von den Grundsätzen rechtsstaatlichen Handelns im Sinne von Art. 5 BV leiten zu lassen, d.h. Grundlage und Schranke ihres Handelns hat das Recht zu sein, ihr Handeln hat im öffentlichen Interesse zu liegen und verhältnismässig zu sein, und schliesslich hat sie nach Treu und Glauben zu handeln - was auch für den Privaten gilt. Vorliegend bedeutet dies, dass die Bewilligungsbehörde bei einer Gesuchseinreichung vor Inkrafttreten der Zulassungsbeschränkung grundsätzlich eine Bewilligung zu erteilen hat. Im öffentlichen Interesse liegt es indessen, dass die auf drei Jahre befristete Zulassungsbeschränkung nicht durch Gesuche, die noch kurz vorher gewissermassen auf Vorrat eingereicht werden, ihres Sinns und Zweckes beraubt wird, was auf einfachste Weise durch eine generelle Verweigerung von Bewilligungen erreicht würde. Dies hiesse freilich, der Zulassungsbeschränkung eine grundsätzlich unzulässige Vorwirkung zuzueignen. Die Überbrückung dieses Spannungsfeldes erfolgt idealerweise durch die Erteilung einer befristeten Bewilligung unter Wahrung der Verhältnismässigkeit der Befristung (vgl. nachstehend Erw. g/cc).

Das Gebot des Handelns nach Treu und Glauben beschlägt in diesem Fall mehr das Verhalten des Gesuchstellers als dasjenige der (staatlichen) Bewilligungsbehörde. Durch das Mittel der Befristung kann sichergestellt werden bzw. lässt sich nachträglich feststellen, ob die Gesuchseinreichung ernsthaft oder bloss auf Vorrat erfolgte.

cc) Mit diesem Vorgehen einer befristeten Bewilligung wird gleichzeitig auch dem verfassungsmässigen Anspruch auf Gleichbehandlung (Art. 8 BV) Rechnung getragen. Unter den Aspekten der Rechtsgleichheit und des Fairnessprinzips wäre es geradezu stossend, Gesuchstellern, welche eine Bewilligung lediglich im Hinblick auf den drohenden Numerus clausus bzw. «Bewilligungsstopp mit Ausnahmen» kurz vor Inkraftsetzung der neuen Verordnung auf Vorrat einholen, Bewilligungen ohne zeitliche Befristung zu erteilen, während die kurz nach dem Bewilligungsstopp eingehenden Gesuche unter Umständen allein deshalb abgewiesen werden müssten, weil eine auf Vorrat eingeholte Bewilligung «den Platz versperrt».

g/aa) Abgesehen davon schliesst auch der Begriff der Polizeierlaubnis per se trotz des grundsätzlichen Rechtsanspruches auf Erteilung einer Polizeierlaubnis Nebenbestimmungen (Bestimmungen / Bedingungen / Auflagen)

unter den üblichen Voraussetzungen nicht aus. Ohne ausdrückliche gesetzliche Grundlage sind Nebenbestimmungen generell zulässig, sofern sie in einem engen Zusammenhang mit dem Zweck stehen und verhältnismässig bleiben (vgl. Tschannen / Zimmerli / Kiener, Allgemeines Verwaltungsrecht, Bern 2000, § 27 V.3). Mit Auflagen und Bedingungen darf hingegen nicht ein Verhalten gefordert werden, das dem Gesuchsteller nicht durch allgemeines Gesetz vorgeschrieben ist (Imboden / Rhinow, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Bd. II Nr. 132 IV).

bb) Die Befristung der Bewilligung ist vorliegend ohne weiteres im Sinne der vorstehenden Ausführungen durch den Sachzusammenhang abgedeckt.

cc) Die Befristung auf ein Jahr kann auch nicht als unverhältnismässig bezeichnet werden. Einerseits wurden Gesuche bis anhin stets auf konkrete Praxiseröffnungen im Kanton Schwyz bezogen (Vernehmlassung Ziff. 6). Andererseits darf eine Bewilligungsbehörde davon ausgehen, dass ein Gesuchsteller mit ernsthaften Absichten sein Projekt auch innert Jahresfrist zu realisieren vermag.

h/aa) Zu ergänzen ist, dass der verfügungsweise festgesetzten und vorliegend angefochtenen Frist vor allem eine andere Funktion zukommt als den in § 16 Abs. 2 GwV vorgesehen Bedingungen und Befristungen. Diese Bestimmung räumt den Betroffenen gerade keinen Rechtsanspruch auf die Erteilung einer Bewilligung ein, sondern macht die Bewilligungserteilung von verschiedenen Faktoren abhängig, die allesamt eine Ermessensausübung der Bewilligungsbehörde bedingen: Meinung des zuständigen Berufsverbandes; Gleichwertigkeit des Ausweises; Bedürfnisnachweis. Die Bewilligung kann ergänzend von einer Bedingung abhängig gemacht werden oder aber befristet werden. Als Bedingungen kommen beispielsweise eine ergänzend Ausbildung oder Berufserfahrung in Frage; diesfalls hat die Nebenbestimmung suspensiven Charakter. Eine Befristung kann beispielsweise auf dem Hintergrund des Bedürfnisses erfolgen; es kommt ihr diesfalls ein resolutiver Charakter zu.

bb) Demgegenüber verwirkt im Rahmen einer Polizeibewilligung, auf deren Erteilung ein Rechtsanspruch besteht, mit dem unbenützten Ablauf einer Frist zur Aufnahme einer Tätigkeit der diesbezügliche Rechtsanspruch eines Gesuchstellers grundsätzlich nicht. Ein Gesuchsteller wird eine (allenfalls erneut befristete) Bewilligung jederzeit wieder erhalten, sofern er die (fachlichen und persönlichen) Voraussetzungen nach wie vor erfüllt. Dies ist an und für sich auch bei der Bewilligung zur Ausübung der ärztlichen Tätigkeit der Fall. Die Besonderheit des vorliegenden Falles gründet in der Unsicherheit, wie weit aufgrund des bundesrätlichen Zulassungsstopps der unbedingte Rechtsanspruch auf die Bewilligungserteilung auch in Zukunft noch gewährleistet sein wird, wobei die Attraktivität dieses Rechtsanspruches zur Zeit auf dem geltenden Kontrahierungszwang der Versicherer (Art. 35 i. V. mit Art. 36 KVG) beruht.

## B. 10.1

i) Insgesamt erweist sich eine Befristung der Bewilligung zur Aufnahme der Tätigkeit gestützt auf Wortlaut, Sinn und Zweck der Verordnung über das Gesundheitswesen als zulässig, liegt im Interesse der Versorgungssicherheit der Bevölkerung im Gesundheitsbereich und ist auch mit dem Begriff der Polizeierlaubnis zu vereinbaren.

4.a/aa) Der vom Parlament am 24. März 2000 verabschiedete Art. 55a des Bundesgesetzes über die Krankenversicherung vom 18. März 1994 (KVG; SR 832.10) räumt dem Bundesrat unter der Marginale «Einschränkung der Zulassung zur Tätigkeit zu Lasten der Krankenversicherung» in Abs. 1 die Kompetenz ein, für eine befristete Zeit von bis zu drei Jahren die Zulassung von Leistungserbringern zur Tätigkeit zu Lasten der obligatorischen Krankenpflegeversicherung nach den Artikeln 36–38 von einem Bedürfnis abhängig zu machen. Der Bundesrat hat auch die entsprechenden Kriterien festzulegen.

bb) Gestützt auf diese Delegationsnorm hat der Bundesrat die Verordnung über die Einschränkung der Zulassung von Leistungserbringern zur Tätigkeit zu Lasten der obligatorischen Krankenpflegeversicherung vom 3. Juli 2002 (SR 832.103) erlassen, welche unverzüglich auf den 4. Juli 2002 in Kraft gesetzt wurde. Art. 1 bestimmt, dass die Zahl der Leistungserbringer, die zu Lasten der obligatorischen Krankenpflegeversicherung tätig sind, in jedem Kanton für jede Kategorie von Leistungserbringern auf die in Anhang 1 festgelegte Höchstzahl beschränkt wird. Die Kantone können vorsehen, dass die in Artikel 1 festgelegte Höchstzahl für eine oder mehrere Kategorien von Leistungserbringern nicht gilt (Art. 2 Abs. 1 lit. a); in einer oder mehreren Kategorien von Leistungserbringern keine neuen Zulassungen zur Tätigkeit zu Lasten der obligatorischen Krankenpflegeversicherung erteilt werden, solange die Versorgungsdichte nach Anhang 2 im betreffenden Kantonsgebiet höher als in der Grossregion, zu welcher der Kanton nach Anhang 2 gehört, oder höher als in der Schweiz ist (Art. 2 Abs. 1 lit. b).

cc) Nach Art. 3 können die Kantone in jeder Kategorie von Leistungserbringern, die einer Beschränkung unterworfen ist, zusätzlich zu den in Anhang 1 festgelegten Höchstzahlen Leistungserbringer zulassen, wenn in der Kategorie eine Unterversorgung besteht. Leistungserbringer, welche vor der Einschränkung der Zulassung zur Tätigkeit zu Lasten der obligatorischen Krankenpflegeversicherung in den Kantonen ein Gesuch um eine Berufsausübungsbewilligung nach kantonalem Recht gestellt haben, fallen nicht unter die Einschränkung gemäss dieser Verordnung (Art. 5). Die Geltungsdauer dieser Verordnung erstreckt sich bis zum Inkrafttreten einer sie ersetzenden Regelung im Bereich der Zulassung von Leistungserbringern zur Tätigkeit zu Lasten der obligatorischen Krankenpflegeversicherung, längstens aber bis zum 3. Juli 2005.

b) Der Beschwerdeführer lässt in seiner Argumentation selber in aller Deutlichkeit erkennen, dass er sein Gesuch am 28. Juni 2002 und somit fünf

Tage vor dem Bewilligungsstopp gewissermassen «auf Vorrat», mithin in rechtsmissbräuchlicher Weise, gestellt hat (Vernehmlassung Vorinstanz Ziff. 4). Daran ändert auch die Tatsache nichts, dass er sein Gesuch nur im Kanton Schwyz gestellt hat (Replik Ziff. 3 S. 4). Das Gesuch (wie auch die Befristung der erteilten Bewilligung) ist denn auch aus der Optik dieser besonderen zeitlichen Konstellation zu betrachten.

c) Bereits in seinem Gesuch vom 28. Juni 2002 hat der Beschwerdeführer selber um die Erteilung einer Praxisbewilligung «trotz fehlender Zielgerichtetheit» ersucht. Auf dem von ihm offensichtlich bevorzugten medizinischen Gebiet sieht sich der Beschwerdeführer selber noch ungenügend vorbereitet, um eine Praxis zu führen. Er steht noch für ein Jahr in der Zusatzausbildung und will selber seine Kenntnisse noch während ein bis zwei Jahren festigen. Dieser schwer fassbare zeitliche Horizont steht in Widerspruch zur präzisen Nennung des 1. Januar 2005 als Datum der Praxiseröffnung, d.h. nur sechs Monate vor Auslaufen des bundesrätlichen Zulassungsstopps. Über diese Datumsangabe hinaus fehlt jegliche weitere Konkretisierung der Praxiseröffnung.

d) In Anbetracht der besonderen zeitlichen Nähe von Gesuchen um Erteilung einer Praxisbewilligung zum Zulassungsstopp vermag die Befristung der Bewilligung insofern gewissermassen «echte» von «unechten» Gesuchen zu scheiden. Wer sich ernsthaft mit dem Gedanken der Eröffnung einer Praxis trägt, wird im Zeitpunkt der Gesuchstellung in seiner Planung schon so weit voran sein, dass ihm eine Eröffnung binnen Jahresfrist möglich sein wird. Mit Recht weist das Departement des Innern darauf hin, dass erteilte Praxisbewilligungen den in den Anhängen 1 und 2 der bundesrätlichen Verordnung über die Einschränkung der Zulassung von Leistungserbringern vorgesehenen kantonalen Kontingenten aufgerechnet werden und damit Bewerber, die eine konkrete Praxis eröffnen wollen, allenfalls an der bereits erreichten maximalen Zahl der Leistungserbringer oder der Versorgungsdichte scheitern (Vernehmlassung Ziff. 5).

e/aa) Unklar ist, was der Beschwerdeführer aus seinem Beweisantrag betr. Praxisänderung (Replik Ziff. 3 Abs.2 i.f.) ableiten will. Im vom Beschwerdeführer geltend gemachten öffentlichen Interesse (eines finanzierbaren und weiterhin allen zugänglichen Gesundheitssystems) liegt die Ursache für den Zulassungsstopp und mithin für die Praxisänderung; die direkte Betroffenheit allfälliger Gesuchsteller ist die Folge dieser Massnahme. Duplizierend legt das Departement des Inneren begründet dar, dass und weshalb von zwölf seit dem 03. Juli 2002 erteilten Bewilligungen drei unbefristet, fünf auf zwei Jahre und vier auf ein Jahr befristet erteilt wurden (Duplik Ziff. 3 S. 2 mit Vict. B-2), womit erstellt ist, dass die Vorinstanz die Praxisänderung konsequent und rechtsgleich durchgesetzt hat.

bb) Das Departement des Innern weist ausserdem zutreffend auf die veränderte Ausgangs- und Rechtslage hin (Vernehmlassung Ziff. 6). Der

## **B. 11**

bundesrätliche Zulassungsstopp wurde im Juli 2002 unverzüglich in Kraft gesetzt, weil die Sanitätsdirektorenkonferenz angesichts des Anstiegs der Gesuche ein Zuwarten nicht mehr für haltbar erachtete (Soziale Sicherheit CHSS 4/2002 S. 231). Das Departement legt dar, dass neu alle Berufsausübungsbewilligungen mit einer Befristung versehen wurden, d.h. die Änderung erfolgte grundsätzlich und in rechtsgleicher Behandlung der Gesuchsteller. Die richtige Anwendung des kantonalen Rechts blieb, wie vorstehend dargelegt, gewährleistet. Eine Beeinträchtigung der Rechtssicherheit oder eine Verletzung des Grundsatzes von Treu und Glauben ist nicht ersichtlich.

Ob im Lichte dieser veränderten Ausgangslage überhaupt von einer Praxisänderung zu sprechen ist, nachdem die Vorinstanz unbefristete Bewilligungen stets mit Blick auf konkrete Praxiseröffnungen erteilt hatte, es vorliegend indessen um (mind. teils) ersuchte Bewilligungserteilungen «auf Vorrat», d.h. ohne konkrete Praxisprojekte, geht, kann folglich offen bleiben.

5. Gemäss § 42 Abs. 1 VRP kommt einer Verwaltungs- und der Verwaltungsgerichtsbeschwerde aufschiebende Wirkung zu, soweit nicht durch Rechtssatz etwas anderes bestimmt wird. Hat die Verfügung nicht eine Geldleistung zum Gegenstand, so kann die Vorinstanz einer allfälligen Beschwerde die aufschiebende Wirkung ausnahmsweise entziehen; dieselbe Befugnis steht der Rechtsmittelinstanz nach Einreichung der Beschwerde zu (§ 42 Abs. 2 VRP).

Die Vorinstanz hat mit dem angefochtenen RRB Nr. 1416/2002 vom 13. November 2002, der keine Geldleistung zum Gegenstand hat, wie auch das Verwaltungsgericht als Rechtsmittelinstanz der vorliegenden Beschwerde die aufschiebende Wirkung nicht entzogen; ein Entzug der aufschiebenden Wirkung ergibt sich auch nicht aus einem Rechtssatz. Hinweise für eine rechtsmissbräuchliche Beschwerdeführung mit dem Zwecke, auf diesem Wege die Frist für die Praxiseröffnung zu erstrecken, sind ebenfalls nicht ersichtlich. Entsprechend ist Disp.-Ziff. 3 des angefochtenen Beschlusses dahin gehend abzuändern, dass die Praxis innerhalb eines Jahres nach Fällung des Verwaltungsgerichtsentscheides zu eröffnen ist. (VGE 960/02 vom 18. Februar 2003).

## **11. Arbeitsvergebung (Submission)**

(siehe EGV-SZ 2003, B. 1.1 bis 1.4).

## 12. Strassenverkehrsrecht

### 12.1 Reklamebewilligung im Strassenbereich

- *Koordinierung mit baupolizeilichem Bewilligungsverfahren (Erw. 1).*
- *Unzulässige Fremdreklame, die auf ein abseits der Strasse gelegenes Ziel weist.*
- *Keine Verletzung der Wirtschaftsfreiheit (Erw. 2/3).*
- *Kein Anspruch auf Gleichbehandlung im Unrecht (Erw.4).*

*Aus den Erwägungen:*

1. Bei einer Reklamebewilligung stellen sich primär zwei Fragen: ordnet sich die Reklame ein (allenfalls unter Berücksichtigung des Natur- und Heimatschutzes) und beachtet sie das Gebot der Verkehrssicherheit.

a) Bauten und Anlagen müssen sich so in die Umgebung eingliedern, dass sie das Landschafts-, Orts-, Quartier- und Strassenbild nicht stören. Reklame- und Werbetafeln sind als Anlagen zu qualifizieren (VGE 1004/02 v. 28.6.2002, Erw. 2b mit weiteren Zitaten). Die besonderen Vorschriften über den Natur- und Heimatschutz bleiben vorbehalten (§ 56 PBG). Art. 8 des Baureglementes der Gemeinde ... bestimmt, dass Aussen- und Parabolantennen, Reklamen und ähnliche Einrichtungen (wie Schilder, Warenautomaten, Beleuchtungseffekte usw.) bewilligungspflichtig sind und nur gestattet werden, wenn sie die bauliche Umgebung und das Orts- und Landschaftsbild nicht beeinträchtigen. Über die Einordnungsfrage hat die kommunale Baubewilligungsbehörde zu befinden.

b) aa) Im Bereich der für Motorfahrzeuge oder Fahrräder offenen Strassen sind Reklamen und andere Ankündigungen untersagt, die zu Verwechslung mit Signalen oder Markierungen Anlass geben oder sonst, namentlich durch Ablenkung der Strassenbenützer, die Verkehrssicherheit beeinträchtigen könnten. Der Bundesrat kann Reklamen und andere Ankündigungen im Bereich von Autobahnen und Autostrassen gänzlich untersagen (Art. 6 Strassenverkehrsgesetz, SVG).

...  
Schliesslich bestimmt Art. 100 SSV, dass das Anbringen und Ändern von Strassenreklamen der Bewilligung der nach kantonalem Recht zuständigen Behörde bedarf. Vorbehalten bleiben ergänzende kantonale Vorschriften über Strassenreklamen, namentlich zum Schutz des Landschafts- und Ortschaftsbildes, und über das Bewilligungsverfahren für Reklamen.

cc) Die neue kantonale Strassenverordnung vom 15. September 1999 (in Kraft seit 1. Januar 2000, SRSZ 442.110) unterstellt in Nachachtung des



## B. 12.1

Bundesrechtes das Anbringen von Reklamen, Ankündigungen und Wegweisern im Bereich von Strassen der Bewilligungspflicht. Ist der Kanton Strassenträger, entscheidet das vom Regierungsrat bezeichnete Amt. Bei anderen Strassen entscheidet der Gemeinderat nach Anhören des vom Regierungsrat bezeichneten Amtes (§ 46 StraV). Die Vollzugsverordnung zur Strassenverordnung (SRSZ 442.111) präzisiert in § 24 wie folgt:

«Reklamen und ähnliche Ankündigungen im Strassenbereich dürfen die Verkehrsteilnehmer nicht ablenken. Ausserorts sind freistehende Fremdreklamen untersagt.

<sup>2</sup>Über das Aufstellen, Anbringen und die Änderung von Reklamen und ähnlichen Ankündigungen im Bereich von Hauptstrassen entscheidet die Kantonspolizei.

<sup>3</sup>Bei anderen Strassen entscheidet der Gemeinderat nach Anhören der Kantonspolizei. Die Anhörung kann schriftlich oder mündlich erfolgen.

<sup>4</sup>Das Aufstellen von Bauten und Anlagen zu Reklamezwecken bedarf einer Baubewilligung nach dem Planungs- und Baugesetz sowie einer einmaligen Bewilligung nach Absatz 2 und 3.»

c) Die im Strassenverordnungsrecht verlangte Reklamebewilligungspflicht deckt mithin nur den Bereich der Verkehrssicherheit ab. Die Einordnung und allenfalls weitere baurechtliche Fragen sind im Baubewilligungsverfahren zu beurteilen.

Es versteht sich, dass diese beiden Bewilligungsverfahren dem Koordinierungsgebot unterstellt sind (§§ 38ff PBV). In casu hätte mithin die Verfügung der Kantonspolizei von der kantonalen Baukontrolle dem Gemeinderat ... zugestellt werden müssen, damit dieser den kantonalen Entscheid zusammen mit dem kommunalen hätte eröffnen können. Nachdem der kommunale Teilentscheid offenbar positiv ausgefallen wäre (vgl. Ingress lit. A), der kantonale Teilentscheid aber negativ gelautet hat, hätte der Gemeinderat unter Hinweis auf die Verfügung der Kantonspolizei das Bewilligungsgesuch ablehnen müssen, verbunden mit der Feststellung, dass der Gemeinderat die in seine Zuständigkeit fallende Bewilligung erteilen könnte. ...

2.a) Die Kantonspolizei als Erstinstanz hat die beantragten Reklametafeln nicht bewilligt, weil es sich «eindeutig um eine Fremdreklame» handle. Gestützt «auf die gesetzlichen Bestimmungen» könne dem Bewilligungsgesuch nicht entsprochen werden. Der Regierungsrat als Beschwerdeinstanz geht wie die Erstinstanz von einer Fremdreklame aus. Diese Fremdreklame weise auf ein abseits der Strasse gelegenes Ziel bzw. kündige allenfalls ein Ziel an, was gemäss Art. 96 Abs. 4 Satz 2 SSV nicht zulässig sei. Auch liege die Verweigerung im öffentlichen Interesse (keine Ablenkung der Verkehrsteilnehmer, keine unerwünschte Präjudizwirkung). Sie sei zudem verhältnismässig. Es sei vertretbar und mit dem Gleichheitsgebot vereinbar, bei der Beurteilung von Fremdreklamen einen strengeren Massstab anzusetzen als bei Eigenreklamen. Ein Anspruch auf Gleichbehandlung im Unrecht bestehe im Übrigen nicht.

b) Im Verfahren vor Verwaltungsgericht hat sich ergeben, dass die Erstinstanz bis anhin offenbar davon ausgegangen ist, dass innerorts Fremdreklamen - bis auf Wechselplakate - grundsätzlich nicht zulässig sind (siehe Schreiben Kantonspolizei vom 6. Februar 2003). Dieser Rechtsstandpunkt widerspricht sowohl dem eidgenössischen Strassenverkehrsrecht (SVG, SSV) wie auch der kantonalen Strassenverordnung (siehe oben Erw. 1b). Indem nur ausserorts Fremdreklamen explizit als unzulässig bezeichnet werden, sind sie e contrario innerorts grundsätzlich zulässig (R.Schaffhauser, Grundriss des schweizerischen Strassenverkehrsrechts, 2.A., N196). Das heisst indes nicht, dass jede Fremdreklame innerorts zu bewilligen ist. Vielmehr sind die in Art. 95f. SSV umschriebenen Grundsätze zu beachten (siehe nachfolgende Erwägungen).

c) aa) Strittig ist zunächst, ob es sich um eine Eigen- oder Fremdreklame handelt. Die Erstinstanz begründet den Fremdreklamecharakter mit der Distanz von mind. 80 m zwischen dem Reklamestandort und dem Café .... Der örtliche Zusammenhang sei nicht mehr gegeben (Art. 95 Abs. 5 und 7 SSV).

Der Regierungsrat hält in seinem Beschwerdeentscheid fest, das Wohn- und Geschäftshaus mit dem integrierten Café befinde sich nicht unmittelbar hinter dem Haus, an dem die Reklamen angebracht werden sollen, sondern es befände sich dazwischen noch ein Weg sowie ein weiteres Gebäude. Die Distanz der geplanten Reklame bis zum Café betrage rund 80m. Von unmittelbarer Nähe wie bei einem Vorplatz, Betriebsareal oder Garten könne nicht die Rede sein.

Die Beschwerdeführerin macht vor Verwaltungsgericht geltend, die Hausfassade des Cafe ... befinde sich in der Luftlinie ca. 40 m und der Eingang des Cafés ca. 75-80 m von der vorgesehenen Reklametafel entfernt. Massgeblich sei jedoch nicht der Eingang des Cafés, sondern dessen Gebäudefassade. Duplicando lässt die Beschwerdeführerin neu ausführen, die von den Vorinstanzen vorgegebene Katalogisierung in Eigen- und Fremdreklamen sei im Innerortsbereich unzulässig. Art. 96 Abs. 4 Satz 2 SSV («Reklamen, die auf abseits der Strasse gelegene Ziele hinweisen oder Ziele vorankündigen, sind unzulässig») sei innerorts nicht massgeblich. Das Justizdepartement hält dieser Argumentation entgegen, Art. 96 Abs. 4 Satz 2 SSV sei auf Fremdreklamen innerorts zugeschnitten, womit die Unterscheidung in Eigen- und Fremdreklamen innerorts sehr wohl Sinn mache.

bb) Der Umstand, dass die Unterscheidung von Eigen- und Fremdreklamen (und Firmenanschriften) innerorts von geringerer Bedeutung ist als im Ausserortsbereich, macht sie nicht unzulässig. Vielmehr muss man aufgrund des systematischen Aufbaus der Art. 95ff SSV schliessen, dass diese Unterscheidung flächendeckend und mithin innerorts wie ausserorts gilt. Nicht statthaft ist deshalb auch die Schlussfolgerung, Art. 96 Abs. 4 Satz 2 SSV sei innerorts nicht massgebend. Eine solche Einschränkung müsste explizit normiert sein. Dass nur ausserorts abseits gelegene Ziele anzutreffen sind, lässt sich denn auch nicht behaupten.

## B. 12.1

Für den vorliegenden Fall stellen sich deshalb im Wesentlichen folgende Fragen: Befindet sich die Reklame „in unmittelbarer Nähe« zum Café, was die Annahme einer Eigenreklame erlaubt, oder weist im Verneinungsfall die (Fremd)Reklame auf ein «abseits der Strasse» gelegenes Ziel hin?

d) Der von den Parteien im Wesentlichen übereinstimmend dargelegte Sachverhalt (siehe oben Ziff. 2 lit. c/aa) stimmt mit dem aktenkundigen Situationsplan vom 13. Januar 2000 (bei den Akten des instruierenden Justizdepartementes) überein. Es bedarf deshalb keines Augenscheins, zumal die erforderlichen Erwägungen zu Art. 96 Abs. 4 SSV sich auf die Akten abstützen lassen (siehe unten Erw. 2 lit. e).

Strittig ist, ob die Annahme des örtlichen Zusammenhangs zwischen Reklamestandort und Café ... noch zulässig ist. Wenn die Vorinstanzen einen solchen örtlichen Bezug verneinen, ist dies indes nicht zu beanstanden, denn der Gesetzgeber erlaubt durch seine exemplifikatorische Aufzählung in Art. 95 Abs. 7 SSV («z.B. Vorplatz, Betriebsareal, Garten») eine eher restriktive Auslegung des «örtlichen Zusammenhangs». Darin ist keine Rechtsverletzung zu erblicken, welche ein Einschreiten des Verwaltungsgerichts gebieten und erlauben würde.

e) Unter dem Titel der Fremdreklame stellt sich insbesondere die Frage, was unter «hinweisen» auf «abseits gelegene Ziele» zu verstehen ist. Nachdem Fremdreklamen innerorts grundsätzlich zulässig sind, ist damit e contrario jene Reklame gemeint, der - nebst der Reklamewirkung - Signalisationscharakter zukommt. Solche verkehrslenkenden Vorkehrungen stehen jedoch nicht im Belieben privater Personen (Art. 5 SVG); die Wegweisung und Informationshinweise sind vielmehr in Art. 49ff SSV normiert (siehe v.a. Art. 54, 62 SSV).

Im vorliegenden Fall besteht die Reklamefläche auf der rechten Hälfte aus einem farbigen Gemäldeausschnitt mit dem Schriftzug «Café ...». Auf der linken Hälfte steht der Schriftzug: «CHUM GO LUEGE». Darunter befindet sich ein blaues Parkplatzsignal zusammen mit einem nach links zeigenden Richtungspfeil. Der Richtungspfeil weist auf ein abseits gelegenes Ziel, weshalb nicht zu beanstanden und darin auch keine Verletzung der Wirtschaftsfreiheit zu erblicken ist, wenn die Reklamebewilligung gestützt auf Art. 96 Abs. 4 SSV verweigert wurde. Ob es allerdings einer solchen Vorschrift aus Gründen der Verkehrssicherheit weiterhin bedarf, ist eine rechtspolitische Frage.

f) Ob verkehrslenkende Hinweise (Richtungspfeil, Distanzangaben) bei Eigenreklamen zulässig sind, braucht hier nicht beurteilt zu werden, nachdem die Vorinstanzen zu Recht von einer Fremdreklame ausgehen. Immerhin ist folgende Bemerkung anzufügen. Art. 96 Abs. 4 SSV spricht von abseits gelegenen Zielen und von Zielen, die vor angekündigt werden. Aufgrund dieses Wortlautes werden direkt nur Fremdreklamen angesprochen. Andererseits setzen Eigenreklamen einen örtlichen Zusammenhang voraus, der an sich verkehrslenkende Hinweise überflüssig macht. Dieser Umstand

könnte allenfalls einer Rechtsauslegung nahe liegen, welche auch bei Eigenreklamen verkehrslenkende Hinweise verbietet.

3. Dem Regierungsrat ist auch nicht vorzuwerfen, dass er die Bewilligung nicht unter Auflagen erteilt hat. Wie eine bewilligungsfähige Reklame zu gestalten ist, ist Sache der Gesuchstellerin.

4. a) Zu prüfen bleibt, ob ein Anspruch auf Gleichbehandlung im Unrecht vorliegt. Ein solcher könnte sich höchstens dann ergeben, wenn es die Behörde ablehnen würde, eine gesetzeswidrige Praxis aufzugeben (Rhino/Krähenmann, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Ergänzungsband, Nr. 71 B II).

b) Das vorliegende Verfahren hat aufgezeigt, dass - nebst der falschen Rechtsanwendung der Erstinstanz im Zusammenhang mit Fremdreklamen innerorts (vgl. oben Erw. 2b) - die Beschwerdeführerin mit einer Fotodokumentation darlegen konnte, dass in Abweichung von Art. 96 Abs. 4 SSV verschiedene wegweisende Reklamen inner-, aber auch ausserorts aufgestellt sind, wobei die meisten bewilligungslos («wild»), d.h. ohne dass ein Bewilligungsgesuch eingereicht wurde (siehe erw. Fotodokumentation S. 2 oben, S. 3 oben, S. 5 oben, 6 unten, 8 unten, S. 11 oben, bewilligt: S. 6 oben [1983], S. 8 oben [1995]; Fragekatalog Verwaltungsgericht v. 30.12.02, Antwortschreiben Kantonspolizei v. 6.2.03). Es ist anzunehmen, dass auf das gesamte Kantonsgebiet bezogen noch weitere, v.a. nicht bewilligte wegweisende Reklametafeln stehen. Die Erstinstanz führte zu den widerrechtlich aufgestellten Reklametafeln u.a. aus, aus Kapazitätsgründen seien bis jetzt polizeilicherseits keine Verfahren eingeleitet worden.

c) Das Verwaltungsgericht hat mit Schreiben vom 7. Februar 2003 dem instruierenden Justizdepartement im vorliegenden Zusammenhang folgende Fragen gestellt, welche das Justizdepartement am 17. Februar 2003 beantwortete (nachfolgend sind die Antworten direkt nach der Fragestellung eingeschoben wiedergegeben):

1. Sind nach der Rechtsauslegung und -handhabung des Regierungsrates Fremdreklamen innerorts grundsätzlich erlaubt oder nicht? Wie beurteilt der Regierungsrat die Rechtsanwendung der Kantonspolizei? (der angefochtene RRB ist wohl so zu interpretieren, dass der Regierungsrat von der grundsätzlichen Bewilligungsfähigkeit von Fremdreklamen innerorts ausgeht). Will der Kanton Fremdreklamen innerorts nur in Form von Wechselplakaten bewilligen? Mit welcher rechtlicher Begründung?

Wie im angefochtenen RRB ausgeführt, geht der Regierungsrat davon aus, dass Fremdreklamen innerorts, unter den entsprechenden Voraussetzungen, zulässig sein können. Entsprechend ist die bisherige Praxis der Kantonspolizei nicht haltbar. Sollte der angefochtene Regierungsratsentscheid vom Verwaltungsgericht geschützt und rechtskräftig werden, so hat sich die Kantonspolizei daran zu halten. Es bestehen keine Anzeichen dafür, dass sie dies nicht tun würde.

## B. 12.1

Es steht nicht fest, dass künftig Fremdreklamen innerorts nur in Form von Wechselpaketen bewilligt werden sollen. Ein entsprechender Entscheid kann auch nicht im vorliegenden Verfahren bzw. im jetzigen Zeitpunkt durch den Regierungsrat, der nicht erstinstanzliche Bewilligungsbehörde ist, vorweggenommen werden. Die Praxis wird sich, unter Berücksichtigung des Entscheides des Verwaltungsgerichtes, entwickeln müssen.

2. Wie sind nach Ansicht des Regierungsrates «wegweisende Reklamen», d.h. Reklamen, die einerseits für einen bestimmten Betrieb werben und andererseits mittels Wegweiser und allenfalls Meterangaben zu diesem Betrieb hinweisen, jetzt und inskünftig zu beurteilen? Nach welchen Kriterien wird der unbestimmte Rechtsbegriff «abseits der Strasse gelegene Ziele» (Art. 96 Abs. 4 SSV) konkretisiert?

Bezüglich der Frage 2 kann auf die Erwägung 6 des angefochtenen Entscheides verwiesen werden. Der Rechtsbegriff «abseits von Strassen» wird durch die Kriterien Distanz, fehlende Einsehbarkeit und Drittgrundstück - in ihrem Zusammenspiel - konkretisiert.

3. Ist der Kanton bereit und in der Lage (personelle Ressourcen?), für die Durchsetzung einer einheitlichen und rechtsgleichen Anwendungspraxis jetzt und inskünftig zu garantieren? Wie will er dies konkret bewerkstelligen?

Es ist eine Selbstverständlichkeit, dass sich der Regierungsrat für eine einheitliche und rechtsgleiche verwaltungsinterne Praxis einsetzt. Dies kann in seiner Stellung als Aufsichtsbehörde oder im Rahmen von Rechtsmittelverfahren geschehen. Über allfällige personelle Massnahmen können an dieser Stelle keine Aussagen gemacht werden.

4. Weitere Bemerkungen zur Stellungnahme der Kantonspolizei?

Mit der Stellungnahme der Kantonspolizei, insbesondere zu der eingereichten Fotodokumentation der Beschwerdeführerin, ist klar dargetan, dass bei der Kantonspolizei keine Praxis besteht, wonach Fremdreklamen innerorts regelmässig bewilligt werden. Die einzigen Beispiele (Restaurant ..., S. 5 und ..., S. 8), welche zumindest einen Zusammenhang zum vorliegenden Beschwerdeverfahren aufweisen, wurden entweder nie bewilligt (...) oder lediglich aus Gründen des Vertrauensschutzes toleriert (...). Die Beschwerdeführerin vermag somit mit der Berufung auf das Rechtsgleichheitsgebot nichts zu ihren Gunsten abzuleiten. Ohnehin besteht kein Anspruch auf Gleichbehandlung im Unrecht.

d) aa) Im vorliegenden Zusammenhang besteht kein Anlass zur Annahme, dass die Kantonspolizei inskünftig vergleichbare Fälle anders beurteilen wird, als dies der Regierungsrat beschwerdeweise in Anwendung von Art. 96 Abs. 4 SSV tat. Es ist auch anzunehmen, dass andernfalls der Regierungsrat als Aufsichts- und Beschwerdeinstanz umgehend eingreifen würde.

bb) Es könnte indes für die Zukunft nützlich und empfehlenswert sein, wenn die Erstinstanz - in Rücksprache mit dem Regierungsrat - aufgrund der

dargelegten Rechtslage Grundkriterien erarbeitet, welche festlegen, wann, wo, in welcher Form, zu welchen zeitlichen Bedingungen (dauerhaft, temporär) Fremdreklamen innerorts aus strassenverkehrsrechtlicher Sicht grundsätzlich bewilligungsfähig sind und wie solche Fremdreklamen von den Eigenreklamen abzugrenzen sind (solche grundsätzlichen Überlegungen wären notabene über den hier umstrittenen Problembereich hinaus für sämtliche Strassenreklamen sinnvoll). Man wird sich dabei fragen müssen, ob man im Rahmen des Ermessensspielraums eine eher large oder strenge Praxis verfolgen will und wie man den Anliegen der Verkehrssicherheit am besten gerecht wird, ohne die grundsätzliche Bewilligungsfähigkeit in rechtswidriger Weise einschränken zu müssen (über interkantonale Kontakte könnte man zudem zu nützlichen Vergleichs- und Erfahrungsunterlagen gelangen). Die Praxis nur einzelfallweise «entwickeln» zu lassen, wäre in Anbetracht der nunmehr schon jahrzehntealten Rechtsnormen und dem grossen Bedürfnis nach Strassenreklamen unter dem Gesichtspunkt einer rechtsgleichen Handhabung ungenügend. Dass nebst der Beachtung solcher Grundkriterien immer auch noch die konkrete Situation mitbeurteilt werden muss, ist unbestritten.

cc) Besondere Beachtung ist den ohne Bewilligung und Bewilligungsgesuch aufgestellten wegweisenden Fremdreklamen zu schenken. Es kann nicht sein, dass jener Bürger, der ordnungsgemäss ein Gesuch einreicht, aber einen negativen Entscheid erhält, auf Dauer vom Staat schlechter gestellt wird als jener Bürger, der ohne Gesuchseinreichung und Bewilligungserteilung rechtswidrig, aber ohne rechtliche Konsequenzen (Einleitung nachträgliches Bewilligungsverfahren, Beseitigungsentscheid, Vollstreckungsverfügung etc.) ein *fait accompli* schafft. Allfällige personelle Engpässe bei der Erstinstanz vermögen diesen Zustand bzw. eine rechtsungleiche Behandlung nicht zu rechtfertigen. Sollte sich diese Situation in absehbarer Zeit nicht ändern, müsste dieser Aspekt unter dem Titel Anspruch auf Gleichheit im Unrecht neu überprüft werden.  
(VGE 1012/03 vom 26. Juni 2003)

Mit Urteil 2A.449/2003 vom 12. März 2004 hat das Bundesgericht eine gegen diesen Entscheid geführte Verwaltungsgerichtsbeschwerde abgewiesen und u.a. ausgeführt:

3. Mit der Verwaltungsgerichtsbeschwerde wird zunächst gerügt, die Reklametafeln seien zu Unrecht als Fremdreklame eingestuft worden.

3.1 Das in Art. 95 Abs. 4 und 5 SSV verwendete Kriterium des «örtlichen Zusammenhangs» zwischen Betrieb und Reklamestandort führt für sich allein zu keinem eindeutigen Ergebnis. Ein örtlicher Zusammenhang ist an sich gegeben, indem die Tafeln auf den hinterliegenden Betrieb aufmerksam machen wollen. Abzustellen ist aber auf die Umschreibung dieses Begriffs in Art. 95 Abs. 7 SSV («Reklame am Gebäude selbst oder in dessen unmittel-

## B. 12.1

barer Nähe (...) [z.B. Vorplatz, Betriebsareal, Garten]»). Nach dem Urteil des Bundesgerichts vom 25. Oktober 1985 (A. 482/1984), wo für eine ebenfalls 80 m von einem Hotelbetrieb entfernte Tafel die Voraussetzung der «unmittelbaren Nähe» noch bejaht worden war, könnten die vorliegenden Tafeln möglicherweise noch als Eigenreklame betrachtet werden. Eine solche weite Auslegung liesse sich mit der erwähnten Umschreibung in Art. 95 Abs. 7 SSV allerdings schwer vereinbaren. Kennzeichnend für eine Eigenreklame ist, dass sie auf dem Areal des betreffenden Betriebes und nicht auf einem Fremdgrundstück steht. Massgebend für die Abgrenzung sind dabei nicht die Eigentumsverhältnisse, sondern die Funktion des Areals. Vorliegend können die vorgesehenen Standorte der Tafeln auch bei grosszügiger Auslegung nicht mehr zum Betriebsareal des Cafés A gerechnet werden. Die Qualifizierung der betreffenden Tafel als Fremdreklame verstösst daher nicht gegen Bundesrecht.

3.2 Die Frage der Einstufung als Fremd- oder Eigenreklame ist vorliegend letztlich aber nicht entscheidend. Gemäss Art. 96 Abs. 4 SSV dürfen Strassenreklamen (d.h. sowohl Fremd- wie auch Eigenreklamen) nicht auf abseits der Strasse gelegene Ziele hinweisen (vgl. E. 2). Für die Wegweisung gelten die einschlägigen besonderen Vorschriften (Art. 49 ff. SSV). Das erwähnte Verbot von Art. 96 Abs. 4 SSV bezieht sich naturgemäss primär auf die Ausgestaltung von Fremdreklamen für abseits der Strasse gelegene, nicht direkt sichtbare Betriebe; bei Eigenreklamen auf dem von der Strasse her sichtbaren Betriebsareal besteht in der Regel kein Bedürfnis nach besonderer Signalisierung der Zufahrt. Die hier streitigen Tafeln erfüllen durch den vorgesehenen Richtungspfeil (nicht aber durch die Inschrift «Chum go luege», wie das Bundesamt für Strassen in seiner Vernehmlassung zu Recht feststellt) eine solche Wegweisungsfunktion und sind schon aus diesem Grunde unzulässig. Das Strassenverkehrsrecht unterscheidet zwischen Reklamen (Art. 6 SVG) und verkehrslenkenden Hinweisen (beispielsweise Wegweisern, welche nicht als Reklame, sondern als Signale im Sinne von Art. 5 SVG einzustufen sind [Urteil 2A.366/2003 vom 3. März 2004, E. 1.2.1]). Soweit eine Tafel eine verkehrsführende Funktion hat, muss sie den Normen über die Wegweisung (Art. 49 ff. SSV) entsprechen und, was den Hinweis auf abseits gelegene Gewerbe- oder Industriebetriebe betrifft, als Betriebswegweiser ausgestaltet sein. Ob vorliegend die Voraussetzungen für einen solchen Betriebswegweiser erfüllt wären (vgl. Art. 54 Abs. 4 SSV in Verbindung mit Ziff. 15 der Norm 640 817 c der Vereinigung Schweizer Strassenfachleute), ist mangels eines entsprechenden Gesuches nicht zu entscheiden. Schliesslich verstossen die streitigen Tafeln, wie das Bundesamt ebenfalls zutreffend feststellt, auch durch die Verbindung von Reklame mit dem Signal «Parkieren gestattet» gegen die geltenden Vorschriften (vgl. E. 2, am Ende).

4. Die Beschwerdeführerin beruft sich auf die Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) bzw. auf den darin enthaltenen Grundsatz der Gleichbehandlung der Gewerbetreibenden.

4.1 Nach dem Grundsatz der Gleichbehandlung der Gewerbetreibenden sind Massnahmen verboten, die den Wettbewerb unter direkten Konkurrenten verzerren bzw. nicht wettbewerbsneutral sind, namentlich wenn sie bezwecken, in den Wettbewerb einzugreifen, um einzelne Konkurrenten oder Konkurrentengruppen gegenüber anderen zu bevorzugen oder zu benachteiligen. Als direkte Konkurrenten gelten Angehörige der gleichen Branche, die sich mit dem gleichen Angebot an dasselbe Publikum richten, um das gleiche Bedürfnis zu befriedigen (BGE 125 I 431 E. 4b/aa S. 435 f.).

Die Beschwerdeführerin sieht den Grundsatz der Gleichbehandlung der Gewerbetreibenden verletzt, weil sie, die einen etwas von der Strasse zurückgesetzten Gastwirtschaftsbetrieb betreibt, mit Bezug auf die Werbemöglichkeiten gegenüber den unmittelbar an der Strasse gelegenen Betrieben benachteiligt werde.

Dieser Einwand ist nicht stichhaltig: Wer für einen Gastwirtschaftsbetrieb ein an der Strasse gelegenes Grundstück erwirbt, auf welchem er eine von der Strasse her sichtbare Eigenreklame aufstellen kann, muss hierfür regelmässig mehr aufwenden als für den Erwerb eines hinterliegenden Grundstückes, welches von der Strasse her nicht sichtbar und für Ortsunkundige nur aufgrund besonderer Hinweistafeln auffindbar ist, welche den strassenverkehrsrechtlich gebotenen Beschränkungen unterworfen sind. Der Grundsatz der Gleichbehandlung der Gewerbetreibenden bedeutet nicht, dass für alle hinterliegenden, aber noch in Strassennähe befindlichen Betriebe in gleicher Weise wie für die direkt an die Strasse anstossenden Betriebe entlang der Strasse Reklametafeln zugelassen werden müssten. Soweit im genannten Urteil A. 482/1984 aus dem Jahre 1985 eine gegenteilige Auffassung vertreten wurde, ist daran nicht festzuhalten.

4.2 Wohl fällt die Möglichkeit der Werbung in den Schutzbereich der Wirtschaftsfreiheit, doch kann dieses Grundrecht unter den in Art. 36 BV genannten Voraussetzungen eingeschränkt werden. Vorliegend hat der Gesetzgeber (Art. 6 SVG) dem Ordnungsgeber im Hinblick auf die mögliche Beeinträchtigung der Verkehrssicherheit die Befugnis eingeräumt, Reklamen und andere Ankündigungen im Bereich von Strassen einzuschränken bzw. zu verbieten (vgl. Urteil 2A.377/2002 vom 29. Januar 2003, E. 3.1). Dass die hier streitigen Reklametafeln für die Verkehrsteilnehmer für sich allein keine nennenswerte Gefahr darstellen bzw. die Fahrzeuglenker nicht ablenken würden, mag zutreffen. Es liegt aber auf der Hand, dass der Anbringung von Reklametafeln insgesamt gewisse Schranken gesetzt sein müssen, damit die Sicherheit des Strassenverkehrs nicht durch einen «Wald» solcher Tafeln beeinträchtigt wird. Der Ordnungsgeber hat sich mit den angeführten Vorschriften (vgl. E. 2) im Rahmen des Zulässigen und Vertretbaren gehalten, weshalb ihnen die Rechtsverbindlichkeit nicht abgesprochen werden kann.

Aus den genannten Gründen kann auch nicht von einer Verletzung der Eigentumsgarantie und der Meinungsäusserungsfreiheit die Rede sein.



## B. 12.1

5.1 Die Beschwerdeführerin rügt schliesslich eine Verletzung des Gleichheitsgebots und macht geltend, sie habe einen Anspruch auf Gleichbehandlung im Unrecht (S. 11 der Beschwerdeschrift). Diesen Anspruch begründet sie mit dem Argument, dass im Kanton Schwyz «mit Bezug auf sogenannte richtungsweisende Reklamen ein unübersehbarer Wildwuchs, jedenfalls keine einheitliche Praxis» bestehe. Der «geradezu notorisch vorherrschende Wirrwarr in der diesbezüglichen Bewilligungspraxis» ergebe sich insbesondere aus einer dem Verwaltungsgericht vorgelegten Fotodokumentation. Die Bewilligungsverweigerung sei vorliegend denn auch nur dadurch erklärbar, «dass man den (...) zuständigen Polizeibeamten schützen» wolle, welcher erklärt habe, dass die fragliche Reklame «nur über seine Leiche bewilligt werde» (S. 10 der Beschwerdeschrift).

5.2 Der Grundsatz der Gesetzmässigkeit der Verwaltung geht dem Gleichheitsprinzip in der Regel vor. Hat eine Behörde in einem Fall eine vom Gesetz abweichende Entscheidung getroffen, so gibt dies dem Bürger, der sich in der gleichen Lage befindet, grundsätzlich keinen Anspruch darauf, ebenfalls abweichend von der Norm behandelt zu werden. Weicht die Behörde jedoch nicht nur in einem oder in einigen Fällen, sondern in ständiger Praxis vom Gesetz ab, und gibt sie zu erkennen, dass sie auch in Zukunft nicht gesetzeskonform entscheiden werde, so kann der Bürger verlangen, gleich behandelt, d.h. ebenfalls gesetzwidrig begünstigt zu werden. Nur wenn eine Behörde nicht gewillt ist, eine rechtswidrige Praxis aufzugeben, überwiegt das Interesse an der Gleichbehandlung der Betroffenen gegenüber demjenigen an der Gesetzmässigkeit. Äussert sich die Behörde nicht über ihre Absicht, so ist anzunehmen, sie werde aufgrund der Erwägungen des bundesgerichtlichen Urteils zu einer gesetzmässigen Praxis übergehen (BGE 122 II 446 E. 4a S. 451 f., mit Hinweisen).

5.3 Das Verwaltungsgericht hat sich mit dem Vorwurf, im Kanton Schwyz bestehe für Strassenreklamen eine uneinheitliche Bewilligungspraxis, ausführlich auseinander gesetzt (E. 4., S. 8-10 des angefochtenen Entscheides). Nach seinen für das Bundesgericht grundsätzlich verbindlichen Feststellungen gibt es im Kanton Schwyz sowohl innerorts wie ausserorts verschiedene wegweisende Reklamen, die den Vorschriften von Art. 96 Abs. 4 SSV nicht entsprechen, wobei die meisten bewilligungslos («wild») aufgestellt worden sind. Aufgrund der im Laufe der Beschwerdeinstruktion eingeholten Stellungnahmen von Kantonspolizei und Justizdepartement durfte das Verwaltungsgericht aber zulässigerweise davon ausgehen, dass die zuständigen Behörden in Zukunft gewillt und in der Lage sind, die geltenden Vorschriften durchzusetzen. Hinzu kommt, dass kaum eine fotografisch festgehaltene Situation, aus der die Beschwerdeführerin einen Anspruch auf Gleichbehandlung im Unrecht ableiten will, mit den vorliegenden Gegebenheiten vergleichbar ist. Im Übrigen gäbe eine allfällige rechtswidrige Erteilung von Bewilligungen in einzelnen Fällen der Beschwerdeführerin noch keinen Anspruch auf Gleichbehandlung im Unrecht (E. 5.2). Ihre Rüge, die zustän-

digen Behörden hätten ihr aus Gründen der Rechtsgleichheit die angebehrte Bewilligung erteilen müssen, dringt damit nicht durch.

6. Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde erweist sich als unbegründet und ist abzuweisen, zumal auch für die Bewilligung des Eventualantrages (Weglassen des Richtungspfeils, S. 11 der Beschwerdeschrift) kein Raum besteht (die Kombination von Reklame [«Café A...»] und Signal [«Parkieren gestattet»] ist, wie erwähnt, unzulässig).

(BGE 2A.449/2003 vom 12. März 2004).

## **15. Ausländerrecht**

### **15.1 Nichtverlängerung der Aufenthaltsbewilligung**

- *Bei gerichtlicher Trennung (ohne ernsthafte Aussichten auf Wiedervereinigung) hat die im Familiennachzug eingereiste Ausländerin (mit Aufenthaltzweck: Verbleib beim in der Schweiz niederlassungsberechtigten Ehe-mann) keinen Anspruch auf Verlängerung ihrer Aufenthaltsbewilligung.*
- *Die auf die Staatsangehörigkeit und verstärkte Integration abstellende Differenzierung hinsichtlich der ausländerrechtlichen Wirkungen bei Ehen von Schweizern mit Ausländern bzw. von Ausländern unter sich ist nicht diskriminierend (Erw. 5c).*
- *Keine Beiladung des Arbeitgebers (Erw. 3).*

*Aus dem Sachverhalt:*

Die Beschwerdeführerin kam im Januar 2001 im Rahmen eines Familiennachzugs zu ihrem in der Schweiz über eine Niederlassungsbewilligung verfügenden Mann. Im Jahre 2002 wurde im Heimatland der Ehegatten das Scheidungsverfahren eingeleitet. Seit dem Februar 2003 leben die Gatten gerichtlich getrennt.

*Aus den Erwägungen:*

3. a) Die Beschwerdeführerin beantragt, die Betriebskommission des Altersheims X, bzw. eventuell (...) seien als Nebenpartei in das Verfahren einzubeziehen.

b) Werden durch eine Verfügung oder einen Entscheid voraussichtlich schützenswerte Interessen eines Dritten betroffen, so kann ihn die Behörde auf sein Gesuch hin oder auf Antrag einer Partei oder von Amtes wegen als Nebenpartei in das Verfahren einbeziehen. Der Beigeladene kann im Verfahren Parteirechte ausüben; er kann Anträge nur zu Gunsten oder zu Lasten der

## B. 15.1

Hauptparteien stellen. Die Verfügung oder der Entscheid wird auch gegenüber dem Beigeladenen rechtswirksam (§ 14 VRP).

c) Zweck der Beiladung ist es, die Rechtskraft des Entscheides auf Drittpersonen auszudehnen, die nicht Verfahrenspartei sind, durch den ausstehenden Entscheid aber voraussichtlich in ihren schützenswerten Interessen betroffen werden. Diese Rechtskraftausdehnung verhindert ein zweites Verfahren über den gleichen Streitgegenstand. Die Beiladung dient der Prozessökonomie, der Rechtssicherheit und den Interessen Dritter. In der Praxis wird den Verfügungs- und Entscheidungsinstanzen bei der Frage, ob eine Beiladung anzuordnen ist, ein gewisser Ermessensspielraum eingeräumt. Das Verwaltungsgericht bejaht das Beiladungsinteresse umso eher, wenn der Beizuladende zur Sachverhaltsermittlung Wesentliches beitragen kann (VGE 539/92Z vom 12.5.1992, Erw. 2a; VGE 594/95Z vom 20.7.1995, Erw. 2; EGV-SZ 1990, S. 17; EGV-SZ 1995, Nr. 1 Erw. 2; Merkli/ Aeschlimann/ Herzog, a.a.O. Art. 14 Rz. 1).

d) Zu beachten ist, dass der Entscheid über die Verlängerung bzw. Nichtverlängerung der Aufenthaltsbewilligung (für einen ausländischen Staatsangehörigen) keiner Rechtskraftausdehnung auf den (jeweiligen) Arbeitgeber bedarf. Dies wurde im angefochtenen RRB in Erwägung 2.3 zutreffend dargelegt. Beizupflichten ist auch dem regierungsrätlichen Hinweis, dass das Interesse eines Arbeitgebers an einer ausländischen Arbeitskraft grundsätzlich im Verfahren um Erteilung der Arbeitsbewilligung zu würdigen ist. Des Weiteren machte die Betriebskommission des betreffenden Altersheims (...) im Verfahren vor Verwaltungsgericht kein Beiladungsinteresse geltend. Ein solches ist auch nicht ersichtlich. Soweit die Beschwerdeführerin sich darauf beruft, dass eine Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung im Interesse des betreffenden Altersheims liege, übersieht sie, dass allfällige Sachverhaltsfragen zum bisherigen Arbeitsverhältnis im Rahmen des Beweisverfahrens geklärt werden können, ohne dass ein Einbezug des Arbeitgebers als Nebenpartei ins Beschwerdeverfahren erforderlich ist. (...) Aus all diesen Gründen hat das Verwaltungsgericht keinen Anlass, dem Beiladungsbegehren der Beschwerdeführerin stattzugeben.

4. a) Gemäss Art. 1a des Bundesgesetzes über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer vom 26. März 1931 (ANAG, SR 142.20) ist der Ausländer zur Anwesenheit auf Schweizer Boden berechtigt, wenn er eine Aufenthalts- oder Niederlassungsbewilligung besitzt oder wenn er nach diesem Gesetz keiner solchen bedarf. Nach Art. 4 ANAG entscheidet die Behörde im Rahmen der gesetzlichen Vorschriften und der Verträge mit dem Ausland nach freiem Ermessen über die Bewilligung von Aufenthalt oder Niederlassung. Dabei sind die geistigen und wirtschaftlichen Interessen des Landes, der Grad der Überfremdung und die Lage des Arbeitsmarktes zu berücksichtigen (vgl. Art. 16 Abs. 1 ANAG; Art. 8 der Vollziehungsverordnung zum ANAG, ANAV, SR 142.201).

b) Die Aufenthaltsbewilligung ist stets befristet. Sie kann mit Bedingungen verbunden werden (vgl. Art. 5 Abs. 1 ANAG). Die Aufenthaltsbewilligung erlischt u.a. mit dem Ablauf der Bewilligungsfrist, sofern diese nicht verlängert worden ist (vgl. Art. 9 Abs. 1 lit. a ANAG).

Wie im angefochtenen RRB (Erw. 3.1) zutreffend ausgeführt wurde, hat nach geltender Rechtsprechung der Ausländer, der nur über eine befristete Bewilligung verfügt, grundsätzlich - unter Vorbehalt staatsvertraglicher (was vorliegend nicht gegeben ist) oder gesetzlicher Ausnahmenvorschriften - keinen Rechtsanspruch auf Anwesenheit in der Schweiz bzw. auf eine fremdenpolizeiliche Bewilligung zur Erneuerung der Aufenthaltsbewilligung (vgl. VGE 1033/01 vom 14. März 2002, Erw. 1b mit Hinweisen). Dies gilt auch dann, wenn die Aufenthaltsbewilligung im Rahmen des Familiennachzugs ausserhalb des Ausländerkontingents erteilt worden ist (vgl. VGE 1040/97 vom 22. August 1997, Erw. 3b mit Hinweis auf VGE 721/95 vom 22. März 1996, Erw. 1b).

Gemäss Art. 10 Abs. 2 ANAV ist die Dauer der Bewilligung nach dem Zweck des Aufenthalts und der Lage des Arbeitsmarktes zu bestimmen, bei der Verlängerung auch nach dem bisherigen Verhalten des Ausländers. Die vom Ausländer im Bewilligungsverfahren übernommenen Verpflichtungen und abgegebenen Erklärungen, besonders über den Zweck des Aufenthalts, gelten als ihm auferlegte Bedingungen (vgl. Art. 10 Abs. 3 ANAV). Liegen diese Zulassungsbedingungen nicht mehr vor, kann die Aufenthaltsbewilligung folglich widerrufen werden (vgl. Art. 9 Abs. 2 lit. b ANAG) oder deren Verlängerung verweigert werden (vgl. Art. 4 ANAG). Das freie Ermessen im Sinne von Art. 4 ANAG ist, wie jedes staatliche Handeln, nicht nach Belieben wahrzunehmen, sondern pflichtgemäss, insbesondere unter Beachtung des Willkürverbotes und des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit (vgl. BGE 122 I 272, Erw. 3b mit Verweis auf Kottusch, Das Ermessen der kantonalen Fremdenpolizei und seine Schranken, in ZBl 91/1990, S. 168ff.). Im Weiteren ist bei der Nichterneuerung oder dem Widerruf einer Aufenthaltsbewilligung analog wie bei der Ausweisung eine Interessenabwägung vorzunehmen und das Verhältnismässigkeitsprinzip zu wahren (vgl. VGE 1033/01 vom 14. März 2002, Erw. 1c mit Hinweisen auf VGE 1049/98 vom 22. Okt. 1998, Erw. 1c, Prot. S. 1086 mit Hinweisen auf Art. 11 Abs. 3 ANAG, Art. 16 Abs. 3 ANAV; BGE 93 I 10 E. 4).

c) Massgebend für die Beurteilung der Frage, ob eine Aufenthaltsbewilligung verlängert werden soll, sind grundsätzlich u.a. die Dauer der Anwesenheit in der Schweiz, die familiären Verhältnisse in der Schweiz und im Heimatland, der Integrationsgrad, das persönliche Verhalten und der Zweck des Aufenthaltes (vgl. zit. VGE 1049/98 vom 22. Okt. 1998, mit Hinweisen auf Art. 16 Abs. 3 ANAV; VGE 1040/97 vom 22. August 1997, S. 6 E. 5a; vgl. Kottusch, a.a.O. ZBl 1990, S. 172; VGE 1025/98 vom 19. Juni 1998, E. 3c, Prot. 552). Wenn der Ausländer mit Jahresaufenthaltsbewilligung im Vergleich zum Niedergelassenen umfassendere Entfernungsgründe in Kauf zu nehmen hat, so gilt es diesbezüglich noch darauf hinzuweisen, dass selbst die

## B. 15.1

gleiche Kategorie von Aufenthaltsbewilligung je nach Bewilligungsgrund und -zweck nicht die gleiche rechtliche Stellung verschafft (vgl. VGE 1033/01 vom 14. März 2002, Erw. 1c mit Verweis auf Spescha Marc, Handbuch zum Ausländerrecht, 1999, S. 65).

Als Ausnahme vom Grundsatz, wonach kein Anspruch auf Erteilung bzw. Verlängerung einer Aufenthaltsbewilligung besteht, normiert Art. 17 Abs. 2 Satz 1 (2. Teilsatz) ANAG, dass dann, wenn ein Ausländer im Besitz der Niederlassungsbewilligung ist, sein Ehegatte Anspruch auf Erteilung und Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung hat, *solange die Ehegatten zusammen wohnen*. Nach einem ordnungsgemässen und ununterbrochenen Aufenthalt von fünf Jahren hat der Ehegatte ebenfalls Anspruch auf die Niederlassungsbewilligung (vgl. Art. 17 Abs. 2 Satz 2 ANAG).

5. a) Im vorliegenden Fall ist unbestritten, dass sich die Beschwerdeführerin auf keine aus einem zwischen der Schweiz und ihrem Heimatland (...) abgeschlossenen Vertrag hergeleiteten Ansprüche auf Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung berufen kann. Solche staatsvertraglichen Ansprüche sind auch nicht ersichtlich.

b) Beizupflichten ist der Vorinstanz, dass sich die Beschwerdeführerin auch nicht auf die in Art. 8 Ziff. 1 EMRK verankerte Garantie des Familienlebens berufen kann. Nachdem die Beschwerdeführerin erwiesenermassen derzeit von ihrem Ehegatten getrennt lebt (vgl. ...), fehlt die in der Rechtsprechung präzierte Voraussetzung, wonach eine familiäre Beziehung tatsächlich gelebt werden und intakt sein muss, damit das der zuständigen Behörde durch Art. 4 ANAG grundsätzlich eingeräumte freie Ermessen eingeschränkt wird (vgl. BGE 127 II 64 unten; BGE 126 II 427; BGE 120 Ib 21; vgl. auch Mark E. Villiger, Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention, 2.A., S. 365f.;).

c) Gemäss Art. 7 Abs. 1 ANAG hat der ausländische Ehegatte eines Schweizer Bürgers Anspruch auf Erteilung und Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung. Nach einem ordnungsgemässen und ununterbrochenen Aufenthalt von fünf Jahren hat er Anspruch auf die Niederlassungsbewilligung. Der Anspruch erlischt, wenn ein Ausweisungsgrund vorliegt. In dieser Fallkonstellation hat der Gesetzgeber darauf verzichtet, die Erteilung der Aufenthaltsbewilligung vom ehelichen Zusammenleben abhängig zu machen (vgl. BGE 128 II 151, Erw. 2.2 mit Verweis auf BGE 118 Ib 145 Erw. 3, S. 149ff.; vgl. auch Spescha, a.a.O., S. 111f.).

Demgegenüber hat der Gesetzgeber bei einer Ehe zwischen ausländischen Staatsangehörigen (wobei der eine Ehegatte in der Schweiz niederlassungsberechtigt ist), in Art. 17 Abs. 2 ANAG den Anspruch auf Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung ausdrücklich an die Bedingung «solange die Ehegatten zusammenwohnen» geknüpft. Auch wenn die Beschwerdeführerin (unter Hinweis auf einen Artikel von Marc Spescha in der Zeitschrift plädoyer 2/02,

S. 32ff.: «Fremdenpolizei als Scheidungsrichterin») Kritik an dieser vom Gesetzgeber getroffenen unterschiedlichen Regelung (für Ehen «Ausländer/in - Schweizerin/Schweizer» einerseits und für «Ausländer/in - Ausländerin/ Ausländer mit Niederlassungsberechtigung» andererseits) vorbringt, hat das Verwaltungsgericht keinen Anlass, diese in Art. 17 Abs. 2 Satz 1 in fine ANAG festgelegte Bedingung für nicht anwendbar zu erklären. Dies gilt erst recht als nach Art. 191 BV Bundesgesetze (und Völkerrecht) für das Bundesgericht und die anderen rechtsanwendenden Behörden massgebend sind. Danach ist es nicht nur dem Bundesgericht, sondern auch dem Verwaltungsgericht verwehrt, einem Bundesgesetz mit der Begründung, es sei verfassungswidrig, die Anwendung zu versagen (vgl. BGE 129 II 263 Erw. 5.4). In diesem Sinne kann die Beschwerdeführerin aus dem Diskriminierungsverbot im Hinblick auf die vom Gesetzgeber in Art. 17 Abs. 2 Satz 1 ANAG statuierte Bedingung des Zusammenlebens nichts zu ihren Gunsten ableiten. Abgesehen davon ist nicht ersichtlich, dass das Bundesgericht in seiner (jüngsten) Rechtsprechung die vorgenannte, vom Gesetzgeber festgelegte Bedingung ausser Kraft gesetzt hätte. Dies wird notabene von der Beschwerdeführerin auch nicht substantiiert dargelegt. Im Übrigen ist darin, dass bei Ausländererehen mit einem niederlassungsberechtigten Ehegatten alle Ausländer von der erwähnten Bedingung in Art. 17 Abs. 2 ANAG gleichermassen betroffen sind, keine Diskriminierung zu erblicken.

Zusammenfassend fällt ein Anspruch auf Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung im Sinne von Art. 17 Abs. 2 ANAG im konkreten Fall mangels Zusammenlebens der Ehegatten ausser Betracht.

6. In der Folge hat die Vorinstanz zu Recht geprüft, ob die Jahresaufenthaltsbewilligung der Beschwerdeführerin auch ohne Rechtsanspruch gestützt auf Art. 4 ANAG verlängert werden kann. Dabei sind im Ergebnis die weiteren Erwägungen der Vorinstanz nicht zu beanstanden, namentlich:

- dass ein weiterer Verbleib der Beschwerdeführerin in der Schweiz trotz Auflösung des gemeinsamen Haushaltes nicht zum Vornherein ausgeschlossen ist, allerdings aber ins freie Ermessen der kantonalen Fremdenpolizeibehörden gestellt ist,
- dass eine kantonale Verpflichtung zur Verlängerung nicht besteht,
- dass - nachdem der ursprüngliche Aufenthaltswitz infolge gerichtlicher Trennung dahingefallen ist - eine Verlängerung praxismässig nur ausnahmsweise in Betracht kommt,
- dass die üblichen, mit der Nichtverlängerung einer Aufenthaltsbewilligung verbundenen Konsequenzen grundsätzlich nicht zu berücksichtigen sind,
- dass sich der fremdenpolizeiliche Ermessensentscheid an den drei Hauptfunktionen des Ausländerrechts (Entfernung/Fernhaltung unerwünschter Ausländer; Überfremdungsabwehr; Regulierung des Arbeitsmarktes) zu orientieren hat, wobei hier im Sinne der neueren Stabilisierungspolitik des Bundes und angesichts des Anteils der ausländischen Bevölkerung eine restriktive Bewilligungspolitik zulässig ist,

## B. 16.1

- dass sich die Beschwerdeführerin erst seit dem 14. Januar 2001 in der Schweiz aufhält und das gemeinsame Eheleben mit dem niedergelassenen Ehegatten verhältnismässig kurz war (vgl. die im Oktober 2002 in ... eingeleitete Scheidungsklage), weshalb noch nicht von einer besonders ausgeprägten Integration in der Schweiz auszugehen ist, auch wenn ihre seit dem 1. Januar 2002 ausgeübte Erwerbstätigkeit als Krankenschwester in einem Alters- und Pflegeheim sehr geschätzt wird,
  - und dass die relativ sichere Anstellung als Krankenschwester und gewisse Schwierigkeiten bei der Rekrutierung von Pflegepersonal an sich für einen Verbleib in der Schweiz sprechen, indessen auch zu berücksichtigen ist, dass die Arbeitsbewilligung der Beschwerdeführerin von Anfang an nur provisorisch war, da sie vom abgeleiteten Anwesenheitsrecht abhängt (vgl. die vorinstanzlichen Ausführungen in Erw. 5.1 bis 6.3).
- (VGE 1058/03 vom 18. Dezember 2003).

Auf die gegen diesen Entscheid erhobene Verwaltungsgerichtsbeschwerde und staatsrechtliche Beschwerde ist das Schweizerische Bundesgericht mit Urteil 2A.83/2004 vom 12. Februar 2004 nicht eingetreten.

## 16. ZGB und EG ZGB

### 16.1 Fürsorgerische Freiheitsentziehung (FFE, Art. 397a ff. ZGB)

- *Haupt- und Nebenzuständigkeit.*

*Aus den Erwägungen:*

Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang noch auf die gesetzlichen Zuständigkeiten zur Anordnung der fürsorgerischen Freiheitsentziehung (FFE).

- Die *Hauptzuständigkeit* für die Anordnung der FFE liegt bei der Vormundschaftsbehörde. Sie ist immer dann zuständig, wenn die Voraussetzungen nach Art. 397a ZGB erfüllt sind. Ist eine Person psychisch krank, so hat die Vormundschaftsbehörde die Einweisung unter Beizug eines Sachverständigen (Arzt) vorzunehmen (Art. 397e Ziff. 5 ZGB). Dies besagt nicht, dass bei psychisch Kranken ein Arzt einweisen muss, sondern nur, dass die Meinung eines Arztes einzuholen ist, wobei der Arzt diese Meinung grundsätzlich schriftlich abzugeben hat, damit sie auch dokumentiert ist.
- Die *Nebenzuständigkeit* für die Anordnung der FFE liegt bei jedem in der Schweiz zur selbständigen Berufsausübung zugelassenen Arzt. Die Befugnis der Ärzte ist aber im Vergleich zu jener der Vormundschaftsbehörde

eingeschränkt. Ärzte dürfen nur einweisen, wenn neben den Voraussetzungen des Art. 397a ZGB (Schwächezustand + Notwendigkeit der Fürsorge in einer Anstalt [Klinik]) zusätzlich noch *Gefahr im Verzuge* gegeben ist. Dieser altertümliche Begriff besagt, unmittelbare Gefahr für Leib und Leben, die durch sofortiges Handeln abzuwenden ist (vgl. E. Spirig, ZH-Kommentar, N. 23 ff. zu Art. 397b ZGB). Bei einem Alkoholiker, der seit längerer Zeit in tiefe Sucht abgedriftet ist und der sich im Zustand zunehmender Verwahrlosung befindet, dürfte es fraglich sein, ob das Kriterium «Gefahr im Verzuge» erfüllt ist. Dies besagt nicht, dass in einem solchen Fall der FFE nicht gerechtfertigt ist, sondern nur, dass die Anordnung diesfalls eben nicht durch den Arzt, sondern durch die Vormundschaftsbehörde des Wohnortes zu erfolgen hat, wobei es zweckdienlich ist, dass der Arzt einen Bericht über die Notwendigkeit des FFE an die Vormundschaftsbehörde schreibt, welche alsdann verfügt. Ist die «Gefahr im Verzuge» nicht gegeben oder zweifelhaft, ist die Anordnung durch die Vormundschaftsbehörde auch deshalb vorzuziehen, weil einerseits die Streitfrage, ob Gefahr im Verzug erfüllt ist, damit obsolet wird und weil andererseits die zeitliche Befristung der Einweisung (§ 36b Abs. 2 EGZGB) damit hinfällig wird. (VGE 860/03 vom 15. April 2003).

## 16.2 Fürsorgerische Freiheitsentziehung (FFE, Art. 397a ff. ZGB)

– *Präsidialverfügungen sind der Kollegialbehörde zur Genehmigung zu unterbreiten.*

*Aus dem Sachverhalt:*

Nach einer ärztlich verfügten fürsorgerischen Freiheitsentziehung (FFE) hatte der Präsident der Vormundschaftsbehörde nach Anhörung der Patientin in der Klinik verfügt, dass die FFE durch die Vormundschaftsbehörde verlängert werde und die Patientin in der Klinik zurückzubehalten sei.

*Aus den Erwägungen:*

4. Die Vorinstanz führt in den Erwägungen der angefochtenen Verfügung aus, vorliegend habe der Präsident der Vormundschaftsbehörde infolge Dringlichkeit zu verfügen. An der nächsten Sitzung habe er der Gesamtbehörde darüber einzig zu berichten (Kenntnisnahme). Eine ausdrückliche Bestätigung seiner Verfügung sei nicht notwendig, um die Präsidialverfügung rechtskräftig werden zu lassen (Ziff. 6 der Verfügung v. 25. April 2003). Zu dieser Erwägung sind im Hinblick auf künftige Fälle folgende Präzisierungen anzubringen:



## B. 16.2

- Im Bereich der fürsorglichen Freiheitsentziehung ist rasches Handeln häufig erforderlich. Insbesondere gilt dies auch für Rückbehaltungsverfügungen, welche im Anschluss an ärztlich angeordnete, auf maximal 20 Tage befristete, Einweisungen erfolgen. So schreibt § 36b Abs. 2 EGZGB (SRSZ 210.100) für diesen Fall vor, dass die Vormundschaftsbehörde unverzüglich über die Weiterführung oder Aufhebung der Massnahme entscheidet. Aus rechtsstaatlichen Gründen, aber auch aus Gründen der Staatshaftung ist es wichtig, dass für fürsorgliche Freiheitsentzüge immer und nahtlos ein Rechtstitel besteht. Im Milizsystem organisierte Kollegialbehörden können vielfach nicht rechtzeitig einberufen werden, um das gesetzlich gebotene, unverzügliche Handeln zu gewährleisten. Für die kommunale Ebene sieht deshalb § 53 des Gemeindeorganisationsgesetzes (GOG, SRSZ 152.100) vor, dass die Präsidenten von Behörden und Kommissionen, welchen selbständige Befugnisse zukommen, vorsorgliche Verfügungen und Anordnungen treffen können, wenn die Kollegialbehörde (hier Vormundschaftsbehörde) nicht rechtzeitig einberufen werden kann. Mithin war der Präsident der Vormundschaftsbehörde zum Erlass der angefochtenen Rückbehaltungsverfügung befugt.
- Solche vorsorglichen Verfügungen sind indessen gemäss § 53 Abs. 3 GOG der nächsten Sitzung der Vormundschaftsbehörde *zur Genehmigung zu unterbreiten*. Es geht mithin nicht – wie in der angefochtenen Verfügung ausgeführt wird – um eine blossе Kenntnisnahme durch die Kollegialbehörde. Die Genehmigung (ex nunc, d.h. mit Wirkung ab dem Zeitpunkt des Genehmigungsaktes) bedeutet qualitativ deutlich mehr als eine blossе Kenntnisnahme. Mit der Genehmigung wird die Präsidialverfügung zur Kollegialverfügung. Die Kollegialbehörde übernimmt mit der Genehmigung die volle Verantwortung für den Inhalt der Verfügung. Die Kollegialbehörde kann auch einer Präsidialverfügung die Genehmigung verweigern, womit die Präsidialverfügung dahinfällt. Wirkung entfaltet eine solche allfällige Genehmigungsverweigerung allerdings erst ab dem Zeitpunkt der Nichtgenehmigung. Demgegenüber hätte eine blossе Kenntnisnahme lediglich Orientierungsfunktion ohne Mitwirkung und Verantwortung durch die Kollegialbehörde.
- Richtig ist die vorinstanzliche Feststellung, wonach die Rechtskraft einer Präsidialverfügung nicht erst mit der Genehmigung durch die Kollegialbehörde eintritt. Formell rechtskräftig wird eine präsidiale FFE-Verfügung, sofern der betroffene Verfügungsadressat nicht innert zehn Tagen nach der Mitteilung schriftlich das Verwaltungsgericht anruft (vgl. Art. 397d Abs. 1 ZGB, i.V. mit § 8 lit. a EGZGB). Erfolgt die Genehmigung durch die Vormundschaftsbehörde mehr als zehn Tage nach Erlass der Präsidialverfügung und ist die Präsidialverfügung unangefochten geblieben, so geht es mithin um die Genehmigung einer formell bereits rechtskräftigen Verfügung. Weitere Erörterungen zur Frage der Rechtskraft von FFE-Verfügungen, die ohnehin nur in formelle, nicht aber in materielle Rechtskraft erwachsen, erübrigen sich aber; denn von praktischer Bedeutung für die Vormundschaftsbehörde und die Anstalt ist weniger die Frage der Rechts-

kraft, als vielmehr die Frage der Wirksamkeit und Vollstreckbarkeit einer FFE-Verfügung. Jede FFE-Verfügung (unabhängig darum, ob es sich um eine vorsorgliche Präsidialverfügung, eine Kollegialverfügung der Vormundschaftsbehörde oder um eine ärztliche Verfügung handelt) wird sofort mit dem Erlass wirksam und vollstreckbar, sofern in der Verfügung selbst nichts Gegenteiliges angeordnet wird (vgl. hiezu Art. 397e Ziff. 4 ZGB, wonach die Anrufung des Gerichts nicht von Amtes wegen aufschiebende Wirkung hat). Wenn eine befristete ärztliche Einweisungsverfügung durch eine vorsorgliche Präsidialverfügung abgelöst wird, so ist somit die Präsidialverfügung ein vollstreckbarer Rechtstitel zur Zurückbehaltung eines Patienten/in in der Klinik, auch wenn die Genehmigung der Kollegialbehörde noch aussteht.  
(VGE 868/03 vom 16. Mai 2003).

### 16.3 Vormundschaftswesen

– *Rechtsmittelordnung im Bereich Vormundschaftswesen.*

1. b) Nach Art. 373 Abs.1 ZGB bestimmen die Kantone die für die Entmündigung zuständigen Behörden und das Verfahren. Im Kanton Schwyz ist die Vormundschaftsbehörde, welche aus 3 bis 5 Mitgliedern besteht, die der Gemeinderat aus seiner Mitte wählt, u.a. für die Bestellung des Vormundes und die Aufhebung der Vormundschaft zuständig (vgl. §§ 4, 27 und 28 des kantonalen Einführungsgesetzes zum schweizerischen ZGB, EGzZGB, SRSZ 210.100). Als vormundschaftliche Aufsichtsbehörde im Sinne von Art. 361 ZGB hat der kantonale Gesetzgeber den Regierungsrat bestimmt (vgl. § 7 Abs.1 EGzZGB).

c) Art. 420 Abs.1 ZGB räumt dem Bevormundeten, der urteilsfähig ist, sowie jedermann, der ein Interesse hat, das Recht ein, gegen Handlungen des Vormundes bei der Vormundschaftsbehörde Beschwerde zu führen. Nach Art. 420 Abs.2 ZGB kann sodann gegen Beschlüsse der Vormundschaftsbehörde binnen zehn Tagen nach deren Mitteilung bei der Aufsichtsbehörde Beschwerde geführt werden. Somit ist der Regierungsrat zuständig, Beschwerden gegen Verfügungen und Entscheide der Vormundschaftsbehörde zu beurteilen (vgl. § 7 Abs.1 EGzZGB; hinsichtlich der Zuständigkeit der Aufsichtsbehörde für die Anfechtung der Wahl eines Vormundes, vgl. Art. 388 Abs.3 ZGB).

d) Beschwerdeentscheide des Regierungsrates können grundsätzlich nach § 51 lit.a VRP beim Verwaltungsgericht angefochten werden (vgl. auch VGE 836/98 vom 22. Juli 1998 i.Sa. B., Erw.1, wonach die Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts nach dem System der Generalklausel mit negativem Enumerationskatalog für Beschwerden im Zusammenhang mit der Errichtung

## B. 16.3

einer Vormundschaft gegeben ist). Die Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts ist namentlich dann zu bejahen, wenn es um «civil rights» im Sinne von Art. 6 Ziff.1 EMRK geht und deswegen der kantonale Rechtsmittelweg so auszugestalten ist, dass «wenigstens in einer Instanz ein Gericht mit umfassender Kognition die Rechts- und Tatfragen prüft» (vgl. Hans Michael Riemer, Grundriss des Vormundschaftsrechts, 2.A., S.62, N 61 zu § 4 betr. Entmündigungsverfahren und weiteren Hinweisen; vgl. auch BGE 118 Ia 473 und VGE 623/94 vom 27. Okt. 1994, Erw.1, Prot. S. 1153 ff.). Die Strassburger Organe haben die zwischen Zivil- und Verwaltungsrecht befindlichen Akte der freiwilligen Gerichtsbarkeit, zu welchen auch das Vormundschaftsrecht gehört, den Anforderungen des Art. 6 Ziff.1 EMRK unterworfen, so namentlich alle Rechte, die das Familienleben betreffen (vgl. Kley-Struller, Art. 6 EMRK als Rechtsschutzgarantie gegen die öffentliche Gewalt, S.26). Mithin fallen grundsätzlich auch Begehren betreffend Ausgestaltung von Besuchsregelungen (hier zwischen der entmündigten Person und Familienangehörigen) in den Anwendungsbereich von Art. 6 Ziff.1 EMRK, weshalb diesbezüglich gegen einen Regierungsratsentscheid, welcher eine Einschränkung des Besuchsrechts enthält, eine Beschwerde ans Verwaltungsgericht zuzulassen ist. In diesem Zusammenhang kann aus Art. 420 Abs.2 ZGB nicht abgeleitet werden, dass gegen den Entscheid der vormundschaftlichen Aufsichtsbehörde, als welche im Kanton Schwyz der Regierungsrat fungiert, keine Beschwerde an ein kantonales Gericht bzw. an das Verwaltungsgericht zulässig sei (vgl. dazu Thomas Geiser in: Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, BSK ZGB I, 2.A., Art. 420 N 16).

e) Was das Recht von Dritten zur Beschwerdeführung in Vormundschaftsachen anbelangt, drängen sich folgende Bemerkungen auf. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtes dient das Rechtsmittel in erster Linie dazu, die vormundschaftlichen Behörden zu einem gesetzmässigen Verhalten und zur Wahrung der Interessen derjenigen, für die sie tätig werden muss, anzuhalten (vgl. BGE 121 III 3 mit Hinweisen). Zur Beschwerde legitimiert ist nicht nur ein Dritter, der Mündelinteressen wahrnimmt, sondern auch derjenige, der eine Verletzung eigener Rechte geltend macht oder an der Beschwerdeführung selbst interessiert ist (vgl. BGE 121 III 3 mit Verweisen, u.a. auf BGE 113 II 232). Demnach ist die Legitimation eines Dritten zur Beschwerdeführung gemäss Art. 420 ZGB zu bejahen, sofern dieser sich auf die Interessen der schutzbedürftigen Person beruft oder die Verletzung eigener Rechte oder Interessen geltend macht.

Eine solche Beschwerdelegitimation ist für Dritte auch dann gegeben, wenn es um die Wahl eines Vormundes geht, da nach Art. 388 Abs.2 ZGB jedermann, der ein Interesse hat, die Wahl binnen zehn Tagen, nachdem er von ihr Kenntnis erhalten hat, als gesetzwidrig anfechten kann. Ob es sich mit der Beschwerdelegitimation eines Dritten anders verhält, wenn es um die Amtsenthebung oder Abberufung eines Vormundes geht, ist fraglich, braucht hier aber nicht abschliessend behandelt zu werden. Denn auch dann, wenn dem Bruder des Mündels ein eigenes, unmittelbares und schützenswertes

Interesse im Sinne von § 37 lit.a VRP an der Anfechtung eines Entscheides, mit welchem die Abberufung des für die Schwester eingesetzten Vormundes abgelehnt wird, zugestanden wird, ist im vorliegenden Fall dem Begehren des Beschwerdeführers um Auswechslung des Vormundes im Ergebnis nicht stattzugeben (...). Anzufügen ist, dass die Beschwerdebefugnis nach § 37 lit.a VRP nicht mit der Legitimation zur staatsrechtlichen Beschwerde nach Art. 88 OG zu verwechseln ist (vgl. dazu BGE 5P/177/2002 vom 10. Juli 2002, Erw.1.3 mit Hinweisen, u.a. auf BGE 126 I 81, Erw. 3a und 3b). (VGE 863/03 vom 6. Juni 2003).

## 17. Vollstreckungsrecht / Vollzug von Strafen und Massnahmen

### 17.1 Vollstreckungsrecht

- *Verordnung zum Bundesgesetz über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer und zum Asylgesetz vom 19. Dezember 1989 (ANAG-Asyl-VV; SRSZ 111.121):*
- *Gegen die ersatzweise Unterbringung von Asylsuchenden durch den Kanton zu Lasten der unterbringungspflichtigen Gemeinde kann die Gemeinde unter dem Titel der Verletzung der Autonomie Verwaltungsbeschwerde erheben (Erw. 2 u. 3);*
- *fehlende Autonomie der Gemeinden im Bereich des Asylwesens; regierungsrätliche Rechtssetzungskompetenz (Erw. 5 u. 6.a - c);*
- *oberaufsichtsrechtliche Funktion des Regierungsrates im Bereich des Asylwesens (Erw. 6 d u. e);*
- *die zur Einwohnerzahl proportionale Verteilung der Asylbewerber auf die einzelnen Gemeinden ist nicht willkürlich (Erw. 6.f);*
- *Rechtmässigkeit der Ersatzvornahme auch bzgl. der Kostenregelung (Erw. 8a u. b );*
- *die gestützt auf § 4 Abs. 3 ANAG-Asyl-VV nach Zahl der untergebrachten Asylsuchenden und Dauer der Unterbringung progressiv ausgestaltete Ersatzabgabe verletzt das Äquivalenz- und Kostendeckungsprinzip nicht (Erw. 8.c u. 9).*

*Aus dem Sachverhalt:*

Gestützt auf den mit RRB Nr. 1906/2000 vom 12. Dezember 2000 festgelegten Verteilschlüssel 2001 zur Zuweisung der Asylsuchenden auf die Gemeinden im Kanton Schwyz, der die Maximalquote der Gemeinde X. auf 46 Plätze festlegte, wurden der Gemeinde X. am 23. Mai 2002 zu den drei belegten Plätzen weitere 11 Asylplätze zugewiesen entsprechend einer tota-

## B. 17.1

len Belegung von 30 % der Maximalkapazitätsquote. Die Gemeinde X. erklärte sich ausserstande, Asylbewerber übernehmen zu können. Deshalb verfügte der Vorsteher des Departements des Innern am 02. Dezember 2002 im Sinne einer aufsichtsrechtlichen Anordnung ohne Beschwerdemöglichkeit die ersatzweise Unterbringung für elf Asylsuchende im kantonalen Durchgangszentrum Grünenwald zu Lasten der Gemeinde. In den Erwägungen wurde u.a. festgehalten:

«Bei der Anordnung der Ersatzvornahme handelt es sich um eine aufsichtsrechtliche Anordnung. Eine Beschwerdemöglichkeit ist deshalb nicht gegeben.»

Gegen diese Ersatzvornahme erhob die Gemeinde X. «Verwaltungsbeschwerde evtl. Verwaltungsklage» beim Regierungsrat des Kantons Schwyz mit dem Hauptantrag auf Nichtigerklärung eventualiter Aufhebung.

Das Gleiche wiederholte sich in der Folge im Rahmen der Zuteilung weiterer neun Asylsuchender an die Gemeinde X. Das Verwaltungsgericht, an welche der Regierungsrat beide Beschwerden zur Beurteilung überwies, vereinigte die beiden Beschwerden.

### *Aus den Erwägungen:*

2. Die Beschwerdeführerin macht geltend, entgegen der Auffassung der Vorinstanz sei gegen die am 02. Dezember 2002 unter dem Titel einer Verfügung ergangene Ersatzvornahme die Verwaltungsbeschwerde (§ 44f VRP) gegeben. Sie werde «individuell und konkret» verpflichtet, «die Kosten für die vom Departement im Grünenwald untergebrachten 11 Asylsuchenden zu übernehmen». ...

Ferner habe die angedrohte Kostenüberbindung Strafcharakter und verletze die für Gebühren zwingend vorgeschriebenen Kostendeckungs- und Äquivalenzprinzipien.

### 3.a) *(Rechtsmittelbefugnis gemäss § 37 VRP).*

b/aa) Nach konstanter Praxis sind auch Gemeinden und andere öffentlich-rechtliche Körperschaften nach § 37 lit. a VRP zur Beschwerde befugt, wenn diese Körperschaften an der Aufhebung oder Änderung eines Entscheides ein eigenes, unmittelbares und schützenswertes Interesse dartun (vgl. VGE 1004/02 vom 28. Juni 2002 Erw. 1b; VGE 556/92 vom 10. Juli 1992, Erw. 1b/aa, Prot. S. 672, mit Verweis auf EGV-SZ 1984, Nr. 7 mit weiteren Hinweisen; VGE 902/01 vom 18. Januar 2002, ). Dies ist praxisgemäss u.a. dann der Fall, wenn eine Autonomieverletzung geltend gemacht wird, wenn eine Gemeinde nach ihrer Darstellung gleich oder ähnlich wie eine Privatperson in ihren Interessen betroffen wird (was insbesondere dann zutrifft, wenn das Finanz- oder Verwaltungsvermögen betroffen wird), und wenn eine zu erwartende Mehrbelastung geltend gemacht wird (sofern diese zudem aus Mitteln

des Finanzvermögens gedeckt werden soll; vgl. zum Ganzen EGV-SZ 1983, Nr. 1, S. 4f., VGE 556/92 vom 10. Juli 192, Prot. S. 672; J. Hensler, Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde im Kanton Schwyz, S. 52f.). Kein schutzwürdiges Interesse ist hingegen dann gegeben, wenn die Gemeinde nicht ihr eigenes, sondern kantonales oder Bundesrecht anzuwenden hat, und es ihr einzig um die Durchsetzung ihrer eigenen Rechtsauffassung geht (vgl. VGE 1023/01 vom 14. März 2002, Erw. 1b mit Hinweisen auf ZBI 2001, S. 527, Erw. 2a in fine, mit Hinweis auf BGE 125 II 192 Erw. 2a/aa).

bb) Zu erwähnen ist, dass in Bundesrechtssachen, die der eidgenössischen Verwaltungsgerichtsbeschwerde zugänglich sind, auch ein Gemeinwesen nach Art. 103 lit. a OG zur Verwaltungsgerichtsbeschwerde legitimiert ist, soweit es gleich oder ähnlich wie ein Privater betroffen ist (BGE 123 II 371 E. 2c S. 374, 425 E. 3a; 122 II 33 E. 1b S. 36; 118 Ib 614 E. 1b S. 616; mit Hinweisen). Das gilt insbesondere dann, wenn es als materieller Verfügungsadressat in seinen vermögensrechtlichen Interessen betroffen ist (BGE 122 II 33 E. 1b S. 36, 382 E. 2b S. 383; 118 Ib 614 E. 1b S. 616). Darüber hinaus ist ein Gemeinwesen legitimiert, wenn es durch die angefochtene Verfügung in seinen hoheitlichen Befugnissen berührt ist und ein schutzwürdiges eigenes Interesse an der Aufhebung oder Änderung des angefochtenen Entscheids hat (BGE 125 II 192 E. 2 S. 194; 124 II 409 E. 1e/bb S. 417f.). Da indes gegen einen Asylentscheid keine eidg. Verwaltungsgerichtsbeschwerde möglich ist (Art. 100 Abs. lit. b Ziff. 2 OG), erscheint es fraglich, ob diese Rechtsprechung im vorliegenden Fall direkt anwendbar ist. Dies kann indes offen bleiben, da die kantonale Rechtsprechung zu § 37 lit. a VRP diesem bundesrechtlichen Standard entspricht.

cc) Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung kann die Gemeinde mit der staatsrechtlichen Beschwerde die Verletzung ihres Autonomiebereiches rügen, «um zu erreichen, dass die kantonale Rechtsmittel- oder Genehmigungsbehörde formell im Rahmen ihrer Prüfungsbefugnis bleibt und materiell die kommunalen, kantonalen oder bundesrechtlichen Normen, die den betreffenden Sachbereich ordnen, in denen Autonomie besteht, richtig anwendet.» (vgl. Urteil der II. Öffentlichrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom 22. Januar 1996, 2P.240/1995, publ. in: Zbl 1997 S. 419; Kälin, Das Verfahren der staatsrechtlichen Beschwerde, 2. A., S. 189). Das Bundesgericht ist auf eine staatsrechtliche Beschwerde einer Gemeinde, welcher Asylbewerber zugewiesen wurden, eingetreten mit dem Hinweis, die Gemeinde werde mit der Zuweisung in ihren hoheitlichen Befugnissen betroffen. Ob der Gemeinde tatsächlich Autonomie zukomme, sei indes keine Frage des Eintretens, sondern eine solche der materiellen Beurteilung (Zbl 1990, S. 348; vgl. BGE 114 Ia 73 E. 1; BGE 113 IA 202 E. 1a; 112 IA 62 f. E. 2, 269 E. 1a).

c) Soweit die Beschwerdeführerin sinngemäss eine Verletzung der Gemeindeautonomie rügt, ist darauf grundsätzlich einzutreten. Besteht im fraglichen Rechtsanwendungsgebiet kein kommunaler Autonomiebereich, so ist

## B. 17.1

es zwar fraglich, ob sich eine mit dieser Rechtsanwendung betraute Gemeinde im Rahmen einer Autonomiebeschwerde gegen die Missachtung der aufsichtsrechtlichen Verfahrensgrundsätze (siehe unten Erw. 7) zur Wehr setzen kann (z.B. bei zu voreiliger oder zu strenger und forschender Handhabung des Aufsichtsrechts), indem sie in diesem zu strengen aufsichtsrechtlichen Vorgehen einen unzulässigen Eingriff in ihren funktionellen Wirkungsbereich sieht (Kennel [A. Kennel, Die Autonomie der Gemeinden und Bezirke im Kanton Schwyz, Zürich 1989, S. 28], spricht in diesem Zusammenhang von einer «faktischen Autonomie», welche für die Gemeinden wie ihrer Bürger wichtig sei). Indessen muss eine Überprüfung jedoch zumindest soweit möglich sein, als (finanzielle) Beeinträchtigungen des Gemeinwesens gerügt werden, die angeblich über die dem kommunalen Autonomiebereich entzogene Vollzugsaufgabe hinausreichen.

d) ..... Von einem rein organisatorischen, nicht justiziablen Beschluss, der eine Verletzung der Gemeindeautonomie a priori ausschliessen würde, kann nicht ausgegangen werden.

### 4. (*Wahrung der Rechtsmittelfrist*)

5. Eine Gemeinde ist in einem Sachbereich autonom, wenn das kantonale Recht diesen nicht abschliessend ordnet, sondern ihn ganz oder teilweise der Gemeinde zur Regelung überlässt und ihr dabei eine relativ erhebliche Entscheidungsfreiheit einräumt (vgl. BGE 126 I 136, Erw. 2 mit Hinweisen auf BGE 124 I 226f.; 122 I 290; Häfelin/Müller, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. A. Zürich 2002 Rz. 1403). ...

Im hier fraglichen Bereich des Asylwesens ist indessen diese Gemeindeautonomie - auch eine partielle - ... nicht gegeben (vgl. nachstehende Erw. 6).

6.a) Art. 121 BV hält fest: «Die Gesetzgebung ... über die Gewährung von Asyl ist Sache des Bundes» und überträgt somit die Regelkompetenz in diesem Bereich dem Bund.

b/aa) Gemäss Art. 27 des Asylgesetzes vom 26. Juni 1998 (AsylG; SR 142.31) haben sich die Kantone über die Verteilung der Asylsuchenden zu verständigen. Können sich die Kantone nicht einigen, so legt der Bundesrat nach ihrer Anhörung in einer Verordnung die Kriterien für die Verteilung fest (Abs. 1 u. 2). Die Verteilung auf die Kantone erfolgt entsprechend dem Verteilungsschlüssel von Art. 21 der Asylverordnung 1 vom 11. August 1999 über Verfahrensfragen (AsylV 1; SR 142.311). Auf den Kanton Schwyz entfallen 1,8 % (per 01. Januar 2000) der Asylsuchenden.

bb) Die Zuweisung eines Aufenthaltsortes und die Unterbringung von Asylsuchenden kann gemäss Art. 28 AsylG durch das Bundesamt oder die kantonalen Behörden erfolgen. Bereits mit Entscheid vom 19. März 1990 i.S.

Richterswil hatte die II. Öffentlichrechtliche Abteilung des Bundesgerichts die Frage zu beurteilen, ob durch die Zuweisung von Asylbewerbern eine Gemeinde in ihrer Autonomie betroffen sei. In jenem Verfahren hatte sich die Gemeinde Richterswil auf die den Gemeinden durch die Kantonsverfassung allgemein eingeräumte Befugnis berufen, ihre Angelegenheiten innerhalb der Schranken von Verfassung und Gesetz selbständig ordnen zu können (Art. 48 Satz 2 KV-ZH) und geltend gemacht, aArt. 20 AsylG (der mit Art. 28 AsylG übereinstimmt) betreffe den Asylbewerber allein. Eine Rechtsgrundlage, um die Gemeinden zur Aufnahme zu verpflichten, fehle im kantonalen Recht. Das Bundesgericht verneinte eine diesbezügliche Autonomie der Gemeinden mit folgender Begründung:

«Mit dieser Argumentation verkennt die Beschwerdeführerin den Begriff der Autonomie. Autonomie ist nicht Freiheit zu beliebigem privatwillkürlichen Verhalten, wie sie dem Bürger (im Rahmen der Rechtsordnung) zusteht. Autonomie ist vielmehr Gestaltungsfreiheit bei Erfüllung der dem Gemeinwesen obliegenden Aufgaben. Ob diese Gestaltungsfreiheit der Gemeinde zusteht, hängt von der Zuständigkeitsregelung ab. Autonom ist die Gemeinde, soweit ihr das übergeordnete Recht relativ erhebliche Entscheidungsfreiheit einräumt (BGE 115 Ia 44, 114 Ia 170, 372). Es ist deshalb nicht massgebend, dass Art. 20 des Asylgesetzes den Asylbewerber als Adressaten der Bestimmung nennt und nicht ausdrücklich auch die Gemeinden als zur Aufnahme Verpflichtete bezeichnet. Vielmehr kommt es darauf an, ob der Gemeinde hinsichtlich der Regelung des Aufenthalts der Asylbewerber überhaupt Entscheidungsbefugnisse zustehen und ob damit eine relativ erhebliche Entscheidungsfreiheit verbunden ist. Das ist nun offensichtlich nicht der Fall. Nach dem klaren Wortlaut von Art. 20 des Asylgesetzes ist es Sache des Bundesamtes oder der kantonalen Behörden, den Aufenthaltsort des Asylbewerbers zu bestimmen. Dies geht nicht ohne «Zuweisung» an eine Gemeinde; denn ein Aufenthaltsort ist nur in einer Gemeinde möglich. Den Gemeinden kommt deshalb hinsichtlich der Aufnahme von zugewiesenen Asylbewerbern keine freie Entscheidung zu. Sie sind in diesem Sachbereich infolgedessen auch nicht autonom.»

Weiter hat das Bundesgericht in dieser Entscheidung auch darauf hingewiesen, dass aufgrund der kantonalen Regelung (Art. 22 KV-ZH und § 32 u. 33 ShG-ZH) die Leistung der nötigen persönlichen und wirtschaftlichen Hilfe der jeweiligen Gemeinde obliege, wenn der Aufenthaltsort gestützt auf aArt. 20 AsylG feststehe.

cc) Im Bereich des Asylwesens spielt das kantonale Recht mithin nur eine untergeordnete Rolle, dient dem Vollzug des Bundesrechts und befasst sich insbesondere mit dem Verfahren. Insbesondere ergibt sich auch die Kompetenz des Kantons zur Zuweisung von Asylbewerbern an die Gemeinden wie gezeigt direkt aus der Bundesgesetzgebung. Einer formell-gesetzlichen Grundlage im kantonalen Recht bedarf es entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin demzufolge grundsätzlich nicht mehr, ist indessen im kantonalen Recht gegeben (vgl. nachstehend lit. c). Der Vollzug durch die Kantone erfolgt im Übrigen gemäss Art. 49 Abs. 2 BV unter der Aufsicht des Bundes (vgl. Tobias Jaag, Verwaltungsrecht des Kantons Zürich, 2. A. Zürich 1999, Rz 113ff).



## B. 17.1

c/aa) Der innerkantonale Vollzug des Asylgesetzes ist in der regierungsrätlichen Verordnung zum Bundesgesetz über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer und zum Asylgesetz vom 19. Dezember 1989 (ANAG-Asyl-VV; SRSZ 111.121) geregelt. Die Beschwerdeführerin bestreitet in Bezug auf das Asylgesetz eine ordnungsgemässe Gesetzesdelegation des Kantonsrates an den Regierungsrat (Beschwerdebegründung S. 3 Mitte).

bb) Die genannte Verordnung ist vom Regierungsrat in Ausführung des Bundesgesetzes über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer (ANAG; SR142.20) vom 26. März 1931 und des Asylgesetzes vom 5. Oktober 1979, gestützt auf den Kantonsratsbeschluss vom 25. Januar 1934 über die Ermächtigung des Regierungsrates zum Erlass einer kantonalen Vollzugsverordnung zum Bundesgesetz über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer beschlossen worden (GS 11-224). Aufgrund der Chronologie der beiden Gesetze erscheint der beschwerdeführerische Einwand auf den ersten Blick berechtigt. Indessen verkennt diese Argumentation den naturgemäss engen Sachzusammenhang des Asylrechts mit dem Ausländerrecht. Der 1925 geschaffene Art. 69ter aBV (entsprechend Art. 121 BV) bildet die verfassungsmässige Grundlage sowohl für das ANAG wie auch für das Asylgesetz. Grundsätzlich unterstehen auch Flüchtlinge dem allgemeinen Ausländerrecht. Dies gilt jedoch nur insoweit, als die Bestimmungen des Asylrechts nicht als Spezialnorm vorgehen. Das Asylrecht hat mithin im Verhältnis zum Ausländerrecht die Bedeutung einer *lex specialis* (vgl. Malinverni in: Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Art. 69ter Rz 128), was sich auch konkret aus Art. 58 AsylG ergibt, wonach sich die Rechtsstellung der Flüchtlinge in der Schweiz nach dem für Ausländerinnen und Ausländer geltenden Recht richtet, soweit nicht besondere Bestimmungen, namentlich des Asylgesetzes und des Abkommens vom 28. Juli 1951 über die Rechtsstellung der Flüchtlinge, anwendbar sind. Auch auf Asylbewerber anwendbar sind beispielsweise die Bestimmungen für die Vorbereitungs- und Ausschaffungshaft gemäss Art. 13aff ANAG und die vorläufige Aufnahme gemäss Art. 14aff ANAG.

cc) Bei dieser Sachlage kann kein Zweifel bestehen, dass mit dem Kantonsratsbeschluss vom 25. Januar 1934 auch die Rechtssetzungskompetenz des Regierungsrates bezüglich der Bundesgesetzgebung über das Asylwesen bzw. deren Vollzuges abgedeckt ist. Andernfalls ergäbe sich das paradoxe Ergebnis, dass der Regierungsrat nur in einem Teilbereich des Asylwesens, nämlich den auf Asylbewerber anwendbaren Bestimmungen des ANAG, eine Rechtssetzungskompetenz hätte. Anzuführen ist, dass sich die Zuständigkeit des Regierungsrates auch direkt aus seiner verfassungsrechtlichen Funktion als oberster Vollziehungs- und Verwaltungsbehörde des Kantons (Art. 46 Abs. 1 KV) ableiten lässt (vgl. Huwylter, Gesetz und Verordnung im Kanton Schwyz, Zürich 1970, S. 135 Bst. B). Zu den Vollzungsaufgaben des Regierungsrates gehört insbesondere auch der Vollzug von Bundesrecht (vgl. Jaag, a.a.O. § 6 Rz 618ff). In Verbindung mit Art. 28

AsylG (vgl. vorstehend Erw. 6b/bb) ergibt sich aus dieser verfassungsrechtlichen Vollzugskompetenz («Kompetenzkompetenz») auch die Zuständigkeit des Regierungsrates zum Erlass der ANAG-Asyl-VV, der auch im vorliegend fraglichen Punkt nur eine Vollziehungsfunktion und keinerlei rechtssetzender / gesetzesvertretender Charakter zukommt (vgl. Häfelin / Haller a.a.O. Rz 135ff).

d/aa) *(Bemerkungen zur aufsichtsrechtlichen Kompetenz des Regierungsrates im Bereich des Vollzugs des ANAG und des Asylgesetzes).*

bb) ... Die Aufsichtsbehörden schreiten entsprechend der Funktion des Aufsichtsrechts und mit Rücksicht auf die Autonomie der Gemeinden nur bei Verletzung klaren materiellen Rechts, bei Missachtung wesentlicher Verfahrensgrundsätze oder bei Gefährdung wichtiger öffentlicher Interessen ein (H.R. Thalmann a.a.O. N 8.5 zu Vorb. § 141-150; vgl. EGV 2001, Nr. B 4.2 Erw. 2a). Mithin wird Art und Ausmass des aufsichtsrechtlichen Eingreifens vom Grad der Gemeindeautonomie im betreffenden Verwaltungsbereich beeinflusst.

e/aa) In seiner Funktion als Aufsichtsbehörde ist der Regierungsrat u.a. zur Interessenvertretung bei der Verteilung der Flüchtlingsgruppen auf die Kantone befugt (§ 1 Abs. 2 lit. d ANAG-Asyl-VV) sowie zur Festsetzung des innerkantonalen Verteilschlüssels betreffend die Zuteilung der Asylbewerber und Flüchtlinge auf die Gemeinden (§ 1 Abs. 2 lit. e). Das Departement des Innern ist für die Koordination aller Asyl- und Flüchtlingsfragen zuständig. Es koordiniert und organisiert insbesondere die Übernahme, Unterbringung, Verteilung und Unterstützung von Asylbewerbern (§ 4 Abs. 1). Es weist den einzelnen Gemeinden die gemäss Verteilschlüssel zu übernehmenden Asylbewerber zu und verfügt die Ersatzvornahme durch den Kanton auf Kosten der pflichtigen Gemeinde, wenn eine Gemeinde die zugewiesenen Asylbewerber nicht innert Frist übernimmt (§ 4 Abs. 2). Muss der Kanton anstelle von pflichtigen Gemeinden Asylbewerber unterbringen, bezieht er die Abgeltungen des Bundes und erhebt von den pflichtigen Gemeinden zusätzlich eine Ersatzabgabe, die nach Zahl und Aufenthaltsdauer der Asylbewerber progressiv ausgestaltet ist und mindestens Fr. 10.– und höchstens Fr. 50.– pro Asylbewerber und Tag beträgt (§ 4 Abs. 3; vgl. Ingress lit. C).

bb) Entsprechend der dargelegten Kompetenzenabgrenzung zwischen Bund und Kanton (und Gemeinden) und gestützt auf die genannte kantonalgesetzliche Grundlage hat der Regierungsrat in verschiedenen Beschlüssen den Verteilschlüssel betr. Zuteilung der Asylbewerber auf die verschiedenen Gemeinden geregelt (RRB Nr. 1906/2000; vgl. Ingress. lit. A; Vi-act. 1 mit Nennung von RRB Nr. 669/1988, RRB Nr. 2064/1990 sowie RRB Nr. 719/1999).

f/aa) *(Die zur Einwohnerzahl proportionale Verteilung der Asylbewerber auf die einzelnen Gemeinden ist nicht willkürlich)...* Unbehelflich ist auch die Kritik, dieser Verteilmodus vernachlässige «die vorhandenen Infrastrukturu-

## B. 17.1

ren, die vorhandene Fürsorgeorganisation, die Finanzkraft der Gemeinde, die Steuerkraft der Bürger sowie vieles Weitere mehr» (Begründung Ziff. 3 S. 5). Es kann einerseits nicht Aufgabe des Vollzuges von Bundesaufgaben durch den Kanton (und die Kommunen) sein, (indirekten) Finanzausgleich zu betreiben. Die Verpflichtung der Gemeinden zur Organisation der öffentlichen Fürsorge andererseits ergibt sich aus § 87 KV i.V. mit der entsprechenden Gesetzgebung (Sozialhilfegesetzgebung). Gemeinden durch den Verzicht auf die Zuweisung von Asylbewerbern dafür zu honorieren, dass sie ihrer diesbezüglichen Verpflichtung möglicherweise nicht nachgekommen sind, bedeutete eine krasse Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes der Gemeinden. Schliesslich wird gerade auch mit der proportionalen Zuteilung von Asylbewerbern (und dem Verzicht einer Zuteilung auf die kleinsten Gemeinden) auf die unterschiedlichen Möglichkeiten der Gemeinden hinreichend und vor allem in geeigneter Weise Rücksicht genommen.

bb) ...

*(g) Hinweis, dass im Kanton Schwyz gemäss § 19 ShG die Wohngemeinde für die wirtschaftliche Hilfe aufzukommen hat, sobald ihr ein Asylbewerber zugewiesen wird; für ihre Aufwendungen wird sie indessen durch die Bundespauschale entschädigt).*

h) Zusammenfassend ist Folgendes festzuhalten.

aa) ...

cc) Ziel und Zweck der bundesrechtlichen wie der kantonrechtlichen proportionalen Zuteilung von Asylbewerbern auf die einzelnen Gemeinwesen ist eine vom Solidaritätsgedanken geprägte möglichst gleichmässige Lastenverteilung und die gleichzeitige Vermeidung eines Interessenkonfliktes zwischen einander gleich geordneten Rechtssubjekten. Das Kriterium einer zur Einwohnerzahl proportionalen Verteilung der Asylbewerber auf die einzelnen Gemeinden ist nicht willkürlich, sondern gleichermassen geeignet wie auch leicht praktikabel und garantiert die rechtsgleiche Behandlung der Gemeinden. Naturgemäss muss eine für die Gemeinden verbindliche Regelung einem übergeordneten (kantonalen) Organ vorbehalten bleiben und darf nicht dem Autonomiebereich der einzelnen Gemeinden anheim gestellt werden. In diesem Sinne hat das Bundesgericht den Gemeinden auch bei der Festlegung der Beiträge an den innerkantonalen Finanzausgleich ein Selbstbestimmungsrecht abgesprochen (BGE 119 Ia 214 E. 3a). Die bundes- und kantongesetzlichen Regelungen im Asylbereich sind für die Gemeinden konsequenterweise gleichermassen zwingend - gleichgültig, ob die Gemeinden diese billigen oder nicht - wie auch vollständig; Spielraum für eigene kommunalgesetzliche Regelungen besteht nicht (vgl. Thomas Pfisterer, Die verfassungsrechtliche Stellung der aargauischen Gemeinden bei der Erfüllung der öffentlichen Aufgaben, St. Gallen 1983, S. 238ff). Daran ändert auch die Tatsache nichts, dass diese rechtliche Ausgestaltung des «Vollzugsföderalismus» Nachteile in sich tragen kann, wie eine mögliche Überforde-

rung der mit dem Vollzug betrauten Gemeinwesen in finanzieller und administrativer Hinsicht (Haller / Kölz, Allgemeines Staatsrecht, 2.A. Zürich 1999, S. 166f).

i) Zu prüfen ist nachstehend noch die Rechtmässigkeit der angefochtenen Ersatzvornahme insbesondere mit Blick auf die Kostenregelung.

7. (...)

8.a) Die Ersatzvornahme als exekutorische Massnahme bezweckt unmittelbar die Durchsetzung von verwaltungsrechtlichen Pflichten und der (Wieder-)Herstellung des rechtmässigen Zustandes (Häfelin/Müller a.a.O. Rz 1135ff; Tschannen/Zimmerli/Kiener, Allgemeines Verwaltungsrecht, Bern 2000 § 31 III.1). Sie bezieht sich in der Regel auf eine Handlung einmaligen Charakters mit zeitlich eng definiertem und / oder abgeschlossenem Sachverhalt; als Beispiele werden etwa genannt das Zurückschneiden einer Hecke (vgl. VGE 428/96 vom 24. Februar 1997: Entfernen von Unkraut) oder der Abbruch eines Gebäudes (vgl. VGE 1053/99 vom 11. Januar 2000: Abbruch eines unbewilligten Stalles und Containerplatzes; für Kostenersatz für verkehrspolizeiliche Einsätze einer Gemeinde nach dem Störer- und Verursacherprinzip vgl. BGE 127 I 60 E. 5). Definitionsgemäss wird die primäre Leistungspflicht einerseits in die Pflicht zur Duldung der Ersatzvornahme und andererseits in die Pflicht zur Bezahlung der Kosten, die durch die Ersatzvornahme entstehen, umgewandelt (Häfelin/Müller a.a.O. Rz. 1154). Die kostenpflichtige Ersatzvornahme durch den Staat kann sogar dann stattfinden, wenn der primär Pflichtige selber gar nicht in der Lage ist, die gebotenen Massnahmen zu ergreifen (vgl. BGE 122 II 65 E. 6a S. 70; 114 Ib 44 E. 2a S. 47 f. mit Hinweisen). Die Kosten entsprechen in der Regel denjenigen, die einem Pflichtigen auch ohne Säumnis ohnehin entstanden wären, allenfalls vermehrt um die der mit der Ersatzvornahme betrauten Behörde zusätzlich für administrative Umtriebe etc. entstandenen Auslagen. Es können dem Pflichtigen jedoch nur notwendige und angemessene Kosten auferlegt werden. Der hinterher erhobene Einwand, der Pflichtige hätte die gebotenen Massnahmen billiger vorgenommen oder vornehmen lassen, ist nicht zu hören (Kölz / Bosshart / Röhl, a.a.O. § 30 Rz 23).

b) Einer besonderen Norm für die Auferlegung der Kosten bedarf es nicht, da sich die entsprechende Befugnis bereits aus der Vollzugskompetenz des Gemeinwesens gegenüber dem säumigen (Real-)Leistungspflichtigen ergibt (Häfelin/Müller a.a.O. Rz 1159; F. Ruckstuhl, in Münch/Karlen/Geiser [Hrsg.], Beraten und Prozessieren in Bausachen, Rz. 14.74; BGE 105 Ib 343 E. 4b; BGE 100 Ia E. 2).

c) Für die Bemessung der entschädigungspflichtigen Kosten drängt sich der Vergleich mit den Grundsätzen des Kostendeckungs- und Äquivalenzprinzips im (Kausal-)Abgaberecht auf.

## B. 17.1

aa) (*Kostendeckungsprinzip*)

bb) (*Äquivalenzprinzip*) ... Der Wert der staatlichen Leistung bemisst sich nicht notwendigerweise allein nach dem wirtschaftlichen Nutzen, den sie dem Pflichtigen bringt. Ein gewisser Ausgleich im Hinblick auf die wirtschaftliche Bedeutung und das Interesse der Privaten an der Leistung ist zulässig, ebenso in beschränktem Mass eine Pauschalierung aus Gründen der Verwaltungsökonomie (Häfelin/Müller a.a.O. Rz 2641f; vgl. zur zulässigen und praktisch auch unumgänglichen Schematisierung im weitgehend vom Kostendeckungs- und Äquivalenzprinzip beherrschten Abgaberecht VGE 429/96 vom 28. April 1997, Erw. 2a mit Hinweisen).

9. Auf den vorliegenden Fall übertragen bedeutet dies folgendes:

a-c) (*Ausführungen zur Zusammensetzung und Bestreitung der Kosten*)

d) In Anbetracht dieser zutreffenden, zu berücksichtigenden Vielfalt von die Kosten beeinflussenden Faktoren, welche teils einer exakten Quantifizierung schwer zugänglich bzw. nur schematisierbar und pauschalierbar sind, ist der regierungsrätliche Kostenrahmen im Lichte der Gemeindeautonomie nicht zu beanstanden. (...)

e/aa) Vorliegend ist zudem beachtlich, dass die Ersatzvornahme die Durchsetzung von verwaltungsrechtlichen Pflichten und die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes bezweckt (vgl. vorstehend Erw. 8a). Mit der vorliegenden Ersatzvornahme wird zwar die Unterbringung der Asylbewerber auf Kosten der Gemeinde sichergestellt; der rechtmässige Zustand, nämlich die pflichtgemässe Unterbringung durch die Gemeinde auf ihrem eigenen Gemeindegebiet im Sinne der gesetzlichen Vorgaben, wird jedoch nicht wiederhergestellt. Dies steht indessen im Widerspruch zur Leitidee der diesbezüglichen Gesetzgebung, welche auf eine gleichmässige, vom Solidaritätsgedanken geprägte proportionale Verteilung der Asylsuchenden auf die verschiedenen Gemeinden abzielt, womit u.a. gerade auch eine Konzentration von Asylsuchenden auf einzelne Gemeinden (abgesehen von den Standortgemeinden von Durchgangszentren) vermieden werden soll. Dem Gleichbehandlungsgebot der Gemeinden ist entsprechend im Rahmen einer Ersatzvornahme mittels Unterbringung durch den Kanton entsprechend insofern ein erhöhtes Augenmerk zu schenken, als die Ersatzvornahme nicht in einen Dauerzustand überführt werden darf, und gewissermassen «die Macht des Faktischen» an die Stelle der gesetzlich normierten innerkantonalen Vollzugsordnung im Asylbereich tritt. Diese Gefahr und damit das Risiko einer Entsolidarisierung der Gemeinden wäre gerade auch deswegen gross, weil das Verhalten von Gemeinden wie Privaten im Bereich des Asylwesens letztlich nur beschränkt von ökonomisch-wirtschaftlichen Überlegungen geprägt ist.

bb) Aus der Optik des Gleichbehandlungsgrundsatzes der Gemeinden lässt es sich deshalb auch rechtfertigen, dass dieser Kostenregelung ein gewisser Lenkungscharakter (vgl. zum Lenkungscharakter von Parkgebüh-

ren BGE 122 I 279; T. Jaag, Gemeingebrauch und Sondernutzung öffentlicher Sachen in: Zbl 1992/S. 145ff bes. 162) im Sinne eines Anreizes zukommt, die Asylbewerber möglichst bald in der eigenen Gemeinde unterzubringen. Bei Lenkungsabgaben bedeutet das Äquivalenzprinzip, dass die Abgabe nicht in einem offensichtlichen Missverhältnis zum objektiven Wert der Leistung stehen darf und sich in vernünftigen Grenzen bewegen muss (BGE 122 I 279 E. 6c; BGE 121 I 230 E. 3g/bb; vgl. Seiler in: Kommentar zum Umweltschutzgesetz, Art. 35a USG Rz. 17 f). Diese Voraussetzungen sind vorliegend selbst beim oberen Rand des Kostenrahmens von Fr. 10.– bis Fr. 50.–, der konkret nicht ausgeschöpft wird (Vi-act. 7: max. Fr. 45.–), noch erfüllt.

f) Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Beschwerdeführerin durch die Ersatzvornahme und die damit verbundenen Kostenfolgen nicht über die dem Autonomiebereich entzogene Vollzugsaufgabe hinaus belastet wird, mithin auch im Lichte ihrer Finanzhoheit nicht in ihrer Autonomie verletzt ist. (VGE 1001+1009/03 vom 29. April 2003).

## **1. Gemeinwesen**

### **1.1 Einlage in Spezialfinanzierung**

- *Schaffung einer Spezialfinanzierung für ein Alters- und Pflegeheim einer Gemeinde (Erw. 2).*
- *Zulässiger Rahmen für die Budgetierung eines Rechnungsüberschusses (Erw. 3).*

*Aus dem Sachverhalt:*

Am 9. Dezember 2002 versammelten sich die Bürgerinnen und Bürger der Gemeinde Wangen zur Gemeindeversammlung. Unter Ziffer 3 der Traktandenliste wurde über das Geschäft «Genehmigung des Voranschlages für die politische Gemeinde und das EW Wangen für das Jahr 2003» befunden. Unter der Position 570.380.00 wurde ein Betrag von Fr. 350 000.– für eine Einlage in die Spezialfinanzierung Alters- und Pflegeheime budgetiert. Im Bericht zum Voranschlag 2003 führte der Gemeinderat aus:

*«Alters- und Pflegeheim*

*Der Gemeinderat hat bezüglich dem Alters- und Pflegeheim Folgendes entschieden:*

*Das Projekt soll, sofern es vom Bürger angenommen wird, als Spezialfinanzierung realisiert werden, d. h. die Gemeinde leistet jährlich einen festen Betrag für das Alters- und Pflegeheim. Der Rest muss aus den Taxen finanziert werden. Aus diesem Grunde werden bereits im Voranschlag 2003 unter der Position neutrale Posten Kto. Nr. 993.380.00, Fr. 350 000.– als Gemeindebeitrag eingestellt. Die ersten Kostenberechnungen haben ergeben, dass der kostendeckende und konkurrenzfähige Betrieb nur mit Beiträgen aus der allgemeinen Verwaltungsrechnung gesichert ist.»*

Gegen die Beschlussfassung erhob ein Bürger Aufsichtsbeschwerde beim Regierungsrat.

*Aus den Erwägungen:*

2.1 Die Gemeindeversammlung Wangen hat auf Antrag des Gemeinderates eine Einlage in eine Spezialfinanzierung Alters- und Pflegeheim im

Umfange von Fr. 350 000.– beschlossen. Spezialfinanzierungen sind durch Rechtssatz zweckgebundene Mittel zur Erfüllung bestimmter öffentlicher Aufgaben (§ 13 Gesetz über den Finanzhaushalt der Bezirke und Gemeinden vom 27. Januar 1994, SRSZ 153.100/FHG). In § 5 Abs. 1 der Vollzugsverordnung zum Gesetz über den Finanzhaushalt der Bezirke und Gemeinden vom 19. Dezember 1995 (SRSZ 153.111/VVFHG) werden die auf Grund des kantonalen Rechts zwingend als Spezialfinanzierungen zu führenden Rechnungen aufgezählt. Die Führung eines Alters- und Pflegeheimes fällt nicht darunter. Die Bezirke und Gemeinden können aber durch Rechtssatz weitere Spezialfinanzierungen errichten (§ 5 Abs. 1 Bst. k VVFHG). Die Gemeinde Wangen verfügt über keine Rechtsgrundlage, um ein Alters- und Pflegeheim als Spezialfinanzierung zu führen. Folglich dürfen bis zur Schaffung einer Rechtsgrundlage keine Einlagen in eine solche Spezialfinanzierung vorgenommen werden.

2.2 Es stellt sich ferner die Frage, ob der Zuschuss aus allgemeinen Steuermitteln in die Spezialfinanzierung Alters- und Pflegeheim verbucht werden darf, solange noch keine solche Rechnung geführt wird und eine Anstalt der Gemeinde den Betrieb noch nicht aufgenommen hat. Die Frage ist zu verneinen. Eine Zulassung einer solchen Übertragung läuft auf die Bildung von Rückstellungen oder auf eine Fondierung von Gemeindemitteln hinaus. Gerade das wollte der Gesetzgeber mit dem Erlass des neuen Finanzhaushaltsgesetzes vermeiden (vgl. Bericht und Vorlage an den Kantonsrat, RRB Nr. 1406 vom 24. August 1993, S. 11). Niederschlag gefunden hat diese Zielsetzung in § 42 FHG, wonach die bisherigen Fonds - von hier nicht interessierenden Ausnahmen abgesehen - aufgehoben werden mussten. Bevor demnach für die Spezialfinanzierung Alters- und Pflegeheim nicht im wesentlichen Umfange ein Abschreibe- und Verzinsungsbedarf anfällt und eine verlässliche Betriebskostenberechnung angestellt werden kann, dürfen auf Seiten der Gemeinde zum Voraus auch keine Beiträge aus allgemeinen Mitteln eingeschossen werden.

2.3 Spezialfinanzierungen sind vor allem dort sinnvoll, wo die Verursacherfinanzierung eingeführt werden soll (RRB Nr. 1406 vom 24. August 1993, S. 12 f., 14). Von diesem Ansatz geht für das geplante Alters- und Pflegeheim offensichtlich auch der Gemeinderat Wangen aus. An solche Spezialfinanzierungen sind zum einen Vorschüsse zulässig (§ 13 Abs. 3 und 4 FHG). Andererseits sind ausnahmsweise auch Beiträge der Gemeinde zulässig, um übersetzte Leistungsentgelte zu vermeiden (§ 23 Abs. 2 FHG). Derzeit verfügt die Gemeinde Wangen noch nicht einmal über ein abstimmungsreifes Projekt, sodass über die Betriebskosten kaum verlässliche Anhaltspunkte bestehen. Infolge dessen ist es im Moment auch nicht beurteilbar, in welchem Umfange Beiträge der Gemeinde erforderlich sind.

2.4 Dem Anliegen des Gemeinderates Wangen, für die Realisierung des grossen Vorhabens eines Alters- und Pflegeheimes den erforderlichen Spiel-



## C. 1.1

raum zu erhalten, kann selbstverständlich nicht die Berechtigung abgesprochen werden. Will die Gemeinde den erforderlichen Spielraum gewinnen, um finanzielle Spitzenbelastungen im Zusammenhang mit dem Bau des Alters- und Pflegeheimes auffangen zu können, so gibt es andere Wege als eine sachlich unzureichend begründete Zweckbindung allgemeiner Mittel. So wäre es denkbar, dass im Voranschlag zusätzliche Abschreibungen für bereits vorgenommene Investitionen eingestellt würden (§ 18 Abs. 2 FHG). Damit kann der künftige Abschreibungsbedarf vermindert und allenfalls ein Eigenkapital gebildet werden. Im Gegensatz zu dem vom Gemeinderat gewählten Vorgehen würden dadurch nicht allgemeine Mittel auf eine blosser Option hin zweckgebunden und ein solches Vorgehen erweist sich überdies auch als transparenter.

2.5 Zusammenfassend kann daher festgestellt werden, dass derzeit und wohl auch auf absehbare Zukunft die Voraussetzungen für eine Einlage eines Gemeindebeitrages in die Spezialfinanzierung Alters- und Pflegeheim in der Gemeinde Wangen offensichtlich fehlen.

3.1 Mit dem Voranschlag zusammen ist von der Gemeindeversammlung der Steuerfuss festzusetzen. Dabei ist darauf zu achten, dass in der laufenden Rechnung der Aufwand durch den Ertrag gedeckt werden kann. Ein Aufwandüberschuss darf budgetiert werden, soweit er das Eigenkapital nicht übersteigt. Der Steuerfuss ist so anzusetzen, dass der budgetierte Deckungserfolg der laufenden Rechnung erreicht werden kann (§ 25 FHG). Daraus kann geschlossen werden, dass der Steuerfuss dem Grundsatz nach nicht höher angesetzt werden darf, als eine ausgeglichene Rechnung dies erfordert.

3.2 Umgekehrt geht das Finanzhaushaltsgesetz selbst davon aus, dass Abweichungen vorkommen und auch zulässig sind (vgl. § 25 Abs. 2 FHG). Sodann wird es auch hingenommen, dass in beschränktem Rahmen Überschüsse budgetiert werden. Dies muss schon deshalb so sein, weil ein beträchtlicher Teil der Ausgaben und Einnahmen auf Schätzungen beruht. Zudem gibt es immer auch unerwartete Aufwendungen der Gemeinde, die mittels Nachkredit bewilligt werden müssen, für die ebenfalls eine Deckung erforderlich ist. Ungeachtet dessen ist dem Beschwerdeführer jedoch Recht zu geben, wonach es nicht zulässig ist, über Jahre hinweg nennenswerte Überschüsse zu budgetieren und zu erzielen oder sehr grosse Überschüsse zu budgetieren, ohne die Steuern zu senken. Wo die Grenze eines noch zulässigen Überschusses im Voranschlag liegt, steht nicht präzise und insbesondere nicht für alle Gemeinden und alle Zeiten fest. In Anbetracht dessen, dass der Regierungsrat im Rahmen einer Aufsichtsbeschwerde nur offensichtliche Fehler korrigieren kann, ist der von der Gemeinde Wangen budgetierte Überschuss von Fr. 214 650.– (bzw. von Fr. 554 650.–, wenn man den unzulässigen Beitrag an die Spezialfinanzierung einrechnet) noch nicht zu beanstanden. Davon ist umso eher auszugehen, als die Gemeindeversammlung die Marschrichtung des Gemeinderates grundsätzlich unterstützt und immer

noch der Weg der Nachkreditbewilligung für zusätzliche Abschreibungen beschränkt werden kann.

4. Zusammenfassend kann damit festgestellt werden, dass die Voraussetzungen für die Einlage eines Gemeindebeitrages in die Spezialfinanzierung Alters- und Pflegeheim in der Gemeinde Wangen nicht erfüllt sind. Mit dieser Feststellung kann es sein Bewenden haben. Weitere aufsichtsrechtliche Anordnungen sind nicht erforderlich. Von der Erhebung von Verfahrenskosten wird abgesehen. (RRB Nr. 302/2003 vom 11. März 2003).

## 2. Baurecht

### 2.1 Rückzug eines Baugesuches

– *Ein Baugesuch kann nur vom Bauherr und nicht auch vom Grundeigentümer zurückgezogen werden.*

*Aus den Erwägungen:*

2. Die Vorinstanz hat das Baubewilligungsverfahren auf Grund eines Schreibens der Beigeladenen infolge Rückzugs am Protokoll abgeschrieben. Die Beschwerdeführerin bringt vor, diese Abschreibung sei zu Unrecht erfolgt. Zum Rückzug eines Baugesuchs sei die Beigeladene als Grundeigentümerin nicht legitimiert. Es obliege allein ihr als Baugesuchstellerin, darüber zu entscheiden, ob das Baugesuch zurückgezogen werde oder nicht.

3.1 Gemäss § 28 VRP schreibt die Behörde oder die mit der Vorbereitung des Verfahrens beauftragte Instanz das Verfahren ab, wenn die Partei ihr Begehren zurückzieht (lit. a), die Gegenpartei das Begehren anerkennt (lit. b), die Behörde die angefochtene Verfügung oder den angefochtenen Entscheid widerruft (lit. c) oder ein Vergleich abgeschlossen wird, oder das Verfahren aus andern Gründen gegenstandslos geworden ist (lit. d).

Es ist zu prüfen, ob die Vorinstanz die Beigeladene zu Recht als rückzugsberechtigte Partei im Sinne von § 28 lit. a VRP anerkannt hat.

3.2 Gemäss § 77 Abs. 1 Planungs- und Baugesetz vom 14. Mai 1987 (SRSZ 400.100, PBG) ist das Baubewilligungsgesuch für Bauten und Anlagen der Gemeinde einzureichen. Es muss eine Beschreibung des Vorhabens, Situations- und Baupläne, einen Katasterplan, Angaben über die Grundeigentumsverhältnisse und den Zweck der Baute sowie die Unterschrift des Bauherrn enthalten.

## C. 2.1

Art. 58 Abs. 1 Baureglement der Gemeinde Feusisberg vom 8. Juni 1997 bzw. 21. Oktober 1997 (BauR) ergänzt, dass das Baugesuch unter Beilage eines aktuellen Grundbuchauszugs und dem Nachweis der Bauberechtigung beim Bauamt einzureichen ist. Das Baugesuch und die Beilagen sind vom Bauherrn, vom Grundeigentümer und vom Planverfasser zu unterzeichnen (Art. 58 Abs. 4 BauR).

3.3 Dem Wortsinn nach ist Gesuchsteller, wer sich an die Behörde wendet und sie um ihre Zustimmung zu einem bewilligungspflichtigen Vorhaben ersucht (formell am Projekt Interessierter). Bauherr ist, wer auf eigene Verantwortung eine bauliche Anlage vorbereitet oder ausführt bzw. vorbereiten oder ausführen lässt, somit der materiell am Projekt Interessierte. Meistens ist der Gesuchsteller mit dem Bauherrn identisch. Gesuchsteller und/oder Bauherr müssen nicht zugleich Grundeigentümer sein (vgl. Christian Mäder, Das Baubewilligungsverfahren, Zürich 1991, N 105 f.).

Dem Gesuchsteller kommen im Laufe des Bewilligungsverfahrens gegenüber der Baubehörde gewisse Rechte zu. Die wichtigste Befugnis ist die, über den Verfahrensgegenstand frei verfügen zu können: Wie der Gesuchsteller aus freiem Willen das Baugesuchverfahren einleitet und dessen Gegenstand bestimmt, steht es ihm jederzeit offen, das Begehren ganz oder teilweise zurückzuziehen (Mäder, a.a.O., N 115), worauf die Baubehörde das Geschäft als erledigt abschreibt. Bezüglich der Befugnis zum Rückzug eines Baugesuchs und der Form der Erklärung verhält es sich grundsätzlich gleich wie bei der Einreichung (Mäder, a.a.O., N 239). Das heisst, dass der Gesuchsteller in der Regel den Rückzug des Baugesuches ausdrücklich, d.h. schriftlich, erklären muss (RRB Nr. 791 vom 23. bzw. 30. Mai 2000, E. 4.4.1).

3.4 Art. 641 ZGB ermächtigt den Eigentümer einer Sache, in den Schranken der Rechtsordnung über sie zu verfügen und widerrechtliche Ansprüche abzuwehren. Daraus folgt ohne weiteres, dass Bauvorhaben auf fremdem Boden nur mit Zustimmung des betroffenen Grundeigentümers realisiert werden können (VGE 626/95 vom 19. Oktober 1995, E. 5). Für die Inanspruchnahme fremden Grundeigentums bedarf der Baugesuchsteller somit grundsätzlich der Zustimmung des betroffenen Grundeigentümers, die in der Regel durch dessen Unterschrift auf dem Baugesuch nachgewiesen wird. § 77 Abs. 1 PBG und Art. 58 Abs. 1 BauR sind jedoch lediglich so genannte Ordnungsvorschriften, die bezwecken, dass Baubegehren nur von berechtigten Personen eingereicht werden. Für die Baubehörden ist somit massgebend, ob die Bauberechtigung eines Gesuchstellers feststeht. Die Zustimmung des Grundeigentümers kann durchaus auch in irgendeiner andern Form erfolgen. Eine Mitunterzeichnung eines Baugesuches durch den Grundeigentümer ist nämlich dann entbehrlich, wenn der Gesuchsteller ein schutzwürdiges Interesse an der Beurteilung des Baugesuches besitzt. Das trifft etwa zu, wenn der Gesuchsteller als Stockwerkeigentümer oder Miteigentümer ein seinen Eigentumsanteil betreffendes Bauvorhaben ausführen will, das Enteignungsrecht oder das Baurecht am Baugrundstück besitzt (vgl. RRB Nr. 260 vom

23. Februar 1999, E. 3.4.2 mit Hinweisen auf Aldo Zaugg, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 2. Aufl., Bern 1995, N 10 zu Art. 34; Ausser-rhodische Gerichts- und Verwaltungspraxis 9/1997, S. 2 f.; RRB Nr. 1967 vom 2. November 1994, E. 2d mit Hinweis auf EGV-SZ 1982, Nr. 45).

3.5 Wo aus privatrechtlichen Gründen die Befugnis nach einer ersten Würdigung der Verhältnisse unklar bleibt, stehen der Behörde zwei Wege offen: Sie kann entweder die Behandlung des Gesuches bis zum Entscheid des Zivilrichters zurückstellen oder die baurechtliche Prüfung vorziehen. Im Allgemeinen wird schon aus verfahrensökonomischen Gründen die erste Variante zu wählen sein. Die Behörde handelt nie unkorrekt, wenn sie auf dem Erfordernis der Zustimmung besteht. Sie erspart dann auch dem oder der Berechtigten, die Erstellung der fraglichen Baute auf dem zivilrechtlichen Weg zu verhindern. Schreitet aber die Behörde, aus welchen Gründen auch immer, ohne Vorliegen des Berechtigungsnachweises zur Beurteilung des Projektes, muss sie die baurechtliche Bewilligung erteilen, wenn die materiellrechtlichen Vorschriften eingehalten sind. Die am Grundstück Berechtigten oder Mitberechtigten können sich gegen dieses Vorgehen der Gemeinde nicht rechtlich zur Wehr setzen. Es verbleibt ihnen nur die zivilrechtliche Auseinandersetzung (Christoph Fritzsche/Peter Bösch, Zürcher Bau- und Planungsrecht, 2. Aufl., Wädenswil 2000, S. 460).

4. Vorliegend ist die Beschwerdeführerin unbestritten zugleich Bauherrin und Gesuchstellerin. In letzterer Eigenschaft hat sie die Verfügungsmacht über das Baubewilligungsverfahren inne. Es steht daher allein ihr zu, das Baugesuch zurückzuziehen. Die Beigeladene als Grundeigentümerin hat zwar die Zustimmung zum Bauvorhaben auf ihrem Grundstück zu erteilen, ist aber mangels Verfahrensherrschaft nicht berechtigt, über den Rückzug des Baugesuchs zu entscheiden.

Beim Schreiben der Beigeladenen vom 31. März 2003 an die Beschwerdeführerin und in Kopie an die Vorinstanz handelt es sich um den Widerruf der - ursprünglich mit ihrer Unterschrift geleisteten - Zustimmung zum Bauprojekt. Eine Rückzugserklärung im Sinne von § 28 lit. a VRP kann darin jedoch nicht erblickt werden, da es der Beigeladenen an der Berechtigung dazu fehlt. Die Vorinstanz hat das Verfahren somit zu Unrecht infolge Rückzugs am Protokoll abgeschlossen.

Ein anderer Grund im Sinne von § 28 VRP, welcher zur Gegenstandslosigkeit des Verfahrens geführt haben könnte und die Abschreibung rechtfertigen würde, ist nicht ersichtlich und wird von der Vorinstanz und der Beigeladenen auch nicht geltend gemacht.

(RRB Nr. 1092/2003 vom 26. August 2003).

## C. 2.2

### 2.2 Einfahrtsbewilligung

– *Anforderungen an Einfahrt aus einem privaten Parkplatz und aus einer Tiefgarage.*

*Aus den Erwägungen:*

8.4 Eine Einfahrtsbewilligung wird verweigert, wenn der Gemeingebrauch erheblich behindert, die Umweltschutzvorschriften nicht eingehalten oder die Verkehrssicherheit gefährdet würden (§ 48 Abs. 1 StrV). Die Vorinstanz 2 hat die Einfahrtsbewilligung für die fünf Parkplätze entlang der Zugerstrasse aus dem letztgenannten Grund verweigert. Die Verkehrssicherheit sei gefährdet, wenn Fahrzeuge aus den Parkplätzen rückwärts über das Trottoir in die Zugerstrasse einfahren würden. Die Parkplätze würden sich auch gegenseitig das erforderliche Sichtfeld beeinträchtigen. Zudem sei die Ausfahrt aus der Tiefgarage nur dann verkehrssicher, wenn auf die geplanten Abstellplätze entlang der Zugerstrasse verzichtet wird, weil durch diese Parkplätze bei der Zufahrt zur Tiefgarage die minimale Sichtweite in Richtung Zug nicht eingehalten werden könne.

8.4.1 Bei der Zufahrt zur Tiefgarage auf KTN 176 und KTN 208 handelt es sich zweifellos um eine Grundstückszufahrt, die grundsätzlich nach der von der Vereinigung Schweizerischer Strassenfachleute erarbeiteten Norm für Grundstückszufahrten (SN 640 050) zu beurteilen ist. Für die Sichtverhältnisse wird in der Norm SN 640 050 (Tabelle 2, S. 3) auf die Norm SN 640 273 verwiesen.

8.4.2 In Ziffer A.6 der Norm SN 640 273 wird festgehalten, dass die Beobachtungsdistanz B, d.h. die Distanz zwischen den Augen des Fahrers des nicht vortrittsberechtigten Fahrzeuges und dem nächstliegenden Rand der vortrittsberechtigten Fahrbahn bzw. dem vorderen Rand der Warte- oder Halteinie (vgl. die Definitionen in Ziffer A.3 der Norm SN 640 273), für Motorfahrzeuge und leichte Zweiräder innerorts 2.5 m betragen muss. Dies ist grundsätzlich unbestritten. Der Beobachtungspunkt D liegt nach Ansicht der Vorinstanz 2 2.5 m hinter dem Trottoirrand, nach Ansicht des Beschwerdeführers I jedoch 2.5 m hinter dem Rand der Fahrbahn.

8.4.3 Die Norm SN 640 273 definiert die erforderlichen Sichtverhältnisse beim Aufeinandertreffen von Motorfahrzeugen und leichten Zweirädern auf einem Knoten. Folgerichtig bezieht sich die Beobachtungsdistanz deshalb auch auf den Rand der Fahrbahn (Ziffer A.3 der Norm SN 640 273), auf der sich das vortrittsberechtignte Fahrzeug befindet. In der Norm SN 640 273 nicht geregelt ist der Fall, wenn sich im Bereich des Knotens noch ein Trottoir befindet. Insbesondere ist nicht geregelt, ob sich in diesem Fall die einzuhaltende Beobachtungsdistanz auf den Trottoir- oder den Fahrbahnrand bezieht. Indes ist das Trottoir für die Beobachtungsdistanz nur dann mit zu

berücksichtigen, wenn es auch von Fahrzeugen benützt werden darf. Solange es aber nur den Fussgängern zur Verfügung steht, ist es für die Beobachtungsdistanz gemäss der Norm SN 640 273 nicht relevant. Die Beobachtungsdistanz bezieht sich somit auf den Fahrbahnrand, nicht aber auf den Trottoirrand. Zum gleichen Ergebnis kam auch der Schweizerische Verband der Strassen- und Verkehrsfachleute VSS in seinem Schreiben vom 24. Juli 2002 an den Rechtsvertreter des Beschwerdeführers I. In diesem Schreiben wurde aber zu Recht auch festgehalten, dass es sich bei den VSS-Normen lediglich um Empfehlungen ohne rechtsverbindlichen Charakter handelt, von denen mit entsprechender Begründung abgewichen werden darf.

8.4.4 Die Vorinstanz 2 ist der Ansicht, dass sich die Wartelinie für Fahrzeuge hinter dem Trottoir und damit der Beobachtungspunkt 2.5 m hinter dem Trottoirrand befinden muss, weil das Trottoir für die Fussgänger reserviert ist und diese auf dem Trottoir Vortritt haben. Es ist unbestritten, dass die Fussgänger auf dem Trottoir Vortritt haben. Fahrzeuge müssen deshalb hinter dem Trottoir warten, wenn sich auf diesem Fussgänger befinden.

Wird die Beobachtungsdistanz vom Trottoirrand aus gemessen, kann das Fahrzeug hinter dem Trottoir warten, den Fussgängern den Vortritt gewähren und dann in einem Zug über das Trottoir in die Zugerstrasse einbiegen. Wenn die Beobachtungsdistanz hingegen auf den Fahrbahnrand bezogen wird, muss der Autofahrer zuerst hinter dem Trottoir anhalten und seine Aufmerksamkeit dem Verkehrsgeschehen auf diesem widmen. Ist das Trottoir frei, kann er bis zum Strassenrand vorfahren, dort den Verkehr auf der Strasse beobachten und erst dann in die Zugerstrasse einbiegen, sobald die Verkehrssituation dies erlaubt. Ist das Einbiegen in die Zugerstrasse nicht sofort möglich, muss das Fahrzeug auf dem Trottoir stehen bleiben. Je nach Dauer kann dies zu einer Behinderung der Fussgänger führen. Unter dem Gesichtspunkt der Verkehrssicherheit erweist es sich aus diesem Grund in Übereinstimmung mit der Vorinstanz 2 als vorteilhafter, wenn der Beobachtungspunkt auf den Rand des Trottoirs ausgerichtet wird, zumal sich unmittelbar vor der Ausfahrt aus der Tiefgarage auch die Bushaltestelle befindet.

Fahrzeugähnliche Geräte wie z.B. Inline-Skates, Trottinette oder Kinderäder (Art. 1 Abs. 10 der Verkehrsregelverordnung, VRV, SR 741.11) dürfen auf den für die Fussgänger bestimmten Verkehrsflächen wie Trottoirs (Art. 50 Abs. 1 VRV) benützt werden. Dies hat vorliegend aber keine wesentlichen Auswirkungen. Fahrräder zählen ausdrücklich nicht zu den fahrzeugähnlichen Geräten. Zudem gelten für die Benutzer von fahrzeugähnlichen Geräten die für Fussgänger anwendbaren Verkehrsregeln (Art. 50a Abs. 1 VRV) und die Benutzer von fahrzeugähnlichen Geräten müssen die Geschwindigkeit und die Fahrweise stets den Umständen und den Besonderheiten des Gerätes anpassen (Art. 50a Abs. 2 VRV).

8.4.5 Der Beobachtungspunkt für die Tiefgaragenausfahrt befindet sich somit 2.5 m hinter dem Trottoirrand bzw. 4.5 m hinter dem Strassenrand (bei einer Trottoirbreite von 2 m). Bei einer minimalen Knotensichtweite von

## C. 2.2

50 m liegen die Parkplätze 2 bis 5 innerhalb des Sichtfeldes. Sind diese Parkplätze besetzt, so beeinträchtigen die darauf abgestellten Fahrzeuge die Sichtweite in Richtung Zug erheblich. Die erforderliche minimale Knotensichtweite in Richtung Zug ist nur dann eingehalten, wenn der Platz vor dem Haus A frei bleibt. Die Parkplätze 2 bis 5 sind aus diesem Grund mit der Verkehrssicherheit in Bezug auf die Ausfahrt aus der Tiefgarage nicht vereinbar. Die Vorinstanz 2 hat deshalb die Einfahrtsbewilligung für die Tiefgarage zu Recht mit der Auflage verbunden, dass auf diese Parkplätze entlang der Zugerstrasse verzichtet wird.

8.4.6 In der Verfügung vom 1. Juni 2001 hat die Vorinstanz 2 festgehalten, dass die Zufahrt zur Tiefgarage ab dem Strassenrand auf einer Länge von 8 m mindestens 5.5 m breit sein muss und das Gefälle auf einer Länge von mindestens 7 m ab dem Strassenrand maximal 3 % betragen darf (Ziffern 1 e und f). Wie bereits oben ausgeführt, gehen diese ausdrücklich formulierten Auflagen den diesen widersprechenden Angaben in den Plänen vor. Diese Auflagen wurden vom Baugesuchsteller nicht angefochten. Sie sind somit verbindlich und bei der Ausführung der Zufahrt zur Tiefgarage einzuhalten. Unter Berücksichtigung dieser Auflagen und unter der Bedingung, dass auf die Besucherparkplätze entlang der Zugerstrasse verzichtet wird, hat die Vorinstanz 2 die Einfahrt zur Tiefgarage zu Recht als verkehrssicher beurteilt.

8.5 Die geplanten Parkplätze 1 bis 5 stehen senkrecht zur Zugerstrasse. Deshalb wird bei der Benutzung dieser Parkfelder wohl praktisch ausschliesslich vorwärts in diese eingefahren. Dies wiederum hat zur Folge, dass beim Verlassen der Parkplätze rückwärts über das Trottoir in die Zugerstrasse gefahren werden muss. Auch aus diesem Grund hat die Vorinstanz 2 die Parkplätze entlang der Zugerstrasse auch deshalb als nicht verkehrssicher beurteilt.

8.5.1 Bei der Zufahrt zu den fünf geplanten Parkplätzen handelt es sich ebenfalls um eine Grundstückszufahrt. Werden die fünf Parkplätze als Einheit betrachtet, so handelt es sich gemäss der Norm SN 640 050 bei der Einfahrt in die Zugerstrasse (Kantons- bzw. Hauptstrasse) um eine Grundstückszufahrt des Typs C (Tabelle 1, S. 2). Für Grundstückszufahrten des Typs C (wie auch für Zufahrten des Typs B) ist aus Sicherheitsgründen das Aus- und Einfahren aber nur vorwärts gestattet (Ziffer, C.6 und Tabelle 2, S. 3). Zudem sind Grundstückszufahrten bei Haltestellen des öffentlichen Verkehrs nicht erwünscht (Ziffer C.5, S. 2 unten).

8.5.2 Öffentliche oder private Parkieranlagen sollen in der Regel so angeordnet werden, dass bei ihrer Benützung keine Fahrmanöver auf der Fahrbahn ausgeführt werden müssen (VSS Norm SN 640 292 Parkieren, Ziffer A.3). Zu- und Wegfahrten erfolgen in der Regel über Sammel- oder Erschliessungsstrassen (Ziffer B.4). Insbesondere an Orten, wo Konflikte mit Fussgängern entstehen können, sind die Anlagen so zu gestalten, dass das Rückwärtsfahren nicht nötig ist (Ziffer B.9).

8.5.3 Die Zufahrt zu den geplanten Parkplätzen 1 bis 5 entspricht weder den in der Norm SN 640 050 betreffend Grundstückszufahrten umschriebenen Voraussetzungen, noch den Anforderungen gemäss der Norm SN 640 292 betreffend Parkieren. Aus den geplanten Parkplätzen muss rückwärts über das Trottoir in die Zugerstrasse eingefahren werden. Konflikte mit Fussgängern sind somit vorprogrammiert. Zudem muss die Zugerstrasse beim Rückwärtsausfahren auch für Fahrmanöver in Anspruch genommen werden. Auch dies kann zu Behinderungen des Verkehrs auf der Zugerstrasse führen. Weiter erschwerend kommt hinzu, dass sich unmittelbar neben den Parkplätzen 2 bis 5 im Bereich der Einmündung der Zufahrt zur Tiefgarage die Bushaltestelle befindet. Auch aus diesen Gründen hat die Vorinstanz 2 die Einfahrtsbewilligung für die Parkplätze 1 bis 5 entlang der Zugerstrasse zu Recht verweigert, weil die Verkehrssicherheit für die erwähnten Parkplätze nicht gewährleistet ist. (RRB Nr. 595/2003 vom 13. Mai 2003).

### 2.3 Erschliessung durch das übergeordnete Strassennetz

- *Partei- und Verfahrensfähigkeit einer Gemeinde und des Gemeinderates (Erw. 3).*
- *Fehlende Einsprachebefugnis einer Gemeinde, wenn sie keine Verletzung der Autonomie rügt, nicht direkt in ihren finanziellen Interessen und auch nicht sonstwie wie eine Privatperson betroffen ist (Erw. 4).*
- *Beurteilung der Baureife (in Bezug auf das übergeordnete Strassennetz) unter aufsichtsrechtlichen Gesichtspunkten (Erw. 5).*

*Aus dem Sachverhalt:*

Die X. AG plante auf der an der Eisenburgstrasse (Bezirksstrasse) gelegenen Liegenschaft in Siebnen (Gemeinde Schübelbach) eine Überbauung mit zwei Mehrfamilienhäusern mit Tiefgarage und vier Doppel Einfamilienhäusern. Der Gemeinderat Galgenen erhob dagegen Baueinsprache. Seiner Auffassung nach war die Erschliessung über die Eisenburgstrasse, die Brücke über die Wägitaler-Aa, die Wägitalerstrasse in die Zürcherstrasse erst dann hinreichend, wenn die geplante Verkehrssanierung im Dorf Siebnen mit dem Grosskreisel rechtlich, technisch und finanziell sichergestellt sei, wie dies der Kanton für vergleichbare Baulandflächen in Siebnen-Galgenen (Lindenhof, Illgenwiese) verlangt habe. Der Gemeinderat Schübelbach wies die Beschwerde nicht zuletzt wegen fehlender Legitimation der Gemeinde ab und erteilte die Baubewilligung.

Die dagegen erhobene Beschwerde wies der Regierungsrat ab. Einer Aufsichtsbeschwerde leistete er keine Folge.



### C. 2.3

#### *Aus den Erwägungen:*

3. Vor Erlass eines Entscheides prüft die Behörde von Amtes wegen, ob die Voraussetzungen für einen Sachentscheid erfüllt sind. Umstritten sind im vorliegenden Beschwerdeverfahren insbesondere die Partei- und Verfahrensfähigkeit sowie die Rechtsmittelbefugnis bzw. Einsprachebefugnis der Beschwerdeführerin (§ 27 Abs. 1 lit. b und d und § 65 VRP).

3.1 Vorinstanz und Beschwerdegegnerin machen geltend, es sei nicht zulässig, dass der Gemeinderat Galgenen als Behörde Baueinsprache erhebe, auch wenn er nun im Beschwerdeverfahren als für die Gemeinde handelnd auftrete. Sinngemäss sprechen sie dem Gemeinderat Galgenen die Partei- und Verfahrensfähigkeit und damit dessen Einsprache- und Beschwerdefähigkeit ab. Da die Gemeinde Galgenen deshalb am vorinstanzlichen Einspracheverfahren gar nicht teilgenommen habe, könne sie auch kein Rechtsmittel einlegen.

3.2 Parteifähig sind natürliche und juristische Personen oder Personenvereinigungen, welche nach Privatrecht oder öffentlichem Recht unter eigenem Namen Träger von Rechten und Pflichten sein können (§ 11 VRP). Verfahrensfähig ist, wer nach Privatrecht oder öffentlichem Recht selbstständig handeln oder einen Vertreter bestellen kann (§ 12 VRP).

Als juristische Personen des öffentlichen Rechts, die rechtsmittelfähig sind, gelten u.a. der Kanton, die Bezirke und die Gemeinden. Nicht parteifähig sind hingegen die sie vertretenden Verwaltungsbehörden (z.B. der Gemeinderat, ausser eine Spezialvorschrift bestimme dies ausdrücklich; vgl. Josef Hensler, Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde im Kanton Schwyz, Diss. Zürich 1980, S. 28 f.). Die Verfahrensfähigkeit ist ein Ausfluss der Handlungsfähigkeit und umschreibt die Eignung, einen Prozess selbstständig führen zu können. Mit der Bestellung der notwendigen Organe ist eine juristische Person in der Regel handlungs- und damit auch prozessfähig (Hensler, a.a.O., S. 29). Mit der Wahl des Gemeinderates ist diese Voraussetzung bei den Gemeinden, die durch ihre Exekutivorgane handeln, erfüllt. Denn gemäss § 31 des Gesetzes über die Organisation der Gemeinden und Bezirke vom 29. Oktober 1969 (SRSZ 152.100; GOG) ist der Gemeinderat das vollziehende und verwaltende Organ der Gemeinde (Abs. 1) und vertritt diese nach aussen (Abs. 2). Die Gemeinde Galgenen ist somit grundsätzlich einsprache- und beschwerdefähig.

3.3 Vielfach wird zwar die Behörde an Stelle der vertretenen Körperschaft als Partei aufgeführt. Dieser Formmangel bleibt jedoch in der Regel ohne Folgen, da ohne weiteres davon auszugehen ist, dass der Gemeinderat als Exekutivorgan für die Gemeinde, die er von Gesetzeswegen vertritt, handelt (Hensler, a.a.O., S. 29 Fussnote 13, S. 51 Fussnote 145 mit Hinweis; EGV-SZ 1976, S. 3). So verhält es sich auch im vorliegenden Fall. Selbst wenn der Gemeinderat Galgenen im Baueinspracheverfahren als Behörde aufgetreten war, hat er im Beschwerdeverfahren diesen formellen Fehler korrigiert. Es

versteht sich von selbst, dass er auch im erstinstanzlichen Verfahren als Exekutivorgan für die Gemeinde gehandelt hatte. Es kann deshalb nicht von unterschiedlichen Verfahrensparteien gesprochen werden. Damit ist auch die Voraussetzung der Teilnahme am vorinstanzlichen Verfahren als Teil der Beschwerdebefugnis im vorliegenden Fall erfüllt (§ 37 lit. a VRP).

4.1 Umstritten ist im Weiteren die Einsprache- bzw. Beschwerdebefugnis der Gemeinde Galgenen. Nach Auffassung der Vorinstanz und der Beschwerdegegnerin mache die Beschwerdeführerin weder eine Autonomieverletzung noch eine Verletzung von eigenen und schützenswerten Vermögensrechten, sondern lediglich Allgemeininteressen geltend, woraus sich jedoch kein unmittelbares Rechtsschutzinteresse ableiten lasse.

4.2 Die Beschwerdeführerin hingegen begründet ihre Einsprache- und Beschwerdelegitimation wie folgt: Sie habe ein eigenes, unmittelbares und schützenswertes Interesse an der Aufhebung der angefochtenen Baubewilligung, weil sie als Gemeinde wie eine Privatperson in ihren finanziellen Interessen berührt sei. Da das Bauvorhaben der Beschwerdegegnerin über den geplanten Grosskreisel (via Eisenburgstrasse und Wägitalerstrasse) erschlossen werde und die Bauherrschaft nicht verpflichtet worden sei, sich an den Baukosten zu beteiligen, was nachträglich kaum mehr möglich sei, hätte primär wohl die Gemeinde Galgenen den Ausfall zu tragen (mit RRB Nr. 47 vom 15. Januar 2002 hatte der Regierungsrat das Projekt Grosskreisel Siebnen [Vorprojekt, Variante 7] mit Kosten von rund 6.5 Mio. Franken im Grundsatz genehmigt und dabei von der Gemeinde Galgenen für die Entlastung von ihrer [Grob-]Erschliessungspflicht einen Pauschalbeitrag von 1.7 Mio. Franken und von der Gemeinde Schübelbach für die Übernahme eines Teils der Fabrikstrasse durch den Kanton einen Pauschalbetrag von 0.3 Mio. Franken verlangt). Die Baubewilligung für das geplante Bauvorhaben dürfe deshalb erst erteilt werden, wenn die Finanzierung des vom Kanton geplanten Grosskreisels im Dorfkern Siebnen, von dem auch der Dorfteil Siebnen-Schübelbach und die dort gelegenen Bauliegenschaften profitierten, verursachergerecht geregelt und der Kreisel gebaut sei. Im Weiteren beruft sich die Beschwerdeführerin auf das Rechtsgleichheitsgebot und verlangt, dass Bauwillige in beiden Gemeindeteilen der Ortschaft Siebnen gleich behandelt werden müssten, was jedoch nicht der Fall sei, wenn auf dem Gemeindegebiet Schübelbach Baubewilligungen erteilt würden, für die Bauzonen Lindenhof und Ilgenwiese in der Gemeinde Galgenen wegen der prekären Verkehrssituation (Überlastung der Knoten Wägitalerstrasse/Staldenstrasse/Zürcherstrasse und Büelstrasse/Zürcherstrasse) aber ein Bauverbot bestehe, bis der Grosskreisel realisiert sei. Die Bauliegenschaft der Beschwerdegegnerin sei auf diesen Grosskreisel ebenso angewiesen wie die erwähnten Bauzonen in der Gemeinde Galgenen.

4.3 Vorliegend geht es primär um die Frage der Einsprachebefugnis, die der Gemeinde Galgenen in der angefochtenen Verfügung abgesprochen

### C. 2.3

wurde. Dementsprechend ist die Vorinstanz sinngemäss auf die Baueinsprache gar nicht eingetreten, obwohl sie diese formell «abgewiesen» hat. Durch diese Nichteintretensverfügung ist die Gemeinde Galgenen beschwert und kann demzufolge hiegegen Beschwerde führen (§ 37 lit. a VRP; eine Rechtssatzermächtigung gemäss lit. b steht vorliegend nicht zur Diskussion). Insoweit ist auf ihre Beschwerde einzutreten. Zu prüfen ist deshalb, ob die Vorinstanz die Einsprachebefugnis der Gemeinde Galgenen zu Recht verneint hat. Trifft dies zu, ist die Beschwerde abzuweisen.

4.4 Zur Einsprache befugt ist, wer ein eigenes, unmittelbares und schützenswertes Interesse dartut (§ 65 VRP). Eine öffentlich-rechtliche Körperschaft (wie die Gemeinde Galgenen) ist nach § 65 VRP (bzw. § 37 lit. a VRP) praxisgemäss vor allem dann einsprachebefugt (bzw. beschwerdebefugt), wenn eine Autonomieverletzung geltend gemacht wird, oder wenn sie nach ihrer Darstellung in ihren Interessen gleich oder ähnlich berührt ist wie eine Privatperson, was insbesondere dann zutrifft, wenn das Finanz- und Verwaltungsvermögen betroffen ist, und wenn eine zu erwartende Mehrbelastung geltend gemacht wird, sofern diese zudem aus Mitteln des Finanzvermögens gedeckt werden soll. Das geltend gemachte finanzielle Interesse muss aber konkreter Natur sein und sich direkt aus dem angefochtenen Verwaltungsakt ergeben. Allgemeine - irgendwie geartete - finanzielle Interessen genügen nicht. Im Weiteren begründet auch die Absicht, die richtige Anwendung des objektiven Rechts oder die eigene Rechtsauffassung durchzusetzen, kein Rechtsschutzinteresse (EGV-SZ 2001, B. 1.3, E. 1 mit Hinweisen; EGV-SZ 2000 Nr. 5, S. 16 mit Hinweisen; VGE 603/02 vom 22. März 2002 E. 1b mit Hinweisen; Hensler, a.a.O., S. 52 f.).

4.5 Mit der erteilten Baubewilligung wird die Beschwerdeführerin weder in ihren hoheitlichen Befugnissen noch in ihrem Autonomiebereich beschränkt. Auch werden in der Verfügung keine Rechte und Pflichten der Gemeinde Galgenen geregelt. Sie selbst macht denn auch nichts Derartiges geltend, insbesondere auch keine Autonomieverletzung.

4.6 Dass sich überdies die angefochtene Baubewilligung direkt auf die finanziellen Interessen der Beschwerdeführerin auswirken soll, wie diese vorbringt, trifft nicht zu.

4.6.1 Das Baubewilligungsverfahren, aber auch die Baubewilligungspraxis der Vorinstanz, haben keinen direkten Bezug zur Frage der *Finanzierung* des geplanten Grosskreisels in Siebnen. Dessen Realisierung kann zwar als Verbesserung des übergeordneten Strassennetzes für eine ausreichende strassenmässige Erschliessung und damit für die Baureife von eingezontem Land in baupolizeilicher Hinsicht von Bedeutung sein (EGV-SZ 1996 Nr. 5). Diese Frage ist allerdings der materiellen Beurteilung vorbehalten und muss nicht im Zusammenhang mit der Einsprachebefugnis der Beschwerdeführerin geprüft werden.

4.6.2 Die Finanzierung des Grosskreisels lässt sich unabhängig von einem konkreten Baubewilligungsverfahren und insbesondere von der Frage, ob eine hinreichende Erschliessung für ein bestimmtes Baugrundstück den Bau des geplanten Grosskreisels voraussetze, lösen. Sie ist denn auch nicht in der Bau-, sondern in der Strassengesetzgebung geregelt. Die Kostenverteilung für den Grosskreisel ist zudem nicht Bewilligungsvoraussetzung, sondern allenfalls der Kreisel selbst, falls nur mit dessen Erstellung die Baureife erreicht werden könnte. Nach § 55 Abs. 1 der Strassenverordnung vom 15. September 1999 (SRSZ 442.110; StrV) vereinbaren die beteiligten Strassen-träger und Dritte die Kostenverteilung entsprechend ihrer Interessenlage, wenn der Verursacher von baulichen Massnahmen nicht eindeutig bestimmt werden kann. Lässt sich über die Kostenverteilung keine Einigung erzielen, entscheidet der Regierungsrat unter Vorbehalt der Beschwerde ans Verwaltungsgericht (§ 55 Abs. 2 StrV). Können diesem Kooperationsmodell entsprechend in einem konkreten Fall Private zu einer Beteiligung an den Kosten einer baulichen Strassensanierung herangezogen werden (vgl. hiezu RRB Nr. 2225 vom 15. Dezember 1998: Bericht und Vorlage an den Kantonsrat zur Strassenverordnung, S. 6, 25 und 26), dann ist die Finanzierungsregelung nicht zwingend Gegenstand eines konkreten Baubewilligungsverfahrens (möglicherweise indirekt, wenn die Baureife nur mit entsprechenden baulichen Massnahmen, die von mehreren Verursachern zu finanzieren sind, erreicht werden kann). Eine finanzielle Beteiligung könnte aber auch nachträglich, d.h. nach Abschluss eines Bewilligungsverfahrens, mittels formeller Verfügung und entsprechenden Vollstreckungsmassnahmen durchgesetzt werden. Die Vorinstanz ist überdies nicht zuständig, die Beschwerdegegnerin zur Mitfinanzierung des Grosskreisels in Siebnen zu verpflichten. Auch deshalb ist die Beschwerdeführerin durch die erteilte Baubewilligung nicht unmittelbar betroffen.

4.6.3 Der Umstand, dass die Beschwerdegegnerin im Baubewilligungsverfahren nicht zur Mitfinanzierung des Grosskreisels herangezogen wurde, hat für die Beschwerdeführerin auch keine negativen finanziellen Folgen. Die Verursacher einer Strassensanierung sind nach ihrer *Interessenlage* an den Kosten zu beteiligen. Massgebend allein sind demnach die unterschiedlichen Interessenlagen der (Mit-)Verursacher, die unabhängig voneinander und von einem konkreten Baubewilligungsverfahren zu bestimmen sind. Den im RRB Nr. 47 vom 15. Januar 2002 festgelegten Verteilschlüssel hat die Beschwerdeführerin nicht akzeptiert. Das Baudepartement überprüft die Kostenbeteiligung für den Grosskreisel nochmals und wird diese demzufolge im Sinne von § 55 StrV neu verhandeln und, falls keine Einigung gefunden werden kann, dem Regierungsrat zur formellen Entscheidung vorlegen (s. nachstehend Ziff. 5.3).

Im vorliegenden Fall wurde das Interesse der Gemeinde Galgenen mit der Entlastung ihrer Groberschliessungspflicht für die Baugebiete Ilgenwiese und Lindenhof begründet und auf 1.7 Mio. Franken beziffert. Diese Interessengewichtung bleibt sich grundsätzlich gleich (es sei denn, die Bemess-

### C. 2.3

sungskriterien würden sich zu Lasten der Gemeinde Galgenen ändern, wofür es jedoch im Moment keine Anhaltspunkte gibt), unabhängig von der Einschätzung der Interessenslagen anderer Mitverursacher. Kommen z.B. auf der Schübelbachner-Seite weitere Kostenträger (Gemeinde, Bezirk, Private) hinzu, hat dies auf das Kostentreffnis der Gemeinde Galgenen keinen unmittelbaren Einfluss, jedenfalls nicht im Sinne einer Mehrbelastung. Ihre eigenen finanziellen Interessen werden deshalb nicht dadurch zusätzlich tangiert, dass die Beschwerdegegnerin und/oder weitere Mitverursacher der Strassensanierung sich ebenfalls an den Baukosten beteiligen müssen (was jedoch noch offen steht). Weshalb die erteilte Baubewilligung auf die Kostentragung der Gemeinde Galgenen einen unmittelbaren Einfluss haben soll, ist nicht ersichtlich.

4.6.4 Daraus geht hervor, dass die von der Beschwerdeführerin geltend gemachten finanziellen Interessen nicht konkret sind. Aus der erteilten Baubewilligung kann keine finanzielle Mehrbelastung der Gemeinde Galgenen in Bezug auf die Beteiligung an den Kosten für den geplanten Grosskreisel in Siebnen abgeleitet werden. Die Bewilligung hat keine direkten Auswirkungen auf die Finanzlage der Beschwerdeführerin. Ihr ist deshalb ein eigenes, unmittelbares und schützenswertes Interesse an der Nichterteilung der angefochtenen Baubewilligung abzusprechen.

4.7 Soweit die Beschwerdeführerin eine Verletzung des Rechtsgleichheitsgrundsatzes geltend macht, indem sie die unterschiedliche Behandlung der Bauwilligen im Galgener- und Schübelbachner-Teil der Ortschaft Siebnen rügt, für die auf beiden Seiten wegen der Verkehrsüberlastung im Dorfkern keine hinreichende Erschliessung bestehe, solange der geplante Grosskreisel nicht realisiert sei, kann daraus kein Rechtsschutzsinteresse der Gemeinde Galgenen abgeleitet werden. Wie bereits erwähnt, kann mit der Einsprache- und Beschwerdemöglichkeit nicht die richtige Anwendung des objektiven Rechts bzw. die eigene Rechtsauffassung durchgesetzt werden.

4.8 Zusammenfassend ergibt sich, dass die Vorinstanz die Einsprachebefugnis der Beschwerdeführerin zu Recht verneint hat. Die Beschwerde ist demzufolge abzuweisen. Auf die materiellen Einwendungen der Beschwerdeführerin muss deshalb grundsätzlich nicht mehr eingegangen werden. Die Beschwerdeführerin möchte jedoch für den Fall der Beschwerdeabweisung ihre Vorbringen aufsichtsrechtlich behandelt wissen. Dazu ist im Folgenden Stellung zu nehmen.

5.1 Die Beschwerdeführerin verfolgt im Rahmen einer Aufsichtsbeschwerde das Ziel, dass «alle Bauwilligen im Ortskern von Siebnen bezüglich Erschliessung und Finanzierung des vom Kanton zu bauenden Grosskreisels rechtsgleich behandelt werden und vor dem Kreiselbau keine vollendeten Tatsachen geschaffen werden»; im Weiteren werde zu prüfen sein, ob die vorgesehene Erschliessung des Baugrundstückes der Beschwer-

degegnerin via Eisenburgstrasse, Wägitalstrasse und Einmündung in die Zürcherstrasse hinreichend und verkehrssicher sei.

5.2 (Voraussetzungen und Rahmen für die Erhebung einer Aufsichtsbeschwerde: EGV-SZ 1986, S. 112).

5.3 Soweit die Beschwerdeführerin eine rechtsgleiche Kostenbeteiligung aller Verursacher der Verkehrssanierung in Siebnen mit dem Grosskreisel durchsetzen will, ist darauf nicht weiter einzugehen, da dies Gegenstand eines separaten Verfahrens nach §. 55 StrV ist. Das Baudepartement hat denn auch kürzlich eine nochmalige Überprüfung und Beurteilung dieser Frage mit den beiden betroffenen Gemeinderäten vereinbart. Primäres Ziel dieser Neubeurteilung ist eine Einigung unter den betroffenen und interessierten Verursachern der geplanten baulichen Sanierungsmassnahmen, andernfalls der Regierungsrat die Kostenbeteiligung formell verfügen muss, wogegen Verwaltungsgerichtsbeschwerde erhoben werden kann (§ 55 Abs. 2 StrV).

Mit dieser Neubeurteilung der Finanzierung soll die Beteiligung an den Baukosten nach den Interessenlagen aller betroffenen Verursacher nochmals umfassend geprüft und verhandelt werden. Der Kostenverteiler, wie er im Beschluss des Regierungsrates vom 15. Januar 2002 (RRB Nr. 47) festgelegt wurde, ist demzufolge ebenfalls Gegenstand dieser Neubeurteilung. Es ist deshalb zweckmässig, den vorerwähnten Beschluss mit Ausnahme der Projektgenehmigung bereits im heutigen Zeitpunkt aufzuheben.

5.4 Als qualifizierte Rechtsverletzung kann die Bejahung der Baureife und damit der strassenmässigen Erschliessung der Bauliegenschaft der Beschwerdegegnerin durch die Vorinstanz nicht bezeichnet werden. Das Bauvorhaben wird nicht direkt über die Hauptstrasse (bzw. den Grosskreisel) erschlossen wie die beiden unüberbauten Bauzonen Ilgenwiese und Lindenhof auf dem Gemeindegebiet Galgenen mit der Büel- und Staldenstrasse (von der ursprünglich geplanten Einmündung bei der Liegenschaft Waldvogel in die Glarnerstrasse wurde abgesehen). Im Weiteren wird der Verkehr neu im Einbahnverkehr in die Eisenburgstrasse geleitet (mit verbotener Fahrrichtung in die Glarnerstrasse; vgl. Amtsblatt Nr. 13 vom 28. März 2002, S. 577), zur Wägitalstrasse geführt und mündet erst dann in die Hauptstrasse (Zürcherstrasse) ein. Zwar wird dadurch die Verkehrsüberlastung im Dorfkern Siebnen alles andere als entschärft. Wenn der Gemeinderat Schübelbach diese Mehrbelastung jedoch als tolerierbar taxiert, verletzt er damit noch kein klares Recht. Wie das Verwaltungsgericht in seinem Entscheid VGE 728/95 vom 18. Juli 1996 (publ. in EGV-SZ 1996, Nr. 5) ausgeführt hat, werde die hinreichende Erschliessung bei bestehender Überlastung des übergeordneten Strassennetzes erst dann ernsthaft in Frage gestellt, wenn ein Bauvorhaben diese Verkehrssituation im Verhältnis zum bestehenden Verkehrsaufkommen wesentlich verschärfe. Dies ist vorliegend nicht unbedingt der Fall. Denn der von den geplanten 32 Wohneinheiten anfallende zusätzliche Verkehr fällt bei den täglich 12'000 bis 13'000 Fahrzeugen, die

### C. 2.3

das Dorf Siebnen durchqueren, nicht derart stark ins Gewicht, dass zwingend von einer wesentlichen Zunahme und Verschärfung der Verkehrsbelastung auf der Hauptstrasse gesprochen werden müsste. Jedenfalls kann diese vorinstanzliche Einschätzung im Rahmen der Überprüfung im Aufsichtsbeschwerdeverfahren nicht als qualifizierte Rechtsverletzung bezeichnet werden (ob diese Einschätzung auch in einem ordentlichen Verwaltungsbeschwerdeverfahren haltbar wäre, kann dahingestellt bleiben).

5.5 Auf der andern Seite sind die noch freien Bauzonen Ilgenwiese und Lindenhof im Ortsteil Galgenen um ein Mehrfaches grösser als die Bauliegenschaft der Beschwerdegegnerin. Der anfallende Mehrverkehr in die Hauptstrasse ist dementsprechend dort viel grösser. Beim Baugrundstück handelt es sich zudem im Gegensatz zu den unüberbauten Bauzonen in Galgenen um ein seit vielen Jahren baulich genutztes Terrain (Fabrikliegenschaft), das einer neuen Nutzung (Wohnbauten) zugeführt werden soll, die dem Kernzonenzweck viel eher entspricht (vgl. Art. 38 Baureglement Schübelbach). Zwar vermag dieser Umstand heute der Bauherrschaft unter dem Titel des Bestandesprivilegs (gemäss § 72 des Planungs- und Baugesetzes vom 14. Mai 1987 [SRSZ 400.100]) kaum mehr eine in baurechtlicher Hinsicht bevorzugte Stellung zu verleihen. Trotzdem handelt es sich hier nicht um eine erstmalig genutzte Baulandfläche. Im Erteilen der angefochtenen Baubewilligung kann deshalb auch kein Verstoß gegen das Rechtsgleichheitsgebot gesehen werden, jedenfalls unter Berücksichtigung des Umstandes, dass nur eine klare Rechtsverletzung ein aufsichtsrechtliches Einschreiten rechtfertigen würde.

5.6 Zusammenfassend besteht für den Regierungsrat keine Veranlassung, aufsichtsrechtliche Massnahmen zu ergreifen. Der Aufsichtsbeschwerde ist deshalb keine Folge zu leisten. Dies bedeutet, dass der Regierungsrat keine Verletzung von klarem Recht darin sieht, wenn die Vorinstanz die Baubewilligung für das Bauvorhaben der Beschwerdegegnerin erteilt und damit deren strassenmässige Baureife bejaht hat. Ob er im ordentlichen Verwaltungsbeschwerdeverfahren bei umfassender Überprüfungsbefugnis in Bezug auf die hinreichende Erschliessung der Bauliegenschaft zum gleichen Ergebnis gekommen wäre, darf daraus nicht ohne weiteres abgeleitet werden. Auf jeden Fall kann der Gemeinde Schübelbach ein Interesse an Sanierungsmassnahmen im Dorfkern von Siebnen kaum abgesprochen werden. Es wird Aufgabe des Baudepartementes sein, dies im Rahmen der Neu beurteilung der Kostenbeteiligung nach § 55 StrV zu prüfen. Ob die Voraussetzungen für die Mitfinanzierung durch weitere private Verursacher (u.a. die Beschwerdegegnerin bzw. den Grundeigentümer der Bauliegenschaft) gegeben sind, ist ebenfalls Gegenstand dieser Abklärungen durch das Baudepartement. (RRB Nr. 299/2003 vom 11. März 2003).

## 2.4 Zonenkonformität eines Gewerbebetriebes in einem Gestaltungsplangebiet

- *Ein metallverarbeitender Gewerbebetrieb mit Bürotrakt ist vorliegend gestalterisch wie funktionell grundsätzlich zulässig und stellt Zweck und Charakter des Gestaltungsplanes und der Wohnzone nicht in Frage (Erw. 4).*
- *Schutz gegen Lärm und Luftverunreinigungen (Erw. 4.5.4 - 4.5.7).*

*Aus dem Sachverhalt:*

Die Bauherrschaft plant auf einem Grundstück in der Wohnzone und im Gestaltungsplangebiet „Gmurethaus-Nord« in der Gemeinde Wollerau ein Gewerbehaus (metallverarbeitender Betrieb und Bürotrakt). Der Gemeinderat erteilte die Baubewilligung und wies die Einsprachen ab. Wegen der geplanten Abstellflächen (nicht abgedruckte Erwägung) wird die dagegen erhobene Beschwerde vom Regierungsrat gutgeheissen und der angefochtene Beschluss aufgehoben.

*Aus den Erwägungen:*

4.1 Nach Ansicht der Beschwerdeführer ist das geplante Gewerbegebäude (Metall verarbeitender Betrieb und Bürotrakt) in der reinen Wohnzone als (zumindest mässig) störender Betrieb unzulässig. Auch funktionell passe die geplante Metallbauschlosserei nicht in ein Wohnquartier. Das Bauvorhaben widerspreche zudem auch dem vom Gestaltungsplan verfolgten Zweck, eine bessere Gestaltung zu bewirken. Die angeordneten Lärmschutzvorkehrungen seien überdies weder umsetzbar noch kontrollierbar. Ungeklärt seien im Weiteren die Auswirkungen des Bauprojektes in Bezug auf die Luftreinhaltung. Unberücksichtigt geblieben sei auch der durch den geplanten Gewerbebetrieb verursachte Mehrverkehr, insbesondere durch die anliefernden Schwerverkehrsfahrzeuge, die die Wohnqualität und Sicherheit im Quartier beeinträchtigen würden. Schliesslich seien auch die Zufahrtsverhältnisse zum Baugrundstück nicht geregelt.

Anderer Auffassung sind Vorinstanz und Beschwerdegegner. Das geplante Bauvorhaben sei weder zonen- noch gestaltungsplanwidrig. Der Gestaltungsplan stelle eine Spezialordnung dar, in dem eine Nutzungsdurchmischung ausdrücklich gestattet sei, sodass kein direkter funktionaler Bezug zum Wohnquartier mehr erforderlich sei. Das Bauvorhaben sei aber auch immissionsmässig, wie der Lärnmachweis zeige, nicht störend, zumal klare Schutzvorkehrungen verlangt würden. In Bezug auf die Luftreinhaltung sei das Projekt ebenfalls unbedenklich, ebenso in Bezug auf die Zufahrtsverhältnisse. Zweck und Charakter der Zonengrundordnung würden nicht tangiert.



## C. 2.4

4.2 Der Gestaltungsplan stellt als Sondernutzungsplan für eine zusammenhängende Baulandfläche von mindestens 3'000 m<sup>2</sup> (bzw. 1'500 m<sup>2</sup> in der Kernzone) innerhalb des Zonenplans eine Spezialordnung dar. Plan und Sonderbestimmungen bilden die Rechtsgrundlage für eine nach wohngygnischen, architektonischen und städtebaulichen Gesichtspunkten gute Überbauung. Der Gestaltungsplan beinhaltet auf der Basis der Grundordnung besondere Bau- und Nutzungsvorschriften, um damit gesamthaft eine bessere Lösung zu erzielen, als dies mit der Grundordnung selbst möglich wäre. Insbesondere können nach Massgabe der erzielbaren Vorteile Abweichungen von den Mindestbauvorschriften (Gebäude- und Grenzabstände, Geschosszahl, Ausnützung usw.) gewährt werden. Ferner kann die Durchmischung der Nutzung zugelassen werden. Diese Sonderbestimmungen gehen den allgemeinen Baupolizei- und Nutzungsvorschriften der Grundordnung vor (§ 24 des Planungs- und Baugesetzes vom 14. Mai 1987 [SRSZ 400.100/ PBG]; Art. 108 f. des Baureglementes der Gemeinde Wollerau vom 13. April 1999; Mark Gisler, Ausgewählte Fragen zum Gestaltungsplan im Kanton Schwyz, in: ZBI 101/2000; S. 394 f.; EGV-SZ 1996, Nr. 49, S. 123; EGV-SZ 1989, Nr. 45; RRB Nr. 768/2002 vom 18. Juni 2002, Ziff. 3.2).

Die Grundordnung hingegen ist für das Gestaltungsplangebiet nicht einfach unbeachtlich. Einmal dürfen Nutzung und Zweck der betroffenen Bauzone des Zonenplans mit dem Gestaltungsplan nicht grundsätzlich in Frage gestellt werden, auch wenn eine gewisse Durchmischung der Nutzung im Plangebiet zulässig ist (§ 24 Abs. 2 PBG; Art. 109 Abs. 1 BauR; Mark Gisler, a.a.O., S. 409; EGV-SZ 1996, Nr. 49, S. 125). Im Weiteren ergänzt sie die Spezialordnung dort, wo von der Grundordnung nicht abgewichen wird bzw. nicht abgewichen werden darf. Schliesslich dient sie auch als Interpretationshilfe für die Anwendung des Gestaltungsplans bzw. der Sonderbauvorschriften im konkreten Einzelfall (VGE 1023/02 vom 30. August 2002, E. 1b; RRB Nr. 768 vom 18. Juni 2002, Ziff. 3.2 mit Hinweisen).

4.3 Das Gebiet des Gestaltungsplans «Gmuret Huus-Nord» liegt zum grossen Teil in der Wohnzone W2 und zu einem kleinen Teil in der Wohnzone W3. Für das Teilgebiet C war von Anfang an eine gewerbliche Nutzung vorgesehen und auch genehmigt worden (vgl. den mit RRB Nr. 497 vom 17. März 1992 genehmigten ursprünglichen Gestaltungsplan; Art. 6 Abs. 1 der Sonderbauvorschriften [SBV]). Die gewerbliche Nutzung des Baugrundstückes Kat. Nr. 2197 an der Rebbergstrasse ist demnach gestaltungsplankonform, sofern der geplante Gewerbebau den Zweck und Charakter der Wohnzone nicht grundlegend verändert (Art. 109 Abs. 1 2. Satz BauR). Da mit einem Gestaltungsplan in beschränktem Rahmen von der Grundordnung abgewichen werden darf und die Nutzungsdurchmischung vom Gesetzgeber ausdrücklich ermöglicht wird, ist in der Wohnzone des Gestaltungsplans «Gmuret Huus-Nord» eine an sich nach der Grundordnung zonenwidrige Nutzung zulässig, sofern sie die konkrete Sondernutzungsplanung nicht dominiert bzw. den Zweck und Charakter der betroffenen Wohnzone des Zonenplans der Gemeinde Wollerau nicht grundsätzlich in Frage stellt. Die

zonengerechte Nutzung der Rahmenordnung muss gestalterisch wie funktionell immer noch deutlich im Vordergrund stehen (Gisler, a.a.O., S. 409; EGV-SZ 1996, Nr. 49, E. 5a).

4.4 Gemäss Art. 90 Abs. 1 BauR sollen in den Wohnzonen ruhige und gesunde Wohnverhältnisse gewährleistet werden. Es sind nur nicht störende Dienstleistungs- und Gewerbebetriebe zugelassen. Diese zonenbedingte Immissionsvorschrift wirkt abstrakt, d.h. bei der Beurteilung der Zulässigkeit einer bestimmten Immissionsstärke ist auf eine typisierte, der allgemeinen Erfahrung entsprechende Umschreibung der verschiedenen Betriebsarten abzustellen. Ob ein bestimmter Betrieb eine konkrete Störung verursacht, ist deshalb unerheblich. Ebenso hängt die Zonenkonformität nicht von baulichen oder organisatorischen Lärmschutzmassnahmen ab. Massgebend ist, ob mit dem betreffenden Gewerbe typischerweise Belästigungen verbunden sind, die über das hinausgehen, was normalerweise mit dem Wohnen verbunden ist. Art. 38 Abs. 2 BauR bestimmt dementsprechend, dass als nicht störend diejenigen Betriebe gelten, die ihrer Funktion nach in Wohnquartiere passen und keine erheblich grösseren Auswirkungen entfalten als solche, die aus dem Wohnen entstehen. Als nicht störend gelten demzufolge vor allem Gewerbebetriebe, die der Befriedigung der täglichen Bedürfnisse dienen, wie Verkaufsläden, Coiffeurbetriebe, Büros, Arzt- und Anwaltspraxen, kleinere kaufmännische Betriebe, usw. (Erich Zimmerlin, Baugesetz des Kantons Aargau, Kommentar, 2. Aufl., Aarau 1985, N 7 zu §§ 130-33, S. 307 f.; EGV-SZ 1988, Nr. 45, E. 5a mit Hinweisen; EGV-SZ 1985, Nr. 54, E. 5a und b mit Hinweisen).

Diese Voraussetzungen erfüllt der geplante Betrieb der Beschwerdeführer nicht (ausgenommen der Bürotrakt). Betriebe der Metallbearbeitung gehören denn auch nach der Praxis zu den störenden Betrieben, wobei es, wie bereits erwähnt, nicht darauf ankommt, ob konkrete Lärmschutzmassnahmen getroffen und angeordnet wurden. Dieser Umstand zeigt gerade, dass der geplante Betrieb ohne diese Auflagen auch immissionsmässig die Anforderungen an die Wohnzone nicht erfüllen könnte (vgl. Lärmnachweis vom 20. April 2001; Zimmerlin, a.a.O., N 7a zu §§ 130-33, S. 308 f.; EGV-SZ 1985, Nr. 54, S. 166 mit Hinweisen). Eine Metall verarbeitende Gewerbebetätigtigkeit hat keinen Bezug zum Wohnen und dient weder dem Zonenzweck noch fördert sie diesen. In der Wohnzone der Grundordnung müsste deshalb das geplante Bauvorhaben der Beschwerdegegner als zonenwidrig bezeichnet werden. Hingegen ist zu prüfen, ob dies auch im Rahmen der Spezialordnung des Gestaltungsplanes der Fall ist.

4.5.1 Wie bereits erwähnt gehen die Sonderbestimmungen des Gestaltungsplans den Nutzungsvorschriften der Grundordnung vor. Mit der Zulassung der Nutzungsdurchmischung im Rahmen eines Gestaltungsplanes hat der Gesetzgeber eine gewisse Lockerung vom Grundsatz, wonach Bauzonen der Grundordnung nicht mit Hilfe von Gestaltungsplänen umfunktioniert werden dürfen, eingeführt. Damit ist eine an sich zonenfremde Nutzung

## C. 2.4

innerhalb des Gestaltungsplanperimeters möglich, sofern Zweck und Charakter der betroffenen Bauzone des Nutzungsplanes im Gestaltungsplangebiet nicht in Frage gestellt werden. Die Gestaltungsplanung muss sich trotz den möglichen Abweichungen nach wie vor in die Nutzungsordnung der Gemeinde einfügen (s. vorstehend Ziff. 4.2 und 4.3; EGV-SZ 1996, Nr. 49, E. 5b).

In diesem Sinne ist das geplante Gewerbegebäude der Beschwerdegegner durchaus als gestaltungsplankonform zu bezeichnen, wie im Folgenden darzulegen ist.

4.5.2 Allein schon die periphere Lage des Bauvorhabens im Gestaltungsplangebiet, aber auch in der gesamten Wohnzone am Südhang zum Zürichsee macht deutlich, dass die geplante Gewerbebaute bzw. -tätigkeit in diesem Gebiet keine dominante Stellung einnimmt. Sie tut dies auch nicht in gestalterischer Hinsicht. Westlich und südlich des Baugrundstückes stehen mehrstöckige Wohnbauten bzw. Terrassenhäuser mit relativ grossen Baukuben. Hinzukommt der eingebettete Standort in einer ehemaligen Kiesgrube sowie die Hanglage, was eine gewisse Kaschierung des geplanten Gebäudes bewirkt. Die Bauliegenschaft lässt bloss eine im Verhältnis zur baulichen und flächenmässigen Umgebung untergeordnete gewerbliche Nutzung zu.

4.5.3 Zu beachten ist auch die verkehrsmässig günstige Lage unmittelbar an der stark frequentierten Hauptverkehrsverbindung Schwyzerstrasse. Um das Baugrundstück zu erreichen, muss die das ganze Wohngebiet des Gestaltungsplanes sowie weitere Wohnzonen erschliessende Rebbbergstrasse nur auf einem kurzen Stück von zirka 30-40 Metern befahren werden. Der Verkehr von und zum geplanten Gewerbebetrieb belastet somit das hinterliegende Wohnquartier nicht. Mit einer massiven Zunahme des Verkehrs muss ebenfalls nicht gerechnet werden, zumal auch eine mehrstöckige Wohnbaute zusätzlichen Verkehr verursachen würde. Dass der Lastwagenverkehr im ganzen Quartier zirkulieren werde, wie die Beschwerdeführer behaupten, trifft ebenfalls nicht zu. Schwerverkehrsfahrzeuge (nach Angaben der Beschwerdegegner handelt es sich dabei um eine Anlieferung von Aluminiumteilen pro Woche) können von der Betriebsliegenschaft wegfahren, ohne im hinteren Quartier eine Wendemöglichkeit suchen zu müssen. Wenn sie dabei auch rückwärts in die Rebbbergstrasse einfahren müssen, hat dies für das Wohnquartier keine unzumutbaren und unzulässigen Einschränkungen zur Folge. Im Übrigen hat es auf dem Vorplatz, der frei bleibt und nicht, wie ursprünglich vorgesehen, mit Abstellplätzen belegt werden darf (vgl. Disp.-Ziff. 2.6 der Baubewilligung vom 1. Juli 2002), grundsätzlich ausreichend Platz zum Manövrieren. Dass dabei die Trottoirfläche überfahren werden muss, ist keine Besonderheit dieses Bauvorhabens, sondern trifft bei allen unmittelbar anstossenden Liegenschaften mit Aus- und Einfahrten in die Rebbbergstrasse zu. Somit stellen auch die Zufahrtsverhältnisse und die Verkehrsabwicklung den Wohncharakter des ganzen Gebietes nicht in Frage.

4.5.4 Aber auch immissionsmässig hat das Gewerbebauvorhaben keine grundlegende Beeinträchtigung der betroffenen Wohnzone zur Folge. Nach Art. 7 Abs. 1 der Lärmschutz-Verordnung vom 15. Dezember 1986 (SR 814.14/LSV) müssen die Lärmimmissionen einer neuen ortsfesten Anlage nach den Anordnungen der Vollzugsbehörde soweit begrenzt werden, als dies technisch und betrieblich möglich sowie wirtschaftlich tragbar ist (lit. a), und dass die von der Anlage allein erzeugten Lärmimmissionen die Planungswerte nicht überschreiten (lit. b). Wie dem Lärnmachweis (vom 20. April 2001, S. 1, 4, 6) entnommen werden kann, werden diese Werte vorliegend für die Empfindlichkeitsstufe ES II von 55 dB(A) am Tag mit der vorgesehenen Baukonstruktion und unter folgenden Bedingungen eingehalten:

- «- Die Fenster der Werkhalle dürfen während der Betriebszeit nicht geöffnet sein, womit eine mechanische Lüftung erforderlich ist.
- Der Warenumsschlag beim nordseitigen Vorplatz ist nicht möglich.
- Beim Warenumsschlag im Gebäude sind die Tore zu schliessen.
- Die Betriebs- und Arbeitsabläufe dürfen nur am Tag, von 07.00 bis 19.00 Uhr stattfinden.»

Der Gemeinderat hat diese Auflagen in der angefochtenen Baubewilligung ausdrücklich verfügt (GRB-Nr. 352 vom 1. Juli 2002, Disp.-Ziff. 2.5 und Erwägung Ziff. 3), sodass davon ausgegangen werden kann, dass mit einer Fixverglasung (bei der sich die Fenster nicht öffnen lassen) und entsprechender interner Lüftungsanlage (Baupläne Nrn. 375/109-110; Augenscheinprotokoll vom 16. Mai 2003, S. 2 oben) sowie dem Warenumsschlag im Innern des Gebäudes keine übermässigen Lärmimmissionen das Wohnen in der Umgebung beeinträchtigen werden. An dieser Einschätzung ändert auch der Umstand nichts, dass mit einem gewissen Mehrverkehr zu rechnen ist, der jedoch gegenüber dem Verkehrslärm, der bei einer Wohnnutzung auf dem Baugrundstück ebenfalls entstehen würde, nicht übermässig ins Gewicht fällt. Dabei ist vor allem zu beachten, dass während des Betriebsstillstands ausserhalb der üblichen Arbeitszeiten (Nacht, Wochenende) überhaupt kein zusätzlicher Verkehrslärm entsteht, was bei einer Wohnüberbauung auf der Bauliegenschaft nicht der Fall wäre. Für ein Wohnquartier ist es aber viel attraktiver, wenn vor allem die arbeitsfreie Zeit möglichst lärmfrei bleibt. Zu Recht führen die Beschwerdegegner überdies an, dass der geplante Bau für die hinterliegenden Wohnhäuser auch eine Schutzwirkung haben kann, indem der Strassenlärm von der Schwyzerstrasse zumindest teilweise absorbiert wird. Die Lärmsituation wird sich deshalb gesamthaft betrachtet für das Wohnen in diesem Gebiet mit dem Gewerbebetrieb auf dem Baugrundstück nicht massgeblich verschlimmern.

4.5.5 Weshalb die vorerwähnten Auflagen nicht sollen umgesetzt und kontrolliert werden können, wie die Beschwerdeführer behaupten, leuchtet nicht ein. Bei einer lärmabsorbierenden Fixverglasung bleiben die Fenster verschlossen. Dass der Warenumsschlag im Innern des Gebäudes stattfinden wird, lässt sich ohne weiteres kontrollieren und allenfalls auch mit entsprechenden vollzugs- und strafrechtlichen Anordnungen durchsetzen.

## C. 2.4

Schliesslich stösst auch die Kritik der Beschwerdeführer am Lärnmachweis vom 20. April 2001 (Prognose Industrie- und Gewerbelärm) ins Leere. Die Lärmberechnungen (des Fachbüros Kuster + Partner AG, Lachen) erfolgten in Bezug auf vier Nachbarliegenschaften in die drei massgeblichen Richtungen (Süden, Westen, Norden), und zwar an insgesamt sieben Berechnungsstandorten (vgl. Lärnmachweis S. 5 und Beilagen). Weshalb diese Berechnungen nicht objektiv sein sollen, ist nicht ersichtlich. Es trifft nicht zu, dass die Auswirkungen auf die Liegenschaften der Beschwerdeführer 6 und 7 (Rebbergstrasse 7) nicht berücksichtigt worden sind. Für die Rebbergstrasse 7 wurden sogar zwei Berechnungen (Nr. 2 und 5, vom Dach und von der Nordfassade) vorgenommen. Wie bereits gesehen, fällt der zusätzliche Verkehr (während der Arbeitszeit) und damit auch der dadurch verursachte Lärm nur unwesentlich ins Gewicht, um von einer einschneidenden Beschränkung der Wohnqualität sprechen zu können.

Es besteht keine Veranlassung, auf die durch ein Fachbüro erstellte Lärmprognose nicht abzustellen. Sollte sich diese künftig dennoch als falsch erweisen, wofür es jedoch keine Anhaltspunkte gibt, bestehen immer noch rechtliche Möglichkeiten, wegen übermässigen Immissionen einzuschreiten (Art. 13 ff. LSV; § 28 Abs. 3 der Vollzugsverordnung zur Kantonalen Verordnung zum Umweltschutzgesetz vom 3. Juli 2001 [SR SZ 711.111/USG-VV]; § 55 PBG; Art. 36 BauR).

4.5.6 Zu beanstanden ist allerdings, dass der Gemeinderat Wollerau diese lärmschutzrechtlichen Anordnungen verfügt hat (Art. 37 BauR) und nicht das Amt für Industrie, Gewerbe und Arbeit (KIGA). Denn gemäss § 28 Abs. 1 USG-VV wäre das KIGA hierfür zuständig gewesen, da es sich um ein Bauvorhaben handelt, das dem Arbeitsgesetz untersteht (Art. 1 Abs. 2 des Bundesgesetzes über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel vom 13. März 1964 [SR 822.11/ArG]). Obwohl dieses am 27. März 2002 eine Verfügung (Nr. 29/2002) erlassen hat, deren Überschrift auf eine Beurteilung des Bauvorhabens nach der Lärmschutz- und Luftreinhalte-Verordnung (nebst Arbeits- und Unfallversicherungsgesetz) hindeutet, finden sich dort keine diesbezüglichen Erwägungen und Anordnungen, sondern ausschliesslich Ausführungen zum Arbeitnehmerschutz. Das KIGA hat seine Aufgabe offensichtlich nur teilweise wahrgenommen, was umso unverständlicher ist, als seine Verfügung eingangs alle Beurteilungsbereiche erwähnt.

Da jedoch die erwähnten lärmschutzrechtlichen Baubewilligungsaufgaben sachlich nicht zu beanstanden sind, eine Aufhebung und Rückweisung zur Beurteilung durch das KIGA allein aus diesem Grunde einem administrativen Leerlauf gleichkäme, der Regierungsrat als Beschwerdeinstanz mit voller Kognition ausgerüstet ist und über den Vollzug der Umweltschutzvorschriften die Oberaufsicht ausübt (§ 3 der kantonalen Verordnung zum Bundesgesetz über den Umweltschutz vom 24. Mai 2000 [SR SZ 711.110/USG-V], § 2 USG-VV), könnten die erwähnten lärmschutzrechtlichen Auflagen in diesem Beschwerdeverfahren nochmals bestätigt werden (§ 9 Abs. 2 VRP; VGE 816/96 vom 20. Februar 1997, E. 3b). Da die Baube-

willigung jedoch aus andern Gründen aufzuheben ist (s. nachstehend Ziff. 5 und 6), erübrigt sich dies vorliegend. Das KIGA hingegen ist anzuweisen (§ 2 Abs. 2 USG-VV), seine Aufgaben gemäss § 12 und § 28 USG-VV künftig umfassend wahrzunehmen und die dem Arbeitsgesetz unterstellten Bauvorhaben auch auf ihre Auswirkungen auf die Umwelt (Luftreinhaltung, Lärmschutz) zu überprüfen. Diese Aufgabe darf nicht an die kommunale Baubewilligungsbehörde delegiert werden.

4.5.7 Die Beschwerdeführer beanstanden im Weiteren die fehlende Überprüfung und Beurteilung des Bauvorhabens in Bezug auf die Luftreinhaltung (Lüftungsemissionen). Da der geplante Betrieb jedoch in dieser Hinsicht unbedenklich ist, weil keine Schadstoffe ausgestossen werden, erübrigt sich eine Beurteilung nach der Luftreinhalte-Verordnung. Was die Lüftungsemissionen betrifft, ist zu bemerken, dass die geplante Lüftungsanlage die Belüftung des Gebäudeinnern und nicht die Abführung luftverunreinigender Stoffen bezweckt (Art. 2 Abs. 1 lit. d LRV).

4.6 Zusammenfassend ergibt sich demnach, dass der von den Beschwerdegegnern geplante Metall verarbeitende Gewerbebetriebe mit Bürotrakt im Teilgebiet C des Gestaltungsplanes «Gmuret Huus-Nord» gestalterisch wie funktionell grundsätzlich zulässig ist und Zweck und Charakter des Gestaltungsplanes bzw. der Wohnzone nicht in Frage stellt (§ 24 Abs. 2 2. Satz PBG, Art. 109 Abs. 1 2. Satz BauR). Das Wohnen steht im Quartiergestaltungsplangebiet nach wie vor deutlich im Vordergrund. Die Bejahung der Gestaltungsplankonformität durch die Vorinstanz ist deshalb nicht zu beanstanden.

(RRB Nr. 934/2003 vom 5. August 2003).

## 2.5 Ausnahmbewilligungen ausserhalb der Bauzonen

Leitsätze zu Rechtsmittelentscheiden, in welchen Ausnahmbewilligungen nach Art. 24 ff. des Bundesgesetzes über die Raumplanung für Bauvorhaben im Kanton Schwyz beurteilt worden sind: *Bewilligungspflicht (Ziff. 1); zuständige kantonale Behörde für die Erteilung einer Ausnahmbewilligung (Ziff. 2); Zonenkonformität (Ziff. 4); Standortgebundenheit (Ziff. 2, 3, 4, 5); Interessenabwägung (Ziff. 5, 6); teilweise Änderung (Ziff. 5, 6); landwirtschaftsfremde Wohnraumerweiterung (Ziff. 7); Verfahren für Vorentscheide (Ziff. 8); Wiederherstellung (Ziff. 3, 5, 6).*

1. Eine gewerblich genutzte Schopfbaute war bereits nach dem alten Gewässerschutzgesetz bewilligungspflichtig. Sie kann sowohl nach altem Recht als auch nach dem Bundesgesetz über die Raumplanung nicht bewilligt werden. Eine rein kommunale Bewilligung, ohne Beizug des Kantons,

## C. 2.5

ist nichtig. Der Abbruch der Schopfbaute ist verhältnismässig. Ein Baustopp ausserhalb der Bauzonen kann nicht ohne Beizug der zuständigen kantonalen Behörde erlassen bzw. wieder aufgehoben werden. (RRB Nr. 1654 vom 10. Dezember 2003).

2. Die Zuständigkeit von drei kantonalen Fachinstanzen für die Erteilung von Ausnahmegewilligungen ausserhalb der Bauzone ist mit dem Bundesrecht vereinbar (Art. 25 Abs. 2 RPG; § 76 Abs. 2 PBG; § 44 VVPBG [s. dazu BGE 128 I 254]). Eine Bachverbauung im Sinne des Hochwasserschutzes ist standortgebunden. (RRB Nr. 1251 vom 23. September 2003; VGE 1054/03 vom 18. Dezember 2003).

3. Ein Parkplatz für ein Gewerbehäus ist in der Landwirtschaftszone nicht zonenkonform und es kann dafür, mangels Standortgebundenheit, auch keine Ausnahmegewilligung erteilt werden. Die Anordnung der Wiederherstellung ist grundsätzlich verhältnismässig, wobei vorliegend in Anbetracht eines anstehenden Einzonungsgesuches vorderhand vom Vollzug abgesehen werden kann. (RRB Nr. 847 vom 1. Juli 2003).

4. Eine Schneebar ist in der Wintersportzone zonenkonform, wenn das Bedürfnis ausgewiesen und es sich um einen Nischenbetrieb handelt. Auch die Standortgebundenheit ist zu bejahen. (RRB Nr. 733 vom 3. Juni 2003).

5. Erweiterungen von über 30 % einer Skihütte mit Restaurantbetrieb sind nicht zulässig. Die Intensivierung der Restaurantnutzung ist nicht standortgebunden. Dem Vorhaben stehen überwiegende Interessen entgegen. Die Anordnung der Wiederherstellung ist verhältnismässig. (RRB Nr. 1021 vom 12. August 2003).

6. Gegen die Erweiterung eines Abstell- und Materiallagerplatzes ausserhalb der Bauzonen (teilweise im Wald) sprechen überwiegende Interessen des Wald- und Landschaftsschutzes. Gegen die Erweiterung und die Aufrechterhaltung der bestehenden Abstellplätze lassen sich auch Gründe der Verkehrssicherheit ins Feld führen. Die Anordnung der Wiederherstellung ist verhältnismässig. (RRB Nr. 1123 vom 2. September 2003).

7. Art. 24d RPG (Erweiterung des Wohnraums in ehemals landwirtschaftlichem Gebäude) ist gemäss neuem kantonalem Ausführungsrecht (Art. 37a VVRPG) anwendbar. Es ist nicht zulässig, landwirtschaftsfremde Wohnraumerweiterungen in angebaute Ökonomieeile hinein zu erweitern. (RRB Nr. 1497 vom 12. November 2003).

8. Vorentscheidsgesuche für Vorhaben ausserhalb der Bauzonen sind zwingend öffentlich auszuschreiben. Für Probebauten zu Forschungszwecken »hinter der ersten Baumreihe« im Wald kann weder eine Ausnahmegewilligung noch eine Rodungsbewilligung erteilt werden. (RRB Nr. 635 vom 20. Mai 2003).

### 3. Umweltschutz

#### 3.1 Sanierung einer Schiessanlage

- *Die Gewährung von Erleichterungen ist nicht zu publizieren (Erw. 3).*
- *Die 15-jährige Sanierungsfrist gemäss Lärmschutz-Verordnung ist nicht verlängerbar (Erw. 4.1).*  
*Im vorliegenden Fall wurden zu Unrecht Erleichterungen gewährt, da im gleichen Bezirk bereits drei nicht sanierungsbedürftige bzw. bereits sanierte Schiessanlagen mit genügend Kapazitäten vorhanden sind (Erw. 4.2 – 4.7).*

*Aus den Erwägungen:*

3. In formeller Hinsicht macht der Beschwerdeführer geltend, die Gewährung der Erleichterungen sei nicht ordnungsgemäss bekannt gemacht worden. Mit dem Verzicht auf eine öffentliche Ausschreibung sei weiteren betroffenen Kreisen die Möglichkeit zur Beschwerde genommen worden.

Diese Auffassung ist nicht zutreffend. Verfügungen und Entscheide der Gemeinden und Bezirke, die sich auf das Umweltschutzgesetz und dessen Ausführungsrecht stützen, sind der kantonalen Umweltschutzfachstelle gemäss deren Anordnung gleichzeitig wie den Betroffenen mitzuteilen (§ 30 Abs. 3 KVzUSG). Mit dem Begriff «Betroffenen» ist nicht die Allgemeinheit gemeint. Es geht vielmehr um Personen, die durch umweltrechtliche Verfügungen und Entscheide speziell, d.h. mehr als jedermann betroffen sind (vgl. § 14 und § 37 lit. a VRP). Dies werden, neben allfälligen Eigentümern unüberbauter Anstösser-Grundstücke, auf jeden Fall diejenigen Eigentümer sein, auf deren Grundstücken im Rahmen der Feinbeurteilung Messungen durchgeführt wurden. Hätte der Gesetzgeber eine Publikationspflicht oder auch ein spezielles (vorgängiges) Einspracheverfahren gewollt, so hätte er dies ausdrücklich in der Verordnung zum Bundesgesetz über den Umweltschutz statuiert. Folglich sind Verfügungen bezüglich Gewährung von Erleichterungen neben dem Schiessverein und dem Amt für Umweltschutz auch den betroffenen Anstössern, mit entsprechender Rechtsmittelbelehrung (Beschwerde an den Regierungsrat), zu eröffnen. D.h., es ist nicht ein vorgängiges Einspracheverfahren durchzuführen, sondern den betroffenen Anstössern die Beschwerdemöglichkeit an den Regierungsrat zu geben.



### C. 3.1

Im konkreten Fall hat die Vorinstanz zwar lediglich die von einer Überschreitung der Lärmgrenzwerte betroffenen Anwohner und Liegenschaftseigentümer über die vorgesehenen Erleichterungen informiert und ihnen die Einsprachemöglichkeit beim Bezirksrat eingeräumt, wovon als einziger .... Gebrauch machte (vgl. Schreiben Umweltkommission .... vom 21. Februar 2002 an ....). Die Eröffnung des vorinstanzlichen Beschlusses an die Betroffenen nachzuholen würde nun aber einen Verfahrensleerlauf darstellen, zumal die Beschwerde ohnehin gutzuheissen und der Beschluss aufzuheben ist. Den betroffenen Anwohnern entstehen damit keine Nachteile. Aus diesem Grund konnte auch darauf verzichtet werden, ....., der letztlich den angefochtenen Beschluss akzeptierte, formell ins Beschwerdeverfahren einzubeziehen.

4. Durch die Schiessanlage B werden unbestrittenermassen die Immissionsgrenzwerte und an zwei Beurteilungspunkten sogar die Alarmwerte überschritten (vgl. Feinbeurteilung 300 m - Schiessanlage B vom Februar 1992, insbesondere S. 5). Im Folgenden ist zu prüfen, ob die Vorinstanz der Beschwerdegegnerin für den Betrieb ihrer Schiessanlage zu Recht Erleichterungen im Sinne von Art. 14 der Lärmschutz-Verordnung vom 15. Dezember 1986 (LSV, SR 814.41) erteilt hat.

4.1 Die in der bundesrätlichen Lärmschutz-Verordnung festgesetzte 15-jährige Frist für Sanierungen und Schallschutzmassnahmen ist am 31. März 2002 abgelaufen (vgl. Art. 17 Abs. 3 i.V.m. Art. 50 LSV). Eine Bestimmung, wonach diese Frist verlängert werden kann, ist nirgends statuiert. Zudem haben Abklärungen des Militär- und Polizeidepartementes beim Bund, die anlässlich eines früheren Verfahrens erfolgten, ergeben, dass die Bestimmungen der bundesrätlichen Lärmschutzverordnung denjenigen der departementalen Verordnung über die Schiessanlagen für das Schiesswesen ausser Dienst vom 27. März 1991 (Schiessanlagen-Verordnung, SR 510.512) vorgehen. D.h., nicht LSV-konforme Schiessanlagen müssen per 31. März 2002 geschlossen werden, auch wenn keine betriebsbereite Ersatzanlage gemäss Art. 22 Abs. 3 Schiessanlagen-Verordnung vorhanden ist (RRB Nr. 1537 vom 3. Dezember 2002). Daraus ist zu folgern, dass Schiessanlagen, die im fraglichen Zeitpunkt noch nicht saniert waren, zu schliessen sind. Damit fällt auch eine zusätzliche Reduktion des Schiessbetriebes ausser Betracht. So hat der Regierungsrat unlängst einer Gemeinde auf deren Anfrage hin mitgeteilt, dass die verlangte Verlängerung der Sanierungsfrist für die entsprechende Schiessanlage aus rechtlichen Überlegungen nicht gewährt werden könne, und die Anlage deshalb per 1. April 2002 zu schliessen sei (RRB Nr. 267 vom 19. Februar 2002). Des Weiteren hat er mit Bezug auf eine andere Schiessanlage im Bezirk .... entschieden, dass eine Übergangslösung mit reduziertem Schiessbetrieb, ab dem 1. April 2002 bis zum rechtskräftigen Abschluss des Baubewilligungsverfahrens für die Sanierung, nicht bewilligt werden könne (vgl. RRB Nr. 1537 vom 3. Dezember 2002).

Für die vorliegend zur Diskussion stehende Schiessanlage B heisst dies, dass sie seit dem 1. April 2002 die Immissionsgrenzwerte einhalten muss. Da dies nach wie vor nicht der Fall ist, darf sie seit dem erwähnten Zeitpunkt nicht mehr benützt werden, was bis anhin offenbar auch befolgt wurde.

4.2 Anlagen, die den Vorschriften des Umweltschutzgesetzes oder den Umweltvorschriften anderer Bundesgesetze nicht genügen, müssen saniert werden (Art. 16 Abs. 1 Bundesgesetz über den Umweltschutz vom 7. Oktober 1983, USG, SR 814.01). Der Bundesrat erlässt Vorschriften über die Anlagen, den Umfang der zu treffenden Massnahmen, die Fristen und das Verfahren (Art. 16 Abs. 2 USG). Wäre eine Sanierung nach Art. 16 Abs. 2 im Einzelfall unverhältnismässig, gewähren die Behörden Erleichterungen (Art. 17 Abs. 1 USG). Nach Art. 14 Abs. 1 LSV gewährt die Vollzugsbehörde Erleichterungen, soweit die Sanierung unverhältnismässige Betriebseinschränkungen oder Kosten verursachen würde (lit. a), oder soweit überwiegende Interessen namentlich des Ortsbild-, Natur- und Landschaftsschutzes, der Verkehrs- und Betriebssicherheit sowie der Gesamtverteidigung der Sanierung entgegenstehen (lit. b).

4.3 Gemäss Literatur darf von der Ausnahmeklausel gemäss Art. 17 Abs. 1 USG bzw. Art. 14 Abs. 1 LSV nur zurückhaltend Gebrauch gemacht werden. Der Dispens von einer gesetzlichen Ordnung - vorliegend von der vorschriftsgemässen Sanierungspflicht - bezweckt stets, im Einzelfall jene Härten, offensichtlichen Unbilligkeiten und Unzulänglichkeiten zu vermeiden oder zu mildern, welche zwangsläufig durch die generell-abstrakte Normierung eines regelungsbedürftigen Bereichs entstehen. Mit Blick auf die Grundsätze der Gesetzmässigkeit und der Gleichbehandlung müssen Abweichungen indessen dem Sonderfall vorbehalten bleiben. Es geht nicht an, über eine large Ausnahmepaxis die gesetzliche Ordnung systematisch zu unterlaufen oder gar das Gesetz zu ändern. Aus wirtschaftlichen Gründen die materiellen Anforderungen herabzusetzen, ist nur unter erschwerten Voraussetzungen zulässig. Alsdann können Erleichterungen aber auch gewährt werden, wenn die Sanierung die Verfolgung anderer, mit dem Umweltschutz mindestens gleichrangiger öffentlicher Interessen verunmöglicht oder übermässig erschwert (vgl. Alexander Zürcher, Die vorsorgliche Emissionsbegrenzung nach dem Umweltschutzgesetz, Diss., Zürich 1996, S. 274 ff.; Schrade, Kommentar USG, Art. 17 N 2 ff.).

In einem ersten Schritt ist regelmässig zu untersuchen, ob andere, umweltschutzfremde Gemeininteressen überwiegen und deshalb Erleichterungen geboten sind. Ist dies zu verneinen, können bzw. müssen individuelle Erleichterungen bewilligt werden, wenn die Umweltschutzmassnahme für den Betroffenen unzumutbar ist (vgl. Zürcher, a.a.O., S. 279).

4.4 Im Folgenden ist damit als Erstes zu prüfen, ob überwiegende öffentliche Interessen, insbesondere solche der Gesamtverteidigung, die gewährten Erleichterungen für die Schiessanlage B rechtfertigen.

### C. 3.1

4.4.1 Das Interesse der Gesamtverteidigung ist ein öffentliches Interesse, das grundsätzlich die Gewährung von Erleichterungen rechtfertigen kann (Art. 14 Abs. 1 lit. b LSV). Die Landesverteidigung ist jedoch nicht generell von den Anforderungen des Umweltschutzrechts ausgenommen. Doch ist ihren Anliegen, wozu die Sicherstellung des Schiesswesens ausser Dienst zählt (vgl. Art. 63 Bundesgesetz über die Armee und die Militärverwaltung vom 3. Februar 1995, Militärgesetz, MG, SR 510.10), das gebührend hohe Gewicht beizumessen. Die Schiesspflicht bezweckt, die Schiessfertigkeit des Wehrmannes im Interesse der Landesverteidigung zu erhalten und zu fördern (BGE 119 Ib 467 f.). Das Schiesswesen ausser Dienst umfasst die Bundesübungen, die freiwilligen Schiessübungen und die Schiesskurse (vgl. Art. 3 Abs. 1 Verordnung über das Schiesswesen ausser Dienst vom 27. Februar 1991, Schiessordnung, SR 512.31). Die Umweltschutzgesetzgebung des Bundes darf das Schiesswesen ausser Dienst nicht verunmöglichen oder unverhältnismässig erschweren. Soweit diese Folge nicht eintritt, ist jedoch dem Auftrag der Verfassung und des Gesetzes (Art. 74 BV; Art. 11 ff. USG), den Lärm zu bekämpfen, die gebührende Nachachtung zu verschaffen (BGE 119 Ib 468).

Selbst wenn der Schiessbetrieb auf einer Anlage auf den ausgewiesenen Minimalbedarf für Schiessen im Interesse der Landesverteidigung reduziert wird, bedeutet dies für sich allein noch nicht, dass der Betrieb in diesem Umfang unbeschadet zu bewilligen wäre. Ob Erleichterungen in diesem Umfang gewährt werden können, hängt vielmehr vom Mass der Grenzwertüberschreitungen sowie von der Möglichkeit ab, die Schiessen auf umliegende Schiessanlagen zu verlegen (vgl. URP 1999, S. 275 ff.).

4.4.2 Der Bezirksrat ist verpflichtet, Anlagen, welche zur Sicherstellung von Schiessanlässen im Interesse der Landesverteidigung dienen, bereitzustellen (vgl. Art. 133 Abs. 1 MG; Art. 2 Abs. 1 Schiessanlagen-Verordnung). Dazu gehört die Zuweisung und Einrichtung von 300-m-Schiessanlagen. Diese müssen gemäss Art. 5 Schiessanlagen-Verordnung namentlich den Vorschriften über den Umweltschutz entsprechen.

4.4.3 Im konkreten Fall würde die Schliessung der Schiessanlage B weder zu einer aktuellen Gefährdung von Polizeigütern noch zu einem unüberwindbaren Engpass bezüglich der Durchführung von Schiessanlässen im Interesse der Landesverteidigung führen. Es ist nicht zwingend erforderlich, dass auf der Anlage künftig weitergeschossen werden kann. Dies insbesondere deshalb, weil im Bezirk .... auf den nicht sanierungsbedürftigen bzw. bereits sanierten Anlagen X, Y und Z noch genügend Kapazitätsreserven vorhanden sind, damit Schützen anderer Vereine die bundesrechtlichen Übungen absolvieren können (vgl. Konzept Sanierung der 300-m-Schiessanlagen im Bezirk .... vom 12. März 1999, S. 14; RRB Nr. 1537 vom 3. Dezember 2002). Wie bereits ausgeführt, hatte die Vorinstanz ursprünglich (im Jahr 1999) beschlossen, die Variante B des Gesamtsanierungskonzeptes vom 12. März 1999 umzusetzen. Diese besagt, dass mit den nicht sanie-

rungsbedürftigen Anlagen X und Y sowie der Sanierung der Anlage Z - total 119 000 Schuss, inklusive einer Reserve von zirka 60 000 Schuss pro Jahr - sämtliche im Interesse der Landesverteidigung liegenden Schiessanlässe durchgeführt werden können (vgl. Schreiben Amt für Umweltschutz vom 17. Dezember 2001 an den Bezirksrat ....., mit Hinweis auf BRB Nr. 209 vom 25. März 1999). Mithin ging die Vorinstanz selber davon aus, dass die drei erwähnten Anlagen ausreichen. Zudem kann sie sich darauf berufen, dass anerkannte Schiessvereine verpflichtet sind, die in der Gemeinde wohnenden Angehörigen der Armee an den Bundesübungen kostenlos teilnehmen zu lassen (vgl. Art. 17 Schiessordnung). Mithin ist es in Bezug auf die Bundesübungen ohne Bedeutung, dass die Privateigentümer der drei Anlagen X, Y und Z angeblich nicht gewillt sind, weitere Vereine auf ihren Anlagen schießen zu lassen. Nur anbei ist in diesem Zusammenhang darauf hinzuweisen, dass die Anlage X offenbar von den ... Schützen mitbenützt werden darf, weshalb es eigentlich am guten Willen nicht fehlen sollte. Die Durchführung der im Interesse der Landesverteidigung liegenden Schiessanlässe kann demnach im Bezirk ....., auch ohne die Benützung der Schiessanlage B, als gesichert gelten.

4.4.4 Am Gesagten vermögen die Argumente der Beschwerdegegnerin nichts zu ändern. Zum einen können die in den letzten Jahren auf den Anlagen X, Y und Z stillgelegten zwölf Scheiben bei Bedarf wieder in Betrieb genommen werden. Zum anderen ist mit dem Beschwerdeführer davon auszugehen, dass aus Art. 133 MG weder ein Recht auf eine eigene Schiessanlage noch auf ein autonomes Vereinsleben abgeleitet werden kann. Alsdann handelt es sich bei den von der Beschwerdegegnerin vorgebrachten Angaben betreffend erforderliche Schusszahlen, Kapazitäten und angebliche Mängel des Sanierungskonzeptes um unbelegte Behauptungen und Annahmen. Selbst wenn die Schiessübungen gemäss Art. 3 Abs. 1 lit. b Schiessordnung, welche nicht stark ins Gewicht fallen (URP 1999, S. 277), im Sanierungskonzept nicht berücksichtigt worden sein sollten, so ändert dies nichts daran, dass die Kapazitäten ausreichen. So wurde denn in der Variante B des Sanierungskonzeptes neben dem gesetzlichen Mindestbedarf eine zusätzliche Kapazität von zirka 60 000 Schuss pro Jahr einberechnet bzw. ausgewiesen (vgl. Sanierungskonzept, S. 15; Beschluss Bezirksrat ... vom 25. März 1999, S. 2). Dabei ist zu erwähnen, dass die Schiessanlage Z in der Zwischenzeit saniert worden ist. Auch ist darauf hinzuweisen, dass der Armeebestand in den nächsten Jahren voraussichtlich ohnehin weiter reduziert wird, womit weniger Schützen vorhanden sind, welche die bundesrechtlichen Übungen zu absolvieren haben. Schliesslich liegen auch keinerlei Hinweise vor, dass in der vergangenen Schiesssaison im Bezirk .... Probleme bezüglich der Durchführung der Schiessen im Interesse der Landesverteidigung entstanden sind, was für das Genügen der vorhandenen Kapazitäten spricht (vgl. dazu RRB Nr. 1537 vom 3. Dezember 2002, bei welchem die Weiterführung des Schiessbetriebes auf einer anderen Anlage im Bezirk ....., der Anlage T, auf Grund derselben Überlegungen verweigert wurde).

### C. 3.1

Im Übrigen hat der Landschreiber des Bezirkes .... gegenüber der Presse ausdrücklich bestätigt, dass die Kapazität der drei Anlagen X, Y und Z wohl genügen würde, wobei dann aber die Vereine auseinander zu fallen drohten  
.....

4.4.5 Nach dem Gesagten besteht kein überwiegendes Interesse der Gesamtverteidigung (Art. 14 Abs. 1 lit. b LSV), welches die Gewährung von Erleichterungen für die Sanierung der Schiessanlage B zu rechtfertigen vermag.

4.5 Mithin ist weiter zu untersuchen, ob die vollständige Sanierung - oder bei deren Verzicht die Stilllegung - der Anlage B für die Beschwerdegegnerin unzumutbar ist.

Durch einen Verzicht auf die Gewährung von Erleichterungen entsteht für die Beschwerdegegnerin keine unzumutbare Härte. Da innerhalb des gleichen Bezirks und damit distanzmässig nicht weit entfernt drei andere Anlagen (X, Y und Z) mit genügend Kapazitäten vorhanden sind, um die bundesrechtlichen Übungen sowie in gewissem Masse auch rein sportliche Schiessen zu absolvieren, kann die Beschwerdegegnerin den Schiesssport nach wie vor ausüben. Auch ist es ohne weiteres möglich, als Verein bestehen zu bleiben und das Vereinsleben aufrecht zu erhalten, selbst wenn man, zusammen mit anderen Vereinen, gemeinsam eine Drittanlage benützt. Der Beschwerdeführer tut glaubhaft dar, dass gemäss seiner Praxis Erleichterungen nur dann in Frage kommen, wenn die Grenzwerte nicht eingehalten werden können und eine Zuweisung auf eine andere Anlage nicht möglich ist. Zudem habe man Kenntnis davon, dass im Kanton Schwyz bereits neun Zuweisungen auf Anlagen in einer anderen Gemeinde erfolgten.

Zwar ist es für einen Verein der Idealfall, wenn er eine eigene Anlage hat, auf der er zusätzlich auch rein sportliche Schiessen durchführen kann. Dem steht im konkreten Fall wegen der Überschreitung der Lärmgrenzwerte jedoch das gewichtige öffentliche Interesse des Lärmschutzes entgegen. Bereits das Vorsorgeprinzip nach Art. 11 Abs. 2 USG besagt, dass unabhängig von der bestehenden Umweltbelastung Emissionen im Rahmen der Vorsorge so weit zu begrenzen sind, als dies technisch und betrieblich möglich und wirtschaftlich tragbar ist. Des Weiteren verlangt der Bundesgesetzgeber, dass der Zusammenschluss mehrerer Gemeinden zur Errichtung einer Gemeinschaftsschiessanlage anzustreben ist, damit rationeller gebaut und das vorhandene Gelände besser ausgenützt werden kann (Art. 3 Schiessanlagen-Verordnung). Entsprechendes gilt auch bei mehreren Anlagen innerhalb der selben Gemeinde. Alsdann sieht auch die kantonale Verordnung über Kantonsbeiträge an Gemeinschaftsschiessanlagen vom 27. Oktober 1994 (SRSZ 511.510) die Förderung von 300-m-Gemeinschaftsschiessanlagen durch Kantonsbeiträge vor. Die Tendenz weg von vielen kleinen Anlagen hin zu grösseren Gemeinschaftsschiessanlagen ist damit unschwer erkennbar.

Somit überwiegen die öffentlichen Interessen am Lärmschutz sowie an der Bildung von Gemeinschaftsschiessanlagen das private Interesse der Beschwerdegegnerin, den Schiessbetrieb durch die Gewährung von Erleichterungen auf der eigenen Anlage B weiterhin aufrecht zu erhalten. Von unverhältnismässigen Betriebseinschränkungen oder Kosten im Sinne von Art. 14 Abs. 1 lit. a LSV kann damit nicht die Rede sein.

4.6 Für die Sanierung der Schiessanlage T hat die Vorinstanz auf Grund der Grenzwertüberschreitungen richtigerweise keine Erleichterungen gewährt. Es ist nicht nachvollziehbar, weshalb bei der Anlage B die Voraussetzungen für die Gewährung von Erleichterungen nun plötzlich gegeben sein sollen, zumal sich die Verhältnisse nicht grundsätzlich anders präsentieren als bei der Anlage T. Der Entscheid der Vorinstanz ist damit zumindest inkonsequent.

4.7 Nach dem Gesagten sind die Voraussetzungen gemäss Art. 14 Abs. 1 LSV im konkreten Fall nicht erfüllt. Die Vorinstanz hat demnach der Beschwerdegegnerin für den Betrieb der Schiessanlage B zu Unrecht Erleichterungen gewährt. Somit ist die Beschwerde gutzuheissen und der angefochtene Beschluss vom 11. Juli 2002 aufzuheben.

5. Für die Schiessanlage B heisst dies, dass sie grundsätzlich geschlossen bleiben und der Schiessbetrieb auf eine andere, vorzugsweise eine der drei nicht sanierungsbedürftigen bzw. bereits sanierten Anlagen im Bezirk .... verlegt werden muss. Eine Wiederaufnahme des Schiessbetriebes käme höchstens dann in Frage, wenn auf Grund einer Sanierung der Anlage B die Immissionsgrenzwerte eingehalten werden könnten, und zwar ohne die Gewährung von Erleichterungen. Dazu wären eine rechtskräftige Sanierungsverfügung, die entsprechende Baubewilligung sowie auch die Verwirklichung der entsprechenden Sanierungsmassnahmen erforderlich. (RRB Nr. 361/2003 vom 18. März 2003; dieser Entscheid wurde vom Verwaltungsgericht mit VGE 1025/03 vom 26. Juni 2003 bestätigt. Für National- und Hauptstrassen hat der Bundesrat mit der Revision der Lärmschutzverordnung vom 1. September 2004 die Sanierungsfrist verlängert (AS 2004, S. 4167 ff.).

## 5. Zivilrecht

### 5.1 Anordnung von Kinderschutzmassnahmen

- *Weiss ein Gesuchsteller um die offensichtliche Unzuständigkeit einer Vormundschaftsbehörde, im konkreten Fall Kinderschutzmassnahmen anzuordnen, kann der Erlass einer Verfügung unterbleiben, ohne dass die Behörde eine Rechtsverweigerung begeht.*

## C. 5.1

### *Aus den Erwägungen:*

1.1 Vor Erlass eines Entscheides prüft die Behörde von Amtes wegen, ob die Voraussetzungen für einen Sachentscheid erfüllt sind. Sie prüft u.a. insbesondere die Zulässigkeit des Rechtsmittels (§ 27 Abs. 1 lit. e Verordnung über die Verwaltungsrechtspflege vom 6. Juni 1974, VRP, SRSZ 234.110). Ist eine Sachentscheidsvoraussetzung nicht gegeben, trifft die Behörde einen Nichteintretensentscheid (§ 27 Abs. 2 VRP).

1.2 Rechtsmittel sind u.a. zulässig gegen Verfügungen und Entscheide, womit ein Verfahren durch eine Sach- oder Nichteintretensverfügung oder einen entsprechenden Entscheid abgeschlossen wird (§ 36 Abs. 1 lit. a VRP). Den Verfügungen ist die unrechtmässige Verweigerung oder Verzögerung gleichgestellt (§ 6 Abs. 2 VRP). Rechtsverweigerungs- und Rechtsverzögerungsbeschwerden sind an keine Frist gebunden (§ 47 Abs. 3 VRP).

Der Beschwerdeführer macht geltend, die Vorinstanz habe zu Unrecht keinen Entscheid über die sofortige Anordnung von Kinderschutzmassnahmen getroffen. Damit erhebt er sinngemäss eine Rechtsverweigerungs- bzw. Rechtsverzögerungsbeschwerde im Sinne von § 36 Abs. 1 lit. a VRP in Verbindung mit § 6 Abs. 2 VRP. Auf die Beschwerde ist mithin einzutreten.

2. Nach ständiger bundesgerichtlicher Rechtsprechung verletzt eine Behörde das Verbot formeller Rechtsverweigerung im engeren Sinne, wenn sie ein Gesuch, dessen Erledigung in ihre Kompetenz fällt, nicht an die Hand nimmt und behandelt; aber auch die unzuständige Behörde, die ohne Benachrichtigung des Gesuchstellers einfach untätig bleibt, verletzt Art. 29 Abs. 1 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101), es sei denn, ihre Unzuständigkeit sei auch für einen Laien ohne Weiteres erkennbar. Art. 29 Abs. 1 BV ist aber auch dann verletzt, wenn die zuständige Behörde sich zwar bereit zeigt, einen Entscheid zu treffen, diesen aber nicht binnen der Frist fasst, welche nach der Natur der Sache und nach der Gesamtheit der Umstände als angemessen erscheint (sog. Rechtsverzögerung). Die Beschwerden wegen Rechtsverweigerung und Rechtsverzögerung ohne Bindung an eine bestimmte Beschwerdefrist stehen nur dann offen, wenn eine Behörde überhaupt nicht handelt oder ihren Entscheid verzögert, so dass keine Beschwerdefrist gesetzt werden und der Beschwerdeführer jederzeit Beschwerde führen kann (vgl. René A. Rhinow/Beat Krähenmann, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Ergänzungsband, Basel 1990, Nr. 80 B. II.; Alfred Kölz/Jürg Bosshart/Martin Röhl, Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 2. Aufl., Zürich 1999, Vorbem. zu §§ 19-28, NN 46 ff.).

3. Ist das Wohl des Kindes gefährdet und sorgen die Eltern nicht von sich aus für Abhilfe oder sind sie dazu ausser Stande, so trifft die Vormundschaftsbehörde die geeigneten Massnahmen zum Schutz des Kindes (Art. 307 Abs. 1 Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907, ZGB, SR 210).

Die Zuständigkeit im Allgemeinen richtet sich nach Art. 315 ZGB, wonach die Kindesschutzmassnahmen von den vormundschaftlichen Behörden am Wohnsitz des Kindes angeordnet werden. Die Zuständigkeit im eherechtlichen Verfahren bestimmt sich nach Art. 315a ZGB: Hat das Gericht nach den Bestimmungen über die Ehescheidung oder den Schutz der ehelichen Gemeinschaft die Beziehungen der Eltern zu den Kindern zu gestalten, so trifft es auch die nötigen Kindesschutzmassnahmen und betraut die vormundschaftlichen Behörden mit dem Vollzug (Abs. 1). Bestehende Kindesschutzmassnahmen können auch vom Gericht den neuen Verhältnissen angepasst werden (Abs. 2). Die vormundschaftlichen Behörden bleiben jedoch befugt, ein vor dem gerichtlichen Verfahren eingeleitetes Kindesschutzverfahren weiterzuführen und die zum Schutz des Kindes sofort notwendigen Massnahmen anzuordnen, wenn sie das Gericht voraussichtlich nicht rechtzeitig treffen kann (Abs. 3).

4.1 Die Vorinstanz verneint ihre Zuständigkeit zur Anordnung von Kindesschutzmassnahmen zu Recht. Wie sie vorgebracht hat, ist das Scheidungsverfahren zwischen dem Beschwerdeführer und seiner Frau nach wie vor beim Bezirksgericht Höfe hängig. Die Anordnung allfälliger Kindesschutzmassnahmen liegt demnach ebenfalls grundsätzlich in der Kompetenz des Scheidungsrichters.

4.2 Der Vorinstanz kommt auch keine Befugnis zum Erlass von Kindesschutzmassnahmen gemäss Art. 315a Abs. 3 ZGB zu. Insbesondere bestehen keine Anhaltspunkte für einen dringenden Handlungsbedarf. Der Verdacht des Beschwerdeführers auf eine Schwermetallvergiftung seiner Kinder ist dem Bezirksgericht Höfe schon seit einiger Zeit bekannt. Der Beschwerdeführer bzw. dessen Rechtsvertreter im Scheidungsverfahren hat denn auch am 29. November 2002 beim Scheidungsrichter ein Gesuch um Anordnung von Kindesschutzmassnahmen (Zuführung zu adäquater ärztlicher Abklärung und Behandlung) gestellt. Der Scheidungsrichter hat mit Verfügung vom 10. Dezember 2002 diesem sinngemässen Antrag auf Erlass einer superprovisorischen Verfügung nicht stattgegeben und das Verfahren bis zur Erledigung des parallelen strafrechtlichen Verfahrens weiterhin sistiert. Wäre es dem Gericht zeitlich möglich gewesen, bei Bedarf allfällige Notmassnahmen zu treffen, besteht kein Raum für eine allfällige Notzuständigkeit der Vorinstanz im Rahmen von Art. 315a Abs. 3 Ziff. 2 ZGB.

5. Der Beschwerdeführer musste sich über diese Zuständigkeitsordnung im Klaren sein. Er hat die Vorinstanz bereits mit Schreiben vom 13. September 2002 auf die angebliche Schwermetallvergiftung der beiden Kinder hingewiesen und die sofortige Zuführung derselben an einen Schwermetallspezialisten zur Resonanztestung und Entgiftungsbehandlung verlangt. Die Vorinstanz hat ihm daraufhin mit Schreiben vom 25. September 2002 dargelegt, dass der Einzelrichter des Bezirkes Höfe als Scheidungsrichter zur Anordnung von allfälligen Kindesschutzmassnahmen zuständig sei und eine



## C. 5.2

Notzuständigkeit der Vorinstanz auf Grund von Art. 315a Abs. 3 ZGB nicht in Frage komme, zumal das Gericht von den Verdächtigungen Kenntnis habe. Auf dieses Schreiben hin hat der Beschwerdeführer am 29. November 2002 offensichtlich das bereits erwähnte Gesuch beim Scheidungsrichter eingereicht bzw. einreichen lassen.

6. Der Vorinstanz kann demnach keine Rechtsverzögerung vorgeworfen werden, da sie zur Anordnung von Kindesschutzmassnahmen gar nicht zuständig war bzw. ist. Sie hat auch keine Rechtsverweigerung begangen. Ihre Unzuständigkeit musste dem Beschwerdeführer aus den angeführten Gründen hinlänglich bekannt sein, weshalb sie auf eine Behandlung seiner Eingabe verzichten durfte, ohne ihn erneut über ihre mangelnde Entscheidungsbefugnis zu informieren.

(RRB Nr. 1740/2003 vom 23. Dezember 2003).

### 5.2 Persönlicher Verkehr zwischen Eltern und Kindern

– *Ist eine Klage auf Abänderung eines Scheidungsurteils in Bezug auf die elterliche Sorge hängig, so hat das Gericht auch über eine Änderung des Besuchsrechts zu entscheiden.*

*Aus den Erwägungen:*

2. Es stellt sich die Frage, ob die angefochtene Verfügung mangels Zuständigkeit der Vorinstanz aufzuheben sei.

2.1 Für Anordnungen über den persönlichen Verkehr ist die Vormundschaftsbehörde am Wohnsitz des Kindes zuständig (Art. 275 Abs. 1 Satz 1 ZGB). Hat das Gericht über die Änderung der elterlichen Sorge oder des Unterhaltsbeitrages für das unmündige Kind zu befinden, so regelt es nötigenfalls auch den persönlichen Verkehr neu; in den andern Fällen entscheidet die Vormundschaftsbehörde über die Änderung des persönlichen Verkehrs (Art. 134 Abs. 4 ZGB).

2.2 Am 24. Dezember 2001 hat der Beschwerdeführer beim Einzelrichter des Bezirkes Schwyz Klage auf Abänderung des Scheidungsurteils des Bezirksgerichts Schwyz vom 22. Februar 1995 eingereicht. Er beantragte, es sei die elterliche Sorge über die Kinder A. und E. ihm zuzuteilen. Im besagten Verfahren hat der Einzelrichter nach durchgeführter Hauptverhandlung am 14. August 2002 eine Beweisverfügung erlassen und damit die Einholung eines kinderpsychologischen Gutachtens angeordnet.

2.3 Gemäss dem klaren Wortlaut von Art. 134 Abs. 4 ZGB ist für eine Neuregelung des persönlichen Verkehrs das Gericht zuständig, wenn es über

die Änderung der elterlichen Sorge für das unmündige Kind zu befinden hat. Die Vormundschaftsbehörde ist zur Abänderung in streitigen Fällen nur dann zuständig, wenn ausschliesslich der persönliche Verkehr neu zu gestalten ist (vgl. auch Botschaft über die Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 15. November 1995, S. 131 und 133).

2.4 Da vorliegend ein gerichtliches Verfahren zur Änderung der elterlichen Sorge pendent ist, ist es auch Aufgabe des Gerichts, die Gestaltung des persönlichen Verkehrs vorzunehmen. Konkret befasst sich der Einzelrichter des Bezirkes Schwyz mit der Abänderung der elterlichen Sorge, weshalb dieser auch für die beantragte Neuregelung des persönlichen Verkehrs zuständig ist. Die Vormundschaftsbehörde Küssnacht ist und war nicht zuständig, über die Besuchsrechtsregelung einen verbindlichen Entscheid zu fällen. Eine solche Anordnung ist mangels sachlicher Zuständigkeit nichtig (René A. Rhinow/Beat Krähenmann, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Ergänzungsband, Basel und Frankfurt 1990, Nr. 40 V).

2.5 Für das vorliegende Ergebnis spricht auch Folgendes: Um materiell beurteilen zu können, ob das Besuchsrecht des Beschwerdeführers zu Recht eingeschränkt wird, müssten weitere Abklärungen getätigt werden. Es wäre möglicherweise ein Gutachten über E. in Auftrag zu geben, um die Frage zu beantworten, ob die von der Vormundschaftsbehörde getroffene Besuchsrechtsregelung zu dessen Wohl sei. Im Weiteren wäre E. anzuhören. Eventuell wäre auch ein Bericht der Pflegefamilie zur Situation von E. einzuholen. Solche Abklärungen sind beziehungsweise wurden bereits vom Einzelrichter des Bezirks Schwyz gemacht, um darüber zu entscheiden, ob die elterliche Sorge auf den Beschwerdeführer zu übertragen ist. Um doppelspurige Verfahren zu vermeiden, hat der Gesetzgeber das Gericht für die Neuregelung des persönlichen Verkehrs als zuständig erklärt, sofern es – wie hier - auch über die Änderung der elterlichen Sorge für das unmündige Kind zu befinden hat.

3. Zusammenfassend ergibt sich, dass die Vormundschaftsbehörde Küssnacht nicht zuständig ist, das Besuchsrecht zu regeln. Das Gericht, welches über die Änderung der elterlichen Sorge zu befinden hat, muss auch das Besuchsrecht festlegen. Die angefochtene Verfügung ist daher nichtig. (RRB Nr. 303/2003 vom 11. März 2003).

## 8. Erziehungswesen

### 8.1 Anfechtung eines Absenzeneintrages im Zeugnis

- *Hat ein Absenzeneintrag für einen Schüler keine absehbaren nachteiligen Folgen, so stellt dieser keine anfechtbare Verfügung dar (Erw. 2.1).*
- *Fehlen eines Anfechtungsinteresses (Erw. 2.2).*

*Aus den Erwägungen:*

2. Vor Erlass eines Entscheides prüft die Behörde von Amtes wegen, ob die Voraussetzungen für einen Sachentscheid erfüllt sind. Sie prüft u.a. insbesondere die Rechtsmittelbefugnis und die Zulässigkeit des Rechtsmittels (§ 27 Abs. 1 lit. d und e VRP). Ist eine Sachentscheidsvoraussetzung nicht gegeben, trifft die Behörde einen Nichteintretensentscheid (§ 27 Abs. 2 VRP).

2.1.1 Beschwerde erhoben werden kann gegen Verfügungen (§ 36 Abs. 1 lit. a VRP; § 61 Abs. 4 der Verordnung über die Volksschulen vom 25. Januar 1973 [SRSZ 611.210/VSV]). Verfügungen sind hoheitliche, individuelle und einseitige Anordnungen, die im Einzelfall Rechte und Pflichten des Betroffenen tangieren und verbindlich festlegen (§ 6 VRP). Durch sie wird ein konkretes und individuelles Rechtsverhältnis in verbindlicher Weise gestaltend oder feststellend geregelt. Verfügungen dienen der Umsetzung generell-abstrakter Normen im Einzelfall; sie begründen ein konkretes Recht oder eine bestimmte Verpflichtung eines Rechtssubjektes oder lehnen ein dahin zielendes Begehren ab (RRB Nr. 79/2000 vom 18. Januar 2000 Ziff. 1.3.1; ZBI 1994 S. 477).

2.1.2 Das Dispensationswesen dient in erster Linie der Durchsetzung der Schulpflicht bzw. des obligatorischen Besuchs des Schulunterrichts (§§ 25 ff. VSV; § 33 der Weisungen über die Rechte und Pflichten der Lehrer und Schüler an der Volksschule vom 21. Juni 1976 [SRSZ 611.212/Schulreglement]). § 38 Schulreglement regelt die voraussehbaren und nicht voraussehbaren Schulversäumnisse. Wer gegen diese Ordnung verstösst, hat mit Konsequenzen und bestimmten «Sanktionen» zu rechnen. Im vorliegenden Fall hat die Vorinstanz die Schulabsenz des Schülers A. ins Schulzeugnis vom 25. Januar 2002 des ersten Semesters der Sekundarschulklasse (Schuljahr 2001/02) als 63 unentschuldigte Halbtage und dem Vermerk «A. hat seit dem 27.11.2001 den Unterricht nicht mehr besucht» eingetragen.

2.1.3 Mit diesem Eintrag wird festgestellt, dass der Schüler bzw. der Beschwerdeführer als Inhaber der elterlichen Gewalt die Absenzenordnung missachtet hat, was im Zeugnis mit einem entsprechenden Eintrag bemängelt und kundgetan wird. Nicht jede Handlung oder Anordnung einer

Behörde, die dem Gesetzesvollzug dient, stellt aber gleichzeitig eine anfechtbare Verfügung dar. Werden keine individuellen Rechte oder Pflichten geregelt bzw. keine Rechtsfolgen verbindlich festgelegt, mangelt es an einem wesentlichen Verfügungselement.

So tangiert eine einzelne Zeugnisnote die Rechtsstellung eines Schülers grundsätzlich nicht, es sei denn, sie spiele für den schulischen bzw. beruflichen Werdegang eine Rolle (z.B. für die Promotion, für das Bestehen der Maturaprüfung, für die Stellensuche; vgl. VGE 1019 vom 30. August 2002, E. 1 mit Hinweisen; EGV-SZ 1987, Nr. 41, E. 3). Analog verhält es sich mit dem zur Diskussion stehenden Zeugniseintrag der unentschuldigten Absenz. Ein solcher Eintrag beeinträchtigt die Rechtsstellung eines Schülers dann, wenn er konkrete negative Auswirkungen hat bzw. haben kann (vgl. den Fall in RRB Nr. 79 vom 18. Januar 2000, wo ein Seminarist seine Erstbewerbung für eine Lehreranstellung mit dem letzten Zeugnis vor Abschluss der Diplomprüfung, das den Eintrag einer unentschuldigter Absenz enthielt, dokumentieren musste). Das Bundesgericht hat in seinem Urteil vom 28. März 2002 (2P.324/2001, publ. in EGV-SZ 2001, C.8.1) ausgeführt, dass ein Rechtsschutzinteresse schon dann bejaht werden muss, wenn einem Schüler mit einer schulischen Anordnung besondere Verhaltenspflichten oder sonstige besondere Nachteile zugemutet werden, so dass eine Anfechtung auf dem Rechtsmittelweg gerechtfertigt ist.

2.1.4 Eine solche Betroffenheit des Beschwerdeführers bzw. seines Sohnes ist jedoch vorliegend nicht ersichtlich. Denn das beanstandete Schulzeugnis des ersten Semesters der Klasse 1 der Sekundarschule des Schuljahres 2001/2002 stellt für den schulischen oder beruflichen Weg des Schülers kein ernsthaftes Hindernis dar. Für die Berufswahl bzw. Lehrstellenbewerbung ist regelmässig (u.a.) das Zeugnis des letzten Schuljahres massgebend, ebenso für den Aufstieg in eine höhere Schule wie z.B. das Gymnasium, wobei in erster Linie Leistungsnoten und nicht allfällige Absenzen vom Schulunterricht ins Gewicht fallen. Im Weiteren hat A. das begonnene Sekundarschuljahr (2001/2002) in der 6. Klasse einer Privatschule fortgesetzt (...). Er dürfte demnach in der Zwischenzeit auch über neue Sekundarschulzeugnisse (oder solche einer andern Schulart der Oberstufe bzw. Orientierungsstufe) verfügen, so dass das beanstandete Zeugnis überholt ist und realistischerweise kaum mehr benötigt wird. Dies wird auch durch den Umstand bestätigt, dass der Beschwerdeführer auf die schriftliche Anfrage bzw. Aufforderung des Justizdepartementes vom 28. Mai 2003, darzulegen, inwiefern der Zeugniseintrag in die Rechtsstellung des Schülers und/oder der Eltern eingreife, inwiefern er bzw. sein Sohn dadurch negativ betroffen seien, ob der Zeugniseintrag irgendwelche nachteilige Konsequenzen habe, gar nicht mehr reagiert hat.

Da der beanstandete Zeugniseintrag demzufolge die Rechtsstellung des Beschwerdeführers bzw. des Schülers A. nicht tangiert, liegt keine anfechtbare Verfügung vor, so dass auf die Beschwerde nicht einzutreten ist (§ 27 Abs. 1 lit. e und Abs. 2 VRP).

## C. 11.1

2.2 Dem Beschwerdeführer ist aber auch ein schutzwürdiges Interesse an der Änderung des Zeugniseintrages abzusprechen (§ 37 lit. a VRP), insbesondere dürfte ein allfälliges aktuelles Rechtsschutzbedürfnis weggefallen sein, nachdem der Schüler A. seine schulische Laufbahn ausserhalb der öffentlichen Volksschule der Gemeinde teilweise wiederholt und fortgesetzt hat, so dass er über entsprechende neuere Schulzeugnisse verfügt, die das beanstandete Schulzeugnis der Sekundarschule für das erste Semester des Schuljahres 2001/2002 entbehrlich machen. Ein nachträglicher Wegfall des aktuellen Interesses hat die Gegenstandslosigkeit des Verfahrens zur Folge (A. R. Gadola, Das verwaltungsinterne Beschwerdeverfahren, Zürich 1991, S. 216). Dieses dürfte allerdings schon im Zeitpunkt der Beschwerdeerhebung nicht mehr vorhanden gewesen sein, als der Schüler bereits in die 6. Klasse der Schule X. eingetreten war. Auf die Beschwerde ist demnach auch infolge Fehlens der Beschwerdebefugnis nicht einzutreten, zumal der Beschwerdeführer sein Rechtsschutzinteresse trotz Aufforderung nicht dargetan hat (§ 37 lit. a, § 27 Abs. 1 lit. d und Abs. 2 VRP). (RRB Nr. 1122/2003 vom 2. September 2003).

## 11. Forst- und Jagdpolizei

### 11.1 Waldfeststellung anlässlich der Zonenplanrevision

- *Waldfeststellung bei der Revision von Nutzungsplänen (Erw. 1).*
- *Waldbegriff (Erw. 2).*
- *Die als Wald ausgedehnten Bereiche sind mit Waldbäumen und Waldsträuchern bestockt (Erw. 3.1), ihnen kommt Waldfunktion zu (Erw. 3.2), sie weisen die verlangte Mindestfläche (Erw. 3.3) und das gesetzliche Mindestalter auf (Erw. 3.4).*
- *Richtlinien des Kantonsforstamtes für die Waldfeststellung im Kanton Schwyz vom 1. Januar 1999 (Erw. 4.1).*
- *Bedeutung des Einwachsens einer Bestockung in eine Bauzone (Erw. 4.2).*
- *Vorliegen einer Garten-, Grün- und Parkanlage im Sinne von Art. 2 Abs. 3 WaG verneint (Erw. 4.3).*

*Aus den Erwägungen:*

1. Wer ein schutzwürdiges Interesse nachweist, kann vom Kanton feststellen lassen, ob eine Fläche Wald ist (Art. 10 Abs. 1 Bundesgesetz über den Wald vom 4. Oktober 1991, WaG, SR 921.0). Beim Erlass und bei der Revision von Nutzungsplänen nach dem Raumplanungsgesetz ist eine Waldfeststellung in jenem Bereich anzuordnen, wo Bauzonen an den Wald grenzen oder in Zukunft grenzen sollen (Art. 10 Abs. 2 WaG). Gestützt auf rechts-

kräftige Waldfeststellungen gemäss Art. 10 WaG sind in den Bauzonen im Sinne des Raumplanungsgesetzes die Waldgrenzen einzutragen (Art. 13 Abs. 1 WaG).

2.1 Gemäss Art. 2 Abs. 1 WaG gilt jede Fläche als Wald, die mit Waldbäumen oder Waldsträuchern bestockt ist und Waldfunktionen (namentlich Schutz-, Nutz- oder Wohlfahrtsfunktionen) erfüllen kann. Entstehung, Nutzungsart und Bezeichnung im Grundbuch sind nicht massgebend. Zum Waldareal gehören auch Weidwälder, bestockte Weiden (Wytweiden) und Selven, unbestockte oder ertraglose Flächen eines Waldgrundstücks und Aufforstungsflächen (Art. 2 Abs. 2 WaG). Nicht als Wald gelten isolierte Baum- und Strauchgruppen, Hecken, Alleen, Garten-, Grün- und Parkanlagen, Baumkulturen, die auf offenem Land zur kurzfristigen Nutzung angelegt worden sind, sowie Bäume und Sträucher auf Einrichtungen zur Stauhaltung und in deren unmittelbarem Vorgelände (Art. 2 Abs. 3 WaG). Innerhalb eines vom Bundesrat festgesetzten Rahmens können die Kantone im Übrigen bestimmen, ab welcher Breite, welcher Fläche und welchem Alter eine ins Baugebiet einwachsende Fläche sowie ab welcher Breite und welcher Fläche eine andere Bestockung als Wald gilt (Art. 2 Abs. 4 WaG).

2.2 In Art. 1 Abs. 1 der Verordnung vom 30. November 1992 über den Wald (WaV, SR 921.01) hat der Bundesrat den Rahmen festgelegt, in welchem eine bestockte Fläche als Wald gilt (Fläche mit Einschluss eines zweckmässigen Waldsaumes: 200 - 800 m<sup>2</sup>; Breite mit Einschluss eines zweckmässigen Waldsaumes: 10 - 12 m; Alter der Bestockung auf Einwuchsflächen: 10 - 20 Jahre). In § 2 der kantonalen Verordnung zum Bundesgesetz über den Wald vom 21. Oktober 1998 (KWaV; SRSZ 313.110) hat der kantonale Gesetzgeber die Mindestkriterien, nach denen eine Bestockung als Wald gilt, umschrieben (Mindestfläche: 600 m<sup>2</sup>; Mindestbreite: 12 m; Mindestalter: 20 Jahre). Erfüllt die Bestockung jedoch in besonderem Masse Wohlfahrts- oder Schutzfunktionen, so sind die kantonalen Kriterien nicht massgebend, und sie gilt unabhängig von ihrer Fläche, ihrer Breite oder ihrem Alter als Wald (Art. 2 Abs. 4 Satz 2 WaG und Art. 1 Abs. 2 WaV; BGE 122 II 80; BGE 120 Ib 374; EGV-SZ 2000, S. 202 f.).

3. Auf Grund der nachfolgenden Überlegungen ist das Vorhandensein von Wald in den nördlichen Teilbereichen der Grundstücke ... der Beschwerdeführer zu bejahen:

3.1 Anlässlich des Augenscheins konnten auf allen drei Grundstücken im Wesentlichen folgende Waldbäume festgestellt werden: Bergahorn, Linde, Salweide, Esche, Tanne und Kirschbaum. Beim Grundstück KTN ... wurden zusätzlich ein Nussbaum und eine Sommerlinde und beim Grundstück KTN ... zusätzlich eine grosse Esche, Haselsträucher sowie der blutrote Hartriegel festgestellt (vgl. ...). Weiter wurde beim Grundstück KTN ... auf eine typische Waldbodenvegetation hingewiesen. Fremdländische Baum- und

## C. 11.1

Straucharten konnten keine festgestellt werden. Das Erfordernis einer Bestockung mit Waldbäumen und Waldsträuchern ist damit klar gegeben.

3.2 Auch die Waldfunktion der vorhandenen Bestockung kann nicht in Abrede gestellt werden. Diese besteht in erster Linie in der Hangstabilisierung sowie auch im Schutz vor Steinschlag.

Der Hang nördlich der drei Grundstücke ist mit zirka 70 % Neigung sehr steil (vgl. ...). Zudem handelt es sich bei diesem gemäss Aussage der Beschwerdeführer um ursprünglich lose aufgeschüttetes Aushubmaterial, das beim Bau des weiter oberhalb gelegenen Krähenweges einfach hinuntergeschüttet wurde. Auf Grund dieser Tatsachen, insbesondere wegen der Steilheit, handelt es sich um einen sturzrelevanten Hang, der die überbauten Grundstücke der Beschwerdeführer gefährden kann. Dem wirkt das Wurzelwerk der Bestockung entgegen, indem es den Hang stabilisiert (vgl. ...).

Weiter handelt es sich beim Waldgebiet oberhalb von A. um einen der steinschlagintensivsten Wälder im Kanton Schwyz. Trotz des weiter oberhalb verlaufenden Weges, dem bereits eine gewisse Schutzfunktion vor Steinschlag zukommt, können Steine ohne weiteres über diesen hinaus in Richtung der Grundstücke der Beschwerdeführer rollen. Auch insoweit schützt die vorhandene Bestockung die Häuser der Beschwerdeführer vor Beschädigungen. Das Vorhandensein einer akuten Steinschlaggefahr wird dadurch untermauert, dass der Beschwerdeführer 2 die nördlich zum Hang hin befindliche Hausmauer wegen allfälligem Steinschlag mit Beton verstärkt hat, und dass der Eigentümer des westlich von KTN ... gelegenen Grundstücks KTN ... sein Grundstück nördlich durch einen massiven Holzzaun vor Steinschlag schützt (...).

Dazu kommen landschaftliche und ökologische Funktionen der umstrittenen Bestockung. Die Grundstücke der Beschwerdeführer befinden sich nämlich am Rande eines BLN-Gebietes. Zudem handelt es sich um eine reiche Bestockung mit heimischen Bäumen und Sträuchern.

3.3 Der weiter oberhalb der fraglichen Grundstücke durchführende Weg trennt das wiederum oberhalb gelegene, umfangreiche Waldareal ... optisch von der vorliegend zur Diskussion stehenden Bestockung ab (...). Da es sich beim Weg nun aber um eine forstlichen Zwecken dienende, bekieste Waldstrasse (gleichzeitig Liegenschaftszufahrt) handelt, stellt dieser rechtlich gesehen Waldareal dar (Art. 2 Abs. 2 lit. b WaG). Es ist deshalb von einem Zusammenhang der ober- und unterhalb des Weges befindlichen Bestockungen auszugehen. D.h., die umstrittene Bestockung auf den Grundstücken der Beschwerdeführer gehört zum sich oberhalb des Weges erstreckenden umfangreichen Waldgebiet ... . Damit sind die beiden Mindestkriterien von 600 m<sup>2</sup> Fläche und 12 m Breite gemäss § 2 lit. a und b KWaV klarerweise erfüllt.

Selbst wenn die unterhalb des Weges vorhandene Bestockung isoliert für sich betrachtet würde, wären die beiden erwähnten, umfangmässigen Mindestkriterien gegeben. Betrachtet man die Augenscheinfotos, so kann festge-

stellt werden, dass die im Situationsplan vom 22. Februar ausgeschiedene Waldfläche mit der Wirklichkeit grundsätzlich übereinstimmt. Das betreffende Waldareal unterhalb des Weges weist gemäss Plan eine Breite zwischen 12–22 m sowie im Bereich oberhalb der Grundstücke der Beschwerdeführer eine Fläche von rund 1'000 m<sup>2</sup> auf, wobei die bestockte Fläche beim Grundstück KTN ... noch weiter Richtung Westen verläuft. Anlässlich der Augenscheinverhandlung wurden die Kriterien betreffend Fläche und Breite nicht in Frage gestellt. Auch wurde von den Beschwerdeführern nicht verlangt, es sei die Breite und Fläche der Bestockung zu messen.

3.4 Anlässlich der Augenscheinverhandlung führte der Beschwerdeführer 2 aus, sie hätten einen grossen Teil der Bäume zirka 1983/84 selber gepflanzt, wobei der Bergahorn und die Salweide bereits vorhanden gewesen seien. Der Kantonsförster ergänzte, beim Alter der Bestockung komme man auf jeden Fall auf 20 Jahre, auch wenn ein Teil der heutigen Bestockung zirka um 1983/84 angepflanzt wurde. Dies, weil die damals gepflanzten Bäume im Zeitpunkt der Pflanzung bereits ein Alter von ein Paar Jahren hatten (...). Diese zutreffende Aussage blieb in der Folge unwidersprochen. Demnach ist auch das Mindestkriterium gemäss § 2 lit. c KWaV, wonach das Alter der Bestockung 20 Jahre betragen muss, erfüllt.

3.5 Selbst die Beschwerdeführer gehen offenbar nicht ernstlich davon aus, dass es sich bei der fraglichen Bestockung nicht um Wald handle, bzw. dass diese für ihre Grundstücke keine Vorteile bringe. Dies geht aus den folgenden Aussagen hervor: *«Andere in der Nachbarschaft haben den Wald einfach entfernt. Wir hingegen nicht. Wir haben die Bestockung bewusst belassen»* (...); *«Es stimmt, dass die Wurzeln der Bestockung unseren Liegenschaften dienen»* (...); *«Um es gleich vorwegzunehmen, wir erachten den Wald als schützenswertes Objekt und haben keinerlei Absicht uns gegen dessen Bestand auf unseren Grundstücken zu wehren»* (...). Vielmehr geht es den Beschwerdeführern offenbar vorab darum, negative Auswirkungen der Waldfeststellung auf die Abstandsfrage sowie die Ausnützung ihrer Grundstücke abzuwenden (...).

3.6 Nach dem Gesagten ist davon auszugehen, dass es sich bei der Bestockung auf den Grundstücken KTN ..., ... und ... der Beschwerdeführer um Wald im Sinne der Waldgesetzgebung handelt. Da die Mindestkriterien gemäss § 2 KWaV gegeben sind, ist nicht weiter zu untersuchen, ob die Bestockung in besonderem Masse Wohlfahrts- oder Schutzfunktionen erfüllt, wobei dies, insbesondere mit Bezug auf die Schutzfunktion (Hangstabilisierung, Schutz vor Steinschlag), nicht zum Vornherein auszuschliessen ist.

4. Am vorliegenden Ergebnis vermögen auch die weiteren Einwände der Beschwerdeführer nichts zu ändern.



## C. 11.1

4.1 Die Beschwerdeführer machen geltend, die Vorinstanz habe zu Unrecht nur auf Grund einer verwaltungsinternen Richtlinie entschieden.

Dies trifft nicht zu. Die Vorinstanz hat in Anwendung der bundesrechtlichen Waldgesetzgebung sowie der kantonalen Waldverordnung, welche die zahlenmässigen Mindestkriterien enthält, entschieden. Dabei war es durchaus zulässig, bezüglich Details auf die Richtlinien des Kantonsforstamtes für die Waldfeststellung im Kanton Schwyz vom 1. Januar 1999 abzustellen, deren Aufgabe es ist, mittels Hilfskriterien zu einer einheitlichen Verwaltungspraxis und damit letztlich zur Rechtssicherheit und Rechtsgleichheit beizutragen. Der Hinweis der Beschwerdeführer auf BGE 122 II 72 geht fehl. Dieser Entscheid ist nicht einschlägig, da im betreffenden Fall der Kanton Zürich auf Grund von Richtlinien entschied, ohne zuvor kantonale Ausführungsbestimmungen zur bundesrechtlichen Waldgesetzgebung erlassen zu haben (vgl. Art. 1 WaV). Demgegenüber liegt im Kanton Schwyz mit der kantonalen Waldverordnung entsprechendes Ausführungsrecht vor.

4.2 Weiter bringen die Beschwerdeführer vor, es könne nicht sein, dass etwas gleichzeitig Bauzone und auch Wald sei. Zudem hätten sie zum Teil selber Waldbäume gepflanzt.

Auch daraus vermögen sie nichts zu ihren Gunsten abzuleiten. Art. 2 Abs. 1 WaG hält explizit fest, dass mit Bezug auf die Frage, ob eine Bestockung als Wald zu qualifizieren ist, die Entstehung, Nutzungsart und Bezeichnung im Grundbuch nicht massgebend ist. Aus dem Begriff der Abgrenzung des Waldareals durch die Waldgesetzgebung ergibt sich auch im Fall des Einwachsens einer Bestockung in eine Nutzungszone des Raumplanungsrechts der Vorrang der Nutzungsordnung des gewachsenen Waldes gegenüber der Nutzungsordnung der Raumplanung (vgl. Stefan M. Jaissle, *Der dynamische Waldbegriff und die Raumplanung*, Diss., Zürich 1994, S. 232 f.). Auch das Bundesgericht führte in BGE 111 Ib 306 aus: *«Selbst eine rechtskräftige Einzonung in eine Bauzone hätte an der Waldeigenschaft der Parzelle nichts geändert.»* Somit hat die Tatsache, dass vorliegend der Wald in eine Bauzone eingewachsen ist, keinen Einfluss.

Ebenfalls nicht relevant ist, ob die Beschwerdeführer zum Teil Bäume selber gepflanzt haben. Eine Bestockung kann nämlich auf natürlichem oder künstlichem Weg entstehen. Künstlich geschieht dies, wenn bewusst auf einem Grundstück eine Anpflanzung vorgenommen wird, natürlich, wenn eine bestehende Bestockung ungehindert weiterwächst und sich so in bisher unbewaldetes Gebiet ausdehnt (Jaissle, a.a.O., S. 92 ff.; vgl. auch BGE 111 Ib 300). Im Übrigen wird seitens der Beschwerdeführer nicht ansatzweise dargetan, dass sie zur Verhinderung der allmählichen Bewaldung auf ihren Grundstücken alles vorgekehrt haben, was unter den gegebenen Umständen vernünftigerweise von ihnen erwartet werden konnte (vgl. Jaissle, a.a.O., S. 92). Vielmehr ist das Gegenteil der Fall, da der positive Zweck der Bestockung, die ja zum Teil selber gepflanzt wurde, immer anerkannt war.

4.3 Schliesslich stellen sich die Beschwerdeführer noch auf den Standpunkt, im gegebenen Fall müsse von einem kultivierten Garten ausgegangen

werden. In Anwendung von Art. 2 Abs. 3 WaG könne deshalb kein Wald angenommen werden.

Von einer Garten- und Parkanlage kann nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts nur die Rede sein, wo typische Parkbäume gepflanzt wurden, die sich vom einheimischen regionalen Waldwuchs unterscheiden, und wo andere für Gärten und Pärke typische Anlagen wie Wege, Mäuerchen, Bänke usw. geschaffen wurden (vgl. Jaissle, a.a.O., S. 77, mit Hinweis auf BGE 105 Ib 209 f.).

Dies mag auf die Bereiche südlich der auf KTN 1801, 1699 und 1764 befindlichen Wohnhäuser zutreffen. Hingegen hat der Augenschein gezeigt, dass im nördlich der Wohnhäuser vorhandenen, steilen Hangbereich offensichtlich keine Gartenanlage besteht (vgl. Augenscheinprotokoll; Augenscheinfotos; Erw. Ziff. 3 oben). Es sind dort weder typische Parkbäume noch typische Anlagen des Gartenbaus wie Mäuerchen, Bänke usw., sondern ausschliesslich einheimische Waldbäume und Waldsträucher vorhanden. Von einer Garten-, Grün- und Parkanlage im Sinne von Art. 2 Abs. 3 WaG kann folglich nicht die Rede sein.

(RRB Nr. 597/2003 vom 13. Mai 2003).

## 14. Arbeitsvergebung

### 14.1 Nichtanwendbarkeit des kantonalen Beschaffungsrechts auf die Kirchgemeinden

- *Gegen Verfügungen der Organe der Kirchgemeinden kann beim Regierungsrat in der Regel nicht Beschwerde geführt werden (Erw. 3.1).*
- *Das Beschaffungsrecht des Kantons ist - von gewissen Ausnahmen abgesehen - auf Kirchgemeinden nicht anwendbar (Erw. 3.2 - 3.3).*

*Aus den Erwägungen:*

3.1 Zuständig zur Beurteilung von Beschwerden ist der Regierungsrat, sofern sich die Beschwerde namentlich gegen eine Verfügung eines Bezirksamtes, eines Gemeinderates, eines Organs kommunaler Zweckverbände, eines Departements, einer kantonalen Kommission oder Amtsstelle sowie der Organe kantonalen Anstalten richtet (§ 45 Abs. 1 Bst. b VRP). Anders als unter dem früheren Recht können die Kirchenräte nicht mehr einfach den Gemeinderäten gleichgesetzt werden. Auf alle Fälle im Regelfall sind Anordnungen der Kirchenräte seit der Umsetzung der Verfassungsnovelle vom 25. März 1992 (Neuordnung des Verhältnisses von Kirchen und Staat) nicht mehr beim Regierungsrat, sondern bei den Rechtspflegebehörden der Römisch-katholischen Kantonalkirche anfechtbar (§ 96 KV). Der Rechts-

## C. 14.1

weg an den Regierungsrat wird aber auch nicht auf Grund von § 45 Abs. 1 Bst. c VRP geöffnet. Zum einen ist nicht anzunehmen, die Kirchgemeinden seien privatrechtliche Organisationen, die mit einer öffentlichen Aufgabe betraut worden sind. Zudem gehören die Kirchgemeinden auch nicht zu den öffentlichrechtlichen Körperschaften im Sinne von § 2 Abs. 1 Bst. a VRP. Nach der Praxis sind diesen öffentlichrechtlichen Körperschaften, auf die die Verordnung über die Verwaltungsrechtspflege nur teilweise anwendbar ist, die der Aufsicht des Regierungsrates unterstellten Korporationen und Genossamen im Sinne der §§ 18 ff. des Einführungsgesetzes zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch vom 14. September 1978 (SRSZ 210.100/EGzZGB), die Flurgenossenschaften im Sinne der Verordnung über die Flurgenossenschaften vom 28. Juni 1979 (SRSZ 213.110) bzw. der §§ 3 ff. der Verordnung über land- und forstwirtschaftliche Flurgenossenschaften sowie Einzelmassnahmen zur Bodenverbesserung vom 28. Juni 1979 (SRSZ 312.310) oder die Wuhrkorporationen im Sinne der §§ 51 ff. des Wasserrechtsgesetzes vom 11. September 1973 (SRSZ 451.100), zuzurechnen. Schliesslich behält § 45 Abs. 2 VRP abweichende gesetzliche Zuständigkeitsvorschriften ausdrücklich vor, was - wie bereits ausgeführt - für die Kirchgemeinden der Fall ist.

3.2 Damit stellt sich die Frage, ob der Regierungsrat auf Grund von § 22 der Verordnung über die Vergabe von Arbeiten und Lieferungen (Submissionsverordnung) vom 6. Februar 1976 (SRSZ 430.110/SubmV) zur Behandlung der Beschwerde zuständig ist. Voraussetzung für die Annahme einer Zuständigkeit im Sinne der erwähnten Bestimmung ist, dass die Submissionsverordnung überhaupt anwendbar ist.

3.2.1 Die Submissionsverordnung gilt gemäss § 1 Abs. 1 für die Ausschreibung und Vergabe von Arbeiten und Lieferungen, die der Kanton und seine Anstalten ausführen lassen. Sie gilt ausserdem für Arbeiten und Lieferungen öffentlichrechtlicher Körperschaften und Anstalten, an die der Kanton Beiträge leistet (§ 1 Abs. 2 SubmV). Wie sich aus einem Schreiben des Amtes für Kulturpflege vom 10. Juli 2002 ergibt, hat die zuständige Renovationskommission ein Subventionsgesuch gestellt. Aus der Reaktion des Amtes kann geschlossen werden, dass für die Renovation der Pfarrkirche St. Jakob grundsätzlich Kantonsbeiträge erhältlich sind. Eine Zusicherung konnte allerdings vorderhand nicht vorgenommen werden, da die Zusicherungslimite für das Jahr 2002 bereits ausgeschöpft blieb. Da zudem der Kirchenrat nicht geltend macht, er wolle auf die Kantonsbeiträge verzichten, ist grundsätzlich davon auszugehen, dass solche auch ausgerichtet werden. Nicht erheblich ist sodann, wie gross die auszurichtenden Kantonsbeiträge sind. Im Unterschied zu § 1 Abs. 3 SubmV verlangt § 1 Abs. 2 SubmV nicht, dass die Beiträge einen wesentlichen Anteil an den Gesamtkosten ausmachen. In der Praxis des Regierungsrates wurde denn bisher auch die Anwendbarkeit der Submissionsverordnung auf Arbeitsvergaben der Bezirke und Gemeinden nicht vom Umfang der Kantonsbeitrag abhängig gemacht.

3.2.2 Es stellt sich nun allerdings die Frage, ob § 1 Abs. 2 SubmV in Bezug auf die Kirchgemeinden nicht einen zu weiten Wortlaut aufweist und im Sinne einer teleologischen Reduktion enger auszulegen ist (BGE 121 III 225).

Mit der Ausweitung des Geltungsbereichs auf öffentlichrechtliche Körperschaften und Anstalten sollten vor allem die Bezirke und Gemeinden in das Beschaffungsrecht eingebunden werden (vgl. Bericht und Vorlage an den Kantonsrat vom 20. Oktober 1975, RRB Nr. 2069, S. 3). Damit wurden verschiedene Ziele verfolgt: Zum einen konnte auf diese Weise ein sparsamer Umgang mit den Kantonsbeiträgen erreicht werden. Zum andern konnten die direkt oder indirekt der Aufsicht des Regierungsrates unterstellten öffentlichrechtlichen Körperschaften und Anstalten in ein Wettbewerbssystem, das Transparenz und Rechtsgleichheit gewährleistet, eingebunden werden. Im Unterschied zu allen andern öffentlichrechtlichen Körperschaften sind nun aber die Kirchgemeinden nicht mehr der Aufsicht des Regierungsrates unterstellt. Aufsichtsrechtlich kann demnach der Regierungsrat den Kirchgemeinden gegenüber keine Anordnungen mehr treffen. Die Kirchgemeinden treten demnach gegenüber dem Kanton als Subventionsempfänger wie Private auf. Aus diesem Grunde rechtfertigt es sich, die Submissionsverordnung auf die Arbeitsvergaben der Kirchgemeinden nur mehr anzuwenden, wenn die Voraussetzungen gemäss § 1 Abs. 3 SubmV erfüllt sind. Dies ist vorliegend jedoch nicht der Fall, weil die Kantonsbeiträge für die Kirchenrenovation keinen wesentlichen Anteil der Gesamtkosten ausmachen werden. Zudem werden sie nicht für die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe gewährt.

3.2.3 Eine engere Auslegung von § 1 Abs. 2 SubmV, wonach die Kirchgemeinden als öffentlichrechtliche Körperschaften, die Kantonsbeiträge erhalten, nicht der Verordnung unterstellt werden, lässt sich durchaus auch mit dem Bundesgesetz über den Binnenmarkt (Binnenmarktgesetz, BGBM) vom 6. Oktober 1995, SR 943.02, vereinbaren. Nach Art. 5 dieses Gesetzes müssen von Bundesrechts wegen nur Kantone, Gemeinden und andere Träger kantonaler und kommunaler Aufgaben einem eigentlichen Beschaffungsverfahren mit einem wirksamen Wettbewerb unterstellt werden. Die von den Kirchgemeinden wahrgenommenen Aufgaben im Bereiche des Baus und des Unterhalts von Sakralbauten zählen nicht (oder im Kanton Schwyz seit der Aufhebung der Kirchgemeinden nicht mehr) zu den staatlichen Aufgaben. Darüber besteht unter den Mitgliedern der Schweizerischen Bau-, Planungs- und Umweltschutzdirektoren-Konferenz, die das Interkantonale Organ im Sinne von Art. 4 der interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IvöB, vom 25. November 1994, SRSZ 430.120.1) stellen, Konsens.

3.2.4 Die Ausnahme der Kirchgemeinden vom Geltungsbereich der Submissionsverordnung kommt auch einer praktikablen Abgrenzung der Rechtsordnungen von Kanton und Kantonalkirche entgegen. Würden nämlich die Kantonalkirchen ein eigenes Beschaffungsrecht erlassen, wozu sie

## C. 14.2

durchaus die Kompetenz besitzen, so käme es zu einem Norm- und Zuständigkeitskonflikt zwischen der kantonalen Submissionsverordnung und dem Submissionsrecht der betreffenden Kantonalkirche bzw. dem Regierungsrat und dem Rechtspflegeorgan der Kantonalkirche. Die Auslegung der kantonalen Submissionsverordnung kann dabei nicht davon abhängig gemacht werden, ob der Gesetzgeber der Kantonalkirchen von seinen Befugnissen schon Gebrauch gemacht hat oder nicht.

3.3 Ist die kantonale Submissionsverordnung nicht anwendbar, so besteht auch keine Rechtsgrundlage für ein Beschwerdeverfahren an den Regierungsrat. Auf die Beschwerde kann daher nicht eingetreten werden. Da auf Seiten der Römisch-katholischen Kantonalkirche bislang kein ordentliches Rechtsmittelverfahren für die Anfechtung von Arbeitsvergebungen existiert, stellt sich die Frage der Weiterleitung an die zuständige Behörde nicht (§ 10 Abs. 3 VRP). Es ist dem Beschwerdeführer selbstverständlich unbenommen, bei der Aufsichtsbehörde über die Kirchgemeinden, beim kantonalen Kirchenvorstand, vorstellig zu werden. Ausserdem wird das Justizdepartement bei der Behandlung des Subventionsgesuches zu prüfen haben, ob allenfalls die Kantonsbeiträge zu kürzen sind. Insbesondere wird zu untersuchen sein, ob das Vorgehen mit einer blossen Kostenschätzung statt einem korrekten Devis nicht zu übermässigen Kosten geführt hat. (RRB Nr. 257/2003 vom 18. Februar 2003).

### 14.2 Sachverhaltsabklärung bei Arbeitsvergebungen

– *Die Vergabungsbehörde hat den Sachverhalt abzuklären und den betroffenen Bewerbern zu entscheiderelevanten Tatsachen das rechtliche Gehör zu gewähren.*

*Aus den Erwägungen:*

3.1 Nach § 13 Abs. 1 der Verordnung über die Vergabe von Arbeiten und Lieferungen vom 6. Februar 1976 (Submissionsverordnung, SubmV, SRSZ 430.110) sind Angebote fachlich, rechnerisch und bezüglich Material zu prüfen und auf eine Basis zu bringen, welche einen objektiven Vergleich zulässt. Es können Sachverständige beigezogen und Preisanalysen sowie weitere Angaben verlangt werden. Im Rahmen dieser Bereinigung und Überprüfung sind Angebote namentlich dann aus dem Wettbewerb auszuschliessen, wenn sie den Bedingungen der Ausschreibung nicht entsprechen (§ 18 Al. 1 SubmV) oder die gesetzlichen und gesamtarbeitsvertraglichen Bestimmungen des Arbeitnehmerschutzes nicht erfüllen (§ 18 Al. 5 SubmV). Im Rahmen der Vernehmlassung hält der Bezirksrat X. fest, es sei bekannt, dass die Beschwerdeführerin bis zur Vergabe den Beitrag für die praktischen Kurse der Lehrlinge nicht

bezahlt habe. Ebenso stehe die Bezahlung der Verbandsbeiträge beim Verband der Elektro-Installationsfirmen noch aus. Den Akten lassen sich keinerlei Hinweise dazu entnehmen, auf welche Weise diese Tatsache eruiert worden ist und wie sich die Beschwerdeführerin zu diesen Vorwürfen im Rahmen der Gewährung des rechtlichen Gehörs geäußert hat. Der Vorinstanz muss daher eine unzureichende Sachverhaltsabklärung vorgeworfen werden. Eine solche kann nicht durch die Benennung des Präsidenten des Verbandes der Elektro-Installationsfirmen als Zeugen behoben werden. Sachverhaltsabklärung ist namentlich bei Arbeitsvergebungen Sache der ersten und nicht der Beschwerdeinstanz. Zudem ist zu bezweifeln, ob ein Unternehmen, das Verbandsbeiträge nicht bezahlt, damit Arbeitnehmerschutzbestimmungen verletzt.

3.2 Nach § 16 Abs. 1 SubmV erfolgt die Vergebung an denjenigen Bewerber, der das günstigste Angebot eingereicht hat. Als günstigstes Angebot gilt dasjenige, das unter Berücksichtigung insbesondere der fachgerechten und rechtzeitigen Ausführung der Arbeit oder Lieferung den tiefsten Preis aufweist. Das niedrigste Angebot ist somit nicht immer das günstigste. Wenn somit der Bezirksrat nicht allein auf den Preis schaut, handelt er durchaus gesetzeskonform. In der Vernehmlassung hält der Bezirksrat fest, dass in fachlicher und damit qualitativer Hinsicht gegen das Angebot der Beschwerdeführerin keine Vorbehalte bestünden. Es ist daher relativ schwer nachvollziehbar, weshalb die betragsmässig tiefer offerierende Beschwerdeführerin dennoch nicht den Zuschlag erhalten soll. Entweder überzeugt das Angebot in fachlicher und sachlicher Hinsicht oder es überzeugt eben nicht. Aufgrund der von der Beschwerdeführerin im Beschwerdeverfahren eingereichten Referenzen kann auch kaum gesagt werden, es fehle an Erfahrung. Auch in dieser Hinsicht muss der Vorinstanz vorgeworfen werden, den Sachverhalt nicht ausreichend abgeklärt und insbesondere den angefochtenen Beschluss nicht überzeugend begründet zu haben. Der Hinweis auf Anstände im Zusammenhang mit ... begründen für sich allein nicht, weshalb die Beschwerdeführerin nicht als solide Geschäftspartnerin gelten kann. Insbesondere ist nicht klar, ob die Beschwerdeführerin oder allenfalls auch die Bestellerin die Verantwortung für die erwähnten Differenzen zu tragen hat. Auch wurde der Beschwerdeführerin auf alle Fälle nicht nachweislich das rechtliche Gehör gewährt.

(RRB Nr. 1739/2003 vom 23. Dezember 2003).

## 17. Verkehrs- und Polizeiwesen

### 17.1 Überwälzung der Kosten einer Gemeinde für Massnahmen im Zusammenhang mit einer Demonstration

- *Demonstrationen auf öffentlichem Grund sind bewilligungspflichtig. Eine Bewilligung wurde vorliegend erteilt (Erw. 3).*
- *Grundsätze des Polizeirechts (Erw. 5).*
- *Störereigenschaft von Demonstranten (Erw. 6).*
- *Die Meinungs- und Versammlungsfreiheit setzt einer Überwälzung von Kosten für Massnahmen, die vom Gemeinwesen im Zusammenhang mit einer Demonstration zu treffen sind, Grenzen. Die im Zusammenhang mit der Ausübung von Grundrechten stehenden Kosten dürfen nicht den Organisatoren eine Demonstration überwält werden. Diesen können die übrigen Kosten auferlegt werden, sofern die Voraussetzungen der Ersatzvornahme erfüllt sind oder eine besondere gesetzliche Grundlage dies erlaubt (Erw. 7).*
- *Hat eine Behörde den Veranstaltern einer Demonstration nicht zum Voraus auferlegt, selber für einen Ordnungsdienst zu sorgen bzw. anderweitige organisatorische Massnahmen zu treffen, so fehlt es an einer primären Leistungspflicht derselben. Folglich sind die Voraussetzungen für eine Ersatzvornahme nicht erfüllt (Erw. 8).*
- *Es liegt auch keine antizipierte Ersatzvornahme vor (Erw. 9).*
- *Fehlen einer gesetzlichen Grundlage (Erw. 10).*
- *Ein Kostenersatz für unerlaubte Handlungen am Eigentum der Gemeinde beurteilt sich nach den Regeln des Zivilrechts und darf folglich nicht einseitig von den Verwaltungsbehörden eingefordert werden (Erw. 10.6).*
- *Die Kosten für Massnahmen des Gemeinwesens bei Demonstrationen sind nach sachgerechten Kriterien auf die Verursacher zu überwälzen. Sie dürfen nicht nach den Regeln der Solidarhaftung verlegt werden (Erw. 11).*

*Aus dem Sachverhalt:*

A. Am 3. August 2001 ging beim Gemeinderat Ingenbohl ein Schreiben ein, in welchem ein Organisationskomitee (OK) darauf aufmerksam machte, dass es am 11. August 2001 unter dem Motto «Tanzen statt Marschieren» zu einer Demonstration und einem Strassenfest in Brunnen aufrufen werde. Der Gemeinderat Ingenbohl fasste am 6. August 2001 folgenden Beschluss:

- «1. Die Demo «tanzen statt marschieren – der 1. August war gestern – gemeinsam gegen rassismus» vom Samstag, 11. August 2001, wird auf folgender Marschroute zugelassen: Bahnhofplatz – Bahnhofstrasse – Olympstrasse – Schulstrasse – Schulhausplatz.
2. Eine Demonstration auf den Quais im Seebereich wird nicht toleriert.

3. Die Kantonspolizei Schwyz wird ersucht:
- a) die Demo auf der Marschroute zu begleiten und Abweichungen zu verhindern,
  - b) die Ruhe und Ordnung im Umfeld sicherzustellen,
  - c) Ausschreitungen zu verhindern.
- (...).»

Mit E-Mail vom 7. August 2001 teilte der Gemeinderat Ingenbohl den Veranstalter mit, dass eine Demo und Strassenparty im Dorfbereich und am See nicht toleriert werden könne. Am 9. August 2001 trafen sich Vertreter des Gemeinderats Ingenbohl und zwei der Organisatoren zu einem Gespräch über die geplante Veranstaltung.

B. Die Demonstration und das Strassenfest fanden wie vorgesehen am 11. August 2001 statt, wobei der Gemeinderat Ingenbohl diverse Vorkehrungen traf (Organisation von Schadenwehr, Sanitätsdienst, Werkequipe usw.). Am 26. November 2001 beschloss der Gemeinderat Ingenbohl den Erlass eines Schreibens an X. und den vermeintlichen Mitorganisator Y., mit welchem diese zur Bezahlung von je Fr. 6 843.25, d.h. je der Hälfte der vom Gemeinderat errechneten Aufwendungen von insgesamt Fr. 13 686.50, aufgefordert wurden. X. weigerte sich mit Schreiben vom 22. Januar 2002 ausdrücklich und Y. stillschweigend, der Zahlungsaufforderung nachzukommen. Mit Beschluss vom 18. Februar 2002 entschied der Gemeinderat Ingenbohl wie folgt:

- «1. Es wird festgestellt, dass es sich bei der Demonstration «tanzen statt marschieren – der 1. august war gestern – gemeinsam gegen rassismus» vom Samstag, 11. August 2001 um eine bewilligungspflichtige Veranstaltung gehandelt hat. Es wurde weder um eine Bewilligung nachgesucht noch wurde eine solche erteilt. Die Demonstration war somit unbewilligt.
2. Weil die Organisatoren um keine Bewilligung nachgesucht haben, mussten die Massnahmen, welche vom Gemeinderat als Auflagen verfügt worden wären, ersatzweise angeordnet werden.
3. Die Kosten für die ersatzweise getroffenen Massnahmen gemäss beiliegender Kostenaufstellung werden, unter solidarischer Haftung, X. ..., und Y. ..., auferlegt. Demzufolge haben sie der Gemeinde Ingenbohl Fr. 13 686.50 zurückzuerstatten, zahlbar innert 30 Tagen nach Inkrafttreten des vorliegenden Beschlusses.»
- (...).

C. Gegen den Beschluss des Gemeinderates Ingenbohl erhoben X. und Y. Verwaltungsbeschwerde beim Regierungsrat. Auf Antrag des Gemeinderates Ingenbohl blieben die Verfahren für längere Zeit sistiert. Am 12. Mai 2003 fasste der Gemeinderat Ingenbohl erneut Beschluss über die Kostenverlegung, wobei anstelle von Y. nun Z. mit Kosten belastet wurde. Auch Z. erhob Verwaltungsbeschwerde. Der Regierungsrat hat die beiden Verfahren vereinigt und die Verwaltungsbeschwerden gutgeheissen.



## C. 17.1

### *Aus den Erwägungen:*

2. Die Vorinstanz bezeichnet ihre Anordnungen in den angefochtenen Beschlüssen in erster Linie als kostenpflichtige Ersatzvornahme bzw. antizipierte Ersatzvornahme. Weder hätten die Beschwerdeführer um eine Bewilligung für die Veranstaltung ersucht noch sei ihnen eine solche erteilt worden. Hätte die Vorinstanz eine Bewilligung erteilt, wäre diese mit der Auflage verbunden worden, die erforderlichen Massnahmen zur Vermeidung übermässiger Immissionen sowie zur Gewährleistung des öffentlichen und privaten Verkehrs, der Aufrechterhaltung der Sicherheit und der Abwendung unmittelbarer Gefahren von Ausschreitungen, Krawallen und Gewalttätigkeiten zu treffen. Da die Beschwerdeführer kein eigenes Verkehrs- und Sicherheitsdispositiv hätten vorlegen können, habe die Vorinstanz ersatzweise selbst die gebotenen Anordnungen treffen müssen. Die Kosten für diese Vorkehrungen seien den Beschwerdeführern daher zu Recht überbunden worden.

3. Zunächst ist die Frage zu klären, ob für die Veranstaltung vom 11. August 2001 eine Bewilligung erteilt wurde oder nicht. Die Vorinstanz hat in Dispositiv-Ziffer 1 der angefochtenen Beschlüsse festgestellt, es handle sich um eine unbewilligte Demonstration. Dagegen sind die Beschwerdeführer der Ansicht, der Anlass sei von der Vorinstanz bewilligt worden.

3.1 Als Demonstrationen gelten Versammlungen mit einer ausgeprägten und spezifischen Appellfunktion an die Öffentlichkeit. Auch wenn das Bundesgericht den Wert von Demonstrationen in der demokratischen Willensbildung anerkennt, verneint es zu Recht ein separates Grundrecht auf Demonstration. Die nachgeführte Bundesverfassung sanktioniert diese Praxis. Die Demonstration ist in allen wesentlichen Aspekten bereits durch die Versammlungsfreiheit (Art. 22 Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999, SR 101, BV) und die Meinungsäusserungsfreiheit (Art. 16 BV) genügend geschützt. Rechtsprechung und Lehre zu Art. 11 EMRK anerkennen dagegen ein eigenständiges Recht auf Demonstration (Christoph Rohner in: Die Schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, Zürich/Basel/Genf 2002, Art. 22 N 19 mit Hinweisen).

Eine besondere Konstellation der Meinungs- und Versammlungsfreiheit zeigt sich bei der Durchführung von Kundgebungen, welche öffentlichen Grund in Anspruch nehmen. Demonstrationen stellen eine Form des gesteigerten Gemeingebrauchs dar. Sie dürfen daher einer Bewilligungspflicht unterworfen werden. Nach neuerer Auffassung bedarf eine Bewilligungspflicht grundsätzlich einer gesetzlichen Grundlage. Auch das Bundesgericht tendiert in diese Richtung und bezeichnet eine gesetzliche Regelung des Bewilligungserfordernisses zumindest als wünschenswert (vgl. BGE 127 I 164 E. 3b mit Hinweisen; Rohner, a.a.O., N 22 mit Hinweis).

Beim Entscheid über die Bewilligung ist der besondere ideelle Gehalt der Grundrechte, um deren Ausübung es geht, in die Interessenabwägung einzubeziehen. In diesem Sinne anerkennt die Praxis einen «bedingten Anspruch»

auf Bewilligung. Im Sinne der Verhältnismässigkeit ist eine Bewilligung zu erteilen, wenn Gefahren mit Auflagen vermindert werden können. Denkbar ist insbesondere die Verschiebung einer Versammlung auf öffentlichem Grund in zeitlicher oder ihre Verlegung in räumlicher Hinsicht (vgl. Rohner, a.a.O., N 24 mit Hinweisen).

3.2 Für die Benützung öffentlicher Strassen und Plätze sind im kantonalen Recht spezifische Vorschriften zu finden (vgl. RRB Nr. 1506 vom 2. September 1997, E. 3b). Gesteigerter Gemeingebrauch ist die Benutzung einer öffentlichen Strasse in dem Mass, dass die Benutzung durch andere Nutzungswillige wesentlich eingeschränkt wird (§ 28 Strassenverordnung vom 15. September 1999, SRSZ 442.110, StrV). Nach § 29 Abs. 1 StrV bedarf der gesteigerte Gemeingebrauch einer Bewilligung des Strassenträgers. Der Strassenträger erteilt die Bewilligung, wenn der Gemeingebrauch möglich bleibt oder nur kurz verunmöglicht wird, und die Verkehrssicherheit gewährleistet bleibt (§ 30 Abs. 1 StrV).

Für die Veranstaltung vom 11. August 2001 wurde, abgesehen von der kantonseigenen Bahnhofstrasse, unbestritten öffentlicher Grund der Gemeinde Ingenbohl beansprucht. Die Demonstration als gesteigerter Gemeingebrauch war daher bewilligungspflichtig. Dies wird von den Beschwerdeführern denn auch zu Recht nicht angezweifelt.

3.3 Mit Schreiben vom 2. August 2001 hat das Veranstaltungs-OK die Vorinstanz über sein Vorhaben in Kenntnis gesetzt. Dabei wurde festgehalten, es sei auf Grund der Spontanität dieser Aktion und aus Aktualitätsgründen nicht möglich gewesen, dafür eine Bewilligung einzuholen. Die genaue Umzugsroute und der Platz für das Strassenfest seien noch nicht bekannt.

Die Vorinstanz hat daraufhin im Beschluss vom 6. August 2001 erwogen, dass die Demonstration grundsätzlich nicht verboten, d.h. auf einer festgelegten Marschroute nicht verhindert und den Demonstranten alsdann der Schulhausplatz zum weiteren Aufenthalt zugewiesen werden solle. Dieser Beschluss wurde dem OK nicht formell eröffnet; mit E-Mail vom 7. August 2001 hat die Vorinstanz dem OK hingegen mitgeteilt, dass gemäss Beschluss vom 6. August 2001 eine Demo und Strassenparty im Dorfbereich und am See nicht toleriert werden könnten. Die Vorinstanz behalte sich vor, die Teilnehmer des Anlasses auf einem von ihr bestimmten Platz einzuengen. Anlässlich der Besprechung vom 9. August 2001 wurden die Beschwerdeführer sodann über die mit Beschluss vom 6. August 2001 festgelegte Marschroute in Kenntnis gesetzt.

3.4 Unbewilligt ist eine Demonstration, wenn für sie bei vorliegender Bewilligungspflicht ein Gesuch abschlägig behandelt worden ist, wenn gar nicht um eine Bewilligung nachgesucht worden ist und die Veranstaltung auch nicht nachträglich toleriert wird, oder wenn die Kundgebung entgegen einem ausdrücklichen Verbot stattfindet (Peter K. Neuenschwander, Die Schadenersatzpflicht für Demonstrationsschäden, Diss. Zürich 1983, S. 18).

## C. 17.1

Zwar haben die Veranstalter mit ihrem Schreiben vom 2. August 2001 nicht ausdrücklich um eine Bewilligung für die Veranstaltung vom 11. August 2001 ersucht, zumal es sich offenbar um eine kurzfristig geplante Aktion gehandelt hat. Es ist den Beschwerdeführern jedoch beizustimmen, dass die Vorinstanz mit der Tolerierung der Demonstration auf der vorgesehenen Marschroute und des Strassenfestes auf dem Schulhausplatz mittels Beschluss vom 6. August 2001 der Sache nach eine Bewilligung für die Veranstaltung erteilt hat. Die Zuweisung der Umzugsroute und des Festplatzes sind als zulässige Auflagen der Bewilligung zu verstehen. Zu Recht bringen die Beschwerdeführer vor, der Beschluss vom 6. August enthalte eine hoheitliche, individuell-konkrete Anordnung der Vorinstanz und weise somit die Elemente einer Verfügung auf. Im Beschluss vom 20. August 2001 ist die Vorinstanz denn auch selber von einer mündlichen Bewilligung des Anlasses bzw. mit Vernehmlassung vom 24. April 2002 von einer «Toleranzbewilligung» in Bezug auf die zugewiesene Marschroute ausgegangen. Die Ansicht der Vorinstanz, sie habe aus Sicherheitsinteressen lediglich auf ein förmliches Verbot der Veranstaltung verzichtet, jedoch keine Bewilligung erteilt, verfährt dagegen nicht. Wie die Beschwerdeführer vorbringen, ergibt sich dies bereits daraus, dass beim Entscheid über eine Bewilligung lediglich deren Verweigerung oder aber deren Erteilung, allenfalls unter Nebenbestimmungen, offen steht. Die eventuell mit Nebenbestimmungen verbundene Erklärung, eine bestimmte Tätigkeit werde geduldet, entspricht damit einer Bewilligungserteilung.

Der Darstellung der Vorinstanz, es handle sich bei der Umzugsroute um den kleinsten gemeinsamen Nenner, auf den man sich anlässlich des Gesprächs vom 9. August 2001 habe einigen können, ist dagegen nicht zu folgen. Die Vorinstanz hat die Marschroute nicht lediglich am 9. August 2001 vorgeschlagen, sondern bereits mit Beschluss vom 6. August 2001 festgelegt. Soweit sich die Veranstalter bei der mündlichen Eröffnung des Beschlusses am 9. August 2001 mit der zugewiesenen Route und dem Festplatz einverstanden erklärten, haben sie die Absicht geäußert, die Auflage einzuhalten.

3.5 Schriftliche Verfügungen, Entscheide oder Zwischenbescheide werden Parteien und Beteiligten in der Regel per Post zugestellt und damit eröffnet (vgl. § 33 Abs. 1 VRP). Es gilt danach der Grundsatz der Schriftlichkeit, während die mündliche Eröffnung die Ausnahme bildet. Die mündliche Mitteilung rechtfertigt sich insbesondere, wenn besondere Dringlichkeit gegeben ist oder wenn Gefahr im Verzug ist, d.h. sobald zur Verhinderung eines erheblichen Schadens sofort gehandelt werden muss und die Zeit für eine schriftliche, begründete, mit einer Rechtsmittelbelehrung gehörig versehene Ausfertigung nicht mehr reicht (vgl. Alfred Kölz/Jürg Bosshart/Martin Röhl, Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 2. Aufl., Zürich 1999, § 10 N 16).

Aus einer mangelhaften Eröffnung darf den Parteien kein Nachteil erwachsen. Dies bedeutet in der Regel, dass die Möglichkeit, ein Rechtsmittel zu ergreifen, nicht eingeschränkt oder vereitelt werden darf. Nur schwerwiegende

Eröffnungsfehler, etwa wenn eine Anordnung überhaupt nicht eröffnet worden ist, haben die Nichtigkeit der davon betroffenen Anordnung zu Folge. In den übrigen Fällen wird eine Anordnung mit der Mitteilung ungeachtet eines allfälligen Eröffnungsmangels rechtswirksam, indem sie die Vermutung ihrer Gültigkeit in sich trägt. Mangelhaft eröffnete Anordnungen sind daher in der Regel lediglich anfechtbar (vgl. Kölz/Bosshart/Röhl, a.a.O., § 10 N 62 f.).

Im vorliegenden Fall hat die Vorinstanz die schriftliche Eröffnung unterlassen, indem sie das OK über den Beschluss vom 6. August 2001 zunächst nur schriftlich in den Grundzügen orientiert und den Beschwerdeführern dessen Inhalt (insbesondere die festgelegte Marschroute) erst am 9. August 2001 mündlich zur Kenntnis gebracht hat. Dennoch haben die Beschwerdeführer von der fraglichen Anordnung Kenntnis erhalten. Es kann daher offen gelassen werden, ob die mündliche Eröffnung als mangelhaft zu betrachten ist. Auch in diesem Fall würde es sich nicht um eine nichtige, sondern bloss um eine anfechtbare Anordnung der Vorinstanz handeln.

3.6 Es ist somit festzuhalten, dass die Vorinstanz den Veranstaltern eine Bewilligung für die Demonstration und das Strassenfest erteilt hat. Diese Bewilligung enthielt Auflagen hinsichtlich der Marschroute und der Örtlichkeit des Strassenfestes.

4. Zum einen hat die Kantonspolizei am 11. August 2001 für den Schutz der Öffentlichkeit und der Veranstaltungsteilnehmer gesorgt. Zudem hat die Vorinstanz im Hinblick auf die Veranstaltung vom 11. August 2001 bzw. in deren Nachgang diverse Massnahmen getroffen. So hat sie die Schadenwehr zur Verkehrsregelung und zum Aufstellen von Barrieren aufgeboden. Eine Werkgruppe stellte ebenfalls Barrieren auf und war für Aufräumarbeiten und die Reinigung des Bahnhof- und des Schulhausplatzes nach der Veranstaltung zuständig (vgl. 2. Lage-Rapport). Ebenfalls wurde eine Sanitätsequipe einsatzbereit gehalten. Des Weiteren wurde eine Toilettenanlage installiert. Nach dem Anlass hatten die Schulhausabwarte und ein Maler für die Schulhausreinigung zu sorgen.

5.1 Polizei ist diejenige staatliche Tätigkeit, welche die öffentliche Ruhe und Ordnung, die öffentliche Sicherheit, Gesundheit und Sittlichkeit sowie Treu und Glauben im Geschäftsverkehr durch die Abwehr von Störungen und Gefährdungen schützt. In diesem Sinne ist die Polizei nicht etwa eine Behörde, sondern eine Funktion. Die öffentliche Sicherheit bedeutet die Unverletzlichkeit der objektiven Rechtsordnung, der Rechtsgüter der Einzelnen (Leben, Gesundheit, Freiheit, Eigentum, Ehre usw.) sowie der Einrichtungen des Staates (vgl. Ulrich Häfelin/Georg Müller, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl., Zürich 2002, N 2431/2433). Eine Gefahr im Sinne des materiellen Polizeibegriffs ist eine Sachlage, die bei ungehindertem Ablauf des zu erwartenden Geschehens mit hinreichender Wahrscheinlichkeit zu einem Schaden für die öffentliche Sicherheit und Ordnung führt. Eine Störung liegt vor, wenn ein Schaden für die öffentliche Sicherheit und Ordnung

## C. 17.1

nach den Umständen mit Sicherheit oder hoher Wahrscheinlichkeit tatsächlich eingetreten ist. Das polizeiliche Handeln richtet sich diesfalls auf die Unterbindung und Beseitigung der Polizeiwidrigkeit (vgl. Hans Reinhard, Allgemeines Polizeirecht, Diss. Bern 1993, S. 105).

Die Vorkehrungen der Vorinstanz sollten dazu dienen, polizeiwidrige Zustände zu vermeiden bzw. zu beheben. Ziel war es, die öffentliche Ordnung und Sicherheit vor möglichen künftigen Gefahren zu schützen bzw. bestehende Störungen zu beseitigen. Die vorinstanzlichen Anordnungen sind deshalb als polizeiliche Massnahmen zu betrachten.

5.2 Die polizeilichen Massnahmen unterstehen wie alle Verwaltungstätigkeiten grundsätzlich dem Gesetzmässigkeitsprinzip (Erfordernis des Rechtsatzes und der Gesetzesform). Ausnahmsweise genügt zur Abwendung einer schweren und unmittelbaren Gefahr oder zur Beseitigung einer bereits erfolgten schweren Störung die Polizeigeneralklausel (vgl. Häfelin/Müller, a.a.O., N 2462/2467). Ausserdem ist ein öffentliches Interesse an den polizeilichen Massnahmen notwendig. Sie müssen sodann verhältnismässig sein, d.h. sie dürfen in zeitlicher, örtlicher, persönlicher und sachlicher Hinsicht nicht weiter gehen, als es der polizeiliche Zweck erfordert. Aus dem Verhältnismässigkeitsprinzip ergibt sich, dass die polizeiliche Massnahme sich nur gegen den Störer, nicht gegen bloss mittelbare Verursacher des polizeiwidrigen Zustandes richten darf (vgl. Häfelin/Müller, a.a.O., N 2473 ff.).

Verhaltensstörer ist, wer durch sein eigenes Verhalten oder durch das Verhalten Dritter, für die er verantwortlich ist, die öffentliche Ordnung und Sicherheit unmittelbar stört oder gefährdet (z.B. randalierende Demonstranten). Zustandsstörer ist, wer die tatsächliche oder rechtliche Herrschaft hat über Sachen, welche die Polizeigüter unmittelbar stören oder gefährden (z.B. Eigentümer eines einsturzgefährdeten Hauses). Zweckveranlasser ist, wer durch sein Tun oder Unterlassen bewirkt oder bewusst in Kauf nimmt, dass ein anderer die Polizeigüter stört oder gefährdet (z.B. Organisatoren eines Umzugs, wenn die Gefahr besteht, dass dadurch Verstösse gegen Ruhe und Ordnung durch andere Gruppierungen provoziert werden; vgl. Häfelin/Müller, a.a.O., N 2490 ff.).

5.3 Die polizeiliche Verantwortlichkeit verpflichtet den Störer grundsätzlich zur Wiederherstellung des polizeikonformen Zustandes auf eigene Kosten. Darin ist indirekt auch eine Kostenregelung enthalten, die keiner besonderen gesetzlichen Grundlage bedarf. Die Anordnung bezweckt die Wiederherstellung des polizeigemässen Zustandes. Die Kostentragung ist die damit verbundene Nebenfolge der ausschliesslich am objektiven Ziel der Wiederherstellung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung orientierten Verfügung.

Das Störerprinzip ist kein Instrument, dem Staat entstandene Kosten auf den Störer zu überwälzen. Eine Überwälzung kann jedoch über das Institut der Ersatzvornahme oder auf Grund besonderer gesetzlicher Grundlagen erfolgen. Die Pflicht zur Wiederherstellung des polizeigemässen Zustandes

wird grundsätzlich in einer Verfügung aktualisiert. Wird diese vertretbare Handlung verweigert, lässt sie die zuständige Behörde durch eine amtliche Stelle oder durch Dritte auf Kosten des Pflichtigen vornehmen (Ersatzvornahme). Über das Vollstreckungsinstitut der Ersatzvornahme kann sich die reale Leistungspflicht des Störers somit in eine Kostentragungspflicht umwandeln. Ersatzvornahme und Kostentragungspflicht bedürfen dabei nach Lehre und Rechtsprechung keiner ausdrücklichen gesetzlichen Grundlage, werden aber in den neueren Verfahrensgesetzen regelmässig positiviert. Anders als bei der Ersatzvornahme gehen die herrschende Lehre und das Bundesgericht im Bereich des unmittelbaren Vollzugs der Verwaltungsrechtsordnung durch die Behörden davon aus, dass das Gemeinwesen den Ersatz der daraus folgenden Kosten nur verlangen kann, wenn eine ausdrückliche gesetzliche Grundlage besteht. Werden Gebühren zur Deckung der Polizeikosten erhoben, haben diese den Anforderungen des Gesetzmässigkeitsprinzips im Abgaberecht zu genügen (vgl. Reinhard, a.a.O., S. 191 ff.).

5.4 Der Einsatz der Kantonspolizei bezweckte, die Sicherheit und körperliche Unversehrtheit insbesondere der Demonstrationsteilnehmer zu gewährleisten und die öffentliche Ordnung durch die Regelung des Verkehrs aufrecht zu erhalten. Die gesetzliche Grundlage dazu findet sich in § 1 der Polizeiverordnung. In Absprache und in Zusammenarbeit zwischen den kantonalen und den kommunalen Behörden wurden unterstützend die Schadenwehr, die Werkgruppe und die Sanitätsequipe aufgeboden und ein Gemeindeführungsstab eingesetzt (§ 2 Polizeiverordnung). Darüber hinaus dienten die Massnahmen der Vorinstanz, vor allem die Bereitstellung der Toilettenanlage und die Aufräumarbeiten, in erster Linie dem Schutz des öffentlichen Eigentums, d.h. der gemeindeeigenen Strassen und der Schulanlagen. Die Befugnis des Staates, die öffentlichen Sachen gegen Schädigungen zu schützen, ergibt sich direkt aus der staatlichen Hoheit über die öffentlichen Sachen. Es bedarf hier keiner besonderen gesetzlichen Grundlage (vgl. EGV-SZ 1986, S. 44 mit Hinweis auf Max Imboden/René Rhinow, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Bd. II, Basel 1986, Nr. 115, B IV c).

Das öffentliche Interesse an polizeilichen Massnahmen ist mit der Störung oder Verletzung der Polizeigüter ohne Weiteres gegeben (vgl. Reinhard, a.a.O., S. 97).

5.5 Nach herrschender Lehre und Rechtsprechung weist das Verhältnismässigkeitsprinzip drei Teilgehalte auf. Demnach muss eine behördliche Massnahme geeignet und in zeitlicher, räumlicher, sachlicher und personeller Hinsicht erforderlich sein und in einem angemessenen Verhältnis zum Zweck stehen (vgl. Reinhard, a.a.O., S. 198).

Eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung setzt voraus, dass ein Schaden «bei ungehindertem Ablauf des objektiv zu erwartenden Geschehens» hinreichend wahrscheinlich ist. Dies bedeutet einerseits, dass der Schaden nicht mit Gewissheit eintreten muss. Andererseits genügt aber

## C. 17.1

auch nicht jede entfernte Möglichkeit eines Schadens. Diese Schadensprognose wird auf Grund der allgemeinen Lebenserfahrung oder allenfalls klarer wissenschaftlicher Erkenntnisse gefällt. Die subjektiven Vorstellungen und Wertungen der Entscheidungsträger sind für sich nicht relevant. Es bedarf eines objektivierten Massstabes: Die relevante Sachlage im Moment der behördlichen Entscheidung (ex ante-Betrachtungsweise) muss so gelagert sein, dass sie von jedem kompetenten und sorgfältigen Beamten als Gefahr beurteilt würde (normativ-subjektiver Wahrscheinlichkeitsbegriff; vgl. Reinhard, a.a.O., S. 107).

Die Massnahmen der Vorinstanz sind im Rahmen einer solchen ex ante-Betrachtungsweise entgegen der Ansicht der Beschwerdeführer nicht als übertrieben zu betrachten. Der Vorinstanz kann keine falsche Gefahrenanalyse vorgeworfen werden, zumal die Veranstalter zum Einen - soweit ersichtlich - keine Schätzung über die Anzahl der Teilnehmer an der Veranstaltung vorlegen konnten und zum andern auf Grund des brisanten politischen Inhalts der Kundgebung mit dem Aufmarsch von Gegendemonstranten und gewalttätigen Ausschreitungen zu rechnen war. Ausserdem fanden gleichentags mehrere andere Veranstaltungen in Brunnen statt, deren ungestörter Verlauf zu gewährleisten war. Im Übrigen ist anzufügen, dass die Erteilung einer Bewilligung und allfällige Auflagen zwar nicht vom Gutdünken der Behörde abhängen, dieser hinsichtlich der Einzelheiten jedoch ein gewisses Ermessen zusteht (vgl. Yvo Hangartner/Andreas Kley-Struller, Demonstrationsfreiheit und Rechte Dritter, in ZBl 1995, Bd. 96, S. 105).

5.6 Nach der deutschen Lehre ist bei der Anscheinsgefahr und dem Gefahrverdacht zwischen der Handlungsebene und der Kostenebene zu unterscheiden. Auf der primären Ebene der Gefahrenabwehr gilt die Betrachtungsweise ex ante. Dagegen ist die endgültige Kostentragungspflicht nach den tatsächlichen Umständen, d.h. nach einer objektiven Betrachtungsweise ex post zu entscheiden. Diese Differenzierung führt dazu, dass die Behörde die Kosten zu tragen hat, wenn sich herausstellt, dass objektiv eine Gefahr gar nicht vorlag oder eine vorhandene Gefahr von dem in Anspruch genommenen «Anscheinsstörer» nicht verursacht worden war bzw. ein gerechtfertigter Gefahrverdacht der herangezogenen Person nicht zugerechnet werden kann (vgl. Friedrich Schoch in: Besonderes Verwaltungsrecht, 12. Aufl., Berlin 2003, N 296 f.).

Ob und inwiefern diese Grundsätze im schweizerischen Recht Anwendung finden könnten, kann vorliegend offen gelassen werden, da die Kostenüberbindung bereits aus anderen Gründen unzulässig ist, wie nachfolgend aufzuzeigen ist.

6. Das zentrale Kriterium für die Bestimmung des Störers ist die Verursachung. Die Bestimmung des Störers erweist sich damit zunächst als Kausalitätsproblem. Nach herrschender Lehre und Rechtsprechung ergibt sich mit der Unmittelbarkeitstheorie in der Regel eine sachgerechte Zurechnung. Nur wer durch sein Verhalten oder seine Sachen eine Gefahr oder

Störung unmittelbar verursacht, ist polizeilich verantwortlich. Eine Ursache ist nur dann polizeilich erheblich, wenn sie selbst unmittelbar die konkrete Gefahr oder Störung setzt und damit die Gefahrgrenze überschreitet. Entferntere, bloss mittelbare Beiträge sind grundsätzlich polizeilich irrelevant. Die Person, die eine bloss mittelbare Ursache setzt, ist als Veranlasser nicht polizeipflichtig. Das Kriterium der unmittelbaren Verursachung soll sicherstellen, dass gegen den Störer und nicht gegen denjenigen, der selbst gestört wird, vorgegangen wird, mag dieser auch die Störung im weitesten Sinne mittelbar verursacht, d.h. veranlasst haben. Mit dieser auf den äusseren Kausalverlauf abstellenden Unmittelbarkeitstheorie werden die Versammlungs- und Demonstrationsfälle gelöst (vgl. Reinhard, a.a.O., S. 179 f.).

In Demonstrationsfällen fehlt der Wirkungs- und Wertungszusammenhang zwischen dem Verhalten der Teilnehmer der Veranstaltung und den angekündigten Gegendemonstrationen, so dass die Veranstalter und Teilnehmer in dieser Hinsicht nicht als Störer gelten können. Sie werden im Gegenteil selbst durch die politischen Gegner gestört und müssen geschützt werden (vgl. Reinhard, a.a.O., S. 184; vgl. zum deutschen Recht auch Schoch, a.a.O. N 141). Sind die Demonstranten für allfällige Ausschreitungen von politischen Gegnern nicht verantwortlich, können ihnen die Kosten für ihren eigenen polizeilichen Schutz folglich nicht auferlegt werden. Hingegen setzen die Organisatoren und Teilnehmer der Kundgebung selber die Ursache für anderweitige organisatorische Vorkehrungen, sodass sie in dieser Hinsicht als Störer zu betrachten sind und ihnen deren Kosten grundsätzlich überbunden werden dürfen, sofern die entsprechenden Voraussetzungen erfüllt sind.

7.1 Darüber hinaus ergeben sich aus dem grundrechtlichen Schutz von Demonstrationen Grenzen bei der Auferlegung daraus resultierender Kosten. Die Meinungs- und Versammlungsfreiheit erhalten im Zusammenhang mit Demonstrationen einen über reine Abwehrrechte hinausgehenden Charakter. Dies war einst einer der Gründe, weshalb eine Demonstrationsfreiheit nicht als ungeschriebenes Verfassungsrecht des Bundes anerkannt worden war. In der Zwischenzeit hat die rein defensiv verstandene Natur in diesem Zusammenhang an Gewicht verloren, und es wird ein gewisses Leistungselement anerkannt. Die Meinungs- und Versammlungsfreiheit gebietet in gewissen Grenzen, dass öffentlicher Grund zur Verfügung gestellt wird. Die Behörden sind über die Überlassung von öffentlichem Grund hinaus verpflichtet, durch geeignete Massnahmen – namentlich durch Gewährung eines ausreichenden Polizeischutzes – dafür zu sorgen, dass öffentliche Kundgebungen tatsächlich stattfinden können und nicht durch gegnerische Kreise gestört oder verhindert werden (vgl. BGE 127 I 164 E. 3b mit Hinweisen u.a. auf BGE 124 I 267 E. 3a). Die Überwälzung der Kosten für den notwendigen Polizeischutz ideeller Kundgebungen auf öffentlichem Grund erscheint daher auch aus Sicht der Kommunikationsgrundrechte nicht zulässig; allenfalls kommt lediglich die Erhebung bescheidener Kanzleigebühren für die Bewilligungserteilung in Frage (vgl. Jörg Paul Müller, Grundrechte in der Schweiz, 3. Aufl., Bern 1999, S. 221).



## C. 17.1

7.2 Der Überwälzung anderweitiger Kosten als derjenigen für den notwendigen Polizeischutz sind auf Grund des ideellen Gehalts der Meinungs- und Versammlungsfreiheit ebenfalls Grenzen gesetzt. Die Belastung der Kosten für Aufräumarbeiten und sonstige Kosten ist nämlich differenziert zu beurteilen. Steht der im Rahmen einer Demonstration anfallende Abfall in engem Zusammenhang mit den Meinungsäusserungen (z.B. Flugblätter, Ansteckknöpfe), kommt eine Überwälzung der Aufräumkosten nicht in Frage. Weitere Kosten für die Benützung öffentlichen Grundes zur Ausübung der Versammlungsfreiheit – etwa Aufwendungen für Verkehrsumleitungen, Abschrankungen usw. – dürfen bei Zusammenkünften zu ideellen Zwecken nach richtiger Auffassung ebenfalls nicht den Organisatoren bzw. Teilnehmern der Versammlung auferlegt werden. Kosten, die unabhängig vom Inhalt einer Veranstaltung anfallen und keinen unmittelbaren Bezug zur Äusserung von Meinungen haben, können hingegen auch aus Sicht der Grundrechte freier Kommunikation den Organisatoren aufgebürdet werden (z.B. Kosten für Aufräumarbeiten wegen des Ausschanks von Getränken oder für die Bereitstellung von Toiletten- und Verstärkeranlagen) (vgl. Müller, a.a.O., S. 221 f.; Rohner, a.a.O., Art. 22 N 26 mit Hinweis).

7.3 Soweit die Vorinstanz vorbringt, die Veranstaltung habe auf Grund der Strassenparty zumindest auch Festcharakter gehabt und sei deshalb mit Vereisanlässen vergleichbar, ist Folgendes anzumerken. Zwar sind rein unterhaltende oder kommerzielle Veranstaltungen vom grundrechtlichen Schutz der Versammlungsfreiheit ausgeschlossen. Der Schutzbereich der Versammlungsfreiheit umfasst aber auch freundschaftliche, wissenschaftliche, künstlerische, sportliche und unterhaltende Zusammenkünfte jedenfalls dann, wenn mit der Veranstaltung auch meinungsbildende Absichten verfolgt werden (Müller, a.a.O., S. 327 f.; Martin Philipp Wyss, Appell und Abschreckung – Verfassungsrechtliche Beobachtungen zur Versammlungsfreiheit, in ZBl 2002, 103. Bd., S. 395). Dass sich der grundrechtliche Schutz auf die Demonstration erstreckt, wird von der Vorinstanz zu Recht anerkannt. Das Strassenfest auf dem Schulhausplatz bildete sowohl zeitlich wie örtlich den Endpunkt der Demonstration. Auf Grund des direkten Zusammenhangs der Demonstration mit dem anschliessenden Strassenfest ist daher auch Letzteres vom Schutzbereich der Versammlungsfreiheit erfasst.

7.4 Auf die Überwälzung der Kosten für den Einsatz der Kantonspolizei wurde auf Grund der vorstehenden Überlegungen zu Recht verzichtet. Es ist zu prüfen, inwiefern die Kosten, welche der Gemeinde durch ihre Massnahmen entstanden sind, aus grundrechtlicher Sicht überhaupt auf die Veranstalter übertragbar sind.

Die Schadenwehrguppe übernahm nach Angaben der Vorinstanz die Verkehrsregelung – soweit diese nicht der Kantonspolizei oblag – und das Aufstellen von Barrieren. Zum Teil wurden die Barrieren auch von der Werkequipe errichtet. Diese Tätigkeiten stehen in engem Zusammenhang

mit der Ausübung der Versammlungs- und Meinungsfreiheit, weshalb die entsprechenden Kosten den Beschwerdeführern nicht auferlegt werden können. Der Einsatz der Samaritergruppe wäre bei Verletzungen infolge von Ausschreitungen oder Konfrontationen mit Demonstrationsgegnern gefordert gewesen, woraus sich ebenfalls ein hinreichender Bezug zur Grundrechtsausübung ergibt und sich der Verzicht auf die Kostenüberbindung aufdrängt. Ebenso verhält es sich mit den Kosten für den Einsatz des Gemeindeführungsstabs einschliesslich des Honorars für die protokollführende Sekretärin. Deren Überwachungs- und Koordinationseinsatz wurde in erster Linie durch das inhaltliche Gewicht der Veranstaltung – die Absage an Rassismus – ausgelöst, zumal der Aufmarsch von Gegendemonstranten oder Störern nicht auszuschliessen war. Zudem geht es aus grundrechtlichen Überlegungen nicht an, den Organisatoren die Kosten für die Benutzung und den Transport von Abschränkungen aufzuerlegen.

Hingegen ist es wegen des fehlenden unmittelbaren Bezugs zur Meinungsäusserungsfreiheit an sich gerechtfertigt, den Veranstaltern die Bereitstellung der Toilettenanlage (An- und Abtransport, Miete, Anschluss) in Rechnung zu stellen. Ebenfalls von den Organisatoren zu übernehmen sind grundsätzlich die Kosten für den Einsatz der Werkequipe, soweit diese im Anschluss an die Veranstaltung die Reinigung des Bahnhofareals und des Schulhausplatzes vornahm. Aus grundrechtlichen Gründen nicht ausgeschlossen ist auch die Überwälzung der Kosten für die Schulhausreinigung (Maler- und Abwärtsarbeiten).

7.5 Die im Zusammenhang mit der Ausübung von Grundrechten stehenden Kosten sind also nicht auf die Beschwerdeführer übertragbar. Die übrigen Kosten können den Beschwerdeführern auferlegt werden, sofern die Voraussetzungen der Ersatzvornahme vorliegen oder besondere gesetzliche Grundlagen dies erlauben.

8.1 Ersatzvornahme bedeutet, dass die Verwaltungsbehörden vertretbare Handlungen, die von Verpflichteten nicht vorgenommen werden, durch eine amtliche Stelle oder durch einen Dritten auf Kosten der Pflichtigen verrichten lassen. Durch die Ersatzvornahme wird die primäre Leistungspflicht umgewandelt in die Pflicht zur Duldung der Ersatzvornahme und die Pflicht zur Bezahlung der Kosten, die dem Gemeinwesen durch die Ersatzvornahme entstehen.

Eine ausdrückliche gesetzliche Grundlage für die Ersatzvornahme erübrigt sich, da die Befugnis zur Ersatzvornahme in der Vollzugskompetenz enthalten ist. Bei der Ersatzvornahme ist die vorherige Androhung mit Einräumung einer angemessenen Frist besonders wichtig. Die Privaten müssen die Möglichkeit haben, ihre Pflicht selbst zu erfüllen, bevor der Staat an ihrer Stelle und auf ihre Kosten handelt. Auf die Androhung darf nur verzichtet werden, wenn Gefahr im Verzug ist oder wenn feststeht, dass die Betroffenen die Verpflichtung nicht innert vernünftiger Frist erfüllen können oder wollen (Häfelin/Müller, a.a.O., N 1154 ff.).

## C. 17.1

8.2 Die Ersatzvornahme setzt damit voraus, dass eine primäre Leistungspflicht besteht, welche nicht erfüllt wird. Es stellt sich somit die Frage, ob und inwieweit den Veranstaltern Mitwirkungspflichten bei der Vorbereitung und Durchführung einer Demonstration obliegen oder auferlegt werden können bzw. ob und inwieweit der Staat Vorkehrungen zu treffen hat.

8.3 Die Rechtsprechung geht bereits im Bewilligungsverfahren von Kooperationspflichten der Gesuchsteller aus; das Bundesgericht verlangt, dass Gesuche frühzeitig zu stellen sind und dass sich die Veranstalter zu den «erforderlichen Besprechungen» zur Verfügung zu halten haben. Versammlungen und Demonstrationen zeichnen sich aber weiter durch offene Gestaltung und durch einen dynamischen, nur bedingt im Voraus festlegbaren Verlauf aus. Lehre und Praxis gehen davon aus, dass den Veranstaltern spezifische Kooperationspflichten zur Steuerung des Versammlungsverlaufs nur zurückhaltend auferlegt werden dürfen. Das Bundesgericht sah sich bisher kaum veranlasst, allfällige Mitwirkungspflichten des Veranstalters zu konkretisieren. Zwar hat es solche Pflichten im Grundsatz gutgeheissen und – in einem obiter dictum – angenommen, dass Gesuchsteller «im Rahmen ihrer Möglichkeiten dazu beizutragen [haben], Gewaltausschreitungen zu verhindern und Sicherheitsrisiken zu minimieren», doch bleiben damit weitere Fragen noch offen (Wyss, a.a.O., S. 408).

8.4 Mitwirkungspflichten können sich sodann aus einer Nebenbestimmung einer Verfügung ergeben. Nebenbestimmungen ermöglichen, die durch eine Verfügung begründeten verwaltungsrechtlichen Pflichten und Rechte entsprechend den konkreten Umständen auszugestalten. Eine bedeutende Rolle spielen die Nebenbestimmungen bei der Erteilung von Bewilligungen. Nebenbestimmungen sind gerechtfertigt, falls die Bewilligung verweigert werden könnte, wenn sie ohne Auflagen oder Bedingungen erlassen würde. Auf diese Weise dient die Verbindung einer Verfügung mit einer Nebenbestimmung dem Verhältnismässigkeitsprinzip: Eine Bewilligung wird nicht verweigert, sondern es wird stattdessen die mildere Massnahme – Erteilung einer Bewilligung in Verbindung mit einer Nebenbestimmung – angeordnet, sofern dies das Gesetzmässigkeitsprinzip zulässt (vgl. Häfelin/Müller, a.a.O., N 901 f.). So sieht auch § 34 StrV vor, dass Nebenbestimmungen Bewilligungen und Konzessionen präzisieren können, namentlich zur Gewährleistung der Verkehrssicherheit, der Strassenerhaltung und der Einhaltung der Umweltschutzvorschriften.

Das Gesetzmässigkeitsprinzip gilt auch für Nebenbestimmungen. Diese brauchen jedoch nicht ausdrücklich in einem Rechtssatz vorgesehen zu sein; wo eine solche ausdrückliche gesetzliche Grundlage fehlt, kann die Zulässigkeit der Nebenbestimmung aus dem mit dem Gesetz verfolgten Zweck, aus einem mit der Hauptanordnung zusammenhängenden öffentlichen Interesse hervorgehen. Unzulässig sind hingegen alle Nebenbestimmungen, die sachfremd sind. Ausserdem müssen Nebenbestimmungen mit dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit vereinbar sein. Sie müssen die Voraussetzun-

gen der Eignung, der Erforderlichkeit und der Verhältnismässigkeit zwischen Eingriffszweck und Eingriffswirkung erfüllen (vgl. Häfelin/Müller, a.a.O., N 918/920).

8.5 So kann das Verhältnismässigkeitsprinzip die Anordnung von Auflagen zu Demonstrationsbewilligungen gebieten. Dazu gehört nicht nur die Anweisung einer bestimmten Route, sondern auch die Verpflichtung zu einem von den Veranstaltern zu organisierenden Ordnungsdienst. Damit kann der Aufwand der Polizei vermindert und insbesondere können damit Sachbeschädigungen sowie das Begehen einer nicht bewilligten Route verhindert werden. Ist ein Veranstalter allerdings nicht in der Lage oder nicht willens, einen Ordnungsdienst aufzustellen und die verlangte Ordnungsfunktion auszuüben, so besteht die erhebliche Gefahr, dass die öffentliche Ordnung unmittelbar gefährdet ist. Das Verhältnismässigkeitsprinzip würde es in diesem Fall gestatten, dass eine Demonstration nicht bewilligt würde. Nicht nur die Polizei hat die Pflicht, dafür zu sorgen, dass die öffentliche Ordnung eingehalten wird. Vielmehr können dafür primär die Veranstalter und Teilnehmer einer Demonstration selbst verantwortlich gemacht werden (Hantgarter/Kley-Struller, a.a.O., S. 114).

Sollen Demonstrationsbewilligungen mit Auflagen versehen werden, so wird die Behörde mit besonderer Aufmerksamkeit darauf zu achten haben, die Grenze des Zweck- und Sachwidrigen nicht zu überschreiten. Auch bei der Festlegung dessen, was die Veranstalter grundsätzlich zu tun haben, wird den für die Versammlungsfreiheit massgeblichen Grundsätzen Rechnung zu tragen sein. Mithin könnte es also nicht angehen, dass eine Demonstration zwar bewilligt wird, aber nur unter solchen Auflagen – beispielsweise die Errichtung eines umfassenden Sicherheitsdispositivs zur Entlastung der von der grundrechtlichen Garantie in Pflicht genommenen Polizeikräfte -, deren Erfüllung den Organisatoren nicht zugemutet werden kann oder die sich erheblich teilnahmefeindlich auswirken (vgl. Wyss, a.a.O., S. 405).

8.6 In Dispositiv-Ziffer 3 des Beschlusses vom 6. August 2001 hat die Vorinstanz die Kantonspolizei darum ersucht, die Demonstration auf der Marschroute zu begleiten, Ruhe und Ordnung im Umfeld sicherzustellen und Ausschreitungen zu verhindern. Dadurch hat die Vorinstanz im Rahmen ihrer positiven Leistungspflichten für einen angemessenen Polizeischutz gesorgt. Des Weiteren hat sie in den Erwägungen festgehalten, es gebe ebenfalls auf Gemeindeebene vorsorgliche Massnahmen zu treffen, weshalb sich der Gemeindeführungsstab am 8. August 2001 auf der Gemeindeverwaltung zu einer Lagebesprechung einzufinden habe. Da ein Mitglied der Werkgruppe bereits für den 8. August 2001 vier Arbeitsstunden ausweist, ist davon auszugehen, dass diese Sitzung auch tatsächlich stattgefunden hat. Über eine allfällige Mitwirkungspflicht der Beschwerdeführer hinsichtlich der Organisation eines Ordnungsdienstes oder anderer Vorkehrungen, etwa der Bereitstellung von sanitärischen Anlagen, äussert sich der Beschluss hingen-

## C. 17.1

gen nicht. Die Bewilligung wurde abgesehen von der Zuweisung der Marschroute und des Festplatzes mit keinerlei Auflagen versehen. Die Vorinstanz legt selber dar, dass sie die Bewilligung für die Benützung von Gemeindeboden üblicherweise mit der Auflage verbindet, die erforderlichen Massnahmen zur Vermeidung übermässiger Immissionen sowie zur Gewährleistung des öffentlichen und privaten Verkehrs, der Aufrechterhaltung der Sicherheit und der Abwendung unmittelbarer Gefahren von Ausschreitungen, Krawallen und Gewalttätigkeiten zu treffen, unter Umständen durch Beauftragung Dritter. Soweit keine staatlichen Leistungspflichten, insbesondere hinsichtlich Polizeischutz, zu erfüllen waren, wäre es der Vorinstanz freigestanden, von den Veranstaltern ebenfalls mittels Auflage eine angemessene Mitwirkung bei der Vorbereitung und Durchführung der Veranstaltung zu verlangen.

Dass die Frage nach den organisatorischen Vorkehrungen der Veranstalter anlässlich der Besprechung vom 9. August 2001 aufgeworfen wurde und die Beschwerdeführer kein Sicherheits- und Verkehrskonzept vorlegen konnten, wird von diesen nicht in Abrede gestellt. Es ist jedoch nicht ersichtlich und wird von der Vorinstanz nicht geltend gemacht, sie habe die Beschwerdeführer an der Besprechung vom 9. August 2001 zur Erarbeitung eines solchen Konzepts aufgefordert. Die Verpflichtung zur Vorlage eines umfassenden Sicherheitsdispositivs hätte ihnen denn auch nicht auferlegt werden können. Die Beschwerdeführer bestreiten im Übrigen, dass die Vorinstanz sie jemals auf die beabsichtigte Kostenaufgabe für deren Vorkehrungen aufmerksam gemacht habe. Die Vorinstanz vermag nicht nachzuweisen, dass sie die Beschwerdeführer zur Organisation eines Ordnungsdienstes oder anderer Vorkehrungen verpflichtet und für den Fall der Nichterfüllung dieser Auflage die Ersatzvornahme mit entsprechender Kostenüberbindung angedroht hätte.

8.7 Hat die Vorinstanz den Veranstaltern demnach nicht auferlegt, selber für einen Ordnungsdienst zu sorgen bzw. anderweitige organisatorische Massnahmen zu treffen, bestand keine primäre Leistungspflicht der Beschwerdeführer in dieser Hinsicht. Damit fehlt es an der Voraussetzung für eine Ersatzvornahme.

9. Die Vorinstanz bringt in einer Alternativbegründung vor, im Rahmen einer antizipierten Ersatzvornahme gehandelt zu haben.

9.1 Eine antizipierte Ersatzvornahme liegt vor, wenn die Verwaltungsbehörde einen polizeiwidrigen Zustand selbst beseitigt, weil der Störer, der ihn verursacht hat, dazu faktisch gar nicht in der Lage ist. In diesen Fällen besteht keine Pflicht, für die Beseitigung des rechtswidrigen Zustands zu sorgen, sondern nur die Pflicht zur Bezahlung der Kosten. Eine Verfügung, welche den Störer zur Herstellung des rechtmässigen Zustandes verpflichtet, ist nicht erforderlich. Es braucht auch keine Androhung der Ersatzvornahme. In der Lehre wird zum Teil die Ansicht vertreten, die antizipierte Ersatzvor-

nahme sei nur zulässig, wenn sie notwendig sei, um eine schwere, unmittelbar drohende Gefährdung oder eine bereits eingetretene schwere Störung von Polizeigütern zu beseitigen, d.h. wenn die Voraussetzungen für die Anwendung der Polizeigeneralklausel erfüllt sind (vgl. Häfelin/Müller, a.a.O., N 1162).

Nach Ansicht der Vorinstanz liegen insbesondere die Voraussetzungen der Polizeigeneralklausel vor.

9.2 Die polizeiliche Generalklausel ist der geschriebene oder ungeschriebene Rechtssatz, welcher die zuständige Behörde ermächtigt, polizeiliche Massnahmen zum Schutz der Polizeigüter zu treffen, um eine schwere und unmittelbare Gefahr abzuwenden oder eine bereits erfolgte Störung zu beseitigen. Die Generalklausel kann einzig in Fällen zeitlicher Dringlichkeit angerufen werden. Es muss mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit angenommen werden, ohne sofortiges Eingreifen der Behörden würden Polizeigüter (insb. Leib und Leben, Gesundheit und Eigentum) ganz wesentlich und ernsthaft verletzt (vgl. René Rhinow/Beat Krähenmann, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Ergänzungsband, Basel 1990, Nr. 134 B II). Die polizeiliche Generalklausel kommt nur subsidiär zur Anwendung, wenn sich die Massnahmen nicht auf eine besondere gesetzliche Grundlage stützen lassen. Die Verwaltungsbehörden können in solchen Fällen Anordnungen für die Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung und Sicherheit entweder in der Form der Verfügung (Polizeinotverfügung) oder der Verordnung (Polizeinotverordnung) treffen. Die Generalklausel ersetzt im Polizeinotstand die gesetzliche Grundlage, was für Grundrechtseingriffe nun in Art. 36 Abs. 1 dritter Satz BV festgehalten ist (Häfelin/Müller, a.a.O., N 2467).

9.3 Die Voraussetzungen zur Anwendung der polizeilichen Generalklausel waren entgegen der Ansicht der Vorinstanz nicht gegeben.

Zwar ist der Vorinstanz nicht ohne weiteres eine falsche Gefahrenanalyse vorzuwerfen (vgl. oben E. 5.5), weshalb die getroffenen Massnahmen grundsätzlich vertretbar sind. Hingegen drohte im Zeitpunkt, als die Vorinstanz diese Anordnungen getroffen hat, keine unmittelbare Gefahr, die ein sofortiges Eingreifen erfordert hätte. Ebenfalls bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass die Veranstalter nicht in der Lage gewesen wären, die gebotenen Massnahmen innert angemessener Frist zu treffen. Dem Vorbringen der Beschwerdeführer, dass die Vorinstanz im Beschluss vom 6. August 2001 ohne weiteres auch Auflagen hinsichtlich der Mitwirkung der Veranstalter hätte verfügen können, ist beizupflichten. Es wäre den Beschwerdeführern diesfalls möglich gewesen, die nötigen Vorkehrungen in die Wege zu leiten. Hat es die Vorinstanz verpasst, den Beschwerdeführern rechtzeitig mittels Auflage zur Bewilligung vorzuschreiben, inwiefern sie an der Organisation der Veranstaltung mitzuwirken haben, hat sie die Konsequenzen ihres Versäumnisses selber zu tragen. Es ist dagegen nicht zulässig, sich für die Überbindung der Kosten von entsprechenden Ersatzmassnahmen auf eine antizipierte Ersatzvornahme zu berufen.

## C. 17.1

10. Kommen eine Ersatzvornahme oder eine antizipierte Ersatzvornahme nicht als Rechtsgrund für die Kostenüberbindung in Frage, ist zu prüfen, ob besondere gesetzliche Grundlagen bestehen, welche eine Überwälzung erlauben.

10.1 Anders als bei der Ersatzvornahme gehen die herrschende Lehre und das Bundesgericht im Bereich des unmittelbaren Vollzugs der Verwaltungsrechtsordnung durch die Behörden davon aus, dass das Gemeinwesen den Ersatz der daraus folgenden Kosten nur verlangen kann, wenn eine ausdrückliche gesetzliche Grundlage besteht. Es ist in diesen Fällen Aufgabe der Behörden, Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung abzuwehren und in zeitlich dringenden Situationen, in denen ein Privater dazu gar nicht in der Lage ist, bestehende Störungen zu beseitigen (z.B. Einsatz der Feuerwehr bei Brandfällen).

Die allgemeinen Polizeigesetze sehen keinen allgemeinen Ersatz der Polizeikosten vor. Kostenersatzpflichten gibt es nur punktuell, etwa für die Kosten der Sicherstellung und Verwahrung einer Sache. Spezialgesetzliche Bestimmungen, die den Ersatz der staatlichen Kosten vorsehen, sind insbesondere Art. 54 Bundesgesetz über den Schutz der Gewässer vom 24. Januar 1991 (SR 814.20, GSchG) sowie Art. 2 und 59 Bundesgesetz über den Umweltschutz vom 7. Oktober 1983 (SR 814.01, USG). So sieht z.B. Art. 54 GSchG vor, dass die Kosten von Massnahmen, welche die Behörden zur Abwehr einer unmittelbar drohenden Gefahr für die Gewässer sowie zur Feststellung und zur Behebung eines Schadens treffen, dem Verursacher überbunden werden. Darin wird der Kostenersatz für staatliche Massnahmen, welche nicht rein polizeilich begründet sein müssen, ebenfalls von der Verursachung abhängig gemacht (Verursacherprinzip). Zur Bestimmung des kostenpflichtigen Verursachers übernimmt das Bundesgericht in konstanter Rechtsprechung zu Art. 8 des früheren Gewässerschutzgesetzes die Grundsätze der Störerbestimmung und erachtet den Verhaltens- und den Zustandsstörer als Verursacher (vgl. Reinhard, a.a.O., S. 192 f.; Gygi, a.a.O., S. 330 f.).

10.2 Eine Kostenüberwälzung kommt auf Grund der vorstehenden Erwägungen lediglich für die Bereitstellung der Toilettenanlage (An- und Abtransport, Miete, Anschluss), den Reinigungseinsatz der Werkequipe und die Schulhausreinigung (Maler- und Abwartsarbeiten) in Frage.

10.3 Die Kostenüberwälzung für den Einsatz der Werkequipe, welche die Schadenwehr verstärkt habe, stützt die Vorinstanz auf Art. 22 des Schadenwehreglements der Gemeinde Ingenbohl vom 4. September 1995, wonach die Aufwendungen der Schadenwehr vom Verursacher zu tragen sind.

Die Schadenwehr umfasst den vorbeugenden Brandschutz, die Brandbekämpfung, die Öl- und Wasserwehr, die technische Hilfeleistung bei Katastrophen, Elementarereignissen und schweren Unfällen sowie die Chemie und Strahlenwehr (§ 1 Verordnung über die Schadenwehr vom 27. Januar 1994,

SRSZ 530.110, SchWV). In Frage steht vorliegend jedoch nicht eine Kostenersatzpflicht für die Mitwirkung der Werkequipe im Rahmen dieses originären Aufgabenbereichs der Schadenwehr, sondern für deren Reinigungsarbeiten auf dem Bahnhofareal und dem Schulhausplatz. Es rechtfertigt sich daher nicht, Art. 22 des Schadenwehreglements als gesetzliche Grundlage für die Kostenüberbindung heranzuziehen. In Bezug auf den Schutz der Strassen und Plätze hat der kantonale Gesetzgeber jedoch folgende Regelung getroffen: Wer Strassen beschädigt, durch ausserordentlichen Gebrauch übermässig abnutzt oder verunreinigt, hat den Schaden unverzüglich zu beheben. Dem Strassenträger steht nach vorgängiger Anhörung das Recht auf Ersatzvornahme zu Lasten des Verursachers zu (§ 35 Abs. 1 StrV). Im Streitfall entscheidet das Verwaltungsgericht im Klageverfahren (§ 35 Abs. 4 StrV).

Eine Kostenüberwälzung für die Strassenreinigung wäre demnach allenfalls gestützt auf § 35 Abs. 1 StrV in Frage gekommen, sofern die Vorinstanz die entsprechenden Voraussetzungen als erfüllt betrachtet hätte. Art. 22 des Schadenwehreglements ist hingegen nicht als hinreichende Grundlage für die Kostenüberbindung zu betrachten.

10.4 Als gesetzliche Grundlage für die Kostenüberbindung der Drittauslagen (Sanitär, Transportfirmen, Maler) führt die Vorinstanz § 4 der Gebührenordnung für die Verwaltung und Rechtspflege im Kanton Schwyz vom 20. Januar 1975 (SRSZ 173.111, GebO) an, wonach Barauslagen und Entschädigungen zu den Gebühren hinzuzurechnen sind, ausgenommen Kanzleigebühren, die in der Gebühr enthalten sein können.

Die Gebührenverordnung regelt die Gebühren für die Verwaltung des Kantons, der Bezirke und der Gemeinden und für die Rechtspflege, soweit nicht durch Bundesrecht, Staatsverträge oder besondere Erlasse des Kantons und, im Rahmen ihrer Autonomie, der Bezirke und der Gemeinden eine abweichende Regelung gilt (§ 1 GebO). Benützungs-, Verwaltungs- und Gerichtsgebühren dürfen nur erhoben werden, soweit sie in dieser Verordnung oder in einem andern gesetzlichen Erlass oder im Gebühren-Tarif vorgesehen sind (§ 2 Abs. 1 GebO). Die Gebühr – unter Hinzurechnung von Barauslagen und Entschädigungen (§ 4 GebO) – trägt, wer die öffentliche Sache oder Anstalt beansprucht oder eine Amtshandlung veranlasst hat (§ 5 GebO).

Entgegen der Ansicht der Vorinstanz ist § 4 GebO nicht als spezialgesetzliche Bestimmung im obgenannten Sinn zu verstehen, die eine Kostenersatzpflicht der Beschwerdeführer zu begründen vermöchte. Die Bereitstellung einer sanitarischen Anlage für eine Veranstaltung fällt offenkundig nicht unter den Begriff der Amtshandlung gemäss § 5 GebO. Es geht dabei nicht um die Inanspruchnahme der üblichen Verwaltungstätigkeit oder die Benutzung einer öffentlichen Sache, für welche die GebO die Kostentragungspflicht vorsieht. Es ist auch nicht ersichtlich, welche Amtshandlung die Hinzurechnung der Kosten einer solchen Massnahme rechtfertigen könnte. Dies ist etwa dann gerechtfertigt, wenn die Vorinstanz im Zusammenhang mit dem Erlass einer Verfügung einen Übersetzer beizieht oder ausserordentliche Spesen aufwendet (vgl. Kölz/Bosshart/Röhl, a.a.O., § 13 N 6).



## C. 17.1

10.5 Soweit die Vorinstanz den Beschwerdeführern die Kosten für die Grobreinigung, d.h. insbesondere die vorläufige Entfernung der Fassaden-schmierereien an der Dreifach-Turnhalle durch die Schulhausabwarte, sowie für die definitive Entfernung derselben durch einen Maler gestützt auf § 4 GebO in Rechnung stellt, ist Folgendes anzumerken.

Zum Verwaltungsvermögen gehören jene Werte, die den Behörden oder einem beschränkten Kreis von privaten Benutzern unmittelbar durch ihren Gebrauchswert für die Besorgung der öffentlichen Aufgaben dienen. Dazu gehören auch Schulhäuser bzw. Schulanlagen (vgl. Häfelin/Müller, a.a.O., N 2332/2334). Nach der in Deutschland und in der Schweiz massgeblichen dualistischen Theorie finden sowohl öffentliches wie privates Recht auf die öffentlichen Sachen im engeren Sinn, d.h. für Verwaltungsvermögen und öffentliche Sachen im Gemeingebrauch, Anwendung. Das Privatrecht bestimmt namentlich Begriff und Inhalt des Eigentums und der dinglichen oder obligatorischen Rechte an öffentlichen Sachen i.e.S. sowie die Formen der Begründung und Übertragung dieser Rechte. Demgegenüber richten sich Verfügungsmacht (Hoheit des Staates, Zuständigkeit des Gemeinwesens und des Organs) und Zweckbestimmung im allgemeinen nach den Vorschriften des öffentlichen Rechts; dieses regelt insbesondere die konkreten Nutzungsmöglichkeiten, den Schutz von öffentlichen Sachen i.e.S. vor Beschädigungen sowie die Abgaben für bestimmte Arten der Benutzung (vgl. Häfelin/Müller, a.a.O., N 2365). Ohne Rücksicht auf die kantonalrechtliche Grundlage und die Eigentumsfrage bringt das Bundesgericht bei öffentlichen Sachen u.a. die Haftungsbestimmungen des Bundeszivilrechts zur Anwendung, wenn durch Schädigung von öffentlichen Sachen dem Gemeinwesen ein Schadenersatzanspruch gegen den Schädiger zusteht (vgl. Imboden/Rhinow, a.a.O., Nr. 115, B IV f).

10.6 Die Schulanlagen stellen Verwaltungsvermögen der Gemeinde Ingenbohl dar. Was die Schmierereien an deren Fassaden anbelangt, hat der Staat einen klagbaren Sachschaden erlitten (vgl. Neuenschwander, a.a.O., S. 27). Bei Schadenersatzansprüchen des Gemeinwesens auf Grund der Beschädigung öffentlicher Sachen ist das Bundeszivilrecht anwendbar. Die Demonstrationsteilnehmer selber und die Organisatoren einer Demonstration sind für den Schaden, den Demonstrationsteilnehmer verursacht haben, daher allenfalls zivilrechtlich haftbar (Art. 41 ff. Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 30. März 1911 [Fünfter Teil: Obligationenrecht], SR 220, OR). Es besteht hingegen keine Möglichkeit, die Veranstalter öffentlich-rechtlich zur Leistung von Schadenersatz zu verpflichten; die illegale Handlung eines Demonstrationsteilnehmers könnte zudem auf Grund des Unmittelbarkeitsprinzips nicht den Organisatoren angelastet werden. Soweit die Vorinstanz den Beschwerdeführern die Kosten für die Schadensbehebung an den Schulanlagen auferlegt hat (Einsatz der Schulhausabwarte und Aufwendungen des Malers), ist der angefochtene Beschluss daher aufzuheben. Für die Einforderung des Schadenersatzes ist die Vorinstanz auf den Zivilweg zu verweisen.

11. Da eine Kostenüberbindung für die von der Vorinstanz getroffenen Anordnungen aus den angeführten Gründen ohnehin nicht in Frage kommt, kann offen gelassen werden, ob die Vorinstanz zu Recht nur die Beschwerdeführer als Kostenpflichtige ins Recht gefasst hat.

Es ist an dieser Stelle immerhin darauf hinzuweisen, dass die Regeln für die Störerbestimmung nicht mit denjenigen über die Kostenverteilung übereinstimmen. Zwar besteht für die Gebührenerhebung gemäss § 5 Abs. 3 GebO eine öffentlich-rechtliche Solidarhaftung. Die zivilrechtlichen Bestimmungen zur Solidarhaftung gemäss Art. 50 f. OR, die vor allem der wirtschaftlichen Sicherheit des Geschädigten dienen, können jedoch nicht auf die Pflicht zum Kostenersatz an den Staat übertragen werden. Die Behörden, die an Verfassung und Gesetz gebunden sind, haben die Kosten vielmehr nach sachgerechten Kriterien auf die einzelnen Verursacher zu überbinden. Das Interesse an der raschen und einfachen Wiederherstellung des polizeigemässen Zustandes, das bei der Störerbestimmung grosses Gewicht hat, kann auf die Verteilung der Kosten keinerlei Einfluss haben. Die Behörden haben in diesen Fällen die haftpflichtrechtlichen Grundsätze in Bezug auf den Regress im Innenverhältnis zwischen mehreren Verursachern analog anzuwenden (vgl. Reinhard, a.a.O., S. 194; Häfelin/Müller, a.a.O., N 2503 f.; Urs Gueng, Zur Haftungskonkurrenz im Polizeirecht, in ZBl 1973, S. 273).

(RRB Nr. 1543/2003 vom 25. November 2003).

## 17.2 Aufhebung von Parkfeldern

- *Arten von und Voraussetzungen für Verkehrsanordnungen (Erw. 3 - 5).*
- *Aufhebung von Parkfeldern zur Verbesserung der Verkehrssicherheit (Erw. 6 - 9).*

*Aus dem Sachverhalt:*

Das kantonale Tiefbauamt des Kantons Schwyz publizierte für die markierten Parkfelder im Bereiche der Bahnhofstrasse 4 - 8 in Siebnen folgende, vom Bezirksrat March am 19. Februar 2002 erlassene und vom Tiefbauamt am 25. März 2002 genehmigte Verkehrsanordnung:

*«Aufhebung der rechtskräftigen Verkehrsanordnung, Parkieren mit Parkscheibe (SSV-Signal Nr. 4.18) auf den Parkfeldern der Bahnhofstrasse im Bereich der Liegenschaften Nr. 4 - Nr. 8 (Veröffentlichung im Amtsblatt ...) mit gleichzeitiger Demarkierung der sechs markierten Parkfelder».*

Gegen die Verkehrsanordnung gerichtete Beschwerden hat der Regierungsrat abgewiesen.

## C. 17.2

### *Aus den Erwägungen:*

3. Gemäss Art. 3 Abs. 2 des Strassenverkehrsgesetzes vom 19. Dezember 1958 (SVG, SR 741.01) sind die Kantone befugt, lokale Verkehrsanordnungen (nach Abs. 3 und 4) zu treffen. Diese Befugnis können die Kantone weiter delegieren, wovon der Kanton Schwyz Gebrauch gemacht hat (§§ 36 f. Strassenverordnung vom 15. September 1999, SRSZ 442.110, StrV, in Verbindung mit §§ 18 ff. Vollzugsverordnung zur Strassenverordnung vom 18. Januar 2000, SRSZ 442.111, VVzStrV). Das Strassenverkehrsgesetz unterscheidet zwei Arten von lokalen Verkehrsbeschränkungen, einerseits gemäss Art. 3 Abs. 3 SVG die unbeschränkten und zeitlich beschränkten Fahrverbote, und andererseits nach Abs. 4 dieser Bestimmung die so genannten funktionellen Verkehrsbeschränkungen (vgl. RRB Nr. 1521 vom 17. August 1994, E. 5a mit Hinweisen, u.a. auf EGV-SZ 1989, Nr. 48). Funktionelle Verkehrsbeschränkungen können erlassen werden, soweit der Schutz der Bewohner oder gleichermassen Betroffener vor Lärm und Luftverschmutzung, die Sicherheit, die Erleichterung oder die Regelung des Verkehrs, der Schutz der Strasse oder andere in den örtlichen Verhältnissen liegende Gründe dies erfordern (Art. 3 Abs. 4 Satz 1 SVG).

Zu den in Art. 3 Abs. 4 SVG angesprochenen Beschränkungen oder Anordnungen gehören auch die Anordnungen über den ruhenden Verkehr, also über das Parkieren. Das SVG und die Ausführungserlasse enthalten verschiedene Regeln über das Parkieren und sehen Signale und Markierungen vor, die erlaubtes Parkieren anzeigen und Parkverbote beinhalten (vgl. René Schaffhauser, Grundriss des schweizerischen Strassenverkehrsrechts, Bd. I, 2. Aufl., Bern 2002, N 72).

Im vorliegenden Fall ist die Aufhebung der Verkehrsanordnung «Parkieren mit Parkscheibe» (SSV-Signal Nr. 4.18) vorgesehen. Es handelt sich dabei um eine Anordnung über den ruhenden Verkehr im Sinne von Art. 3 Abs. 4 SVG.

4. Die vorgesehene Verkehrsanordnung ist an bestimmte Voraussetzungen gebunden. In materieller Hinsicht muss eine Anordnung auf einer gesetzlichen Grundlage beruhen, im öffentlichen Interesse liegen und verhältnismässig sein. In formeller Hinsicht wird ein geordnetes Verfahren verlangt. Massnahmen sind von der zuständigen Behörde anzuordnen und der Bürger muss überdies die Möglichkeit haben, beim Erlass von Anordnungen, die ihn in seinen Interessen treffen, mitzuwirken und sich gegen Verletzung von Verfassung und Gesetz mit Rechtsmitteln zur Wehr zu setzen (vgl. RRB Nr. 1521 vom 17. August 1994 mit Hinweis auf EGV-SZ 1989, Nr. 48).

Es ist unbestritten, dass die Anforderungen an ein geordnetes Verfahren eingehalten wurden. Dass mit Art. 3 Abs. 4 SVG die erforderliche gesetzliche Grundlage für die verfügte Verkehrsanordnung gegeben ist, wird von den Beschwerdeführern zu Recht ebenfalls nicht in Frage gestellt.

5.1 Nimmt das Gemeinwesen eine Beschränkung des bisherigen Parkraums vor, hat es sich – soweit kurzzeitiger Parkraum (Gemeingebrauch) weiter beschränkt oder aufgehoben werden soll – an die in Art. 3 Abs. 4 SVG enumerierten Motive zu halten; geht es um Änderungen im Bereich längerfristig benutzbarer Parkplätze (gesteigerter Gemeingebrauch), ist das kantonale Recht massgebend. Immer aber gilt (und insbesondere dort, wo erhebliche Gestaltungsspielräume offen stehen, wie bei der Generalklausel von Art. 3 Abs. 4 erster Satz in fine SVG), dass die verfolgten Ziele durch öffentliche Interessen gedeckt sein müssen, die über das entgegenstehende private Interesse an einer möglichst liberalen Fahr- und Parkordnung überwiegen oder doch von erheblicher Bedeutung sind; dies ist im Einzelfall auf Grund der konkreten Umstände abzuklären. Immerhin ist davon auszugehen, dass die Privaten grundsätzlich keinen Rechtsanspruch etwa aus der Eigentumsgarantie, der Wirtschaftsfreiheit oder gar der persönlichen Freiheit auf Beibehaltung bestimmter Nutzungsweisen geltend machen können (vgl. Schaffhauser, a.a.O., N 86 f.).

5.2 Ob es sich bei den in Frage stehenden Parkfeldern um kurzzeitig oder längerfristig benutzbaren Parkraum und demzufolge um Gemeingebrauch oder gesteigerten Gemeingebrauch handelt, kann offen gelassen werden.

Das kantonale Recht ermächtigt den Strassenträger grundsätzlich, Verkehrsordnungen nach Massgabe des Bundesrechts und der kantonalen Planungen zu treffen (vgl. § 36 StrV). Gesteigerter Gemeingebrauch wird dann bewilligt, wenn der Gemeingebrauch möglich bleibt oder nur kurz verunmöglicht wird, und die Verkehrssicherheit gewährleistet bleibt (vgl. § 30 Abs. 1 StrV). Die gleichen Kriterien haben für die Aufhebung von gesteigertem Gemeingebrauch zu gelten. Sowohl die Beschränkung von Gemeingebrauch (vgl. Art. 3 Abs. 4 Satz 1 SVG) wie auch von gesteigertem Gemeingebrauch (§ 30 Abs. 1 StrV) sind somit insbesondere dann gerechtfertigt, wenn dies aus Gründen der Verkehrssicherheit und eines geordneten Verkehrsablaufs erforderlich ist. Es ist daher im Folgenden zunächst zu prüfen, ob öffentliche Interessen in diesem Sinne an der vorgesehenen Verkehrsanordnung bestehen. Ist dies zu bejahen, wird in einem zweiten Schritt die Verhältnismässigkeit der Massnahme zu prüfen sein.

6. Die Bahnhofstrasse ist eine Verbindungsstrasse gemäss § 6 StrV (vgl. Anhang zur VVzStrV), d.h. eine Strasse mit wichtiger Verbindungsfunktion zwischen zwei Ortschaften. Trägerin der Verbindungsstrasse ist die Vorinstanz Ziff. 1. Die Liegenschaften Bahnhofstrasse Nr. 4 bis 8 befinden sich im Ortszentrum von Siebnen. Nach den unbestrittenen Angaben der Vorinstanz Ziff. 2 liegen die fraglichen sechs Parkfelder etwa zur Hälfte auf der rechten Fahrbahn (75 cm) und dem östlich daran angrenzenden Trottoir (95 cm). Die rechte Fahrspur weist im Bereich der markierten Parkfelder eine Breite von 2.10 m auf; die Gegenfahrbahn ist 2.90 m breit.

## C. 17.2

7.1 Die Vorinstanzen machen geltend, die abgestellten Motorfahrzeuge behinderten zwangsläufig den Verkehr auf der Bahnhofstrasse und damit den Verkehrsfluss. Das Kreuzen werde durch die eingeschränkte Strassenbreite erschwert. Dorfauswärts in Richtung Wangen fahrende Verkehrsteilnehmer seien an sich gehalten, den entgegenkommenden Fahrzeugen den Vortritt zu gewähren; dieser Verkehrsregel werde aber nur ungenügend nachgelebt. Nicht selten würden die Fahrzeugführer dorfauswärts in die Verengung einfahren und dadurch die entgegenkommenden Fahrzeuge an den westseitigen Trottoirrand drängen. Diese Fahrmanöver gefährdeten vorwiegend die schwächeren Verkehrsteilnehmer, insbesondere Radfahrer. Verkehrsprobleme ergäben sich insbesondere auch beim Kreuzen mit schweren Motorfahrzeugen; dadurch werde vielfach ein Verkehrsstau bis in die Glarnerstrasse verursacht. Das Ein- und Aussteigen und der Güterumschlag der Parkierenden beeinträchtigte den Verkehrsfluss zusätzlich.

7.2 Die Beschwerdeführer bestreiten, dass sich die aktuelle Parkordnung negativ auf die Verkehrssicherheit auswirke. Im Gegenteil hätten die Parkfelder eine verkehrsberuhigende Funktion, indem sie die Autofahrer dazu zwingen würden, das Tempo zu drosseln. Radfahrer würden so nicht in riskanter Weise durch Automobilisten überholt. Den Fussgängern böten die Parkfelder ebenfalls Schutz vor Rasern. Die Erfahrung habe gezeigt, dass sich Motorfahrzeuge, schwächere Verkehrsteilnehmer und Fussgänger problemlos mit der Verkehrssituation arrangiert hätten.

Dass der Verkehrsfluss im Bereich der Parkfelder zum Teil behindert wird, liegt nach Ansicht der Beschwerdeführer nicht in den Parkfeldern, sondern im hohen Verkehrsaufkommen und im Verkehrsknoten Glarnerstrasse/Bahnhofstrasse begründet. Das Kreuzen mit schweren Motorfahrzeugen sei aber möglich, was mehrmals täglich bewiesen werde. Einen Verkehrsstau bis in die Glarnerstrasse hätten die Beschwerdeführer noch nicht erlebt.

7.3 Den umstrittenen Parkfeldern ist eine gewisse verkehrsberuhigende Wirkung nicht abzuspüren, wie auch die Vorinstanz Ziff. 2 anerkennt (...). Trotzdem sind an der Feststellung, dass die Verkehrssicherheit durch die Parkfelder beeinträchtigt werde, keine Zweifel angebracht. Zwar mag die eingeschränkte Kreuzungsmöglichkeit manche Automobilisten dazu bewegen, nicht in die verengte Stelle zu drängen, wenn ihnen auf der Gegenfahrbahn ein Fahrzeug entgegen kommt. Nach allgemeiner Erfahrung und den Beobachtungen der Vorinstanzen und der Kantonspolizei üben aber nicht alle Fahrzeugführer eine solch rücksichtsvolle Fahrweise, was eine Gefährdung der schwächeren Verkehrsteilnehmer (Rad- oder Mofafahrer) nach sich zieht. Gerade das Kreuzen mit schweren Motorfahrzeugen, wie es gemäss Aussagen der Beschwerdeführerin II täglich vorkommt, lässt den übrigen Verkehrsteilnehmern kaum mehr Raum. Auch die Sicherheit der Fussgänger wird insbesondere in dem Moment beeinträchtigt, wenn die Automobilisten ihren Wagen auf eines der sich halb auf dem Trottoir befindlichen Parkfelder lenken. Diese Vorbehalte gegen die Parkfelder werden verstärkt durch die

unbestrittene Feststellung der Vorinstanz Ziff. 2, wonach die Parkfeldbreiten nicht den erforderlichen Abmessungen gemäss der einschlägigen VSS-Norm entsprechen (1.70 m statt 2 m), sodass die Motorfahrzeuge häufig einen zusätzlichen Anteil an der Fahrbahn oder am Trottoir beanspruchen.

Ausserdem wirkt sich die von den Beschwerdeführern vorgebrachte Verkehrsberuhigung durch die Parkfelder wiederum negativ auf den Verkehrsfluss aus, indem die wartenden Fahrzeuge den Verkehr blockieren. Verschärft wird die verkehrsbehindernde Situation dadurch, dass sich bei der Poststelle an der Bahnhofstrasse 5 – also direkt gegenüber den Parkfeldern – eine Haltestelle für das Postauto befindet. Das haltende Postauto bewirkt nach den Angaben des Beschwerdeführers I jeweils eine kurzzeitige Blockierung der Bahnhofstrasse, weshalb er denn auch vorschlägt, eine signalisierte Einfahrtbucht für das Postauto zu erstellen. Schliesslich führen auch die Parkiermanöver und das Ein- und Aussteigen der parkierenden Automobilisten zu einer Verzögerung des Verkehrsablaufs.

7.4 Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführer liegen somit legitime öffentliche Interessen (insbesondere Verkehrssicherheit und Verkehrsfluss) an der Aufhebung der Parkfelder vor. Dass allgemeine öffentliche Interessen an einer Massnahme bestehen, genügt jedoch zu ihrer Rechtfertigung allein nicht. Es ist vielmehr in jedem Einzelfall zu prüfen, ob ein genügend konkretes öffentliches Interesse besteht, das allfällige gegenläufige (öffentliche und private) Interessen überwiegt. Die verschiedenen Interessen sind gegeneinander abzuwägen (vgl. RRB Nr. 1521 vom 17. August 1994, E. 6b mit Hinweis auf Rhinow/Krähenmann, Verwaltungsrechtsprechung, Ergänzungsband, S. 176 f.).

8.1 Die Beschwerdeführer bringen vor, die Parkplätze entsprächen einem grossen öffentlichen Bedürfnis. Am fraglichen Abschnitt der Bahnhofstrasse befänden sich nebst einer Poststelle mehrere Detailhandelsgeschäfte, Gewerbe- und Dienstleistungsbetriebe, deren Kunden die Parkfelder benutzten. In einer spontanen Unterschriftensammlung hätten sich über 300 Personen für die Beibehaltung der Parkfelder ausgesprochen, wobei ein Grossteil dieser Personen diese Zone auch als Fussgänger und Radfahrer benütze. Ausserdem befürchten die Beschwerdeführer Umsatzeinbussen für die Geschäfte an der Bahnhofstrasse, da keine Parkmöglichkeiten in unmittelbarer Nähe mehr zur Verfügung stünden.

8.2 Grundsätzlich gehört es zu den Aufgaben eines Gemeinwesens, das Strassen für den Verkehr baut, in einem gewissen Mindestumfang auch Parkflächen zur Verfügung zu stellen. Einmal soll damit das kurzfristige Parkieren ermöglicht werden (etwa um einen Einkauf zu tätigen); zum andern gibt es – trotz einer Parkplatzerstellungspflicht Privater – in Stadtzentren sowie in dicht überbauten Quartieren oft keine Möglichkeit für Private, eine ausreichende Zahl von Parkflächen zu erstellen (vgl. Schaffhauser, a.a.O., N 73).

## C. 17.2

Im Jahr 1998 hat die Gemeinde Schübelbach am Spielweg in Siebnen zusätzlichen Parkraum (als «Blaue Zone») geschaffen. Es stehen der Öffentlichkeit dort nunmehr mindestens 19 (nach den Angaben der Beschwerdegegner sogar 23) Parkplätze zur Verfügung. Dieser Parkraum befindet sich in kurzer Distanz zu den Geschäften und Betrieben der Beschwerdeführer an der Bahnhofstrasse und ist ihnen nach eigenen Angaben sehr willkommen. Es ist den Vorinstanzen darin beizupflichten und wird von den Beschwerdeführern nicht bestritten, dass die Parkplatznot im Ortszentrum von Siebnen dadurch gemindert werden konnte.

Die Furcht der Beschwerdeführer vor Umsatzeinbussen durch die Aufhebung der Parkfelder ist zwar verständlich. Es ist jedoch daran zu erinnern, dass sie keinen unmittelbaren Rechtsanspruch etwa aus der Eigentumsgarantie, der Wirtschaftsfreiheit oder gar der persönlichen Freiheit auf Beibehaltung bestimmter Nutzungsweisen geltend machen können (vgl. oben Ziff. 5.1). Die Geschäfte und Betriebe der Beschwerdeführer sind für deren Kundschaft im Übrigen auch bei Benutzung der Parkplätze am Spielweg innert kürzester Zeit erreichbar.

8.3 Es ist somit festzustellen, dass durchaus öffentliche und private Interessen an der Beibehaltung der umstrittenen Parkfelder bestehen. Die öffentlichen Interessen an der Aufhebung derselben überwiegen jedoch. Den Anliegen der Verkehrssicherheit und eines geordneten Verkehrsganges ist höhere Priorität einzuräumen als dem Bedürfnis der Öffentlichkeit nach möglichst umfangreichem Parkraum und den finanziellen Interessen der Beschwerdeführer. Die Aufhebung der Parkplätze an der Bahnhofstrasse Nr. 4 bis 8 ist durch überwiegende öffentliche Interessen demnach grundsätzlich gerechtfertigt. Zu prüfen bleibt, ob die vorgesehene Massnahme verhältnismässig ist.

9.1 Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit erheischt, dass die Einschränkung nicht über das hinaus geht, was erforderlich ist, um den Zweck zu erfüllen, dem sie dient. Sie muss also das richtige Mittel zur Verwirklichung des im öffentlichen Interesse liegenden Zieles sein und es erlauben, dieses unter möglicher Schonung der Freiheit des Einzelnen zu erreichen. Das gesteckte Ziel muss zudem in einem vernünftigen Verhältnis zu den eingesetzten Mitteln, den zu seiner Erlangung notwendigen Freiheitsbeschränkungen stehen. Die Lehre spricht in diesem Zusammenhang von der Geeignetheit, Notwendigkeit und Verhältnismässigkeit von Verwaltungsmassnahmen (RRB Nr. 1521 vom 17. August 1994, E. 6c mit Hinweis auf Rhinow/Krähenmann, Verwaltungsrechtsprechung, Ergänzungsband, S. 341).

9.2 Die Aufhebung der Parkfelder ist ohne Zweifel dazu geeignet, die Sicherheit für alle Verkehrsteilnehmer zu erhöhen und den Verkehrsfluss zu verbessern. Die Frage, ob im Gegenzug zur Aufhebung der Parkplätze allenfalls verkehrsberuhigende Massnahmen, z.B. in Form von Schwellen, im Bereich der Liegenschaften Bahnhofstrasse Nr. 4 bis 8 angezeigt sind, bildet

nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens. Auch der Vorschlag des Beschwerdeführers I, zur Verbesserung des Verkehrsflusses auf der Höhe der Bahnhofstrasse 5 für das Postauto eine Einfahrtsbucht zu schaffen, ist nicht an dieser Stelle zu beurteilen.

Die Notwendigkeit der vorgesehenen Massnahme zur Erreichung der gesteckten Ziele ist ebenfalls zu bejahen. Die Aufhebung nur eines Teils der Parkfelder reicht nicht aus, um dem Zweck einer angemessenen Verkehrssicherheit und eines geordneten Verkehrsganges zu genügen. Andere geeignete, im Verhältnis zur Aufhebung der Parkfelder «mildere» Massnahmen sind nicht ersichtlich.

Schliesslich steht die Aufhebung der Parkplätze auch in einem vernünftigen Verhältnis zu den mit ihr verfolgten Zielen der Verbesserung der Verkehrssicherheit und des Verkehrsflusses. Es handelt sich nicht um eine derart schwer wiegende Massnahme, dass sie hinsichtlich des damit angestrebten Zwecks nicht zu rechtfertigen wäre.  
(RRB Nr. 259/2003 vom 18. Februar 2003).



## D. AUFSÄTZE

---

### Zweitinstanzliches Novenrecht und neue Anträge in Ehesachen

Von Dr. Alice Rechmuth Pfammatter, Vizepräsidentin des Kantonsgerichts Schwyz

(Vgl. Publikation unter [www.kgsz.ch](http://www.kgsz.ch))

Das neue Scheidungsrecht sieht in Art. 138 Abs. 1 ZGB für das Verfahren vor der oberen kantonalen Instanz ein Novenrecht vor sowie das Recht, neue Anträge zu stellen. Letztere sind von Bundesrechts wegen allerdings nur dann zulässig, wenn sie durch neue Tatsachen oder Beweismittel veranlasst worden sind. Damit enthält das Bundesrecht Vorschriften für das Rechtsmittelverfahren und schränkt die kantonalrechtliche Eventualmaxime ein<sup>1</sup>. Im folgenden Beitrag sollen die Schnittstellen zwischen bundesrechtlichem Novenrecht und Schwyzer Zivilprozessrecht im zweitinstanzlichen Verfahren aufgezeigt werden.

#### I. Das schwyzerische Novenrecht

Die Zivilprozessordnung des Kantons Schwyz regelt das Novenrecht generell in § 103 f. ZPO<sup>2</sup>. Im Rechtsmittelverfahren gilt grundsätzlich ein beschränktes Novenrecht<sup>3</sup>, welches in den ersten schriftlichen Eingaben der Parteien, in denen sie ihre Anträge begründen, geltend zu machen ist<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> BSK-ZGB I–Christoph Leuenberger, 2. Aufl. 2002, Art. 138 N 1 ZGB; Christoph Leuenberger, Praxiskommentar Scheidungsrecht, Art. 138 ZGB N 1; Thomas Sutter/Dieter Freiburghaus, Kommentar zum neuen Scheidungsrecht, Art. 138 ZGB N 10; Thomas Sutter-Somm, Neuerungen im Scheidungsverfahren, in: Vom alten zum neuen Scheidungsrecht, Hrsg. Heinz Hausherr, 226 Rz 5.18 f.

<sup>2</sup> Zivilprozessordnung vom 25. Oktober 1974, SRSZ 232.110. – Für das erstinstanzliche Verfahren in Ehesachen hat der kantonale Gesetzgeber keine Neufassung des Novenrechts vorgesehen, zumal die Parteien bereits bis anhin neue Tatsachen und Anträge bis zum letzten Vortrag bzw. in ihrer letzten Rechtsschrift geltend machen konnten.

<sup>3</sup> Berufung und Rekurs sind ordentliche devolutiv wirkende Rechtsmittel mit Suspensiveffekt (§ 191 und § 207 ZPO).

<sup>4</sup> Vgl. § 198 und § 210 ZPO, wobei auch die Novenberechtigung darzulegen ist (EGV-SZ 1977, 62).

## II. Berufungsverfahren in Ehesachen

### A. Novenrecht

Art. 138 Abs. 1 ZGB beschränkt sich ausdrücklich auf das Verfahren vor der oberen kantonalen Instanz und regelt in Bezug auf die Noven den bundesrechtlichen Minimalstandard, und zwar in Zusammenhang mit den Scheidungsgründen und den vermögensrechtlichen Scheidungsfolgen zwischen den Ehegatten<sup>5</sup>. Das Novenrecht bezieht sich nicht auf Kinderbelange; hier gelten die Official- (Art. 133 ZGB) sowie die Untersuchungsmaxime (Art. 145 ZGB)<sup>6</sup>.

Das Novenrecht in Art. 138 Abs. 1 ZGB schreibt vor, dass das kantonale Recht zweitinstanzlich bis zu einem bestimmten Zeitpunkt neue Tatsachen und Beweismittel zulassen muss, zumindest in Berufung und Berufungsantwort<sup>7</sup>. In der Bestimmung des massgeblichen Zeitpunkts für die Geltendmachung des Novenrechts ist das kantonale Recht indessen frei. Das Schwyzer Recht sieht nun keine weitergehende Normierung vor. Aus den Materialien ergibt sich vielmehr, dass die bundesrechtliche Regelung im Sinne des Minimalstandards belassen und das Novenrecht nicht grosszügiger ausgestaltet werden sollte, weil der Kanton Schwyz schon bisher nicht unbeschränkt neue Tatsachen in zweiter Instanz zugelassen habe<sup>8</sup>. Vor diesem Hintergrund wurde der Wortlaut von § 199 ZPO<sup>9</sup> entsprechend angepasst, welcher den bundesrechtlichen Minimalstandard hinsichtlich des Novenrechts gewährleistet.

Für das Berufungsverfahren gilt demnach, dass neue Tatsachen und Beweismittel – unbesehen darum, ob es sich um echte oder unechte Noven handelt – bis zum Abschluss des ersten Schriftenwechsels, d.h. in der Berufungsbegründung, Berufungsantwort sowie Anschlussberufungsbegründung und Anschlussberufungsantwort vorgetragen werden können<sup>10</sup>. Es entfällt indessen die Voraussetzung des Nachweises der Novenberechtigung<sup>11</sup>. In Bezug auf Kinderbelange sind Noven unbeschränkt<sup>12</sup> zulässig.

---

<sup>5</sup> Sutter/Freiburghaus (Anm. 1) Art. 138 ZGB N 9.

<sup>6</sup> Sutter/Freiburghaus (Anm. 1) Art. 138 ZGB N 9 ff.; BSK-ZGB I-Leuenberger (Anm. 1) Art. 138 ZGB N 2.

<sup>7</sup> Botschaft über die Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 15. November 1995, BBl 1996 I, 1 ff., 139.

<sup>8</sup> Beschluss des Regierungsrats des Kantons Schwyz Nr. 1214/1999 vom 10. August 1999, Ziff. 3.6.

<sup>9</sup> Danach bleiben im Prozess über Ungültigkeit, Scheidung oder Trennung der Ehe die bundesrechtlichen Bestimmungen über das Rechtsmittelverfahren vorbehalten.

<sup>10</sup> Dies entspricht der bisherigen Praxis des Kantonsgerichts (Urteil KG 186/98 ZK vom 9. Mai 2000, Urteil KG 125/98 ZK vom 23. Februar 1999).

<sup>11</sup> Vgl. EGV-SZ 1977, 62 f.

<sup>12</sup> Das heisst in jedem Verfahrensstadium.

## B. Neue Anträge

Neue Rechtsbegehren müssen von Bundesrechts wegen zugelassen werden, sofern sie durch neue Tatsachen oder Beweismittel veranlasst werden (Art. 138 Abs. 1 ZGB). Auch diesbezüglich bestimmt das kantonale Recht, bis zu welchem Zeitpunkt neue Anträge im Rechtsmittelverfahren vorzutragen sind<sup>13</sup>. Gemäss § 192 Abs. 1 ZPO ist die Berufung mit den Berufungsanträgen – und damit auch den allfälligen neuen Anträgen – innert 20 Tagen seit der schriftlichen Mitteilung des begründeten Entscheides zu erklären. Die Gegenpartei hat die Möglichkeit, Anschlussberufung zu erheben; damit kann sie ohne selbständige Ergreifung des Rechtsmittels die Überprüfungsmöglichkeit der Berufungsinstanz auch zu Lasten der appellierenden Partei ausdehnen<sup>14</sup>. Die Gegenpartei kann ebenfalls neue Rechtsbegehren stellen, falls diese durch neue Tatsachen oder Beweismittel veranlasst worden sind<sup>15</sup>. Die Klageänderung ist mithin im Berufungsverfahren zeitlich auf die Berufungserklärung für die appellierende Partei und auf die Beantwortung der Berufung bzw. die Anschlussberufung für die berufungsbeklagte Partei beschränkt<sup>16</sup>. Neue Anträge, welche über die Beantwortung der Anschlussberufung – mithin über Abweisung, Anerkennung bzw. Teilanerkennung der Anschlussberufung – hinausgehen, können mit der Anschlussberufungsantwort nicht mehr vorgetragen werden; eine Anschlussberufung zur Anschlussberufung ist unzulässig<sup>17</sup>. Dies folgt bereits aus dem Institut der Teilrechtskraft, welches das Bundesrecht in Art. 148 Abs. 1 ZGB verankert<sup>18</sup>. Der Umfang der Teilrechtskraft steht nach Vorliegen der Anschlussberufung bzw. nach (unbenütztem) Ablauf der Frist zur Erhebung einer Anschlussberufung fest<sup>19</sup>.

In Kinderbelangen, wo von Bundesrechts wegen die uneingeschränkte Offizialmaxime gilt, können dagegen jederzeit neue Begehren gestellt werden; der Richter ist nicht an die Parteianträge gebunden<sup>20</sup>.

## III. Vorsorgliche Massnahmen im Berufungsverfahren

Gestützt auf das vorgenannte Novenrecht kann vor Kantonsgericht eine Abänderung bzw. der Erlass von vorsorglichen Massnahmen in Ehesachen beantragt werden. Selbstredend können bei gegebenen Voraussetzungen die

<sup>13</sup> Sutter/Freiburghaus (Anm. 1) Art. 138 ZGB N 21.

<sup>14</sup> Urteil KG 186/98 ZK vom 9. Mai 2000.

<sup>15</sup> Eine allfällige Anschlussberufung ist mit der Berufungsantwort zu erklären (§ 197 ZPO).

<sup>16</sup> Vgl. EGV-SZ 1997 Nr. 36.

<sup>17</sup> Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl. 1997, § 266 ZPO N 3.

<sup>18</sup> Vgl. die Ausnahmen in Art. 148 Abs. 1 und Art. 149 Abs. 2 ZGB.

<sup>19</sup> Frank/Sträuli/Messmer (Anm. 17) § 190 ZPO N 7a und § 266 ZPO N 3.

<sup>20</sup> BGE 118 II 93 E. 1; EGV-SZ 1997 Nr. 36.

neuen Tatsachen nur dann zu einer Änderung der vorsorglichen Massnahmen führen, sofern die Noven im Hauptverfahren gehört und berücksichtigt werden können.

#### IV. Rekursverfahren gegen Eheschutzmassnahmen und vorsorgliche Massnahmen

Die Zulässigkeit von Noven richtet sich im Rekursverfahren gegen Eheschutz- und vorsorgliche Massnahmen einzig nach kantonalem Recht<sup>21</sup>. Somit kommt uneingeschränkt § 210 ZPO i.V.m. §§ 198 und 104 Ziff. 2–5 ZPO zur Anwendung. Art 138 Abs. 1 ZGB ist auf diese Verfahren nicht anwendbar, betrifft diese Bestimmung ihrem Zweck nach einzig das Rechtsmittelverfahren in Ehescheidungs-, Trennungs- und Eheungültigkeitsprozessen<sup>22</sup>. Im Rekursverfahren gilt daher – ausgenommen Verfahren, welche Kinderbelange betreffen<sup>23</sup> – ein eingeschränktes Novenrecht. Hier sind die Novenberechtigung und die Voraussetzungen des Novenrechts gemäss § 104 Ziff. 2-5 ZPO darzutun. Die Noven sind in der Rekurschrift vorzutragen.

#### V. Schlussfolgerungen

Die Handhabung des zweitinstanzlichen Novenrechts ist nicht immer einfach, sind doch verschiedene Konstellationen zu vergegenwärtigen, die unterschiedliche Regeln erfordern, je nachdem ob Kinderbelange, Scheidungsgründe oder die vermögensrechtlichen Scheidungsfolgen oder schliesslich vorsorgliche bzw. Eheschutzmassnahmen in Frage stehen.

### **Die Haftbeschwerde im schwyzerischen Strafprozess**

Von Dr. Martin Ziegler, Präsident des Kantonsgerichtes Schwyz

(Vgl. Publikation in SJZ 99 (2003) Nr. 19 489 ff. und leicht ergänzte Fassung unter [www.kgsz.ch](http://www.kgsz.ch))

---

<sup>21</sup> Vgl. Leuenberger (Anm. 1) Art. 137 ZGB N 59 f.; Beschluss KG 154/02 RK1 vom 22. November 2002 und KG 381/01 RK1 vom 6. Februar 2002.

<sup>22</sup> BSK-ZGB I-Leuenberger (Anm. 1) Art. 138 ZGB N 3. Vgl. SJZ 2002 155 mit Rechtsprechungshinweisen.

<sup>23</sup> EGV-SZ 1980, Nr. 66.

# SACHREGISTER

---

(Die Zahlenangaben beziehen sich auf die Entscheid-Nummern)

## A

Absenzeneintrag	C 8.1
Amtliche Verteidigung	A 5.4
Amtliche Verwahrung	A 5.1
ANAG-Delikte, Anforderung an die Anklage	A 5.3
Anklageprinzip	A 5.3, A 5.5
Äquivalenzprinzip	A 5.5
Arbeitsvergebung	
– aufschiebende Wirkung	B 1.1
– Ausstand	B 1.4
– Beschwerdebefugnis	B 1.2
– Kirchgemeinden	C 14.1
– Kognition	B 1.3
– Sachverhaltsermittlung	C 14.2
– Vorbefassung	B 1.4
Arbeitszeit	A 2.3
Arzt siehe unter Gesundheit	
Asylwesen:	
– Ersatzweise Unterbringung von Asylanten	B 17.1
Ausländerrecht	
– Nichtverlängerung der Aufenthaltsbewilligung nach gerichtlicher Trennung der Ehegatten	B 15.1

## B

Baueinsprache, privatrechtliche	A 3.1
Baurecht siehe unter Planungs- und Baurecht	
Beiladung	B 15.1
Berufungsfrist	A 3.3
Beschlagnahme	A 5.1
Beschleunigtes Verfahren	A 6.4
Beurkundung und Beglaubigung	
– Örtliche Ausübung der Beurkundungstätigkeit, Titelführung	A 7.1
Beweissicherung	A 2.2
Bewilligung zur Berufsausübung als Arzt	B 10.1
Bussenumwandlung	A 4.3

## D

Demonstration	
– Bewilligungspflicht	C 17.1
– Kostentragung	C 17.1
Durchgriff	A 6.6

## E

Eheschutzverfahren	A 3.2
Eigentumsgarantie bei der Beschlagnahme	A 5.1
Einziehung	A 5.5
EMRK	A 2.1
Entwendung zum Gebrauch	A 4.6
Ergänzung der Begründung im Rekursverfahren	A 6.3
Ersatzmassnahme bei Beschlagnahme	A 5.1
Ersatzvornahme	C 17.1
Erziehungswesen	C 8.1
Essenspausen	A 2.3

## F

Finanzhaushaltsgesetz	
– Spezialfinanzierung	C 1.1
– Steuerfuss	C 1.1
– § 31 FHG: Abgrenzung einmalige und wiederkehrende neue Ausgabe	B 7.1
– § 36 FHG: Nachkredit bei Fehlen eines Voranschlagkredits	B 7.1
Fristwahrung bei Postaufgabe im Ausland	A 3.3
Fürsorgerische Freiheitsentziehung (FFE)	
– Haupt- und Nebenzuständigkeit	B 16.1
– Präsidialverfügung benötigt Genehmigung durch Kollegialbehörde	B 16.2

## G

Gebührentarif bei amtlicher Verteidigung	A 5.4
Gefahrensatz	A 2.2
Gegenrechtsbegehren im Eheschutzverfahren	A 3.2
Gemeindeautonomie (im Kontext mit Asylwesen)	B 17.1
Gemeindefinanzen (siehe Finanzhaushaltsgesetz)	B 7.1
Gemeindeversammlung	
– Keine behördliche Irreführung der Bürger	B 7.1

Genehmigungsvorbehalt	A 6.3
Gesundheit	
– Bewilligung zur selbständigen Berufsausübung als Arzt; Befristung der Bewilligung ist zulässig	B 10.1

## H

Halterbegriff	A 4.6
Hehlerei	A 4.1
Höchstgeschwindigkeit	A 4.4

## I

In dubio pro accusatione	A 5.2
--------------------------	-------

## K

Kausalabgaberecht	
– Vorteilsabgabe: keine für reine Renovation	B 5.1
– Vorteilsabgabe: wann kein abgabepflichtiger Sondervorteil?	B 5.2
– Wasserzinsen: res iudicata bei periodischen Abgaben;	
Wasserdrosselung als Zwangsmassnahme unzulässig	B 5.3
Kindesrecht	
– Besuchsrecht	C 5.2
– Elterliche Sorge	C 5.2
Kindesschutz	C 5.1
Kirchgemeinden	C 14.1
Klagefrist bei Vaterschaftsanfechtung	A 2.1
Konkordat über die Schiedsgerichtsbarkeit, keine Anwendbarkeit auf Schiedsgutachten	A 3.4
Kosten im Strafverfahren	A 5.5
Kostendeckungsprinzip	A 5.5
Krankenversicherung	
– Heilungskosten-Zusatzversicherung nach VVG; Kündigungsrecht nach Kenntnis der Prämien­erhöhung, Treu und Glauben / Ungewöhnlichkeitsregel	B 3.1
Kreditkartenmissbrauch	A 4.1

## L

Lex mitior	A 4.2
------------	-------

## M

Meinungsfreiheit C 17.1

## N

Nichtbeherrschen des Fahrzeugs A 4.5

Nichtigkeitsbeschwerde A 4.4

Nötigung A 4.5

## O

objektive Strafbarkeitsbedingung A 4.1

## P

Passivlegitimation im Anfechtungsprozess A 6.7

Pauliana A 6.7

Planungs- und Baurecht

– Ausnahmegewilligung RPG 24 ff. C 2.5

– Baugewilligung für privat genutzte Tiefgarage in  
öffentlicher Zone B 8.1

– Baugesuch C 2.1

– Bewilligungspflicht C 2.5

– Einfahrtsgewilligung C 2.2

– Erschliessungsplanung und Lärmschutz B. 8.7

– Gestaltungsplan C 2.4

– Lärmschutz / Ablauf der Sanierungsfrist bei Schiessstand B 8.9

– Lärmschutz / keine Gewährung von Erleichterungen  
für die Sanierung einer Schiessanlage B 8.8

– Mobilfunkanlagen ausserhalb der Bauzone B 8.5

– Mobilfunkanlagen: in jeder Bauzone zonenkonform;  
Immissions- und Anlagegrenzwerte B 8.4

– Nebenbaute (§ 61 PBG), Kriterium der Eingeschossigkeit B 8.2

– Nutzungsstopp während nachträglichem  
Baugewilligungsverfahren B 8.3

– Nutzungsvorschriften C 2.4

– Rechtsmittelbefugnis C 2.3

– Reklamegewilligung B 12.1

– Verfahren für Vorentscheide C 2.5

– Waldfeststellung C 11.1

– Wiederherstellung C 2.5

Polizeirecht C 17.1



## Q

Quellensteuern, keine Rechtsöffnung A 6.2

## R

Rechtsöffnung A 6.1, A 6.3

Rekurs gegen vorläufige Einstellung der Betreibung  
nach Art. 85a SchKG A 6.4

Revision A 4.1

Rodelbahn A 2.2

Ruhetage, nicht bezogene A 2.3

## S

Schiedsgutachten, Bindung der Parteien und des Gerichts A 3.4

Schuldbetreibung und Konkurs

– bäuerliches Gewinnanteilsrecht, Widerspruchsverfahren A 6.8

– Mietvertrag mit Genehmigungsvorbehalt  
als Rechtsöffnungstitel A 6.3

– Pauliana, Passivlegitimation, partielle Anfechtbarkeit A 6.7

– Rechtsöffnung für Quellensteuern A 6.2

– Rekurs gegen vorläufige Einstellung der Betreibung  
nach Art. 85a SchKG A 6.4

– Verfügungsverfügungen als Rechtsöffnungstitel A 6.1

– Widerspruchsverfahren, Durchgriff A 6.6

– Zulässigkeit der Verrechnungseinrede im Rahmen von  
Art. 85a SchKG A 6.5

Schulrecht

– Absenzen C 8.1

Störerprinzip C 17.1

Strafprozessrecht

– Amtliche Verteidigung, Gebührentarif A 5.4

– Amtliche Verwahrung von Vermögensgegenständen,  
Beschlagnahme, Ersatzmassnahme A 5.1

– Begrenzungs- und Informationsfunktion der Anklage A 5.3

– Einziehung, Kosten im Strafverfahren A 5.5

– Wiederaufnahme eines Verfahrens nach Einstellung A 5.2

Strafrecht

– Bussenumwandlung A 4.3

– Entwendung eines Motorfahrzeugs zum Gebrauch,  
Haltebegriff A 4.6

– Kreditkartenmissbrauch, Hehlerei,  
objektive Strafbarkeitsbedingung A 4.1

– Nichtbeherrschen des Fahrzeugs, Nötigung	A 4.5
– SVG, Vertrauensgrundsatz und Höchstgeschwindigkeit	A 4.4
– Verjährung im Strafrecht, milderes Recht	A 4.2
Strassen	
Einfahrtsbewilligung	C 2.2
Strassenverkehrsrecht	
– Aufhebung von Parkfeldern	C 17.2
– Reklamebewilligung im Strassenbereich; kein Anspruch auf Gleichbehandlung im Unrecht	B 12.1
Submission siehe unter Arbeitsvergebung	

## U

Überstunden	A 2.3
Umweltschutz	
– Lärmschutz	C 2.4, C 3.1
– Luftreinhaltung	C 2.4
Urkundsperson	A 7.1

## V

Vaterschaftsanfechtung	A 2.1
Verfahren	
– aufschiebende Wirkung	B 1.1
– Ausstand	B 1.4
– Behördenbeschwerde	C 2.3
– Beiladung	B 15.1
– Beschwerde an den Regierungsrat	C 14.1
– Beschwerdebefugnis	B 1.2
– Kognition	B 1.3
– Parteifähigkeit	C 2.3
– Präsidialverfügung	B 16.2
– Rechtliches Gehör	C 14.2
– Rechtsmittelbefugnis	C 2.3
– Rechtsverweigerung	C 5.1
– Revision	B 1.6
– Sachverhaltsermittlung	C 14.2
– Streitgegenstand	B 1.5
– Verfahrensfähigkeit	C 2.3
– Verfügung	C 8.1
– Vorbefassung	B 1.4
Verfügung	
– Nichtigkeit	C 2.5
Verhältnismässigkeitsgrundsatz	C 2.5, C 17.2

Verjährung im Strafrecht	A 4.2
Verkehrsregelverletzung, grobe	A 4.5
Verrechnung	A 6.5
Versammlungsfreiheit	C 17.1
Vertrauensgrundsatz im SVG	A 4.4
Verwaltungsverfügungen als Rechtsöffnungstitel	A 6.1
Verwaltungsvermögen	C 17.1
Vollstreckungsrecht	B 17.1
Vormundschaftswesen: Rechtsmittelordnung	B 16.3
Vortat	A 4.1
Vorteilsabgabe siehe unter Kausalabgaberecht	

## W

Waldfeststellung	C 11.1
Widerspruchsverfahren	A 6.6, A 6.8
Wiederaufnahme des Strafverfahrens	A 5.2
Wohnrecht	A 6.7

## Z

ZGB siehe unter FFE und Vormundschaftswesen

Zivilprozessrecht	
– Eheschutzverfahren, Gegenrechtsbegehren	A 3.2
– Fristwahrung bei Postaufgabe im Ausland	A 3.3
– privatrechtliche Baueinsprache, Streitgegenstand	A 3.1
– Schiedsgutachten	A 3.4
Zivilrecht	
– Haftungsgrundlagen für Sommerrodelbahn	A 2.2
– Überstunden und nicht bezogene Ruhetage	A 2.3
– Vaterschaftsanfechtung	A 2.1
Zuständigkeit	C 2.5