

Rechtsprechung

kanton**schwyz** 

Entscheide 2019
der Gerichts- und
Verwaltungsbehörden

EGV-SZ 2019

Impressum

Herausgegeben von der Staatskanzlei in Zusammenarbeit mit dem Kantonsgericht und dem Verwaltungsgericht des Kantons Schwyz (erscheint unter EGV-SZ seit 1967-68; zuvor RB-SZ)

Redaktion: Sicherheitsdepartement des Kantons Schwyz, Rechts- und Beschwerdedienst, Postfach 1200, 6431 Schwyz

Druck: Triner Media+Print, Schwyz 2020

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

Inhaltsüberblick

A	Zivil- und Strafgerichte	Seite 10
1.	Justizgesetz	1.1
2.	Zivilrecht	2.1 – 2.2
3.	Zivilprozessrecht	3.1 – 3.4
4.	Strafrecht	4.1 – 4.3
5.	Strafprozessrecht	5.1 – 5.6
6.	Schuldbetreibungs- und Konkursrecht	6.1 – 6.2

B	Verwaltungsgericht	Seite 71
1.	Verfahren	1.1 – 1.7
2.	Alters- und Hinterlassenenversicherung / Invalidenversicherung / Ergänzungsleistungen	2.1 – 2.6
3.	Arbeitslosenversicherung / Berufliche Vorsorge / Kranken- und Unfallversicherung	3.1 – 3.3
4.	Kantonales Steuergesetz / Direkte Bundessteuer	4.1
5.	Kausalabgaben	–
6.	FlurgenosSENSCHAFT / Wuhrkorporation	–
7.	Bezirke und Gemeinden / Politische Rechte	–
8.	Planungs- und Baurecht / Natur-, Landschafts- und Heimatschutz	8.1 – 8.10
9.	Enteignungsrecht	–
10.	Bildung / Gastgewerbe / Gesundheit / Jagd und Fischerei / Landwirtschaft	–
11.	Arbeitsvergebung (Submission)	11.1-11.2
12.	Strassenverkehrsrecht	–
13.	Sozialhilfe	13.1
14.	Staatshaftung	–
15.	Ausländerrecht	–
16.	ZGB und EG ZGB	–
17.	Vollstreckungsrecht / Vollzug von Strafen und Massnahmen	–
18.	Verschiedenes	–

C	Regierungsrat	Seite 189
----------	----------------------	-----------

1.	Gemeindewesen	–
2.	Baurecht	2.1 – 2.10
3.	Umweltschutz	–
4.	Abgaben	–
5.	Zivilrecht	–
6.	Öffentlichkeit der Verwaltung und Datenschutz	–
7.	Sozialwesen	7.1
8.	Bildung	8.1 – 8.2
9.	Strassenwesen	–
10.	Raumplanung	–
11.	Forst- und Jagdpolizei	–
12.	Landwirtschaft	–
13.	Wasserbau	–
14.	Arbeitsvergebung	–
15.	Gesundheitswesen	–
16.	Verwaltungsverfahren	16.1
17.	Verkehrs- und Polizeiwesen	–
18.	Ausländerrecht	–
19.	Verschiedenes	–

D	Rekurskommission der Römisch-katholischen Kantonalkirche	Seite 265
----------	---	-----------

Sachregister	Seite 280
---------------------	-----------

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

Inhaltsverzeichnis

A Zivil- und Strafgerichte

Seite 10

1. Justizgesetz

1.1 Ausstand, Zuständigkeit

2. Zivilrecht

2.1 Teilurteil im Scheidungspunkt, Spruchreife

2.2 Alternierende Obhut

3. Zivilprozessrecht

3.1 Schiedsvereinbarung im internationalen Verhältnis

3.2 Sicherheit für die Parteienschädigung

3.3 Unentgeltliche Rechtspflege im Schlichtungsverfahren

3.4 Verzicht auf die Durchführung des Schlichtungsverfahrens

4. Strafrecht

4.1 Fahrlässige Tötung bzw. Körperverletzung

4.2 Fahrlässige Brandstiftung, natürlicher Kausalzusammenhang

4.3 Fahrunfähigkeit wegen Augenproblemen

5. Strafprozessrecht

5.1 Systematisches Vorbringen neuer Ausstandsgründe

5.2 Parteistellung der Ausgleichskasse

5.3 Parteistellung, Ungehorsamstatbestand

5.4 Anklageprinzip, Ort

5.5 Anklageprinzip, Schuldform

5.6 Kostenaufgabe, adäquater Kausalzusammenhang

6. Schuldbetreibungs- und Konkursrecht

6.1 Rechtsöffnungsgesuch, formelle Anforderungen

6.2 Konkursöffnung, Weiterziehung

1. Verfahren

- 1.1 Rechtsmittelbefugnis
- 1.2 Rechtsmittelbefugnis
- 1.3 Rechtsmittel
- 1.4 Fristwahrung
- 1.5 Fristwahrung
- 1.6 Parteiwechsel
- 1.7 Rechtsverweigerung

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

- 2.1 Invalidenversicherung – Würdigung von Gutachten
- 2.2 Invalidenversicherung – Assistenzbeitrag
- 2.3 Invalidenversicherung – Geburtsgebrechen
- 2.4 Ergänzungsleistungen – Anspruchsbeginn
- 2.5 Ergänzungsleistungen – Vermögensverzicht
- 2.6 Ergänzungsleistungen – Vermögensverzicht

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

- 3.1 Arbeitslosenversicherung – Arbeitslosenentschädigung bei vorzeitiger Pensionierung
- 3.2 Arbeitslosenversicherung – Anrechnung Altersleistung aus Freizügigkeitskonto
- 3.3 Arbeitslosenversicherung – Verspäteter Nachweis persönlicher Arbeitsbemühungen

4. Kantonales Steuergesetz / Direkte Bundessteuer

- 4.1 Güterschätzungen – Vermögenswert einer Gewerbeliegenschaft

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

- 8.1 Ausnahmebewilligung und Nutzungsplanung
- 8.2 Nachträgliches Bewilligungsverfahren – Zulässigkeit
- 8.3 Baubewilligungspflicht
- 8.4 Baubewilligung – (Energie-)Holzlager
- 8.5 Baubewilligung - Auflage
- 8.6 Erschliessung
- 8.7 Nebenbaute – Autoliftanlage
- 8.8 Baukontrolle – Zweck

8.9 Heimatschutz – ENHK-Gutachten

8.10 Grundwasserschutz

11. Arbeitsvergebung (Submission)

11.1 Unterkriterien von Zuschlagskriterien

11.2 Ausschluss wegen fehlender Unterlagen

13. Sozialhilfe

13.1 Negativer Kompetenzkonflikt zweier Gemeinden

2. Baurecht

- 2.1 Zuständigkeit für die Anordnung von Wiederherstellungsmassnahmen - Koordination
- 2.2 Entfernung von Hanfpalmen
- 2.3 Aufsichtsrechtliche Aufhebung einer Baubewilligung
- 2.4 Erschliessung / Planungszone
- 2.5 Standortgebundenheit für Betriebsinhaber- bzw. Personalwohnungen
- 2.6 Auswirkungen einer Projektänderung - nachträgliche Baueinsprache und öffentliche Auflage
- 2.7 Sondierbohrungen - anwendbares Bewilligungsverfahren und Zulässigkeit im Gewässerraum
- 2.8 Informationsschreiben als Verfügung?
- 2.9 Erschliessungshilfe / Ausnahmegewilligung zur Unterschreitung des Waldabstandes
- 2.10 Für den Betrieb eines landwirtschaftlichen Gewerbes unentbehrliche Wohnbauten

7. Sozialwesen

- 7.1 Leistungskürzung

8. Bildung

- 8.1 Dispensation vom Schulunterricht
- 8.2 Zuständigkeit zur Anordnung von Sonderschulunterricht und entsprechende Kostentragung

16. Verwaltungsverfahren

- 16.1 Informationsschreiben als Verfügung?

D Rekurskommission der Römisch-katholischen Kantonalkirche

- 1. **Beschwerdelegitimation und Unzulässigkeit des Referendumsrückzuges**

A Zivil- und Strafgerichte¹

1. Justizgesetz

1.1 Ausstand, Zuständigkeit

- *Das kantonale Recht enthält keine explizite Bestimmung zum Ausstandsverfahren in Zivilsachen (Erw. 2.a): § 138 JG ist bei der Auslegung zu berücksichtigen (Erw. 2.b); denn weder § 40 Abs. 2 JG (Erw. 2.c) noch § 31 Abs. 2 lit. d JG (Erw. 2.d) enthalten präsidiale Ausstandskompetenzen.*
- *Die Verfahrensleitung ist auch in Strafsachen nicht zuständig, über den Ausstand zu entscheiden (Erw. 2.e).*
- *Zusammenfassend besteht keine präsidiale Zuständigkeit für Ausstandsentscheide in Zivilsachen (Erw. 2.f).*

Aus den Erwägungen:

2. Der Prozess vor dem Bezirksgericht March wird im ordentlichen Verfahren gemäss Art. 219 ff. ZPO geführt. Der zuständige Spruchkörper wurde mit Verfügung vom 20. Dezember 2018 den Parteien mitgeteilt. Er besteht aus dem Vizepräsidenten, zwei weiteren Richtern und einer Gerichtsschreiberin. Die angefochtene Verfügung vom 27. Mai 2019 betreffend Ausstand des Vizegerichtspräsidenten wurde durch den Bezirksgerichtspräsidenten nur unter Beizug der Gerichtsschreiberin, jedoch ohne Mitwirkung der weiteren Richter gefällt. Es ist deshalb vorab die Frage der Zuständigkeit in Ausstandssachen im ordentlichen Verfahren zu prüfen.

a) Ausstand und Ausstandsverfahren richten sich gemäss § 90 Abs. 1 JG nach den Schweizerischen Prozessordnungen. Art. 50 Abs. 1 ZPO enthält lediglich die Bestimmung, dass das Gericht entscheidet, wenn der geltend gemachte Ausstandsgrund bestritten wird. „Das Gericht“ muss gelesen werden als: „eine gerichtliche Instanz ohne Mitwirkung der abgelehnten Person“ – abgesehen vom Fall eines offensichtlich unzulässigen, trölerischen oder rechtsmissbräuchlichen Gesuchs, über welches unter

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

Mitwirkung der abgelehnten Person auf Nichteintreten erkannt werden kann (Diggelmann, in: Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Auflage, N 1 und Fn 4 zu Art 50 ZPO; Wullschlegler, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Auflage, N 2 zu Art. 50 ZPO).

Die funktionelle Zuständigkeit, d.h. die Frage, von welchem Organ des sachlich zuständigen Gerichts bzw. Gerichtsgremiums im Rahmen eines Prozesses eine bestimmte Prozesshandlung – hier die Beurteilung eines Ausstandsbegehrens – ausgehen muss, wird durch Art. 50 ZPO indessen nicht bestimmt. Die funktionelle Zuständigkeit der Gerichte regelt gemäss Art. 4 Abs. 1 ZPO das kantonale Recht, soweit das Gesetz nichts anderes vorsieht (Urteil BGer 5A_194/2014 vom 21. Mai 2014 E. 2.2; Wullschlegler, a.a.O., N 1 zu Art. 50 ZPO). Möglich ist die Zuständigkeit einer Rechtsmittel- oder Aufsichtsbehörde, eines Spruchkörpers der Gerichtsbehörde, welcher das abgelehnte Gerichtsmitglied angehört, einer anderen Instruktionsrichterin, des Gesamtgerichts, einer anderen Abteilung oder eines anderen Gerichts gleicher Ordnung (Wullschlegler, a.a.O., N 1 zu Art. 50 ZPO; Diggelmann, a.a.O., N 2 zu Art 50 ZPO; Rüetschi, in: Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, N 2 zu Art. 50 ZPO). Das heutige kantonale Recht enthält jedoch ausser dem erwähnten § 90 JG keine explizite Bestimmung zum Ausstandsverfahren in Zivilsachen.

b) Gemäss dem früheren kantonalen Recht hatten die erstinstanzlichen Gerichte keine Kompetenz, um über den Ausstand ihrer Mitglieder zu befinden. Gemäss § 58 Abs. 1 aGO entschied über ein Streitiges Ausstandsbegehren die Aufsichtsbehörde, mithin das Kantonsgericht. Die Präsidialbefugnisse gemäss § 29 aGO waren sehr eingeschränkt und jene gemäss § 78 Abs. 2 aGO erwähnten die Ausstandsentscheide (wie heute) nicht, weshalb – abgesehen von Nichteintretensentscheiden – der Entscheid über erstinstanzliche Ausstandsbegehren stets durch einen Spruchkörper (des Kantonsgerichts) erfolgte, welchem mehrere Gerichtsmitglieder angehörten. Gleiches gilt auch für Entscheide über Ausstandsbegehren gegen Kantons- oder Verwaltungsrichter, welche durch das Kantons- oder Verwaltungsgericht erfolgten.

Bei der Einführung der eidgenössischen Prozessordnungen wurde in einem ersten Schritt § 58 aGO praktisch unverändert, aber beschränkt für die Verwaltungsrechtspflege mit § 138 aJV in die Justizverordnung übernommen. Demgemäss bestimmte [in Verwaltungssachen] weiterhin die Aufsichtsbehörde über ein Streitiges Ausstandsbegehren. Betraf es Richter des Verwaltungsgerichts, so befand das Gericht in Abstand der betroffenen Richter selbst. Konnte sich das Gericht nicht mehr konstituieren, so be-

A 1.1

fand das Kantonsgericht über den Ausstand. Über Ausstandsbegehren gegen Gerichtsschreiber oder Kanzleipersonal entschied das Verwaltungsgericht selber (vgl. § 138 aJV, Schwyzer Justizhandbuch, Schwyz 2010, S. 64). Für das Zivilverfahren enthielt die Justizverordnung mit Ausnahme des erwähnten § 90 keine Bestimmungen mehr. Darüber, weshalb der kantonale Gesetzgeber davon absah, die funktionelle Zuständigkeit in Zivilsachen näher zu regeln, lässt sich den Gesetzesmaterialien, soweit ersichtlich, nichts entnehmen. Im Bericht und Vorlage an den Kantonsrat wurden nur Ausführungen zum damaligen § 76 Abs. 2 E-JV bzw. dem späteren § 90 Abs. 2 aJV und damit zu offensichtlich missbräuchlichen Ausstandsbegehren gemacht. Hinsichtlich Abs. 1 von § 76 E-JV verwiesen Bericht und Vorlage lediglich auf Art. 56 ff. StPO und Art. 47 ff. ZPO (Justizverordnung, Bericht und Vorlage an den Kantonsrat vom 31. März 2009, S. 29). In den parlamentarischen Beratungen gab die Bestimmung inhaltlich zu keinen Diskussionen Anlass (vgl. RRB Nr. 1119/2009 vom 20. Oktober 2009, Justizverordnung, Stellungnahme zu den Ergebnissen der Kommissionsberatung, S. 10, sowie Justizverordnung, Synopse Vorlage des Regierungsrates und Kommissionsfassung, S. 25 f.) Auch unter dieser mit der Einführung der eidgenössischen Prozessgesetze geschaffenen kantonalen Rechtsordnung wurden Ausstandssachen, soweit sie durch das Kantonsgericht zu beurteilen waren und es sich nicht um Nichteintretensentscheide handelte, stets durch einen Spruchkörper bestehend aus mehreren Richtern beurteilt und zwar sowohl dann, wenn Beschwerden gegen Ausstandsentscheide der ersten Instanz als auch Ablehnungsbegehren gegen Kantonsrichter zu behandeln waren (vgl. z.B. BEK 2014 46 Beschluss vom 16. Mai 2014; BEK 2017 29 Beschluss vom 27. März 2017; GGE 2015 2 Beschluss vom 12. Oktober 2015, ZK1 2017 10 Beschluss vom 15. Mai 2017; STK 2016 13 Beschluss vom 2. Juni 2016; ZK2 2013 35 Beschluss vom 17. Juli 2013; ZK2 2017 10 Beschluss vom 11. April 2017). In Ausstandssachen, welche Richter der ersten Instanz betrafen, tolerierte es das Kantonsgericht als Beschwerdeinstanz indessen, dass der Ausstandsentscheid durch einen anderen Einzelrichter des betreffenden Gerichts getroffen wurde, sofern sich das Ausstandsge-such gegen einen Einzelrichter richtete (vgl. z.B. ZK2 2012 32 Beschluss vom 30. August 2012; ZK2 2012 57 Beschluss vom 8. Januar 2013; ZK2 2015 24 Beschluss vom 7. Oktober 2015; ZK2 2017 10 Beschluss vom 11. April 2017).

Mit der Gesetzesvorlage vom 25. Oktober 2017 (Amtsblatt Nr. 44 vom 3. November 2017, S. 2392 ff.), in Kraft seit 1. Februar 2018 (Amtsblatt Nr. 2 vom 12. Januar 2018, S. 82 f), blieben die kantonalen Bestimmungen über das Ausstandsverfahren in Zivilsachen unverändert. Indessen

wurde der Ausstand in der Verwaltungsrechtspflege neu geregelt und § 138 JG wie folgt geändert:

¹Über ein Streitiges Ausstandsbegehren eines Mitgliedes entscheiden die Justizbehörden, die Verwaltungsbehörden oder -kommissionen in Abstand des betreffenden Mitgliedes.

²Fällt durch den Abstand die Beschlussfähigkeit dahin, entscheidet über den Ausstand die Aufsichtsbehörde und beim Verwaltungsgericht das Kantonsgericht.

³Über Ausstandsbegehren gegen Gerichtsschreiber oder Kanzleipersonal entscheidet das Gericht; über Ausstandsbegehren gegen Schreiber und Sekretäre von Behörden und Kommissionen entscheiden diese.(...).

§ 138 JG in der heutigen Fassung enthält keine einzelrichterliche oder präsidiale Kompetenz zum Entscheid in Ausstandssachen. Vielmehr spricht die Bestimmung von den Justizbehörden, Verwaltungsbehörden oder -kommissionen, welche in Abstand des betreffenden Mitgliedes zu entscheiden haben. Aus Absatz 2 ergibt sich zudem explizit, dass beim Entscheid die Beschlussfähigkeit gegeben sein muss, ansonsten die Aufsichtsbehörde oder beim Verwaltungsgericht das Kantonsgericht entscheidet. Dass die Beschlussfähigkeit weiterhin gegeben sein muss, spricht klarerweise dafür, dass der Entscheid durch den mit der Hauptsache befassten Spruchkörper unter Zuzug eines anderen, nicht abgelehnten Mitgliedes zu erfolgen hat und nicht bloss durch den Präsidenten oder ein anderes Mitglied des Spruchkörpers allein. § 138 JG steht zwar im Abschnitt über die Verwaltungsrechtspflege. Die Bestimmung steht aber im Einklang mit der bisherigen kantonalen Rechtsordnung und Praxis. Eine Absicht des Gesetzgebers, in Zivilsachen eine andere Regelung herbeizuführen, ist nicht ersichtlich. Nichts spricht deshalb dagegen, § 138 JG auch für die Auslegung der funktionellen Zuständigkeit in zivilrechtlichen Ausstandssachen miteinzubeziehen.

c) Zu prüfen bleibt, ob sich die Kompetenz des Bezirksgerichtspräsidenten in Ausstandssachen auf § 40 Abs. 2 JG stützen lässt. Gemäss dieser Bestimmung kann über Nichteintreten, Verfahrensabschreibung, Zwischenfragen, insbesondere vorsorgliche Massnahmen, unentgeltliche Rechtspflege, Sicherheitsleistungen und Beweisabnahmen, sowie genehmigungsbedürftige Vereinbarungen präsidial entschieden werden. Zudem führt der Präsident die Instruktionsverhandlungen durch. Vorab festzuhalten ist, dass die Kompetenz des Präsidenten in Ausstandssachen auch hier nicht explizit erwähnt ist.

Unter dem alten kantonalen Recht waren die präsidialen Befugnisse in § 78 aGO abschliessend umschrieben. (...). Gegenüber diesem früheren

A 1.1

Recht trat mit dem heutigen § 40 Abs. 2 JG insoweit eine Änderung ein, als die in die Kompetenz des Präsidenten fallenden Zwischenfragen nicht mehr abschliessend, sondern nur noch beispielhaft aufgezählt werden, indem vor der Aufzählung der Zusatz „Zwischenfragen, insbesondere“ eingefügt wurde. Ausstandssachen gehören in aller Regel zweifellos zu den Zwischenfragen, sofern der Entscheid nicht mit der Sache selber erfolgt (Diggelmann, a.a.O., N 5 f. zu Art. 50; Wullschleger, a.a.O., N 6 zu Art. 50 ZPO). Auch hier sind die Gesetzesmaterialien jedoch wenig ergiebig. Im Bericht und Vorlage an den Kantonsrat ist unter Präsidialbefugnisse des damaligen § 38 E-JV lediglich vermerkt, dass die Prozessordnungen den Kantonen ihre Organisationsfreiheit belassen, sodass sie selber über die Zuweisung an Kollegial- oder Einzelgerichte bestimmen könnten. Die aufgezählten Präsidialbefugnisse ergäben sich entweder aus der Verfahrensleitung oder stellten einzelrichterliche Entscheide dar. Unter nachträglichen Verfahren seien Verfahren gemäss Art. 363 ff. [StPO] zu verstehen. Die Grundlagen für die Sitzungspolizei stellten Art. 63 f. StPO und Art. 128 ZPO dar (RRB Nr. 351/2009 vom 31. März 2009, Justizverordnung Bericht und Vorlage an den Kantonsrat, S. 20). (...). Es wäre aufgrund der Bedeutung der Ausstandssachen zu erwarten gewesen, dass der Gesetzgeber, wenn er entgegen der bisherigen kantonalen Rechtslage und Praxis eine präsidiale Befugnis in Ausstandssachen hätte einführen wollen, dies explizit in die Aufzählung im Gesetz aufgenommen oder zumindest in den Erläuterungen zur Gesetzesvorlage erwähnt hätte. Dass er dies nicht tat, spricht dafür, dass er diesbezüglich nichts ändern wollte.

d) Entgegen der Ansicht der Beklagten in der Stellungnahme vom 6. September 2019 lässt sich die Kompetenz des Einzelrichters bzw. Gerichtspräsidenten auch nicht aus § 31 Abs. 2 lit. d JG herleiten, wonach es [das Bezirksgericht] einzelrichterlich die summarischen Verfahren einschliesslich gerichtliche Verbote beurteilt. Abgesehen davon, dass in dieser Stellungnahme die Kompetenzen von Einzelrichter und Gerichtspräsident miteinander vermengt werden, geht es in § 31 Abs. 2 lit. d JG nicht um die Prozessleitung oder Zwischenfragen, welche in § 40 Abs. 2 JG geregelt sind, sondern um die summarischen Verfahren gemäss Art. 248 ff. ZPO und jene gemäss den kantonalen Einführungsgesetzen.

e) Ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass auch in Strafsachen keine präsidiale Kompetenz betreffend Ausstandssachen auszumachen ist. Gemäss Art. 59 Abs. 1 lit. b und c StPO entscheidet die Beschwerdeinstanz, wenn die Staatsanwaltschaft, die Übertretungsstrafbehörden oder die erstinstanzlichen Gerichte betroffen sind und das Berufungsgericht, wenn die

Beschwerdeinstanz oder einzelne Mitglieder des Berufungsgerichts betroffen sind. Ausstandsentscheide in Strafsachen ergehen somit aufgrund der kantonalen Behördenstruktur (vgl. § 11 JG) stets durch einen Spruchkörper bestehend aus mehreren Mitgliedern, abgesehen von Nichteintretensentscheiden. Explizit nicht zuständig für Ausstandsentscheide in Strafsachen ist der Präsident oder die Präsidentin bzw. die Verfahrensleitung (vgl. auch Art. 61-65 StPO).

f) Zusammenfassend ergibt sich, dass insbesondere aufgrund der Entstehungsgeschichte, der bisherigen Praxis und dem Vergleich mit anderen Rechtsgebieten eine präsidiale Kompetenz betreffend Ausstandssachen bei den erstinstanzlichen Gerichten (auch) in Zivilsachen zu verneinen ist, wenn der Entscheid in der Hauptsache durch das Gesamtgericht oder eine Kammer, also einen Spruchkörper bestehend aus mehreren Richtern zu treffen ist. Nach wie vor erscheint es indessen als zulässig, dass in Zivilsachen ein Einzelrichter der ersten Instanz über den Ausstand eines anderen Einzelrichters entscheidet (in diesem Sinne auch: Diggelmann, a.a.O., Fn 3 zu § 50 ZPO). (...).

(Beschluss vom 26. September 2019, ZK2 2019 40).

2. Zivilrecht

2.1 Teilurteil im Scheidungspunkt, Spruchreife

- *Auch ein abweichend vom Grundsatz der Einheit des Scheidungsurteils (Art. 283 Abs. 1 ZPO) zulässiges Teilurteil im Scheidungspunkt setzt im Hinblick auf die Spruchreife (Art. 236 Abs. 1 ZPO) die Durchführung eines ordnungsgemässen Verfahrens voraus: Die Ehegatten sind getrennt anzuhören (Erw. 1.d und e) und zur Interessenabwägung ist ein kontradiktorisches Verfahren bzw. mangels Verzicht eine mündliche Hauptverhandlung durchzuführen (Erw. 1.f und g).*

Aus den Erwägungen:

1. Im Ehescheidungsverfahren gilt der sog. Grundsatz der Einheit des Scheidungsurteils, d.h. das Gericht hat im Entscheid betreffend den

A 2.1

Scheidungs punkt auch über die Nebenfolgen der Ehescheidung zu befinden (Art. 283 Abs. 1 ZPO). Ausnahmen bestehen für das Güterrecht, welches aus wichtigen Gründen in ein separates Verfahren verwiesen werden kann (Art. 283 Abs. 2 ZPO) sowie in bestimmten Fällen für Ausgleichsansprüche aus der beruflichen Vorsorge (Art. 281 Abs. 3 ZPO). Als weitere Ausnahme vom Grundsatz der Einheit des Scheidungsurteils ist nach neuester bundesgerichtlicher Rechtsprechung ein Teilentscheid im Scheidungspunkt nicht ausgeschlossen, wenn die Ehegatten einem solchen zustimmen oder das Interesse des einen Ehegatten an einem Teilurteil das Interesse des anderen an einem gleichzeitigen Entscheid über Scheidung und Scheidungsfolgen überwiegt. Widersetzt sich ein Ehegatte der Ausfällung eines Teilentscheides im Scheidungspunkt, ist somit eine Interessenabwägung vorzunehmen (BGE 144 III 298, E. 6.4 und 7; Urteil BGer 5A_426/2018 vom 15. November 2018, E. 2.3).

Ist ein Teilurteil im Scheidungspunkt grundsätzlich zulässig, so stellt sich in prozessualer Hinsicht die Frage, wann der Scheidungspunkt spruchreif ist. Spruchreife liegt vor, wenn der Sachverhalt so weit abgeklärt ist, dass über die Rechtsbegehren mit ausreichender rechtlicher Begründung entschieden werden kann. Mit anderen Worten müssen sämtliche Entscheidungsgrundlagen vorliegen, um über die Begründetheit des geltend gemachten Anspruchs befinden zu können (Steck/Brunner, in: Basler Kommentar zur ZPO, 3. A., Basel 2017, N 12 zu Art. 236 ZPO; BGE 140 III 450, E. 3.2). Voraussetzung der Spruchreife ist überdies, dass das gesetzlich vorgeschriebene Verfahren ordnungsgemäss durchgeführt worden ist (Steck/Brunner, a.a.O., N 12a zu Art. 236 ZPO; BGE 140 III 450, E. 3.2). (...).

d) (...). Somit ist eine getrennte und gemeinsame Anhörung durchzuführen (Art. 287 ZPO i.V.m. Art. 112 Abs. 2 ZGB; Fankhauser, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, Kommentar zur ZPO, 3. A., Zürich/Basel/Genf 2016, N 6 zu Art. 292 ZPO). Dabei hat sich das Gericht davon zu überzeugen, dass der Scheidungswille beider Ehegatten (sowie eine allfällige Teileinigung über die Scheidungsnebenfolgen) ihrem jeweiligen freien Willen und reiflicher Überlegung entsprechen (Art. 112 Abs. 2 i.V.m. Art. 111 Abs. 1 und 2 ZGB). (...).

e) (...). Im Hinblick auf den Scheidungsgrund besteht der Hauptzweck der Anhörung darin, herauszufinden, ob ein Ehegatte durch den anderen (oder durch Dritte) diesbezüglich unter Druck gesetzt oder sein Wille sonst in unzulässiger Weise beeinflusst wurde (BBl 1996 I 86; Fankhauser, a.a.O., N 12 zu Art. 111 ZGB). Diese Überprüfung setzt eine Einzelanhörung voraus, welche zudem zeitlich vor der gemeinsamen Befragung zu

erfolgen hat (BBI 1996 I 86; Fankhauser, a.a.O., N 13 zu Art. 111 ZGB). Damit erweist sich die getrennte Anhörung der Ehegatten als ein wesentliches Element des Scheidungsverfahrens nach Art. 111 bzw. Art. 112 ZGB. Indem die Vorinstanz keine getrennte Anhörung durchführte, beging sie einen wesentlichen Verfahrensfehler, welcher weder in zweiter Instanz geheilt noch ausser Acht gelassen werden kann. Bereits aus diesem Grund ist die Sache zur Durchführung eines ordnungsgemässen Verfahrens an die Vorinstanz zurückzuweisen.

f) Liegt ein Antrag um Erlass eines Teilurteils im Scheidungspunkt vor und stimmt der andere Ehegatte diesem nicht zu, hat – wie bereits erwähnt – gemäss neuster bundesgerichtlicher Rechtsprechung zusätzlich eine Interessenabwägung stattzufinden (BGE 144 III 298, E. 6.4 und 7; Urteil BGer 5A_426/2018 vom 15. November 2018, E. 2.3). Diese Interessenabwägung erfolgt aufgrund der konkreten Umstände im Einzelfall (vgl. die Argumentation in BGE 144 III 298, E. 7 und Urteil BGer 5A_426/2018 vom 15. November 2018, E. 3). Wird der Anspruch auf ein Teilurteil bejaht, fällt das Gericht einen Endentscheid betreffend den Scheidungspunkt, sodass auch diesbezüglich ein spruchreifer Sachverhalt vorliegen muss (vgl. Art. 236 Abs. 1 ZPO). Nachdem eine Interessenabwägung dann vorzunehmen ist, wenn ein Ehegatte einem Teilurteil im Scheidungspunkt nicht zustimmt, wird der diesem Punkt zugrundeliegende Sachverhalt regelmässig umstritten sein. In verfahrensrechtlicher Hinsicht präsentiert sich die Situation wie bei einer strittig gebliebenen Scheidungsfolge. Das Verfahren ist deshalb kontradiktorisch fortzusetzen, wobei das Gericht die Parteirollen verteilen kann (analog Art. 288 Abs. 2 ZPO). Die Ehescheidung wird im ordentlichen Verfahren beurteilt (vgl. Honegger, in: FamKomm Scheidung, 3. A., Bern 2017, Anhang ZPO, N 4 zu Art. 274 ZPO). Das Verfahren muss schriftlich durchgeführt werden (Art. 291 Abs. 3 ZPO; Fankhauser, a.a.O., N 13 zu Art. 288 ZPO). Das Gericht hat demnach den Parteien Frist für eine schriftliche Begründung ihrer Rechtsbegehren anzusetzen (Bähler, in: DIKE-Kommentar zur ZPO, 2. A., St. Gallen 2016, N 44 zu Art. 288 ZPO; Fankhauser, Kommentar zur ZPO, a.a.O., N 12 zu Art. 288 ZPO). Erfordern es die Verhältnisse, kann ein zweiter Schriftwechsel angeordnet werden (Art. 225 ZPO). In der Folge wird – falls die Parteien nicht gemeinsam auf die Durchführung einer Hauptverhandlung verzichten (Art. 233 ZPO) – eine Hauptverhandlung stattfinden (vgl. Art. 228 ff. ZPO), zu welcher die Parteien persönlich zu erscheinen haben (Art. 278 ZPO). Im Hinblick auf ein allfälliges Beweisverfahren (Art. 231 ZPO) gilt es zu berücksichtigen, dass für den Scheidungspunkt der eingeschränkte Untersuchungsgrundsatz gilt (Art. 277 Abs. 3 ZPO). In beweis-

A 2.2

rechtlicher Hinsicht hat gemäss der allgemeinen Regel der Beweislastverteilung diejenige Partei das Vorhandensein einer behaupteten Tatsache zu beweisen, welche aus ihr Rechte ableitet (Art. 8 ZGB). Demnach trägt der Ehegatte, welcher die Ausfällung eines Teilurteils im Scheidungspunkt beantragt, die Beweislast für die Tatsachen, welche seinem überwiegenden Interesse zugrunde liegen. Wie bereits erwähnt, gilt für den Scheidungspunkt – und damit auch für den der Interessenabwägung zugrundeliegenden Sachverhalt – der eingeschränkte Untersuchungsgrundsatz (Art. 277 Abs. 3 ZPO).

g) Die Berufungsgegnerin reichte ein schriftlich begründetes Gesuch um Ausfällung eines Teilurteils im Scheidungspunkt ein, woraufhin der Berufungsführer aufforderungsgemäss ebenfalls schriftlich eine begründete Stellungnahme einreichte. Die Vorinstanz traf daraufhin betreffend Teilurteil im Scheidungspunkt keine weiteren prozessleitenden Anordnungen mehr. Beide Parteien reichten in Wahrnehmung ihres verfassungsmässigen Replikrechts weitere Eingaben ein. Somit konnten sich beide Parteien mindestens zwei Mal schriftlich zum Gesuch äussern bzw. fand faktisch ein doppelter Schriftenwechsel statt. Keine der Parteien verzichtete hingegen im Sinne von Art. 233 ZPO auf die Durchführung einer mündlichen Hauptverhandlung. Die Vorinstanz hätte deshalb eine mündliche Hauptverhandlung abhalten müssen, was sie nach Rückweisung der Sache ebenfalls nachzuholen hat.

(Urteil vom 1. Oktober 2019, ZK1 2019 3 = CAN 1-20 Nr. 13).

2.2 Alternierende Obhut

- *Voraussetzungen für die Anordnung der alternierenden Obhut (Erw. 2.b).*
- *Grundzüge der Unterhaltsberechnung (Erw. 13).*
- *Konkrete Berechnung der Kindes- und Ehegattenunterhaltsbeiträge unter Einbezug der Gewinnverteilung auf das Kind (Erw. 13.a und b).*

Aus den Erwägungen:

2.b) (...). Mit der gemeinsamen elterlichen Sorge geht nicht notwendigerweise die Errichtung einer alternierenden Obhut einher. Vielmehr muss der mit dieser Frage befasste Richter gestützt auf Art. 298 Abs. 2ter ZGB prüfen, ob dieses Betreuungsmodell möglich und mit dem Wohl des Kindes vereinbar ist. Das Kindeswohl gilt als oberste Maxime des Kindesrechts und ist für die Regelung des Eltern-Kind-Verhältnisses immer der

entscheidende Faktor, während die Interessen und Wünsche der Eltern in den Hintergrund zu treten haben. Ob die alternierende Obhut überhaupt in Frage kommt und ob sie sich mit dem Kindeswohl verträgt, hängt von den konkreten Umständen ab. Das bedeutet, dass der Richter gestützt auf festgestellte Tatsachen der Gegenwart und der Vergangenheit eine sachverhaltsbasierte Prognose darüber zu stellen hat, ob die alternierende Obhut als Betreuungslösung aller Voraussicht nach dem Wohl des Kindes entspricht (BGE 142 III 612 E. 4.2 S. 614 f.). Die alternierende Obhut kommt grundsätzlich nur dann in Frage, wenn beide Eltern erziehungsfähig sind. Weiter erfordert die alternierende Obhut organisatorische Massnahmen und gegenseitige Informationen. Insofern setzt die praktische Umsetzung einer alternierenden Betreuung voraus, dass die Eltern fähig und bereit sind, in den Kinderbelangen miteinander zu kommunizieren und zu kooperieren. Zu berücksichtigen ist ferner die geographische Situation, namentlich die Distanz zwischen den Wohnungen der beiden Eltern, und die Stabilität, welche die Weiterführung der bisherigen Regelung für das Kind gegebenenfalls mit sich bringt. In diesem Sinne fällt die alternierende Obhut eher in Betracht, wenn die Eltern das Kind schon vor ihrer Trennung abwechselnd betreuten. Weitere Gesichtspunkte sind die Möglichkeit der Eltern, das Kind persönlich zu betreuen, das Alter des Kindes, seine Beziehungen zu (Halb- oder Stief-)Geschwistern und seine Einbettung in ein weiteres soziales Umfeld. Auch dem Wunsch des Kindes ist Beachtung zu schenken, selbst wenn es bezüglich der Frage der Betreuungsregelung (noch) nicht urteilsfähig ist (BGE 142 III 612 E. 4.3 S. 615 f.).

13. Für die Zeit ab Beginn der alternierenden Obhut ist zunächst der Bedarf aller Beteiligten zu decken, also der Unterhalt von I., jener der/des Unterhaltsverpflichteten sowie der Betreuungsunterhalt. Letzterer ergibt sich aus der Differenz zwischen den Lebenshaltungskosten und dem eigenen Einkommen des betreuenden Elternteils (vgl. Frei/Kessler/Wyss/Imhof, Irrgarten Unterhaltsrecht, Anwaltsrevue 2018, S. 151 ff., S. 152 mit zahlreichen Hinweisen auf die Literatur). Die Bemessung des Betreuungsunterhalts nach dem Lebenshaltungskostenansatz ist die adäquateste und vom Kantonsgericht gewählte Lösung (vgl. Beschluss ZK2 2017 84 vom 9. Juli 2018 [= EGV-SZ 2018 A 2.2] E. 5b mit Hinweis auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung). Erst dann werden der Ehegattenunterhalt bzw. die Überschussanteile aller Beteiligten berechnet.

Es besteht noch keine gefestigte Praxis, wie die Unterhaltsbeiträge konkret zu berechnen sind. In Anbetracht der bereits vorliegenden Literatur und kantonalen Rechtsprechung (vgl. Schweighauser, in Schwenzer/Fankhauser, Scheidung, Band I: ZGB, 3. A., 2017, N 47, 49, 92 und 102;

A 2.2

Fountoulakis, in: Geiser/Fountoulakis: Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, 6. A., 2018, N 24 zu Art. 285 ZGB; Entscheid ZB.2014.44 des Appellationsgerichts des Kantons Basel-Stadt vom 13. April 2017 E. 5.9.3) sind folgende Grundsätze zu beachten: Das Existenzminimum des Kindes wird für jeden Elternteil separat berechnet. Es werden bei jedem Elternteil jene Existenzminimumpositionen des Kindes eingesetzt, welche bei diesem Elternteil tatsächlich anfallen, wie Anteil Wohnkosten, Krankenkassenprämien etc. Ebenso werden vom Existenzminimum des Kindes bei jedem Elternteil die Einkünfte, insbesondere die Kinderzulagen, in Abzug gebracht, bei dem sie tatsächlich anfallen. Der Wohnkostenanteil des Kindes wird bei beiden Elternteilen nach grossen und kleinen Köpfen und Anzahl Tagen pro Woche beim betreffenden Elternteil berechnet. Jeder Elternteil trägt die Kosten des Unterhalts des Kindes im Verhältnis ihrer Überschüsse über das Existenzminimum. Jeder Elternteil hat somit im Verhältnis seines Überschussanteils an die beim anderen Elternteil anfallenden Kinderkosten beizutragen. Jeder Elternteil trägt zudem die bei ihm nach Abzug des Geldbeitrages des anderen Elternteils anfallenden Kinderkosten. Auch das Kind hat einen Anspruch auf einen Überschussanteil, wobei der Gesamtüberschuss nach grossen (erwachsene Person) und kleinen (Kind) Köpfen aufzuteilen ist. Der Ehegattenunterhalt ist nach der Bezahlung eines allfälligen Betreuungsunterhalts so zu bemessen, dass beide Elternteile den gleichen Anteil am Gewinn haben, falls durchschnittliche Verhältnisse ohne Sparquote vorliegen.

a) Bei Gegenüberstellung von Einkommen und Bedarf (inklusive Steuern von je Fr. 300.00) ergibt sich für den Zeitraum ab Beginn der alternierenden Obhut, also ab 1. Juli 2018, weil der Berufung keine aufschiebende Wirkung zuerkannt wurde (vgl. auch E. 15 hinten), bis 31. August 2019 (Beginn des hypothetischen Arbeitspensums der Berufungsgegnerin von 80 % am 1. September 2019) folgendes Bild (bzgl. i. vgl. auch E. 8, 9d, 10b/bb und 11b vorne; bzgl. der Ehefrau vgl. insbesondere E. 7a und c sowie 10b/bb vorne; bzgl. des Ehemannes vgl. insbesondere E. 6e, 9d und 12c/bb [Steuern] vorne):

	Ehemann	Ehefrau	I. Anteil Vater	I. Anteil Mutter
Einkommen	Fr. 2'889.00	Fr. 5'130.85	Fr. 347.50	Fr. 90.00
./.(Bar-)Bedarf	Fr. 3'645.90	Fr. 3'593.30	Fr. 601.20	Fr. 600.00
Total	-Fr. 756.90	Fr. 1'537.55	-Fr. 253.70	-Fr. 510.00

Vom monatlichen Überschuss des Berufungsführers von Fr. 1'537.55 ist zunächst der Barbedarf von I. von Fr. 763.70 (Fr. 253.70 + Fr. 510.00) und das Manko der Berufungsgegnerin von Fr. 756.90 zu decken, weil die Berufungsgegnerin mit ihrem Einkommen nicht einmal für ihren eigenen Bedarf aufzukommen vermag. Daraus resultiert ein familiärer Überschuss von Fr. 16.95, wovon je 2/5 bzw. Fr. 6.78 auf die Parteien und 1/5 bzw. Fr. 3.39 auf I. aufzuteilen sind.

Hat der Berufungsführer den gesamten Bedarf von I. von Fr. 763.70 zu decken, davon also auch den Anteil der Berufungsgegnerin von Fr. 510.00, und ist wegen der hälftigen Betreuung von I. durch die Berufungsgegnerin die Hälfte des Überschusses von I., also Fr. 1.695 (1/2 x Fr. 3.39), im an die Berufungsgegnerin zu bezahlenden Kinderunterhaltsbeitrag einzubeziehen, ist der Berufungsführer zu verpflichten, der Berufungsgegnerin an den Unterhalt von I. ab 1. Juli 2018 bis 31. August 2019 (Beginn des hypothetischen Arbeitspensums der Berufungsgegnerin von 80 % am 1. September 2019) einen Barunterhalt von monatlich Fr. 511.695, abgerundet Fr. 510.00, zu bezahlen. Im Weiteren hat der Berufungsführer das Manko der Berufungsgegnerin von monatlich Fr. 756.90 bzw. abgerundet Fr. 755.00 zu decken, das rechtlich als Kinderunterhalt zu qualifizieren ist und als Betreuungsunterhalt bezeichnet wird (Allemann, Betreuungsunterhalt – Grundlagen und Bemessung, in: Jusletter 11. Juli 2016, S. 11). Der vom Berufungsführer zu leistende Unterhalt an I. beträgt somit insgesamt Fr. 1'265.00 pro Monat, bestehend aus Barunterhalt von Fr. 510.00 und dem Betreuungsunterhalt von Fr. 755.00. Zwar übersteigt dieser Betrag den vorinstanzlich ab 1. Juli 2018 gesprochenen Betrag von monatlich Fr. 690.00 und erhob die Berufungsgegnerin gegen die Verfügung der Vorinstanz vom 7. Juni 2018 keine Berufung. Indessen gilt bei der Festlegung der Kinderunterhaltsbeiträge die Officialmaxime bzw. das Verbot der reformatio in peius ist nicht einzuhalten, d.h. die Rechtsmittelinstanz kann den angefochtenen Entscheid zu Ungunsten der rechtsmittelführenden Partei abändern (BGer, Urteil 5A_165/2018 vom 25. September 2018 E. 3.4). Deshalb darf I. der höhere Unterhaltsbeitrag von total Fr. 1'265.00 zugesprochen werden. Im Weiteren hat der Berufungsführer der Berufungsgegnerin noch

A 2.2

deren Überschussanteil von Fr. 6.78 bzw. aufgerundet Fr. 10.00 pro Monat zu bezahlen. Dieser Betrag stellt den Beitrag an den persönlichen Unterhalt der Berufungsgegnerin dar, ist also Ehegattenunterhalt.

b) Ab 1. September 2019 (Beginn des hypothetischen Arbeitspensums der Berufungsgegnerin von 80 %) sind den Parteien höhere Steuern anzurechnen, weil sie wegen des höheren Einkommens der Berufungsgegnerin über mehr Einkommen verfügen werden. Die Steuern sind ermessensweise auf Fr. 500.00 festzusetzen. Bei Gegenüberstellung von Einkommen und Bedarf (inkl. Steuern von je Fr. 500.00) ergibt sich ab 1. September 2019 (Beginn des hypothetischen Arbeitspensums der Berufungsgegnerin von 80 %) folgendes Bild (vgl. E. 13a vorne; bzgl. des Einkommens der Ehefrau vgl. E. 7c vorne):

	Ehemann	Ehefrau	I. Anteil Vater	I. Anteil Mutter
Einkommen	Fr. 4'495.00	Fr. 5'130.85	Fr. 347.50	Fr. 90.00
./.. Bedarf	Fr. 3'845.90	Fr. 3'793.30	Fr. 601.20	Fr. 600.00
Total	Fr. 649.10	Fr. 1'337.55	- Fr. 253.70	-Fr. 510.00

Der Gesamtüberschuss der Parteien beläuft sich auf Fr. 1'986.65 (Fr. 649.10 + Fr. 1'337.55) pro Monat. Der Überschussanteil des Berufungsführers beträgt 67.327 % ($100 : \text{Fr. } 1'986.65 \times \text{Fr. } 1'337.55$) und jener der Berufungsgegnerin 32.673 % ($100 : \text{Fr. } 1'986.65 \times \text{Fr. } 649.10$). Die Parteien haben die Lebenskosten von I. prozentual zu ihren Überschüssen zu decken. Der Berufungsführer hat demnach 67.33 % des Anteils der Berufungsgegnerin von Fr. 510.00 bzw. Fr. 343.40 zu zahlen und trägt den gleichen Prozentanteil der bei ihm anfallenden Kosten für I. Daher hat die Berufungsgegnerin 32.67 % des Anteils des Berufungsführers bzw. Fr. 82.90 (32.67 % von Fr. 253.70) zu übernehmen und trägt den gleichen prozentualen Anteil der bei ihr anfallenden Kosten für I. Bei Verrechnung dieser Beträge ergibt sich, dass der Berufungsführer der Berufungsgegnerin für I. einen Betrag von Fr. 260.50 (Fr. 343.40 - Fr. 82.90) zu bezahlen hat. Zu berücksichtigen ist indessen auch noch der Überschussanteil von I. Weil der familiäre Überschuss von Fr. 1'222.95 (Fr. 649.10 + Fr. 1'337.55 - Fr. 253.70 - Fr. 510.00) nach grossen und kleinen Köpfen aufzuteilen ist (vgl. E. 13 Ingress vorne), hat I. einen Anspruch von Fr. 244.60 (1/5 von Fr. 1'222.95). Wegen der hälftigen Obhut ist der Überschuss von I. von

Fr. 244.60 je zur Hälfte bzw. zu je Fr. 122.30 auf die Parteien aufzuteilen. Der Berufungsführer hat 67.33 % seines Anteils am Überschuss von I. bzw. Fr. 82.35 ($\text{Fr. } 122.30 : 100 \times 67.33$) der Berufungsgegnerin und letztere hat 32.67 % ihres Anteils am Überschuss von I. bzw. Fr. 39.95 ($\text{Fr. } 122.30 : 100 \times 32.67$) dem Berufungsführer zu bezahlen. Demzufolge hat der Berufungsführer wegen des Überschussanteils für I. der Berufungsgegnerin verrechnungsweise einen Betrag von Fr. 42.40 zu bezahlen. Aus diesen Gründen hat der Berufungsführer der Berufungsgegnerin für I. einen Unterhalt (Barunterhalt) von total Fr. 302.90 ($\text{Fr. } 260.50 + \text{Fr. } 42.40$) bzw. gerundet Fr. 300.00 pro Monat zu leisten, und zwar ab 1. September 2019 (Beginn des hypothetischen Arbeitspensums der Berufungsgegnerin von 80 %).

Die Berufungsgegnerin muss mit ihrem Überschuss von Fr. 649.10 ihre Anteile an den Kosten von I. in der Höhe von 32.67 % von Fr. 763.70 ($\text{Fr. } 253.70$ und $\text{Fr. } 510.00$) bzw. Fr. 249.50 decken sowie den Gewinnanteil von I. in der Höhe von Fr. 79.90 tragen, weshalb ihr noch ein Betrag von Fr. 319.70 ($\text{Fr. } 649.10 - \text{Fr. } 249.50 - \text{Fr. } 79.90$) verbleibt. Weil aber der Gewinnanteil der Berufungsgegnerin Fr. 489.20 beträgt ($2/5$ von Fr. 1'222.95), ist der Berufungsführer zu verpflichten, der Berufungsgegnerin an deren persönlichen Unterhalt monatlich Fr. 169.50 ($\text{Fr. } 489.20 - \text{Fr. } 319.70$), gerundet Fr. 170.00 pro Monat zu bezahlen. Demgegenüber hat der Berufungsführer mit seinem Überschuss von Fr. 1'337.55 seine Anteile an den Kosten von I. in der Höhe von 67.33 % von Fr. 763.70 ($\text{Fr. } 253.70$ und $\text{Fr. } 510.00$) bzw. Fr. 514.20 zu decken sowie den Gewinnanteil von I. in der Höhe von Fr. 164.70 zu tragen, weshalb ihm noch ein Betrag von Fr. 658.65 ($\text{Fr. } 1'337.55 - \text{Fr. } 514.20 - \text{Fr. } 164.70$) verbleibt. Weil aber sein Gewinnanteil ebenso Fr. 489.20 beträgt ($2/5$ von Fr. 1'222.95), hat er der Berufungsgegnerin an deren persönlichen Unterhalt Fr. 169.45 ($\text{Fr. } 658.65 - \text{Fr. } 489.20$), gerundet Fr. 170.00 pro Monat zu bezahlen.

(Beschluss vom 4. März 2019, ZK2 2018 49).

3. Zivilprozessrecht

3.1 Schiedsvereinbarung im internationalen Verhältnis

- *Voraussetzungen für das Vorliegen eines internationalen Verhältnisses im Bereich der Schiedsgerichtsbarkeit (Erw. 3.a).*
- *Beim Entscheid über die Zuständigkeit fällt die vorfrageweise Überprüfung einer Schiedsvereinbarung trotz des Ausschlusses der Schiedsgerichtsbarkeit in die Zuständigkeit des angerufenen Gerichts (Erw. 3.b).*
- *An das Opting-out aus dem IPRG sind strenge Anforderungen zu stellen. Die Parteien müssen kumulativ die Anwendung des 12. Kapitels des IPRG ausdrücklich ausschliessen, den dritten Teil der ZPO für allein anwendbar erklären und die Vereinbarung grundsätzlich schriftlich abfassen (Erw. 3.c.bb).*

Aus den Erwägungen:

3. a) In Bezug auf internationale Verhältnisse bleiben gemäss Art. 2 ZPO die Bestimmungen des Bundesgesetzes vom 18. Dezember 1987 über das Internationale Privatrecht (IPRG) vorbehalten. Das IPRG regelt im internationalen Verhältnis gemäss Art. 1 Abs. 1 lit. a und b u.a. die Zuständigkeit der schweizerischen Gerichte oder Behörden und das anzuwendende Recht. Vorliegend haben sowohl der Berufungsführer als auch die Berufungsgegnerin Wohnsitz resp. Sitz in der Schweiz. Im Zeitpunkt der Unterzeichnung des Arbeitsvertrags mit der streitgegenständlichen Schiedsklausel am 28. resp. 29. November 2012 hatte der Berufungsführer unbestrittenermassen Wohnsitz in Casablanca, Marokko. Unter welchen Voraussetzungen ein internationales Verhältnis im Bereich der Schiedsgerichtsbarkeit vorliegt, regelt Art. 176 Abs. 1 IPRG (Pffiffer/Hochstrasser, in: Honsell/Vogt/Schnyder/Berti [Hrsg.], Basler Kommentar Internationales Privatrecht, 3. A. 2013, N 1 zu Art. 176 IPRG). Demnach gelten die Bestimmungen des 12. Kapitels betreffend die internationale Schiedsgerichtsbarkeit für Schiedsgerichte mit Sitz in der Schweiz, sofern beim Abschluss der Schiedsvereinbarung wenigstens eine Partei ihren Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt nicht in der Schweiz hatte. Massgebend sind nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung und entsprechend dem Gesetzestext ausschliesslich die Verhältnisse im Zeitpunkt des Abschlusses der Schiedsvereinbarung (Urteile des Bundesgerichts 4A_600/2016 vom 29. Juni 2017, E. 1.1.1 und 4A_254/2013 vom 19. November 2013,

E. 1.2.1). Hatte in diesem Moment wenigstens eine Partei ihren Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt im Ausland, ändert sich an der Anwendbarkeit des 12. Kapitels des IPRG nichts, wenn diese Partei nachträglich ihren Wohnsitz in die Schweiz verlegt, sodass im Moment der Einleitung des Schiedsverfahrens beide Parteien in der Schweiz domiziliert sind (Urteil des Bundesgerichts 4A_254/2013 vom 19. November 2013, E. 1.2.1; vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A_600/2016 vom 29. Juni 2017, E. 1.1.1). Angesichts dessen ging der Erstrichter zu Recht von einem internationalen Sachverhalt i.S.v. Art. 1 Abs. 1 IPRG aus.

b) Nach Art. 1 Abs. 2 IPRG sind völkerrechtliche Verträge und damit u.a. das Übereinkommen über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche (NYÜ) und das Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (LugÜ) vorbehalten. Das NYÜ ist vorliegend nicht anwendbar, weil das einzusetzende Schiedsgericht seinen Sitz in der Schweiz haben soll, das NYÜ aber nur zur Anwendung gelangt, wenn die Schiedsvereinbarung ein Schiedsverfahren mit Sitz im Ausland vorsieht (vgl. BGE 122 III 139, E. 2 = Pra 85 [1996] Nr. 226; vgl. Berti/Droese, in: Honsell/Vogt/Schnyder/Berti [Hrsg.], Basler Kommentar Internationales Privatrecht, 3. A. 2013, N 4 zu Art. 7 IPRG). Das LugÜ kommt zur Anwendung, sofern die zu entscheidende Rechtssache in dessen zeitlichen, räumlichen und sachlichen Anwendungsbereich fällt (Rohner/Lerch, in: Oetiker/Weibel [Hrsg.], Basler Kommentar Lugano Übereinkommen, 2. A. 2016, N 4 zu Art. 1 LugÜ). Die Schiedsgerichtsbarkeit ist vom Anwendungsbereich des LugÜ gemäss Art. 1 Abs. 2 lit. d zwar ausgeschlossen (vgl. auch Urteil des Handelsgerichts Zürich HG110135-O vom 23. Januar 2012, E. 4.2.1); die vorfrageweise Überprüfung, ob der Zuständigkeit des angerufenen staatlichen Gerichts eine Schiedsvereinbarung entgegensteht, fällt jedoch in den Anwendungsbereich des LugÜ respektive in die Zuständigkeit des angerufenen Gerichts, weil das Gericht über seine eigene Zuständigkeit entscheiden können muss (vgl. Rohner/Lerch, a.a.O., N 109 [c] zu Art. 1 LugÜ; vgl. Urteil des EuGH C-185/07 [EU:C:1998:543] vom 10. Februar 2009, N 27; vgl. Kren Kostkiewicz, Kommentar IPRG/LugÜ, 2. A. 2019, N 25 zu Art. 1 LugÜ). Die Zulässigkeit der Schiedsvereinbarung beurteilt sich nach dem nationalen Recht oder nach anderen Staatsverträgen (Acocella, in: Schnyder [Hrsg.], Lugano-Übereinkommen zum internationalen Zivilverfahrensrecht, Kommentar, 2011, N 126 zu Art. 1 LugÜ). Demnach ist zunächst nach Art. 7 i.V.m. Art. 176 ff. IPRG zu prüfen, ob die Parteien eine rechtsgültige Schiedsvereinbarung über eine schiedsfähige Streitsache trafen und somit die staatliche Gerichtsbarkeit ausschlossen.

A 3.1

c) Eine Schiedsklausel ist eine Übereinkunft, mit der sich zwei oder mehrere bestimmte oder bestimmbar Personen einigen, eine oder mehrere, bestehende oder bestimmte künftige Streitigkeiten verbindlich unter Ausschluss der ursprünglichen staatlichen Gerichtsbarkeit einem Schiedsgericht nach Massgabe einer unmittelbar oder mittelbar bestimmten rechtlichen Ordnung zu unterstellen (BGE 130 III 66, E. 3.1; Urteil des Bundesgerichts 4A_279/2010 vom 25. Oktober 2010, E. 3.1). Trafen die Parteien über eine schiedsfähige Streitsache eine Schiedsvereinbarung, so lehnt das angerufene schweizerische Gericht gemäss Art. 7 IPRG seine Zuständigkeit ab, es sei denn, der Beklagte habe sich vorbehaltlos auf das Verfahren eingelassen (lit. a), das Gericht stelle fest, die Schiedsvereinbarung sei hinfällig, unwirksam oder nicht erfüllbar (lit. b), oder das Schiedsgericht könne aus Gründen, für die der im Schiedsverfahren Beklagte offensichtlich einzustehen hat, nicht bestellt werden (lit. c).

aa) (...).

bb) Eine Schiedsvereinbarung ist unwirksam i.S.v. Art. 7 lit. b IPRG, wenn sie gänzlich nicht zustande kommt, sei es aus formellen oder materiellen Gründen, z.B. wegen Form- oder Willensmängeln, mangelnder Vertretungsmacht, inhaltlicher Unzulässigkeit oder wenn die Schiedsvereinbarung die Streitigkeit nicht erfasst (Berti/Droese, a.a.O., N 14 zu Art. 7 IPRG; Kren Kostkiewicz, a.a.O., N 6 zu Art. 7 IPRG). Die formelle Wirksamkeit der Schiedsvereinbarung richtet sich nach der Vorschrift von Art. 178 Abs. 1 IPRG, welche Schriftlichkeit der Schiedsvereinbarung resp. eine andere Form der Übermittlung verlangt, die den Nachweis der Vereinbarung durch Text ermöglicht. Die materielle Wirksamkeit bestimmt sich nach Art. 178 Abs. 2 IPRG (Buhr/Gabriel/Schramm, in: Furrer/Girsberger/Müller-Chen [Hrsg.], Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3. A. 2016, N 7 f. zu Art. 7 IPRG), wonach eine Schiedsvereinbarung gültig ist, wenn sie wenigstens einer von drei möglichen Rechtsordnungen entspricht, nämlich entweder dem von den Parteien gewählten, dem auf die Streitsache anwendbaren oder dem schweizerischen Recht. Der Anwendungsbereich dieses Rechts erstreckt sich insbesondere auf die Regeln über den Vertragsabschluss, die Erfüllungstörungen, die Tragweite in objektiver und subjektiver Hinsicht und das Erlöschen der Schiedsabrede (Gränicher, in: Honsell/Vogt/Schnyder/Berti [Hrsg.], Basler Kommentar Internationales Privatrecht, 3. A. 2013, N 24 f. zu Art. 178 IPRG). Ist die Gültigkeit der Schiedsvereinbarung nach schweizerischem Recht zu beurteilen, so bedarf es übereinstimmender gegenseitiger Willensäusserungen über die essentialia negotii, d.h. über die Absicht der Parteien,

ihren Rechtsstreit einem Schiedsgericht zur verbindlichen Entscheidung zu unterbreiten, sowie über die Bestimmung des Streitgegenstands, der den Schiedsrichtern unterbreitet werden soll (vgl. Gränicher, a.a.O., N 30 zu Art. 178 IPRG; vgl. BGE 138 III 29, E. 2.1). Die Auslegung einer Schiedsvereinbarung folgt den für die Auslegung privater Willenserklärungen allgemein geltenden Grundsätzen. Massgebend ist in erster Linie das übereinstimmende tatsächliche Verständnis der Parteien zu den ausgetauschten Erklärungen. Kann ein solcher tatsächlicher Parteiwille nicht festgestellt werden, ist die Schiedsvereinbarung objektiviert auszulegen, d.h. der mutmassliche Parteiwille ist zu ermitteln, wie er vom jeweiligen Erklärungsempfänger nach Treu und Glauben verstanden werden durfte und musste (BGE 133 III 66, E. 3.2; vgl. BGE 138 III 29, E. 2.2.3; Urteil des Bundesgerichts 4A_279/2010 vom 25. Oktober 2010, E. 3.1). Des Weiteren setzt eine wirksame Schiedsvereinbarung einen schiedsfähigen Streitgegenstand i.S.v. Art. 177 IPRG voraus (vgl. Buhr/Gabriel/Schramm, a.a.O., N 6 zu Art. 7 IPRG), wonach der Streitgegenstand vermögensrechtlicher Natur sein muss und die Parteien parteifähig sein müssen (vgl. Kren Kostkiewicz, a.a.O., N 2 und 16 f. zu Art. 177 IPRG). Im Unterschied hierzu ist in der Binnenschiedsgerichtsbarkeit nach Art. 354 ZPO die freie Verfügbarkeit des Anspruchs Voraussetzung für die Schiedsfähigkeit, und nicht bloss dessen vermögensrechtliche Natur wie in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit (vgl. Courvoisier/Wenger, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. A. 2016, N 1 und 3 zu Art. 354 ZPO; vgl. BGE 144 III 235, E. 2.2.2). Der dritte Teil der ZPO und somit auch Art. 354 ZPO findet aber gemäss Art. 176 Abs. 2 IPRG nur Anwendung, wenn die Parteien dies vereinbaren und die Geltung des 12. Kapitels des IPRG durch eine ausdrückliche Erklärung in der Schiedsvereinbarung oder in einer späteren Übereinkunft ausschliessen (sog. Opting-out; Pfiffner/Hochstrasser, a.a.O., N 40 zu Art. 176 IPRG). An ein solches Opting-out aus dem IPRG sind strenge Anforderungen zu stellen und die Parteien müssen kumulativ die Anwendung des 12. Kapitels des IPRG ausdrücklich ausschliessen, den dritten Teil der ZPO für allein anwendbar erklären und die Vereinbarung grundsätzlich schriftlich abfassen (vgl. Pfiffner/Hochstrasser, a.a.O., N 42 zu Art. 176 IPRG; vgl. Kren Kostkiewicz, Schweizerisches Internationales Privatrecht, 2. A. 2018, N 3184; vgl. Kren Kostkiewicz, a.a.O., N 14 zu Art. 176 IPRG, m.w.H.).

cc) Wird vor dem angerufenen staatlichen Gericht wie vorliegend der Einwand dessen Unzuständigkeit zugunsten eines Schiedsgerichts mit Sitz in der Schweiz erhoben, steht dem staatlichen Gericht nach konstanter bundesgerichtlicher Rechtsprechung nur eine beschränkte Kognition

A 3.1

zu: Es hat seine Zuständigkeit abzulehnen, wenn nicht eine summarische Prüfung der Schiedsvereinbarung deren Hinfälligkeit, Unwirksamkeit oder Nichterfüllbarkeit ergibt. Im Zweifel ist zugunsten des Schiedsgerichts zu entscheiden. Das staatliche Gericht darf sich also nur für zuständig erklären, wenn offensichtlich keine wirksame Schiedsvereinbarung vorliegt (BGE 138 III 681, E. 3.2, m.w.H.; vgl. BGE 122 III 139, E. 2b = Pra 85 [1996] Nr. 226). Dies gilt nicht nur für das Zustandekommen und die Gültigkeit der Schiedsvereinbarung, sondern auch, wenn Uneinigkeit darüber besteht, ob sich die Schiedsvereinbarung auf die vor dem staatlichen Gericht geltend gemachten Ansprüche erstreckt (inhaltliche Tragweite der Schiedsvereinbarung; vgl. BGE 138 III 681, E. 3.3; vgl. Kren Kostkiewicz, a.a.O., N 4 zu Art. 7 IPRG). (...).

4. (...).

f) Aufgrund der summarischen Prüfung der (...) schriftlich vereinbarten Schiedsklausel kann festgehalten werden, dass die Parteien kein Opting-out i.S.v. Art. 176 Abs. 2 IPRG vereinbarten, dass ein objektiv schiedsfähiger Anspruch i.S.v. Art. 177 Abs. 1 IPRG vorliegt und dass sich die Parteien (...) über sämtliche essentialia negotii einigten, indem sie den Streitgegenstand bestimmten, welcher von einem Schiedsgericht entschieden werden soll („any dispute concerning the construction, interpretation and or judicial implication of the agreement or concerning aspects of the employment, including dismissal“), und indem sie ihre Absicht kundtaten, ihren Rechtsstreit einem Schiedsgericht zu unterbreiten („shall be settled by arbitration“). Im Übrigen kann auf die im Berufungsverfahren unbeanstandeten zutreffenden Ausführungen des Erstrichters verwiesen werden, wonach die Schiedsklausel erfüllbar sowie nicht offensichtlich ungültig ist (§ 45 Abs. 5 JG). Die streitgegenständliche Schiedsvereinbarung erweist sich somit weder als hinfällig, unwirksam oder nicht erfüllbar, weshalb der Erstrichter gestützt auf Art. 7 IPRG seine Zuständigkeit zu Recht ablehnte. Dass die Geltendmachung seines Anspruchs vor den staatlichen Gerichten resp. der Schlichtungsbehörde gemäss Art. 113 Abs. 2 lit. d ZPO kostenlos wäre, wie dies der Berufungsführer geltend macht, ist unerheblich, weil die Parteien die vorliegende Streitsache mit der Schiedsklausel (...) der staatlichen Gerichtsbarkeit entzogen. (...).

(Beschluss vom 16. April 2019, ZK1 2017 48).

3.2 Sicherheit für die Parteientschädigung

- Art. 99 Abs. 1 lit. a ZPO: Voraussetzungen sowie Behauptungs- und Beweislast bei einer Wohnsitzverlegung (Erw. 3.d).

Aus den Erwägungen:

d) aa) Aus Wortlaut und Zusammenhang von Art. 99 Abs. 1 lit. a und d ZPO ergibt sich, dass das Gesetz im Fall des fehlenden klägerischen Wohnsitzes oder Sitzes in der Schweiz unwiderlegbar von einer erheblichen Gefährdung der Einbringlichkeit der Parteientschädigung für die beklagte Partei ausgeht, die der beklagten Partei Anspruch auf Sicherstellung gibt, mit der die Gefährdung beseitigt wird, unter Vorbehalt der in Art. 99 Abs. 2 und 3 ZPO genannten Ausnahmen oder einer abweichenden staatsvertraglichen Regelung (BGer, Urteil 4A_46/2015 vom 27. März 2015 E. 4.3). Der Wohnsitz einer Person befindet sich an dem Ort, wo sie sich mit der Absicht dauernden Verbleibens aufhält (Art. 23 Abs. 1 ZGB), was voraussetzt, dass sie den in Frage stehenden Ort zu ihrem persönlichen und beruflichen Lebensmittelpunkt machen will. Zwei Merkmale müssen mithin für die freiwillige Begründung eines Wohnsitzes erfüllt sein: ein tatsächlicher Aufenthalt von einer gewissen Dauer an einem bestimmten Ort als objektives äusseres Merkmal und die Absicht dauernden Verbleibens an dem betreffenden Ort als subjektives inneres Merkmal. Dabei kommt es nicht auf den inneren Willen, sondern darauf an, auf welche Absicht die erkennbaren Umstände objektiv schliessen lassen. Die Absicht dauernden Verbleibens ist mit anderen Worten kein rein subjektiv bzw. voluntativ bestimmtes Tatbestandselement. Vielmehr muss sie, für Dritte erkennbar, aus den Umständen hervorgehen (BGE 134 V 236 E. 2.1 = Pra 98/2009 Nr. 39; Hausheer/Aebi-Müller, Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 4. A. 2016, N 09.23 und 09.27). Feststellungen zu den Umständen, die auf eine bestimmte Absicht der betreffenden Person schliessen lassen und zu denen etwa das Verhalten gehört, sind tatsächlicher Natur. Ob aus den festgestellten Gegebenheiten objektiv die Absicht dauernden Verbleibens im Sinne von Art. 23 Abs. 1 ZGB hervorgeht, ist dagegen eine Frage rechtlicher Natur bzw. Rechtsfrage (BGer, Urteil 5A_733/2012 vom 16. November 2012 E. 2.1).

bb) Für den Entscheid über die Sicherheitsleistung sind die Verhältnisse im Zeitpunkt der erstinstanzlichen Beurteilung des entsprechenden Antrags massgebend (Zotsang, Prozesskosten nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2015, S. 128; Rüegg, Basler Kommentar, 3. A.

A 3.2

2017, N 6 zu Art. 99 ZPO; Kuster, in Baker & Mc Kenzie, Schweizerische Zivilprozessordnung, Handkommentar, 2010, N 9 zu Art. 99 ZPO). Für das Vorliegen eines Kautionsgrundes trägt grundsätzlich der antragstellende Beklagte die Behauptungs- und Beweislast (Suter/von Holzen, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. A. 2016, N 16 zu Art. 99 ZPO). Wer sich auf das Bestehen eines bestimmten Wohnsitzes beruft, hat dies zu beweisen (Art. 8 ZGB). Er kann sich dabei auf die Vermutung berufen, dass ein einmal begründeter Wohnsitz fort dauert (Art. 24 Abs. 1 ZGB), und das Bestehen irgendeines Wohnsitzes beweisen (Stahelin, Basler Kommentar, 6. A. 2018, N 28 zu Art. 23 ZGB). In seiner Klage führte der Kläger „(...), FL-9494 Schaan“ als seine Adresse auf. Auch im Zeitpunkt der Gesuchstellung im Juli 2018 hatte der Kläger gemäss seinen Ausführungen Wohnsitz im Fürstentum Liechtenstein bzw. der angebliche Wohnsitzwechsel in die Schweiz soll im September 2018 erfolgt sein. Bei dieser Sachlage ist vom Kläger zu verlangen, dass er die Begründung des neuen Wohnsitzes beweist (vgl. Stahelin, a.a.O., N 28 zu Art. 23 ZGB mit Verweis auf BGE 77 II 17 f.; vgl. auch BGer, Urteil 2C_175/2008 vom 22. August 2008 E. 4; Schmid/Schmid, Der Kautionsgrund bei der zivilprozessualen Sicherstellung der Parteientschädigung, in: AJP 5/2016, S. 679 f.). Die Behauptungs- und Beweislast für den Wohnsitzwechsel resp. die Absicht dauernden Verbleibens in der Schweiz liegt damit entgegen den vorderrichterlichen Erwägungen a priori beim Kläger.

cc) Der Kläger reichte mit seiner Stellungnahme vom 17. September 2018 eine Anmeldebestätigung der Gemeinde Feusisberg vom 12. September 2018 zu den Akten, gemäss welcher er per 1. September 2018 vom Fürstentum Liechtenstein an die (...) in 8834 Schindellegi gezogen sein soll. Der Vorderrichter ging gestützt auf diese sowie die vom Kläger mit Stellungnahme vom 16. November 2018 eingereichte Bestätigung des (ehemaligen) Vermieters in Liechtenstein, wonach der Kläger die dortige Wohnung im Laufe des Septembers ausgeräumt und gemäss vereinbarter Kündigungsfrist per 31. Oktober 2018 in ordnungsgemäsem Zustand an ihn zurückgegeben habe und sich alle ausgehändigten Schlüssel in seinem Besitz finden würden, vom Wohnsitz des Klägers in Schindellegi aus (...). Im summarischen Verfahren ist nebst dem Gesuch (Art. 252 ZPO) und der Stellungnahme (Art. 253 ZPO) grundsätzlich kein zweiter Schriftenwechsel vorgesehen. Dies schliesst nicht aus, dass mit der gebotenen Zurückhaltung ein zweiter Schriftenwechsel angeordnet werden kann, wenn er sich nach den Umständen als erforderlich erweist. Es besteht jedoch kein Anspruch der Parteien darauf, sich zweimal zur Sache zu äussern und der Aktenschluss tritt grundsätzlich nach einmaliger Äusserung ein (BGE 144

III 117 E. 2.1 und 2.2, S. 118). Den Parteien steht indes gestützt auf Art. 29 Abs. 1 BV und Art. 6 EMRK ein unbedingtes Replikrecht zu, d.h. ein unbedingter Anspruch darauf, zu sämtlichen Eingaben der Gegenpartei Stellung nehmen zu können und zwar unabhängig davon, ob diese neue und erhebliche Gesichtspunkte enthält (BGE 144 III 117 E. 2.1, S. 118; BGE 138 I 154 E. 2.3.3; BGE 137 I 195 E. 2.3.1; BGE 133 I 10 E. 4.3-4.7). Das Gericht kann zur Wahrung des (unbedingten) Replikrechts einen zweiten Schriftenwechsel anordnen oder den Parteien Frist für eine allfällige Stellungnahme ansetzen. Es kann Eingaben aber auch lediglich zur Kenntnisnahme zustellen, wenn von den Parteien erwartet werden kann, dass sie umgehend unaufgefordert Stellung nehmen oder eine Stellungnahme beantragen, was namentlich bei anwaltlich Vertretenen oder Rechtskundigen der Fall ist (BGE 138 I 484 E. 2.2; BGE 133 I 98 E. 2.2; BGER, Urteil 9C_367/2013 vom 10. Dezember 2013 E. 3.2). Vorliegend setzte der Vorderrichter weder einen zweiten Schriftenwechsel noch eine Hauptverhandlung an, sondern er stellte dem Kläger die jeweiligen Stellungnahmen der Gegenseite einzig zur Kenntnisnahme zu. Die Stellungnahme des Klägers vom 16. November 2018, mit welcher er die Bestätigung seines ehemaligen Vermieters zu den Akten reichte, erfolgte im Rahmen seines Replikrechts. Die Frage des Zeitpunktes des Aktenschlusses im summarischen Verfahren bzw. inwieweit Art. 229 ZPO im Summarverfahren greift (vgl. BGE 144 III 117 E. 2.2, mit Verweisen auf die unterschiedlichen Lehrmeinungen), kann vorliegend offengelassen werden (...). Inwiefern es ihm damals oder insbesondere mit Gesuchsantwort noch nicht möglich war, die besagte Bestätigung beizubringen oder zumindest deren Einreichung in Aussicht zu stellen, erwähnt der Kläger nicht. Oder anders gesagt, legt der Kläger die Novemberechtigung nicht näher dar, sondern er hielt lediglich fest, die neue Tatsache, dass er über keine Wohnung in Schaan FL verfüge, sei seit der letzten Stellungnahme eingetreten. Ungeachtet dessen lässt sich aus der Kündigung bzw. Rückgabe der Wohnung in Liechtenstein an den Vermieter für einen Wohnsitz in Schindellegi kein tatsächlicher Aufenthalt und keine Absicht dauernden Verbleibens im Sinne von Art. 23 Abs. 1 ZGB ableiten. Ebenso wenig reicht die formelle Anmeldung bzw. die Hinterlegung der Schriften bei einer Gemeinde für die Begründung eines Wohnsitzes aus. Zu den (nicht einzeln, vielmehr in einem gewissen Zusammenspiel) massgebenden äusseren Umständen für die Absicht dauernden Verbleibens gehören zwar unter anderem der Abschluss eines langjährigen Mietvertrages, die Schriftenhinterlegung am betreffenden Ort, der Erwerb der Niederlassungs- oder Aufenthaltsbewilligung sowie Mitgliedschaften in Ortsvereinen (Hausheer/Aebi-Müller, a.a.O., N 09.28). Es handelt sich hierbei aber lediglich um Indizien für eine entsprechende Absicht (Stahelin, a.a.O., N 23 zu Art. 23 ZGB).

A 3.2

Demzufolge stellt auch die Anmeldung in der Gemeinde Feusisberg nur ein Indiz für das Vorliegen eines dortigen Lebensmittelpunktes dar (vgl. BGer, Urteil 5A_733/2012 vom 16. November 2012 E. 2.2.1). Entscheidend kommt vorliegend hinzu, dass der Kläger in seiner Stellungnahme vom 17. September 2018 einzig festhielt, er habe, wie seit längerer Zeit geplant, in der Schweiz Wohnsitz genommen, um die Betreuung der gemeinsamen Tochter vereinfachen zu können. Näher begründete er den angeblichen Wohnsitzwechsel nicht. So lässt sich gestützt auf sein Vorbringen nicht feststellen, dass er seine intensivsten gesellschaftlichen, familiären und beruflichen Beziehungen neu in Schindellegi unterhält (vgl. Hausheer/Aebi-Müller, a.a.O., N 09.24). Jedenfalls lässt der Umstand, dass seine Tochter ebenfalls in Schindellegi in der Nähe wohnt, nicht ohne weiteres hierauf schliessen; erst recht nicht in Anbetracht dessen, dass er die Wohnung in Schindellegi bereits im März 2018 angemietet haben will und dennoch Schaan FL als seinen Wohnsitz deklarierte (...).

Auf entsprechende Einwände der Beklagten hin bestritt der Kläger in seiner Stellungnahme vom 16. Oktober 2018 einen Lebensmittelpunkt in Liechtenstein (...). Auf diese Argumente ging der Vorderrichter zu Recht nicht ein, zumal das Gesuch im summarischen Verfahren „vollständig“ sein muss. Die Parteien haben dem Gericht den Sachverhalt im Gesuch bzw. in der ersten Stellungnahme zu diesem beizubringen. Auch das Replikrecht dient nicht der Vervollständigung des Gesuchs resp. deren Beantwortung (vgl. u.a. Sutter-Somm/Lötscher, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. A. 2016, N 20 zu Art. 257 ZPO, wonach mittels Replikschrift neue Tatsachen und Beweismittel nicht unbeschränkt eingereicht werden können) (...).

Mangels (rechtzeitig behaupteter) tatsächlicher Gegebenheiten, aus denen objektiv die Absicht dauernden Verbleibens in Schindellegi hervorgeht, kann der rechtlichen Schlussfolgerung des Vorderrichters, wonach der Kläger seinen Wohnsitz in Schindellegi hat, mithin nicht gefolgt werden (...). Soweit eine tatsächliche Feststellung unter Verletzung rechtlicher Bestimmungen erfolgte, liegt ein Fall unrichtiger Rechtsanwendung vor (Freiburghaus/Afheldt, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, a.a.O., N 6 zu Art. 320 ZPO; Spühler, Basler Kommentar, a.a.O., N 5 zu Art. 320 ZPO). Zu beachten ist auch, dass nicht leichthin angenommen werden darf, eine Person begründe am neuen Aufenthaltsort einen Wohnsitz, wenn sie ihren Wohnsitz verlässt; ein entsprechender Wille muss sich deutlich manifestiert haben (BGer, Urteil 5A_733/2012 vom 16. November 2012 E. 2.1) (...). Schliesslich sind die Gründe, welche dazu führen, dass jemand seinen Lebensmittelpunkt an einen bestimmten Ort verlegt,

unerheblich. So kann beispielweise einer Person, welche ihren effektiven Lebensmittelpunkt dauernd an einen Ort verlegt, um an diesem eine Scheidungsklage einzureichen, nicht entgegengehalten werden, sie hätte bloss Aufenthalt zu einem Sonderzweck.

Das Motiv ist jedoch Indiz bei der Beurteilung der Frage, ob überhaupt ein neuer Lebensmittelpunkt begründet wurde (Staehelin, a.a.O., N 24 zu Art. 23 ZGB). (...).

(Beschluss vom 26. September 2019, ZK2 2019 31).

3.3 Unentgeltliche Rechtspflege im Schlichtungsverfahren

- Zuständig für die Beurteilung der unentgeltlichen Rechtspflege im Schlichtungsverfahren ist die Schlichtungsbehörde (Erw. 4b.cc).

Aus den Erwägungen:

4. a) Die ZPO äussert sich hinsichtlich des Gesuchs um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege zur sachlichen und örtlichen Zuständigkeit nicht explizit (Huber, in: Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung, Kommentar, Bd. I, 2. A., 2016, N 15 zu Art. 119 ZPO; V. Rüegg/M. Rüegg, in: Spühler/Tenchio/Infanger [Hrsg.], Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. A., 2017, N 2 zu Art. 119 ZPO). Während die örtliche Zuständigkeit durch das Bundeszivilprozessrecht abschliessend geregelt wird und den Kantonen somit keine Rechtsetzungskompetenz zukommt, ist die Regelung der sachlichen und funktionellen Zuständigkeit gemäss Art. 4 Abs. 1 ZPO Sache des kantonalen Gerichtsorganisationsgesetzes (Bühler, in: Hausheer/Walter [Hrsg.], Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Bd. I, 2012, N 8 ff. zu Art. 119 ZPO; Wuffli, Die unentgeltliche Rechtspflege in der Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2015, N 737 ff.; V. Rüegg/M. Rüegg, a.a.O., N 2 f. zu Art. 119 ZPO; Huber, a.a.O., N 15 ff. zu Art. 119 ZPO).

b) (...).

cc) Im Kanton Schwyz regelt das Justizgesetz vom 18. November 2009 (JG, SRSZ 231.110) zum einen die Organisation und die Zuständigkeiten der Justizbehörden (§ 2 Abs. 1 Satz 1 JG) und enthält zum andern das kantonale Ausführungsrecht zu den Schweizerischen Prozessordnungen

A 3.3

(ZPO, StPO und JStPO) sowie Vorschriften über die Verwaltungsrechtspflege (§ 2 Abs. 2 JG). Gemäss § 31 Abs. 1 JG beurteilt das Bezirksgericht alle Zivilsachen, soweit sie nicht einer anderen Behörde zugewiesen sind. § 31 Abs. 2 JG bestimmt, welche Angelegenheiten einzelrichterlich beurteilt werden. Laut § 31 Abs. 2 lit. d JG fallen summarische Verfahren einschliesslich gerichtlicher Verbote in die Zuständigkeit des Einzelrichters.

Zwar sieht Art. 119 Abs. 3 ZPO vor, dass über die unentgeltliche Rechtspflege in einem summarischen Verfahren zu entscheiden ist, allerdings ist es für das Gesuch um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege begriffswesentlich, dass es immer ein notwendiges staatliches Hauptverfahren voraussetzt bzw. ins Auge fasst, mit welchem es in einem sachlichen und zeitlichen Zusammenhang steht. Es stellt daher ein Zwischenverfahren im Rahmen eines Hauptverfahrens oder – im Falle der vorprozessualen unentgeltlichen Verbeiständung und der Gesuchseinreichung vor Rechtshängigkeit – ein Vorverfahren zu einem Hauptverfahren dar (Bühler, a.a.O., N 7 zu Art. 119 ZPO). Ist der Prozess bereits angehoben, ist der Entscheid über das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege als prozessleitende Verfügung zu qualifizieren (BGer, Urteil 4A_366/2013, E. 2.1; Huber, a.a.O., N 22 zu Art. 119 ZPO; Emmel, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. A., 2016, N 14 zu Art. 119 ZPO; V. Rüegg/M. Rüegg, a.a.O., N 7 zu Art. 119 ZPO; vgl. Kaufmann, in: Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung, Kommentar, Bd. I, 2. A., 2016, N 6 zu Art. 124 ZPO). Somit stellt das Verfahren um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege jedenfalls dann kein eigenständiges Verfahren dar, wenn der Hauptprozess bereits rechtshängig ist. Folglich handelt es sich diesfalls bei Entscheiden über die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege um einen Akt der Prozessleitung. Laut Art. 124 Abs. 1 ZPO leitet das Gericht den Prozess und erlässt die notwendigen prozessleitenden Verfügungen. Im Schlichtungsverfahren ist Art. 124 ZPO analog anzuwenden (vgl. Dolge/Infanger, Schlichtungsverfahren nach Schweizerischer Zivilprozessordnung, 2012, S. 49), weshalb die Prozessleitung im Schlichtungsverfahren dem Vermittler bzw. der Vermittlerin oder dem vorsitzenden Mitglied obliegt. Demzufolge ist für die Beurteilung der unentgeltlichen Rechtspflege im Schlichtungsverfahren die Schlichtungsbehörde (prozessleitend) zuständig.

dd) Anzumerken ist, dass die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege nur für jene Instanz gilt, welche sie im betreffenden Verfahren gewährte (Emmel, a.a.O., N 5 zu Art. 119 ZPO; V. Rüegg/M. Rüegg, a.a.O., N 4 zu Art. 119 ZPO). Die angerufene Schlichtungsbehörde entscheidet

somit über die Gewährung oder Verweigerung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Schlichtungsverfahren. Unabhängig von diesem Entscheid hat das erstinstanzliche Gericht die Voraussetzungen der unentgeltlichen Rechtspflege für ein allfälliges erstinstanzliches Gerichtsverfahren erneut zu prüfen, sofern ein entsprechender Antrag gestellt wird. (...).

(Beschluss vom 15. April 2019, ZK2 2018 74).

3.4 Verzicht auf die Durchführung des Schlichtungsverfahrens

- Der blosse Rückzug eines Schlichtungsgesuchs ist vom vorbehaltlosen Rückzug im Sinne eines Klageverzichts zu unterscheiden (Erw. 3).

Aus den Erwägungen:

3. Gemäss Art. 199 Abs. 1 ZPO können die Parteien bei vermögensrechtlichen Streitigkeiten mit einem Streitwert von mindestens 100'000 Franken gemeinsam auf die Durchführung des Schlichtungsverfahrens verzichten. Die Vereinbarung der Parteien über den Verzicht auf ein Schlichtungsverfahren stellt ein Prozessvertrag dar, welcher für die Parteien verbindlich ist (Honegger, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, N 2 zu Art. 199 ZPO). Der blosse Rückzug eines Schlichtungsgesuchs ist vom vorbehaltlosen Rückzug im Sinne eines Klageverzichts zu unterscheiden. Während dem vorbehaltlosen Klagerückzug im Sinne von Art. 208 ZPO die Wirkung eines rechtskräftigen Entscheids zukommt und bei erneuter Einbringung der Einwand der *res iudicata* entgegengehalten werden kann, ist das beim Verzicht auf ein Schlichtungsverfahren im Sinne von Art. 199 ZPO gerade nicht der Fall (Infanger, in: Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Auflage, N 12 f. zu Art. 208 ZPO; Honegger, a.a.O., N 2 zu Art. 208 ZPO; Alvarez/Peter, in: Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Band II, N 9 und 12 zu Art. 208 ZPO). Wird im Schlichtungsverfahren das Begehren „unter Vorbehalt“ zurückgezogen, ist nur das Schlichtungsbegehren, nicht die Klage selber zurückgezogen (Infanger, a.a.O., N 12 zu Art. 208 ZPO unter Verweis auf OGer ZH, 1.5.2014, RU140017-O/U).

Vorliegend haben die Parteien in der Vereinbarung vom 5./7. März 2019 ausdrücklich auf das Schlichtungsverfahren im Sinne von Art. 199 ZPO verzichtet. Im Schreiben vom 11. März 2019 ans Vermittleramt Höfe hielt der Rechtsvertreter der Gesuchstellerin zudem explizit fest, dass er „als-

A 4.1

dann“ direkt Klage beim Gericht einreichen werden. Es handelte sich somit klarerweise nicht um einen vorbehaltlosen Klagerückzug im Sinne von Art. 208 ZPO, wie dies fälschlicherweise in Ziffer 1 der Verfügung vom 14. März 2019 festgehalten wurde, sondern um einen blossen Verzicht auf Durchführung des Schlichtungsverfahrens, um direkt Klage beim Gericht zu erheben. Dass das Vermittleramt in der neuen Verfügung vom 19. März 2019 das Wort „vorbehaltlos“ weggelassen und anstelle auf Art. 208 und 241 ZPO auf Art. 199 ZPO verwies, vermag nicht zu genügen. Denn entgegen dem Wortlaut der Verfügung handelt es sich vorliegend nicht um einen Klagerückzug, sondern um einen blossen Rückzug des Schlichtungsgesuchs unter Vorbehalt der direkten Klage beim Gericht. Ziffer 1 der Verfügungen vom 14. und 19. März 2019 sind deshalb antragsgemäss aufzuheben. (...).

(Beschluss vom 4. Oktober 2019, ZK2 2019 20).

4. Strafrecht

4.1 Fahrlässige Tötung bzw. Körperverletzung

- *Unter den konkreten Umständen war es nicht pflichtwidrig, einem mit der Seilbahnbedienung unerfahrenen Äpler nach dem Hinweis auf die Nichtzulassung der Bahn zum Personentransport nicht noch ausdrücklich die Beförderung von Personen zu verbieten (Erw. 3.a).*
- *Abgesehen davon fehlte es in casu am erforderlichen hypothetischen Kausalzusammenhang (Erw. 3.b) und wäre die Unterlassung nicht einem aktiven Tun gleichzusetzen (Erw. 3.c).*

Sachverhaltszusammenfassung:

Um die Mittagszeit stürzte eine Transportkiste einer ins Tal fahrenden Materialtransportseilbahn, an welcher ein altes, aber noch lesbares Schild "Für den Personentransport nicht zugelassen" hing, in das steilabfallende Gelände vor der Talstation. Die mit Zustimmung des Äplers mitfahrenden Eltern eines den Unfall mit mittelschweren Verletzungen überlebenden 16 Monate alten Mädchens fanden beim Absturz den Tod. Die Staatsanwaltschaft klagte den wenige Tage vor dem Unfall neu angestellten Äpler (Beschuldigter 1), sowie dessen Arbeitgeber und Eigentümer der Seilbahn

(Chef, Beschuldigter 2) separat der mehrfachen fahrlässigen Tötung und der fahrlässigen Körperverletzung an. Das Bezirksgericht sprach den Beschuldigten 1 schuldig, hingegen den Beschuldigten 2 frei. Mit Berufung beantragten die Privatkläger beim Kantonsgericht, auch den Beschuldigten 2 der mehrfachen fahrlässigen Tötung und der fahrlässigen Körperverletzung schuldig zu sprechen.

Aus den Erwägungen:

3. Wer fahrlässig den Tod eines Menschen verursacht (Art. 117 StGB) bzw. fahrlässig einen Menschen am Körper oder an der Gesundheit schädigt (Art. 125 Abs. 1 StGB), wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft. Diese Vergehen können auch durch pflichtwidriges Unterlassen begangen werden (Art. 11 Abs. 1 StGB). (...).

a) Pflichtwidrig untätig bleibt, wer die Gefährdung oder Verletzung eines strafrechtlich geschützten Rechtsgutes nicht verhindert, obwohl er aufgrund seiner Rechtsstellung, namentlich aufgrund des Gesetzes, dazu verpflichtet ist (Art. 11 Abs. 2 StGB). Die Vorinstanz stützte die Rechtsstellung des als Arbeitgeber und Eigentümer der Seilbahn angeklagten Beschuldigten 2, aufgrund welcher er verpflichtet gewesen sein soll, den Unfall zu verhindern, zutreffend auf Art. 101 OR bzw. Art. 55 OR ab. Der Geschäftsherr haftet für den Schaden, den seine Arbeitnehmer oder andere Hilfspersonen in Ausübung ihrer dienstlichen oder geschäftlichen Verrichtungen verursacht haben, wenn er nicht seine nach den Umständen gebotene Sorgfalt nachweist (Art. 55 Abs. 1 OR). Eine Haftungsausschlussklausel für bewilligungspflichtige Tätigkeiten wie den vorliegenden Bahnbetrieb steht vorliegend nicht zur Diskussion (Art. 101 Abs. 3 OR). (...).

aa) Nicht jede gesetzlich statuierte Pflicht ist ohne Weiteres als strafrechtliche Garantenpflicht zu erachten (Donatsch, OFK, 20. A. 2018, Art. 11 StGB N 6). Wegen Unterlassens kann nur derjenige bestraft werden, dem im Einzelfall die qualifizierte Pflicht bzw. eine gesteigerte Verantwortlichkeit oblag, den Eintritt des tatsbestandsmässigen Erfolgs durch sein Handeln abzuwenden (Niggli/Muskens, BSK, 4. A. 2019, Art. 11 StGB N 67 sowie 71; BGE 140 IV 11 E. 2.4.2). Die gesteigerte Pflicht muss sich in casu aus der mit der Vorinstanz grundsätzlich zu bejahenden Garantenstellung des Beschuldigten 2 (vgl. oben eingangs lit. a) ergeben, wobei eine moralische Pflicht dazu ebenso wenig ausreicht wie das Gebot

A 4.1

von Treu und Glauben (ebd. N 70; BGE 140 IV 11 E. 2.4.5 in fine; zu-treffend angef. Urteil E. 2.3.1 mit weiteren Hinweisen).

bb) Vorliegend ist mithin zu prüfen, ob der Beschuldigte 2, welcher auf die Nichtzulassung zum Personentransport hinwies, dem Beschuldigten 1 aufgrund dessen fehlenden Erfahrung hätte zusätzlich ausdrücklich die Beförderung von Personen verbieten müssen. Davon ist grundsätzlich nicht auszugehen. Normalerweise ist der Sinngehalt einer Instruktion über die Nichtzulassung der Bahn zum Personentransport dem Verbot, Personen zu befördern, gleichzusetzen, ohne dass dies in direkt an die instruierte Person gerichteten Worten zusätzlich ausdrücklich untersagt werden müsste. Insoweit ist dem Beschuldigten 2 nicht vorzuwerfen, den Pflichten aus seiner Garantenstellung als Arbeitgeber und Eigentümer der Seilbahn nicht nachgekommen zu sein, weil er dem Beschuldigten 1 nicht klipp und klar direkt untersagte, Personen zu transportieren.

cc) Indes sind in vorliegendem Fall besondere Umstände angeklagt, welche diese grundsätzliche Betrachtungsweise (vgl. oben lit. bb) infrage stellen könnten: Erstens die Tatsache, dass der Beschuldigte 2 den Beschuldigten 1 und eine weitere Person (...) beförderte und damit selber unmittelbar nach der Instruktion gegen die Zulassungsbedingungen verstieß („schlechtes Beispiel“). Zweitens das Angebot des Beschuldigten 1 an den Beschuldigten 2 am Tag darauf, ihn zu Tale zu fahren, und drittens das nicht an seinen Angestellten weitergegebene Wissen des Beschuldigten 2, dass Wanderer wiederholt danach zu fragen pflegen, mit der Materialtransportbahn nach unten fahren zu können.

aaa) Der Gefahr seines „schlechten Beispiels“, dass der Beschuldigte 1 hätte den Eindruck gewinnen können, Personentransporte seien trotz der „offiziellen“ Nichtzulassung der Bahn dafür ohne weitere Gefahren möglich, beugte der Beschuldigte 2 dadurch vor, dass er ausdrücklich auf den Ausnahmeharakter seiner Gefälligkeit hinwies. Dass der Hinweis auf eine Ausnahme nicht ausreichte, beim Beschuldigten 1 das Gefahrenbewusstsein für zulassungswidrige Personentransporte aufrecht zu erhalten, wie dies die Vorinstanz zu dessen Gunsten annahm, kann zu Lasten des Beschuldigten 2 nicht ohne weiteres angenommen werden. Die Verantwortlichkeit des Beschuldigten 2 ist aufgrund der weiteren Ereignisse zu beurteilen.

bbb) Als der Beschuldigte 1 später dem Beschuldigten 2 anbot, ihn zu Tale zu fahren, zeigte sich, dass er sich selber zumutete, die ihm durch den Beschuldigten 2 bekannt gemachte zulassungswidrige Praxis ausüben

zu können. Der Beschuldigte 2 gab daraufhin seinem Angestellten, wie die Vorinstanz zutreffend annahm, indes hinreichend ernsthaft und deutlich zu verstehen, dass es ihm an der für einen Personentransport erforderlichen Erfahrung mangle. Spätestens zu diesem Zeitpunkt konnte der Beschuldigte 2 annehmen, dass er dem Beschuldigten 1 das allenfalls durch das „schlechte Beispiel“ (vgl. oben lit. aaa) verloren gegangene Gefahrenbewusstsein wieder geschärft hatte. Da (...) der genaue Wortlaut und Umfang der Reaktion des Beschuldigten 2 nicht bekannt ist, muss zu seinen Gunsten angenommen werden, dass er die Ablehnung des Angebotes verständlich mit der fehlenden Erfahrung des Beschuldigten 1 begründete. Zwar ist dem Beschuldigten 2 nicht zu glauben, im Zusammenhang mit der Ablehnung des Angebots dem Beschuldigten auch direkt und unmissverständlich wörtlich verboten zu haben, eigenhändig Personen zu transportieren. Insoweit hätte sich die Vorinstanz nachvollziehbar eine vehementere Reaktion des Beschuldigten 2 gewünscht. Dagegen lässt sich dem Beschuldigten 2 in strafrechtlicher Hinsicht nicht vorhalten, dass er dem Beschuldigten 1 hätte mit anderen Worten den Zusammenhang zwischen den Gefahren von Personentransporten und der Erfahrung besser erklären müssen. Auch ist ihm nicht vorzuwerfen, dem Beschuldigten 1 gegenüber das Gefahrenpotential der mangelnden Erfahrung nicht in technischer Hinsicht erklärt zu haben. Zutreffend wies die Vorinstanz an anderer Stelle darauf hin, dass die Erklärungen zur Bedienung der Bahn zum bestimmungsgemässen Gebrauch (Alpversorgung) genügten und weitere Instruktionen hinsichtlich der Einhaltung des Auftrages, Lasten nur hinaufzuziehen und die Kiste nur leer hinunterzulassen, hätten kontraproduktiv sein können. Vielmehr durfte der Beschuldigte 2 annehmen, dem Beschuldigten 1 hinreichend deutlich gemacht zu haben, keine Personen befördern zu dürfen bzw. zu können, weil dies aufgrund der ihm fehlenden Erfahrung mit Gefahren verbunden wäre, denen er sich selber nicht aussetzen wollte. Er konnte davon ausgehen, dass der Beschuldigte 1 dies, wenn nicht geradezu als Befehl, dann doch als Aufforderung verstand, keine Personen zu befördern, zumal er ihm den Betrieb der Bahn nur zum Zweck, Lasten hochzuziehen, erklärt hatte. Der Beschuldigte 1 hatte die Transportkiste bislang denn auch nur einmal mit Material beladen zusammen – was der Beschuldigte 2 jedoch nicht wusste – mit seinen Begleitern hochgezogen und instruktionsgemäss nur leer hinuntergelassen. Konnte der Beschuldigte 2 indes annehmen, dass der Beschuldigte 1 aufgefordert war, keine Personen zu befördern, brauchte er ihn – was zwar ebenfalls wünschbar gewesen wäre – nicht noch auf die ihm bekannte Möglichkeit von Anfragen durch Wanderer, mit der Seilbahn fahren zu können, hinzuweisen. Mithin kann dem Beschuldigten 2 daher nicht die Nicht-Vornahme einer sich im konkreten Fall aus der Garantenstellung ergebenden

A 4.1

Handlungspflicht (vgl. Niggli/Muskens, a.a.O., Art. 11 StGB N 107) vorgeworfen werden.

ccc) An diesem Ergebnis ändert nichts, dass die Gelegenheit des Beschuldigten 2, seinem Angestellten ein für alle Mal unmissverständlich die Beförderung von Personen zu verbieten, gewissermassen „wertvoll“ gewesen wäre, als ihm dieser anbot, ihn mit der Seilbahn hinunterzulassen. Auf welche Werte sich der Rechtsvertreter der Berufungsführer mit diesem Einwand im Berufungsverfahren beziehen will, ist angesichts des Gesagten nicht klar. Jedenfalls vermag auch er – abgesehen von der Forderung nach einem konkret gegenüber dem Angestellten ausgesprochenen Verbot, Personen zu transportieren – keine bestimmten Vorsichtsmassnahmen darzutun, welche zu ergreifen der Beschuldigte 2 aufgrund seiner Stellung als Eigentümer der Bahn und als Arbeitgeber damals verpflichtet gewesen wäre. Dass der Beschuldigte 2 dem Beschuldigten 1 nicht noch ausdrücklich verbot, Personen zu befördern, kann ihm nicht als strafbare Unterlassung zugerechnet werden. Ein solches Verbot versprach keinen zusätzlichen Nutzen bzw. erschien zwecklos, nachdem der Beschuldigte 1 um die Nichtzulassung der Bahn zum Personentransport wusste und der Beschuldigte 2 seinem Angestellten auch dessen mangelnde Erfahrung dazu klar gemacht hatte.

dd) Im Nachhinein betrachtet mag die Versuchung naheliegen, dem Beschuldigten 2 die Unterlassung einer unmissverständlichen Grenzsetzung durch einen deutlicheren Hinweis auf die fehlende Ausbildung bzw. Übung im Hinunterlassen von Lasten ins Tal und den daher damit verbundenen Gefahren anzulasten. Ex tunc kann jedoch dem Beschuldigten 2 nicht vorgeworfen werden, sich dadurch strafbar gemacht zu haben, dass er sich darauf verliess, dass der Beschuldigte 1 als erwachsener Mensch sich an das ihm bekannte Personentransportverbot und die Anweisung, nur Lasten hochzuziehen und die Kiste nur leer hinunterzulassen, halten würde, nachdem er ihm gesagt hatte, dass ihm weitergehende Erfahrungen mit der Bahn fehlten und ihm klar zu verstehen gab, deswegen es nicht zu wagen, ihm in die Kiste zu sitzen.

b) Selbst wenn dem Beschuldigten 2 entgegen dem eben Gesagten (oben lit. a) dennoch vorgehalten werden sollte, seinen Handlungspflichten als Arbeitgeber nicht mit der nach den Umständen gebotenen Sorgfalt nachgekommen zu sein, fehlt es am erforderlichen hypothetischen (und deshalb nicht unterbrechbaren) Kausalzusammenhang. Ob die Todesfälle bzw. Körperverletzungen nicht eingetreten wären, wenn der Beschuldigte

2 es nicht unterlassen hätte, dem Beschuldigten 1 unter Hinweis entsprechend möglicher Anfragen von Wanderer direkt den Transport von Personen zu verbieten und auf diese Weise im Sinn der Anklage das Verbot durchzusetzen, ist nach den Regeln der natürlichen und adäquaten Kausalität zu prüfen und nur anzunehmen, wenn dies nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und den Erfahrungen des Lebens mit einem hohen Grad an Wahrscheinlichkeit der Fall wäre (vgl. Niggli/Muskens, a.a.O., Art. 11 StGB N 110 ff.; BGE 134 IV 255 = Pra 2009 Nr. 25 E. 4.4.1; BGE 117 IV 130 = Pra 1991 Nr. 212 E. 2.a; vgl. auch BGE 101 IV 149 E. 1 analog zur mechanischen Deutung). Die blosse Möglichkeit des Nichteintritts des Erfolgs bei Vornahme der gebotenen Handlung reicht zur Bejahung des hypothetischen Kausalzusammenhanges nicht aus (BGer 6B_435/2015 vom 16. Dezember 2015 E. 3.1 mit Hinweisen).

aa) Abgesehen davon, dass bei einem fahrlässigen Erfolgsdelikt die Möglichkeit einer Mittäterschaft (dazu Niggli/Muskens, a.a.O., Art. 11 StGB N 135) zwischen einem Täter, der aktiv den Erfolg herbeiführt, und einem anderen, der dies durch pflichtwidriges Unterlassen macht, weder unumstritten noch durch das Bundesgericht bislang bejaht worden ist, fällt diese vorliegend ausser Betracht. Es ist in tatsächlicher Hinsicht weder ersichtlich noch angeklagt, inwiefern die Beschuldigten zusammengewirkt haben sollten. Es handelt sich allenfalls um fahrlässige Nebentäterschaft, weshalb der Nachweis der Kausalität jedes individuell nachweisbaren Tatbeitrages erforderlich ist, zumal es sich auch nicht um einen Fall handelt, der bedenkliche Folgen für eine kollektive Kriminalität haben könnte (vgl. Forster, BSK, 4. A. 2019, vor Art. 24 StGB N 21 ff.).

bb) Da der Beschuldigte 1 durch den Beschuldigten 2 auf die Nichtzulassung der Bahn für Personentransporte hingewiesen wurde und der Angestellte davon zugegebenermassen auch wusste, ist nicht einzusehen, weshalb sein Chef hätte weitere Massnahmen ergreifen müssen, um das Verbot durchzusetzen (vgl. Pra 1991 Nr. 212 E. 2.b). Die weiteren besonderen Fallumstände (ausnahmsweise „schlechtes Beispiel“, Angebot des Beschuldigten 1 und fehlender Hinweis auf entsprechende Wandereranfragen) gelangen in der auf individuellen mentalen Vorstellungen beruhenden Kooperation und Kommunikation zwischen Arbeitgeber und Angestelltem zu ihrer Bedeutung. Die individuellen Gedanken, welche sich Personen in der Lage der Beschuldigten über eine Aussage wie diejenige, dem unerfahrenen Anderen nicht in die Bahn zu sitzen, machen und die Konsequenzen, welche sie für sich daraus ziehen, folgen trotz des oben festgestellten hinreichend bestimmbareren Sinngehalts der Aussage (vgl. oben E. 3.a/cc/bbb) nicht natürlichen Kausalgesetzen und werden pragmatisch

A 4.1

betrachtet eher selten präzise übereinstimmen. Dies muss umso mehr in der Bezugnahme auf einen der Aussage als „schlechtes Beispiel“ vorangegangen zulassungswidrigen Personentransport durch den Chef gelten. Gab dieser wie vorliegend dem Angestellten nicht nur bekannt, dass der Personentransport mit der Bahn unzulässig sei, sondern wies diesen auch darauf hin, dass er aufgrund der mangelnden Erfahrung Personen nicht sicher befördern könne, kann indes das „schlechte Beispiel“ und die unterbliebene Information hinsichtlich möglicher Wünsche von Wanderern, mit der Bahn zu fahren, nicht mit hoher Wahrscheinlichkeit als kausal für den Unfall angesehen werden. Hinzu kommt, dass der Unfall auf einem Bedienungsfehler beruhte, welcher die Vorinstanz zu Recht nicht auf eine fehlerhafte Instruktion des Beschuldigten 2 zurückführte. Zwar hätte der Beschuldigte 2 sich nach seinem „schlechten Beispiel“ dem Vorwurf, dem Angestellten den Entscheid, am Unfalltag die Familie mit der Bahn hinunterfahren zu lassen, erleichtert zu haben, nicht ohne weiteres mit der Tatsache entschuldigen können, auf den Ausnahmecharakter dieser Dienstleistung hingewiesen zu haben. Nachdem er aber dem Beschuldigten 1 auf dessen wohl in Selbstüberschätzung seiner Fähigkeiten gemachtes Angebot mitgeteilt hatte, ihn aufgrund der mangelnden Erfahrung mit der Bahn für unfähig zu halten, seinem Beispiel zu folgen und Personen zu transportieren, musste er nicht erwarten, dieser könnte sich immer noch überschätzen oder die damit verbundenen Gefahren verkennen und sich für eine Personenbeförderung entscheiden. Er wusste ferner nichts davon, dass der Beschuldigte 1 trotz der im Sinngehalt klaren Zurechtweisung seine Begleiter zumindest einmal in der Bahn zur Alp hinaufzog, und musste ebenfalls nicht damit rechnen, dass sein Angestellter glauben könnte, den „Tatbeweis“ erbracht zu haben, mit der Seilbahn ohne Risiko Personen befördern zu können. Vielmehr belegt diese durch keine Ausnahmesituation zu entschuldigende, sondern allein dem Mutwillen des Beschuldigten 1 zuzuschreibende Missachtung des Personentransportverbots, dass der Beschuldigte 1 die Anweisungen des Beschuldigten 2 nicht befolgen, sondern nach eigenem Gutdünken die Bahn betreiben wollte.

cc) Der Beschuldigte 2 mag dadurch, dass er den Beschuldigten 1 anstellte und ihm den für die Alpbewirtschaftung erforderlichen Bahnbetrieb zum Hinaufziehen von Lasten zeigte sowie selber noch einen Personentransport ausnahmsweise vordemonstrierte, Bedingungen für die Möglichkeit nach dem Gesagten des Beschuldigten 1 geschaffen haben, die Unfallfahrt durchzuführen. Indes handelte der Beschuldigte 1 im Rahmen dieser Möglichkeit eigenverantwortlich bzw. mutwillig im Bewusstsein, dass die Personenbeförderung mit der Bahn verboten war und ihn der Beschuldigte 2 dazu als (noch) nicht fähig erachtete. Es ist mithin nicht

sicher feststellbar, dass der Unfall nicht eingetreten wäre, wenn der Beschuldigte 2 sich anders verhalten, etwa dem Beschuldigten 1 gegenüber das Personentransportverbot konkret ausgesprochen oder auf eine andere Art und Weise vehementer reagiert hätte.

dd) Für den Beschuldigten 2 war der Unfall umso weniger vorhersehbar, als er den Beschuldigten 1 gleich instruierte wie andere Hilfspersonen und Lehrlinge zuvor, ohne dass eine dieser Personen Probleme mit der Bahn gehabt hätte bzw. zur Auffassung gelangt wäre, wie der Chef die Bahn betreiben zu können. In Bezug auf die Wanderer kommt hinzu, dass an der Bahn ein Schild „Für den Personentransport nicht zugelassen“ angebracht war. Dass der Beschuldigte sich vom Ansinnen der verunfallten Familie, mit der Bahn hinunterzufahren, angesichts des schlechten Gesundheitszustandes des Kindes allenfalls zufolge seiner instabilen Mentalität nicht zu distanzieren vermochte, kann dem Beschuldigten 2 nicht angelastet werden. Den Vorwurf der Vorhersehbarkeit, dass der Beschuldigte 1 das Verbot aus welchen Gründen auch immer (vorliegend durch den schlechten Zustand eines Kindes) unter Druck gesetzt missachten könnte, erhebt die Anklage denn auch nachvollziehbar nicht. Das tragische Zusammentreffen verschiedener Umstände und Ereignisse konnte niemand voraussehen, nämlich, dass der erst wenige Tage auf der Alp tätige, kurz vorher selber noch schwer verunfallte Beschuldigte 1 „zur falschen Zeit am falschen Ort“ den Auftrag, die Seilbahn leer hinunterlassen, erfüllen wollte, als die Familie, deren Kind es gerade auf dieser Wanderung und in diesem Zeitfenster nicht gut ging, vorbeikam.

c) Wer pflichtwidrig untätig bleibt, ist gestützt auf den entsprechenden Tatbestand nur dann strafbar, wenn ihm nach den Umständen der Tat derselbe Vorwurf gemacht werden kann, wie wenn er die Tat durch ein aktives Tun begangen hätte (Art. 11 Abs. 3 StGB). Nach dem Gesagten kann dem Beschuldigten 2 nicht vorgeworfen werden, das Personentransportverbot auf eine Art und Weise nicht durchgesetzt zu haben, die einer aktiven Tatbegehung gleichkäme. Zur gegenteiligen Annahme können auch insbesondere nicht die Leichtsinnigkeit offenbarenden Umstände beitragen, dass der Beschuldigte 2 ein schlechtes Beispiel gab und dem Beschuldigten 1 erzählte, familienintern sowie in Notfällen schon – was seines Erachtens mit der richtigen Bedienung ganz sicher sei – Leute transportiert zu haben. Der Beschuldigte 2 hatte keinen Anlass zur Annahme, seine Instruktion über die Nichtzulassung der Bahn für den Personentransport und seine ablehnende Antwort auf das Angebot des Beschuldigten 1, ihn mit der Seilbahn zu Tal zu befördern, würde nicht den

A 4.2

für das Verständnis hinreichenden Sinngehalt aufweisen, dass sein Angestellter keine Personen transportieren dürfe und könne. Insofern ist auch nicht ersichtlich, was der Beschuldigte 2 noch hätte vorkehren sollen, um den Beschuldigten 1, welcher wusste, dass er mit der Seilbahn keine Personen befördern durfte, von der bewussten Widerhandlung gegen dieses Verbot hätte abhalten lassen können. (...).

(Urteil vom 10. April 2019, STK 2018 13-16).

4.2 Fahrlässige Brandstiftung, natürlicher Kausalzusammenhang

- *Tatbestandsmässig sind drei verschiedene Zurechnungsebenen zu unterscheiden, wovon die dritte Ebene der Schadens- und Gefahrenfolgen unbestritten ist (Erw. 2.a).*
- *Die naturwissenschaftlichen Hypothesen zum tatsächlichen Geschehensablauf der ersten Ebene sind von den Fragen des Risikozusammenhanges zwischen unvorsichtigem Verhalten bzw. der Voraussehbarkeit der Folgen mutmasslicher Sorgfaltspflichtverletzungen nach Massgabe der Adäquanz auf der zweiten Ebene zu unterscheiden (Erw. 2.b).*
- *In casu ist der Beschuldigte aufgrund des fehlenden natürlichen Kausalzusammenhanges freizusprechen (Erw. 3).*

Sachverhaltszusammenfassung:

Im von A. bewohnten dritten Stock eines vierstöckigen Mehrfamilienhauses brach nach 02:00 Uhr Feuer aus. Die Staatsanwaltschaft Inner- schwyz eröffnete noch am selben Tag gegen A., der in seiner Wohnung eine Hanfindooranlage betrieb, ein Strafverfahren wegen fahrlässiger Verursachung einer Feuersbrunst und Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz. Laut Spurenbericht des Forensischen Instituts Zürich wurde das Gebäude derart zerstört, dass es nicht möglich war, den Bereich des vermuteten Brandausbruchs zu untersuchen. Das von aussen gesicherte Spurenmaterial ergab keine Hinweise auf eine mögliche Brandursache. Das Kantonsgericht heisst die Berufung des A. gegen den erstinstanzlichen Schuldspruch wegen fahrlässiger Verursachung einer Feuersbrunst gut.

Aus den Erwägungen:

2. Wer fahrlässig zum Schaden eines andern oder unter Herbeiführung einer Gemeingefahr eine Feuersbrunst verursacht, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft (Art. 222 Abs. 1 StGB). Gleichermassen bestraft wird der Täter, der fahrlässig Leib und Leben von Menschen in Gefahr bringt (Art. 222 Abs. 2 StGB). Tatbestandsmässig ergeben sich daher drei verschiedene Zurechnungsebenen: Erstens diejenige des natürlichen Kausalzusammenhangs zwischen allfälligen Sorgfaltsmängeln und dem Brand und dessen ex-ante zu prüfenden Adäquanz, zweitens die Frage der (individuellen) Vorhersehbarkeit des als kausal beurteilten Sorgfaltsmangels und drittens die vorliegend unproblematische (vgl. unten lit. a) Prüfung der Wahrscheinlichkeit, dass der Brand mit Schäden respektive Gefahren für Sachen und Personen verknüpft ist.

a) Im vorliegenden Fall sind die Tatbestandselemente eines nicht zwingbaren Brands erheblicher Stärke (Feuersbrunst) mit entsprechenden Schadens- und Gefahrenfolgen für mehrere Menschen in objektiver Hinsicht unbestritten gegeben. Es steht mithin fest, dass der Brand zum Schaden und unter Herbeiführung einer Gefahr für Leib und Leben von Menschen verursacht wurde, weshalb sich vorliegend nicht die Frage nach der Wahrscheinlichkeit stellt, mit welcher erfahrungsgemäss entsprechende Gefahren eintreten (dazu vgl. Roelli, BSK, 4. A. 2019, Vor Art. 221 StGB N 7 sowie Art. 221 und 222 StGB N 10 bzw. 6; Weder, OFK, 20. A. 2018, vor Art. 221 StGB N 2).

b) Umstritten ist, ob der Brand durch ein fahrlässiges Verhalten des Beschuldigten im Sinne von Art. 12 Abs. 3 StGB verursacht wurde. Dieses Zurechnungsproblem hat einerseits nichts mit der hier offensichtlichen hypothetischen Wahrscheinlichkeit der mit dem Brand verbundenen und vorliegend erstellten Schäden und Gefahren zu tun (vgl. oben lit. a). Andererseits ist vor der individuellen Vorhersehbarkeit und Vermeidbarkeit der Auswirkungen eines allfälligen Sorgfaltsmangels (wobei es zur Bejahung aus einer Ex-post-Perspektive nach dem Massstab der Adäquanz ausreicht, dass das Verhalten des Täters mindestens mit einem hohen Grad an Wahrscheinlichkeit die Ursache des Erfolgs bildete: BGE 135 IV 56 E. 2.1 f. mit Hinweisen; BGer 6B_1163/2016 vom 21. April 2017 E. 5.2; vgl. auch ähnlich Roelli, a.a.O., Art. 222 StGB N 8 mit Hinweisen) die Frage des natürlichen Kausalzusammenhangs zu prüfen (dazu näher unten E. 3). Die entsprechenden naturwissenschaftlichen Hypothesen zum tatsächlichen Geschehensablauf sind von den Fragen des Risikozusammen-

A 4.2

hanges zwischen unvorsichtigem Verhalten und den durch den Brand herbeigeführten Schäden und Gefahren zu unterscheiden (vgl. dazu Bommer/Kaufmann in ZBJV 12/2014 S. 1010 f. zu BGE 135 IV 56 und zur Vermischung von Kausalitätsfragen mit solchen des Risikozusammenhangs bereits in BGE 116 IV 306 E. 2.a usw.). Erst wenn die natürliche Kausalität zu bejahen ist, stellt sich die Frage der allgemeinen Voraussehbarkeit und Beherrschbarkeit des tatsächlichen Geschehensablaufs nach dem Massstab der Adäquanz (vgl. etwa Niggli/Maeder, BSK, 4. A. 2019, Art. 12 StGB N 94; in einer Ex-ante-Perspektive, dazu BGE 135 IV 56 E. 2.2).

3. Die natürliche Kausalität ist die Annahme, dass aufgrund einer in der Natur (nicht statistisch) beobachtbaren Korrelation respektive Tatsache, dass ein Faktor – etwa ein Ereignis oder eine Veränderung – regelmässig mit einem anderen auftritt, ein Zusammenhang zwischen den beiden steht, die ohne Hinzunahme von Wahrscheinlichkeiten entweder zu bejahen oder zu verneinen ist (dazu ausführlich Niggli/Maeder, a.a.O., Art. 12 StGB N 90 ff.; vgl. auch Walder, ZStrR 1977 S. 122 ff.). Für normative Überlegungen rechtlicher Art bleibt dabei kein Raum (Donatsch, OFK, 20. A. 2018, Art. 12 StGB N 14). Die Anforderungen an den Beweis des natürlichen Kausalzusammenhangs sind im Strafrecht in dubio pro reo strenger als im Haftpflichtrecht, wo unter Umständen davon abgesehen wird, dass die Kausalität stets in zwingender Weise gegeben sein muss und es als hinreichend erachtet werden kann, dass sich der Geschädigte auf die überwiegende Wahrscheinlichkeit zu berufen vermag (KG 289/99 SK vom 31. Oktober 2000 E. 2; vgl. dazu auch Stratenwerth, Schweizerisches Strafrecht, AT I, 4. A. 2011, § 9 N 21 in fine). Vorliegend geht es um die Korrelation zwischen den angeklagten, durch die pflichtwidrig unvorsichtig erstellten Elektroinstallationen für die Hanfindooranlage des Beschuldigten ausgelösten Veränderungen und dem Brandereignis. Natürlich kausal wären die angeklagten Sorgfaltspflichtverletzungen nach der sog. Äquivalenztheorie dann, wenn mit dem Wegdenken der Veränderungen durch die neuen Elektroinstallationen zugleich das Ereignis des Brandes entfielen (*conditio sine qua non*). (...).

a) Davon ausgehend, dass der Brand im kleineren Raum der Zimmer, in welchen die Hanfindooranlage installiert war, ausgebrochen ist, stellt die Vorinstanz zutreffend fest, dass dem Spurenbericht des Forensischen Instituts keine konkrete Aussage zur eigentlichen Brandursache zu entnehmen ist. Im späteren Gutachten wurden die in Frage kommenden Brandursachen auf folgende drei Möglichkeiten eingegrenzt und wie folgt bewertet:

- a) Brandentstehung aufgrund einer Überlastung der vorhandenen Hausinstallationen durch die angeschlossenen Verbraucher.
- b) Brandentstehung aufgrund einer mangelhaft ausgeführten oder sich lösenden elektrischen Verbindung im Bereich der zusätzlich gebauten Zuleitung von der Schaltgerätekombination im Treppenhaus in die Indoor-Gewächsanlage.
- c) Brandentstehung durch die Wärmestrahlung der in der Brandausbruchszone vorhandenen betriebenen 600 Watt Lampen.

Aufgrund der Bewertung dieser drei möglichen Brandursachen wird von uns die Möglichkeit a) nicht als plausibel eingestuft, während die Möglichkeiten b) und c) plausibel sind.

Die Sachverständigen erachteten die Brandverursachung durch Überlastung der hauseigenen Elektroinstallationen als nicht plausibel, weil die vom Beschuldigten im Zusammenhang mit der Hanfindooranlage an die Steckdosen angeschlossenen Lüftungs- und Bewässerungsanlage typischerweise einen eher geringen Energiebedarf hätten. Deshalb schloss die Vorinstanz diese Möglichkeit (Variante a) aus und ging davon aus, dass eine der zwei verbleibenden im Gutachten genannten Varianten (b und c) zum Brand geführt habe. Der Umstand, dass es sich um ein älteres Haus mit älteren Elektroinstallationen handle, sei nicht „per se“ ein Grund zur Annahme einer Überbeanspruchung der hausinternen Elektroanlagen. Zur Opposition des Beschuldigten schreibt sie weiter:

(...). Der vom Beschuldigten anlässlich der Hauptverhandlung mehrfach betonte Umstand, dass ein unmittelbarer, insbesondere spurenkundlich erhobener Beweis für die Brandursache nicht vorliegt und die Gutachter deshalb mangels statistisch mess- und belegbaren Werten (lediglich) von Plausibilität anstatt von Wahrscheinlichkeit sprechen (...), vermag an dieser Überzeugung nichts zu ändern, nachdem sich die Schlussfolgerung, dass eine der zwei im Gutachten erwähnten verbleibenden Möglichkeiten zum Brand geführt hat, aufgrund der Gesamtheit der oberwähnten Tatsachen nach der allgemeinen Lebenserfahrung gleichwohl aufdrängt. (...).

Damit scheint die Vorinstanz entweder die tatsächlichen Voraussetzungen zur natürlichen Kausalität mit den Anforderungen an die Wahrscheinlichkeit des Erfolgseintritts beim konkreten Gefährdungsdelikt (vgl. oben E. 2.a) respektive die Frage nach der natürlichen Brandursache mit derjenigen der Vorausssehbarkeit der Folgen mutmasslicher Sorgfaltspflichtverletzungen nach Massgabe der Adäquanz (E. 2.b) zu verwechseln.

b) Die Staatsanwaltschaft geht (...) davon aus, die Vorinstanz habe die Variante a) der gutachterlichen Brandursachenerklärungen zu Recht aus-

A 4.2

geschlossen, weil die Sachverständigen diese Brandursache als nicht plausibel bewerteten. Dabei übersieht sie indes, dass die Experten erklärt haben, wie sie den Begriff „plausibel“ verwenden, nämlich zwecks Ausdrucks einer subjektiven, nicht exakt messbaren Wahrscheinlichkeit. Dagegen wollen sie das Wort „Wahrscheinlichkeit“ nur im Zusammenhang mit statistisch messbaren und belegbaren Werten benutzen. Der Umstand, dass die Gutachter die Erklärungsvariante a) aufgeführt haben, lässt unter diesen Umständen nur darauf schliessen, dass sie diese Möglichkeit entgegen der normativen Betrachtungsweise der Vorinstanz naturwissenschaftlich betrachtet nicht auszuschliessen vermochten, selbst wenn sie diese subjektiv für nicht plausibel halten. Mithin vermögen sie nicht darzulegen, dass die beiden anderen, plausibel erachteten, im allfälligen Verantwortungsbereich des Beschuldigten liegenden Varianten b) und c) unerlässliche Bedingungen bzw. Bedingungen wären, ohne die der Brand nicht hätte entstehen können. Hätten die Sachverständigen die Überlastung der vorhandenen Hausinstallationen nur abstrakt respektive theoretisch für möglich gehalten, hätten sie die Variante a) im Gutachten, welches nach einem bei der Beurteilung eines Brandes mit nicht eindeutig feststellbarer Brandursache anwendbaren standardisierten Ausschlussverfahren erstellt wurde, gar nicht aufgeführt (näheres noch unten lit. c). Da das Gegenteil der Fall ist, kann nicht ausgeschlossen werden, dass es auch ohne die angeklagten Fehler bei der Neuinstallation der Elektroanlagen für die Hanfindooranlage (Zuleitung bzw. Lampen) hätte brennen können. Die Vorinstanz führt in der Beweiswürdigung keine schlüssigen Gründe auf (vgl. dazu auch noch unten lit. d), welche es zuliessen, die mithin naturwissenschaftlich nicht beseitigbaren Zweifel der Sachverständigen an der Exklusivität der natürlichen Korrelation zwischen fehlerhaften Neuinstallationen und dem Brand als unerheblich zu betrachten. Kurz: Es kann im Strafverfahren in dubio pro reo nicht als bewiesen gelten, dass diese Neuinstallationen und nicht die bestehenden Installationen ursächlich für den Brand waren.

c) Die vorinstanzliche Begründung, der Umstand, dass es sich um ein älteres Haus mit älteren Elektroinstallationen handelte, sei „per se“ noch kein Grund zur Annahme von Möglichkeit a), hält sich im Ergebnis darüber auf, dass die Formel der *conditio sine qua non* nur zur Ermittlung eines Kausalzusammenhangs dienen kann, der bereits bekannt bzw. Bestandteil des Erfahrungswissens ist (vgl. oben vor lit. a; Stratenwerth, a.a.O., § 9 N 21; Walder, a.a.O., S. 137 f.). Freilich beantwortet das zur Annahme von Fahrlässigkeit erforderliche individuelle Vorwissen um die theoretisch möglichen Brandursachen nicht die Frage, welche der infrage kommenden

Varianten im konkreten Fall natürlich kausal war. Würde umgekehrt angenommen, dass die Elektroinstallationen für die Hanfindooranlage pflichtgemäss vorgenommen worden wären, so ist aufgrund des Gutachtens dennoch nicht auszuschliessen, dass es zufolge eines Mangels der alten Elektroleitungen zu einem Brand gekommen wäre (zu dieser Betrachtungsweise vgl. Puppe, ZStrR 1990, S. 152 FN 14). Zudem übersieht die Vorinstanz, dass einer der Experten schon von Vorneherein über die Theorie hinaus praktische Ergebnisse liefernde Ermittlungen für „nicht realistisch“ hielt. Auch später erklärte er, dass in einem Zusatzbericht die möglichen in der Hanfindooranlage liegenden Brandursachen nur „auf theoretischer Basis“ erklärt werden können. Diese theoretischen Erklärungen der Varianten b) und c) vermochten die Sachverständigen zwar offenbar immerhin derart zu überzeugen, dass sie diese beiden Möglichkeiten subjektiv im Unterschied zur Variante a) als plausibel bewerteten, weil die an die vorhandenen Steckdosen angeschlossenen Anlageteile nur einen geringen Energiebedarf hatten. Ausgeschlossen haben sie die auch als „eher unwahrscheinlich“ eingestufte Variante a) dennoch konkret wie gesagt nicht. Hingegen verwarfen sie die als „unwahrscheinlich“ taxierte Möglichkeit, dass Tiere die elektrischen Leitungen hätten beschädigen und auf diese natürliche Weise den Brand verursachen können. Hinzu kommt, dass die Experten mit guten Gründen davon ausgehen, dass die Hanfanlage nicht erst kurz vor dem Brand, sondern schon längere Zeit in Betrieb war, weshalb auch die Relevanz der zeitlichen Korrelation zwischen den Neuinstallationen und dem Brand abgeschwächt wird. Daher liegen die Inbetriebnahme der Hanfindooranlage und der Brand nicht derart nahe beieinander, dass dieser zeitliche Zusammenhang die mögliche Brandursache durch eine Überlastung der bestehenden Elektroinstallationen in einen bloss theoretischen Bereich zu versetzen vermöchte.

d) Die Vorinstanz geht davon aus, dass ein Indizienbeweis dem direkten Beweis gleichgestellt sei. Soweit das Urteil auf der Grundlage von Indizien ergeht, ist nicht die isolierte Betrachtung jedes einzelnen Beweises, sondern deren gesamthafte Würdigung massgeblich. Indizien sind Hilfsstatsachen, welche für sich allein betrachtet nur mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit auf eine bestimmte Tatsache oder Täterschaft hindeuten. In ihrer Gesamtheit können sie ein Bild erzeugen, das den Schluss auf den vollen rechtsgenügenden Beweis von Tat oder Täter erlaubt. Auf das einzelne Indiz ist der Grundsatz "in dubio pro reo" nicht anwendbar. Erforderlich ist, dass bei objektiver Würdigung des ganzen Beweisergebnisses offensichtlich erhebliche und schlechterdings nicht zu unterdrückende Zweifel an der Täterschaft verbleiben (zum Ganzen BGer 6B_699/2018 vom 7. Februar 2019 E. 2.3.1 f.). Indes lassen sich vorliegend die erheblichen

A 4.3

naturwissenschaftlichen Erkenntnisse über die natürliche Kausalität nur gestützt auf das Gutachten und nicht anhand einer durch noch andere Hilfsstatsachen in einer „juristischen Situation“ wie der Beweiswürdigung erzeugten richterlichen Überzeugung gewinnen. Die Vorinstanz stützt sich denn auch nur auf das Gutachten und auf keine erheblichen zusätzlichen Indizien ab. Die unterschiedlich bewerteten Brandursachenerklärungen der Sachverständigen sind nicht mit der (diskursiv) freien richterlichen Würdigung abweichender Sachverhaltsdarstellungen von Parteien, Auskunftspersonen oder Zeugen zu vergleichen. Vielmehr darf der Richter vom Ergebnis eines wissenschaftlichen Gutachtens ohne zwingende Gründe nicht abweichen. Lässt sich wissenschaftlich nicht klären, auf welche der möglichen Ursachen der Erfolg zurückgeht, so kann niemand für ihn verantwortlich gemacht werden (Stratenwerth, a.a.O., § 9 N 21). Können die Sachverständigen mithin die dem Beschuldigten nicht zurechenbare Brandverursachungserklärung a) nicht ausschliessen, sondern nur als nicht plausibel bzw. „eher unwahrscheinlich“ bewerten, darf diese Möglichkeit zu Ungunsten des Beschuldigten nicht ohne, hier weder ersichtliche noch von der Vorinstanz dargelegte, zwingende Gründe ausgeschlossen werden.

Zusammenfassend kann nicht sicher davon ausgegangen werden, dass die vom Beschuldigten oder durch eine Drittperson in dessen Auftrag vorgenommenen Elektroinstallationen für die Hanfindooranlage, Brandursache waren. Nicht auszuschliessen ist eine Überlastung der vorbestehenden Hausinstallationen, die zu verantworten dem Beschuldigten nicht vorgeworfen wird. Deshalb ist er in strafrechtlicher Hinsicht vom Vorwurf der fahrlässigen Verursachung einer Feuersbrunst freizusprechen. Bei diesem Ergebnis muss nicht weiter darauf eingegangen werden, ob und in welchem Umfang er für die elektrischen Installationen der Hanfindooranlage einen Fachmann hinzuzog sowie ob er und/oder diese Drittperson dabei unsorgfältig vorgegangen sind.

(Urteil vom 26. März 2019, STK 2018 8).

4.3 Fahruntfähigkeit wegen Augenproblemen

- *Nach der Kollision mit zwei Bäumchen zufolge plötzlich auftretender Augenprobleme konnte der Beschuldigte nicht ohne weiteres davon ausgehen, wenige Sekunden später wieder fahrfähig zu sein (Erw. 3.a und b).*

Aus den Erwägungen:

3. Wer wegen Alkohol-, Betäubungsmittel- oder Arzneimitteleinfluss oder aus anderen Gründen nicht über die erforderliche körperliche und geistige Leistungsfähigkeit verfügt, gilt während dieser Zeit als fahruntüchtig und darf kein Fahrzeug führen (Art. 31 Abs. 2 SVG). Nachdem die Alkohol- und Drogentests beim Beschuldigten negativ ausfielen, steht vorliegend eine Fahruntüchtigkeit aus anderen Gründen infrage. Fahrfähigkeit ist die momentane körperliche und geistige Befähigung, ein Fahrzeug während der gesamten Fahrt, auch in nicht voraussehbaren, schwierigen Verkehrssituationen sicher zu führen (Weissenberger, Kommentar, 2. A. 2014, Art. 91 SVG N 12). Zu ihrer Annahme genügt bereits eine merkliche Beeinträchtigung (ebd. N 13). Kann Fahruntüchtigkeit angenommen werden, ist es nicht erforderlich, dass auch ihre Ursache nachweisbar ist (ebd. Art. 31 SVG N 29 und Art. 91 SVG N 15). Namentlich setzt die Feststellung der Fahruntüchtigkeit aus anderen Gründen keine medizinische Diagnose voraus (Fahrni/Heimgartner, BSK, Art. 91 SVG N 27). Demzufolge muss der Vorsatz respektive die Fahrlässigkeit lediglich die Fahruntüchtigkeit an sich und nicht deren Ursache umfassen (BGer 6B_999/2017 vom 25. April 2018 E. 1.3.3 und 1.4.2).

a) Die Vorinstanz geht davon aus, dass der Beschuldigte vor der Kollision von dem plötzlichen und unvorhergesehenen heftigen Augenbrennen selber überrascht wurde, die Augen jedoch weiterhin gestört hätten, weswegen er die Kontaktlinsen herausnehmen und zur Brille wechseln wollte. Der Beschuldigte bestreitet im Berufungsverfahren nicht, zufolge eines ihn unvorhergesehen durchzuckenden, bislang unbekanntem stechenden Schmerzes in den Augen für wenige Augenblicke die Sehfähigkeit verloren zu haben und daher zum Unfallzeitpunkt fahruntüchtig gewesen zu sein. Er behauptet aber, ein Partikel sei zwischen die Kontaktlinse und Augenhornhaut geraten und die Schmerzen seien umgehend wieder nach der Ausschwemmung des Partikels verschwunden und er habe auch wieder ungeschmälert gesehen. Dass der Beschuldigte die Fahruntüchtigkeit zum Unfallzeitpunkt strafrechtlich nicht zu verantworten hat, steht vorliegend ebenso wenig mehr zur Diskussion wie die Sekundenschlafproblematik der Alternativanklage, da die Staatsanwaltschaft das angefochtene Urteil nicht weiterzog. Indes ging die Vorinstanz davon aus, dass die Symptome für die Probleme mit den Kontaktlinsen, welche derart ausarteten, dass der Beschuldigte von der Fahrspur abkam, weiterhin vorhanden waren, und dass erneut unvermittelt und ohne weitere Vorwarnung hätte ein wiederum starkes Augenbrennen eintreten können. Das Zusammenspiel zwischen Kontaktlinsen und Augen hätten sich beim Beschuldigten weiterhin störend

A 4.3

ausgewirkt und in Anbetracht der Tatsache, dass es gerade deswegen kurz zuvor zur Kollision gekommen sei, bejahte die Vorinstanz in objektiver und subjektiver Hinsicht mit eingehender Begründung das Vorliegen von Fahrunfähigkeit auch für den Zeitpunkt der Fortsetzung der Fahrt nach dem Unfall. Obwohl der Beschuldigte wusste, dass er seine Kontaktlinsen sofort herausnehmen müsse, habe er unter Inkaufnahme eines erneuten plötzlichen Augenbrennens die Fahrt fortgesetzt (Art. 82 Abs. 4 StPO). Diese Erwägungen sind zutreffend. Der Beschuldigte verursachte aufgrund plötzlich auftretender Augenprobleme (vgl. nachfolgend lit. b), welche ihm die Sicht nahmen, eine nicht unerhebliche Kollision. Er war mithin offensichtlich nicht zufolge von situativer Unaufmerksamkeit, sondern vielmehr aufgrund von körperlichen Problemen mehr als nur merklich in seiner Fahrfähigkeit beeinträchtigt und hätte deshalb seine Fahrt nicht mehr ohne Anhalten (vgl. nachfolgend lit. b) fortsetzen dürfen, namentlich nicht, ohne die Kontaktlinsen zu entfernen und die Brille aufzusetzen.

b) Was der Beschuldigte im Berufungsverfahren gegen die Annahme seiner Fahrunfähigkeit vorbringt, ist unbegründet. Es trifft – wovon auch die Vorinstanz ausging – zwar zu, dass sich auf der Weiterfahrt nach dem Unfall nichts ereignete, was die Fahrunfähigkeit des Beschuldigten äusserlich betrachtet belegte. Allerdings beginnt im aussergewöhnlichen Fall, dass ein Fahrzeugführer erst während der Fahrt in einen fahrunfähigen Zustand gerät, das tatbeständliche Führen mit dem Fortsetzen der Fahrt, d.h. dem fehlenden Anhalten (Fahrni/Heimgartner, a.a.O., Art. 91 SVG N 32). Soweit der Beschuldigte im Berufungsverfahren einwendet, dass die Ursache der Augenprobleme nicht die Kontaktlinsen an sich, sondern ein oder mehrere kleine Fremdkörper gewesen seien, die zwischen die Kontaktlinsen und die Augenhornhaut geraten wären, ist dies nicht erheblich, da die Ursache der Fahrunfähigkeit nicht zu beweisen ist (vgl. oben vor lit. a). Dass die Ursache der plötzlichen und zu einem Unfall führenden Sehunfähigkeit des Beschuldigten in solchen Fremdkörpern bestand, ist also eine blosse, hier weder zu beweisende noch zu widerlegende Vermutung des Beschuldigten. Massgeblich ist, dass der Beschuldigte, der wenn überhaupt nach dem Unfall nur sehr kurz anhielt, sich erstens nicht gewiss sein konnte, dass seine plötzlich beide Augen betreffenden Probleme überhaupt wie angenommen durch Fremdkörper verursacht waren. Wenn es Fremdkörper waren, dann konnte er zweitens nicht sicher sein, dass er diese „Stördinge“ während der Fahrt oder beim angeblichen kurzen Halt wegreiben konnte. Er fuhr denn auch in der Absicht weiter, erst an der über einen Kilometer entfernten Tankstelle die Linsen herauszunehmen, die Augen auszuwaschen und die Brille aufzusetzen. Mit diesem Verhalten ignorierte er nicht nur merkliche Beeinträchtigungen seiner Fahrfähigkeit,

was zur Annahme von Fahrunfähigkeit ausreicht (Weissenberger, a.a.O., Art. 91 SVG N 13), sondern die objektiv den Tatbestand der Fahrunfähigkeit erfüllende Tatsache, dass seine Augen kurz vorher in einer im bisher ihm nicht bekannten Art und Weise „spinnten“, die seine Fahrunfähigkeit selbst ihm offensichtlich machte. Nachdem der Beschuldigte plötzliche, nicht mit dem Leben allgemein immanenten Unsicherheiten vergleichbare Augenprobleme bekam, die ihm völlig die Sicht nahmen, konnte er nicht davon ausgehen, wenige Sekunden später wieder fahrfähig zu sein. Vielmehr musste ihm seine Fahrunfähigkeit bewusst sein. Dies war es auch, was sein erster Gedanke beweist, dass er seine Linsen rausholen müsse. Dass er davon ausging, keine gesundheitlichen Probleme mehr zu haben und nur noch dem Wunsch nachgab, die gereizten Augen durch Herausnehmen der Kontaktlinsen zu entlasten, ist daher nicht glaubhaft. Dass er an der Tankstelle die Augen noch ausspülte, belegt deutlich, dass ihn selbst das bloße Herausnehmen der Kontaktlinsen nicht zu genügen schien. Er musste nach dem nahezu vollständigen Sehverlust selbst bei kurzzeitigem Anhalten weiterhin mit seiner Fahrunfähigkeit rechnen (dazu Fahrni/Heimgartner, a.a.O., Art. 91 SVG N 37).

Aus diesen Gründen ist nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz den Beschuldigten schuldig sprach, nach der Kollision sein Fahrzeug eventualvorsätzlich in fahrunfähigem Zustand geführt zu haben.

(Urteil vom 26. März 2019, STK 2018 39).

5. Strafrecht

5.1 Systematisches Vorbringen neuer Ausstandsgründe

- *Das wiederholt undifferenzierte und missbräuchliche Vorbringen neuer Ausstandsgründe gegen einen Richter führt zum Nichteintreten auf das Ausstandsgesuch (Erw. 3.b).*

Aus den Erwägungen:

3. a) Nach Art. 56 lit. f StPO kann der Ausstand einer in einer Strafbehörde tätigen Person unter anderem verlangt werden, wenn sie aus anderen als den in Art. 56 lit. a bis e StPO genannten Gründen, insbesondere

A 5.1

wegen Freundschaft oder Feindschaft mit einer Partei oder deren Rechtsbeistand, befangen sein könnte. Bei der Anwendung von Art. 56 lit. f StPO ist entscheidendes Kriterium, ob bei objektiver Betrachtungsweise der Ausgang des Verfahrens noch als offen erscheint. Wird der Ausstandsgrund aus materiellen oder prozessualen Rechtsfehlern abgeleitet, so sind diese nur wesentlich, wenn sie besonders krass sind und wiederholt auftreten, sodass sie einer schweren Amtspflichtverletzung gleichkommen und sich einseitig zulasten einer der Prozessparteien auswirken. Andernfalls begründen sie keinen hinreichenden Anschein der Befangenheit (Urteil des Bundesgerichts 1B_106/2019 und 1B_107/2019 vom 10. Mai 2019, E. 4.1; Boog, in: Niggli/Heer/Wiprächtiger [Hrsg.], Basler Kommentar Schweizerische Strafprozessordnung, 2. A. 2014, N 59 zu Art. 56 StPO). Das Ausstandsgesuch ist der Verfahrensleitung ohne Verzug zu stellen, sobald die gesuchstellende Partei vom Ausstandsgrund Kenntnis hat (Art. 58 Abs. 1 StPO). Der Ausstand ist so früh wie möglich, d.h. in den nächsten Tagen nach Kenntnisnahme, zu verlangen. Ein nach sechs bis sieben Tagen nach Kenntnis des Ausstandsgrunds eingereichtes Gesuch gilt nach der bundesgerichtlichen Praxis als rechtzeitig, wohingegen ein nach Ablauf von zwei bis drei Wochen gestelltes Gesuch verspätet ist (Urteil des Bundesgerichts 1B_100/2015 und 1B_130/2015 vom 8. Juni 2015, E. 4.1; Boog, a.a.O., N 5 zu Art. 58 StPO). Wer einen Richter nicht unverzüglich ablehnt, wenn er vom Ablehnungsgrund Kenntnis erlangt resp. bei pflichtgemässer Aufmerksamkeit Kenntnis haben müsste, und sich mithin auf den Prozess einlässt, verwirkt seinen Anspruch auf spätere Geltendmachung (Boog, a.a.O., N 7 zu Art. 58 StPO). Die den Ausstand begründenden Tatsachen sind glaubhaft zu machen (Art. 58 Abs. 1 StPO). Die blosser Behauptung eines Ausstandsgrunds oder pauschale, vage Andeutungen genügen nicht. Vielmehr muss eine gewisse Wahrscheinlichkeit für den Anschein der Befangenheit sprechen (Boog, a.a.O., N 4 zu Art. 58 StPO). Das Gesuch muss die konkreten Tatsachen darlegen, auf welche sich die Ablehnung stützt (Keller, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, 2. A. 2014, N 9 zu Art. 58 StPO).

Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist es zulässig, dass ein Gericht auf ein Ablehnungsbegehren nicht eintritt, wenn dieses rechtsmissbräuchlich erscheint und einzig auf die Behinderung und Verzögerung des Verfahrens oder die Lahmlegung der Justiz gerichtet ist. Dies gilt auch dann, wenn es für die Behandlung des Ablehnungsbegehrens an sich nicht zuständig wäre oder wenn es sich gegen die mit dem Verfahren befassten Gerichtspersonen richtet, sodass diese ein gegen sie selbst gerichtetes Ablehnungsbegehren prüfen und damit in eigener Sache urteilen (Urteil des Bundesgerichts 2P.187/2003 vom 27. November 2003, E. 4.2; vgl.

Boog, a.a.O., N 6 zu Art. 59 StPO). Die Missbräuchlichkeit bzw. Untauglichkeit eines Ausstandsgesuchs darf nicht leichthin angenommen werden, weil insofern eine Ausnahme vom Grundsatz vorliegt, dass das zuständige Gericht über den Ausstand eines Richters in dessen Abwesenheit zu befinden hat (Urteil des Bundesgerichts 1B_236/2019 vom 9. Juli 2019, E. 1.4).

b) Der Beschwerdeführer machte in seinem ersten Ausstandsgesuch gegen C. verschiedene angebliche Verfahrensfehler geltend, wie etwa die fehlerhafte Prüfung der Anklage. Im zweiten Ausstandsgesuch monierte der Beschwerdeführer, der genannte Einzelrichter habe Verfahrensvorschriften verletzt, indem er über seinen Antrag auf Rückweisung der Anklage nicht entschieden habe und das Verfahren blockiere. Im dritten Ausstandsgesuch beschwerte sich der Beschwerdeführer im Wesentlichen über die Vorladung zur Hauptverhandlung. Mit dem vierten Ausstandsgesuch rügte der Beschwerdeführer, der Einzelrichter habe am 10. August 2018 ein Urteil gefällt, obwohl er am 9. August 2018 ein weiteres Ausstandsgesuch eingereicht habe. In diesem zwischen dem vierten und fünften Ausstandsgesuch eingereichten weiteren Gesuch hatte der Beschwerdeführer wiederum den Ausstand von C. wegen angeblicher Verfahrensfehler bei der Prüfung der Anklage und bei der Vorladung verlangt, bezüglich dessen das Kantonsgericht aufgrund der rechtskräftigen Erledigung dieser Fragen erwog, der Einzelrichter habe das trölerische Ausstandsbegehren übergehen dürfen. Wie (...) beschrieben, wies das Kantonsgericht sämtliche Ausstandsbegehren des Beschwerdeführers gegenüber C. ab, soweit es darauf eintrat, und das Bundesgericht trat auf die dagegen erhobenen Beschwerden nicht ein. Soweit der Beschwerdeführer im fünften (vorliegenden) Ausstandsbegehren vorbringt, der Einzelrichter habe es unterlassen, sein Ausstandsgesuch vom 9. August 2018 an das Kantonsgericht weiterzuleiten, wiederholt er seine Rüge entsprechend dem vierten Ausstandsgesuch. Diese Frage wurde rechtskräftig beurteilt (vgl. Urteil des Bundesgerichts 1B_53/2019 vom 21. Mai 2019) und kann insofern nicht Gegenstand eines neuen Ausstandsverfahrens sein. Das wiederholte Vorbringen desselben angeblichen Ausstandsgrunds bewirkt eine Verzögerung des Verfahrens und erscheint in Anbetracht der geschilderten vorliegenden Umstände missbräuchlich. Darüber hinaus wurde der Beschwerdeführer bereits mehrfach darauf aufmerksam gemacht, dass ein aus materiellen oder prozessualen Rechtsfehlern abgeleiteter Ausstandsgrund keinen hinreichenden Anschein der Befangenheit begründet, ausser die Rechtsfehler seien besonders krass und träten wiederholt auf, sodass sie einer schweren Amtspflichtverletzung gleichkämen und sich einseitig zulasten einer der

A 5.2

Prozessparteien auswirken würden. Dessen ungeachtet macht der Beschwerdeführer lediglich angebliche Verfahrensmängel geltend (...), welche allesamt von vornherein nicht besonders krass wären, wären sie überhaupt glaubhaft gemacht. Der Beschwerdeführer scheint systematisch nach neuen Gründen für den Ausstand des Einzelrichters C. zu suchen. Damit übt er das Ablehnungsrecht wiederholt undifferenziert und missbräuchlich aus. Aus diesen Gründen ist auf das Ausstandsgesuch vom 12. November 2018 nicht einzutreten, zumal der Vorderrichter auf dieses gestützt auf § 90 Abs. 2 JG und die bundesgerichtliche Praxis (vgl. Urteil des Bundesgerichts 1B_236/2019 vom 9. Juli 2019, E. 1.4, m.w.H.) selber nicht hätte eintreten können. (...).

(Beschluss vom 14. Oktober 2019, BEK 2019 12).

5.2 Parteistellung der Ausgleichskasse

- *Die Ausgleichskasse ist gestützt auf Art. 79 Abs. 3 ATSG i.V.m. Art. 104 Abs. 2 StPO Strafklägerin (Erw. 3.a).*
- *Art. 79 Abs. 3 ATSG berechtigt die Ausgleichskasse nicht, öffentlich-rechtliche Forderungen im Adhäsionsprozess geltend zu machen (Erw. 3.b).*

Aus den Erwägungen:

3. Parteien des Verfahrens sind gemäss Art. 104 Abs. 1 StPO die beschuldigte Person, die Privatklägerschaft und im Haupt- und Rechtsmittelverfahren die Staatsanwaltschaft. Gemäss Art. 104 Abs. 2 StPO können Bund und Kantone weiteren Behörden, die öffentliche Interessen zu wahren haben, volle oder beschränkte Parteirechte einräumen. Als Privatklägerschaft gilt nach Art. 118 Abs. 1 StPO die geschädigte Person, die ausdrücklich erklärt, sich am Strafverfahren als Straf- oder Zivilklägerin oder -kläger zu beteiligen. Als geschädigte Person gilt gemäss Art. 115 StPO die Person, die durch die Straftat in ihren Rechten unmittelbar verletzt worden ist (Abs. 1). Die zur Stellung eines Strafantrags berechtigte Person gilt in jedem Falle als geschädigte Person (Abs. 2).

a) In Bund und im Kanton Schwyz bestand bis vor kurzem keine gesetzliche Grundlage, welche Versicherungsträgern gemäss Sozialversicherungsgesetz Parteistellung im Strafverfahren zuerkannte (EGV-SZ 2018 A 5.2 E. 1.b). Gestützt darauf konnten sich gemäss der Rechtsprechung des

Kantonsgerichts Behörden bzw. öffentliche Organe mit hoheitlicher Zuständigkeit nur als Privatkläger im Sinne von Art. 104 Abs. 1 lit. b StPO als Partei im Strafverfahren konstituieren. Voraussetzung dafür war, dass sie durch die Straftat in ihren Rechten wie ein Privater verletzt worden waren. Nicht als geschädigt galten sie in der Regel, wenn sich die Straftat gegen Rechtsgüter richtete, für welche sie bloss zuständig waren, wie z.B. das Sozialamt bei Sozialhilfebetrug. Das Kantonsgericht sprach deshalb sowohl der Fürsorgebehörde die Parteistellung als Privatkläger für Ansprüche auf Rückerstattung wirtschaftlicher Hilfe (EGV-SZ 2018 A 5.1) als auch den Verbandsausgleichskassen für deren Rückerstattungsansprüche ab (EGV-SZ 2018 A 5.2). Durch das Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG) vom 16. März 2018, in Kraft seit 1. Oktober 2019, wurde mit Art. 79 Abs. 3 ATSG nun eine gesetzliche Grundlage im Sinne von Art. 104 Abs. 2 StPO für Sozialversicherungsträger geschaffen. Gemäss dieser neuen Bestimmung kann der Versicherungsträger in Strafverfahren wegen Verletzung von Artikel 148a des Strafgesetzbuches und Art. 87 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1946 über die Alters- und Hinterlassenenversicherung die Rechte einer Privatklägerschaft wahrnehmen. Gestützt darauf hat die Staatsanwaltschaft die Ausgleichskasse im vorliegenden Verfahren zurecht im Strafpunkt nach Art. 119 Abs. 2 lit. a StPO als Privatkläger zugelassen.

b) Gemäss Art. 119 Abs. 1 lit. b StPO kann die geschädigte Person adhäsionsweise privatrechtliche Ansprüche geltend machen, die aus der Straftat abgeleitet werden (Zivilklage). Ebenso bestimmt Art. 122 Abs. 1 StPO, dass die geschädigte Person zivilrechtliche Ansprüche aus der Straftat als Privatklägerschaft adhäsionsweise im Strafverfahren geltend machen kann. Diese Rechte stehen gestützt auf Art. 79 Abs. 3 ATSG grundsätzlich auch der Ausgleichskasse zu, soweit sie privatrechtliche Ansprüche geltend macht.

Bei der Rückforderung der IV- und Kinderrenten (...) gemäss Erklärung der Ausgleichskasse (...) sowie den Observationskosten (...) handelt es sich indessen unbestrittenermassen um öffentlich-rechtliche Forderungen. Die Auffassung der Ausgleichskasse, dass auch öffentlich-rechtliche Forderungen adhäsionsweise im Strafprozess geltend gemacht werden können, steht in Widerspruch sowohl zum klaren Wortlaut von Art. 119 Abs. 2 lit. b StPO und Art. 122 Abs. 1 StPO als auch zur herrschenden Lehre und Judikatur. Gegenstand des Adhäsionsverfahrens sind *privatrechtliche Ansprüche*. Bei der Auslegung dieses Begriffes ist davon auszugehen, dass das Adhäsionsverfahren ein dem Strafprozess angeschlossener *Zivilprozess* ist. Erfasst werden solche Ansprüche, die im kontradik-

A 5.2

torischen, ordentlichen *Zivilverfahren* eingeklagt werden können. Adhäsionsfähig ist somit jeder Anspruch, der im *Privatrecht* gründet (Mazzucchelli/Postizzi, in: Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, 2. Auflage, N 7 f. zu Art. 119 StPO; Lieber in: Donatsch/Hansjakob/Lieber [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, 2. Auflage, N 5 ff. zu Art. 122 StPO). Vom Adhäsionsprozess ausgeschlossen sind öffentlich-rechtliche Ansprüche wie bspw. Steuerforderungen des Gemeinwesens bei Steuerdelikten, Rückerstattungsansprüche unrechtmässig bezogener Sozialversicherungsleistungen gemäss Art. 25 ATSG oder Ansprüche aus dem kantonalen Verantwortlichkeitsrecht bei strafbarem Verhalten eines öffentlichen Angestellten (Mazzucchelli/Postizzi, a.a.O., N 10 zu Art. 119 StPO; Dolge, in: Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, N 64 zu Art. 122 StPO). Gleicher Ansicht sind das Bundesgericht (Urteil 1B_158/2018 vom 11. Juli 2019) und das Kantonsgericht (Urteil STK 2013 7 vom 24. September 2013 E. 3.b) in ihrer Rechtsprechung.

Was die Ausgleichskasse dagegen vorbringt, vermag nicht zu überzeugen. (...) Vielmehr hat der Gesetzgeber in Art. 79 Abs. 3 ATSG die Ausübung der Parteirechte durch Sozialversicherungsträger auf die Verletzung von Art. 148a StGB und Artikel 87 AHVG beschränkt und die Rechte der Privatklägerschaft nicht näher definiert. Insbesondere hat der Gesetzgeber nicht festgehalten, dass bei diesen beiden Straftatbeständen auch öffentlich-rechtliche Forderungen adhäsionsweise im Strafprozess geltend gemacht werden könnten. Schliesslich lässt sich auch dem Umstand, dass Art. 79 Abs. 3 ATSG in der Mehrzahl von „Rechten“ der Privatklägerschaft spricht, entgegen der Ansicht der Ausgleichskasse nichts für die vorliegende Fragestellung gewinnen, ob auch öffentlich-rechtliche Forderungen im Rahmen des Adhäsionsprozesses geltend gemacht werden können. Es ist deshalb davon auszugehen, dass mit der Revision von Art. 79 ATSG diesbezüglich nichts an der bisherigen Rechtslage geändert werden sollte. Dafür spricht auch, dass im Bericht der Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit des Ständerates betreffend gesetzliche Grundlage für die Überwachung von Versicherten vom 7. September 2017 Art. 79 ATSG nicht einmal erwähnt wird. Es kann deshalb mitnichten davon ausgegangen werden, dass mit der Einführung von Art. 79 Abs. 3 ATSG der Weg für die Geltendmachung öffentlich-rechtlicher Forderungen im Adhäsionsprozess geöffnet werden sollte.

Zu beachten ist zudem darüber hinaus, dass die Ausgleichskasse über einen Teil der Rückforderungsansprüche bereits verfügt hat. (...) Adhäsionsweise geltend gemachte Ansprüche dürfen nicht Gegenstand eines anderweitig rechtshängigen Zivil- oder Schiedsverfahrens bzw. eines rechtskräftigen Entscheids, einer Klageanerkennung oder eines Klagerückzugs

im Sinne von Art. 241 ZPO bilden. Das Nichtvorliegen von Litispendenz und res iudicata sind Prozessvoraussetzungen, die von den mit der Klage befassten Strafverfolgungsbehörden und Gerichten von Amtes wegen zu berücksichtigen sind (Mazzucchelli/Postizzi, a.a.O., N 14 zu Art. 119 StPO). Insoweit könnte auch aus diesem Grund auf die Rückforderungsklage der Ausgleichskasse im Strafverfahren nicht eingetreten werden.

(Beschluss vom 27. Dezember 2019, BEK 2019 180; auf eine Beschwerde in Strafsachen wurde mit BGer 1B_50/2020 vom 4. Februar 2020 nicht eingetreten).

5.3 Parteistellung, Ungehorsamstatbestand

- *Der Ungehorsamstatbestand nach Art. 292 StGB schützt keine Individualrechtsgüter, so dass die Strafanzeigerstatterin im Strafverfahren keine Parteirechte wegen Eigentumsstörungen geltend machen kann (Erw. 2).*

Aus den Erwägungen:

2. Die Staatsanwaltschaft sprach der Beschwerdeführerin in der angefochtenen Verfügung Parteirechte gestützt auf die hiesige Rechtsprechung ab (BEK 2016 194 vom 20. Februar 2017 E. 3 mit Hinweisen), weil der Ungehorsamstatbestand das mit der entsprechenden Strafandrohung verbundene Verbot, mithin die behördliche Autorität, schütze und nur mittelbar den Interessen der Anzeigerstatterin diene.

Soweit die Beschwerdeführerin festhält, in ihren Rechten, nämlich ihren verfassungsmässig geschützten Eigentumsrechten unmittelbar verletzt zu sein, macht sie Rechtspositionen geltend, welche nicht im direkten Bereich des Tatbestands liegen. Der Ungehorsamstatbestand schützt direkt einzig die Autorität des Staates. Er enthält, was die von der Beschwerdeführerin zitierte Kommentarstelle ausser Acht lässt (vgl. Mazzucchelli/Postizzi, BSK, 2. A. 2014, Art. 115 StPO N 79 und gestützt auf deren Vorauflage auch CAN online 2013 Nr. 17), im Unterschied zu ebenfalls nicht primär Individualrechtsgüter schützenden Strafnormen (dazu etwa BGE 141 IV 454 E. 2.3.1 mit Hinweisen; z.B. falsche Anschuldigung vgl. dazu CAN 1-12 Nr. 17 sowie EGV-SZ 2014 A 5.4 E. 3) keine Tatbestandselemente, die sich auf Rechte von Privaten beziehen. Deshalb ist der Schutzbereich des Ungehorsamstatbestands nicht nur unabhängig vom Inhalt der Verfügung, welcher trotz Hinweises auf die Strafdrohung keine Folge geleistet wird, sondern betrifft auch keine individuellen Rechtsgüter. Daher

A 5.4

können die vorliegend von der Beschwerdeführerin geltend gemachten Interessen an der Beseitigung von Eigentumsstörungen nicht direkt betroffen sein und ist die Beschwerdeführerin durch den angeblichen Ungehorsam der Beschuldigten nicht unmittelbar verletzt. Somit gilt sie nicht als geschädigte Person bzw. Privatklägerschaft im Sinne von Art. 115 Abs. 1 i.V.m. Art. 105 Abs. 1 lit. a StPO respektive Art. 118 Abs. 1 i.V.m. Art. 104 Abs. 1 lit. b StPO. Als blosse Anzeigerstatterin hat sie keine weitergehenden Verfahrensrechte (Art. 301 Abs. 3 StPO), namentlich nicht das Recht der Teilnahme an Verfahrenshandlungen (Art. 107 Abs. 1 lit. b StPO). Ihr kommen nur Rechte zu, soweit sich Verfahrenshandlungen gegen ihre Person richten (Art. 105 Abs. 2 StPO), wie etwa das vorliegend in Anspruch genommene Beschwerderecht gegen die ihr die Parteirechte indes zutreffend absprechende staatsanwaltschaftliche Verfügung. (...).

(Beschluss vom 4. April 2019, BEK 2018 185; eine Beschwerde in Strafsachen wurde mit BGer 1B_253/2019 vom 11. November 2019 abgewiesen).

5.4 Anklageprinzip, Ort

- *Der Beschuldigte begann das Überholmanöver nicht an der angeklagten Stelle (Erw. 1.a), sondern an einem Ort, der in der Anklage nicht beschrieben ist (Erw. 1.b).*
- *In Bezug auf versehentlich fehlende Sachverhaltselemente kann die Anklage nicht mehr ergänzt werden (Erw. 1.c).*

Aus den Erwägungen:

1. Laut Anklage wird dem Beschuldigten angelastet, ca. 80 m vor dem Seuchenkreuz mit seinem Überholmanöver mit einer Geschwindigkeit von 30 - 40 km/h begonnen und mithin über die Sicherheitslinie gefahren zu sein.

a) An sich zutreffend geht der Vorderrichter davon aus, dass der Beschuldigte, bevor er 34 m vor dem Seuchenkreuz ins Wiesland geriet, links der Sicherheitslinie überholte. Nicht nachvollziehbar aber ist, dass der Beschuldigte diese Sicherheitslinie vor dem Seuchenkreuz zwingend überfahren haben muss. Vielmehr geht aus der handschriftlichen Planskizze der Polizei hervor, dass (...) der Beschuldigte sehr wahrscheinlich an einem Ort mit dem Überholmanöver begann, an welchem ihm keine Sicher-

heitslinie das Überholen verbot. Der Anklagesachverhalt ist mithin inso- weit nicht erstellt, als dem Beschuldigten vorgeworfen wird, ca. 80 m vor dem Seuchenkreuz über die Sicherheitslinie gefahren zu sein. Gleichermassen ist die Behauptung des Beschuldigten nicht zu widerlegen, das Überholmanöver in einem erlaubten Strassenabschnitt begonnen zu haben. Mithin ist der Sachverhalt für die vom Vorderrichter erwähnten und in der Rechtsprechung als notorisch geltenden Gefahren des Überfahrens von Sicherheitslinien nicht zu erstellen. Massgeblich ist indes, dass mit der anderen Lokalisierung des Beginns des Überholmanövers der Vorder- richter mit seinem Urteil in tatsächlicher Hinsicht unzulässigerweise vom angeklagten Sachverhalt abweicht (Näheres unten lit. b), wonach der Beschuldigte ca. 80 m vor dem Seuchenkreuz die Sicherheitslinie überfahren habe.

b) Wird gegen einen Strafbefehl Einsprache erhoben und entschliesst sich die Staatsanwaltschaft, am Strafbefehl festzuhalten und überweist die Akten dem Gericht, so gilt der Strafbefehl als Anklageschrift. Die Sach- verhaltsumschreibung im Strafbefehl muss den an eine Anklageschrift ge- stellten Ansprüchen vollumfänglich genügen (BGE 140 IV 188 E. 1.5). Das Gericht ist an den in der Anklage umschriebenen Sachverhalt gebun- den (Art. 350 Abs. 1 StPO). Die Anklage ist insoweit nachvollziehbar, als sie davon ausgeht, dass ca. 80 m vor dem Seuchenkreuz die Situation für ein Überholmanöver unübersichtlich war. Die auf einer durchschnittlichen Geschwindigkeit von 80 km/h beruhenden Berechnungen des Vorderrich- ters legen indes nahe, dass der Beschuldigte an einem anderen Ort als angeklagt mit dem Überholen begonnen haben muss (vgl. oben lit. a). Ob an diesem in der Anklage nicht beschriebenen Ort die Strecke unüber- sichtlich war, wird vom Beschuldigten mit guten Gründen bestritten, ist doch auch der ehemalige, ortskundige Oberstaatsanwalt der Auffassung, dass die Sicht von weiter weg übersichtlicher sei. Weder angeklagt noch erstellbar ist, dass der Beschuldigte an der vom Vorderrichter unter an- demer angenommenen, in der Tat auch noch nur beschränkt übersichtlichen Stelle mit dem Überholen begonnen haben soll. Auf die Übersichtlichkeit an dieser sowie noch an weiter vom Seuchenkreuz entfernten möglichen Überholorte muss bzw. darf indes nicht weiter eingegangen werden, da die Anklage von anderen, definitiv nicht erstellbaren Örtlichkeiten ausgeht. Das Anklageprinzip verbietet es, nicht angeklagte Sachverhalte zu über- prüfen, um den Vorwurf, der Beschuldigte habe Verkehrsregeln grob ver- letzt, zu rechtfertigen. Die Veränderung des Vorwurfes vom Überqueren einer Sicherheitslinie in ein unvorsichtiges Überholen links einer Sicher- heitslinie scheint zwar durch Formulierungen im Vorhalt der Straftatbe-

A 5.4

stände sowie im letzten Abschnitt der Strafbefehlsbegründung zum subjektiven Tatbestand gedeckt zu sein. In der Anklage wird indes sonst nirgends im Objektiven der Vorwurf gegen den Beschuldigten erhoben, auch noch überholt zu haben, als er in den Bereich einer Sicherheitslinie gelangte, welche ihm die Fortsetzung des Überholmanövers verbot. Massgeblich ist für diesen Fall zum einen, dass der Beschuldigte das Überholmanöver wahrscheinlich an einer Stelle ohne Sicherheitslinie startete, deren genauen Ort und deren Übersichtlichkeit die Anklage nicht beschreibt und damit nicht zum Vorwurf gegen den Beschuldigten erhebt. Zum anderen lässt sich der Anklage nicht entnehmen, inwiefern in Bezug auf einen Vorwurf ein an (möglicherweise) übersichtlicher Stelle erlaubterweise begonnenes Überholmanöver nicht vor der Sicherheitslinie abgebrochen zu haben, ein Sachverhalt vorliegt, welcher das Fundament der angeklagten groben Verkehrsregelverletzung bilden sollen.

c) Änderungen der Anklage sind nach der Behandlung der Vorfragen in der Hauptverhandlung nur noch unter den Voraussetzungen von Art. 333 StPO zulässig, wenn der Richter der Auffassung ist, dass ein anderer Straftatbestand vorliegen könnte (EGV-SZ 2015 A. 5.2 E. 3.d; BGer 6B_963/2015 vom 19. Mai 2016 E. 1.5 = forum poenale 4/2017 S. 215 ff. und Schnell/Steffen, Schweizerisches Strafprozessrecht, 2019, S. 356), was vorliegend nicht der Fall ist. Da in der Anklage die Staatsanwaltschaft die Übersichtlichkeit nicht konkret bezogen auf eine vor Beginn der bis zum Seuchenkreuz führenden Sicherheitslinie liegenden Stelle, wo der Beschuldigte sehr wahrscheinlich sein Überholmanöver gestartet haben könnte, beschreibt, handelt es sich nicht um einen Fall, in welchem die Anklage nur in einem Detail eines ungenauen oder versehentlich vergessenen Sachverhaltselements geringfügig verbessert werden müsste (EGV-SZ 2015 ebd.). Ist der angeklagte Sachverhalt dagegen nicht erstellt und scheitert die Überprüfung eines anderen (geänderten) Sachverhalts am Anklageprinzip, ist in Gutheissung der Berufung der Beschuldigte von Schuld und Strafe freizusprechen. Eine einfache Verletzung von Verkehrsregeln (Art. 90 Abs. 1 SVG) wäre im Übrigen vor der erstinstanzlichen Urteilsfällung verjährt (Art. 109 StGB).

(Urteil vom 13. August 2019, STK 2019 6).

5.5 Anklageprinzip, Schuldform

- *Ist nur fahrlässiges Verhalten angeklagt, kann der Richter auch auf eine vorsätzliche Tatbegehung erkennen, wenn die dieser Schuldform entsprechenden subjektiven Elemente in der Anklage enthalten sind, was nicht der Fall war (Erw. 2.a/aa - dd).*
- *Der Strafrichter ist an den angeklagten Sachverhalt gebunden (Erw. 2.a/ee).*

Aus den Erwägungen:

2. Vom Vorderrichter verurteilt und gebüsst wurde die Beschuldigte gestützt auf Art. 28 Abs. 1 lit. a TSchG, weil sie vorsätzlich die Vorschrift über die Tierhaltung missachtet habe, wonach wer einen Hund hält oder ausbildet, Vorkehrungen zu treffen hat, damit der Hund Menschen und Tiere nicht gefährdet (Art. 77 TSchV). (...). Bei den Schuldsprüchen handelt es sich um Übertretungen, weshalb mit der Berufung nur geltend gemacht werden kann, das Urteil sei rechtsfehlerhaft oder die Feststellung des Sachverhalts sei offensichtlich unrichtig oder beruhe auf einer Rechtsverletzung; neue Behauptungen und Beweise können nicht vorgebracht werden (Art. 398 Abs. 4 StPO). Materielle und prozessuale Rechtsfragen bleiben daher mit freier Kognition prüfbar (Hug/Scheidegger, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber, Kommentar, 2. A. 2014, Art. 398 StPO N 23). Die Prüfung der Kritik unvollständiger oder unrichtiger Sachverhaltsfeststellungen ist dagegen auf die Offensichtlichkeit (aktenwidrige oder willkürliche Beweiswürdigung) eingeschränkt (BEK 2017 12 vom 14. Juli 2017 E. 2). Beurteilt die Berufungsinstanz die tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz bzw. die Beweiswürdigung nicht als willkürlich, ist sie an diese gebunden (s. BGer 6B_152/2017 vom 20. April 2017 E. 1.1; zum Ganzen BEK 2018 60 vom 13. Dezember 2018 E. 1).

a) Frei überprüfbar ist die beanstandete Verletzung des Anklagegrundsatzes (...).

aa) Der Umstand, dass der Vorderrichter die Beschuldigte der eventualvorsätzlichen und nicht der fahrlässigen Missachtung von Tierhaltungsvorschriften verurteilte, betrifft eine grundsätzlich losgelöst von der Anklage vom Gericht zu beurteilende Rechtsfrage. Diesbezüglich ist der Richter frei, soweit er sich an die in der Anklage umschriebenen Sachverhalte hält (Art. 350 Abs. 1 StPO, vgl. noch unten lit. ee). Wenn die Anklage der Beschuldigten nur fahrlässiges Verhalten vorwirft (vgl. Art. 333 Abs. 7

A 5.5

StGB sowie Art. 28 Abs. 2 TSchG), darf der Richter sie dann der vorsätzlichen bzw. eventualvorsätzlichen Tatbegehung verurteilen, wenn die diesen Schuldformen entsprechenden subjektiven Elemente in der Umschreibung des Anklagesachverhalts enthalten sind. Für die Verurteilung wegen Eventualvorsatzes müsste mithin die Anklage umschreiben, inwiefern die Beschuldigte die Verwirklichung der Tat für möglich hielt und in Kauf nahm (Art. 12 Abs. 2 Satz 2 StGB).

bb) Tatsachen, aus welchen auf Eventualvorsatz geschlossen werden könnte, lassen sich beiden Anklagesachverhalten hinsichtlich der Vorwürfe der Missachtung von Tierhaltungsvorschriften nicht entnehmen. Es wird in der Anklage nicht ausgeführt, dass die Beschuldigte über eine Fahrlässigkeit hinaus Angriffe des Hundes billigend in Kauf genommen oder auch nur in Erwägung gezogen hätte (vgl. ähnlich BGer 6B_633/2015 vom 12. Januar 2016 E. 1.4.1 betreffend einen über eine einfache Körperverletzung hinausgehenden Erfolg). Wer in bestimmten Situationen pflichtwidrig nicht bemerkt, dass der (angeleinte) Hund Personen und andere Tiere gefährden könnte, handelt fahrlässig. Entsprechend wird der Beschuldigten nur zur Last gelegt, dass sie zufolge mangelnder Sorgfalt unachtsam war, obwohl sie aufgrund der früheren Vorfälle hätte voraussehen müssen, dass der Hund Personen oder Tiere angreifen könnte, mithin sie diese vorhersehbaren Erfolge pflichtwidrig unvorsichtig nicht bedachte bzw. darauf nicht Rücksicht nahm (Art. 12 Abs. 3 StGB). Zwar impliziert die Anklage das Wissen der Beschuldigten um die früheren Angriffe des Hundes, aber ihr wird dennoch nicht vorgehalten, ihr wäre zufolge dieses Wissens die Möglichkeit der Gefährdung oder Verletzung von Tieren und/oder Personen (...) durch einen erneuten Angriff derart gewiss gewesen, dass ihr Verhalten vernünftigerweise nicht anders als Billigung des Risikoeintritts gelten müsste. Eine solche Gewissheit leitet die Anklage auch nicht aus dem in subjektiver Hinsicht umschriebenen Wissen der Beschuldigten um die gegenüber ihrem Lebenspartner verfügbaren Maulkorbpflicht für Drittpersonen ab, insbesondere nicht, dass sie unter Inkaufnahme einer generellen Gefährdung anderer Tiere und Personen handelte.

cc) Soweit der Vorderrichter davon ausgeht, Eventualvorsatz werde durch die Anklage erfasst, verkennt er, dass im Subjektiven die inneren Tatsachen und nicht die äusseren Umstände (frühere Vorfälle, Nichtverhinderung des Angriffs etc.) für sein in der Schuldform von der Anklage abweichendes Urteil massgeblich sind. Zwar sind die inneren Tatsachen häufig nur anhand äusserer Umstände eruierbar. Dies ändert aber nichts daran, dass die Anklage auch die innere Tatsache (Vertrauen, dass sich das Risiko

eines Angriffs nicht erfüllt, oder Abfinden mit einer allfälligen Erfüllung) beschreiben muss, um – wenn der Tatbestand fahrlässig und vorsätzlich begangen werden kann – diesbezüglich die nach langjähriger Rechtsprechung geforderte Klarheit zu schaffen, ob der Angeklagten Fahrlässigkeit oder vorsätzliche Begehung vorgeworfen wird, denn beide Varianten verlangen ein unterschiedliches Vorgehen der Verteidigung (BGer 6B_638/2019 vom 17. Oktober 2019 E. 1.4.2 mit Hinweisen). Die vorliegende Anklage machte der Beschuldigten die mögliche Verurteilung wegen Eventualvorsatzes nicht klar.

dd) Zusammenfassend verstossen die Verurteilungen wegen eventualvorsätzlicher Widerhandlungen gegen das Tierschutzgesetz gegen den Anklagegrundsatz, weil sich die vorderrichterlichen Sachverhaltsfeststellungen in massgeblichen Punkten nicht mit den angeklagten, nur auf Fahrlässigkeit gerichteten und Tatfragen betreffenden inneren Tatsachen befassen. Dieser wesentliche Mangel kann im Berufungsverfahren mit beschränkter Kognition (Art. 398 Abs. 4 StPO) nicht geheilt werden, so dass in Gutheissung der Berufung das angefochtene Urteil insoweit aufzuheben und die Sache zur Neuurteilung zurückzuweisen ist (Art. 409 Abs. 1 und 2 StPO).

ee) Entgegen den Vorbringen der Berufungsführerin wurde ihr eine vorsätzliche Tatbegehung nicht erstmals im Urteilsdispositiv vorgehalten. Der Vorderrichter wies sie bereits bei der Eröffnung der Hauptverhandlung entsprechend Art. 344 StPO darauf hin, dass auch die vorsätzliche Begehung der Widerhandlungen gegen die Tierschutzgesetzgebung geprüft werde und gab den Parteien die Gelegenheit, sich dazu in ihren Vorträgen zu äussern. Insofern ist keine Verletzung des rechtlichen Gehörs ersichtlich. Diese Feststellung ändert nichts daran, dass selbst wenn der Strafrichter Anhaltspunkte für eine andere rechtliche Würdigung oder weitere Straftaten ausmacht, er nicht über den angeklagten Sachverhalt hinausgehen kann (s. dazu ebenfalls BGer 6B_633/2015 vom 12. Januar 2016 E. 1.4.1).

(Beschluss vom 2. Dezember 2019, BEK 2019 85).

A 5.6

5.6 Kostenaufgabe, adäquater Kausalzusammenhang

- *Fehlende Kausalität zwischen dem zugegebenen, zeitlich nicht genau fixierbaren Cannabiskonsum und der Einleitung des Strafverfahrens (Erw. 2.c).*
- *Derjenige, dessen Blut einen Betäubungsmittelwert unter dem Grenzwert aufweist, ist nicht strafbar fahruntfähig (Erw. 2.d).*

Aus den Erwägungen:

2. Nach Art. 423 Abs. 1 StPO trägt grundsätzlich der Bund oder der Kanton, welcher das Verfahren führte, die Verfahrenskosten. Abweichend von diesem Grundsatz trägt der Beschuldigte die Verfahrenskosten, wenn er verurteilt wird (Art. 426 Abs. 1 StPO), oder, bei einer Verfahrenseinstellung, wenn er rechtswidrig und schuldhaft die Einleitung des Verfahrens bewirkte. Eine solche Kostenaufgabe ist mit Art. 32 Abs. 1 BV und Art. 6 Ziff. 2 EMRK nur dann vereinbar, wenn der Beschuldigte in zivilrechtlich vorwerfbarer Weise, d.h. im Sinne einer analogen Anwendung der sich aus Art. 41 ff. OR ergebenden Grundsätze, gegen eine Verhaltensnorm der schweizerischen Rechtsordnung klar versties und dadurch das Strafverfahren veranlasste. Die Kostenaufgabe darf sich in tatsächlicher Hinsicht nur auf unbestrittene oder bereits klar nachgewiesene Umstände stützen. Zudem muss zwischen dem zivilrechtlich vorwerfbaren Verhalten und den durch die Untersuchung entstandenen Kosten ein adäquater Kausalzusammenhang bestehen. Ein Verstoss gegen die Unschuldsvermutung liegt vor, wenn dem Beschuldigten in der Begründung des Kostenentscheids direkt oder indirekt vorgeworfen wird, er habe sich strafbar gemacht bzw. es treffe ihn ein strafrechtliches Verschulden (GPR 2018 19 vom 30. November 2018 E. 2, mit Hinweisen auf Rechtsprechung und Literatur).

a) Die Staatsanwaltschaft begründete die Kostenaufgabe damit, der Beschuldigte habe Cannabis konsumiert und infolgedessen ein Fahrzeug mit Symptomen (wässrige Augen und verlangsamte Pupillenreaktion) gelenkt, welche die Polizei den zulässigen Verdacht, er könnte unter Einfluss von Betäubungsmitteln gefahren sein, fassen und den positiv verlaufenden Drogenschnelltest durchführen lassen hätten. (...).

b) Die untersuchende Ärztin stellte ca. eine Dreiviertelstunde nach der Polizeikontrolle keine äusseren Auffälligkeiten wie wässrige Augen oder

verlangsamte Pupillenreaktionen oder unruhiges Verhalten fest. Fahrunfähigkeitsanzeichen sind damit nicht klar nachgewiesen und können mithin die Kostenaufgabe nicht begründen. Ob die fraglichen Anzeichen unter diesen Umständen einen Drogenschnelltest rechtfertigen, kann hier offen gelassen werden (vgl. dazu BEK 2018 173 vom 2. September 2019). Zudem lässt sich ein rechtswidriges und schuldhaftes Verhalten des Beschuldigten auch nicht anhand seiner Angaben beweisen. (...).

c) (...). Soweit die Staatsanwaltschaft in der Beschwerdeantwort behauptet, der Konsum von THC-haltigem Cannabis sei kausal für die Einleitung des Strafverfahrens, kann sich dies also nur auf einen unbekanntem Zeitpunkt zwischen dem 20. Juli 2018 und der Verkehrskontrolle vom 31. Juli 2018, mithin einen Zeitraum beziehen, für welchen keine Zuga-ben des Beschuldigten vorliegen. Die Staatsanwaltschaft zeigt nicht auf, wie kurz vor der kontrollierten Fahrt die – gutachterlich bewiesene – Can-nabiseinnahme erfolgte und ob diese überhaupt geeignet war, zu den (oh-nehin nur polizeilich festgestellten, vgl. oben lit. b) Fahrunfähigkeitsan-zeichen zu führen. Deshalb lässt sich kein Kausalzusammenhang zwi-schen dem innerhalb von zwölf Tagen zeitlich nicht genauer fixierbaren Konsum und den Fahrunfähigkeitssymptomen nachweisen.

d) Abschliessend ist (...) nochmals darauf hinzuweisen, dass der Be-schuldigte (...) den Betäubungsmittelkonsum nach dem 20. Juli 2018 bis vor der Fahrt nicht einräumte. (...). Weiter erscheint die Tragweite der Auffassung, wonach das Führen eines Motorfahrzeugs bei durch Untersu-chungen nachweisbaren Betäubungsmittelkonsum im Unterschied zu ei-ner alkoholbedingten Fahrunfähigkeit unabhängig von der nachweisbaren Menge im Blut verboten sei (BGer 1B_180/2012 vom 24. Mai 2012 E. 4.2), zumindest diskutabel. Der ermächtigte Bundesrat (Art. 55 Abs. 7 lit. a SVG) überliess es dem Bundesamt, die Fahrfähigkeitsgrenzwerte fest-zulegen (Art. 2 Abs. 2bis VRV). In strafbarer Weise ist somit nur derjenige fahrunfähig, in dessen Blut Cannabis in einer Menge festgestellt wird, wel-che den amtlichen Grenzwert erreicht oder überschreitet (Art. 34 lit. a VSKV-ASTRA; zum Ganzen auch Schaffhauser, Handbuch Strassenver-kehrsrecht, 2018, § 4 Rz 271 f. mit Hinweisen), was vorliegend nicht der Fall ist. Andere Normen, welche das Fahren mit Betäubungsmittelwerten unter diesen Grenzen verbieten würden, sind nicht ersichtlich. Unabhän-gig von einem Grenzwert dagegen strafbar ist der Konsum (Art. 19a Ziff. 1 BetmG), der hier von der Staatsanwaltschaft mit separatem Strafbefehl erledigt wurde, jedoch für einen Zeitpunkt kurz vor der Fahrt nicht erstellt ist (vgl. oben lit. c). Indes besagt die Strafbarkeit des Konsums nichts über die Fahreignung (Schaffhauser, a.a.O., Rz 272 und 277 mit Hinweisen).

A 6.1

Auch dies spricht dagegen, dem Beschuldigten trotz fehlenden, sicherheitspolizeilich motiviert erleichterten Nachweises der Fahruntfähigkeit (vgl. dazu BGE 145 IV 50) Kosten für einen Aufwand aufzuerlegen, der üblicherweise in der Untersuchung wegen illegalen Cannabiskonsums nicht anfällt und vorliegend aufgrund der Zugaben des Beschuldigten auch nicht erforderlich war.

(Beschluss vom 2. September 2019, BEK 2019 66; eine Beschwerde in Strafsachen wurde mit BGer 6B_1144/2019 vom 13. Februar 2020 abgewiesen, soweit darauf einzutreten war).

6. Schuldbetreibungs- und Konkursrecht

6.1. Rechtsöffnungsgesuch, formelle Anforderungen

- *Formelle Anforderungen an ein Rechtsöffnungsgesuch, namentlich in Bezug auf das Quantitativ der betriebenen Forderung (Erw. 3.b/aa und bb).*
- *Bestimmbarkeit des betriebenen Vereinsmitgliederbeitrags (Erw. 4.b).*

Aus den Erwägungen:

aa) Unbesehen davon muss ein Rechtsöffnungsbegehren grundsätzlich den formellen Anforderungen von Art. 221 ZPO genügen und dementsprechend auch eine Begründung enthalten (OGer ZH, Urteil RT180007-O/U vom 13. November 2018 E. 3.3.2; OGer ZH, Urteil RT170171-O vom 27. November 2017 E. 3.2; vgl. auch ZR 117/2018 Nr. 42). Der Gesuchsteller hat dabei genau darzulegen, woraus er seine Forderung ableitet. Insbesondere ist das Quantitativ der geforderten Summe inklusive Zinsen und Kosten anhand einer für den Richter nachvollziehbaren Abrechnung zu erläutern, wenn sich der Betrag nicht ohne weiteres aus dem Rechtsöffnungstitel ergibt (Stücheli, Die Rechtsöffnung, 2000, S. 128; siehe auch RBOG 2009 Nr. 15).

bb) Die Gesuchstellerin legt ihrem Gesuch eine vom Gesuchsgegner am 19. Februar 2009 unterzeichnete Beitrittserklärung bei und macht bezugnehmend auf diese geltend, der Beitritt sei per 1. März 2009 erfolgt. Der Zahlungsbefehl stützt sich auf die „Beitrittserklärung vom 01.03.2009“.

Der Gesuchsgegner verpflichtete sich in der besagten Erklärung gestützt auf sein (damaliges) Monatseinkommen von zwischen Fr. 3'700.00 und Fr. 3'999.00 zu monatlichen Beiträgen von Fr. 36.00, woraus ein Jahresbeitrag von Fr. 432.00 resultiert. Der Vorderrichter sah deshalb zu Recht als unklar an, wie sich die beiden Beträge von Fr. 382.00 (für 2015) und Fr. 458.40 (für 2016) zusammensetzen. Weder war oder ist das damals relevante Einkommen des Gesuchsgegners bekannt bzw. machte die Geschwisterin eine Veränderung der Mitgliederbeiträge gestützt hierauf geltend, noch behauptete oder belegte sie, dass der Zentralvorstand oder die Delegiertenversammlung die Beiträge (gestützt auf den Landesindex der Konsumentenpreise) angepasst hätte. Sie kam ihrer Begründungspflicht damit nicht ausreichend nach, womit ihr Gesuch abzuweisen war (vgl. auch ZR 117/2018 Nr. 34 E. 2.1).

4. (...).

b) Der Vollständigkeit halber ist anzufügen, dass die Bestimmtheit oder Bestimmbarkeit der geschuldeten Summe im Zeitpunkt der Unterzeichnung der Schuldanerkennung gegeben sein muss (Stahelin, Basler Kommentar, 2. A. 2010, N 26 zu Art. 82 SchKG; Vock/Aeppli-Wirz, in: Kren Kostkiewicz/Vock, Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 4. A. 2017, N 6 zu Art. 82 SchKG). Die schriftliche Beitrittserklärung zu einem Verein ist ein Rechtsöffnungstitel für die durch ein Vereinsversammlungsprotokoll oder die Statuten beitragsmässig nachgewiesenen Mitgliederbeiträge in derjenigen Höhe, wie sie zum Zeitpunkt des Eintrittes festgelegt waren (Stahelin, a.a.O., N 30 zu Art. 82 SchKG mit Verweisen). Vorliegend ergibt sich die Höhe der bei Unterzeichnung zu bezahlenden Mitgliederbeiträge zwar aus der Beitrittserklärung. Mit Unterzeichnung der Erklärung verpflichtete sich der Gesuchsgegner indes nicht nur zur regelmässigen Beitragszahlung gemäss den aufgeführten Beitragsätzen, sondern auch gemäss den Beschlüssen der Delegiertenversammlung. Der Bestimmungsfaktor wird daher von der Gegenseite beeinflusst oder festgelegt, weshalb insoweit keine Bestimmbarkeit der Forderung vorliegt (vgl. auch ZR 117/2018 Nr. 34 E. 2.2).

(Beschluss vom 30. Oktober 2019, BEK 2019 37).

6.2 Konkureröffnung, Weiterziehung

- *Der Nachweis der Tilgung der Schuld einschliesslich der Zinsen und Kosten ist innert der zehntägigen Beschwerdefrist zu erbringen (Erw. 3.a).*

A 6.2

Aus den Erwägungen:

3. Beschwerdegründe nach Art. 320 ZPO werden gegen die Konkursöffnung keine vorgebracht. Die Beschwerdeinstanz kann aber nach Art. 174 Abs. 2 SchKG die Konkursöffnung auch aufheben, wenn die Schuldnerin erstens durch Urkunden beweist, dass inzwischen die Schuld, einschliesslich Zinsen und Kosten, getilgt (Ziff. 1) oder der geschuldete Betrag zuhanden des Gläubigers hinterlegt ist (Ziff. 2) oder der Gläubiger auf die Durchführung des Konkurses verzichtet (Ziff. 3) und zweitens ihre Zahlungsfähigkeit glaubhaft macht.

a) Die Konkurshinderungsgründe müssen sich innert der Rechtsmittelfrist verwirklicht haben und geltend gemacht werden (Kostkiewicz/Walder, Kommentar SchKG, 18. Auflage, N 8 zu Art. 174 SchKG unter Verweis auf BGE 136 III 294 E. 3.1 und 3.2). Die Beschwerdefrist gegenüber einem Konkursöffnungsentscheid beträgt 10 Tage (Art. 174 SchKG). Der Gesuchsgegner ist in der Verfügung vom 4. Februar 2019 denn auch ausdrücklich aufgefordert worden, bis zum Ablauf der gesetzlichen Beschwerdefrist, d.h. innert 10 Tagen seit Abholung der angefochtenen Verfügung die Betreibungsforderung inkl. alle Kosten beim Kantonsgericht zu hinterlegen.

Diesen Anforderungen vermag der Gesuchsgegner nicht zu genügen. Er hat die angefochtene Verfügung am 31. Januar 2019 bei der Post abgeholt. Er hätte deshalb bis am Montag, 11. Februar 2019 den Nachweis für die Zahlung des erstinstanzlich geforderten Betrages von Fr. 758.90 und der ihm erstinstanzlich auferlegten Gerichtskosten von Fr. 300.00 erbringen müssen. Er hat indessen erst am 15. Februar 2019, und somit nach Ablauf der Rechtsmittel- und Zahlungsfrist einen Zahlungsauftrag an die E. (Bank I) zugunsten der Gesuchstellerin im Betrage von Fr. 4'515.20 und zugunsten des Bezirksgerichts von Fr. 200.00 erfasst. Zudem lässt sich mit einem Zahlungsauftrag die tatsächliche Bezahlung nicht beweisen, zumal der Zahlungsauftrag den ausdrücklichen Vermerk „Zahlungsausführung nur bei ausreichender Kontodeckung“ enthält. (...).

(Beschluss vom 20. März 2019, BEK 2019 15).

B **Verwaltungsgericht**

1. Verfahren

1.1 Rechtsmittelbefugnis

- *Politisches Engagement und Interesse am Zeitgeschehen begründet keine Einsprachebefugnis.*

Aus den Erwägungen:

4.1.1 Der Beschwerdeführerin leitet seine Einsprachebefugnis mit der Verwaltungsgerichtsbeschwerde konkret aus dem "Interesse an der Einhaltung der Grundsätze rechtsstaatlichen Handelns durch die staatlichen Organe (Art. 5 BV) ab, welches zwingend höher zu gewichten sei, als die nicht in der Verfassung verankerte Vermeidung der Popularbeschwerde".

4.1.2 Art. 5 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (BV, SR 101) vom 18. April 1999 regelt die Grundsätze rechtsstaatlichen Handelns. Grundlage und Schranke des staatlichen Handelns ist das Recht. Analog bestimmt § 3 Abs. 1 der Verfassung des Kantons Schwyz (KV; SRSZ 100.100) vom 24. November 2010, dass die Grundlage staatlicher Tätigkeit das Recht ist. Damit wird das Legalitätsprinzip in der Verfassung verankert.

4.1.3 Die Rechtsmittelbefugnis gemäss § 37 VRP entspricht inhaltlich der bundesrechtlichen Regelung von Art. 48 Abs. 1 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG; SR 172.021) vom 20. Dezember 1968 und Art. 89 Abs. 1 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (Bundesgerichtsgesetz, BGG; SR 173.110) vom 17. Juni 2005 (vgl. VGE III 2016 74 vom 28.6.2016 Erw. 2.2; VGE III 2012 21 vom 20.6.2012 Erw. 2.2).

§ 37 VRP ist eine der Schlüsselbestimmungen der VRP. Ihr Zweck ist einerseits, die materielle Überprüfung eines staatlichen Akts denjenigen Personen zugänglich zu machen, die von diesem Akt betroffen sind, und andererseits die Popularbeschwerde zu verhindern (vgl. Bertschi, in: Kommentar VRG, § 21 N 1; Spühler/Aemisegger/Dolge/Vock, Praxiskommentar BGG, 2. Aufl., Zürich 2013, Art. 89 N 17). Die Beschwerde steht nicht

B 1.2

jedermann, sondern nur den Betroffenen zu. Die Beschränkung des Kreises der zur Beschwerde befugten Personen dient dem Schutz der Rechtsmittelinstanzen vor Überlastung, der Rechtssicherheit und der Wahrung einer angemessenen Vertretung aller Interessen im Beschwerdeverfahren (Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl., Zürich 2016 Rz. 1766). Mit Ausnahme der Stimmrechtsbeschwerde (unter Vorbehalt der hierfür erforderlichen Voraussetzungen, namentlich Wohnsitz und Stimmberechtigung im entsprechenden Gemeinwesen) verleiht die Eigenschaft als persönlich oder beruflich besonders engagierte und interessierte Person für sich allein keine Beschwerdeberechtigung (Spühler et al., a.a.O., Art. 89 N 17).

4.1.4 Aus dem (politischen) Engagement und dem Interesse am kommunalen und regionalen Zeitgeschehen kann der Beschwerdeführer mithin nichts zu seinen Gunsten herleiten. (...).

(VGE III 2018 170 vom 21. Januar 2019).

1.2 Rechtsmittelbefugnis

- *Anfechtung einer Kostenaufgabe durch die Gemeinde.*

Aus den Erwägungen:

2.2 Die Gemeinde begründet ihre Beschwerdebefugnis damit, dass sie durch die Kostenaufgabe und den ihr auferlegten Anteil an der Parteient-schädigung in ihren finanziellen Interessen berührt sei. Gemäss der Recht-sprechung zur Autonomiebeschwerde sei sie daher zur Kostenbeschwerde befugt. Die Gemeinde bezieht sich mithin auf die Beschwerdebefugnis im Sinne von § 37 Abs. 2 lit. a VRP.

2.3.1 Eine Gemeinde ist in einem Sachbereich autonom, wenn das kantonale Recht diesen nicht abschliessend ordnet, sondern ihn ganz oder teilweise der Gemeinde zur Regelung überlässt und ihr dabei eine relativ erhebliche Entscheidungsfreiheit einräumt (vgl. BGE 126 I 136 Erw. 2 mit Hinweisen). Der geschützte Autonomiebereich kann sich auf die Befugnis zum Erlass oder Vollzug eigener kommunaler Vorschriften beziehen oder einen entsprechenden Spielraum bei der Anwendung des kantonalen oder eidgenössischen Rechts betreffen. (...).

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 III 2007 38 vom 24.5.2007 Erw. 1.1 mit Hinweisen auf VGE 1023/01 vom 14.3.2002 Erw. 1b; ZBI 2001, S. 527 Erw. 2a in fine und BGE 125 II 192 Erw. 2a/aa). Mit anderen Worten ist nach ständiger Praxis eine von der Rechtsmittelinstanz desavouierte Vorinstanz grundsätzlich nicht befugt, den Entscheid der Rechtsmittelinstanz weiterzuziehen (vgl. VGE III 2009 50 vom 24.2.2010 Erw. 1.2; VGE III 2009 7 vom 8.4.2009 Erw. 1.3 mit Hinweisen).

2.3.2 (...).

Es stellt sich mithin die Frage, ob die Gemeinde gestützt auf § 37 Abs. 1 VRP zur Einreichung einer (Kosten-)Beschwerde legitimiert ist.

2.4.1 § 37 Abs. 1 VRP ist inhaltlich mit Art. 89 Abs. 1 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG; SR 173.110) vom 17. Juni 2005 und Art. 48 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren (VwVG; SR 172.021) vom 20. Dezember 1968 identisch (vgl. EGV-SZ 2009 B 1.1 Erw. 2.2). Diese Regelung ist in erster Linie auf Privatpersonen zugeschnitten, doch kann sich auch das Gemeinwesen daraufstützen, falls es durch einen angefochtenen Entscheid gleich oder ähnlich wie ein Privater in seinen rechtlichen oder vermögenswerten Interessen betroffen ist (was insbesondere dann zutrifft, wenn das Finanz- oder Verwaltungsvermögen tangiert wird), und wenn eine zu erwartende Mehrbelastung geltend gemacht wird (sofern diese zudem aus Mitteln des Finanzvermögens gedeckt werden soll). Ausserdem akzeptiert die Praxis die Beschwerdebefugnis eines Gemeinwesens, wenn dieses durch den fraglichen Akt in qualifizierter Weise in schutzwürdigen hoheitlichen Interessen berührt wird (vgl. aber vorne Erw 2.3.1 letzter Absatz). (...).

2.4.2 Unter anderem in BGE 141 II 161 hat das Bundesgericht die Rechtsprechung zur Legitimation von Kanton oder Gemeinden zusammengefasst (Erw. 2.3 f mit zahlreichen Hinweisen). Demgemäss hat die Rechtsprechung zwar in verschiedenen Konstellationen die Legitimation von Kanton oder Gemeinde bejaht, wenn es um Entscheide mit finanziellen Auswirkungen geht. Doch ist die Legitimation nicht schon dann zu bejahen, wenn ein Entscheid Auswirkungen auf das Vermögen des Gemeinwesens hat: Zur Begründung des allgemeinen Beschwerderechts genügt nicht jedes beliebige, mit der Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe direkt oder indirekt verbundene finanzielle Interesse des Gemeinwesens. Bejaht wird die Legitimation in Konstellationen, in denen es um finanzielle Leistungen

B 1.2

aus Rechtsverhältnissen geht, die zwar öffentlich-rechtlich geregelt sind, aber Analogien haben zu entsprechenden privatrechtlichen Instituten wie etwa das öffentliche Dienstrecht, das Staatshaftungsrecht oder das Enteignungsrecht. Verneint wurde die Legitimation des Gemeinwesens hingegen, wenn ihm in Beschwerdeentscheiden gegen seine Verfügungen Verfahrens- oder Parteikosten auferlegt werden (BGE 134 II 45 Erw. 2.2.2; Bundesgerichtsurteile 1C_670/2013 vom 10.2.2014 Erw. 4.1; 2C_20/2016 vom 8.4.2016 Erw. 2.3). Dies entspricht der Verneinung der Legitimation, wenn es einzig um die finanziellen Folgen der Verwaltungstätigkeit geht, welche das Gemeinwesen in seiner Stellung als hoheitlich verfügende Behörde treffen (BGE 138 II 506 Erw. 2.3). In solchen Fällen deckt sich das finanzielle Interesse des Gemeinwesens mit der Frage der richtigen Rechtsanwendung, was zur Legitimation nicht genügt, auch dann nicht, wenn der angefochtene Entscheid Präcedenzwirkung für weitere Fälle mit Auswirkungen auf die (Kantons-/Gemeinde-)Finanzen hat (BGE 138 II 506 Erw. 2.4; BGE 134 II 45 Erw. 2.2.1). Im erwähnten BGE 134 II 45 hat das Bundesgericht konkret formuliert, "durch die Pflicht zur Tragung von Verfahrens- und Parteikosten in einem einzelnen Rechtsmittelverfahren wird das Gemeinwesen regelmässig nicht derart belastet, dass ihm - trotz fehlender Legitimation bzw. unabhängig von der Legitimation in der Sache selber - ein schutzwürdiges Interesse an der Anfechtung der Kostenregelung einzuräumen wäre" (Erw. 2.2.2). Dies gilt auch dann, wenn das kantonale Recht Gemeinden und andere öffentlich-rechtliche Körperschaften bei anwaltschaftlicher Vertretung Privaten im Entschädigungspunkt gleichstellt (Bundesgerichtsurteil 1C_306/2011 vom 27.9.2011 Erw. 1.3 mit Hinweisen).

2.4.3 Im Sinne dieser Rechtsprechung (vgl. auch Bertschi, in: Kommentar VRG, § 21 N 106) ist die Gemeinde auch gestützt auf § 37 Abs. 1 VRP nicht zur Anfechtung der Verfahrens- und Parteikosten befugt. Ein besonderer Fall, der die Beschwerdebefugnis ausnahmsweise bejahen liesse (vgl. BGE 134 II 45 Erw. 2.2.3), liegt nicht vor und lässt sich auch aus den Vorbringen der Gemeinde nicht ableiten. Namentlich kann weder gesagt werden, die Gemeinde sei durch die Auferlegung von (teilweisen) Verfahrenskosten und Parteientschädigungen im Bagatellbereich in hoheitlichen Befugnissen berührt, noch es stünden zentrale öffentliche Interessen für die Gemeinde auf dem Spiel (vgl. BGE 140 I 90 Regeste und Erw. 1.2.2 "touchée dans des intérêts centraux liés à sa puissance publique").

(VGE III 2018 150 vom 12. Februar 2019).

1.3 Rechtsmittel

- *Verhältnis von ordentlicher Beschwerde und Aufsichtsbeschwerde.*
- *Rechtmässigkeit der Auferlegung von Verfahrenskosten, wenn auf eine Beschwerde nicht eingetreten, der angefochtene Einspracheentscheid jedoch aufsichtsrechtlich aufgehoben wird.*

Aus dem Sachverhalt:

Der Regierungsrat trat auf eine Beschwerde gegen einen gemeinderätlichen Vorentscheid mangels Rechtsmittelbefugnis der Beschwerdeführer nicht ein, hob den Vorentscheid jedoch aufsichtsrechtlich auf.

Aus den Erwägungen:

5.2.1 Die Aufsichtsbeschwerde ist der formlose Rechtsbehelf, durch den eine Verfügung oder eine andere Handlung - auch ein verfügungsfreies Verhalten (vgl. Zibung, in: Waldmann/Weissenberger, Praxiskommentar VwVG, 2. Aufl., Zürich 2016, Art. 71 N 3) - einer Verwaltungsbehörde bei deren Aufsichtsbehörde beanstandet und darum ersucht wird, die Verfügung abzuändern oder aufzuheben oder eine andere Massnahme zu treffen. Die Aufsichtsbeschwerde wird auch als Anzeige bezeichnet (vgl. Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl., Zürich 2016, Rz. 1200). Es gilt der Grundsatz der Subsidiarität der Aufsichtsbeschwerde, d.h. sie kann nur ergriffen werden, wenn kein ordentliches oder ausserordentliches Rechtsmittel zur Verfügung steht (vgl. Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., Rz. 1210; Bertschi, in: Kommentar VRG, Vorbemerkungen zu §§ 19-28a N 65; Zibung, a.a.O., Art. 71 N 11). Im kantonalen Recht regelt § 85 des Justizgesetzes (JG; SRSZ 231.110) vom 18. November 2009 die Subsidiarität der Aufsichtsbeschwerde explizit. Demgemäss ist die Aufsichtsbeschwerde unzulässig, wenn nach eidgenössischem oder kantonalem Recht ein Rechtsmittel oder ein anderer Rechtsbehelf ergriffen werden kann.

5.2.2 Zur Aufsichtsbeschwerde ist jedermann berechtigt; ein persönliches Betroffensein ist nicht erforderlich. Als formloser Rechtsbehelf ist die Aufsichtsbeschwerde weder form- noch fristgebunden. Sie hat keine Auswirkungen auf allenfalls laufende Rechtsmittelfristen (Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., Rz. 1210). Sie ist jederzeit möglich (Zibung, a.a.O.,

B 1.3

Art. 71 N 21). Die Aufsichtsbeschwerde vermittelt keinen Erledigungsanspruch (Bertschi, a.a.O., Vorbemerkungen zu §§ 19-28a N 62). Der Anzeiger hat nicht die Stellung einer Prozesspartei; es kommen ihm keine Parteirechte wie z.B. Recht auf Akteneinsicht, auf Anhörung vor Erlass des Entscheides oder auf Begründung des Entscheides zu (...). Art. 71 Abs. 2 VwVG bestimmt ausdrücklich, dass der Anzeiger nicht die Rechte einer Partei hat. Nach ständiger Rechtsprechung kann der Entscheid einer Aufsichtsbehörde, auf eine Aufsichtsbeschwerde nicht einzutreten, sie abzuweisen oder ihr keine Folge zu geben, nicht mit Rechtsmitteln angefochten werden (vgl. VGE III 2018 55 vom 21.9.2018 Erw. 1.3.2; VGE III 2017 212 vom 23.2.2018 Erw. 7; VGE III 2010 32 vom 20.5.2010 Erw. 2.1; Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., Rz. 1200; BGE 121 I 87 Erw. 1a).

5.2.3 Der Anwendungsbereich der Aufsichtsbeschwerde ist denkbar weit. Eine Aufsichtsbeschwerde kann sich beispielsweise auch gegen eine Verfügung richten, wenn die Beschwerdelegitimation fehlt oder die Beschwerdefrist verpasst wurde. Eine formell rechtskräftige Verfügung kann von der Aufsichtsbehörde (auf Anzeige hin) nur aufgehoben werden, wenn die Voraussetzungen des Widerrufs erfüllt sind (Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., Rz. 1206). Die Aufsichtsbeschwerde wird oft in Verbindung mit einem Rekurs bzw. Beschwerde eingereicht, vor allem dann, wenn die Rekurs- bzw. Beschwerdelegitimation als zweifelhaft erscheint. Wenn in diesen Fällen die Eintretensvoraussetzungen des Rekurses bzw. der Beschwerde vorliegen, ist die Eingabe als Rekurs bzw. Beschwerde zu behandeln. Die Rechtsmittelbehörde darf ein Rechtsmittel nicht als Aufsichtsbeschwerde entgegennehmen und die Prüfung eines Rechtsmittels nicht unter Hinweis auf die Aufsichtsbeschwerde verweigern. Dies wäre als formelle Rechtsverweigerung (im weiteren Sinn) zu bewerten. Ist die Rekurs- bzw. Beschwerdebehörde zugleich Aufsichtsbehörde, so hat sie aufsichtsrechtlich einzuschreiten, wenn die entsprechenden Voraussetzungen gegeben sind (Bertschi, a.a.O., Vorbemerkungen zu §§ 19-28a N. 68 f.). Die Aufsichtsbeschwerde ist nach pflichtgemäßem Ermessen zu behandeln. Ihr ist immer dann Folge zu geben, wenn die angegangene Behörde bei Kenntnis der Sachlage auch von sich aus hätte einschreiten müssen (Bertschi, a.a.O., Vorbemerkungen zu §§ 19-28a N 81; vgl. Zibung, a.a.O., Art. 71 N 33).

5.3.1 Nachdem der Entscheid einer Aufsichtsbehörde nicht mit Rechtsmitteln angefochten werden kann, ist auf die Beschwerde an und für sich nicht einzutreten, soweit Rügen gegen den aufsichtsrechtlichen Teil des angefochtenen RRB vorgebracht werden. Diese Rügen sind indessen auch sachlich unbegründet.

5.3.2 Angesichts des dargelegten Wesens und der rechtlichen Ausgestaltung der Aufsichtsbeschwerde bzw. von aufsichtsrechtlichem Einschreiten ist die Auffassung der Beschwerdeführer, ein Aufsichtsbeschwerdeverfahren während laufender ordentlicher Rechtsmittelverfahren sei unzulässig (Beschwerde S. 9 Ziff. 3.1.1), unzutreffend. Vielmehr ist es durchaus zulässig und auch möglich, dass eine (oder mehrere) zur Erhebung eines ordentlichen Rechtsmittels befugte Person Beschwerde erhebt und gleichzeitig eine (oder mehrere) von der getroffenen Anordnung nicht beschwerte Person Anzeige erstattet bzw. Aufsichtsbeschwerde erhebt. Ebenso ist es zulässig, wenn eine Beschwerdeinstanz auf ein ordentliches Rechtsmittel mangels Beschwerde der das ordentliche Rechtsmittel ergreifenden Person nicht eintritt, sich der Sache gestützt auf die Beschwerde im Sinne einer Anzeige/Aufsichtsbeschwerde dennoch annimmt. Hierin kann kein "willkürliches Verfahrens-Splitting" erkannt werden. Damit werden Beschwerderechte nicht ausgehebelt. Die Beschwerderechte beschwerdebefugter Personen werden durch die Subsidiarität der Aufsichtsbeschwerde gesichert; es steht, wie dargelegt, nicht im Belieben einer Beschwerdeinstanz, eine Beschwerde ohne Prüfung der Beschwerdebefugnis der die Beschwerde erhebenden Person direkt als Aufsichtsbeschwerde zu behandeln. Soweit die Beschwerdebefugnis hingegen nicht gegeben ist, können Beschwerderechte auch nicht ausgehebelt werden.

5.3.3 Wenn vorliegend der Regierungsrat die Beschwerde der Beschwerdeführer abwies, die Sache dennoch unter dem Titel einer Aufsichtsbeschwerde behandelte, stand diese Vorgehensweise im Einklang mit dem Recht und ist weder verfassungswidrig noch missbräuchlich. (...).

6. Die Beschwerde richtet sich insbesondere auch gegen die Verlegung der Kosten- und Parteientschädigung.

6.1.1 Die Kosten für den Erlass eines Entscheides oder Zwischenbescheides werden in der Regel der unterliegenden Partei überbunden. Unterliegt sie nur teilweise, werden die Kosten auf die Parteien anteilmässig verteilt (§ 72 Abs. 2 VRP). Im Rechtsmittelverfahren und in verwaltungsgerichtlichen Klagefällen hat die unterliegende der obsiegenden Partei eine dem Aufwand angemessene Entschädigung auszurichten, welche die Behörde festsetzt (§ 74 Abs. 1 VRP). (...)

6.2.1 Die Beschwerdeführer haben sich mit der Verwaltungsbeschwerde einlässlich zur vom Gemeinderat bestrittenen Legitimation geäußert. Dabei wie auch bei den nachfolgenden Ausführungen unter "Materielles" ha-

B 1.4

ben sie sich auf Parteirechte berufen (rechtliches Gehör), welche typischerweise nur den zur Beschwerde legitimierten Personen, nicht aber Anzeigern zukommen (vgl. vorstehend Erw. 5.2.2).

6.2.2 Mit dem angefochtenen RRB Nr. 657/2018 wird zunächst auf den Seiten 3 bis 7 (unten) die Beschwerdelegitimation der Beschwerdeführer geprüft mit der abschliessenden Feststellung, dass die Vorinstanz deren Einsprachelegitimation zu Recht verneint hat, womit die Beschwerde abzuweisen ist. Die folgenden zwei Seiten umfassen die Erwägungen aufsichtsrechtlicher Natur.

(...).

6.3.1 Die vorinstanzliche Kostenverlegung ist nicht zu beanstanden. Sie entspricht - auch in ihrer Höhe - den gesetzlichen Vorgaben. Die Beschwerdeführer verstanden (ihre Einsprache wie) ihre Verwaltungsbeschwerde als ordentliches Rechtsmittel. Die Abweisung der Beschwerde gegen das gemeinderätliche Nichteintreten erwies sich als rechtmässig, womit die Beschwerde unter Kostenfolge zulasten der Beschwerdeführer abzuweisen war.

Das aufsichtsrechtliche Einschreiten des Regierungsrates erfolgte hingegen von Amtes wegen. Abgesehen davon haben erfolgreiche Aufsichtsbeschwerden weder Kostenfolgen noch führen sie zu Gutschriften an einen allfälligen Anzeiger, welche vorliegend allenfalls zu Gunsten der Beschwerdeführer mit den Kosten für die Abweisung der Verwaltungsbeschwerde hätten verrechnet werden können.

(VGE III 2018 170 vom 21. Januar 2019).

1.4 Fristwahrung

- *Fristwahrung im internationalen Verhältnis.*

Aus dem Sachverhalt:

Den in Kanada wohnhaften Steuerpflichtigen wurde die Veranlagungsverfügung vom 27. März 2018 an ihre in der Schweiz bezeichnete Zustelladresse zugestellt. Hiergegen erhoben sie am 2. Mai 2018 in Kanada Einsprache, welche am 9. Mai 2018 der Schweizerischen Post übergeben wurde. Die Vorinstanzen sind auf die Einsprache wegen Fristversäumnisses nicht eingetreten.

Aus den Erwägungen:

2.1.1 § 151 StG regelt die Frist und die Voraussetzungen einer Einsprache. Gegen die Veranlagungsverfügung kann die steuerpflichtige Person innert 30 Tagen nach Zustellung schriftlich Einsprache erheben (Abs. 1 Satz 1). Hierbei handelt es sich um eine gesetzlich vorgeschriebene Frist, die nicht geändert werden darf (vgl. § 155 Abs. 1 Justizgesetz [JG; SRSZ 231.110] vom 18.11.2009). Die Einsprachefrist ist mithin eine Verwirkungsfrist (vgl. Richner/Frei/Kaufmann/Meuter, Handkommentar zum DBG, 3. Aufl., Zürich 2016, Art. 133 N 18). (...).

2.1.2 Das StG äussert sich nicht zur Zustellung von Entscheiden und den Zustellungsmodalitäten. Es kommen daher aufgrund der Verweise von § 128 StG sowie von § 128 StG i.V.m. § 4 Abs. 2 VRP ergänzend die Bestimmungen des VRP sowie des JG zur Anwendung. Schriftliche Eingaben müssen spätestens am letzten Tag der Frist an die Bestimmungsstelle gelangen oder der Schweizerischen Post übergeben sein (§ 159 Satz 2 JG). Der Tag der Eröffnung einer Frist oder der Tag der Mitteilung eines Entscheides wird bei der Berechnung der Frist nicht mitgezählt (§ 158 Abs. 1 JG). Ist der letzte Tag der Frist ein Samstag oder ein öffentlicher Ruhetag, oder kann die Post an diesem Tag nicht wie gewöhnlich benützt werden, so endet die Frist am nächsten Werktag. Samstage und öffentliche Ruhetage während laufender Frist werden mitgezählt (§ 158 Abs. 2 JG). Die inhaltlich übereinstimmende Regelung kennt Art. 133 Abs. 1 DBG, wobei auch die Möglichkeit der Übergabe der Einsprache an eine schweizerische diplomatische oder konsularische Vertretung festgehalten wird. Die Bestimmungen betreffend den Stillstand der Frist (vom 7. Tag vor Ostern bis und mit dem 7. Tag nach Ostern; vom 15. Juli bis und mit dem 15. August; vom 18. Dezember bis und mit dem 7. Januar) gelten im Bereich des Steuergesetzes nicht (vgl. § 157 JG). Ebenso kennt auch das Recht der direkten Bundessteuer keine Gerichtsferien (vgl. Richner/Frei/Kaufmann/Meuter, a.a.O., Art. 133 N 6). Gesetzliche Fristen dürfen nicht geändert werden (§ 155 Abs. 1 JG; Art. 119 Abs. 1 DBG).

2.2 Die Beweislast für die rechtzeitige Zustellung trägt – der allgemeinen Regel von Art. 8 ZGB entsprechend – die Steuerbehörde (Bundesgerichtsurteil 2A.495/2003 vom 26.5.2004 Erw. 2.2). Erfolgt die Zustellung - wie vorliegend - mit uneingeschriebener Post, so hat demnach die Steuerbehörde auf geeignete Art den Beweis dafür zu erbringen, dass und wann die Zustellung erfolgt ist. Dabei ist kein strikter Beweis vorausgesetzt; im Rahmen der Beweiswürdigung genügt, dass aufgrund der konkreten Umstände der Zeitraum hinreichend klar bestimmt werden kann, in

B 1.4

dem die Sendung in den Machtbereich des Empfängers gelangt sein muss (Bundesgerichtsurteil 2A.494/2005 vom 7.2.2006 Erw. 2.1; vgl. Richner/Frei/Kaufmann/Meuter, a.a.O., Art. 116 DBG N 29). Wird eine Sendung mit B-Post zugestellt, ist grundsätzlich von einer verzögerten Zustellung von (mindestens) vier bis fünf Tagen auszugehen; bei einer Zustellung mit A-Post ist von einer Verzögerung von einem Tag auszugehen (VGE II 2013 121 vom 15.4.2014 Erw. 2.4.3). (...).

2.3 Die Einsprache muss nach Art. 132 Abs. 1 DBG/§ 151 Abs. 1 StG schriftlich abgefasst sein, wozu die Unterzeichnung durch den Einsprecher (oder dessen Vertreter) gehört. Die Schriftlichkeit der Einsprache ist (u.a.) Gültigkeitsvoraussetzung der Einsprache. Fehlt dieses Element, darf die Veranlagungsbehörde auf die Einsprache nicht eintreten (Zweifel/Hunziker, a.a.O., Art. 132 N 24). Bei einer Einsprache mittels Telefax oder E-Mail fehlt es an der eigenhändigen Unterschrift, weshalb hierauf unter Vorbehalt einer Nachfristansetzung zur Verbesserung - sofern kein bewusstes Handeln des Einsprechers vorliegt - nicht eingetreten werden kann (Zweifel/Hunziker, a.a.O., Art. 132 N 18a).

3.1.1 Die Steuerverwaltung (StV) ging von einer Zustellung der am 27. März 2018 versandten Veranlagungsverfügung am 28. März 2018 aus (vgl. Einsprache-act. 19-22). Die Vorinstanzen gingen hingegen von einer Zustellung am 29. März 2018 aus, was angesichts der erwähnten üblicherweise um einen Tag verzögerten Zustellung von A-Post-Sendungen auch vorliegend realistisch erscheint. Es besteht kein Grund zur Annahme, dass vorliegend von einer noch späteren Zustellung auszugehen ist, zumal eine fehlerhafte Postzustellung nicht zu vermuten ist, sondern nur anzunehmen ist, wenn sie aufgrund der Umstände plausibel erscheint (Bundesgerichtsurteil 2C_570/2011, 2C_577/2011 vom 24.1.2012 Erw. 4.3). An einer solchen Plausibilität fehlt es vorliegend. (...).

3.1.2 Die der kanadischen Post am 3. Mai 2018 übergebene Einsprache traf bei der Schweizerischen Post am 9. Mai 2018 ein, was für die Frage der Fristwahrung gemäss den zitierten Bestimmungen grundsätzlich massgebend ist. Dem Datum der Aufgabe bei der Kanadischen Post am 3. Mai 2018 kommt hingegen, wie dargelegt, keine Bedeutung zu. Die Einsprache vom 2. Mai 2018 ist somit verspätet.

3.1.3 Von vornherein unbeachtlich ist die Zustellung der Einsprache per E-Mail am 3. Mai 2018. Eine Nachfristansetzung zur Behebung des Mangels erübrigte sich vorliegend, da auch die Einsprache per E-Mail am 3. Mai 2018 verspätet erhoben worden war (vgl. vorstehend Erw. 2.3).

3.2.1 Nach der Rechtsprechung hat eine Verwaltungsbehörde, die eine Verfügung an eine Person mit Wohnsitz im Ausland richtet, diese über die Vorschriften von Art. 35 Abs. 2 Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVG; SR 172.021) hinaus genau und vollständig zu informieren, wenn in formeller Hinsicht spezielle Bestimmungen wie Art. 21 Abs. 1 VwVG bezüglich der Anfechtbarkeit der Verfügung bestehen. Eine solche Orientierungspflicht wurde aus dem Grundsatz der Verfahrensfairness und der Waffengleichheit abgeleitet. Dem Rechtssuchenden kann - angesichts der Besonderheit dieser Regelung - bei Fehlen eines solchen Hinweises in der Rechtsmittelbelehrung nicht entgegengehalten werden, er hätte den Gesetzeswortlaut kennen müssen (Bundesgerichtsurteil 1C_233/2018 vom 6.11.2018 Erw. 3.1 m.H.a. BGE 125 V 65 Erw. 4 und Bundesgerichtsurteil 9C_755/2013 vom 11.7.2014 Erw. 1). Hingegen wurde bei einem durch einen ausländischen Anwalt vertretenen Adressaten eine blosser Rechtsmittelbelehrung gemäss den gesetzlichen Vorgaben als genügend erachtet (vgl. Bundesgerichtsurteil 2C_754/2008 vom 23.12.2008 Erw. 2.4). Selbst wenn angenommen würde, die Anforderungen von Art. 21 Abs. 1 VwVG bräuchten nicht in der Rechtsmittelbelehrung selbst zu stehen, so müsste darauf in geeigneter Weise im Rahmen der Verfügungszustellung hingewiesen werden. Eine solche Informationspflicht ist zumindest gegenüber einer Adressatin der Verfügung im Ausland, die weder in erkennbarer Weise mit dem Schweizer Recht vertraut noch anwaltlich vertreten ist, zu bejahen (Bundesgerichtsurteil 1C_233/2018 vom 6.11.2018 Erw. 3.2).

Die formellen Anforderungen des VwVG bezüglich Anfechtbarkeit von Verfügungen sind mit jenen des StG bzw. des DBG weitgehend vergleichbar bzw. inhaltlich übereinstimmend.

3.2.2 Vorliegend enthält die Rechtsmittelbelehrung keine Information zur fristwahrenden Einreichung von Rechtsmitteln von Personen mit Wohnsitz/Aufenthalt im Ausland. Da die Einsprache indes selbst dann zu spät wäre, wenn die Aufgabe der Einsprache bei der kanadischen Post eine fristwahrende Wirkung hätte, spielt dies vorliegend keine Rolle. Abgesehen davon handelt es sich beim Beschwerdeführer um einen Schweizer Bürger, der, zumal er den Beruf eines Managers ausübt, mit dem Schweizer Recht entsprechend hinreichend vertraut sein dürfte, weshalb sich die vorzitierte Rechtsprechung nicht ohne weiteres auf den vorliegenden Sachverhalt übertragen lässt.

(VGE II 2018 95 vom 21. März 2019).

B 1.6

1.5 Fristwahrung

- *Rechtzeitigkeit einer Eingabe per E-Mail (siehe EGV-SZ 2019 B 3.3).*

1.6 Parteiwechsel

- *Parteiwechsel infolge Veräusserung eines Grundstückes durch die Bauherrschaft an eine Drittperson.*
- *Anwendbarkeit von § 13 VRP i.V.m. Art. 83 ZPO auf den konkreten Fall?*

Aus den Erwägungen:

2.2.1 Die beiden Baugrundstücke wurden während des hängigen Verwaltungsgerichtsbeschwerdeverfahren von der Bauherrschaft [Beschwerdegegnerin] an eine Dritte verkauft. Die Beschwerdeführer gehen von einem Parteiwechsel im Sinne von § 13 VRP i.V.m. Art. 83 der Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO; Zivilprozessordnung) vom 19. Dezember 2008 aus.

2.2.2 Gemäss § 13 VRP sind die Vorschriften der Schweizerischen Zivilprozessordnung über die Streitgenossenschaft und den Parteiwechsel für das Verfahren (unter anderem) vor dem Verwaltungsgericht sinngemäss anwendbar. Wird das Streitobjekt während des Prozesses veräussert, so kann die Erwerblerin oder der Erwerber an Stelle der veräussernden Partei in den Prozess eintreten (Art. 83 Abs. 1 ZPO). Hierbei handelt es sich, wie die "Kann-"Formulierung zeigt, um eine prozessuale Möglichkeit, keine Pflicht. Diese Option wird die erwerbende Partei nutzen, wenn sie ein eigenes Interesse daran hat, das Verfahren zu Ende zu führen. Die Gegenpartei hat kein Mittel, sich gegen den Parteiwechsel zur Wehr zu setzen. Eine Möglichkeit, das Verfahren trotz Veräusserung des Streitobjektes ohne Parteiwechsel zu Ende zu führen, besteht darin, dass die veräussernde Partei als Prozessstandschafter mit Einverständnis der erwerbenden Person den Prozess zu Ende führt (vgl. Morf, in Gehri/Jent-Sørensen/Sarbach, ZPO Kommentar, 2. Aufl. 2015 Art. 83 Rz. 6 f.).

Die Beschwerdegegnerin bestätigt, weiterhin Bauherrin und Beschwerdegegnerin des vorliegenden Verfahrens zu bleiben. Es darf ohne weiteres vom konkludenten Einverständnis der neuen Eigentümerin des Grundstücks ausgegangen werden. Dafür, dass die neue Grundeigentümerin dem Bauvorhaben opponiert, bestehen keine Hinweise. Namentlich ist davon auszugehen, dass sie im Rahmen der Handänderung unter Beachtung des

Grundsatzes von Treu und Glauben im Geschäftsverkehr von der Verkäuferin über das Bauvorhaben informiert wurde und das Grundstück auch im Wissen um das verwaltungsgerichtliche Beschwerdeverfahren gekauft hat.

2.2.3 Indessen ist fraglich, ob § 13 VRP i.V.m. Art. 83 ZPO auf die vorliegende Konstellation überhaupt zur Anwendung kommen kann.

Das Planungs- und Baugesetz (PBG; SRSZ 400.100) vom 14. Mai 1987 verlangt nicht, dass Identität zwischen Bauherrschaft und Grundstückseigentümerin besteht. Wohl sind unter anderem die Grundeigentumsverhältnisse anzugeben, das Gesuch muss jedoch nur der Bauherr unterzeichnen (§ 77 Abs. 1 PBG). Von einem Bauberechtigungs nachweis ist im PBG nicht die Rede. Der Sinn dieser Bestimmung liegt darin, dass ein Bauherr nicht gezwungen sein soll, ein Grundstück zu erwerben, bevor er weiss, ob er seine Bauabsichten darauf überhaupt realisieren können. Es genügt, wenn er den Nachweis erbringen kann, dass der Grundeigentümer seinem Bauvorhaben positiv gegenübersteht und seine Bauberechtigung damit erstellt ist (vgl. EGV-SZ 1982 Nr. 45; VGE 1057/03 vom 29.10.2004 Erw. 3.5). Kommunale Vorschriften, dass das Baugesuch vom Grundeigentümer mitzuunterzeichnen (so z.B. Art. 48 Abs. 5 des Baureglements [BauR] der Gemeinde Arth vom 8.12.1991, letztmals revidiert am 24.2.2008) oder ein Nachweis der Bauberechtigung einzureichen ist (so Art. 84 Abs. 1 lit. a des vorliegend anwendbaren kommunalen BauR), haben in erster Linie Ordnungscharakter (EGV-SZ 2000 Nr. 12; VGE III 2013 86 vom 21.8.2013 Erw. 2.5; VGE III 2016 205 vom 25.4.2017 Erw. 5.5.2). Hieraus ergibt sich zwangsläufig, dass einem Grundeigentümer, sofern er nicht gleichzeitig Baugesuchsteller ist, in einem Baubewilligungsverfahren grundsätzlich (vorbehalten namentlich eine allfällige Beiladung) auch keine Parteistellung zukommt; hieran ändert ein allfälliger Eigentumsübergang während eines laufenden Baubewilligungsverfahrens (inklusive Beschwerdeverfahren) nichts.

(VGE III 2018 216 vom 24. April 2019).

1.7 Rechtsverweigerung

- *Eine nach Auffassung der beschwerdeführenden Partei zu kurze Fristerstreckung stellt keine Rechtsverweigerung dar und kann nicht selbständig angefochten werden.*

B 1.7

Aus dem Sachverhalt:

Die Beschwerdeführerin beschwert sich im Wesentlichen darüber, dass ihr der den Regierungsrat instruierende Rechts- und Beschwerdedienst des Sicherheitsdepartements nur eine kurze Fristerstreckung zur Einreichung einer Replik gewährt habe, und macht diesbezüglich eine Rechtsverweigerung geltend.

Aus den Erwägungen:

4.1.1 Rechtsmittel sind u.a. zulässig gegen Verfügungen und Entschiede, 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). Die Rechtsverweigerungs- und Rechtsverzögerungsbeschwerde ist nach dieser Gesetzesnorm mithin als förmliches Rechtsmittel mit Erledigungsanspruch konzipiert. Zur Behandlung sind die allgemeinen Beschwerdeinstanzen zuständig. Gemäss § 56 Abs. 3 VRP sind Rechtsverweigerungs- und Rechtsverzögerungsbeschwerden, die das Verwaltungsgericht unmittelbar zu beurteilen hat, an keine Frist gebunden.

4.1.2 Das Verbot der Rechtsverweigerung und Rechtsverzögerung leitet sich aus Art. 29 Abs. 1 BV ab, wonach jede Person in Verfahren vor Gerichts- und Verwaltungsinstanzen Anspruch auf gleiche und gerechte Behandlung sowie auf Beurteilung innert angemessener Frist hat (vgl. Steinmann, St. Galler Kommentar zur Bundesverfassung, 3. Auflage, Art. 29 BV N 10ff.).

4.1.3 Voraussetzung für eine Rechtsverweigerungsbeschwerde ist, dass die rechtsuchende Person zuvor ein Begehren auf Erlass einer Verfügung bei der zuständigen Behörde gestellt hat und ein Anspruch auf Erlass einer Verfügung besteht. Ein solcher Anspruch besteht dann, wenn einerseits eine Behörde nach dem anzuwendenden Recht verpflichtet ist, in Verfügungsform zu handeln, und wenn andererseits die gesuchstellende Person Parteistellung beanspruchen kann (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-3265/2009 vom 21.10.2009 Erw. 2.1 m.H.a. Kölz/ Häner, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 2. Auflage, Zürich 1998, S. 78 und S. 255, und Häfelin/ Müller/ Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Auflage, Zürich/ Basel/ Genf 2006, Rz. 1657; vgl. hierzu ferner VGE III 2011 142 Erw. 2 m.H.).

Nach der Praxis des Bundesgerichts liegt formelle Rechtsverweigerung und damit eine Verletzung von Art. 29 Abs. 1 BV vor, wenn eine Behörde auf eine ihr frist- und formgerecht unterbreitete Sache nicht eintritt, obschon sie darüber entscheiden müsste (vgl. Urteil BGer 5A_40/2014 vom 17.4.2014 Erw. 3.1 m.H.a. BGE 135 I 6 Erw. 2.1; BGE 134 I 229 Erw. 2.3; siehe auch VGE I 2014 14 vom 5.6.2014 Erw. 1.1).

4.1.4 Der Entscheid in einer Rechtsverweigerungs- und Rechtsverzögerungsstreitigkeit hat lediglich feststellenden Charakter (vgl. Müller, in: Auer/Müller/Schindler, Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Bern 2008, Art. 46a VwVG N 14; vgl. auch VGE II 2012 5 vom 26.6.2012 Erw. 3.2.2).

4.2 Mit der vorliegenden Beschwerde wird nicht gerügt, die Vorinstanz verzögere oder verweigere eine Entscheidung. Vielmehr zielt die Beschwerde auf die Einräumung einer (weiteren) Fristerstreckung zur Einreichung einer Stellungnahme (Replik) ab. Diese Zielsetzung steht offenkundig in diametralem Gegensatz zu Sinn und Zweck der Rechtsverzögerungs-/Rechtsverweigerungsbeschwerde, welche im Zeichen der beförderlichen Verfahrenserledigung und des Anspruchs der rechtssuchenden Personen auf eine Beurteilung innert angemessener Frist steht, was zwangsläufig Zurückhaltung bei der Gewährung von Fristerstreckungen bedeutet. Es fragt sich mithin vorab, ob überhaupt ein schutzwürdiges Interesse der Beschwerdeführerin an der Beurteilung ihrer vorliegenden Rüge(n) besteht.

4.3.1 Bei der Gutheissung oder Abweisung eines Fristerstreckungsgesuchs handelt es sich um einen prozessleitenden Entscheid (Zwischenentscheid; vgl. Plüss, in: Kommentar VRG, § 12 N 15 und 32), der in Briefform eröffnet werden kann; eine Rechtsmittelbelehrung ist nicht erforderlich (Cavelti, in: Auer/Müller/Schindler, Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Bern 2008, Art. 22 N 17). Rechtsmittel sind zulässig gegen Zwischenbescheide, welche sich auf die in § 36 Abs. 1 lit. b VRP genannten Gegenstände beziehen (Zuständigkeit, wenn die Behörde sie trotz Bestreitung bejaht; Ausschluss- oder Ablehnungsbegehren; vorsorgliche Massnahmen; Verweigerung der unentgeltlichen Rechtspflege). Andere Anordnungen sind nur anfechtbar, wenn sie für eine Partei einen nicht wiedergutzumachenden Nachteil bewirken. Ansonsten können andere Zwischenbescheide nur mit der Hauptsache angefochten werden (§ 36 Abs. 2 VRP). Die Gutheissung bzw. Abweisung eines Fristerstreckungsgesuchs kann in der Regel nicht selbständig, sondern erst im Rahmen des Endentscheids angefochten werden (vgl. Plüss, a.a.O.,

B 2.1

ebenda; Egli, in: Waldmann/Weissenberger, Praxiskommentar VwVG, Art. 22 N 25; Cavelti, a.a.O., ebenda).

4.3.2 Hieraus ergibt sich zum einen, dass eine Rechtsverzögerungs- und/oder Rechtsverweigerungsbeschwerde hinsichtlich einer (letztmaligen) Fristerstreckung nicht greifen kann, da eine solche jedenfalls im Rahmen des Endentscheids angefochten werden kann. Hinzu kommt, dass die Beschwerdeführerin (sinngemäss) eine weitere Fristerstreckung beantragt. Hierbei handelt es sich um ein Leistungsbegehren. Die Rechtsverzögerungs-/Rechtsverweigerungsbeschwerde ist indes als Feststellungsbegehren zu qualifizieren (vgl. vorstehend Erw. 4.1.4), das vorliegend infolge der Subsidiarität eines Feststellungsbegehrens zum Leistungsbegehren auch aus diesem Grunde unzulässig ist (vgl. Urteile BGer 2C_809/2011 vom 29.7.2012 Erw. 1.3; 2C_586/2010 vom 24.3.2011 Erw. 1; 2C_305/2009 vom 25.1.2010 und 2C_306/2009 vom 25.1.2010 je Erw. 3.3; VGE III 2013 204 vom 28.8.2014 Erw. 2.1.1 und VGE II 2012 119 vom 23.1.2013 Erw. 3.4).

Zum anderen ist vorliegend weder erkennbar noch lässt sich den Vorbringen der Beschwerdeführerin entnehmen, dass und/oder inwieweit sie aufgrund der letztmaligen Fristerstreckung einen nicht wiedergutzumachenden Nachteil erleidet, womit die letztmalige Fristansetzung als anfechtbarer Zwischenbescheid betrachtet werden könnte.

Auf die Rechtsverzögerungs-/Rechtsverweigerungsbeschwerde kann somit nicht eingetreten werden.

(VGE III 2019 116 vom 21. November 2019).

2. Alters- und Hinterlassenenversicherung / Invalidenversicherung / Ergänzungsleistungen

2.1 Invalidenversicherung - Würdigung von Gutachten

- *Zulässigkeit und Vorrang eines zweiten interdisziplinären Gutachtens, nachdem die erste Gutachterstelle es (zu Unrecht) ablehnte, bei der Begutachtung die von der IV-Abteilung BVM (Bekämpfung Versicherungsmissbrauch) ermittelten Abklärungsergebnisse (u.a. Anfrage bei Privatversicherung, Fotos aus dem Facebook-Profil, jedoch keine Observation) zu berücksichtigen, weil das der Versicherten zu gewährende rechtliche*

Gehör erst nach dem Gutachten im Vorbescheidverfahren vorgesehen war.

Aus den Erwägungen:

2.9 Der Begutachtungsauftrag wurde der Gutachterstelle A zugestellt (...). Nachdem diese Gutachterstelle zusätzlich zu den IV-Akten noch Unterlagen der IV-Abteilung BVM (Bekämpfung Versicherungsmissbrauch) erhalten hatte, retournierte die Leitung der Gutachterstelle diese zusätzlichen Unterlagen mit Schreiben vom 13. Oktober 2017 an die IV-Stelle mit der sinngemässen Begründung, solange der Anwalt der Versicherten davon keine Kenntnis habe, würden solche Unterlagen den einzelnen Gutachtern nicht weitergeleitet, um einseitige Beeinflussungsversuche von Gutachtern zu vermeiden. Daraufhin forderte der damalige Rechtsvertreter der Versicherten mit Schreiben vom 24. Oktober 2017 von der IV-Stelle Einblick in die BVM-Akten mit der Begründung, es sei ihm zugetragen worden, dass solche Unterlagen existieren würden. In der Antwort vom 27. Oktober 2017 ersuchte die IV-Stelle den Rechtsvertreter um Bekanntgabe der Angaben, woher die Informationen bezüglich BVM stammen würden. Am gleichen Tag teilte die IV-Stelle der Gutachterstelle A mit, dass gemäss Schreiben des BSV vom 10. und 12. Oktober 2015 an die gleiche Gutachterstelle für den Begutachtungsprozess sämtliche Akten zu berücksichtigen seien. Mit Schreiben vom 27. November 2017 an die Gutachterstelle A erklärte die IV-Stelle sinngemäss, dass ein Gutachten ohne Berücksichtigung der BVM-Akten unverwertbar bzw. wertlos sei, weshalb der Gutachterauftrag anderweitig vergeben werde und die IV-Stelle nicht bereit sei, für ein unverwertbares Gutachten Kosten zu tragen. In der Antwort vom 28. November 2017 betonte die Gutachterstelle A, es bestehe die Bereitschaft, BVM-Akten zu würdigen "wenn seitens der IV-Stelle das rechtliche Gehör gewährleistet worden ist". Mit Schreiben vom 7. Dezember 2017 an die Gutachterstelle A erklärte die IV-Stelle sinngemäss, dass das rechtliche Gehör auch den Inhalt von BVM-Akten umfasse, indes nach Auffassung der IV-Stelle dieses rechtliche Gehör "spätestens zum Zeitpunkt des Rentenvorbescheids zu gewähren sei".

Ungeachtet dessen, dass die IV-Stelle von einer Begutachtung durch die A-Gutachterstelle Abstand genommen hatte, wurde das interdisziplinäre A-Gutachten am 1. Juni 2018 fertiggestellt (...). Darin gelangten die Gutachter A zum Ergebnis, dass zusammengefasst in einer einfachen Tätigkeit ohne Notwendigkeit von Lesen oder Schreiben oder körperlichen Anstrengungen sowie hinreichenden Pausen eine Arbeitsfähigkeit von maximal 40% zu veranschlagen sei. Eine höhere Arbeitsfähigkeit falle ausser

B 2.1

Betracht, da die Versicherte "nur kurzzeitig die Exophorie mit grosser Anstrengung korrigieren" könne.

2.10.1 Das interdisziplinäre Gutachten der MEDAS B vom 5. Juni 2018 wurde von folgenden Sachverständigen unterzeichnet (...).

2.10.2 Diese Gutachter gelangten im Rahmen einer interdisziplinären Beurteilung zu folgenden Diagnosen (...).

Zusammengefasst besteht ein subjektives chronisches Ganzkörper-schmerzsyndrom, aus orthopädischer Sicht unklarer Genese, jedoch müssen in interdisziplinärer gutachterlicher Gesamtschau angesichts der erheblichen Inkonsistenzen (kaum Therapie, bewusste Falschangabe zur Mestinon-Einnahme, fehlendes Schmerzausdrucksverhalten, fehlende somatische Pathologie, mögliche Reiseaktivitäten versus subjektiv völlige Arbeitsunfähigkeit auch für angepasste Tätigkeiten, etc.) diese subjektiven Angaben und alle darauf basierenden versicherungsmedizinischen Angaben als nicht hinreichend valide beurteilt werden.

2.10.3 Was die funktionellen Auswirkungen der Befunde/ Diagnosen anbelangt, führten die Gutachter im interdisziplinären Konsensus u.a. aus (...):

- Eine Myastenia gravis kann weder als okuläre noch als generalisierte Form objektiviert werden. (...).
- Es kann ophthalmologisch lediglich eine Exophorie (Schielen), in der Nähe dekompensierend (in der Ferne aber kompensiert) beschrieben werden. Aus ophthalmologischer Sicht sind lediglich leichte Schwierigkeiten beim Lesen oder am Bildschirm erklärbar, nicht aber die angegebene dauernde Diplopie auch in die Ferne. Die zeitweise dekompensierende Nahexophorie mit erklär-baren Doppelbildern begründet nur eine minimale Einschränkung der Arbeitsfähigkeit in der angestammten Tätigkeit (ganztätig, Leistungsfähigkeit 90%), nicht aber eine Einschränkung der Arbeitsfähigkeit in leidensadaptierter Verweistätigkeit.
- Aus orthopädischer Sicht sind keine Diagnosen mit Arbeitsrelevanz begründbar, ergeben sich somit auch keine plausiblen Gründe für eine Minderung des Fähigkeitsprofils, welche über eine altersentsprechende Tätigkeit hinausgehen würde. (...).
- Aus neuropsychologischer Sicht kann aufgrund der nicht authentischen Leistungsminderung kein valides negatives Fähigkeitsprofil erstellt werden, dürfen aber höchstens minime neuropsychologische Einschränkungen angenommen werden. (...).
- Aus psychiatrischer Sicht sind keine Diagnosen mit versicherungsmedizinischer Relevanz feststellbar. Fähigkeiten und Ressourcen sind im hohen Masse vorhanden. (...).

- Es lassen sich keine medizinisch begründeten Funktionsstörungen oder medizinisch begründbare Abgrenzungen finden. (...).

2.10.4 Unter Ziffer 4.5 des Gutachtens (Diskussion von Belastungsfaktoren und Ressourcen) hielten die Sachverständigen ausdrücklich fest, die von der Versicherten geltend gemachten Angaben, wonach sie sich keinerlei Arbeitstätigkeit vorstellen könne, seien aus medizinischer Sicht nicht nachvollziehbar. Eher dürften angesichts erheblicher Befundinkonsistenzen externale Anreize als Grundlage für diese medizinisch nicht nachvollziehbaren Angaben angesehen werden (ohne versicherungspsychiatrisches zugrundeliegendes erklärendes Korrelat ...).

2.10.5 Unter Ziffer 4.6 des Gutachtens folgen detaillierte Angaben zur Konsistenzprüfung. Dabei fällt als erstes auf, dass die Versicherte eine tägliche hochdosierte Einnahme von Mestinon (zur Behandlung der von der sie betreuenden Neurologin angenommenen Myasthenie) geltend machte, namentlich auch für den Tag der Begutachtung, ...). Eine durchgeführte Medikamentenspiegelkontrolle ergab, dass der Wirkstoff von Mestinon im Blut der Versicherten nicht nachweisbar war, obwohl die Einnahme des Medikaments wiederholt erfragt und von der Versicherten bestätigt worden war. Diese bewusste Angabe der täglichen regelmässigen Einnahme von Mestinon konnte nicht belegt werden, was als eine bewusste negative Antwortverzerrung gewertet werden müsse (...).

Als diskrepant wurden die Angaben der Versicherten beurteilt, wonach sie nur Sekundenbruchteile fixieren und nicht lesen sowie auch nicht in die Ferne stabil sehen könne. Denn diese Angaben würden den Beobachtungen völlig widersprechen. Die Versicherte habe sowohl im Rahmen der Begutachtung im ..., als auch aktuell im psychiatrischen und neuropsychologischen Abklärungsteil "sehr wohl Testblätter schriftlich und auch am PC bearbeiten" können. Sie habe sich jederzeit stabil im Raum bewegt. Eine relevante Beeinträchtigung der Augenachsenstellung habe im normalen Blickbereich nicht beobachtet werden können (...).

Hinsichtlich des neuropsychologischen Konsiliums wurde ausdrücklich festgehalten, dass die gezeigten Leistungen mit überwiegender Wahrscheinlichkeit nicht der tatsächlichen Leistungsfähigkeit entsprechen. So habe die Versicherte über massive Sehprobleme geklagt, welche ihr verunmöglichen würden, selbst einen kurzen Text zu lesen, selbständig zu sein, zu arbeiten (etc.). Dennoch habe sie sich ohne jegliche Hilfe im Untersuchungsraum sicher und in normalem Tempo bewegen können, sie

B 2.1

habe zielsicher und in normalem Tempo Objekte in ihrer Umgebung ergriffen (Blätter, Schreibzeug, Handtasche, Jacke etc.). Sie habe jederzeit einen klaren Blick gehabt, habe den Untersucher normal angeschaut. Sie sei in der Lage gewesen, visuell anspruchsvolle Aufmerksamkeitsaufgaben am Computer (mit beweglichen Stimuli) oder auf Papier zu bearbeiten, Einzelwörter ohne Mühe zu lesen, andere visuelle Aufgaben ohne Mühe zu bearbeiten. Einzig bei einem visuellen Gedächtnistest habe sie (wiederum subjektiv) Probleme bekundet (...).

Als diskrepant beurteilten die Gutachter auch die Tatsache, dass die Versicherte trotz fortgesetzt attestierter vollständiger Arbeitsunfähigkeit mit 2-jährigem Taggeldbezug im März 2015 die Strapazen einer Fernreise (Malediven) auf sich nahm, obwohl sie nach eigenen Angaben sogar fortgesetzte Unterstützung im Haushalt benötigte (...).

2.10.6 Zusammenfassend gelangten die Gutachter der MEDAS B zum Ergebnis, dass die Versicherte in der zuletzt ausgeübten Tätigkeit als Sachbearbeiterin/Allrounderin in einem ...geschäft (Office-Tätigkeit, Telefon, leichte wechselbelastende Arbeiten) aus ophthalmologischer und neuropsychologischer Sicht als ganztags zu 90% arbeitsfähig (mit prismatischer Raumbinokelbrille oder Abdecken des nicht führenden Auges) zu beurteilen sei (mithin für Erholungspausen eine Einschränkung der Leistungsfähigkeit von 10% zu berücksichtigen sei). Aus rein internistischer, psychiatrischer, orthopädischer und neurologischer Sicht wurde die Versicherte als zu 100% arbeitsfähig beurteilt (analog auch für leidensadaptierte Tätigkeiten...).

3. Eine gerichtliche Würdigung all dieser Angaben und der Vorbringen der Beschwerdeführerin vor Gericht zeitigt die nachfolgend dargelegten Ergebnisse.

3.1.1 Soweit die Beschwerdeführerin eine Verletzung des rechtlichen Gehörs rügt bzw. sinngemäss geltend macht, dass sie sich zu den BVM-Akten nicht äussern konnte, ist diese Rüge allein schon deshalb nicht zu hören, weil dem früheren Rechtsvertreter der Versicherten Einblick in die BVM-Akten gewährt wurde und er sich in einer Eingabe vom 27. September 2018 dazu äussern konnte (vgl. ...). Sodann war diesem Rechtsvertreter die Existenz solcher BVM-Akten schon früher bekannt und er erklärte sich damit einverstanden, erst nach Vorliegen des MEDAS-Gutachtens diesbezüglich im Rahmen des Vorbescheids- resp. Einwandverfahrens Einblick und Stellung zu nehmen (vgl. ...). Die Versicherte muss sich die Kenntnis und die Vorgehensweise ihres damaligen Rechtsvertreters vollumfänglich anrechnen lassen. (...)

3.2 Was die Existenz von zwei im gleichen Zeitraum erarbeiteten ME-DAS-Gutachten anbelangt, drängen sich die nachfolgenden Ausführungen auf.

3.2.1 Die Verfahrensleitung im IV-Abklärungsverfahren obliegt eindeutig der IV-Stelle (vgl. Art. 43 ATSG i.V.m. Art. 53ff. IVG, namentlich Art. 57 Abs. 1 IVG). Dazu gehört auch die Einräumung des rechtlichen Gehörs (vgl. Art. 57a Abs. 1 IVG i.V.m. Art. 42 ATSG).

3.2.2 Die Rolle einer medizinischen Gutachterstelle beschränkt sich im IV-Abklärungsverfahren grundsätzlich darauf,

- die zur Verfügung gestellten Akten und deren Inhalt zur Kenntnis zu nehmen,
- die zu explorierende Person nach den jeweiligen Fachdisziplinen lege artis zu untersuchen und entsprechend Befunde zu erheben,
- gestützt darauf nachvollziehbare Diagnosen zu stellen,
- sowie eine Einschätzung abzugeben, in welchem Umfange welche Tätigkeiten aus welchen Gründen vollständig oder teilweise als zumutbar bzw. unzumutbar zu beurteilen sind,
- wobei namentlich bei unklaren oder schwer zu objektivierenden Funktionseinschränkungen insbesondere auch eine Plausibilitätsprüfung (Konsistenzprüfung) nötig ist (...), siehe auch BGE 141 V 281ff. bei psychosomatischen Leiden).

3.2.3 Soweit bei einer um IV-Leistungen nachsuchenden versicherten Person - trotz entsprechenden medizinischen Abklärungen - für geltend gemachte massive funktionelle Einschränkungen hinreichende nachvollziehbare Erklärungen fehlen (...), ist es grundsätzlich nicht zu beanstanden, wenn die IV-Stelle Zusatzabklärungen veranlasst. Im vorliegenden Fall machte die Versicherte gemäss den Ausführungen im neurologischen ...-Gutachten vom 7. September 2016 unter anderem geltend,

- dass sie nicht mehr lesen, nicht mehr am PC arbeiten und nicht mehr Autofahren könne, weshalb sie ihre berufliche Tätigkeit (Ende 2013) aufgegeben habe;
- dass sie sich am Morgen nach dem Duschen "aufgrund der allgemeinen Erschöpfung erneut hinlegen" müsse,
- und dass sie mittags/ nachmittags mit ihrem Hund spazieren gehe, "was ihr aufgrund der Erschöpfung jedoch nur für max. 10 Minuten möglich wäre".

Gleichzeitig wurde in diesem Gutachten festgehalten, aus neurologischer Sicht bleibe die Ätiologie der subjektiv verminderten Leistungsfähigkeit unklar (...).

Bei einer solchen Sachlage war es (für eine Plausibilitätsprüfung) ohne weiteres zulässig beispielsweise abzuklären, wie es sich mit dem Besitz eines eigenen Personenwagens oder mit der Hundehaltung verhält. Anzuführen ist, dass die Versicherte mit der Unterzeichnung ihrer IV-Anmeldung

B 2.1

vom 13. Februar 2014 die IV-Stelle ermächtigte, unter anderem bei Versicherungen und Arbeitsstellen Auskünfte einzuholen, welche der Abklärung des Leistungsanspruchs dienen (vgl. IV-act. 1-6/6 oben, Ziff. 9).

3.2.4 Die als zulässig zu beurteilenden Abklärungen zum Autobesitz ergaben, dass die Beschwerdeführerin im Dezember 2014 einen Personenwagen (Occasionswagen) kaufte und in ihrem Versicherungsantrag gegenüber der X Versicherungen AG folgende Angaben deklarierte:

Halter des Fahrzeuges:	Versicherte
Gibt es andere Lenker?	Nein
Gibt es Lenker ausserhalb des gemeinsamen Haushalts?	Nein
Verwendungszweck des Fahrzeuges	private Nutzung sowie Arbeitsweg
Gefahrenre Kilometer pro Jahr	zwischen 10'000 und 20'000 km

Die Beschwerdeführerin bestätigte mit ihrer Unterschrift im Versicherungsantrag, "die vorstehenden Fragen vollständig und wahrheitsgetreu beantwortet zu haben".

Aus diesen Angaben im Versicherungsantrag ergibt sich unmissverständlich, dass die Versicherte beim Autokauf im Dezember 2014 und *mithin rund 10 Monate nach der IV-Anmeldung* sich in der Lage sah, einen bzw. ihren Personenwagen zu lenken (andernfalls sie kein Fahrzeug gekauft hätte) und grundsätzlich damit rechnete, dieses Fahrzeug für 10'000 bis 20'000 km pro Jahr zu benutzen. Ein solches Vorhaben ist mit der geltend gemachten "allgemeinen Erschöpfung" und der Angabe, nicht mehr Autofahren zu können, kaum zu vereinbaren.

Soweit die Beschwerdeführerin den Autokauf (nachträglich) damit erklärt, das Fahrzeug sei im Dezember 2014 für den Lebenspartner erworben worden, weil er das damalige Geschäftsfahrzeug nur bis Ende Dezember 2014 habe benützen können und ein anderes Fahrzeug benötigt habe (siehe Beschwerde, S. 21f.), fällt hier massgeblich was folgt ins Gewicht: Folgt man dieser Argumentation der Beschwerdeführerin, hat sie damals grundsätzlich einen Versicherungsbetrug begangen, indem sie - trotz Hinweis auf die Wahrheitspflicht - sich im Versicherungsantrag als alleinige Lenkerin des betreffenden Fahrzeuges deklarierte sowie die Existenz eines anderen (regelmässigen) Lenkers ausdrücklich verneinte. Mit einem solchen Verhalten hat die Versicherte selber die Glaubwürdigkeit ihrer Angaben in Frage gestellt, indem sie - wenn man ihrer Argumentation in der Beschwerde folgt - grundsätzlich (trotz ausdrücklichem Hinweis auf die Wahrheitspflicht) keine Probleme damit hatte, die X Versicherung im Versicherungsantrag bewusst falsch zu informieren.

(...).

3.2.5 Die vorliegende Diskrepanz, wonach jemand geltend macht, nicht mehr fahren zu können, gleichzeitig aber noch ein Auto kauft und im Antrag an die Motorfahrzeughaftpflichtversicherung deklariert, als einzige Person dieses Fahrzeug regelmässig zu lenken, kann grundsätzlich nur durch Zusatzabklärungen in der vorliegenden Art aufgedeckt werden. Wollte man solche Zusatzabklärungen (auch bei unerklärlichen funktionellen Einschränkungen) als unzulässig erklären, würde man letztlich Missbräuchen Tür und Tor öffnen, ohne dass dies verhindert werden könnte.

3.2.6 Unbestritten ist, dass das Ergebnis solcher Zusatzabklärungen spätestens vor Erlass der Leistungsverfügung bzw. im Vorbescheidverfahren der versicherten Person offenzulegen und ihr diesbezüglich noch das rechtliche Gehör zu gewähren ist. Die hier interessierende Frage ist, in welchem Zeitpunkt diese Information der versicherten Person bekanntzugeben ist. Dies ist eine Fragestellung, welche grundsätzlich von der für die Verfahrensleitung zuständigen Verwaltung (IV-Stelle) und offenkundig nicht von der Leitung einer Gutachterstelle zu beantworten ist. Es kann nicht Sache der Gutachterstelle sein darüber zu befinden, wie das rechtliche Gehör im IV-Abklärungsverfahren zu handhaben ist (vgl. oben, Erwägungen 3.2.1 und 3.2.2 und dort enthaltene Hinweise). Dies gilt erst recht für Fälle, in welchen diese Zusatzabklärungen ergeben haben, dass Zweifel am Wahrheitsgehalt der Angaben der Versicherten angebracht sind bzw. - wie hier beim Autokauf (bei gleichzeitiger Sachdarstellung, aus gesundheitlichen Gründen keinen PW mehr lenken zu können) und dem dargelegten Versicherungsantrag - von einem möglichen Versicherungsbetrug auszugehen ist. (...)

Im Übrigen hat es eine versicherte Person (mit einem unklaren Beschwerdebild), bei welcher die Zusatzabklärungen Anhaltspunkte für einen möglichen Versicherungsmissbrauch geben, aufgrund ihres eigenen Verhaltens hinzunehmen, dass sie über den Inhalt solcher Zusatzabklärungen nicht sofort, sondern erst gegen Ende des Abklärungsverfahrens informiert wird. Wollte man anders entscheiden, würde das Aufdecken von möglichem Versicherungsmissbrauch unnötig erschwert.

3.2.7 Für dieses dargelegte Zwischenergebnis sprechen auch die nachfolgenden Überlegungen. Eine Gutachterstelle, welche die ihr von der IV-Stelle zur Verfügung gestellten Zusatzabklärungen (BVM-Akten) nur dann im geplanten Gutachten mitberücksichtigen will, wenn zuvor die versicherte Person darüber umfassend aufgeklärt worden ist, verhindert spontane Antworten zu möglichen heiklen Aspekten. Damit ergreift die Gutachterstelle letztlich Partei für die abzuklärende Person, indem sie der versicherten Person ermöglicht, hinsichtlich solcher Aspekte (anstelle von

B 2.1

spontanen Antworten) vorgängig Antworten vorbereiten zu können, was einer objektiven Wahrheitsfindung kaum dienlich wäre. Dass die A-Gutachterstelle für die versicherte Person Partei ergriffen hat (und deswegen als objektive Gutachterstelle grundsätzlich ausser Betracht fällt), ergibt sich namentlich auch daraus, dass die Leitung der A-Gutachterstelle von sich aus den damaligen Rechtsvertreter der Versicherten telefonisch über die Existenz von BVM-Akten informierte (vgl. das Zugeständnis in ...). Dass eine solche Vorgehensweise mit der Aufgabe einer neutralen Gutachterstelle nicht vereinbar ist, bedarf keiner weiteren Begründung.

3.2.8 Nach dem Gesagten steht es einer Gutachterstelle prinzipiell nicht zu, darüber zu befinden, welche von der IV-Stelle zur Verfügung gestellten Akten für das Gutachten berücksichtigt und welche (ungesehen) ausgeklammert bzw. retourniert werden. Sache der Gutachterstelle ist es hingegen, die vom Auftraggeber erhaltenen Akten im Gutachten detailliert aufzuführen (damit der Leser des Gutachtens nachvollziehen kann, auf welcher aktenmässigen Grundlage das Gutachten erstellt wurde). In diesem Sinne hätte die A-Gutachterstelle die BVM-Akten in ihrem Gutachten aufführen und darlegen müssen, inwiefern der Inhalt dieser BVM-Akten nach Beurteilung der Gutachter für das Gesamtergebnis von Relevanz (bzw. gegebenenfalls ohne Bedeutung) wäre. Die Haltung einer Gutachterstelle, der versicherten Person noch nicht bekannte BVM-Akten konsequent auszublenden, führt zum vorinstanzlichen Ergebnis, wonach ein Gutachten ohne Einbezug aller von der Verwaltung zur Verfügung gestellten Unterlagen unvollständig und damit letztlich nicht verwertbar ist. Dies gilt erst recht, wenn es bei diesen BVM-Akten um Zusatzabklärungen bei unklaren Beschwerdebildern mit möglichem Versicherungsmissbrauch geht.

3.2.9 Für das vorliegende Zwischenergebnis, wonach das vorliegende A-Gutachten unvollständig und grundsätzlich nicht verwertbar ist, sprechen auch folgende Aspekte, welche im Rahmen einer summarischen Prüfung dieses Gutachtens auffallen.

Ein gewichtiges Element im Gutachten der MEDAS B bildet der Umstand, wonach die Versicherte gefragt wurde, ob sie das betreffende Medikament am Untersuchungstag eingenommen habe (was bejaht wurde), indes die Medikamentenspiegelkontrolle ergab, dass der Wirkstoff des Medikaments im Blut der Versicherten nicht nachweisbar war (...).

Im Gutachten der MEDAS B wurde der Umstand gewürdigt, dass die Versicherte am 26. März 2015 notfallmässig das Spital Z aufgesucht hatte, nachdem sie von einer Malediven-Ferienreise zurückgekehrt war (...). Dass eine versicherte Person einerseits maximal 10 Minuten mit dem

Hund spazieren könne, andererseits aber in der Lage ist, eine solche Fernreise (mit Flugzeiten von über 10 Stunden pro Reiseweg) zu bewältigen, ist offenkundig diskrepant und auffällig. Demgegenüber haben die A-Gutachter eine solche Malediven-Reise (mit anschliessender Reise-Diarrhoe) weder ansatzweise evaluiert noch sich damit konkret auseinandergesetzt, was offenkundig den Beweiswert ihres Gutachtens herabsetzt.

Im A-Gutachten fällt aber auch auf, dass die Versicherte gegenüber den betreffenden Gutachtern unterschiedliche Angaben machte. Während sie gegenüber dem neurologischen Gutachter erklärte "nach dem Wäscheaufhängen habe sie müde Arme" (woraus sich zweifelsfrei ergibt, dass das Wäsche-Aufhängen grundsätzlich möglich ist, vgl. ...), machte sie gegenüber dem rheumatologischen Gutachter geltend: "die Wäsche aufhängen sei dagegen nicht möglich" (vgl. ...). Mithin machte die Versicherte bei der A-Begutachtung widersprüchliche Angaben, ohne dass sich die Gutachter mit einer solchen Diskrepanz auseinandersetzten.

(...).

3.3 Nach dem Gesagten ist im Einklang mit der Vorinstanz zusammenfassend festzuhalten, dass das A-Gutachten auf unvollständiger Aktenbasis beruht und keine hinreichende Auseinandersetzung mit den dargelegten Inkonsistenzen enthält, weshalb es für das vorliegende Verfahren nicht verwertbar ist. Demgegenüber erweist sich das Gutachten der MEDAS B als überzeugend und nachvollziehbar. (...).

(VGE I 2018 108 vom 11. März 2019; eine gegen diesen Entscheid erhobene Beschwerde hat das Bundesgericht mit Urteil 8C_292/2019 vom 27. August 2019 abgewiesen).

2.2 Invalidenversicherung - Assistenzbeitrag

- *Berechnung des Assistenzbeitrages gemäss Art. 42^{quater} ff. des Bundesgesetzes über die Invalidenversicherung (IVG, SR 831.20) und nach Art. 39a ff. der Verordnung über die Invalidenversicherung (IVV, SR 831.201). Die IV-Stelle hat sich zu Recht an die vom Gesetzgeber festgelegte und vom Bundesrat detailliert umschriebene Regelung gehalten. Eine andere (bzw. grosszügigere) Regelung wäre nicht vom Richter, sondern gegebenenfalls vom Gesetzgeber einzuführen.*

B 2.2

Aus dem Sachverhalt:

Die volljährige, durch die Eltern verbeiständete Beschwerdeführerin leidet an einer Störung aus dem autistischen Formenkreis. Sie bezieht eine ganze Invalidenrente (IV-Grad 100%), eine Hilflosenentschädigung schweren Grades sowie einen Assistenzbeitrag von jährlich maximal rund Fr. 60'500.--. Die Eltern lassen die Tochter zuhause betreuen und beantragen für die Tochter einen wesentlich höheren Assistenzbeitrag.

Aus den Erwägungen:

2.1 Anspruch auf einen Assistenzbeitrag haben Versicherte, denen eine Hilflosenentschädigung der Invalidenversicherung nach Artikel 42 Absätze 1-4 ausgerichtet wird, die zu Hause leben und volljährig sind (Art. 42^{quater} Abs. 1 IVG). Ein Assistenzbeitrag wird gewährt für Hilfeleistungen, die von der versicherten Person benötigt und regelmässig von einer natürlichen Person (Assistenzperson) unter bestimmten Voraussetzungen erbracht werden (Art. 42^{quinqüies} IVG).

2.2 Grundlage für die Berechnung des Assistenzbeitrags ist die für die Hilfeleistungen benötigte Zeit. Davon abgezogen wird die Zeit, die folgenden Leistungen entspricht: (a) der Hilflosenentschädigung nach den Artikeln 42-42^{ter}; (b) den Beiträgen für Dienstleistungen Dritter anstelle eines Hilfsmittels nach Artikel 21^{ter} Absatz 2; (c) dem für die Grundpflege ausgerichteten Beitrag der obligatorischen Krankenpflegeversicherung an Pflegeleistungen nach Artikel 25a KVG (Art. 42^{sexies} Abs. 1 IVG).

2.3 Nach Art. 42^{sexies} Abs. 4 IVG legt der Bundesrat u.a. die Bereiche und die minimale und maximale Anzahl Stunden fest, für die ein Assistenzbeitrag ausgerichtet wird (lit. a), sowie die Pauschalen für Hilfeleistungen pro Zeiteinheit und im Rahmen des Assistenzbeitrags (lit. b). Von dieser Kompetenz hat der Bundesrat u.a. in Art. 39c IVV (Bereiche, in welchen Hilfebedarf anerkannt werden kann), in Art. 39e Abs. 2 IVV (monatliche Höchstansätze für Hilfeleistungen), in Art. 39f IVV (Höhe des Assistenzbeitrages) sowie in Art. 39g IVV (Berechnung des Assistenzbeitrages) Gebrauch gemacht.

2.4 Gemäss Art. 39f Abs. 1 IVV beträgt der Assistenzbeitrag Fr. 33.20 pro Stunde. Muss die Assistenzperson für die benötigten Hilfeleistungen in den Bereichen nach Art. 39c lit. e IVV (Ausübung einer gemeinnützigen

oder ehrenamtlichen Tätigkeit), Art. 39c lit. f (berufliche Aus- und Weiterbildung) oder Art. 39c lit. g IVV (Ausübung einer Erwerbstätigkeit auf dem regulären Arbeitsmarkt) über besondere Qualifikationen verfügen, so beträgt der Assistenzbeitrag Fr. 49.80 pro Stunde (Art. 39f Abs. 2 IVV).

2.5 Nach Art. 39g Abs. 2 lit. b IVV beträgt der jährliche Assistenzbeitrag das Elffache des Assistenzbeitrags pro Monat, wenn die versicherte Person, mit der sie verheiratet ist oder in eingetragener Partnerschaft lebt oder eine faktische Lebensgemeinschaft führt oder in gerader Linie verwandt ist, im selben Haushalt lebt und die Person, mit der sie im selben Haushalt lebt, volljährig ist und selber keine Hilflosenentschädigung bezieht.

3.1 Was die Kritik in der vorliegenden Beschwerde an der zuletzt angeführten Regelung von Art. 39g Abs. 2 lit. b IVV anbelangt, wonach bei Versicherten, welche beispielsweise mit Angehörigen (Eltern) zusammenleben, nur das Elffache des Assistenzbeitrags pro Monat (statt das Zwölffache nach Art. 39g Abs. 1 IVV) angerechnet werde, ist auf das die Vorinstanz betreffende Urteil des Bundesgerichts 9C_715/2014 vom 23.6.2015 (publ. in BGE 141 V 642ff.) zu verweisen. In diesem Urteil befasste sich das Bundesgericht ausdrücklich mit dieser Thematik und hielt dazu sinngemäss fest, die Regelung des Verordnungsgebers lasse sich insoweit und so lange nicht beanstanden, als eine schadenmindernde Mithilfe Angehöriger im Einzelfall objektiv tatsächlich möglich und zumutbar sei. Dies treffe dann nicht zu, wenn ein betroffener Angehöriger zwar Anspruch auf Hilflosenentschädigung hätte, diesen aber nicht geltend mache. Sodann entspreche es der allgemeinen Lebenserfahrung, dass die Leistungsfähigkeit betagter Menschen mit zunehmendem Alter abnehme und manche von ihnen, auch wenn sie nicht hilflos im Sinne von Art. 9 ATSG seien, bereits mit der Selbstsorge an die Grenzen ihrer Belastbarkeit stossen würden. Auch in solchen Fällen sei es angezeigt, die objektive Möglichkeit und Zumutbarkeit der schadenmindernden Mithilfe zu überprüfen (vgl. BGE 141 V 649 Erw. 4.3.3).

3.2 Solche vom Bundesgericht angesprochenen Umstände werden vor Gericht nicht vorgebracht. Namentlich wird nicht substantiiert geltend gemacht, dass die Gesundheit der Eltern angeschlagen sei, oder dass die Eltern (analog zum zit. BGE, wonach die Eltern Jahrgang 1930 bzw. 1933 aufwiesen) altersbedingt weniger belastbar seien (...). Bei dieser Sachlage ist nicht ersichtlich, dass die vom Verordnungsgeber in Art. 39g Abs. 2 lit. b IVV zugrunde gelegte Mithilfe von (gesundheitlich nicht beeinträchtigten) Familienmitgliedern unzumutbar sei. Der Umstand, wonach der

B 2.2

Verordnungsgeber u.a. die nach den Umständen zumutbare Mithilfe von gesunden Eltern schematisch mit dem Elffachen (statt Zwölflichem) des Assistenzbeitrags pro Monat anrechnet, ist entgegen der Argumentation der Eltern der Versicherten nicht als relevante Verletzung von Art. 8 BV zu qualifizieren. Anzuführen ist, dass sich das Bundesgericht unlängst im Urteil 9C_354/2019 vom 1. Juli 2019 nochmals mit der Regelung von Art. 39g Abs. 2 lit. b IVV befasst und daran festgehalten hat, dass durch diese schematische Herabsetzung des Anspruchs, bezogen auf ein Jahr, im Umfang von einem Zwölftel eine Anrechnung der "Pflicht zur grundsätzlichen Mithilfe von Angehörigen bei der Betreuung und Pflege von Versicherten in standardisierter Form" erfolge, es sei denn eine solche Hilfestellung sei im Einzelfall objektiv unmöglich oder unzumutbar (was im konkreten Fall weder geltend gemacht wird, noch nachgewiesen ist). In Anbetracht dieser gefestigten Rechtsprechung des Bundesgerichts besteht hier kein Anlass, von der vorinstanzlichen Berechnung nach Art. 39g Abs. 2 lit. b IVV abzuweichen.

4.1 Eine weitere Rüge betrifft die Höhe des zu vergütenden Stundenansatzes. Während die Vorinstanz den Stundenansatz von Fr. 33.20 gemäss Art. 39f Abs. 1 IVV angerechnet hat, machen die Eltern der Versicherten sinngemäss geltend, dass dieser Stundenansatz nicht markgerecht und viel zu tief sei. Die (in Art. 39f Abs. 2 IVV enthaltene) Beschränkung des höheren Stundenansatzes von Fr. 49.80 auf die Fälle von Art. 39c lit. e bis g IVV verletze sowohl Art. 8 BV, als auch die entsprechenden Bestimmungen (Art. 8 Abs. 2 und Art. 27 Abs. 1) der UN-Behindertenrechtskonvention (BehiK).

4.2 Dieser Kritik sind die überzeugenden und nachvollziehbaren Ausführungen der Vorinstanz in Ziffer 5 der Vernehmlassung entgegenzuhalten. Darnach muss (unter Hinweis auf das Kreisschreiben über den Assistenzbeitrag, KSAB, Rz. 4057) der in Stunden abgeklärte Hilfebedarf an direkter Hilfe für den Bereich Erwerbstätigkeit auf dem regulären Arbeitsmarkt niedriger sein als die effektive Arbeitsleistung der versicherten Person, ansonsten der Hilfebedarf für den Assistenzbeitrag nicht berücksichtigt werden kann. In diesem Zusammenhang ist zu betonen, dass sich Verwaltungsweisungen an sich nur an die Durchführungsstellen richten und für die Sozialversicherungsgerichte nicht verbindlich sind. Indes ist nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung insbesondere dann nicht von Kreisschreiben ohne triftigen Grund abzuweichen, wenn sie eine dem Einzelfall angepasste und gerecht werdende Auslegung der anwendbaren gesetzlichen Bestimmungen zulassen und - wie hier - eine überzeugende

Konkretisierung der rechtlichen Vorgaben enthalten (vgl. Urteil des Bundesgerichts 9C_726/2018 vom 28.5.2019 Erw. 4.2.1).

Es ist aktenmässig erstellt, dass die Versicherte eine ganze IV-Rente (IV-Grad 100%) und eine Hilflosenentschädigung schweren Grades bezieht. Nachdem die Versicherte in sämtlichen alltäglichen Lebensverrichtungen auf die Hilfe Dritter angewiesen ist, nicht aktiv kommunizieren kann (IV-act. ...), ein dauernder Pflege- und persönlicher Überwachungsbedarf besteht (IV-act. ...) und die in den Akten erwähnte Beschäftigung der Versicherten mit Brotbacken einer ständigen Überwachung der Arbeitsschritte bedarf (vgl. IV-act. ...), kann im Einklang mit der vorinstanzlichen Argumentation hier nicht von einer relevanten Erwerbstätigkeit auf dem regulären Arbeitsmarkt im Sinne von Art. 39c lit. g IVV gesprochen werden. (...)

5. Nicht zu hören sind auch die weiteren Einwände in der Beschwerde. Soweit die Eltern der Versicherten sich darauf berufen, dass sinngemäss eine Betreuung im institutionellen Rahmen wesentlich teurer zu stehen käme, kann daraus grundsätzlich kein Anspruch auf einen höheren Assistenzbeitrag hergeleitet werden. Der sinngemässen Rüge, wonach die Vorinstanz die Berechnung des Assistenzbeitrags nicht verfassungskonform angewendet habe, ist die bundesgerichtliche Rechtsprechung im Urteil 9C_757/2013 vom 15. April 2014 entgegenzuhalten, dass der klare Rechtssinn einer bundesgesetzlichen Norm nicht durch eine verfassungs- oder konventionskonforme Auslegung beiseite geschoben werden kann. Abgesehen davon hat der Bundesgesetzgeber bei der Einführung des Assistenzbeitrages einen kostenneutralen Umbau des Leistungssystems im Bereich der IV-Hilflosenentschädigung anvisiert. Gleichzeitig mit der Einführung des Assistenzbeitrags wurden deshalb die Ansätze der Hilflosenentschädigung im Heim halbiert (Art. 42^{ter} Abs. 2 IVG, vgl. zit. Urteil des Bundesgerichts 9C_757/2013 Erw. 5). Soweit der Bundesgesetzgeber für Betreuungen in und ausserhalb einer Einrichtung unterschiedliche Leistungs- bzw. Abgeltungsszenarien geschaffen hat, welche sich wie im konkreten Fall als vertretbar erweisen, sind solche Differenzierungen regelmässig vom Richter zu beachten. Mit anderen Worten ist es grundsätzlich Sache des Gesetzgebers (und nicht des Gerichts), gegebenenfalls andere (bzw. grosszügigere) Leistungen einzuführen.

(VGE I 2019 33 vom 8. August 2019; eine gegen diesen Entscheid erhobene Beschwerde hat das Bundesgericht mit Urteil 8C_624/2019 vom 17. Januar 2020 abgewiesen).

B 2.3

2.3 Invalidenversicherung - Geburtsgebrechen

- *Keine Anerkennung eines Geburtsgebrechens im Sinne von Ziff. 404 des Anhangs zur Verordnung über Geburtsgebrechen (GgV, SR 831.232.21), wenn die Behandlung erst nach Vollendung des 9. Altersjahres aufgenommen wurde.*

Aus dem Sachverhalt:

Ein im Jahr 2009 geborenes Kind leidet an einem Konzentrations- und Gedächtnisdefizit. Kurz vor dem 9. Geburtstag reichten die Eltern bei der IV-Stelle für ihr Kind ein Leistungsbegehren ein.

Aus den Erwägungen:

1.1 Nach Art. 13 IVG (Bundesgesetz über die Invalidenversicherung, SR 831.20) haben Versicherte bis zum vollendeten 20. Altersjahr Anspruch auf die zur Behandlung von Geburtsgebrechen notwendigen medizinischen Massnahmen (Abs. 1). Der Bundesrat bezeichnet die Gebrechen, für welche diese Massnahmen gewährt werden; er kann die Leistung ausschliessen, wenn das Gebrechen von geringfügiger Bedeutung ist (Art. 13 Abs. 2 IVG).

1.2 Gestützt auf Art. 13 IVG hat der Bundesrat die Verordnung über Geburtsgebrechen (GgV; SR 831.232.21) erlassen. Nach Art. 1 Abs. 1 GgV gelten als Geburtsgebrechen im Sinne von Artikel 13 IVG Gebrechen, die bei vollendeter Geburt bestehen. Die blosser Veranlagung zu einem Leiden gilt nicht als Geburtsgebrechen. Die Geburtsgebrechen sind in der Liste im Anhang aufgeführt (Art. 1 Abs. 2 Satz 1 GgV).

Als medizinische Massnahmen, die für die Behandlung eines Geburtsgebrechens notwendig sind, gelten sämtliche Vorkehren, die nach bewährter Erkenntnis der medizinischen Wissenschaft angezeigt sind und den therapeutischen Erfolg in einfacher und zweckmässiger Weise anstreben (Art. 2 Abs. 3 GgV).

1.3 Geburtsgebrechen im Sinne von Ziff. 404 GgV Anhang sind "Störungen des Verhaltens bei Kindern mit normaler Intelligenz, im Sinne krankhafter Beeinträchtigung der Affektivität oder Kontaktfähigkeit, bei Störungen des Antriebes, des Erfassens, der perzeptiven Funktionen, der Wahrnehmung, der Konzentrationsfähigkeit sowie der Merkfähigkeit [ADHS;

früher 'psychoorganisches Syndrom', POS], sofern sie mit bereits gestellter Diagnose als solche vor der Vollendung des 9. Altersjahres auch behandelt worden sind" (vgl. Urteil des Bundesgerichts 8C_316/2018 vom 23.10.2018 Erw. 4.2 mit Verweis auf SVR 2017 IV Nr. 26 S. 73, 9C_418/2016 Erw. 4).

1.4 Nach der Rechtsprechung handelt es sich bei der objektiven Bedingung "mit bereits gestellter Diagnose als solche vor der Vollendung des 9. Altersjahres auch behandelt" um zwei kumulativ zu erfüllende Anspruchsvoraussetzungen im Sinne von Abgrenzungskriterien, um zu entscheiden, ob die Störung angeboren oder erworben ist. Das Fehlen von wenigstens einem der beiden Merkmale begründet die unwiderlegbare Rechtsvermutung, es liege kein Geburtsgebrechen im Rechtssinne vor (vgl. Urteil des Bundesgerichts 9C_419/2016 vom 7.11.2016 Erw. 4.2 mit Verweis auf BGE 122 V 113 Erw. 3c/bb und Erw. 4c S. 122 ff.; Urteile 9C_435/2014 vom 10.9.2014 Erw. 4.1 und 8C_23/2012 vom 5.6.2012 Erw. 5.1.1). Diese höchstrichterliche Rechtsprechung wurde vom Bundesgericht unlängst im Urteil 8C_316/2018 vom 23. Oktober 2018 (Erw. 4.4) bestätigt.

1.5 Im Anhang 7 zu Ziffer 404 GgV des Kreisschreibens über die medizinischen Eingliederungsmassnahmen der IV (KSME, in der aktuell geltenden Fassung ab 1.7.2019) wird unter Ziffer 1.3 festgehalten, dass die Bejahung des Leistungsanspruchs den Nachweis voraussetzt, dass einerseits vor dem 9. Altersjahr sowohl eine Diagnose gestellt wurde, und andererseits auch eine medizinische Behandlung stattfand. Dazu wird in der Fussnote 6 ausgeführt:

Die kinderpsychiatrische Behandlung, die Ergotherapie und die medikamentöse Therapie sind als medizinische Massnahmen der IV anerkannt. Die Logopädie, die Psychomotorik, der Spezial- oder Stützunterricht und Massnahmen der integrativen schulischen Förderung und alle andern unterstützenden Massnahmen sind seit Inkrafttreten der Neugestaltung des Finanzausgleichs und der Aufgabenteilung zwischen Bund und Kantonen (NFA) vom 1. Januar 2008 in der Verantwortung der Kantone. Ärztliche oder kinderpsychologische Abklärungen gelten nicht als Behandlung, auch nicht alleinige Beratungen der Eltern (EVG I 569/00 vom 06.07.2001). Da allerdings gerade bei jüngeren Kindern die Behandlung vorwiegend über die Eltern und andere Bezugspersonen als Mediatoren stattfinden muss und die Kinder nur bedingt einzeln behandelt werden können, muss diese Therapiearbeit als kinderpsychiatrische Behandlung von Kind und Familie deklariert werden.

B 2.3

2. Den vorliegenden Akten sind zur Klärung der gesundheitlichen Beeinträchtigungen des Versicherten, welcher am (...) 2018 das 9. Altersjahr vollendet hat, u.a. die nachfolgend dargelegten Angaben zu entnehmen:

2.1 Am 17. August 2018 fand bei der Fachstelle (...) das "Erstgespräch mit den Kindseltern und dem Kind" statt, damals mit der Verdachtsdiagnose eines AD(H)S F90.0/GG 404.

2.2 Diese ursprüngliche Verdachtsdiagnose wurde gemäss dem von Dr.med. (...) verfassten Bericht vom 4. Dezember 2018 an die IV-Stelle am 13. September 2018 durch die Diagnose einer einfachen Aktivitäts- und Aufmerksamkeitsstörung F90.0 (ADHS) mit erfüllten Kriterien für POS abgelöst.

2.3.1 Im erwähnten Bericht vom 4. Dezember 2018 empfahlen die angeführten Fachpersonen eine integrierte kinder- und jugendpsychiatrische Behandlung (störungsspezifische Psychotherapie) und eventuell eine Stimulanzientherapie.

2.3.2 Zuvor hatten diese Fachpersonen im am 9. Oktober 2018 verfassten Abklärungsbericht den Stand der Abklärungen sowie das weitere Prozedere wie folgt zusammengefasst:

Damit ... in der Schule weder vom Stoff her noch sozial den Anschluss verpasst, wird den Ke [Kindseltern] ein speziell für ... zugeschnittenes hirnfunktionelles Training an der KJP empfohlen. Die Ke haben mit der Neuropsychologin bereits Termine für das hirnfunktionelle Training aufgelegt. Gleichzeitig werden sie die Referentin über den Bedarf weiterer Unterstützung, auch bezüglich der Zusammenarbeit mit der Schule, informieren. Es wurde mit den Ke die Möglichkeit des Elterntrainings im Gruppen- oder Einzelsetting angesprochen. Einer Medikation mit Methylphenidat stehen die Ke kritisch gegenüber. Sie wollen zuerst alle nicht medikamentösen Therapiemöglichkeiten ausschöpfen.

In diesem Zusammenhang fällt auf, dass die in der Eingabe des Rechtsvertreters vom 8. November 2019 hervorgehobene Psychoedukation (inkl. Besprechung des Erziehungsstils der Eltern "autoritative Erziehung") mit keinem Wort angesprochen wurde (hingegen explizit aber "die Möglichkeit des Elterntrainings im Gruppen- oder Einzelsetting angesprochen" wurde). Daraus ist abzuleiten, dass im Zeitpunkt der Formulierung dieses Berichts (vom 9.10.2018) abgesehen von der Beratung der Eltern (mit Möglichkei-

ten wie Elterntraining etc.) die erst viel später thematisierte Psychoedukation keine Rolle spielte (andernfalls sie im Bericht vom 8.11.2019 auch thematisiert worden wäre).

2.4 Im Rahmen einer telefonischen Rückfrage der IV-Stelle (vom 16.1.2019) bei der erwähnten Fachstelle machte die zuständige Psychologin geltend, dass die erste Behandlung am 26. September 2018 u.a. mit einem Memory-Training begonnen habe; anschliessend habe die Behandlung wöchentlich stattgefunden. Dies deckt sich mit der gerichtlichen Schlussfolgerung am Ende von Erwägung 2.3.2.

2.5 Am 24. Januar 2019 machte die gleiche Psychologin schriftlich (und abweichend vom ursprünglichen Bericht) geltend, dass am 13. September 2018 beim Versicherten mit einer integrierten kinder- und jugendpsychiatrischen Behandlung begonnen worden sei, wobei zu Beginn Psychoedukation im Vordergrund gestanden sei. Seit dem 26. September 2018 stehe die störungsspezifische Psychotherapie im Fokus (vorerst ohne Medikation).

2.6 Am 4. Februar 2019 umschrieben die erwähnte Psychologin sowie Dr.med. ... die am 13. September 2018 vorgenommenen Handlungen wie folgt:

Am 13.09.2018 fand nach einer umfassenden Abklärung das Rückmeldegespräch statt, in welchem den Kindseltern die Diagnose rückgemeldet wurde. Ein Teil des Rückmeldegesprächs fand in Form einer Psychoedukation statt.

2.7 Im Bericht vom 5. März 2019 führten die Fachpersonen ... aus, dass am 26. September 2018 ein Termin der Kindseltern und des Versicherten bei der Neuropsychologin "zwecks weiterer Aufklärung bezüglich des diagnostizierten AD(H)S" stattgefunden habe. Das Kind besuche seit dem 24. Oktober 2018 wöchentlich ein Hirnfunktionstraining bei einer Fachfrau. Die Termine fänden jeweils nachmittags am Mittwoch statt (60 Minuten). Der Knabe komme immer sehr motiviert zum Training und arbeite konzentriert mit. Der Fokus des Trainings liege auf dem Erarbeiten verschiedener Arbeitstechniken.

3. Ausgangspunkt zur Behandlung der vorliegenden Beschwerdesache bildet der Umstand, wonach zur Anerkennung der vorliegenden Problematik als Geburtsgebrechen unter Ziffer 404 GgV noch vor dem 9. Altersjahr sowohl eine entsprechende Diagnose gestellt wurde, als auch eine erste medizinische Behandlung stattgefunden hat. Die erste Voraussetzung ist unbestritten, derweil streitig ist, ob die zweite Voraussetzung erfüllt ist. In

B 2.3

den Eingaben vom 25. Oktober 2019 und vom 8. November 2019 beruft sich der Rechtsvertreter sinngemäss darauf, dass am 13. September 2018 die medizinische Behandlung zunächst mit Psychoedukation begonnen habe. Dazu wird in der Eingabe vom 25. Oktober 2019 (S. 2) unter Hinweis auf die Fussnote 6 zu Ziff. 1.3 (Anhang 7 KSME, Ziffer 404 GgV) weiter ausgeführt:

dass gerade bei jüngeren Kindern die Behandlung vorwiegend über die Eltern und andere Bezugspersonen als Mediatoren stattfindet. Der Beschwerdeführer ist kürzlich 10 Jahre alt geworden. Somit ist er ein jüngeres Kind und die Behandlung hat daher auch über die Eltern zu erfolgen. Die Psychoedukation am 13. September 2018 als Behandlungsmassnahme innerhalb der kinder- und jugendpsychiatrischen Behandlung des Beschwerdeführers wurde unter gestellter Diagnose und somit vor dem 9. Altersjahr des Beschwerdeführers durchgeführt. (...)

Dieser Argumentation könnte allenfalls dann gefolgt werden, wenn der Patient, um welchen es letztlich geht, an diesem Behandlungstermin auch anwesend gewesen wäre. Indessen kann ein (Beratungs)Gespräch, an welchem der Patient gar nicht anwesend ist, grundsätzlich nicht als relevanter Beginn einer störungsspezifischen Behandlung qualifiziert werden. Mit andern Worten überwog beim Gespräch vom 13. September 2018, bei welchem die Eltern ohne das betreffende Kind anwesend waren, der Beratungscharakter, welcher nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung nicht ausreicht, um von einer rechtzeitig begonnenen Behandlung (des Kindes) zu sprechen (vgl. Urteil des Eidg. Versicherungsgerichts I 37/01 vom 7.9.2001 Erw. 2b in fine mit Hinweisen). Gegen die Annahme, wonach bereits am 13. September 2018 in relevantem Masse eine Psychoedukation (der Eltern) vorgenommen worden sei, spricht die Tatsache, dass davon im ursprünglichen Bericht vom 9. Oktober 2018 (welcher zeitnah erfolgte und somit nicht auf nachträglichen Überlegungen zur Erlangung von IV-Leistungen basiert) nichts enthalten ist (vgl. vorstehend Erwägung 2.3.2).

Wie zu entscheiden wäre, wenn beim Gespräch vom 13. September 2018 nebst den Eltern auch das Kind dabei gewesen wäre bzw. während zumindest eines Teils des Gesprächs mit den Fachpersonen gemeinsam mit Kind und Eltern Verständnis für die anstehende Problematik, gebotene Therapiemassnahmen und mögliche Strategien zur Problemlösung thematisiert worden wären, kann hier letztlich offen bleiben, weil ein solcher Einbezug des Kindes am 13. September 2018 erwiesenermassen nicht vorliegt.

(VGE I 2019 42 vom 13. November 2019).

2.4 Ergänzungsleistungen - Anspruchsbeginn

- *Beginn des EL-Anspruches von Personen, welche infolge eines "importierten Leidens" trotz Erwerbsunfähigkeit keinen Anspruch auf eine Rente der Invalidenversicherung haben.*

Aus dem Sachverhalt:

Das IV-Leistungsbegehren der Gesuchstellerin vom April 2017 war trotz vollständiger Erwerbsunfähigkeit mit Verfügung vom November 2019 abgewiesen worden, da die gesundheitliche Einschränkung bereits bei Einreise in die Schweiz bestanden hatte (sogenannt "importiertes Leiden"). Bereits im September 2018 hatte sich die Gesuchstellerin bei der Ausgleichskasse betreffend den Anspruch auf Ergänzungsleistungen informiert und hierfür angemeldet. Die Ausgleichskasse sprach ihr Ergänzungsleistungen ab September 2018 zu. Die Gesuchstellerin liess durch ihren Beistand einen Anspruch ab Oktober 2017 geltend machen.

Aus den Erwägungen:

2.1.1 Gemäss Art. 4 Abs.1 des Bundesgesetzes über Ergänzungsleistungen zur Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung (ELG, SR 831.30) vom 6. Oktober 2006 haben Personen mit Wohnsitz und gewöhnlichem Aufenthalt (Art. 13 des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts [ATSG; SR 830.1] vom 6.10.2000) in der Schweiz Anspruch auf Ergänzungsleistungen, wenn sie unter anderem Anspruch auf eine Rente oder eine Hilflosenentschädigung der Invalidenversicherung (IV) haben oder ununterbrochen während mindestens sechs Monaten ein Taggeld der IV beziehen (lit. c) oder Anspruch hätten auf eine Rente der IV, wenn sie die Mindestbeitragsdauer nach Art. 36 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Invalidenversicherung (IVG; SR 831.20) vom 19. Juni 1959 erfüllen würden (lit. d).

2.1.2 Den Beginn eines Anspruchs auf jährliche Ergänzungsleistungen regelt Art. 12 ELG. Der Anspruch auf eine jährliche Ergänzungsleistung besteht ab Beginn des Monats, in dem die Anmeldung eingereicht worden ist, sofern sämtliche gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt sind (Abs. 1). Der Bundesrat regelt die Nachzahlung von Leistungen; er kann die in Art. 24 Abs. 1 ATSG festgelegte Dauer verkürzen (Abs. 4).

B 2.4

2.1.3 Art. 20 Abs. 1 Satz 1 der vom Bundesrat erlassenen Verordnung über die Ergänzungsleistungen zur Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung (ELV; SR 831.301) vom 15. Januar 1971 sieht vor, dass der Anspruch auf eine jährliche Ergänzungsleistung durch eine schriftliche Anmeldung geltend gemacht wird. Das Anmeldeformular hat Aufschluss zu geben über die Personalien und die Einkommens- und Vermögensverhältnisse aller in die Berechnung der jährlichen Ergänzungsleistung eingeschlossenen Personen (Art. 20 Abs. 2 ELV).

Art. 22 ELV normiert die Nachzahlung. Wird die Anmeldung für eine jährliche Ergänzungsleistung innert sechs Monaten seit der Zustellung der Verfügung über eine Rente der AHV oder der IV eingereicht, so beginnt der Anspruch mit dem Monat der Anmeldung für die Rente, frühestens jedoch mit der Rentenberechtigung (Abs. 1). Gemäss dieser Regelung sind folgende Fallkonstellationen zu unterscheiden, sofern die Anmeldung innert sechs Monaten seit der Zustellung der IV- oder AHV-Rentenverfügung erfolgt (vgl. Wegleitung über die Ergänzungsleistungen zur AHV und IV (WEL; Stand 1.1.2019; Carigiet/Koch, Ergänzungsleistungen zur AHV/IV, 2. Aufl., Zürich 2009, S. 90):

- Wird die Rente ab dem Monat der Rentenanmeldung oder ab einem späteren Monat ausgesprochen, beginnt der EL-Anspruch im gleichen Monat wie der Rentenanspruch.
- Wird die Rente auf einen vor der Rentenanmeldung gelegenen Zeitpunkt hin gewährt, fällt der Beginn des EL-Anspruches mit dem Monat der Rentenanmeldung zusammen.

Bildet die Verfügung der IV- (oder AHV-)Rente Gegenstand einer Beschwerde, so ist für den Beginn der sechsmonatigen Frist, um eine Nachzahlung der jährlichen EL beanspruchen zu können der Zeitpunkt der Zustellung der Verfügung, die dem Urteil zu folgen hat, oder der Zeitpunkt des Rückzugs der Beschwerde massgebend (WEL Rz. 2122.03 mit Hinweis auf BGE 105 V 274).

2.1.4 Weder Gesetz noch Verordnung enthalten eine Nachzahlungsregelung für Fälle, in welchen Personen - wie vorliegend - zwar keinen IV-Anspruch, sehr wohl aber Anspruch auf selbständige Ergänzungsleistungen haben. Das Gesetz erweist sich mithin als lückenhaft. Ebenso enthält die vom Bundesamt für Sozialversicherungen herausgegebene WEL keine Direktiven zur vorliegend zu beurteilenden Konstellation.

2.1.5 Die Vorinstanz folgte im Einspracheentscheid nach Darlegung der gesetzlichen Grundlagen, dass eine echte Lücke vorliege. Die Beschwerdeführerin teilt diese Ansicht. (...)

2.3.1 Lehre und Rechtsprechung unterscheiden traditionell zwischen echter und unechter Lücke (hierzu und zum Verzicht auf diese Differenzierung bzw. zu deren Ersatz durch den Begriff der "planwidrigen Unvollständigkeit des Gesetzes" vgl. Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl., Zürich 2016 Rz. 202 ff., besonders Rz. 213; vgl. auch BGE 132 III 470 Erw. 5.1 f.).

Eine Lücke im Gesetz besteht, wenn sich eine Regelung als unvollständig erweist, weil sie jede Antwort auf die sich stellende Rechtsfrage schuldig bleibt. Hat der Gesetzgeber eine Rechtsfrage nicht übersehen, sondern stillschweigend - im negativen Sinn - mitentschieden (qualifiziertes Schweigen), bleibt kein Raum für richterliche Lückenfüllung. Eine Gesetzeslücke, die vom Gericht zu füllen ist, liegt nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts vor, wenn der Gesetzgeber etwas zu regeln unterlassen hat, was er hätte regeln sollen, und dem Gesetz diesbezüglich weder nach seinem Wortlaut noch nach dem durch Auslegung zu ermittelnden Inhalt eine Vorschrift entnommen werden kann (echte Lücke). Von einer unechten oder rechtspolitischen Lücke ist demgegenüber die Rede, wenn dem Gesetz zwar eine Antwort, aber keine befriedigende zu entnehmen ist. Echte Lücken zu füllen, ist dem Gericht aufgegeben, unechte zu korrigieren, ist ihm nach traditioneller Auffassung grundsätzlich verwehrt. Ob eine zu füllende Lücke oder ein qualifiziertes Schweigen des Gesetzgebers vorliegt, ist durch Auslegung zu ermitteln. Ist ein lückenhaftes Gesetz zu ergänzen, gelten als Massstab die dem Gesetz selbst zugrundeliegenden Zielsetzungen und Werte. Lücken können oftmals auf dem Weg der Analogie geschlossen werden (BGE 144 IV 97 Erw. 3.1.2 mit zahlreichen Hinweisen).

2.3.2 Es ist der Vorinstanz und der Beschwerdeführerin beizupflichten und analog zum von der Beschwerdeführerin erwähnten Bundesgerichts-urteil 9C_628/2011 vom 2. Dezember 2011 davon auszugehen, dass aufgrund der Tatsache, dass Gesetz- und Ordnungsgeber die vorliegend strittige Frage, ab welchem Zeitpunkt einer versicherten Person, der infolge eines importierten Leidens eine IV-Rente verfügungsweise verwehrt wird, ein Anspruch auf EL zusteht, nicht geregelt haben, eine echte Gesetzeslücke anzunehmen ist. Weder dem Gesetzeswortlaut noch durch Auslegung des Gesetzes lässt sich dem Gesetz eine Antwort auf die strittige Frage entnehmen. Für eine Gesetzeslücke spricht vorliegend im Weiteren auch der angesprochene Umstand, dass die Verwaltung diesen Fall in der WEL ebenfalls nicht bedacht hat.

B 2.4

3.1 Die (echte) Gesetzeslücke ist nach derjenigen Regel zu schliessen, die der Richter als Gesetzgeber aufstellen würde (Art. 1 Abs. 2 Schweizerisches Zivilgesetzbuch [ZGB; SR 210] vom 10.12.1907; BGE 135 V 163 Erw. 5.3; Urteil des Bundesgerichts 9C_628/2011 vom 2.12.2011 Erw. 3.3; Gustavo Scartazzini/Marc Hürzeler, Bundessozialversicherungsrecht, 4. Aufl., Basel 2012, § 10 N 9).

Gemäss der Rechtsprechung (BGE 126 III 129 Erw. 4) besteht richterliche Lückenfüllung in der Bildung einer Rechtsregel in umfassender Würdigung der generell-abstrakten Interessenlage unter dem Gesichtspunkt der Realien, der Gerechtigkeit und der Rechtssicherheit. Zudem gilt es, das Prinzip der Einheit der Rechtsordnung zu beachten. Die richterliche Rechtsregel soll sich nach Möglichkeit in das vorgegebene System einpassen, dem Gedanken Rechnung tragend, dass gleichgelagerte Rechtsfragen ohne Not nicht unterschiedlich beantwortet werden sollten. Die Lückenfüllung ist damit auf den Weg der Analogie verpflichtet.

3.2.1 Vorab ist festzuhalten, dass die Argumentation der Beschwerdeführerin überzeugt.

3.2.2 Der Anspruch auf eine EL setzt grundsätzlich einen Anspruch auf Leistungen der IV (oder AHV) voraus (vgl. vorstehend Erw. 2.1.1). Die häufigste Art des Anspruchs auf EL ist die Ergänzungsleistung zu einer Rente der AHV/IV. Die Gesuchstellenden weisen den Bezug mit der entsprechenden Verfügung nach (vgl. Carigiet/Koch, a.a.O., S. 114). Die Verfügung im Sinne von Art. 22 Abs. 1 ELV muss rechtskräftig sein.

Sinn und Zweck von Art. 22 Abs. 1 ELV besteht darin, dem Versicherten sechs Monate Zeit einzuräumen, um sich über die Erfolgsaussichten einer allfälligen Ergänzungsleistungsanmeldung klar zu werden. Zieht eine versicherte Person die Verfügung einer unteren Instanz über die AHV oder IV-Rente weiter, steht die Berechnungsgrundlage der Ergänzungsleistung noch in Frage. Weder der Versicherte noch die Versicherung können in diesem Zeitpunkt eine gesicherte Beurteilung über den Ergänzungsleistungsanspruch vornehmen. Für die Frist von Art. 22 Abs. 1 ELV kommt es daher auf den Zeitpunkt an, in welchem die in Rechtskraft erwachsene Verfügung zugestellt wurde (BGE 105 V 274 Erw. 3). Erst mit rechtskräftigem Abschluss des invalidenversicherungsrechtlichen Verfahrens besteht mithin Klarheit über die Anspruchsvoraussetzung gemäss Art. 4 ff. ELG sowie die für die Berechnung der jährlichen Ergänzungsleistung massgebenden Einkommensverhältnisse nach Art. 11 ELG (Urteil des Bundesgerichts P 23/04 vom 25.10.2004 Erw. 3.3.1).

3.2.3 Diese Klarheit beschlägt indessen auch die Frage, ob einem IV-Rentenanspruch allenfalls ein "importiertes Leiden" entgegensteht, was sich regelmässig erst im IV-Abklärungsverfahren herausstellt. Insofern besteht kein Unterschied zu denjenigen Fällen, in denen ein Rentenanspruch im Grundsatz bejaht und im Quantitativ festgelegt wird. In all diesen Fällen wird einerseits (implizit) gleichzeitig über eine Voraussetzung für eine EL entschieden; vorliegend angesichts des fehlenden IV-Rentenanspruches infolge eines "importierten Leidens" unbestrittenermassen im Sinne eines speziellen Falles einer EL-Anspruchsberechtigung. Andererseits wird Klarheit über den Rentenbetrag geschaffen, der bei der numerischen Ermittlung der EL bei den Einnahmen anzurechnen ist; das Besondere an der vorliegenden speziellen Konstellation liegt darin, dass dieser Betrag mangels eines IV-Rentenanspruches Fr. 0.00 beträgt.

Es wäre bei dieser Sachlage mit dem Grundsatz der Gleichbehandlung und eines willkürfreien Verwaltungshandelns nicht vereinbar, beim Spezialfall der EL-Berechtigung ohne IV-Rente(nanspruch) für die Ausrichtung der EL auf den Zeitpunkt der EL-Anmeldung abzustellen. Vielmehr drängt es sich auf, die Nachzahlung auch in diesen Fällen im Sinne von bzw. analog zu Art. 22 ELV zu regeln.

3.2.4 Für diese Lösung spricht auch folgender Umstand: Wird ein EL-Gesuch eingereicht, bevor der Anspruch auf eine IV-Rente erstellt ist, wird eine Ausgleichskasse auf das Gesuch in der Regel nicht eintreten oder aber dieses ohne weiteres abweisen. Das gleiche dürfte für den Fall gelten, dass ein EL-Gesuch zeitnah nach einer IV-Anmeldung vorgenommen würde. Keinen Unterschied macht es dabei, wenn ein EL-Gesuch in Erwartung eines baldigen (in Rechtskraft erwachsenden) IV-Entscheidens allenfalls sistiert würde. Ein Anspruch auf eine Sistierung besteht nicht.

Eine versicherte Person müsste - abgesehen davon, dass sie einen abschlägigen IV-Entscheid, der mit einem "importierten Leiden" begründet wird, gewissermassen antizipieren müsste - bereits mit dem IV-Gesuch oder aber (angesichts des frühestens nach Ablauf von sechs Monaten nach Geltendmachung des IV-Leistungsanspruches entstehenden Rentenanspruches [Art. 29 Abs. 1 IVG]) jedenfalls innerhalb eines halben Jahres nach Einreichung des IV-Gesuches ein EL-Gesuch einreichen, wenn sie mit Beginn des (hypothetischen) Rentenanspruches auch in den Genuss einer allfälligen EL kommen möchte. Auf dieses Gesuch würde indessen - wie gesagt - nicht eingetreten oder aber es würde ohne weiteres (mangels einer Anspruchsvoraussetzung) abgewiesen. Hieraus ergäbe sich die Konsequenz, dass eine versicherte Person in der Situation der Beschwerdeführerin so oder anders nur einen Anspruch auf eine EL ab Beginn des Monats der Anmeldeeinreichung haben könnte. Dies müsste im Sinne der

B 2.5

vorstehenden Erwägung als stossende Ungleichbehandlung qualifiziert werden.

3.3 Anzuführen ist, dass ein erstes IV-Leistungsbegehren der Beschwerdeführerin im Jahr 2016 abgewiesen wurde mit der Begründung, es sei kein IV-relevanter Gesundheitsschaden ausgewiesen. Diese Begründung steht im Widerspruch zur IV-Verfügung vom November 2018, welche - offensichtlich dank besserer Erkenntnis als Folge umfangreicher Abklärungen - das Leistungsbegehren trotz vollständiger Arbeitsunfähigkeit wegen des "importierten Leidens" abwies. Bei dieser Sachlage wäre es im konkreten Fall besonders stossend, für den Beginn des EL-Anspruches auf den Grundsatz gemäss Art. 12 ELG und nicht - analog - auf Art. 22 Abs. 1 ELV abzustellen.

3.4 Der Vorinstanz kann nicht gefolgt werden, wenn sie ihren Entscheid bzw. die Füllung einer echten Lücke mit normenhierarchischen Überlegungen und der Gesetzeschronologie begründen will. Hierbei handelt es sich zum einen um Elemente der Gesetzesauslegung. Zum andern können sie die vorstehenden Überlegungen und die Argumentation der Beschwerdeführerin nicht aufwiegen.

3.5 Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die festgestellte (echte) Lücke in analoger Anwendung von Art. 22 ELV zu füllen ist. Die Beschwerde erweist sich insoweit als begründet und ist daher gutzuheissen. (VGE II 2019 18 vom 17. April 2019).

2.5 Ergänzungsleistungen - Vermögensverzicht

- *Bei einem Not-Verkauf einer Liegenschaft unter Verkehrswert ist kein Vermögensverzicht anzurechnen.*

Aus den Erwägungen:

2.2 Als Einnahmen angerechnet werden u.a. Einkünfte und Vermögenswerte, auf die verzichtet worden ist (Art. 11 Abs. 1 lit. g ELG).

Laut Art. 17 Abs. 1 ELV ist das anrechenbare Vermögen nach den Grundsätzen der Gesetzgebung über die direkte kantonale Steuer für die Bewertung des Vermögens im Wohnsitzkanton zu bewerten. Gemäss Art. 17 Abs. 4 ELV sind Grundstücke zum Verkehrswert einzusetzen, so-

weit sie dem Bezüger oder einer Person, die in der EL-Berechnung eingeschlossen ist, nicht zu eigenen Wohnzwecken dienen. Bei der entgeltlichen oder unentgeltlichen Entäusserung eines Grundstückes ist der Verkehrswert für die Prüfung, ob ein Vermögensverzicht im Sinne von Artikel 11 Abs. 1 lit. g ELG vorliegt, massgebend (BGE 138 III 548 nicht publ. Erw. 4.2 = Urteil 9C_928/2011 vom 9. Juli 2012 [i.S. Erben W. vs. AK Schwyz] Erw. 4.2). Der Verkehrswert gelangt nicht zur Anwendung, wenn von Gesetzes wegen ein Rechtsanspruch auf den Erwerb zu einem tieferen Wert besteht (Art. 17 Abs. 5 ELV).

2.3 Als Verkehrswert gilt der Marktpreis, den eine Liegenschaft im normalen Geschäftsverkehr besitzt (BGE 120 V 12 Erw. 1). (...).

4.3.3 Es ist gerichtsnotorisch, dass die Verkaufspreise von Immobilien in den Jahren 1987 bis 1997 infolge einer schweizweiten Immobilien-Hochkonjunktur mit anschliessender Krise erheblichen Schwankungen ausgesetzt waren (vgl. VGE 628/98 vom 31.3.1999 Erw. 6.e). Die Preise für Eigentumswohnungen erreichten in der Region Zürich 1990, in der Region Ostschweiz 1991 und in der Region Innerschweiz 1992 ihren Höhepunkt und fielen 1997 auf ihren Tiefststand (Schweizerische Nationalbank, Volkswirtschaftliche Daten, Immobilienpreisindizes - Marktregionen).

Von 1990 bis 1997 fielen die Immobilienpreise um 33.01% (Region Zürich) bzw. 11.13% (Region Ostschweiz) bzw. 16.29% (Region Innerschweiz).

4.4.1 Mit Schreiben vom 3. September 1996 kündigte die UBS das Gesamtengagement mit dem Beschwerdeführer und forderte die Rückzahlung erster Verbindlichkeiten per 15. September 1996 und 15. Oktober 1996. Die Rückzahlung der Hypotheken, welche durch Schuldbriefe auf den vorliegend bedeutsamen Grundstücken gesichert waren, verlangte sie per 15. Oktober 1996 sowie per 3. März 1997.

Der Beschwerdeführer verkaufte die Grundstücke im engen Zeitraum zwischen dem September 1996 und Dezember 1997. GB-Nr. 000 wurde schliesslich im Juni 1998 öffentlich versteigert

4.4.2 (...).

4.4.3 Es sind keine Gründe ersichtlich, weshalb der Beschwerdeführer bei diesen Verkäufen auf Vermögen hätte verzichten wollen. (...).

(VGE II 2019 20 vom 22. Mai 2019).

B 2.6

2.6 Ergänzungsleistungen - Vermögensverzicht

- *Bei einem Verkauf einer Liegenschaft unter Verkehrswert an unabhängige Dritter ist grundsätzlich kein Vermögensverzicht anzurechnen.*

Aus den Erwägungen:

4.1.1 Gemäss Schätzungsverfügung vom Januar 1989 lag der Verkehrswert der Liegenschaft bei Fr. 960'000.--.

4.1.2 Bei den Akten der Vorinstanz liegt ein Schreiben der W. Daraus geht hervor, dass die W. der S.-bank offerierte, die Liegenschaft gegen Provision zu verkaufen. Verkaufsgespräche mit den späteren Erwerbern hatte die W. bereits vorgenommen. Zudem teilte sie mit, sie erachte die Verkehrswertschätzung der G. AG in der Höhe von Fr. 730'000.-- als vertretbar und dem aktuellen Marktwert entsprechend.

Mit Schreiben vom April 2004 offerierte W. den späteren Käufern die Liegenschaft zum Preis von Fr. 900'000.--. Mit Schreiben vom August 2004 antwortete der Treuhänder der späteren Käuferschaft, man habe bei verschiedenen Banken Finanzierungsanfragen eingereicht, welche negativ beantwortet worden seien. Eine Bank sei an der Finanzierung interessiert, sofern sich der Kaufpreis um Fr. 650'000.-- bewege.

4.1.3 Verkauft wurde die Liegenschaft im März 2005, mithin mehr als 15 Jahre nach der Schätzung, zu einem Preis von Fr. 725'000.--. Aus der Differenz zwischen amtlichem Schätzwert und Verkaufspreis errechnete die Vorinstanz einen Vermögensverzicht von Fr. 242'000.--, welcher nach den jährlichen Abzügen von Fr. 10'000.- im Jahre 2018 zu Fr. 122'000.- in die EL-Berechnung einfluss.

4.2 Vorliegend erfolgte der Verkauf der Liegenschaft an unabhängige Dritte. Aus den Akten geht hervor, dass die Beschwerdeführer mit der W. eine im Immobilienverkauf tätige Gesellschaft mit dem Verkauf betrauten, welche ihrerseits ein Interesse hatte, die Liegenschaft zum höchstmöglichen Preis zu verkaufen, weil davon ihre Provision abhing. Mithin liegen keine Anhaltspunkte vor, die den Schluss zuliessen, beim Verkauf sei auf Vermögen verzichtet worden. Dies gilt umso mehr, als die W. gestützt auf eine aktuelle (nicht amtliche) Verkehrswertschätzung der G. AG einen Verkehrswert von Fr. 730'000.-- als vertretbar erachtete, während der amtliche Verkehrswert auf einer Schätzung aus dem Jahre 1989 beruhte. Zu einem vergleichbaren Ergebnis gelangt man unter Berücksichtigung einer

Wertminderung der 1898 erbauten und in der Folge einer Erweiterung der Liegenschaft Ende der 1980-er Jahre im Jahre 1989 neu geschätzten Liegenschaft von rund 20% (vgl. Anhang Schätzungsanleitung, Teil III, schätzungstechnische Grundlagen [RRB Nr. 1099/2005 vom 24.8.2005], Kapitel 5 Tabelle Nr. 11).

In Anbetracht des Alters der Schätzung und der Tatsache, dass die Immobilienpreise in den Jahren 1989/1990 - zum Zeitpunkt der amtlichen Schätzung - einen Höchststand erreichten (vgl. VGE 628/98 vom 31.3.1999 Erw. 6.e; Schweizerische Nationalbank, Volkswirtschaftliche Daten, Immobilienpreisindizes - Marktregionen), gelangt das Gericht zur Überzeugung, dass der der vorinstanzlichen Berechnung zugrundeliegende Verkehrswert gemäss der Schätzungsverfügung vom Januar 1989 nicht dem EL-relevanten massgeblichen Verkehrswert (= Verkaufspreis von Fr. 725'000.-- = Marktwert) im Verkaufszeitpunkt entsprach und vorliegend somit kein Vermögensverzicht erkannt werden kann.

(VGE II 2019 21 vom 22. Mai 2019).

3. Arbeitslosenversicherung / Berufliche Vorsorge / Kranken- und Unfallversicherung

3.1 Arbeitslosenversicherung - Arbeitslosenentschädigung bei vorzeitiger Pensionierung

- *Vor Erreichung des AHV-Rentenalters wird vorzeitig pensionierten arbeitslosen Personen nur jene beitragspflichtige Beschäftigung als Beitragszeit angerechnet, die sie nach der Pensionierung ausgeübt haben.*
- *Entscheidende Kriterien sind die Freiwilligkeit des vorzeitigen Altersrücktrittes und der damit verbundene Bezug von Altersleistungen der beruflichen Vorsorge.*

Aus dem Sachverhalt:

Die Arbeitgeberin kündigte der versicherten Person per 30. November 2018; die versicherte Person entschied sich während der Kündigungsfrist für die vorzeitige Pensionierung. Im Februar 2019 stellte sie Antrag auf Arbeitslosenentschädigung. Der Anspruch wurde abgelehnt, da sie infolge

B 3.1

der vorzeitigen Pensionierung nicht über die erforderliche Beitragszeit verfüge.

Aus den Erwägungen:

1.3 Um den ungerechtfertigten gleichzeitigen Bezug von Altersleistungen der beruflichen Vorsorge und von Arbeitslosenentschädigungen zu verhindern (vgl. Art. 13 Abs. 3 AVIG), sieht Art. 12 der Verordnung über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung [Arbeitslosenversicherungsverordnung, AVIV; SR 837.02] vom 31. August 1983 vor, dass Versicherten, die vor Erreichung des Rentenalters der AHV pensioniert worden sind, nur jene beitragspflichtige Beschäftigung als Beitragszeit angerechnet wird, die sie nach der Pensionierung ausgeübt haben (Abs. 1). Von dieser Einschränkung sind einzig Versicherte ausgenommen, die (lit. a) aus wirtschaftlichen Gründen oder aufgrund von zwingenden Regelungen im Rahmen der beruflichen Vorsorge vorzeitig pensioniert wurden und (lit. b) die zudem einen Anspruch auf Altersleistungen erwerben, der geringer ist als die Entschädigung, die ihnen nach Art. 22 AVIG zustünde (Art. 12 Abs. 2 AVIV).

1.4.1 Einer versicherten Person, die vor Erreichen des ordentlichen Rentenalters der AHV im Rahmen der beruflichen Vorsorge freiwillig vorzeitig zu 100% pensioniert wurde, kann somit keine Beitragszeit nach Art. 13 Abs. 1 AVIG angerechnet werden; vielmehr darf der versicherten Person gemäss Art. 13 Abs. 3 AVIG nur jene beitragspflichtige Beschäftigung als Beitragszeit angerechnet werden, die sie nach der Pensionierung ausgeübt hat (AVIG-Praxis ALE, Juli 2019, B173 mit Verweis auf Art. 13 Abs. 1 AVIG). Entscheidende Kriterien für die Anwendung dieser besonderen Beitragszeitregelung sind die Freiwilligkeit des vorzeitigen Altersrücktrittes und der damit verbundene Bezug von Altersleistungen der beruflichen Vorsorge. Freiwilligkeit ist immer dann anzunehmen, wenn die versicherte Person ihr Arbeitsverhältnis selbst auflöst und eine Altersleistung der beruflichen Vorsorge bezieht (AVIG-Praxis ALE, B174). Eine versicherte Person, die ihr Arbeitsverhältnis selbst auflöst und eine Altersleistung der beruflichen Vorsorge in Form einer Rente oder Kapitalabfindung (nicht aber Freizügigkeitsleistungen; SBVR Soziale Sicherheit-Nussbaumer, ALE, Rz. 226) bezieht, hat nur Anspruch auf ALE, wenn sie nach ihrer vorzeitigen Pensionierung während mindestens 12 Monaten eine beitragspflichtige Beschäftigung ausgeübt hat (AVIG-Praxis ALE, B175). Entscheidend ist dabei aber nicht die Freiwilligkeit des Stellenverlusts, son-

dem die Freiwilligkeit des Altersrücktritts (Kupfer Bucher, Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Sozialversicherungsrecht, 4. Aufl., AVIG, Art. 13 S. 54). Mithin ist unerheblich, ob arbeitnehmer- oder arbeitgeberseitig die Kündigung ausgesprochen wurde (Urteil des BGer 8C_839/2009 vom 19.2.2010 Erw. 3.4 mit Verweis auf BGE 126 V 396 Erw. 3b/bb und das Urteil des BGer 8C_708/2008 vom 5.3.2009 Erw. 3.3)

1.4.2 Eine unfreiwillige vorzeitige Pensionierung liegt vor, wenn eine versicherte Person aus wirtschaftlichen Gründen oder aufgrund von zwingenden Regelungen vor Erreichen des ordentlichen Rentenalters der AHV im Rahmen der beruflichen Vorsorge vorzeitig pensioniert wurde (Art. 12 Abs. 2 AVIV). Entscheidend ist, ob die vorzeitige Pensionierung aufgrund objektiver Umstände erfolgt ist, ohne dass der betroffenen Person eine Alternative offenstand (BGE 129 V 327 Erw. 4.6; Kupfer Bucher, a.a.O., Art. 13 S. 54). Einer unfreiwillig vorzeitig pensionierten Person ist die zuletzt ausgeübte beitragspflichtige Beschäftigung als Beitragszeit anzurechnen (AVIG-Praxis ALE, B176 f.). Löst der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis aus wirtschaftlichen Gründen (bspw. Nachfragerückgang; vgl. Urteil des BGer C255/06 vom 22.10.2007 Erw. 3.1) auf und macht die versicherte Person von der ihr im Vorsorgereglement eingeräumten Möglichkeit Gebrauch, die Ausrichtung einer Altersleistung zu verlangen, ist dieser Sachverhalt als unfreiwillige vorzeitige Pensionierung zu qualifizieren.

2.1 Gemäss Vorinstanz liegt beim Beschwerdeführer keine unfreiwillige Pensionierung im Sinne von Art. 12 Abs. 2 AVIV vor, weshalb für die Erfüllung der Beitragszeit nicht Art. 13 Abs. 1 AVIG, sondern Art. 13 Abs. 3 AVIG i.V.m. Art. 12 Abs. 1 AVIV massgeblich sei (vgl. oben Erw. 1.2 und 1.3). Dies begründete die Vorinstanz unter anderem damit, dass dem Beschwerdeführer nach Auskunft seiner ehemaligen Arbeitgeberin nicht aus wirtschaftlichen Gründen gekündigt worden sei, sondern weil der Versicherte die Leistungserwartungen nicht erfüllt habe. (...). Die Kündigung des Beschwerdeführers sei weder aus wirtschaftlichen noch aus anderweitig unverschuldeten Gründen erfolgt. Während der Kündigungsfrist habe der Beschwerdeführer zudem freiwillig die vorzeitige Pensionierung eingeleitet. Danach habe der Beschwerdeführer keine Beitragszeit erarbeitet, weshalb die Mindestbeitragszeit von 12 Monaten nicht erfüllt sei (Vi-act. 4 S. 13 ff.).

2.2 Der Beschwerdeführer vertritt mit der Beschwerde die Ansicht, er habe sich nicht freiwillig pensionieren lassen, sondern sei gekündigt wor-

B 3.1

den, nachdem er dem hohen Druck in der X-Branche infolge seines fortgeschrittenen Alters nicht mehr standhalten könne. Die Anforderungen hätten sich im Laufe der Zeit geändert. Ein Vorgesetztenwechsel sowie die dadurch ausgelöste Reorganisation hätten die Kündigung bewirkt. Dies könne und dürfe aber nicht bedeuten, dass der Beschwerdeführer die Kündigung verschuldet habe. Daraufhin habe er auf all seine Bewerbungen Absagen erhalten, weshalb sich sein psychischer Zustand verschlechtert habe und er krank, arbeitsunfähig und arbeitslos geworden sei. Existenzängste hätten ihn geplagt. Um seine Existenzängste teilweise zu lindern, habe er die Möglichkeit der frühzeitigen Pensionierung ergriffen. Mit seiner tiefen Rente von Fr. xx.--/Monat könne die Familie aber nicht auskommen, weshalb von Anfang an klar gewesen sei, dass er daneben ein weiteres Einkommen benötige. Die Möglichkeit der Frühpensionierung habe er einzig gewählt, um zumindest ein gewisses Einkommen zu haben, was die Existenzängste gelindert habe. Aufgrund dieser Schilderungen handle es sich um eine unfreiwillige vorzeitige Pensionierung, weshalb er Anspruch auf die Arbeitslosenentschädigung habe. Offensichtlich sei die Vorinstanz ihren Untersuchungspflichten nicht nachgekommen, da sie sonst festgestellt hätte, dass zweifelsohne von einer unfreiwilligen vorzeitigen Pensionierung auszugehen sei.

3. Strittig und zu prüfen ist, ob sich der Beschwerdeführer im Sinne von Art. 12 Abs. 1 und Abs. 2 AVIV freiwillig oder unfreiwillig vorzeitig pensionieren liess. (...).

3.1 Unbestrittenermassen erfolgte die Beendigung des Arbeitsverhältnisses und die vorzeitige Pensionierung nicht aufgrund einer zwingenden Regelung im Rahmen der beruflichen Vorsorge. Vielmehr steht fest, dass die Arbeitgeberin die Anstellung am ... 2018 gekündigt hat (Vi-act. 43 S. 100) und der Beschwerdeführer sich im Nachgang zur Kündigung am ... 2018 für die vorzeitige Pensionierung entschied ("As discussed this morning, I would like to initiate early retirement as of 31.08.2018", Vi-act. 22 S. 52).

3.2 Bei den Akten findet sich ein Schreiben der ehemaligen Arbeitgeberin an den Beschwerdeführer vom ... 2018, worin sie erklärt, dass, seit der neue Vorgesetzte im April 2017 das Team des Beschwerdeführers übernommen habe, der Beschwerdeführer weder seine Leistungs- noch seine Verhaltensziele erreiche. Diese Beurteilung wurde ausführlich begründet und mit der Aufforderung zur Verbesserung sowie einer Kündigungsandrohung versehen (Vi-act. 7 S. 20). Die Kündigung vom ... 2018

nimmt Bezug auf dieses Schreiben und begründet die Kündigung mit ungenügender Leistung (Vi-act. 43 S. 100). Im Antrag auf Arbeitslosenentschädigung nennt der Beschwerdeführer ebenfalls "Leistung" als Kündigungsgrund (Vi-act. 40 S. 94).

3.3 In einem Schreiben vom 29. Mai 2019 an die Vorinstanz beantwortet die ehemalige Arbeitgeberin die Frage, ob wirtschaftliche Gründe zur Kündigung geführt hätten, ausdrücklich mit "Nein" und sie verneint auch, dass sich die Stellenanforderungen des Beschwerdeführers verändert hätten. Sie erklärt, aufgrund ungenügender Leistung seitens des Beschwerdeführers gekündigt zu haben. Aufgrund seines Jahrgangs habe der Beschwerdeführer die Möglichkeit gehabt, die Frühpensionierung bei ihrer Pensionskasse im Nachgang zur Kündigung einzuleiten. Diese Option bestehe nur bis zum Austritt. Ansonsten müsse das Freizügigkeitskapital in eine neue Pensionskasse übertragen werden (Vi-act. 6 S. 18).

3.4 Weder den vorinstanzlichen, noch den beschwerdeführerischen Akten sind Belege zu entnehmen, dass das Arbeitsverhältnis aus wirtschaftlichen Gründen gekündigt worden wäre. Vielmehr steht fest, dass die Kündigung infolge ungenügender Leistung erfolgt ist. (...).

3.5 Es ist zwar durchaus glaubhaft, dass der Beschwerdeführer die Möglichkeit der frühzeitigen Pensionierung gewählt hat, um seine Existenzängste zu lindern. Dies erfüllt jedoch die Anforderungen an eine unfreiwillige vorzeitige Pensionierung nicht. Eine reglementarische Pflicht zur vorzeitigen Pensionierung bestand unbestrittenermassen nicht. Vielmehr konnte sich der Beschwerdeführer frei entscheiden. Dass dieser Entscheid bis Ablauf der Anstellung erfolgen musste, ändert hieran nichts. Im Gegenteil wird damit bestätigt, dass die Entscheidhoheit beim Beschwerdeführer lag. Die vorstehend ausgeführten rechtlichen Bestimmungen (Erw. 1.1 ff.) lassen keinen Raum, die Gründe, die eine versicherte Person zur vorzeitigen Pensionierung veranlassen, weitergehend zu berücksichtigen (zur Ausschliesslichkeit der Ausnahmekriterien vgl. die Urteile des BGer 8C_525/2012 vom 16.11.2012 Erw. 3.3; 8C_839/2009 vom 19.02.2010 Erw. 3.4).

3.6 Zusammenfassend ist die Erkenntnis der Vorinstanz, dass die Arbeitgeberin das Arbeitsverhältnis mit dem Beschwerdeführer nicht aus wirtschaftlichen Gründen aufgelöst hat und der Beschwerdeführer nicht aufgrund von zwingenden Regelungen im Rahmen der beruflichen Vorsorge vorzeitig pensioniert wurde, nicht zu beanstanden. Damit aber liegt kein Ausnahmetatbestand nach Art. 12 Abs. 2 AVIV vor, weshalb beim

B 3.2

Beschwerdeführer nur jene beitragspflichtige Beschäftigung als Beitragszeit angerechnet wird, die er nach der Pensionierung ausgeübt hat. Eine solche liegt, wie die Vorinstanz zu Recht festgestellt hat, keine vor. Aus diesem Grund ist festzuhalten, dass der Beschwerdeführer die Anspruchsvoraussetzungen gemäss Art. 8 i.V.m. Art. 13 AVIG nicht erfüllt, weshalb die Beschwerde abzuweisen ist.

(VGE II 2019 54 vom 18. September 2019; auf ein Gesuch um Revision dieses Entscheides ist das Verwaltungsgericht mit VGE II 2020 26 vom 30. März 2020 nicht eingetreten).

3.2 Arbeitslosenentschädigung - Anrechnung Altersleistung aus Freizügigkeitskonto

- *Während der Arbeitslosigkeit aus einem Freizügigkeitskonto ausbezahlte Altersleistungen sind als Ersatzeinkommen aus Altersleistung an die Arbeitslosenentschädigung anzurechnen.*
- *Keine Rolle spielt, ob es sich um eine Renten- oder Kapitalauszahlung und ob es sich um das Freizügigkeitskonto bei der letzten Arbeitgeberin oder einer früheren handelt.*

Aus dem Sachverhalt:

Die arbeitslose Person liess sich während der Arbeitslosigkeit das Altersguthaben aus der Freizügigkeitspolice einer früheren (nicht der letzten) Anstellung auszahlen. In der Folge rechnete ihr die Arbeitslosenkasse ein Ersatzeinkommen aus Altersleistung ab vorzeitiger Pensionierung an und forderte zu viel bezahlte Arbeitslosenentschädigung zurück.

Aus den Erwägungen:

1.2 Im Einspracheentscheid vom 21. Dezember 2018 hielt die Vorinstanz an der Anrechnung von Ersatzeinkommen aus Altersleistungen fest (Vi-act. 3). Vor Verwaltungsgericht erneuert der Beschwerdeführer seine Begründung der Einsprache. Die E. habe die Leistung fälschlicherweise als vorzeitige Pensionierung bezeichnet. Bei der Kapitalauszahlung handle es sich nicht um den kapitalisierten Bezug von Altersleistungen. Die Freizügigkeitsleistung sei aus einem Konto erfolgt, das nicht durch das letzte Arbeitsverhältnis gespiesen worden sei, sondern aus einem mehrere Jahre zurückliegenden Vorsorgeverhältnis. Daher habe auch keine vorzeitige Pensionierung erfolgen können. Im Arbeitsverhältnis, das kausal

für seinen Arbeitslosenentschädigungsanspruch sei, habe er keine BVG-Leistungen bezogen oder erhalten und sei er auch nicht vorzeitig pensioniert worden. Mithin sei kein Versicherungs-, sondern ein Freizügigkeitsfall eingetreten, weshalb eine Anrechnung der Leistungen aus der beruflichen Vorsorge an die Arbeitslosenentschädigung zu unterbleiben habe. Da mit der Auszahlung des Freizügigkeitsguthabens keine vorzeitige Pensionierung erfolgt sei, dürfe auch keine Anrechnung erfolgen. Falls eine Behandlung wie bei einer vorzeitigen Pensionierung erfolgen sollte, sei dies analog der Konstellation zu behandeln, "wo früher eine vorzeitige Pensionierung erfolgte (da das Freizügigkeitsguthaben aus einem früheren Anstellungsverhältnis stammte) und im Anschluss daran Beitragszeiten geleistet wurden, welche wegen Verlust der Arbeitsstelle zu einem Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung führten (und wo ebenfalls keine Altersleistungen angerechnet werden, vgl. beispielsweise Konstellation nach AVIG-Praxis ALE Rz. C164, wo nach einer zwischenzeitlich 12monatigen Erwerbstätigkeit keine Altersleistungen angerechnet werden [bei mir ist es eine zweijährige Erwerbstätigkeit])" (Beschwerde vom 28.1.2019).

1.3 Es ist unbestritten, dass der arbeitslose Beschwerdeführer seit dem 1. Juni 2016 Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung hat (...). Unbestritten ist ebenso, dass die E. dem Beschwerdeführer aus der Freizügigkeitspolice Nr. 00 eine Zahlung von Fr. zz.-- leistete und dies unter dem Titel "vorzeitige Pensionierung" (Vi-act. 34). Strittig und nachfolgend zu prüfen ist, ob die Vorinstanz aufgrund dieser Zahlung die Arbeitslosenentschädigung zu Recht um monatlich Fr. nn.-- (bzw. um 6.1 Taggelder) gekürzt hat infolge Ersatzeinkommen aus Altersleistung.

2.1 Altersleistungen der beruflichen Vorsorge werden von der Arbeitslosenentschädigung abgezogen (Art. 18c Abs. 1 Bundesgesetz über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung [Arbeitslosenversicherungsgesetz, AVIG; SR 837.0] vom 25.6.1982), ungeachtet dessen, ob sie in Form einer Rente oder aber ganz oder teilweise in Form einer Kapitalabfindung ausgerichtet werden (SVR 2000 ALV Nr. 7 S. 21, C 72/03; AVIG-Praxis ALE C156 ff.). Diese Anrechnung der Altersleistung der beruflichen Vorsorge an die Arbeitslosenentschädigung bei gleichzeitigem Bezug von berufsvorsorgerechtlichen Altersleistungen und Taggeldern der Arbeitslosenversicherung ist Teil der Leistungskoordination. Ein Abzug ist dann vorzunehmen, wenn die versicherte Person für den gleichen Zeitraum einen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung und Altersleistungen erworben hat. Als erworben gelten die Altersleistungen, wenn diese bezogen werden, bzw. die Verfügbarkeit in der Dispositionsfreiheit der versicherten Person liegt. Dies gilt auch, wenn sie über die

B 3.2

Altersleistungen nicht mehr frei verfügen kann, weil sie das erworbene Vorsorgekapital angelegt oder verzehrt hat. Es wird die Altersleistung von der Arbeitslosenentschädigung abgezogen (BGE 141 V 681 Erw. 5.2).

2.2 Bei denjenigen Vorsorgeeinrichtungen, welche die Möglichkeit einer vorzeitigen Pensionierung vorsehen, ist unter Eintritt des Versicherungsfalls "Alter" rechtsprechungsgemäss (BGE 120 V 306) das Erreichen der reglementarischen Altersgrenze für eine vorzeitige Pensionierung zu verstehen; ohne Belang ist die Absicht der versicherten Person, anderweitig erwerbstätig zu sein (BGE 129 V 381 Erw. 4.1). Gemäss BGE 129 V 381 gilt dies grundsätzlich auch unter der Herrschaft des Bundesgesetzes über die Freizügigkeit in der beruflichen Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (Freizügigkeitsgesetz, FZG; SR 831.42) vom 17. Dezember 1993 (BGE 141 V 681 Erw. 2.1).

2.3 Als Altersleistungen gelten Leistungen der obligatorischen und weitergehenden beruflichen Vorsorge, auf die bei Erreichen der reglementarischen Altersgrenze für die vorzeitige Pensionierung ein Anspruch erworben wurde (Art. 32 Verordnung über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung [Arbeitslosenversicherungsverordnung, AVIV; SR 837.02] vom 31.8.1983). Sie umfassen Altersrenten, Kapitalabfindungen und Überbrückungsrenten, nicht aber Freizügigkeitsleistungen - auch wenn sie gegen Ende einer beruflichen Laufbahn in Wert und Wirkung einer Altersleistung sehr nahe kommen - weil diese nicht für das versicherte Risiko des Alters ausgerichtet werden (BGE 141 V 681 Erw. 2.2; BGE 123 V 142 Erw. 5a).

2.4 Nicht als Altersleistungen gelten somit Austritts- und Freizügigkeitsleistungen nach Art. 2, 4 und 5 FZG, da diese noch keinen Altersfall begründen. So gilt eine versicherte Person, die ausnahmsweise eine Austritts- / Freizügigkeitsleistung nach Art. 5 FZG verlangt, nicht als vorzeitig pensioniert und die Leistung damit nicht als Altersleistung (BGE 123 V 142 Erw. 5a). Auch freiwillige vom Arbeitgeber bei Auflösung des Arbeitsverhältnisses bezahlte Leistungen innerhalb oder ausserhalb eines Sozialplanes (wie z.B. Härtefallleistungen, Abgangsentschädigungen, Treueprämien, AHV-Übergangsrenten bzw. AHV-Überbrückungszuschüsse, welche nicht reglementarisch vorgesehen sind sowie freiwillige Leistungen an die berufliche Vorsorge) gelten nicht als Altersleistungen im Sinne von Art. 18c Abs. 1 AVIG.

2.5 Eine versicherte Person, die Arbeitslosenentschädigung bezogen hat und später für denselben Zeitraum Renten oder Taggelder u.a. der beruflichen Vorsorge erhält, ist zur Rückerstattung der in diesem Zeitraum bezogenen Arbeitslosentaggelder verpflichtet. Die Rückforderung richtet sich nach Artikel 25 des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG; SR 830.1) vom 6. Oktober 2000 (ausser in den Fällen nach den Art. 55 und Art. 59c^{bis} Abs. 4 AVIG), wobei sich in Abweichung von Art. 25 Abs. 1 ATSG die Rückforderungssumme auf die Höhe der von den obgenannten Institutionen für denselben Zeitraum ausgerichteten Leistungen beschränkt (Art. 95 Abs. 1 und 1bis AVIG).

3.1 Aufgrund der Einsprache holte die Vorinstanz bei der E. weiterführende Informationen ein (Vi-act. 28). Sie erkundigte sich, ob es sich beim ausbezahlten Betrag um eine Leistung aus frühzeitiger Pensionierung (Altersleistungen) handelte oder um Austritts-/Freizügigkeitsleistungen nach Art. 2, 4 oder 5 FZG. Zudem wurde das Leistungsreglement eingefordert. Gemäss Rückmeldung der E. vom 22. Mai 2018 erfolgte die Auszahlung infolge frühzeitiger Pensionierung, die vom Beschwerdeführer beantragt worden sei (Vi-act. 13). Zugestellt wurden ebenso die allgemeinen Bestimmungen zu den Freizügigkeitspolice der E. (Vi-act. 14).

Mit E-Mail vom 20. Dezember 2018 ersuchte die Vorinstanz die E. um Präzisierung, namentlich, ob dem Beschwerdeführer die Leistungen gestützt auf Punkt 3 oder Punkt 5 der allgemeinen Bestimmungen für die Freizügigkeitspolice der E. ausgerichtet worden seien (Vi-act. 6). E. bestätigte am 21. Dezember 2018, dass der Beschwerdeführer sich diese Police infolge vorzeitiger Pensionierung gemäss den allgemeinen Bestimmungen Punkt 3 habe auszahlen lassen (Vi-act. 4).

Gemäss Punkt 3 der allgemeinen Bestimmungen für die Freizügigkeitspolice der E. (Ausgabe 2011) besteht bei Erreichen des Rentenalters gemäss Bundesgesetz über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (BVG) Anspruch auf ein Alterskapital. Dieses entspricht dem vorhandenen Altersguthaben samt Zinsen. Der Bezug der Altersleistung ist frühestens fünf Jahre vor und spätestens fünf Jahre nach Erreichen des BVG-Rentenalters möglich. In Punkt 5 regeln die allgemeinen Bestimmungen die weiteren Fälle einer vorzeitigen Auflösung der Versicherung (Übertritt in neue Vorsorgeeinrichtung; Übertrag auf andere Freizügigkeitseinrichtung; Anrecht auf volle Invalidenrente der IV; endgültiges Verlassen des Wirtschaftsraums CH/FL; Aufnahme selbständige Erwerbstätigkeit).

3.2 Die E. leistete die Zahlung unter dem Titel vorzeitige Pensionierung. Weder erfolgte eine Überweisung an eine andere Vorsorgeeinrichtung noch verwies sie auf eine Barauszahlung im Sinne von Art. 5 FZG (oder Punkt

B 3.2

5 ihrer allgemeinen Bestimmungen). Auch der Beschwerdeführer selber behauptet nicht, es sei mit der Zahlung der Vorsorgeschutz in anderer Form (Art. 4 FZG) erhalten worden oder die Barauszahlung sei gestützt auf Art. 5 FZG erfolgt. Mithin käme, um von einer Anrechnung der Kapitalleistung als Altersleistung nach Art. 18c AVIG absehen zu können, einzig noch ein Anwendungsfall der Austrittsleistung nach Art. 2 FZG in Frage (Erw. 2.4).

3.3 Versicherte, welche die Vorsorgeeinrichtung verlassen, bevor ein Vorsorgefall eintritt (Freizügigkeitsfall), haben Anspruch auf eine Austrittsleistung (Art. 2 Abs. 1 FZG). Sie können auch eine Austrittsleistung beanspruchen, wenn sie die Vorsorgeeinrichtung zwischen dem frühestmöglichen und dem ordentlichen reglementarischen Rentenalter verlassen und die Erwerbstätigkeit weiterführen oder als arbeitslos gemeldet sind (Art. 2 Abs. 1^{bis} Satz 1 FZG).

Die bundesgerichtliche Rechtsprechung, wonach die Beendigung eines Arbeitsverhältnisses zu einem Zeitpunkt, in welchem die reglementarischen Voraussetzungen für eine vorzeitige Pensionierung erfüllt sind, stets zur Entstehung des Anspruches auf die reglementarischen Altersleistungen führen (Vorsorgefall Alter; BGE 129 V 381), hat der Gesetzgeber mit Art. 2 Abs. 1^{bis} FZG insofern relativiert, als bei davon betroffenen versicherten Personen, welche die Erwerbstätigkeit weiterführen oder als arbeitslos gemeldet sind, nicht mehr zwingend der "Vorsorgefall Alter" eintritt. Sie können auch die Austrittsleistung verlangen (Walser, BVG und FZG, Bern 2010, Art. 2 FZG Rz. 3 f.). Diesfalls bedeutet Austrittsleistung dasselbe wie bei allen Austrittsleistungen nach Art. 2 FZG, die vor Erreichen des frühestmöglichen Rentenalters ausgerichtet werden: Entweder wird die Austrittsleistung an die Vorsorgeeinrichtung des neuen Arbeitgebers überwiesen oder, wenn die versicherte Person einer selbständigen Erwerbstätigkeit nachgeht, kann die Überweisung auf ein Freizügigkeitskonto oder eine Freizügigkeitspolice erfolgen, oder sie kann - bei Erfüllung der entsprechenden Voraussetzungen - die Barauszahlung nach Art. 5 FZG verlangen. Meldet sich die versicherte Person nach Auflösung des Arbeitsverhältnisses bei der Arbeitslosenversicherung an, bleibt sie der obligatorischen beruflichen Vorsorge nur für die Risiken Tod und Invalidität unterstellt. In Bezug auf die Altersvorsorge gilt Folgendes: Die versicherte Person kann die Austrittsleistung auf eine Freizügigkeitspolice oder ein Freizügigkeitskonto überweisen lassen. Wenn das Reglement der bisherigen Einrichtung dies vorsieht, kann sie stattdessen ihre berufliche Vorsorge im bisherigen Umfang freiwillig dort weiterführen. Falls dies im Reglement

nicht vorgesehen ist, kann sie sich zu diesem Zweck bei der Auffangeinrichtung versichern lassen (vgl. BSV-Mitteilungen über die berufliche Vorsorge Nr. 115 vom 24.11.2009 Rz. 716).

3.4 Vorliegend steht fest, dass der Beschwerdeführer im Zeitpunkt der Auszahlung am 1. Dezember 2017 das frühestmögliche Rentenalter (fünf Jahre vor dem BVG-Rentenalter) erreicht hatte. Mithin standen ihm gemäss Freizügigkeitsgesetz verschiedene Möglichkeiten offen. Insbesondere konnte er Altersleistungen oder Austrittsleistungen beanspruchen. Dies unabhängig davon, ob es sich um die Vorsorge aus der letzten Arbeitsstelle handelte oder Mittel einer Freizügigkeitspolice betraf. Unbestrittenermassen erfolgte eine Barauszahlung an den Beschwerdeführer. Eine Austrittsleistung kann dies nur darstellen, wenn ein Fall von Art. 5 FZG vorlag; dies selbst wenn sich der Beschwerdeführer auf sein Recht nach Art. 2 Abs. 1^{bis} FZG beruft (was er im Übrigen nicht macht). Wie bereits dargestellt, hat der Beschwerdeführer die Voraussetzungen für eine Barauszahlung nach Art. 5 FZG aber nicht erfüllt und er macht auch keine entsprechende Zahlung geltend (Erw. 3.2). Andere Austrittsleistungen hätten nicht in bar, sondern als Überweisung zur Erhaltung des Vorsorge-schutzes erfolgen müssen, was nicht der Fall war. Damit aber kann die per 1. Dezember 2017 erfolgte Auszahlung der Freizügigkeitspolice in der Höhe von Fr. zz.-- nur eine Altersleistung darstellen. Diese sind von der Arbeitslosenentschädigung abzuziehen (Art. 18c AVIG).

3.5 Auch die allgemeinen Bestimmungen der E. für die Freizügigkeitspolice bestätigen, dass es sich bei der geleisteten Zahlung um eine Altersleistung gehandelt hat (Vi-act. 14). Die Freizügigkeitspolice bezweckt eine garantierte Mindestverzinsung des Altersguthabens sowie Vorsorgeschutz im Alter und Todesfall (Punkt 1). Zudem kann auch ohne Vorsorgefall (Alter oder Tod) eine vorzeitige Barauszahlung erfolgen im Falle, dass Anspruch auf eine volle IV-Rente besteht sowie in den Fällen entsprechend den Art. 5 Abs. 1 lit. a und b FZG. Eine weitere Möglichkeit sieht die Freizügigkeitspolice nicht vor. Dass kein Fall von Art. 5 FZG vorliegt, wurde bereits ausgeführt. Auch macht der Beschwerdeführer nicht geltend, eine volle IV-Rente zu beanspruchen. Damit aber kommt nur noch eine Auszahlung unter dem Titel 'Altersleistung' in Frage. Gemäss Punkt 3 Abs. 2 der allgemeinen Bestimmungen konnte der Beschwerdeführer eine solche beantragen, nachdem er sich im fünften Jahr vor Erreichen des BVG-Rentenalters befand, resp. konnte er keine Auszahlung unter einem anderen Titel verlangen. Damit aber steht fest, dass die E. nicht fälschlicherweise von einer vorzeitigen Pensionierung sprach und die Auszahlung nicht zu

B 3.3

Unrecht unter dem Titel vorzeitige Pensionierung gewährte, handelte es sich doch klarerweise um Altersleistungen.

3.6 An der Feststellung, dass es sich bei der Auszahlung der E. um Altersleistungen handelte, ändert die Tatsache nichts, dass nicht die Vorsorgegelder des letzten Arbeitgebers ausbezahlt wurden. Wesentlich ist, dass die Mittel der Freizügigkeitspolice als Barauszahlung an den Beschwerdeführer einzig unter dem Titel Vorsorgefall Alter ausgerichtet werden konnten. Damit handelt es sich um Altersleistungen, die nach Art. 18c AVIG an die Arbeitslosenentschädigung anzurechnen sind, selbst wenn der Beschwerdeführer arbeitslos ist oder beabsichtigt, weiterhin erwerbstätig zu sein (einen Fall von Art 5 FZG resp. Punkt 5 der allgemeinen Bestimmungen macht der Beschwerdeführer wie erwähnt nicht geltend).

Ebenso wenig liegt vorliegend eine Konstellation gemäss AVIG-Praxis ALE C164 vor. Dergemäss sind Altersleistungen nicht anzurechnen bei versicherten Personen, die nach der vorzeitigen freiwilligen oder unfreiwilligen Pensionierung mindestens 12 Monate eine unselbstständige Erwerbstätigkeit ausgeübt haben. Entgegen der Ausführung in der Beschwerde liegt kein solcher Fall vor. Denn der Beschwerdeführer übte nicht nach Eintritt der vorzeitigen Pensionierung noch eine mindestens 12-monatige Erwerbstätigkeit aus, bevor er arbeitslos wurde. Vielmehr wurde er arbeitslos und er beanspruchte erst nach Eintritt der Arbeitslosigkeit die Mittel aus dem Vorsorgefall Alter, die Altersleistungen.

(VGE II 2019 9 vom 17. April 2019).

3.3 Arbeitslosenentschädigung - Verspäteter Nachweis persönlicher Arbeitsbemühungen

- *Der um fünf Minuten nach Mitternacht per E-Mail eingereichte Nachweis persönlicher Arbeitsbemühungen erfolgt verspätet, was eine Einstellung in der Anspruchsberechtigung nach sich zieht.*

Aus den Erwägungen:

2.2.1 Art. 26 der Verordnung über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung (Arbeitslosenversicherungsverordnung, AVIV; SR 837.02) vom 31. August 1983 normiert die Anforderungen an die persönlichen Arbeitsbemühungen des Versicherten. Die versicherte Person muss den Nachweis der Arbeitsbemühungen für jede Kon-

trollperiode spätestens am fünften Tag des folgenden Monats oder am ersten auf diesen Tag folgenden Werktag einreichen. Nachgewiesene Arbeitsbemühungen werden nicht mehr berücksichtigt, wenn die versicherte Person die Frist verstreichen lässt und keinen entschuldbaren Grund geltend macht (vgl. Art. 26 Abs. 2 AVIV). (...). Daraus folgt, dass vorbehaltlich eines entschuldbaren Grundes die Arbeitsbemühungen unberücksichtigt bleiben und eine Einstellung in der Anspruchsberechtigung ausgesprochen werden kann, wenn die Nachweise der Arbeitsbemühungen nicht innert der gesetzlichen Frist eingereicht werden, ohne dass eine zusätzliche Frist gewährt werden müsste. Unerheblich ist, dass die Nachweise später erbracht werden, zum Beispiel in einem Einspracheverfahren (BGE 139 V 164 Erw. 3.3; Urteil BGer 8C_946/2015 vom 2.3.2016 Erw. 3.2).

2.2.2 Entschuldbare Gründe liegen vor, wenn die säumige Partei aus hinreichenden, objektiven oder subjektiven Gründen davon abgehalten worden ist, fristgerecht zu handeln oder eine Vertretung zu bestellen und wenn ihr auch keine Nachlässigkeit vorzuwerfen ist. Es muss sich um Gründe von einigem Gewicht handeln (BGE 119 III 82 Erw. 2; Urteil EVGer U 582/06 vom 19.12.2006 Erw. 2.1). Typischer Anwendungsfall ist ein Krankheitszustand. Schwere Erkrankung oder Unfall können ein unverschuldetes, zur Wiederherstellung führendes Hindernis sein, wenn die rechtssuchende Person durch sie davon abgehalten wird, selber innert Frist zu handeln oder eine Drittperson mit der Vornahme zu betrauen (BGE 112 V 255 Erw. 2a).

2.3.1 Schriftliche Eingaben müssen spätestens am letzten Tag der Frist dem Versicherungsträger eingereicht oder zu dessen Händen der Schweizerischen Post oder einer schweizerischen diplomatischen oder konsularischen Vertretung übergeben werden (Art. 39 Abs. 1 Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts [ATSG; SR 830.1] vom 6.10.2000). Die unmittelbare Einreichung muss nicht zwingend während der Bürozeiten erfolgen. Danach besteht nämlich immerhin noch die Möglichkeit, die Rechtschrift in den Briefkasten des Versicherungsträgers einzuwerfen. Dafür darf der letzte Tag der Frist bis zur letzten Sekunde ausgereizt werden (Ueli Kieser, ATSG-Kommentar, 3. Aufl. Zürich/Basel/Genf 2015, N 4 und 7 zu Art. 39 ATSG m.w.Verw.).

2.3.2 Das Bundesgericht anerkannte jüngst in seinem Urteil 8C_239/2018 vom 12. Februar 2019 (BGE 145 V 90) explizit die Möglichkeit, den Nachweis der Arbeitsbemühungen per E-Mail zuzustellen. Allerdings stellte es fest, dass die Kommunikation per E-Mail nicht immer zuverlässig funktioniert und dass das Beweisrisiko beim Absender liegt

B 3.3

(zit. Urteil, Erw. 6.2.2). Zudem führte es aus, dass eine elektronische Eingabe als rechtzeitig erfolgt gilt, wenn diese beim Empfänger eingegangen und dieser den Empfang bestätigt hat. Der Zeitpunkt des Versandes genügt nicht (zit. Urteil, Erw. 6.1.2).

(...)

3.1 Die Beschwerdeführerin anerkennt, dass sie das E-Mail mit dem Nachweis der persönlichen Arbeitsbemühungen für den Monat März 2019 erst am 6. April 2019 um 00:05 Uhr verschickte, was überdies aus den Akten hervorgeht (Vi-act. 4).

3.2.1 Der Nachweis der persönlichen Arbeitsbemühungen ist bis spätestens am fünften Tag des folgenden Monats oder am ersten auf diesen Tag folgenden Werktag einzureichen (Art. 26 Abs. 2 AVIV). Die Frist endet um Mitternacht (vgl. Urteil BGer 2C_261/2007 vom 29.9.2008 Erw. 2). Der Mailversand erfolgte unbestrittenermassen erst nach Mitternacht. Es steht damit fest, dass die Beschwerdeführerin den Nachweis verspätet eingereicht hat.

3.2.2 Gemäss Beschwerdeführerin ist die Verspätung Folge von Computerproblemen. Sie sei am 5. April 2019 mit ihrer Familie bis spätabends unterwegs gewesen. Daher habe sie ihren Lebenspartner gebeten, den Nachweis der Arbeitsbemühungen ans RAV B. zu versenden. Er habe dies getan, aber trotz mehrmaligen Versuchen während des Abends sei das E-Mail infolge von Computerproblemen erst um 00.05 Uhr versandt worden. Sie hätten zwischendurch immer wieder mit der Internetverbindung zu kämpfen und genau an diesem Abend habe diese wiederum gebockt. Sie könnten nicht erklären, warum es erst um 00.05 Uhr geklappt habe und nicht schon früher. Die Darstellung sei auf jeden Fall entgegen der Ausführung der Vorinstanz keine Schutzbehauptung.

3.2.3 Die von der Beschwerdeführerin als Grund der Verspätung vorgebrachten Computerprobleme stellen keinen entschuldbaren Grund dar, so dass die Verspätung unberücksichtigt bleiben könnte. Zum einen war ihr gemäss eigener Darstellung bewusst, dass sie immer wieder mit der Internetverbindung zu kämpfen haben. Entsprechend ist nicht nachvollziehbar, weshalb mit der elektronischen Übermittlung bis zum letzten Moment zugewartet wurde (vgl. betreffend Fristversäumnis infolge Computerproblemen auch Urteil BGer 8C_910/2008 vom 30.1.2009). Zum andern erklärt die Beschwerdeführerin nicht, weshalb ihr die Übermittlung des Nachweises für den Monat März nicht bereits ab dem 1. April 2019 möglich gewesen wäre, weshalb sie bis am Abend des Fristablaufs zuwarten musste.

Der letzte Eintrag einer Arbeitsbemühung datiert vom 29. März 2019 (Viact. 3), womit genügend Zeit bestand, den Nachweis fristgerecht einzureichen. Einen Grund, weshalb sie über fünf Tage hinweg verhindert gewesen wäre, bringt die Beschwerdeführerin nicht vor.

3.3 Der grundsätzlich kurzen Fristversäumnis von wenigen Minuten, dem geringen Ausmass des Verschuldens der Beschwerdeführerin sowie der Erstmaligkeit der Fristversäumnis hat die Vorinstanz Rechnung getragen, indem sie den vorgesehenen Rahmen der Einstellzeit von 5-9 Tagen mit einer verfügbaren Einstelldauer von zwei Tagen wesentlich unterschritten hat. In Anbetracht der gesetzlich strengen, grundsätzlich bindenden Regelungen sowie der vorstehend genannten, höchstrichterlichen Rechtsprechung und unter Würdigung des vorliegenden Sachverhaltes erscheint die vorinstanzliche Verfügung zweier Einstelltage nicht als unangemessen, weshalb die Beschwerde abzuweisen ist.

(VGE II 2019 63 vom 16. Oktober 2019).

4. Kantonales Steuergesetz / Direkte Bundessteuer

4.1 Güterschätzungen - Vermögenssteuerwert einer Gewerbeliegenschaft

- *Bestimmung des Vermögenssteuerwertes einer Gewerbeliegenschaft.*

Aus dem Sachverhalt:

K. erwarb eine Gewerbeliegenschaft zu einem Kaufpreis von Fr. 10'000'000.--. Mit amtlicher Schätzungsverfügung setzte die Schätzungsabteilung der kantonalen Steuerverwaltung den Vermögenssteuerwert auf Fr. 18'400'000.-- fest. Auf Einsprache hin wurde der Vermögenssteuerwert auf Fr. 16'400.000.-- reduziert. K. beantragt, der Vermögenssteuerwert sei auf Fr. 10'000'000.-- festzusetzen.

B 4.1

Aus den Erwägungen:

1.1. Streitig ist die Grundstücksbewertung, welche für die Erhebung der Vermögenssteuer resp. Minimalsteuer bei den übrigen juristischen Personen massgeblich ist (vgl. § 78 in Verb. mit § 81 Abs. 1 Bst. b und Abs. 2 des Steuergesetzes des Kantons Schwyz [StG; SRSZ 172.200] vom 9.2.2000).

1.2. Das Steuergesetz des Kantons Schwyz sieht in § 41 Abs. 1 StG vor, dass das Vermögen zum Verkehrswert bewertet wird, soweit das Gesetz nicht etwas anders bestimmt; dabei kann der Ertragswert angemessen berücksichtigt werden. (...).

1.3. (...). Für nichtlandwirtschaftliche Grundstücke sind die massgebenden Schätzungsgrundlagen vom Kantonsrat im Gesetz über die steueramtliche Schätzung nichtlandwirtschaftlicher Grundstücke (SchätzG; SRSZ 172.113) vom 24. November 2004 festgelegt worden, und gestützt darauf in der durch Regierungsratsbeschluss vom 24. August 2005 erlassenen Schätzungsanleitung für die steueramtliche Schätzung nicht-landwirtschaftlicher Grundstücke.

1.4. Gemäss § 14 Abs. 1 SchätzG entspricht der Verkehrswert dem unter normalen Verhältnissen erzielbaren Kaufpreis. Er wird in der Regel aus Real- und Ertragswert ermittelt, wobei das Verhältnis von Real- und Ertragswert sich durch den Gewichtungskoeffizienten bestimmt.

2.1. Der Verkehrswert wird grundsätzlich anhand des Ertrags- und Realwertes berechnet; vorbehalten bleiben die Gleichsetzung mit einem allfälligen Kaufpreis oder, soweit dies möglich ist, die Anstellung eines unmittelbaren oder mittelbaren Preisvergleiches. Liegt ein Kaufpreis vor und erfolgt der Handel unter normalen Verhältnissen, so entspricht der Kaufpreis dem Verkehrswert. Käufe, deren Preise unter dem Einfluss ungewöhnlicher oder persönlicher Verhältnisse erzielt wurden (z.B. Kauf unter Verwandten, Liebhaber- oder ähnliche Ausnahmepreise), sind nicht zu berücksichtigen (vgl. bereits Kapitel 30, Ziffer 3.2.2.2 des alten Schätzungsreglements über die steueramtliche Schätzung von nichtlandwirtschaftlichen Grundstücken; entsprechend auch Kapitel 3, Ziffer 2.2.1 Anhang Schätzungsanleitung, Teil III, schätzungstechnische Grundlagen).

2.2. Die Beschwerdeführerin macht im Wesentlichen geltend, dass der aktuell bezahlte Kaufpreis dem objektiven Marktwert entspreche und deshalb den zu veranlagenden Vermögenssteuerwert bilde, und kein Raum für

die «Anwendung von Bewertungsgrundsätzen» (bzw. Berechnung des steueramtlichen Verkehrswertes durch die Einschätzungsbehörde) bleibe. Der Nachweis «ungewöhnlicher oder persönlicher Verhältnisse» sei von den Steuerbehörden nicht erbracht worden. Die Behauptung, dass es sich beim (bezahlten) Kaufpreis um einen «Liquidationswert» handle, sei haltlos. Insbesondere hätten die früheren Investitionen der Verkäuferschaft und deren Rechtsvorgängerin keinen oder nur einen geringen Einfluss auf den Kaufpreis eines stillgelegten, veralteten und stark sanierungsbedürftigen Industriegebäudes.

2.3. Die Vorinstanz ist demgegenüber der Auffassung, im vorliegenden Fall handle es sich beim Kaufpreis um einen «Schnäppchenpreis». Dies zeige sich vor allem bei einer vorsichtigen Schätzung des Ertragswertes aufgrund der (zwischenzeitlich) im Internet aufgeschalteten Mietpreise für Gewerberäume. Aufgrund des sehr tiefen Kaufpreises im Vergleich mit dem heutigen «normalen» Landwert und den getätigten Investitionen gemäss Schätzungsakten sei nicht von einem «normalen» Verkauf, sondern eher von einem «Liquidationswert» auszugehen. Es sei zudem zu vermuten, dass der Kaufpreis nur einen Bruchteil des aktuellen Gebäudeversicherungswertes ausmachen würde.

3.1. Es besteht grundsätzlich eine natürliche Vermutung, dass ein marktkonform zustande gekommener Kaufpreis auch dem Verkehrswert entspricht (vgl. Urteil des BGer 2C_1036/2014 und 2C_1037/2014 vom 21.4.2015 i.S. A. u. B. gegen StK/VdBSt = StE 2015 B 23.2 Nr. 47 = StPS 2015, S. 14 ff. Erw. 4.2). Grundsätzlich gilt zudem die allgemeine Beweislastregel, wonach die Veranlagungsbehörde die steuerbegründenden oder -erhöhenden Tatsachen nachzuweisen hat, die steuerpflichtige Person dagegen jene Tatsachen, welche die Steuerschuld mindern oder aufheben (vgl. BGE 133 II 153 Erw. 4.3 S. 158 f.; BGE 121 II 273 Erw. 3c/aa S. 284 mit Hinweisen; Urteil des BGer 2C_357/2014 und 2C_358/2014 vom 23.5.2016 Erw. 1.5).

3.2. Im vorliegenden Fall ist der Kaufpreis im freien Markt unter unabhängigen Dritten zustande gekommen. Es ist deshalb grundsätzlich davon auszugehen, dass es sich um einen marktkonform zustande gekommenen Kaufpreis handelt. Gründe, weshalb der Kaufpreis unter den gegebenen Bedingungen nicht dem Verkehrswert entsprechen sollte, sind vorliegend nicht dargetan. Es ist unbestritten, dass die Verkäuferschaft und die Beschwerdeführerin unabhängige Dritte sind. Es wurde zudem von der Verkäuferschaft (offenbar) auch eine professionelle Immobilien-Maklerin mit

B 4.1

der Vermarktung der Liegenschaft beauftragt. Das spricht deshalb eindeutig dagegen, dass es sich bei dem bezahlten Kaufpreis um einen «Schnäppchenpreis» handelt (z.B. wegen eines kleinen Marktes oder geringer Transparenz). Zudem bestehen auch keine Anzeichen für einen überstürzten Verkauf, weshalb eben auch nicht von einem «Liquidationswert» gesprochen werden kann. Schliesslich hat auch der Gebäudeversicherungswert nichts mit dem Verkehrswert einer Liegenschaft zu tun. Insbesondere stellt der Gebäudeversicherungswert keinen Mindestverkehrswert dar. Erst wenn der Preis insgesamt tiefer als der absolute Landwert ist, kann gegebenenfalls der absolute Landwert abzüglich Abbruchkosten als Verkehrswert gelten (vgl. Kapitel 4, Ziffer 1.1 Anhang Schätzungsanleitung, Teil III, schätzungstechnische Grundlagen).

3.3. Nachdem somit im vorliegenden Fall ein Kaufpreis vorliegt und der Handel unter normalen Verhältnissen erfolgte, ist dementsprechend auch davon auszugehen, dass der bezahlte Kaufpreis dem Verkehrswert entspricht. Der Beweis dafür, dass der Preis unter dem Einfluss ungewöhnlicher oder persönlicher Verhältnisse erzielt wurde, konnte von der Veranlagungsbehörde nicht erbracht werden. Sie hat insofern die Folgen der Beweislosigkeit zu tragen. Dementsprechend besteht kein Raum, dass für die Festlegung des Vermögenssteuerwertes eine steueramtliche Schätzung nach der Mischwertmethode (gemäss SchätzG und Schätzungsanleitung) vorgenommen wird. Nur am Rande sei hierzu noch erwähnt, dass es ohnehin nicht korrekt wäre, beim Mietwert die künftigen Erträge (Ertragspotential) einer möglichen besseren Nutzung/Verwendung einzusetzen, die dafür nötigen Aufwendungen aber zu übergehen (vgl. BGE 128 II 74). Daran vermag schliesslich auch die von der Vorinstanz vorgenommene «Kontrollrechnung mittels DCF-Methode» nichts zu ändern.

(VGE II 2018 74 vom 27. August 2019).

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

8.1 Ausnahmegewilligung und Nutzungsplanung

- *Verhältnis von Ausnahmegewilligung und Nutzungsplanung*

Aus dem Sachverhalt:

Die I.AG ersuchte zwecks Realisierung eines Bürogebäudes auf einem Grundstück, das die für einen Gestaltungsplan erforderlichen Masse nicht erreichte, um einen Vorentscheid betreffend die Überschreitung von Gebäude- und Firsthöhen. Der Gemeinderat beantwortete das Gesuch positiv, weil unter anderem dank der stattlichen Einzelbaute eine wesentlich bessere Lösung gegenüber der Regelbauweise erzielt werden könne. Der Regierungsrat konnte dieser Beurteilung nicht folgen. Die hiergegen erhobene Beschwerde wurde vom Verwaltungsgericht abgewiesen.

Aus den Erwägungen:

4.3.3 Zutreffend ist, dass sich der Regierungsrat bei der Beurteilung der Einordnung und des Ortsbildes in Zurückhaltung übt. Vorliegend steht indes nicht die Einordnung gemäss § 56 Abs. 1 PBG und Art. 11 BauR zur Diskussion, sondern die Rechtmässigkeit einer Ausnahmegewilligung. Allein eine gesetzeskonforme und/oder gute Einordnung im Sinne von § 56 Abs. 1 PBG und Art. 11 BauR kann indessen noch keine Ausnahmegewilligung unter dem Titel einer "besseren Lösung" rechtfertigen. Sie ist Voraussetzung einer jeden Baubewilligung (vgl. VGE III 2014 35 vom 29.10.2014). Durch die Anwendung der ästhetischen Generalklausel darf nicht generell die Zonenordnung ausser Kraft gesetzt werden (vgl. Hauptsächlich, in: Baumann et al., Kommentar zum Baugesetz des Kantons Aargau, Bern 2013, § 41 N 17).

4.4 Vorliegend wird mit der beantragten Ausnahmegewilligung unverkennbar eine optimale Lösung und maximale Ausnützung der Liegenschaft angestrebt in der - durchaus verständlichen und guten - Absicht, einer Unternehmung Arbeitsplätze für die gesamte Belegschaft erstellen und zur

B 8.2

Verfügung stellen zu können. Eine maximale Ausschöpfung der für die jeweiligen Zonen vorgegebenen baureglementarischen Baumasse entspricht auch dem raumplanungsrechtlichen Ziel verdichteten Bauens (vgl. Art. 1 Abs. 2 a^{bis} und b des Bundesgesetzes über die Raumplanung [Raumplanungsgesetz, RPG; SR 700] vom 22.6.1979). Ebenso bezweckt das RPG die Schaffung und Erhaltung der räumlichen Voraussetzungen für die Wirtschaft (Art. 1 Abs. 2 lit. b^{bis} RPG). Diese Zielsetzungen stellen indes weder - im Allgemeinen - für sich einen Rechtfertigungsgrund für ein Abweichen von der Regelbauweise in den vorliegend vorgesehenen Dimensionen dar noch lässt sich hieraus im Verbund mit der von der Beschwerdeführerin und vom Gemeinderat zu Unrecht als bessere Lösung erachteten Überschreitung der Regelbauhöhen ein Anspruch auf eine Ausnahmegewilligung ableiten. Die angesprochenen Zielsetzungen sind grundsätzlich mit den Mitteln der Nutzungsplanung zu realisieren. Anzuführen ist, dass das Verwaltungsgericht die Zulässigkeit eines Teilzonenplanes für eine Betriebserweiterung bejaht hat (vgl. VGE III 2012 149 vom 13.2.2013 Erw. 5.1 ff.) in Bestätigung der dortigen gemeinderätlichen Auffassung, wonach die "aktuellen Bedürfnisse" des betreffenden Betriebes "als wirtschaftlich derart bedeutend" eingestuft wurden, dass von einer erheblichen Veränderung der Verhältnisse seit der Planfestsetzung ausgegangen werden müsse, was eine Teilzonenplanrevision rechtfertige. Wie es sich diesbezüglich vorliegend verhält, ist indes nicht Gegenstand dieser Beschwerde.

Es ist mithin auch der regierungsrätlichen Argumentation beizupflichten, dass es nicht zulässig ist, im Sinne einer Vorwirkung einer allenfalls möglichen zukünftigen Änderung des Zonenplanes derart massive Überschreitungen der Gebäude- und Firsthöhen, wie sie vorgesehen sind, zuzulassen. (...).

(VGE III 2018 169 vom 21. Januar 2019).

8.2 Nachträgliches Baubewilligungsverfahren - Zulässigkeit

- *Ist ein nachträgliches Baubewilligungsverfahren auch nach Ablauf der Frist von grundsätzlich 30 Jahren zur Anordnung restitutorischer Massnahmen zulässig und rechtmässig?*

Aus den Erwägungen:

3.3.1 Der Beschwerdeführer macht geltend, nach Ablauf einer 30-jährigen Verwirkungsfrist sei kein nachträgliches Baubewilligungsverfahren mehr durchzuführen.

3.3.2 Diese beschwerdeführerische Auffassung scheint auch von einem Teil der Lehre vertreten zu werden (Hagenbuch, Kantonale Vollstreckung und Vollzug von Verfügungen im Baurecht, in: EGV-SZ 1998, S. 189 Fn. 56 mit Hinweis auf VGE 1036/97 vom 24.10.1997 Erw. 3, Prot. 972 f.; Ruoss Fierz, Massnahmen gegen illegales Bauen, Ziff. 2.4.1 S. 111). Andere Autoren äussern sich, soweit ersichtlich, nicht zu dieser spezifischen Fragestellung (vgl. immerhin Mäder, Das Baubewilligungsverfahren, Zürich 1991, Rz. 644). Im VGE 1036/97 vom 24. Oktober 1997 Erw. 3 hatte das Verwaltungsgericht zu beurteilen, ob eine Baubewilligung auch noch Jahre nach Erstellung einer formell widerrechtlichen Baute bzw. nach der Zweckänderung verlangt werden könne bzw. ob die Befugnis der Behörde, ein nachträgliches Baubewilligungsverfahren durchzuführen, im konkreten Fall verwirkt sei. (...). Das Verwaltungsgericht verneinte den Fristablauf von 30 Jahren, "weshalb der Behörde nicht die Ersitzung des rechtswidrigen Zustandes entgegengehalten werden" könne. Wie es sich verhalten hätte, wenn die 30-jährige Frist verstrichen gewesen wäre, hatte das Verwaltungsgericht somit nicht abschliessend zu beurteilen.

3.3.3 Der Regierungsrat erwog, dass es vorliegend i) nicht um die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes gehe, weil ii) die Bewilligungsfähigkeit der Umnutzung des Raumes noch nicht feststehe, iii) die 30-jährige Frist nicht das Recht der Bewilligungsbehörde beschlage, ein nachträgliches Baubewilligungsverfahren durchzuführen bzw. den Bauherrn nicht davon entbinde, ein nachträgliches Baugesuch einzureichen und dass iv) deshalb die Frage des Ablaufs der 30-jährigen Frist "vorliegend" nicht, sondern erst "im nachträglichen Baubewilligungsverfahren" geklärt werden müsse.

Die Ausführungen des Regierungsrates, wonach sich die Frage der 30-jährigen Frist "erst im nachträglichen Baubewilligungsverfahren" stelle, ist zwar missverständlich. Indes weist er die Prüfung der 30-jährigen (Verwirkungs-)Frist richtigerweise dem Verfahren betreffend allfällige restitutorische Massnahmen zu, das nicht mehr Bestandteil des nachträglichen Baubewilligungsverfahrens bildet, auch wenn die Wiederherstellungsmassnahmen in die gleiche Sachverfügung integriert werden (können). Die mithin auch rechtsdogmatisch richtige Auffassung des Regierungsrats entspricht denn auch seiner Praxis.

B 8.2

(...).

3.3.4 Ist die 30-jährige Verwirkungsfrist erst nach materiellrechtlicher Prüfung des Baugesuches vorzunehmen, so muss dies selbstredend auch für eine allfällige kürzere Verwirkungsfrist gelten, welche sich gegebenenfalls aus Gründen des Vertrauensschutzes ergibt.

3.4 Selbst wenn die 30-jährige Verwirkungsfrist entgegen der vorstehenden Beurteilung bereits bei der Frage zu berücksichtigen wäre, ob überhaupt ein nachträgliches Baugesuch verlangt oder im Weigerungsfall mittels Ersatzvornahme von der Baubewilligungsbehörde auf Kosten der Bauherrschaft erstellt werden könne, kann sich die Einforderung eines nachträglichen Baugesuchs selbst nach Ablauf von 30 Jahren als gerechtfertigt erweisen.

Der Grundsatz der Ersitzung des rechtmässigen Zustandes erfährt nach 30 Jahren dann eine Ausnahme, wenn die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes aus baupolizeilichen Gründen geboten ist. Ein gesetzeswidriger Zustand dergestalt, dass er eine konkrete Gefahr für Leib und Leben der Bewohner oder Passanten begründet (vgl. BGE 107 Ia 121 Erw. 2), ist zumeist offensichtlich. Hierbei ist etwa an ein äusserlich wahrnehmbar baufälliges Objekt, das vom Einsturz bedroht ist, zu denken. Nicht auszuschliessen ist jedoch, dass entsprechende konkrete Gefahren erst nach Einsicht in ein rechtsgenügendes nachträgliches Baugesuch entdeckt werden. So erachtete es beispielsweise das Bundesgericht mit BGE 107 Ia 121 (Sachverhalt und Erw. 2 in fine) als gerechtfertigt, dass die Baubewilligungsbehörde im nachträglichen Baubewilligungsverfahren und nach Einsicht in das nachträgliche Baugesuch trotz abgelaufener 30-jähriger Verwirkungsfrist die feuerhemmende Erstellung der vorhandenen Türen verfügt hatte (vgl. auch Bundesgerichtsurteil 1C_267/2017 vom 7.8.2017 Erw. 3.7).

Im Übrigen ist festzuhalten, dass sich zum einen im vorliegenden Fall die Verhältnisse sowohl hinsichtlich der 30 Jahre wie auch hinsichtlich der materiellen Rechtmässigkeit/Widerrechtlichkeit der Umnutzung nicht von vornherein als derart klar erweisen, als dass ausnahmsweise auf das nachträgliche Baubewilligungsverfahren mit Prüfung eines nachträglichen Baugesuchs verzichtet werden könnte. Sodann erweist es sich zum andern selbst nach 30 Jahren oder bei einer den Vertrauensschutz begründenden Duldung des rechtswidrigen Zustands durchaus im Interesse der Behörde und des Privaten, eine Baute/Umnutzung nachträglich zu bewilligen, etwa um spätere Diskussionen betreffend die Baurechtswidrigkeit zu vermeiden oder aber um nicht nur zur Aufrechterhaltung des bisherigen Zustands berechtigt zu sein (vgl. Ruoss Fierz, a.a.O., Rz. 2.4.1 S. 111; Mäder,

a.a.O., Rz. 663 S. 346). Die Bestandesgarantie gemäss § 72 Abs. 1 PBG ("bestehende rechtmässig erstellte Bauten") findet nur auf bestehende, rechtmässig erstellte Bauten und Anlagen Anwendung. Diese müssen formell oder zumindest materiell rechtmässig errichtet worden sein (vgl. Gisler, Das Wiederaufbaurecht unter besonderer Berücksichtigung der Verhältnisse im Kanton Schwyz, Zürich 2003, S. 28 f.). Somit liegt die Klärung bezüglich der materiellen Rechtmässigkeit auch aus diesem Grunde im privaten Interesse eines Bauherrn (wie auch aus Gründen der Rechtssicherheit im öffentlichen Interesse).

(VGE III 2018 232 vom 25. Juli 2019).

8.3 Baubewilligungspflicht

- *Baubewilligungspflicht eines Zaunes.*

Aus dem Sachverhalt:

Strittig war die Bewilligungspflicht eines rund 70 m langen und 1 m hohen Zaunes, der teils den Gewässerabstand unterschritt und sich in den Gewässerraum erstreckte. Die Gemeinde verlangte ein nachträgliches Baugesuch, was vom Regierungsrat auf Beschwerde hin geschützt wurde.

Aus den Erwägungen:

3.1 Nach Art. 22 Abs. 1 RPG dürfen Bauten und Anlagen nur mit behördlicher Bewilligung errichtet oder geändert werden.

Bauten und Anlagen im Sinne von Art. 22 Abs. 1 RPG sind künstlich geschaffene und auf Dauer angelegte Einrichtungen, die in fester Beziehung zum Erdboden stehen und geeignet sind, die Vorstellung über die Nutzungsordnung zu beeinflussen, sei es, dass sie den Raum äusserlich erheblich verändern, die Erschliessung belasten oder die Umwelt beeinträchtigen. Massstab dafür, ob eine bauliche Massnahme erheblich genug ist, um sie dem Baubewilligungsverfahren zu unterwerfen, ist die Frage, ob mit der Realisierung der Baute oder Anlage im Allgemeinen, nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge, so wichtige räumliche Folgen verbunden sind, dass ein Interesse der Öffentlichkeit oder der Nachbarn an einer vorgängigen Kontrolle besteht. Die Baubewilligungspflicht soll es mithin der Behörde ermöglichen, das Bauprojekt in Bezug auf seine räumlichen Fol-

B 8.3

gen vor seiner Ausführung auf die Übereinstimmung mit der raumplanerischen Nutzungsordnung und der übrigen einschlägigen Gesetzgebung zu überprüfen (BGE 139 II 134 Erw. 5.2 mit Hinweisen). Der bundesrechtliche Begriff der bewilligungspflichtigen Bauten und Anlagen kann von den Kantonen konkretisiert und erweitert, nicht aber enger gefasst werden. Zudem dürfen sie für bestimmte Bauvorhaben ein vereinfachtes Verfahren vorsehen (sog. kleine Baubewilligung) sowie Kleinstbauten einer blossen Anzeigepflicht unterstellen oder überhaupt von der Bewilligungspflicht ausnehmen, sofern sie keine nennenswerten Einflüsse auf Raum, Erschliessung und Umwelt bewirken (Bundesgerichtsurteil 1C_157/2011 vom 21.7.2011 Erw. 3.1 m.w.H.). Voraussetzung für die Bewilligungsfreiheit solcher Kleinvorhaben muss die aus einer Prima-facie-Beurteilung fließende Erkenntnis bilden, dass das Vorhaben offensichtlich keine Drittinteressen berührt. Lässt sich darüber ernsthaft streiten, ist das Baubewilligungsverfahren gerade dazu bestimmt, die Auseinandersetzung einer Beurteilung zuzuführen (Stalder/Tschirky, in: Griffel et. al., FHB Öffentliches Baurecht, Zürich/ Basel/ Genf 2016, Rz. 2.94). Die Kantone können nicht von der Bewilligungspflicht ausnehmen, was nach Art. 22 RPG einer Bewilligung bedarf (Bundesgerichtsurteil 1C_51/2015 vom 8. April 2015 Erw. 3 mit Hinweisen).

3.2 (...).

3.3 (...). Gemäss Art. 35 Abs. 1 BauR haben Bauten und Anlagen gegenüber einem stehenden Gewässer einen Abstand von mindestens 20m ab Grenze der Wasserzone gemäss § 55 PBG einzuhalten. Gegenüber nicht eingedeckten fliessenden Gewässern haben Bauten und Anlagen einen Abstand von mindestens 5m einzuhalten (Art. 35 Abs. 2 BauR). Die Seeufer sind geschützt und, soweit erforderlich, vom Grundeigentümer zu pflegen und zu unterhalten. Der naturnahe Zustand ist zu erhalten bzw. nach Möglichkeit wiederherzustellen. Veränderungen der Seeufer sind untersagt. Ausnahmen können mit Auflagen erteilt werden, sofern der Schutzzweck dadurch nicht beeinträchtigt wird oder die Voraussetzungen des § 73 Abs. 1 PBG erfüllt sind (Art. 60 Abs. 1 und 2 BauR).

4. (...).

4.1 Es geht vorliegend nicht nur darum, wie der bereits erstellte Maschendrahtzaun mit einer Höhe von 1m auf das Landschaftsbild wirkt bzw. ob er den Raum äusserlich erheblich verändert (vgl. dazu Bundesgerichtsurteil 1A.202/2003 vom 17.2.2004 Erw. 3.3, wonach der in der Land-

wirtschaftszone gelegene Zaunteil [1.5m hoch und 69m lang] das Landschaftsbild erheblich veränderte) - wobei diese Beurteilung auch an Seeufnern grundsätzlich nicht zu vernachlässigen ist -, sondern auch um die Frage, ob der Zaun geeignet ist, die Umwelt zu beeinträchtigen. Für die Bejahung der Bewilligungspflicht ist jedoch nicht erforderlich, dass die Umwelt tatsächlich beeinträchtigt wird. Vielmehr ist diese Frage im Anschluss Gegenstand des Baubewilligungsverfahrens.

Vorliegend ist zu berücksichtigen, dass der umstrittene Zaun entlang des Sees und des Seeufers sowie entlang des Dorfbachs, einem fliessenden Gewässer, jeweils innerhalb des Gewässerabstandes bzw. Gewässerraums erstellt wurde. Dem Gewässerschutz kommt nicht nur kantonal und kommunal mit den Bestimmungen zum Gewässerabstand (mit einem erforderlichen Abstand zwischen Bauten und Anlagen und dem See von 20m bzw. dem fliessenden Gewässer von 8m) sowie zum Seeufer, sondern auch national eine erhebliche Bedeutung zu. Hierzu hat der Regierungsrat im angefochtenen RRB zu Recht die gewässerschutzrechtlichen Bestimmungen u.a. Art. 36a Abs. 1 des Bundesgesetzes über den Schutz der Gewässer (Gewässerschutzgesetz, GSchG; SR 814.20) vom 24. Januar 1991 sowie Art. 41c Abs. 1 der Gewässerschutzverordnung (GSchV; SR 814.201) vom 28. Oktober 1998 dargelegt, worauf vorliegend verwiesen werden kann.

Der Beschwerdeführer hält zwar zutreffend fest, dass sich das grundsätzliche Bauverbot sowie die Ausnahmegewilligungspflicht für Bauten und Anlagen innerhalb des Gewässerabstandes auf Bauten und Anlagen im Sinne von Art. 22 RPG bezieht und somit der Umkehrschluss, dass der vorliegende Zaun deshalb eine Baute und Anlage im Sinne von Art. 22 RPG darstelle und bewilligungspflichtig sei, nicht zulässig ist. Dennoch kann die hohe nationale Bedeutung des Gewässerschutzes sowie die Zulässigkeit von Bauten und Anlagen im Gewässerabstandsbereich bzw. Gewässerraum bei der Beurteilung der Frage, ob mit der geplanten Einrichtung allenfalls die Umwelt beeinträchtigt werden könnte und somit (eine Baute bzw. Anlage im Sinne von Art. 22 RPG und somit) eine Bewilligungspflicht gegeben ist, berücksichtigt werden.

Dementsprechend lässt sich den gewässerschutzrechtlichen Bestimmungen u.a. entnehmen, dass Anlagen wie Fuss- und Wanderwege im Gewässerraum nur erstellt werden dürfen, wenn sie standortgebunden sind und im öffentlichen Interesse liegen, wobei unerheblich ist, ob der Gewässerraum in die Bauzone ragt. Nachdem auch Fussweganlagen in der Bauzone grundsätzlich üblich sind und den Raum äusserlich in der Regel kaum erheblich zu verändern vermögen, vermag dieses Argument des Beschwerdeführers hinsichtlich des Zauns nicht zu verfangen. (...). Selbst ein dauerhafter, fest verankerter Zaun in der Höhe von 1m erscheint im

B 8.4

Gewässerraum geeignet, die Umwelt zu beeinträchtigen und somit die Vorstellung über die Nutzungsordnung zu beeinflussen. Die Vorinstanzen haben daher diesen Zaun zu Recht (allein schon) gestützt auf Art. 22 RPG als bewilligungspflichtig erklärt. Ergibt sich die Bewilligungspflicht bereits auf Grund dieser bundesrechtlichen Minimalvorschrift, braucht auf die Frage der Bewilligungspflicht nach kommunalem Recht nicht weiter eingegangen zu werden. Ob der vorliegende Zaun unter Berücksichtigung der gewässerschutzrechtlichen Bestimmungen bewilligt werden kann, ist eine materiell-rechtliche Frage, welche erst im Rahmen des Baubewilligungsverfahrens zu prüfen und somit nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens ist.

4.2 (...).

4.5 Schliesslich hält der Regierungsrat zutreffend fest, dass es im Zweifel angezeigt ist, sich für eine Baubewilligungspflicht auszusprechen (vgl. VGE III 2017 113 vom 24.11.2017 Erw. 5.4).

(VGE III 2019 103 vom 18. Dezember 2019. Auf eine Beschwerde gegen diesen Entscheid ist das Bundesgericht mit Urteil 1C_56/2020 vom 18. März 2020 nicht eingetreten).

8.4 Baubewilligung - (Energie-)Holzlager

- *Voraussetzungen, unter welchen ein Holzlager im Wald bewilligungspflichtig bzw. bewilligungsfrei ist.*

Aus dem Sachverhalt:

Das Amt für Wald und Naturgefahren verpflichtete einen Eigentümer, ein nachträgliches Baugesuch für die auf seinem Waldgrundstück zwecks Unterstellung landwirtschaftlicher Gerätschaften errichtete, umwandete und gedeckte Remise (mit einer Fläche von über 40 m² und einer Höhe von rund 3.20 m) einzureichen. Der Eigentümer deklarierte die Remise mit seinem nachträglichem Baugesuch als Unterstand für die Lagerung von Brennholz. Die Bewilligung wurde erteilt mit der Auflage, die Wandverkleidung zu entfernen.

Aus den Erwägungen:

2.1.1 Das Waldareal ist durch die Forstgesetzgebung umschrieben und geschützt (Art. 18 Abs. 3 des Bundesgesetzes über die Raumplanung [Raumplanungsgesetz; RPG; SR 700] vom 22.6.1979). Hieraus folgt, dass Wald grundsätzlich nicht Gegenstand der Raumplanung ist. Waldflächen dürfen nur als Wald genutzt werden. Waldareale sind immer Nichtbaugebiet und das Erstellen von Bauten und Anlagen ist grundsätzlich verboten (Jäger/Bühler, Schweizerisches Umweltrecht, Bern 2016, Rz. 901 und Rz. 905).

Das Waldgesetz bezweckt die Erhaltung und den Schutz des Waldes; es soll dafür sorgen, dass der Wald seine Funktionen erfüllen kann, und die Waldwirtschaft fördern und erhalten (Art. 1 Abs. 1 des Bundesgesetzes über den Wald [Waldgesetz; WaG; SR 921.0] vom 4.10.1991). Forstliche Bauten und Anlagen gelten nach Art. 2 Abs. 2 lit. b WaG als Wald. Sie bedürfen schon aus diesem Grunde keiner Rodungsbewilligung. Für alle Bauvorhaben im Wald ist eine Baubewilligung nach RPG notwendig, obwohl dies Art. 11 Abs. 1 WaG ausdrücklich nur für Bauten und Anlagen vorsieht, die eine Rodungsbewilligung erhalten haben. Die Bewilligung kann für forstliche Bauten und Anlagen nach Art. 22 RPG erteilt werden, weil diese dem Zweck des Waldes, also im Sinne dieser Bestimmung dem "Zweck der Nutzungszone" entsprechen. Dies bestätigt Art. 14 Abs. 1 der Verordnung über den Wald (WaV; SR 921.01) vom 30. November 1991, der vorschreibt, dass vor Erteilung der baupolizeilichen Bewilligung nach Art. 22 RPG für eine forstliche Baute oder Anlage die zuständige kantonale Forstbehörde anzuhören ist. Bauvorhaben, die den Waldboden dauernd oder vorübergehend zweckentfremden, bedürfen einer Rodungsbewilligung (Art. 4 WaG). Die Beanspruchung von Waldboden für forstliche Bauten und Anlagen sowie für nichtforstliche Kleinbauten und -anlagen gilt nach Art. 4 lit. a WaV nicht als Rodung und stellt somit keine Zweckentfremdung des Waldes dar. Umgekehrt folgt daraus, dass nicht-forstliche Bauvorhaben, ausgenommen Kleinbauten und -anlagen, als eine Zweckentfremdung des Waldes zu betrachten sind. Sie bedürfen deshalb einer Rodungsbewilligung und, wie die forstlichen Bauvorhaben, immer auch einer Baubewilligung nach RPG (Urteil BGer 1C_551/2010 vom 7.12.2011 Erw. 4.2; vgl. Urteil BGer 1A.277/1999 vom 25.5.2000 Erw. 4; BGE 123 II 499 Erw. 2).

2.1.2 Forstliche Bauten und Anlagen, wie Forstwerkhöfe, gedeckte Energieholzlager und Waldstrassen, dürfen mit behördlicher Bewilligung nach Artikel 22 RPG errichtet oder geändert werden (Art. 13a Abs. 1 WaV, in Kraft seit 1.7.2013). Voraussetzung einer Bewilligung ist (Art. 13a

B 8.4

Abs. 2 WaV), dass a) die Bauten und Anlagen der regionalen Bewirtschaftung des Waldes dienen, b) für diese Bauten und Anlagen der Bedarf ausgewiesen, ihr Standort zweckmässig und ihre Dimensionierung den regionalen Verhältnissen angepasst ist, und c) ihnen keine überwiegenden öffentlichen Interessen entgegenstehen. Die übrigen Voraussetzungen des Bundesrechts und des kantonalen Rechts bleiben vorbehalten (Art. 13a Abs. 3 WaV).

2.1.3 Art. 13a WaV geht auf eine parlamentarische Initiative betreffend "raumplanerische Rahmenbedingungen für die Lagerung einheimischer erneuerbarer Rohstoffe" (NR Erich von Siebenthal) zurück und war zunächst als neuer Art. 13a im Waldgesetz vorgesehen. Ausgangslage war die in den 1990er- und 2000er-Jahren stark zunehmende Nachfrage nach Holzenergie sowie die grössere Zahl von Holzschnitzelheizungen und damit verbunden der Bewilligung von gedeckten Energieholzlagern im Wald als forstliche Bauten. Dabei stellte die nationalrätliche Kommission für Umwelt, Raumplanung und Energie (UREK-NR) fest, dass die Bewilligungspraxis in den Kantonen aus verschiedenen Gründen unterschiedlich ausgestaltet war (vgl. Vorentwurf und erläuternder Bericht der Kommission für Umwelt, Raumplanung und Energie des Nationalrates vom 14.11.2011, S. 2 und S. 3 f. Ziff. 1.2). In Anlehnung an die bundesgerichtliche Praxis in Sachen Forstwerkhöfe im Wald sah die Kommission die Bedingungen betriebliche Notwendigkeit, keine Überdimensionierung sowie keine überwiegenden öffentlichen Interessen gegen die Einrichtung als Voraussetzung für eine Bewilligungsfähigkeit an. Das (vierte) Kriterium einer vorgängigen Prüfung eines alternativen Standortes in der Bauzone und dessen (Un-)Zweckmässigkeit wurde als zu restriktiv erachtet (S. 6 f. Ziff. 2.2). Für die Dimensionierung wurde ein Lagervolumen genannt, das aufgrund des zu erwartenden Holzzuwachses, der Waldfläche, des Energieholzanteils und der Trocknungsdauer zu bemessen sei (ebenda). Mit dem Begriff "Energieholz-lager" wurde ein allgemeiner Begriff gewählt, da es im Zuge der technischen Entwicklung möglich sei, dass andere Holzenergieformen als Holzschnitzel oder Pellets aus Waldholz hergestellt würden. Aus wirtschaftlichen Gründen seien solche Lager zurückhaltend zu errichten. Wenn immer möglich soll Energieholz im Wald gehackt und direkt einer Holzschnitzelzelfeuerung zugeführt werden. In modernen Anlagen könnten ohne Qualitäts- und Wärmeverluste ungetrocknete Holzschnitzel verbrannt werden. In höheren Lagen könne es angezeigt sein, Energieholz zwischenzulagern, um im Winter die Versorgung zu gewährleisten, falls Waldstrassen wegen Schnee oder Eis längere Zeit nicht befahren werden könnten (S. 7 Ziff. 2.3; vgl. auch Erläuternder Bericht des Eidg. Departements für Um-

welt, Verkehr, Energie und Kommunikation UVEK vom 30.4.2013 zur Parlamentarischen Initiative Flexibilisierung der Waldflächenpolitik [09.474] und Raumplanerische Rahmenbedingungen für die Lagerung einheimischer erneuerbarer Rohstoffe [10.470] - Änderung der Waldverordnung, S. 5 Ziff. 2.4). Die Kommission untersuchte auch alternative Lösungsmöglichkeiten wie eine Ergänzung der Enumeration in Art. 2 WaG (Waldbegriff) oder eine Anpassung der Waldverordnung oder eine Angleichung der kantonalen Vollzugspraxen über eine bundesbehördliche Vollzugshilfe (S. 8 Ziff. 2.4).

Im Vernehmlassungsverfahren erachtete eine Mehrheit der Teilnehmer eine Gesetzesänderung als unverhältnismässig und bevorzugten eine Änderung auf Stufe der Waldverordnung oder mittels einer Vollzugshilfe (Bericht über die Ergebnisse des Vernehmlassungsverfahrens vom 30.5.2012, erstellt durch das BAFU, S. 5 Ziff. 3). Verlangt wurden auch mehrfach Vorkehrungen, um Zweckentfremdungen von Energieholzlagern auszuschliessen, beispielsweise durch befristete Bewilligungen oder Garantien für den Rückbau bei Nichtbedarf u.ä. (S. 6 Ziff. 3). Der Schweizerische Bauernverband forderte die Sicherstellung, dass die Möglichkeit zur Lagerung von Energieholz auch den privaten Grundeigentümern offensteht und kleinere Brennholzlager dezentral auch ohne Bewilligung erstellt werden könnten. Es müsse sichergestellt werden, dass die ortsüblichen, gedeckten und ständig stehenden Brennholzstapel ohne Bewilligung errichtet werden dürften. Als einen solchen Brennholzstapel definierte der Schweizerische Bauernverband ein Energieholzlager für den Bedarf eines Zweifamilienhauses mit drei Jahren Lagerzeit, was rund 45 Ster (3 Jahre x 15 Ster/Jahr) entspreche (S. 8).

2.1.4 Gemäss der Richtlinie "Energieholzlager - Unterstände für Energieholz" des Luzerner Bau-, Umwelt- und Wirtschaftsdepartements vom 12. April 2007 ist bei einer Waldfläche von 8 ha bis 10 ha ein Unterstand mit einer Fläche bis 40 m² (bei 7 ha: bis 35 m², bei 6 ha: bis 30 m²) bewilligungsfähig (S. 3 Ziff. 4). Diese Fläche wird ermittelt unter Berücksichtigung eines durchschnittlichen Gesamtzuwachses von 10 bis 14 m³/ha/Jahr, einem durchschnittlichen Energieholzanteil von 20%, der Zeitdauer von 3 Jahren bis zur Trocknung des Holzes, der durchschnittlichen Lagerhöhe des Holzes im Unterstand von 2.5 m sowie eines Umrechnungsfaktors von 1.45 (m³>Ster [1 m x 1 m x 1 m], d.h. ein Ster entspricht rund 0.69 m³). Die geeignete Ausgestaltung eines forstlichen Energieholzzunterstandes habe sich nach dessen Zweck zu richten. Zweck des Unterstandes sei die optimale Trocknung des gelagerten Energieholzes, d.h. dessen Schutz vor negativen Witterungseinflüssen wie Regen und Schnee. Förderlich für die Trocknung sei eine gute Belüftung. Ein Unterstand sei

B 8.4

daher völlig ausreichend und zweckdienlich, wenn das Holzlager ausschliesslich "überdacht" werde und der Unterstand keine Seitenwände aufweise. Zu ergänzen ist, dass diese Richtlinie gestützt auf die erwähnten Bemessungskriterien auch Vorgaben zur zulässigen Grösse bewilligungsfreier forstlicher Energieholzlager macht (S. 2 Ziff. 2). Hierbei handelt es sich um Energieholzlager ohne feste und dauerhafte Einrichtungen (ohne Unterstände). Pro Hektare Waldfläche werden zwölf Ster zugelassen, d.h. bei einer Waldfläche von 8 ha eine maximale Grösse von 96 Ster (bei einer Waldfläche von 9 ha: 108 Ster; bei 7 ha: 84 Ster).

Dem Beschwerdeführer ist beizupflichten, dass eine ausserkantonale Richtlinie für die vorliegende Beurteilung grundsätzlich nicht massgeblich ist. Vorliegend kommt hinzu, dass diese Richtlinie erging, bevor Art. 13a WaV initiiert wurde und diese Bestimmung in der Richtlinie somit unberücksichtigt bleibt. Indes dürften die in dieser Richtlinie angestellten Berechnungen sowie Ausführungen zur Trocknung von Brennholz auf wissenschaftlichen Erkenntnissen basieren, denen hierzulande eine gewisse Allgemeingültigkeit zugebilligt werden kann.

3.1.1 (...).

3.4.2 Der Regierungsrat hat die Beurteilung der Vorinstanzen, namentlich des von Gesetzes wegen anzuhörenden Amtes für Wald und Naturgefahren (AWN) (vgl. Art. 14 Abs. 1 WaV; vorstehend Erw. 2.1.1) und diesem folgend des ARE, umfassend und nachvollziehbar gewürdigt und zu Recht bestätigt. Ein Widerspruch bei der Würdigung der Dimensionierung ist nicht erkennbar. Wenn die Dimensionierung als den regionalen Verhältnissen "an sich" noch angepasst erscheint, heisst dies nicht, dass diese Qualifizierung integral auch für die Baute in der vom Baugesuch betroffenen Ausstattung gilt. Der Regierungsrat hat die an den regionalen Verhältnissen auszurichtende Beurteilung der Dimensionierung auch klarerweise auf die "Ausmasse" (d.h. die metrischen Dimensionen) bezogen.

3.4.3 Indes liesse sich durchaus auch fragen, ob die Dimensionierung "den regionalen Verhältnissen" tatsächlich angepasst ist. Aus der Entstehungsgeschichte von Art. 13a WaV ergibt sich, dass im Fokus dieser Regelung Energieholzlager (Lagervolumen für Holzschnitzel u.ä.) für Holzschnitzelfeuerungen für grosse öffentliche Bauten sowie Gewerbe- und Industriebauten standen. Abklärungen hatten ergeben, dass in den Kantonen Bandbreiten von bewilligten gedeckten Holzschnitzellagern mit einem Volumen von 100 m³ bis ca. 1'000 m³ bestanden (erwählter Vorentwurf und erläuternder Bericht der UREK-NR vom 14.11.2011 S. 4 Ziff. 1.2 und Ziff. 2.1). In diesem Vorentwurf und erläuternden Bericht war noch

von "örtlichen Verhältnissen" die Rede (S. 7 Ziff. 2.3). Diese Bestimmung wurde in der Vernehmlassung (Kanton Zürich) als zu unbestimmt erachtet; vorgeschlagen wurde eine Beschränkung des Umfanges (z.B. höchstens 1'500 m² bzw. 5'000 m³, vgl. erwähnter Bericht über die Vernehmlassungsergebnisse vom 30.5.2012 S. 7 Ziff. 4.1.2). Kritisiert wurde unter anderem auch, dass keine Eckwerte für die Grössenordnung festgelegt wurden (S. 8 [Schweizerischer Forstverein]). Wenn "örtliche Verhältnisse" durch "regionale Verhältnisse" ersetzt wurde, ist mithin zu schliessen, dass damit primär Energieholzlager für eine entsprechend grosse Zahl Energie-/Wärmebezüger anvisiert wurden und weniger an die Energieversorgung mit Brennholz eines oder zwei einzelner Haushalte gedacht wurde. Dies deckt sich mit der Meinungsäusserung des Schweizerischen Bauernverbandes betreffend die wesensgemäss erheblich kleiner dimensionierten, gedeckten und ständig stehenden Brennholzstapel im Umfang von rund 45 Ster für einen Zweifamilienhaushalt, welche nach Auffassung des Bauernverbandes grundsätzlich weiterhin bewilligungsfrei bleiben sollten (vgl. vorstehend Erw. 2.1.3 i.f.).

Vorliegend hat der Beschwerdeführer einen vom AWN als plausibel erachteten Raumbedarf für das Brennholz von 60 m³ ermittelt. Gemessen an diesem Raumbedarf erweist sich ein gedeckter Lagerplatz mit einem Volumen von über 130 m³ auf jeden Fall als sehr grosszügig. Wird gemäss der zitierten Luzerner Richtlinie - zu Gunsten des Beschwerdeführers - mit einer durchschnittlichen Lagerhöhe des Holzes im Unterstand von 2.5 m und nicht mit der maximalen Höhe von über 3 m gerechnet, ergibt sich mithin eine benötigte Lagerfläche von 24 m², d.h. von knapp 60% des bereits erstellten Unterstandes. Abgesehen davon nennt der Schweizerische Bauernverband für ein Zweifamilienhaus einen Dreijahresbedarf von 45 Ster (vgl. vorstehend Erw. 2.1.3 i.f.), was bei einem Umrechnungsfaktor von 1.45 (vgl. vorstehend Erw. 2.1.4) rund 31 m³ entspricht. Selbst wenn für zwei einzelne Häuser von einem grösseren Bedarf ausgegangen werden müsste, bewegt sich ein angenommener Bedarf von 60 m³ im obersten Bereich.

Indes besteht für das Verwaltungsgericht kein Anlass von der vorinstanzlichen Bejahung der gesetzeskonformen Dimensionierung (Ausmasse) des Energieholzlagers abzuweichen. (...). Zum einen wurde die "Dimensionierung" vom Gesetz nicht in Zahlen gefasst, sondern diese hat sich nach den "regionalen Verhältnissen" zu richten. Mit den regionalen forstwirtschaftlichen Verhältnissen ist naheliegenderweise besonders das AWN vertraut. Zum andern besteht bei der Beurteilung der Dimensionierung im Einzelfall auch ein erheblicher Ermessensspielraum. Vorliegend kann nicht gesagt werden, dass die Vorinstanzen bei der Beurteilung der Dimensionierung ihren Ermessensspielraum verletzt haben. Überdies fällt auf, dass gemäss

B 8.5

der Luzerner Richtlinie - welche, wie erwähnt, vorliegend an und für sich nicht massgeblich ist - eine Fläche von 40 m² der bewilligungsfähigen Fläche für einen Unterstand bei einer Waldfläche von rund 8 ha bis 10 ha entspricht, was eine Fläche von 42 m² für die vom Beschwerdeführer bewirtschaftete Waldfläche von knapp über 8 ha ebenfalls als gerechtfertigt erscheinen lässt.

3.4.4 Im Lichte der vorstehenden Bemerkungen zur Dimensionierung ist den Vorinstanzen vorbehaltlos beizupflichten, dass der aktuelle Ausbaustandard das bewilligungsfähige Mass überschreitet.

Es kann nicht bestritten werden, dass die Zweckbestimmung der Remise eine andere war, nämlich die Unterstellung landwirtschaftlicher Gerätschaften, und die Neuausrichtung des Zweckes auf Holzlagerung erst Folge der Intervention des AWN bzw. des ARE war. Die baulichen Anforderungen an eine solche Remise sind indes wesensgemäss verschieden von denjenigen an ein Energieholzlager.

Aus den erwähnten Materialien geht hervor, dass bereits ein Energieholzlager als solches ohne weitere bauliche Massnahmen eine grundsätzlich bewilligungspflichtige Anlage/Baute ist (...). Wenn die Verordnung "gedeckte" Energieholzlager nennt, spricht gerade dieser Wortlaut dafür, dass eine blossе Überdachung als ausreichend erachtet wird. Es wird des Weiteren im Vorentwurf und erläuternden Bericht erwähnt, dass in modernen Anlagen auch ungetrocknete Holzschnitzel verbrannt werden können. (...).

3.4.5 Zusammenfassend erweist sich, dass die Remise in der vom nachträglichen Baugesuch vorgesehenen Ausgestaltung im Widerspruch zu Art. 13a Abs. 2 WaV steht.

3.5.1 ff. (Rechtmässigkeit der Anordnung der Entfernung der Wandverkleidung).

(VGE III 2019 122 vom 24. Oktober 2019).

8.5 Baubewilligung - Auflage

- *Voraussetzungen, unter welchen eine Bauherrschaft zur Aufnahme eines Zustandsprotokolls betreffend eine öffentliche Strasse verpflichtet werden kann.*
- *Frage der Kostentragung des Zustandsprotokolls.*

Aus dem Sachverhalt:

Eine Baubewilligung für die energetische Sanierung der Gebäudehülle wurde mit der folgenden Auflage verbunden:

- 5.1 Vor Baufreigabe ist mit dem Tiefbauamt (...) Kontakt aufzunehmen, um folgende Abklärungen zu treffen:
- (...).
 - Aufnahme eines Zustandsprotokolls der Gemeindestrassen. Sämtliche nach Bauende feststellbaren Mängel an der Anlage (Fahrbahn/Randabschluss) der Gemeindestrasse sind von der Bewilligungsnehmerin instand zu stellen. Eine Kopie des Zustandsprotokolls ist dem Tiefbauamt zuzustellen.
 - Bauarbeiten im Bereich der Gemeindestrasse sind vorgängig im Detail abzusprechen.

Aus den Erwägungen:

3.1 Die Beschwerdeführer machen weiter geltend, dass es insbesondere an einer gesetzlichen Grundlage für die vorliegend streitige Auflage bzw. die Auflage zur Aufnahme eines Zustandsprotokolls mangelt. (...).

3.3.1 Gemäss § 38 StraG dürfen der Bestand der Strassen und die Sicherheit ihrer Benützer nicht durch Bauten, Anlagen, Einrichtungen, Bepflanzungen oder Einfriedungen sowie durch weitere Einwirkungen aus einem angrenzenden Grundstück beeinträchtigt werden (Abs. 1). Beeinträchtigungen werden auf Kosten des Verursachers behoben, wenn dieser nicht oder nicht rechtzeitig selber für Abhilfe sorgt (Abs. 2).

3.3.2 Die Beschwerdeführer rügen, dass es vorliegend weder um eine bereits erfolgte oder unmittelbar drohende Beeinträchtigung der Strasse oder der Sicherheit ihrer Benützer noch um die Behebung dieser Beeinträchtigung, sondern um eine Zustandsaufnahme gehe. Eine solche Zustandsaufnahme stelle nicht eine Schadensbehebungsmassnahme, sondern eine klassische Beweissicherungsmassnahme dar. Diese Massnahme diene nicht in erster Linie den Interessen eines Bauherrn, sondern des Strasseneigentümers, damit dieser im Falle eines Schadens den Zustand der Strasse vor Baubeginn beweisen könne. Die Beweislast und somit die Aufnahme und Bezahlung eines Zustandsprotokolls obliege jedoch gemäss Art. 8 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (ZGB; SR 210) vom 10. Dezember 1907 der Strasseneigentümerin. Aus dem kantonalen Strassengesetz lasse sich nichts Gegenteiliges ableiten.

B 8.5

Der Regierungsrat macht demgegenüber vernehmlassend geltend, dass § 38 Abs. 1 StraG generell dem Schutz von öffentlichen Strassen diene. Um den Schutz bzw. den Erhalt einer öffentlichen Strasse zu gewährleisten, sei es auch legitim, eine Zustandsaufnahme der Strasse anzuordnen, weil das Gemeinwesen damit eine allfällige Schädigung der Strasse beweisen und damit die Wiederherstellung verlangen könne.

3.3.3 Es ist zutreffend, dass eine Zustandsaufnahme der Strasse vor Baubeginn (sowie anschliessend auch nach Bauvollendung) grundsätzlich der Feststellung von Beeinträchtigungen und Schäden dient, die insbesondere während des Baus verursacht wurden. Die Zustandsaufnahme dient somit präventiv dem Schutz der öffentlichen Strassen bzw. der Durchsetzung von § 38 StraG, wenn mit Strassenschäden gerechnet werden muss. Auflagen müssen sodann nicht zwingend den Interessen des Bauherrn dienen, sondern können öffentliche oder polizeiliche Interessen verfolgen. Eine künftige Rechtsverletzung muss jedoch, nach dem Verhältnismässigkeitsprinzip, für die Anordnung einer präventiven Massnahme den Umständen nach wahrscheinlich erscheinen.

(...). Die grundsätzliche Zulässigkeit zur Aufnahme eines Zustandsprotokolls (unter Voraussetzung der Verhältnismässigkeit) ergibt sich sinngemäss aus § 38 StraG (sowie auch aus § 54 Abs. 1 PBG). Ein Eingriff in die Eigentums- und Wirtschaftsfreiheit allein durch die Aufnahme eines Zustandsprotokolls, welches an der Gemeindestrasse aufgenommen wird, ist geringfügig bis nicht vorhanden.

3.3.4 Die Zulässigkeit der Anordnung von beweisichernden Massnahmen sehen auch die Prozessordnungen vor. Für beweisichernde Massnahmen betreffend zivilrechtliche Ansprüche u.a. aus dem Nachbarrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (vgl. 679ff. ZGB) ist der Zivilrichter zuständig (vgl. VGE III 2014 136 vom 30.3.2016 Erw. 8.5; VGE III 2011 197 vom 25.9.2012 Erw. 5.3; VGE III 2018 93 vom 12.2.2019 Erw. 3.4.7). Zivilrechtliche beweisichernde Massnahmen können somit nicht mittels Auflage im Baubewilligungsverfahren verfügt werden. Eigentümer von Privatstrassen mit öffentlichem Verkehr müssen daher für den Fall der Beschädigung den Zivilweg beschreiten (Baumann, a.a.O., § 107 Rz. 7).

Im konkreten Fall stützt sich ein Anspruch gemäss § 38 StraG indes auf eine öffentlich-rechtliche Bestimmung. Demnach sind die öffentlich-rechtlichen Bestimmungen heranzuziehen. Gemäss § 24 Abs. 3 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes (VRP; SRSZ 234.110) vom 6. Juni 1974 sind die Vorschriften der Schweizerischen Zivilprozessordnung (Zivilpro-

zessordnung, ZPO; SR 272) vom 19. Dezember 2008 über die Beweissicherung sinngemäss anwendbar. Die ZPO enthält in Art. 158 die vorsorgliche Beweisführung. Demgemäss nimmt das Gericht jederzeit Beweis ab, wenn das Gesetz einen entsprechenden Anspruch gewährt, oder die gesuchstellende Partei eine Gefährdung der Beweismittel oder ein schutzwürdiges Interesse glaubhaft macht (Art. 158 Abs. 1 lit. a und b ZPO). Anzuwenden sind die Bestimmungen über die vorsorglichen Massnahmen (Art. 158 Abs. 2 ZPO). Das Verwaltungsrechtspflegegesetz kennt insbesondere § 23 Abs. 2 VRP, wonach die Behörde oder die mit der Vorbereitung des Verfahrens beauftragte Instanz in dringlichen Fällen sofort unter Ansetzung einer Einsprachefrist vorsorgliche Massnahmen anordnen kann. Die Dringlichkeit ist gegeben, wenn die Endverfügung bzw. der Endentscheid nicht sofort getroffen werden kann, aber gleichwohl bestimmte Vorkehren nötig sind, um andernfalls gefährdete Interessen zu schützen. Des Weiteren muss die Massnahme der Erreichung eines legitimen Ziels dienen. Sie muss in persönlicher, sachlicher, zeitlicher und örtlicher Sicht geeignet sein, um die legitimen öffentlichen oder privaten Interessen vor einem nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteil zu schützen. Schliesslich hat eine Interessenabwägung zu erfolgen. Verhältnismässig (im engeren Sinne) sind vorsorgliche Massnahmen dann, wenn sie sich zur Abwehr eines bereits eingetretenen oder drohenden Nachteils eignen und in persönlicher, örtlicher, sachlicher und zeitlicher Hinsicht nicht über das zur Wahrung der gefährdeten Interessen Erforderliche hinausgehen (Kiener, in: Kommentar VRG, § 6 N 16 f.; vgl. Kölz/Häner/Bertschi, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 3. Aufl., Zürich 2013, Rz. 565 - 568; ZB III 2018 164 vom 12.10.2018 Erw. 2.3). Dementsprechend ist die Verhältnismässigkeit bei der beweissichernden Massnahme wie auch bei der Auflage zu prüfen.

3.3.5 Zusammenfassend ergibt sich die (gesetzliche) Grundlage der Anordnung einer Zustandsaufnahme bereits aus dem Gesetzeszweck von § 38 StraG (und § 54 Abs. 1 PBG), dem in dieser Bestimmung zum Ausdruck gebrachten öffentlichen Interesse sowie auch in Verbindung mit den genannten prozessualen Bestimmungen zur Beweissicherung (§ 24 Abs. 3 VRP i.V.m. Art. 158 ZPO i.V.m. § 23 Abs. 2 VRP).

3.4 Die Baubehörde hat die strittige Nebenbestimmung nicht begründet. (...).

Im Rahmen der Rückweisung wird die Baubehörde jedenfalls die Verhältnismässigkeit der Aufnahme eines Zustandsprotokolls im konkreten Fall rechtsgenügend unter Wahrung des rechtlichen Gehörs der Beschwer-

B 8.5

deführer zu prüfen haben. Dabei ist davon auszugehen, dass (Grob-)Erschliessungsanlagen grundsätzlich auch einer Baustellenerschliessung standhalten sollten. Die Berufung auf eine Praxis kann der geforderten Verhältnismässigkeitsprüfung nicht gerecht werden. Gefordert ist vielmehr auch, dass die Beeinträchtigung der Strasse unter den gegebenen Umständen als wahrscheinlich erscheint

3.5.1 Die Beschwerdeführer bestreiten grundsätzlich nicht (nur) die Zulässigkeit beweisichernder Massnahmen. Vielmehr rügen sie insbesondere die Auflage zur Aufnahme und Bezahlung eines Zustandsprotokolls zulasten der Bauherrschaft.

Es ist mithin zu prüfen, wer die Kosten für die Zustandsaufnahme der Gemeindestrasse trägt, sofern sich diese nach Prüfung der Verhältnismässigkeit überhaupt als zulässig erweisen sollte.

3.5.2 Die beweisichernden Massnahmen werden in § 38 StraG nicht explizit geregelt. Demzufolge wird in dieser Bestimmung auch die Kostenfolge von beweisichernden Massnahmen nicht bestimmt. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung bedarf die Verpflichtung zu einer öffentlich-rechtlichen Geldleistung jedoch einer formell-gesetzlichen Grundlage, welche die Leistungspflicht mindestens in den Grundzügen festlegt. Die formellgesetzliche Grundlage muss zumindest den Kreis der Abgabepflichtigen, den Gegenstand und die Bemessungsgrundlagen selbst enthalten (vgl. BGE 134 I 179 Erw. 6.1 m.V.a. Art. 127 Abs. 1 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft [BV; SR 101] vom 18.4.1999, welcher analog auch auf andere Geldleistungen anwendbar ist; BGE 132 I 117 Erw. 4.2; BGE 132 II 371 Erw. 2.1; Bundesgerichtsurtel 2C_699/2017 vom 12.10.2018 [i.S. K. vs. Gemeinderat Reichenburg] Erw. 8.1).

Fraglich ist, ob die allgemeinen Bestimmungen zur vorsorglichen Beweissicherung als gesetzliche Grundlage für die Kostenaufgabe an die Bauherrschaft genügend sind. Diese Frage kann jedoch aus nachfolgenden Gründen offenbleiben.

3.5.3 Aus § 73 Abs. 1 VRP ergibt sich, dass die Behörde von einer Partei, welche die Durchführung von Beweiserhebungen beantragt, einen Kostenvorschuss verlangen kann. Im konkreten Fall wird die beweisichernde Massnahme von der Baubehörde verlangt. Es handelt sich somit sinngemäss bei der Baubehörde um die beantragende Partei, welche grundsätzlich kostenvorschusspflichtig ist. Dies entspricht auch dem Vorgehen auf Bundesebene, wonach in der Regel das Gemeinwesen die Kosten der Beweisvorkehrungen (zumindest vorläufig) selber trägt (vgl. Waldmann/Bickel,

in: Waldmann/Weissenberger, Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016, Art. 33 N 26). Analog wird auch im zivilrechtlichen Verfahren vorgegangen, die gesuchstellende Person hat die Auslagen für die von ihr beantragten Beweiserhebungen vorzuschies- sen (vgl. Art. 98 i.V.m. Art. 102 ZPO). Anzuführen ist in diesem Zusammen- hang, dass im Falle eines seitens der Gemeinde geltend gemachten Schadens an der Strasse der Nachweis über den Zustand der Strasse vor Baubeginn entgegen der Auffassung des Gemeinderates nach der allge- meinen Beweislastregel von Art. 8 ZGB, die grundsätzlich auch im öffent- lichen Recht Geltung hat (vgl. BGE 138 II 465 Erw. 6.8.2; Urteil BGer 9C_634/2014 vom 31.8.2015 Erw. 6.3.4), nicht bei der Bauherrschaft, sondern bei der Gemeinde liegt. Entsprechend hat das Gemeinwesen die durch die Behebung der Beeinträchtigung einer Strasse entstandenen Kosten nachzuweisen (vgl. Baumann, a.a.O., § 107 Rz. 7).

3.5.4 Weiter stellt sich die Frage, wer die Kosten für die beweissichern- den Massnahmen endgültig zu tragen hat. Bei vorsorglichen Massnahmen wird darüber in der Regel mit der Hauptsache befunden. Gemäss § 72 Abs. 1 VRP trägt die Kosten für den Erlass von Verfügungen in der Regel die Partei, welche den Erlass verlangt hat, was in Bezug auf beweissichernde Massnahmen grundsätzlich die Baubehörde wäre. Die Kostenauf- lage ist in der VRP sowie in der ZPO grundsätzlich vergleichbar geregelt. Im Zivilrecht werden die Kosten (zunächst) - unter Vorbehalt einer anderen Verteilung im Hauptprozess - grundsätzlich (und soweit nicht unbillig gemäss Art. 107 ZPO) der gesuchstellenden Person auferlegt (BGE 139 III 33 Erw. 4). Im Falle eines Hauptprozesses können die Kosten für das vorsorgliche Beweisverfahren bei Obsiegen auf die dort unterliegende Partei abgewälzt werden (BGE 139 III 33 Erw. 4.5). Hieraus folgt gleichzeitig, dass die gesuchstellende Person bei Verzicht auf einen Hauptprozess die Kosten für die beweissichernden Massnahmen definitiv selbst zu tragen hat.

Nicht anders ist vorliegend zu entscheiden. Für eine auflagenweise ange- ordnete Zustandsprotokollierung einer Strasse als beweissichernde Mass- nahme, selbst wenn sich diese Auflage als verhältnismässig erweist, hat mithin das diese Auflage anordnende Gemeinwesen aufzukommen. Eine gesetzliche Grundlage, diese Kosten der Bauherrschaft aufzuerlegen, be- steht nicht. Insbesondere kann die Kostenaufgabe nicht auf Ziff. 22 kom- munale GebO abgestützt werden. Wie der Regierungsrat im angefochtenen Entscheid zutreffend ausführt, handelt es sich bei dieser Kostenaufgabe nicht um eine Gebühr im rechtlichen Sinne, und lässt sie sich somit auch nicht auf § 89 PBG abstützen. Zudem steht diese Regelung im Wider- spruch zur dargestellten Kostenregelung beweissichernder Massnahmen

B 8.6

gemäss der VRP sowie der ZPO als übergeordnetem Recht. Schliesslich wurde die kommunale GebO vom Gemeinderat und nicht von der Gemeindeversammlung erlassen. Es ist fraglich, ob die kommunale GebO, zu deren Erlass der Gemeinderat in Art. 92 des kommunalen Baureglements vom 3. Februar 2010/ 2. Dezember 2015 ohne Festlegung der Grundzüge der Leistungspflicht ermächtigt wurde, vor dem Legalitätsprinzip standhält (vgl. vorstehend Erw. 3.5.2).

Ob die Kosten für das Zustandsprotokoll der Strasse mit der Geltendmachung einer allfälligen Entschädigung gemäss § 38 StraG von der Bauherrschaft eingefordert werden können, ist nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens und daher nicht zu prüfen.

(VGE III 2019 41 vom 25. Juli 2019).

8.6 Erschliessung

- *Anforderungen an eine technisch hinreichende Erschliessung.*

Aus den Erwägungen:

3.1.2 Art. 19 Abs. 1 RPG will mit dem Erfordernis der hinreichenden Erschliessung vor allem polizeiwidrige Zustände verhindern. Im Vordergrund stehen verkehrs-, gesundheits- und feuerpolizeiliche Überlegungen. Eine hinreichende Zufahrt besteht, wenn die Zugänglichkeit sowohl für die Benützer der Bauten als auch für Fahrzeuge der öffentlichen Dienste (Feuerwehr, Krankenwagen, Kehrrixtabfuhr, Elektrizitäts- und Wasserwerke etc.) gewährleistet ist. Aus bundesrechtlicher Sicht genügt es, wenn eine Zufahrtsstrasse hinreichend nahe an Bauten und Anlagen heranzuführt. Die befahrbare Strasse muss nicht bis zum Baugrundstück oder gar zu jedem einzelnen Gebäude reichen; vielmehr genügt es, wenn Benützer und Besucher mit dem Motorfahrzeug (oder einem öffentlichen Verkehrsmittel) in hinreichende Nähe gelangen und von dort über einen Weg zum Gebäude oder zur Anlage gehen können. Bei der Beurteilung der hinreichenden Erschliessung steht den kantonalen und kommunalen Behörden ein erhebliches Ermessen zu. Der Umstand, dass eine Erschliessung nicht einer Idealvorstellung entspricht, sondern in Einzelfällen gewisse Probleme aufweisen mag, macht sie nicht ohne weiteres im Sinne von Art. 19 Abs. 1 und Art. 22 Abs. 1 lit. b RPG ungenügend (vgl. Bundesgerichtsurteile 1C_321/2017 vom 7.8.2018 [i.Sa. A. vs. RR Schwyz] Erw. 4.2; 1C_489/2017 vom 22.5.2018 [i.Sa. Evangelisch-reformierte Kirchgemeinde Höfe] Erw. 3.2; 1C_273/2014 vom 13.11.2014 Erw. 4.3.2 [i.Sa.

A. vs. RR Schwyz] mit Hinweisen; 1C_237/2007 vom 13.2.2008 Erw. 4.3; BGE 121 I 65 Erw. 3a; Zaugg/Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 4. Aufl., Band 1, Bern 2013, Art. 7/8 N 15 f. [Wegstück zu Fuss nicht länger als 100 m].

3.1.3 Im Verfahren 1C_603/2015 vom 5. April 2016 hat das Bundesgericht die Erschliessung einer Bauliegenschaft über eine davorliegende überbaute Drittparzelle durch einen Fussweg mit rund 60 Treppenstufen und einer zu überwindenden Höhendifferenz von 12 m als rechtsgenügend erachtet (Erw. 2.2). Hieran konnte die Tatsache, dass Fahrräder, Einkaufs- und Kinderwagen und schwere Waren über die Treppe zum Wohnhaus hochgetragen werden mussten, nichts ändern. Zumutbar bleibe diese Erschliessung bei einem allfälligen Krankentransport auch dem Sanitätspersonal wie auch dem Patienten. Es gebe keinen Unterschied zur Situation, in denen der Personaltransport über das Treppenhaus eines Mehrfamilienhauses erfolgen müsse, weil kein oder ein für eine Tragbahre zu kleiner Lift vorhanden sei. Das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich (Urteil VB.2005.00335 vom 17.11.2005 Erw. 4.1) erachtete ein Wohnhaus als genügend erschlossen, wenn zwischen dem Ende einer rechtsgenügenden Zufahrt und dem Hauseingang eine Weglänge von 80 m liegt (vgl. auch Jeannerat, in: Aemisegger/Moor/Ruch/Tschannen [Hrsg.], Praxiskommentar RPG: Nutzungsplanung, Art. 19 RPG Rz. 24).

(...).

3.3.1 Gemessen an der vorstehend dargelegten (Erw. 3.1.2 f.) Rechtsprechung ist die Erschliessung des DFH auch in tatsächlicher Hinsicht als rechtsgenügend zu qualifizieren. Hiervon konnte sich das Verwaltungsgericht mit der Begehung der Zugangsmöglichkeiten anlässlich des Augenscheines überzeugen. Die (rechtlich gesicherte) Zufahrt erfolgt ab der S.Strasse sowie ergänzend über die private Zufahrtsstrasse der westlich angrenzenden Überbauung (namentlich Wegparzelle KTN 0007) zu den Parkieranlagen auf KTN 0003, wo das Baugrundstück über vier mit Dienstbarkeiten gesicherte Parkplätze verfügt. Weiter erfolgt die Erschliessung über Treppen und Lifte.

Irrelevant ist die Tatsache, dass die Erschliessung der Bauparzelle über eine davorliegende Parzelle mit einer Terrassenüberbauung erfolgt. Zweifelsohne entspricht die Zugänglichkeit über (Aussen- wie Innen-) Treppen wie auch mittels zweimaligem Umsteigen bei Benützen der beiden Liftanlagen der Terrassenbaute auf KTN 0003, von denen der erste von der Garage her zu den unteren Stockwerken und der zweite von diesen zu den oberen Stockwerken führt, sowie des Liftes des DFH nicht der Idealvorstellung einer Wohnungsererschliessung.

B 8.7

Insoweit unterscheidet sich der Komfort der Erschliessung jedoch nicht erheblich von anderen Überbauungen an Hanglagen und/oder von Hochbauten/ Hochhäusern. Ein Verzicht auf direkte Hauszufahrten kommt namentlich innerhalb von Gesamtüberbauungen oder an steilen Hanglagen vor. So entspricht es etwa der Praxis im Kanton Zürich, dass an Hanglagen Bauparzellen in zweiter Bautiefe häufig nur über Fusswege erschlossen sind (Fritzsche/Bösch/Wipf, Zürcher Planungs- und Baurecht, 5. Aufl., 2011, S. 573 Ziff. 12.3.2.1). Vorliegend ist die Erschliessung des DFH im Vergleich zu den oberen Stockwerken des davorliegenden Terrassenhauses nicht erheblich (zusätzlich) erschwert; effektiv verlängert sich der Zugang gegenüber dem obersten Stockwerk des Terrassenhauses um rund 8 m. Es kann jedenfalls nicht gesagt werden, Rettungskräften sei ein Zugang nicht möglich; andernfalls müsste diese Beurteilung zumindest auch für die oberen Etagen des Terrassenhauses gelten. Die vorinstanzliche Beurteilung, wenn die Liegenschaft KTN 0003 auch mit Bezug auf Blaulichtorganisationen über eine genügende Erschliessung verfüge, müsse ein gleiches auch für die unmittelbar anschliessende Bauliegenschaft KTN 1578 gelten, erweist sich nicht als rechtsfehlerhaft.

(VGE III 2018 93 vom 12. Februar 2019).

8.7 Nebenbaute - Autoliftanlage

- *Qualifikation einer mit einer Einzelgarage vergleichbaren Autoliftanlage als Nebenbaute.*

Aus den Erwägungen:

4.1.1 Der Begriff der Nebenbaute ist ein unbestimmter Rechtsbegriff kantonalen Rechts (vgl. EGV-SZ 1994 Nr. 57; EGV-SZ 1983 Nr. 47 Erw. 2.b). Entsprechend richtet sich die Auslegung des Kriteriums der Eingeschossigkeit nach kantonalem Recht (vgl. VGE III 2015 213 vom 25.5.2016 Erw. 2.1.2; EGV-SZ 2003 B. 8.2 Erw. 4d; EGV-SZ 1990 Nr. 17 Erw. 3c). Nach dem Willen des kantonalen Gesetzgebers liegt eine Nebenbaute nur dann vor, wenn u.a. das Kriterium "unbewohnte Bauten, wie Garagen, Kleinbauten" erfüllt ist. Damit hat der Gesetzgeber zum Ausdruck gebracht, dass eine Nebenbaute grundsätzlich nicht dem genau gleichen Zweck wie die Hauptbaute dienen darf, mithin der Zweck der Nebenbaute sich von demjenigen der Hauptbaute unterscheidet (wobei die Nebenbaute zur Hauptbaute insofern in einem untergeordneten bzw.

zugehörigen Verhältnis steht, als sie einem Nebenzweck für die Hauptbaute dient) (VGE III 2018 9 vom 30.5.2018 Erw. 1.2.3; III 2016 96 vom 21.12.2016 Erw. 3.4.1 je mit Hinweisen).

4.1.2 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 (geringerer Grenzabstand, Grenzbau usw.) unterlaufen werden könnte. Aus der vom kantonalen Gesetzgeber gewählten Formulierung, dass eine Nebenbaute eingeschossig sein muss, ist zum einen zu schliessen, dass eine Baute mit zwei Vollgeschossen nicht unter den Begriff der Nebenbaute subsumiert werden darf. Zum anderen kann - wenn eine Baute mit einem (Erd)Geschoss noch zusätzlich einen Dachaufbau oder eine Unterkellerung aufweist - von einer "einstöckigen Nebenbaute" prinzipiell nur noch dann die Rede sein, wenn dem zusätzlichen Bereich über oder unter dem (Erd- bzw. Haupt-)Geschoss im Vergleich zum Erdgeschoss nur eine völlig untergeordnete Bedeutung zukommt, dergestalt, dass der zusätzliche Bereich nur sehr beschränkt benützbar ist. Eine solche beschränkte Benützbarkeit liegt beispielsweise dann vor, wenn der Kellerbereich weitgehend unter dem gewachsenen Terrain zu liegen kommt, oder in der ebenfalls als zulässig erkannten Nebennutzung eines Garagendaches als Terrasse (vgl. EGV-SZ 2003 B. 8.2 Erw. 4d; EGV-SZ 1990 Nr. 17 Erw. 3c; EGV-SZ 1987 Nr. 8 S. 37 ff.).

4.1.3 In VGE III 2013 200 vom 22. Mai 2014 (Erw. 4.2) hat das Verwaltungsgericht mit Verweis auf die Literatur (Fritsche/Bösch/Wipf, Zürcher Planungs- und Baurecht, 5. Aufl. 2011, S. 884 und 1218; Koepf, Bildwörterbuch der Architektur, 2. Aufl. 1985, S. 171) sowie auf seine Rechtsprechung (VGE III 2012 202 vom 14.5.2013 Erw. 6.1.3; III 2010 115 + 118 vom 18.11.2010 Erw. 6.4) auf die Definition abgestellt, wonach ein Geschoss ein durch Decken (bzw. Böden) begrenzter horizontaler Ausschnitt eines Gebäudes ist (vgl. auch VGE III 2018 9 vom 30.5.2018 Erw. 1.3.4).

4.2 Beim vorliegend zu behandelnden Bauvorhaben ist nordwestlich des Hauptgebäudes eine Baute geplant, mit einer Autoliftnanlage im südlichen Bereich und einem Gartenhaus im nördlichen Bereich. Diese Baute weist eine Länge von 9.65 m und eine Breite von 4.70 m auf, was eine Grundfläche von 45.35 m² ergibt. Die maximale Gebäudehöhe (an der Ostfassade) dieser Baute beträgt 3.50 m und die Firsthöhe 4.27 m (§ 60 Abs. 2 PBG). Gegenüber dem nordwestlich gelegenen Grundstück hält diese

B 8.8

Baute an der engsten Stelle einen Abstand von 2.60 m ein und gegenüber der privaten Strassenparzelle einen solchen von 6.43 m.

Der Autolift dient als senkrechter Zugang zur Tiefgarage, welche sich vollständig unter Terrain im Untergeschoss des Hauptgebäudes befindet. Der Schacht des Autolifts reicht bis 1.5 m unter den Boden der Tiefgarage. Horizontal wird der Liftschacht naturgemäss ausschliesslich durch das Fundament am Boden und den Abschluss beim Dach begrenzt. Dazwischen befindet sich der vertikal bewegliche Liftboden mit Haltemöglichkeiten auf dem Niveau der Ein- resp. Ausfahrt auf den Lift und auf dem Niveau der Tiefgarage im Untergeschoss, wo das transportierte Fahrzeug wiederum aus dem Lift aus- resp. in diesen einfährt.

4.3 Diese Baute ist nicht bewohnbar, was unumstritten ist. Gegen aussen tritt sie als eine um 4.85 m physisch von der Hauptbaute abgesetzte eingeschossige Nebenbaute, ähnlich wie eine Einzelgarage, in Erscheinung und hält die für eine Nebenbaute geltenden Masse und Abstände gemäss § 61 Abs. 1 PBG und Art. 21 Abs. 2 BauR ein (vgl. Erw 4.1 hier vor). Als Zugang zur Tiefgarage im Untergeschoss kommt dem Autolift eine untergeordnete bzw. zugehörige Hilfsfunktion für die Hauptbaute zu (vgl. Erw. 4.1.1 hier vor).

Der Liftschacht erstreckt sich zwar über zwei Geschosse, ist aber - da die Stockwerke nicht als solche benutzbar sind, weil kein Boden vorhanden ist - nicht mehrgeschossig (vgl. Erw. 4.1.3 hier vor; so auch das Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Graubünden R 15 7 vom 1.9.2015 Erw. 2c). Die unterirdische Verzahnung der Ein- resp. Ausfahrt des Autolifts mit der Tiefgarage unter dem Hauptgebäude vermag weder etwas an der Beurteilung des Autolifts als nicht mehrgeschossig zu ändern, noch dessen Qualifikation als Nebenbaute zu verhindern (vgl. EGV-SZ 2011 B 8.4 Erw. 4.3). Verbindungstüren zwischen Hauptgebäude und Nebengebäude sind denn auch nicht unzulässig (vgl. VGE III 2014 103 vom 28.8.2014 Erw. 4.1.2; III 2015 184 vom 24.8. 2016 Erw. 2.3.2).

Im Ergebnis haben die Vorinstanzen die geplante Baute, mit einer Autoliftanlage im südlichen Bereich und einem Gartenhaus im nördlichen Bereich zu Recht als Nebenbaute qualifiziert, welche die Abstandsprivilegien gemäss § 61 Abs. 1 PBG beanspruchen kann.

(VGE III 2018 136 vom 12. Februar 2019).

8.8 Baukontrolle - Zweck

- *Zweck der Baukontrolle*

Aus den Erwägungen:

3.3 Der Regierungsrat hat die vom Beschwerdeführer konkretisierten Vergleichsobjekte kategorisiert, um die grundsätzliche Vergleichbarkeit der Vergleichsobjekte mit dem nicht mehr zonenkonformen Ferien- und Wochenendhaus zu prüfen.

3.3.1 (...).

3.4.1 Zu den Vergleichsobjekten "ohne Bewilligung" führt der Beschwerdeführer aus, dass entweder die Baukontrolle nicht funktioniere oder bezüglich der Baukontrolle beim Objekt des Beschwerdeführers ein ungleicher Massstab angewendet werde.

Der Zweck der Baukontrolle besteht in der Prüfung, ob das Bauvorhaben plankonform bzw. in Übereinstimmung mit dem materiellen Recht erstellt wurde oder ob, wie vorliegend, von der Baubewilligung abweichende Änderungen erfolgt sind (vgl. Beeler, Die widerrechtliche Baute, S. 50; § 88 Abs. 2 des Planungs- und Baugesetzes [PBG; SRSZ 400.100] vom 14.5.1987). Wo eine Baute geändert oder erstellt wird, ohne dass vorgängig korrekterweise ein Baugesuch eingereicht und um die gesetzlich geforderte Bewilligung ersucht wird, findet zwangsläufig auch keine Baukontrolle statt. Mit einem auf einem positiven Menschenbild aufbauenden freiheitlichen Staate, in welchem vom sich verantwortungsvoll, korrekt und auch regelkonform verhaltenden Menschen ausgegangen werden darf, sind auf einem generellen Misstrauen basierende periodische staatliche (bzw. behördliche) Kontrollen, wie sie offensichtlich vom Beschwerdeführer als geboten erachtet werden, grundsätzlich nicht zu vereinbaren. Es kann daher Baubewilligungsbehörden nicht angelastet werden, wenn sie allenfalls erst auf Anzeige hin Kenntnis von widerrechtlichen Bauten erhalten und erst dann aktiv werden. Insbesondere lässt sich damit kein Anspruch auf Gleichbehandlung begründen. Anzuführen ist, dass dort, wo sich Menschen üblicherweise regelkonform verhalten, auch kein Nährboden für Denunziantentum wachsen kann.

Es ist dem Regierungsrat mithin beizupflichten, dass der Beschwerdeführer aus ohne Bewilligung ausgeführten Objekten nichts zu seinen Gunsten ableiten kann.

(VGE III 2019 8 vom 27. Mai 2019).

B 8.9

8.9 Heimatschutz - ENHK-Gutachten

- *Keine Verletzung der Gemeindeautonomie, wenn der Regierungsrat gestützt auf fachliche Empfehlungen eine Gemeinde zur Einholung eines Gutachtens der Eidgenössischen Natur- und Heimatschutzkommission verpflichtet.*

Aus dem Sachverhalt:

Mit Urteil 1C_558/2015 vom 30. November 2016 (= BGE 143 II 77 = URP 2017 S. 276 ff.) hat das Bundesgericht auf Beschwerde hin eine von den kantonalen Instanzen bestätigte kommunale Baubewilligung für ein Gebäude im Weiler Seestatt, der im Bundesinventar der schützenswerten Ortsbilder (ISOS) aufgenommen ist, aufgehoben. Die für das Nachfolgeprojekt erteilte Baubewilligung, das im Unterschied zum ersten Bauprojekt keiner gewässerschutzrechtlichen Ausnahmegewilligung bedurfte, wurde vom Regierungsrat aufgehoben und die Sache zur Einholung eines Gutachtens bei der Eidgenössischen Natur- und Heimatschutzkommission (ENHK) an die Gemeinde zurückgewiesen. Hiergegen verwehren sich Bauherrschaft und Gemeinde.

Aus den Erwägungen:

2.2 (...). Im Wesentlichen erwog der Regierungsrat, (...) eine Bewilligung nach Art. 19 Abs. 2 des Bundesgesetzes über den Schutz der Gewässer (Gewässerschutzgesetz, GSchG; SR 814.20) vom 24. Januar 1991 i.V.m. Art. 32 Abs. 2 lit. b Gewässerschutzverordnung (GSchV; SR 814.201) vom 28. Oktober 1998 stelle weder eine (von Bundesrecht geregelte) Spezialbewilligung dar noch betreffe sie den spezifischen Gewässerschutz, womit eine Bundesaufgabe gegeben wäre. Bei der Erteilung der nachgesuchten Bewilligung handle es sich nicht um eine Bundesaufgabe. Es bestehe daher gestützt auf die Natur- und Heimatschutzgesetzgebung für das umstrittene Bauvorhaben keine Begutachtungspflicht. Indessen gelangte der Regierungsrat namentlich in Würdigung des Bundesgerichtsentscheides 1C_558/2015 vom 30. November 2016 und der Empfehlung des kantonalen Amtes für Kultur (kantonalen Denkmalpflege) zum Ergebnis, dass vom Gemeinderat in Zusammenarbeit mit dem ARE ein Gutachten der Eidgenössischen Natur- und Heimatschutzkommission (ENHK) einzuholen ist.

2.3.1 Der Gemeinderat macht geltend, die vom Regierungsrat befürwortete Notwendigkeit eines Gutachtens der ENHK stehe im Widerspruch zur Beurteilung der Baugesuche vom 31. Oktober 2012 und 13. Mai 2014 durch das ARE, das Amt für Kultur und den Regierungsrat. Das Bundesgericht habe seine Ausführungen zu einem Gutachten der ENHK angesichts seiner Qualifikation des Bauvorhabens als Bundesaufgabe infolge der Lage der Baute im Gewässerraum gemacht. Nachdem keine gewässerschutzrechtliche Ausnahmegewilligung mehr erforderlich sei, was der Regierungsrat im angefochtenen RRB bestätigt habe, habe der Gemeinderat gestützt auf den Gesamtentscheid des ARE vom 5. Dezember 2017 auf die Einholung eines Gutachtens der ENHK verzichtet. (...).

2.3.2 Die Bauherrschaft macht ebenfalls geltend, das Neubauprojekt werde von allen Vorinstanzen richtigerweise als Ersatzbau im Sinne von Art. 41c Abs. 2 GSchV und § 72 PBG qualifiziert und bedürfe keiner Ausnahmegewilligung zur Unterschreitung des Gewässerraumes mehr. Somit liege keine Bundesaufgabe vor und bestehe auch keine Begutachtungspflicht seitens der ENHK. (...).

3.1.2 Auch Private können sich auf die Gemeindeautonomie berufen, soweit diese Garantie eine Auswirkung auf ihre rechtliche oder tatsächliche Stellung haben kann. Voraussetzung hierfür ist lediglich, dass die Gemeinde hoheitlich gehandelt hat bzw. in ihrer Stellung als Hoheitsträger berührt ist; ob ihr im fraglichen Bereich Autonomie zusteht und ob diese verletzt worden ist, ist eine Frage der materiellen Beurteilung (BGE 135 I 43 Erw. 1.2; Urteile BGer 1C_53/2013 vom 7.5.2013 Erw. 1.1; 1C_43/2013 vom 22.10.2013 Erw. 1.3).

3.2 Die Gemeinde beruft sich auf Art. 40 BauR i.V.m. der kommunalen SchutzVO, welche den Gemeinderat in Art. 15 als zuständig für Bewilligungen im Rahmen der SchutzVO bezeichne, wobei der Gemeinderat auch die kantonale Denkmalpflege als beratende Instanz beiziehen könne. Die Bauherrschaft beruft sich auf die Autonomie der Gemeinde im Bereich des Ortsbildschutzes.

Die Beschwerdebefugnis der Gemeinde ist zu bejahen. Ob die Gemeindeautonomie durch den Regierungsrat verletzt wurde, ist Gegenstand der materiellen Beurteilung.

3.3 (...).

4.2.1 Für den Natur- und Heimatschutz sind gemäss Art. 78 Abs. 1 BV die Kantone zuständig. Die im Kanton Schwyz massgebenden Vorschriften

B 8.9

finden sich im Gesetz über den Natur- und Heimatschutz und die Erhaltung von Altertümern und Kunstdenkmälern (KNHG; SRSZ 720.110) vom 29. November 1927 sowie im Planungs- und Baugesetz (PBG; SRSZ 400.100) vom 14. Mai 1987 (§ 56). (...). Gemäss § 3 Abs. 1 KNHG sorgt der Gemeinderat für den Schutz der in § 1 KNHG genannten Objekte und trifft die erforderlichen Verfügungen. Unterlässt ein Gemeinderat die erforderlichen Massnahmen, so schreitet der Regierungsrat von sich aus ein (§ 3 Abs. 2 KNHG). Wird die Schutzbedürftigkeit eines Objektes bestritten oder ergeben sich Differenzen über den Umfang des Schutzes, so kann der Regierungsrat Sachverständige beiziehen (§ 4 KNHG). Der Schutz von Kultur- bzw. Baudenkmälern wird in § 6 Abs. 1 KNHG geregelt. Danach ist es untersagt, Bauwerke, an die sich wichtige geschichtliche Ereignisse knüpfen oder denen ein erheblicher kunsthistorischer Wert zukommt, zu verunstalten, in ihrer Wirkung zu beeinträchtigen, der Allgemeinheit zu entziehen oder ohne Bewilligung des Regierungsrates zu beseitigen. § 6 Abs. 2 KNHG verweist im Übrigen auf die Bestimmungen von §§ 3 - 5 KNHG. Gemäss § 9 KNHG ist der Regierungsrat ermächtigt, einen Fachmann zu bezeichnen, der der im Vertragsverhältnis das Inventar der zu schützenden Gegenstände usw. führt, Gutachten verfasst und Ratschläge erteilt.

4.2.2 Für den im KNHG vorgesehenen Objektschutz wird weder eine förmliche Unterschutzstellung noch eine Inventaraufnahme vorausgesetzt. Vielmehr genügt es, dass sich die Schutzwürdigkeit aus objektiven Anhaltspunkten ergibt (vgl. Urteil des BGer 1C_270/2008 vom 6.2.2009 Erw. 3.3.1); dabei stellt die Aufnahme eines Objektes in das Inventar jeweils einen solchen objektiven Anhaltspunkt dar und dem KIGBO-Eintrag kommt Weisungscharakter gegenüber der Baubewilligungsbehörde zu (vgl. VGE III 2017 115+117 vom 24.11.2017 Erw. 4.9.3; VGE III 2015 81 vom 26.8.2015 Erw. 4.8; VGE III 2009 46 vom 27.10.2009 Erw. 4.3.2 mit Hinweisen). Eine Ausschlusswirkung bezüglich nichtinventarisierter Objekte kommt dem KIGBO jedoch nicht zu (VGE III 2014 116 vom 25.11.2014 Erw. 6.5 mit Hinweisen [= EGV-SZ 2014 B 8.7]; vgl. BGE 118 Ia 384 Erw. 3).

4.3.1 (...).

4.3.2 Die Schutzbestimmung gemäss Art. 6 NHG gilt lediglich bei der Erfüllung von Bundesaufgaben (Art. 2 und 3 NHG) in unmittelbarer Weise. Bei der Erfüllung von kantonalen und kommunalen Aufgaben wird der Schutz von Ortsbildern - wie vorstehend dargelegt (Erw. 4.2.1 f.) - durch kantonales und kommunales Recht gewährleistet. Auch bei der Erfüllung

von kantonalen und kommunalen Aufgaben sind indessen gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung Bundesinventare wie das ISOS von Bedeutung (vgl. auch VGE III 2012 76 vom 18.10.2012 Erw. 4.4). (...).

4.3.3 Gemäss Art. 17a NHG umschreibt der Bundesrat die Fälle, in denen eine Kommission mit Zustimmung des Kantons von sich aus oder auf Ersuchen Dritter Gutachten erstellen kann. Die ENHK und die EKD können gemäss Art. 25 Abs. 1 lit. e der Verordnung über den Natur- und Heimatschutz (NHV; SR 451.1) vom 16. Januar 1991 solche Gutachten erstellen, sofern ein Vorhaben, das keine Bundesaufgabe nach Art. 2 NHG darstellt, ein Objekt beeinträchtigen könnte, das in einem Inventar des Bundes nach Art. 5 NHG aufgeführt oder anderweitig von besonderer Bedeutung ist. Diese Gutachten sollen dazu beitragen, die Kontroverse um ein Objekt zu schlichten. Welche kantonale Behörde die Zustimmung erteilen darf, bestimmt sich nach kantonalem Recht (Leimbacher, in: Keller/Zufferey/Fahrländer, Kommentar NHG, 2. Aufl., Zürich 2019, Art. 17a NHG Rz. 10).

5.1.1 Zum einen ist, soweit ersichtlich, unbestritten, dass vorliegend - im Gegensatz zum Vorprojekt - keine Bundesaufgabe betroffen ist. Zum andern kann den vorangegangenen Entscheidungen des Regierungsrates wie auch des Verwaltungsgerichts keine präjudizierende Bedeutung zukommen, weil sie vom Bundesgericht aufgehoben und somit nicht rechtskräftig wurden; zudem bezogen sie sich auf ein anderes Bauvorhaben, welches zudem eine Bundesaufgabe betraf. Mit Vorbehalt sind entsprechend auch die vormaligen Beurteilungen des Amtes für Kultur bzw. der kantonalen Denkmalpflege zu würdigen.

5.1.2 Richtig ist, dass grundsätzlich die Gemeinden bzw. die Gemeinderäte für ortsbildschützerische Angelegenheiten zuständig sind und die erforderlichen Verfügungen zu treffen haben. Indes ist der Regierungsrat befugt, von sich aus einzuschreiten. Dies drängt sich aufgrund von § 4 KNHG namentlich dann auf, wenn die Schutzbedürftigkeit eines Objektes grundsätzlich bestritten wird oder sich Differenzen über den Umfang des Schutzes ergeben. Mithin wird die Gemeindeautonomie der Gemeinde namentlich bei Uneinigkeit über die Schutzbedürftigkeit und den Schutzzumfang eingeschränkt. Eine solche Uneinigkeit besteht vorliegend. Eine Verletzung der Gemeindeautonomie kann daher nicht ohne weiteres erkannt werden, wenn der Regierungsrat in einem solchen Fall Sachverständige beizieht; einem Beizug von Sachverständigen ist dabei auch die Verpflichtung der Bewilligungsbehörde, einen Sachverständigen bzw. eine Fachkommission beizuziehen, gleichzusetzen.

B 8.9

Eine gleiche Einschränkung ergibt sich bundesrechtlich aus Art. 17a NHG i.V.m. Art. 25 Abs. 1 lit. e NHV (vgl. vorstehend Erw. 4.3.3). Es ist davon auszugehen, dass die Kompetenz für die erforderliche (kantonale) Zustimmung gestützt auf § 9 KNHG beim Regierungsrat liegt.

5.2.1 (Zurückhaltung des Verwaltungsgerichts bei der Überprüfung vorinstanzlicher Ermessensausübung).

5.2.2-5.2.4 (Zusammenfassung der früheren Beurteilung seitens der Fachinstanzen und des Bundesgerichts).

5.2.5 Das ARE beantragte mit dem Gesamtentscheid vom 5. Dezember 2017 gestützt auf den Fachbericht des Amtes für Kultur (Denkmalpflege und Ortsbildschutz) die Einholung eines Gutachtens der ENHK. Begründet wurde dieser Antrag mit dem erwähnten Bundesgerichtsurteil und der dortigen Beurteilung des Bundesamtes für Kultur (BAK).

5.2.6 Das ARE reicht mit Vernehmlassung vom 21. Mai 2019 auch einen Mitbericht des Amtes für Kultur, Abteilung Denkmalpflege, vom 20. Mai 2019 ein. Die kantonale Denkmalpflege führt unter anderem aus, nachdem keine gewässerrechtliche Ausnahmebewilligung mehr erforderlich sei, handle es sich nicht mehr um eine Bundesaufgabe. Die kantonale Denkmalpflege habe sich zur Schutzwürdigkeit des strittigen Wohnhauses schon mehrfach geäußert. Da ein Erhalt, der nur durch die Aufnahme ins Kantonale Inventar der geschützten und schützenswerten Bauten (KIGBO) durchzusetzen sei, als unverhältnismässig und schwierig beurteilt werde, sei es in den Stellungnahmen um die angemessene Integration eines Ersatzbaus ins Ortsbild gegangen. Das Bundesgerichtsurteil 1C_558/2015 kläre die Frage nicht, ob der Erhalt zwingend zu verlangen sei oder ob eine Rekonstruktion die Anforderungen in Bezug auf das Ortsbild erfüllen könne. Zur Klärung dieser Frage habe die kantonale Denkmalpflege bereits mit Fachbericht vom 12. September 2017 empfohlen, ein Gutachten der ENHK einzuholen, wie dies nach Art. 7 Abs. 2 NHG für grundsätzliche Fragen möglich sei. Die kantonale Denkmalpflege empfehle weiterhin, ein Gutachten der ENHK einzuholen.

Dieser Mitbericht der kantonalen Denkmalpflege entspricht im Wesentlichen der im regierungsrätlichen Beschwerdeverfahren eingereichten Stellungnahme vom 20. Dezember 2018.

5.3.1 Es ist nicht zu verkennen, dass das Bundesgericht seine Beurteilung mit Bezug auf das Vorprojekt, welches infolge des Erfordernisses einer gewässerschutzrechtlichen Ausnahmebewilligung als Bundesaufgabe

zu qualifizieren war, vornahm. Die Beurteilung des BAK erfolgte jedoch unbesehen der Qualifikation als Bundesaufgabe oder als kantonale oder kommunale Aufgabe. Es wäre denn auch nicht einzusehen, weshalb das BAK als Fachbehörde bei der Beurteilung der Frage der Notwendigkeit einer allfälligen Begutachtung eines in einem ISOS-Perimeter liegenden Gebäudes abhängig von dieser Qualifikation einen anderen Massstab anwenden sollte. Abgesehen läge es auch nicht am BAK, eine entsprechende Qualifikation im Rahmen einer fachlichen Beurteilung vorzunehmen.

Die kantonale Fachbehörde (Amt für Kultur bzw. Denkmalpflege) hat die Beurteilung des BAK im vorliegenden Verfahren übernommen und entsprechend eine Begutachtung durch die ENHK beantragt. Der Widerspruch zur früheren Beurteilung des Amtes für Kultur ist zwar offensichtlich, indes muss eine solche Änderung der Beurteilung bzw. Neubeurteilung dank besserer Erkenntnis auch zulässig sein. Dies gilt namentlich, wenn sich die Korrektur der Beurteilung wie vorliegend auf die Einschätzung einer Fachbehörde des Bundes berufen kann, die ihrem Fachurteil die vergleichende Kenntnis der ISOS-Schutzobjekte aller und nicht nur einzelner Kantone zugrunde legen kann.

5.3.2 Der Regierungsrat hat angesichts der dargelegten fachlichen Empfehlung(en) zu Recht gefolgert, um die für einen Eingriff in ein ISOS-Schutzobjekt verlangte Interessenabwägung nach Art. 3 RPG sowie nach Art. 6 SchutzVO vornehmen zu können, müsse vorab einwandfrei geklärt werden, wie hoch das denkmalpflegerische Interesse am Erhalt der bestehenden und zum Abbruch vorgesehenen Baute einzustufen sei. Da diesbezüglich Unklarheit herrsche, sei es auch dem Regierungsrat nicht möglich, diese Interessenabwägung vorzunehmen. Vielmehr sei es angezeigt, dass zur Klärung dieser Frage, wie vom Amt für Kultur verlangt, ein Gutachten der ENHK eingeholt werden soll.

Für das Verwaltungsgericht besteht unter Beachtung der gebotenen Zurückhaltung angesichts der Tatsache, dass sich der Regierungsrat auf Beurteilungen des BAK wie auch - diesem folgend - des kantonalen Amtes für Kultur abstützen kann, kein Grund, von dieser überzeugenden und schlüssigen regierungsrätlichen Beurteilung abzuweichen. Hierin kann auch keine Ermessensverletzung (Ermessensunterschreitung) seitens des Regierungsrates gesehen werden. (...).

5.4 Der Gemeinderat hat in der Baubewilligung vom 18. Dezember 2017 den Abbruch unter Bezugnahme auf Art. 6 Abs. 2 SchutzVO, die frühere Beurteilung des Amtes für Kultur und den VGE III 2015 81 vom 26. August 2015 damit begründet, dass das bestehende Gebäude nicht

B 8.10

mehr erhaltenswert sei. An der bestehenden Baute bestehe kein öffentliches Interesse mehr; ein Abbruchverbot würde eine unzulässige Verletzung der Eigentumsgarantie bedeuten (...).

Zur diesen Argumentationen ist festzuhalten, dass Art. 6 Abs. 2 SchutzVO vorsieht, dass "überwiegende öffentliche Interessen den Abbruch erfordern". Hierauf ist der Fokus bei der Interessenabwägung zu richten; (...). Ob oder allenfalls inwieweit eine Verletzung der Eigentumsfreiheit vorliegt, kann bei dieser Sachlage im Übrigen im jetzigen Zeitpunkt nicht, jedenfalls nicht abschliessend, beurteilt werden.

5.6 Zusammenfassend hat der Regierungsrat die Gemeindeautonomie nicht verletzt, wenn er die Gemeinde verpflichtet hat, zur Klärung des denkmalpflegerischen Interesses am Erhalt der auf der Bauliegenschaft bestehenden Baute in Zusammenarbeit mit dem ARE ein Gutachten der ENHK einzuholen. Diese Verpflichtung erweist sich auch inhaltlich als gerechtfertigt. (...).

(VGE III 2019 73 + 78 vom 29. August 2019).

8.10 Grundwasserschutz

- *Der rechnerische Nachweis der Durchflusskapazität des Grundwassers ist Voraussetzung für die Erteilung einer gewässerschutzrechtlichen Ausnahmebewilligung.*
- *Die gewässerschutzrechtliche Ausnahmebewilligung ist Voraussetzung für die Fundation des Gebäudes und die bauliche Unterschreitung des mittleren Grundwasserspiegels und somit eine "conditio sine qua non" für die ganze Baute.*
- *Unter Umständen kann sich die Einholung alternativer gewässerschutzrechtlicher Ausnahmebewilligungen aufdrängen.*

Aus dem Sachverhalt:

Die Bauherrschaft bejahte mit dem Baugesuch zunächst die Notwendigkeit einer Pfählung/Bohrung für die im Gewässerschutzbereich A_u geplante Baute. Gestützt auf eine erneute Berechnung wurde diese Notwendigkeit hernach verneint. In seinem Gesamtentscheid verlangte das ARE für den Fall, dass doch eine Pfählung erforderlich werde, einen Durchflussnachweis. Die Bauherrschaft reichte einen Durchflussnachweis ein und die Baubewilligungsbehörde bejahte die Bewilligungsfähigkeit der Pfahlfun-

dation. Indes verlangte das Amt für Umweltschutz (Abteilung Grundwasserschutz) einen Pfählungsplan und eine Überarbeitung des nicht korrekt berechneten Durchflussnachweises. Dieser Aufforderung kam die Bauherrschaft nach, wobei sie sich zur Frage der Pfahlfundation widersprüchlich äusserte. In der Folge teilte die Bauherrschaft mit, da keine Pfählung nötig sei, entfalle der Pfählungsplan.

Aus den Erwägungen:

3.3.8 Mit ihrer Stellungnahme rügt die Beschwerdeführerin unter anderem, es lägen unzählige Berichte im Recht, aber man wisse nicht mehr, welche gelten sollten. Es sei eine Mutmassung, dass das Bauvorhaben keiner Pfählung mehr bedürfe, da gemäss dem Bericht vom 30. November 2017 der definitive Entscheid nach Erstellung von Setzungsberechnungen durch den Geologen erfolge. Es sei unklar, wie die Gebäude erstellt werden sollten. Ob gepfählt werde oder nicht, könne nicht nachträglich seitens der Bauherrschaft entschieden werden.

3.3.9 Im angefochtenen Beschluss führte der Regierungsrat unter anderem aus, aufgrund des von der F. AG am 30. November 2017 nochmals überarbeiteten Durchflussnachweises sei "eine Pfahlfundation mittlerweile nicht mehr geplant und damit auch nicht (mehr) Gegenstand des Baubewilligungsverfahrens. "Offenbar" könne das Bauvorhaben ohne Pfahlfundation erstellt werden. Falls aber erst zu einem späteren Zeitpunkt ersichtlich werde, dass eine Pfählung wider Erwarten dennoch nötig sei, müsse die Beschwerdegegnerin für die Pfählung ein separates Baugesuch mit Pfählungsplan beim Gemeinderat einreichen. (...).

3.4.1 Wie der Regierungsrat im angefochtenen Entscheid zutreffend ausführt, ist der rechnerische Nachweis der Durchflusskapazität des Grundwassers Voraussetzung für die Erteilung einer gewässerschutzrechtlichen Ausnahmegewilligung. Diese wiederum ist Voraussetzung für die Fundation des Gebäudes und die bauliche Unterschreitung des mittleren Grundwasserspiegels und somit eine "conditio sine qua non" für die ganze Baute. Unzulässig ist es daher, den Nachweis der Durchflusskapazität erst vor Baufreigabe zu verlangen bzw. einzureichen. Der Nachweis muss entsprechend spätestens im Zeitpunkt der Baubewilligung vorliegen.

Es können denn auch keine Zweifel bestehen, dass die gewässerschutzrechtliche (Ausnahme-)Bewilligung der Koordinationspflicht gemäss Art. 25a RPG unterliegt; sie fällt unter keinen der hiervon ausgenommenen Spezialfälle (hierzu vgl. Waldmann/Hänni, Raumplanungsgesetz

B 8.10

[RPG], Bern 2006, Art. 25a N 21 ff.; Baumann, in: Baumann et al., Kommentar zum Baugesetz des Kantons Aargau, Bern 2013, § 64 Rz. 6 f.). Insbesondere kann die gewässerschutzrechtliche Ausnahmegewilligung für die Fundation des Gebäudes nicht als Spezialbewilligung von untergeordneter Bedeutung qualifiziert werden, die separat erteilt werden kann. Vielmehr stellt sie - bildlich - das Fundament bzw. in der Sprache des Regierungsrates die "conditio sine qua non" für die Baute dar.

3.4.2 Ein gestaffeltes Vorgehen der Behörden lässt Art. 25a RPG nach der Rechtsprechung nur zu, sofern dadurch die erforderliche materielle und soweit möglich formelle Koordination der Entscheide nicht vereitelt wird (BGE 126 II 26 Erw. 5d). Eine rein inhaltliche Abstimmung der erforderlichen Spezialbewilligungen mit der Baubewilligung genügt diesen Anforderungen grundsätzlich nicht. Erforderlich ist, dass die Spezialbewilligungen auch erstinstanzlich erteilt sind, damit sie im Rechtsmittelverfahren zusammen mit der Baubewilligung beurteilt werden können (BGE 127 II 273 Erw. 3d; vgl. das vorerwähnte Bundesgerichtsurteil 1C_617/2017 vom 25.5.2018 [ZBI 2019] S. 39 ff. Erw. 2.2).

3.4.3 Mit diesen gesetzlichen Vorgaben an die Koordinationspflicht ist es grundsätzlich nicht zu vereinbaren, wenn - im Sinne eines "Trial and Error"-Verfahrens - unter wissentlicher Inkaufnahme eines allfälligen technischen Ungenügens einer favorisierten konstruktiven Lösung (vorliegend Fundation ohne Pfählung) einzig deren gewässerschutzrechtliche Bewilligungsfähigkeit geprüft wird und, sofern diese Lösung sich als untauglich erweisen sollte, der (Eventual-)Fall einer bautechnisch erforderlichen alternativen Lösung (vorliegend Fundation mit Pfählung) auf ein nachfolgendes (Bau-)Bewilligungsverfahren verschoben wird.

Stellt sich im Nachhinein heraus, dass die bewilligte Lösung nicht machbar ist bzw. den geologisch-/hydrologischen Anforderungen nicht genügt, bedeutet dies zum einen im Kern nichts anderes, als dass die Baubewilligung, da die "conditio sine qua non" der Baubewilligung nicht gegeben war bzw. weggefallen ist, zu Unrecht erteilt wurde. Zum andern wird damit die realisierbare Lösung einer technischen Bewilligung (§ 44 PBV) angenähert mit dem nicht unerheblichen Unterschied, dass die Baufreigabe mittlerweile bereits erteilt worden sein dürfte. Ein späteres separates Baugesuch für eine Pfahlfundation lässt sich allenfalls vertreten, wenn sich wider den *lege artis* durchgeführten geologischen sowie hydrologischen und allfälligen weiteren erforderlichen Abklärungen eine Pfählung wider jegliches Erwarten als erforderlich herausstellen sollte. Unter Umständen kann sich daher die parallele Einreichung von Gesuchen (Alternativen)

tivgesuche) für eine pfahllose Fundation und eine Pfahlfundation aufdrängen, was sich diesfalls nicht nur mit verfahrensökonomischen Gründen rechtfertigen lässt (Fritzsche/Bösch/Wipf, Zürcher Planungs- und Bau-recht, 5. Aufl., 2011, S. 279), sondern auch mit der Koordinationspflicht, bzw. durch diese geboten wird. Dass der allfällige (Mehr-)Aufwand vertretbar wäre, zeigt das vorliegende Beispiel (vgl. nachstehend Erw. 3.4.4).

3.4.4 Im konkreten Fall wechselten die Entscheide für eine Baute ohne Pfählung einerseits und eine Baute mit Pfählung andererseits sprunghaft und insbesondere ohne nachvollziehbare Begründung. Letzteres gilt namentlich für die Durchflussnachweise. (...).

3.4.5 Im Sinne der vorstehenden Erwägungen ist der angefochtene Ent-scheid mit Blick auf die gewässerschutzrechtliche Beurteilung, soweit eine alternativ nicht auszuschliessende Pfählung auf ein späteres Baubewilligungs-verfahren verschoben wird, zum einen nicht mit der Koordinations-pflicht zu vereinbaren. Zum andern erweist sich im Ergebnis auch der Sachverhalt hinsichtlich der erforderlichen Fundation (Pfählung notwen-dig oder nicht notwendig) nicht als rechtsgenüglich erstellt.

3.5 Des Weiteren fallen verschiedene Inkonsistenzen auf. (...).

Im Rahmen der ergänzenden Abklärungen sind auch diese Widersprüche zu lösen und die Voraussetzungen für eine einwandfreie, nachvollziehbare Beurteilung der erforderlichen kompensatorischen Massnahmen zu erstellen, unabhängig der Entscheidung für eine Fundation mit und ohne Pfähle.

(VGE III 2018 160 + VGE III 2019 36 vom 27. Mai 2019).

11. Arbeitsvergaben (Submission)

11.1 Unterkriterien von Zuschlagskriterien

- *Eine generelle Pflicht, Unterkriterien mit der Ausschreibung zu publi-zieren, existiert nicht.*
- *Voraussetzung der Nichtpublikation ist, dass die Unterkriterien einzig dazu dienen, ein publiziertes Kriterium zu konkretisieren, und nicht über das hinausgehen, was gemeinhin zur Definition des betreffenden Haupt-kriteriums angeführt wird, diesen also inhärent sind.*

B 11.1

- *Der Personalbestand ist dem Hauptkriterium Referenzen der Unternehmung nicht inhärent und kann damit - ohne vorgängige Publikation - nicht Unterkriterium bilden.*

Aus den Erwägungen:

3.1 Die Beschwerdeführerin rügt sinngemäss eine Verletzung des Transparenzprinzips. (...). Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung verlangt das Transparenzprinzip unter anderem, dass Eignungs- und Zuschlagskriterien in der Ausschreibung bekannt gegeben werden (BGE 141 II 353 Erw. 6.4; VGE III 2013 105 vom 7.10.2013 Erw. 4.2.2). An die Ausschreibung mit den publizierten Vergabekriterien ist die Vergabebehörde gebunden; eine nachträgliche Änderung dieser Kriterien ist grundsätzlich unzulässig (BGE 130 I 241 Erw. 5.1; Urteil BVGer B_6837/2010 vom 15.3.2011 Erw. 3.2).

Die Zuschlagskriterien sind nach prozentualer Gewichtung oder zumindest nach der Reihenfolge zu nennen (vgl. § 12 Abs. 1 lit. m VIVöB). Wenn die Vergabestelle Subkriterien festlegt, welche sie zu verwenden gedenkt, muss sie diese unter Nennung ihrer jeweiligen Gewichtung den Offerenten ebenfalls im Voraus mitteilen. Allerdings verlangt das Transparenzprinzip grundsätzlich nicht auch die vorgängige Bekanntgabe von Unterkriterien oder Kategorien, welche einzig dazu dienen, ein publiziertes Kriterium zu konkretisieren, jedenfalls soweit sie nicht über das hinausgehen, was gemeinhin zur Definition des betreffenden Hauptkriteriums angeführt wird, diesen inhärent sind, oder soweit ihnen die Vergabestelle nicht eine übertragende Bedeutung verleiht und ihnen eine Rolle zuschreibt, welche derjenigen eines Hauptkriteriums entspricht (BGE 143 II 553 Erw. 7.7; BGE 130 I 241 Erw. 5.1; BGE 130 I 241 Erw. 5.1; Urteil BVGer B-6837/2010 vom 15.3.2011 Erw. 3.3). Die Spielregeln einer Beschaffung müssen aus Fairnessgründen zum Voraus bekannt gegeben werden, damit Missbrauch und Manipulation bei der Zuschlagserteilung möglichst ausgeschaltet werden können (vgl. VGE III 2013 105 vom 7.10.2013 Erw. 4.2.2; VGE III 2009 162 vom 27.10.2009 Erw. 3.2.5; VGE III 2007 146 vom 11.10.2007 Erw. 2.6; Galli/Moser/Lang/Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl., Zürich 2013, Rz. 846 ff. und 954 ff., [...]). Den Vergabebehörden verbleibt immer noch ein erheblicher Ermessensspielraum bei der Wahl der Kriterien und ihrer Gewichtung sowie der Subsumtion der Sachverhalte unter die festgelegten Kriterien.

Ob die im konkreten Fall angewandten Kriterien einem publizierten Kriterium inhärent sind, so dass das Transparenzprinzip nach bundesgerichtlicher Praxis keine vorgängige Bekanntgabe verlangt, ergibt sich aus den

Gesamtumständen des entsprechenden Auftrags, namentlich aus der Gesamtheit der Ausschreibungsunterlagen (Urteil BVGer B-7252/2007 vom 6.2.2008 Erw. 7.1 mit Hinweis auf das Urteil BGer 2P.172/2002 vom 10.3.2003 Erw. 2.3; VGE III 2012 160 vom 17.1.2013 Erw. 3.2.2). Im Übrigen sind die Zuschlagskriterien - ebenso wie die Eignungskriterien - nach dem Vertrauensprinzip auszulegen (Urteil BVGer B-6837/2010 vom 15.3.2011 Erw. 3.3; Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 862; vgl. betreffend Auslegung von Eignungskriterien BGE 141 II 14 Erw. 7.1). (...)

4.1 Gemäss Beschwerdeführerin wurde das Zuschlagskriterium "Referenzen der Unternehmung" (Gewichtung 20%) insofern verändert, als auch die Leistungsfähigkeit in Form von Anzahl Mitarbeitern bewertet worden sei. Dies ergebe sich aus den Submissionsunterlagen weder hinsichtlich Eignungs- noch Zuschlagskriterien. (...).

4.2 Dem hält die Vorinstanz entgegen, gemäss Praxis müssten Unterkriterien, welche das Hauptkriterium konkretisieren, nicht im Voraus bekannt gegeben werden. Entscheidend seien die Gesamtheit der Umstände, welche die Vergabe charakterisieren. Aufgrund der Konkretisierung der einzureichenden Angaben betreffend die Referenzobjekte in Ziff. 5.4 der Ausschreibung sowie den geforderten Angaben im Formular B5 sei der Beschwerdeführerin bekannt gewesen, aufgrund welcher Unterkriterien das Hauptkriterium "Referenzen der Unternehmung" bewertet werde. Es sei demnach auch nachvollziehbar, dass nicht nur auf die Nutzungsart des Projektes und dessen Bausumme abgestellt werden könne, sondern ebenfalls die Anzahl Mitarbeiter eine Rolle spielen würde. Es gehe um die Beurteilung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit der Unternehmung in Bezug auf die Referenzobjekte. Die Betrachtung der Anzahl Mitarbeiter sei zur Konkretisierung des Kriteriums der Referenzobjekte der Unternehmung unerlässlich. (...).

4.3 Die Ausschreibung der Arbeiten BKP 293 verwies bezüglich Zuschlagskriterien auf die Unterlagen (ABI vom 23.11.2018 S. 2627). Gemäss der Submissionsunterlage "Programm Planersubmission, BKP 293 Fachplanung Elektroinstallationen/Lichtplanung" (Bf-act. 2) wurden Fachplanerinnen und Fachplaner sowie Arbeitsgemeinschaften von maximal zwei Unternehmen zur Teilnahme an der Ausschreibung zugelassen. Gesucht wurden Fachplanerinnen und Fachplaner mit der Fähigkeit, das anspruchsvolle Bauvorhaben in technischer, terminlicher und finanzieller Hinsicht unter der Gesamtleitung der Architekten qualitativ hochstehend zu planen und in der Ausführung zu begleiten (Submissionsunterlage Ziff. 2.5; Bf-act. 2).

B 11.1

Die konkreten Zuschlagskriterien, anhand welcher der obsiegende Anbieter ermittelt werden sollte, wurden unter Ziff. 6.3 der Submissionsunterlagen (Bf-act. 2) aufgelistet. Demgemäss erfolgte die materielle Prüfung der Angebote anhand von fünf Zuschlagskriterien:

- Honorarofferte (Gewichtung 30%)
- Qualität der Auftragsanalyse und konzeptionellen Ansätze (Gewichtung 30%)
- Referenzen der Unternehmung (Gewichtung 20%)
- Referenzen der Schlüsselperson (Gewichtung 15%)
- Lehrlingsausbildung (Gewichtung 5%).

Ziff. 5 der Submissionsunterlage listete die einzureichenden Unterlagen auf, so

- Bewerbungsformular B1
- Honorarofferte inkl. Berechnung B2/B3
- Besondere Vertragsbedingungen B4
- Referenzen des anbietenden Unternehmens B5
- Vorgesehene Schlüsselpersonen für das Projekt B6
- Auftragsanalyse inkl. Lösungsansatz B7
- Zusätzliche Dokumente (HR- und Betreibungsregisterauszug).

Das Bewerbungsformular B1 enthielt den Untertitel "Teilnahmeantrag". Anzugeben waren darin Informationen zur Anbieterin wie Firmenbezeichnung, Kontaktdaten, Rechtsform, Gründung, MwSt-Nr., Mitgliedschaften, Versicherungsangaben und auch die Anzahl Angestellte Anfang 2018 und Lehrlinge.

Das Formular B5 lautete "Referenzobjekte der anbietenden Firma". Einleitend wurde festgehalten: "Als Objekte sind in der Schweiz realisierte Bauten anzugeben, welche eine Beurteilung des Zuschlagskriteriums "Referenzen der Firma" ermöglichen. Beide Objekte sind auf je einem Beiblatt (max. A3) zu dokumentieren. Auf einem weiteren Beiblatt (max. A4) können allgemeine Referenzen dokumentiert werden. Die Auftraggeberin behält sich das Recht vor, zusätzliche Referenzen einzuholen." Auf dem Formular selber waren Angaben zu machen zu zwei Referenzobjekten: Objekt, Art des Auftrages, Auftraggeber, Referenzperson, Baubeginn/Bauvollendung, erbrachte Leistung (SIA 112), Baukosten BKP2, Geschossfläche/Geschossvolumen und Charakterisierung des Projektes in Stichworten. Zu beantworten war ebenso die Frage, warum sich das Projekt als Referenz besonders eignet.

Die Bewertung des Kriteriums "Referenzen der Unternehmung (Gewichtung 20%)" erfolgte durch die Vorinstanz auf dem Formular "Bewertung Kriterium Planungsbüro" anhand folgender Unterkriterien und Bewertungsmaassstab:

1. Anzahl MAB > 10 MAB = 2, < 10 MAB = 1, <5 MAB = 0
2. Ref 1 Nutzung Pflege = 0.75; komplex = 0.5, normal = 0.25
3. Ref 1 Bausumme > 25 Mio. = 0.75, > 10 Mio. = 0.5, geringere BS = 0.25
4. Ref 2 Nutzung (wie Ref 1 Nutzung)
5. Ref 2 Bausumme (wie Ref 1 Bausumme)

Dass dieses Auswertungsformular den Anbietern abgegeben worden wäre, ergibt sich weder aus den Submissionsunterlagen (vgl. Ziff. 4.1), noch macht die Vorinstanz solches geltend (vgl. die Rechtsprechung, wonach es das Transparenzprinzip gebietet, das Bewertungsschema mit den Ausschreibungsunterlagen bekannt zu geben, wenn es dazumal bereits vorliegt; Urteil BGer 2P.231/2003 vom 28.1.2004 Erw. 2.2; kritisch dazu Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 973). Gemäss diesem Formular können maximal 5 Punkte erreicht werden, wovon 2 Punkte aufgrund des Unterkriteriums Anzahl MAB und je 1.5 Punkte pro Referenzprojekt.

(...).

4.4 Die Beschwerdeführerin hatte anfangs 2018 weniger als 10 Angestellte (7, davon ein Lehrling), die Zuschlagsempfängerin gemäss Auswertungstabelle mehr als 10 (die genaue Anzahl ergibt sich aus den Unterlagen nicht). Das ergibt zwischen den beiden Wettbewerbern einen Differenzpunkt, resp. unter Berücksichtigung der Gewichtung des Kriteriums von 20% eine Differenz von 20 Punkten. Strittig ist nun aber, ob in Gesamtwürdigung der Submissionsunterlagen die Anzahl Mitarbeitende Anfang 2018 im Rahmen der Auswertung des Zuschlagskriteriums "Referenzen der Unternehmung" berücksichtigt werden durfte oder nicht.

4.5 Es steht fest, dass die Vorinstanz einzig die (fünf) Hauptkriterien für die Zuschlagserteilung und deren Gewichtung publiziert hat, so namentlich "Referenzen der Unternehmung, Gewichtung 20%". Eine Nennung von Unterkriterien erfolgte nicht und ebenso wenig wurden die Zuschlagskriterien weiter umschrieben. Es wurde nicht näher erläutert, anhand welcher Merkmale die Zuschlagskriterien ausgewertet werden. Dass die Bewertung letztlich nur anhand von Angaben erfolgte, welche die Anbieter in den verschiedenen Formularen angegeben haben, ändert an dieser Feststellung entgegen der vorinstanzlichen Ausführung nichts. So mussten die Anbieter etwa auch Versicherungssummen nennen oder einen Handelsregister- und einen Betreibungsregisterauszug beibringen, was ebenso Rückschlüsse auf die Anbieter zuliesse, in die Auswertung aber nicht einfluss. Mithin darf aus der Tatsache, dass die Anbieter im Bewerbungsformular B1 den Personalbestand angeben mussten, nicht zwingend geschlossen

B 11.1

werden, dass sie auch damit rechnen mussten, dass diese Angabe in die Beurteilung der Referenzen der Unternehmung (Formular B5) miteinfluss.

Die Vorgehensweise der Vorinstanz ist gemäss der dargelegten Rechtsprechung dann unproblematisch, wenn die gewählten Unterkriterien ein publiziertes Kriterium einzig konkretisieren, wenn sie nicht über das hinausgehen, was gemeinhin zur Definition des betreffenden Hauptkriteriums angeführt wird, wenn sie diesen inhärent sind, oder soweit ihnen die Vergabestelle nicht eine überragende Bedeutung verleiht und ihnen eine Rolle zuschreibt, welche derjenigen eines Hauptkriteriums entspricht. Ob dies der Fall ist, ist in Gesamtwürdigung der Submissionsunterlagen und gemäss Vertrauensprinzip zu prüfen (vgl. Erw. 3.1).

4.6 Die Vorinstanz definierte keine Eignungskriterien, mithin keine an die Anbieter gestellten (und zu erfüllenden) Anforderungen, um zu gewährleisten, dass sie zur Ausführung des Auftrages in der Lage sind. Die Leistungsfähigkeit der Anbieter als Eignungskriterium wurde somit nicht abgefragt (vgl. Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 588; Schneider Heusi, Referenzen, Labels, Zertifikate, in: Zufferey/Beyeler/Scherler [Hrsg.], Aktuelles Vergaberecht 2016, S. 395 Rz. 8). Auch die unter dem Titel formelle Prüfung erwähnten Zulassungskriterien stellen keine Eignungskriterien dar, sondern lassen nur eine Prüfung der Vollständigkeit der Offerteinlagen und deren fristgerechte Einreichung zu.

Definiert hat die Vorinstanz einzig Zuschlagskriterien, mithin Kriterien, die eine Bewertung des Angebotes (nicht des Anbieters) zulassen. Anhand der Zuschlagskriterien soll das wirtschaftlich günstigste Angebot eruiert werden (§ 31 VIVöB). Diese Unterscheidung gilt es namentlich zu bedenken, wenn - wie hier - "Unternehmensreferenzen" als Kriterium definiert werden (vgl. BGE 139 II 489 Erw. 2.2). Denn Unternehmensreferenzen können beidem dienen, sie können Aspekte des Anbieters wie auch der angebotenen Leistung betreffen. Wenn Referenzen bei der Zuschlagsprüfung bewertet werden sollen, gilt es die Rechtsprechung zu beachten, wonach Zuschlagskriterien immer der Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots zu dienen haben (Schneider Heusi, a.a.O., Rz. 26). Dementsprechend müssen die formulierten Zuschlagskriterien immer angebotsbezogen ausgelegt werden. Die Referenzen als Zuschlagskriterium müssen es ermöglichen, eine Aussage zur Angebotsqualität machen zu können, sie sind als indirekte Qualitätsindizien im Rahmen der Angebotsbewertung zu bewerten. Es muss ein Rückschluss auf die konkret zu erwartende Qualität möglich sein, denn im Rahmen der Angebotsbewertung muss ein Wirtschaftslichkeitsbezug hergestellt und begründet werden können.

4.7 Unternehmensreferenzen über bisherige Leistungen von Anbietenden können ein geeignetes Mittel sein, um Klarheit über die Qualität einer künftig zu erbringenden Leistung zu schaffen, um etwa die Termintreue und das Geschäftsgebahren einschätzen zu können (Raster/Schmid, Referenzen im Vergabeverfahren, Kriterium Nr. 17/Dezember 2005). Die Vorinstanz hat im Formular B5 denn auch explizit darauf hingewiesen, es seien Objekte zu nennen, die eine Beurteilung des Zuschlagskriteriums "Referenzen der Firma" ermöglichen würden. Dazu seien die zwei Objekte je auf einem Beiblatt zu dokumentieren. Zudem behielt sich die Vorinstanz vor, zusätzliche Referenzen einzuholen.

Im Rahmen öffentlicher Beschaffungen wird der Personalbestand regelmässig mit der Beurteilung der Leistungsfähigkeit eines Anbieters abgefragt. Anerkannt ist dabei, dass die Leistungsfähigkeit nicht ausschliesslich ein Eignungskriterium darstellen muss, sondern mit Blick auf die Qualität der Leistung auch als Zuschlagskriterium für die Prüfung der Wirtschaftlichkeit bewertet werden kann. Insofern kann der Personalbestand ein zulässiges Kriterium darstellen (vgl. aber etwa Urteil Verwaltungsgericht SG B 2010/220 vom 26.1.2011, wonach ein hoher Personalbestand nicht generell besser gewichtet werden darf als eine geringere Anzahl Mitarbeitende, wenn keine sachlichen Gründe bei dem zu vergebenden Auftrag bestehen).

4.8 Vorliegend stellt sich nun aber nicht die Frage, ob der Personalbestand grundsätzlich eine geeignete Information darstellt, um die Wirtschaftlichkeit einer angebotenen Leistung zu beurteilen. Vielmehr ist strittig, ob die Beschwerdeführerin damit rechnen musste, dass in die Beurteilung des Zuschlagskriteriums "Referenzen der Unternehmung" der Personalbestand einfluss. Die Vorinstanz hält die Betrachtung der Anzahl Mitarbeiter zur Konkretisierung des Kriteriums Referenzobjekte der Unternehmung für unerlässlich. Für die Beurteilung der Referenzobjekte könne nicht bloss auf Nutzungsart und Bausumme abgestellt werden, auch die Anzahl Mitarbeiter spiele eine Rolle. Es gehe um die Beurteilung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit der Unternehmung in Bezug auf die Referenzobjekte (Vernehmlassung Ziff. 4.4).

Es liegt weitgehend im Ermessen der Vergabebehörde, die Zuschlagskriterien festzulegen und damit zu definieren, anhand welcher Kriterien sie das wirtschaftlich günstigste Angebot bestimmen will (§ 31 Abs. 1 VIVöB). So stand es auch der Vorinstanz frei, eine Prüfung anhand von Referenzobjekten vorzunehmen und auch die Leistungsfähigkeit zu beurteilen. Es ist nicht zu beanstanden, wenn sie der Überzeugung ist, dass neben Nutzung und Bausumme von Referenzobjekten auch der Personalbestand des Anbieters Aussagen zur Wirtschaftlichkeit abzugeben vermag. Hingegen

B 11.1

kann der Vorinstanz nicht gefolgt werden, wenn sie geltend macht, Personalbestand und Referenzobjekte seien derart eng verbunden, dass ersteres selbstverständlich ein Unterkriterium des Zuschlagskriteriums Referenzobjekte darstelle.

Unterkriterien müssen dann nicht vorab offengelegt werden, wenn sie nicht über das hinausgehen, was gemeinhin zur Definition des betreffenden Hauptkriteriums angeführt wird (vgl. Erw. 3.1). Das Hauptkriterium ist vorliegend "Referenzobjekte der Unternehmung". Als Referenz wird gemeinhin eine Rückmeldung, ein Erfahrungsbericht, eine Empfehlung über eine Person oder Unternehmung verstanden. Es soll nicht nur auf die Eigeneinschätzung des Anbieters, das Angebot, abgestellt werden müssen, sondern ebenso auf Dritteinschätzungen. Auf Erfahrungen, die Dritte mit einer Person, einem Anbieter gemacht haben. Damit diese Erfahrungsberichte für eine konkrete Beschaffung möglichst aussagekräftig sind, müssen die Referenzobjekte mit den zu beschaffenden Leistungen möglichst übereinstimmen. Ziel der Referenzen ist es, aufgrund erbrachter Leistungen abschätzen resp. beurteilen zu können, in welcher Qualität der Anbieter eine künftige Leistung erbringen wird. Folgerichtig hat die Vorinstanz denn auch das Formular B5 vorgelegt und verlangt, dass mindestens zwei möglichst vergleichbare Referenzobjekte genannt werden, was durch Bau- summe, Kennwerte, Nutzung, Charakterisierung und Begründung der Vergleichbarkeit zu konkretisieren war. Zu nennen waren ebenso Referenzpersonen (vgl. Ziff. 5.4 der Submissionsunterlage und Formular B5, Bf-act. 2; Vi-act. 7). Der Personalbestand der eigenen Firma wurde in diesem Zusammenhang nicht erfragt (sondern im Bewerbungsformular B1). Als Merkmal des Anbieters selber ist denn der Personalbestand auch kein inhärentes Kriterium der Referenzen. Referenzen betreffen mehr oder weniger vergleichbare erbrachte Leistungen und fallen positiv oder negativ aus. Dies unabhängig davon, wie hoch der Personalbestand des Anbieters ist. Eine gute Referenz wird nicht besser, je mehr Angestellte das Unternehmen hat. Und eine schlechte Referenz kann nicht dadurch aufgewogen werden, dass das Unternehmen viele Angestellte hat (was sich aber vorliegend im Vergleich zwischen Zuschlagsempfängerin und Beschwerdeführerin aus der Bewertung so ergibt). Nachgefragt wurde auch nicht etwa der Personaleinsatz bezogen auf die Referenzobjekte, sondern der Personalbestand der Firma insgesamt. Dass bei einem Eignungs- oder Zuschlagskriterium "Leistungsfähigkeit der Anbieter" der Personalbestand berücksichtigt wird, dürfte praxisgemäss von Anbietern erwartet und als Konkretisierung des Kriteriums anerkannt werden. Vorliegend wurde aber die Leistungsfähigkeit als Zuschlagskriterium weder definiert noch ergibt sich entsprechendes aus den Submissionsunterlagen. Dass der Personalbestand in die Bewertung der Referenzen einfließt, ist hingegen unerwartet

und geht über das hinaus, was noch als Konkretisierung des Zuschlagskriteriums "Referenzen der Unternehmung" verstanden werden kann. Die Zulassungskriterien sind aber in erster Linie nach dem Wortlaut so auszulegen und anzuwenden, wie sie von den Anbietenden in guten Treuen verstanden werden konnten und mussten; auf den subjektiven Willen der Vergabebehörde kommt es nicht an (BGE 141 II 14 Erw. 7.1). Es ist daher nicht massgeblich, dass die Vorinstanz den Personalbestand der Anbieter als relevant für die Beurteilung der Referenzen betrachtete, solange dies die Anbieter aus den Submissionsunterlagen nicht auch erkannten oder erkennen konnten. Kommt vorliegend hinzu, dass dem von der Vorinstanz mitbeurteilten Unterkriterium Personalbestand im Rahmen des Zuschlagskriteriums "Referenzen der Unternehmung" keine nur untergeordnete Bedeutung zukam. Abgefragt wurden zwei Referenzobjekte. Pro Objekt konnte für die Unterkriterien Nutzung und Bausumme je 0.75, 0.5 oder 0.25 Punkte erreicht werden, mithin maximal 3 Punkte. Der Personalbestand wurde mit 2, 1 oder 0 Punkten bewertet. Unter Berücksichtigung der Gewichtung (20%) entfielen somit auf die Referenzobjekte maximal 60 Punkte, auf den Personalbestand 40 Punkte. Damit aber wurde dem Personalbestand innerhalb des Zuschlagskriteriums "Referenzen der Unternehmung" ein grosses Gewicht beigemessen, ohne dass dies von den Anbietenden erwartet werden konnte. Nichts in den Submissionsunterlagen hat auf eine entsprechende Beurteilung hingewiesen; weder dass im Bewerbungsformular B1 mit den Firmenangaben der Personalbestand zu nennen war, noch dass gemäss Unterlagen Bietergemeinschaften erlaubt waren. Nachvollziehbar ist hingegen die Aussage der Beschwerdeführerin, dass, hätte sie um die Relevanz der Betriebsgrösse gewusst, sie ein Angebot als Bietergemeinschaft eingereicht hätte.

4.9 Damit aber steht fest, dass die Vorinstanz durch Berücksichtigung des Unterkriteriums "Personalbestand" für die Bewertung des Zuschlagskriteriums "Referenzen der Unternehmung" ohne vorzeitige Bekanntgabe der Unterkriterien das Transparenzgebot gemäss Art. 1 Abs. 3 IVöB verletzt hat. Es stellt dies eine Rechtsverletzung gemäss Art. 16 Abs. 1 lit. a IVöB dar.

(VGE III 2019 46 vom 24. April 2019).

11.2 Ausschluss wegen fehlender Unterlagen

- *Verspätet eingereichte Angebote führen regelmässig zum Ausschluss.*
- *Bei fristgerecht, aber unvollständig eingereichten Angeboten ist zu differenzieren; ein schwerer Mangel führt ohne weiteres zum Ausschluss;*

B 11.2

ein unbedeutender Mangel nicht und in einer Zwischenkategorie kommt der Vergabestelle ein gewisser Ermessensspielraum zu.

- *Fehlende Referenzen zur Prüfung der Eignungskriterien stellen einen schweren Mangel dar, der zum Ausschluss führt.*
- *Ein Ausschluss ist möglich, auch wenn die Fachplanerin als Hilfsperson der Vergabestelle fehlende Unterlagen nachgefordert hat.*
- *Bei einem versehentlichen Fehlen von Unterlagen besteht eine Nachfragepflicht; allerdings muss das Versehen offensichtlich sein.*

Aus den Erwägungen:

5.1 Es ist sachverhaltsmässig unbestritten, dass die Beschwerdeführerin Referenzen erst nach Ablauf der Eingabefrist auf entsprechende Aufforderung der Fachplanerin hin eingereicht hat. Strittig und zu prüfen ist, ob die Vorinstanz den Ausschluss der Beschwerdeführerin zu Recht verfügt hat.

5.2.1 § 12 VIVöB definiert den Mindestinhalt der Ausschreibung. Hierzu gehören auch die Adresse und die Frist für die Einreichung des Angebots (Abs. 1 lit. j). Gemäss § 26 Abs. 1 lit. g VIVöB kann der Auftraggeber einen Anbieter, der wesentliche Formvorschriften der Verordnung und des Vergabeverfahrens verletzt, vom Vergabeverfahren ausschliessen. Bei der Frist für die Einreichung der Angebote handelt es sich um ein zentrales formelles Erfordernis, dessen Nichteinhaltung als schwerer Formfehler regelmässig zum Ausschluss vom Verfahren führt (vgl. Urteil BGer 2D_50/2009 vom 25.2.2010 Erw. 2.4 mit zahlreichen Hinweisen). Dieser Ausschlussgrund stellt entsprechend einen in den kantonalen Gesetzgebungen zum Beschaffungswesen verbreitet geregelten Grundsatz dar. Die Nichteinhaltung der Frist zur Einreichung stellt auch dann einen den Ausschluss rechtfertigenden Formfehler dar, wenn diese Frist nur geringfügig überschritten wurde. Die Missachtung dieser Frist ist stets ein schwerer Formmangel. Eine diesbezüglich laxen Praxis würde der Willkür Tür und Tor öffnen. Selbst wenn das Angebot nur wenige Minuten nach Ablauf der Eingabefrist bei der Vergabestelle eintrifft, ist der Ausschluss zwingend und lässt sich auch nicht mit dem Hinweis auf das Verbot des überspitzten Formalismus abwenden (EGV-SZ 2015 B 11.1; vgl. Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 507-511 mit Hinweisen auf die Rechtsprechung; Beyeler, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, Zürich 2012, Rz. 1747; "Kriterium", Informationen zur Submissionspraxis der Kommission für das öffentliche Beschaffungswesen des Kantons Zürich, Nr. 23 März 2008 S. 2). Beyeler (a.a.O., Rz. 1747 sowie Rz. 1853 mit FN 1806 [Hinweis auf das Bundesgerichtsurteil 2D_50/2009 vom 25.2.2010 Erw. 2.4]) hält

dafür, dass betreffend die fristgerechte Einreichung einer Offerte keine Toleranz zu gewähren ist. Diese höchste Formstrenge wird damit begründet, dass "jedwelche Auflockerung wie ein Dambruch wirkte und immer nach einer noch weitergehenden Toleranz rief" (Beyeler, a.a.O., Rz. 1855). Im dargelegten Sinne hält auch das vom kantonalen Baudepartement herausgegebene Handbuch "Öffentliches Beschaffungswesen im Kanton Schwyz" (vom 15.3.2007, Stand 10.1.2011) fest, dass zu spät oder unvollständig eingereichte Offerten auszuschliessen sind. Das Risiko eines falschen oder verspäteten Offerteinganges tragen die Anbietenden (S. 47 Ziff. 8.1). Entsprechend trifft die Beweislast für das fristgerechte Einreichen von Eingaben grundsätzlich jene Partei, welche die entsprechende Handlung vorzunehmen hat.

5.2.2 Diesen strengen Massstab gilt es dann zu relativieren, wenn nicht das ganze Angebot als solches verspätet eingereicht wurde, sondern die Eingabe zwar fristgerecht, aber unvollständig erfolgt ist. § 26 Abs. 1 lit. g VIVöB nennt als möglichen Ausschlussgrund ebenso die Unvollständigkeit des Angebots. Die Rechtsfolge des Ausschlusses ist im Falle fehlender Unterlagen allerdings nur dann adäquat, wenn es sich um einen wesentlichen Mangel handelt; einen überspitzten Formalismus gilt es zu vermeiden (Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 456 f., 572 ff.).

Gemäss Art. 29 Abs. 1 BV liegt ein verpönter überspitzter Formalismus vor, wenn für ein Verfahren rigorose Formvorschriften aufgestellt werden, ohne dass die Strenge sachlich gerechtfertigt wäre, oder wenn die Behörde formelle Vorschriften mit übertriebener Schärfe handhabt. Durch ein derartiges Vorgehen wird die Formstrenge zum blossen Selbstzweck, womit die Verwirklichung des materiellen Rechts in unhaltbarer Weise erschwert oder gar verhindert wird (BGE 142 IV 299 Erw. 1.3.2; 135 I 6 Erw. 2.1 mit Hinweisen).

Aus dem Verbot des überspitzten Formalismus wie auch aus Art. 9 BV (Willkürverbot; Treu und Glauben) kann die Verpflichtung der Behörde abgeleitet werden, den Privaten in gewissen Situationen von Amtes wegen auf Verfahrensfehler hinzuweisen, die er begangen hat oder im Begriffe ist zu begehen (vgl. zum Ganzen BVGE 2007/13 Erw. 3.2 mit Hinweisen). Der Offerent darf nicht schon wegen unbedeutender Mängel der Offerte oder eines Verhaltens mit Bagatelldarakter ausgeschlossen werden. Diesfalls ist es geboten, den Offerenten auf den Mangel aufmerksam zu machen und Nachbesserung zu ermöglichen. Dies gilt ohne Weiteres, wenn das Fehlen auf ein offensichtliches Versehen zurückzuführen ist (VGE III 2014 244 vom 6.2.2015 Erw. 2.2.4). Demgegenüber sind Offerten, die unvollständig sind in Bezug auf Angaben, die für die Bewertung der Angebote unabdingbar sind, grundsätzlich auszuschliessen (vgl. EGV-SZ 2016

B 11.2

B 11.7; EGV-SZ 2010 B 11.2; BVGE 2007/13 Erw. 3.4). Eine allgemeine Pflicht zur Nachfrage besteht bei mangelhaften Angeboten auf jeden Fall nicht (Urteil BGer 2C_257/2016 vom 16.9.2016 Erw. 1.2.3). Hingegen kann ein Nachfragen aufgrund der Untersuchungsmaxime wie auch aus dem Verhältnismässigkeitsprinzip erforderlich sein (vgl. Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 574 f.). Das Bundesverwaltungsgericht unterscheidet vor diesem Hintergrund drei Kategorien von Unvollständigkeiten des Angebots: Eine erste Kategorie umfasst Angebote, welche die Vergabestelle aufgrund ihrer Mängel nicht ohne Verletzung des Transparenz- und Gleichbehandlungsgebots in die Bewertung einbeziehen kann, also ausschliessen muss. Eine zweite Kategorie von Offerten ist dadurch gekennzeichnet, dass die Vergabestelle sie durch Rückfragen auf den verlangten Stand bringen darf, aber nicht muss; die Vergabestelle verfügt demnach in diesem Rahmen über einen gewissen Ermessensspielraum (BVGE 2007/13 Erw. 6.2). Die Mängel des Angebots der dritten Kategorie sind derart geringfügig, dass die Vergabestelle zur Bereinigung derselben Hand bieten muss (vgl. zum Ganzen BVGE 2007/13 Erw. 3.3).

Somit darf ein Anbieter wegen unbedeutender Mängel der Offerte nicht ausgeschlossen werden; ein Ausschlussgrund muss eine gewisse Schwere aufweisen und es dürfen nur wesentliche Mängel zum Ausschluss führen. Bei der Beurteilung solcher Mängel ist im Interesse der Vergleichbarkeit der Angebote und des Gleichbehandlungsgrundsatzes ein strenger Massstab anzulegen (EGV-SZ 2010 B 11.2). Massgeblich sind die Verhältnisse des Einzelfalles.

5.3 Die Vorinstanz verwirklicht einen Neubau des Schulhauses C. Dieser besteht aus zwei Gebäudevolumen, einem eingeschossigen Doppelkindergarten in Holzelementbauweise und einem dreigeschossigen Baukörper mit Turnhalle und Schulzimmern in Hybridbauweise (Massiv- und Holzelementbau). Hierzu wurden die Sanitärarbeiten öffentlich ausgeschrieben.

Sowohl aufgrund der Funktion des Neubaus (Schulhaus mit Turnhalle) als auch der Bauweise (Holzelementbau resp. Hybridbauweise) ist es nachvollziehbar und nicht zu beanstanden, dass nicht nur Zuschlagskriterien, sondern ebenso Eignungskriterien definiert wurden und die Anbieter die Eignung nachzuweisen haben (dies zumindest beim selektiven oder offenen Verfahren, ist aber auch beim Einladungsverfahren nicht ausgeschlossen; vgl. hierzu oben Erw. 3). Es soll damit Gewähr geleistet werden, dass alle zu bewertenden Anbieter / Angebote und damit alle potentiellen Zuschlagsempfänger in der Lage sind, den Auftrag auszuführen. Dem entsprechend sind Eignungskriterien Ausschlusskriterien: Wer die Eignung nicht nachzuweisen vermag, wird vom Verfahren ausgeschlossen. Da es

sich um ein Ausschlusskriterium handelt, muss es entsprechend objektiv und überprüfbar sein.

5.4 Die Vorinstanz definierte ein Eignungskriterium und gab dieses bereits in der Ausschreibung (Amtsblatt und www.simap.ch) bekannt. In den Ausschreibungsunterlagen wurde es wiederholt. Gefordert war der Nachweis von drei vergleichbaren Bauwerken der letzten 10 Jahre, welche der hauptverantwortliche Projektleiter, der Bauführer, der Polier und die Unternehmung/ARGE erfolgreich ausgeführt haben. Dieses Eignungskriterium wird von der Beschwerdeführerin zu Recht nicht kritisiert. Es ist objektiv und überprüfbar und hat einen konkreten Bezug zur Beschaffung.

5.5 Auf Seite 7 der Ausschreibungsunterlagen war ein 'Nachweis der qualitativen Kapazität' gefordert. Anzugeben war das Profil der am Objekt mitarbeitenden Person sowie zwei Referenzobjekte, für welche diese Person in den vergangenen 10 Jahren verantwortlich war. Diesbezüglich besteht eine gewisse Diskrepanz zum publizierten Eignungskriterium, indem auf dem Formular zwei Referenzobjekte gefordert waren, der Eignungsnachweis aber mindestens drei Referenzen erforderte. Mithin konnte die Eignung allein durch das Ausfüllen von Seite 7 nicht nachgewiesen werden. Vorliegend ist dies indes nicht relevant, weil die Beschwerdeführerin überhaupt kein ausgefülltes Formular und keine Referenzliste innert Frist eingereicht hat.

Indem die Beschwerdeführerin innert Frist gar keine Referenzen angegeben hat (weder durch Ausfüllen des Formulars Seite 7, noch durch Beilage einer eigentlichen Referenzliste), war es der Vorinstanz nicht möglich, die Eignung zu prüfen bzw. hat die Beschwerdeführerin ihre Eignung nicht nachweisen können.

5.6 Die Beschwerdeführerin hält korrekt fest, dass die Unvollständigkeit von Unterlagen nicht zwingend zum Verfahrensausschluss führt (vgl. oben Erw. 5.2). Ein Ausschluss ist aber zwingend oder liegt zumindest im Ermessen der Vergabebehörde (Kategorie I oder II; vgl. oben Erw. 5.2.2), wenn im Angebot bei Eingabetermin wesentliche Unterlagen fehlen, die für die Beurteilung des Angebotes unabdingbar sind. Fehlen die Angaben zur Beurteilung der Eignung, erbringt ein Anbieter den Eignungsnachweis nicht, so handelt es sich dabei um einen wesentlichen Fehler, weil die Eignung überhaupt nicht prüfbar ist und damit nicht feststeht. Mithin ist der Nachweis nicht erbracht. Da es sich bei diesem Nachweis um Informationen handelt, über welche in erster Linie der Anbieter verfügt und die daher er aufgrund seiner Mitwirkungspflicht beizubringen hat, führt der Untersuchungsgrundsatz nicht dazu, dass die Vergabebehörde zwingend

B 11.2

Abklärungen treffen und nachfragen muss (vgl. Urteil BGer 2C_257/2016 vom 16.9.2016 Erw. 1.2.3). Wie bereits dargestellt, trifft sodann die Behauptung der Beschwerdeführerin nicht zu, dass aus den Unterlagen nicht erhelle, dass Referenzen gefordert waren. Vielmehr wurde mehrfach aufgeführt, dass erstens ein Eignungskriterium zur Anwendung gelangt und zweitens, wie der Eignungsnachweis durch die Anbieter zu erbringen ist (vgl. oben Erw. 4.2).

5.7 Gemäss Beschwerdeführerin belegt die Tatsache, dass die Fachplanerin die Referenzen nachgefordert hat, einerseits, dass deren Fehlen kein wesentlicher Mangel sei, und andererseits handle die Vorinstanz rechtsmissbräuchlich, wenn trotz der Aufforderung zur Nachlieferung der Ausschluss beschlossen werde. Dem kann nicht gefolgt werden. Beim Fachplaner handelt es sich um eine Hilfsperson der ausschreibenden Behörde. Sie erbringt notwendige Vorarbeiten, damit die Behörde über den Zuschlag entscheiden kann. Als Hilfsperson verfügt die Fachplanerin über keine Entscheidkompetenzen. Da die Frage des Verfahrensausschlusses bei nicht kompletten Angeboten mitunter Abgrenzungsschwierigkeiten bietet, solche der zweiten Kategorie (vgl. oben Erw. 5.2.2) gar im Ermessen der Vergabebehörde liegen, ist es naheliegend, dass die Fachplanerin Anbieter auf fehlende Unterlagen aufmerksam macht, nachgereichte Unterlagen entgegennimmt und der Vergabebehörde den Sachverhalt offen darstellt (wie es auch vorliegend der Fall war). Erst dieser obliegt es, dem Einzelfall gerecht werdend über den Ausschluss zu befinden (vgl. auch VGE III 2019 3 vom 29.8.2019 Erw. 6.5; vgl. auch Urteil BGer 2C_257/2016 vom 16.9.2016 Erw. 1.2.3). Mit der Einräumung der Möglichkeit zur Nachreichung fehlender Unterlagen durch den Fachplaner wird auch kein Anspruch aus Vertrauensschutz geschaffen. Hierzu fehlt es sowohl an der Voraussetzung, dass die (ggfs. fehlerhafte) Auskunft von der dazu kompetenten Stelle gegeben wurde, wie auch daran, dass die Beschwerdeführerin durch die Möglichkeit der Nachreichung eine nicht ohne Nachteil rückgängig machbare Dispositionen getroffen hat (vgl. zum Vertrauensschutz BGE 143 V 95 Erw. 3.6.2). Schliesslich wusste die Beschwerdeführerin aufgrund des Hinweises in der Ausschreibungsunterlage auch, dass unvollständige Angebote ausgeschlossen werden.

5.8 Die Beschwerdeführerin betont sodann, ein versehentliches Nicht-einreichen einer Unterlage dürfe nicht zu einem Ausschluss führen. Vielmehr sei diesfalls die Anbieterin auf den Irrtum aufmerksam zu machen und es sei ihr die Möglichkeit zur Behebung einzuräumen. Dies habe die Fachplanerin erkannt und sie daher zur Nachreichung aufgefordert.

Praxisgemäss sind nachgereichte Unterlagen noch zu berücksichtigen, wenn deren nicht fristgerechte Einreichung ein offensichtliches Versehen darstellt (vgl. VGE III 2014 244 vom 6.2.2015 Erw. 2.2; VGE III 2012 100 vom 28.8.2012 Erw. 5.3.2). Liegt ein solches Versehen vor, ist die Vergabebehörde gehalten, die fehlenden Unterlagen nachzufordern und zu berücksichtigen, andernfalls sie gegen das Verbot des überspitzten Formalismus verstösst (vgl. oben Erw. 5.2.2).

Ein Versehen ist in erster Linie auf ein inneres Geschehen zurückzuführen. Objektiv steht lediglich fest, dass ein Angebot unvollständig ist. Ob diese Unvollständigkeit auf ein Versehen des Anbieters zurückzuführen ist oder eine Nachlässigkeit oder gar einen bewussten Entscheid, lässt sich nicht mit Bestimmtheit nachweisen. Da von allen Anbietern ein vollständiges Angebot fristgerecht einzureichen ist, die Anbieter für den Inhalt des Angebotes und dessen sorgfältige Ausarbeitung selber verantwortlich sind, der Ausschluss mangelhafter Angebote ausdrücklich angedroht ist und alle Anbieter gleich behandelt werden müssen, darf nur ein offensichtliches Versehen zu einer Nachfragepflicht resp. Berücksichtigung verspäteter Eingaben führen. Dabei darf das Vorliegen eines offensichtlichen Fehlers aufgrund der Missbrauchsgefahr nicht leichthin angenommen werden. Namentlich das Gleichbehandlungsgebot verlangt die Einnahme einer strengen Haltung (vgl. auch Urteil BGer 2D_34/2010 vom 23.2.2011 Erw. 2.4).

Damit ein offensichtliches Versehen angenommen werden kann, braucht es neben dem Fehlen selbst weitere Umstände, Indizien, welche eine reine Nachlässigkeit oder ein bewusstes Nichteinreichen ausschliessen lassen oder die klar auf ein Versehen hindeuten. So wurde etwa als offensichtliches Versehen anerkannt, wenn ein Anbieter in seinem Angebot auf eine Beilage verweist, diese aber nicht beilegt (vgl. den von der Beschwerdeführerin genannten Entscheid des Verwaltungsgerichts Zürich, VB.2001.00215 vom 23.11.2001 Erw. 7, bestätigt in VB.2018.00450 vom 15.11.2018 Erw. 7.5.1). Wenn hingegen die Ausschreibungsunterlage von den Anbietern Beilagen verlangt und erwähnt, der Anbieter diese jedoch nicht beilegt, so stellt dies entgegen der Darstellung des Beschwerdeführers noch keinen Hinweis auf ein offensichtliches Versehen dar. Es spricht dies nicht mehr für ein Versehen als etwa für Nachlässigkeit. Andere Indizien, die ein Versehen als offensichtlich erscheinen lassen, liegen keine vor. Andererseits fällt etwa auf, dass die Beschwerdeführerin nicht nur das Referenzblatt nicht ausgefüllt hat, sondern auch keine Angaben zur Arbeitsdisposition machte und im Leistungsverzeichnis keine Einzelpositionen aufführte, sondern einzig Totalbeträge einfügte. Auch hieraus lassen sich keine festen Schlüsse ziehen; eine Nachlässigkeit erscheint aber

B 13.1

immerhin nicht weniger unmöglich als ein Versehen. Da bei der Beurteilung ein strenger Massstab anzuwenden ist, kann der Vorinstanz kein rechtsfehlerhaftes Ermessen vorgeworfen werden, wenn sie das nicht fristgerechte Einreichen von Referenzen nicht als offensichtliches Versehen beurteilt hat und in der Folge den Ausschluss der Beschwerdeführerin beschloss.

(VGE III 2019 97 vom 21. November 2019)

13. Sozialhilfe

13.1 Negativer Kompetenzkonflikt zweier Gemeinden

- *Streit zwischen zwei schwyzerischen Gemeinden betreffend Unterstützungswohnsitz (negativer Kompetenzkonflikt).*
- *Zulässiges aufsichtsrechtliches Handeln des Regierungsrates.*

Aus den Erwägungen:

1.1 Im vorliegenden Beschwerdeverfahren geht es um einen Streit zwischen zwei schwyzerischen Gemeinden, welcher im Wesentlichen die Frage betrifft, welche der beiden Gemeinden für eine bedürftige Erwachsene (Mutter) mit zwei Kindern unterstützungspflichtig ist.

1.2 Die vor Verwaltungsgericht Beschwerde führende Gemeinde (nachfolgend Gemeinde A) hat unmissverständlich erklärt, dass nach ihrer Auffassung nicht sie (d.h. die Gemeinde A), sondern vielmehr die Beschwerdegegnerin (Gemeinde B) die betreffende Mutter mit ihren beiden Töchtern unterstützen müsse (...).

1.3 Demgegenüber hat die Gemeinde B mit ihrer Eingabe vom ... an den Rechts- und Beschwerdedienst des Kantons eindeutig zum Ausdruck gebracht, dass nach ihrer Auffassung die Gemeinde A unterstützungspflichtig sei.

1.4 Bei dieser Sachlage drohte im Zeitpunkt, als sich die Gemeinde B an die kantonalen Behörden wandte, offensichtlich ein negativer Kompetenzkonflikt, welcher einer Lösung harhte.

1.5 In der Folge ist zunächst auf die für den vorliegenden Streit massgebenden Bestimmungen einzugehen.

2.1 Das kantonale Gesetz über die Sozialhilfe (ShG, SRSZ 380.100) regelt die Sozialhilfe für Personen aller Altersstufen und für Familien (§ 1 Abs. 1 ShG). Nach § 1 Abs. 2 ShG wird Sozialhilfe in besonderen Lebenslagen gewährt; sie vermittelt und umfasst insbesondere wirtschaftliche Hilfe (lit. a) und persönliche Hilfe (lit. b). § 2 ShG mit der Überschrift "Subsidiarität" hält im Absatz 1 fest, dass in der Sozialhilfe in erster Linie die private Hilfe in Anspruch zu nehmen ist. Die Sozialhilfe wird gewährt, wenn die hilfeschuchende Person sich nicht selbst helfen kann und Hilfe von dritter Seite nicht oder nicht rechtzeitig erhältlich ist (§ 2 Abs. 2 ShG). Die Sozialhilfe ist rechtzeitig zu gewähren. Sie soll eine drohende Notlage abwenden und Rückfälle vermeiden helfen (§ 3 Abs. 1 ShG). Nach § 11 Abs. 1 ShG sorgen die Gemeinden dafür, dass Hilfesuchenden die nötige und fachgerechte Sozialhilfe zuteil wird. Die Sozialhilfe der Gemeinde umfasst u.a. insbesondere Beratung und Betreuung der Hilfesuchenden auf freiwilliger Basis (persönliche Hilfe nach § 11 Abs. 2 lit. b ShG), die Vermittlung von Spezialhilfen (§ 11 Abs. 2 lit. c ShG) und die Vermittlung von wirtschaftlicher Hilfe (§ 11 Abs. 2 lit. d ShG).

2.2 Die wirtschaftliche Hilfe erstreckt sich auf die Gewährung des notwendigen Lebensunterhaltes im Sinne eines sozialen Existenzminimums (§ 16 Abs. 1 Satz 1 ShG). Die wirtschaftliche Hilfe wird in der Regel in Bargeld, ausnahmsweise durch Erteilen von Gutsprachen oder auf andere Weise gewährt (§ 17 Abs. 1 ShG). In dringenden Fällen, namentlich bei plötzlich eintretender Krankheit oder bei Unglücksfällen, darf die Gutsprache nicht verweigert werden, wenn die Hilfeleistungen nach den Umständen sofort gewährt werden müsste und die Gutsprache verlangt wird, sobald feststeht, dass für die Hilfeleistung keine andere Kostendeckung erwartet werden kann (§ 17 Abs. 2 ShG).

2.3 Wer in einer besonderen Lebenslage der Hilfe bedarf, kann bei der von der Fürsorgebehörde bezeichneten Stelle um Beratung und Betreuung nachsuchen (§ 27 Abs. 1 ShG). Diese gewährt die persönliche Hilfe selbst oder vermittelt die Dienstleistungen anderer öffentlicher oder privater Stellen. Benötigt die hilfeschuchende Person wirtschaftliche Hilfe, so ist der Fürsorgebehörde Antrag zu stellen (§ 27 Abs. 3 ShG).

2.4 Der Unterstützungswohnsitz fällt in der Regel mit dem zivilrechtlichen Wohnsitz im Sinne von Art. 23 ff. ZGB zusammen (§ 18 Abs. 1 ShG). Abweichende Bestimmungen über den Unterstützungswohnsitz (Beginn

B 13.1

und Beendigung, Heim- und Anstaltsaufenthalt, Aufenthalt in Familienpflege, Wohnsitz der Familienangehörigen usw.) gemäss Bundesrecht sind auch im innerkantonalen Verhältnis anwendbar (§ 18 Abs. 2 ShG).

2.5 Nach § 9 Abs. 1 ShG übt der Regierungsrat die Oberaufsicht über die Sozialhilfe aus. Gestützt auf § 9 Abs. 2 ShG hat der Regierungsrat die Vollziehungsverordnung zum Sozialhilfegesetz (Sozialhilfeverordnung, ShV, SRSZ 380.111) erlassen. Nach § 4 Abs. 1 ShV sind - soweit das kantonale Sozialhilfegesetz und die Sozialhilfeverordnung nichts anderes vorschreiben - die Bestimmungen des Bundesgesetzes vom 24. Juni 1977 über die Zuständigkeit für die Unterstützung Bedürftiger (ZUG) sinngemäss auch im innerkantonalen Verhältnis anwendbar. Nach § 16 Abs. 1 ShV gehören zur persönlichen Hilfe u.a. die Beratung in persönlichen Notlagen (lit. a), die Beratung zur finanziellen Existenzsicherung (lit. b), die Unterstützung bei der Wohnungssuche (lit. g) und die Vermittlung wirtschaftlicher Hilfe (lit. j).

2.6.1 Nach Art. 10 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Zuständigkeit für die Unterstützung Bedürftiger (Zuständigkeitsgesetz, ZUG, SR 851.1) dürfen die Behörden einen Bedürftigen nicht veranlassen, aus dem Wohnkanton wegzuziehen, auch nicht durch Umzugsunterstützungen oder andere Begünstigungen, wenn dies nicht in seinem Interesse liegt. Bei Widerhandlungen gegen dieses Verbot bleibt der Unterstützungswohnsitz des Bedürftigen am bisherigen Wohnort so lange bestehen, als er ihn ohne den behördlichen Einfluss voraussichtlich nicht verlassen hätte, längstens aber während fünf Jahren (Art. 10 Abs. 2 ZUG).

2.6.2 In Art. 28 ff. ZUG hat der Bundesgesetzgeber geregelt, welche Vorgehensweise zur Anwendung kommt, wenn ein beteiligter Kanton den Standpunkt vertritt, dass ein anderer Kanton unterstützungspflichtig sei. Diese Bestimmungen umfassen u.a. ein Begehren um Richtigstellung nach Art. 28 ZUG, den Verkehr zwischen den Kantonen (Art. 29 Abs. 1 ZUG), eine Unterstützungsanzeige nach Art. 30 ZUG, das Abrechnungsverfahren nach Art. 32 ZUG, die Einsprachemöglichkeit nach Art. 33 ZUG sowie die Beschlussfassung und die Beschwerdeerhebung nach Art. 34 ZUG.

2.6.3 Dass die in Art. 28 ff. ZUG vom Bundesgesetzgeber geregelte Vorgehensweise kompliziert ist, wurde vom Verwaltungsgericht im Entscheid III 2014 40 vom 22. Mai 2014 (Prot. K III 2014, S. 898 ff.) im Einzelnen dargelegt. Es kann darauf verwiesen werden. Eine gegen diesen VGE III

2014 40 vom Kanton St. Gallen erhobene Beschwerde hat das Bundesgericht mit Urteil 8C_530/2014 vom 7. November 2014 abgewiesen. In Erwägung 2 dieses Urteils führte das Bundesgericht u.a. aus, dass die Richtigstellung nach Art. 28 ZUG "sinngemäss als ein der Revision nachgebildetes Rechtsinstitut" zu bezeichnen sei. Diese Richtigstellung beschränke sich indessen nicht auf die klassischen Revisionsgründe. Vielmehr könne ein Kanton die Richtigstellung verlangen, sobald er entdecke, dass die bisherige Regelung des Falls, auf die sich die Kantone ausdrücklich oder stillschweigend geeinigt hätten, auf einem Sachverhalt beruhe, den sie irrtümlich als richtig betrachteten. Aus Art. 28 ZUG lasse sich jedoch nicht ein vorbehaltloser Anspruch auf Korrektur sachlich nicht voll befriedigender Unterhaltsregelungen ableiten, mit dem sich die Folgen einer versäumten Rechtsmittelfrist jederzeit rückgängig machen liessen. Vielmehr folge aus dem in dieser Bestimmung verwendeten Ausdruck "offensichtlich", dass qualifizierte Gründe für eine Richtigstellung sprechen müssten und es nicht ausreiche, wenn sich eine andere Lösung ebenfalls mit sachlichen Erwägungen vertreten liesse (vgl. zit. Urteil 8C_530/2014 vom 7.11.2014 Erw. 2 mit Hinweisen).

2.6.4 Es ist fraglich, dass der kantonale Gesetzgeber für einen negativen Zuständigkeitskonflikt zwischen zwei schwyzerischen Gemeinden im Hinblick auf benötigte Sozialhilfeleistungen tel quel die vorstehend dargelegte Bundesrechtsregelung vorschreiben wollte. Der Wortlaut von § 18 Abs. 2 ShG, wonach abweichende Bestimmungen über den Unterstützungswohnsitz (z.B. Heim- und Anstaltsaufenthalt) gemäss Bundesrecht auch im innerkantonalen Verhältnis anwendbar sind, bedeutet grundsätzlich nicht, dass für einen negativen Zuständigkeitskonflikt zwischen zwei schwyzerischen Gemeinden das "einer Revision nachgebildete Rechtsinstitut" nach Art. 28 ZUG mit anschliessender Einsprache nach Art. 33 ZUG, Beschlussfassung nach Art. 34 Abs. 1 ZUG sowie schliesslich Beschwerde gegen den Abweisungsbeschluss nach Art. 34 Abs. 2 ZUG (vgl. vorstehend Erw. 1.6.2 und 1.6.3) *zwingend* einzuhalten sei. Diese Thematik braucht indes aus den folgenden Gründen nicht weiter behandelt zu werden.

2.6.5 Wie der Regierungsrat am Schluss von Erwägung 1.4 des angefochtenen Beschlusses ausdrücklich festgehalten hat, hat er "in seiner Funktion als Oberaufsichtsbehörde über die Sozialhilfe (§ 9 ShG)" über die Frage entschieden, welche der beiden schwyzerischen Gemeinden für den betreffenden Sozialhilfefall unterstützungspflichtig ist. Diese Aufsichtskompetenz wurde ihm vom kantonalen Gesetzgeber verliehen (siehe auch § 61 der Kantonsverfassung) und stellt eine hinreichende gesetzliche

B 13.1

Grundlage dar, um einen negativen Zuständigkeitskonflikt im Sozialhilfebereich zu beenden. Dies hat das Verwaltungsgericht bereits in einem früheren Entscheid, welcher notabene die Beschwerde führende Gemeinde A betraf, ausdrücklich festgehalten (vgl. VGE III 2016 226 vom 24.2.2017 Erw. 1.1, Prot. S. 248: "Nach § 9 Abs. 1 ShG übt der Regierungsrat die Oberaufsicht über die Sozialhilfe aus, weshalb er auch zuständig ist, einen Konflikt zwischen zwei schwyzerischen Gemeinden hinsichtlich des Unterstützungswohnsitzes zu beurteilen"; anzufügen ist, dass das Bundesgericht eine von der Gemeinde A erhobene Beschwerde mit Urteil 8C_285/2017 vom 21.11.2017 - teilweise publiziert in BGE 143 V 451 ff. - abgewiesen hat).

Im Lichte dieser bereits früher bestätigten Rechtsprechung braucht es für den vorliegenden (negativen) Zuständigkeitsstreit zwischen zwei Gemeinden des Kantons Schwyz keine komplizierte Regelung, wie sie der Bundesgesetzgeber für einen Streit zwischen zwei Kantonen in den Art. 28 ZUG bis Art. 34 ZUG vorgesehen hat. Dies gilt erst recht, als die von der Aufsichtsbehörde als unterstützungspflichtig erklärte Gemeinde sich grundsätzlich mit einer Beschwerde ans Verwaltungsgericht gegen ihre Zahlungspflicht wehren kann. In solchen Fällen tritt das Verwaltungsgericht praxisgemäss auf die Beschwerde einer Gemeinde gegen einen aufsichtsrechtlichen Entscheid des Regierungsrats ein (vgl. dazu VGE III 2017 227 und III 2018 4 vom 26.1.2018 Erw. 3.3.2: Wenn der Regierungsrat mit seinem Beschluss in die vermögensrechtlichen Interessen eines Gemeinwesens eingreift, vermag dieses jeweils ein eigenes, unmittelbares und schützenswertes Interesse im Sinne von § 37 Abs. 1 VRP darzutun und das Verwaltungsgericht bejaht praxisgemäss die Beschwerdebefugnis der Gemeinde; vgl. auch VGE III 2013 138 vom 27.11.2013 Erw. 1.2 mit Hinweisen auf VGE III 2009 7 vom 8.4.2009, VGE III 2007 16 vom 19.4.2007, VGE 885/00 vom 24.11.2000, VGE 909/00 vom 22.12.2000).

Anzufügen ist, dass auch dann, wenn das kantonale Sozialhilferecht (wie beispielsweise in § 18 Abs. 2 ShG) auf Bundesrecht verweist, es sich dennoch um kantonales Recht (und nicht Bundesrecht) handelt (siehe dazu auch VGE III 2017 227 und III 2018 4 vom 26.1.2018 Erw. 3.3.2 in fine mit Verweis auf das Urteil des Bundesgerichts 8C_329/2016 vom 2.9.2016 Erw. 5.1 per analogiam, wonach eine im kantonalen Recht subsidiär anwendbar erklärte OR-Bestimmung weiterhin zum kantonalen Recht zählt).

2.7 Als Zwischenergebnis ist festzuhalten, dass der Regierungsrat befugt war, aufsichtsrechtlich den Konflikt zwischen zwei schwyzerischen Gemeinden hinsichtlich der Unterstützungspflicht in einem Sozialhilfefall

zu klären, ohne dass eine Rückweisung zur Durchführung einer analogen Vorgehensweise, wie sie in den Art. 28 ZUG bis Art. 34 ZUG enthalten ist, hier nötig wäre. Dementsprechend sind die Begehren der Gemeinde A, soweit sie sinngemäss darauf ausgerichtet sind, dass in Aufhebung des angefochtenen Beschlusses die Sache zurückzuweisen sei zur nachträglichen Durchführung eines Verfahrens nach den Bestimmungen von Art. 28 bis Art. 34 ZUG (per analogiam), zusammenfassend abzuweisen. Soweit die Gemeinde A eine Verletzung des rechtlichen Gehörs rügt, verhält es sich so, dass sie ihre Haltung, wonach sie für den konkreten Sozialhilfefall unzuständig sei, sowohl vor dem Regierungsrat, als auch vor dem Verwaltungsgericht hinreichend darlegen konnte. Es ist nicht ersichtlich, was die Gemeinde A nach einer Rückweisung zusätzlich geltend machen könnte, was sie nicht schon bislang vorbringen konnte. Mit anderen Worten würde eine Rückweisung zu einem formalistischen Leerlauf verkommen, was keinen Rechtsschutz finden kann. Die Fragestellung, ob der Regierungsrat die Gemeinde A im konkreten Fall zu Recht (oder zu Unrecht) als unterstützungspflichtig erklärt hat, ist nachfolgend bei der materiellen Prüfung zu behandeln. Auf die Beschwerde der Gemeinde A, welche ihre Unterstützungspflicht in einem konkreten Sozialhilfefall bestreitet, ist nach dem Gesagten einzutreten.

3.1 Ausgangspunkt dieses Streites zwischen zwei schwyzerischen Gemeinden bildet der Umstand, dass am 12. Juni 2017 (offenbar telefonisch) und am 13. Juni 2017 (durch persönliches Erscheinen) eine damals noch nicht 26-jährige (verheiratete) Mutter (nachfolgend M genannt), welche damals für eine 5-jährige Tochter (geboren 2012) und eine noch nicht 2-monatige Tochter (geboren 2017) zu sorgen hatte, sich beim Sozialdienst der Beschwerde führenden Gemeinde A meldete. Dies ist unbestritten.

3.2 Was an diesem 12. und 13. Juni 2017 (sowie an den späteren Terminen) wörtlich besprochen wurde, lässt sich aus den vorliegenden Akten nicht genau, sondern nur annäherungsweise herleiten. (...)

3.3 Fakt ist, dass M damals bei den Erstkontakten mit dem kommunalen Sozialdienst A (12./13. Juni 2017) eine ausgesprochen schwierige Lage skizzierte,

- indem der Ehemann (vor ca. einer Woche) ausgezogen sei,
- dass der Ehemann "das gemeinsame Konto leergeräumt" habe,
- dass sie (M) derzeit alleine in der Wohnung mit den beiden Töchtern lebe und nicht weiter wüsste,
- (...)

B 13.1

- dass sie aktuell "nicht einmal mehr Geld fürs Essen" habe,
- und dass sie im Übrigen von ihren Eltern Unterstützung erfahre.

3.4 Gestützt auf diese klaren Angaben der um Hilfe nachsuchenden Mutter M anlässlich der Besprechung vom 13. Juni 2017 war für den kommunalen Sozialdienst A bei pflichtgemässer Aufmerksamkeit offenkundig ersichtlich, dass sich diese seit kurzem alleine für zwei Kinder sorgende Mutter in einer klaren Notlage befand. Diese gilt erst recht, als das jüngste Kind erst etwas mehr als 7 Wochen alt war und dementsprechend eine ständige Betreuung erforderte (womit weniger Ressourcen für andere Tätigkeiten verblieben). In einer solchen Situation die um Hilfe suchende Person einzig an den Eheschutzrichter sowie an eine Eheberatungsstelle zu verweisen, war eindeutig ungenügend. (...)

3.5 Dem Einwand der Gemeinde A, wonach ihr Sozialdienst am 13. Juni 2017 "die Unterlagen für die Beantragung von Sozialhilfeleistungen persönlich abgegeben" habe, ist entgegenzuhalten, dass die dargelegte Situation ("kein Geld für Lebensmittel und Säuglingsbedarf/Konto leergemacht" etc.) nach der ratio legis von § 17 Abs. 3 ShG eine sofortige Notfallunterstützung erfordert hätte. (...)

3.6 Aus dem Umstand, wonach im Zeitpunkt des Gesprächs vom 13. Juni 2017 noch kein schriftliches Unterstützungsgesuch vorlag, kann die Gemeinde A nichts zu ihren Gunsten ableiten. Einmal abgesehen davon, dass der Sozialdienst A schon bei der ersten Vorsprache die Hilfe nachsuchende Mutter M beim Ausfüllen des Formulars zu unterstützen gehabt hätte (siehe vorstehend ...), würde eine Argumentation, wonach sinngemäss ohne ausgefülltes schriftliches Formular keine Unterstützung geleistet werde, auf einen überspitzten Formalismus hinauslaufen, welcher keinen Rechtsschutz verdient.

3.7 Zusammenfassend präsentiert sich die Sachlage so, dass die Gemeinde A nach den Schilderungen der um Hilfe nachsuchenden Mutter M bereits bei der ersten Vorsprache vom 13. Juni 2017 konkrete Unterstützung (in persönlicher Hinsicht sowie finanziell zumindest als Überbrückungsleistung bzw. vorschussweise) hätte leisten müssen, was (zu Unrecht) unterblieben ist. (...)

3.13 Faktisch hat die Gemeinde A und ihr Sozialdienst A mit der dargelegten unzureichenden Unterstützung der um Hilfe nachsuchenden Mutter M erreicht, dass M ihre Absicht, die ältere Tochter in der Gemeinde A von

einer finanzierbaren Wohnung aus einzuschulen, schliesslich aufgeben und in eine andere Gemeinde ausweichen musste.

3.14 Der Gemeinde A und ihrem Sozialdienst ist grundsätzlich auch noch anzulasten, dass sie (bzw. ihr Sozialdienst) M bei den Erstkontakten insofern unzureichend informiert hat, als (nach Massgabe ihrer eigenen Aktennotiz) nur erklärt wurde, "sie müsse sich sofort um eine günstigere Wohnung bemühen", indes die diesbezügliche Praxis und Rechtsprechung, wonach sinngemäss "überhöhte Wohnungskosten" regelmässig so lange von der Sozialhilfe zu übernehmen sind, bis eine zumutbare günstigere Lösung zur Verfügung steht, verschwiegen wurde, wie der Regierungsrat in Erwägung 4.3 des angefochtenen Beschlusses zutreffend darauf hingewiesen hat.

4.1 Im Lichte all dieser konkreten Umstände ist es nicht zu beanstanden, dass der Regierungsrat im angefochtenen Beschluss zum Ergebnis gelangte, das Vorgehen der Organe der Gemeinde A im Sozialhilfefall von M sei grundsätzlich darauf ausgerichtet gewesen, M durch unzureichende Beratungshilfe und durch Verweigerung von rechtzeitigen Unterstützungsleistungen zu veranlassen, in eine andere Gemeinde wegzuziehen. Für dieses Ergebnis spricht nicht ein einzelnes Element, sondern die Summe der konkreten, vorstehend dargelegten Umstände. Dazu gehört namentlich auch, dass die Gemeinde A (bzw. ihr Sozialdienst) bei der Wohnungssuche passiv blieb und das Begehren von M um (umgehende) Ausstellung einer Kostenübernahmegarantie für eine adäquate Wohnung (gegebenenfalls mit betragsmässiger Limite nach oben) konkludent abgelehnt hat, womit M keine Chance hatte, in der Region der Gemeinde A eine andere Wohnung zu finden (bezeichnenderweise hat M die schliesslich in der Gemeinde B gefundene Wohnung deshalb erhalten, weil der Sozialdienst der Gemeinde B nach der Aktenlage mündlich zusicherte, nötigenfalls für den Mietzins einzustehen, auch wenn der effektive Mietzins über den Richtlinien liege, vgl. die entsprechende Aktennotiz in den Akten der Gemeinde B). Sodann spricht für das dargelegte Ergebnis des Regierungsrates insbesondere, dass die Leiterin des Sozialdienstes der Gemeinde A dem Sozialdienst der Gemeinde B noch im Juli 2017 telefonisch mitteilte, dass M die gemeinsame Familienwohnung (in der Gemeinde A) am 14. Juli 2017 verlassen musste "und vorübergehend bei ihren Eltern in B Unterschlupf gefunden habe. Sie begründe ab diesem Zeitpunkt den Wohnsitz in B und der Sozialdienst B sei ab sofort zuständig" (vgl. die entsprechende Aktennotiz in den Unterlagen der Gemeinde B).

B 13.1

4.2 An diesem dargelegten Ergebnis vermögen sämtliche Vorbringen der Beschwerde führenden Gemeinde A vor Verwaltungsgericht nichts zu ändern. (...) Im Urteil 8C_804/2012 vom 21. Juni 2013 betonte das Bundesgericht in Erwägung 3.2.1, dass für bereits überwundene Notlagen grundsätzlich keine Leistungen nachgefordert werden können. Hier geht es aber nicht um die Nachforderung von Leistungen für bereits überwundene Notlagen, sondern darum, dass der Regierungsrat aufsichtsrechtlich zum Ergebnis gelangte,

- dass die Fürsorgebehörde A bzw. ihr Sozialdienst mit ihrem Verhalten gegen das Abschiebeverbot verstossen hat,
- dass deswegen der Unterstützungswohnsitz der Gemeinde A bestehen bleibt,
- und dass die Gemeinde A verpflichtet ist, die wirtschaftliche Hilfe (...) der Gemeinde B zurückzuerstatten.

4.3 Wollte man anders entscheiden, würde diejenige Gemeinde (A) bevorteilt, welche im Sozialhilfebereich ihre gesetzlichen Beratungs- und Unterstützungsaufgaben vernachlässigt bzw. missachtet, obwohl die Notlage dieser vom Ehemann verlassenen Mutter mit 2 Kindern unübersehbar war bzw. ist, derweil diejenige Gemeinde (B) finanziell bestraft würde, welche sich dieser geschilderten Notlage nicht verschliesst.

(VGE III 2018 179 vom 24. April 2019).

C **Regierungsrat**

2. Baurecht

2.1 Zuständigkeit für die Anordnung von Wiederherstellungsmassnahmen – Koordination

- *Diejenige Behörde, welche die materielle Rechtmässigkeit einer formell rechtswidrigen Baute prüfen muss, ist auch für den Erlass von Wiederherstellungsmassnahmen zuständig. Allein diese Behörde kann auch entscheiden, welche Massnahmen erforderlich sind, damit der rechtmässige Zustand wiederhergestellt werden kann (Erw. 5.2). Für ein Bauvorhaben können unter Umständen Bewilligungen oder Zustimmungen verschiedener Behörden erforderlich sein, die dann entsprechend auch zur Anordnung von Wiederherstellungsmassnahmen zuständig sind. In diesem Fall sind die Wiederherstellungsmassnahmen der verschiedenen Behörden zu koordinieren (Erw. 5.2-7.5).*

Aus den Erwägungen:

5.2 Die Bewilligungsbehörde verfügt auf Kosten des Bauherrn die Abänderung oder Entfernung von widerrechtlichen Bauten und Anlagen, sofern die Abweichung gegenüber den Bauvorschriften nicht bedeutungslos ist (§ 87 Abs. 2 PBG). Die Zuständigkeit für die Anordnung von Wiederherstellungsmassnahmen liegt somit bei der Behörde, welche die materielle Rechtmässigkeit der ohne oder in Abweichung von einer erteilten Bewilligung erstellten Baute zu beurteilen hat. Allein diese Behörde kann auch entscheiden, welche Massnahmen erforderlich sind, damit der rechtmässige Zustand wieder hergestellt werden kann. Für ein Bauvorhaben können unter Umständen Bewilligungen oder Zustimmungen verschiedener Behörden erforderlich sein. Demzufolge können auch verschiedene Behörden zur Anordnung von Wiederherstellungsmassnahmen befugt sein. In diesem Fall sind die Wiederherstellungsmassnahmen der verschiedenen Behörden zu koordinieren. Nur auf diese Weise können sich widersprechende Entscheide bzw. Massnahmen zur Wiederinstandstellung verhindert werden (Michael Hagenbuch, Kontrolle, Vollstreckung und Vollzug von Verfügungen im Baurecht, in EGV-SZ

C 2.1

1998, S. 200 f.). In einem nächsten Schritt ist also zu prüfen, wer für die Bewilligungserteilung bzw. -verweigerung des Steges zuständig ist.

6.1 Bewilligungsbehörde ist der Gemeinderat (§ 76 Abs. 1 PBG). Bauten und Anlagen ausserhalb der Bauzonen bedürfen einer Raumplanungsbewilligung des vom Regierungsrat bezeichneten Amtes. Die Bewilligungsbehörde der Gemeinde beurteilt solche Bauvorhaben auf Einhaltung der baupolizeilichen Vorschriften (§ 76 Abs. 2 PBG). Die Baugesuchszentrale weist Baugesuche ausserhalb der Bauzone zur raumplanerischen Beurteilung den zuständigen Ämtern gemäss Anhang dieser Verordnung zu (§ 46 Abs. 1 der Vollzugsverordnung zum Planungs- und Baugesetz vom 2. Dezember 1997, PBV, SRSZ 400.111). Das Amt für Landwirtschaft ist zuständig für landwirtschaftliche Bauvorhaben und das Amt für Wasserbau für Bauvorhaben in und an fliessenden Gewässern (§ 46 Abs. 2 PBV). Das Amt für Raumentwicklung ist zuständig für alle übrigen Bauvorhaben (§ 46 Abs. 3 PBV).

6.2 Die Bauzonengrenze verläuft entlang der Grundstücksgrenze zwischen KTN X. (Landhauszone L2**) und KTN Y. (Gewässer bzw. Zürichsee). Der Steg befindet sich rund zur Hälfte auf KTN Y. und damit ausserhalb der Bauzone. Den Ausführungen der Vorinstanz 2, wonach sich der Steg nur zu einem Sechstel ausserhalb der Bauzone befindet, kann nicht gefolgt werden. Vorliegend geht es weder um ein landwirtschaftliches Bauvorhaben noch um ein solches in und an fliessenden Gewässern. Daher ist die Vorinstanz 2 zur Erteilung der Raumplanungsbewilligung zuständig, soweit der fragliche Steg ausserhalb der Bauzonen liegt.

6.3 Der Steg liegt weiter rund zur Hälfte innerhalb des Seeuferabstandes von 20 m (vgl. § 66 Abs. 1 PBG). Ausnahmen von kantonalen Abstandsvorschriften, zu deren Erteilung die Bewilligungsbehörde der Gemeinde zuständig ist, bedürfen der vorgängigen Zustimmung des zuständigen Amtes (§ 76 Abs. 3 PBG). Zu Ausnahmen vom Waldabstand nimmt das Amt für Wald und Naturgefahren, zu den übrigen Ausnahmen das Amt für Raumentwicklung Stellung (§ 47 Abs. 3 PBV).

Der Teil des Steges innerhalb der Bauzone, der innerhalb des Seeuferabstandes liegt, bedarf also auch einer vorgängigen Zustimmung der Vorinstanz 2 für die Unterschreitung des Seeuferabstandes. Der Ansicht der Vorinstanz 2, sie sei nur insoweit zuständig, als der Steg ausserhalb der Bauzone liegt, kann demnach nicht gefolgt werden.

6.4 Der Steg liegt auch im Gewässerraum des Zürichsees. Seit dem 1. Januar 2011 sind die Artikel 36a ff. des Bundesgesetzes über den Schutz der Gewässer vom 24. Januar 1991 (Gewässerschutzgesetz, GSchG, SR 814.20) und seit dem 1. Juni 2011 die Ausführungsbestimmungen in

den Artikeln 41a ff. der Gewässerschutzverordnung vom 28. Oktober 1998 (Gewässerschutzverordnung, GSchV, SR 814.201) zum Gewässerraum in Kraft. Die Ausnahmegewilligung für Bauten und Anlagen im Gewässerraum erteilt die kantonale Gewässerschutzfachstelle, vorliegend das Amt für Umweltschutz (§ 5 Abs. 3 des Einführungsgesetzes zum Gewässerschutzgesetz vom 19. April 2000, EGzGSchG, SRSZ 712.110 i.V.m. § 4 Abs. 1 und Abs. 3 Bst. c der Vollzugsverordnung zum Einführungsgesetz zum Gewässerschutzgesetz vom 3. Juli 2001, VVzGSchG, SRSZ 712.111). Im nachträglichen Baubewilligungsverfahren ist grundsätzlich dasjenige Recht massgebend, das im Zeitpunkt gegolten hat, in dem das Baugesuch ordentlicherweise hätte gestellt werden müssen bzw. im Zeitpunkt der Errichtung der Baute (Christian Mäder, Das Baubewilligungsverfahren, Zürich 1991, S. 186 und S. 341; Urs R. Beeler, Die widerrechtliche Baute, Zürich 1984, S. 12; RRB Nr. 175 vom 23. Februar 2016, E. 4.2). Im Jahr 2003 war am besagten Standort noch kein Steg vorhanden. Zwischen 2003 und 2006 wurde auf KTN X. und KTN Y. ein Steg mit einer Breite von ca. 1.20 m erstellt. In den Jahren 2010 bis 2013 wurde dieser auf 1.75 m verbreitert (<https://map.geo.sz.ch>, Zeitreise Luftbild, Publikationen 2006, 2010 und 2013). Die Beschwerdegegner bestreiten, dass der Steg in diesen Jahren verbreitert wurde. Der Steg sei seit 2006 bis heute gleich breit. Sie weisen indes nicht nach, wann genau die Verbreiterung erfolgte. Demnach ist zu ihren Ungunsten davon auszugehen, dass der Steg noch vor dem 1. Januar 2011 verbreitert wurde, weswegen zumindest auf den verbreiterten Stegabschnitt die neuen Gewässerschutzbestimmungen anwendbar sind. Die neuen Gewässerschutzbestimmungen sind auch deshalb anwendbar, weil damit erhebliche öffentliche Interessen des Gewässer- bzw. Umweltschutzes durchzusetzen sind (vgl. dazu BGE 139 II 470 E. 4.2; Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Auflage, Zürich/St. Gallen 2016, N 293). Daher war für den Steg auch eine Ausnahmegewilligung des Amtes für Umweltschutz gemäss Art. 41c Abs. 1 Satz 2 GSchV erforderlich, welche die Vorinstanz 2 im Rahmen ihrer kantonalen Baubewilligung hätte einholen müssen.

6.5 Das Verkehrsamt hat den umstrittenen Steg nicht als Badesteg, sondern als Schiffssteg qualifiziert. Anlagen, welche die Schifffahrt tangieren, bedürfen einer Zustimmung des Verkehrsamtes bzw. der Schiffskontrolle (Art. 160 Abs. 1 der Verordnung über die Schifffahrt auf schweizerischen Gewässern vom 8. November 1978, Binnenschifffahrtsverordnung, BSV, SR 747.201.1 in Verbindung mit §§ 2 ff. der Verordnung über den Einsatz sowie das Stationieren und Anlegen von Schiffen vom 10. Dezember 1979, Stationierungs-VO, SRSZ 784.311, sowie mit § 7 Bst. i der Vollzugsverordnung über die Aufgaben und die Gliederung der Departemente und der

C 2.1

Staatskanzlei vom 11. September 2007, VWAG, SRSZ 143.111). Für die Errichtung oder Veränderung von Anlagen im Bereich der öffentlichen Gewässer ist überdies eine Bewilligung der Schiffskontrolle erforderlich (§ 6 der Verordnung über den öffentlichen Strandboden und Materialentnahmen aus öffentlichen Gewässern vom 14. Mai 1975, StrandbodenV, SRSZ 454.110, i.V.m. RRB Nr. 2046 vom 28. November 1989). Folglich war für den Steg eine vorgängige Zustimmung bzw. eine Bewilligung des Verkehrsamtes erforderlich.

6.6 Somit mussten die Vorinstanz 2, das Verkehrsamt und das Amt für Umweltschutz den Steg auf die Vereinbarkeit mit den in ihren Zuständigkeitsbereich fallenden öffentlich-rechtlichen Vorschriften beurteilen (vgl. § 40 Abs. 1 PBV). Sie mussten dem Steg vorgängig zustimmen bzw. dafür eine (Ausnahme-)Bewilligung erteilen (vgl. § 40 Abs. 2 PBV). Diese drei Ämter hätten damit auch einen Antrag stellen müssen, wie aus ihrer Sicht der rechtmässige Zustand wiederherzustellen ist, soweit sie die in ihren Zuständigkeitsbereich fallenden (nachträglichen) Bewilligungen und Zustimmungen nicht erteilen konnten.

7.1 Wenn ein Bauvorhaben auch der Bewilligung oder Zustimmung weiterer Instanzen des Bundes, Kantons oder Bezirkes bedarf, so leitet die Gemeinde das vollständige Baugesuch an die vom Regierungsrat bezeichnete Amtsstelle (die Vorinstanz 2 bzw. die Baugesuchszentrale) weiter. Diese sorgt für eine beförderliche und koordinierte Zustellung und Behandlung des Baugesuches (vgl. § 77 Abs. 3 PBG).

7.2 Die Vorinstanz 2 hat in ihren ersten beiden Fachberichten den Antrag gestellt, dass der Steg nicht abgebrochen werden muss. In ihrem dritten Fachbericht (welcher die ersten beiden Fachberichte ersetzt) verzichtet die Vorinstanz 2 auf einen Antrag zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes. Sie wäre aber zuständig gewesen, zu entscheiden, ob der Steg abgebrochen werden muss oder ob auf einen Abbruch verzichtet werden kann. In Bezug auf den ausserhalb der Bauzone liegenden Teil des Steges lag die Kompetenz zum Entscheid, ob dieser Teil des Steges abgebrochen werden muss, allein bei der Vorinstanz 2. Mit dem Verzicht auf einen Entscheid über die Wiederherstellung hat die Vorinstanz 2 somit eine Rechtsverweigerung begangen.

7.3 Das Verkehrsamt hat im ersten Fachbericht noch angeordnet, dass der Steg zurückgebaut werden muss. Im zweiten Fachbericht ordnete es an, dass der Steg nicht abgebrochen werden muss. In seinem dritten Fachbericht (welcher die ersten beiden Fachberichte ersetzt) verzichtet auch das Ver-

kehrsammt auf einen Antrag zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes. Es hat seinen ursprünglichen Rückbauantrag auf Aufforderung der Vorinstanz 2 hin wieder zurückgenommen, "um einen Widerspruch im kantonalen Gesamtentscheid abzuwenden" (Stellungnahme des Verkehrsamtes an die Vorinstanz 2 vom 12. März 2019). Auch das Amt für Umweltschutz stellt (in seinem ersten und einzigen Fachbericht) keinen Antrag zur Frage der Rückführung. Indem das Verkehrsamt und das Amt für Umweltschutz keinen solchen Antrag gestellt haben, obwohl sie dazu verpflichtet gewesen wären, haben sie eine Rechtsverweigerung begangen. Dabei muss allerdings berücksichtigt werden, dass das Verkehrsamt und das Amt für Umweltschutz von der Vorinstanz 2 dazu aufgefordert wurden, keinen Rückführungsantrag zu stellen.

7.4 Der an die Adresse der Vorinstanz 2 als zuständige Behörde für die Erteilung einer Raumplanungsbewilligung und als Koordinationsbehörde i.S.v. § 77 Abs. 3 PBG gerichtete Vorwurf der Rechtsverweigerung ist somit berechtigt. Die Vorinstanz 2 durfte ihre Zuständigkeit zur Anordnung von Wiederherstellungsmassnahmen nicht an die Vorinstanz 1 delegieren. Dafür ist keine Delegationsnorm vorhanden, was auch die Vorinstanz 2 nicht vorbringt. Die Vorinstanz 1 ist für die Anordnung von Wiederherstellungsmassnahmen für Bauten und Anlagen ausserhalb der Bauzone bzw. im Seeuferabstand bzw. im Gewässerraum nicht zuständig. Sie darf auch nicht darüber befinden, ob nicht bewilligungsfähige Anlagen, welche die Schifffahrt tangieren, zurückgebaut werden müssen oder nicht. Bei diesem Vorwurf der Unzuständigkeit an die Vorinstanz 1 muss aber berücksichtigt werden, dass sie von der Vorinstanz 2 im angefochtenen Gesamtentscheid angewiesen wurde, Wiederherstellungsmassnahmen für den Steg anzuordnen.

7.5 (...) Eine Koordination der Fachberichte bedeutet aber nicht, dass gänzlich auf Anträge bzw. Bewilligungen verzichtet wird. Vielmehr müssten die Ämter ihre Anträge insoweit anpassen, als dass keine Widersprüche mehr vorhanden sind (wenn die Rechtslage dies überhaupt zulässt). Falls eine solche inhaltliche Anpassung der Anträge nicht möglich ist, muss das Volkswirtschaftsdepartement entscheiden (§ 43 Abs. 2 PBV). Vorliegend hätte das Volkswirtschaftsdepartement also über die Rückführung des Steges aus kantonalen Sicht entscheiden müssen, soweit Widersprüche zwischen den verschiedenen Fachberichten vorhanden waren. Die Vorinstanz 2 hat mit ihrem Vorgehen (Aufforderung an die Ämter auf Antragsverzicht) einen Entscheid des Volkswirtschaftsdepartements verhindert und damit erneut eine Rechtsverweigerung begangen.

(RRB Nr. 427 vom 18. Juni 2019).

C 2.2

2.2 Entfernung von Hanfpalmen

- *(Fehlende) gesetzliche Grundlage zur Anordnung der Entfernung von Hanfpalmen (Erw. 5.1-8).*

Aus den Erwägungen:

5.1 Die Bewilligungsbehörde verfügt auf Kosten des Bauherrn die Abänderung oder Entfernung von widerrechtlichen Bauten und Anlagen, sofern die Abweichung gegenüber den Bauvorschriften nicht bedeutungslos ist (§ 87 Abs. 2 des Planungs- und Baugesetzes vom 14. Mai 1987, PBG, SRSZ 400.100). Unabdingbare Voraussetzung für eine solche Wiederherstellungsmassnahme ist, dass die Baute oder die Anlage formell und materiell rechtswidrig ist. Eine Baute oder Anlage kann nur dann formell rechtswidrig sein, wenn sie überhaupt baubewilligungspflichtig ist (Urs R. Beeler, Die widerrechtliche Baute, Diss., Zürich 1984, S. 15 und S. 75; Michael Hagenbuch, Kontrolle, Vollstreckung und Vollzug von Verfügungen im Baurecht in: EGV-SZ 1998, S. 199).

Der Beschwerdeführer hat die fünf Hanfpalmen bereits einpflanzen lassen. Die Vorinstanz 1 hat im Dispositiv des angefochtenen Beschlusses deren Entfernung angeordnet. Eine Entfernung i.S.v. § 87 Abs. 2 PBG ist nur möglich, wenn die Hanfpalmen formell und materiell widerrechtlich sind. Die formelle Widerrechtlichkeit setzt wiederum voraus, dass die fünf Hanfpalmen rechtlich bewilligungspflichtig sind.

5.2 Bauten und Anlagen dürfen nur mit behördlicher Bewilligung errichtet oder geändert werden (Art. 22 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Raumplanung vom 22. Juni 1979, RPG, SR 700; § 75 Abs. 1 PBG). Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung gelten als Bauten und Anlagen jedenfalls jene künstlich geschaffenen und auf Dauer angelegten Einrichtungen, die in bestimmter fester Beziehung zum Erdboden stehen und die Nutzungsordnung zu beeinflussen vermögen, weil sie entweder den Raum äusserlich erheblich verändern, die Erschliessung belasten oder die Umwelt beeinträchtigen. Massstab dafür, ob eine bauliche Massnahme erheblich genug ist, um sie dem Baubewilligungsverfahren zu unterwerfen, ist die Frage, ob mit der Realisierung der Baute oder Anlage im Allgemeinen, nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge, so wichtige räumliche Folgen verbunden sind, dass ein Interesse der Öffentlichkeit oder der Nachbarn an einer vorgängigen Kontrolle besteht. Die Baubewilligungspflicht soll es mithin der Behörde ermöglichen, das Bauprojekt in Bezug auf seine räumlichen Folgen vor seiner Ausführung auf die Übereinstimmung mit der raumplanerischen Nutzungsordnung und

der übrigen einschlägigen Gesetzgebung zu überprüfen (BGE 139 II 134 E. 5.2 mit Hinweisen).

5.3 Weder das RPG noch das PBG statuieren eine Baubewilligungspflicht für Pflanzen. Auch sind Pflanzen nicht in Art. 54 Abs. 1 des Bauregelments der Gemeinde G. vom 28. November 1993 enthalten, welcher bewilligungspflichtige Anlagen beispielhaft aufzählt. Dementsprechend braucht es für Bepflanzungen in der Regel keine Baubewilligung (vgl. RRB Nr. 1082 vom 17. November 2015, E. 5.3; bestätigt mit VGE III 2015 231 vom 25. Mai 2016). Unter gewissen Umständen kann es sich rechtfertigen, Pflanzungen den Anlagen gleichzustellen. So kann das Pflanzen von Bäumen im Einzelfall zu einer von Menschenhand geschaffenen, dauerhaften und mit dem Boden verbundenen wesentlichen Veränderung der Landschaft führen. Eine kleine Vergrößerung eines Privatgartens durch die Pflanzung einiger Bäume in der Nähe eines Wohnhauses ist von der Bewilligungspflicht ausgenommen. Dagegen führt die Schaffung eines eigentlichen Landschaftsparks auf einer vorher landwirtschaftlich genutzten Fläche zu einem erheblichen Eingriff in die Landschaft und zu einer Nutzungsänderung, wenn damit die landwirtschaftliche Nutzung dauerhaft ausgeschlossen wird (BGE 1A_276/2006 vom 25. April 2007, E. 5.2 mit Hinweis). Auch eine Hecke auf dem Dach eines Attikageschosses muss der Baubewilligungspflicht unterstellt werden, wenn sie – gleich wie ein Dachaufbau – den optischen Eindruck einer entsprechenden Gebäudeerhöhung bewirkt (BGE 1C_658/2013 vom 24. Januar 2014, E. 4.4).

5.4 Die hier umstrittenen fünf Hanfpalmen führen zu keiner wesentlichen Veränderung der Landschaft. Auch muss aufgrund ihrer Dichte und Anordnung nicht von einer fassadenähnlichen Wirkung ausgegangen werden, so dass sie einem Gebäude gleichgestellt werden müssten. Insoweit besteht kein Anlass, vom Grundsatz abzuweichen, wonach Bepflanzungen nicht baubewilligungspflichtig sind.

6. Im Weiteren stellt sich aber auch die Frage der Vereinbarkeit der Hanfpalmen mit dem Umweltrecht, namentlich mit den Vorschriften über den Umgang mit Organismen. Der Beschwerdeführer ist der Ansicht, dass keine genügende gesetzliche Grundlage für ein Verbot der fünf Hanfpalmen vorhanden sei. Zudem sei gar nicht die Gemeinde, sondern der Kanton für die Bekämpfung von invasiven Organismen zuständig.

6.1 Mit Organismen darf nur so umgegangen werden, dass sie, ihre Stoffwechselprodukte oder ihre Abfälle die biologische Vielfalt und deren nachhaltige Nutzung nicht beeinträchtigen (Art. 29a Abs. 1 des Bundesgesetzes

C 2.2

über den Umweltschutz vom 7. Oktober 1983, USG, SR 814.01). Der Bundesrat erlässt über den Umgang mit Organismen, ihren Stoffwechselprodukten und Abfällen weitere Vorschriften, wenn wegen deren Eigenschaften, deren Verwendungsart oder deren Verbrauchsmenge die Grundsätze von Art. 29a USG verletzt werden können (Art. 29f Abs. 1 USG). U.a. gestützt auf diese Bestimmung hat der Bundesrat die Verordnung über den Umgang mit Organismen in der Umwelt vom 10. September 2008 (Freisetzungsverordnung, FrSV, SR 714.911) erlassen.

6.2 Der Umgang mit gebietsfremden Organismen in der Umwelt muss so erfolgen, dass dadurch weder Menschen, Tiere und Umwelt gefährdet noch die biologische Vielfalt und deren nachhaltige Nutzung beeinträchtigt werden. Insbesondere sollen sich die Organismen in der Umwelt nicht unkontrolliert verbreiten und vermehren können (Art. 15 Abs. 1 Bst. b FrSV). Mit invasiven gebietsfremden Organismen nach Anhang 2 der FrSV darf in der Umwelt nicht direkt umgegangen werden (Art. 15 Abs. 2 FrSV). Der Anhang 2 der FrSV enthält elf Pflanzen und drei Tiere, für welche das Umgangsverbot gemäss Art. 15 Abs. 1 FrSV gilt. Die Hanfpalme (wissenschaftlicher Name: *trachycarpus fortunei*) fällt nicht darunter bzw. ist im Anhang 2 FrSV nicht enthalten. Gestützt auf Art. 15 FrSV kann also ein direkter Umgang mit der Hanfpalme nicht verboten werden.

6.3 Darüber hinaus regelt auch Art. 52 FrSV die Bekämpfung von Organismen. Treten Organismen auf, die Menschen, Tiere oder die Umwelt schädigen oder die biologische Vielfalt oder deren nachhaltige Nutzung beeinträchtigen könnten, so ordnen die Kantone die erforderlichen Massnahmen zur Bekämpfung und, soweit erforderlich und sinnvoll, zur künftigen Verhinderung ihres Auftretens an (Art. 52 FrSV). Im Kanton Schwyz koordiniert das Amt für Umweltschutz im Rahmen einer kantonalen Arbeitsgruppe (bestehend aus Vertretern des Amtes für Natur, Jagd und Fischerei, des Amtes für Wald und Naturgefahren, des Amtes für Landwirtschaft, des Tiefbauamtes sowie bei Bedarf weiterer Fachstellen) die Bekämpfung der Neobioten und ordnet die für den Vollzug notwendigen Massnahmen an (§ 68 Bst. h der Vollzugsverordnung zum Einführungsgesetz zum Umweltschutzgesetz vom 3. Juli 2001, VVzUSG, SRSZ 711.111).

6.4 Im Postulat 13.3636 "Stopp der Ausbreitung von invasiven gebietsfremden Arten" vom 21. Juni 2013 forderte Nationalrat Karl Vogler vom Bundesrat, möglichst rasch eine Strategie der Schweiz zur Eindämmung von invasiven gebietsfremden Arten zu erarbeiten. In der Folge hat das Bundesamt für Umwelt (BAFU) am 18. Mai 2016 die "Strategie der Schweiz zu invasiven gebietsfremden Organismen" verabschiedet. Gestützt auf diese Strategie hat

der Bundesrat eine Änderung des USG und der Freisetzungsverordnung in die Wege geleitet und am 15. Mai 2019 dazu die Vernehmlassung eröffnet.

6.5 Im Kanton Schwyz wurde im Rahmen eines dreijährigen Pilotprojektes von 2016-2018 ein zielgerichteter Umgang mit invasiven Neophyten geprüft. Dabei haben 14 Gemeinden freiwillig teilgenommen. Sie wurden vom Kanton mit finanziellen Beiträgen unterstützt. Nach Ablauf dieses Pilotprojektes hat der Regierungsrat am 4. September 2018 beschlossen, die Änderungen des USG und der Freisetzungsverordnung abzuwarten und vorerst keine gesetzliche Grundlage zur Bekämpfung von Neophyten zu schaffen. Die Aktivitäten zur Regulierung bzw. Dezimierung der Neophyten-Bestände (beispielsweise durch Unterhalt der nationalen Naturschutzgebiete und der kantons- und gemeindeeignen Grundstücke) werden jedoch nahtlos weitergeführt (vgl. RRB Nr. 622 vom 4. September 2018, "Neophyten-Regulierungskonzept des Kantons Schwyz").

7.1 Die Hanfpalme ist ein invasiver Neophyt und befindet sich dementsprechend auf der schwarzen Liste von InfoFlora (Stand der Liste: August 2014). Sie kommt sehr häufig an der Alpen-Südflanke sowie selten im Mittelland vor. Sie stellt eine Bedrohung für Natur, Gesundheit und Wirtschaft dar und hat das Potential, sich rasch und effizient auszubreiten. Sie besiedelt Waldlichtungen und andere gestörte bzw. bereits beeinträchtigte Waldstandorte. Jungbäume können Dickichte bilden, die die Waldverjüngung behindern und die einheimische Vegetation verdrängen. Weiter bildet sie zahlreiche Früchte, die von Vögeln verzehrt würden. So gelangen Samen, die leicht keimen, in siedlungsferne Gebiete. Sie ist zudem anspruchslos und eine der kältetolerantesten Palmen, weswegen sie schnell zu einer beliebten Zierpflanze wurde (vgl. <https://www.infoflora.ch/de/neophyten/listen-und-infoblätter.html>, eingesehen am 23. August 2019). Somit beeinträchtigt die Hanfpalme die biologische Vielfalt in der Schweiz und deren nachhaltige Nutzung. Sie fällt insoweit unter Art. 52 FrSV. Zu beantworten bleibt indes, ob diese Bestimmung eine hinreichende gesetzliche Grundlage für ein Verbot der Hanfpalme darstellt oder nicht.

7.2 Art. 52 FrSV beauftragt die Kantone in allgemeiner Art mit der Bekämpfung von invasiven Organismen. Diese Bestimmung umschreibt nicht, welche Massnahmen genau die Kantone dazu ergreifen können. Der Bundesrat wollte damit – in einem gewissen Umfang – die Kompetenz zur Rechtsetzung an die Kantone delegieren. Direkt gestützt auf diese Bestimmung können die privaten Grundeigentümer nicht zur Bekämpfung von invasiven gebietsfremden Arten verpflichtet werden (vgl. den erläuternden Bericht des BAFU zur Änderung des Umweltschutzgesetzes vom 15. Mai 2019, S. 7). Gewisse Autoren lehnen es sogar ab, dass die Kantone gestützt auf Art. 52

C 2.2

FrSV Bestimmungen erlassen dürfen, welche die Privaten zur aktiven Mitwirkung verpflichten (vgl. Andreas Schilter, Der Umgang mit gebietsfremden Organismen aus rechtlicher Perspektive, in: SzU – Schriftenreihe zum Umweltrecht, Band Nr. 29, N 349). Ob dies zutrifft oder nicht, kann letztlich offen gelassen werden, da im Kanton Schwyz keine solche Bestimmung vorhanden ist. Jedenfalls dürfen Private alleine gestützt auf Art. 52 FrSV nicht verpflichtet werden, gebietsfremde invasive Organismen aus ihren Gärten zu entfernen, weder im Rahmen eines Baubewilligungsverfahrens noch ausserhalb eines solchen. Folglich ist Art. 52 FrSV keine hinreichende gesetzliche Grundlage für ein Verbot von Hanfpalmen bzw. für eine Verpflichtung zu deren Entfernung. Weitere Bestimmungen des Bundesrechts und des kantonalen Rechts, welche den Umgang mit gebietsfremden invasiven Organismen einschränken, sind nicht vorhanden. Die Verpflichtung zur Entfernung der fünf Hanfpalmen erweist sich bereits deshalb als unrechtmässig und muss aufgehoben werden.

7.3 Doch selbst wenn gestützt auf Art. 52 FrSV die Hanfpalme verboten werden dürfte, wäre die Vorinstanz 1 dafür nicht zuständig. Diese Bestimmung richtet sich nämlich an die Kantone und nicht an die Gemeinden. Der Kanton Schwyz hat diese Kompetenz nicht an die Gemeinden delegiert, sondern das kantonale Amt für Umweltschutz damit beauftragt (vgl. § 68 Bst. h VVzUSG). Somit wäre die Vorinstanz 1 also weder im Rahmen eines Baubewilligungsverfahrens noch ausserhalb eines solchen für die Entfernung der fünf Hanfpalmen zuständig. Diese Zuständigkeit liegt beim Kanton. Die Anordnung der Entfernung der fünf Hanfpalmen muss also auch wegen Unzuständigkeit aufgehoben werden.

7.4 Es ist zu erwarten, dass künftig Gesetzesbestimmungen geschaffen werden, welche die privaten Grundeigentümer verpflichten, bestehende Neophyten auf ihren Grundstücken zu entfernen, und die es ihnen verbietet, solche zu pflanzen. Derartige Verbote müssten dann aber im gesamten Kanton Schwyz und auch in der gesamten Schweiz flächendeckend eingeführt und auch durchgesetzt werden. Denn invasive gebietsfremde Arten können nur dann effizient und wirksam bekämpft werden, wenn national koordiniert vorgegangen wird. Das vorliegende punktuelle Verbot von Hanfpalmen auf einem einzelnen Grundstück ist wohl nur wenig wirksam und damit auch nicht verhältnismässig. Der Beschwerdeführer muss trotzdem damit rechnen, dass er die Hanfpalmen auf KTN X. in Zukunft einmal entfernen muss. Im jetzigen Zeitpunkt kann er dazu aber nicht verpflichtet werden. Unbesehen davon mag es sich der Beschwerdeführer mit Blick auf das unter Erwägung 7.1 Ausgeführte aber allenfalls nochmals überlegen, die Palmen freiwillig zu beseitigen.

8. Die Vorinstanz 1 beruft sich erst in der Vernehmlassung an das instruierende Sicherheitsdepartement auf die allgemeine Polizeiklausel. Diese ermächtigt die zuständige Behörde, polizeiliche Massnahmen zum Schutz der Polizeigüter zu treffen, um eine schwere und unmittelbare Gefahr abzuwenden oder eine bereits erfolgte schwere Störung zu beseitigen (Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Auflage, Zürich/St. Gallen 2016, N 2580). Vorliegend ist aber weder eine schwere Störung bzw. Gefahr noch eine dringliche Situation gegeben. Die Hanfpalme stellt weder für den Menschen noch für Sachen eine schwere Gefahr dar. Die Verdrängung der einheimischen Arten durch die Hanfpalme geschieht über einen längeren Zeitraum hinweg und schädigt nicht direkt Personen oder Sachen. Die Hanfpalme kann daher auch längerfristig bekämpft werden. Ein sofortiges Eingreifen ist nicht zwingend.

(RRB Nr. 605 vom 3. September 2019).

2.3 Aufsichtsrechtliche Aufhebung einer Baubewilligung

- *Subsidiarität der Aufsichtsbeschwerde gegenüber der ordentlichen Rechtsverweigerungsbeschwerde (Erw. 1.2-2.2).*
- *Aufsichtsrechtliche Aufhebung einer Baubewilligung wegen formeller Mängel (Erw. 2.3-3.6).*

Aus den Erwägungen:

1. Die Beschwerdeführerin bezeichnet die vorliegende Rechtsmittelein-gabe als "Aufsichtsbeschwerde" und verlangt vom Regierungsrat ein aufsichtsrechtliches Einschreiten gegenüber der Vorinstanz.

1.2 Der Regierungsrat übt einerseits die Aufsicht über die Organisation und die Verwaltung der Gemeinden aus und ist somit Aufsichtsbehörde über den Gemeinderat (§ 61 der Verfassung des Kantons Schwyz vom 24. November 2010, SRSZ 100.100, KV; § 88 Abs. 1 des Gesetzes über die Organisation der Gemeinden und Bezirke vom 29. Oktober 1969, Gemeindeorganisationsgesetz, SRSZ 152.100, GOG). Andererseits obliegt ihm gemäss § 91 Abs. 1 des Planungs- und Baugesetzes vom 14. Mai 1987 (SRSZ 400.100, PBG) in planungs- und baurechtlichen Angelegenheiten die Aufsicht über die Gemeinden. Der Regierungsrat ist demnach für die Beurteilung der vorliegenden Aufsichtsbeschwerde gegen die Vorinstanz zuständig. Er sieht sich aber nur dann zu einem aufsichtsrechtlichen Einschreiten veranlasst, wenn das Verhalten der Behörde, das beanstandet wird, qualifiziert rechtswidrig ist, was dann zutrifft, wenn klares Recht, wesentliche Verfahrensvorschriften

C 2.3

oder öffentliche Interessen offensichtlich missachtet worden sind (EGV-SZ 2005 Nr. C. 7.1).

1.3 Zudem ist die Aufsichtsbeschwerde ein blosser Rechtsbehelf und hat gegenüber der Erhebung von Rechtsmitteln nur subsidiären Charakter. Der Rechtsuchende muss deshalb zuerst die ordentlichen und ausserordentlichen Rechtsmittel ausschöpfen, bevor er zum Rechtsbehelf der Aufsichtsbeschwerde greifen kann. In verbreiteter Praxis wird es abgelehnt, auf eine Aufsichtsbeschwerde einzugehen, wenn es dem Anzeiger zuzumuten und möglich ist, die behaupteten Verfahrensmängel oder Rechtsverletzungen mit einem förmlichen administrativen Rechtsmittel geltend zu machen und die öffentlichen Interessen nicht als gefährdet erscheinen. Es besteht zudem kein Anspruch auf eine förmliche Behandlung und Erledigung der Eingabe (Attilio R. Gadola, *Das verwaltungsinterne Beschwerdeverfahren*, Zürich 1991, S. 156 f.; Bertschi, a.a.O., N 61 und N 66).

1.4 Die Beschwerdeführerin hat der Vorinstanz am 5. Juli 2019 schriftlich mitgeteilt, dass die Beschwerdegegner die Garage auf KTN X. zu Wohnraum umnutzen bzw. ausbauen. Sie wolle gegen diese Umnutzung Einsprache erheben und verlange deshalb Einsicht in alle Unterlagen im Zusammenhang mit dieser Umnutzung. Die Vorinstanz hat auf dieses Schreiben gar nicht reagiert. Sie erklärt sich auch im vorliegenden Beschwerdeverfahren nicht bereit, das Schreiben vom 5. Juli 2019 als nachträgliche Baueinsprache entgegenzunehmen und zu behandeln. Die Beschwerdeführerin wirft der Vorinstanz Untätigkeit und damit sinngemäss eine Rechtsverweigerung vor. Die Aufsichtsbeschwerde ist gegenüber dem ordentlichen Rechtsmittel der Rechtsverweigerungsbeschwerde subsidiär. Deshalb wird in einem ersten Schritt geprüft, ob die Vorinstanz gegenüber der Beschwerdeführerin eine Rechtsverweigerung begangen hat.

2.1 Das Verbot der Rechtsverweigerung und Rechtsverzögerung leitet sich aus Art. 29 Abs. 1 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101) ab, wonach jede Person in Verfahren vor Gerichts- und Verwaltungsinstanzen Anspruch auf gleiche und gerechte Behandlung sowie auf Beurteilung innert angemessener Frist hat. Das Verbot der Rechtsverweigerung wird verletzt, wenn eine Gerichts- oder Verwaltungsbehörde untätig bleibt oder das gebotene Handeln über Gebühr hinauszügert, obschon sie zum Tätigwerden verpflichtet wäre. Eine Rechtsverweigerung ist somit nur dann möglich, wenn ein Anspruch der Privaten auf Behandlung ihrer Begehren besteht (Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 7. Auflage, Zürich/St. Gallen 2016, N 1045).

2.2 Die Verwaltungsbeschwerde ist auch zulässig gegen die unrechtmässige Verweigerung oder Verzögerung einer Verfügung (§ 36 Abs. 1 Bst. a VRP und § 44 VRP i.V.m. § 6 Abs. 2 VRP). Da das unrechtmässige Verweigern oder Verzögern einer Verfügung oder eines Entscheides der gleichen Beschwerdemöglichkeit unterstellt ist wie die verweigernde oder verzögerte Verfügung oder Entscheidung, muss eine Rechtsverweigerungs- bzw. Rechtsverzögerungsbeschwerde an die Beschwerdeinstanz gerichtet werden (RRB Nr. 509 vom 3. Juli 2018, E. 5.1 mit Hinweisen). Der Regierungsrat ist Beschwerdeinstanz für Verwaltungsbeschwerden u.a. gegen Bezirks- und Gemeinderäte (vgl. § 45 Abs. 1 Bst. b VRP) und damit auch für Verwaltungsbeschwerden gegen die Vorinstanz. Rechtsverweigerungs- und Rechtsverzögerungsbeschwerden sind überdies an keine Frist gebunden (§ 47 Abs. 3 VRP).

2.3 Bauten und Anlagen dürfen nur mit behördlicher Bewilligung errichtet oder geändert werden (§ 75 Abs. 1 Satz 1 PBG; Art. 22 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Raumplanung vom 22. Juni 1979, RPG, SR 700). Die Bewilligung wird im Melde-, vereinfachten oder ordentlichen Verfahren erteilt (§ 75 Abs. 1 Satz 2 PBG). Ohne Baubewilligung dürfen provisorische Bauten und Anlagen erstellt werden, die während der Ausführung von Bauten und Anlagen als Bauinstallation benötigt werden (§ 75 Abs. 5 PBG). Für geringfügige Bauvorhaben genügt die Erfüllung der Meldepflicht. Bleibt ein der zuständigen Bewilligungsbehörde gemeldetes Bauvorhaben innert 20 Tagen seit Eingang ohne Widerspruch, so gilt es als bewilligt (§ 75 Abs. 6 PBG). Im ordentlichen Baubewilligungsverfahren muss das Baugesuch publiziert und während 20 Tagen öffentlich aufgelegt werden (§ 78 Abs. 1 PBG). Während dieser Auflagefrist kann bei der Bewilligungsbehörde gegen das Bauvorhaben öffentlich-rechtliche Einsprache nach Massgabe des Verwaltungsrechtspflegegesetzes erhoben werden (§ 80 Abs. 1 PBG). Spätere Einsprachen sind zulässig, wenn die baulichen Vorkehren aus dem Baugesuch und den aufgelegten Plänen nicht deutlich ersichtlich waren oder ihnen widersprechen (nachträgliche Baueinsprache; § 80 Abs. 2 PBG).

2.4 Das Schreiben der Beschwerdeführerin vom 5. Juli 2019 stellt eine nachträgliche Baueinsprache dar. Darin verlangte die Beschwerdeführerin um Durchführung eines nachträglichen Baubewilligungsverfahrens, um Akteneinsicht sowie eine Fristansetzung für das Nachreichen der Einsprachebegründung. Die Vorinstanz hätte auf dieses Schreiben reagieren und diese nachträgliche Baueinsprache behandeln müssen. Weil sie dies unterlassen hat und sich auch im vorliegenden Beschwerdeverfahren nicht bereit erklärt, die nachträgliche Baueinsprache zu behandeln, hat sie gegenüber der Beschwerdeführerin eine Rechtsverweigerung begangen. Die vorliegende Be-

C 2.3

schwerde ist damit gutzuheissen, soweit sie als Rechtsverweigerungsbeschwerde entgegengenommen wird. Die Sache ist an die Vorinstanz zur Behandlung der nachträglichen Baueinsprache vom 5. Juli 2019 zurückzuweisen.

2.5 Die nachträgliche Baueinsprache ist nur gegen bewilligungspflichtige Bauten und Anlagen zulässig. Die Umnutzung der Garage zu Wohnzwecken ist bewilligungspflichtig, da sie mehr als sechs Monaten andauert und die Wohnnutzung doch erhebliche Auswirkungen auf die Umwelt hat (vgl. dazu RRB Nr. 1048 vom 20. Dezember 2016, E. 3.1 mit Hinweisen; BGE 114 Ib 81 E. 3). Insoweit ist vorliegend die nachträgliche Baueinsprache zuzulassen. Die übrigen Eintretensvoraussetzungen (u.a. Einsprachebefugnis, Frist) wird die Vorinstanz bei der Einsprachebehandlung noch prüfen müssen. Falls die Vorinstanz auf die Einsprache eintritt, müsste sie prüfen, ob sie an der Baubewilligung vom 19. Juni 2019 festhält oder ob sich aus der Einsprache Gründe ergeben, welche eine Aufhebung der Baubewilligung rechtfertigen. Allerdings ist die Baubewilligung vom 19. Juni 2019 ohnehin aufsichtsrechtlich aufzuheben, wie sich nachfolgend ergibt.

3. Die Beschwerdeführerin macht geltend, dass die Vorinstanz die Baubewilligung für die Umnutzung der Garage in Wohnraum nicht ohne Publikation im Amtsblatt und ohne Einverständniserklärung der Nachbarn – folglich im Meldeverfahren – hätte erteilen dürfen. Die Aufsichtsbeschwerde ist gegenüber der Rechtsverweigerungsbeschwerde zwar subsidiär. Der Regierungsrat kann gegenüber der Vorinstanz aber auch von Amtes wegen aufsichtsrechtlich einschreiten.

3.1.1 Die spätere oder nachträgliche Einsprache bezweckt, die abgelaufene Einsprachefrist wiederherzustellen, wenn der Dritte aus Gründen einer mangelhaften Planaufgabe und Bauprofilierung in unverschuldeter Weise von der Einspracheerhebung abgehalten wurde. Sie ist insbesondere auch dann zulässig, wenn für die Bewilligung das falsche Verfahren gewählt wurde. Die nachträgliche Baueinsprache ist nach Kenntnisnahme des Mangels innerhalb von 20 Tagen einzureichen (EGV-SZ 2007 Nr. B 8.3 E. 3.2; RRB Nr. 868 vom 15. September 2015, E. 3.3).

3.1.2 Das Meldeverfahren darf nur für geringfügige Bauvorhaben durchgeführt werden (vgl. § 75 Abs. 6 PBG). Im kommunalen Recht wird zur Durchführung des Meldeverfahrens zudem vorausgesetzt, dass durch das Bauvorhaben offensichtlich keine öffentlichen oder privaten Interessen berührt werden (Art. 45 Abs. 2 des Baureglements der Gemeinde Y vom 11. Dezember 1998, BauR). Für die Beurteilung, welches Verfahren zur Anwendung kommt, sind Art und Grösse der Baute oder Anlage, das öffentliche und das

private Interesse, die Zweckbestimmung des öffentlichen Baupolizeirechts, die Immissionsträchtigkeit, die Durchsetzbarkeit und die Kontrollmöglichkeiten, das Wohnheitsrecht sowie die bisherige Verwaltungspraxis als Kriterien massgebend. Der örtlichen Baubehörde kommt dabei ein gewisser Ermessensspielraum zu. Im Zweifel gilt der Grundsatz der grösseren Publizität (EGV-SZ 2010 Nr. C 2.1, E. 5.2 und E. 5.4; RRB Nr. 868 vom 15. September 2015, E. 3.1).

3.1.3 Die Beschwerdegegner verfügen über die rechtskräftige Baubewilligung vom 3. Mai 2018 für ein Einfamilienhaus mit Garage und Aussenpool auf KTN X. Die Nutzung der Garage zu Wohnzwecken ist nicht von dieser Baubewilligung gedeckt. Bei einer Wohnbaute mit einer Fläche von 90 m² und einer Höhe von knapp 3 m (Ausmasse der Doppelgarage, vgl. die Pläne Nr. B02 «Grundrisse/Kanalisation/Werklleitungen/Umgebung» und Nr. B03 «Fassaden & Schnitte», beide vom 26. Februar 2018) kann für sich alleine betrachtet nicht mehr von einem geringfügigen Bauvorhaben gesprochen werden. Dass von dieser Wohnnutzung keine privaten Interessen betroffen sind, ist nicht offensichtlich. Denn es könnte sein, dass die Garage dadurch von einer Neben- zu einer Hauptbaute wird und deshalb nicht mehr vom geringeren Grenzabstand für Nebenbauten von 2.5 m profitieren kann (vgl. § 61 PBG). Abstellräume für Motorfahrzeuge sind zudem ausnützungsprivilegiert, Wohnräume hingegen nicht (vgl. Art. 20 Abs. 3 Bst. d BauR). Die vom Bauvorhaben betroffenen Nachbarn müssen sich gegen allfällige Verletzung von solchen Bauvorschriften zur Wehr setzen können. Die Umnutzung der Garage in Wohnraum hätte nicht im Meldeverfahren bewilligt werden dürfen. Dadurch hat die Vorinstanz der Beschwerdeführerin und weiteren vom Bauvorhaben Betroffenen in unzulässiger Weise ihre Einsprachemöglichkeit genommen und ihren Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt (Art. 29 Abs. 2 BV). Die Baubewilligung vom 19. Juni 2019 muss bereits deswegen aufsichtsrechtlich aufgehoben werden.

3.2 Für die Umnutzung der Garage zu Wohnraum sind keine Pläne vorhanden. § 77 Abs. 1 PBG und Art. 46 Abs. 1 BauR sehen aber vor, dass zusammen mit jedem Baugesuch ein Baubeschrieb, ein vom Geometer unterzeichneter Katasterplan, eine Berechnung der Ausnützungsziffer und der Grundstücksflächen, Grundriss- und Schnittpläne sowie Kanalisations- und Schutzraumpläne eingereicht werden müssen. Alleine die Tatsache, dass für den Bau des Einfamilienhauses Pläne erstellt wurden, genügt hier nicht. Die Vorinstanz hätte von den Beschwerdegegnern Pläne nur von der Garage als Wohngebäude einverlangen müssen. Auch deswegen rechtfertigt sich ein aufsichtsrechtliches Einschreiten des Regierungsrates gegenüber der Vorinstanz.

C 2.3

3.3 Verfügungen und Entscheide sind zu begründen (vgl. § 30 Abs. 1 und § 31 Abs. 1 Bst. e VRP). Diese Begründung muss so abgefasst sein, dass die Betroffenen diesen gegebenenfalls sachgerecht anfechten können. Das ist nur möglich, wenn sich sowohl die Betroffenen als auch die Rechtsmittelinstanz über die Tragweite des Entscheids ein Bild machen können. In diesem Sinn müssen wenigstens kurz die Überlegungen genannt werden, von denen sich die Behörde hat leiten lassen und auf die sich ihr Entscheid stützt (BGE 129 I 232 E. 3.2). Die Vorinstanz führt in der Baubewilligung vom 19. Juni 2019 nur aus, dass sich KTN X. in der Wohnzone befinde und dass der Ausbau der Garage weniger Emissionen verursache als das Erstellen einer temporären Wohnbaracke. Zudem äussert sie sich über den Gesundheitszustand und die finanzielle Lage der Beschwerdegegner. Die Vorinstanz führt aber nicht aus, ob das Bauvorhaben hinreichend erschlossen ist sowie ob die Grenz- und Gebäudeabstände, die Überbauungsmasse der W1 (vgl. Art. 28 BauR) und die übrigen Bauvorschriften eingehalten sind. Zudem geht aus der Baubewilligung nicht hervor, ob die Vorinstanz in der psychischen und finanziellen Situation der Beschwerdegegner einen Ausnahmegrund sieht, weswegen von den Bauvorschriften abgewichen werden kann. Die Baubewilligung vom 19. Juni 2019 genügt den Anforderungen an die Begründungspflicht nicht. Sie muss auch deshalb aufgehoben werden.

3.4 Zudem enthält die Baubewilligung vom 19. Juni 2019 weder die Unterschrift des Gemeindepräsidenten (vgl. § 42 Abs. 3 GOG) noch das Versanddatum noch eine Rechtsmittelbelehrung (vgl. § 31 Abs. 1 Bst. b, g und h VRP). Auch dies spricht für ein aufsichtsrechtliches Aufheben der Baubewilligung.

3.5 Die Baubewilligung vom 19. Juni 2019 ist zumindest formell rechtskräftig. Die Beschwerdegegner haben diese konsumiert und sind in die Garage eingezogen. Sie durften sich grundsätzlich darauf verlassen, dass sie bis 30. Juni 2021 in der Garage wohnen können. In diesem Vertrauen sind sie grundsätzlich zu schützen. Eine Aufhebung der Baubewilligung würde primär dazu führen, dass die Beschwerdegegner schon vor dem 30. Juni 2021 aus der Garage ausziehen müssten. Bauliche Massnahmen müssten wohl nur wenige zurückgebaut werden. Denn die Beschwerdegegner haben die Garage nur «provisorisch» ausgebaut (vgl. das Foto der Vorinstanz vom 19. Juli 2019). Das genaue Ausmass der baulichen Massnahmen ist letztlich aber unbekannt, da keine Baupläne für die Garage vorliegen. Gegenüber dem Vertrauen der Beschwerdegegner in die Baubewilligung vom 19. Juni 2019 überwiegt aber das öffentliche Interesse an der Aufhebung der Baubewilligung aufgrund der erwähnten formellen Fehler (vgl. die Ausführungen unter Ziff. 3.1 bis 3.4).

3.6 Folglich ist die Baubewilligung vom 19. Juni 2019 aufsichtsrechtlich aufzuheben und die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen. Diese muss die Beschwerdegegner auffordern, für die umstrittene Umnutzung der Garage in Wohnraum ein nachträgliches Baugesuch einzureichen, welches den Vorgaben von § 77 PBG und Art. 46 BauR entspricht. Die Vorinstanz darf das Baugesuch wie gesagt nicht im Meldeverfahren beurteilen. Sie muss prüfen, ob die Voraussetzungen für das vereinfachte Verfahren gegeben sind (§ 79 PBG). Falls ja, hat sie das vereinfachte Verfahren gemäss den Vorgaben von § 79 PBG korrekt durchzuführen. Sind die Voraussetzungen für das vereinfachte Verfahren nicht erfüllt, so muss sie die Baubewilligung im ordentlichen Verfahren erteilen. Dabei hat sie sich im Zweifelsfall für das Verfahren mit der grösseren Publizität zu entscheiden. Gleichzeitig muss sie über die Einsprache der Beschwerdeführerin vom 5. Juli 2019 entscheiden. (RRB Nr. 725 vom 15. Oktober 2019).

2.4 Erschliessung / Planungszone

- *Erfordernis der Erschliessung (Erw. 3-3.4).*
- *Auswirkungen einer im Hinblick auf eine Baureglementsrevision zur Regelung der Standortwahl von Mobilfunkantennen erlassenen Planungszone (Erw. 4-4.6).*

Aus den Erwägungen:

3. Die Beschwerdeführer machen geltend, dass das Grundstück KTN 1777 nicht hinreichend erschlossen sei. Insbesondere fehle der Beschwerdegegnerin das Recht, für den Betrieb der geplanten Mobilfunkanlage irgendwelche Leitungen oder Kabel über die Strasse S. (KTN Y.) zu führen bzw. in der Strasse S. zu verlegen. Die Strasse S. sei ausserdem keine öffentliche Strasse, sondern eine Privatstrasse. Die Miteigentümer der Strassenparzelle hätten ihre Zustimmung zum Bauprojekt gar nie gegeben. Mangels Dienstbarkeiten und mangels Zustimmung der Miteigentümer könnten somit keine neuen Leitungen in der Strasse S. verlegt werden. Die Erschliessung sei somit in rechtlicher Hinsicht ungenügend bzw. nicht gesichert. Deshalb sei die Baubewilligung aufzuheben.

3.1 Voraussetzung für die Erteilung einer Baubewilligung ist, dass das Land erschlossen ist (Art. 22 Abs. 2 Bst. b des Bundesgesetzes über die Raumplanung vom 22. Juni 1979, RPG, SR 700). Bauten und Anlagen dürfen deshalb nur auf erschlossenen Grundstücken errichtet werden (§ 53 des Planungs- und Baugesetzes vom 14. Mai 1987, PBG, SRSZ 400.100). Land

C 2.4

ist 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 (Art. 19 Abs. 1 RPG; § 37 Abs. 1 PBG; Art. 8 Abs. 1 Bst. a und b des Baureglementes der Gemeinde G., nachfolgend: BauR). Genügende Zugänglichkeit setzt eine rechtlich gesicherte und technisch hinreichende Zufahrt, ausnahmsweise einen blossen Zugang voraus (§ 37 Abs. 3 PBG). Gemäss Art. 8 Abs. 2 BauR muss sich der Bauherr mit dem Baugesuch über die erforderlichen Benützungsrechte ausweisen, soweit die Benützung privater Erschliessungsanlagen erforderlich ist. Mit den "weiteren Erschliessungsanlagen" sind allerdings lediglich die erwähnten Wasser-, Energie- und Abwasseranlagen gemeint. Mit "Energie" i.S.v. § 37 Abs. 1 PBG meint der Gesetzgeber die Elektrizität. Der Zugang zu Kabel- und Mobilnetzen wird von Art. 19 Abs. 1 RPG und § 37 Abs. 1 PBG nicht geregelt bzw. erfasst. Es handelt sich hierbei nicht um Energieleitungen (vgl. dazu auch Eloi Jeannerat, in: Heinz Aemisegger/Pierre Moor/Alexander Ruch/Pierre Tschannen, Hrsg., Praxiskommentar RPG: Nutzungsplanung, Zürich/Basel/Genf 2016, Art. 19 N 19 und N 37).

3.2 Das betreffende Grundstück KTN X. ist bereits mit einem Wohnhaus überbaut. Die Liegenschaft wird unbestrittenermassen zonen- und bauordnungsgerecht genutzt. KTN X. ist offensichtlich in sämtlicher Hinsicht bereits hinreichend erschlossen. Die Mobilfunkanlage wird auf dem Dach des Wohnhauses erstellt. Die erforderlichen Elektrizitäts- und Mobilfunkleitungen kann die Beschwerdegegnerin falls erforderlich ohne weiteres mitbenutzen (vgl. auch E. 3.4). Es ist nicht ersichtlich, welche weiteren "Leitungen und Kabel" für den Betrieb der Mobilfunkanlage darüber hinaus noch notwendig sein sollten und in der Strasse S. verlegt werden müssten. Ein angeblich fehlendes Durchleitungsrecht zugunsten der Beschwerdegegnerin hat nichts mit der hinreichenden Erschliessung des Grundstücks KTN X. zu tun.

3.3 Für das öffentlich-rechtliche Baubewilligungsverfahren muss sodann die zivilrechtliche Bauberechtigung grundsätzlich nicht ausgewiesen sein. Es ist nicht Sache des öffentlichen Baurechts, zivilrechtliche Ansprüche Dritter zu schützen. Mit dem öffentlich-rechtlichen Baubewilligungsverfahren wird einzig festgestellt, ob dem Bauvorhaben öffentlich-rechtliche Bauhindernisse im Wege stehen oder nicht. Die gesetzlich verlangte Unterschrift des Grundeigentümers auf dem Baugesuch (vgl. § 77 Abs. 1 PBG) ist in erster Linie eine Ordnungsvorschrift, die dem Schutz der Bewilligungsinstanz dient, damit diese nicht von vornherein nutzlose Amtshandlungen zu verrichten hat (vgl. RRB Nr. 1219 vom 15. Dezember 2015, E. 2.3). Diese Zweckbestimmung steht selbst dort im Vordergrund, wo ein ausdrücklicher Bauberechtigungs-nachweis verlangt wird (z.B. in Zürich; vgl. Christoph Fritzsche/Peter

Bösch/Thomas Wipf, Zürcher Planungs- und Baurecht, 5. Auflage, Zürich 2011, S. 277).

3.4 Nach dem Gesagten wäre es grundsätzlich nicht einmal erforderlich gewesen, dass die Eigentümer des Grundstücks KTN X. ihre Zustimmung zum Bauvorhaben gegeben haben. Ebenso ist es für die Behandlung des Baugesuches nicht nötig bzw. erforderlich, dass die Grundeigentümer der Strassenparzelle KTN Y. ihre Zustimmung zum Bauprojekt erteilen. Nach dem oben (unter E. 3.1 f.) Ausgeführten haben die angeblich fehlenden Durchleitungsrechte nichts mit der hinreichenden Erschliessung des Grundstücks KTN X. zu tun. Die Frage nach der zivilrechtlichen Bauberechtigung muss im öffentlich-rechtlichen Baubewilligungsverfahren nicht behandelt werden. Die Beschwerde ist in diesem Punkt abzuweisen. An dieser Stelle ist lediglich der Vollständigkeit halber auf Art. 35 Abs. 1 des Fernmeldegesetzes vom 30. April 1997 (FMG, SR 784.10) hinzuweisen, wonach die Eigentümerinnen und Eigentümer von Boden im Gemeingebrauch (wie Strassen, Fusswege, öffentliche Plätze, Flüsse, Seen sowie Ufer) verpflichtet sind, den Anbieterinnen von Fernmeldediensten die Benutzung dieses Bodens für Bau und Betrieb von Leitungen und öffentlichen Sprechstellen zu bewilligen, sofern diese Einrichtungen den Gemeingebrauch nicht beeinträchtigen. Ob Privatstrassen ebenfalls unter Art. 35 Abs. 1 FMG fallen, muss an dieser Stelle nicht beurteilt werden. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung räumt das Fernmeldegesetz den Fernmelde-Konzessionärinnen jedenfalls weder ausdrücklich noch sinngemäss eine Legalservitut zu Lasten privater Grundstücke ein (vgl. z.B. BGE 132 III 651 E. 9). Der eidgenössische Gesetzgeber hat indes dem öffentlichen Interesse an der Erstellung solcher Anlagen dadurch Rechnung getragen, dass er für diese das Enteignungsrecht zur Verfügung stellt (vgl. Art. 36 Abs. 1 FMG).

4. Die Vorinstanz 1 hat am 21. September 2018, d.h. während der Rechtshängigkeit des vorliegenden Beschwerdeverfahrens, eine Planungszone über sämtliche Bauzonen, ausgenommen die Industrie- und Gewerbebezonen, erlassen (Abl 2018, S. 2120). Dies im Hinblick auf eine Baureglementsrevision zur Regelung der Standortwahl von Mobilfunkantennen. Ob gegen die Planungszone Einsprachen eingegangen sind, ist vorliegend nicht bekannt. Das Grundstück KTN X., auf welchem die Mobilfunkanlage errichtet werden soll, liegt gemäss geltendem Zonenplan der Gemeinde G. in der Wohnzone W2 und wird demnach grundsätzlich von der Planungszone mitumfasst. Zunächst ist deshalb zu untersuchen, welche Auswirkungen die Planungszone auf das Bauprojekt der Beschwerdegegnerin hat.

C 2.4

4.1 Müssen Nutzungspläne angepasst werden oder liegen noch keine vor, so kann die zuständige Behörde für genau bezeichnete Gebiete Planungszonen bestimmen. Innerhalb der Planungszonen darf nichts unternommen werden, was die Nutzungsplanung erschweren könnte (Art. 27 Abs. 1 RPG). Planungszonen dürfen für längstens fünf Jahre bestimmt werden; das kantonale Recht kann eine Verlängerung vorsehen (Art. 27 Abs. 2 RPG). Auf kantonaler Ebene findet sich die entsprechende Bestimmung über die Planungszonen in § 14 PBG. Der Gemeinderat kann bis zum Erlass oder während der Änderung von kommunalen Nutzungsplänen Planungszonen festlegen, in denen nichts unternommen werden darf, was die Nutzungsplanung erschweren könnte (§ 14 Abs. 1 PBG; vgl. auch Art. 7 Abs. 1 BauR). Kommunale Planungszonen dürfen für längstens drei Jahre bestimmt werden. Die Geltungsdauer kann in begründeten Fällen um höchstens zwei Jahre verlängert werden (§ 14 Abs. 2 PBG; Art. 7 Abs. 2 BauR). Planungszonen werden mit der öffentlichen Auflage für jedermann verbindlich. Die Auflage ist den Grundeigentümern schriftlich mitzuteilen, wenn ihre Adressen bekannt sind (§ 14 Abs. 3 PBG; vgl. Art. 7 Abs. 3 BauR).

4.2 Künftigen Nutzungsplänen und -vorschriften wird durch den Erlass einer Planungszone eine sogenannte negative Vorwirkung zuerkannt, indem Baubewilligungen nur noch erteilt werden, wenn dadurch die vorgesehene Neuordnung nicht erschwert wird. Die Planungszone hat also zur Folge, dass im betroffenen Umfang die Anwendung des (noch) geltenden Rechts im Hinblick auf das Inkrafttreten des neuen Rechts ausgesetzt wird. Es handelt sich demnach um eine "Bausperre mit befristeter Negativwirkung" (Alexander Ruch, Kommentar zum Bundesgesetz über die Raumplanung [RPG], Zürich/Basel/Genf 2010, Art. 27 N 45). Gleichzeitig bewirkt die Festsetzung von Planungszonen eine öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkung und ist somit mit Art. 26 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101) nur vereinbar, wenn sie im Sinn von Art. 36 BV auf einer gesetzlichen Grundlage beruht, im öffentlichen Interesse liegt, verhältnismässig ist und voll entschädigt wird, falls sie einer Enteignung gleichkommt (BGE 113 Ia 362 E. 2; Urteil des Bundesgerichts 1C_91/2011 vom 26. Oktober 2011, E. 2.2). Art. 27 Abs. 1 Satz 2 RPG impliziert aber über die blosse Bausperre hinaus die Möglichkeit von Veränderungen innerhalb von Planungszonen, soweit die Nutzungsplanung nicht erschwert wird. Untersagt werden im Sinne des Verhältnismässigkeitsprinzips nur Vorhaben, die der beabsichtigten neuen Ordnung widersprechen. Darin liegt eigentlich das Wesen der Planungszone, die die künftige Nutzungsplanung sichern will und sich nicht als reine Bausperre erweist (Ruch, Kommentar RPG, Art. 27 N 46).

4.3 Fraglich ist, ob das Baugesuch der Beschwerdegegnerin überhaupt von der Planungszone erfasst wird. Die Vorinstanz 1 vertritt in ihrer Duplik vom 6. Dezember 2018 den Standpunkt, dass das Baugesuch nicht unter das Regime der Planungszone falle. Sie hat die Planungszone nämlich rund fünf Monate nach der Erteilung der Baubewilligung für die Mobilfunkanlage erlassen. Das erstinstanzliche Verfahren war im Zeitpunkt des Erlasses der Planungszone also bereits abgeschlossen. Die Baubewilligung vom 26. April 2018 ist jedoch noch nicht rechtskräftig. Das vorliegende Beschwerdeverfahren war zum Zeitpunkt des Erlasses der Planungszone bereits vor dem Regierungsrat, d.h. der zweiten Instanz, hängig. Die Frage, ob eine Planungszone, welche erst während der Rechtshängigkeit einer Beschwerde gegen eine Baubewilligung erlassen wird, auch für das entsprechende Bauvorhaben wirksam ist, ist gesetzlich nicht geregelt. Gemäss § 14 Abs. 3 PBG werden Planungszone mit der öffentlichen Auflage für jedermann verbindlich. Die Planungszone entfaltet ihre Wirkung damit grundsätzlich auf Bauvorhaben, die nach ihrem Erlass eingereicht werden. Nähere Vorschriften über den zeitlichen Geltungsbereich resp. die Vor- bzw. Rückwirkung von Planungszone enthalten weder das kantonale noch das kommunale Recht. In anderen Kantonen ist diese Frage zum Teil gesetzlich geregelt, so z.B. im Kanton Bern oder im Kanton Basel-Stadt (vgl. Ruch, Praxiskommentar RPG: Nutzungsplanung, a.a.O., Art. 27 N 57).

4.4 In der Regel wird bei der Prüfung eines Bauvorhabens auf das Recht abgestellt, das im Zeitpunkt der Baubewilligung (d.h. des erstinstanzlichen Entscheids) gilt. Wenn eine Planungszone erst während eines hängigen Rechtsmittelverfahrens gegen die erteilte Baubewilligung erlassen wird, hemmt die Planungszone zwar das Verfahren. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist in einem solchen Fall indes eine Interessenabwägung vorzunehmen. Abzuwägen sind die privaten Interessen des Bauherrn an der Baurealisierung und die öffentlichen Interessen an der Planänderung bzw. an der Vorwirkung der neuen Nutzungsordnung (Urteile des Bundesgerichts 1P.539/2003 vom 22. April 2004, E. 2.2; 1C_91/2011, E. 2.6.2; vgl. auch Ruch, Praxiskommentar RPG: Nutzungsplanung, Art. 27 N 59). Im Urteil 1P.539/2003 vom 22. April 2004 stand die Wirkung einer Planungszone zur Diskussion, welche erst im Verlaufe des baurechtlichen Rechtsmittelverfahrens erlassen worden war. Eine kantonale übergangsrechtliche Regelung fehlte. Das Bundesgericht gewichtete die privaten Interessen des Baugesuchstellers im Lichte der Rechtssicherheit und des Verfassungsgrundsatzes von Treu und Glauben höher als das öffentliche Interesse an der Vorwirkung der neuen Bauordnung. Anzumerken bleibt, dass es in jenem Fall um die Errichtung eines Massagesalons in der Wohn- und Gewerbezone WG3 ging, welche nach der künftigen Nutzungsordnung nicht mehr zulässig gewesen wäre.

C 2.4

4.5 Die Vorinstanz 1 beabsichtigt, für die Standortwahl von visuell als solche wahrnehmbaren Mobilfunkantennen ein Kaskadenmodell zu erlassen. Standorte in den Industrie- und Gewerbebezonen haben dabei erste Priorität. Ist dies nachweislich nicht möglich oder aufgrund des fernmelderechtlichen Versorgungsauftrages nicht ausreichend, sind Standorte in der zweiten Priorität (Mischzonen: Wohngewerbebezonen, Kernzonen, Zentrumszonen usw.) zulässig. Ist ein Standort in der ersten und zweiten Priorität nachweislich wiederum nicht möglich oder nicht ausreichend, sind Standorte in den übrigen Bauzonen zulässig (Art. 11a Abs. 2 Bst. a – c E-BauR). Die Gesuchsteller haben die Standortwahl in einer Interessenabwägung nachvollziehbar darzulegen (Art. 11a Abs. 4 E-BauR). Bei Kaskadenregelungen geht es nicht um den Schutz vor nichtionisierender Strahlung, sondern um den Schutz vor ideellen Immissionen. Diese knüpfen nicht an die Strahlenintensität, sondern in erster Linie an den für die Anwohner visuell wahrnehmbaren Standort an. In diesem Sinne will auch Art. 11a E-BauR visuell als solche wahrnehmbare Mobilfunkanlagen in reinen Wohnzonen nicht generell verbieten. Der Gesuchsteller hat im Baugesuch jedoch die Standortwahl nachvollziehbar zu begründen resp. nachzuweisen, weshalb die Realisierung in einer anderen Zone der ersten und zweiten Priorität nicht möglich ist.

4.6 Die Beschwerdegegnerin hat ihr Baugesuch am 31. August 2017, d.h. rund 13 Monate bevor die Vorinstanz 1 die Planungszone erlassen hat, eingereicht. Soweit aus den Akten ersichtlich, hat die Vorinstanz 1 die Beschwerdegegnerin während des Baubewilligungsverfahrens auch nie über die geplante Neuordnung des Baureglements bzw. die beabsichtigte Änderung informiert. Insoweit kam die Planungszone auch für die Beschwerdegegnerin überraschend. Die Planungsabsicht der Vorinstanz 1 hat sich erst nach Einreichung des Baugesuches bzw. sogar erst nach dessen Bewilligung konkret verfestigt. Denn die Vorinstanz 1 hat die Planungszone rund fünf Monate nach Erteilung der Baubewilligung erlassen. Schon aus diesem Grund ist dem Prinzip der Rechtssicherheit und dem Vertrauensgrundsatz im Rahmen der Interessenabwägung ein erhöhtes Gewicht beizumessen. Zu beachten bleibt auch, dass die Beschwerdegegnerin Konzessionärin ist und eine Versorgungspflicht gemäss Fernmeldegesetz zu erfüllen hat. Nachdem die geplante Änderung des Baureglements Mobilfunkantennen in reinen Wohnzonen ohnehin nicht generell verhindern bzw. verbieten will, ist demgegenüber dem öffentlichen Interesse an der Vorwirkung der neuen Vorschriften ein eher geringes Gewicht beizumessen. Im Übrigen wäre die Baubewilligung ohnehin nicht dazu geeignet, die Nutzungsplanung resp. die Planungsabsicht zu erschweren. Die Gefahr, dass früher bewilligte Bauten oder Anlagen nicht im Einklang mit einer neuen Zonenordnung stehen, besteht immer. Jede Änderung der Nutzungsplanung führt zwangsläufig dazu, dass ein Teil der bestehenden Bauten oder Anlagen nach neuem, geändertem Recht nicht mehr

bewilligungsfähig wäre. Dies erschwert oder verhindert die Nutzungsplanung jedoch nicht. Nach dem Gesagten ist somit festzuhalten, dass im Lichte der Rechtssicherheit und des Grundsatzes von Treu und Glauben der Beschwerdegegnerin die Planungszone nicht entgegengehalten werden kann. Auch in diesem Punkt ist die Beschwerde somit abzuweisen.

(RRB Nr. 27 vom 15. Januar 2019).

Anmerkung: Das Verwaltungsgericht hat eine gegen den Entscheid der Regierung erhobene Beschwerde abgewiesen (VGE III 2019 33 vom 25. September 2019). Die dagegen beim Bundesgericht erhobene Beschwerde ist noch hängig.

2.5 Standortgebundenheit für Betriebsinhaber- bzw. Personalwohnungen

- *Voraussetzung der Standortgebundenheit für Betriebsinhaber- bzw. Personalwohnungen in der Gewerbezone (Erw. 1-3.4).*
- *Der Betrieb einer Selbstbedienungs-Autowaschanlage erfordert nicht die dauernde Anwesenheit von Personal. Der Zweck einer Selbstbedienungs-Autowaschanlage besteht vielmehr gerade darin, dass sie nicht bedient ist und deshalb kein Personal vorhanden ist (Erw. 2.2-3.5).*

Aus den Erwägungen:

1. Auf dem Grundstück KTN X. befinden sich die Selbstbedienungs-Autowaschanlage, eine Autoeinstellhalle sowie Büroräumlichkeiten. Der Beschwerdeführer will die Büroräumlichkeiten in eine 4½-Zimmerwohnung umnutzen. Die Vorinstanz 1 hat die Baubewilligung hierfür verweigert, dies mit der Begründung, dass Wohnungen in der Gewerbezone grundsätzlich nicht zonenkonform seien. Nach der Praxis des Gemeinderates sei pro Gebäudeeinheit lediglich eine Wohnung zulässig. Im Gewerbegebäude auf dem benachbarten Grundstück KTN Y. bestehe bereits eine Wohnung. Ausserdem sei die geplante Wohnung auf KTN X. für die Selbstbedienungs-Autowaschanlage nicht betriebsnotwendig.

2. Bauten und Anlagen dürfen nur mit behördlicher Bewilligung errichtet oder geändert werden (Art. 22 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Raumplanung vom 22. Juni 1979, RPG, SR 700; § 75 Abs. 1 des Planungs- und Baugesetzes vom 14. Mai 1987, PBG, SRSZ 400.100). Bauten und Anlagen werden namentlich dann geändert, wenn sie äusserlich umgestaltet, erweitert, erheblich umgebaut oder einer neuen, baupolizeilich bedeutsamen

C 2.5

Zweckbestimmung zugeführt werden (§ 75 Abs. 2 PBG). Irrelevant ist dabei, ob die Nutzungsänderung äusserlich wahrnehmbar ist oder nicht. Sie bleibt auch dann bewilligungspflichtig, wenn mit ihr keine baulichen Veränderungen verbunden sind (Christoph Fritzsche/Peter Bösch/Thomas Wipf, Zürcher Planungs- und Baurecht, 5. Auflage, Zürich 2011, S. 268). Dass die Umnutzung der Büroräumlichkeiten in eine 4½-Zimmerwohnung baubewilligungspflichtig ist, ist vorliegend nicht umstritten.

2.1 Voraussetzung zur Erteilung der Baubewilligung ist insbesondere, dass die Bauten und Anlagen dem Zweck der Nutzungszone entsprechen (Art. 22 Abs. 2 Bst. a RPG). Die Gemeinden sind verpflichtet, kommunale Nutzungspläne und insbesondere Zonenpläne samt den zugehörigen Vorschriften zu erlassen (§ 15 Abs. 1 PBG). Die Gemeinde scheidet im Zonenplan die erforderlichen Bau-, Landwirtschafts- und Schutzzonen aus (§ 17 Abs. 1 PBG). Bauzonen können insbesondere in Wohn-, Gewerbe- und Industriezonen unterteilt werden (§ 18 Abs. 2 Bst. a, b und d PBG). Das Baureglement enthält Bestimmungen, die den Zonenplan näher umschreiben (§ 21 Abs. 1 PBG). Die Parzelle KTN X. des Beschwerdeführers befindet sich gemäss dem aktuellen Zonenplan der Gemeinde H. in der Gewerbezone (Gw). Weder das Bundesrecht noch das kantonale Recht enthalten Bestimmungen, welche die zulässige Nutzung in den Gewerbezonen näher umschreiben. Demnach bestimmt vorliegend das kommunale Baureglement, was in der Gewerbezone als zonenkonforme Nutzung zulässig ist. Wo das kantonale Recht für eine Materie keine abschliessende Ordnung trifft, sondern diese ganz oder teilweise der Gemeinde zur Regelung überlässt und ihr dabei eine erhebliche Entscheidungsfreiheit einräumt, geniesst die Gemeinde den Autonomieschutz. Der Regierungsrat auferlegt sich bei der Überprüfung der Anwendung bzw. Auslegung solchen autonomen kommunalen Baurechts regelmässig eine gewisse Zurückhaltung (§ 46 Abs. 2 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 6. Juni 1974, VRP, SRSZ 234.110). Diese Zurückhaltung geht allerdings nur so weit, als das Gemeinwesen den ihm zustehenden Ermessensspielraum nicht verlässt (vgl. RRB Nr. 630 vom 26. Juni 2012, E. 2.2; EGV-SZ 2002, C 2.3, E. 2.4).

2.2 Gemäss Art. 45 Abs. 1 des geltenden Baureglements der Gemeinde H. (nachfolgend: BauR) ist die Gewerbezone für höchstens mässig störende gewerbliche und kleine Industriebetriebe bestimmt. Wohnungen sind nur für standortsgebundenes Personal oder Betriebsinhaber gestattet.

2.3 Der Zweck der Gewerbe- und Industriezonen liegt darin, einerseits dem Gewerbe sowie der Industrie – auch im Sinn eines volkswirtschaftlichen Nutzens – eine möglichst ungehinderte Entfaltung bei intensiver baulicher Aus-

nutzung gewährleisten zu können, und andererseits die Wohnzonen vor Immissionen zu schützen, um zu verhindern, dass Menschen unnötigerweise Lärm, Gerüchen, Erschütterungen und anderen Immissionen ausgesetzt werden. Aufgrund dieser Zweckbestimmung kann ein öffentliches Interesse daran bestehen, die Anzahl Wohnungen in diesen Zonen zu beschränken. In diesem Sinne ist die Möglichkeit zur Erstellung von Wohnungen gemäss Art. 45 Abs. 1 BauR als gesetzlich vorgesehene Ausnahme zu verstehen. Für die Bewilligung von Wohnungen für standortgebundenes Personal oder Betriebsinhaber in der Gewerbezone rechtfertigt sich vorliegend somit grundsätzlich eine restriktive Praxis.

3. Die Vorinstanz 1 hat die Baubewilligung insbesondere deshalb verweigert, weil der «Gebäudeteil» des Beschwerdeführers auf KTN X. und der "Gebäudeteil" auf dem angrenzenden Grundstück KTN Y. zusammengebaut seien. Es sei deshalb von einem Gebäude auszugehen, auch wenn dieses auf zwei verschiedenen Grundstücken stehe. Im Gebäudeteil auf KTN Y. befinde sich jedoch bereits eine bewilligte Wohnung, weshalb im Gebäudeteil auf KTN X. keine (zweite) Wohnung bewilligt werden könne. Der Beschwerdeführer hingegen stellt sich auf den Standpunkt, dass es sich um zwei separate Gebäude handle. Das Gebäude auf KTN X. sei im Norden zwar an das Gebäude auf KTN Y. angebaut. Rein deswegen handle es sich aber nicht um ein einziges Gebäude.

3.1 Der Wortlaut von Art. 45 Abs. 1 BauR begrenzt die Anzahl Wohnungen in Gewerbebezonen nicht explizit. Der Wortlaut schliesst auch bei einem Gewerbegebäude mit mehreren Gewerbebetrieben die Schaffung mehrerer Wohnungen grundsätzlich nicht aus. Es ist jedoch davon auszugehen, dass Art. 45 Abs. 1 BauR den "Normalfall" regelt, wonach ein bestimmtes Gebäude in der Gewerbezone auch nur von einem einzigen Betrieb genutzt wird. Nach ständiger Rechtsprechung des Regierungsrates kann in einer Industrie- oder Gewerbezone in der Regel auch dann nur eine einzige Wohnung erstellt werden, wenn sich in einem Gewerbegebäude verschiedene Betriebe befinden. Wenn nämlich für jeden noch so kleinen Betrieb eine Wohnung zulässig wäre, könnten mit dieser Begründung zahlreiche Wohnungen in der Industrie- oder Gewerbezone erstellt werden, was Sinn und Zweck von Art. 45 Abs. 1 BauR zuwiderlaufen würde. Die Vorinstanz 1 vertritt ebenfalls diese Haltung. Pro Gewerbegebäude ist demnach nur eine Wohnung zulässig.

3.2 Entgegen der Ansicht der Vorinstanz 1 ist vorliegend von zwei eigenständigen, separaten Gebäuden auf KTN X. und KTN Y. auszugehen. Das Gebäude auf KTN X. ist im Norden zwar an das Gebäude auf KTN Y. angebaut. Dies bedeutet jedoch nicht, dass es sich deshalb um einen einzigen Gebäudekomplex handelt oder dass diese Gebäude zusammengebaut wären.

C 2.5

Es besteht keine räumliche Verbindung zwischen den beiden Gebäuden. Dies ergibt sich aus den Grundriss- und Fassadenplänen, welche die Vorinstanz 1 am 14. April 2016 bewilligt hat. Sodann hat die Vorinstanz 1 dem Beschwerdeführer am 14. April 2016 ausdrücklich die Bewilligung für den Neubau eines Gewerbegebäudes und einer Selbstbedienungs-Autowaschanlage erteilt. Auch dies spricht dafür, dass es sich beim Gebäude auf KTN X. um ein eigenständiges Gebäude handelt. Die Gebäude auf KTN X. und Y. verfügen sodann über separate Assekuranznummern.

3.3 Aufgrund dieser Überlegungen stünde einer Baubewilligung für eine Wohnung im Gebäude auf KTN X. grundsätzlich nichts im Weg. Gemäss Art. 45 Abs. 1 BauR sind Wohnungen in der Gewerbezone jedoch nur für standortgebundenes Personal oder den Betriebsinhaber gestattet. Der Beschwerdeführer beabsichtigt, im Gewerbegebäude eine Wohnung für standortgebundenes Personal (wie z.B. Hauswart, Sicherheitspersonal) zu erstellen (vgl. Schreiben des Rechtsvertreters des Beschwerdeführers vom 15. Juni 2018 an das Bauamt H.; Beschwerdeschrift vom 29. November 2018, S. 7).

3.4 Standortgebunden sind in der Regel nur Wohnungen, die aus betrieblichen Gründen am Betriebsstandort notwendig sind. Nach der Praxis des Regierungsrates hängt es von der Art und Tätigkeit eines Unternehmens ab, welche Personen unter den zentralen Begriff des betriebsnotwendigen, an den Standort gebundenen Personals fallen. Dazu gehören beispielsweise Wohnungen für Nachtwächter, Leute der Betriebsfeuerwehr, Abwarte und das Betriebspersonal, dessen ständige Anwesenheit aus betriebstechnischen Gründen notwendig ist. Solche Gründe können in der dauernden Überwachung von Maschinen, Apparaten und Betriebsvorgängen liegen (VGE 639/94 vom 22. Dezember 1994, E. 1c; VGE III 2014 4 vom 25. Juni 2014, E. 4.1; RRB Nr. 1004 vom 13. August 2002, E. 5.2.1).

3.5 Der Beschwerdeführer bringt vor, dass der Verwalter der Waschanlage während den Öffnungszeiten von 06.00 Uhr bis 22.00 Uhr anwesend und erreichbar sein müsse. Der Verwalter müsse unabhängig von Störungsfällen dauernd vor Ort sein. Nebst der Behebung von Störungsfällen müsse dieser sich auch noch um die allgemeinen Aufgaben der Verwaltung kümmern. Deshalb sei der Verwalter zwingend auf die Wohnung angewiesen. Dieser Argumentation ist allerdings nicht zu folgen. Wie die Vorinstanz 1 im angefochtenen Beschluss zutreffend ausgeführt hat, erfordert der Betrieb einer Selbstbedienungs-Autowaschanlage nicht die dauernde Anwesenheit von Personal. Der Zweck einer Selbstbedienungs-Autowaschanlage besteht gerade darin, dass sie nicht bedient ist und in diesem Sinne kein Personal erfordert. Die

Selbstbedienungs-Autowaschanlage ist jeweils von 06.00 bis 22.00 Uhr geöffnet. Im Gewerbegebäude auf KTN X. sind Büroräumlichkeiten vorhanden. Es ist normalerweise ausreichend, wenn während der üblichen Büro-Öffnungszeiten Personal anwesend ist, um allfällige Wartungsarbeiten vorzunehmen oder technische Störungen zu beheben. Um Störungsfälle ausserhalb der Bürozeiten zu melden, stehen den Kunden der Waschanlage nach Angaben der Vorinstanz 1 zwei Natelnummern zur Verfügung. Der Beschwerdeführer bestreitet dies nicht. In der Regel erfordert der Betrieb einer Selbstbedienungs-Autowaschanlage jedenfalls nicht die ständige Anwesenheit von Personal. Eine Wohnung ist deshalb nicht betriebsnotwendig. Gegenteiliges vermag der Beschwerdeführer nicht stichhaltig darzulegen.

(RRB Nr. 173 vom 12. März 2019).

2.6 Auswirkungen einer Projektänderung – nachträgliche Baueinsprache und öffentliche Auflage

- *Nachträgliche Baueinsprache und Voraussetzung der öffentlichen Auflage bei einer Projektänderung (Erw. 2.3.2-3.6).*

Aus den Erwägungen:

2.3.2 Die Beschwerdeführerinnen I haben gegen das öffentlich aufgelegte und publizierte Baugesuch der Beschwerdegegnerin I (...) keine Einsprache erhoben. In Bezug auf das Projekt vom (...) haben sie ihr Einspracherecht somit grundsätzlich verwirkt. Als unmittelbare Nachbarinnen wären die Beschwerdeführerinnen I zwar unbestrittenermassen zur Baueinsprache legitimiert gewesen. Fraglich ist, inwieweit die Beschwerdeführerinnen I sich nachträglich noch gegen die Projektänderung vom (...) wehren können, welche nicht mehr publiziert und öffentlich aufgelegt wurde.

2.3.3 Nach Ablauf der Auflagefrist sind öffentlich-rechtliche Baueinsprachen nur zulässig, wenn die baulichen Vorkehren aus dem Baugespann und den aufgelegten Plänen nicht deutlich ersichtlich waren oder ihnen widersprechen (§ 80 Abs. 2 PBG; Art. 123 Abs. 3 BauR). Die spätere oder nachträgliche Einsprache bezweckt, die abgelaufene Einsprachefrist wiederherzustellen, wenn der Dritte aus Gründen einer mangelhaften Planaufgabe und Bauprofilierung unverschuldeter Weise von der Einspracheerhebung abgehalten wurde. Die nachträgliche Baueinsprache ist nach Kenntnisnahme des Mangels innerhalb von 20 Tagen einzureichen (EGV-SZ 1992, Nr. 8 und 49). Die baulichen Vorkehren müssen nicht zwingend realisiert sein, denn es ist durchaus möglich, dass dem Dritten die Mängel aus anderen Gründen als

C 2.6

der Baurealisation nachträglich bekannt werden und deshalb die nachträgliche Einsprachefrist zu laufen beginnt (EGV-SZ 2007, B 8.3, E. 3.2).

2.3.4 Der vorausgesetzte Widerspruch kann zwei verschiedene Ursachen haben. Entweder deckt sich die erteilte Bewilligung nicht mit dem profilierten Auflageprojekt, weil beispielsweise während dem Bewilligungsverfahren eine dem Dritten nicht mitgeteilte Projektänderung vorgenommen wird, oder der Bewilligungsnehmer weicht von der Baubewilligung ab und handelt formell rechtswidrig (EGV-SZ 2007, B 8.3, E. 3.4). Dass sich im vorliegenden Fall die erteilte Baubewilligung nicht mit dem profilierten und publizierten Baugesuch vom 5. Juli 2017 (Abl 2017, S. 1510) deckt, ist offenkundig und unbestritten, da die Beschwerdegegnerin I am (...) eine Projektänderung eingereicht hat, welche nicht mehr publiziert und öffentlich aufgelegt worden ist. Insoweit ist der Anwendungsbereich der nachträglichen Baueinsprache gegeben. Dass die Beschwerdeführerinnen I ihre nachträgliche Einsprache innerhalb der Frist von 20 Tagen ab Kenntnisnahme eingereicht haben, ist unbestritten. Damit haben sich die Beschwerdeführerinnen I am vorinstanzlichen Verfahren beteiligt.

2.3.5 Eine Projektänderung kann grundsätzlich bezüglich der Bauteile, welche durch die Änderung unmittelbar oder mittelbar betroffen sind, angefochten werden (vgl. VGE III 2014 253 vom 16. Juli 2015, E. 3.1.2 mit Hinweisen). Hingegen eröffnet unter Berücksichtigung von § 80 Abs. 2 PBG eine im vereinfachten Verfahren bewilligungsfähige Projektänderung einer Person, die es versäumt hat, rechtzeitig Einsprache gegen das ursprüngliche Projekt zu erheben, grundsätzlich nicht die Möglichkeit, auf diesem Weg doch noch Einwände gegen das ganze aktuelle Bauvorhaben vorzubringen (vgl. Urteil des Bundesgerichts 1C_474/2015 vom 17. Juni 2016 E. 3.2).

2.3.6 Die Projektänderung vom (...), welche im Rahmen des ordentlichen Baubewilligungsverfahrens erfolgt ist, wurde nicht mehr öffentlich aufgelegt und publiziert. Die Vorinstanz I/Ziff. 1 hat die Projektänderung auch den direkten Anstössern nicht angezeigt. Wird eine Projektänderung nicht mehr öffentlich aufgelegt und publiziert, kann sich ein potentiell betroffener Nachbar, der gegen das ursprüngliche, publizierte Baugesuch keine Einsprache erhoben hat und dem die Projektänderung nicht direkt angezeigt wird, nur noch mittels nachträglicher Einsprache dagegen wehren. Er kann dabei geltend machen, dass die Projektänderung publiziert und öffentlich aufgelegt werden müsste. Die Beschwerdeführerinnen I waren dementsprechend zumindest in Bezug auf die Frage, ob die Projektänderung hätte publiziert und öffentlich aufgelegt werden müssen, zur nachträglichen Einsprache legitimiert (analog zu Bauvorhaben die ohne Publikation und öffentliche Auflage, z.B. im Meldeverfahren, bewilligt wurden; vgl. RRB Nr. 506 vom 3. Juli

2018, E. 1.2 f. mit Hinweisen). Die Prüfung der Frage, ob tatsächlich eine erneute Publikation erforderlich ist oder nicht, bildet sodann keine Eintretensfrage, sondern ist Gegenstand des zu treffenden Sachentscheides (VGE III 2014 253 vom 16. Juli 2015, E. 3.1.1 mit Hinweis auf VGE III 2011 45 vom 26. Oktober 2011, E. 4).

2.4 Die Vorinstanzen haben die Einsprachelegitimation der Beschwerdeführerinnen I nicht im Detail geprüft. Sie sind generell auf die Einsprache eingetreten und haben diese auch materiell beurteilt. Zumindest in Bezug auf die Verfahrensfrage waren die Beschwerdeführerinnen I zur Einsprache legitimiert. Es ist insoweit nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanzen auf die nachträgliche Einsprache der Beschwerdeführerinnen I eingetreten sind und diese Frage materiell behandelt haben. An der Überprüfung der Frage, ob zu Recht auf die erneute Publikation und Auflage der Projektänderung verzichtet wurde, haben die Beschwerdeführerinnen I zweifellos ein schutzwürdiges Interesse. In diesem Sinne sind die Beschwerdeführerinnen I zur Beschwerde legitimiert. Nachdem auch die übrigen Sachentscheidungsbedingungen gegeben sind, ist auf die Beschwerde I insoweit einzutreten.

(...)

3. Die Beschwerdeführerinnen I beanstanden, dass die Projektänderung nicht mehr öffentlich aufgelegt und publiziert worden sei. Sie stellen sich auf den Standpunkt, dass der Verzicht auf eine neue Publikation rechtsverletzend sei. Das Bauvorhaben habe sich derart geändert, dass zwingend eine neue Publikation hätte erfolgen müssen. Es sei unzulässig, dass die Beschwerdegegnerin I auf das Wohn- und Gewerbegebäude verzichte. Die Beschwerdeführerinnen I bringen in diesem Zusammenhang vor, dass es unzulässig sei, den Gestaltungsplan X. etappenweise zu realisieren. Mit dem Verzicht auf die Erstellung des Wohn- und Gewerbegebäudes würden die Gestaltungsplanvorschriften verletzt.

3.1 Projektänderungen während eines laufenden Baubewilligungsverfahrens erweisen sich als zulässig und kommen auch relativ häufig vor. Die Beantwortung der Frage, ob bei einer Projektänderung eine erneute Ausschreibung zu erfolgen hat, richtet sich nach dem Ausmass der Änderung. Von einer erneuten Ausschreibung des (abgeänderten) Bauvorhabens kann gemäss ständiger Praxis von Regierungsrat und Verwaltungsgericht abgesehen werden, wenn es sich um eine geringfügige Projektänderung handelt, was etwa dann anzunehmen ist, wenn eine Änderung im Vergleich zum ausgeschriebenen Baugesuch ein "Minus" darstellt, eine sogenannte Projektreduktion (vgl. VGE III 2014 253 vom 16. Juli 2015, E. 3.1.1 mit Hinweisen; VGE III 2012 202 vom 14. Mai 2013, E. 2.2 mit Hinweisen). Soweit es

C 2.6

indessen nicht um eine Reduktion, sondern um eine andere Gestaltung des ausgeschriebenen Bauvorhabens (ein sog. "aliud") geht, kann von einer neuen Ausschreibung nicht abgesehen werden, es sei denn, die Voraussetzungen für das vereinfachte Verfahren nach § 79 PBG sind gegeben (vgl. dazu VGE III 2013 113 vom 27. November 2013, E. 2.3.2; VGE III 2010 194 vom 20. Januar 2011, E. 1.3.2).

3.2 Im ursprünglichen Baugesuch vom (...) plante die Beschwerdegegnerin I eine Überbauung mit fünf Mehrfamilienhäusern mit einer Tiefgarage (Parking 1) sowie einem neuen Wohn- und Gewerbehaus mit einer weiteren Parkierungsanlage (Parking 2). Am (...) reichte die Beschwerdegegnerin I der Vorinstanz I/Ziff. 1 zudem das Baugesuch für eine neue Meteorwasserleitung in den Vierwaldstättersee ein, welches publiziert (...) und öffentlich aufgelegt wurde. Am (...) hat die Beschwerdegegnerin I dieses Baugesuch für die Meteorwasserleitung wieder zurückgezogen. Am (...) hat die Beschwerdegegnerin I der Vorinstanz I/Ziff. 1 eine Projektänderung des Hauptbaugesuches eingereicht. Diese beinhaltet im Wesentlichen den Verzicht auf den Neubau des Wohn- und Gewerbehauses (Gebäude C) und der darin enthaltenen Parkierungsanlage (Parking 2). Das bestehende Gewerbegebäude (Gebäude C) soll demnach grundsätzlich bestehen bzw. nur teilweise abgebrochen werden. Zudem wurde die geplante Meteorwasserleitung in diese Projektänderung integriert. Das Bauamt X. hat darauf verzichtet, die Projektänderung neu zu publizieren und öffentlich aufzulegen. Es hat auch die direkten Anstösser nicht über die Projektänderung informiert. Es hat die Projektänderung jedoch den Einsprechern mit Schreiben vom (...) angezeigt.

3.3 Mit der Projektänderung wird u.a. das geplante Wohn- und Gewerbehaus (inklusive Parkierung) weggelassen. Dieser Verzicht stellt im Vergleich zum ausgeschriebenen Projekt insoweit ein "Minus" dar. Der Verzicht auf den Neubau des Wohn- und Gewerbehauses hat keine wesentlichen Auswirkungen auf die Form, Lage und Gestalt der übrigen geplanten Mehrfamilienhäuser. Die geplanten fünf Mehrfamilienhäuser bleiben im Vergleich zum ursprünglichen Projekt in ihrer Form und Gestalt unverändert. Das Wohnungskonzept der Mehrfamilienhäuser hat sich im Vergleich zum ausgeschriebenen Projekt nicht geändert. Auch die Bruttogeschossflächen der Mehrfamilienhäuser blieben unverändert. Die Rüge der Beschwerdeführerinnen I, dass eine Etappierung der Überbauung X. unzulässig sei, verfängt überdies nicht. Die Baugrundstücke KTN A., B. und C. liegen im Perimeter des Gestaltungsplanes X. Gemäss Art. 11 der Sonderbauvorschriften vom (...) (nachfolgend: SBV) können die Bauten zeitlich unterschiedlich realisiert werden (Etappierung). Im Übrigen gibt es auch keine handfesten Anhaltspunkte dafür, dass der in der Wohn- und Gewerbezone (WG3) verlangte Mindestgewerbeanteil

nicht mehr eingehalten werden könnte. Da es sich beim (vorläufigen) Verzicht auf den Neubau des Wohn- und Gewerbegebäudes um eine Projektreduktion handelt, die keine weiteren Auswirkungen auf die Nachbarn hat bzw. für diese sogar eine Verbesserung darstellt, war die Vorinstanz I/Ziff. 1 auch nicht verpflichtet, diese Projektänderung erneut öffentlich aufzulegen und zu publizieren. Dies hat zur Folge, dass die Beschwerdeführerinnen I in Bezug auf die Projektreduktion mit ihren materiellen Rügen wegen des fehlenden Berührtseins nicht zur Beschwerde legitimiert sind (vgl. E. 2.2 und E. 2.3.1 ff.). Auf diese Rügen ist im Folgenden daher auch nicht näher einzugehen.

3.4 Allerdings hat die Projektänderung auch Auswirkungen auf die Erschliessung der fünf Mehrfamilienhäuser, da die im Gebäude C vorgesehene Parkierungsanlage nun ebenfalls wegfällt. Diesbezüglich ist darauf hinzuweisen, dass der Regierungsrat bei der Genehmigung des Gestaltungsplanes S. insbesondere die gute architektonische Gestaltung und Eingliederung in die Umgebung, die getrennte Führung des Fussgänger- und Fahrverkehrs sowie die unterirdische Parkierung als Vorteile gegenüber der Normalbauweise erachtet hat (...). Neu geplant sind in der Projektänderung zehn Parkplätze neben dem bestehenden Gewerbegebäude auf KTN A. Diese Parkplätze waren im ursprünglichen Baugesuch vom 5. Juli 2017 nicht vorhanden. Hinzu kam mit der Projektänderung ausserdem eine neue Meteorwasserleitung über KTN B. und C. in den Vierwaldstättersee. Auch diese war nicht Bestandteil des ursprünglich publizierten Baugesuches vom 5. Juli 2017. Für die geplante neue Meteorwasserleitung wurde ursprünglich ein eigenes Baugesuch eingereicht, welches publiziert und öffentlich aufgelegt, jedoch später wieder zurückgezogen wurde. Insoweit ist es widersprüchlich, wenn diese Meteorwasserleitung in die Projektänderung vom (...) integriert, die Projektänderung selbst aber nicht mehr publiziert und öffentlich aufgelegt wird. Diese Änderungen stellen nicht mehr bloss ein "Minus" des ursprünglichen Projekts dar. Es ist durchaus möglich, dass Drittpersonen bzw. Anstösser von diesen Änderungen betroffen sind.

3.5 Nach dem Gesagten erweist sich der (vorläufige) Verzicht auf den Neubau des Wohn- und Gewerbehauses als blosser Projektreduktion, die nicht mehr publiziert und aufgelegt werden musste. In Bezug auf die nun neu geplanten zehn Aussenparkplätze sowie die neue Meteorwasserleitung über KTN B. und C. handelt es sich jedoch um eine Projektänderung, von welcher allenfalls auch Drittpersonen betroffen sein können. Insoweit hätte die Projektänderung neu aufgelegt und ausgeschrieben werden müssen. Allenfalls könnte von einer erneuten Publikation und Ausschreibung abgesehen werden, wenn die Voraussetzungen des vereinfachten Verfahrens gegeben sind (vgl. E. 3.1). Dies setzt das schriftliche Einverständnis der direkten Anstösser

C 2.7

und der zuständigen Bewilligungsinstanzen des Kantons und des Bezirks voraus (§ 79 Abs. 1 PBG). Sofern das vereinfachte Verfahren aber überhaupt zur Anwendung kommen könnte, wovon aber eher nicht auszugehen ist, hat die Vorinstanz I/Ziff. 1 dieses aber ohnehin nicht korrekt durchgeführt. Sie hat die nötigen Einverständniserklärungen unbestrittenermassen nicht eingeholt und auch sonst die Nachbarn nicht in das Verfahren einbezogen. Die Beschwerde I ist deshalb insoweit gutzuheissen, als die Sache in Bezug auf die Aussenparkplätze und die Meteorwasserleitung zur korrekten Durchführung des ordentlichen Verfahrens an die Vorinstanzen zurückzuweisen ist. Diese haben die neu geplanten Aussenparkplätze sowie der Meteorwasserleitung auf ihre Vereinbarkeit mit den einschlägigen gesetzlichen sowie gestaltungsplanerischen Vorgaben hin zu überprüfen.

3.6 Hierbei ist darauf hinzuweisen, dass allfällige Einsprachen nur noch gegen die publizierte und öffentlich aufgelegte Projektänderung, d.h. die zehn Aussenparkplätze und die Meteorwasserleitung, richten können, nicht jedoch gegen das ganze Bauvorhaben (vgl. E. 2.3.5). Die Baubewilligung der Vorinstanz I/Ziff. 1 vom 15. Mai 2019 ist dementsprechend noch mit einer Nebenbestimmung zu ergänzen. Vor Erteilung der Baufreigabe für den Bau der fünf Mehrfamilienhäuser müssen die Bewilligungen für die Aussenparkplätze und die Meteorwasserleitung rechtskräftig vorliegen.

(RRB Nr. 898 vom 10. Dezember 2019).

2.7 Sondierbohrungen – anwendbares Bewilligungsverfahren und Zulässigkeit im Gewässerraum

- *Sondierbohrungen in einer Moorlandschaft von nationaler Bedeutung und im Gewässerschutzbereich bedürfen einer Baubewilligung im ordentlichen Verfahren (Erw. 3.1-4.4).*
- *Sondierbohrungen im Gewässerraum sind zulässig und stehen einer Revitalisierung nicht entgegen, zumal es sich nicht um eine längerfristige Nutzung handelt (Erw. 7-7.7).*

Aus den Erwägungen:

3.1 Bauten und Anlagen dürfen nur mit behördlicher Bewilligung errichtet werden (Art. 22 RPG; § 75 Abs. 1 PBG). Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts gelten als Bauten und Anlagen jedenfalls „jene künstlich geschaffenen und auf Dauer angelegten Einrichtungen, die in bestimmter fester Beziehung zum Erdboden stehen und geeignet sind, die Vorstellung über die Nutzungsordnung zu beeinflussen, sei es, dass sie den Raum äusserlich

erheblich verändern, die Erschliessung belasten oder die Umwelt beeinträchtigen“ (BGE 113 Ib 314 ff., S. 315 E. 2b).

3.2 Die Erdsonden bzw. Sondierbohrungen bedurften bereits 1994 einer Baubewilligung. Dies wird von den Parteien grundsätzlich nicht bestritten. Im Entscheid VGE III 2013 215 vom 4. Februar 2014, E. 3.2.2, hat das Verwaltungsgericht festgehalten, dass Sondierbohrungen praxismässig einer Baubewilligung bedürfen, da sie meistens mit umweltrelevanten Auswirkungen verbunden sind. Auch die Vorinstanzen gehen zu Recht davon aus, dass Sondierbohrungen grundsätzlich baubewilligungspflichtig sind (vgl. Vernehmlassung der Vorinstanz 1 vom 3. Oktober 2018 sowie Vernehmlassung der Vorinstanz 2 vom 24. September 2018, beide unter Hinweis auf den Entscheid des Verwaltungsgerichts VGE III 2013 215 vom 4. Februar 2014). Die Vorinstanzen sind jedoch nach wie vor der Auffassung, dass die vorliegend umstrittenen Sondierbohrungen nicht im ordentlichen Verfahren bewilligt werden müssen, sondern für diese zu Recht nur das vereinfachte Verfahren durchgeführt worden sei.

4. Die Vorinstanzen haben die Bewilligung für die Sondierbohrungen auf KTN X. für die Altlastenuntersuchung des betroffenen belasteten Standortes C. im vereinfachten Verfahren erteilt und dementsprechend das Baugesuch nicht publiziert. Die Beschwerdeführer bringen vor, die erwähnten Sondierbohrungen hätte im ordentlichen Verfahren bewilligt werden müssen.

4.1 Ist ein Bauvorhaben bewilligungspflichtig, erteilt die zuständige Behörde die Baubewilligung im Melde-, vereinfachten oder ordentlichen Verfahren. Im ordentlichen Verfahren werden grössere Bauvorhaben bewilligt. Diese werden öffentlich aufgelegt und publiziert. Zudem erfordern sie ein Baugespann (vgl. § 78 PBG). Die Bewilligungsbehörde bewilligt kleinere Bauvorhaben oder Änderungen bewilligter Bauvorhaben ohne Auflage und Publikation, wenn das schriftliche Einverständnis der direkten Anstösser und der zuständigen Bewilligungsinstanzen des Kantons und des Bezirks vorliegt (vereinfachtes Baubewilligungsverfahren; § 79 Abs. 1 PBG).

4.2 Für die Beurteilung, welches Verfahren zur Anwendung kommt, sind Art und Grösse der Baute oder Anlage, das öffentliche und das private Interesse, die Zweckbestimmung des öffentlichen Baupolizeirechts, die Immissionsträchtigkeit, die Durchsetzbarkeit und die Kontrollmöglichkeiten, das Gewohnheitsrecht sowie die bisherige Verwaltungspraxis als Kriterien massgebend. Der örtlichen Baubehörde kommt dabei ein gewisser Ermessensspielraum zu (EGV-SZ 2010 C 2.1, E. 5.2 mit Hinweisen). Das vereinfachte Verfahren ist grundsätzlich nur zurückhaltend für Bagatellsachen anzuwenden (RRB Nr. 255 vom 10. März 2009, E. 6.4).

C 2.7

4.3 Das Grundstück KTN X. liegt gemäss geltendem Zonenplan der Gemeinde A. ausserhalb der Bauzonen in der Landwirtschaftszone. Zudem befindet es sich in der Moorlandschaft von nationaler Bedeutung A. (Objekt Nr. 1). Ausserdem sollen die Sondierbohrungen im Gewässerschutzbereich A_u realisiert werden. Der Gewässerschutzbereich A_u gehört zu den besonders gefährdeten Bereichen i.S. von Art. 29 Abs. 1 Bst. a der Gewässerschutzverordnung vom 28. Oktober 1998 (GSchV, SR 814.201). In den besonders gefährdeten Bereichen bedürfen die Erstellung und die Änderung von Bauten und Anlagen sowie Grabungen, Erdbewegungen und ähnliche Arbeiten einer kantonalen Bewilligung, wenn sie die Gewässer gefährden können (Art. 19 Abs. 2 des Bundesgesetzes über den Schutz der Gewässer vom 24. Januar 1991, Gewässerschutzgesetz, GSchG, SR 814.20). Die Bewilligung für Bauten und Anlagen in den besonders gefährdeten Gewässerschutzbereichen erteilt die kantonale Gewässerschutzfachstelle, vorliegend das Amt für Umweltschutz (§ 29 Abs. 1 des Einführungsgesetzes zum Gewässerschutzgesetz vom 19. April 2000, EGzGSchG, SRSZ 712.110, i.V.m. § 4 Abs. 1 und 2 Bst. c der Vollzugsverordnung zum Einführungsgesetz zum Gewässerschutzgesetz vom 3. Juli 2001, VVzGSchG, SRSZ 712.111).

4.4 Bei dieser Ausgangslage kann somit nicht von einer Bagatellsache ausgegangen werden. Davon gehen auch die Vorinstanzen aus, da sie die entsprechenden Fachstellen zur Beurteilung des Bauvorhabens beigezogen haben. Es besteht ein Interesse der Öffentlichkeit und der Nachbarn an der Prüfung, ob die Sondierbohrungen mit den planungs-, bau-, umwelt-, natur- und heimatschutzrechtlichen Bestimmungen im Einklang stehen. Die Sondierbohrungen hätten deshalb nicht im vereinfachten Verfahren bewilligt werden dürfen, zumal im Zweifel ein ordentliches Baubewilligungsverfahren durchzuführen ist (in dubio pro ordentliches Verfahren, vgl. VGE III 2012 81 vom 24. Juli 2012, E. 2.2). Daran ändert auch der Hinweis der Vorinstanz 2 nichts, wonach in den letzten Jahren Sondierbohrungen in der Regel im vereinfachten Verfahren bewilligten worden seien. Denn es muss immer der Einzelfall beurteilt werden. Beim vorliegenden Fall, in welchem Sondierbohrungen innerhalb der Moorlandschaft sowie im Gewässerschutzbereich A_u geplant sind, ist die Durchführung eines ordentlichen Baubewilligungsverfahrens angezeigt. Ausserdem sind nebst den Beschwerdeführern unter Umständen weitere Nachbarn bzw. Anstösser wie auch weitere Organisationen des Umweltschutzes sowie des Natur- und Heimatschutzes zur Einsprache gegen das Vorhaben legitimiert.

7. Die Beschwerdeführer befürchten, dass die Sondierbohrungen auf KTN X. einer Revitalisierung der B. entgegenstehen und diese negativ präjudizieren würden. Sie verlangen, dass der Standort der geplanten Grundwasser-

Messstelle zu überprüfen und falls nötig zu verschieben sei. Damit solle sichergestellt werden, dass die Messstelle klar ausserhalb eines möglichen Gewässerraum- und Revitalisierungsperimeters der B. zu liegen komme.

7.1 Seit dem 1. Januar 2011 sind die Art. 36a ff. GSchG und seit dem 1. Juni 2011 die Ausführungsbestimmungen in den Art. 41a ff. GSchV in Kraft. Gemäss Art. 36a Abs. 1 GSchG legen die Kantone nach Anhörung der betroffenen Kreise den Raumbedarf der oberirdischen Gewässer fest, der erforderlich ist für die Gewährleistung der natürlichen Funktionen der Gewässer, den Schutz vor Hochwasser sowie die Gewässernutzung. Die Kantone sorgen für die Revitalisierung von Gewässern. Sie berücksichtigen dabei den Nutzen für die Natur und die Landschaft sowie die wirtschaftlichen Auswirkungen, die sich aus der Revitalisierung ergeben (Art. 38a Abs. 1 GSchG). Sie planen die Revitalisierungen und legen den Zeitplan dafür fest. Sie sorgen dafür, dass diese Planung bei der Richt- und Nutzungsplanung berücksichtigt wird (Art. 38a Abs. 2 GSchG).

7.2 Revitalisierung ist die Wiederherstellung der natürlichen Funktionen eines verbauten, korrigierten, überdeckten oder eingedolten oberirdischen Gewässers mit baulichen Massnahmen (Art. 4 Bst. m GSchG). Insbesondere sollen harte Uferverbauungen, begradigte Linienführungen, Eindohlungen oder Sohlensicherungen, welche als Fischwanderhindernisse wirken, rückgängig gemacht werden (Botschaft zur Volksinitiative "Lebendiges Wasser [Renaturierungs-Initiative]" vom 27. Juni 2007, S. 5520).

7.3 Art. 41a GSchV bestimmt die minimale Breite des Gewässerraumes für Fliessgewässer. Dieser muss so festgelegt werden, dass er mindestens den für eine Revitalisierung erforderlichen Raum umfasst (Art. 41a Abs. 3 Bst. b GSchV). Die Kantone legen den Gewässerraum gemäss den Art. 41a GSchV und Art. 41b GSchV bis zum 31. Dezember 2018 fest (Abs. 1 der Übergangsbestimmungen der GSchV zur Änderung vom 4. Mai 2011 [ÜbBst]). Gewässerraum- und Revitalisierungsplanung sind daher zu koordinieren (BGE 140 II 437 E. 6.2). In der Gemeinde A. wurde der Gewässerraum direkt mit der Nutzungsplanung umgesetzt (vgl. Zonenplan Dorf vom 9. Februar 2014). Allerdings wurde der Gewässerraum nur innerhalb der Bauzone festgelegt. Da die umstrittenen Sondierbohrungen auf KTN X. entlang der B. aber ausserhalb der Bauzone liegen, sind diese Gewässerraumausscheidungen nicht massgebend. Ausserhalb der Bauzone hätte der Gewässerraum bis zum 31. Dezember 2018 ausgeschieden werden müssen, sofern nicht eine Ausnahme gemäss Art. 41a Abs. 5 GSchV vorlag. Eine Reihe von Kantonen, u.a. auch der Kanton Schwyz, konnte diese Frist nicht einhalten. Das Bundesamt für Umwelt (nachfolgend: BAFU) ist sich jedoch bewusst, dass eine eigentümerverbindliche Festlegung des Gewässerraumes

C 2.7

im gesamten Kantonsgebiet ein anspruchsvolles Vorhaben ist und deshalb mehr Zeit als bis Ende 2018 in Anspruch nimmt. Des Weiteren erläutert das BAFU in einer Aktennotiz vom (...) zuhanden der Bau-, Planungs- und Umweltdirektoren-Konferenz (nachfolgend BPUK), dass weiterhin die Vorschriften von Art. 41c Abs. 1 und 2 GSchV auf den in Absatz 2 der Übergangsbestimmung festgelegten Streifen entlang des Gewässers gelten würden, solange die Kantone den Gewässerraum nicht festgelegt hätten. Das BAFU geht davon aus, dass alle Kantone an der Festlegung der Gewässerräume zügig weiterarbeiten. Entsprechend empfiehlt jedoch das BAFU in der erwähnten Aktennotiz den Kantonen, Nutzungsplanrevisionen nur noch dann zu genehmigen, wenn damit auch der Gewässerraum festgelegt wird.

7.4 Nach dem Gesagten gelten weiterhin die Übergangsbestimmungen, solange die Kantone den Gewässerraum nicht definitiv festgelegt haben. Danach dürfen bei Fliessgewässern mit einer bestehenden Gerinnesohle von weniger als 12 m Breite auf einem beidseitigen Streifen mit einer Breite von je 8 m nur standortgebundene, im öffentlichen Interesse liegende Anlagen erstellt werden (Art. 41c Abs. 1 GSchV i.V.m. Abs. 2 Bst. a ÜbBst). Für das Fliessgewässer (B.) im Bereich der bereits erstellten Sondierbohrungen auf KTN X. gilt gemäss diesen Übergangsbestimmungen ein Gewässerraum bzw. ein Uferbereich von 10 m (aktuelle Gerinnesohle von 2 m + 8 m; vgl. dazu WebGis des Kantons Schwyz, Geokategorie Gewässer, Raumbedarf, besucht am 1. Februar 2019). Aus den Bauplänen ist ersichtlich, dass sich die beiden Sondierbohrungen zweifellos nicht im übergangsrechtlichen Gewässerraum der B. befinden. Selbst wenn sie im übergangsrechtlichen Gewässerraum liegen würden, wäre dies nicht zu beanstanden. Einerseits sind sie aufgrund ihres Zweckes, namentlich der Untersuchung des belasteten Standortes C., standortgebunden. Denn eine Sondierbohrung zur Untersuchung einer Altlast kann nur dort ausgeführt werden, wo sich auch eine Altlast befindet. Andererseits sind die Bohrungen für die erwähnte Altlastenuntersuchung unerlässlich und liegen damit im öffentlichen Interesse. Sie sind somit im Gewässerraum ohnehin zulässig.

7.5 Schliesslich stehen die Sondierbohrungen auch einer Revitalisierung der B. nicht entgegen. Die Kantone erarbeiten die Grundlagen, die für die Planung der Revitalisierungen der Gewässer notwendig sind (Art. 41d Abs. 1 GSchV). Gemäss Art. 41d Abs. 2 GSchV legen die Kantone in einer Planung für einen Zeitraum von 20 Jahren die zu revitalisierenden Gewässerabschnitte, die Art der Revitalisierungsmassnahmen und die Fristen fest, innert welcher die Massnahmen umgesetzt werden, und stimmen die Planung soweit erforderlich mit den Nachbarkantonen ab. Revitalisierungen sind vorrangig vorzusehen, wenn deren Nutzen für die Natur und die Landschaft gross ist (Bst. a), im Verhältnis zum voraussichtlichen Aufwand gross ist

(Bst. b) oder durch das Zusammenwirken mit anderen Massnahmen zum Schutz der natürlichen Lebensräume oder zum Schutz vor Hochwasser vergrössert wird (Bst. c). Die Kantone verabschieden die Planung nach Art. 41d Abs. 2 GSchV für Fliessgewässer bis zum 31. Dezember 2014 (Art. 41d Abs. 3 GSchV).

7.6 Der Kanton Schwyz bzw. das zuständige Amt für Wasserbau hat im Jahr 2014 eine strategische Revitalisierungsplanung erstellt. Gemäss dieser ist der plausibilisierte Nutzen einer Revitalisierung der B. im Bereich der bereits realisierten Sondierbohrungen im Verhältnis zum voraussichtlichen Aufwand „gross“ (https://www.sz.ch/public/upload/assets/33432/Revitalisierung_Plausibilisierung_201412_Nutzen%20geordnet.pdf, besucht am 1. Februar 2019). Weitergehende Angaben zur Revitalisierungsplanung im Kanton Schwyz sind nicht vorhanden. Allerdings existiert für die B. (auch im vorliegend betroffenen Bereich) bereits ein bewilligtes Revitalisierungsprojekt. Mit Beschluss (...) bewilligte die Baubehörde A. die Verbauung der B. (...). Dieses Projekt sieht für die B. im Bereich der Sondierbohrung Nr. 18-2 bereits eine Renaturierung inklusive eine Entlastung bzw. einen Überlastfall vor, welche trotz der Bohrung realisiert werden können. Für den Regierungsrat ist es nicht nachvollziehbar, dass die Beschwerdeführer im vorliegenden Beschwerdeverfahren geltend machen, dass die Sondierbohrungen vermutlich einer Revitalisierung entgegenstehen würden, obschon sie gegen das erwähnte Revitalisierungsprojekt der B. Einsprache erhoben und damit davon auch Kenntnis hatten. Im Übrigen geht der Regierungsrat davon aus, dass die Beschwerdeführer als Umweltschutzorganisationen grundsätzlich auch daran interessiert sind, dass belastete Standorte untersucht und Altlasten, wenn nötig, beseitigt werden.

7.7 Schliesslich kommt hinzu, dass es sich bei den Sondierbohrungen nicht um eine längerfristige Nutzung handelt. Sollte eine beständige Grundwasser-Messstelle beispielsweise zwecks Überwachung des belasteten Standortes nötig sein, ist dafür selbstverständlich ein neues Baugesuch im ordentlichen Verfahren einzureichen, was die Vorinstanzen vernehmlassend auch einräumen. Ebenso ist klar, dass für eine allfällige Sanierung des belasteten Standortes C. ebenfalls ein ordentliches Baubewilligungsverfahren durchzuführen ist. In diesem Fall würden die Bohrlöcher ohnehin mit dem Sanierungsprojekt beseitigt. Sollten keine weiteren Massnahmen nötig sein, versteht es sich von selbst, dass die zwei Sondierbohrungen unter Aufsicht des auflageweise beigezogenen Geologen wieder korrekt versiegelt werden müssen. Das weitere Vorgehen hängt jedoch von den Ergebnissen der Altlastenuntersuchung ab.

(RRB Nr. 117 vom 12. Februar 2019).

C 2.8

2.8 Informationsschreiben als Verfügung?

- *Fehlender Verfügungscharakter eines Schreibens bezüglich Information zum Verfahrensstand (Erw. 3.2-5.8).*
- *Frage der Zulässigkeit eines Vorentscheids zur Klärung der Schutzwürdigkeit einer Baute (Erw. 6.4-7.1).*

Aus den Erwägungen:

3.2 Rechtsmittel sind in erster Linie zulässig gegen Verfügungen (§ 36 Abs. 1 Bst. a VRP). Verfügungen sind gemäss § 6 Abs. 1 VRP hoheitliche, individuelle und einseitige Anordnungen einer Behörde, mit welchen Rechte und Pflichten bestimmter Personen begründet, abgeändert oder aufgehoben werden (Bst. a), das Bestehen, Nichtbestehen oder der Inhalt von Rechten und Pflichten festgestellt wird (Bst. b), Begehren auf Begründung, Änderung, Aufhebung oder Feststellung von Rechten und Pflichten abgewiesen oder durch Nichteintreten erledigt werden (Bst. c) oder die Vollstreckung von öffentlich-rechtlichen Ansprüchen angeordnet wird (Bst. d). Behördliche Äusserungen, die sich an bestimmte Personen richten, ohne aber die Rechtsbeziehung zu diesen verbindlich festzulegen, fallen nicht unter den Begriff der Verfügung. Dazu gehören namentlich unverbindliche Mitteilungen, Hinweise, Auskünfte, Orientierungen, Weisungen und Mahnungen. Nicht auf die Regelung von Rechten und Pflichten ausgerichtet ist im Regelfall auch die Eröffnung eines Verfahrens (Martin Bertschi/Kaspar Plüss, in: Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, VRG, 3. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2014, Vorbemerkungen zu §§ 4-31 N 22; siehe auch Alfred Kölz/Isabelle Häner/Martin Bertschi, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 3. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2013, N 885 f.; René A. Rhinow/Beat Krähenmann, *Schweizerische Verwaltungsrechtssprechung, Ergänzungsband*, Basel 1990, Nr. 35 B II c.).

3.3 Inhaltlich hat eine Verfügung den Anforderungen von § 31 Abs. 1 VRP zu genügen. Danach ist eine Verfügung als solche zu bezeichnen, zu begründen und mit einer Rechtsmittelbelehrung zu versehen. Ferner soll die Verfügung die Bezeichnung der Behörde und der Parteien, die Rechtsbegehren, den Rechtsspruch der Behörde inklusive Kostenaufgabe sowie die entsprechenden Unterschriften und das Datum der Beschlussfassung und des Versands enthalten. Auf die äussere Form kommt es jedoch nicht an. Zulässig ist deshalb auch die Briefform, sofern sämtliche notwendige Elemente enthalten sind (GVP 1998 Nr. 9, S. 35).

3.4 Das Schreiben der Vorinstanz 1, auf welches sich die Beschwerde vom 31. Oktober 2018 bezieht, ist in Briefform abgefasst. Dies ist jedoch alleine nicht ausreichend, um den Verfügungscharakter zu verneinen. Dem Schreiben fehlen jedoch auch die übrigen Merkmale einer Verfügung bzw. es erfüllt die formellen Anforderungen an eine Verfügung nicht. Es fehlt an einer Rechtsmittelbelehrung sowie einem Rechtsspruch mit Kostenaufgabe. Allein der Umstand, dass das Schreiben im Titel als "Zwischenentscheid" bezeichnet wurde, reicht nicht aus, um einen Verfügungscharakter zu begründen. Entscheidend ist, dass das Schreiben keine verbindliche Begründung und auch keine Änderung oder Aufhebung eines Rechtsverhältnisses beinhaltet. Bei den Äusserungen der Vorinstanz 1 im Schreiben vom (...) handelt es sich um eine blosser Mitteilung bzw. Information der Behörde, ohne dass die Rechtsbeziehungen verbindlich festgelegt würden (vgl. analog dazu RRB Nr. 780 vom 30. Oktober 2018, E. 1.4 f.). Kommt hinzu, dass nach kantonalem Recht die Aufnahme und die Entlassung aus dem KIGBO nicht grund-eigentümer-, sondern nur behördenverbindlich sind und keine anfechtbaren Verfügungen darstellen (VGE III 2017 157 vom 23. Mai 2018, E. 4.3; EGV-SZ 2009 B. 8.8, E. 2.6.2).

4. Die Beschwerdeführerin wendet dagegen ein, dass mit dem Hinweis der Vorinstanz 1, wonach das bestehende Einfamilienhaus nicht schützenswert sei, eine Abbruchbewilligung verfügt worden sei. Dies stelle einen nicht wieder gut zu machenden Nachteil im Sinne von § 36 Abs. 1 Bst. b VRP dar, weshalb eine Beschwerde gegen den angefochtenen Zwischenentscheid vom 10. Oktober 2018 zulässig sein müsse.

4.1 Mit dieser Argumentation verkennt die Beschwerdeführerin jedoch, dass die Vorinstanz 1 mit ihrem Schreiben vom (...) keine explizite Abbruchbewilligung erteilt hat. In diesen Schreiben ist keine Rede davon, dass die bestehende Baute auf KTN A. vor Erteilung der Baubewilligung abgebrochen werden darf. Das Schreiben verleiht der Beschwerdegegnerin somit kein explizites Recht auf Abbruch der bestehenden Baute, weshalb das Schreiben vom (...) auch diesbezüglich keinen Verfügungscharakter hat.

4.2 Der Abbruch von Bauten und Anlagen ist grundsätzlich nicht bewilligungspflichtig, ausser das kommunale Baureglement sieht dies vor oder es handelt sich um eine schützenswerte Baute. Ferner besteht für den Abbruch eine Bewilligungspflicht, wenn er mit erheblichen räumlichen Folgen verbunden ist (vgl. RRB Nr. 366 vom 8. April 2014, E. 4.3; siehe auch RRB Nr. 166 vom 8. Februar 2000, E. 1.1.1). Das Grundstück KTN A., auf dem das bestehende Einfamilienhaus abgebrochen werden soll, befindet sich in der Wohnzone W3. Für diese Zone sieht das geltende Baureglement des Bezirks H. keine besonderen Vorschriften in Bezug auf den Abbruch von Bauten

C 2.8

und Anlagen vor. Lediglich in der Kernzone des Bezirks H. ist ein Abbruch bewilligungspflichtig (vgl. Art. 54 und Art. 75 des Baureglements des Bezirks H. vom 21. Mai 2006 [BauR]). Das bestehende Einfamilienhaus ist ausserdem nicht im kantonalen Inventar geschützter Bauten und Objekte (nachfolgend: KIGBO) verzeichnet. Grundsätzlich wäre somit der Abbruch des bestehenden Einfamilienhauses nicht bewilligungspflichtig. Allerdings wurde im Rahmen des noch hängigen Baubewilligungsverfahrens für das Bauprojekt auf KTN A. sowohl von der Beschwerdeführerin als auch vom Amt für Kultur die Frage der Schutzwürdigkeit der bestehenden Baute aufgeworfen. Diese Frage und damit auch der Abbruch der bestehenden Baute sind somit Gegenstand des Baubewilligungsverfahrens und werden erst mit dem Bauentscheid in der Hauptsache entschieden. Bis dahin darf die bestehende Baute auf KTN A. nicht abgebrochen werden. Mittlerweile hat der Bezirksrat H. mit (rechtskräftigen) Beschluss (...) ein Abbruchverbot im Sinne einer vorsorglichen Massnahme erlassen. Damit ist die Gefahr eines vorzeitigen Abbruchs des bestehenden Einfamilienhauses bis zum Entscheid über das Baugesuch und die dagegen erhobenen Einsprachen gebannt.

4.3 Selbst wenn die Beschwerdeführerin aufgrund des Schreibens der Vorinstanz 1 vom (...) und der geltenden Rechtslage begründeten Anlass gehabt hätte, zu befürchten, dass die bestehende Baute vorzeitig beseitigt werden könnte, hätte diese dagegen nicht Beschwerde beim Regierungsrat erheben müssen. Vielmehr wäre die Beschwerdeführerin gehalten gewesen, entweder sich innert der im Schreiben gesetzten Frist (bis zum 26. Oktober 2018) nach der Bedeutung des Schreibens zu erkundigen (vgl. Bertsch/Plüss, a.a.O., Vorbemerkung zu §§ 4-31 N 24) oder direkt bei der Vorinstanz 1 im Rahmen des hängigen Baubewilligungsverfahrens ein Gesuch um Erlass einer vorsorglichen Massnahme bzw. eines Abbruchverbotes einzureichen. Dies hat sie jedoch nicht getan. Vielmehr hat die Beschwerdeführerin die im Schreiben vom (...) gesetzte Frist (26. Oktober 2018) erstreckt und am (...) unter voller Ausschöpfung der Rechtsmittelfrist Beschwerde beim Regierungsrat erhoben, was sie gleichentags auch dem Bauamt H. mitgeteilt hat. Aufgrund dieser Vorgehensweise erscheint die vorgebrachte Befürchtung der Beschwerdeführerin, wonach das bestehende Einfamilienhaus umgehend abgebrochen werden könnte, wenig stichhaltig.

5. Die Beschwerdeführerin macht weiter geltend, dass die Vorinstanz 1 bzw. der Bezirksrat aufgrund des angefochtenen Schreibens klar entschieden habe, dass die weitere materielle Prüfung sicherlich nicht mehr die denkmalpflegerischen Interessen beinhalten werde. Deshalb ist die Beschwerdeführerin der Ansicht, dass es sich beim angefochtenen Schreiben nicht bloss um eine Orientierung handle, sondern die Vorinstanz 1 bzw. der Bezirksrat

H. diesbezüglich bereits eine abschliessende materielle Beurteilung des Bauvorhabens unter denkmalpflegerischen Aspekten vorgenommen habe. Deswegen liege eine anfechtbare Verfügung bzw. ein anfechtbarer Zwischenentscheid vor. Im Übrigen könne mit der Beurteilung dieser Beschwerde das Hauptverfahren (Baubewilligungsverfahren) sofort zu einem Ende gebracht werden, weshalb gemäss Art. 93 Abs. 1 Bst. b i.V.m. Art. 86 Abs. 2 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht vom 17. Juni 2005 (Bundesgerichtsgesetz, BGG, SR 173.110) eine Anfechtung des sogenannten Zwischenbescheides möglich sein sollte. Mit dieser Argumentation verkennt die Beschwerdeführerin jedoch den tatsächlichen Verfahrensablauf bei der Klärung der Frage, ob eine Baute unter Schutz gestellt werden muss oder nicht.

5.1 Für den Natur- und Heimatschutz sind die Kantone zuständig (Art. 78 Abs. 1 der Schweizerischen Bundesverfassung vom 18. April 1999, BV, SR 101). Für den Kanton Schwyz sind die massgebenden Bestimmungen hierzu im Gesetz über den Natur- und Heimatschutz und die Erhaltung von Altertümern und Kunstdenkmälern vom 29. November 1927 (KNHG, SRSZ 720.110) zu finden. In der freien Natur befindliche Gegenstände, denen ein wissenschaftliches Interesse oder ein bedeutender Schönheitswert zukommt, geniessen den staatlichen Schutz (§ 1 Abs. 1 KNHG). Die §§ 6-9 KNHG befassen sich mit dem Schutz von Altertümern und Kunstdenkmälern. Es ist untersagt, Bauwerke, an die sich wichtige geschichtliche Ereignisse knüpfen oder denen ein erheblicher kunsthistorischer Wert zukommt, zu verunstalten, in ihrer Wirkung zu beeinträchtigen, der Allgemeinheit zu entziehen oder ohne Bewilligung des Regierungsrates zu beseitigen (§ 6 Abs. 1 KNHG). Im Übrigen kommen die §§ 3-5 KNHG entsprechend zur Anwendung (§ 6 Abs. 2 KNHG). Der Gemeinderat sorgt für den Schutz der in § 1 genannten Gegenstände und trifft die nach § 2 erforderlichen Verfügungen (§ 3 Abs. 1 KNHG). Unterlässt ein Gemeinderat die erforderlichen Massnahmen, so schreitet der Regierungsrat von sich aus ein (§ 3 Abs. 2 KNHG).

5.2 Das Baugesuch der Beschwerdegegnerin ging am 2. Februar 2018 beim Bezirk H. ein. Den Baugesuchsunterlagen zufolge soll das bestehende Einfamilienhaus auf KTN A. abgebrochen und an dessen Stelle ein neues Mehrfamilienhaus erstellt werden. In ihrer Einsprache vom 28. Februar 2018 verlangte die Beschwerdeführerin u.a. die Überprüfung der Schutzwürdigkeit des bestehenden Einfamilienhauses auf KTN A. Mit Schreiben vom 15. März 2018 empfahl das Amt für Kultur ebenfalls die Abklärung der Schutzwürdigkeit des bestehenden Gebäudes auf KTN A. Gemäss konstanter Rechtsprechung des Regierungsrates und des Verwaltungsgerichts ist in einem solchen Fall, in dem der Abbruch einer Baute im Baugesuch explizit vorgesehen ist, die Frage der Schutzwürdigkeit dieser Baute im hängigen Baubewilligungsverfahren zu klären. Das Baubewilligungsverfahren gilt in

C 2.8

diesem Sinne als Leitverfahren, in welchem eigentümergebunden über die Schutzwürdigkeit und den allfälligen Abbruch zu entscheiden ist (EGV-SZ 2009, B 8.8, E. 3.2). Das KNHG selbst sieht kein spezifisches förmliches Unterschutzstellungs- oder Entlassungsverfahren vor. Die sachliche Zuständigkeit des Bauwerkschutzes liegt somit in Sinne des Koordinationsgebotes gebündelt bei der kommunalen Baubewilligungsbehörde, d.h. beim Bezirksrat H. (vgl. auch Art. 25a des Bundesgesetzes über die Raumplanung vom 22. Juni 1979, RPG, SR 700). Dies entspricht auch dem kantonalen Planungs- und Baurecht (vgl. EGV-SZ 2009, B 8.8, E. 2.2 ff.; VGE III 2014 116+129 vom 25. November 2014, E. 8.2; RRB Nr. 223 vom 10. März 2015, E. 8.2 f., bestätigt mit VGE III 2015 54+61 vom 26. August 2015; vgl. auch VGE III 2017 157 vom 23. Mai 2018, E. 3.2.2 ff.).

5.3 Kommt die Baubewilligungsbehörde aufgrund wissenschaftlicher Befunde zum Schluss, dass die zum Abbruch bestimmte Baute schützenswert ist, erlässt sie ein Abbruchverbot bzw. verweigert die Baubewilligung und beantragt beim Regierungsrat die Aufnahme ins KIGBO. Kommt sie hingegen zum Schluss, dass die entsprechende Baute nicht schützenswert ist, erteilt sie die Bau- bzw. Abbruchbewilligung. Will die Baubewilligungsbehörde indes der Beseitigung (Abbruch) eines schützenswerten Bauwerkes zustimmen, bedarf es der Bewilligung des Regierungsrates (vgl. § 6 Abs. 1 KNHG). Dementsprechend ist die Entscheidungsfreiheit der Gemeinde in dieser Hinsicht eingeschränkt.

5.4 Ein Objekt ist nicht erst dann schützenswert, wenn es im KIGBO verzeichnet ist. Dem KIGBO kommt – ebenso wie den Inventaren des Bundes – keine abschliessende Wirkung zu. Für den im KNHG vorgesehenen Objektschutz wird weder eine förmliche Unterschutzstellung noch eine Inventaraufnahme vorausgesetzt. Vielmehr genügt es, dass sich die Schutzwürdigkeit aus objektiven Anhaltspunkten ergibt (VGE III 2015 54+61 vom 26. August 2015, E. 4.2 mit Hinweis auf das Bundesgerichtsurteil 1C_270/2008 vom 6. Februar 2009, E. 3.3.1). Bei der Prüfung der Frage, ob ein Objekt Schutz verdient, hat eine sachliche, auf wissenschaftliche Kriterien abgestützte Gesamtbeurteilung Platz zu greifen, welche den kulturellen, geschichtlichen, künstlerischen und städtebaulichen Zusammenhang eines Bauwerkes mitberücksichtigt. Einem Entscheid zur Schutzwürdigkeit eines Objekts hat demgemäss ein wissenschaftlicher Befund voranzugehen. Diese Aufgabe erfüllt im Kanton Schwyz in erster Linie die kantonale Denkmalpflege. Dem Bericht der kantonalen Denkmalpflegerin zur Schutzwürdigkeit eines Objekts kommt deshalb besonderes Gewicht zu.

5.5 Da Denkmalschutzmassnahmen oftmals mit schwerwiegenden Eigentumseingriffen verbunden sind, dürfen sie nicht lediglich im Interesse eines

begrenzten Kreises von Fachleuten erlassen werden. Sie müssen breiter abgestützt sein und von einem grösseren Teil der Bevölkerung befürwortet werden, um Anspruch auf eine gewisse Allgemeingültigkeit erheben zu können (VGE III 2014 8 vom 24. September 2014, E. 2.5.1 mit Hinweisen). Die Frage, ob eine Unterschutzstellung und damit ein Abbruchverbot verfügt werden soll, ist letztendlich eine Frage der Verhältnismässigkeit. Massnahmen des Natur- und Heimatschutzes, welche zu einem Abbruchverbot führen oder die zonenkonforme Überbauung einschränken, bewirken eine Beschränkung der Verfügungsbefugnis des Grundeigentümers und tangieren somit die Eigentumsgarantie (Art. 26 BV). Eingriffe in dieses Grundrecht bedürfen einer gesetzlichen Grundlage, müssen im öffentlichen Interesse liegen und verhältnismässig sein (Art. 36 BV). Die Zumutbarkeit einer denkmalpflegerischen Massnahme ist indes nicht isoliert anhand der finanziellen Auswirkungen zu beurteilen. Vielmehr sind im Rahmen der Interessenabwägung auch das öffentliche Interesse an der Unterschutzstellung und damit der Grad der Schutzwürdigkeit zu berücksichtigen. Dabei gilt der folgende Grundsatz: Je schutzwürdiger eine Baute ist, desto geringer sind Rentabilitätsüberlegungen zu gewichten (VGE III 2017 115+117 vom 24. November 2017, E. 5.2). In Bezug auf das öffentliche Interesse am Erhalt der Baute ist auch zu berücksichtigen, welches Gewicht das öffentliche Interesse hat. Auch wenn die Vorinstanz 1 bzw. die Baubewilligungsbehörde in Bezug auf die Frage der Schutzwürdigkeit der Baute auf ein Fachgutachten abzustellen hat, stellt die Frage über den Grad der Schutzwürdigkeit der Baute eine Rechtsfrage dar, über die die rechtsanwendende Behörde grundsätzlich frei entscheiden kann (VGE III 2017 115+117 vom 24. November 2017, E. 5.3 mit Hinweis).

5.6 Nach dem Gesagten müssen im vorliegenden Fall im Hauptverfahren bzw. im hängigen Baubewilligungsverfahren die Frage der Schutzwürdigkeit sowie auch der allfällige Grad bzw. das Ausmass der Schutzwürdigkeit der bestehenden Baute auf KTN A. noch abschliessend geklärt werden. Soweit die Beschwerdeführerin der Ansicht ist, dass aufgrund des Schreibens der Vorinstanz 1 vom (...) davon auszugehen sei, dass der Bezirksrat H. die Frage der Schutzwürdigkeit für sich bereits abschliessend geklärt habe, übersieht sie, dass sich die kantonale Denkmalpflegerin auch noch zum eingeholten Fachgutachten äussern bzw. eine schriftliche Stellungnahme abgeben muss, welche sich detailliert zur Schutzwürdigkeit äussert (vgl. dazu auch Vernehmlassung der Vorinstanz 2). Mit dieser Stellungnahme der kantonalen Denkmalpflegerin sowie auch dem eingeholten Fachgutachten muss sich die Baubewilligungsbehörde in der Folge im Entscheid über das Baugesuch und die dagegen eingegangenen Einsprachen auseinandersetzen. Ausserdem stellt sich in diesem Zusammenhang noch die Frage, ob ein allfälliges Abbruchverbot verhältnismässig ist. Damit ist – entgegen der Behauptung der Beschwerdeführerin – der Ausgang des Verfahrens in Bezug auf die beantragte

C 2.8

Unterschutzstellung noch von diversen Faktoren abhängig und nicht bereits definitiv entschieden. Im vorliegenden Fall ist die Frage der Schutzwürdigkeit bzw. der allfällige Grad der Schutzwürdigkeit der bestehenden Baute auf KTN A. zurzeit noch nicht hinreichend geklärt bzw. wird im Rahmen des noch hängigen Baubewilligungsverfahrens ermittelt. Diese Fragen können deshalb nicht Gegenstand des vorliegenden Beschwerde- bzw. Aufsichtsverfahrens sein. Diesbezüglichen Anträgen der Beschwerdeführerin sind deshalb keine Folge zu leisten.

5.7 Im Ergebnis ist festzuhalten, dass erst im Rahmen des noch hängigen Baubewilligungsverfahrens definitiv über die Unterschutzstellung der bestehenden Baute auf KTN A. entschieden wird. Beim Schreiben der Vorinstanz 1 vom (...) handelt es sich lediglich um eine Orientierung über den Verfahrensstand. Dem Schreiben selbst kommt noch kein Verfügungscharakter zu. Daran ändert auch der Hinweis der Beschwerdeführerin auf Art. Art. 93 Abs. 1 Bst. b BGG nichts, zumal im kantonalen Verfahren § 36 VRP massgebend ist. Schliesslich ist noch auf Folgendes hinzuweisen: Selbst wenn die Beschwerdeführerin zu Recht befürchtet hätte, dass über die Schutzwürdigkeit der bestehenden Baute auf KTN A. bereits definitiv entschieden worden sei, hätte diese nicht das Schreiben der Vorinstanz 1 vom (...), sondern den Beschluss (...) des Bezirkrates H. vom (...) anfechten bzw. zuerst dessen Zustellung verlangen müssen. Dies wäre ein gültiges Anfechtungsobjekt gewesen.

5.8 Als Zwischenfazit kann somit festgehalten werden, dass auf die Verwaltungsbeschwerde vom 31. Oktober 2018 gegen das Schreiben der Vorinstanz 1 vom (...) nicht einzutreten ist, da dieses keinen Verfügungscharakter hat.

6. Die Beschwerdeführerin fordert weiter ein aufsichtsrechtliches Einschreiten des Regierungsrates.

(...)

6.4 Das umstrittene Schreiben der Vorinstanz 1, mit welchem die Verfahrensparteien über den Beschluss (...) des Bezirkrates H. vom (...) bezüglich der Unterschutzstellung informiert wurden, hat bei den Parteien Verwirrung gestiftet und den Anschein erweckt, dass bereits ein materieller Teilentscheid in dieser Sache getroffen worden sei. Dem ist jedoch nicht so. Über die Frage der Schutzwürdigkeit der bestehenden Baute auf KTN A. muss die Baubewilligungsbehörde im Bauentscheid definitiv entscheiden. Dabei hat sie die noch ausstehende Stellungnahme der kantonalen Denkmalpflegerin

zu berücksichtigen und eine umfassende Interessensabwägung vorzunehmen. Es kann dazu auf das bereits in der vorangegangenen Erwägung 5 Gesagte verwiesen werden.

6.5 Allerdings hat der Bezirksrat H. mit seinem Beschluss (...) offensichtlich das Koordinationsgebot (Art. 25a RPG; vgl. auch § 81 PBG) verletzt. Wenn ein Baubewilligungsverfahren bereits läuft, ist ein Vorentscheid über einen Teilaspekt der Bewilligungsfähigkeit (beispielsweise die Schutzwürdigkeit der bestehenden Baute auf dem Baugrundstück) nicht mehr möglich, es sei denn, es wird explizit ein Vorentscheidgesuch im Sinne von § 84 PBG eingereicht. Ein solches hätte jedoch auch nur dann Drittwirkung, wenn dafür auch ein ordentliches Baubewilligungsverfahren durchgeführt wird (vgl. § 84 Abs. 3 PBG). Ansonsten sind separate Beurteilungen von Teilaspekten einer Baubewilligung ausserhalb (vor oder nach) des Baubewilligungs- und Einspracheentscheides nicht zulässig.

6.6 Vorliegend wurde kein Gesuch um einen Vorentscheid zur Klärung der Schutzwürdigkeit der bestehenden Baute auf KTN A. gestellt. Vielmehr haben die Beschwerdeführerin und das Amt für Kultur diese Frage im Rahmen des hängigen Baubewilligungsverfahrens aufgeworfen. Deshalb darf der Bezirksrat H. die Schutzwürdigkeit der bestehenden Baute auf KTN A. erst im Bauentscheid beurteilen. Beim Beschluss (...) handelt es sich um einen unzulässigen Teilentscheid. Schliesslich ist auch darauf hinzuweisen, dass die Baubewilligungsbehörde die Verfahrensparteien vor dem Bauentscheid nicht über die interne Meinungsbildung informieren muss. Zur Wahrung des rechtlichen Gehörs ist es ausreichend, wenn sich die Verfahrensparteien zu den eingeholten Gutachten und Stellungnahmen äussern können.

6.7 Nach dem Gesagten verstösst der Beschluss (...) des Bezirkrates H. vom (...) klarerweise gegen das Koordinationsgebot. Er ist damit rechtswidrig und es rechtfertigt sich deshalb, den Beschluss (...) aufsichtsrechtlich aufzuheben. Der Bezirksrat H. muss über die Schutzwürdigkeit der bestehenden Baute auf KTN A. im Bauentscheid (und unter Beachtung der Vorgaben in Erwägung 5) definitiv entscheiden. Weitergehende aufsichtsrechtliche Massnahmen sind nicht notwendig. Soweit die Beschwerdeführerin vom Regierungsrat als Aufsichtsbehörde verlangt, dass er Massnahmen zum Schutz des bestehenden Gebäudes (u.a. ein Abbruchverbot) erlassen soll, übersieht sie, dass der Bezirksrat H. mit Beschluss (...) bereits im Rahmen des hängigen Baubewilligungsverfahrens im Sinne einer vorsorglichen Massnahme ein Abbruchverbot für die bestehende Baute erlassen hat. Dieses Abbruchverbot ist in Rechtskraft erwachsen, weshalb weitergehende aufsichtsrechtliche Schutzmassnahmen nicht notwendig sind.

C 2.9

7.1 Zusammenfassend ist festzuhalten, dass auf die Verwaltungsbeschwerde vom 31. Oktober 2018 nicht einzutreten ist. Der Aufsichtsbeschwerde ist jedoch insoweit Folge zu leisten, als der Beschluss (...) des Bezirksrates H. vom (...) aufsichtsrechtlich aufgehoben wird. Im Übrigen ist der Aufsichtsbeschwerde keine Folge zu leisten.

(RRB Nr. 341 vom 14. Mai 2019).

2.9 Erschliessungshilfe / Ausnahmebewilligung zur Unterschreitung des Waldabstandes

- *Voraussetzungen für die Mitbenützung einer bestehenden privaten Erschliessungsanlage durch Dritte, sog. Erschliessungshilfe (Erw. 3-3.4.2).*
- *Ausnahmebewilligung zur Unterschreitung des Waldabstandes (Erw. 4.1-4.5).*

Aus den Erwägungen:

3. Der Beschwerdeführer I beabsichtigt, auf dem 1887 m² grossen Grundstück KTN A. ein Mehrfamilienhaus mit sieben Wohnungen zu erstellen. Die Bauparzelle soll über die bestehende Strasse X. (KTN B., KTN C. und KTN D.) erschlossen werden. Mit Beschluss (...) erteilte die Vorinstanz 1 dem Beschwerdeführer I die Baubewilligung. Allerdings machte sie die Baufreigabe davon abhängig, dass ein Fuss- und Fahrwegrecht zulasten der Liegenschaft KTN D. mittels eines (notariell beurkundeten) Dienstbarkeitsvertrages gesichert oder mit Erschliessungshilfe rechtskräftig enteignet ist. Der Beschwerdeführer I hat dagegen Verwaltungsbeschwerde erhoben (...) mit dem Antrag, dass die Suspensivbedingung des Nachweises der rechtlichen Sicherstellung der Erschliessung bis zum Baubeginn aufzuheben sei.

3.1 Der Gesuchsteller, dessen Bauvorhaben den gesetzlichen Anforderungen genügt, hat grundsätzlich Anspruch auf eine unbefristete, unwiderrufliche, bedingungslose und unbelastete Baubewilligung (Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, Band I, 4. Auflage, Bern 2013, N 15a zu Art. 38 bis 39). Wenn die Voraussetzungen für die Erteilung einer Baubewilligung zwar nicht vollständig erfüllt sind, die noch vorhandenen Mängel jedoch durch einfache, gezielte Anordnungen behoben werden können, wäre eine Verweigerung der Baubewilligung unter Umständen unverhältnismässig. In diesem Fall ist die Baubewilligung mit Nebenbestimmungen zu versehen (Christian Mäder, Das Baubewilligungsverfahren, Zürich 1991, N 443). Nebenbestimmungen ermöglichen, die durch eine

Verfügung begründeten verwaltungsrechtlichen Pflichten und Rechte entsprechend den konkreten Umständen auszugestalten. 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. Des Weiteren müssen Nebenbestimmungen mit dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit vereinbar sein. Sie müssen die Voraussetzungen der Eignung, der Erforderlichkeit und der Verhältnismässigkeit zwischen Zweck und Wirkung des Eingriffs erfüllen (Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., Rz. 926 ff.).

3.2 Bauten und Anlagen dürfen nur mit behördlicher Bewilligung errichtet oder geändert werden. Voraussetzung einer Bewilligung ist unter anderem, dass das Land erschlossen ist (Art. 22 Abs. 2 Bst. b des Bundesgesetzes über die Raumplanung vom 22. Juni 1979, RPG, SR 700; § 53 PBG). Land ist 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 (Art. 19 Abs. 1 RPG; § 37 Abs. 1 PBG). Die Erschliessung muss in tatsächlicher Hinsicht hinreichend und rechtlich sichergestellt sein (vgl. § 37 Abs. 3 PBG). Eine rechtliche Sicherung liegt vor, wenn die dauernde und jederzeitige Benutzung der Anlage sichergestellt ist. Diese Sicherstellung ist gegeben, wenn die Nutzung der Anlage mittels eines Dienstbarkeitsvertrages und (soweit erforderlich) dem entsprechenden Grundbucheintrag abgesichert ist oder wenn der Bauherr selber Eigentümer der Anlage ist. Im Weiteren ist die Sicherstellung immer dann gegeben, wenn es sich um eine öffentliche Anlage (allenfalls mit privater Unterhaltspflicht) handelt. Die rein obligatorische oder prekaristische Gestattung der Benutzung reicht nicht aus (VGE 1056/02 vom 20. November 2002, E. 2b.cc; RRB Nr. 1767 vom 21. Oktober 1997, E. 8.c mit Hinweis auf VGE 661/92 vom 22. Dezember 1992, E. 2). Ferner ist es grundsätzlich zulässig, eine Baubewilligung mit der Suspensivbedingung des Nachweises der rechtlichen Sicherstellung der Erschliessung bis zum Baubeginn zu verbinden (vgl. EGV-SZ 2013, C 2.1, E. 9.1 und E. 9.4 f.).

(...)

3.4 Zwischen den Parteien ist unbestritten, dass über die Liegenschaft KTN D. kein öffentliches Fahrwegrecht verläuft. Eine Dienstbarkeit (Fahrwegrecht zugunsten der Parzelle KTN A.) ist im Grundbuch zudem nicht ein-

C 2.9

getragen. Nachfolgend bleibt zu prüfen, ob die Vorinstanz 1 die Baubewilligung für den Neubau eines Mehrfamilienhauses zu Recht mit der Suspensivbedingung des Nachweises der rechtlichen Sicherstellung eines Fahrwegrechts über das Grundstück KTN D. verbunden hat.

3.4.1 Die Parzelle KTN D. (Teil der Strasse X. mit einer Fläche von 213 m²) befand sich je zur Hälfte im Miteigentum von A. (...) sowie von B. (...). Eine Erbteilung hat in Bezug auf das Grundstück KTN D. nie stattgefunden, weshalb die hälftigen Miteigentumsanteile jeweils als Ganzes kraft Gesetzes auf die Erben übergegangen sind (vgl. Art. 560 Abs. 1 und Art. 602 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 10. Dezember 1907, ZGB, SR 210). Mit Schreiben vom 11. April 2019 teilte der Notar und Grundbuchverwalter des Bezirks Y. dem Rechtsvertreter des Beschwerdeführers I mit, dass die (damalige) Vormundschaftsbehörde Y. am 22. August 1996 im Rahmen des Grundbuchbereinungsverfahrens Erbenverzeichnisse erstellt habe. Aufgrund der komplizierten Erbenverhältnisse habe das Eigentum am Grundstück KTN D. jedoch nicht bereinigt werden können (vgl. Beschwerdebeilagen 12 bis 14). Unter diesen Umständen würde es für den Beschwerdeführer I einen unverhältnismässigen Aufwand bedeuten, wenn er selber über mindestens fünf Generationen (mit etlichen Grossfamilien) sämtliche heute noch lebenden Erben von C. und B. ermitteln müsste. Offensichtlich war auch das vom Beschwerdeführer I im Zusammenhang mit der vorliegenden Beschwerde kontaktierte Zivilstandsamt Y. nicht ohne weiteres in der Lage, ihm die genaue Anzahl an Nachkommen von B. bekanntzugeben (vgl. Beschwerdebeilage 15). Zudem wäre es für ihn faktisch nicht realisierbar, mit jeder einzelnen erbberechtigten Person mittels eines Dienstbarkeitsvertrages ein Fahrwegrecht zulasten der Parzelle KTN D. zu vereinbaren. Dies gilt umso mehr, als die meisten der heute noch lebenden Erben von ihrem (bescheidenen) Erbanteil gar keine Kenntnis haben dürften.

3.4.2 Der Beschwerdeführer I hat jedoch die Möglichkeit, beim Gemeinderat Y. ein Gesuch um Erschliessungshilfe zu stellen. Nach § 40 Abs. 1 PBG obliegt die Feinerschliessung der Baugrundstücke den Grundeigentümern. Die Mitbenützung einer bestehenden privaten Erschliessungsanlage durch Dritte (sog. Erschliessungshilfe) hängt gemäss § 41 Abs. 1 PBG von folgenden Voraussetzungen ab:

- sie muss für eine landsparende oder zweckmässige technische Lösung notwendig sein;
- sie muss für den betroffenen Grundeigentümer zumutbar sein und
- der betroffene Grundeigentümer hat sie nur gegen volle Entschädigung zu dulden.

Können sich die Beteiligten nicht einigen, enteignet der Gemeinderat die erforderlichen Rechte zugunsten des interessierten Dritten und veranlasst nach Bezahlung der Entschädigung die Eintragung im Grundbuch. Die Entschädigung wird, sofern sich die Beteiligten darauf nicht einigen können, auf Begehren des Enteigneten, des Dritten oder der Gemeinde von der nach dem Enteignungsrecht zuständigen Schätzungskommission festgesetzt. Sie legt auch den Beitrag des Dritten an die Kosten des Unterhalts fest (§ 41 Abs. 2 und 3 PBG). Anzumerken bleibt, dass die Durchführung eines allfälligen Erschliessungshilfverfahrens dem Gemeinderat Y. (und nicht dem Beschwerdeführer I) obliegt. Unter diesem Umstand ist die von der Vorinstanz 1 angeordnete Suspensivbedingung des Nachweises der rechtlichen Sicherstellung eines Fahrwegrechts über das Grundstück KTN D. mit dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit vereinbar. Die Nebenbestimmung in Dispositiv-Ziffer 5.b des angefochtenen Beschlusses vom 9. Januar 2019 ist deshalb zulässig, unbesehen davon, dass ein solches Erschliessungshilfverfahren unter den hier gegebenen Umständen mit einigen Herausforderungen verbunden sein dürfte.

(...)

4.1 Bauten und Anlagen in Waldesnähe sind nur zulässig, wenn sie die Erhaltung, Pflege und Nutzung des Waldes nicht beeinträchtigen (Art. 17 Abs. 1 des Bundesgesetzes über den Wald vom 4. Oktober 1991, WaG, SR 921.0). Die Kantone schreiben einen angemessenen Mindestabstand der Bauten und Anlagen vom Waldrand vor. Sie berücksichtigen dabei die Lage und die zu erwartende Höhe des Bestandes (Art. 17 Abs. 2 WaG). In Umsetzung von Art. 17 Abs. 2 WaG bestimmt § 67 Abs. 1 PBG, dass Bauten und Anlagen gegenüber Wäldern einen Mindestabstand von 15 m ab Waldgrenze einzuhalten haben. Die Waldgrenze verläuft zwei Meter ausserhalb der im Waldfeststellungsverfahren vermessenen Stockgrenze (§ 35 Abs. 2 der Vollzugsverordnung zum Planungs- und Baugesetz vom 2. Dezember 1997, PBV, SRSZ 400.111). Aus wichtigen Gründen können die zuständigen Behörden die Unterschreitung des Mindestabstands unter Auflagen und Bedingungen bewilligen (Art. 17 Abs. 3 WaG).

4.2 Der Regelung des Waldabstands in Art. 17 WaG liegen sowohl baupolizeiliche als auch forstrechtliche Überlegungen zugrunde. Der Waldabstand dient einerseits der Abwehr polizeilicher Gefahren, die vom Wald ausgehen können (umstürzende Bäume, Schatten, Feuchtigkeit). Andererseits dient der Waldabstand aber auch der Walderhaltung. Durch einen genügenden Abstand kann der Wald vor natürlicher oder menschlicher Zerstörung bewahrt werden; des Weiteren ermöglicht der Waldabstand eine zweckmässige Bewirtschaftung und Erschliessung des Waldes und trägt dem ökologischen

C 2.9

Wert des Waldrands Rechnung (vgl. Urteil BGer 1C_415/2014 vom 1. Oktober 2015, E. 2.5 mit Hinweis auf BGE 135 II 30 E. 2.4). An der Beachtung des gesetzlich vorgeschriebenen Waldabstands besteht deshalb ein gewichtiges öffentliches Interesse. Zu erhalten ist nicht allein die Quantität, sondern auch die Qualität des Waldes. Der Waldrand ist für die Qualität des Waldes wesentlich. Angemessen ist der Mindestabstand der Bauten und Anlagen vom Waldrand, wenn er den Schutz dieser im öffentlichen Interesse liegenden Zwecke gewährleistet, welche durch eine zu enge Nachbarschaft von Bauten und Anlagen zum Wald beeinträchtigt wären (Urteil BGer 1C_119/2008 vom 21. November 2008, E. 2.4).

4.3.1 Unbestritten ist, dass der Wendeplatz und der Sitzplatz lediglich einen Abstand von zehn bzw. elf Meter zum nordwestlich angrenzenden Wald einhalten. Der Wendeplatz und der Sitzplatz sind innerhalb des Waldabstands nur zulässig, wenn dafür eine Ausnahmegewilligung erteilt werden kann. Gemäss § 73 Abs. 1 PBG kann die zuständige Bewilligungsbehörde für Bauten und Anlagen innerhalb der Bauzonen Ausnahmen von den in diesem Gesetz oder in den Bauvorschriften der Gemeinden festgelegten Bestimmungen bewilligen, wenn und soweit besondere Verhältnisse es rechtfertigen, insbesondere, wenn sonst eine unzumutbare Härte einträte (Bst. a); dank der Abweichung wegen der örtlichen Gegebenheiten eine bessere Lösung erzielt werden kann (Bst. b); Art, Zweckbestimmung oder Dauer des Gebäudes eine Abweichung nahelegen (Bst. c) oder dadurch ein Objekt des Natur- und Heimatschutzes besser geschützt werden kann (Bst. d). Eine Ausnahmegewilligung muss mit den öffentlichen Interessen vereinbar sein und darf keine wesentlichen Interessen von Nachbarn verletzen (§ 73 Abs. 2 PBG). Bewilligungsbehörde ist der Gemeinderat (§ 76 Abs. 1 PBG). Ausnahmen von kantonalen Abstandsvorschriften, zu deren Erteilung die Bewilligungsbehörde der Gemeinde zuständig ist, bedürfen der vorgängigen Zustimmung des zuständigen Amtes (§ 76 Abs. 3 PBG). Zu Ausnahmen vom Waldabstand nimmt das Amt für Wald und Naturgefahren Stellung (vgl. § 47 Abs. 3 PBV).

4.3.2 Die Ausnahmegewilligung stellt im öffentlichen Baurecht ein allgemeines Rechtsinstitut dar mit dem Zweck, im Einzelfall Härten und offensichtliche Unzweckmässigkeiten zu beseitigen. Voraussetzung für die Erteilung einer Ausnahmegewilligung ist daher immer, dass besondere Umstände bzw. eine Ausnahmesituation vorliegen. Der Baudispens erlaubt abweichende Lösungen, die sich mit dem Gesetzeszweck vereinbaren lassen oder materiell wesentlich besser erscheinen. Als Rechtsfrage gilt dabei, ob die besonderen Voraussetzungen, welche eine Ausnahmegewilligung rechtfertigen, erfüllt sind. Kann dies bejaht werden, stellt sich die weitere Frage, durch welche Abweichungen von der gesetzlichen Regelung aufgrund des konkre-

ten Projektes und allenfalls weiterer Umstände der Ausnahmesituation Rechnung getragen werden kann, was im Rahmen der behördlichen Ermessensbetätigung festgelegt wird. Besondere Gründe, die eine Ausnahme rechtfertigen, können z.B. in der Form, Lage oder Topographie eines Baugrundstückes liegen, dann aber auch in der Art des Bauwerkes, der Architektur oder der Zweckbestimmung einer Baute (vgl. Erich Zimmerlin, Baugesetz des Kantons Aargau, 2. Auflage, Aarau 1985, N 6 ff. zu § 155). Der Zweck der Ausnahmegewilligung besteht hingegen nicht darin, einem Bauherrn zu einer optimalen Lösung zu verhelfen. Rein wirtschaftliche Interessen und maximale Ausnützungsbestrebungen vermögen eine Ausnahmesituation nicht zu begründen (EGV-SZ 2009 C 2.2, E. 5.3).

4.4 Der Beschwerdeführer I hat in seinem Baugesuch um eine Ausnahmegewilligung zur Unterschreitung des Waldabstandes ersucht. Er bringt vor, dass es für ihn eine unzumutbare Härte bedeute, wenn er 35% seines Grundstücks nicht überbauen könne. Dies gelte umso mehr, als die Überbaubarkeit durch die Form der Bauparzelle und die schwierige Topographie zusätzlich eingeschränkt sei. Das geplante Mehrfamilienhaus tangiere den Waldabstand nicht. Eine Realisierung des Wendeplatzes und des Sitzplatzes ausserhalb des Waldabstandes sei jedoch nicht möglich. Das Amt für Wald und Naturgefahren hat sich im Gesamtentscheid der Vorinstanz 2 vom 21. Dezember 2018 dieser Argumentation angeschlossen und festgehalten, dass der Wendeplatz und der Sitzplatz keine negativen Auswirkungen auf den Wald hätten, zumal der verbleibende Waldabstand immer noch relativ gross sei. Es liege in der Natur der Sache, dass die beiden Anlagen im Risikofall (Sturm und Unwetter) nur beschränkt genutzt würden, weshalb das Schadenpotential begrenzt sei. Die Vorinstanz 1 hat in ihrem angefochtenen Beschluss die Voraussetzungen von § 73 PBG für die Erteilung einer Ausnahmegewilligung kurz geprüft. Sie hat dem Beschwerdeführer I insoweit zugestimmt, als aufgrund der Form der Parzelle und der Topographie besondere Verhältnisse vorliegen, die eine Ausnahmegewilligung rechtfertigen würden. Unter Berücksichtigung der örtlichen Gegebenheiten sei die Erstellung einer Wendemöglichkeit unumgänglich. Zudem entspreche der geplante Aussensitzplatz einem nachvollziehbaren Bedürfnis. Die Unterschreitung des Waldabstandes sei mit den öffentlichen Interessen vereinbar und verletze keine wesentlichen Interessen von Nachbarn.

4.5 Der Beschwerdeführer I hat grundsätzlich das Recht, sein Grundstück (KTN A.) gemäss den geltenden Bauvorschriften (zu denen auch die Vorschriften über den Waldabstand zählen) zonenkonform bzw. sinnvoll zu überbauen. Von der Parzelle KTN A. mit einer Fläche von 1887 m² liegen knapp 35% (651.90 m²) im Waldareal bzw. im Waldabstandsbereich. Diese Tatsache stellt für sich alleine zwar noch keinen Ausnahmegrund dar (vgl. RRB

C 2.10

Nr. 735 vom 16. Oktober 2018, E. 5.4). Der überbaubare Bereich der Liegenschaft weist auf der nordwestlichen Seite eine Breite von ungefähr 35 m auf. Die östliche und die südwestliche Grundstücksgrenze verlaufen gegen Südosten in einem spitzen Winkel zusammen. Dem Beschwerdeführer I ist insoweit beizupflichten, als die Überbaubarkeit des Grundstücks KTN A. im Nordwesten durch dessen Nähe zum Wald und im Südosten durch die (dreieckige) Form erheblich eingeschränkt wird. Zudem ist auch zu berücksichtigen, dass sich die Bauliegenschaft an einer von Nordosten nach Südwesten relativ steil abfallenden Hanglage befindet. Die Zufahrt zu den zehn geplanten Einstellplätzen im Untergeschoss des Mehrfamilienhauses erfolgt ab der Strasse X. über einen Vorplatz auf der südlichen (hangabwärts liegenden) Seite der Bauliegenschaft. Zumindest für die hintersten drei Parkplätze ist ein Wendepplatz unabdingbar. Aufgrund der Form der Bauliegenschaft sowie der Topographie würden sich bei Einhaltung des Waldabstandes jedoch beachtliche planerische Schwierigkeiten ergeben. Sodann ist es sinnvoll, dass die nordwestlich gelegene 3½-Zimmer-Parterrewohnung über einen Gartensitzplatz (mit Abendsonne) verfügt. Ein anderer Standort für den Sitzplatz kommt aus planerischen und wohnhygienischen Gründen nicht in Frage. Südlich des geplanten Mehrfamilienhauses verläuft die Zufahrt zu den Parkplätzen. Auf der nördlichen Seite des Gebäudes wäre der Sitzplatz nicht besonnt. Gestützt auf diese Ausführungen liegt eine besondere Situation vor, welche ein Abweichen von den Waldabstandsvorschriften im beantragten Ausmass rechtfertigt (vgl. § 73 Abs. 1 Bst. a und b PBG). Der Ausnahmebewilligung stehen zudem weder öffentliche noch nachbarliche Interessen entgegen (was von den Beschwerdeführern II auch nicht geltend gemacht wird). Insgesamt ist es deshalb nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanzen dem Beschwerdeführer I für die Unterschreitung des Waldabstandes im Bereich des Wendepplatzes und des Sitzplatzes eine Ausnahmebewilligung erteilt haben.

(RRB Nr. 850 vom 3. Dezember 2019).

2.10 Für den Betrieb eines landwirtschaftlichen Gewerbes unentbehrliche Wohnbauten

- *Voraussetzungen von Art. 16a Abs. 1 RPG i.V.m. Art. 34 Abs. 3 RPV (für den Betrieb des entsprechenden landwirtschaftlichen Gewerbes unentbehrliche Wohnbauten [Erw. 4-4.6]).*
- *Voraussetzungen des Ausnahmetatbestands von Art. 24d RPG (Erw. 5-5.10).*

Aus den Erwägungen:

4. Das Grundstück KTN A. liegt gemäss geltendem Zonenplan des Bezirks Küsnacht in der Landwirtschaftszone. Darauf befindet sich heute unter anderem das Wohnhaus am Weg Y. (Gebäude Nr. XY.), welches 1987 als Betriebsleiterwohnhaus mit einer 8½-Zimmerwohnung bewilligt wurde. Das landwirtschaftlichen Gewerbe (...) des Beschwerdeführers umfasst neben dem Grundstück KTN A. auch die Grundstücke KTN B., KTN C. und das Waldgrundstück KTN 2648. Auf dem Grundstück KTN B. befindet sich ein weiteres Wohngebäude (Gebäude Nr. Z), welches als Altenteil (Stöckli) bewilligt wurde. Das landwirtschaftliche Gewerbe bzw. die Parzellen KTN A. und KTN B. werden seit dem 1. Januar 2018 zusammen mit dem Rindviehstall, der Remise, dem Hofdünger- und Futterlager und dem Erdgeschoss des alten Stalles von F. gepachtet und bewirtschaftet.

4.1 Zwischen April und September 2014 hat der Beschwerdeführer nach eigenen Angaben die bestehende Wohnung im Betriebsleiterwohnhaus auf KTN A. ohne Bewilligung in zwei separate Wohnungen unterteilt. Dazu hat er gemäss den am 15. Dezember 2016 eingereichten Plänen im Erdgeschoss eine Wand inklusive Türe im Entrée eingebaut, um ein abgetrenntes Treppenhaus zu gestalten. Zudem hat er im Erdgeschoss ein Schlafzimmer in ein Badezimmer mit Dusche und WC umgebaut und gleichzeitig den Eingang zum neu erstellten Badezimmer verlegt. Weiter hat der Beschwerdeführer im Obergeschoss in einem bestehenden Zimmer eine Küche eingebaut. Durch diese baulichen Vorkehrungen entstanden im Betriebsleiterwohnhaus im Erdgeschoss eine 3½-Zimmerwohnung und im Obergeschoss eine 4½-Zimmerwohnung.

4.2 Nach Art. 22 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Raumplanung vom 22. Juni 1979 (RPG, SR 700) dürfen Bauten und Anlagen nur mit behördlicher Bewilligung errichtet oder geändert werden (vgl. auch § 75 des Planungs- und Baugesetzes vom 14. Mai 1987, PBG, SRSZ 400.100). Voraussetzung der Bewilligung ist u.a., dass die Bauten und Anlagen dem Zweck der Nutzungszone entsprechen (Art. 22 Abs. 2 Bst. a RPG). Gemäss Art. 16 Abs. 1 RPG dienen die Landwirtschaftszonen der langfristigen Sicherung der Ernährungsbasis des Landes, der Erhaltung der Landschaft und des Erholungsraums oder dem ökologischen Ausgleich und sollen entsprechend ihren verschiedenen Funktionen von Überbauungen weitgehend freigehalten werden. Art. 16a Abs. 1 RPG hält weiter fest, dass nur Bauten und Anlagen zonenkonform sind, die zur landwirtschaftlichen Bewirtschaftung oder für den produzierenden Gartenbau nötig sind. Art. 34 Abs. 3 der Raumplanungsverordnung vom 28. Juni 2000 (RPV, SR 700.1) präzisiert diesbezüglich, dass Bauten für den Wohnbedarf, die für den Betrieb des entsprechenden

C 2.10

landwirtschaftlichen Gewerbes unentbehrlich sind, einschliesslich des Wohnbedarfs der abtretenden Generation, zonenkonform sind.

4.3 Der Beschwerdeführer macht geltend, dass er im Zeitpunkt der Bauausführung, also circa im Sommer 2014, einen zusätzlichen Bedarf an landwirtschaftlichem Wohnraum gehabt habe. Er habe sich nämlich aufgrund seines Alters aus dem Betrieb zurückziehen wollen, weshalb er sein Land G. habe verpachten wollen. Dabei hätte der Sohn des zukünftigen Pächters, H., welcher im bereits bestehenden landwirtschaftlichen Betrieb von G. mit Hilfe, im Betriebsleiterwohnhaus auf dem Grundstück KTN A. einziehen sollen. Aus diesem Grund habe der Beschwerdeführer zum Zeitpunkt der Bauausführung einen Bedarf an einer zweiten Wohneinheit im Betriebsleiterwohnhaus gehabt. Als Beweis hierfür reichte der Beschwerdeführer einen Entwurf eines Pachtvertrags aus dem Jahr 2013 ein, in welchem die neu geschaffene Wohnung im Erdgeschoss des Betriebsleiterwohnhauses an G. verpachtet werden sollte.

4.4 Der Beschwerdeführer verkennt mit seiner Argumentation, dass auf dem zum landwirtschaftlichen Gewerbe "Y. gehörenden Grundstück KTN B. bereits ein zweites Wohnhaus (Stöckli) existiert und auch im Zeitpunkt der umstrittenen Bauausführung existierte. Dieses zweite Wohnhaus auf dem Grundstück KTN B. weist gemäss Angaben des Amtes für Landwirtschaft eine Wohnfläche von 165 m² auf und wurde im Jahre 2010 als Ersatzbau bzw. als neuer "Altenteil" (Stöckli) bewilligt. Diese Informationen lassen sich dem Gesamtentscheid des Amtes für Landwirtschaft (...) entnehmen. Folglich waren bereits im Zeitpunkt der unbewilligten Umbauarbeiten im Jahr 2014 zwei Wohnhäuser bzw. zwei Wohneinheiten vorhanden, welche dem Beschwerdeführer und einem allfälligen Pächter genügend Platz geboten hätten. Insbesondere hätte der Beschwerdeführer das explizit als Altenteil bewilligte Wohnhaus (Stöckli) auf dem Grundstück KTN B. beziehen können, womit der Pächter inklusive allfälliger Familie genügend Platz im Betriebsleiterwohnhaus auf dem Grundstück KTN A. gehabt hätte. Dementsprechend bestand im Zeitpunkt der unbewilligten Umbauarbeiten (2014) kein Bedarf an einer zusätzlichen Wohneinheit. Unbestritten ist zudem, dass auch im heutigen Zeitpunkt kein landwirtschaftlicher Bedarf an einer zusätzlichen Wohneinheit besteht. Aus diesem Grund sind die Voraussetzungen von Art. 16a Abs. 1 RPG i.V.m. Art. 34 Abs. 3 RPV nicht erfüllt. Der Einbau der zusätzlichen Wohneinheit im Betriebsleiterwohnhaus auf dem Grundstück KTN A. ist und war auch im Zeitpunkt der Bauausführung nicht zonenkonform.

4.5 Der Beschwerdeführer machte in seiner Replik vor dem Regierungsrat am 21. Dezember 2018 geltend, dass die Tatsache, wonach im Zeitpunkt

der Bauausführungen bereits ein zweites Wohnhaus (Stöckli) auf dem Grundstück KTN B. vorhanden war, unbeachtlich sei. Die Vorinstanz 2 habe diese Begründung nämlich erst im Beschwerdeverfahren vor dem Regierungsrat vorgebracht und im vorinstanzlichen Verfahren das zweite Wohnhaus (Stöckli) nie erwähnt. Dieser Argumentation kann nicht gefolgt werden. Es ist zwar so, dass das zweite Wohnhaus im Gesamtentscheid (...) nicht explizit erwähnt wird, weil die Vorinstanz 2 sich im Gesamtentscheid nur noch mit dem aktuellen Bedarf an landwirtschaftlichem Wohnraum auseinandergesetzt hat. Bei der Durchsicht der Akten ist jedoch ersichtlich, dass die Vorinstanz 2 das zweite Wohnhaus gegenüber dem Beschwerdeführer bereits im Schreiben vom 7. September 2017 erwähnte. Gleichzeitig gewährte die Vorinstanz 2 dem Beschwerdeführer das rechtliche Gehör dazu und machte geltend, dass zuerst die vorhandenen Wohnhäuser landwirtschaftlich genutzt werden müssten, bevor ein weiterer landwirtschaftlicher Bedarf an einer neuen Wohneinheit geltend gemacht werden könne (Schreiben des Amtes für Raumentwicklung vom 7. September 2017, S. 2, Absatz 2 ff.). Darüber hinaus ist festzuhalten, dass eine allfällige Verletzung des rechtlichen Gehörs im Beschwerdeverfahren vor dem Regierungsrat geheilt werden könnte. Der Regierungsrat verfügt über volle Kognition (§ 46 VRP). Ausserdem erhielt der Beschwerdeführer im Verfahren vor dem Regierungsrat die Gelegenheit, sich in seiner Replik zur ergänzten Begründung der Vorinstanz 2 zu äussern. Eine Rückweisung würde zudem einem reinen Verfahrensleerlauf gleichkommen, da die Vorinstanz 2 den Gesamtentscheid bei einer Rückweisung einfach mit der zusätzlichen Begründung ergänzen würde. Aus diesem Grund würde eine allfällige Gehörsverletzung im vorliegenden Verwaltungsbeschwerdeverfahren denn auch geheilt.

4.6 Als Zwischenfazit lässt sich festhalten, dass gestützt auf Art. 22 Abs. 2 Bst. a RPG i.V.m. Art. 16a Abs. 1 RPG und Art. 34 Abs. 3 RPV keine nachträgliche Bewilligung für die im Jahr 2014 vorgenommenen baulichen Veränderungen und die damit einhergehende Schaffung einer zweiten Wohneinheit im Betriebsleiterwohnhaus auf dem Grundstück KTN A. erteilt werden kann. Damit ist der vorgenommene Einbau der zusätzlichen Wohneinheit nicht zonenkonform.

5. Abweichend von Art. 22 Abs. 2 Bst. a RPG können Bewilligungen für Bauten und Anlagen erteilt werden, wenn der Zweck der Bauten und Anlagen einen Standort ausserhalb der Bauzonen erfordert und keine überwiegenden Interessen entgegenstehen (Art. 24 RPG). Dieser Grundtatbestand kommt jedoch nur subsidiär zur Anwendung. Im Vordergrund steht die Erteilung von erleichterten Ausnahmegewilligungen nach Art. 24a bis e und Art. 37a RPG, falls die jeweiligen Voraussetzungen erfüllt sind, was vorab zu prüfen ist

C 2.10

(Bernhard Waldmann/Peter Hänni, Raumplanungsgesetz, Handkommentar, Bern 2006, Vorbemerkungen Art. 24 ff., N 1 und N 12 ff.).

5.1 Vorliegend beruft sich der Beschwerdeführer nur auf Art. 24d RPG. Die Artikel 24, 24a bis c, 24e und 37a RPG sind nicht einschlägig. Art. 24a RPG bezieht sich nur auf Zweckänderungen ohne bauliche Massnahmen. Dabei ist nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung bereits der Einbau von Trennwänden und einer Duschkabine nicht mehr als bewilligungsfreie bauliche Veränderungen im Sinne von Art. 24a RPG zu betrachten. Art. 24b RPG ist sodann auf nichtlandwirtschaftliche Nebenbetriebe zur Sicherung der Existenz eines landwirtschaftlichen Betriebes anwendbar und damit nicht einschlägig. Art. 24c RPG bezieht sich unter anderem auf landwirtschaftliche Wohnbauten sowie angebaute Ökonomiebauten, die rechtmässig erstellt oder geändert worden sind, bevor das betreffende Grundstück Bestandteil des Nichtbaugesbietes im Sinne des Bundesrechts wurde. Nicht darunter fallen folglich Bauten, die nach dem 1. Juli 1972 in der Nichtbauzone zonenkonform erstellt wurden, was beim 1987 bewilligten Betriebsleiterwohnhaus der Fall ist (vgl. Rudolf Muggli, in: Heinz Aemisegger/Pierre Moor/Alexander Ruch/Pierre Tschannen [Hrsg.], Praxiskommentar RPG: Bauen ausserhalb der Bauzone, Zürich/Basel/Genf 2017, Art. 24c, N 19). Art. 24e RPG bezieht sich schliesslich auf hobbymässige Tierhaltung und Art. 37a RPG auf zonenfremde gewerbliche Bauten und Anlagen. Keine der genannten Bestimmungen findet Anwendung auf das hier zu beurteilende Baugesuch. Die Bewilligungsfähigkeit wird demnach nachfolgend unter dem Aspekt von Art. 24d RPG geprüft.

5.2 Nach Art. 24d Abs. 1 RPG können in landwirtschaftlichen Wohnbauten, die in ihrer Substanz erhalten sind, landwirtschaftsfremde Wohnnutzungen zugelassen werden. Im Rahmen von Art. 24d Abs. 1 und 3 RPG sind Erweiterungen zulässig, welche für eine zeitgemässe Wohnnutzung unumgänglich sind (Art. 42a Abs. 1 RPV). Der Beschwerdeführer macht nun geltend, dass nicht mehr sämtliche Zimmer des Betriebsleiterwohnhauses auf dem Grundstück KTN A. für die landwirtschaftliche Bewirtschaftung benötigt werden. Aus diesem Grund sei die Nutzungsart dieser Zimmer zu ändern und die Zimmer der landwirtschaftsfremden Wohnnutzung zuzuführen. Die räumliche Abtrennung dieser Zimmer und der Einbau einer Küche und eines Bades sind nach Ansicht des Beschwerdeführers als unumgängliche und notwendige Erweiterungen zu betrachten.

5.3 Art. 24d Abs. 1 RPG ist insbesondere auf Fälle zugeschnitten, bei denen der landwirtschaftliche Betrieb infolge des Strukturwandels aufgegeben wurde (vgl. Chantal Dupré, in: Aemisegger/Kuttler/Moor/Ruch [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über die Raumplanung, Zürich/Basel/Genf 2010,

Art. 24d, N 16). Vorliegend existiert jedoch das landwirtschaftliche Gewerbe Y. noch. Art. 24d Abs. 1 RPG i.V.m. Art. 42a RPV ist deshalb nur zurückhaltend anzuwenden. Das Bundesamt für Raumentwicklung setzt in einem solchen Fall voraus, dass eine Baute insgesamt für den bisherigen landwirtschaftlichen Zweck nicht mehr benötigt wird, was sich aus dem Wortlaut von Art. 24d Abs. 3 Bst. a RPG einerseits und andererseits aus den praktischen Vollzugsproblemen ergibt, wenn das gleiche Gebäude zum einen Teil Art. 16a RPG und zum anderen Teil Art. 24d Abs. 1 RPG unterstehen würde. Für die Anwendbarkeit von Art. 24d Abs. 1 wird deshalb verlangt, dass die ganze Baute nicht mehr für die Landwirtschaft benötigt wird (vgl. Bundesamt für Raumentwicklung, Erläuterungen zu Art. 42a der Raumplanungsverordnung vom 23. August 2004; Waldmann/Hänni, a.a.O., Art. 24d, N 8). Folglich ist die Anwendbarkeit von Art. 24d Abs. 1 RPG bei einem noch existierenden landwirtschaftlichen Gewerbe z.B. dann denkbar, wenn die (zukünftige) landwirtschaftsfremde Wohnnutzung vom landwirtschaftlichen Wohnraum baulich getrennt ist bzw. wenn zwischen ihnen kein körperlicher Zusammenhang besteht (vgl. Dupré, a.a.O., Art. 24d, N 17).

5.4 Aus den Plänen und Eingaben des Beschwerdeführers ergibt sich, dass der Beschwerdeführer weiterhin im Betriebsleiterwohnhaus auf dem Grundstück KTN A. wohnen wird. Dabei handelt es sich um einen Wohnbedarf der abtretenden Generation, welcher grundsätzlich nach Art. 16a RPG i.V.m. Art. 34 Abs. 3 RPV als zonenkonform gilt. Damit steht fest, dass ein Teil des Betriebsleiterwohnhauses weiterhin für die landwirtschaftliche Wohnnutzung gebraucht wird und nur ein Teil des Betriebsleiterwohnhauses in die landwirtschaftsfremde Wohnnutzung überführt werden soll, was nach den obigen Ausführungen gerade nicht zulässig ist.

5.5 Selbst wenn man zum gegenteiligen Schluss kommen würde und den Wohnbedarf der abtretenden Generation im vorliegenden Fall nicht mehr als landwirtschaftlich qualifizieren würde oder man gleichzeitig landwirtschaftsfremde und landwirtschaftliche Wohnnutzungen im gleichen Gebäude als zulässig erachten würde, könnte nach Art. 24d RPG trotzdem keine Bewilligung erteilt werden. Art. 24d Abs. 3 Bst. a RPG (und auch Art. 43a RPV) setzt nämlich für eine Bewilligung nach Art. 24d RPG zusätzlich voraus, dass die Baute oder Anlage für den bisherigen Zweck nicht mehr benötigt wird, für die vorgesehene Nutzung geeignet ist und keine Ersatzbaute zur Folge hat, die nicht notwendig ist.

5.6 Nach Art. 24d Abs. 3 Bst. a RPG ist deshalb zu prüfen, ob der verbleibende landwirtschaftliche Wohnraum nach der geplanten Umnutzung für die gegenwärtigen und zukünftigen landwirtschaftlichen Bedürfnisse ausreicht.

C 2.10

Es muss demnach geklärt werden, ob die momentan für die landwirtschaftliche Bewirtschaftung nicht mehr benötigten Zimmer im Betriebsleiterwohnhaus auch in Zukunft nicht mehr für die landwirtschaftliche Bewirtschaftung benötigt werden. (vgl. Dupré, a.a.O., Art. 24d, N 43). Dass eine Baute nicht mehr landwirtschaftlich benötigt wird, darf nicht leichtfertig angenommen werden. Es muss faktisch ausgeschlossen werden können, dass der seinem ursprünglichen Zweck entzogene Raum später wieder für landwirtschaftliche Zwecke benötigt werden könnte (vgl. Rudolf Muggli, a.a.O., Art. 24d, N 21).

5.7 Der Beschwerdeführer behauptet, dass einige Zimmer des Betriebsleiterhauses auf dem Grundstück KTN A. nicht mehr benötigt würden und deshalb nach Art. 24d RPG umgenutzt werden dürften. Es ist jedoch geplant und dementsprechend davon auszugehen, dass einst die Nachkommen des Beschwerdeführers bzw. seine Grosskinder den Hof wieder selbständig bewirtschaften werden (vgl. Beilage 1 zum Schreiben des Beschwerdeführers vom 12. Juli 2017, S. 4 [Pachtvertrag]). Dementsprechend besteht spätestens ab diesem Zeitpunkt im Betriebsleiterwohnhaus ein erneuter Bedarf an landwirtschaftlichem Wohnraum für eine Bewirtschafteterfamilie. Schon bei einer Bewirtschafteterfamilie mit zwei Kindern wäre selbst die grössere der beiden neu geschaffenen Wohnungen (drei Schlafzimmer) im Betriebsleiterwohnhaus zu klein, da der selbständige Hofbewirtschafteter auch ein Büro oder einen Arbeitsplatz für die diversen administrativen Aufgaben benötigt. Das gilt umso mehr, wenn der zukünftige Bewirtschafteter des landwirtschaftlichen Gewerbes drei oder mehr Kinder hat. Folglich ist es wahrscheinlich, dass die ohne Bewilligung räumlich abgetrennten und umgenutzten Zimmer im Betriebsleiterwohnhaus in Zukunft wieder als landwirtschaftlicher Wohnraum benötigt werden. Dementsprechend kann keine Bewilligung nach Art. 24d RPG erteilt werden.

5.8 Der gegenteiligen Argumentation kann nicht gefolgt werde. Die Überlegung, dass für die zukünftige Betriebsleiterfamilie genügend Wohnraum im weiter entfernten Wohngebäude (Stöckli) auf dem Grundstück KTN B. und deshalb im Betriebsleiterwohnhaus direkt neben den Ökonomiegebäuden auch in Zukunft kein Bedarf an landwirtschaftlichem Wohnraum bestehe, überzeugt nicht. Würde man dieser Argumentation folgen und die Umnutzung eines Teiles des Betriebsleiterwohnhauses zulassen, bestünde die Gefahr, dass ein zukünftiger Betriebsleiter (wohl zu Recht) einen landwirtschaftlichen Bedarf an genügend grossem Wohnraum nahe bei den Ökonomiegebäuden geltend machen würde. Denn das zweite Wohngebäude (Stöckli) auf dem Grundstück KTN B. befindet sich rund 250 m von den Ökonomiegebäuden entfernt. Zudem sind die Ökonomiegebäude vom Wohngebäude auf dem Grundstück KTN B. nicht direkt einsehbar, da sich die Ökonomiegebäude, vom Grundstück KTN B. aus betrachtet, direkt hinter

dem Betriebsleiterwohnhaus befinden. Dass die angesprochene Gefahr tatsächlich besteht, beweist der Beschwerdeführer bzw. seine Familie denn auch gleich selbst. Aus den vom Amt für Landwirtschaft eingereichten Akten lässt sich nämlich entnehmen, dass neben dem zweiten Wohnhaus (Stöckli) auf dem Grundstück KTN B. zwei weitere Gebäude (Nr. M. und N.) auf den Grundstücken KTN R. und KTN S. einst zum landwirtschaftlichen Gewerbe gehörten. Diese wurden jedoch am 30. Juni 1982 aus dem Geltungsbereich des damaligen Entschuldungsgesetzes entlassen. Die Entlassung wurde damit begründete, dass die beiden Gebäude (...) auf KTN R. und (...) auf KTN S. sich nicht als Betriebsleiterwohngebäude geeignet hätten, da diese zu weit von den landwirtschaftlichen Ökonomiegebäuden entfernt gewesen seien. Folglich bleibt es bei der Beurteilung, dass die ohne Bewilligung räumlich abgetrennten Zimmer im Betriebsleiterwohnhaus in Zukunft aller Wahrscheinlichkeit nach wieder als landwirtschaftlicher Wohnraum benötigt werden, weshalb keine Ausnahmebewilligung nach Art. 24d RPG erteilt werden kann.

5.9 Der Umstand, dass der Beschwerdeführer das landwirtschaftliche Land seines Betriebes für die nächsten 14 Jahre verpachtet hat, ändert ebenfalls nichts an dieser Einschätzung. Der Beschwerdeführer hat denn auch in diesem Pachtvertrag festgehalten, dass angedacht sei, dass einst seine Grosskinder das landwirtschaftliche Gewerbe wieder selbst betreiben werden. Dementsprechend ändert der Pachtvertrag nichts am zukünftigen landwirtschaftlichen Wohnbedarf. Zudem ist nicht ausgeschlossen, dass der Pachtvertrag im gegenseitigen Einvernehmen bereits früher aufgelöst wird.

5.10 Es ist durchaus nachvollziehbar, dass der Beschwerdeführer aktuell nicht das ganze Einfamilienhaus bzw. das ganze Betriebsleiterwohnhaus zwingend benötigt und deshalb im Sinne einer finanziell möglichst gewinnbringenden Nutzung einen Teil des Betriebsleiterwohnhauses vermieten möchte. Jedoch ist zu beachten, dass das Betriebsleiterwohnhaus sich in der Landwirtschaftszone befindet und nicht auf Bauland errichtet wurde. Dementsprechend sind die Umnutzungsmöglichkeiten stark eingeschränkt und die Voraussetzungen von den Behörden unter Berücksichtigung des verfassungsmässigen Grundsatzes der Trennung von Bau- und Nichtbaugebiet konsequent anzuwenden. Insbesondere haben dabei subjektive Wirtschaftlichkeits- und Zweckmässigkeitsüberlegungen sowie finanzielle Interessen des Beschwerdeführers in den Hintergrund zu treten (vgl. Dupré, a.a.O., Art. 24d, N 42). Folglich überwiegen im konkreten Fall die öffentlichen Interessen gegenüber den vorgebrachten Interessen des Beschwerdeführers. Damit sprechen neben der nicht ersichtlichen Standortgebundenheit der zu-

C 7.1

sätzlichen Wohneinheit auch noch überwiegende Interessen gegen die Anwendbarkeit von Art. 24 RPG, weshalb auch diese Norm nicht anwendbar ist.

6. Als Zwischenfazit lässt sich festhalten, dass die bereits ausgeführten baulichen Veränderungen am Betriebsleiterwohnhaus auf dem Grundstück KTN A. und die landwirtschaftsfremde Wohnnutzung weder nach Art. 16a Abs. 1 RPG i.V.m. Art. 34 Abs. 3 RPV noch nach Art. 24d Abs. 1 RPG i.V.m. Art. 42a RPV oder nach Art. 24 RPG bewilligt werden können. Entsprechend sind die Unterteilung des Betriebsleiterwohnhauses in zwei separate Wohnungen und die damit zusammenhängenden baulichen Massnahmen sowie die landwirtschaftsfremde Wohnnutzung formell und materiell baurechtswidrig. Es drängen sich deshalb Massnahmen zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes auf.

(RRB Nr. 234 vom 2. April 2019).

7. Sozialwesen

7.1 Leistungskürzung

- *Voraussetzung für eine Leistungskürzung der Sozialbehörde bei Verweigerung der zumutbaren Mitwirkung; Notwendigkeit der vorgängigen Durchführung eines Mahnverfahrens mit einer klar umschriebenen Sanktion im Falle fehlender Erfüllung von Auflagen (Erw. 1.4.1-3).*

Aus den Erwägungen:

1.4.1 Verweigert die hilfeschende Person trotz vorgängiger Mahnung die ihr zumutbare Mitwirkung, namentlich wenn sie die Auskunftspflicht verletzt oder den verfügten Auflagen, Bedingungen oder Weisungen zuwiderhandelt, kann die Fürsorgebehörde die wirtschaftliche Hilfe kürzen oder einstellen (§ 26a ShG). Mithin hat der kantonale Gesetzgeber festgelegt, dass eine allfällige Leistungskürzung oder Leistungseinstellung erst nach einer entsprechenden Mahnung in Frage kommt.

1.4.2 Werden Auskunfts- und Mitwirkungspflichten verletzt oder bemüht sich die hilfebedürftige Person nur unzureichend um die Beseitigung der Bedürftigkeit, darf die Sozialhilfebehörde nach der kantonalen Rechtsprechung

nicht ohne weiteres die Ausrichtung von Leistungen verweigern. Die Behörde hat den Leistungsansprecher zunächst auf die Folgen der Pflichtverletzung hinzuweisen und ihm grundsätzlich eine Nachfrist zur Pflichterfüllung anzusetzen, bevor eine belastende Verfügung erlassen wird (vgl. EGV-SZ 1997, Nr. 49, S. 158, mit Verweis auf Felix Wolffers, Grundriss des Sozialhilfrechts, S. 107 unten). Bei der Anordnung einer Leistungskürzung oder eines Leistungsentzuges ist die Behörde an die allgemeinen Prinzipien der Verwaltungstätigkeit gebunden. Aus dem Verhältnismässigkeitsprinzip ergibt sich, dass für die Verhängung einer solchen Sanktion die erfolglose Verwarnung der hilfsbedürftigen Person Voraussetzung ist (vgl. EGV-SZ 1997, S. 158 mit Verweis auf Wolffers, a.a.O., S. 168; siehe auch VGE 841/98 vom 28. August 1998 Erw. 5a). Für ein solches Vorgehen spricht insbesondere auch der Umstand, wonach eine Sanktionierung im Sozialhilfebereich den Lebensunterhalt des Leistungsansprechers erheblich betrifft, weshalb dem Gebot der Verfahrensfairness grosse Bedeutung zukommt (vgl. Guido Wizent, Die sozialhilferechtliche Bedürftigkeit, Basel 2014, S. 506 mit Hinweisen). Sanktionen dürfen regelmässig erst nach vorgängiger Androhung (Mahnung) verhängt werden (vgl. Claudia Hänzi, Die Richtlinien der schweizerischen Konferenz für Sozialhilfe, Basel 2011, S. 149 mit Hinweisen; vgl. auch Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., 7. Aufl., N 1440 ff, v.a. N 1463, wonach eine Sanktion in der Regel erst nach vorgängiger Androhung bzw. Mahnung verhängt werden darf).

2.1 Im vorliegenden Beschwerdeverfahren ist streitig, ob die vorinstanzlich verfügte Sanktion einer gerichtlichen Überprüfung standhält. Konkret hat die Vorinstanz im angefochtenen Beschluss vom 23. Mai 2019 wegen mangelhafter Mitwirkung (Verletzung der Schadenminderungspflicht) den im Unterstützungsbudget ermittelten Grundbedarf für den Lebensunterhalt für die Dauer von drei Monaten um 20% gekürzt.

(...)

2.5 Vorliegend fällt auf, dass erstens die Vorinstanz den Beschwerdeführer nie schriftlich verpflichtet hat, den Auflagen des Amtes für Arbeit nachzukommen und zweitens die konkrete Ausgestaltung der drohenden Sanktion auch nie ansatzweise thematisiert hat. Der Beschwerdeführer konnte nicht erkennen, dass er bei unzureichender Mitwirkung im Verfahren beim Amt für Arbeit bzw. bei Abweisung eines Leistungsanspruches der Arbeitslosenkasse eine Kürzung des Grundbedarfs um wie viele Prozente bzw. in welcher Größenordnung und für lange drohte.

2.6 Nach Massgabe der eingereichten vorinstanzlichen Akten wurde dem Beschwerdeführer eine Kürzung des Grundbedarfs um 20% bei fehlender

C 7.1

Mitwirkung im Verfahren beim Amt für Arbeit nie schriftlich angedroht. Das Verwaltungsgericht hat in seinem Entscheid III 2018 86 vom 13. Juli 2018 festgehalten, dass ein Mahnverfahren mit einer klar umschriebenen Sanktion im Falle fehlender Erfüllung von Auflagen nötig sei. Im erwähnten Entscheid musste die Sozialhilfeempfängerin Arbeitsbemühungen bzw. bei Arbeitsunfähigkeit ein Arztzeugnis einreichen. Die Sozialhilfeempfängerin kam dieser Auflage nicht nach. Sie reichte weder Arbeitsbemühungen noch ein Arztzeugnis ein. Die Fürsorgebehörde gab der Sozialhilfeempfängerin in der Folge die Möglichkeit, innert fünf Tagen dazu schriftlich Stellung zu nehmen. Das Verwaltungsgericht hielt dazu fest, dass das Vorgehen der Fürsorgebehörde kein genügendes Mahnverfahren darstelle.

2.7 In Berücksichtigung dieser verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung bedeutet dies für den vorliegenden Fall, dass die Vorinstanz schriftlich hätte festhalten müssen, dass der Beschwerdeführer den Anweisungen der Arbeitslosenstellen und des RAV Folge leisten müsse, ansonsten er allenfalls mit Sanktionen (Kürzung des Grundbedarfs) zu rechnen habe. Als der zuständige Sozialarbeiter Kenntnis davon erhielt, dass das Amt für Arbeit den Beschwerdeführer am 14. März 2019 aufgefordert hat, zu seiner Arbeitsfähigkeit Stellung zu nehmen, hätte die Vorinstanz den Beschwerdeführer schriftlich ermahnen müssen, dass er dieser Aufforderung nachkommen und auch die vom Amt für Arbeit noch benötigten Unterlagen diesem einreichen müsse. Gleichzeitig hätte die Vorinstanz den Beschwerdeführer eben darauf hinweisen müssen, dass er bei Nichtbefolgen der Weisung mit einer Kürzung des Grundbedarfs zu rechnen habe, wobei Umfang im Sinn einer (maximalen) Grössenordnung und (maximale) Dauer der Kürzung festgehalten werden müssen. Sofern eine solche schriftliche Mahnung der Vorinstanz nicht zu jenem Zeitpunkt erging, hätte sie spätestens nach dem Schreiben des Amtes für Arbeit vom 27. März 2019 ergehen müssen. Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts genügt es indessen nicht, wenn lediglich die Sozialarbeiterin den Sozialhilfeempfänger in allgemeiner Weise mündlich darauf hinweist, dass er den Anweisungen nachzukommen habe, ansonsten er mit Konsequenzen (mögliche Kürzung) zu rechnen habe (vgl. Aktennotiz vom 27. März 2019).

3. Nach dem Gesagten verhält es sich so, dass die Vorinstanz im angefochtenen Beschluss vom 23. Mai 2019 für Vorkommnisse im Verfahren beim Amt für Arbeit ohne ein hinreichendes Mahnverfahren direkt eine Leistungskürzung (um 20%) verfügt hat. Dem Beschwerdeführer wurde nach der Aktenlage während den Abklärungen beim Amt für Arbeit nicht schriftlich mitgeteilt, welche Leistungskürzung erfolgen wird, wenn er den Anweisungen des Amtes für Arbeit nicht nachkommt.

Die vorliegende Beschwerde erweist sich somit als begründet. In Gutheisung der Beschwerde ist die vorinstanzlich verfügte Leistungskürzung daher aufzuheben.

(RRB Nr. 852 vom 3. Dezember 2019).

8. Bildung

8.1 Dispensation vom Schulunterricht

- *Voraussetzungen für eine Dispensation vom Schulunterricht (Erw. 2.1-3.3).*
- *Dringende persönliche oder familiäre Gründe verneint bei einer Geschäftsreise der Mutter (Erw. 4-7.1).*

Aus den Erwägungen:

2.1 Alle Kinder mit Aufenthalt im Kanton haben das Recht und die Pflicht, die öffentliche Volksschule zu besuchen. Vorbehalten bleibt der Besuch von privaten Sonderschulen, anerkannten privaten Volksschulen und bewilligtem Privatunterricht (§ 4 Abs. 1 des Volksschulgesetzes vom 19. Oktober 2005, VSG, SRSZ 611.210). Schülerinnen und Schüler können auf begründetes Gesuch der Erziehungsberechtigten hin vom Unterricht ganz oder teilweise dispensiert werden (§ 15 Abs. 1 des Reglements vom 1. Februar 2006 über die Rechte und Pflichten der Lehrpersonen und Schülerinnen und Schüler an der Volksschule, Schulreglement, SRSZ 611.212). Für Dispensationen vom Unterricht ist bis zu einem Tag die Klassenlehrperson, bis zu zwei Wochen die Schulleitung und für längere Dispensationen der Schulrat zuständig (§ 15 Abs. 2 Schulreglement).

2.2 Der Schulrat erlässt Richtlinien über das Dispensationswesen, welche auch die Dispensation im Kindergarten und Langzeitbeurlaubungen (z.B. Auslandsaufenthalte, Alpzeit) regeln (§ 15 Abs. 4 Schulreglement). Die Vorinstanz ist diesem Auftrag nachgekommen und hat mit Beschluss vom 21. September 2010 das Absenzen- und Jokertagsreglement (nachfolgend: Reglement) erlassen. Dieses Reglement hält zum vorliegenden Fall Folgendes fest:

C 8.1

„1. (...)“

< 2 Wochen: Begründete Gesuche bis zu 2 Wochen müssen schriftlich an die Schulleitung gestellt werden.

> 2 Wochen: Gesuche von längerer Dauer als 2 Wochen müssen schriftlich an den Schulpräsidenten resp. Schulrat gerichtet werden. Die Schulleitung und der Schulrat behalten sich vor, eine restriktive Bewilligungspraxis zu vollziehen und nur begründete Ausnahmen zu genehmigen.

2. – 4. (Diverses in Bezug auf die Jokertage).

5. Wird ein begründetes Gesuch um Dispensation wegen dringender persönlicher Angelegenheiten (z.B. für Teilnahme an Familienfeiern, hohe religiöse Feiertrage nicht-christlicher Bekenntnisse usw.) durch die zuständige Instanz (Schulrat oder Erziehungsdepartement) bewilligt, kann im laufenden Schuljahr kein Jokertag mehr bezogen werden.

6. (Ausnahmekatalog).

7. Für den Kindergarten gilt generell eine weniger restriktive Handhabung des Reglements.

(...).“

3.1 Der Regierungsrat hat bereits mehrfach festgehalten, dass, wer am Schulunterricht teilnimmt, diesen regelmässig und pünktlich zu besuchen hat. Dabei sei es gleichgültig, ob der Schüler eine Schulpflicht erfüllt oder dem Unterricht freiwillig folgt. Die persönliche Freiheit des Schülers habe gegenüber dem Interesse der Schule an einem geordneten Unterrichtsbetrieb zurückzutreten. Dies gelte auch für den freiwilligen Kindergarten (so bereits EGV-SZ 1999, Nr. 50, E. 2.2 mit Hinweis auf EGV-SZ 1992, Nr. 43, E. 1 f.; vgl. RRB Nr. 1118 vom 26. November 2013, E. 2.2).

3.2 Nach konstanter Rechtsprechung können nur dringende persönliche oder familiäre Angelegenheiten eine Schulabsenz rechtfertigen. Die Gründe für eine Dispensation müssen demnach gewichtig sein und dürfen nicht in unbestimmt vielen weiteren Fällen ebenfalls geltend gemacht werden können (vgl. RRB Nr. 52 vom 22. Januar 2013, E. 1.3; RRB Nr. 19 vom 8. Januar 2008, E. 4.1; EGV-SZ 1992, Nr. 43, E. 3a). Um eine Schulabsenz in einer dringenden persönlichen oder familiären Angelegenheit zu rechtfertigen, muss eine geplante Auslandsreise bestimmte weitere Ziele verfolgen. Als solche können etwa spezielle Familienfeste, Hochzeiten, Todesfälle, Krankheiten, Unfälle oder andere Ereignisse in Frage kommen, denen Ausnahmekarakter zukommt.

3.3 Eine restriktive Handhabung des Dispensationswesens rechtfertigt sich nicht nur aufgrund der jährlich dreizehn Wochen Schulferien, welche den Schülern und ihren Eltern einen erheblichen Spielraum in ihrer Ferienplanung bzw. ihrer sonstigen Planung zugestehen, sondern auch hinsichtlich der Erreichung der Ausbildungsziele sowie der Aufrechterhaltung eines geordneten Schulbetriebes. Auch ist vom Regierungsrat in diesem Zusammenhang ein gewisser Beurteilungsspielraum der zuständigen Instanz vor Ort zu respektieren. Diese kennt die Verhältnisse an der betreffenden Schule sowie allfällige Stärken und Schwächen der zu dispensierenden Kinder, so dass sie am besten in der Lage ist, entsprechende Gesuche zu beurteilen. Der Regierungsrat hat sich daher im Beschwerdeverfahren eine gewisse Zurückhaltung aufzuerlegen und nur einzugreifen, wenn die Vorinstanz das ihr bei der Beurteilung von Dispensationsgesuchen zukommende Ermessen qualifiziert unrichtig gehandhabt hat (Häfelin/ Müller/Uhlmann, a.a.O., N 474; RRB Nr. 1127 vom 30. August 2005, E. 3.3).

4. Die Beschwerdeführer haben für ihre Tochter A. ein Dispensationsgesuch vom 2. Dezember bis 20. Dezember 2019 gestellt, damit diese ihre Mutter auf eine Geschäftsreise in die Antarktis begleiten kann bzw. von dieser trotzdem betreut werden kann. Die Beschwerdeführerin ist für die X. Kreuzfahrten als Nautikerin tätig und hat diese Tätigkeit bislang im Home-Office erledigt. Im erwähnten Zeitraum steht jedoch eine Scoutingreise (Vorbereitungs- und Entdeckungstour) in die Antarktis an. Die Beschwerdeführer machen geltend, dass die Betreuung der gemeinsamen Tochter A. während dieser dreiwöchigen Reise weder vom beruflich sehr engagierten Beschwerdeführer (...) mit einem 100% Pensum noch von anderen Verwandten und Bekannten sichergestellt werden könne. Die Beschwerdeführer sind der Auffassung, dass diese fehlende Betreuungsmöglichkeit die von ihnen nachgesuchte Dispensation von A. rechtfertigt.

5.1 Die Beschwerdeführer weisen zu Recht darauf hin, dass im Reglement der Vorinstanz keine konkreten materiellen Voraussetzungen für eine Dispensation aufgeführt sind. Aus den Formulierungen der Vorinstanz im Reglement (insbesondere in der Ziffer 5) sowie auch aus dem angefochtenen Beschluss geht jedoch offenkundig hervor, dass diese ihre Bewilligungspraxis auf die konstante kantonale Rechtsprechung (welche im Wegweiser zusammengefasst ist) stützt. Danach können nur dringende persönliche oder familiäre Angelegenheiten eine Schulabsenz rechtfertigen. Gestützt auf diese Rechtsprechung können nach Ansicht der Vorinstanz reine Ferien- und Reisedispensen nicht erteilt werden.

C 8.1

5.2 Die Beschwerdeführer machen in diesem Zusammenhang zu Recht darauf aufmerksam, dass es vorliegend nicht um eine reine Ferien- und Reiseabsenz, sondern um eine Geschäftsreise eines Elternteils bzw. die daraus resultierende Betreuungsproblematik geht. Deshalb sind auch die Ausführungen im Wegweiser im Zusammenhang mit reinen Ferien- und Reiseabsenzen vorliegend nicht einschlägig. Die Beschwerdeführer übersehen jedoch, dass der Wegweiser (worauf sich die Bewilligungspraxis der Vorinstanz stützt) explizit festhält, dass auch berufliche Gründe der Eltern keine dringende persönliche oder familiäre Angelegenheit des Kindes darstellen (vgl. Wegweiser, Ziff. 3.5.2, S. 96). Entgegen den Behauptungen der Beschwerdeführer beschränkt sich diese Aussage im Wegweiser nicht nur auf den Fall, in welchem ein Elternteil wegen beruflicher Gründe nicht in der Schulferienzeit Ferien machen kann. Vielmehr geht daraus auch hervor, dass berufliche Gründe der Eltern in der Regel keine Schulabsenzen der Kinder zu rechtfertigen vermögen. Die Vorinstanz führt dazu in der Vernehmlassung vom 30. September 2019 zutreffend aus, dass die Vereinbarkeit von Familie und Beruf anerkanntermassen nicht immer einfach ist, es aber letztlich die Aufgabe der Familien ist, sich so zu organisieren, dass der Schulpflicht der Kinder nachgekommen werden kann.

5.3 Die Beschwerdeführer wenden dagegen ein, dass es sich vorliegend um eine besondere Situation handle. Einerseits sei die Geschäftsreise der Beschwerdeführerin nicht vermeidbar. Andererseits könne die Betreuung der Tochter A. aber wegen seiner Arbeitsbelastung sowie einer Feriensperre im Dezember 2019 auch nicht vom Vater übernommen werden. Auch die Verwandten könnten entweder aus gesundheitlichen oder beruflichen Gründen die Betreuung von A. nicht sicherstellen. Schliesslich sei es aus räumlichen und finanziellen Gründen auch nicht möglich, dass sich eine Tagesmutter oder eine Nanny um A. kümmere, zumal wohl auch nicht verlangt werden könne, dass A. durch irgendeine Person betreut werde.

5.4 Mit dieser Argumentation verkennen die Beschwerdeführer jedoch, dass die Betreuung zu Hause auch unter den von ihnen genannten Bedingungen sichergestellt werden kann. Selbst wenn der Beschwerdeführer einer grossen Arbeitsbelastung ausgesetzt ist, darf von ihm erwartet werden, dass er seinen Arbeitstag so organisiert (z.B. Fallbearbeitung zu Hause bzw. Home-Office), dass er zumindest abends die Betreuung von A. übernehmen kann. Da A. bereits die vierte Primarklasse besucht, ist sie tagsüber grössten Teils in der Schule. Ausserhalb der Schulzeit gibt es in B. beispielsweise den Hort C., welcher die Betreuung und Verpflegung über den Mittag sowie nach Schulschluss und an schulfreien Nachmittagen anbietet (...). Den Beschwerdeführern und auch A. ist diese Einrichtung bekannt. Gemäss den Angaben der Beschwerdeführer verbringt A. bereits einen Mittag pro Woche in dieser

Institution. Somit sind A. die Betreuungspersonen, die Strukturen der Organisation sowie auch die anderen Kinder, welche den Hort C. besuchen, bereits bekannt. Soweit die Beschwerdeführer dagegen einwenden, dass sich A. dort nicht besonders wohl fühle, ist darauf aufmerksam zu machen, dass die Betreuung durch den Hort C. lediglich eine Übergangslösung für die dreiwöchige Geschäftsreise der Beschwerdeführerin und keine Dauerlösung ist. Im Übrigen ist es für den Regierungsrat nicht nachvollziehbar, dass A. bereits heute den Hort C. besuchen muss, jedoch diese Betreuung während der dreiwöchigen Geschäftsreise keine adäquate Lösung darstellen soll. Allein der Umstand, dass diese Betreuung durch den Hort C. nicht der Wunschvorstellung der Beschwerdeführer entspricht, reicht nicht aus, um eine Dispens von der Schulpflicht zu rechtfertigen.

5.5 Das Gleiche gilt für den Einwand, dass die Betreuung durch den Hort C. die erforderlichen Betreuungszeiten (insbesondere Randzeiten) nicht vollständig abdecke. Der Hort C. übernimmt die Betreuung der Kinder ab morgens 7.00 Uhr bis 18.30 Uhr. Wie bereits erwähnt darf vom Beschwerdeführer trotz der nicht bestrittenen grossen Arbeitslast erwartet werden, dass er seinen Arbeitstag so organisiert, dass er die Betreuung zumindest am Abend übernehmen kann. Sollte dies nicht durchgehend möglich sein, ist eine Betreuung durch eine Nachbarin oder auch eine Tagesmutter denkbar. Soweit die Beschwerdeführer in diesem Zusammenhang einwenden, dass die finanzielle und räumliche Situation eine solche Betreuung nicht zulasse, übersehen sie, dass eine Tagesmutter nicht zwingend in den Räumlichkeiten der Beschwerdeführer wohnen muss. Auch der Einwand, dass dies finanziell schwierig sei, ist aufgrund der von den Beschwerdeführern ausgeführten Tätigkeiten (Nautikerin und Jurist) nicht vollends glaubhaft. Schliesslich ist es für den Regierungsrat nicht nachvollziehbar, weshalb die Tochter der Beschwerdeführer bei einer Begleitung der Mutter in die Antarktis auf dem Kreuzfahrtschiff fremdbetreut werden kann bzw. muss (vgl. Beschwerdeschrift vom 18. September 2019, Ziff. 3.4), indessen eine solche Fremdbetreuung in der Schweiz während der Abwesenheit der Mutter nicht möglich sein sollte.

5.6 Obwohl es in menschlich subjektiver Hinsicht verständlich ist, dass es für die Beschwerdeführer nicht einfach ist, Beruf und Familie (insbesondere während der dreiwöchigen Geschäftsreise der Beschwerdeführerin) unter einen Hut zu bringen, vermag die vorgebrachte Betreuungsproblematik nach dem Gesagten die Schuldspens von A. nicht zu rechtfertigen. An dieser Beurteilung ändert auch der Hinweis nichts, wonach die Geschäftsreise der Beschwerdeführerin mit einer Alpdispens vergleichbar sei. Die Beschwerdeführer verkennen mit dieser Argumentation, dass es sich bei einem Bauernbe-

C 8.1

trieb meist um ein Familienunternehmen handelt, bei welchem beide Elternteile im gleichen Betrieb tätig sind und somit auch zusammen die Sömmerung absolvieren. Bei den Beschwerdeführern ist es dem Vater jedoch zumutbar, dass er zumindest abends für die Tochter A. anwesend ist und diese betreuen kann. Die von den Beschwerdeführern vorgebrachte Alpdispens ist somit mit der vorliegenden Situation nicht vergleichbar.

5.7 Die Beschwerdeführer bringen weiter vor, dass die Reise in die Antarktis für A. eine einmalige Gelegenheit sei und ihr vor allem auch ein hoher Bildungswert zukomme. Diese Auffassung teile im Übrigen auch der Klassenlehrer von A. Nach der geltenden Rechtsprechung ist die Vermittlung besonderer Lebenserfahrung bzw. wertvoller Bildungserlebnisse kein ausreichender Grund für eine Reise während der Schulzeit. Vielmehr müsste sich eine solche Reise mit dringenden persönlichen und familiären Angelegenheiten rechtfertigen (vgl. dazu RRB Nr. 255 vom 17. März 2015, E. 4.5). Eine solche Angelegenheit liegt nach dem Gesagten gerade nicht vor. An dieser Beurteilung ändert auch der Einwand nichts, dass die Geschäftsreise der Beschwerdeführerin einen einmaligen Charakter habe und der beantragten Dispens ohnehin keine präjudizielle Wirkung zukomme, da es selten sei, dass Kinder ihre Eltern auf eine Geschäftsreise begleiten dürften. Mit dieser Argumentation übersehen die Beschwerdeführer jedoch, dass auch andere Eltern Schwierigkeiten haben, ihren Beruf mit dem Familienleben zu vereinbaren. Dabei käme es wohl einigen Eltern sehr entgegen, wenn sie aus organisatorischen Gründen für ihre Kinder eine Schuldispens erhalten könnten. Diesem Verhalten möchte die Vorinstanz vorbeugen, was nicht zu beanstanden ist. Im Übrigen ist es nicht auszuschließen, dass bei der Beschwerdeführerin eine erneute Geschäftsreise nötig sein wird. Dies ergibt sich aus dem Dispensationsgesuch der Beschwerdeführer vom 16. August 2019, wonach sich aufgrund der Expansion des Arbeitgebers der Beschwerdeführerin Scoutingreisen in Zukunft nicht mehr vermeiden lassen.

7.1 Zusammenfassend ist festzuhalten, dass unter Berücksichtigung des der Vorinstanz zustehenden Ermessensspielraumes es nicht zu bestanden ist, dass diese zum Schluss kam, dass vorliegend keine dringende persönliche oder familiäre Angelegenheit bzw. kein Ausnahmefall gegeben ist, der die beantragte Absenz von A. vom Schulunterricht vom 2. bis zum 20. Dezember 2019 zu rechtfertigen vermag. Der Entscheid der Vorinstanz ist nicht zu bestanden, zumal es sich bei § 4 Abs. 3 VSG und § 15 Abs. 1 des Schulreglements um eine „Kann“-Vorschriften handelt.

(RRB Nr. 775 vom 29. Oktober 2019).

8.2 Zuständigkeit zur Anordnung von Sonderschulunterricht und entsprechende Kostentragung

- *Vorliegen eines internationalen Sachverhaltes und Anwendbarkeit des HKsÜ (Erw. 4-4.2).*
- *Internationale Haupt- und Eilzuständigkeit (Erw. 4.3-4.5).*
- *Innerstaatliche Anwendbarkeit der IVSE (Erw. 5-5.2).*
- *Analoge Anwendbarkeit der Bestimmung des Unterstützungswohnsitzes minderjähriger Kinder nach dem ZUG zur Regelung der Kostentragung. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung würde die Anknüpfung an den Aufenthaltsort zu einem unerwünschten systemwidrigen Ergebnis führen sowie Sinn und Zweck der IVSE zuwiderlaufen, indem der Kanton, in dem sich die Unterbringungseinrichtung befindet und der den Schutzbedürftigen damit aufnimmt, regelmässig für die Kosten des anordnenden Kantons aufzukommen hätte (Erw. 5.3-6.3).*

Aus den Erwägungen:

4. Gemäss der Interkantonalen Vereinbarung für soziale Einrichtungen vom 13. Dezember 2002/14. September 2007 (IVSE, SRSZ 380.311.1) ist der Wohnsitz entscheidend dafür, welcher Kanton die Kosten für die Sonderschulung und Unterbringung zu tragen hat. Die Vorinstanz verneint ihre Zuständigkeit zur Anordnung des Sonderschulunterrichts und zur Übernahme der entsprechenden Kosten. Mit der Ausreise der Mutter des Beschwerdeführers I im Jahr 2018 habe sie ihren Wohnsitz in A. aufgegeben und diesen nach Tschechien verlegt. Aufgrund dieser Tatsache und des Umstandes, dass der Beschwerdeführer I und seine Mutter ausländische Staatsbürger seien, handle es sich um einen internationalen Sachverhalt. Dementsprechend komme Art. 20 des Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht vom 18. Dezember 1987 (IPRG, SR 291) zur Bestimmung des Wohnsitzes zur Anwendung. Der Beschwerdeführer I könne als unmündiges Kind keinen eigenen Wohnsitz begründen. Zudem habe die Mutter ihren Wohnsitz im Ausland, weshalb keine Ableitung des Wohnsitzes von der Mutter gemäss Art. 25 ZGB in der Schweiz möglich sei. Damit habe der Beschwerdeführer I keinen Wohnsitz in der Schweiz, weshalb Art. 20 Abs. 2 IPRG zum Zug komme, welcher in diesem Falle den gewöhnlichen Aufenthaltsort zum Wohnsitz erkläre. Der Beschwerdeführer I habe sich im Zeitpunkt des Erlasses der angefochtenen Verfügung nicht im Kanton Schwyz aufgehalten, weshalb die Vorinstanz für die Übernahme der Kosten nicht zuständig gewesen sei.

C 8.2

4.1 Die Beschwerdeführer I und II rügen dagegen, dass das Übereinkommen über die Zuständigkeit, das anzuwendende Recht, die Anerkennung, Vollstreckung und Zusammenarbeit auf dem Gebiet der elterlichen Verantwortung und der Massnahmen zum Schutz von Kindern, abgeschlossen in Den Haag am 19. Oktober 1996 (Haager Kindesschutzübereinkommen, HKsÜ, SR 0.211.231.011) zur Anwendung komme und dementsprechend das IPRG nicht anwendbar sei. Gemäss Art. 5 Abs. 1 HKsÜ seien die Behörden des Vertragsstaats, in dem das Kind seinen gewöhnlichen Aufenthalt habe, zuständig, Massnahmen zum Schutz der Person oder des Vermögens des Kindes zu treffen. Damit sei die Schweiz international zuständig. Die Vorinstanz bestreitet dagegen die Anwendbarkeit des HKsÜ.

4.2 Die Schweiz und Tschechien sind beides Konventionsstaaten des HKsÜ, Gleiches gilt im Übrigen für Ungarn. Der Begriff der Schutzmassnahmen in der nicht abschliessenden Aufzählung des Art. 3 HKsÜ, der damit i.V.m. Art. 1 und Art. 4 HKsÜ den sachlichen Anwendungsbereich des Übereinkommens festlegt, ist umfassend. Insbesondere wird davon auch die Unterbringung des Kindes in einem Heim im weiteren Sinne erfasst (Art. 3 Bst. e HKsÜ). Die vom Anwendungsbereich des Übereinkommens gemäss Art. 4 Bst. h ausgeschlossenen öffentlichen Massnahmen im Bereich der Gesundheit und Erziehung beschränken sich dagegen gemäss den Materialien auf einen sehr engen Bereich, etwa auf die Fragen des Impfwangs oder der obligatorischen Schulpflicht (bei den vom Anwendungsbereich des Übereinkommens ausgeschlossenen Bereichen gemäss Art. 4 HKsÜ handelt es sich um eine abschliessende Aufzählung). Die Frage der Unterbringung des Kindes in einer bestimmten Schule fällt dagegen ausdrücklich in den Anwendungsbereich des Übereinkommens (vgl. Paul Lagarde, Rapport explicatif sur la Convention-Protection des enfants de 1996, Actes et Documents de la Dix-huitième session, Band II, Den Haag 1996, N 34). Aus dem Ausgeführten sowie dem Umstand, dass die KESB A. die Unterbringungen angeordnet hat und es sich bei den fraglichen Institutionen (B. und Schulinternat Q.) überdies um Internats-Einrichtungen im Bereich A der IVSE handelt (vgl. dazu E. 5), ergibt sich mithin, dass das HKsÜ auch auf die Anordnung der dortigen Sonderbeschulung und die damit einhergehende Frage der Kostenregelung Anwendung findet. Diese Frage lässt sich im Bereich eines Internates denn auch nicht sinnvoll von der eigentlichen Unterbringungsproblematik trennen, weshalb die entsprechenden (Internats-)Institutionen (stationäre Einrichtungen mit eigener Schule) richtigerweise auch innerhalb der IVSE unter dem Bereich A geführt werden.

4.3 Gemäss dem HKsÜ besteht die Hauptzuständigkeit der Behörden im Staat des gewöhnlichen Aufenthaltes des Kindes. Dieser ist – wie allgemein

in den Haager Übereinkommen – als tatsächlicher Lebensmittelpunkt bzw. Schwerpunkt der Bindungen des Kindes zu verstehen. Dabei kommt neben der tatsächlichen Aufenthaltsdauer gerade bei Minderjährigen auch den sozialen Bindungen, insbesondere zu den Eltern bzw. zur Familie, eine entscheidende Bedeutung zu. Gestützt auf den Umstand, dass sich der Beschwerdeführer I nicht (mehr) freiwillig in der Schweiz aufhält, seine Mutter und seine beiden Brüder in Tschechien leben, er ebenfalls dorthin ausreisen will und er sich überdies in den Schulferien bereits mehrfach auch tatsächlich während mehrerer Wochen dort aufhielt, ist davon auszugehen, dass der gewöhnliche Aufenthalt des Beschwerdeführers I im Sinne von Art. 5 HKsÜ inzwischen in Tschechien liegt. Die entsprechende Verschiebung von der Schweiz nach Tschechien dürfte sich mit zunehmendem Alter des Beschwerdeführers I denn auch klarerweise weiter akzentuieren. Unbestrittenermassen in der Schweiz liegt und vorliegend anwendbar ist dagegen die Eilzuständigkeit nach Art. 11 HKsÜ, welche die Schweizer Behörden ermächtigt, vorläufige (und analog zu Art. 12 HKsÜ territorial auf die Schweiz beschränkte) Schutzmassnahmen zu treffen, solange diese notwendig sind und der Beschwerdeführer I sich hier befindet oder die Zuständigkeit nicht an Tschechien bzw. einen anderen Staat übertragen oder der Entzug des Aufenthaltsbestimmungsrechts der Mutter nicht aufgehoben wurde.

4.4 Zum gleichen Ergebnis gelangt man im Übrigen durch die Anwendung von Art. 20 IPRG, sei dies zur Bestimmung der örtlichen Zuständigkeit im Anwendungsbereich des HKsÜ (dieses beschränkt sich auf die Regelung der internationalen Zuständigkeit), sei dies bei originärer Anwendung. Der anwendbare schlichte Aufenthalt des Beschwerdeführers I befindet sich gemäss Art. 20 Abs. 1 Bst. b IPRG unbestrittenermassen in der Schweiz (Art. 20 Abs. 1 Bst. a IPRG greift vorliegend nicht).

4.5 Aus dem Gesagten ergibt sich demnach eine auf die vorläufige Anwendung der notwendigen Massnahmen beschränkte Eilzuständigkeit in der Schweiz. Bei der Bestimmung des örtlichen Anknüpfungspunkts des schlichten Aufenthaltes innerhalb der Schweiz kann es jedoch – gerade auch in Anbetracht der häufigen Aufenthaltswechsel, der fehlenden Freiwilligkeit des Aufenthaltes und der Zufälligkeit des Standorts der Einrichtungen – nicht auf den verfügbaren Unterbringungsort ankommen (vgl. diesbezüglich BGE 143 V 451 zum IVSE analog). Vielmehr rechtfertigt es sich, die Zuständigkeit zur Regelung der Anordnung bzw. Kostengutsprache vorläufig im Kanton Schwyz zu belassen (vgl. auch E. 5.3 ff. zur diesbezüglich doppelrelevanten Tatsache des letzten Wohnsitzes). Da die zuständigen kantonalen Behörden gemäss Art. 15 HKsÜ i.V.m. Art. 85 IPRG ohnehin ihr eigenes Recht und demnach die IVSE anwenden werden (vgl. dazu E. 5 ff.), würde sich am

C 8.2

materiellen Ergebnis der Prüfung, welcher Kanton die Anordnung zu treffen bzw. über die Kostengutsprache zu befinden hat, unabhängig von der örtlichen Zuständigkeit denn auch nichts ändern. Auch vor diesem Hintergrund rechtfertigt es sich entsprechend, die Zuständigkeit hierfür im Kanton Schwyz (wo der letzte Wohnsitz des Beschwerdeführers I lag und sich zudem der Sitz der anordnenden KESB befindet) zu belassen. Mit Blick auf die Ausführungen zum Schwerpunkt der Bindungen und zur fehlenden Freiwilligkeit des Verbleibs in der Schweiz sowie in Anbetracht der lediglich bestehenden Eilzuständigkeit wird die Kostengutsprache jedoch zum einen zu befristen sein, zum anderen geht der Regierungsrat davon aus, dass die KESB A. eine möglichst baldige Zuständigkeitsübertragung nach Tschechien anstrebt. Ebenso wird vor diesem Hintergrund zu prüfen sein, ob und inwieweit sich Entzug des Aufenthaltsbestimmungsrechts überhaupt weiterhin rechtfertigt.

5. Die Bejahung einer schweizerischen Eilzuständigkeit führt diesbezüglich zur Anwendung der *lex fori* und demnach des schweizerischen Rechts (vgl. Art. 15 Abs. 1 HKsÜ i.V.m. Art. 85 IPRG). Demzufolge kommt für die Kostenverteilung die Interkantonale Vereinbarung für soziale Einrichtungen zur Anwendung. Diese bezweckt, die Aufnahme von Personen mit besonderen Betreuungs- und Förderungsbedürfnissen in geeigneten Einrichtungen ausserhalb des Wohnkantons ohne Erschwernisse zu ermöglichen (vgl. Art. 1 Abs. 1 IVSE). Die IVSE bezieht sich gemäss Art. 2 Abs. 1 IVSE auf Einrichtungen in den Bereichen A (Stationäre Einrichtungen für Kinder und Jugendliche), B (Einrichtungen für Erwachsene mit Behinderung), C (Stationäre Angebote im Suchtbereich) und D (Sonderschulen). Das Jugendheim B. in S., in welchem der Beschwerdeführer I als nächstes platziert werden soll, sowie auch das Schulinternat Q. sind in der IVSE-Datenbank aufgelistet und dem Bereich A zugeordnet (vgl. <http://www.sodk.ch/ueber-die-sodk/ivse-datenbank/suchmaske>; besucht am 8. August 2019). Dies ist darauf zurückzuführen, dass gemäss Kommentar der Konferenz der kantonalen Sozialdirektorinnen und Sozialdirektoren vom 7. Dezember 2007 zur IVSE (abrufbar unter: <http://www.sodk.ch/ueber-die-sodk/ivse/regelwerk-der-ivse>; besucht am 8. August 2019) stationäre Einrichtungen der Sonderschulung mit eigener Schule, die vorwiegend Schülerinnen und Schüler im Internat aufnehmen, dem Bereich A zugeteilt werden.

5.1 Die Leistungsabteilung für anerkannte ausserkantonale Einrichtungen erfolgt dabei mittels Kostenübernahmegarantie gemäss den Bestimmungen der IVSE. Welcher Kanton für die Leistungsabteilung einer anerkannten Einrichtung aufkommen muss, regeln insbesondere Art. 5 IVSE und die Art. 19 ff. IVSE. Die IVSE knüpft zur Bestimmung der Zuständigkeit der Leistungsabteilung an den Wohnsitz der zu betreuenden Person an. Gemäss Art. 26

IVSE i.V.m. Art. 11 Abs. 1 Bst. a und b IVSE holt die Verbindungsstelle desjenigen Kantons, in welchem die Einrichtung ihren Standort hat (Standortkanton; vgl. Art. 4 Bst. e IVSE), vor dem Eintritt der zu betreuenden Person bei der Verbindungsstelle desjenigen Kantons, in welchem die zu betreuende Person ihren zivilrechtlichen Wohnsitz hat (Wohnkanton; vgl. Art. 4 Bst. d IVSE), die Kostenübernahmegarantie ein (Art. 11 Abs. 1 Bst. a und b, Art. 26 Abs. 1 IVSE). Der Wohnkanton sichert der Einrichtung des Standortkantons mittels der Kostenübernahmegarantie die Leistungsabgeltung zu Gunsten der Person für die zu garantierende Periode zu (Art. 19 Abs. 1 IVSE).

5.2 Zur Ermittlung des Wohnsitzkantons eines minderjährigen Kindes ist im nationalen Verhältnis Art. 25 ZGB massgebend. Gemäss Art. 25 Abs. 1 ZGB gilt als Wohnsitz des Kindes unter elterlicher Sorge der Wohnsitz der Eltern oder, wenn die Eltern keinen gemeinsamen Wohnsitz haben, der Wohnsitz des Elternteils, unter dessen Obhut das Kind steht; in den übrigen Fällen gilt sein Aufenthaltsort als Wohnsitz. Keiner der Elternteile des Beschwerdeführers I hat einen Wohnsitz in der Schweiz, dementsprechend kann auch kein Wohnsitz in der Schweiz von einem Elternteil nach Art. 25 Abs. 1 ZGB abgeleitet werden. Folglich gilt der Aufenthaltsort des Beschwerdeführers I als "Wohnsitz" im Sinne der IVSE. Zum gleichen Ergebnis kommt im Übrigen auch die Vorinstanz durch die Anwendbarkeit von Art. 20 IPRG im internationalen Verhältnis (vgl. dazu E. 4.5).

5.3 Dieses Ergebnis, wonach der Aufenthaltsort des Beschwerdeführers I als sein Wohnsitz im Sinne der IVSE zu betrachten ist und dementsprechend der Aufenthaltskanton für die Kosten der Sonderschulung aufzukommen hat, gilt es jedoch auf seine Vereinbarkeit mit dem Sinn und Zweck der IVSE zu überprüfen. Das Bundesgericht hat sich dazu bereits in einem anderen Fall, welcher die Unterbringung ohne Sonderschule (Bereich A) betraf, geäussert. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung würde die Anknüpfung an den Aufenthaltsort zu einem unerwünschten systemwidrigen Ergebnis führen sowie Sinn und Zweck der IVSE zuwiderlaufen, indem der Kanton, in dem sich die Unterbringungseinrichtung befindet und der den Schutzbedürftigen damit aufnimmt, regelmässig für die Kosten des anordnenden Kantons aufzukommen hätte (vgl. dazu auch E. 4.5). Aus diesem Grund hat das Bundesgericht die Bestimmung zum Unterstützungswohnsitz minderjähriger Kinder nach dem Bundesgesetz über die Zuständigkeit für die Unterstützung Bedürftiger vom 24. Juni 1977 (Zuständigkeitsgesetz, ZUG, SR 851.1) analog angewandt (vgl. BGE 143 V 451 E. 9). Gemäss Art. 7 Abs. 1 ZUG teilt das minderjährige Kind, unabhängig von seinem Aufenthaltsort, den Unterstützungswohnsitz der Eltern oder jenes Elternteils, unter dessen elterlicher

C 8.2

Sorge es steht. Wenn die Eltern keinen gemeinsamen zivilrechtlichen Wohnsitz haben, teilt es den Unterstützungswohnsitz jenes Elternteils, bei dem es wohnt (Abs. 2). Zudem hat es einen eigenen Unterstützungswohnsitz am letzten Unterstützungswohnsitz nach den Abs. 1 und 2, wenn es dauernd nicht bei den Eltern oder einem Elternteil wohnt (Abs. 3 Bst. c).

5.3.1 Da es sich beim geplanten Aufenthalt des Beschwerdeführers I im Jugendheim B. (sowie beim Schulinternat Q.) ebenfalls um Einrichtungen des Bereiches A handelt (vgl. E. 5) und die Anknüpfung an den Aufenthaltsort auch im vorliegenden Fall dem Sinn und Zweck der IVSE widersprechen würde, ist die erwähnte bundesgerichtliche Rechtsprechung auch auf den vorliegenden Fall analog anwendbar. Da die Eltern des Beschwerdeführers I keinen gemeinsamen Wohnsitz haben und der Beschwerdeführer I zuletzt in der Gemeinde Arth bei seiner Mutter lebte, bleibt dieser Wohnsitz für die Bestimmung des Wohnsitzkantons im Sinne der IVSE bestehen. Folglich ist gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung für die Bestimmung des Wohnsitzkantons nicht an den Aufenthaltsort des Beschwerdeführers I, sondern an seinen letzten Wohnsitz in der Schweiz anzuknüpfen. Dementsprechend ist der Kanton Schwyz als Wohnsitzkanton im Sinne der IVSE zu betrachten.

5.3.2 Auch unter Berücksichtigung von Art. 5 IVSE, welcher eine Ausnahme vom Grundsatz der Anknüpfung an den Wohnsitz vorsieht, gelangt man zum gleichen Ergebnis. Gemäss Art. 5 Abs. 2 IVSE hat derjenige Kanton die Kostenübernahmegarantie für die Vergütungen von Leistungen der externen Sonderschulung zu leisten, in dem sich der Schüler oder die Schülerin aufhält. Nur in diesem einen Fall lässt die IVSE die Anknüpfung an den Aufenthaltsort zu. Dies gilt jedoch nur für eine externe Sonderschule ohne gleichzeitige Unterbringung. Für den Aufenthalt und Schulbesuch in stationären Einrichtungen mit eigener Schule gilt wiederum der generelle IVSE-Grundsatz der Wohnsitzanknüpfung. Da das Jugendheim B. eine geschlossene Einrichtung mit eigener Schule ist, ist vorliegend auch gemäss Art. 5 Abs. IVSE an den Wohnsitz anzuknüpfen und explizit nicht an den Aufenthaltsort. Gleiches gälte im Übrigen für das Schulinternat Q. In diesem Sinne wäre es widersprüchlich, den Wohnsitz in der Schweiz vom Aufenthaltsort gemäss Art. 25 Abs. 1 ZGB abzuleiten. Auch aus diesem Grund ist die vorgängig erwähnte bundesgerichtliche Rechtsprechung auf den vorliegenden Sachverhalt anwendbar und dementsprechend an den letzten Wohnsitz anzuknüpfen. Demgemäss hat der Kanton Schwyz die Kostenübernahmegarantie zu leisten.

6.1 Zusammenfassend ist festzuhalten, dass nach den vorgängigen Erwägungen der Kanton Schwyz bzw. die Vorinstanz zur Anordnung der Sonderbeschulung und der Kostenübernahmegarantie zuständig ist (vgl. E. 4.2 ff.). Die Beschwerde ist somit gutzuheissen und die Sache zu entsprechendem Entscheid an die Vorinstanz zurückzuweisen. Ihrer Vernehmlassung lässt sich im Übrigen denn auch entnehmen, dass sie die Sonderschulbedürftigkeit des Beschwerdeführers I bereits geprüft hat und die Notwendigkeit der Sonderbeschulung an sich nicht in Frage stellt.

6.2. Wie bereits in E. 4.5 ausgeführt, geht der Regierungsrat davon aus, dass die KESB A. eine möglichst baldige Zuständigkeitsübertragung nach Tschechien anstrebt; dies mit Blick auf die Ausführungen zum Schwerpunkt der Bindungen und zur fehlenden Freiwilligkeit des Verbleibs in der Schweiz sowie in Anbetracht der lediglich bestehenden Eilzuständigkeit. Ebenso wird vor diesem Hintergrund möglichst zeitnah zu prüfen sein, ob und inwieweit sich der Entzug des Aufenthaltsbestimmungsrechts der Mutter weiterhin rechtfertigt. Dies gilt insbesondere auch angesichts des Umstands, dass der Beschwerdeführer I in jüngster Zeit offenbar mehrere Ferienwochen in Tschechien bei seiner Mutter und seinen Brüdern verbrachte bzw. verbringen durfte und sich entsprechend grundsätzlich die Frage der weiteren Schutzbedürftigkeit in der Schweiz stellt. In Anbetracht seines fortgeschrittenen Kindesalters wird zudem auch seinem eigenen Willen zunehmend Bedeutung zuzumessen sein und es erscheint tatsächlich fraglich, ob sich ein Verhindern des Familienzusammenschlusses in Tschechien weiterhin rechtfertigen lässt. Dies gilt umso mehr, als die sich überschlagenden Ereignisse der letzten drei Monate offenbar just dann erfolgten, als sich herausstellte, dass der Beschwerdeführer I die nächsten Schulferien nicht in Tschechien verbringen darf. In den Akten der Beschwerdeführerin II finden sich denn auch diverse Äusserungen und Hinweise darauf, dass der Beschwerdeführer I unbedingt und schnellstmöglich zu seiner Familie nach Tschechien ziehen möchte. Schliesslich rechtfertigt auch die in der Schweiz lediglich bestehende Eilzuständigkeit eine entsprechende und zeitnahe Überprüfung.

6.3 Diese Überlegungen gelten im Übrigen auch für die Sonderbeschulung in der Schweiz an sich; auch diese erscheint dem Regierungsrat unter den aktuellen Gegebenheiten auf längere Dauer nicht mehr im Interesse des Beschwerdeführers I zu sein. Die Anordnung der weiteren Sonderbeschulung bzw. die entsprechende Kostengutsprache ist dementsprechend einstweilen bis Ende Jahr zu befristen.

C 16.1

Nötigenfalls hat die Vorinstanz alsdann rechtzeitig eine erneute Beurteilung – unter Berücksichtigung der dannzumal gegebenenfalls (noch) geltenden Kinderschutzmassnahmen – vorzunehmen.

(RRB Nr. 558 vom 20. August 2019).

16. Verwaltungsverfahren

16.1 Informationsschreiben als Verfügung

Siehe EGV-SZ 2019, C. 2.8

D Rekurskommission der Römisch-katholischen Kantonalkirche

1. Beschwerdelegitimation und Unzulässigkeit des Referendumsrückzuges

- *Beschwerdelegitimation von Stimmbürgern der Römisch-katholischen Kantonalkirche (Erw. 3.2).*
- *Schutzwürdiges Interesse einer Kirchgemeinde zur Anfechtung des Beitrittes zur Römisch-Katholischen Zentralkonferenz (RKZ) aufgrund der finanziellen Folgen (Erw. 3.3).*
- *Bestimmung der Beschwerdefrist und deren Einhaltung, wenn vorab in der Presse über das gerügte Vorgehen informiert wurde, bevor es sich realisiert hat (Erw. 5).*
- *Keine Rechtsmissbräuchlichkeit der Beschwerde, wenn der Beschwerdeführer das Referendum nicht selber ergriffen hat und die Feststellung des Rückzuges des Referendums eines andern angefochten wird (Erw. 6).*
- *Interne Zuständigkeit der Kirchenräte für das Ergreifen des Referendums (Erw. 7).*
- *Unzulässigkeit des Rückzuges eines Referendums. Lückenhafte Regelung im Recht der Römisch-katholischen Kantonalkirche, Art der Lückenfüllung (modo legislatoris) und deren Ergebnis (Erw. 8).*

Aus den Erwägungen:

3.1 Die Beschwerdelegitimation der drei Beschwerdeführer wird in der Folge gesondert betrachtet. Bei den Beschwerdeführern handelt es sich neben der Röm.-kath. Kirchgemeinde X. _____ um zwei stimmberechtigte Privatpersonen.

3.2.1 Nach § 38 lit. a RPfIG sind Parteien und beiladungsberechtigte Dritte des vorinstanzlichen Verfahrens, die an der Aufhebung oder Änderung einer Verfügung oder eines Entscheides ein eigenes, unmittelbares, schützenswertes Interesse dartun, zur Einreichung eines Rechtsmittels befugt. Zur Stimmrechtsbeschwerde gemäss Wahl- und Abstimmungsgesetz (WAG) sind die Stimmberechtigten sowie die betroffenen Kirchgemeindebehörden und andere Personen, die ein rechtlich geschütztes Interesse daran haben, legitimiert (§ 57 WAG). Zur Beschwerde gegen Unregelmässigkeiten bei der Vorbereitung und Durchführung einer Sachabstimmung

D

muss nach § 55 Abs. 1 WAG ein schützenswertes Interesse nachgewiesen werden. Allein die Tatsache, dass ein Stimmberechtigter Beschwerde führt, weist in der Regel ein begründetes Interesse an der Wahrung des objektiven Rechts aus, weshalb bereits deshalb von einem minimalen schützenswerten Interesse auszugehen ist (vgl. Patrick Schönbächler, Das Verfahren der Gemeindeversammlung im Kanton Schwyz, 2. A. 2001, Ziff. 85 f.).

3.2.2 Die Beschwerdeführer 2 und 3 führen persönlich Beschwerde (act. 1). Der Beschwerdegegner anerkennt in seiner Beschwerdeantwort, die Beschwerdeführer 2 und 3 seien zur Erhebung einer Stimmrechtsbeschwerde grundsätzlich legitimiert und es sei unerheblich, dass sie in ihrer Eigenschaft als Stimmberechtigte die Ergreifung des Referendums nicht verlangt hätten (act. 4 zu Ziffer 3.III). Bei den Beschwerdeführern 2 und 3 handelt es sich um Mitglieder der Römisch-katholischen Kantonalkirche Schwyz und als solche um Stimmberechtigte in kantonalkirchlichen Angelegenheiten. Ein genügendes Interesse liegt somit vor. Die Beschwerdelergitimation der Beschwerdeführer 2 und 3 ist zu bejahen.

3.3.1 Gemäss Beschwerdeschrift habe die Kirchengemeinde X (Beschwerdeführerin 1) ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung des angefochtenen Beschlusses, da ohne Referendum der Beitritt zur Römisch-katholischen Zentralkonferenz (RKZ) zustande gekommen sei, was für die Beschwerdeführerin 1 mit erheblichen finanziellen Auswirkungen verbunden sei (act. 1 unter III.2).

Der Beschwerdegegner bestreitet das schutzwürdige Interesse der Beschwerdeführerin 1 und führt aus, gemäss seinen Berechnungen ergäbe sich mit dem Beitritt zur RKZ ein Mehraufwand von Fr. 13'325.00 für die Beschwerdeführerin 1, was als unerheblich zu gelten habe, da die Beschwerdeführerin 1 über ein beträchtliches Eigenkapital verfüge und sich eine grosszügige Ausgabenpolitik erlaube. Zudem hätten die Katholiken im Kanton Schwyz im interkantonalen Vergleich den tiefsten Betrag an die Kantonalkirche zu leisten. Die finanziellen Auswirkungen eines RKZ-Beitritts seien der Beschwerdeführerin 1 seit geraumer Zeit bekannt gewesen, was mit einem Auszug aus dem Bericht und Antrag des B. _____ an den P. _____ belegt sei. Der B. _____ habe die finanziellen Folgen des RKZ-Beitritts von Anfang an offengelegt. Die Beschwerdeführerin 1 habe sich in der Vergangenheit als Befürworterin eines Beitritts dargestellt (act. 4 zu Ziffer III.2).

Die Beschwerdeführerin 1 entgegnet darauf, die Kosten im Zusammenhang mit dem RKZ-Beitritt würden zum Normaufwand zählen, weshalb die

Finanzausgleichsgeber stärker belastet würden. Auch könne man die tatsächlichen Auswirkungen auf den Normaufwand erst in zwei Jahren vollständig erkennen. Die Beschwerdeführerin 1, als Gebergemeinde innerhalb des kantonalen Finanzausgleiches, würde durch den Beitritt stärker belastet und die Nehmergemeinden quersubventionieren (act. 6 Ad III. Materielles, zu Ziffer III.2; Stellungnahme bzw. Beschwerdereplik).

Der Beschwerdegegner anerkennt, dass in Bezug auf den Finanzausgleich noch nicht alle Berechnungsgrundlagen vorlägen, weshalb eine Kostendarstellung für jede einzelne Kirchgemeinde nicht möglich sei. Die Beschwerdeführerin 1 sei zudem mit ihrer grosszügigen Ausgabenpolitik ebenfalls dafür verantwortlich, dass der Bedarf an Finanzausgleich für die finanzschwachen Kirchgemeinden ansteige (act. 8 zu Ziffer III.2, 1. Absatz; Stellungnahme bzw. Beschwerdeduplik).

3.3.2 Zur Einreichung einer Beschwerde, ausserhalb einer Stimmrechtsbeschwerde, ist berechtigt, wer Partei oder beiladungsberechtigter Dritter des vorinstanzlichen Verfahrens ist bzw. war und an der Aufhebung oder Änderung einer Verfügung oder eines Entscheides ein eigenes, unmittelbares und schützenswertes Interesse darlegt. Die Rechtsmittelbefugnis nach schwyzerischem kantonalem Recht gemäss § 37 lit. a VRP SZ entspricht weitgehend auch dem Inhalt der bundesrechtlichen Regelung. Unter schutzwürdig versteht man demnach jedes praktische oder rechtliche Interesse, welches eine von der Verfügung betroffene Person an deren Änderung oder Aufhebung geltend machen kann. Ein schutzwürdiges Interesse besteht somit im praktischen Nutzen, den die Gutheissung der Beschwerde dem Betroffenen verschaffen würde, oder im Umstand, einen Nachteil wirtschaftlicher, ideeller, materieller oder anderweitiger Natur zu vermeiden, welchen der angefochtene Entscheid mit sich bringen würde (EGV-SZ 2006, B. 7.1, E. 2.3.3).

3.3.3 Mit dem RKZ-Beitritt sind für die Beschwerdeführerin 1 finanzielle Aufwendungen verbunden, die anerkanntermassen für 2018 mindestens bei Fr. 13'325.00 gelegen hätten, sich aber durch die erwähnten Unklarheiten in Verbindung mit dem Kantonalen Finanzausgleich noch steigern dürften. Damit ist ein schützenswertes Interesse dargelegt und die Rechtsmittelbefugnis gemäss § 38 RPfIG zu bejahen. Demgegenüber spielen ein hohes Eigenkapital und die Aufklärungsarbeiten durch den Beschwerdegegner in der Vergangenheit bezüglich der finanziellen Folgen eines RKZ-Beitritts keine entscheidende Rolle.

4.1 (...)

D

4.3.2 Die Beschwerde der Beschwerdeführerin 1 richtet sich gegen denselben Beschluss. Mit der Abzitrung der Abstimmung würde das Verfahren abgeschlossen. Auch diese Beschwerde ist somit zulässig.

5.1 Bezüglich der Beschwerdefrist, führen die Beschwerdeführer aus, das Rechtsmittel sei innert Frist erfolgt (act. 1).

In ihrer Beschwerdeantwort legt der Beschwerdegegner dar, die Rechtsmittelbelehrung im Beschluss KVS 17-2018 vom 27. September 2018 (BA 1) enthalte die ordentliche Beschwerdefrist von 20 Tagen. Er führt aber auch aus, dass für die Beschwerdeführer 2 und 3, als nicht beteiligte Parteien, nicht die 20-tägige Beschwerdefrist aus § 47 Abs. 1 RPfIG gelten könne, sondern die 10-tägige Frist gemäss § 47 Abs. 2 RPfIG für eine Stimmrechtsbeschwerde anwendbar sei. Die Beschwerde halte, so der Beschwerdegegner, unter den in act. 4, zu Ziffer IV.4 erläuterten Umständen auch diese 10-tägige Frist ein (Act. 4 zu Ziffer III.1). Dort wird allerdings ausgeführt, die Beschwerdeführer hätten bereits spätestens Ende August, durch die Medienmitteilung des B._____ vom 20. August 2018 (BA 17) gewusst, dass seitens des Beschwerdegegners von der Zulässigkeit des Rückzuges eines Referendums ausgegangen würde und sie hätten die Stimmrechtsbeschwerde bereits damals einreichen müssen, weshalb die Beschwerde verspätet erfolgt sei und unter dem Titel Stimmrechtsbeschwerde nicht auf die Beschwerde eingetreten werden könne. Auch gegen das Schreiben vom 13. September 2018 (BA 20) sei kein Einwand erfolgt (act. 4 zu Ziffer IV.4 S. 11).

Die Beschwerdeführer bestreiten, die Beschwerde sei verspätet erfolgt. Die Angelegenheit sei erst aktuell geworden, als die Kirchgemeinde K1_____ ihr Referendum zurückzog und der B._____ dies als zulässig erachtete. Man unterbreite der Rekursinstanz schliesslich keine theoretischen Fragen (act. 6 zu Ziffer IV.4).

Daraufhin entgegnete der Beschwerdegegner in seiner Beschwerdeduplik, die Beschwerdeführer hätten vor dem Rückzug des Referendums nicht opponiert und es sei auch keine theoretische Frage gewesen, sondern es sei konkret angeführt worden (act. 8 zu Ziffer IV.4, 3. Absatz).

5.2 Eine 20-tägige Beschwerdefrist gilt nach § 47 Abs. 1 RPfIG, sofern nicht andere Erlasse eine abweichende Frist vorschreiben. Gemäss § 47 Abs. 2 RPfIG beträgt die Beschwerdefrist für Beschwerden gegen Wahlen und Sachabstimmungen des Volkes in der Kantonalkirche und in den Kirchgemeinden sowie gegen Kirchgemeindeversammlungsbeschlüsse 10 Tage. Gemäss § 55 Abs. 2 WAG beträgt die Frist für Beschwerden gegen Verletzungen des Stimmrechts oder Unregelmässigkeiten

ten bei der Vorbereitung oder Durchführung von Volkswahlen in den Kirchgemeinden und von Sachabstimmungen des Volkes ebenfalls 10 Tage. Die Beschwerdefrist wird in Bezug auf Vorbereitungshandlungen mit der Zustellung der Verfügung, wenn eine solche Anfechtungsgegenstand ist, sonst mit der Entdeckung des Beschwerdegrundes, spätestens aber mit dem Versammlungs-, Wahl- oder Abstimmungstag eröffnet. Als Vorbereitungshandlungen sind unter anderem Beschlüsse über die Durchführung einer Abstimmung, über die Ungültigkeit einer Initiative oder über die Formulierung der Abstimmungsfrage und auch nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung auch amtliche Erläuterungen zu Volksabstimmungen zu qualifizieren (BGE 110 Ia 176). Der Begriff darf nicht eng ausgelegt werden. Im Zusammenhang mit Vorbereitungshandlungen, sind jene Mängel zu rügen, welche bereits vor dem Termin des Urnengangs erkennbar sind. Als Beispiele, die sofort und nicht erst mit dem Urnengang gerügt werden sollen, sind etwa Beeinflussungen in der amtlichen Botschaft, die Formulierung der Abstimmungsfrage und die Organisation des Wahlverfahrens zu verstehen (Hiller, Die Stimmrechtsbeschwerde, Zürich 1990, S. 325 ff. auch für weitere Beispiele). Die Rügen betreffend Vorbereitungshandlungen richten sich zusammengefasst gegen den Wahl- oder Abstimmungsmodus, gegen das Stimmmaterial samt der amtlichen Botschaft oder gegen behördliche Propaganda (Hiller, a.a.O., S. 327). Es gilt der Grundsatz, wonach die ungehinderte Ausübung des Stimm- und Wahlrechts eine unabdingbare Grundlage des demokratischen Staates darstellt, weshalb die Rechte der Bürger diesbezüglich genau zu beachten sind und im Zweifel eher auf die grosszügigere Lösung abgestellt werden soll (Hiller, a.a.O., S. 329).

5.3 Um feststellen zu können, ob die Beschwerde fristgerecht erfolgte ist zunächst das fristauslösende Ereignis zu bestimmen. Die Beschwerdeführer 2 und 3 berufen sich dabei auf den Beschluss vom 27. September 2018 (BA 1), während der Beschwerdegegner als fristauslösendes Ereignis die Medienmitteilung vom 20. August 2018 (BA 17) und das Schreiben vom 13. September 2018 (BA 20) ins Feld führen. Zur Beantwortung dieser Frage ist neben der Frage, ob und wann die Beschwerdeführer Kenntnis von den angeführten Mitteilungen hatten überdies von Bedeutung, ob die Beschwerdeführer überhaupt gegen diese Mitteilungen Beschwerde erheben mussten bzw. ob diese als Vorbereitungshandlungen zu qualifizieren sind.

Die Kompetenzen des B. _____ hinsichtlich Wahlen- und Abstimmungen, wurden vom Gesetzgeber festgelegt und umfassen die Festlegung der Abstimmungsdaten (§ 8 Abs. 2 WAG), die Ankündigung des Urnenganges

D

(§ 11 Abs. 1 WAG), das Beschaffen der Drucksachen für die Abstimmungen (§ 12 Abs. 1 WAG), das Abgeben des Wahlprotokollformulars (§ 28 WAG) und gegebenenfalls eine Wahlergebnisprüfung (§ 53 Abs. 1 WAG). Betrachtet man den Inhalt der Medienmitteilung vom 20. August 2018 (BA 17) und dem Schreiben vom 13. September 2018 (BA 20), wird vorab über das Zustandekommen des Referendums informiert, und dass der B._____ das weitere Vorgehen, insbesondere den Abstimmungstermin bestimmen werde (BA 17) und andererseits wurde der Abstimmungstermin festgelegt und über das Prozedere für den Ablauf der Abstimmung informiert (BA 20). Eher nebenbei wird auch die Möglichkeit des Referendumsrückzuges erwähnt. Die Beschwerdeführer behaupten sinngemäss, keine Beschwerde gegen diese Mitteilungen erhoben zu haben, da sie kein aktuelles Interesse an der Angelegenheit bzw. der Beantwortung der Frage, ob ein Referendumsrückzug möglich sei, hatten. Ein aktuelles Interesse habe sich erst mit der Mitteilung des Beschlusses vom 27. September 2018 (BA 1) bzw. der Mitteilung, dass aufgrund eines Referendumsrückzuges, kein Referendum zustande kam, ergeben. Mit anderen Worten, erkannten sie erst mit dem hier angefochtenen Beschluss ein Anfechtungsobjekt, gegen welches sie anschliessend Beschwerde erhoben. Ob die erwähnten Mitteilungen überhaupt als Beschwerdeobjekte im Sinne von Vorbereitungshandlungen taugen, erscheint ebenfalls offen. Überdies sind auch die Umstände nicht erstellt, ob und wann die drei Beschwerdeführer Kenntnis von den genannten Mitteilungen (BA 17 und BA 20) hatten. Es ergibt sich aus den genannten Umständen, dass die Beschwerdeführer nicht davon ausgehen mussten, dass der Verzicht auf eine Beschwerde gegen die Mitteilungen vom 20. August 2018 bzw. 13. September 2018 einen Rechtsverlust bewirken würde. Dazu passt, dass eine Rechtsmittelbelehrung, welche gegebenenfalls auf den Charakter als Anfechtungsobjekt hätte hinweisen können, erst in der Mitteilung des Beschlusses vom 27. September 2018 enthalten war. Eine einschränkende Handhabung würde denn auch dem Sinn und Zweck der Stimmrechtsbeschwerde, nämlich gerade der Wahrung der demokratischen Rechte, entgegenlaufen. Schlussendlich wird in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ein aktuelles praktisches Interesse vorausgesetzt (BGE 104 Ia 226, E. 1b). Dieses hat sich mit dem Rückzug durch die Kirchgemeinde K1_____ realisiert. Somit erfolgten die Beschwerden rechtzeitig. Die Beschwerdeführer 2 und 3 halten die 10-tägige Frist ein, die Beschwerdeführerin 1 respektiert zumindest die 20-tägige Frist und aufgrund des Ausgeführten hat sie auch eine allfällige 10-tägige Frist eingehalten.

6.1 Der Beschwerdegegner macht sodann in seiner Beschwerdeantwort geltend, die Beschwerdeführerin 1 verstosse gegen den Grundsatz von Treu und Glauben, indem sie nachträglich auf ein Referendum über den Beitritt zur Römisch-katholischen Zentralkonferenz bestehe, obwohl sie sich zuvor gegen ein solches entschieden habe, wie Y._____ per E-Mail am 14.6.2018 (BA 13) mitgeteilt habe. Sie hätten damit ein "venire contra factum proprium" begangen, was als Zuwiderhandlung gegen das eigene frühere Verhalten nicht schutzwürdig sei (act. 4 zu Ziffer III.2). In ihrer Stellungnahme bestätigen die Beschwerdeführer, sie seien nicht per se gegen einen Beitritt zur Römisch-katholischen Zentralkonferenz, es ginge ihnen bei der Beschwerde aber darum, ob ein Referendum zurückgezogen werden könne und letzten Endes die Stimmbevölkerung über den Beitritt bestimme oder der Kantonskirchenrat. Ein Verstoss gegen Treu und Glauben wird deshalb bestritten (act. 6 ad zu Ziffer III.2).

6.2 Gemäss dem Gebot "venire contra factum proprium" verdient derjenige keinen Rechtsschutz, der sich widersprüchlich oder missbräuchlich verhält oder die Gegenseite täuscht. Es muss also ein Widerspruch im angesprochenen Verhalten vorliegen das gegen Treu und Glauben verstösst und daher die Ungültigkeit der Rechtsausübung, die Verwirkung des Anspruchs, nach sich zieht (Entscheid des Bundesgerichts 2C_334/2014 vom 09.07.2015 E. 2.5.1 f; BGE 86 II 417 E. 2c).

6.3 Der Beschwerdegegner wirft der Beschwerdeführerin 1 vor, sie habe auf das Referendum verzichtet, was ihm per E-Mail mitgeteilt worden sei, und bestehe nun nachträglich auf einer solchen Abstimmung. Tatsächlich geht es in der vorliegenden Beschwerde um die Zulässigkeit des nachträglichen Rückzuges eines von anderen Kirchgemeinden ergriffenen Referendums. Die Situation ist eine andere als beim Entscheid vor dem Zustandekommen des Referendums, das Referendum persönlich zu ergreifen oder nicht und es geht um andere Fragen. Das Verhalten der Beschwerdeführerin 1 steht somit in keinem genügenden Zusammenhang mit der eingereichten Beschwerde und damit verhält sie sich nicht widersprüchlich. Es kann unter dem Aspekt des Rechtsmissbrauches dem, der auf das Referendum verzichtet, nicht verwehrt sein, Beschwerde gegen die Zulässigkeit des Rückzuges eines Referendums zu erheben. Der B._____ hat der Ankündigung zur Ergreifung des Referendums der Römisch-katholischen Kirchgemeinde K3_____ per E-Mail abgesehen davon ebenfalls keine Rechtswirkung zugestanden.

7.1 Der Beschwerdegegner führt weiter aus, die Kirchenräte K4_____ und K5_____ hätten gemäss ihren Kirchgemeindestatuten

D

keine Kompetenz zur Ergreifung eines Referendums gehabt. Folglich hätten diese das Referendum nicht rechtsgültig ergriffen. Dennoch sei zur Vermeidung eines Verfahrens vor der Rekurskommission das Vorgehen der besagten Kirchgemeinden für zulässig erklärt worden (BA 17). Unter den jetzigen Vorzeichen sei es aber angebracht festzustellen, dass diese Kirchgemeinden das Referendum nicht gültig ergriffen hätten. Die Folge davon sei, dass nur noch drei Kirchgemeinden das Referendum rechtsgültig ergriffen hätten und somit auch bei einem ungültigen Referendumsrückzug durch die Kirchgemeinde K1_____ das Minimum von fünf Kirchgemeinden nicht erreicht würde (act. 4 zu Ziffer IV.2).

Die Beschwerdeführer bezeichnen das Verhalten des Beschwerdegegners als widersprüchlich, indem er auf seinen eigenen Entscheid zurückkomme und nachträglich in Frage stelle, ob die Ergreifung des Referendums durch K4___ und K5_____ rechtsgültig ergangen sei (act. 6 ad zu Ziffer IV.2). In seiner Beschwerdeduplik verweist der Beschwerdegegner auf Art. 67 BPR, demgemäss das Kantonsparlament entscheide, ob das Kantonsreferendum ergriffen wird, wenn das kantonale Recht nichts anderes bestimmt. Damit werde die Auffassung gestützt, dass nur rechtsgültige Referendumsbegehren von drei Römisch-katholischen Kirchgemeinden vorliegen und die notwendige Anzahl von fünf Kirchgemeinden nicht erreicht werde (act. 8 zu Ziffer IV.4, 1. Absatz).

7.2 Gemäss § 21 Abs. 1 RKKV beurteilt die Rekurskommission Beschwerden gegen Verfügungen, Entscheide und Zwischenentscheide des B_____ und der Kirchenräte (lit. a); Erlasse des Kantonskirchenrates (lit. b); Ergebnisse und Unregelmässigkeiten bei der Vorbereitung oder Durchführung von Volkswahlen und Sachabstimmungen des Volkes in der Kantonalkirche und in den Kirchgemeinden (lit. c); Beschlüsse der Kirchgemeindeversammlung und der Pfarreigemeindeversammlung, sofern eine Kirchgemeinde Pfarreigemeinden gemäss § 24 Abs. 2 lit. a geschaffen hat (lit. d). Zudem kann wegen Verletzung des Stimmrechts bei der Rekurskommission Beschwerde geführt werden (Abs. 2).

7.3 Nachdem keine Beschwerde gegen Referendumsbegehren einzelner Kirchgemeinden erhoben wurde, liegt diesbezüglich kein Anfechtungsgegenstand vor, den die Rekurskommission überprüfen könnte. Angefochten ist lediglich die Frage der Zulässigkeit des Rückzuges des Referendums durch die Röm.-kath. Kirchgemeinde K1_____. Die Frage hingegen, ob das richtige Organ der jeweiligen Kirchgemeinden über die Ergreifung des Referendums entschieden hat, ist nicht Anfechtungsobjekt. Die Rekurskommission hat keine generelle Aufsichtsfunktion über die Kirchgemeinden. Sie urteilt gemäss § 21 RKKV auf Beschwerde hin. Deshalb ist darauf

abzustellen, dass der Kirchenrat die Kirchgemeinde gegen aussen vertritt (§ 25 Abs. 2, erster Teilsatz KGOG).

Selbst wenn die Rekurskommission darüber zu entscheiden hätte, würde dies am Ergebnis nichts ändern. Die Kompetenz zur Referendumsergreifung stellt gemäss den jeweiligen Art. 8 der Statuten der Röm.-kath. Kirchgemeinden K4_____ und K5_____ in Verbindung mit Art. 7 Abs. 1 lit. f (K4_____) bzw. lit. e. (K5_____) und mit § 25 Abs. 2 Gesetz über die Organisation der Kirchgemeinden (KGOG), eine Auffangkompetenz zu Gunsten des Kirchenrates dar, soweit das kantonale Recht nicht etwas anderes vorsieht. Der Kirchenrat nimmt die Mitwirkungsrechte der Kirchgemeinde in kantonalkirchlichen Belangen wahr, sofern diese Kompetenz nicht der Kirchgemeindeversammlung übertragen worden ist (§ 25 Abs. 2, zweiter Teilsatz KGOG). Eine Abweichende Regelung ist den Statuten der Röm.-kath. Kirchgemeinden K4 _____ und K5_____ oder dem kantonalen Recht nicht zu entnehmen. Stattdessen findet die Auffangregelung nach § 25 Abs.2 KGOG Anwendung. Letztlich bedeutet dies, dass die Kirchenräte für das Ergreifen des Referendums zuständig waren.

8.1 Die Beschwerdeführer beantragen den Beschluss des B. _____ vom 27. September 2018 über das Nichtzustandekommen des Referendums zum Beitritt zur Römisch-katholischen Zentralkonferenz aufzuheben und das rechtsgültige Zustandekommen des Referendums festzustellen. Die Rechtsauffassung des B. _____, wonach ein eingereichtes Referendum zurückgezogen werden könne, wie durch die Kirchgemeinde K1_____ geschehen (BA 21), sei unzutreffend. Die Frage werde vom Recht der Kantonalkirche nicht geregelt, es sei deshalb in analoger Anwendung von Art. 59b BPR und der Lehre davon auszugehen, dass ein Referendum nicht zurückgezogen werden könne (act. 1 IV.4).

Der Beschwerdegegner vertritt in seiner Beschwerdeantwort die Auffassung, ein Referendumsbegehren könne bis zum Erlass des Abstimmungsdekrets noch zurückgezogen werden. Ein durch Kirchgemeinden ergriffenes Referendum sei viel eher mit einer Initiative zu vergleichen, da dort ein Initiativkomitee und somit wie vorliegend, ebenfalls eine begrenzte Zahl von Personen zu einem Rückzug berechtigt seien. Dieser Unterschied rechtfertige die Möglichkeit eines Rückzuges. Es könne nicht mit einer Regelung argumentiert werden, die für eine andere Körperschaft gelte, da dies § 85 Abs. 2 der Kantonsverfassung SZ widerspreche, welcher besagt, dass die Kantonalkirchen ihr Stimm- und Wahlrecht selbst regeln könnten. In den kantonalkirchlichen Erlassen finde sich keine Bestimmung, wonach ein Rückzug eines Referendums nicht zulässig sein solle. Es gelte der Grundsatz, dass erlaubt sei, was nicht verboten sei und somit sei der Rückzug des Referendums zulässig (act. 4 zu Ziffer IV.4).

D

Im Weiteren legt der Beschwerdegegner dar, dass die Möglichkeit eines Referendumsrückzugs bereits in der Vergangenheit, im Zusammenhang mit einer anderen Referendumsabstimmung im Jahre 2002 abgeklärt und diskutiert, jedoch nie praktiziert worden sei. Gestützt auf diese Abklärungen sei der Beschwerdegegner von der Zulässigkeit eines Referendumsrückzugs ausgegangen und habe dies auch stets so kommuniziert. Er verweist auf die Medienmitteilung vom 20. August 2018 (BA 17) und das Schreiben vom 13. September 2018 (BA 20). Dagegen sei von keiner Seite ein Einwand erfolgt (act. 4 zu Ziffer IV.4).

Gemäss den Beschwerdeführern sei das Kirchgemeindereferendum nicht mit einer Initiative zu vergleichen, sondern viel eher mit einem Kantonsreferendum, wo ein Rückzug ebenfalls nicht zulässig sei. Die hier vorliegenden Rechtslücken seien nicht mit dem zitierten Grundsatz zu füllen, sondern durch andere einschlägige Rechtsnormen, wie Art. 59b BPR und allgemeine Rechtsauffassungen (act. 6 ad zu Ziffer IV.4). In ihrer Beschwerdeduplik entgegnet der Beschwerdegegner, es bestünde keine Veranlassung, noch die Möglichkeit, auf Regelungen anderer Körperschaften zu verweisen. Ohnehin haben diese einen Referendumsrückzug jeweils ausdrücklich ausgeschlossen, weshalb sich dort auch gar nicht die Frage stellen würde (act. 8 zu Ziffer IV.4, 2. Absatz).

Gemäss dem Beschwerdegegner habe er die Verfassung der Römisch-katholischen Kantonalkirche Schwyz zu respektieren. Dazu zitiert sie § 16 Abs. 2 RKKV: "Der Kantonskirchenrat erlässt Gesetze und beschliesst über Mitgliedschaften der Kantonalkirche gemäss § 10 lit. g. Diese Gesetze und Beschlüsse unterliegen der Volksabstimmung, sofern er dies beschliesst oder eine Abstimmung innert 60 Tagen nach Publikation des Gesetzes bzw. Beschlusses von 700 Stimmberechtigten oder fünf Kirchgemeinden verlangt wird." Nachdem die Voraussetzungen für die Durchführung eines Referendums nicht oder nicht mehr erfüllt gewesen seien, habe der B._____ keine solche Abstimmung ansetzen bzw. das entsprechende Dekret dazu erlassen können (act. 8 zu Ziffer III.2, 2. Absatz).

Dass das Referendum nur durchgeführt würde, wenn nicht eine der fünf Kirchgemeinden, welche das Referendum ergriffen haben, dieses nicht noch vor dem Erlass des Abstimmungsdekrets zurückziehen sollte, sei überdies in einem breit versandten Schreiben an die Römisch-katholischen Kirchgemeinden vom 13. September 2018 (BA 20) mitgeteilt worden. Der Rückzug der Kirchgemeinde K1_____ sei vor dem Abstimmungsdekret erfolgt (act. 4 zu Ziffer IV.3).

Eine Neuansetzung der Referendumsfrist, verbunden mit einem Beschwerderückzug, wie von den Beschwerdeführern vorgeschlagen (act. 6 ad zu Ziffer IV.2), sei gemäss dem Beschwerdegegner unter Verweis auf

§ 16 Abs. 2 RKKV nicht möglich, da verfassungswidrig (act. 8 zu Ziffer IV.2).

8.2 Gemäss § 83 Abs. 2 Kantonsverfassung SZ erlassen die stimmberechtigten Mitglieder der jeweiligen Kantonalkirche je ein Organisationsstatut, welches vom Kantonsrat genehmigt wird, wenn es dem Bundesrecht und dem kantonalen Recht nicht widerspricht. Die staatskirchlichen Körperschaften haben sich nach demokratischen Grundsätzen zu organisieren und regeln das Stimm- und Wahlrecht (§ 85 Abs. 2 KV). Per 17. Oktober 2014 trat die Verfassung der Römisch-katholischen Kantonalkirche Schwyz (RKKV), gestützt auf ebendiesen § 83 Abs. 2 Kantonsverfassung SZ, in Kraft. Der Kantonskirchenrat erlässt Gesetze und beschliesst über Mitgliedschaften der Kantonalkirche gemäss § 10 lit. g. Diese Gesetze und Beschlüsse unterliegen der Volksabstimmung, sofern er dies beschliesst oder eine Abstimmung innert 60 Tagen nach Publikation des Gesetzes bzw. Beschlusses von 700 Stimmberechtigten oder fünf Kirchgemeinden verlangt wird (§ 16 Abs. 2 RKKV). In den § 46-48 WAG werden überdies die Sachabstimmungen der Kantonalkirche geregelt. Zum Rückzug eines Referendums ist nichts geregelt. Es ist zu prüfen, ob eine Lücke vorliegt.

8.2.1 Eine Gesetzeslücke ist eine planwidrige Unvollständigkeit des Gesetzes. Die Planwidrigkeit liegt vor, wenn das Gesetz nach seiner Auslegung eine Antwort schuldig bleibt, obgleich nach seinem Zweck eine Antwort geboten wäre, oder wenn dem Gesetz eine Ausnahme fehlt, obwohl es nach seinem Zweck eine Ausnahme enthalten müsste. Keine Lücke liegt hingegen vor, wenn das betreffende Gesetz eine Regelung bietet, die allerdings im Ergebnis nicht befriedigt. Es steht den Gerichten nicht zu, sachlich unbefriedigende Lösungen des Gesetzgebers zu korrigieren. Demgegenüber sind sie verpflichtet, eine planwidrige Unvollständigkeit zu beheben (BK-ZGB, Emmenegger/Tschentscher Art. 1 N. 334 f.). Ist ein lückenhaftes Gesetz zu ergänzen, gelten als Massstab die dem Gesetz selbst zugrunde liegenden Zielsetzungen und Werte. Lücken können oftmals auf dem Weg der Analogie geschlossen werden (BSK-ZGB, Honsell Art. 1 N. 29 ff.; Entscheid des Bundesgerichts 6B_171/2017 vom 15. Februar 2018 E. 3.1.1 ff.; BGE 129 V 345 E. 4.1). Der Richter ist in der Auswahl der Regel, nach der er als Gesetzgeber entscheiden würde nicht frei, sondern hat gemäss Art. 1 Abs. 3 ZGB vorzugehen, der ihm vorschreibt, der bewährten Lehre und Überlieferung zu folgen (BSK-ZGB, Honsell Art. 1 N. 29 ff.; BGE 129 V 345 E. 4.1). Lücken werden gemäss der bekannten Systematik von Art. 1 ZGB zunächst durch den Analogieschluss, sodann

D

wenn vorhanden durch Gewohnheitsrecht und letztlich durch eine Ergänzung *modo legislatoris* geschlossen (BK-ZGB, Emmenegger/Tschentscher Art. 1 N. 350 ff.). Um einen Analogieschluss vollführen zu können, müssen andere Regelungen des Gesetzgebers ausgedehnt werden, um so die bestehende Lücke zu füllen. Deshalb ist nach einer Parallelnorm in einem anderen Rechtsbereich zu suchen. Zumeist besteht dieser Vorgang darin, dass die gesetzliche Lücke aus einem bestimmten Sachbereich, mit einer Regelung aus einem anderen Sachbereich, in dem der Gesetzgeber tätig war, gefüllt wird (BK-ZGB, Emmenegger/Tschentscher Art. 1 N. 380 ff.).

8.2.2 Vorliegend handelt es sich, mangels einer auslegungstauglichen Gesetzesbestimmung, um eine planwidrige Unvollständigkeit des Gesetzes. Denn weder die gesetzlichen und verordnungsmässigen Grundlagen, noch allgemeine Rechtsgrundsätze, enthalten eine Aussage darüber, ob ein Referendumsrückzug grundsätzlich zulässig oder untersagt wäre. Auch ähnliche Regelungen, welche analog angewendet werden könnten, finden sich in diesen Grundlagen nicht. Von einem qualifizierten Schweigen, wonach das Recht der Römisch-katholischen Kantonalkirche, Fragen, die es hätte regeln können, bewusst ungeregelt liess, kann vorliegend nicht ausgegangen werden. Für eine solche Annahme fehlen jegliche Anhaltspunkte. Diese Ansicht wird von den Parteien geteilt (act. 1 IV.4 und zumindest implizit act. 4 zu Ziffer IV.4). Die Rekurskommission hat daher, mangels Gewohnheitsrecht, nach dem Kanon von Art. 1 Abs. 2 ZGB die Lücke zu füllen. Dabei erscheint es zunächst sinnvoll, Rechtsquellen innerhalb des Kantons Schwyz, welcher eine Aufsichtsfunktion hat (§ 83 Abs. 3 Kantonsverfassung SZ) und dessen Verwaltungsgericht die Rechtskontrolle über den Rechtsschutz innerhalb der Kantonalkirchen innehat, zu konsultieren, bevor die Rechtsordnung von weiteren öffentlich-rechtlichen Körperschaften, namentlich Bund, Kantone und deren Landeskirchen, in Betracht gezogen werden. Der angeführte Grundsatz, wonach alles erlaubt sei, was nicht verboten ist, gilt nach dem Gesagten nicht, sondern es wird nach der beschriebenen Methode der Lückenfüllung vorgegangen. Auch eine analoge Anwendung von Regeln der bewährten Lehre und Überlieferung zum Initiativrecht drängen sich nicht auf. Zu unterschiedlich sind diese Instrumente von Initiativrecht und Referendum (Möglichkeit des Gegenvorschlages, Form der Initiative als ausgearbeiteter Entwurf oder als allgemeine Anregung).

8.2.2.1 In der Rechtsordnung des Kanton Schwyz findet sich insbesondere im Wahl- und Abstimmungsgesetz bzw. der zugehörigen Verordnung keine einschlägige Bestimmung, die sich zur Problematik äussern würde. Auch sind aus der Rechtsprechung bisher keine ähnlich gelagerten Fälle

bekannt, die sich zu einem Referendumsrückzug äussern würden oder aus denen sonstige Erkenntnisse für hier relevante Fragen gewonnen werden könnten. Hingegen wird die Legitimität eines Referendumsrückzugs in Art. 15 des Reglements über das fakultative Referendum der Evangelisch-reformierten Kantonalkirche Schwyz geregelt. Dort wird ein Referendumsrückzug ausgeschlossen, wobei der Kanton auch über die Evangelisch-reformierte Kantonalkirche Schwyz die Oberaufsicht ausübt (§ 83 Abs. 3 Kantonsverfassung SZ).

8.2.2.2 Zu betrachten ist auch jene Situation, in welcher ein sehr überschaubarer Kreis von Personen einen Referendumsrückzug vollziehen könnte, wie dies vom Beschwerdegegner vorgebracht wurde (act. 4 zu Ziffer IV.4). Dies obwohl es keinesfalls als gegeben erscheint, ob eine kleinere oder grössere Gruppe, die eine Volksabstimmung verlangt, ein Indikator sein könnte, der für oder gegen einen Rückzug spricht. Dabei denke man auch an mögliche Beeinflussungen, die innerhalb eines beschränkten Kreises weit einfacher zu vollführen wären, als bei einer grossen Anzahl von Stimmbürgern. Nichts desto trotz wäre die vorliegende Situation am ehesten vergleichbar mit dem Gemeindereferendum, wie es einige Kantone kennen und einer bestimmten Anzahl Gemeinden innerhalb desselben Kantons die Möglichkeit bietet, eine Vorlage zur Abstimmung zu bringen (Platipodis-Bätschmann, Das Behördenreferendum in den Kantonen, Zürich 2013, S. 31). In diesem Zusammenhang ist beispielsweise der Kanton Luzern hervorzuheben, der gemäss § 25 Abs. 1 der Kantonsverfassung das Gemeindereferendum kennt. Das Referendum kann gemäss § 146d Abs. 3 des Stimmrechtsgesetzes (STRG, SRL LU 10) nicht zurückgezogen werden. Dasselbe gilt im Kanton Graubünden, welcher in seinem Gesetz über die politischen Rechte in Art. 87 Abs. 2 GPR (BR GR 150.100) den Referendumsrückzug für Gemeindereferenden ausschliesst. In Solothurn ist gemäss § 34 der Kantonsverfassung ebenfalls ein Gemeindereferendum eingerichtet. Auch dort ist ein Rückzug ausgeschlossen (§ 152 Abs. 3 GpR, BGS SO 113.111). Im Kanton Basel-Landschaft gibt es gemäss § 49 Abs. 1 lit. b der entsprechenden Kantonsverfassung ebenfalls ein Gemeindereferendum. Auch dort ist ein Rückzug ausdrücklich ausgeschlossen (§ 62 GPR-BL, SGS 120).

Eine grosse Ähnlichkeit besteht auch zum Behördenreferendum, welches einer festgeschriebenen Anzahl von Kantonsparlamentariern erlaubt, das Referendum zu ergreifen, um so dem Stimmvolk eine Referendumsvorlage zur Abstimmung vorzulegen. So beispielsweise im Kanton Obwalden, wo Erlasse und Beschlüsse, die dem fakultativen Referendum unterstehen,

D

dem Volk zur Abstimmung vorgelegt werden, wenn ein Drittel der Mitglieder des Kantonsrates dies verlangt. Ein Referendumsbegehren kann nach Obwaldner Recht nicht zurückgezogen werden (Art. 53n Abstimmungsgesetz des Kanton Obwalden).

Neben dieser Regelung zum Behördenreferendum gibt es auch weitere kantonale Bestimmungen, welche das Referendum regeln, ohne das Behördenreferendum mit einzubeziehen. So beispielsweise das Wahl- und Abstimmungsverfahrensgesetz des Kantons Uri (Art. 80 Abs. 2 WAVG UR) und das Gesetz über die politischen Rechte des Kantons Aargau (§ 46 Abs. 3 GPR AG), welche den Rückzug des Referendumsbegehrens ausschliessen. Sodann wird in Art. 7 Abs. 2 der Verordnung über das fakultative Finanzreferendum des Kanton Appenzell-Innerrhoden auch für diese Variante des Referendums der Rückzug ausgeschlossen. Im Reglement über Abstimmungen und Wahlen der Römisch-katholischen Landeskirche des Kantons Bern wird in Art. 8 Abs. 4 geregelt, dass ein Referendumsbegehren und Unterschriften zu solchen nicht zurückgezogen werden können. Art. 113 Abs. 1 lit. c des Gesetzes über die politischen Rechte des Kantons Wallis (kGPR VS) und Art. 125 Abs. 3 des Gesetzes über die politischen Rechte des Kantons Bern (PRG BE), schreiben den Hinweis auf dem Unterschriftenbogen vor, wonach das Referendumsbegehren nicht zurückgezogen werden könne.

Schliesslich ist auch auf das Bundesgesetz über die politischen Rechte (BPR, SR 161.1) zu verweisen. Dort ist in Art 59b ebenfalls vorgesehen, dass der Rückzug des Referendums nicht zulässig ist.

In der Literatur zum Bundesgesetz über die politischen Rechte wird auf die Gründe, weshalb ein Referendumsrückzug unzulässig sei, eingegangen. Demnach liege nach ordnungsgemässer Einreichung des Referendumsbegehrens, das weitere Vorgehen beim Bundesrat als Exekutive. Mit dem Übergang der Zuständigkeit zur Weiterbehandlung des Referendumsbegehrens, erlösche die Kompetenz auf Seiten derjenigen, die es eingereicht haben. Klare Verhältnisse erforderten nun, dass das Referendum auch durchgeführt würde (Winzeler, Die politischen Rechte des Aktivbürgers nach schweizerischem Bundesrecht, Basel 1983, S. 130). Anderorts wird auf die Notwendigkeit einer Bestimmung im Gesetz hingewiesen, welche den Referendumsrückzug unterbinden solle, um Missbräuchen entgegenzuwirken. Dadurch sei ausgeschlossen, dass bei einem zustandegewordenen Referendum die Vorlage der Abstimmung entzogen würde (Amstad, Das Bundesgesetz über die politischen Rechte, Referate und ausgewählte Unterlagen des Verwaltungskurses vom 14. Oktober 1977,

St. Gallen 1978, S. 95). Auf bundesstaatlicher Ebene, ist es dem Parlament untersagt, einen referendumpflichtigen Erlass zu ändern oder aufzuheben, wenn der betreffende Erlass zwar von ihm beschlossen, aber noch nicht dem Referendum unterstellt war oder dieser dem fakultativen Referendum untersteht, die Referendumsfrist aber noch läuft oder auch wenn das Referendum ergriffen wurde, die dazugehörige Volksabstimmung aber noch aussteht. Die Unterzeichner des Referendumsbegehrens dürfen keine Möglichkeit haben, ihr Begehren zurückzunehmen, weil das Feilschen der Opposition mit der politischen Mehrheit, welches auch nach Einreichung des Referendumsbegehrens fortwähren könnte, unterbunden werden soll. Aus diesem Grund ist dem Verfahren seinen Lauf zu lassen, wenn das Parlament einen referendumpflichtigen Erlass verabschiedet hat. Ausnahmen davon sind nur möglich, wenn gewichtige sachliche Gründe dafür, wie etwa das Vorliegen veränderter sachlicher Verhältnisse und die damit verbundene Zwecklosigkeit einer Volksabstimmung, vorliegen (Hangartner/Kley, Die demokratischen Rechte in Bund und Kantonen der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Zürich 2000, S. 149 f.). Zusammenfassend soll es nicht möglich sein, ein Referendum als Druckmittel zu nutzen, um auf einen Beschluss wieder zurückzukommen, nur um dieses dann gegebenenfalls wieder zurückzuziehen (Hangartner/Kley, a.a.O., S. 417).

8.2.2.3 Diverse Kantone und Landeskirchen haben in ihren Gesetzgebungen den Rückzug eines Referendumsbegehrens ausdrücklich ausgeschlossen. Hingegen findet sich keine gegenteilige Regelung, welche den Rückzug eines Referendumsbegehrens, in welcher Ausgestaltung auch immer, erlaubt. Die vom Beschwerdegegner erwähnten Abklärungen und Diskussionen aus dem Jahre 2002, wie auch die Mitteilung vom 20. August 2018 (BA 17) und das Schreiben vom 13. September 2018 (BA 20), in denen das Vorgehen betreffend Referendumsrückzug durch den Beschwerdegegner beschrieben worden sei, stellen keine Rechtsgrundlagen dar, auf welche hier abgestellt werden könnte. Es handelt sich dabei lediglich um Meinungsäusserungen, an denen das Parlament nicht beteiligt war. Der Wille des historischen Gesetzgebers kann daraus jedenfalls nicht ergründet werden.

8.3 In der Konsequenz muss im Einklang mit den zitierten kantonalen Bestimmungen und der Lehre davon ausgegangen werden, dass der Gesetzgeber die Unzulässigkeit des Rückzuges des Referendums vorgesehen hätte (siehe Erw. 8.2.1 oben).

(Entscheid vom 21. März 2019, RKE 2018/2).

Sachregister

(Die Zahlenangaben beziehen sich auf die Entscheid-Nummern)

A

Alternierende Obhut		A	2.2
Anklageprinzip	A 5.4	A	5.5
Anspruchsbeginn (siehe Ergänzungsleistungen)			
Arbeitslosenentschädigung (siehe Arbeitslosenversicherung)			
Arbeitslosenversicherung			
- Anrechnung Altersleistung aus Freizügigkeitskonto an Arbeitslosenentschädigung		B	3.2
- Arbeitslosenentschädigung bei vorzeitiger Pensionierung		B	3.1
- Einstellung in der Anspruchsberechtigung		B	3.3
- Nachweis persönlicher Arbeitsbemühungen		B	3.3
Arbeitsvergebung			
- Ausschluss		B	11.2
- Unterkriterien		B	11.1
- Unterlagen, fehlende		B	11.2
- Zuschlagskriterien		B	11.1
Assistenzbeitrag (siehe Invalidenversicherung)			
Aufsichtsbeschwerde	B 1.3	C	2.3
Ausgleichskasse		A	5.2
Ausnahmebewilligung	B. 8.1	B 8.10	C 2.9
Ausstand	A 1.1	A	5.1

B

Baurecht (siehe Planungs- und Baurecht)			
Baubewilligung			
- aufsichtsrechtliche Aufhebung einer Baubewilligung		C	2.3
- Baubewilligungspflicht eines Zauns		B	8.3
- Baubewilligungspflicht für ein Energieholzlager im Wald		B	8.4
- Baubewilligungsverfahren, nachträgliches		B	8.2
Beschwerdebefugnis (siehe Verfahren, Rechtsmittelbefugnis)			
Beschwerdefrist		D	1
Beschwerdelegitimation		D	1
Bildung			
- Dispensation vom Schulunterricht		C	8.1

- Zuständigkeit zur Anordnung von Sonderschulunterricht und entsprechende Kostentragung		C 8.2
Brandstiftung, fahrlässige		A 4.2

E

Ergänzungsleistungen		
- Anspruchsbeginn		B 2.4
- Vermögensverzicht	B 2.5	B 2.6

F

Fahrlässige Brandstiftung		A 4.2
Fahrlässige Körperverletzung		A 4.1
Fahrlässige Tötung		A 4.1
Fahruntüchtigkeit		A 4.3
Fristen (siehe Verfahren)		

G

Geburtsgebrechen (siehe Invalidenversicherung)		
Gemeindeautonomie	B 1.2	B 8.9
Grundwasserschutz		B 8.10
Gutachten (siehe Heimatschutz und Invalidenversicherung)		
Güterschätzungen		
- Bestimmung des Verkehrswertes einer Liegenschaft		B 4.1

H

Hanfpalmen		C 2.2
Heimatschutz		
- Rechtmässigkeit der Anordnung eines ENHK-Gutachtens		B 8.9

I

Invalidenversicherung		
- Berechnung des Assistenzbeitrages		B 2.2
- Geburtsgebrechen		B 2.3
- Würdigung eines Gutachtens		B 2.1

J

Justizgesetz A 1.1

K

Kausalzusammenhang A 4.1 A 4.2 A 5.6
Konkurseröffnung, Weiterziehung A 6.2
Körperverletzung, fahrlässige A 4.1
Kostenaufgabe, adäquater Kausalzusammenhang A 5.6

N

Nachträgliche Baueinsprache C 2.6
Nutzungsplanung (siehe Planungs- und Baurecht)

O

Obhut, alternierende A 2.2
Opting-out aus dem IPRG A 3.1

P

Parteientschädigung, Sicherheit A 3.2
Parteistellung im Strafverfahren A 5.2 A 5.3
Parteiwechsel (siehe Verfahren)
Planungs- und Baurecht
- Auflage, Aufnahme eines Zustandsprotokolls B 8.5
- Aufsichtsrechtliche Aufhebung einer Baubewilligung C 2.3
- Ausnahmegewilligung B 8.1
- Ausnahmegewilligung, gewässerschutzrechtliche B 8.10
- Ausnahmegewilligung, Waldabstand C 2.9
- Baubewilligungspflicht eines Zauns B 8.3
- Baubewilligung, Energieholzlager im Wald B 8.4
- Baubewilligungsverfahren, nachträgliches B 8.2
- Baukontrolle, Zweck B 8.8
- Erschliessung, Anforderung B 8.6 C 2.4 C 2.9
- Erschliessungshilfe C 2.9
- Informationsschreiben als Verfügung? C 2.8

- Koordination	C	2.1
- Nebenbaute, Autoliftnanlage	B	8.7
- Nutzungsplanung	B	8.1
- Planungszone	C	2.4
- Projektänderung, Auswirkungen	C	2.6
- Sondierbohrungen, Verfahrensart und Zulässigkeit im Gewässerraum	C	2.7
- Standortgebundenheit für Betriebsinhaber- und Personalwohnungen	C	2.5
- Unentbehrliche Wohnbauten für den Betrieb eines Landwirtschaftlichen Gewerbes	C	2.10
- Wiederherstellungsmassnahmen, Zuständigkeit	C	2.1

R

Rechtsmittel		
- Beschwerde, Konkureröffnung	A	6.2
Rechtsöffnung	A	6.1
Rechtsverweigerung (siehe Verfahren)		
Referendum, Rückzug	D	1

S

Schiedsvereinbarung	A	3.1
Schlichtungsverfahren	A 3.3	A 3.4
Schuldbetreibungs- und Konkursrecht		
- Konkureröffnung, Weiterziehung	A	6.2
- Rechtsöffnung, formelle Anforderungen	A	6.1
Schulrecht		
- Dispensation vom Schulunterricht	C	8.1
- Zuständigkeit zur Anordnung von Sonderschulunterricht und Entsprechende Kostentragung	C	8.2
Sondierbohrungen – anwendbares Bewilligungsverfahren und Zulässigkeit im Gewässerraum	C	2.7
Sozialwesen		
- Kompetenzkonflikt, negativer	B	13.1
- Leistungskürzung	C	7.1
Strafprozessrecht		
- Anklageprinzip	A 5.4	A 5.5
- Ausstand		A 5.1
- Kostenaufgabe, adäquater Kausalzusammenhang	A	5.6

- Parteistellung, Ungehorsamstatbestand	A 5.3
- Parteistellung der Ausgleichskasse	A 5.2
Strafrecht	
- Brandstiftung, fahrlässige	A 4.2
- Fahrunfähigkeit, Augenprobleme	A 4.3
- Körperverletzung, fahrlässige	A 4.1
- Tötung, fahrlässige	A 4.1
Strassenverkehrsrecht	
- Fahrunfähigkeit wegen Augenproblemen	A 4.3
Submission (siehe Arbeitsvergebung)	

T

Teilurteil im Scheidungspunkt	A 2.1
Tötung, fahrlässige	A 4.1

U

Unentgeltliche Rechtspflege im Schlichtungsverfahren	A 3.3
Unterhaltsberechnung	A 2.2

V

Verfahren	
- Beschwerdefrist	D 1
- Beschwerdelegitimation	B 1.1 D 1
- Fristwahrung (Eingabe per E-Mail)	B 1.5
- Fristwahrung (im internationalen Verhältnis)	B 1.4
- Informationsschreiben als Verfügung?	C 2.8
- Parteiwechsel	B 1.6
- Rechtsmittel (Verhältnis von ordentlicher Beschwerde und Aufsichtsbeschwerde)	B 1.3 C 2.3
- Rechtsmittelbefugnis	B 1.1 B 1.2 D 1
- Rechtsverweigerung	B 1.7
- Verfahrenskosten (bei Nichteintreten auf Beschwerde und Entgegennahme derselben als Aufsichtsbeschwerde)	B 1.3
Vermögensverzicht (siehe Ergänzungsleistungen)	

Z

Zivilprozessrecht

- Opting-out aus dem IPRG A 3.1
- Schiedsvereinbarung im internationalen Verhältnis A 3.1
- Schlichtungsverfahren, Verzicht A 3.4
- Sicherheit für Parteientschädigung A 3.2
- Unentgeltliche Rechtspflege im Schlichtungsverfahren A 3.3

Zivilrecht

- Alternierende Obhut, Unterhaltsberechnung A 2.2
- Teilurteil im Scheidungspunkt, Spruchreife A 2.1
- Zuständigkeit A 1.1

