

Rechtsprechung

kanton**schwyz** 

Entscheide 2020
der Gerichts- und
Verwaltungsbehörden

EGV-SZ 2020

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 2021

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 – 2.6
3.	Zivilprozessrecht	3.1 – 3.4
4.	Strafrecht	4.1 – 4.7
5.	Strafprozessrecht	5.1 – 5.2
6.	Schuldbetreibungs- und Konkursrecht	6.1 – 6.3

B	Verwaltungsgericht	Seite 77
1.	Verfahren	1.1 – 1.4
2.	Alters- und Hinterlassenenversicherung / Invalidenversicherung / Ergänzungsleistungen	2.1 – 2.2
3.	Arbeitslosenversicherung / Berufliche Vorsorge / Kranken- und Unfallversicherung	3.1 – 3.3
4.	Kantonales Steuergesetz / Direkte Bundessteuer	–
5.	Kausalabgaben	–
6.	FlurgenosSENSCHAFT / WuhRkorporation	6.1
7.	Bezirke und Gemeinden / Politische Rechte	–
8.	Planungs- und Baurecht / Natur-, Landschafts- und Heimatschutz	8.1 – 8.8
9.	Enteignungsrecht	–
10.	Bildung / Gastgewerbe / Gesundheit / Jagd und Fischerei / Landwirtschaft	10.1 – 10.2
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	18.1

C	Regierungsrat	Seite 187
----------	----------------------	-----------

1.	Gemeindewesen	1.1
2.	Baurecht	2.1 – 2.5
3.	Umweltschutz	3.1
4.	Abgaben	–
5.	Zivilrecht	5.1
6.	Öffentlichkeit der Verwaltung und Datenschutz	–
7.	Sozialwesen	7.1 – 7.2
8.	Bildung	8.1 – 8.2
9.	Strassenwesen	–
10.	Raumplanung	10.1
11.	Forst- und Jagdpolizei	11.1
12.	Landwirtschaft	–
13.	Wasserbau	–
14.	Arbeitsvergebung	–
15.	Gesundheitswesen	–
16.	Verwaltungsverfahren	–
17.	Verkehrs- und Polizeiwesen	17.1 – 17.2
18.	Ausländerrecht	18.1 – 18.2
19.	Verschiedenes	19.1

D	Aufsatz	Seite 260
----------	----------------	-----------

Sachregister	Seite 306
---------------------	-----------

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).

1. Justizgesetz

- 1.1 Ausstand, Zuständigkeit

2. Zivilrecht

- 2.1 Nichtigkeit/Ungültigkeit von Vereinsbeschlüssen
- 2.2 Auslegung einer Saldoklausel in einem Scheidungsurteil
- 2.3 Vaterschaftsklage, Nachweis des ausländischen Rechts
- 2.4 Beendigung der Erbschaftsverwaltung
- 2.5 Folgen eines Verstosses gegen Art. 3 Abs. 1 lit. s UWG
- 2.6 Abruf einer Bankgarantie bei Werkmängeln

3. Zivilprozessrecht

- 3.1 Anspruchsgrundlagenkonkurrenz, Kompetenzattraktion
- 3.2 Duplikergänzung nach mündlicher Hauptverhandlung
- 3.3 Protokollberichtigung
- 3.4 Anfechtbarkeit von Abschreibungsentscheiden

4. Strafrecht

- 4.1 Strafzumessung
- 4.2 Fahrlässige Körperverletzung
- 4.3 Einziehung des Gewinns
- 4.4 Strafbare Vorbereitungshandlungen
- 4.5 Handlungseinheit
- 4.6 Widerhandlung gegen das PBG, Legalitätsprinzip
- 4.7 Missachtung der Vorschriften über die Tierhaltung

5. Strafprozessrecht

- 5.1 Implizite Nichtanhandnahme
- 5.2 Kosten- und Entschädigungspflicht der Privatklägerschaft

6. Schuldbetreibungs- und Konkursrecht

- 6.1 Definitive Rechtsöffnung, Replikrecht
- 6.2 Kognitionsbefugnis des Rechtsöffnungsrichters
- 6.3 Fristwahrung beim Verlangen einer neuen Liegenschaftsschätzung

1. Verfahren

- 1.1 Fristwahrung - Beweislastumkehr
- 1.2 Beschwerdelegitimation
- 1.3 Rechtsschutzinteresse
- 1.4 Akteneinsicht

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

- 2.1 Alters- und Hinterlassenenversicherung - Beiträge
- 2.2 Ergänzungsleistungen - Wohnungskosten

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

- 3.1 Arbeitslosenversicherung - Erlöschen des Anspruches auf Arbeitslosenentschädigung
- 3.2 Berufliche Vorsorge - Gebundene Selbstvorsorge
- 3.3 Prämienverbilligung

6. Flurgenossenschaft / Wuhrkorporation

- 6.1 Flurgenossenschaft

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

- 8.1 Zonenkonformität eines Alters- und Pflegeheimes
- 8.2 Nutzungsplanung - Lärmschutz
- 8.3 Gestaltungsplanverfahren und Lärmschutznachweis
- 8.4 Abbruchbewilligung
- 8.5 Überschreitung des Grenz- und Gebäudeabstandes
- 8.6 Grenzabstand - Festlegung im Gestaltungsplanverfahren
- 8.7 Gebäudehöhe bei in der Höhe gestaffelter Baute
- 8.8 Heimatschutz - Auflagen bei Ersatzbaute

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

- 10.1 Beitrag an Schulanlage
- 10.2 Bäuerliches Bodenrecht

11. Arbeitsvergebung (Submission)

11.1 Vorbefassung

11.2 Zuschlagskriterium Preis - Preiskurve

13. Sozialhilfe

13.1 Aufenthalt in einer Kinder- und Jugendeinrichtung - Kostentragung

18. Verschiedenes

18.1 Öffentlichkeit der Verwaltung - Akteneinsicht

1. Gemeindegewesen

- 1.1 Aufsichtsbeschwerde eines Mitglieds der Einbürgerungskommission gegen den Kommissionspräsidenten, welcher dem Gemeinderat angehört sowie gegen den Gemeinderat

2. Baurecht

- 2.1 Grenzabstand für eine Holzplattform
- 2.2 Gebäudehöhe und Grenzabstand
- 2.3 Lärmschutz und Belastungsgrenzwerte
- 2.4 Ausgemittelter gewachsener Boden / Geschosszahl
- 2.5 Balkon im Gewässerraum

3. Umweltschutz

- 3.1 Sicherstellung der Kosten für eine Altlastensanierung

5. Zivilrecht

- 5.1 Bereinigung des Familiennamens

7. Sozialwesen

- 7.1 Akteneinsichtsrecht und Mitwirkungspflicht im Verfahren
- 7.2 Wirtschaftliche Hilfe

8. Bildungswesen

- 8.1 Schulversuch
- 8.2 Aufnahmeprüfung Kantonsschule

10. Raumplanung

- 10.1 Neueinzonung

11. Forst- und Jagdpolizei

- 11.1 Irrtumsabschuss

17. Verkehrs- und Polizeiwesen

- 17.1 Fahrzeugzulassung, VW-Abgasskandal
- 17.2 Verkehrsanordnung

18. Ausländerrecht

- 18.1 Unentgeltliche Rechtsverbeiständung / Rechtsschutzinteresse
- 18.2 Familiennachzug

19. Verschiedenes

- 19.1 Einsichtnahme in die Zivilstandsregister und Anfertigung von Kopien

A Zivil- und Strafgerichte¹

1. Justizgesetz

1.1 Ausstand, Zuständigkeit

- *Ein Richter kann über ein gegen ihn gerichtetes, offensichtlich unzulässiges, unbegründetes, trölerisches oder rechtsmissbräuchliches Ausstandsgesuch selber (mit)entscheiden (Erw. 4).*

Aus den Erwägungen:

4. (...). Die vom Revisionskläger zitierte Stelle in ZK2 2020 51 steht also im Zusammenhang mit der Frage der Zuständigkeitsverteilung in der ersten Instanz und ist nicht so zu verstehen, dass immer ein anderer Richter über den Ausstand entscheiden müsse, wie der Revisionskläger sinngemäss vorbringt. Vielmehr ist es so, dass über ein offensichtlich unzulässiges oder unbegründetes Gesuch auch der abgelehnte Richter entscheiden resp. unter Mitwirkung des abgelehnten Richters entschieden werden kann (vgl. nur BGE 129 III 445, E. 4.2.2; Wullschleger, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. A., 2016, N 2 zu Art. 50 ZPO; vgl. auch § 90 Abs. 2 JG: „Offensichtlich missbräuchliche Ausstandsbegehren können unter Mitwirkung der betroffenen Richter beurteilt werden“). Dies wurde selbst im Entscheid ZK2 2019 40 [= EGV-SZ 2019 A 1.1] festgehalten, auf den sich ZK2 2020 51 bezieht, indem ersterer Entscheid zunächst festhält, dass „das Gericht“ als: „eine gerichtliche Instanz ohne Mitwirkung der abgelehnten Person“ gelesen werden müsse, und sodann ergänzt: „abgesehen vom Fall eines offensichtlich unzulässigen, trölerischen oder rechtsmissbräuchlichen Gesuchs, über welches unter Mitwirkung der abgelehnten Person auf Nichteintreten erkannt werden kann“ (E. 2.a).

Damit ist es auch gemäss dem Entscheid in Sachen ZK2 2020 51 zulässig, dass ein Richter, der abgelehnt wird, über das betreffende Ausstandsgesuch selber (mit-)entscheidet, wenn es sich um ein offensichtlich

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

unzulässiges, unbegründetes, trölerisches oder rechtsmissbräuchliches Gesuch handelt (...).

(Beschluss vom 16. September 2020, BEK 2020 144).

2. Zivilrecht

2.1 Nichtigkeit/Ungültigkeit von Vereinsbeschlüssen

- *Möglichkeiten, ein dem Verein fehlendes Organ zu ersetzen (Erw. 4.a/aa).*
- *Das Kausalitätserfordernis entfällt, wenn die Gesetzes- oder Statutenverletzung einen grundlegenden Verfahrensmangel darstellt (Erw. 6.b).*
- *Besteht ein Verein nur aus wenigen Personen, ist es zulässig, dass ein Mitglied nicht physisch, sondern z.B. via Skype an der Vereinsversammlung teilnimmt, obwohl eine entsprechende Grundlage in den Statuten nicht ausdrücklich vorgesehen ist (Erw. 7.b).*

Aus den Erwägungen:

4. (...).

a) (...).

aa) Fehlt dem Verein eines der vorgeschriebenen Organe, so kann (seit dem 1. Januar 2008) ein Mitglied oder ein Gläubiger dem Gericht beantragen, die erforderlichen Massnahmen zu ergreifen (Art. 69c Abs. 1 ZGB). Diese Bestimmung findet Anwendung, wenn ein vorgeschriebenes Organ nicht bestellt wurde bzw. seine Mitglieder nicht bestimmt wurden, oder wenn es ungenügend zusammengesetzt ist (Scherrer/Brägger, a.a.O., N 2 zu Art. 69c ZGB; Heini/Portmann/Seemann, a.a.O., N 314). Gleiches gilt, wenn das vorgeschriebene Organ nicht funktionsfähig ist, was zu bejahen ist, wenn es seine Aufgaben für eine gewisse Dauer nicht erfüllen kann, weil die zuständigen Organmitglieder nicht entsprechend handeln wollen oder können (Heini/Portmann/Seemann, a.a.O., N 315).

Neben der Anrufung des Gerichts nach Art. 69c Abs. 1 ZGB besteht die Möglichkeit, dass der Verein das fehlende Organ aus eigener Kraft ersetzt. Fehlt aber der Vorstand, ist eine ordnungsgemässe Einberufung der Vereinsversammlung zum Zweck der Neuwahl erschwert. In solchen Fällen ist

A 2.1

eine Vereinsversammlung ohne regelkonforme Einberufung durchzuführen, indem sich sämtliche Vereinsmitglieder versammeln, sodass eine Universalversammlung zustande kommt. Die nach altem Recht ebenfalls in Betracht gezogene Einberufung durch ein einzelnes Vorstandsmitglied (vgl. Riemer, Berner Kommentar, a.a.O., N 54 f. Vorbemerkungen zu Art. 64-69 ZGB; BGer, Urteil 5C.209/2001 vom 12. Februar 2002 E. 1c; BGE 78 II 369 E. 3c S. 375) dürfte heute kaum mehr zulässig sein, nachdem gemäss Art. 69c ZGB das Gericht auf Antrag eines Vereinsmitglieds oder Gläubigers die Einberufung anordnen kann (Heini/Portmann/Seeemann, a.a.O., N 323). Zwar können ausnahmsweise auch einfachere, aussergerichtliche Einberufungskompetenzen zugelassen werden (z.B. durch die Revisionsstelle oder durch Organe des übergeordneten Verbandes). Dies gilt aber nur dann, wenn die Stellen der gesetzlich oder statutarisch zur Einberufung kompetenten Personen nicht oder nicht vollständig besetzt sind oder wenn diese Personen keine Einberufung vornehmen wollen, resp. im Besonderen, wenn es einzig darum geht, einen Verein, welcher keine oder nicht mehr genügende Vorstandsmitglieder mehr hat, zu ermöglichen, eine entsprechende Wahlversammlung durchzuführen, also nicht bei Kompetenz- und anderen Streitigkeiten (Riemer; Vereins- und Stiftungsrecht, a.a.O., N 19 zu Art. 64 ZGB). In den übrigen Fällen führt die Einberufung durch eine hierfür weder gesetzlich noch statutarisch kompetente Person, selbst wenn sie Vereinsorgan ist, nicht zu einer Vereinsversammlung im Rechtssinne, sondern zu einer blossen Zusammenkunft von Vereinsmitgliedern, deren „Beschlüsse“ nichtig sind (Riemer; Vereins- und Stiftungsrecht, a.a.O., N 18 zu Art. 64 ZGB). (...).

6. (...).

b) Ob eine Gesetzes- oder Statutenverletzung mit Anfechtungsklage nach Art. 75 ZGB aufzuheben ist, hängt im Wesentlichen davon ab, ob die Verletzung der Verfahrensregel einen Einfluss auf den Entscheid haben konnte oder nicht (BGE 132 III 503 E. 5.3 S. 513; BGE 114 II 193 E. 6 S. 199 = Pra 1989 Nr. 33; Scherrer/Brägger, a.a.O., N 27 zu Art. 64 ZGB und N 11 zu Art. 75 ZGB; Riemer, Vereins- und Stiftungsrecht, a.a.O., N 18 zu Art. 75 ZGB; Niggli, in: Breitschmid/Jungo, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3. A., 2016, N 8 zu Art. 75 ZGB), d.h. ob ohne die Gesetzes- oder Statutenverletzung die Entscheidung im Ergebnis anders ausgefallen wäre oder hätte ausfallen können (Riemer, Berner Kommentar, a.a.O., N 26 zu Art. 75 ZGB; Jakob, in: Bächler/Jakob, Kurzkommentar ZGB, 2. A., 2018, N 9 zu Art. 75 ZGB). Die zitierte Rechtsprechung und Literatur spricht lediglich im Zusammenhang mit „Anfechtbarkeit“ oder „Aufhebung“, nicht aber auch bei „Nichtigkeit“ vom Kausalitätserforder-

nis. Scherrer/Brägger, Jakob, Riemer und Niggli erwähnen das Kausalitätserfordernis denn auch ausdrücklich nur unter dem Titel der Anfechtungsvoraussetzungen (vgl. Scherrer/Brägger, a.a.O., N 10 ff. und 34 ff.; Jakob, a.a.O., N 9-12 zu Art. 75 ZGB; Riemer, Vereins- und Stiftungsrecht, a.a.O., N 18 und 20 f. zu Art. 75 ZGB; Niggli, a.a.O., N 8 und 11-13 zu Art. 75 ZGB). Gegenteiliges lässt sich weder der vom Beklagten zitierten Literaturstelle (Riemer, Berner Kommentar, a.a.O., N 111 zu Art. 75 ZGB, wo es um Verstösse gegen Art. 68 ZGB bzw. um den Stimmrechtsausschluss resp. nicht wie vorliegend um die Einberufung einer Vereinsversammlung durch ein unzuständiges Organ oder eine unzuständige Person geht) noch BGE 114 II 193 E. 6 S. 199 = Pra 1989 Nr. 33 entnehmen (vgl. Urteil LF160051-O/U des Obergerichts des Kantons Zürich vom 19. September 2016 E. 4.3 S. 12 f., wobei es sich beim Verweis auf BGE 114 II 33 um einen Verschrieb handeln dürfte). Ausserdem führte das Bundesgericht in BGE 137 III 460 E. 3.3 S. 467 ausdrücklich aus, dass „die Nichteinladung teilnahmeberechtigter Personen einen grundlegenden Verfahrensmangel darstellt, bei welchem das Kausalitätserfordernis fehlt am Platz ist. In der Lehre wird denn auch davon gesprochen, in einem solchen Fall liege gar keine Mitgliederversammlung im Rechtssinne vor.“ (...).

7. (...).

b) Gemäss herrschender Lehre muss die Vereinsversammlung nicht zwingend physisch durchgeführt, sondern kann auch mittels moderner Kommunikationstechnologien wie Skype oder Internet abgehalten werden, sofern eine gesetzes- und statutenkonforme Beratung möglich bleibt resp. eine einwandfreie demokratische Willensbildung und Beschlussfassung gewährleistet ist und alle Mitglieder ihre Zustimmung geben. Mit Ausnahme von Jakob und von der Crone weisen sämtliche Autoren indes ausdrücklich darauf hin, dass eine Grundlage in den Statuten erforderlich ist, wobei von der Crone zwar eine Verankerung in den Statuten einer alljährlichen Abstimmung über die Zulässigkeit der Übertragung vorzieht, hierfür aber auch einen entsprechenden Beschluss der Generalversammlung als ausreichend hält (Scherrer/Brägger, a.a.O., N 1 zu Art. 66 ZGB; Jakob, a.a.O., N 8 zu Art. 64 ZGB; Riemer, Vereins- und Stiftungsrecht, a.a.O., N 6 zu Art. 64 ZGB und N 4 zu Art. 66 ZGB; Heini/Portmann/Seemann, a.a.O., N 357; Riemer, Berner Kommentar, a.a.O., N 11 zu Art. 64 ZGB; für den besonderen Fall der AG: von der Crone, Internet-Generalversammlung, in FS Forstmoser, 2003, S. 155 ff., 161-163).

Vorliegend ist dem nicht in Abrede gestellten Umstand Rechnung zu tragen, dass der Beklagte im Zeitpunkt der Vereinsversammlung vom 5. April 2011 lediglich insgesamt fünf Vereinsmitglieder zählte, wovon

A 2.2

vier vor Ort anwesend waren und eines (L.) per Skype zugeschaltet war. Dem betreffenden Protokoll, unterzeichnet von H. sel. und I., kann entnommen werden, dass kein Vereinsmitglied gegen den Vorschlag von H. sel., die beiden Kläger als neue Vorstandsmitglieder zu wählen, opponierte, sondern einstimmig deren Wahl beschlossen. Daraus ist zu schliessen resp. kann und darf geschlossen werden, dass alle Vereinsmitglieder mit der Teilnahme von L. via Skype einverstanden waren und auch dieser seinen Willen einwandfrei kundtun konnte. Vor dem Hintergrund dieser besonderen, einfachen und klaren Verhältnisse ist die Form der Durchführung der Vereinsversammlung als ausreichend zu betrachten, obwohl in den beklaglichen Statuten eine Vereinsversammlung per Skype oder anderer moderner Kommunikationstechnologien nicht ausdrücklich vorgesehen ist. (...).

(Urteil vom 17. November 2020, ZK1 2019 38).

2.2 Auslegung einer Saldoklausel in einem Scheidungsurteil

- *Mangels Nachweises einer tatsächlichen Willensübereinstimmung ist ein gerichtlicher Vergleich nach dem Vertrauensprinzip auszulegen (Erw. 2.b).*
- *Auslegungselemente (Erw. 2.c-e).*
- *Voraussetzung für die Anwendung des Grundsatzes „in dubio contra stipulatorem“ (Erw. 2.f).*

Aus den Erwägungen:

2. a) Strittig ist die Bedeutung des Vorbehalts „Diese Saldoklausel tangiert nicht die Verpflichtung des Ehemannes aus der eheschutzrichterlichen Verfügung vom 14. April 2010“ gemäss Ziffer 10 Satz 2 des Scheidungsurteils. Die Klägerin stellt sich auf den Standpunkt, der Vorbehalt sei im Zusammenhang mit der Unterhaltsvereinbarung in Ziffer 5 der Eheschutzverfügung zu sehen, was bedeuten würde, dass dieser sich nebst dem Unterhalt und den „effektiven Kosten“ insbesondere auch auf „die der Klägerin als selbständiges Subjekt effektiv anfallenden Steuern (Gemeinde-, Bezirks-, Kantons- und Bundessteuern)“ beziehen würde. Mit anderen Worten wären diesfalls die „effektiv anfallenden Steuern“ von der Saldoerklärung in Ziffer 10 Satz 1 der Scheidungskonvention nicht erfasst. Der Beklagte geht dagegen davon aus, dass der erwähnte Vorbehalt sich ausschliesslich auf die Scheidungsvereinbarung selbst bezieht, nämlich auf deren Ziffer 5 Abs. 2, welche vorsieht, dass die Unterhaltsregelung gemäss der Eheschutzverfügung vom 14. April 2010 bis zum Ablauf von

30 Tagen ab Rechtskraft des Scheidungsurteils weiterhin gilt. Dies würde gemäss der Auffassung des Beklagten bedeuten, dass nach diesem Zeitpunkt keinerlei Unterhalt mehr geschuldet ist, namentlich hätte der Beklagte der Klägerin auch keine Steuerschulden mehr zu bezahlen.

b) Der gerichtliche Vergleich hat die Wirkung eines rechtskräftigen Entscheids (Art. 241 Abs. 2 ZPO). Mit dem Vergleichsvertrag legen die beteiligten Parteien einen Streit oder eine Ungewissheit über ein Rechtsverhältnis mit gegenseitigen Zugeständnissen bei. Das gilt auch, wenn der Vergleich eine gerichtliche Auseinandersetzung beendet (BGer, Urteil 4A_298/2014 vom 4. Dezember 2014 E. 3.2 mit weiteren Hinweisen auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung). Für das Zustandekommen und die Auslegung von Verträgen sind in erster Linie die gegenseitigen Willensäusserungen der Parteien so festzustellen, wie sie tatsächlich gemeint waren (Art. 18 Abs. 1 OR). Bleibt eine tatsächliche Willensübereinstimmung unbewiesen, sind zur Ermittlung des mutmasslichen Parteiwillens die Erklärungen der Parteien nach Massgabe des Vertrauensprinzips so auszulegen, wie sie nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamten Umständen verstanden werden durften und mussten. Dabei ist vom Wortlaut der Erklärungen auszugehen, die jedoch nicht isoliert, sondern aus ihrem konkreten Sinngefüge heraus zu beurteilen sind (BGer, Urteil 4A_482/2018 vom 7. Mai 2019 E. 2.1; BGE 138 III 659 E. 4.2.1). Vorliegend steht fest und blieb unbestritten, dass keine tatsächliche Willensübereinstimmung hinsichtlich der Bedeutung des Vorbehaltes gemäss Ziffer 10 Satz 2 der Scheidungskonvention besteht. Es ist folglich nach Massgabe des Vertrauensprinzips zu prüfen, wie der Vorbehalt verstanden werden durfte und musste.

c) (...). Der Vorbehalt spricht von den Verpflichtungen des Ehemannes „aus der eheschutzrichterlichen Verfügung vom 14. April 2010“. Ziffer 5 Abs. 2 der Scheidungskonvention stellt ebenfalls einen Bezug zur Eheschutzverfügung her. Allein aus dem Wortlaut des Vorbehalts von Ziffer 10 Satz 2 der Scheidungskonvention lässt sich nun aber nicht ableiten, ob er sich auf Ziffer 5 der Eheschutzvereinbarung oder Ziffer 5 Abs. 2 der Scheidungskonvention bezieht. Insofern stellte die Vorinstanz zu Recht fest, der Wortlaut sei nicht eindeutig. Weshalb sich aus dem Wortlaut des Vorbehalts zwingend ergeben soll, dass sich dieser auf die Eheschutzverfügung bzw. sämtliche sich darin festgehaltene Verpflichtungen bezieht, legt die Klägerin nicht plausibel dar. Der Umstand, dass auf eine Formulierung „Von dieser Saldoklausel ausgenommen ist der zweite Absatz von Ziffer 5 vorstehend“ o.ä. verzichtet wurde, ändert ebenfalls nichts daran, dass der von den Parteien schliesslich vereinbarte Wortlaut für sich genommen die Frage, worauf sich der Vorhalt bezieht, nicht zu beantworten vermag.

A 2.2

d) In systematischer Hinsicht erwog die Vorinstanz, der Vorbehalt nenne lediglich eine Verpflichtung des Ehemannes. Der Eheschutzentscheid enthalte aber unterschiedliche Verpflichtungen zulasten des Beklagten. Da der Vorbehalt nur eine Verpflichtung erwähne, ohne diese genau zu spezifizieren, müsste davon ausgegangen werden, dass damit sämtliche Verpflichtungen der Eheschutzverfügung gemeint seien. Dies ergäbe aber keinen Sinn, weil die Unterhaltspflicht gemäss Ziffer 5 der Scheidungskonvention 30 Tage nach Rechtskraft des Scheidungsurteils ende und durch den kapitalisierten Unterhalt ersetzt werde. Es sei daher naheliegend, den Vorbehalt im Zusammenhang mit Ziffer 5 der Scheidungskonvention zu sehen, welcher eine Unterhaltspflicht gemäss Eheschutzverfügung bis 30 Tage über die Rechtskraft hinaus statuiere. Ein genereller Vorbehalt unabhängig von Ziffer der Scheidungskonvention widerspreche der Vermutung der vollständigen vermögensrechtlichen Auseinandersetzung.

aa) Gemäss Art. 205 Abs. 3 ZGB regeln die Ehegatten im Rahmen der güterrechtlichen Auseinandersetzung die gegenseitigen Schulden. Unter diese Bestimmung fallen – vorbehalten bleibt der Verzicht auf eine umfassende Auseinandersetzung – sämtliche Schulden zwischen den Ehegatten ohne Rücksicht auf ihren Rechtsgrund, namentlich Schulden aus Unterhaltsanspruch nach Art. 163 und 164 ZGB (BGer, Urteil 5A_850/2016 vom 25. September 2017 E. 2.2; CHK-A. Jungo, 3. A., N 11 zu Art. 205 ZGB; BSK ZGB I-Hausheer/Aebi-Müller, 6. A., N 22 zu Art. 205 ZGB; BK-Hausheer/Reusser/Geiser, N 65 zu Art. 205 ZGB). Fest steht, dass gemäss Ziffer 5 Abs. 2 der Scheidungskonvention die Unterhaltspflicht, wie sie in der Eheschutzverfügung festgelegt wurde, 30 Tage nach Eintritt der Rechtskraft des Scheidungsurteils enden sollte. Danach soll der Lebensbedarf der Beklagten durch den als Kapitalabfindung geleisteten nahehelichen Unterhalt gedeckt werden. Ziffer 10 Satz 1 bestimmt, dass sich die Parteien mit Erfüllung der vorliegenden Konvention in güter-, vorsorge- und unterhaltsrechtlicher Sicht vollständig auseinandergesetzt erklären (Saldoklausel). Betrachtet man nur diese beiden Elemente, würde dies bedeuten, dass der Beklagte nach Bezahlung des eheschutzrechtlichen Unterhalts und des nahehelichen Unterhalts in Form der Kapitalleistung der Beklagten unter dem Titeln Unterhalt, Güterrecht und Vorsorge nichts mehr schuldet, und zwar auch dann nicht, wenn im Nachhinein noch Forderungen geltend gemacht werden, welche der Beklagte unter dem Titel des eheschutzrechtlichen Unterhalts zu bezahlen gehabt hätte. Wäre dies die Meinung der Parteien gewesen, würde sich der zusätzliche Vorbehalt von Ziffer 2 Satz 2 zugunsten des eheschutzrechtlichen Unterhalts bis 30 Tage nach Rechtskraft der Scheidung erübrigen. Wie die Klägerin aber zutreffend vorbringt, folgt der Vorbehalt unmittelbar im Anschluss an die

Saldoerklärung unter derselben Ziffer. Aufgrund der systematischen Stellung erscheint es naheliegend, dass der Vorbehalt als Ausnahme zur Saldoklausel zu sehen ist und nicht eine blosser Wiederholung des Inhalts von Ziffer 5 Abs. 2 der Scheidungskonvention, welcher ohnehin schon besagt, dass der eheschutzrechtliche Unterhalt bis 30 Tage nach Rechtskraft des Scheidungsurteils gelten soll. Vor dem Hintergrund von Art. 205 Abs. 3 ZGB, wonach Schulden aus Unterhaltsanspruch im Rahmen der güterrechtlichen Auseinandersetzung geregelt werden, ergibt der Vorbehalt nur dann einen Sinn, wenn er als Ausnahme zur Saldoklausel verstanden wird, sprich allfällige noch unbezahlte Schulden aus der Eheschutzverfügung von der Saldoklausel nicht erfasst werden.

bb) Damit ist jedoch noch nicht geklärt, in welchem Umfang allfällige Schulden aus der Eheschutzverfügung von der Saldoklausel ausgenommen sind. Die Klägerin ist der Auffassung, dass die gesamte Eheschutzverfügung und damit sämtliche Verpflichtungen aus der eheschutzrichterlichen Verfügung gemeint seien. Der Beklagte hält dafür, dass, wenn dem so wäre, insgesamt zehn Verpflichtungen darunterfallen würden, welche in der Eheschutzverfügung aufgeführt seien. Dies widerspreche aber dem Wortlaut. Zutreffend ist, dass der Vorbehalt von „Verpflichtung des Ehemannes“ in der Einzahl spricht. Insofern kann eingewendet werden, es sei unklar, auf welche der in der Eheschutzverfügung bezeichneten Positionen sich der Vorbehalt bezieht. Laut dem Text von Ziffer 5 der Eheschutzverfügung verpflichtete sich der Beklagte, der Klägerin „einen monatlichen Unterhaltsbeitrag (...) zu leisten“. Danach heisst es: „Dieser setzt sich wie folgt zusammen“. Anschliessend wird der zu bezahlende Unterhalt in drei Gruppen unterteilt, nämlich in die „effektiven Kosten“, die „der Klägerin als selbständiges Steuersubjekt effektiv anfallenden Steuern“ und den monatlich zu bezahlenden Barbetrag. Da sowohl im Vorbehalt in der Scheidungskonvention als auch in der Eheschutzverfügung von einem „Unterhaltsbeitrag“ in der Einzahl gesprochen wird, erscheint es schlüssig anzunehmen, dass der Vorbehalt gleichsam das „Gesamtpaket“ der vom Beklagten gemäss Eheschutzverfügung zu bezahlenden Positionen umfasst. Dafür, dass lediglich einzelne Positionen gemeint sein könnten, sind keine Anhaltspunkte ersichtlich. Ausserdem behauptete der Beklagte solches nicht und nannte auch keine Gründe dafür, weshalb gerade die Steuern nicht gemeint seien. Damit ergibt sich, dass der Vorbehalt nicht anders verstanden werden kann und muss, als er sich auch auf die „der Klägerin als selbständiges Steuersubjekt effektiv anfallenden Steuern“ während der Zeit der Eheschutzverfügung bezieht, mit der Folge, dass diese von der Saldoklausel nicht erfasst sind.

A 2.2

e) Betreffend die Umstände des Konventionsabschlusses kritisiert die Klägerin, die Vorinstanz habe zu Unrecht die Einkommens- und Vermögensverhältnisse ausser Acht gelassen. (...).

aa) Es trifft zu, dass die Vorinstanz annahm, was unbestritten blieb, die Klägerin habe für die Zeit der Geltung der Eheschutzverfügung über keinerlei Einkommen und Vermögen verfügt. Weiter erwog die Vorinstanz, durch die Kapitalleistung nach Rechtskraft des Scheidungsurteils habe sich die finanzielle Situation der Klägerin jedoch stark geändert. Auch dem ist an sich so. Allerdings ist der Klägerin zuzustimmen, dass mit der Kapitalleistung der nacheheliche Unterhalt abgedeckt war, nicht aber der Unterhalt während der Geltung der Eheschutzverfügung. Mit anderen Worten kann nicht angenommen werden resp. fehlen Hinweise seitens des Beklagten für eine Auslegung dergestalt, dass die Klägerin mit der erhaltenen Kapitalleistung auch noch Schulden aus der Zeit des Eheschutzes hätte decken müssen. Diese waren, wie gesagt, von der Saldoklausel ausgenommen.

bb) Zur damaligen Interessenlage stellte die Vorinstanz fest, die Klägerin habe infolge des gegen sie geführten Strafverfahrens (...) riskiert, ihre Ansprüche gegen den Beklagten zu verlieren. Sie sei schliesslich im abgekürzten Verfahren (...) schuldig gesprochen worden. Im Scheidungsverfahren sei fraglich gewesen, ob ein nachehelicher Unterhalt überhaupt geschuldet gewesen wäre, da das Strafverfahren noch nicht abgeschlossen gewesen sei. Die Parteien hätten indes einen „definitiven Schlusstrich“ ziehen wollen, wofür auch die Kapitalisierung spreche. Dies schliesse auch einen Vorbehalt, wie ihn die Klägerin sehe, aus. Dem widerspricht die Klägerin und hält dafür, mit der Kapitalisierung habe der nacheheliche Unterhaltsanspruch abgegolten werden sollen. Jedoch habe die Klägerin nicht auf Forderungen aus dem Eheschutz verzichten wollen.

cc) Der klägerischen Auffassung ist darin beizupflichten, dass das Kapital nur den nachehelichen Unterhalt betraf. Dass ein Risiko bestand, dass die Klägerin den Anspruch auf nachehelichen Unterhalt unter Umständen verliert, war tatsächlich nicht von der Hand zu weisen. Allerdings ist weder ersichtlich noch dargetan, dass auch Unterhaltsforderungen gestützt auf die Eheschutzverfügung resp. güterrechtliche Forderungen von diesem Verlustrisiko betroffen waren. Der Konventionsabschluss und die Kapitalisierung des ehelichen Unterhalts legen zwar durchaus nahe, dass die Parteien einen „definitiven Schlusstrich“ ziehen wollten. Daraus aber zu folgern, dass Unterhaltsforderungen gestützt auf die Eheschutzverfügung nicht mehr geltend gemacht werden können, widerspricht jedoch, wie vorstehend dargelegt (E. 2d), der Scheidungskonvention bzw. dem

Vorbehalt. Mithin kann gesagt werden, dass mit der Saldoklausel und dem Vorbehalt alle Anstände zwischen den Parteien geregelt wurden, und zwar auch die allenfalls noch offenen Unterhaltsbetreffnisse aus dem Ehe-schutz. Insofern wurde dem Postulat des „definitiven Schlusstrichs“ nachgelebt.

dd) Seitens der Klägerin unbestritten blieb schliesslich die Feststellung der Vorinstanz, dass die Klägerin bereits vor Abschluss der Scheidungs-konvention einzelne Steuerrechnungen bezahlt habe, ohne dies in den Verhandlungen zur Konvention je thematisiert zu haben. Dieser Umstand vermag an der Bedeutung des Vorbehalts aber nichts zu ändern, denn immerhin war es unstrittig die Klägerin, welche diesen verlangte, so dass sich der Beklagte bewusst sein musste, dass allenfalls noch Forderungen zu gewärtigen sind, unabhängig davon, ob Steuerforderungen anlässlich der Konventionsverhandlungen bereits ausdrücklich angesprochen wur-den.

f) Soweit der Beklagte der Auffassung ist, die Klägerin habe den Vorbe-halt selbst formuliert, er mithin den Grundsatz in dubio contra stipulato-rem anspricht, ist ihm entgegenzuhalten, dass kein Raum für die Anwen-dung dieses Grundsatzes besteht, nachdem die Auslegung der Konvention resp. des Vorbehaltes nach dem Vertrauensprinzip zu einem Ergebnis führt (BGer, Urteile 4A_569/2019 vom 15. April 2020 E. 4.5 und 4A_611/2016 vom 20. März 2017 E. 7; vgl. auch Urteil 4A_499/2018 vom 10. Dezember 2018 E. 1). Der Beklagte vermag somit aus dem (un-bestrittenen) Umstand, dass es die anwaltlich vertretene Klägerin war, welche den Vorbehalt formulierte, nichts zu seinen Gunsten abzuleiten. (...).

(Urteil vom 12. Oktober 2020, ZK1 2019 22).

A 2.3

2.3 Vaterschaftsklage, Nachweis des ausländischen Rechts

- Die Parteien müssen nicht nur im Falle eines Gutachtens, sondern auch dann zum Nachweis des ausländischen Rechts angehört werden, wenn der Richter es selber ermittelt (Erw. 4).
- Die Parteien müssen die Gelegenheit erhalten, sich vor der Würdigung bzw. Anwendung des ausländischen Rechts zu dem vom Richter als erheblich etablierten Rechtsinhalt zu äussern (Erw. 4.a).
- Die Gehörsverletzung kann nicht durch eine Anhörung im Berufungsverfahren geheilt werden, weil der Beklagte beim Nachweis des ausländischen Rechts eine Instanz verlieren würde und die Rückweisung zu keinem formalistischen Leerlauf führt (Erw. 4.b).

Aus den Erwägungen:

2. (...) Im angefochtenen Urteil verwarf der Vorderrichter die Auffassung des Beklagten, der Kläger habe den Nichtbestand einer italienischen Rückverweisung auf schweizerisches Recht zu belegen, weil das Gericht – soweit verhältnismässig und zumutbar – das anwendbare Recht durch eigene Nachforschungen feststellen müsse. Er stellte das Vorliegen einer italienischen Kollisionsbestimmung (Art. 33 IPRGIt) fest und verwarf gestützt darauf den Rückverweisungseinwand des Beklagten. Im Übrigen hielt er die Unverjährbarkeit der Vaterschaftsklage nach Art. 270 Abs. 1 CCIt unter anderem auch unter Bezug auf den vom Kläger erwähnten Bundesgerichtsentscheid (BGE 118 II 475 E. 4.e) als nachgewiesen, da sich keiner anderen Bestimmung des italienischen Privatrechts eine relative Verjährung entnehmen lasse und das italienische Recht dem Kind zur Durchsetzung seiner Statusklage verhelfen wolle.

3. Der Beklagte rügt im Berufungsverfahren, der Vorderrichter habe sich im angefochtenen Entscheid mehrmals auf italienisches Recht berufen, ohne dieses nachzuweisen. Indem er nicht auf seine Vorbringen eingegangen sei, das gültige italienische Recht durch ein Gutachten nachweisen zu lassen, habe er Recht verweigert bzw. das rechtliche Gehör verletzt. (...). Indem er darauf verzichtet habe, das Einverständnis der Parteien zu übersetztem einschlägig erachtetem italienischem Recht einzuholen, habe er gegen die Grundsätze der Waffengleichheit, des rechtlichen Gehörs und des fairen Verfahrens verstossen.

4. Der Inhalt des anzuwendenden ausländischen Rechts ist von Amtes wegen festzustellen. Dazu kann die Mitwirkung der Parteien verlangt werden und bei vermögensrechtlichen Ansprüchen sogar der Nachweis den

Parteien überbunden werden (Art. 16 Abs. 1 IPRG). Ist der Inhalt des anzuwendenden ausländischen Rechts nicht feststellbar, so ist schweizerisches Recht anzuwenden (leg. cit. Abs. 2). Art. 16 Abs. 1 IPRG erfasst nur die Feststellung, aber nicht ausdrücklich die Frage der Anwendung und Auslegung des ausländischen Rechts (Buhr/Gabriel/Schramm, CHK, 3. A. 2016, IPRG 16 N 2), auch wenn die Ermittlung und Anwendung nur schwer voneinander abgegrenzt werden können (Girsberger/Furrer, ZK, 3. A. 2018, Art. 16 IPRG N 16). Die Ermittlung ausländischen Rechts beschlägt nicht den Sachverhalt und stellt keine Tat-, sondern eine Rechtsfrage dar, weshalb vom Nachweis und nicht vom Beweis die Rede ist (dazu Oberhammer, KUKO, 2. A. 2014, Art. 57 ZPO N 7). Die gewöhnlichen Beweisregeln kommen nicht zur Anwendung. Das angegangene Gericht hat allerdings die vorliegenden Nachweise zum ausländischen Recht frei zu würdigen und es muss im Ergebnis mindestens von der Wahrscheinlichkeit deren Richtigkeit und Vollständigkeit überzeugt sein (zum Ganzen BGer 5A_973/2017 vom 4. Juni 2019 E. 4.2 m.H.). Kann das Gericht den Nachweis in nicht vermögensrechtlichen Angelegenheiten wie der vorliegenden nicht den Parteien überbinden (vgl. auch Art. 150 Abs. 2 ZPO), ist deren Mitwirkung nicht nur eine Pflicht, sondern auch ein Recht. Art. 16 Abs. 1 IPRG verpflichtet nämlich den kantonalen Richter, das ausländische Recht von Amtes wegen festzustellen, ohne sich auf den guten Willen der Parteien zu verlassen, und diesen die Möglichkeit zu geben, sich zum anwendbaren Recht in einem Verfahrensstadium, das der Anwendung dieses Rechts vorangeht, zu äussern (BGE 140 III 456 = Pra 2015 Nr. 36 E. 2.3). Um zu vermeiden, dass die Parteien durch die Anwendung des ausländischen Rechts überrascht werden, ist den Parteien auch nach der Lehre die Gelegenheit zu geben, zum festgestellten Inhalt des anwendbaren ausländischen Rechts bzw. zum Ergebnis der entsprechenden richterlichen Nachforschungen Stellung zu nehmen (Mächler-Erne/Wolf-Mettler, BSK, 3. A. 2013, Art. 16 IPRG N 11 m.H.; Girsberger/Furrer, a.a.O., Art. 16 IPRG N 26 und 47 f.; Buhr/Gabriel/Schramm, ebd. N 8; Kren-Kostkiewicz, OFK, 2. A. 2019, Art. 16 IPRG N 14). Der Nachweis ausländischen Rechts erschliesst keine Tatsache des Einzelfalls, sondern eine fallunabhängige Rahmenbedingung für die Rechtsanwendung (dazu und zum Begriff der Rechtstatsache: BGer 6B_582/2017 vom 19. Juni 2018 E. 2.1.2 m.H.). Solche Informationen unterstehen indes dem rechtlichen Gehör, wenn ihre Offenkundigkeit oder Verlässlichkeit nicht unumstritten ist (BGer ebd.). Deshalb müssen die Parteien nicht nur im Falle eines Gutachtens (dazu Oberhammer, a.a.O., Art. 57 ZPO N 7), sondern auch dann zum Nachweis des ausländischen Rechts angehört werden, wenn der Richter es selber ermittelt. In diesem Sinne folgt aus dem Grundsatz des rechtlichen Gehörs, dass den Parteien das Ergeb-

A 2.3

nis der gerichtlichen Ermittlungen offenzulegen ist, damit sie dazu Stellung nehmen können (Hasenböhler, Das Beweisrecht der ZPO, Bd. 1, 2015, Rz 1.16; a.M. ZR 1996 Nr. 2 E. 4.3.2 f.).

a) Im vorliegenden, keine vermögensrechtliche Angelegenheit bildenden Fall konnte der Richter den Nachweis des Bestandes fremden Rechts samt Übersetzung in die Amtssprache (Art. 129 ZPO und § 92 JG) nicht den Parteien überbinden. Er erbrachte ihn selbst, ohne ein Gutachten einzuholen. Dieses Vorgehen war für die Parteien bis zur Urteilsfällung nicht ersichtlich. Durch den Entscheid, ohne Gutachten das italienische Recht selber festzustellen, wurden die Parteien, namentlich der Beklagte, mithin überrascht. Weil ihn in Bezug auf das italienische Recht keine Bestreitungspflicht trifft, genügt es nicht, dass der Beklagte bloss die Gelegenheit erhielt, zu den vom Kläger aufgerufenen bzw. als anwendbar behaupteten Bestimmungen italienischen Rechts Stellung zu nehmen. Vielmehr hätten die Parteien, was vorliegend jedoch nicht der Fall war, die Gelegenheit erhalten müssen, sich vor der Würdigung bzw. Anwendung des italienischen Rechts zu dem vom Richter als erheblich etablierten Rechtsinhalt noch äussern zu können (s. auch BGE 140 III 456 = Pra 4/2015 Nr. 36 E. 2.3; Mächler-Erne/Wolf-Mettler, a.a.O., Art. 16 IPRG N 10).

An diesem Zwischenergebnis ändert weder der Grundsatz *iura novit curia* noch die Rechtsprechung und Lehre, wonach ein ausländisches Gesetz Norm- und keinen Tatsachencharakter hat (dazu vgl. Girsberger/Furrer, ebd. N 49 m.H.) etwas, da sich der Grundsatz nicht aus dem Wesen des Rechts (dazu Oberhammer, a.a.O., Art. 57 ZPO N 1), sondern aus dem Gesetz (Art. 57 ZPO) ergibt. Haben aber die Parteien, die vorliegend das ausländische Recht nachzuweisen nicht verpflichtet sind, bei internationalen Sachverhalten nach Art. 16 IPRG ein Mitwirkungsrecht bei der Ermittlung des Inhalts dieses Rechts (vgl. oben vor lit. a und auch Girsberger/Furrer, a.a.O., Art. 16 IPRG N 48), ergibt sich, dass der Grundsatz *iura novit curia* deren Äusserungsrecht zum Inhalt des anwendbaren Rechts nicht entfallen lässt (a.M. ZR 1996 Nr. 2 E. 4.3.2). Der Grundsatz entzieht ihrer Mitwirkung den Nachweis des ausländischen Rechts nicht, sondern nur den im IPRG nicht geregelten Schritt (ebd. N 16), in welchem der Richter das nachgewiesene ausländische Recht unter Berücksichtigung der ausländischen Rechtsprechung und Auslegungsmethodik (vgl. dazu etwa BGer 4A_624/2014 vom 9. Juli 2015 E. 5.1 m.H.) auf den ihm unterbreiteten Sachverhalt anwendet. Da vorliegend die Parteien weder ein Gutachten einreichten noch sich zum Bestand des anwendbaren ausländischen Rechts übereinstimmend äusserten, durfte der Vorderrichter die in ihrer Vollständigkeit und Gültigkeit unter ihnen umstrittenen italienischen Bestimmungen auf den Streitfall nicht anwenden, bevor er sie über seine Festsetzung des Bestandes des anwendbaren italienischen

Rechts anhörte. Daher macht der Beklagte zu Recht eine Verletzung des rechtlichen Gehörs geltend.

b) Zum Recht, vor einer Entscheidung gehört zu werden, zählt zunächst, dass die Parteien über jeden Verfahrensschritt und über alle Äusserungen, Eingaben und Anträge zu orientieren sind (Orientierungsrecht). Weiter haben die Parteien das Recht, sich vor dem Erlass eines Entscheides sowie allfälligen selbständig anfechtbaren Zwischenentscheiden zu äussern (Äusserungsrecht; ZK1 2017 20 vom 18. Dezember 2018 E. 2.c/aa m.H.). Das Recht, angehört zu werden, ist formeller Natur. Die Verletzung des rechtlichen Gehörs führt ungeachtet der Erfolgsaussichten des Rechtsmittels in der Sache selbst zur Aufhebung des angefochtenen Entscheids. Es kommt mit anderen Worten nicht darauf an, ob die Anhörung im konkreten Fall für den Ausgang der materiellen Streitentscheidung von Bedeutung ist, d.h. die Behörde zu einer Änderung ihres Entscheids veranlasst wird oder nicht. Nach der Rechtsprechung kann aber jedenfalls eine nicht besonders schwerwiegende Verletzung des rechtlichen Gehörs als geheilt gelten, wenn die betroffene Person die Möglichkeit erhält, sich vor einer Rechtsmittelinstanz zu äussern, die sowohl den Sachverhalt wie die Rechtslage frei überprüfen kann. Von einer Rückweisung der Sache ist selbst bei einer schwerwiegenden Verletzung des rechtlichen Gehörs dann abzusehen, wenn und soweit die Rückweisung zu einem formalistischen Leerlauf und damit zu unnötigen Verzögerungen führen würde, die mit dem (der Anhörung gleichgestellten) Interesse der betroffenen Partei an einer beförderlichen Beurteilung der Sache nicht zu vereinbaren wären (z.B. BGer 4A_570/2016 vom 7. März 2017 E. 2.4 m.H.).

Vorliegend handelt es sich beim Nachweis des angerufenen italienischen Rechts um einen auch in materieller Hinsicht für das Kernthema der Unverjährbarkeit der Vaterschaftsklage nach italienischem Recht wesentlichen Verfahrensschritt. Indem sich der Beklagte zum Nachweis der anwendbaren italienischen Bestimmungen durch den Vorderrichter nicht äussern konnte, wurde er in seinem Anspruch auf rechtliches Gehör in schwerwiegender und mithin nicht heilbarer Art und Weise verletzt. Diese Verletzung kann aufgrund der Rechtsprechung, der Grundsatz sei formeller Natur, nicht durch seine Anhörung im Berufungsverfahren geheilt werden, weil der Beklagte dann beim Nachweis des ausländischen Rechts eine Instanz verlieren würde. Dass die Rückweisung zu einem formalistischen Leerlauf führen würde, ist nicht ersichtlich, zumal das angefochtene Urteil sich zu den mit Berufung auch vom Beklagten angerufenen Art. 274 CClT nicht äussert, obwohl der Kläger dessen Verfassungsmässigkeit erstinstanzlich schon infrage stellte (vgl. immerhin Art. 2 UN-KRK und Art. 14 EMRK; Büchler/Schmucki, FamPra.ch 1/2020 S. 24 und 44 jedoch ohne Bezug auf das italienische Recht). Ebenso wenig ist ersichtlich, inwiefern

A 2.4

eine instanzverkürzende Behandlung im Rechtsmittelverfahren wegen Dringlichkeit der Streitsache zu rechtfertigen wäre, nachdem der Kläger jahrelang mit einer Klage zuwartete. Daran ändert nichts, dass nach dem biologischen Vaterschaftsnachweis Bestreitungen in der Sache insoweit wohl wenig aussichtsreich erscheinen dürften, da die Gewährung des rechtlichen Gehörs der eigentliche Zweck jedes Verfahrens ist (Oberhammer, a.a.O., Art. 53 ZPO N 1) und die Verjährbarkeit der Vaterschaftsklage erheblich bleibt.

(Urteil vom 27. April 2020, ZK1 2019 20).

2.4 Beendigung der Erbschaftsverwaltung

- *Die Anordnung der Erbschaftsverwaltung gemäss Art. 554 f. ZGB fällt in die Kompetenz des Erbschaftsamts (Erw. 2.a).*
- *Die Beendigung der Erbschaftsverwaltung obliegt dem Erbschaftsamt und nicht dem Einzelrichter (Erw. 2.b).*
- *Die Genehmigung des Schlussberichts und der Schlussrechnung der Erbschaftsverwaltung durch den Einzelrichter ist nichtig (Erw. 3).*

Aus den Erwägungen:

2. a) Das ZGB behandelt in den Artikeln 551 bis 559 ZGB die zur Sicherung des Erbganges nötigen Massregeln. Dazu gehören die Siegelung der Erbschaft (Art. 552 ZGB), die Aufnahme des Inventars (Art. 553 ZGB), die Anordnung der Erbschaftsverwaltung (Art. 554 f. ZGB) und die Eröffnung der letztwilligen Verfügungen (Art. 556 ff. ZGB). Zweck der Sicherungsmassregeln ist nach Art. 551 Abs. 1 ZGB die Sicherung des Erbganges, nicht der Erbschaft (d.h. der Nachlasswerte) oder der Interessen einzelner Erben. Die Sicherungsmassregeln bezwecken auch nicht die Liquidation der Erbschaft; die Behörden haben keine liquidatorischen Funktionen (Karrer/Vogt/Leu, in: Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, 6. Auflage, N 2 vor Art. 551-559 ZGB). Behördenorganisation und Verfahren bestimmen sich nach dem kantonalen Recht. Die Kantone können richterliche oder administrative Behörden bezeichnen und verschiedene Aufgaben verschiedenen Behörden übertragen. Die Sicherungsmassregeln werden in einem Verfahren der freiwilligen, nicht streitigen Gerichtsbarkeit erlassen. Je nachdem, ob die zuständige Behörde gemäss kantonalem Organisationsgesetz ein (Zivil-)Gericht oder eine Verwaltungsbehörde ist, richtet sich das Verfahren nach der eidgenössischen ZPO oder nach kantonalem Verwaltungsverfahrenrecht (Karrer/Vogt/Leu, a.a.O., N 7 und 10

vor Art. 551-559 ZGB; EGV-SZ 2014, A 2.1 E. 2.b.aa, mit weiteren Differenzierungen).

Der Kanton Schwyz hat die Zuständigkeit für die Sicherungsmassregeln nach Art. 551 ff. ZGB unterschiedlich geregelt. Gemäss § 38 Abs. 1 EGzZGB bezeichnet der Bezirksrat das Erbschaftsamt. Dieses trifft gemäss § 38a Abs. 1 EGzZGB die zur Sicherung des Erbganges erforderlichen Massnahmen nach Art. 490, 546, 548 und 551-556 ZGB. Der Einzelrichter eröffnet aufgrund § 41 Abs. 1 EGzZGB die eingereichten Verfügungen von Todes wegen und die Eheverträge. Er teilt dem Willensvollstrecker den Auftrag mit (§ 41 Abs. 2 EGzZGB). Der Einzelrichter stellt nach § 41a Abs. 1 EGzZGB auch die Erbbescheinigung aus. Er kann beim Erbschaftsamt ein Verzeichnis der dem Erbschaftsamt bekannten Erben verlangen (§ 41a Abs. 2 EGzZGB). Die Anordnung der Erbschaftsverwaltung gemäss Art. 554 f. ZGB fällt somit gemäss klarer Gesetzesvorschrift in die Kompetenz des Erbschaftsamts.

b) Die Erbschaftsverwaltung ist ein privatrechtliches Institut sui generis (Karrer/Vogt/Leu, a.a.O., N 5 zu Art. 554 ZGB; Emmel, in: Abt/Weibel [Hrsg.], Praxiskommentar Erbrecht, 4. Auflage, N 3 zu Art. 554 ZGB). Sie beginnt und endet durch behördliche Verfügung, nicht von Gesetzes wegen bei Eintritt bzw. Wegfall der gesetzlichen Voraussetzungen. Die Behörde hat die Erbschaftsverwaltung von Amtes wegen zu beenden, wenn die Voraussetzungen bzw. der Grund für die Anordnung wegfallen oder der Zweck erreicht ist (Karrer/Vogt/Leu, a.a.O., N 29 und 31 zu Art. 554 ZGB). Im Gegensatz zur Willensvollstreckung sind auch Honorar und Spesenersatz im Streitfall durch die Behörde festzulegen. Zuständig dazu ist die gemäss kantonalem Recht für die Erbschaftsverwaltung zuständige Behörde (Karrer/Vogt/Leu, a.a.O., N 34 zu Art. 554 ZGB). Für die Aufsicht ist ebenfalls regelmässig die ernennende Behörde zuständig (Emmel, a.a.O., N 41 zu Art. 554 ZGB). Ebenso ist die ernennende Behörde für die Aufhebung der Erbschaftsverwaltung zuständig (Emmel, a.a.O., N 30 zu Art. 554 ZGB; Escher, Berner Kommentar, Band III.2, Zürich 1960, N 17 zu Art. 554 ZGB).

Aufgrund der klaren gesetzlichen Regelung (vgl. oben lit. a) obliegt somit sowohl die Ernennung der Erbschaftsverwaltung als auch die Aufsicht über die Erbschaftsverwaltung sowie die Festsetzung der Honorierung und die Beendigung der Erbschaftsverwaltung dem Erbschaftsamt des Bezirks und nicht dem Einzelrichter. Dass die Kompetenzen des Erbschaftsamtes gestützt auf § 38 Abs. 2 EGzZGB durch den Bezirksrat (...) dem Bezirksgericht übertragen worden wäre, ist nicht ersichtlich und wird vom Einzelrichter auch nicht geltend gemacht.

Was der Einzelrichter dagegen vorbringt, vermag nicht durchzudringen. Entgegen seiner Ansicht hat die Genehmigung des Schlussberichts des

A 2.4

Erbschaftsverwalters keine materiell-rechtliche Wirkung. Die Erbschaftsverwaltung ist auf die Sicherung und Erhaltung des Nachlasses nach Bestand und Wert ausgerichtet und berechtigt zu den hierzu erforderlichen Verwaltungs-, ausnahmsweise auch Verfügungshandlungen, wie bereits erwähnt aber nicht zu eigentlichen Liquidationshandlungen. Anders als die amtliche Liquidation darf die Erbschaftsverwaltung die spätere Erbteilung, Notfälle (z.B. bei drohender rascher Wertminderung) vorbehalten, nicht präjudizieren. Sie hat den Nachlass auch nicht in einen teilungsreifen Zustand zu überführen, sondern ihn wert- und bestandesmässig zu erhalten und in möglichst ursprünglicher Form den Erben zu übergeben (Emmel, a.a.O., N 2 zu Art. 554 ZGB; Karrer/Vogt/Leu, a.a.O., N 39 zu Art. 554). Aufgrund ihrer Aufgabe ist die Erbschaftsverwaltung nicht zur Führung der Ungültigkeits-, Herabsetzungs-, Erbteilungs- und Erbschaftsklage gegenüber den Erben berechtigt (Emmel, a.a.O., N 20 zu Art. 554 ZGB; Karrer/Vogt/Leu, a.a.O., N 55 zu Art. 554 ZGB). EGV-SZ 2014 A 2.1 E. 4c lässt sich nichts anderes entnehmen.

3. Die sachliche Zuständigkeit des Gerichts ist eine Prozessvoraussetzung (Art. 59 Abs. 2 lit. b ZPO). Sie ist grundsätzlich zwingender Natur und vom Richter von Amtes wegen zu prüfen. Daher kann die sachliche Zuständigkeit nicht durch Einlassung des Beklagten begründet werden. Deren Beachtung liegt im öffentlichen Interesse (EGV-SZ 2014 A 2.1 E. 2.a, mit weiteren Hinweisen).

Fehlerhafte Verwaltungsakte sind in der Regel nicht nichtig, sondern nur anfechtbar. Sie werden durch Nichtanfechtung rechtsgültig. Nichtigkeit, also absolute Unwirksamkeit eines staatlichen Aktes ist nicht leichtthin anzunehmen. Nichtig sind fehlerhafte Entscheide erst dann, wenn der ihnen anhaftende Mangel besonders schwer wiegt, offensichtlich oder zumindest leicht erkennbar ist und die Rechtssicherheit durch die Feststellung der Nichtigkeit nicht ernsthaft gefährdet wird (BGE 130 III 430 E. 3.3 S. 434 und 129 I 361 E. 2.1 S. 363). Als Nichtigkeitsgründe fallen vorab funktionelle und sachliche Unzuständigkeit der entscheidenden Behörde sowie schwerwiegende Verfahrensfehler in Betracht (BGE 139 II 243 E. 11.2 S. 260 und 132 II 21 E. 3.1 S. 27). Die funktionelle und sachliche Unzuständigkeit stellt einen schwerwiegenden Mangel und damit einen Nichtigkeitsgrund dar, es sei denn, der verfügenden Behörde kommt auf dem betreffenden Gebiet allgemeine Entscheidungsgewalt zu oder der Schluss auf Nichtigkeit verträgt sich nicht mit der Rechtssicherheit (BGE 127 II 32 E. 3g S. 47; Urteil BGer 1C_423/2012 vom 15. März 2013 E. 2.5; Urteil BGer 4A_578/20101 vom 11. April 2011 E. 2.4.3; zum Ganzen: EGV-SZ 2014 A 2.1 E. 3).

Dem Vorderrichter kommt auf dem Gebiet des Erbrechts allgemein oder der Sicherungsmassregeln im Speziellen – wie dargestellt – keine allgemeine Entscheidungsgewalt zu. Der Schluss auf Nichtigkeit ist im Hinblick auf die Rechtssicherheit geradezu geboten (vgl. EGV-SZ 2014 A 2.1, E. 3). Daher sind die Verfügungen (...) infolge Unzuständigkeit des Vorderrichters von Amtes wegen aufzuheben. Die Sache ist an den Einzelrichter zur Weiterleitung an das zuständige Erbschaftsamt zurückzuweisen. Nach Aufhebung der Erbschaftsverwaltung durch das Erbschaftsamt wird der Einzelrichter den Willensvollstrecker neu einsetzen können.

(Beschluss vom 19. Februar 2020, ZK2 2019 41).

2.5 Folgen eines Verstosses gegen Art. 3 Abs. 1 lit. s UWG

- Ein Vertrag, der unter Verletzung der Anforderungen an Angebote im elektronischen Geschäftsverkehr geschlossen wird, ist gegebenenfalls anfechtbar, jedoch grundsätzlich nicht nichtig (Erw. 6.b-d).

Aus den Erwägungen:

6. b) Gemäss Art. 20 Abs. 1 OR ist ein Vertrag, der einen unmöglichen oder widerrechtlichen Inhalt hat oder gegen die guten Sitten verstösst, nichtig. Widerrechtlichkeit des Inhalts liegt nicht nur dann vor, wenn der Gegenstand des Vertrags, die vereinbarte Vertragsleistung, gesetzeswidrig ist, sondern auch dann – über den engen Wortlaut hinaus –, wenn der Abschluss des Vertrags mit dem vereinbarten Inhalt dem Gesetz entgegensteht oder wenn der mittelbare Zweck rechtswidrig ist (Kramer, in: Meier-Hayoz [Hrsg.], Berner Kommentar zum Obligationenrecht, Band VI, 1. Abteilung, 2. Teilband, Unterteilband 1a, Art. 19–22 OR, Bern 1991, N 136 f. zu Art. 19–20 OR; Gauch/Schluep/Schmid, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band I, 10. A., Zürich/Basel/Genf 2014, Rn. 640 ff.).

aa) Zwar liegt mit dem Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 lit. s UWG [...] eine Widerhandlung gegen eine zwingende Norm und damit Widerrechtlichkeit vor. Allerdings beschlägt diese Widerrechtlichkeit nicht den Gegenstand der Vereinbarung (hier: Video-Abonnement für Pornografie), sondern die Modalitäten, die beim Angebot von Produkten und Dienstleistungen im elektronischen Geschäftsverkehr einzuhalten sind, also die Umstände der Vertragsanbahnung. Daher kann eine Verletzung der Anforderungen von Art. 3 Abs. 1 lit. s UWG keine Nichtigkeit im Sinne von Art. 20 Abs. 1 OR wegen Widerrechtlichkeit des Vertragsgegenstands zur Folge haben (so

A 2.5

auch die überwiegende Lehre, siehe Bühler, a.a.O., N 46 zu Art. 3 Abs. 1 lit. s UWG; Weber/Wolf, a.a.O., Rn. 46; vgl. Vasella, a.a.O., N 58 zu Art. 3 Abs. 1 lit. s und Abs. 2 UWG; vgl. Kut/Stauber, Die UWG-Revision vom 17. Juni 2011 im Überblick, in: Jusletter vom 20. Februar 2012, Rn. 75).

Die erwähnte Widerrechtlichkeit des Vertragsabschlusses kann beispielsweise in einer Vereinbarung des Verzichts auf den Widerruf der Vollmacht (Art. 34 Abs. 2 OR), einem Abtretungsvertrag, der gegen ein gesetzliches Zessionsverbot verstösst (so BGE 123 III 60, E. 3.b), oder einem Versprechen, einen Erbvertrag abzuschliessen, liegen (BGE 108 II 409; vgl. zum Ganzen Gauch/Schluep/Schmid, a.a.O., Rn. 641 mit weiteren Beispielen; Huguenin/Meise, in: Honsell/Vogt/Wiegand [Hrsg.], Basler Kommentar zum Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 6. A., Basel 2015, N 17 zu Art. 19/20 OR). Im Unterschied zu den genannten Beispielen untersagt Art. 3 Abs. 1 lit. s UWG jedoch nicht den Vertragsabschluss, sondern erklärt wie dargelegt bestimmte Unterlassungen im Zusammenhang mit dem Angebot von Produkten im elektronischen Geschäftsverkehr als unlauter. Deshalb liegt ebenso wenig eine Widerrechtlichkeit in Bezug auf den Abschluss des Videoabonnements vor (ähnlich Weber/Wolf, a.a.O., Rn. 45 f.). Die dogmatisch ebenfalls mögliche Widerrechtlichkeit des mittelbaren Vertragszwecks – eines Zwecks, der ausserhalb des Vereinbarten steht – wurde weder je thematisiert noch belegt und erscheint vorliegend ohnehin abwegig (dazu grundsätzlich Gauch/Schluep/Schmid, a.a.O., Rn. 643 f., und als Beispiel BGE 87 II 203 [eine zum Zwecke blosser Umgehung des kantonalen Anwaltsrechts vorgenommene Abtretung]).

Die von der Vorinstanz angeführte Literaturstelle begründet die Nichtigkeit insbesondere damit, die Transparenzanforderungen seien zwingender Natur und schützten nicht nur die individuellen Interessen des Kunden, sondern lägen auch im öffentlichen Interesse eines lautereren Wettbewerbs im elektronischen Geschäftsverkehr (Probst, a.a.O., N 39 zu Art. 3 Abs. 1 lit. s UWG). Damit befasst sich der genannte Autor aber nicht mit der Frage, ob Art. 3 Abs. 1 lit. s UWG wie in Art. 20 Abs. 1 OR vorausgesetzt den Vertragsinhalt, den Abschluss des Vertrags an sich oder dessen mittelbaren Zweck, beschlägt. Im nächsten, von der Vorinstanz nicht wiedergegebenen Satz erklärt der Autor sodann, es sei namentlich dort, wo die Unlauterkeit des Angebots auf den Vertragsinhalt durchschlage, angezeigt, solche Verträge mit der Nichtigkeitsfolge zu belegen, wie dies auch der herrschenden Meinung bei Art. 8 UWG entspreche. In zugehöriger Fussnote 55 ergänzt er, dies sei typischerweise bei einer fehlenden Korrekturmöglichkeit von Eingabefehlern (Art. 3 Abs. 1 lit. s Ziff. 3 UWG) der Fall. Zwar trifft es zu, dass eine gegen Art. 8 UWG verstossende AGB-Klausel nichtig ist, weil Art. 8 UWG gerade den Inhalt von Verträgen regelt (offene Inhaltskontrolle, vgl. nur Thouvenin, in: Hilty/Arpagaus [Hrsg.], a.a.O., N 144 zu Art. 8 UWG); dass aber auch die fehlende Korrekturmöglichkeit

von Eingabefeldern den Vertragsinhalt betreffen soll, erschliesst sich nicht, zumal die Korrekturmöglichkeit wie die anderen Anforderungen in Art. 3 Abs. 1 lit. s UWG die Vertragsanbahnung sowie die Umstände des Vertragsschlusses betrifft und es zudem nicht zu einer fehlerhaften Eingabe kommen muss. Insgesamt gesehen vermögen die Ausführungen von Probst daher nicht zu überzeugen.

bb) Laut bundesgerichtlicher Praxis liegt Sittenwidrigkeit im Sinne von Art. 20 Abs. 1 OR vor, wenn Verträge gegen das allgemeine Anstandsgefühl, die herrschende Moral oder gegen die der Gesamtrechtsordnung immanenten ethischen Prinzipien und Wertmassstäbe verstossen (vgl. nur BGE 123 III 101 E. 2; BGE 136 III 474 E. 3). Die Frage, ob der vorliegende Vertrag sittenwidrig im Sinne von Art. 20 Abs. 1 OR ist, klärte die Vorinstanz nicht. Auch wenn die Frage der Sittenwidrigkeit eine Rechtsfrage und von Amtes wegen zu prüfen ist (Huguenin/Meise, a.a.O., N 37 zu Art. 19/20 OR, m.N.), hat doch diejenige Partei, die sich auf die Sittenwidrigkeit des Vertrags beruft, nach der Verhandlungsmaxime die tatsächlichen Grundlagen, aus denen sich die Sittenwidrigkeit ergeben soll, prozessrechtskonform darzutun (BGer, Urteile 4A_69/2014 vom 28. April 2014, E. 6.3.1; 4A_3/2014 vom 9. April 2014, E. 3.1). Vorliegend berief sich der Kläger jedoch nie auf Sittenwidrigkeit und legte folglich ebenso wenig die tatsächlichen Grundlagen der Sittenwidrigkeit dar, weshalb auf die Frage nach der Sittenwidrigkeit des Videoabonnements nicht einzugehen ist (vgl. ohnehin BGE 136 III 401, E. 5.4.2). Dasselbe gilt für eine allfällige Unmöglichkeit im Sinne von Art. 20 Abs. 1 OR.

c) In Bezug auf Art. 11a^{bis} Abs. 2 PBV ergibt sich als Rechtsfolge, dass die Leistung den Konsumenten nur unter Einhaltung der genannten Voraussetzungen „in Rechnung gestellt werden“ darf. Wird trotzdem Rechnung gestellt, liegt ein Verstoss gegen die PBV vor, was strafbar ist (Art. 21 PBV i.V.m. Art. 24 Abs. 1 lit. e UWG). Für den Vollzug sind aber nicht die Zivilgerichte zuständig (vgl. Art. 22 f. PBV). Abgesehen davon ergibt sich in Bezug auf die Rechtsfolge der Nichtigkeit wie bei Art. 3 Abs. 1 lit. s UWG, dass ein Verstoss gegen Art. 11a^{bis} Abs. 2 PBV weder den Vertragsinhalt noch den Abschluss des Vertrags an sich betrifft, sondern die Umstände des Vertragsschlusses, was keine Nichtigkeit des Folgevertrags nach sich ziehen kann. Andere Nichtigkeitsgründe sind ebenso wenig ersichtlich.

d) Damit steht fest, dass entgegen der vorinstanzlichen Erwägung (...) ein Vertrag, der in der Folge eines Verstosses gegen Art. 3 Abs. 1 lit. s UWG und/oder Art. 11a^{bis} Abs. 2 PBV geschlossen wird, grundsätzlich und

A 2.6

auch vorliegend nicht nichtig im Sinne von Art. 20 Abs. 1 OR ist. Unabhängig davon kann ein solcher Vertrag aber an einem Willensmangel im Sinne von Art. 21 ff. OR leiden (Vasella, a.a.O., N 58 zu Art. 3 Abs. 1 lit. s und Abs. 2 UWG; Bühler, a.a.O., N 47 zu Art. 3 Abs. 1 lit. s UWG; vgl. Weber/Wolf, a.a.O., Rn. 47).

(Beschluss vom 14. September 2020, ZK2 2019 8 = CAN 1-21 Nr. 5 mit Bemerkungen).

2.6 Abruf einer Bankgarantie bei Werkmängeln

- Erachtet sich die österreichische X GmbH als für die Behebung der Werkmängel im Rahmen des zwischen der schweizerischen X GmbH und der Berufungsgegnerin abgeschlossenen Werkvertrages verpflichtete Unternehmerin, erscheint es nicht als rechtsmissbräuchlich, wenn die Berufungsgegnerin den Werkvertrag als Grundverhältnis der von der österreichischen Bank AG im Auftrag der österreichischen X GmbH zugunsten der Berufungsgegnerin bestehenden Bankgarantie betrachtet und die Garantie aufgrund der geltend gemachten Werkmängel abrufft (Erw. 3.a/bb).

Aus dem Sachverhalt (Zusammenfassung):

Am 14. Juni 2013 schlossen die X GmbH (Sitz in Herisau) als Unternehmerin und die C AG als Bauherrin einen Werkvertrag über die schlüsselfertige Erstellung von zwei Mehrfamilienhäusern. Die Bank AG (Österreich) übernahm mit Schreiben vom 19. Januar 2016 im Auftrag der X GmbH (Österreich; „Verkäuferin“) und zugunsten der C AG („Käufer“) eine Bankgarantie über Fr. 233'949.98 betreffend das Projekt A. Die C AG forderte am 25. August 2017 diese Garantiesumme ein, weil die „X GmbH“ ihren vertraglichen Verpflichtungen nicht nachgekommen sei. Auf Gesuch der X GmbH (Österreich) hin verbot das Bezirksgericht Y (Österreich) der C AG, Rechte aus der Bankgarantie zu behaupten und den Garantiebetrug abzurufen. Der Bank AG verbot es, Zahlungen aus der Bankgarantie durchzuführen. Die Verfügung wurde bis zur rechtskräftigen Entscheidung in dem in der Schweiz innerhalb von vier Wochen einzuleitenden Gerichtsverfahren befristet. Nach erfolglos verlaufenem Schlichtungsverfahren erhob die X GmbH (Österreich) beim Bezirksgericht Klage gegen die C AG mit den Anträgen, es sei der C AG zu verbieten, die Gewährleistungsgarantie in Anspruch zu nehmen und es sei festzustellen, dass der C AG im Zusammenhang mit der Überbauung keine Forderung zustehe und

die Inanspruchnahme der Gewährleistungsgarantie unzulässig sei. Das Bezirksgericht wies die Klage ab, soweit es darauf eintrat. Dagegen erhob die X GmbH (Österreich) Berufung.

Aus den Erwägungen:

3. Der Garant ist zur Leistung der Garantiezahlung verpflichtet, sobald die vereinbarten Abrufbedingungen erfüllt sind, unabhängig von allfälligen Auseinandersetzungen hinsichtlich des Grundverhältnisses (Urteil BGer 4A_111/2014 vom 31. Oktober 2014, E. 3.3; BGE 122 III 321, E. 4.a). Aufgrund der abstrakten Natur der Garantie kann der Garant keine Einreden und Einwendungen aus dem Grundverhältnis geltend machen (Abegg/Geissühler/Haefeli/Huggenberger/Larumbe, Schweizerisches Bankrecht, 4. A. Zürich/Basel/Genf 2019, S. 270). Die Unabhängigkeit der Garantie findet aber dort ihre Grenze, wo sie offensichtlich rechtsmissbräuchlich beansprucht wird. In diesem Fall ist der Garant nicht nur berechtigt, sondern auch verpflichtet, die Zahlung zu verweigern (BGE 138 III 241, E. 3.2). Die Verweigerung der Zahlung wegen Rechtsmissbrauchs soll aber die absolute Ausnahme bilden. Deshalb muss der Rechtsmissbrauch für den Garant vor der Auszahlung offensichtlich sein, d.h. es müssen klare Verhältnisse vorliegen, die keine Zweifel offenlassen. Blosser Behauptungen oder Befürchtungen oder die Anbringung blosser Zweifel genügen nicht. Es dürfen keine zusätzlichen Nachforschungen erforderlich sein (Urteil BGer 4A_111/2014 vom 31. Oktober 2014, E. 3.3). Mit anderen Worten müssen die den Rechtsmissbrauchsvorwurf begründenden Tatsachen im Zeitpunkt des Garantieabrufs für den Garant offensichtlich und sofort beweisbar sein (Urteil BGer 4A_111/2014 vom 31. Oktober 2014, E. 3.4).

a) Zur Begründung der Rechtsmissbräuchlichkeit machte die Berufungsführerin erstinstanzlich zunächst geltend, der Werkvertrag vom 14. Juni 2013 sei mit der X GmbH Schweiz abgeschlossen worden, sodass zwischen ihr und der Berufungsgegnerin gar kein Vertragsverhältnis bestehe. (...).

bb) Bereits im Rahmen der Vertragsverhandlungen trat die Berufungsführerin als zukünftige Vertragspartnerin für den Werkvertrag auf, indem sie die Kostenschätzung für die Errichtung der Mehrfamilienhäuser „A“ vom 6. Oktober 2011 ausstellte und unterzeichnete. Im Werkvertrag vom 14. Juni 2013 wurde die „X GMBH“ in Herisau als Unternehmerin aufgeführt, in deren Namen der Vertrag auch unterschrieben wurde. Abgesehen von der Ortsbezeichnung lässt die Schreibweise der Firma weder eindeutig

A 2.6

auf die schweizerische noch die österreichische Gesellschaft schliessen. Den vorhandenen Akten sind sodann diverse Unterlagen zu entnehmen, wonach im Zusammenhang mit den von der Berufungsgegnerin (bzw. den Stockwerkeigentümern) gerügten Werkmängeln die Berufungsführerin – nicht die X GmbH Schweiz – als Unternehmerin und damit als Vertragspartnerin des Werkvertrages handelte. So wird in der Mängelliste Nr. 1322-160914 (Stand Pendenzen per 14. September 2016) und in der Zusatzmängelliste Nr. 1322-161003 die Berufungsführerin als GU (Generalunternehmerin) bezeichnet. Insofern trat die Berufungsführerin, entgegen ihrer Behauptung, nicht bloss als Subunternehmerin der X GmbH Schweiz auf. Sodann beantwortete D.B. mit E-Mails vom 30. Juni 2016 und vom 19. Oktober 2016 Fragen zur Bauweise der Mehrfamilienhäuser und unterzeichnete als Projektleiter der Berufungsführerin. Bereits gestützt auf diese Beilagen ist erkennbar, dass die Berufungsführerin – und nicht die X GmbH Schweiz – als Ansprechpartnerin für die Mängelbehebung auftrat. Die Mängelbehebung ist eine typische Pflicht des Unternehmers eines Werkvertrages (vgl. Art. 368 OR). Die Berufungsführerin gab somit zu erkennen, dass sie sich als durch den Werkvertrag verpflichtete Unternehmerin bzw. Vertragspartnerin erachtete. Vor diesem Hintergrund erscheint es nicht als offensichtlich rechtsmissbräuchlich, wenn die Berufungsgegnerin den Werkvertrag vom 14. Juni 2013 als Grundverhältnis der Bankgarantie betrachtete und die Garantie aufgrund der geltend gemachten Werkmängel abrief.

Zu ergänzen ist, dass die mit der schriftlichen Duplik eingereichten Beilagen – sofern sie berücksichtigt werden könnten (vgl. sogleich nachfolgende Erwägungen) – die beschriebene Situation bestätigen. So schrieb S.K. diverse E-Mails, in welchen er als Geschäftsführer der Berufungsführerin „unterzeichnete“ (...). Mit der E-Mail vom 19. Dezember 2016 schickte er der Berufungsgegnerin ein Besprechungsprotokoll der Behebung vor Ort und eine detaillierte Mängelliste inklusive Fotos. Am 10. Februar 2017 mailte S.K. der Berufungsgegnerin zusätzlich das „Protokoll der Höhenaufmasse in den beiden obersten Wohnungen auf Grund der Mängelrüge“ inklusive Pläne. Die Berufungsführerin scheint demnach bei mindestens einer Besprechung vor Ort und Aufzeichnung der Mängel in eigenem Namen und ohne ersichtliches Auftreten der X GmbH Schweiz in Erscheinung getreten zu sein. Dabei kann offenbleiben, ob diese grundsätzlich als unzulässige Noven bezeichneten (s.o. E. 1.a) Beilagen ausnahmsweise aufgrund der prozessualen Anweisungen der Vorinstanz zu berücksichtigen wären. Denn der Vorderrichter räumte der Berufungsgegnerin ausdrücklich die Möglichkeit ein, nach der Hauptverhandlung eine schriftliche Ergänzung der Duplik und die bereits anlässlich der Hauptverhandlung mitgebrachten Beilagen nachzureichen (vgl. Fristansetzung in ...).

Ob die Nichtberücksichtigung der nachgereichten Beilagen aus novenrechtlichen Gründen mit dem Grundsatz von Treu und Glauben vereinbar wäre oder als treuwidrige Prozessführung bezeichnet werden müsste, kann vorliegend offengelassen werden. Denn auch ohne Berücksichtigung der nachgereichten Beilagen ändert sich nichts am bereits zuvor festgestellten Ergebnis.

Darüber hinaus konnte die garantierende Bank nicht bereits aufgrund des Schreibens vom 25. August 2017 davon ausgehen, dass der Garantieabruf offensichtlich rechtsmissbräuchlich war. Alleine aus der ungenauen Bezeichnung der Unternehmerin im Schreiben vom 25. August 2017 („X GmbH“) musste sie nicht zum Schluss gelangen, dass die Abrufung der Bankgarantie offensichtlich zufolge einer Vertragsverletzung aus einem nicht mit dem Grundvertrag identischen Vertragsverhältnis erfolgte, zumal die Garantienummer, die Garantiesumme und die Bezeichnung der Berufungsgegnerin mit der Bankgarantie übereinstimmten.

(Urteil vom 10. März 2020, ZK1 2019 24; eine Beschwerde in Zivilsachen wurde mit BGer 4A_223/2020 vom 30. Oktober 2020 abgewiesen, soweit darauf einzutreten war; vgl. auch unten A 3.2).

3. Zivilprozessrecht

3.1 Anspruchsgrundlagenkonkurrenz, Kompetenzattraktion

- In einer Rechtssache, die vorwiegend lauterkeitsrechtliche Fragen betrifft und in welcher der Streitwert über Fr. 30'000.00 liegt, ist das Kantonsgericht als einzige kantonale Instanz auch für die Beurteilung angeblicher Vertragsverletzungen aus demselben Lebensvorgang zuständig. Zwar wurde die Klage als gegenstandslos beschrieben, dennoch war die Zuständigkeitsfrage im Rahmen der Kostenverteilung zu klären (Erw. 1).

Aus den Erwägungen:

1. Beim Entscheid, ob eine Streitfrage eine der in Art. 5 Abs. 1 ZPO genannten Spezialnormen beschlägt und diese Bestimmung somit Anwendung findet, hat das Gericht auf die klägerischen Sachvorbringen abzustellen, nicht auf diejenigen des Beklagten (Wey, in: Sutter-Somm/Hasen-

A 3.1

böhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. A., 2016, N 6 zu Art. 5 ZPO; Kantonsgericht des Kantons Graubünden, Urteil ZK2 14 38 vom 10. April 2017, E. 3b, in: sic! 2018, S. 34). Für die geltend gemachten Ansprüche aus unlauterem Wettbewerb ist aufgrund des Streitwerts von über Fr. 30'000.00 gemäss Art. 5 Abs. 1 lit. d ZPO i.V.m. § 19 Abs. 1 EGzOR das Kantonsgericht als einzige kantonale Instanz zuständig. Weil der Kanton Schwyz die Handelsgerichtsbarkeit nicht kennt und die von der Klägerin ebenfalls vorgebrachten Vertragsverletzungen nicht im Katalog von Art. 5 ZPO enthalten sind, wäre grundsätzlich für die zu prosequierenden Vertragsverletzungen nach Ziffer 5 des Rechtsbegehrens (Händlerkontaktverbot) das Bezirksgericht Höfe zuständig (§ 31 Abs. 1 JG; Art. 198 lit. h ZPO) resp. für die Rechtsbegehren in Ziffer 3 (Vertriebsverbot) sowie Ziffer 8 (Auslieferungsverbot) wäre aufgrund der fehlenden Prosequierungsfrist zunächst ein Schlichtungsbegehren beim Vermittleramt Höfe einzureichen (Art. 197 ZPO; § 69 Abs. 1 JG). In Bezug auf das Rechtsbegehren in Ziffer 9 (Mitarbeiterkontaktverbot) bleibt schon fraglich, ob es sich überhaupt (auch) auf eine vertragliche Vereinbarung der Parteien stützt. Diese Frage kann jedoch offenbleiben. Aus der Begründung der Rechtsbegehren geht nämlich ohnehin hervor, dass die Klägerin die angebliche Vertragsverletzung nach Ziffer 3 auch als „unlautere Handlung“, „irreführend“ und „unlauter“ bezeichnete resp. mit „Marktverwirrung“, einer „Verwirrung auf dem Markt“ und „Irreführung“ begründete. Zu Ziffer 5 der Rechtsbegehren führte die Klägerin auch die „Marktverwirrung“ an und bezeichnete das zu verbietende Verhalten als „unlauter“. Das „Auslieferungsverbot“ gemäss Ziffer 8 der Rechtsbegehren begründete sie ebenso u.a. mit einer „Irreführung bei (potentiellen) Kunden, Händlern und Distributoren“ und einer „Verwirrung auf dem Markt“ bzw. „Marktverwirrung“ und qualifizierte die zu unterlassenen Handlungen auch als „unlauter“. Zur Begründung von Ziffer 9 machte die Klägerin u.a. eine „unlautere Mitarbeiterabwerbung“, „unlautere Handlungen“ sowie einen „unlauteren Zweck“ geltend und beschrieb das Verhalten als „unlauter“. Mithin sollen nach Ansicht der Klägerin diese Rechtsbegehren auch lauterkeitsrechtliche Relevanz aufweisen. Damit liegt jeweils, ziffernweise betrachtet, ein einzelner Streitgegenstand vor und folglich steht nicht eine objektive Klagenhäufung, sondern eine Anspruchsgrundlagenkonkurrenz infrage (Domej, in: Heizmann/Loacker [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 2018, Vor Art. 9-13a UWG, N 49; Rüetschi/Roth, in: Hilty/Arpagaus [Hrsg.], Basler Kommentar zum Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 2013, Vor Art. 9-13a UWG, N 15 ff.), wenn nicht ohnehin davon ausgegangen wird, die Rechtsbegehren unterlägen alleine einer lauterkeitsrechtlichen Herleitung.

Der eigentlich vorgesehenen gleichzeitigen Zuständigkeit des Bezirksgerichts Höfe bzw. des Vermittleramts Höfe (für die angeblichen Vertragsverletzungen) und des Kantonsgerichts (für die geltend gemachten Verletzungen des UWG) steht – im Fall der Anspruchsgrundlagenkonkurrenz, in welchem nur ein Streitgegenstand vorliegt – die Rechtshängigkeitssperre resp. sodann die Rechtskraftwirkung entgegen (Art. 59 Abs. 2 lit. d und lit. e ZPO; Rüetschi/Roth, a.a.O., Vor Art. 9-13a UWG, N 19). Auch der Grundsatz der Rechtsanwendung von Amtes wegen, der die umfassende Prüfung einer Rechtssache auf alle Anspruchsgrundlagen verlangt (*iura novit curia*, Art. 57 ZPO) wäre mit der parallelen Zuständigkeit unvereinbar (Rüetschi/Roth, a.a.O., Vor Art. 9-13a UWG, N 19). Deshalb muss eine Kompetenzattraktion zugunsten eines der Gerichte stattfinden (Rüetschi/Roth, a.a.O., Vor Art. 9-13a UWG, N 19; Domej, a.a.O., Vor Art. 9-13a UWG, N 50). Unklar ist jedoch, bei welchem Gericht die Attraktion eintreten soll (Domej, a.a.O., Vor Art. 9-13a UWG, N 50; Rüetschi/Roth, a.a.O., Vor Art. 9-13a UWG, N 20). Das Bundesgericht erklärte in einem Verfahren, in dem sich ein Begehren um vorsorgliche Massnahmen gleichzeitig auf Arbeitsvertragsrecht, Lauterkeitsrecht und Urheberrecht stützte, das nach Art. 5 Abs. 1 lit. a bzw. lit. d UWG für die urheber- bzw. wettbewerbsrechtlichen Ansprüche zuständige Spezialgericht auch für die arbeitsrechtlichen Ansprüche für zuständig, allerdings ohne eingehende Begründung („en raison de la connexité entre les différents fondements de la requête, la prétention fondée sur le droit du travail relève du même tribunal“, BGer, Urteil 4A_478/2011 vom 30. November 2011, E. 1.2; Domej, a.a.O., Vor Art. 9-13a UWG, N 51). Das Obergericht des Kantons Zürich wiederum stellte fest, jedoch nur als obiter dictum, es dürfe mit Fug bezweifelt werden, dass bei derart divergierenden Literaturmeinungen und angesichts des Überwiegens vertraglicher Ansprüche in der Darstellung der Klägerin eine zwingende Kompetenzattraktion beim Handelsgericht als Spezialgericht und demzufolge eine offensichtliche Unzuständigkeit des Einzelgerichts erwogen werden könne (Obergericht des Kantons Zürich, Beschluss LF110069 vom 29. Juli 2011, ZR 110/2011 Nr. 65, E. 2.3.7, insb. E. 2.3.7.3). Das Kantonsgericht des Kantons Graubünden hingegen entschied, gemäss dem Grundsatz der Kompetenzattraktion sei stets das Spezialgericht sachlich zuständig, wenn sich eine spezialgerichtliche Zuständigkeit und eine obligationenrechtliche Zuständigkeit konkurrieren würden, was sogar dann gelte, wenn die spezialgerichtlichen Themen lediglich als Vorfragen oder Einreden zu prüfen seien (Kantonsgericht des Kantons Graubünden, Urteil ZK2 14 38 vom 10. April 2017, in: sic! 2018, S. 34). Die Literatur schlägt überdies vor, dem Kläger ein Wahlrecht zuzugestehen (David et al., in: von Büren/David [Hrsg.], Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Band I/2, 3. A., 2011, N 59) oder auf den Schwerpunkt der Anspruchs begründung abzustellen

A 3.1

(Fornage/Chabloz, in: Martenet/Pichonnaz [Hrsg.], *Commentaire romand Loi contre la concurrence déloyale*, 2017, N 50 zu Rem. lim. aux Art. 9-11 LCD; so auch der Justizhof des Kantons Genf, Verfügung ACJC/355/2018 vom 20. März 2018, E. 1.1). Letztere Lösung scheint jedoch nur schon wegen der Unwägbarkeiten der Frage, welche Teile der Klagebegründung konkret im Vordergrund stehen, wenig praktikabel (vgl. Domej, a.a.O., Vor Art. 9-13a UWG, N 53). Das Wahlrecht wiederum würde die Zuständigkeit der einzigen kantonalen Instanz gemäss Art. 5 ZPO für die dort genannten Spezialmaterialien in die Beliebigkeit Privater stellen und damit wohl oft aushebeln, was mit dem Anliegen, die Fachkompetenz für solche Streitigkeiten kantonal zu bündeln, unvereinbar erscheint (vgl. Domej, a.a.O., Vor Art. 9-13a UWG, N 54). Das Argument der Bündelung der Fachkompetenz spricht ebenso gegen die alleinige Zuständigkeit der unteren kantonalen Instanzen, jedenfalls im Kanton Schwyz mit sechs erstinstanzlichen Zivilgerichten. Dazu kommt, dass der Gesetzgeber mit der Schaffung einziger kantonalen Instanzen nicht nur die Fachkenntnisse für gewisse komplexe Spezialmaterien an einer Stelle konzentrieren wollte, sondern durch den Wegfall einer kantonalen Instanz sollten auch die Verfahren beschleunigt werden (vgl. Protokoll der vorberatenden Nationalratskommission zu Geschäft Nr. 06.062, 23./24. August 2007, S. 10, und Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 28. Juni 2006, S. 7260). Diese Anliegen setzt am besten die Auffassung um, solche Klagen allein auf Stufe der oberen kantonalen Instanz, vorliegend mithin beim Kantonsgericht, zu bündeln (so auch Domej, a.a.O., Vor Art. 9-13a UWG, N 55; Rüetschi/Roth, a.a.O., Vor Art. 9-13 UWG, N 21; Spitz/Stahelin, in: Jung/Spitz [Hrsg.], *Kommentar zum Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, 2. A., 2016, Vor Art. 9-13a UWG, N 133; Vetter/Brunner, *Die sachliche Zuständigkeit der Handelsgerichte – eine Zwischenbilanz*, ZZZ 32/2013, 254, 262). Diese Lösung entspricht zudem der bisherigen Praxis des Kantonsgerichts (Verfügung GPR 2019 13 vom 27. Februar 2020, E. 4.b.dd) und stimmt überdies mit einem publizierten Entscheid des Bundesgerichts vor Inkrafttreten der ZPO überein (BGE 92 II 305, E. 5). Das Kantonsgericht ist mithin auch für die Beurteilung der Rechtsbegehren in den Ziffern 3, 5, 8 (und 9) zuständig. Im Übrigen sind auch die Voraussetzungen der objektiven Klagenhäufung, also was das Verhältnis der einzelnen Rechtsbegehren zueinander betrifft, gegeben (Art. 90 lit. a und lit. b ZPO, was weder die Klägerin noch die Beklagte thematisierte).

(Beschluss vom 5. Juni 2020, ZK1 2018 17 = CAN 4-20 Nr. 61 mit Bemerkungen).

3.2 Duplikergänzung nach mündlicher Hauptverhandlung

- *Nachdem sich die Beklagte/Berufungsgegnerin bereits zwei Mal uneingeschränkt äussern konnte (schriftliche Klageantwort und mündliche Duplik) und der Vorderrichter anlässlich der Hauptverhandlung das Behauptungsstadium schloss sowie mit der Parteibefragung das Beweisstadium eröffnete, trat der Aktenschluss ein, sodass der Vorderrichter die Berufungsgegnerin nicht mit nachträglicher Verfügung zur schriftlichen Ergänzung der Duplik hätte auffordern dürfen (Erw. 1.a/cc und dd).*

Aus den Erwägungen:

1. a) (...).

cc) Jede Partei hat im Verlaufe des Prozesses (nur) zwei Mal die Möglichkeit, sich unbeschränkt zu äussern, d.h. unbeschränkt neue Tatsachen und Beweismittel vorzutragen (Urteil BGer 4A_338/2017 vom 24. November 2017, E. 2.1). Wird nach dem ersten Schriftenwechsel (Klage und Klageantwort) direkt zur mündlichen Hauptverhandlung vorgeladen, wie dies vorliegend der Fall war, so können neue Tatsachen und Beweismittel zu Beginn der Hauptverhandlung unbeschränkt vorgebracht werden (Art. 229 Abs. 2 ZPO). Danach tritt der Aktenschluss ein, wodurch Noven nur noch unter den Voraussetzungen von Art. 229 Abs. 1 ZPO vorgebracht werden können (Leuenberger, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, Kommentar zur ZPO, 3. A., Zürich/Basel/Genf 2016, N 4a zu Art. 229 ZPO).

dd) Anlässlich der Hauptverhandlung vom 18. Oktober 2018 plädierte die Berufungsführerin (Klägerin) gemäss schriftlichen Repliknotizen und ergänzte diese mündlich. Auf Antrag des Rechtsanwaltes der Berufungsgegnerin um Fristansetzung zur schriftlichen Duplik ordnete die Gerichtsleitung an, der Parteivortrag sei mündlich zu halten. Danach würde Gelegenheit gegeben, diesen schriftlich einzureichen. Nach einer ca. halbstündigen Unterbrechung der Verhandlung duplizierte die Berufungsgegnerin mündlich. Mit der mündlichen Duplik äusserte sie sich über fünf Seiten relativ umfassend zur Replik, ohne dabei vorzubringen, zu welchen Punkten sie nicht mündlich Stellung nehmen könne. Die Berufungsgegnerin konnte sich somit im Rahmen der mündlichen Duplik ein zweites Mal unbeschränkt äussern. Indem der Vorderrichter danach eine kurze Parteibefragung vornahm, schloss er das Behauptungsstadium der Hauptverhandlung ab und eröffnete das Beweisstadium (vgl. Willisegger, in: Basler Kommentar zur ZPO, 3. A., Basel 2017, N 3 f. zu Art. 228 ZPO). Mit Abschluss

A 3.3

des Behauptungsstadiums trat der Aktenschluss ein, sodass allfällige Noven danach nur noch eingeschränkt vorgebracht werden konnten. Die Vorschriften betreffend Novenrechtsschranke (Art. 229 ZPO) sind für das Gericht zwingend, ansonsten der Zeitpunkt des Aktenschlusses in das Ermessen des Gerichts gestellt würde und eine Partei von vornherein nie wüsste, wann der Aktenschluss eintritt. Ein solches Vorgehen widerspräche einem geordneten und für die Parteien berechenbaren Prozessablauf (zur Publ. vorgesehenes Urteil BGer 4A_338/2017 vom 24. November 2017, E. 2.1 und 2.4.3). Ein dritter Schriftenwechsel, d.h. das Einreichen einer Triplik oder Quadruplik, ist unzulässig (Willisegger, a.a.O., N 12 zu Art. 225 ZPO). Nachdem sich die Berufungsgegnerin bereits zwei Mal uneingeschränkt äussern können (Klageantwort und mündliche Duplik), hätte der Vorderrichter die Berufungsgegnerin nicht mit der Verfügung vom 22. Oktober 2018 zur schriftlichen Ergänzung der Duplik auffordern dürfen. Allfällige Noven in der Eingabe vom 14. Januar 2019 („Duplik“) können daher nicht berücksichtigt werden. Indessen durfte sich die Berufungsgegnerin mit dieser Eingabe im Rahmen ihres unbedingten Replikrechts äussern, sodass nicht die gesamte Rechtschrift als unbeachtlich zu gelten hat. (...).

(Urteil vom 10. März 2020, ZK1 2019 24; vgl. auch oben A 2.6).

3.3 Protokollberichtigung

- *Das Protokollberichtigungsbegehren wurde nicht rechtzeitig gestellt (Erw. 3.b).*
- *Das schriftliche Protokoll erfasst die Vorkommnisse einer Verhandlung in ihren für den Ausgang des Verfahrens erheblichen „präsentischen Effekten“: Novenbehauptungen sind ungeachtet ihrer Zulässigkeit zu protokollieren (Erw. 4.a), das Protokoll kann nicht zufolge späterer Erkenntnisse vervollständigt werden (Erw. 4.b) und die Rügemöglichkeiten im Rechtsmittelverfahren gegen die Abweisung eines Protokollberichtigungsbegehrens sind beschränkt (Erw. 4.c).*

Aus den Erwägungen:

3. Über Gesuche um Protokollberichtigung entscheidet das Gericht (Art. 235 Abs. 3 ZPO) in Form einer prozessleitenden Verfügung (Leuenberger, in Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, Kommentar, 3. A. 2016, Art. 235 N 20). (...).

a) (...).

b) Das Protokollberichtigungsgesuch ist an keine gesetzliche Frist gebunden, muss aber sobald als möglich (Willisegger, BSK, 3. A. 2017, Art. 235 ZPO N 45) bzw. umgehend nach Kenntnisnahme des Protokolls (Leuenberger, a.a.O., Art. 235 ZPO N 18) oder unverzüglich nach Kenntnisnahme des behaupteten Fehlers (Killias, BEK, Art. 235 ZPO N 19; Naegeli/Richers, KUKO, 2. A. 2014, Art. 235 ZPO N 14 und 17; Engler, OFK, 2. A. 2015, Art. 235 ZPO N 8) gestellt werden. Vorliegend erhielt der Anwalt das angeforderte Protokoll zusammen mit dem Entscheid vom 6. September 2019 zugestellt und konnte es mithin am 10. September 2019 zur Kenntnis nehmen. Das erst nach Erklärung der Berufung durch die Beschwerdeführerinnen mit der Berufungsantwort vom 11. Oktober 2019 gestellte Protokollberichtigungsgesuch ist unter diesen Umständen verspätet und darauf hätte der Vorderrichter gar nicht eintreten müssen. Mithin haben die Beschwerdeführerinnen kein schützenswertes Interesse, ein abgewiesenes Protokollberichtigungsgesuch beurteilen zu lassen, auf das schon erstinstanzlich gar nicht hätte eingetreten werden sollen. Auch daher rechtfertigt es sich, auf die Beschwerde nicht einzutreten.

4. Schliesslich besteht weder aufsichtsrechtlich noch in der Sache Anlass, auf die Beschwerde näher einzugehen bzw. eine Protokollberichtigung anzuordnen, wie die nachfolgenden Erwägungen zeigen:

a) Zum einen rügen die Beschwerdeführerinnen keine Verletzungen von kantonrechtlichen Protokollierungsvorschriften (vgl. dazu Willisegger, a.a.O., Art. 235 ZPO N 1 ff.). Zum anderen gehören rechtliche Ausführungen (BGer 4A_571/2010 vom 31. Januar 2011 E. 2.1; Leuenberger, a.a.O., Art. 235 ZPO N 12 mit Hinw. auf Botschaft; Willisegger, ebd. N 31) und Wiederholungen zur Sache (Willisegger, ebd. N 32) nicht ins Protokoll. Behauptete Noven müssen zwar unabhängig von der Beurteilung ihrer Zulässigkeit protokolliert werden (Willisegger, ebd. N 32 in fine), da deren Zulässigkeit wie auch die Wesentlichkeit von Vorbringen im Allgemeinen, wie die Beschwerdeführerinnen an sich zutreffend geltend machen, nicht durch den Protokollierungsakt (bzw. durch Nichtprotokollieren) entschieden werden darf. Die Beschwerdeführerinnen legen (...) nicht dar, inwiefern die Parteien konkrete, als zulässig behauptete Noven vorgebracht hätten, die nicht protokolliert worden wären.

b) Dass im Nachgang zum erstinstanzlichen Verfahren die Beschwerdeführerinnen aufgrund von Akten, in welche sie Einsicht nehmen konnten, von einer „Verschwörung“ zwischen der Beschwerdegegnerin und dem Willensvollstrecker überzeugt sind, ändert an dieser Einschätzung (vgl. oben lit. a) nichts. Das schriftliche Protokoll erfasst die Vorkommnisse einer Verhandlung in ihren für den Ausgang des Verfahrens erheblichen

A 3.4

(Bohnet/Droese, ZPO Präjudizienbuch, Art. 235 ZPO N 1 und 3) „präsen-tischen Effekten“ (dazu vgl. Capus/Stoll, ZStrR, 2013 S. 206 f.; Vismann, Akten, 3. A. 2011, S. 86 f.). Mit anderen Worten weist das Protokoll ein mündliches Verhandlungsgeschehen in der Vergangenheit nach und schliesst dieses zugleich ab. Der Protokollinhalt kann daher nicht bezüglich späterer Erkenntnisse im weiteren Prozessverlauf vervollständigt werden.

c) Wegen der Natur des Protokolls ist im Rechtsmittelverfahren gegen die Abweisung eines Berichtigungsbegehrens auch der Beschwerdegrund der offensichtlich unrichtigen Feststellung des Sachverhalts (Art. 320 lit. b ZPO) nicht gegeben. Die Beschwerdeinstanz verfügt zufolge fehlender „Kopräsenz zur Aktion“ (Capus/Stoll, ebd.) nicht über die Erinnerungsbasis und damit das Wissen über die verhandelten Vorkommnisse (vgl. Willisegger, ebd. N 48; Killias, a.a.O., Art. 235 ZPO N 20; Engler, a.a.O., Art. 235 ZPO N 8a), welche abgesehen vom Protokoll nicht aktenkundig sind. Sie kann deshalb offensichtliche Unrichtigkeiten des Protokolls gar nicht feststellen und entsprechende, vorliegend jedoch fehlende (vgl. oben E. 3.a) Parteibehauptungen nicht überprüfen. Aus diesen Gründen ist das Protokoll zumindest insoweit gar kein taugliches Anfechtungsobjekt (vgl. BGer 1B_96/2015 vom 17. Juli 2015 E. 2). Zwar besteht eine grosse Verantwortung für die korrekte Protokollierung, aber doch keine Beweislastregel zu Lasten des Vorderrichters, wie sie die Beschwerdeführerinnen postulieren.

(Beschluss vom 6. April 2020, ZK2 2019 77).

3.4 Anfechtbarkeit von Abschreibungsentscheiden

- *Die Beschwerde nach Art. 319 ZPO bleibt zulässig, wenn das Vorliegen einer Klageanerkennung als prozessuale Voraussetzung für die Verfahrensabschreibung umstritten ist (Erw. 2.a).*

Aus den Erwägungen:

2. Die Beschwerde ist nach Art. 319 ZPO unter anderem zulässig gegen nicht berufungsfähige erstinstanzliche Endentscheide (lit. a) und andere erstinstanzliche Entscheide und prozessleitende Verfügungen, wenn durch sie ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht (lit. b Ziff. 2).

a) Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts bildet der Abschreibungsbeschluss kein Anfechtungsobjekt, welches mit Beschwerde oder

Berufung nach ZPO angefochten werden kann. Es steht einzig die Revision als Rechtsmittel offen, wobei sich die Revisionsgründe gegen die Dispositionsakte der Parteien richten und Willensmängel im Vordergrund stehen (BGE 139 III 133, Regeste und E. 1.2; BGer, Urteile 4A_441/2015 vom 24. November 2015 E. 3.2 und 5A_521/2015 vom 11. Februar 2015 E. 2). Entsprechend der Praxis des Kantonsgerichts wird indessen in Fällen, in denen das Vorliegen einer Klageanerkennung als prozessuale Voraussetzung für die Verfahrensabschreibung umstritten ist, die Anfechtbarkeit der Abschreibungsverfügungen bejaht (EGV-SZ 2013, A.3.5, E. 3a.aa). Jedoch fehlt es am Anfechtungsobjekt für eine Berufung, weil die Abschreibungsverfügung weder ein Zwischen- noch ein Endentscheid ist (ebd. E. 3b.bb), weshalb die Abschreibungsverfügung als anderer erstinstanzlicher Entscheid i.S.v. Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO mit Beschwerde anfechtbar ist (ebd. E. 3b.aa; vgl. auch die entsprechende Praxis anderer kantonaler Gerichte, so Beschluss des Obergerichts des Kantons Zürich PD190004-O vom 6. Mai 2019, E. 2a; Beschluss und Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich RU130067-O vom 18. März 2014, E. 2; vgl. Entscheid des Kantonsgerichts Neuenburg CACIV.2013.44 vom 11. Bild-Februar 2014, E. 1; sowie Baeckert/Wallmüller, Rechtsmittel bei Beendigung des Verfahrens durch Entscheidsurrogat [Art. 241 ZPO], in: ZZZ 2014/2015, Nr. 33/34, S. 17 f., m.w.H.). Zwar hielt das Bundesgericht im Gegensatz dazu fest, ein Abschreibungsentscheid i.S.v. Art. 241 Abs. 3 ZPO bilde einen Endentscheid, da er bezwecke, das Verfahren formell abzuschliessen (BGE 139 III 478, nicht publizierte, E. 7.2 des Urteils 4A_137/2013 vom 7. November 2013 = Pra 103 [2014] Nr. 46). Allerdings ist aktuell eine Änderung der Zivilprozessordnung resp. die Schaffung eines neuen Art. 241 Abs. 4 ZPO vorgesehen, wonach der Abschreibungsentscheid mit Beschwerde anfechtbar sein wird (vgl. erläuternder Bericht zur Änderung der Zivilprozessordnung [Verbesserung der Praxistauglichkeit und der Rechtsdurchsetzung] vom 2. März 2018), weshalb von einer Änderung der vorstehend dargestellten Praxis des Kantonsgerichts abzusehen ist. Mithin bleibt die Erhebung der Beschwerde zulässig in Fällen, in denen das Vorliegen einer Klageanerkennung als prozessuale Voraussetzung für die Verfahrensabschreibung umstritten ist. (...).

(Beschluss vom 24. August 2020, ZK2 2019 55).

4. Strafrecht

4.1 Strafzumessung

- Grundsätze der Strafzumessung bei teilweiser retrospektiver Konkurrenz.
- Die Art und die Höhe der Strafe sind für jede begangene Tat einzeln zu bestimmen (Erw. 3.b).

Aus den Erwägungen:

3. a) (...)

b) Im Falle einer retrospektiven Konkurrenz ist in einem ersten Schritt die Strafe für die Taten zu bestimmen, die vor dem rechtskräftigen früheren Urteil begangen wurden (BGE 145 IV 1, E. 1.3 = Pra 108 [2019] Nr. 137; Mathys, Leitfaden Strafzumessung, 2. A. 2019, N 550). Kommt für diese Taten die gleiche Strafart wie im Ersturteil in Betracht, hat das Gericht in Anwendung von Art. 49 Abs. 2 StGB eine Zusatzstrafe auszufällen (Mathys, a.a.O., N 550). Die Zusatzstrafe ist die infolge Asperation mit der Grundstrafe reduzierte Strafe für die neu zu beurteilenden Taten (BGE 142 IV 265, E. 2.4.4). Sie ist gemäss Art. 49 Abs. 2 StGB in der Weise zu bestimmen, dass der Täter nicht schwerer bestraft wird, als wenn die strafbaren Handlungen gleichzeitig beurteilt worden wären. Diese Bestimmung will das in Art. 49 Abs. 1 StGB verankerte Asperationsprinzip auch bei retrospektiver Konkurrenz gewährleisten (BGE 142 IV 265, E. 2.3.1). In diesem Sinne hat das Gericht die rechtskräftige Grundstrafe und die von ihm für die neu zu beurteilenden Taten auszusprechenden Strafen nach den Grundsätzen von Art. 49 Abs. 1 StGB zu schärfen (BGE 142 IV 265, E. 2.4.4). Zu diesem Zweck stellt das Gericht fest, welches (neue oder abgeurteilte) Delikt aufgrund der abstrakten Strafdrohung als schwerste Straftat zu gelten hat (Mathys, a.a.O., N 541, Ziff. 6). Sind mehrere Straftatbestände mit gleichem Strafrahmen zu beurteilen, gilt jene Tat als die schwerste, die im konkreten Fall die höchste Strafe nach sich zieht (Mathys, a.a.O., N 485). Wenn die schwerste Straftat in der (rechtskräftigen) Grundstrafe enthalten ist, so ist diese unverändert zu übernehmen und bildet die Einsatzstrafe, welche aufgrund der einzelnen Strafen für die neu zu beurteilenden Delikte angemessen zu erhöhen ist (Mathys, a.a.O., N 541, Ziff. 7–9; vgl. BGE 142 IV 265, E. 2.4.4). Bei der Strafschärfung hat das Gericht zu beachten, dass es das Höchstmass der angedrohten Strafe um nicht mehr als die Hälfte erhöhen darf und

dass es an das gesetzliche Höchstmass der Strafart gebunden ist (vgl. Art. 49 Abs. 1 StGB). Das Gericht muss die Art und die Höhe der Strafe für jede begangene Tat einzeln bestimmen (BGE 144 IV 313, E. 1.1.1 f. = Pra 108 [2019] Nr. 58; vgl. BGE 144 IV 217, E. 3.5.4; vgl. Mathys, a.a.O., N 508 und N 560 f.). Die Erhöhungsstrafen und die Einsatzstrafe ergeben zusammen nach Berücksichtigung allfälliger Täterkomponenten (vgl. nachstehend, E. 4c) die sog. hypothetische Gesamtstrafe. Zieht man von dieser hypothetischen Gesamtstrafe die rechtskräftige Grundstrafe des Ersturteils ab, resultiert die auszufällende Zusatzstrafe (vgl. Mathys, a.a.O., N 541, Ziff. 9–13).

In einem zweiten Schritt ist eine von der Zusatzstrafe unabhängige Strafe für die nach dem Ersturteil begangenen Delikte festzusetzen. Bei mehreren Delikten ist für die mit der gleichen Strafart zu ahndenden Taten in Anwendung des vorstehenden beschriebenen Asperationsprinzips eine Gesamtstrafe zu bilden (Mathys, a.a.O., N 551; BGE 145 IV 1, E. 1.3 = Pra 108 [2019] Nr. 137).

In einem dritten und letzten Schritt sind die Zusatzstrafe für die vor dem Ersturteil begangenen Taten und die (Gesamt-)Strafe für die nach dem Ersturteil begangenen Taten zusammenzuzählen (Mathys, a.a.O., N 552; BGE 145 IV 1, E. 1.3 = Pra 108 [2019] Nr. 137).

(Urteil vom 11. Februar 2020, STK 2019 30; eine Beschwerde in Strafsachen wurde mit BGer 6B_597/2020 vom 10. Februar 2021 abgewiesen, soweit darauf einzutreten war).

4.2 Fahrlässige Körperverletzung

- Der mit einem Velofahrer kollidierende Lenker eines Personenwagens macht sich mangels ersichtlicher körperlicher Verletzungen und Nachweises von mit dem Unfall korrelierenden erheblichen psychischen Verletzungen keiner fahrlässigen Körperverletzung strafbar (Erw. 3).

Aus den Erwägungen:

3. Wer vorsätzlich einen Menschen in anderer als schwerer (dazu vgl. Art. 122 StGB) Weise an Körper oder Gesundheit schädigt, wird auf Antrag mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft (Art. 123 Ziff. 1 Abs. 1 StGB). Gleichermassen wird auf Antrag bestraft, wer fahrlässig einen Menschen am Körper oder an der Gesundheit schädigt (Art. 126 Abs. 1 StGB). Weil fahrlässige Tötlichkeiten nicht strafbar sind, ist ein Mindestmass an Beeinträchtigung (vgl. Roth/Keshelava, BSK, 4. A. 2019, Art. 125 StGB N 2) sowie ein Kausalzusammenhang zwischen der

A 4.2

fraglichen Handlung und der Verletzung erforderlich (Donatsch, OFK, 20. A. 2018, Art. 122 StGB Rz 2).

a) Weder ein Aufprall mit dem Kopf, ein Schädelhirntrauma, erhebliche Gedächtnisverluste noch Prellungen oder Stauchungen der Halswirbelsäule sind als Folgen des Unfalls nachgewiesen. Ebenso wenig konnten Schäden am Auto und am Velo festgestellt werden, so dass davon ausgegangen werden muss, dass die Fahrzeuge nicht kollidierten und die Kollision einzig darin bestand, dass die rechte Gesässbacke der Privatklägerin durch das Fahrzeug der Beschuldigten unmittelbar schmerzlos berührt wurde. Soweit sich die Privatklägerin vom Auto der Beschuldigten bloss schmerz- und sturzlos vorwärtsgeschoben spürte, liegt keine Körperverletzung vor. Dass der Unfall in seinen Auswirkungen insofern beschränkt war, bestätigen die medizinischen Diagnosen der Notfallpraxis (...), welche physisch weder Verletzungen noch einen Schockzustand feststellten. Soweit die Privatklägerin der Notfallpraxis zwei Tage nach dem Unfall Erinnerungslücken, Schreckreaktion, Zittern am ganzen Körper, verminderter Appetit, Schlafstörungen und zweimaliges Erbrechen schilderte, sind diese Symptome medizinisch als Körperverletzungen nicht belegt und vermögen angesichts der geringen Kollisionsintensität bzw. der Unfallsituation (oder Unfallbildes) auch keinen posttraumatischen Schock zu belegen. Die Beschwerden erreichten abgesehen davon das objektiv, namentlich betreffend psychischer Verletzungen zur Annahme einer Körperverletzung vorausgesetzte erhebliche Ausmass (dazu Donatsch, ebd.) nicht.

b) Soweit die Privatklägerin später bei der Hausärztin Schmerzen an der gesamten Wirbelsäule, Vergesslichkeit und Konzentrations- und Orientierungsstörungen beklagte, sind diese Beschwerden zum einen ebenfalls medizinisch nicht diagnostiziert, sondern beruhen wie schon gesagt auf den Schilderungen der Privatklägerin, und sollen sich weitestgehend zurückgebildet haben. Selbst wenn man einräumt, dass diese und weitere Beschwerden wie Kopfschmerzen, die sich zwischenzeitlich ebenfalls gebessert hatten, nicht einfach zu objektivieren sind, können diese angesichts der geringen Kollisionsintensität nicht als unfallbedingt betrachtet werden, zumal in der Frage des Kausalzusammenhanges hier strafrechtlich zwar korrelative, aber keine normativen Überlegungen angestellt werden können (vgl. Donatsch, a.a.O., Art. 12 StGB N 14; Niggli/Maeder, BSK, 4. A. 2019, Art. 12 StGB N 90 ff.). Vorliegend korrelieren die Beschwerden mit dem geringfügigen Unfall umso weniger, als sie erst nach einer Verschlechterung mit deutlich verändertem Schmerzbild nach dem Jahreswechsel Anlass zu weiteren Untersuchungen und der Strafanzeige gaben. Für die Vermutung der Privatklägerin, dass die laut neuropsychologischer Untersuchung neu vorliegenden Beschwerden auf den Unfall zu-

rückzuführen sind, lässt sich dem Bericht keine Anhaltspunkte entnehmen. Damit fehlt es abgesehen von der mangelnden Objektivierung am Nachweis des Kausalzusammenhanges zwischen dem Unfall und den erst Tage bzw. Monate nach dem Unfall beschriebenen Gesundheitsproblemen.

Aus diesen Gründen ist die Beschuldigte auch in der Sache vom Vorwurf der fahrlässigen Körperverletzung freizusprechen. (...).

(Urteil vom 20. Oktober 2020, STK 2020 5 und 6).

4.3 Einziehung des Gewinns

- Einziehungsvoraussetzungen (Erw. 3): Kugelschreiber mit integrierten Kameras, die heimliche Aufnahmen bezwecken, erfüllen den objektiven Tatbestand einer Anlasstat im Sinne von Art. 179^{sexies} StGB (Erw. 3.a). Die Tat ist vorliegend auch subjektiv tatbestandsmässig (Erw. 3.b).

Aus den Erwägungen:

3. Nach Art. 70 Abs. 1 StGB verfügt das Gericht – bzw. wie vorliegend selbständig die Staatsanwaltschaft (Art. 377 Abs. 2 StPO) – die Einziehung von Vermögenswerten, die durch eine Straftat erlangt wurden, sofern sie nicht dem Verletzten zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes ausgehändigt werden. Die Einziehung ist ausgeschlossen, wenn ein Dritter die Vermögenswerte in Unkenntnis der Einziehungsgründe erwarb und soweit er für sie eine gleichwertige Gegenleistung erbrachte oder die Einziehung ihm gegenüber sonst eine unverhältnismässige Härte darstellen würde (Art. 70 Abs. 2 StGB). Das Recht zur Einziehung verjährt vorbehaltlich längerer Verjährungsfristen für die Verfolgung der Straftat nach sieben Jahren (Art. 70 Abs. 3 StGB). Sind die der Einziehung unterliegenden Vermögenswerte nicht mehr vorhanden, so erkennt das Gericht nach Art. 71 Abs. 1 StGB auf eine Ersatzforderung des Staates in gleicher Höhe, gegenüber einem Dritten jedoch nur, soweit dies nicht nach Art. 70 Abs. 2 StGB ausgeschlossen ist. Als Anlasstat der Ausgleichseinziehung oder Ersatzforderung kommen alle strafbaren Handlungen des eidgenössischen und kantonalen Rechts unabhängig von der Deliktsart in Frage. Die Straftat muss weder gegen das Vermögen noch auf eine unrechtmässige Bereicherung gerichtet sein. Die Einziehung oder Ersatzforderung erfolgt bzw. besteht grundsätzlich ohne Rücksicht auf die Strafbarkeit einer bestimmten Person. Es genügt eine objektiv und subjektiv tatbestandsmässige und rechtswidrige Tat. Gegen Dritte findet die Einziehung allein in Art. 70

A 4.3

Abs. 2 und Abs. 3 StGB ihre Schranken. Erforderlich ist ein Kausalzusammenhang zwischen der Straftat und dem erlangten Vermögenswert. Der Vorteil muss nach der Rechtsprechung „in sich“ unrechtmässig sein. Dies ist der Fall, wenn die fragliche Handlung objektiv verboten ist. Die einziehungsbegründenden Umstände sind gemäss den üblichen strafprozessualen Grundsätzen zu beweisen (dazu auch BEK 2015 13 vom 7. März 2016 E. 8.c/bb). In analoger Anwendung der Unschuldsvermutung müssen sich Zweifel an den Einziehungsvoraussetzungen zugunsten des davon Betroffenen auswirken (BGer 6B_871/2018 vom 26. April 2019 E. 2.1.1 f. m.H.).

a) Als Anlasstat steht das Inverkehrbringen und Anpreisen von Abhör-, Ton- und Bildaufnahmegeräte nach Art. 179^{sexies} StGB infrage, wonach mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft wird, wer technische Geräte, die insbesondere dem widerrechtlichen Abhören oder der widerrechtlichen Ton- oder Bildaufnahme dienen, herstellt, einführt, ausführt, erwirbt, lagert, besitzt, weiterschafft, einem andern übergibt, verkauft, vermietet, verleiht oder sonst wie in den Verkehr bringt oder anpreist. Die Staatsanwaltschaft geht davon aus, dass die unbestritten von der Beschwerdeführerin verkauften Kugelschreiber mit integrierter Überwachungskamera Tatobjekte im Sinne von Art. 179^{sexies} StGB sind, weil aufgrund ihrer Tarnung als portabler Alltagsgegenstand sie zum heimlichen Abhören geeignet und bestimmt sind, zumal die Beschwerdeführerin die Geräte in dieser Eigenschaft anpries und verkaufte (angef. Verfügung E. 2 lit. b). Diese Auffassung ist nicht zu beanstanden: Wichtigstes Charakteristikum von tatbestandsmässigen Geräten ist die Tarnung, die es verunmöglicht, das Gerät wegen seiner äusseren Erscheinungsform in seiner eigentlichen Zweckbestimmung zu erkennen (Donatsch, OFK, 20. A. 2018, Art. 179^{sexies} StGB N 1). Tatobjekt ist mithin das Gerät, das gerade den heimlichen Gebrauch ermöglichen soll (Stratenwerth/Jenny/Bommer, Schweizerisches Strafrecht BT I, 7. A. 2010, § 12 N 64; Ramel/Vogelsang, BSK, 4. A. 2019, Art. 179^{sexies} StGB N 4). Es muss nicht ausschliesslich illegalen Zwecken dienen, sondern es genügt, wenn es sich aus objektiver Sicht erfahrungsgemäss im besonderen Masse dazu eignet, namentlich ein verstecktes Vorgehen ermöglicht (Donatsch, Strafrecht III, 11. A. 2018, S. 436 m.H.), was (...) auch in der Lehre (Trexsel/Lieber, PK, 3. A. 2018, Art. 179^{sexies} StGB N 2) bei Kugelschreibern angenommen wird. Im Unterschied zu den von der Beschwerdeführerin genannten Geräten haben Kugelschreiber mit integrierten Kameras offensichtlich den Zweck, heimliche Aufnahmen zu erstellen. So bewirbt die Beschwerdeführerin ihre getarnten Überwachungskameras für den mobilen Einsatz wie folgt:

Beim Filmen von Überwachungsvideos oder der Beschattung verdächtiger Personen wird meist Wert auf ein diskretes Auftreten gelegt. Fühlt die Zielperson sich beobachtet oder verfolgt, lassen sich keine natürlichen Reaktionen erzielen. Hier helfen spezielle Mini-Kameras in getarnter Ausführung. Armbanduhren mit Aufnahmefunktion und integriertem Speicher erlauben das unauffällige Anfertigen von Videos in alltäglichen Situationen. Einen stabilen Bildwinkel bieten Anstecker mit klassischen Motiven. Sie lassen sich auf Brusthöhe tragen und zeichnen unbemerkt auf. Zu den Klassikern getarnter Überwachungskameras zählen modifizierte Kugelschreiber. Aus einschlägigen Agentenfilmen bestens bekannt, lassen sie sich in jeder Umgebung unbemerkt zücken und starten auf Knopfdruck die Aufnahme.

Damit ist die eigentliche Gebrauchsbestimmung der „modifizierten“ Kugelschreiber identifiziert. Offensichtlich werden durch das Inverkehrbringen von solchen Geräten, die getarnt technisch über ihre erkennbaren Schreibfunktionen hinaus aufgerüstet sind, unbefugtes Beobachten und Aufnehmen (Art. 179^{bis} ff. StGB) von unbefangenen und vertraulichen Persönlichkeitsentfaltungen (dazu Donatsch, OFK, 20. A. 2018, Art. 179^{bis} StGB N 1) vorbereitet, was das Gesetz verbietet (dazu vgl. Ramel/Vogel-sang, ebd. N 1a und 2). Der Vergleich der Beschwerdeführerin mit Smartphones mit S-Pens hinkt, da bei diesen Geräten die Aufnahmetechniken bislang nicht vollständig hinter einer durch die klassische Gegenstandsform (Kugelschreiber) erkenntlich gemachte Funktion verborgen sind, weil die S-Pens nicht ohne Smartphones als Aufnahmegeräte verwendbar und abgesehen davon nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens sind. Die Behauptung, dass die inkriminierten Kugelschreiber das Sortiment im Bereich der Gebäudesicherung komplettieren würden, ist nicht nachvollziehbar und ändert angesichts der zitierten Anpreisungen nichts an der offensichtlichen Zweckbestimmung zu mobilen heimlichen Überwachungen, welche die Privatsphäre (Art. 13 und 35 Abs. 3 BV) tangieren.

b) Die Einziehung erfolgt grundsätzlich ohne Rücksicht auf die Strafbarkeit einer bestimmten Person (vgl. oben vor lit. a), weshalb entgegen der Behauptungen der Beschwerdeführerin es nicht auf das konkrete Wissen ihrer Verantwortlichen ankommt, gegen welche die Staatsanwaltschaft das Verfahren zufolge Wiedergutmachung einstellte. Ohnehin genügt es, dass der Ankauf und der Verkauf der Kugelschreiber im Bewusstsein um die hauptsächliche Möglichkeit erfolgten, die angepriesenen Geräte zu heimlichen, in die Privatsphäre eindringenden Aufnahmen zu verwenden – eine Tatsache, welche das oben wiedergegebene Zitat (vgl. lit. a) offensichtlich nachweist und welche die Beschwerdeführerin bzw. ihre Verantwortlichen ebenfalls in strafbarer Weise nicht verhinderten (Art. 179^{sexies} Ziff. 2 StGB). Abgesehen davon greifen Tatbestandsumschreibungen in der sozi-

A 4.4

alen Wirklichkeit vorhandene Wertungen auf, weshalb Subsumtionsirrtümer prinzipiell unbeachtlich sind (etwa Niggli/Maeder, BSK, 4. A. 2019, Art. 12 StGB N 27) bzw. das Wissen um die Strafbarkeit nicht zum Vorsatz gehört (Donatsch, OFK, 20. A. 2018, Art. 12 StGB N 6 m.H.). Die zitierten Anpreisungen der Beschwerdeführerin lassen ebenso darauf schliessen, dass Ankauf und Verkauf der Kugelschreiber gewollt und bewusst erfolgten, um Vorteile aus deren Einsatzmöglichkeiten zur heimlichen Überwachung zu ziehen.

(Beschluss vom 19. Mai 2020, BEK 2019 212; eine Beschwerde in Strafsachen wurde mit BGer 6B_765/2020 vom 23. Oktober 2020 abgewiesen, soweit darauf einzutreten war, wobei sich das Bundesgericht unter anderem zur bestrittenen Gewinnberechnung äusserte).

4.4 Strafbare Vorbereitungshandlungen

- *Tatbestandsvoraussetzungen von Art. 260^{bis} Abs. 1 lit. a StGB (Erw. I/6.f).*
- *Das Beschaffen und Bereitstellen gefährlicher Gegenstände im Auto für eine beabsichtigte Tötung stellen konkrete technische Vorkehrungen i.S.v. Art. 260^{bis} Abs. 1 lit. a StGB dar (Erw. I/6.g).*

Aus den Erwägungen:

1. (...).

6. (...).

f) Gemäss Art. 260^{bis} Abs. 1 lit. a StGB wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe bestraft, wer planmässig konkrete technische oder organisatorische Vorkehrungen trifft, deren Art und Umfang zeigen, dass er sich anschickt, eine vorsätzliche Tötung auszuführen. Unter technischen Vorkehrungen versteht man alle Handlungen, die konstruktiv der Beschaffung und Bereitstellung von Tatmitteln oder Informationen dienen, wie zum Beispiel das Herstellen von Brandsätzen, das Beschaffen von Waffen, Fluchtfahrzeugen oder falschen Papieren, das Einrichten eines Verstecks, das systematische Beobachten des zukünftigen Opfers oder das Auskundschaften des Tatortes (Engler, in: Niggli/Wiprächtiger [Hrsg.], Basler Kommentar, Strafrecht, Bd. II, 4. A., 2019, N 9 zu Art. 260^{bis} StGB). Organisatorische Vorkehrungen sind Massnahmen, die ergriffen werden, um einen reibungslosen Ablauf des Tatplanes sicherzustellen,

beispielsweise die Absprache über die Zusammenarbeit mit anderen Tätern, die genaue Besprechung des Tatplanes oder die Formulierung der zur Tatausführung vorgesehenen Sprachcodes (Engler, a.a.O., N 10 zu Art. 260bis StGB). Sodann müssen die Vorkehrungen in zeitlicher Hinsicht so weit gediehen sein, dass vernünftigerweise angenommen werden kann, der Täter werde seine damit manifestierte Deliktsabsicht ohne Weiteres in Richtung auf eine Ausführung der Tat weiterverfolgen (BGE 111 IV 155, E. 2.b).

g) In Bezug auf die im Auto des Beschuldigten gefundenen Gegenstände führt dieser zur Begründung ihrer Verwendungs- oder Bestimmungszwecke im Wesentlichen das Gleiche wie schon vor Vorinstanz aus: Hinsichtlich der Salzsäure und des Acetons gab der Beschuldigte gegenüber der Vorinstanz an, diese bestimmt schon über eine Woche im Auto mitgeführt zu haben. Zudem sagte er aus, die Salzsäure sei ursprünglich für die Wasserenthärtungsanlage bestimmt gewesen, weil es aber eine Chemikalie sei, die irgendwann schlecht werde, habe er sie zur Arbeit mitnehmen wollen. Weshalb er die Salzsäure über eine Woche lang im Privatauto mitführen sollte, obwohl er diese zur Arbeit mitnehmen wollte und selber angibt, jeden Tag die Gegenstände zwischen dem Dienstfahrzeug und dem Privatauto umladen zu müssen, erschliesst sich nicht, zumal auch das Vorbringen des Beschuldigten, er habe die Gegenstände wegen des Allradantriebs jeweils umladen müssen nicht erklärt, aus welchem Grund er die für die Arbeit bestimmte Salzsäure vom Dienstfahrzeug zurück ins Privatauto laden musste. Ebenso wenig nachvollziehbar sind diese Angaben in Bezug auf das angeblich für die Schneefräse benötigte Benzin und die mitgeführten Messer und Äxte, welche er zum Schleifen habe bringen wollen. Hätte er diese Gegenstände tatsächlich diesen Bestimmungen gemäss benötigt, hätte er sie nicht täglich umladen müssen, zumal diese Gegenstände nicht für die Arbeit bestimmt waren und die Privatklägerin in Bezug auf die Messer und Äxte aussagte, der Beschuldigte habe diese noch nie schleifen lassen. Sodann ist es angesichts des offenbar täglich notwendigen Umladens auch nicht glaubhaft, dass er diese im Auto liegen liess bzw. vergass. Wenig plausibel erscheint weiter die Angabe, dass der Beschuldigte das Aceton zum Scheibenreinigen verwendete, weil es sich dabei um ein leicht entzündliches Lösungsmittel handelt, dessen Dämpfe gesundheitsschädlich sind. Ebenfalls nicht einleuchtend ist, dass das mitgeführte Seil als Abschleppseil dienen sollte, weil der Beschuldigte selber nicht wusste, ob es überhaupt stark genug ist, um ein Auto abzuschleppen. Sowohl die Privatklägerin als auch die Zeugin P. sagten aus, beim Beschuldigten früher noch nie solche Gegenstände im Auto gesehen zu haben. Konfrontiert mit der Aufzählung der im Auto sichergestellten Gegenstände äusserte die Privatklägerin die Vermutung, der

A 4.5

Beschuldigte habe etwas geplant, er wolle ihr und eventuell auch sich selber etwas antun. P. gab mit Blick auf die mitgeführten Gegenstände zudem an, sprachlos und geschockt zu sein. Ferner bringt der Beschuldigte hinsichtlich der weiteren von der Vorinstanz berücksichtigten Indizien (Kalendereintrag „Sterben auf Raten“, Brief an die „2 beiden Süssen“, Aussage P. betreffend Verabschiedung der Kinder) im Berufungsverfahren das Gleiche vor wie bereits im erstinstanzlichen Verfahren und setzt sich nicht mit den Erwägungen der Vorinstanz auseinander. Es kann deshalb auf die zutreffenden vorinstanzlichen Erwägungen verwiesen werden. Die Vorinstanz erwog zu Recht, dass zwar jedes einzelne Indiz für sich alleine genommen den angeklagten Sachverhalt nicht zu bestätigen vermag. In ihrer Gesamtheit lassen die Indizien aber keine Zweifel daran, dass sich der Beschuldigte anschickte, die Privatklägerin vorsätzlich zu töten.

Durch das Beschaffen und Bereitstellen der gefährlichen Gegenstände im Auto traf der Beschuldigte konkrete technische Vorkehrungen für die beabsichtigte Tötung. Zudem hatte er einen Abschiedsbrief an seine Kinder verfasst und sich gemäss den Aussagen von P. auf „unnormale“ Art von den Kindern verabschiedet. Sodann wartete der Beschuldigte trotz des geltenden Kontakt- und Rayonverbots (vgl. E. I.7.d.aa nachfolgend) am 16. Februar 2019 auf die Privatklägerin. Demzufolge hatte er bis zum 16. Februar 2020 sämtliche Vorkehrungen für die Ausübung der Tat getroffen, weshalb in zeitlicher Hinsicht vernünftigerweise angenommen werden muss, dass der Beschuldigte seinen Plan ohne weiteren Verzug weiterverfolgen würde. Demzufolge sind sämtliche Tatbestandsmerkmale von Art. 260^{bis} Abs. 1 lit. a StGB erfüllt und der Beschuldigte ist entsprechend zu verurteilen.

(Urteil vom 14. August 2020, STK 2020 10).

4.5 Handlungseinheit

- *Fünf Fälle von Verletzungen der Verkehrsregeln in unterschiedlicher Schwere (Erw. 1).*
- *Die fünf Vorfälle fügen sich nicht zu einer einheitlichen, den Tatbestand der groben oder qualifizierten Verletzung von Verkehrsregeln erfüllenden Handlung zusammen (Erw. 2).*

Aus den Erwägungen:

1. (...). Dagegen ist der Nachweis und die Qualifikation der groben bzw. qualifizierten Verletzungen von Verkehrsregeln angefochten. Dabei geht es

um folgende fünf angeklagten Vorfälle (wobei die Vorfälle 1-4 durch Anklageziffer 1 bzw. Dispositivziffer 1.1 des angefochtenen Urteils und der Vorfall 5 durch Anklageziffer 3 bzw. Dispositivziffer 1.3 erfasst sind):

- Erstens soll der Beschuldigte unmittelbar nach der Autobahneinfahrt Glarus Nord in Bilten (Autobahnkilometer 155.500) mindestens ca. 20 Personenwagen, die mit ca. 100-110 km/h fahren, auf dem Pannestreifen mit einer Geschwindigkeit von ca. 140 km/h rechts überholt haben (Zeugnis D.).

- Zweitens soll der Beschuldigte kurze Zeit später um ca. 16.30 Uhr im Bereich der Autobahnkilometer 156-154 zwischen zwei um ca. eine halbe Wagenlänge versetzt nebeneinander fahrenden Personenwagen und weitere zehn versetzt fahrende Fahrzeuge slalomartig links bzw. rechts überholt haben (Zeugnis E.).

- Drittens soll der Beschuldigte um ca. 16.35 Uhr bei Autobahnkilometer 148-147 mindestens ca. 20 auf der Normal- und der Überholspur mit ca. 80 km/h bzw. ca. 120-130 km/h fahrenden Personenwagen mit einer Geschwindigkeit von ca. 160-170 km/h rechts auf dem Pannestreifen überholt haben (Zeugnis F.).

- Viertens soll der Beschuldigte auf der Höhe der ehemaligen Zürcher Ziegeleien in Tuggen (Autobahnkilometer 146.630) von der Überholspur herkommend über die Normalspur auf den Pannestreifen fahrend einen zum Überholen ansetzenden Personenwagen und ein Motorfahrzeug mit Wohnwagenanhänger rechts mit einer Geschwindigkeit von ca. 140 km/h überholt haben (Zeugnis G.).

- Fünftens soll der Beschuldigte schliesslich nach dem Kilometer 128 auf der Überholspur einem Personenwagen zu nahe aufgefahren sein und diesen in der Folge ohne zu blinken auf der Normalspur rechts überholt und zurückschwenkend auf die Überholspur einem weiteren Wagen mit einer Geschwindigkeit von ca. 120 km/h auf weniger als 15 m aufgefahren sein (Polizeivideo).

Der Beschuldigte betrachtet alle Vorfälle einheitlich als eine Widerhandlung und beantragt dafür der einfachen und nur eventualiter der mehrfachen groben Verletzung der Verkehrsregeln im Sinne von Art. 90 Ziff. 2 SVG schuldig gesprochen und bestraft zu werden. In einem separaten Eventualantrag verlangt er wegen der ersten vier Vorfälle der einfachen qualifizierten Verletzung der Verkehrsregeln im Sinne von Art. 90 Ziff. 3 SVG und bezüglich des fünften Vorfalls der einfachen groben Verkehrsregeln im Sinne von Art. 90 Ziff. 2 SVG schuldig gesprochen zu werden.

2. Vorliegend löst sich das Geschehen anhand der Örtlichkeiten und den Berichten von Zeugen bzw. einer Videoaufnahme in abgrenzbare Tathandlungen auf. Die fünf Vorfälle fügen sich nicht zu einer einheitlichen, den Tatbestand der groben oder qualifizierten Verletzung von Verkehrsregeln

A 4.5

erfüllenden Handlung zusammen (vgl. Popp, FS Riklin, 2007, S. 189 f.). Der Beschuldigte überholte bzw. gefährdete gemäss den konkret angeklagten Sachverhalten nicht andauernd auf die gleiche Weise andere Fahrzeuge. So fuhr er etwa nicht über die ganze Strecke von Bilten nach Wädenswil auf dem Pannestreifen. Dass er sich von Anfang an einfach zu einer rowdyhaften Fahrt entschloss, behauptete er nie und wäre abgesehen davon nach der Rechtsprechung nicht allein massgebend (BGE 126 IV 141 E. 1; BGE 133 IV 256 E. 4.5.3; auch nach Ackermann, BSK, 4. A. 2019, Art. 49 StGB N 46 f. sind zusätzlich zu einem Gesamtvorsatz objektive Nahe Kriterien erforderlich). Im Übrigen ging die Vorinstanz aufgrund der unterschiedlichen Umstände jedenfalls in Bezug auf die ersten drei angeklagten Vorfälle und den letzten fünften Vorfall zutreffend davon aus, dass der Beschuldigte die Situationen jeweils anders beurteilen und sein Handeln neu ausrichten konnte bzw. musste (angef. Urteil E. 2.6). Insofern ist deshalb nach Ursachen und Wirkungen der auch zeitlich auseinanderfallenden Ereignisse nicht von einer „natürlichen“ Handlungseinheit (vgl. dazu auch BEK 2019 155 vom 10. März 2020 E. 2.b m.H.), sondern von voneinander unabhängigen Gefahrenlagen auszugehen, welche zudem nicht durch eine bestimmte Zweckverfolgung (z.B. Flucht vor Polizei) vereinheitlicht betrachtet werden können. Jeder der fünf Vorfälle bildet zwar eine Handlungseinheit. Miteinander schaffen sie jedoch eine Tatmehrheit, in welcher sie nicht zu einer Verkehrsregelverletzung nach Art. 90 Abs. 3 SVG kumuliert werden dürfen (Weissenberger, Kommentar SVG und OBG, 2. A. 2015, Art. 90 SVG N 120) und durch die die Strafzumessung (dazu unten E. 4.b) nicht deutlich präjudiziert wird (vgl. Ackermann, ebd. N 45 in fine; Popp, a.a.O., S. 196 f.). Hingegen sind vorliegend die Vorfälle für sich nicht wieder in mehrfache Tatsequenzen derart aufzuteilen, dass etwa jedes Rechtsüberholen eines Fahrzeuges auf dem Pannestreifen separat als Verletzung der Verkehrsregeln zu prüfen wäre. Innerhalb der einzelnen Vorkommnisse ist jeweils von einem andauernden Handeln des Beschuldigten bzw. einem einheitlichen Geschehen auszugehen (diesbezüglich nicht ganz klar das angef. Urteil in E. 2.5.3 in fine ist in Mehrzahl von Verkehrsregelverletzungen die Rede, hingegen in der Einzahl in E. 2.5.4), in welchem insgesamt betrachtet sich die Umstände zu einer Qualifikation nach Art. 90 Abs. 3 SVG kumulieren lassen (vgl. Weissenberger, ebd. und N 178). Aus diesem Grunde ist es in tatsächlicher Hinsicht wie angeklagt nicht erforderlich, für jeden Vorfall eine genaue Anzahl von überholten Fahrzeugen zu eruieren, wie das die auf „jedes überholte Fahrzeug“ Bezug nehmenden Erwägungen der Vorinstanz nahelegen könnten (ebd. E. 2.6). Diese Betrachtungsweise hindert es aber nicht, den fünften Vorfall in Idealkonkurrenz hinsichtlich der angeklagten Vorwürfe der Geschwindigkeitsüberschreitung, des Nichteinhaltens von

Abständen sowie des verbotenen Rechtsüberholens zu beurteilen und allenfalls zu bestrafen. Sie fallen nicht in unechter Konkurrenz zu einer Einheitstat zusammen (Ackermann, ebd. N 47 in fine) und werden nicht zu einer krassen Verkehrsregelverletzung im Sinne von Art. 90 Abs. 3 SVG kombiniert (dazu Weissenberger, a.a.O., Art. 90 SVG N 178).

(Urteil vom 28. April 2020, STK 2019 8).

4.6 Widerhandlung gegen das PBG, Legalitätsprinzip

- § 92 PBG findet in Fällen, in welchen öffentliche Strassen ohne die erforderlichen, im Projektgenehmigungsverfahren einzuholenden Bewilligungen erstellt oder abgeändert werden, keine Anwendung (Erw. 3.b).

Aus den Erwägungen:

3. Im Weiteren rügt der Beschuldigte die Verletzung des Legalitätsprinzips, insbesondere die Verletzung des Analogieverbotes und des Bestimmtheitsgebotes, weil es vorliegend um eine Bewilligung nach dem Strassengesetz und nicht nach dem PBG gehe, und das Strassengesetz eigene (andere) Strafandrohungen enthalte.

a) Eine Strafe darf nur wegen einer Tat verhängt werden, die das Gesetz ausdrücklich unter Strafe stellt (Art. 1 StGB i.V.m. § 2 KStR: „nulla poena sine lege“; s. auch Art. 5 Abs. 1 BV und dazu BGer 6B_702/2016 vom 19. Januar 2017 E. 2.2). Eine gesetzliche Grundlage ist prozessual geboten für die Voraussetzungen des Schuldspruches (Popp/Berkemeier, BSK, 4. A. 2019, Art. 1 StGB N 23). (...).

b) Aus folgenden Gründen war für den Beschuldigten weder aus dem Strassengesetz (StraG/SRSZ 442.110) noch dem Planungs- und Baugesetz (PBG/SRSZ 400.100) erkennbar, dass das Fertigbauen der Fahrbahnverengungen als Strassenbauprojekte ohne Bewilligung strafbar war.

aa) Das PBG bedroht das Bauen ohne Baubewilligung mit Strafe. Geahndet wird damit nicht die Nichtbeachtung des materiellen Baurechts durch die in § 92 Abs. 2 PBG genannten Personen, sondern das formell widerrechtliche (zum Begriff: Beeler, Die widerrechtliche Baute, 1984, S. 39) Erstellen von Bauten und Anlagen (vgl. auch Stalder/Tschirky, Fachhandbuch Öffentliches Baurecht, 2016, Rz 2.12 ff.). Geschützt ist durch § 92 PBG mithin allein (vgl. Beeler, ebd., S. 41) das öffentliche Interesse daran, dass Bauten und Anlagen durch einen behördlichen Akt

A 4.6

bewilligt werden (zum Ganzen BEK 2019 48-50 vom 6. August 2019 E. 3.a m.H.). Grundsätzlich wäre eine sinngemässe Auslegung von § 92 PBG mit einem Analogieschluss hinsichtlich des Fehlens einer strassenrechtlichen Projektgenehmigung nicht von Vorneherein unzulässig (vgl. etwa Donatsch, OFK, 20. A. 2018, Art. 1 StGB N 13 m.H.; Popp/Berkemeier, a.a.O., Art. 1 StGB N 36), hingegen ist die Ausfüllung von Lücken verboten (Donatsch, ebd. N 27). Der Grundsatz „keine Strafe ohne Gesetz“ (Art. 1 StGB) verbietet bloss, über den dem Gesetz bei richtiger Auslegung zukommenden Sinn hinauszugehen, also neue Straftatbestände zu schaffen oder bestehende derart zu erweitern, dass die Auslegung durch den Sinn des Gesetzes nicht mehr gedeckt wird (BGE 134 IV 297 E. 4.3.1 m.H.). Auch wenn angesichts des klaren Begriffs „Baubewilligung“ in § 92 PBG der Auslegungsspielraum klein erscheint, ist in systematischer, historischer und teleologischer Hinsicht zu prüfen, ob diese Bestimmung nicht auch auf das Erstellen einer Strassenbaute ohne Projektgenehmigung anwendbar sein könnte.

bb) Nach den oben zitierten Bestimmungen (oben lit. a/aa und bb) wird der Bewilligungsakt ausschliesslich im StraG geregelt und zwar ausdrücklich derart, dass dieser behördliche Akt der strassenrechtlichen Projektgenehmigung die Baubewilligung ersetzt (§ 15 StraG), ohne das Unterlassen der Einholung eines solchen Aktes der Strafe selber zu unterstellen. Unter diesen Umständen schliesst sich systematisch betrachtet der aufgrund des in § 92 PBG verwendeten Begriffs „Baubewilligung“ ohnehin nur kleine (vgl. oben lit. aa) Auslegungsspielraum. Daran ändert der Vorbehalt von § 2 Abs. 2 StraG nichts, zumal Bauten und Anlagen, die in einem anderen Erlass einem besonderen Bewilligungsverfahren unterstellt sind, nicht nach dem PBG zu bewilligen sind (§ 75 Abs. 4 PBG). §§ 15 ff. i.V.m. § 21 Abs. 1 StraG regeln die Genehmigungs- und Auflagepflicht und es ist daher nicht ersichtlich, inwiefern sich die Bewilligungspflicht für die Erstellung öffentlicher, dem StraG unterstellter Strassenbauten nach §§ 75 Abs. 1-3 PBG richten sollte. §§ 78 f. PBG regeln nicht die Bewilligungspflicht, sondern nur das Verfahren, und gelten für die Strassengesetzgebung nur sinngemäss (§ 16 Abs. 2 StraG). Hinzu kommt, dass das StraG eine Strafbestimmung gegen formell rechtswidriges Bauen in seinem Bereich enthält, unterstellt es doch den Bau von Zufahrten ohne Bewilligung unter Strafe (§ 63 lit. f StraG). Der Vorbehalt von § 2 Abs. 2 StraG bezieht deshalb systematisch den Straftatbestand von § 92 PBG nicht derart in das StraG ein, dass, wie es die Vorderrichterin begründet, die Bestimmung auch in Fällen gilt, die das StraG betreffen, wenn öffentliche Strassen ohne die erforderlichen, im Projektgenehmigungsverfahren einzuholenden Bewilligungen erstellt oder abgeändert werden.

cc) Eine solche gesetzgeberische Absicht lässt sich auch nicht aus der von der Staatsanwaltschaft unbestrittenen Entstehungsgeschichte der einschlägigen Bestimmungen der beiden Gesetze (dazu vgl. oben lit. a) gemäss grundsätzlich zutreffender Darstellung des Berufungsführers herleiten. Die frühere Strassengesetzgebung enthielt ein umfassendes Übertretungsverbot (§ 70 kantonsrätliche Verordnung über den Bau und Unterhalt der Strassen vom 2. April 1964, GS 14 S. 851 ff., in Kraft bis 31. Dezember 1999). Das PBG vom 14. Mai 1987 laut der am 1. Januar 1997 in Kraft gesetzten Änderung in § 92 aPBG (GS 19 S. 126) verfügte noch über eine Blankettstrafnorm, die allgemein Widerhandlungen gegen dieses Gesetz unter Strafe stellte. Der Strassengesetzgeber konnte daher mit dem seit dem 1. Januar 2000 geltenden Vorbehalt von § 2 Abs. 2 StraG (noch nicht einen Verweis auf den erst 1. Juli 2008 verdeutlichten, nur noch das (formell rechtswidrige) Bauen ohne Baubewilligung sanktionierenden § 92 PBG in der Fassung vom 19. September 2007 (in Kraft am 1. Juli 2008; RRB Nr. 88/2007 vom 17. Januar 2007, Teilrevision des Planungs- und Baugesetzes, Bericht und Vorlage, S. 22, https://www.sz.ch/public/upload/assets/644/rrb_88_2007.pdf), im Sinn haben. Der seit seiner Inkraftsetzung am 1. Januar 2000 unveränderte § 63 des Strassengesetzes (damals Strassenverordnung vgl. ABI 1999 S. 1396 ff.) wurde schon früher an die Anforderungen des Legalitätsprinzips angepasst und enthielt nuremehr besondere, vorsätzliche Straftatbestände (vgl. dazu RRB Nr. 2225/1998 vom 15. Dezember 1998, Strassenverordnung, Bericht und Vorlage an den Kantonsrat, S. 29). Diese Chronologie lässt ausschliessen, dass der kantonale Gesetzgeber mit dem standardmässig formulierten Vorbehalt von § 2 Abs. 2 StraG (vgl. dazu Protokoll der vorberatenden kantonsrätlichen Kommission vom 11. März 1999 S. 5) das Errichten von Strassenbauten ohne Projektgenehmigung gleichermassen wie das Bauen ohne Baubewilligung bestraft haben wollte. Der darin ausdrücklich erwähnte Vorrang des PBG bezieht sich auf den Geltungsbereich gemäss § 2 Abs. 1 StraG und nicht auf Strafbestimmungen, sollte der Vorbehalt doch die Querbeziehungen des Strassengesetzes zu anderen raumwirksamen Gesetzgebungen klären, etwa die dem Strassengesetz unterstehenden, dem Gemeingebrauch gewidmeten Strassen von den Privatstrassen abgrenzen, für welche das PBG gilt (dazu RRB Nr. 2225/1998 vom 15. Dezember 1998 S. 3 und 11). Dies unterstreicht die Vernehmlassungsvorlage vom 15. November 1995, in welcher für den Fall der Lückenhaftigkeit der neuen Straftatbestände des Strassenrechts nicht auf das PBG, sondern auf Art. 292 StGB verwiesen wurde (Bericht S. 34 f.).

dd) Dass der Gesetzgeber die Strafbarkeit für das Bauen ohne entsprechende Bewilligung in der Strassen- und Baugesetzgebung unterschiedlich handhabt, erscheint davon ausgehend, dass die Bauherrschaft bei

A 4.6

Strassenbauten in der Regel bei Behörden bzw. deren Mitgliedern liegt, nicht unzweckmässig. Daher sind teleologisch keine den Wortlaut, die Systematik und die Entstehungsgeschichte überwiegende Gründe ersichtlich, welche die unterschiedliche Strafunterstellung in den beiden Gesetzen als offensichtliches Versehen erscheinen liessen. Ein Analogieschluss läge mithin ausserhalb des ausgelegten Wortsinnes und würde Art. 1 StGB verletzen.

Zudem ist noch darauf hinzuweisen, dass Behörden und Beamte nach älterer, aber soweit ersichtlich weder in der Praxis noch durch das Gesetz ersetzter Auffassung, nicht unter die baurechtliche Strafbarkeit fallen sollen, weil Dienstpflichtverletzungen disziplinarisch bzw. allenfalls wegen Amtsdelikten des Strafgesetzbuches zu bestrafen sind (Beeler, a.a.O., S. 109 m.H.; Ruoss Fierz, Massnahmen gegen illegales Bauen, 1999, S. 246). Demzufolge besteht kein Grund, sie im Unterschied zu Bürgern, welche für Verstösse gegen die ihnen auferlegten Pflichten bestraft werden sollen, zusätzlich strafrechtlichen Sanktionsandrohungen auszusetzen. Es wäre ebenfalls erklärungsbedürftig, warum im Sinne des Legalitätsprinzips bestimmter gefasste Strafbestimmungen (vgl. oben lit. cc) durch einen älteren allgemeinen Vorbehalt im Strassengesetz unterlaufen werden und Behörden und Beamte für das Bauen ohne Projektgenehmigung im Unterschied zum Baurecht bestraft werden können sollen. Solche Erklärungen liegen nicht auf der Hand und dürfen in der Rechtsanwendung nicht durch rechtspolitische Überlegungen gewonnen werden. Selbst wenn im baurechtlichen Bereich mit dem revidierten § 92 Abs. 2 PBG entgegen dem bisher Gesagten eine Ausdehnung der Strafbarkeit auf Behördenmitglieder beabsichtigt worden sein sollte, wäre die Folgerung der Vorderrichterin, die Strassenbaubehörden würden als nicht weniger strafwürdig als Baubehörden oder Bürger erscheinen, im vorliegenden Auslegungsfeld kein hinlänglich klarer Grund für die Annahme eines gesetzgeberischen Versehens bzw. einer hinreichend bestimmten Gesetzesgrundlage zur Bestrafung des Beschuldigten als Behördenmitglied. Dass die inkriminierten Strassenbauten, wie die Staatsanwaltschaft vorträgt, nachträglich in einem Baubewilligungsverfahren bewilligt worden sein sollen, ist nicht nachvollziehbar. Dieses Argument ist im Übrigen nicht erheblich, weil der Regierungsrat damals die strassenrechtliche Projektgenehmigungspflicht festhielt und auch noch danach die Durchführung dieses Verfahrens verlangte (RRB Nr. 938/2014 vom 9. September 2014 in beigezogene Akten 1.4).

c) Zusammenfassend liegt die nach dem Legalitätsprinzip erforderliche klare, für jedermann erkennbare, bestimmte gesetzliche Grundlage für eine Strafe (Donatsch, ebd. N 22 f.) nicht vor. Bei der bestehenden Gesetzeslage wäre es für den Beschuldigten auch als Behördenmitglied auf-

grund des Nebeneinanders von Strassen- und Planungs- bzw. Baugesetzgebung ex ante betrachtet kaum voraussehbar, für sein Verhalten bestraft zu werden (dazu Popp/Berkemeier, ebd. Nr. 50 sowie unten E. 4; vgl. etwa auch Heizmann, Strafe im schweizerischen Privatrecht, 2015, Rn 681 ff.).

(Urteil vom 4. August 2020, BEK 2019 174).

4.7 Missachtung der Vorschriften über die Tierhaltung

- *Art. 28 Abs. 1 lit. a TSchG regelt keine sicherheitspolizeilichen Aspekte des Schutzes vor Tieren und ist auf Verletzungen bzw. Gefährdungen durch Tiere nicht anwendbar (Erw. 2.a).*
- *Der Tatbestand des kantonalen Hundegesetzes ist verjährt (Erw. 2.b).*

Aus den Erwägungen:

2. Bei den angeklagten Delikten handelt es sich (...) um Übertretungen. Daher können bei der Berufungsinstanz die Sachverhaltsfeststellungen des Vorderrichters nur noch hinsichtlich Willkür bzw. offensichtlicher Unrichtigkeiten gerügt und keine neuen Behauptungen und Beweise mehr vorgebracht werden (vgl. in vorliegender Sache schon BEK 2019 85 vom 2. Dezember 2019 = EGV-SZ 2019 A 5.5 E. 2 m.H.). Die ausführlichen Darstellungen der Vorfälle vom 27. September 2016 in der Hundeschule und vom 13. März 2017 auf dem Muotadam in der Berufungsbegründung können insofern durch die Berufungsinstanz nicht beurteilt werden, weil sie keine Willkür in den vorderrichterlichen Sachverhaltsfeststellungen betreffen. Frei überprüfbar sind dagegen die Einhaltung des Legalitäts- bzw. Anklageprinzips und die Verjährung.

a) Mit Busse wird bestraft, wer vorsätzlich oder fahrlässig die Vorschriften über die Tierhaltung missachtet (Art. 28 Abs. 1 lit. a und Abs. 2 TSchG). Nach Art. 77 TSchV hat, wer einen Hund hält oder ausbildet, Vorkehrungen zu treffen, damit der Hund Menschen und Tiere nicht gefährdet. Dabei handelt es sich um eine sicherheitspolizeilich, nicht aber tierschützerisch motivierte Vorschrift, zu welcher der Bund nicht befugt ist (Bolliger/Richner/Rüttimann/Stohner, Schweizer Tierschutzrecht in Theorie und Praxis, 2. A. 2019, S. 197). Im Tierschutz erteilt Art. 80 Abs. 1 BV dem Bund eine umfassende Gesetzgebungskompetenz, die er mit dem Erlass des Tierschutzgesetzes in Bezug auf den Schutz von Tieren (vgl. auch BBl 2003 S. 661) wahrnahm. Im Bereich des Schutzes von

A 4.7

Menschen (und Tieren) vor gefährlichen Tieren besteht dagegen keine Gesetzgebungskompetenz des Bundes. Der Erlass und Vollzug von Vorschriften, welche die Hundehaltung aus Gründen der öffentlichen Sicherheit beschränken, fällt in die Kompetenz der Kantone (vgl. Art. 42 f. BV und unten lit. c; zum Ganzen BGer 2C_837/2018 vom 15. Februar 2019 E. 2.1 m.H. u.a. auf BGE 133 I 249 = Pra 2008 Nr. 22 E. 3.2; Erass, St. Galler Kommentar, 3. A. 2014, Art. 80 BV N 13).

aa) Eine Strafe bedarf einer ausdrücklichen gesetzlichen Grundlage (Art. 1 StGB). Dieser Grundsatz verbietet es, über den dem Gesetz bei richtiger Auslegung zukommenden Sinn hinauszugehen, also bestehende Straftatbestände – vorliegend die Blankettstrafnorm von Art. 28 Abs. 1 lit. a TSchG – derart zu erweitern, dass die Auslegung durch den Sinn des Gesetzes nicht mehr gedeckt wird (BGE 134 IV 297 E. 4.3.1 m.H.; BEK 2019 174 vom 4. August 2020 E. 3.b/aa; Graf, AK, Art. 1 StGB N 14 m.w.H.). Den Anforderungen des Legalitätsprinzips genügt eine Blankettstrafnorm nur, wenn sie mit einer zweiten blankettausfüllenden Bestimmung zusammen gelesen und ausgelegt wird (Donatsch, OFK, 20. A. 2018, Art. 1 StGB N 23 m.H.). Verordnungsstrafbestimmungen müssen sich im Rahmen von Verfassung und Gesetz bewegen (Graf, ebd. N 4; Donatsch, ebd. N 25). Zwar ist der im Gesetz für den Verordnungsgeber definierte Gestaltungsspielraum zufolge Art. 190 BV verbindlich, aber die rechtsanwendenden Behörden können die Gesetzes- bzw. Verfassungsmässigkeit der entsprechenden Verordnungsbestimmung überprüfen (BGer 6B_1032/2017 vom 1. Juni 2018 E. 4.4.2 m.H.; vgl. auch Popp/Berkemeier, BSK, 4. A. 2019, Art. 1 StGB N 30). Mithin kann Art. 77 TSchV die Strafbarkeit nicht über den an die Tierschutzzwecksetzung des Gesetzes (Art. 1 und 3 lit. a und b TSchG) gebundenen Art. 28 Abs. 1 lit. a TSchG hinaus auf sicherheitspolizeiliche Aspekte des Schutzes vor Tieren ausdehnen. Die Bestimmung ist daher in den vorliegenden Fällen, in welchen der Beschuldigten Verletzungen bzw. Gefährdungen von Menschen und Tieren durch den Hund E. vorgeworfen werden, nicht anwendbar.

bb) Immerhin lässt sich noch fragen, ob sich eine Tierhalterin nicht doch durch das Versäumen allgemeiner Anforderungen der Tierhaltung, namentlich von Vorkehrungen nach Art. 77 TSchV, in weiter Auslegung von Art. 28 Abs. 1 lit. a TSchG (s. Bolliger/Richner/Rüttimann/Stohner, a.a.O., S. 198 m.H.) der Missachtung der Anpassungsfähigkeit der Tiere an die Umwelt (vgl. Art. 3 lit. b Ziff. 1 f. TSchG und Art. 73 TSchV) strafbar machen könnte. Diese Frage kann hier jedoch offengelassen werden, denn der Anklage lässt sich nicht entnehmen, inwiefern die Angriffe von E. auf

solche Sozialisationsversäumnisse der Beschuldigten zurückzuführen wären. Die Anklage hält ihr vor, den Hund situativ nicht genügend stark zurückgehalten und es dadurch versäumt zu haben, Menschen und andere Tiere vor E. zu schützen. Dagegen wird ihr nicht vorgeworfen, sie habe in ihre Halterpflichten inbegriffene Vorkehrungen zum direkten Schutz von E. zu treffen versäumt, die auch mittelbar Menschen und andere Tiere vor ihm hätten schützen können. Namentlich wird der Beschuldigten nicht zur Last gelegt, gegen die ihrem Lebenspartner gegenüber verfügte Maulkorbtragspflicht für Drittpersonen verstossen zu haben (vgl. schon BEK 2019 85 E. 2 in Bezug auf Art. 28 Abs. 3 TSchG). Zwar wird im Subjektiven die Vermeidbarkeit der Gefährdungs- und Verletzungsfolgen dadurch umschrieben, dass sie in Kenntnis der entsprechenden Verfügung dem Hund nicht ständig einen Maulkorb aufgesetzt habe. Damit lässt sich ihr gegenüber objektiv aber keine fahrlässige Missachtung einer nach Art. 77 TSchV gebotenen Vorkehrung vorhalten, weil die Verfügung nicht an sie gerichtet war. Schliesslich führte es angesichts von Art. 1 StGB zu weit, die Maulkorbtragspflicht mit der Begründung, sie würde den Hund auch vor sich selber – abgesehen davon, ob eine Schutz-vor-sich-selbst-Vorstellung auf Tiere anwendbar wäre – schützen, als Tierschutzmassnahme auszulegen und deren Missachtung nach Art. 28 Abs. 1 lit. a TSchG als strafbar anzusehen.

b) Anstatt der Tierschutzgesetzgebung des Bundes könnten die Vorfälle noch § 1 Abs. 1 des kantonalen Gesetzes über das Halten von Hunden (SRSZ 546.100) subsumiert werden. Danach sind Hunde so zu halten, dass sie weder Personen noch Tiere gefährden oder belästigen. Der Verstoss gegen diese Vorschrift wird mit Busse bestraft (§ 12 Abs. 1 Hundegesetz i.V.m. §§ 1 und 14 Gesetz über das kantonale Strafrecht, SRSZ 220.100). Der Beschuldigten diese Bestimmung vorzuhalten (Art. 344 StPO i.V.m. § 3 Abs. 1 JG) erübrigt sich indes, weil die Strafverfolgung dieses Tatbestandes im Unterschied zu den Übertretungen der Tierschutzgesetzgebung des Bundes (Art. 29 TSchG) im Zeitpunkt des erstinstanzlichen Urteils in beiden Fällen verjährt war (Art. 109 StGB i.V.m. § 2 kantonales Strafrecht).

(Beschluss vom 22. Dezember 2020, BEK 2020 91).

5. Strafprozessrecht

5.1 Implizite Nichtanhandnahme

- Eine beschwerdefähige implizite Nichtanhandnahme bzw. Einstellung liegt vor, wenn sich der Streit nicht bloss auf die Frage der rechtlichen Qualifikation des gleichen Sachverhalts, sondern auf die Vernachlässigung eines Teils des Sachverhalts bezieht (Erw. 2.b).
- Der Strafbefehl vernachlässigt das behauptete lebensgefährliche Ereignis, so dass eine beschwerdefähige implizite Nichtanhandnahme vorliegt (Erw. 2.c).

Aus den Erwägungen:

2. Die Strafanzeigeersteller wollen den von ihnen verzeigten Vorfall nach dem Tatbestand der Gefährdung des Lebens (Art. 129 StGB) beurteilen. (...).

a) Die Beschreibung des Sachverhalts im Strafbefehl deckt eine Widerhandlung gegen die besondere Anleinpflcht (§§ 12 i.V.m. 2 Abs. 1 HuG/SRSZ 546.100) ab und bezieht sich zudem auf die allgemeine Pflicht, Hunde so zu halten, dass sie weder Personen noch Tiere gefährden oder belästigen (§§ 12 i.V.m. 1 Abs. 1 HuG). Der Tatbestand der Lebensgefährdung setzt dagegen objektiv eine lebensgefährliche Situation voraus, in welcher ein Todeseintritt zwar nicht naheliegend, aber doch unmittelbar aufgrund des Verhaltens des Täters wahrscheinlich sein muss (vgl. Donatsch, OFK, 20. A. 2018, Art. 129 StGB N 1 f.). Vom Eintritt der Lebensgefahr muss der Täter sicheres Wissen haben (dazu STK 2011 26 vom 30. Oktober 2012 = CAN 1-14 Nr. 19 E. 4).

b) Eine beschwerdefähige implizite Nichtanhandnahme bzw. Einstellung liegt vor, wenn sich der Streit nicht bloss auf die Frage der rechtlichen Qualifikation des gleichen Sachverhalts, sondern auf die Vernachlässigung eines Teils des Sachverhalts bezieht (BGE 138 IV 241 = Pra 2013 Nr. 29 E. 2.4). Die neuere bundesgerichtliche Rechtsprechung im Strafrecht geht von einem natürlichen Tatbegriff bzw. „Taten im prozessualen Sinn“ aus, worunter unabhängig von der rechtlichen Qualifikation alle in zeitlicher und räumlicher Hinsicht natürlich miteinander verbundene Sachverhaltselemente eines Lebensvorganges fallen (vgl. BGE 144 IV 362 E. 1.3. zu einem Gespräch; BGer 6B_888/2019 vom 9. Dezember 2019 E. 1.3.2 =

ius.focus 1/2020 S. 30 zu einer Auseinandersetzung in einer Hütte). Im Zivilrecht wurden jüngst Analyseansätze zur Beantwortung der Frage, ob eine Klage einen oder mehrere Sachverhalte enthalte, angesichts praktischer Schwierigkeiten wieder aufgegeben (BGE 144 III 452 mit Hinw. u.a. auf den ZK1 2016 12 vom 29. Dezember 2016 betreffenden BGer 4A_15/2017 vom 8. Juni 2017). Diese Differenzierungsbemühungen gingen von einem zweigliedrigen Streitgegenstandsbegriff aus. Im Unterschied zu dem gemäss neuerer Rechtsprechung auch bei der Anwendung des Grundsatzes „ne bis in idem“ (Art. 11 Abs. 1 StPO) bevorzugten Konzept der keinen Straftatbestand einbeziehenden einfachen Tatidentität (vgl. BGer 6B_1053 vom 17. Mai 2018 E. 4.1; zum Problem der Teileinstellung s. Ackermann, *forum*poenale, 1/2017 S. 47 f.) bildet dabei neben dem Sachverhalt das Rechtsbegehren einen zusätzlichen Anker der dogmatischen Durchdringung des Identitätsproblems.

c) Die Strafanzeigeersteller machen geltend, der im Strafbefehl beschriebene Sachverhalt vernachlässige die angeblich lebensgefährliche Attacke des aggressiven Rottweilers des Beschuldigten. Ob die Verfolgung des behaupteten Eintritts von Lebensgefahr einen anderen Sachverhalt betrifft oder ob es sich, wie die Staatsanwaltschaft annimmt, um den gleichen, im Strafbefehl ausschliesslich unter das Hundegesetz subsumierten Sachverhalt handelt, liegt nicht auf der Hand. Natürlich bzw. nach Ursachen und Wirkungen der äusseren raumzeitlich bestimmten Vorgänge betrachtet handelt es sich um den gleichen Sachverhalt: Der Hund des aus dem Haus ins Freie tretenden Beschuldigten rannte auf die Strafanzeigeersteller und ihre Enkelin zu. Der Eindruck einer Aufgliederung in mehrere Sachverhaltsteile entsteht nur scheinbar, weil die äusseren Umstände desselben Lebensvorgangs im Hinblick auf die Strafbestimmungen des kantonalen Hundegesetzes und den Tatbestand der Lebensgefährdung unterschiedlich beschreibbar sind. Der Eintritt der Lebensgefahr wäre so betrachtet in dem sowohl als Anklage wie auch als Urteil fungierenden Strafbefehl nicht tatsächlich vernachlässigt, sondern in rechtlicher Hinsicht verworfen worden. Weil damit die rechtliche Qualifikation des Sachverhalts in Frage stünde, wären die Strafanzeigeersteller als Privatkläger hinsichtlich der von ihnen behaupteten Lebensgefährdung (vgl. unten E. 3) einsprache- und nicht beschwerdelegitimiert (Art. 354 Abs. 1 lit. b StPO; BGE 141 IV 231).

In der Sachverhaltsdarstellung des Strafbefehls fehlen aber nicht nur Beschreibungen der äusserlichen Eigenschaften, die den Angriff des Hundes als lebensgefährlich kennzeichnen, sondern überhaupt die (inneren) Tatsachen, die darauf schliessen lassen, dass der Beschuldigte die zur Realisierung von Lebensgefahr erforderlichen Umstände unmittelbar in skrupelloser Art und Weise zu verantworten hätte (vgl. oben lit. a). Mit

A 5.2

anderen Worten erfasst der Strafbefehl in Bezug auf die Hundehaltung bzw. -führung nur die mangelhafte Kontrolle des Hundes durch den Beschuldigten, im Speziellen einen Verstoß gegen die Leinenpflicht. Es ist aber kein Lebensvorgang angeklagt, in welchem die Attacke des Hundes von einem Verhalten des Beschuldigten derart abhängig gewesen wäre, dass er über eine entsprechende lebensgefährliche Handlungsweise hätte entscheiden und dafür hätte zur Rechenschaft gezogen werden können. Insofern behandelt der Strafbefehl einen anderen Sachverhalt bzw. vernachlässigt das behauptete lebensgefährliche Ereignis, so dass eine beschwerdefähige implizite Nichtanhandnahme vorliegt.

Letztlich kann aufgrund nachfolgender Erwägungen aber offenbleiben, ob der angebliche Eintritt der Lebensgefahr einen abtrennbaren, vernachlässigten und damit prozessual implizit nicht an die Hand genommenen Sachverhaltsteil bildet (so wohl Pra 2013 Nr. 29; BEK 2017 168 vom 13. März 2018).

(Beschluss vom 10. März 2020, BEK 2019 155 = CAN 3-20 Nr. 58 mit Bemerkungen).

5.2 Kosten- und Entschädigungspflicht der Privatklägerschaft

- Die in einem einzig durch sie veranlassten Beschwerdeverfahren unterliegende Privatklägerin wird gegenüber dem Beschuldigten entschädigungspflichtig (Erw. 3).

Aus den Erwägungen:

3. (...). Die Beschwerde ist daher unter Kostenfolgen der unterliegenden Beschwerdeführerin [gegen eine Nichtanhandnahme eines Strafverfahrens sich beschwerende Privatklägerin] abzuweisen (Art. 428 Abs. 1 StPO). Für den Fall des Unterliegens opponierte die Beschwerdeführerin dem Antrag des Beschuldigten auf eine Entschädigung zu ihren Lasten zutreffend nicht.

a) Die Frage der Kostentragung ist für die Entschädigungsfrage in dem Sinne präjudiziell, als sich in der Regel die Pflicht zur Tragung der Kosten und die Zusprechung einer Entschädigung gegenseitig ausschließen (Botschaft 2006 II S. 1329 f.; Schmid/Jositsch, PK, 3. A. 2018, Art. 429 und 430 StPO N 4 bzw. 2 m.H.; BGE 137 IV 352 E. 2.4.2). Konsequenterweise bestünde vorliegend mangels Kostenübernahme keine Entschädigungspflicht des Staates hinsichtlich der Aufwendungen einer erbetenen Verteidigung, wofür auch die gesetzliche Grundlage fehlt, nachdem

Art. 423 StPO unter dem Titel Verfahrenskosten Entschädigungen nicht erfasst (vgl. auch Art. 422 StPO; Christen, ZStrR 2014 S. 196 f. m.H.). Daher stellt sich die Frage, ob der Regel folgend die Kostentragung durch die Privatklägerschaft auch deren Entschädigungspflicht gegenüber dem obsiegenden Beschuldigten präjudiziert. Dies erachtet die Botschaft zumindest in den Fällen als sicher denkbar, in denen die Verfahrensanträge der Privatklägerin beim Beschuldigten Aufwendungen verursachten, hält es jedoch dennoch grundsätzlich als Sache des solche Anträge in Verfahrenshandlungen umsetzenden Staates, den obsiegenden Beschuldigten zu entschädigen. Der StPO-Entwurf schränkte die Entschädigungspflicht der Privatklägerschaft daher auf die Aufwendungen im Zivilpunkt bzw. im Schuldpunkt im Falle eines Antragsdelikts ein (ebd. S. 1331 zu Art. 440 E-StPO, heute Art. 432 Abs. 1 bzw. Abs. 2 StPO).

b) Vom Grundsatz ausgehend, dass die Verteidigungskosten grundsätzlich zu Lasten des Staates gehen, weil die Verantwortung für die Strafverfolgung dem Staat obliegt, befand das Bundesgericht in Auslegung von Art. 436 Abs. 1 StPO hinsichtlich der speziellen Situation eines einzig durch die Privatklägerschaft eingeleiteten Berufungsverfahrens, es dürfe nicht übersehen werden, dass das Strafverfahren in der Rechtsmittelphase ohne staatlichen Einfluss fortgesetzt werde. Daher könnten die vom Gesetzgeber in Art. 432 StPO für mehr im Interesse der Privatklägerschaft liegende Verfahren bereitgestellten Korrekturen in der Konstellation einer mit ihrer Berufung abgewiesenen Privatklägerschaft Anwendung finden, so dass sie die Verteidigungskosten des Beschuldigten trage, was auch Art. 428 StPO entspreche (BGE 139 IV 45 = Pra 2013 Nr. 60 E. 1.2). Ebenfalls beanstandete das höchste Gericht nicht, dass der mit seiner Beschwerde gegen eine Einstellungsverfügung unterliegende Privatkläger verpflichtet wurde, die Verteidigungsaufwendungen der im Beschwerdeverfahren obsiegenden beschuldigten Person zu entschädigen (BGer 6B_1125/2013 vom 26. Juni 2014 E. 4.2 f.). Später nahm es diese Lösung hinsichtlich des Beschwerdeverfahrens indes zurück: Mit der Begründung, ein Einstellungsfall sei nicht einem erstinstanzlichen Gericht im Sinne von Art. 13 StPO unterbreitet worden, hielt das Bundesgericht die Ausdehnung entsprechender Korrekturmöglichkeiten auf den Fall einer mit der Beschwerde gegen eine Einstellungsverfügung unterliegenden Privatklägerschaft nicht für gerechtfertigt und wies die Beschwerde der Staatsanwaltschaft gegen die beim Staat belassene Entschädigungspflicht ab (BGE 141 IV 476 = Pra 2016 Nr. 41).

c) Die Privatklägerschaft kann sich am Strafverfahren nicht nur adhäsionsweise als Zivil-, sondern auch in dem von Amtes wegen zu untersuchenden Strafpunkt (Art. 6 StPO) als Strafklägerin beteiligen (Art. 118 ff.

A 5.2

StPO). Entsprechend soll sie nach Art. 432 StPO beschränkt im Zivilpunkt bzw. im Strafpunkt nur bei Antragsdelikten entschädigungspflichtig werden können. Kraft Verweises in Art. 436 Abs. 1 StPO ist diese Vorschrift nicht nur im Berufungsverfahren speziell auszulegen und anzuwenden (BGE 139 IV 45 E. 1.2), sondern ebenso im Beschwerdeverfahren (Art. 416 StPO). Auch das Bundesgericht erklärte, Art. 436 StPO beziehe sich sowohl auf das Berufsungs- als auch das Beschwerdeverfahren (BGE 142 IV 163 = Pra 2017 Nr. 55 E. 3.2.2 m.H.; vgl. auch Christen, ZStrR 2014, S. 194). Ohne sich mit dieser Prämisse auseinanderzusetzen, verlagert BGE 141 IV 476 seine Argumentation auf die Ebene der Anfechtungsobjekte und fasst BGE 139 IV 45 als restriktiv zu handhabende und auf Beschwerden nicht anwendbare Ausnahme auf. Inwiefern es unterschiedliche Anfechtungsobjekte (staatsanwaltschaftlicher oder gerichtlicher Entscheid) rechtfertigen, Entschädigungsfragen in Berufsungs- und Beschwerdeverfahren unterschiedlich zu behandeln, begründet BGE 141 IV 476 jedoch nicht.

Aus dem Wortlaut der einschlägigen Vorschriften lässt sich eine unterschiedliche Behandlung jedenfalls nicht ablesen (Art. 428 oder 436 StPO). Ebenso wenig lassen sich soweit ersichtlich in den sich mit Konstellationen des exklusiven privatklägerischen Weiterzugs nicht ausdrücklich auseinandersetzenden Materialien Ansätze für eine unterschiedliche Behandlung von Berufsungs- und Beschwerdeverfahren finden. Aus teleologischer Warte sodann ist nicht ersichtlich, dass die Privatklägerschaft an einer Beschwerde geringeres Interesse als an einer Berufung hätte und es daher zweckmässig wäre, die in Art. 432 StPO bereitgestellten Korrekturen entgegen BGE 139 IV 45 im Beschwerdeverfahren als nicht anwendbar zu erachten. Die Privatklägerschaft vertritt den Strafpunkt wie zuvor den Zivilpunkt in der Voruntersuchung bzw. im erstinstanzlichen Gerichtsverfahren nunmehr allein. Bei exklusiver Beschwerdeerhebung will nur noch sie die durch eine Nichtanhandnahme bzw. Einstellung ad acta gelegte Strafverfolgung fortsetzen und die Staatsanwaltschaft durch die Beschwerdeinstanz zu deren Weiterführung verpflichten lassen. Funktionell werden ihre Rechtsmittelanträge im Beschwerdeverfahren nun auch im Strafpunkt nicht mehr in staatsanwaltschaftliche Verfahrenshandlungen umgewandelt, worin aber laut Botschaft (a.a.O., S. 1331) wie dargelegt die eigentliche Begründung der staatlichen Kostentragung läge:

aa) In der hier diskutierten Konstellation fungiert die in der Voruntersuchung verfahrensleitende Staatsanwaltschaft im Rechtsmittelverfahren nur noch als Partei (Art. 104 Abs. 1 lit. c StPO). Sie kann mithin die Anträge der Privatklägerschaft nicht mehr in Verfahrenshandlungen umsetzen. Hinzu kommt, dass sie in Vertretung der Anklage im Berufsungsverfahren gegen einen Freispruch eher zur Unterstützung der Berufung der

Privatklägerschaft geneigt sein dürfte als sich bei einer Beschwerde gegen eine Nichtanhandnahme oder Einstellung deren Anträge zu eigenen zu machen. Deshalb erscheint ihr Obsiegen auf Seiten des Beschuldigten im Beschwerdeverfahren meistens authentischer als im Berufungsverfahren, was praktisch betrachtet die Eigeninteressen der Privatklägerschaft gegenüber der staatlichen Einflussnahme noch akzentuiert und die Inanspruchnahme zu Art. 432 StPO analogen Korrekturen umso mehr rechtfertigt.

bb) Die Gutheissung einer Beschwerde der Privatklägerschaft gegen Nichtanhandnahmen bzw. Einstellungen kann deren Anträge ebenfalls nicht direkt in Verfahrenshandlungen umwandeln. Untersuchungseröffnungen und Nichteinstellungen sind zudem nicht anfechtbar, so dass die Beschwerdeinstanz im Unterschied zur Berufungsinstanz (Art. 408 StPO) das Strafverfahren auch nicht erledigen kann (Art. 397 StPO). Insoweit gebietet der Verweis von Art. 436 Abs. 1 StPO auf die laut Art. 429 ff. StPO für eine Entschädigung erheblichen Voraussetzungen des Freispruchs und der Einstellung bzw. Nichtanhandnahme die Analogie (vgl. auch Schmid/Jositsch, a.a.O., Art. 436 N 1).

d) Analog zur Verfahrenssituation, in welcher sich eine antragstellende Person bezüglich der Antragsdelikte als Privatklägerschaft mit entsprechend beschränktem Kosten- und Entschädigungsrisiko konstituiert, gelangt die Privatklägerschaft, welche allein ein Rechtsmittel einlegt, hinsichtlich aller von der Staatsanwaltschaft nicht mehr weiter verfolgten Delikte in eine Stellung, in der ihre Kosten- und Entschädigungspflichten entsprechend zu erweitern sind, da sie allein das Rechtsmittelverfahren und die der beschuldigten Person darin erwachsenen Aufwendungen für ihre Verteidigung verursachte. Dieses Ergebnis entspricht der Rechtsprechung, dass der Kostenentscheid die Entschädigungsfrage präjudiziert insofern, als nach dem in Art. 428 Abs. 1 StPO statuierten und auch für Entschädigungen im Rechtsmittelverfahren anwendbaren (s. Wehrensberg/Frank, BSK, 2. A. 2014, Art. 436 StPO N 6; Schmid/Jositsch, a.a.O., Art. 436 N 1) Grundsatz von Obsiegen und Unterliegen die kostenpflichtige Beschwerdeführerin und nicht der obsiegende Staat entschädigungspflichtig wird (vgl. oben lit. a). Der Staat könnte auch im Falle einer amtlichen Verteidigung die entsprechenden Auslagen auf die Privatklägerin abwälzen (Art. 422 Abs. 2 lit. a i.V.m. Art. 428 Abs. 1 StPO).

A 6.1

e) (...). Dem obsiegenden Beschuldigten ist daher kraft des Verweises in Art. 436 Abs. 1 StPO parallel zu den Kostenfolgen (Art. 427 Abs. 1 und 428 Abs. 1 StPO) zu Lasten der unterliegenden Privatklägerin eine angemessene Entschädigung (§§ 2, 6 und 13 GebTRA) zuzusprechen.

(Beschluss vom 9. Dezember 2020, BEK 2020 67 = CAN 2-21 Nr. 40 mit Bemerkungen; vgl. jedoch BGE 147 IV 47, E. 4.2).

6. Schuldbetreibungs- und Konkursrecht

6.1. Definitive Rechtsöffnung, Replikrecht

- *Auch im summarischen Verfahren ist einer Partei das unbedingte Replikrecht zu gewähren (Erw. 2.b). Die Parteien können nicht von Anfang an mit einem zweiten Schriftenwechsel rechnen. Der Aktenschluss tritt grundsätzlich mit der Gesuchsantwort ein (Erw. 2.c). Ein Gericht muss nach Zustellung einer Eingabe an eine Partei mindestens 10 Tage warten, bevor es seinen Entscheid fällt (Erw. 2.d).*
- *Eheschutzentscheide sind bei Nichterteilung der aufschiebenden Wirkung vollstreckbar (Erw. 3.a). Die Tilgung wird im Rechtsöffnungsverfahren beachtet, wenn sie nach der Fällung des als Rechtsöffnungstitels vorgelegten Urteils eingetreten ist (Erw. 3.b).*

Aus den Erwägungen:

2. (...).

b) Gemäss Art. 251 lit. a ZPO gilt das summarische Verfahren insbesondere für Entscheide, die vom Rechtsöffnungsrichter getroffen werden. Im Summarverfahren ist nebst dem Gesuch (Art. 252 ZPO) und der Stellungnahme (Art. 253 ZPO) grundsätzlich kein zweiter Schriftenwechsel vorgesehen. Es besteht insofern kein Anspruch der Parteien, sich zweimal zur Sache zu äussern und der Aktenschluss tritt grundsätzlich nach einmaliger Äusserung ein. Die Verfahrensleitung kann jedoch mit gebotener Zurückhaltung einen zweiten Schriftenwechsel anordnen, wenn er sich nach den Umständen als erforderlich erweist (BGE 144 III 117, E. 2.1, mit weiteren Verweisen; Mazan, in: Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Auflage, N 15 zu Art. 253 ZPO). Diesfalls dürften Noven in analoger Anwendung von Art. 229 Abs. 2 ZPO unbeschränkt zuzulassen sein

und der Aktenschluss erst nach dem zweiten Schriftenwechsel eintreten (BGE 144 III 117, E. 2.2). Unabhängig von der Anordnung eines zweiten Schriftenwechsels steht den Parteien gestützt auf Art. 6 Ziff. 1 EMRK und Art. 29 Abs. 1 BV ein unbedingtes Replikrecht zu, d.h. ein unbedingter Anspruch, zu sämtlichen Eingaben der Gegenpartei Stellung nehmen zu können und zwar unabhängig davon, ob diese neue und erhebliche Gesichtspunkte enthalten (BGE 144 III 117, E. 2.1; BGE 138 I 154, E. 2.3.3; BGE 137 I 195, E. 2.3.1). Das Replikrecht dient aber nicht der Vervollständigung oder Verbesserung des Gesuchs bzw. der Gesuchsantwort (Klingler, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Auflage, N 7 zu Art. 252 ZPO; Sutter-Somm/Lötscher, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Auflage, N 20 zu Art. 257 ZPO; zum Ganzen: vgl. ZK2 2020 17, E. 4).

Damit die Partei ihr Replikrecht auch tatsächlich wahrnehmen kann, muss ihr die fragliche Eingabe vor Erlass des Urteils zugestellt werden. Nur so kann sie darüber schlüssig werden, ob sie sich dazu äussern will. In diesem Sinne ist der Prozesspartei die konkrete Möglichkeit zu einer effektiven Replik einzuräumen. Hierzu reicht es grundsätzlich aus, die fragliche Eingabe der Partei zur Information zuzustellen (BGE 138 I 484 E. 2.4; Urteil BGer 5D_81/2015 vom 4. April 2016, E. 2.3.2, mit weiteren Hinweisen). Soll die Partei ihr Replikrecht in der zuletzt beschriebenen Konstellation effektiv wahrnehmen können, muss ihr das Gericht ausreichend Zeit für eine Stellungnahme lassen. Welche Wartezeit ausreichend ist, hängt vom Einzelfall ab. In einer allgemeineren Formulierung hielt das Bundesgericht fest, dass jedenfalls vor Ablauf von zehn Tagen nicht von einem Verzicht auf das Replikrecht ausgegangen werden dürfe (Urteil BGer 5D_81/2015 vom 4. April 2016, E. 2.3.3, mit weiteren Hinweisen).

c) Die Vorinstanz setzte der Gesuchstellerin mit Verfügung vom 6. Mai 2020 entgegen den Ausführungen des Gesuchsgegners keine Frist zur Replik, sondern zur Stellungnahme. Allerdings brachte die Vorinstanz in dieser Verfügung nicht eindeutig zum Ausdruck, ob damit ein zweiter Schriftenwechsel angeordnet oder lediglich das Replikrecht im Sinne der Rechtsprechung des Bundesgerichts gewährt wurde. Aufgrund des weiteren Verfahrensablaufes ist indessen davon auszugehen, dass kein zweiter Schriftenwechsel angeordnet wurde. Denn die Vorinstanz stellte die Stellungnahme der Gesuchstellerin dem Gesuchsgegner lediglich zur Kenntnis zu (vgl. diesbezüglich Urteil BGer 5D_81/2015 vom 4. April 2016, E. 2.3.2). Gleich entschied das Kantonsgericht bereits mit Beschluss vom 16. Dezember 2014 (BEK 2014 97, E. 2.b) in einem analogen Fall. Das Bundesgericht bestätigte diese Auffassung im Wesentlichen mit der Be-

A 6.1

gründung, dass im Zweifelsfalle davon auszugehen sei, dass das Bezirksgericht lediglich das Replikrecht gewähren wollte, weil das Rechtsöffnungsverfahren als Summarverfahren beschleunigt durchgeführt werden solle und ein formeller zweiter Schriftenwechsel die Ausnahme zu bleiben habe. Den Parteien geschehe durch das Fehlen eines zweiten Schriftenwechsels kein Unrecht: Sie könnten im Summarverfahren von Anfang an nicht mit einem zweiten Schriftenwechsel rechnen und seien deshalb gehalten, ihre Vorbringen im ersten Schriftenwechsel vorzutragen (Urteil BGer 5A_82/2015 vom 16. Juni 2015, E. 4.2.1). Wie im früheren Verfahren ist aber nochmals darauf hinzuweisen, dass in Zukunft präzisere Verfügungen der Vorinstanz erwünscht sind.

Eine Ungleichbehandlung der Parteien kann auch nicht darin erblickt werden, dass die Vorinstanz der Gesuchstellerin die Gesuchsantwort zur Stellungnahme und dem Gesuchsgegner die Stellungnahme der Gesuchstellerin bloss zur Kenntnisnahme zugestellt hat. Im Rahmen der blossen Gewährung des Replikrechts ist es nicht ausgeschlossen, dass ein Gericht auf diese Weise ausdrückt, welche Vorbringen der vorangegangenen Eingabe es allenfalls als relevant erachtet. Allerdings kann es dadurch den Umfang der in Ausübung des Replikrechts zu verfassenden Eingabe nicht beschränken, denn es liegt alleine an den Parteien zu beurteilen, ob und zu welchen Punkten sie eine Stellungnahme für erforderlich halten. Insbesondere gibt es keine Beschränkung des Replikrechts auf neue Vorbringen der Gegenpartei (Urteil BGer 5A_82/2015 vom 16. Juni 2015, E. 4.2.2).

Hat die Vorinstanz somit keinen zweiten Schriftenwechsel angeordnet – und musste sie das auch nicht tun –, so hatte der Gesuchsgegner auch keinen Anspruch auf eine Duplik im Sinne eines zweiten Vortrags ohne Novenbeschränkung. Damit steht gleichzeitig auch fest, dass im vorliegenden Fall der Aktenschluss mit der Stellungnahme des Gesuchsgegners vom 4. Mai 2020 eingetreten ist und die Parteien in ihren weiteren Eingaben grundsätzlich mit Noven ausgeschlossen waren. Zu prüfen bleibt die Frage, ob die Vorinstanz die Eingabe des Gesuchsgegners vom 18. Juni 2020, worin dieser um Fristansetzung für eine Duplik ersuchte, übergehen durfte, oder ob sie Frist für eine Replik im Sinne der Rechtsprechung des Bundesgerichts hätte ansetzen müssen (nachfolgend lit. d).

d) Von einer Partei, die eine Eingabe ohne Fristansetzung zur Kenntnisnahme zugestellt erhält und die sich dazu äussern will, wird erwartet, dass sie dies umgehend tut oder wenigstens um Ansetzung einer Frist nachsucht; andernfalls wird angenommen, sie habe auf eine weitere Eingabe verzichtet (BGE 138 I 484, E. 2.2, mit Hinweisen). Das gilt insbesondere für einen Rechtsanwalt, der von Berufs wegen als Parteivertreter auftritt

und kraft seines Mandats in der Pflicht steht, die Rechte seiner Klientenschaft zu wahren (Urteil BGer 5D_81/2015 vom 4. April 2016, E. 2.3.2, mit Hinweisen). Aufgrund der heutigen Rechtsprechung ist wie erwähnt davon auszugehen, dass ein Gericht nach Zustellung einer Eingabe an eine Partei mindestens 10 Tage zu warten hat, bevor es seinen Entscheid fällt. Das ist gleichzeitig auch die Zeit, welcher der betreffenden Partei für eine Eingabe zur Verfügung steht (Urteil BGer 5D_81/2015 vom 4. April 2016, E. 2.3.3 f. und 2.4).

Vorliegend wurde die Stellungnahme der Gesuchstellerin vom 25. Mai 2020 dem Rechtsvertreter des Gesuchsgegners unbestrittenermassen am 26. Mai 2020 zugestellt. Seine Eingabe vom 18. Juni 2020 ging bei der Vorinstanz am 19. Juni 2020 ein, mithin erst 24 Tage nach Zustellung der Stellungnahme der Gesuchstellerin vom 25. Mai 2020. Die Eingabe des Gesuchsgegners vom 18. Juni 2020 war damit verspätet. Die Vorinstanz musste darauf nicht mehr eingehen.

3. Beruht die Forderung auf einem vollstreckbaren gerichtlichen Entscheid, so kann der Gläubiger gemäss Art. 80 Abs. 1 SchKG beim Richter die Aufhebung des Rechtsvorschlags (definitive Rechtsöffnung) verlangen. Der Richter erteilt die definitive Rechtsöffnung nach Art. 81 Abs. 1 SchKG, sofern nicht der Betriebene durch Urkunden beweist, dass die Schuld seit Erlass des Entscheids getilgt oder gestundet worden ist, oder die Verjährung anruft.

a) Der Gesuchsgegner wendet sich gegen die Vollstreckbarkeit des Eheschutzentscheids des Einzelrichters vom 21. Januar 2020. Er macht im Wesentlichen geltend, er habe im Berufungsverfahren vor dem Kantonsgericht den Antrag gestellt, die Vollstreckbarkeit der Ziffern 8 (Unterhaltsbeiträge) und 9 (Kostenvorschuss) des Dispositivs aufzuheben. Das Kantonsgericht habe darüber noch nicht entschieden. Werde die Vollstreckbarkeit entzogen oder würden gar die Dispositivziffern 8 und 9 im Berufungsverfahren aufgehoben, besitze die Gesuchstellerin ohnehin keinen vollstreckbaren definitiven Rechtsöffnungstitel mehr und das Gesuch der Gesuchstellerin betreffend definitive Rechtsöffnung vom 4. März 2020 müsse abgewiesen werden.

Seit dem Inkrafttreten der eidg. Prozessordnungen setzt Art. 80 SchKG keinen rechtskräftigen Entscheid für die Vollstreckung mehr voraus. Vielmehr genügt gemäss ausdrücklichem Wortlaut von Art. 80 und 81 SchKG die Vollstreckbarkeit der Entscheidung (Staehelin, in: Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs I, 2. Auflage, N 110 zu Art. 80 SchKG; Kostkiewicz, Kommentar SchKG, 20. Auflage, N 2 und N 15 zu Art. 80 SchKG). Insbesondere stellen auch Urteile und Verfügun-

A 6.1

gen über Unterhaltsbeiträge im Massnahmeverfahren definitive Rechtsöffnungstitel dar (Kostkiewicz, a.a.O., N 27 zu Art. 80 SchKG). Gemäss Art. 315 Abs. 4 lit. b ZPO hat die Berufung gegen Entscheide über vorsorgliche Massnahmen keine aufschiebende Wirkung. Dazu gehören auch Eheschutzentscheide, womit diese mit ihrer Anordnung sofort vollstreckbar sind (Reetz/Hilber, Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Auflage, N 53 ff. zu Art. 315 ZPO).

Vorliegend hat der Gesuchsgegner die Eheschutzverfügung des Einzelrichters am Bezirksgericht March vom 21. Januar 2020 zwar mit Berufung vom 3. Februar 2020 beim Kantonsgericht angefochten. Er reicht im vorliegenden Verfahren jedoch keine Verfügung des Kantonsgerichts ins Recht, wonach betreffend die Ziffern 8 und 9 des Eheschutzentscheides die aufschiebende Wirkung erteilt worden wäre. Entsprechend der gesetzlichen Regelung ist deshalb von der (einstweiligen) Vollstreckbarkeit des Eheschutzentscheides auszugehen. Nur der Vollständigkeit halber ist zu erwähnen, dass das Kantonsgericht mit Verfügung vom 14. September 2020 das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung abgewiesen hat. Das Verfahren ist diesbezüglich zurzeit vor dem Bundesgericht hängig (BGer 5A_866/2020). Dass das Bundesgericht die aufschiebende Wirkung erteilt hätte, wird nicht geltend gemacht. Dem Gesuchsgegner vermag nicht zu helfen, dass das Bundesgericht in einem anderen Rechtsöffnungsverfahren im Jahre 2007 für sein Verfahren die aufschiebende Wirkung erteilte (vgl. Urteil BGer 5A_518/2007 vom 13. Dezember 2007, E. D). Die Gesuchstellerin stützt ihr Rechtsöffnungsbegehren somit auf einen vollstreckbaren Entscheid im Sinne von Art. 80 f. SchKG.

b) Gegenstand der vorliegenden Betreibung sind unbestrittenermassen 14 ausstehende Monatsbeiträge à Fr. 1'273.00 vom 1. Januar 2019 bis Februar 2020. Der Gesuchsgegner hält auch zweitinstanzlich daran fest, dass er diese Unterhaltsbeiträge bereits getilgt habe. Die von ihm für diesen Zeitraum behaupteten Zahlungen wurden allesamt vor dem Eheschutzentscheid vom 21. Januar 2020 geleistet.

Gemäss ausdrücklichem Wortlaut von Art. 81 Abs. 1 SchKG ist die definitive Rechtsöffnung zu erteilen, wenn nicht der Betriebene durch Urkunden beweist, dass die Schuld seit Erlass des Entscheids getilgt oder gestundet worden ist, oder er die Verjährung anruft. Die Tilgung wird im Rechtsöffnungsverfahren deshalb nur dann beachtet, wenn sie nach der Fällung des als Rechtsöffnungstitels vorgelegten Urteils eingetreten ist. Andernfalls müsste der Rechtsöffnungsrichter den Rechtsöffnungstitel materiell überprüfen, was nicht zulässig ist. Dies bedeutet auch, dass die Verrechnungseinrede nicht mehr zulässig ist, wenn der Schuldner die Einrede bereits im materiellen Forderungsprozess hätte erheben können, aber

nicht erhoben hat (Vock/Aeppli-Wirz, Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 4. Auflage 2017, N 5 zu Art. 81 SchKG; Kostkiewicz, a.a.O., N 6 zu Art. 81 SchKG; BGE 135 III 315, E. 3.5). In BGE 138 III 583 E. 6 (= Praxis 102 [2013], Nr. 25) bestätigte das Bundesgericht diese Praxis und hielt explizit fest, dass ein Urteil als definitiver Rechtsöffnungstitel für den ganzen ausstehenden Unterhaltsbeitrag gilt, wenn das Urteilsdispositiv den Schuldner rückwirkend und vorbehaltlos zur Bezahlung von bestimmten Unterhaltsbeiträgen verpflichtet und wenn aus der Urteilsbegründung hervorgeht, dass der Richter mangels Beweisen den seit der Trennung bereits bezahlten Betrag nicht festgelegt hat, weil in diesem Fall die Schuld klar beziffert ist. Es obliegt dem Sachrichter und nicht dem Rechtsöffnungsrichter, Beträge, die vor oder während des Rechtsöffnungsverfahrens geleistet worden sind, materiell zu beurteilen. Tilgung kann nur geltend gemacht werden, wenn diese nach dem Urteil in der Sache erfolgt sind. Die ältere Lehrmeinung und Rechtsprechung, wonach auch eine vor Erlass des Urteils erfolgte Tilgung geltend gemacht werden kann, sofern Unterhaltsansprüche nur dem Grundsatz nach zugesprochen wurden (Stahelin, a.a.O., N 5 zu Art. 81 SchKG; OGer AG, AGVE 2005, 41 f.), auf welche sich der Gesuchsgegner beruft, vermag dagegen nicht aufzukommen. (...).

(Beschluss vom 13. November 2020, BEK 2020 108; hinsichtlich Erw. 2.c vgl. jedoch auch BGE 146 III 237 E. 3.2).

6.2 Kognitionsbefugnis des Rechtsöffnungsrichters

- Wie eine Vereinbarungsklausel von den Parteien verstanden werden durfte und musste, ist durch Auslegung des Forderungstitels selbst und gegebenenfalls weiterer Elemente zu ermitteln, was jedoch die Kognitionsbefugnis des Rechtsöffnungsrichters überschreitet bzw. dem Sach- resp. Aberkennungsrichter im ordentlichen Verfahren vorbehalten ist (Erw. 2.a/e).

Aus den Erwägungen:

2. a) Gemäss Art. 82 SchKG kann der Gläubiger die provisorische Rechtsöffnung verlangen, wenn die Forderung auf einer durch öffentliche Urkunde festgestellten oder durch Unterschrift bekräftigten Schuldanererkennung beruht (Abs. 1). Die provisorische Rechtsöffnung wird erteilt, wenn der Betriebene nicht Einwendungen, welche die Schuldanererkennung entkräften, sofort glaubhaft macht (Abs. 2). Glaubhaft gemacht ist eine

A 6.2

Tatsache dann, wenn für ihr Vorhandensein aufgrund objektiver Anhaltspunkte eine gewisse Wahrscheinlichkeit spricht, selbst wenn das Gericht noch mit der Möglichkeit rechnet, dass sie sich nicht verwirklicht haben könnte. Im provisorischen Rechtsöffnungsverfahren sind alle Einreden und Einwendungen zulässig, welche geeignet sind, die Schuldanerkennung zu entkräften. Der Betriebene kann sich dabei auch mit rechtlichen Einwänden behelfen (BGer, Urteil 5A_51/2019 vom 7. Oktober 2019 E. 3.1 mit Hinweis u.a. auf BGE 145 III 20 E. 4.1.2 = Pra 108 [2019] Nr. 5 und 145 III 213 E. 3.2.3 = Pra 108 [2019] Nr. 124). Alle Einwendungen und Einreden gegen die Schuldanerkennung sind grundsätzlich durch Urkunden geltend zu machen (Art. 254 ZPO; zit. BGE 145 III 20 E. 4.1.2). (...).

e) Die Gesuchstellerin stützt ihr Rechtsöffnungsgesuch auf den (...) Dienstbarkeitsvertrag. (...). Im Kaufvertrag zwischen der Gesuchsgegnerin und der E. AG erklärte die Käuferschaft unter Ziffer IV./10, alle Verpflichtungen (u.a.) aus der Begründung von Dienstbarkeiten zu kennen und diese unter Entlastung der Verkäuferschaft (der Gesuchsgegnerin) zu übernehmen. Folglich kann aufgrund des Kaufvertrages seitens der Gesuchsgegnerin zwar als glaubhaft angesehen werden, dass sie ihrer Pflicht nachkam, die Verpflichtungen aus dem Dienstbarkeitsvertrag auf die neue Eigentümerin zu übertragen. Damit ist aber noch nicht gesagt, dass sie hinreichend glaubhaft machte, von der Entschädigungspflicht gegenüber der Gesuchstellerin auch entlastet zu sein. Weder aus dem Dienstbarkeitsvertrag noch in einer anderen Urkunde ist ersichtlich, dass die Gesuchstellerin der Entlastung der Gesuchsgegnerin von der Entschädigungspflicht explizit zugestimmt hätte. Daran ändert auch die erhöhte Beweiskraft des Dienstbarkeitsvertrags als öffentliche Urkunde nichts. Soweit die Gesuchsgegnerin mit Hinweis auf BGE 117 II 68 vorbringt, es handle sich bei der Vereinbarung betreffend Überbindung im Dienstbarkeitsvertrag um einen zum Voraus (bedingten) Aufhebungsvertrag im Sinne von Art. 115 OR, vermag sie daraus im provisorischen Rechtsöffnungsverfahren nichts zu ihren Gunsten abzuleiten. Denn wie die Vereinbarung betreffend Überbindung von den Parteien verstanden werden durfte und musste, ist durch Auslegung des Forderungstitels selbst und gegebenenfalls weiterer Elemente zu ermitteln, was jedoch die Kognitionsbefugnis des Rechtsöffnungsrichters überschreitet bzw. dem Sach- resp. Aberkennungsrichter im ordentlichen Verfahren vorbehalten ist (BGE 145 213 E. 3.2.1 = Pra 108 [2019] Nr. 124; BGE 145 20 E. 4.3.3 = Pra 108 [2019] Nr. 5; BGer, Urteil 5A_261/2018 vom 4. Februar 2019 E. 3.1 mit Hinweis). Inwieweit sodann die Urkundsperson die Parteien bezüglich der Überbindungspflicht belehrte, wird allenfalls Gegenstand des Beweisverfahrens sein. Vor diesem Hintergrund muss auf die Schreiben der Gesuchsgegnerin und die Aktennotiz nicht weiter eingegangen werden, resp. diese werden in einem

(allfälligen) ordentlichen Prozess im Rahmen der Auslegung des Dienstbarkeitsvertrages zu würdigen sein. Nach dem Gesagten ist somit nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz die Befreiung der Gesuchsgegnerin von der Entschädigungspflicht nicht als glaubhaft erachtete und provisorische Rechtsöffnung erteilte. (...).

(Beschluss vom 12. Oktober 2020, BEK 2020 37).

6.3 Fristwahrung beim Verlangen einer neuen Liegenschaftsschätzung

- *Die Bestimmungen und die Rechtsprechung über die Zustellfiktion nach spätestens sieben Tagen von Art. 138 Abs. 3 ZPO sind anwendbar (Erw. 4.a).*
- *Der Empfänger darf die Abholfrist aber nicht verlängern, ohne sich vorher nach dem identifizierbaren Absender des avisierten Schriftstücks zu erkundigen (Erw. 4.b).*
- *Selbst einem Laien muss klar sein, dass er mit Aufträgen zur Verlängerung der Abholfrist über die Post App die siebentägige Abholfrist nicht unterlaufen kann, ohne allenfalls Rechtsmittelfristen zu versäumen; denn die im Gesetz statuierte siebentägige Abholfrist entspricht den postalischen Gepflogenheiten und gilt allgemein als bekannt (Erw. 5).*

Aus den Erwägungen:

4. Der Beschwerdeführer kann den tatsächlich unterlassenen Abruf der ihm zur Verfügung stehenden Sendungsinformationen nicht mit dem Vertrauen in die Anzeige einer Gemeindekanzlei als Absender durch die Post App rechtfertigen, weil er deren Möglichkeit, den wirklichen Absender zu eruieren, nicht nutzte. Dazu in rechtlicher Hinsicht was folgt:

a) Die Zustellung von Mitteilungen, Verfügungen und Entscheiden der Betreibungs- und Konkursämter sowie der Aufsichtsbehörden erfolgen durch eingeschriebene Postsendung oder auf andere Weise gegen Empfangsbestätigung (Art. 34 Abs. 1 SchKG). Die qualifizierte Form der Zustellung (Art. 64 ff. SchKG) kommt bei der Zustellung von Schätzungsurkunden nicht zur Anwendung, weil es sich nicht um Betreibungsurkunden handelt. Nach ihrer Zustellung ist jeder Beteiligte berechtigt, innerhalb der gesetzlichen Beschwerdefrist ohne nähere Begründung gegen Vorschuss der Kosten eine neue Schätzung der Liegenschaft durch Sachverständige zu verlangen (Art. 9 Abs. 2 VZG i.V.m. Art. 17 Abs. 2 SchKG). Vorliegend handelt es sich bei den erstinstanzlichen Anträgen des Be-

A 6.3

schwerdeführers um Neuschätzungen zwar nicht um eigentliche Beschwerden (vgl. Zopfi, Kurzkomentar, Art. 9 VZG N 9). Art. 9 Abs. 2 VZG verweist jedoch vorbehaltlos auf die Verwirkungsfrist von Art. 17 Abs. 2 SchKG (dazu vgl. Nordmann, BSK, 2. A. 2010, Art. 31 SchKG N 8 ff.), für deren Berechnung, Einhaltung und Lauf die Zivilprozessordnung gilt (Art. 31 SchKG). Daher sind die Bestimmungen und die Rechtsprechung über die Zustellfiktion nach spätestens sieben Tagen von Art. 138 Abs. 3 ZPO für den Fall, dass der Adressat anlässlich einer Zustellung nicht angetroffen wird, anwendbar (vgl. Kren Kostkiewicz, OFK, 20. A. 2020, Art. 31 und 34 SchKG N 5 f. bzw. 6 m.H.). Darüber hinaus gelten auch für das Verfahren der Neuschätzung vor den Aufsichtsbehörden entsprechend dem SchKG-Beschwerdeverfahren die Vorschriften der Kantone (BGer 5A_8/2020 vom 6. April 2020 E. 2.1 f.). Im Kanton Schwyz sind die Regeln der ZPO-Zustellfiktion somit anwendbar (vgl. § 13 ff. und § 18 EGzSchKG sowie § 100 JG, etwa BGer 5A_23/2019 vom 3. Juli 2019 E. 3.2; EGV-SZ 2011 A 6.1). Es ist unbestritten, dass in Berücksichtigung dieser Zustellfiktionsregeln die mithin grundsätzlich nach Art. 144 ZPO nicht erstreckbare Frist zum Verlangen einer Neueinschätzung (Art. 9 Abs. 2 VZG) am 3. Januar 2020 ablief, da die Betreibungsferien, wie der Vorderrichter zutreffend festhielt, für die Zustellung von Schätzungsurkunden nicht gilt (vgl. dazu auch Kren Kostkiewicz, a.a.O., Art. 56 SchKG N 8 m.H.).

b) Es ist nicht erforderlich, dass der Absender aus der vorliegend nicht aktenkundigen Abholeinladung der Post erkennbar ist (BGE 142 IV 286 E. 1.6.3). Der Beschwerdeführer durfte sich schon deshalb nicht auf die Bezeichnung einer Gemeindekanzlei in der Post App verlassen, zumal er die Möglichkeit hatte, das „Sendungsbild“ abzurufen. Mit einem Abruf des „Sendungsbildes“ in der von ihm benutzten Post App hätte er anhand des Stempels das Betreibungsamt (...) als Absender der ihm bereits zur Abholung gemeldeten Zustellungen vom 17. Dezember 2019 erkennen können und müssen. Soweit er die Abholfrist in der irrtümlichen Meinung, der Absender der Einschreiben sei die Gemeindekanzlei (...) gewesen, bis am 7. Januar 2020 verlängern liess, hat er sich diesen Irrtum daher selber zuzuschreiben. Der Empfänger darf die Abholfrist aber nicht verlängern, ohne sich vorher nach dem identifizierbaren Absender des avisierten Schriftstücks zu erkundigen (BGer 5A_969/2018 E. 2.2.3, so im Grundsatz auch schon EGV-SZ 2013 A 5.3 E. 3.b). Zudem stellte der Vorderrichter richtig fest (vgl. angef. Verfügungen E. 2.4.2 m.H.), dass Abkommen mit der Post, wie etwa ein Zurückhaltungsauftrag, aufgrund der Verpflichtung des Empfängers, dafür zu sorgen, dass die Post zu ihm gelangen kann, keine Verlängerung der Beschwerdefrist zur Folge haben kann

(BGE 141 II 429 = Pra 2016 Nr. 53 E. 3.1; Baeriswyl/Milani/Schmid, Kommentar SchKG, 4. A. 2017, Art. 34 SchKG N 17 m.H.). (...).

5. Der Entscheid des Zürcher Obergerichts (ZR 2019 Nr. 44 = ius.focus 5/2020 S. 20 insbes. E. 4.3) stützt sich im Wesentlichen auf einen Bundesgerichtsentscheid aus dem Jahre 2012, wonach selbst von einem juristisch gebildeten Nichtanwalt nicht verlangt werden könne, die Unterscheidung zwischen dem Ende der postalischen Abholfrist und dem Ende der Legalfrist betreffend Zustellungsfiktion zu kennen, weshalb ihm unter Vertrauensgesichtspunkten aus dem Auseinanderklaffen des Datums der Zustellfiktion und des letzten Tages der postalischen Abholfrist kein Nachteil erwachsen dürfe (BGer 5A_211/2012 vom 25. Juni 2020 E. 1.3 m.H.). Diese inzwischen offenbar auch höchstrichterlich (vgl. BGer 2C_258/2020 vom 14. April 2020 E. 3.3) nicht mehr vorbehaltlos als überzeugend gehaltene Rechtsprechung bezieht indes auf die Zustellfiktion bei Mitteilungen nach Art. 44 Abs. 2 BGG und betrifft Fälle (BGer 1C_85/2010 vom 4. Juni 2010 E. 1.4.3 sowie 2D_37/2010 vom 23. November 2010 E. 3.4), in welchen die Angabe eines falschen Abholdatums durch die Post erfolgte. Vorliegend macht der Beschwerdeführer indes nicht geltend, dass die Post auf der nicht aktenkundigen Abholeinladung oder in der Post App eine falsche Auskunft über dieses Datum gab. Es ist somit kein die vom Obergericht Zürich angerufene Rechtsprechung begründender Vertrauenstatbestand dargetan (ähnlich BGer 2C_990/2015 vom 19. Februar 2016 E. 3.4). Vielmehr nutzte der Beschwerdeführer die Post App unter Ausserachtlassung seiner Abklärungspflichten hinsichtlich des Absenders (vgl. oben E. 4.b) nur, um die Post zu beauftragen, die Abholfrist zu verlängern bzw. die Zustellung zu wiederholen. Der Beschwerdeführer befand sich mithin nicht in der Situation, zwischen dem Ende einer postalischen Abholfrist und dem Datum des Eintritts der Zustellfiktion unterscheiden zu müssen. Selbst einem Laien muss aber klar sein, dass er mit solchen Aufträgen die siebentägige Abholfrist nicht unterlaufen kann, ohne allenfalls Rechtsmittelfristen zu versäumen; denn die im Gesetz statuierte siebentägige Abholfrist entspricht den postalischen Gepflogenheiten und gilt allgemein als bekannt (BGer 8C_655/2012 vom 22. November 2012 E. 3.5 m.H.). Die Post hält zudem in ihren allgemeinen Geschäftsbedingungen „Postdienstleistungen“ fest, dass sich die rechtlichen Wirkungen einer Zustellung unabhängig vom postalischen Angebot nach den gesetzlichen Vorschriften beurteilen (Ziff. 2.5.7 lit. b; BGer 2C_258/2020 vom 14. April 2020 E. 3.1).

Die vorliegend durch den Beschwerdeführer an die Post erteilten Aufträge, welche die vom Betreibungsamt ausdrücklich vorgesehenen Retouren (dazu AGB Post Ziff. 2.6) verhinderten, zeigen, dass er ohnehin nicht auf einen von der Post angegebenen letzten Abholtermin vertraute. Die

A 6.3

vom Zürcher Obergericht erwähnte bundesgerichtliche Rechtsprechung ist auch deswegen hier nicht einschlägig. Dass sich die Post über den Vermerk des Absenders betreffend die kostenpflichtige Retournierung hinwegsetzte, kann umso weniger der zustellenden Behörde angelastet werden, als die Verlängerung der Abholfrist bzw. die Anordnung einer Zweit-zustellung im Auftrag des Beschwerdeführers geschah. Insofern handelte die Post auch nicht (mehr) als Hilfsperson der Behörde, sondern des Beschwerdeführers, so dass er sich deren Verhalten unmittelbar zurechnen lassen muss (vgl. BGer 5A_187/2017 vom 20. Juli 2017 E. 4.2 m.H.).

(Beschluss vom 26. November 2020, BEK 2020 70 und 71).

B **Verwaltungsgericht**

1. **Verfahren**

1.1 **Fristwahrung - Beweislastumkehr**

- *Eine Handlung ist rechtzeitig erfolgt, wenn sie vor Ablauf der Frist vorgenommen wird. Schriftliche Eingaben müssen spätestens am letzten Tag der Frist an die Bestimmungsstelle gelangen oder für sie der Schweizerischen Post übergeben sein (§ 159 JG; vgl. auch Art. 39 Abs. 1 ATSG).*
- *Die Beweislast für die Rechtzeitigkeit einer Parteihandlung im Verfahren trägt grundsätzlich diejenige Partei, welche daraus Rechtsfolgen ableiten will.*
- *Verunmöglicht die Behörde den Beweis, weil sie in Missachtung der Aktenführungspflicht das Couvert nicht zu den Akten nimmt, tritt eine Beweislastumkehr ein.
(siehe EGV-SZ 2020 B 3.1).*

1.2 **Beschwerdelegitimation**

- *Beschwerdelegitimation einer Flurgenossenschaft (siehe EGV-SZ 2020 B 6.1).*

1.3 **Rechtsschutzinteresse**

- *Fehlendes Rechtsschutzinteresse für die Anfechtung einer Abbruchbewilligung nach dem Ablauf ihrer Geltungsdauer (siehe EGV-SZ 2020 B 8.4).*

1.4 **Akteneinsicht**

- *Öffentlichkeit der Verwaltung (siehe EGV-SZ 2020 B 18.1).*

2. Alters- und Hinterlassenenversicherung / Invalidenversicherung / Ergänzungsleistungen

2.1 Alters- und Hinterlassenenversicherung - Beiträge

- *Voraussetzung, unter welcher das Kindesvermögen bei einer als nicht-erwerbstätig erfassten Mutter beim für die Beitragserhebung massgebenden Vermögen nicht anzurechnen ist.*

Aus den Erwägungen:

2.1 Mit Einspracheentscheid wurde die Verfügung bestätigt, mit welcher die Vorinstanz das Kindesvermögen von rund Fr. 350'000.-- der noch minderjährigen Kinder bei der Berechnung gestützt auf die Wegleitung über die Beiträge der Selbständigerwerbenden und Nichterwerbstätigen in der AHV, IV und EO (nachfolgend: WSN) sowie auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung gemäss BGE 101 V 177 bzw. BGE 98 V 92 mitberücksichtigte (vgl. Einspracheentscheid vom 23.3.2020 Erw. 14/16).

2.2 (...).

4.1.1 Gemäss Rz. 2080 WSN (in der per 1.1.2008 gültigen Fassung; Stand 1.1.2020), gehört zum massgebenden Vermögen das gesamte reine in- und ausländische Vermögen der Nichterwerbstätigen. Gemäss Rz. 2081 - mit Verweis auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung BGE 101 V 177 vom 6. Juni 1975 (in ZAK 1976 S. 145ff.) - gehört zum massgebenden Vermögen der Nichterwerbstätigen ferner:

- (...);
- das Kindesvermögen, an dem ihnen die Nutzung zusteht. Das Nutzungsrecht wird bis zum Beweis des Gegenteils vermutet;
- (...).

4.1.2 Der dem BGE 101 V 177 zugrundeliegende Sachverhalt betraf einen verheirateten Vater dreier Kinder. In jenem Urteil erklärte das EVG - mit Hinweis auf BGE 98 V 92 (ZAK 1972 S. 576) -, dass gemäss Art. 10 Abs. 1 AHVG der Beitrag innerhalb des festgesetzten Rahmens nach den sozialen Verhältnissen des Versicherten zu bemessen und dass im massgebenden Vermögen das Vermögen der Ehefrau des Versicherten mitzubetrachten sei, wenn dieser daraus einen Vorteil ziehe; aus ähnlichen

Gründen müsse daher dasselbe auch für das Vermögen der minderjährigen Kinder gelten. Die Randziffer 266 Abs. 1 der vom BSV erlassenen und ab 1. Januar 1970 gültigen Wegleitung, welche das Vermögen der Ehefrau sowie des Kindes gleichbehandle, erweise sich daher als rechtmässig (vgl. BGE 101 V 179 Erw. 1; vgl. ZAK 1976 S. 146; bestätigt in BGE 103 V 49, BGE 105 V 241, BGE 120 V 163 Erw. 4a m.H.a. ZAK 1979 S. 558f.).

4.1.3 (...).

4.2.1 Die Eltern haben, solange ihnen die elterliche Sorge zusteht, das Recht und die Pflicht, das Kindesvermögen zu verwalten (Art. 318 Abs. 1 ZGB; in Kraft seit 1.1.1978). Wie die Beschwerdeführerin zutreffend ausführte, dürfen die Eltern die Erträge des Kindesvermögens für Unterhalt, Erziehung und Ausbildung des Kindes und, soweit es der Billigkeit entspricht, auch für die Bedürfnisse des Haushaltes verwenden (Art. 319 Abs. 1 ZGB). Erweist es sich für die Bestreitung der Kosten des Unterhalts, der Erziehung oder der Ausbildung als notwendig, so kann die Kindeschutzbehörde den Eltern gestatten, auch das übrige Kindesvermögen in bestimmten Beträgen anzugreifen (Art. 320 Abs. 2 ZGB). Die Eltern dürfen Erträge des Kindesvermögens nicht verbrauchen, wenn es dem Kind mit dieser ausdrücklichen Auflage oder unter der Bestimmung zinstragender Anlage oder als Spargeld zugewendet worden ist (Art. 321 Abs. 1 ZGB).

4.2.2 Das Gesetz enthält keine Definition des Kindesvermögens. Es handelt sich um alle dem Kind zustehenden vermögenswerten Rechte: Eigentum an Fahrnis oder Grundstücken, beschränkte dingliche Rechte, Immaterialgüterrechte, Forderungen. Es bildet sich aus Schenkungen, Erbgang, Arbeitserwerb, Unterhalts-, Schadenersatz- und Versicherungsleistungen sowie Erträgnissen. Das Kindesvermögen ist eine Art "Eigentum" des Kindes und es ist in jeder Beziehung - insbesondere auch organisatorisch - strikte vom Vermögen der Eltern zu trennen (vgl. Peter Breitschmid, in: Basler Kommentar zum ZGB, 6. Auflage, Basel 2018, Rz. 1 zu Art. 318 ZGB m.H.; Michelle Cottier, in: ZGB Kurzkommentar, herausgegeben von Andrea Büchler/ Dominique Jakob, 2. Auflage, Basel 2018, Rz. 1 zu Art. 318 ZGB). Wird ein Sparheft bzw. Sparkonto zugunsten und auf den Namen des Kindes eröffnet und geäufnet - sei es von Eltern oder Dritten (Paten etc.) - so handelt es sich um einen echten Vertrag zu Gunsten Dritter (Peter Breitschmid, a.a.O., Rz. 4 zu Art. 318 ZGB m.H. u.a. Urteil des BGer 4C.470/1994 vom 4.8.1995).

B 2.1

4.2.3 Anders als die Substanz des Kindesvermögens, für dessen Erhalt die Eltern im Rahmen ihrer Vermögensverwaltung grundsätzlich besorgt sein müssen (siehe Art. 318 ZGB), dürfen die Erträge des Kindesvermögens in Teilbeträgen entsprechend den laufenden Bedürfnissen für den Unterhalt des Kindes verbraucht werden (Art. 319 ZGB, siehe aber auch Art. 321 Abs. 2 ZGB). Dies entspricht Art. 276 Abs. 3 ZGB, wonach die Eltern von ihrer Unterhaltspflicht in dem Mass befreit sind, als dem Kind zugemutet werden kann, den Unterhalt aus seinem Arbeitserwerb oder anderen Mitteln zu bestreiten (vgl. Michelle Cottier, a.a.O., Rz. 1 zu Art. 320 ZGB; Christoph Häfeli, Grundriss zum Kindes- und Erwachsenenschutz, 2. Auflage, Bern 2016, Rz. 42.12). Mithin gilt der Grundsatz der Unantastbarkeit des Kindesgutes nicht unbeschränkt (Peter Breitschmid, a.a.O., Rz. 2 zu Art. 318 ZGB).

4.2.4 Der Grundsatz der Pflicht der Eltern zur Erhaltung der Substanz des Kindesvermögens kennt zwei Ausnahmen. Ebenfalls für den Unterhalt des Kindes eingesetzt werden dürfen Abfindungen (Art. 288 ZGB), Schadenersatz und ähnliche Leistungen (Art. 320 Abs. 1 ZGB), die zwar der Substanz des Kindesvermögens zuzurechnen sind, also nicht unter Art. 319 Abs. 1 ZGB fallen, jedoch Unterhaltersatzcharakter haben (Michelle Cottier, a.a.O., Rz. 5 zu Art. 320 ZGB; Peter Breitschmid, a.a.O., Rz. 1 zu Art. 320 ZGB). Eine Anzehrung des Kindesvermögens ist zudem erlaubt, wenn es für die Bestreitung der Kosten des Unterhalts, der Erziehung oder der Ausbildung als notwendig erscheint. Dafür ist eine umfangmässig bestimmte Anzehrungsbewilligung der Kindesschutzbehörde notwendig (Michelle Cottier, a.a.O., Rz. 6 zu Art. 320 ZGB).

4.3 Der oberwähnte Gesetzeswortlaut sowie die zitierte Rechtsprechung sprechen zwar dafür, dass - auch nach Inkrafttreten des Bundesgesetzes vom 25. Juni 1976 über die Änderung des ZGB am 1. Januar 1978 - das Vermögen der minderjährigen Kinder in das für den nicht erwerbstätigen Versicherten persönlichen Beitrag massgebende Vermögen miteinzubeziehen ist. Dies erweist sich vorliegend jedoch als nicht entscheidend. Denn gemäss Rz. 2081 WSN wäre dies ohnehin nur dann der Fall, wenn die Beschwerdeführerin mit dem allgemein geltenden Grad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit (vgl. BGE 135 V 39 Erw. 6.1; BGE 126 V 353 Erw. 5b m.H.) nicht nachzuweisen vermöchte, dass sie aus dem Vermögen ihrer noch minderjährigen Kinder keinen Nutzen zieht bzw. nicht über deren Vermögen verfügt und mithin dieses Vermögen keinen Einfluss auf ihre soziale Lage hätte.

5.1 (...).

5.2 Für die Nachlassabwicklung errichtete die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde (KESB) für die beiden Söhne eine Beistandschaft nach Art. 306 Abs. 2 ZGB, und setzte in der Folge eine Beiständin mit dem folgenden Auftrag ein:

- die Interessen der Söhne bei der Abwicklung des Nachlasses des Vaters zu wahren und zu vertreten, wozu ihr Prozessvollmacht mit Substitutionsrecht erteilt wurde;
- der KESB den Erbteilungsvertrag mit begründetem Antrag zur Zustimmung zu unterbreiten;
- nach Abschluss des Verfahrens zur erbrechtlichen Auseinandersetzung der KESB Bericht zu erstatten und über die Weiterführung, Änderung oder Aufhebung der Massnahmen Antrag zu stellen.

Mit Bericht vom Januar 2014 reichte die Beiständin den von ihr unterzeichneten Erbteilungsvertrag betreffend den Nachlass des verstorbenen Ehemannes der Beschwerdeführerin ein, welchem die KESB die Zustimmung erteilte. Gleichzeitig wurde die Beistandschaft gemäss Art. 306 Abs. 2 ZGB für die Söhne wieder aufgehoben und die Beiständin aus dem Mandat entlassen; ferner wurde die Beschwerdeführerin angewiesen, der KESB den Nachweis über die Auszahlungen auf je separate Konti, lautend jeweils auf die Söhne, zu erbringen.

5.3 (...). Dabei weist die Beschwerdeführerin zu Recht darauf hin, dass der Gesetzgeber mit dem Bundesgesetz vom 25. Juni 1976 über die Änderung des ZGB - in Kraft ab 1. Januar 1978 - den Verwendungszweck von Kindesvermögen auf die Bedürfnisse der Kinder limitiert hat bzw. dessen Anzehung nur für bestimmte, oben dargelegte und genau umschriebene Zwecke zulässt (vgl. vorstehend Erw. 4.2). Angesichts des Renteneinkommens der Beschwerdeführerin sowie ihres Vermögens kann und muss daher mit überwiegender Wahrscheinlichkeit davon ausgegangen werden, dass für die Bestreitung der Kosten des Unterhalts, der Erziehung oder der Ausbildung der Kinder eine Anzehung des Kindesvermögens nicht als notwendig erscheint. Die Beschwerdeführerin hat damit im Sinne von Rz. 2081 WSN hinreichend nachgewiesen, dass sie nicht in den Genuss des Kindesvermögens ihrer Söhne kam bzw. kommt und insofern denn auch keinen Nutzen daraus zog bzw. zieht.

5.4 Bei dieser Sachlage muss somit entgegen der vorinstanzlichen Auffassung das Kindesvermögen vom Reinvermögen im Sinne von Art. 28 AHV in Abzug gebracht werden. (...). Die Beschwerde ist gutzuheissen. (VGE II 2020 46 vom 24. Juni 2020).

B 2.2

2.2 Ergänzungsleistungen - Wohnungskosten

- Die Mietkosten einer Garage zählen grundsätzlich nicht zum Mietzins der Wohnung und werden bei den anrechenbaren Auslagen nicht berücksichtigt.

Aus den Erwägungen:

3.4.1 Gemäss dem Mietvertrag beläuft sich der monatliche Nettomietzins für die von den Beschwerdeführern bewohnte Wohnung auf Fr. 1'060.-- zuzüglich (Akonto-) Heiz- und Nebenkosten von Fr. 160.-- entsprechend total monatlich Fr. 1'220.--; die Kosten für den Einstellplatz betragen monatlich Fr. 105.-- zuzüglich einer Nebenkostenpauschale von Fr. 10.-- entsprechend also monatlich Fr. 115.--. Die gesamten monatlichen Mietkosten betragen also Fr. 1'335.--.

3.4.2 Art. 10 ELG definiert die anerkannten Ausgaben. Anerkannt wird auch der Mietzins einer Wohnung und die damit zusammenhängenden Nebenkosten, die sich bei Ehepaaren auf einen jährlichen Höchstbetrag von Fr. 15'000.--, d.h. monatlich Fr. 1'250.--, belaufen (Abs. 1 lit. b Ziff. 2). Per 1. Januar 2021 werden die maximal anrechenbaren Wohnkosten erhöht (abgestuft nach drei Regionen [Land, Stadt und Grosszentren] für einen Zweipersonenhaushalt Fr. 1'460.--, Fr. 1'575.-- oder Fr. 1'620.--).

3.4.3 In Auseinandersetzung mit (seiner) Rechtsprechung und Lehre hat das Bundesgericht im Urteil 9C_69/2013 vom 9. August 2013 ausgeführt (Erw. 8), dass Rechtsprechung und Doktrin einen Abzug unter der Ausgabenposition "Mietzins einer Wohnung und damit zusammenhängende Nebenkosten" - ungeachtet der für die Mehrkosten geltend gemachten Gründe - immer von der konkreten Wohnsituation abhängig machen; sie dienen der Gewährleistung der existenziellen Wohnbedürfnisse und hängen eng mit dem Gebrauch des Mietobjekts Wohnung zusammen. Im konkreten Fall war die Berücksichtigung der Mietkosten von monatlich Fr. 100.-- für einen Garagenplatz bei einer infolge einer Muskelerkrankung stark gehbehinderten Person zu beurteilen, die zur Fortbewegung auf einen Rollstuhl angewiesen war und der eine ganze Invalidenrente ausgerichtet wurde. Das Versicherungsgericht des Kantons Aargau hatte die Anrechenbarkeit dieser Mietkosten bejaht. Das Bundesgericht hingegen entschied anders. Es erwog, da die Beschwerdegegnerin keine öffentlichen Verkehrsmittel benutzen könne, fielen ihr dafür keine Verkehrsauslagen an. Diese Kosten verlagerten sich innerhalb des Ausgabenbereichs für den

allgemeinen Lebensbedarf in den Sektor Auslagen für Betrieb und Unterhalt des Autos. Darunter fielen auch die Kosten der Abstellplatzmiete. Von Relevanz sei zudem, dass Art. 10 Abs. 1 lit. b Ziff. 3 ELG vorsehe, dass bei der notwendigen Miete einer rollstuhlgängigen Wohnung und den damit zusammenhängenden Nebenkosten der jährliche Höchstbetrag gemäss Art. 10 Abs. 1 lit. b Ziff. 1 und 2 ELG um zusätzlich Fr. 3'600.- aufzustocken ist. Ein Autoabstellplatz sei somit auch im Zusammenhang mit der rollstuhlbedingten Berücksichtigung höherer Wohnkosten nicht genannt. Eine ausdehnende Interpretation der Spezialregelung sei nicht zulässig, da der Gesetzgeber nach der Rechtsprechung die anerkannten Ausgaben einzeln aufgezählt und abschliessend geregelt habe (vgl. auch Urteil BGer P 42/06 vom 2.11.2006 Erw. 5.1.3, wonach Aufwendungen für die Miete einer Garage grundsätzlich nicht zum Mietzins der Wohnung oder zu den damit zusammenhängenden Nebenkosten zählen).

3.4.4 Vor dem Hintergrund dieser Rechtsprechung ist es nicht zu beanstanden, wenn die Vorinstanz nur die Kosten für die Wohnungsmiete von monatlich insgesamt Fr. 1'220.-- berücksichtigt hat, nicht aber die Kosten für die Miete des Einstellplatzes.

(VGE II 2020 42 vom 15. Juli 2020).

3. Arbeitslosenversicherung / Berufliche Vorsorge / Kranken- und Unfallversicherung

3.1 Arbeitslosenversicherung - Erlöschen des Anspruchs auf Arbeitslosenentschädigung

- *Der Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung erlischt, wenn er nicht innert dreier Monate nach dem Ende der Kontrollperiode, auf den er sich bezieht, geltend gemacht wird (Art. 20 Abs. 3 AVIG).*
- *Er wird fristgerecht geltend gemacht, wenn er vor Fristablauf der Post übergeben oder direkt bei der Arbeitslosenkasse eingereicht wird.*
- *Beweispflichtig für die Fristeinhaltung ist der Versicherte.*
- *Verunmöglicht die Behörde den Beweis, weil sie in Missachtung der Aktenführungspflicht das Couvert nicht zu den Akten nimmt, tritt eine Beweislastumkehr ein.*

B 3.1

Aus dem Sachverhalt:

Der Versicherte musste seinen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung für den Monat März bis spätestens Ende Juni geltend machen. Die hierzu geforderten Unterlagen gingen bei der Arbeitslosenkasse am 2. Juli ein, worauf sie den Anspruch ablehnte.

Aus den Erwägungen:

3.3 Sachverhaltsmässig kann somit zusammengefasst werden:

- Der Beschwerdeführer deklarierte mit dem Formular 'Angaben der versicherten Person für den Monat März 2019' einen Zwischenverdienst vom 25. bis 30. März 2019.
- Am 6. Mai 2019 forderte die Vorinstanz vom Beschwerdeführer die von der Arbeitgeberin ausgestellte Bescheinigung Zwischenverdienst März 2019 sowie die Lohnabrechnung März 2019. Da diese nicht eingingen, mahnte sie den Beschwerdeführer am 6. Juni 2019 ab; die Unterlagen seien bis 30. Juni 2019 einzureichen, andernfalls verwerke der Anspruch.
- Am 27. Mai 2019 stellte die Arbeitgeberin die Bescheinigung Zwischenverdienst Mai 2019 sowie die Lohnabrechnung Mai 2019 aus.
- Am 2. Juli 2019 vermerkt die Vorinstanz auf beiden Unterlagen den Eingang. Sie anerkennt, dass es sich um die verlangte Bescheinigung für den deklarierten Zwischenverdienst im Monat März 2019 handelt.
- In der Verfügung vom 16. Juli 2019, bestätigt mit dem angefochtenen Einspracheentscheid vom 5. September 2019, weist die Vorinstanz den Anspruch des Beschwerdeführers auf Arbeitslosenentschädigung für den Monat März 2019 ab, weil die geforderten Unterlagen nicht fristgerecht bis Ende Juni 2019 eingegangen seien, nämlich erst am 2. Juli 2019.

4. Die Vorinstanz begründet die Ablehnung des Anspruchs damit, dass der Beschwerdeführer die geforderten Unterlagen betreffend Monat März 2019 nicht fristgerecht, d.h. spätestens per 30. Juni 2019, eingereicht hat.

4.1.1 Die dreimonatige Frist zur Geltendmachung des Anspruchs auf Arbeitslosenentschädigung nach dem Ende der Kontrollperiode März 2019 lief Ende Juni 2019, d.h. per 30. Juni 2019, ab. Diese Frist wird auch vom Beschwerdeführer nicht bestritten.

4.1.2 Eine Handlung ist rechtzeitig erfolgt, wenn sie vor Ablauf der Frist vorgenommen wird (§ 4 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes [VRP; SRSZ 234.110] vom 6.6.1974 i.V.m. § 159 des Justizgesetzes [JG; SRSZ 231.110] vom 18.11.2009). Schriftliche Eingaben müssen spätestens am letzten Tag der Frist an die Bestimmungsstelle gelangen oder für sie der Schweizerischen Post übergeben sein (Art. 39 Abs. 1 ATSG). Als Beweis für die Übergabe zuhanden der Schweizerischen Post dient grundsätzlich der Poststempel. Es reicht bereits der Einwurf in einem Briefkasten der Schweizerischen Post, sofern der Beweis der Rechtzeitigkeit durch Zeugen oder andere Beweismittel erbracht werden kann (Kölz/Bossart/Röhl, Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 3. Auflage, Zürich 2014, § 11 N 46; Kieser, ATSG-Kommentar, 4. Auflage, Art. 39 N 8 ff.; BSK ATSG-Randacher/Weber, Art. 39 N 8). Der effektive Eingang innert Frist bei der zuständigen Stelle ist somit gemäss Art. 39 Abs. 1 ATSG nur dann von Bedeutung, wenn die Eingabe direkt (nicht per Post) bei der Bestimmungsstelle oder etwa auch elektronisch per E-Mail erfolgt (vgl. hierzu BGE 145 V 90 Erw. 6.1).

4.1.3 Die Beweislast für die Rechtzeitigkeit einer Parteihandlung im Verfahren trägt grundsätzlich diejenige Partei, welche daraus Rechtsfolgen ableiten will (Kieser, a.a.O., Art. 39 N 10). Wo für die Ausübung eines Rechts eine Verwirkungsfrist läuft, trägt demgemäss die das Recht ausübende Partei die Beweislast für die Einhaltung der Frist. Wird für die Übermittlung einer schriftlichen Eingabe die Post benützt, umfasst die Beweislast für die fristgerechte Rechtsausübung nicht nur das Beweisrisiko für die rechtzeitige Postaufgabe, sondern auch dasjenige für den zur Fristwahrung erforderlichen Inhalt der Postsendung (VGE II 2020 1 und II 2020 7 je vom 13.2.2020 Erw. 2.4.1).

4.2 Die vom Beschwerdeführer eingereichten Unterlagen tragen gemäss den Akten einen Eingangsstempel vom Dienstag, 2. Juli 2019. Dies wird seitens Beschwerdeführer nicht bestritten. Allseits unbestritten ist ebenso, dass die Unterlagen per Post und nicht direkt bei der Vorinstanz eingereicht wurden. Wie eben ausgeführt, ist für die Fristwahrung gemäss Art. 39 Abs. 1 ATSG bei einer postalischen Einreichung indes nicht der Eingang bei der Vorinstanz massgebend, sondern das Datum der Postaufgabe. Auf gerichtliche Nachfrage hin macht der Beschwerdeführer am 26. Februar 2020 geltend, dass er die geforderten Unterlagen bereits am Samstagmorgen, dem 29. Juni 2019, in frankiertem Briefumschlag in den Postbriefkasten eingeworfen habe in der Annahme, dass dieser noch am gleichen Tag abgestempelt und versendet würde. Der Beschwerdeführer

B 3.1

legt jedoch keine Beweise ins Recht, welche diesen Vorgang belegen würden. Auch sind aus den Akten vordergründig keine Anhaltspunkte ersichtlich, die seine Behauptung stützen könnten.

4.3.1 Für die dem Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts unterstellten Versicherer wurde in Art. 46 ATSG die Aktenführungspflicht auf Gesetzesstufe konkretisiert. Danach sind für jedes Sozialversicherungsverfahren alle Unterlagen, die massgeblich sein können, vom Versicherungsträger systematisch zu erfassen. Die Aktenführungspflicht von Verwaltung und Behörden bildet das Gegenstück zum (aus Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft [BV; SR 101] vom 18.4.1999 fliessenden) Akteneinsichts- und Beweisführungsrecht, indem die Wahrnehmung des Akteneinsichtsrechts durch die versicherte Person eine Aktenführungspflicht der Verwaltung voraussetzt. Die Behörde ist verpflichtet, ein vollständiges Aktendossier über das Verfahren zu führen, um gegebenenfalls ordnungsgemäss Akteneinsicht gewähren und bei einem Weiterzug diese Unterlagen an die Rechtsmittelinstanz weiterleiten zu können. Die Behörde hat alles in den Akten festzuhalten, was zur Sache gehört und entscheidewesentlich sein kann. Der verfassungsmässige Anspruch auf eine geordnete und übersichtliche Aktenführung verpflichtet die Behörden und Gerichte, die Vollständigkeit der im Verfahren eingebrachten und erstellten Akten sicherzustellen (VGE II 2013 133 vom 26.3.2014 Erw. 4.2 mit Verweis auf BGE 138 V 218 Erw. 8.1.2; BGE 130 II 473 Erw. 4; Urteil des Bundesgerichts 8C_319/2010 vom 15.12.2010 Erw. 2.2.1; vgl. Art. 8 und 8a Verordnung über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts [ATSV; SR 830.11] vom 11.9.2002).

4.3.2 Von der Aktenführungspflicht betroffen sind insoweit sämtliche Unterlagen, die geeignet sind, bei der Entscheidfällung in Betracht zu fallen, und insoweit eine entscheidewesentliche Sachverhaltsdarstellung enthalten können (Kieser, a.a.O., Art. 46 N 16 mit Verweis auf Urteil des Bundesgerichts 8C_319/2010 vom 15.12.2010 Erw. 2.2.2). Dazu zählen die Unterlagen der Parteien wie z.B. Anmeldungen, Begehren oder Stellungnahmen. Soweit der Briefumschlag relevant ist (was bezüglich der Fristwahrung oder der Unterschrift der Fall sein kann), gehört er ebenfalls zu den Unterlagen (Kieser, a.a.O., Art. 46 N 15; Roger Peter, Die Aktenführungspflicht im Sozialversicherungsrecht, in: Jusletter 14. Oktober 2019, S. 21 f. je mit Verweis auf BGE 124 V 372).

4.3.3 Wenn - entgegen der in Art. 46 ATSG festgelegten Aktenführungspflicht - Akten vernichtet oder nicht in die Akten aufgenommen werden, stellt dies eine Beweisvereitelung dar und führt zur Umkehr der (objektiven) Beweislast (VGE II 2012 23 vom 16.4.2012 Erw. 1.3.4 mit Hinweis). Das bedeutet, die Umkehr der Beweislast tritt ausnahmsweise dann ein, wenn eine Partei einen Beweis aus Gründen nicht erbringen kann, welche nicht von ihr, sondern von der Behörde zu verantworten sind. Einen derartigen Fall von Beweislastumkehr erblickt die Rechtsprechung etwa bei der Beweislosigkeit der Rechtzeitigkeit eines Rechtsmittels, welche darauf zurückzuführen ist, dass die Verwaltung oder Behörde den Briefumschlag, in welchem das an sie gerichtete Rechtsmittel (uneingeschrieben) verschickt wurde, in Verletzung ihrer Aktenführungspflicht nicht zu den Akten genommen und damit die Beweiserbringung für die Rechtzeitigkeit des Rechtsmittels verunmöglicht hat (BGE 138 V 218 Erw. 8.1.1 mit Hinweisen; Kieser, a.a.O., Art. 46 N 12; BSK ATSG-Mosimann, Art. 46 N 8; vgl. auch Waldmann/Oeschger, in: Waldmann/Weissenberger, Praxiskommentar VwVG, 2. Auflage, Art. 26 N 36 ff.).

4.4 Der umstrittene Briefumschlag mit dem entscheidenden Datum der Postaufgabe resp. dem Versanddatum liegt nicht in den vorinstanzlichen Akten. Die Vorinstanz referenziert in ihren Ausführungen denn auch immer auf den Eingangsstempel, konkret, die geforderten Unterlagen seien am 2. Juli 2019 eingegangen.

Auf gerichtliche Nachfrage hin erklärt die Vorinstanz, dass der entsprechende Briefumschlag nicht (mehr) vorliege, da sie generell keine A- und B-Post-Umschläge aufbewahre. Somit könne sie nicht nachweisen, wann der Brief des Beschwerdeführers bei der Post aufgegeben resp. abgeschickt worden sei. Man öffne die eingegangene Post jeweils am Morgen und versehe diese mit dem Eingangsstempel. Daher könne sie nur festhalten, dass der Brief mit Bestimmtheit nicht bereits am Montag, 1. Juli 2019, bei ihr eingegangen sei.

4.5 Der Beschwerdeführer macht geltend, die Unterlagen am Samstag, 29. Juni 2019 der Post übergeben zu haben (Einwurf Briefkasten). Der Posteingang wurde durch die Vorinstanz am Dienstag, 2. Juli 2019, vermerkt. Bei einer Postaufgabe am Samstag ist weder bei Versand mittels A-Post und erst recht nicht bei B-Post zwingend, dass der Brief am Montag, 1. Juli 2019, zugestellt wurde. Bei einer Zustellung innerhalb der Kantonsverwaltung bei der Arbeitslosenkasse am Dienstag, 2. Juli 2019, liegt es im Rahmen der Möglichkeiten, dass der Brief noch im Juni 2019 der Post übergeben wurde. Allein aufgrund des Eingangsstempels 2. Juli

B 3.1

2019 kann auf jeden Fall nicht mit überwiegender Wahrscheinlichkeit angenommen werden, dass der Brief erst am 1. Juli 2019 aufgegeben wurde.

4.6 Vorliegend musste die Vorinstanz den Beschwerdeführer zur Einreichung notwendiger Unterlagen auffordern und einen Monat später abmahnen. Dies unter der Androhung, dass sein Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung bei Fristversäumnis verwerke. Die Frist war der 30. Juni 2019. Mithin zeichnete sich ab, dass es im Streitfall mitunter darum gehen wird, dass die fristgerechte Eingabe der geforderten Unterlagen nachgewiesen werden kann. Da diejenige Partei beweibelastet ist, welche aus der Fristwahrung Rechte ableitet, vorliegend der Beschwerdeführer (vgl. oben Erw. 4.1.3), ist es in aller Regel angezeigt, eine Eingabe eingeschrieben (oder mindestens mittels A-Plus) einzureichen, damit das Datum der Postaufgabe nachgewiesen werden kann (vgl. etwa VGE II 2020 1 vom 13.2.2020 Erw. 3.2). Der Nachweis kann aber auch sonst gelingen, etwa mittels Poststempel auf dem Couvert. Genau dieser Nachweis kann aber dem Beschwerdeführer gar nicht mehr gelingen, weil die Vorinstanz den Briefumschlag entgegen ihrer Aktenführungspflicht und obwohl ihr gewahr sein musste, dass in casu die Frage der Fristwahrung bzw. Fristversäumnis entscheidend sein wird, vernichtet hat. Sie hat denn auch den Anspruch des Beschwerdeführers abgelehnt mit dem Argument, die geforderten Unterlagen seien zu spät eingereicht worden. Gleichzeitig zerstört sie ihm die Möglichkeit, den Nachweis der Fristwahrung zu erbringen. Da dies in Verletzung der Aktenführungspflicht geschieht, folgt hieraus eine Beweislastumkehr (vgl. BGE 138 V 218 Erw. 8): Kann der Beschwerdeführer den Beweis der fristgerechten Einreichung der geforderten Unterlagen nicht beweisen, weil die Vorinstanz den Briefumschlag entgegen der Aktenführungspflicht nicht zu den Akten genommen hat, und besteht deswegen hinsichtlich Fristwahrung Beweislosigkeit, so hat deren Folgen die Vorinstanz zu tragen. Dies wirkt sich zu ihren Ungunsten aus, indem davon ausgegangen werden muss, dass der Beschwerdeführer die Unterlagen bis spätestens 30. Juni 2019, mithin fristgerecht der Post übergeben hat.

5. Zusammenfassend ist damit erstellt, dass der Beschwerdeführer die von ihm geforderten Unterlagen betreffend Monat März 2019 eingereicht hat, dass aber der Nachweis der fristgerechten Einreichung nicht erbracht werden kann, weil die Vorinstanz den Briefumschlag in Verletzung der Aktenführungspflicht vernichtet hat. Aufgrund der daraus resultierenden Beweislosigkeit ist zugunsten des Beschwerdeführers davon auszugehen, dass er die Unterlagen spätestens bis zum 30. Juni 2019 fristwährend der Post übergeben hat. Damit aber besteht keine Grundlage, dem Beschwerdeführer den Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung für den

Monat März 2019 infolge Aktenunvollständigkeit abzulehnen. Die Beschwerde erweist sich als begründet und ist gutzuheissen. Der Einspracheentscheid vom 5. September 2019 und die Verfügung vom 16. Juli 2019 werden insoweit aufgehoben, als dem Beschwerdeführer ein Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung für den Monat März 2019 abgesprochen wurde, und die Sache wird zur Berechnung und Leistung der Arbeitslosenentschädigung für den Monat März 2019 an die Vorinstanz zurückgewiesen.

(VGE II 2019 81 vom 21. April 2020).

3.2 Berufliche Vorsorge - Gebundene Selbstvorsorge

- *Ansprüche aus der gebundenen Selbstvorsorge bei einer Bankstiftung fallen beim Ableben des Versicherungsnehmers nicht in dessen Nachlass.*
- *Die hinterbliebene begünstigte Person (i.c. die Witwe) kann ihren Anspruch daher auch bei Ausschlagung des Nachlasses geltend machen.*

Aus dem Sachverhalt:

Nach dem Ableben des Vorsorgenehmers beantragte dessen Ehefrau die Auszahlung von Versicherungsleistungen aus der Säule 3a im Todesfall. Die Vorsorgestiftung Dritte Säule verweigerte die Auszahlung mit der Begründung, das Vorsorgekapital falle in den Nachlass; sie müsse daher auf der Einreichung eines Erbscheines bestehen. Für den Fall der Ausschlagung der Erbschaft durch die Erben (Ehefrau und Tochter) müsse das weitere Vorgehen mit dem Gemeinwesen bestimmt werden. In der Folge schlugen die Erben den Nachlass aus.

Aus den Erwägungen:

2.3.2 Als anerkannte Vorsorgeformen im Sinne von Art. 82 BVG gelten nach Art. 1 Abs. 1 der Verordnung über die steuerliche Abzugsberechtigung für Beiträge an anerkannte Vorsorgeformen (BVV 3; SR 831.461.3) vom 13. November 1985 die gebundene Vorsorgeversicherung bei Versicherungseinrichtungen (lit. a) und die gebundene Vorsorgevereinbarung mit Bankstiftungen (lit. b).

B 3.2

Als gebundene Vorsorgeversicherungen gelten besondere Kapital- und Rentenversicherungen auf den Erlebens-, Invaliditäts- oder Todesfall, einschliesslich allfälliger Zusatzversicherungen für Unfalltod oder Invalidität, die mit einer der Versicherungsaufsicht unterstellten oder mit einer öffentlichrechtlichen Versicherungseinrichtung gemäss Art. 67 Abs. 1 BVG abgeschlossen werden und ausschliesslich und unwiderruflich der Vorsorge dienen (Art. 1 Abs. 2 lit. a und b BVV 3).

Als gebundene Vorsorgevereinbarungen gelten besondere Sparverträge, die mit Bankstiftungen abgeschlossen werden und ausschliesslich und unwiderruflich der Vorsorge dienen. Sie können durch eine Risiko-Vorsorgeversicherung ergänzt werden (Art. 1 Abs. 3 BVV 3).

2.3.3 Als Begünstigte sind folgende Personen zugelassen (Art. 2 Abs. 1 BVV 3): im Erlebensfall der Vorsorgenehmer (lit. a); nach dessen Ableben die folgenden Personen in nachstehender Reihenfolge (lit. b): der überlebende Ehegatte (...).

(3.1 [Argumentation der Klägerin und der Beklagten] ...).

4.2.2 Im Urteil 9C_523/2013 vom 28. Januar 2014 (Erw. 4.1) hielt das Bundesgericht namentlich fest, dass das im Todesfall ausgerichtete Kapital aus gebundener Vorsorge (Säule 3a) "nicht zwingend und gesamthaft Bestandteil des Nachlasses der verstorbenen Person" bilde; jedenfalls könne die begünstigte Person den entsprechenden Anspruch selbständig geltend machen. Ein solcher Vermögenswert sei indessen zunächst bei einer allfälligen güterrechtlichen Auseinandersetzung - zu welcher im konkreten Fall kein Anlass bestanden habe - zu berücksichtigen. Sodann könne er in erbrechtlicher Hinsicht für die Berechnung des Pflichtteils von Bedeutung sein und der Herabsetzung unterliegen. (...).

4.3 Im Geschäftsbericht 2014 (https://www.bger.ch/files/live/sites/bger/files/pdf/Publikationen/GB/BGer/de/2014_d.pdf), S. 18, kam das Bundesgericht auf das Urteil 9C_523/2013 vom 28. Januar 2014 zurück. Es habe sich in Erw. 4.1 auf eine implizite Regelung auf Verordnungsstufe gestützt. "Auch angesichts der Kritik an dieser Rechtsprechung in der familienrechtlichen Lehre" erachtete es das Gericht als wünschenswert, dass das Verhältnis von Vorsorgeguthaben der Säule 3a zur Erbmasse im Rahmen eines formellen Gesetzes geregelt werde.

4.4.1 Der Bundesrat greift in der Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Erbrecht) vom 29. August 2018 (BBI 2018

S. 5813 ff.) diese Fragestellung auf und strebt eine "Klarstellung der erbrechtlichen Behandlung der gebundenen Selbstvorsorge" an (vgl. S. 5851 ff. Ziff. 3.6). Die Frage, ob Ansprüche der Säule 3a in den Nachlass fielen, sei im geltenden Recht umstritten (S. 5852 in fine; vgl. S. 5854 Mitte). Gestützt auf den Vorsorgezweck der Säule 3a sprächen zahlreiche Argumente dafür, dass Guthaben aus der Säule 3a aus der Erbmasse ausgenommen würden, namentlich (S. 5853) i) weil die gesetzlichen Grundlagen der dritten Säule sozialversicherungs- und nicht zivilrechtlicher Natur seien, ii) weil es mit dem Vorsorgezweck (Fortsetzung der gewohnten Lebenshaltung der Hinterbliebenen, insbesondere des Ehegatten und der minderjährigen Kinder) unvereinbar sei, wenn die Guthaben der Säule 3a in den Nachlass fallen und damit den Gläubigern des Erblassers und des Nachlasses ausgeliefert wären, iii) weil die Rechtfertigung für ihre Steuerbefreiung entfielen, wenn diese Guthaben anderen Zwecken als der Vorsorge dienen könnten, iv) weil die Säule 3a unter Umständen die einzige berufliche Vorsorge sein könne bei Personen, die keine zweite Säule hätten und v) weil der Gesetzgeber ausdrücklich vorgesehen habe, dass die Versicherungsgerichte für Streitigkeiten mit den Vorsorgeeinrichtungen der Säule 3a zuständig seien (Art. 73 BVG), das heisse die für Fragen der beruflichen Vorsorge im Bereich der zweiten Säule zuständigen Gerichte und nicht die für erbrechtliche Fragen zuständigen Zivilgerichte.

Ebenso führt der Bundesrat Argumente auf, welche dafür sprechen, dass Guthaben der Säule 3a Teil des Nachlasses bildeten (S. 5853 f.): 3a-Guthaben könnten beträchtliche Beträge umfassen und unter Umständen den Hauptteil des oder das gesamte Erblasser-Vermögen(s) ausmachen, sodass die Pflichtteilsregelung umgangen werden könnte; im Gegensatz zur 2. Säule sei der Guthabenaufbau vollständig freiwillig. Das Rechtsverhältnis zwischen Vorsorgenehmer und Versicherungseinrichtung bzw. Bankstiftung sei privatrechtlicher Natur, einschliesslich der Bezeichnung der Begünstigten innerhalb der Grenzen gemäss Art. 2 Abs. 2 und 3 BVV 3; während in der 2. Säule die angesparten Guthaben an die Vorsorgestiftung, damit an die anderen Versicherten gingen, wenn keine Begünstigten vorhanden seien, sei dies bei der 3. Säule nicht der Fall; in der güterrechtlichen Auseinandersetzung würden die Guthaben der gebundenen Vorsorge (Bankguthaben oder Rückkaufswert einer Versicherung) i.d.R. gemäss den ordentlichen Wertersatzregeln der Errungenschaft oder dem Eigengut zugerechnet und somit wie gewöhnliche Sparguthaben bzw. gewöhnliche Privatversicherungen behandelt - bei der güterrechtlichen Auseinandersetzung werde kein Unterschied zwischen den Säulen 3a und 3b gemacht.

Tatsächlich würden die Ansprüche sowohl aus gebundener Vorsorge bei Versicherungen als auch bei Bankstiftungen seit Jahren direkt an die nach Art. 2 BVV 3 begünstigten Personen ausgerichtet. Die Rechtsunsicherheit

B 3.2

berge die Gefahr namentlich einer zweimaligen Zahlung seitens einer Bankstiftung (S. 5854 f.).

4.4.2 Gemäss Botschaft (S. 5855) gehören die Guthaben der Säule 3a gemäss Entwurf bei beiden anerkannten Formen der gebundenen Selbstvorsorge "nach wie vor nicht zur Erbmasse". Im Entwurf werde vorgeschlagen, das Recht der Begünstigten auf den Anspruch aus der Säule 3a in Art. 82 Absatz 4 BVG zu verankern. Dies habe zur Folge, dass die Vorsorgeeinrichtungen ihre Leistungen direkt an die begünstigten Personen auszahlen könnten, ohne vorgängig die Erben konsultieren zu müssen und ohne sich dem Risiko auszusetzen, dass ein Erbe die Zahlung anfechte. Da die Vorsorgeguthaben der Säule 3a nicht zum Nachlass gehörten, seien sie nicht zu berücksichtigen, wenn die Erbschaft als Folge einer Ausschlagung aller Erben durch das Konkursamt liquidiert werde.

Auf Grundlage der im Entwurf vorgeschlagenen Änderung der Art. 476 und 529 E-ZGB würden die Ansprüche aus der Säule 3a aber der Pflichtteilsberechnungsmasse hinzugerechnet (bei Versicherungslösungen der Säule 3a nur zum Rückkaufswert) und könnten folglich unabhängig von der gewählten Form der gebundenen Selbstvorsorge herabgesetzt werden. Das bedeute, dass die pflichtteilsberechtigten Erben, die nicht ihren Pflichtteil erhielten, gegenüber den Begünstigten der Säule 3a die Herabsetzung verlangen könnten, bis der Pflichtteil hergestellt sei (S. 5855 [in fine] f.).

Die vom Bundesrat beantragte Lösung entspreche damit dem Zweck der Säule 3a, der nach Art. 82 BVG in erster Linie darin bestehe, zur Vorsorge der Begünstigten beizutragen für den Fall, dass der Vorsorgenehmer sterbe. Ausserdem werde der Erblasser dadurch daran gehindert, die Ansprüche der Pflichtteilsberechtigten mittels Säule 3a zu umgehen (S. 5856).

5. Eine gerichtliche Würdigung dieser Sach- und Rechtslage zeitigt keine überzeugenden Gründe, weshalb der Klägerin trotz der von ihr ausgeschlagenen Erbschaft des verstorbenen Vorsorgenehmers kein direktes Forderungsrecht gegenüber der Beklagten zustehen sollte und letztere ihr das angesparte Vorsorgeguthaben nicht direkt und mithin zur freien Verfügung auszuzahlen hätte.

5.1 Mit der Klägerin ist festzuhalten, dass sich das Bundesgericht (und als dessen Vorinstanz das Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich) bereits mit der sich hier stellenden Frage auseinandergesetzt hat bzw. diese Frage entschieden hat. Obwohl das Verwaltungsgericht des

Kantons Schwyz grundsätzlich nicht an ausserkantonale Gerichtsent-scheide gebunden ist, rechtfertigt sich vorliegend auch ein Heranziehen der Rechtsprechung des Sozialversicherungsgerichts des Kantons Zürich, zumal - wie erwähnt - dieses Urteil höchstrichterlich mit Urteil BGer 9C_523/2013 vom 28. Januar 2014 bestätigt wurde.

5.2 Es verhält sich vorliegend - analog zum Urteil SVG ZH BV.2011.00093 vom 15. Mai 2013 Erw. 6.3 - so, dass sich weder aus Ziff. 7 des Reglements noch aus Art. 2 BVV 3 ergibt, dass für die Anspruchsberechtigung der begünstigten Person eine materielle Erbenstellung erforderlich ist. Dies erhellt in Anbetracht dessen, dass gemäss Kaskadenfolge nicht nur Begünstigter sein kann, wem aufgrund der gesetzlichen (bzw. erbrechtlichen) Ordnung Erbenstellung zukommt, sondern auch ein überlebender Lebenspartner (Ziff. 7.1 lit. b Ziff. 2 Stiftungsreglement; Art. 2 Abs. 1 lit. b Ziff. 2 BVV 3), welchem aufgrund der erwähnten gesetzlichen Ordnung grundsätzlich, d.h. unter Vorbehalt einer testamentarischen Berücksichtigung, keine Stellung als Erbe zukommt. Insofern verfängt das Vorbringen der Beklagten, Ursache für die Verweigerung der Auszahlung des Vorsorgeguthabens an die Klägerin sei die fehlende erbrechtliche Legitimation als Rechtsnachfolgerin des Vorsorgenehmers, nicht. Bezüglich Erbrecht ist zu beachten, dass die erbrechtliche Ordnung und die Gestaltungsfreiheit durch das Vorsorgerecht beschränkt werden, indem die Begünstigtenordnung von der gesetzlichen Erbfolge abweicht - bei der gebundenen Selbstvorsorge (3a) können für den Todesfall die Begünstigten frei (bzw. unter Beachtung von Art. 2 BVV 3 und den jeweiligen reglementarischen Bestimmungen) bestimmt werden (vgl. BGE 129 III 305 Erw. 2.3 in fine; BSK ZGB II-Breitschmid, Vor Art. 467-536 N 6; Wolf, in: Wiegand, Vermögensverwaltung und Nachlassplanung, Berner Bankrechtstag 2004, S. 77).

Damit erweist sich auch die aktenkundige Forderung der Beklagten, wonach die Klägerin einen Erbschein beizubringen habe, als ungerechtfertigt. Dass die Klägerin das Erbe ausgeschlagen hat, ist nach dem Gesagten nicht massgeblich, ist doch keine materielle Erbenstellung erforderlich für die Anspruchsberechtigung. Durch die Ausschlagung der Erbschaft hat die Klägerin entgegen der Auffassung der Beklagten nicht auf das Vorsorgevermögen verzichtet.

5.3 (...).

5.4 Schliesslich steht das vorliegende Ergebnis im Einklang mit der Praxis und der angedachten Gesetzesrevision. Es ist der Beklagten insofern beizupflichten, als dass die aktuelle Gesetzeslage massgeblich ist.

B 3.2

Ohne jedoch das neue bzw. sich im Entwurfsstadium befindliche Recht vorwirkungsweise anzuwenden, rechtfertigt sich eine "Vorberücksichtigung" der laufenden Gesetzesrevision im Rahmen der Auslegung des geltenden Rechts (vgl. Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl., Zürich/St. Gallen 2016, Rz. 307). Dies gilt vorliegend in besonderem Masse deshalb, weil die Gesetzesrevision gerade durch ein entsprechendes höchstrichterliches Urteil initiiert wurde. Mit der Gesetzesrevision sollen die Vorsorgeguthaben der Säule 3a sowohl bei Versicherungseinrichtungen als auch bei Bankstiftungen nach dem Ableben des Vorsorgenehmers nicht Teil des Nachlasses bilden. Soweit der Bundesrat in der Botschaft explizit festhält, dass die Guthaben der Säule 3a bei beiden anerkannten Vorsorgeformen (gebundene Vorsorgeversicherung und gebundene Vorsorgevereinbarung) "nach wie vor nicht zu Erbmasse" gehören (Botschaft, a.a.O., S. 5855 Ziff. 3.6.3), bringt er indes unzweifelhaft zum Ausdruck, dass bereits nach geltendem Recht die entsprechenden Guthaben nicht in den Nachlass fallen.

5.5 Anzufügen bleibt, dass der verstorbene Vorsorgenehmer und seine überlebende Ehegattin bzw. die Klägerin in guten Treuen davon ausgehen durften, dass im Todesfall des Vorsorgenehmers die Begünstigtenregelung greift und mithin die Klägerin als Erstbegünstigte das Guthaben direkt ausbezahlt bekommt. Zu Recht weist die Klägerin darauf hin, dass sich im Reglement der Beklagten keinerlei Anhaltspunkte für eine abweichende Auffassung finden. Dabei fällt mit ins Gewicht, dass einerseits die reglementarischen Bestimmungen am 15. Juli 2014 in Kraft getreten sind und andererseits die Vorsorgevereinbarung im Jahr 2016 abgeschlossen worden war. Zeitlich kommen diese beiden Sachverhaltselemente mithin später als das massgebliche Urteil BGer 9C_523/2013 vom 28. Januar 2014 (Erw. 4.1) zu liegen. (...).

5.6 Nach dem Gesagten steht der Klägerin gegenüber der Beklagten ein direktes Forderungsrecht zu. Mithin war und ist sie als Begünstigte berechtigt, die Auszahlung des Vorsorgeguthabens ihres verstorbenen Ehemannes bei der Beklagten zu verlangen.

(VGE II 2019 68 vom 13. Februar 2020).

3.3 Prämienverbilligung

- *Liegt noch keine rechtskräftige Steuerveranlagung vor, ist das anrechenbare Einkommen nicht analog quellensteuerpflichtiger Personen (§ 5 Abs. 1 VVzEGzKVG) zu ermitteln.*

Aus dem Sachverhalt:

Die Beschwerdeführerin hat sich seit der letzten rechtskräftigen Steuerveranlagung von ihrem Ehemann getrennt, wodurch der Anspruch auf Prämienverbilligung neu zu ermitteln war. Da keine rechtskräftige Steuerveranlagung vorlag, ermittelte die Behörde das anrechenbare Einkommen analog quellensteuerpflichtiger Personen, indem 80% des auf ein Jahr aufgerechneten aktuellen Bruttolohnes für die individuelle Prämienverbilligung berücksichtigt wurden. Dies zu Unrecht.

Aus den Erwägungen:

3.1 Als unbestritten hat zu gelten, dass der Anspruch der Beschwerdeführerin auf eine Prämienverbilligung neu für das Bezugsjahr 2020 infolge der Trennung von ihrem Ehemann per 1. Mai 2019 separat von ihrem Ehemann zu erfolgen hat. Da zudem noch keine rechtskräftige Steuerveranlagung für das Jahr 2019 vorliegt, hat die Vorinstanz das anrechenbare Einkommen aufgrund der aktuellen Verhältnisse neu berechnet und für das Bezugsjahr 2020 - gestützt auf den Ausbildungsvertrag der Beschwerdeführerin - ein Jahreseinkommen von Fr. 27'000.-- ermittelt (...).

4.1.1 Die Vorinstanz hat bei der Ermittlung des für die Bemessung der Prämienverbilligung massgebenden anrechenbaren Einkommens mangels rechtskräftiger Steuerveranlagung § 5 Abs. 1 der Vollzugsverordnung zum Einführungsgesetz zum Bundesgesetz über die Krankenversicherung (VVzEGzKVG; SRSZ 361.111 vom 4.12.2012) analog angewandt.

4.1.2 Gestützt auf die Delegationsnorm hat der Regierungsrat Ansprüche in Sonderfällen geregelt (§§ 5 ff. VVzEGzKVG). Gemäss § 5 Abs. 1 VVzEGzKVG beträgt das anrechenbare Einkommen von Personen, welche sich am 1. Januar des Anspruchsjahres als Jahresaufenthalter im Kanton Schwyz aufhalten und die an der Quelle besteuert werden, 80% des der Quellensteuer zugrundeliegenden, auf ein Jahr aufgerechneten aktuellen Bruttolohnes.

B 3.3

4.1.3 Vorliegend ergibt sich, dass die Beschwerdeführerin ordentlich besteuert wird. Gegenteiliges wird seitens Vorinstanz nicht vorgebracht. Da die Beschwerdeführerin somit nicht der Quellensteuer unterliegt, sondern ordentlich besteuert wird, kommt § 5 Abs. 1 VVzEGzKVG bezüglich des Sonderfalles bei quellenbesteuerten Personen nicht direkt zur Anwendung. Die Trennung von ihrem Ehemann ist auch kein Sonderfall und lässt sich grundsätzlich auch nicht unter einen anderen der erwähnten im Gesetz geregelten Sonderfälle subsumieren.

4.1.4 Für ein analoges Abstellen auf die Sonderregelung quellenbesteu-erter Personen besteht auch angesichts von § 9 VVzEGzKVG grundsätzlich kein Anlass. Im Sinne dieser Bestimmungen ist eine Anmeldung bei Fehlen einer rechtskräftigen Steuerveranlagung grundsätzlich ("in der Regel") zu sistieren. Nur sofern der Antragsteller "genügend andere zuverlässige Bemessungsgrundlagen" vorlegt, kann die Prämienverbilligung gestützt darauf (ohne rechtskräftige Steuerveranlagung) festgelegt werden. Eine solche zuverlässige Bemessungsgrundlage kann - wie gesagt - nicht die analoge Anwendung des "Sonderfalles quellenbesteuerte Personen" im Sinne von § 5 Abs. 1 VVzEGzKVG sein, der eine pauschalierende Bemessung normiert (vgl. hierzu VGE II 2016 15 vom 17.5.2016 Erw. 3.2.4). Vielmehr besteht weder Anlass noch eine Grundlage, noch ist ein überzeugendes Argument erkennbar, vorliegend den Anspruch auf Prämienverbil-ligung sowie die Höhe einer allfälligen Prämienverbilligung nicht nach dem in § 9 VVzEGzKVG normierten Regelfall zu beurteilen.

4.2.1 Im oberwähnten Sinne ist die Massgeblichkeit der rechtskräftigen Veranlagung der direkten Bundessteuer für die Bestimmung des anrechen-baren Einkommens vom Gesetz vorgegeben und auch unbestritten. Basis auch einer (rechtskräftigen) Veranlagung der direkten Bundessteuer sind von der pflichtigen Person zu liefernde zuverlässige Grundlagen. Dies ergibt sich aus Art. 124 Abs. 2 DBG (vgl. ferner § 142 Abs. 2 StG), wonach der Steuerpflichtige das Formular für die Steuererklärung wahrheitsge-mäss und vollständig ausfüllen, persönlich unterzeichnen und samt den vorgeschriebenen Beilagen fristgemäss der zuständigen Behörde einrei-chen muss. An diesen steuerrechtlich erforderlichen Angaben hat sich der (unbestimmte Rechts-)Begriff der "zuverlässigen Bemessungsgrundlagen" zu orientieren. In diesem Sinne rechtfertigt sich gegebenenfalls auch eine vorübergehende Sistierung bis längstens 31. März des Folgejahres, d.h. dem Zeitpunkt, bis zu welchem in der Regel die Steuererklärung (mit den zuverlässigen Bemessungsgrundlagen) einzureichen ist, und das Einver-

langen einer Kopie derselben. Vorliegend liegen unbestrittenermassen weder eine rechtskräftige Steuerveranlagung 2019 noch eine provisorische Steuerberechnung 2019 - als zuverlässige Bemessungsgrundlage - vor.

4.2.2 Gemäss § 9 Abs. 3 VVzEGzKVG verwirkt ein Antragssteller seinen Anspruch auf Prämienverbilligung für das Anspruchsjahr, wenn die erforderlichen Bemessungsgrundlagen vom Antragssteller nicht erhältlich gemacht werden können. Diese Bestimmung postuliert implizit einerseits eine Untersuchungs-/Abklärungspflicht der Vorinstanz für den Fall, dass keine rechtskräftige Steuerveranlagung vorliegt. Andererseits werden dem Antragssteller dadurch gleichzeitig auch die Konsequenzen einer unterlassenen Mitwirkung aufgezeigt. Schliesslich spricht auch diese Bestimmung für die Unzulässigkeit der analogen Anwendung von § 5 Abs. 1 VVzEGzKVG in der vorliegenden Konstellation.

4.3 Mithin ergibt sich, dass die Vorinstanz zur Bemessung des Prämienverbilligungsanspruches der Beschwerdeführerin zu Unrecht den für quellenbesteuerte Personen massgeblichen § 5 Abs. 1 VVzEGzKVG analog angewendet hat (vgl. auch VGE II 2016 15 vom 17.5.2016) anstatt das Verfahren entweder zu sistieren oder aber zuverlässige Bemessungsgrundlagen einzufordern, zu prüfen und darauf abzustellen (§ 9 Abs. 2 und 3 VVzEGzKVG).

(VGE II 2020 14 vom 30. April 2020).

6. Flurgenossenschaft / Wuhrkorporation

6.1 Flurgenossenschaft

- *Beschwerdelegitimation einer Flurgenossenschaft.*
- *Eine nachträgliche Erschliessungsalternative (Doppelerschliessung) rechtfertigt grundsätzlich keine Entlassung aus dem Flurgenossenschaftsperimeter. Zusammenfassung der Rechtsprechung und Anwendung auf den konkreten Fall.*
- *Die nachträgliche Doppelerschliessung ist im Rahmen des Kostenverteilplanes zu berücksichtigen, der entsprechend anzupassen ist.*

B 6.1

Aus dem Sachverhalt:

Die Flurgenossenschaft F. bezweckt den Unterhalt der Feinerschliessungsstrasse F. zu den rund zwölf Grundstücken, welche zwei Bautiefen entlang der Strasse B. einnehmen. C. ist Eigentümer der beiden am östlichen Rand des Perimeterplans liegenden Grundstücke GB-Nrn. 12 und 22 sowie der an diese angrenzenden, nicht im Perimeterplan liegenden Liegenschaft GB-Nr. 40. C. errichtete auf dem Grundstück GB-Nr. 22 ein Einfamilienhaus. Bereits zuvor hatte C. beim Vorstand der Flurgenossenschaft um die Entlassung der Grundstücke GB-Nrn. 12 und 22 aus dem Perimeter der Flurgenossenschaft F. ersucht mit der Begründung, seine Grundstücke GB-Nrn. 12 und 22 würden neu über seine eigenen Grundstücke GB-Nrn. 12, 22 und 40 erschlossen. Diesem Ersuchen wurde von der Generalversammlung der F. nicht stattgegeben. Der Regierungsrat hiess die hiergegen von C. erhobene Beschwerde teilweise gut. Er erachtete es als rechtmässig, dass die Grundstücke von C. nicht aus dem Flurgenossenschaftsperimeter entlassen wurden, weil die Entwässerung nach wie vor über die Kanalisationsleitung der Flurgenossenschaft laufe, während die strassenmässige Erschliessung nicht mehr durch den Perimeter erfolge. Da von C. somit nur noch ein reduzierter Beitrag für den Kanalisationsunterhalt (sowie für ein allfälliges Fusswegrecht über die Flurgenossenschaftsstrasse) gefordert werden könne, sei eine Anpassung des Kostenverteilplans erforderlich. Hiergegen erhebt die Flurgenossenschaft F. Beschwerde mit dem Antrag auf Aufhebung des Regierungsratsbeschlusses und Bestätigung des bestehenden Kostenverteilplanes.

Aus den Erwägungen:

2.2.1 Der Beschwerdegegner wirft die Frage auf, ob der Vorstand der Flurgenossenschaft befugt ist, einen Entscheid der Aufsichtsbehörde weiterzuziehen.

2.2.2 Es ist klarzustellen, dass der Regierungsrat den angefochtenen Beschluss nicht kraft seiner Aufsichtsfunktion (§ 4 Abs. 3 zweiter Teilsatz des Gesetzes über die Flurgenossenschaften [FlurG; SRSZ 213.110] vom 28.6.1979), sondern auf Beschwerde des Beschwerdegegners hin, d.h. als Beschwerdeinstanz, erlassen hat. Dies steht im Einklang mit § 15 Abs. 1 FlurG, der für das Einsprache- und Beschwerdeverfahren das Verwaltungsrechtspflegegesetz (VRP; SRSZ 234.110) vom 6. Juni 1974 für anwendbar erklärt. Die Rechtsmittelbefugnis richtet sich nach § 37 VRP.

Die Flurgenossenschaft als juristische Person ist dadurch, dass sie zur Anpassung des Kostenverteilplans verpflichtet wurde, zweifelsohne im Sinne von § 37 Abs. 1 VRP besonders berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung oder Änderung dieser Entscheidung. Der Vorstand vertritt die Genossenschaft nach aussen (§ 18 Abs. 1 der Statuten). Mit der vorliegenden Beschwerde werden die (finanziellen) Interessen der Mitglieder der Flurgenossenschaft (mit Ausnahme derjenigen des Beschwerdegegners, der indessen die Entlassung aus der Flurgenossenschaft bzw. seiner Grundstücke aus dem Flurgenossenschaftsperimeter anstrebt) gewahrt. Die Beschwerdelegitimation der Flurgenossenschaft ist mithin zu bejahen (vgl. VGE II 2012 136 vom 20.2.2013 Erw. 1; VGE 927/99 vom 26.5.2000 [Bejahung der Beschwerdebefugnis einer Flurgenossenschaft betreffend eine aufsichtsrechtliche Anordnung des Regierungsrates]).

2.3.1 (...).

3.1.1 Gemäss der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts sind in den Kreis der Beitragspflichtigen eines Werkes (Perimeterpflichtige) nur Grund- und Werkeigentümer aufzunehmen, für die das in Frage stehende Unternehmen einen Nutzen bringt. Das ist beispielsweise anzunehmen, wenn durch einen Strassenbau die Zugänglichkeit zu einem Grundstück verbessert wird, womit das Grundstück an Wert gewinnt. Ein Einbezug in den Perimeter entfällt nur, wenn ein Sondervorteil zum vornherein klarerweise zu verneinen ist (EGV-SZ 1992 Nr. 15 [VGE 552/95 vom 23.9.1992] Erw. 2; EGV-SZ 1996 Nr. 13 [VGE 359/95 vom 10.4.1996] Erw. 2.b; EGV-SZ 2011 C 19.1 Erw. 5.2; VGE III 2017 215 vom 23.02.2018 Erw. 2.1.2). In EGV-SZ 1996 Nr. 13 erwog das Verwaltungsgericht, der Umstand, dass ein Grundstück nur in abgeschwächter Weise von der betreffenden Strasse profitieren könne, sei bei der Festsetzung des massgebenden Kostenverteilplanes hinreichend zu berücksichtigen. In EGV-SZ 2011 C 19.1 erachtete der Regierungsrat den Einbezug eines Grundstückes für durchaus gerechtfertigt, weil dieses "zumindest teilweise, wenn auch nicht in erster Linie" durch die fragliche Strasse erschlossen wurde (Erw. 5.3.1). Betreffend weitere Grundstücke mass der Regierungsrat der Benutzung "höchstens ein untergeordnetes Interesse" zu. Sollte sich deren Interessenlage künftig ändern, könne das Bezugsgebiet nachträglich angepasst werden (Erw. 5.3.2). Sofern ein Einbezug in den Perimeter einem Grundstück (objektiv) einen zusätzlichen Nutzen bringt, können sich die Eigentümer bereits bestehender Bauten nicht dagegen zur Wehr setzen mit der Begründung, sie seien bereits erschlossen. Ob ein Grundeigentümer den ihm zukommenden Vorteil nutzen will, ist für den Einbezug unerheblich (VGE III 2017 37+38 vom 24.10.2017

B 6.1

Erw. 4.1 mit Hinweis auf Huwyler, Flurgenossenschaften im Kanton Schwyz, Manuskript des Vortrages anlässlich der Jahresversammlung des Schwyzerischen Gemeindeschreiberverbandes vom 13.10.1983 in Lachen [Huwyler, Flurgenossenschaften], S. 5 lit. b mit Hinweis auf VGE 591/81 vom 30.3.1982 Erw. 3.b/cc).

3.1.2 Der Grundeigentümer, dessen Grundeigentum in den Perimeter einer Flurgenossenschaft einbezogen wird, ist grundsätzlich (nach Massgabe der Statuten dieser Flurgenossenschaft) nicht nur berechtigt, das betreffende Erschliessungswerk der Flurgenossenschaft zu benützen (was den Zugang zur Flurgenossenschaftsstrasse miteinschliesst), sondern auch verpflichtet, entsprechend dem Nutzen des Unternehmens für das einzelne beteiligte Grundstück seinen im Kostenverteilplan festgelegten Anteil an die Erstellungs- und Unterhaltskosten zu leisten (vgl. § 4 Abs. 2 Ziff. 3 i.V.m. § 7 FlurG; VGE 622/01 vom 16.11.2001 Erw. 5b; VGE 623/01 vom 16.11.2001 Erw. 2.e).

3.2.1 § 13 FlurG äussert sich zu nachträglichen Änderungen. Die Genossenschaftsversammlung beschliesst über Änderungen der Statuten, des Bezugsgebietes und des Ausführungsprojektes; diese bedürfen der Genehmigung des Regierungsrates (Abs. 1). Ändert sich die Bewirtschaftung oder Nutzung eines beteiligten Grundstückes und wirkt sich diese Änderung auf das Interesse des Genossenschafters aus, ist das Kostentreffnis auf Antrag der Schätzungskommission vom Vorstand neu festzusetzen. Ergibt sich daraus eine Mehrbelastung der übrigen Genossenschaftler, ist das Verfahren nach § 8 FlurG durchzuführen (§ 13 Abs. 4 FlurG). § 8 Abs. 2 der Statuten bestimmt, dass der Kostenverteilplan auf das Grundstück anzupassen ist, wenn es bezüglich Nutzung oder zonenmässiger Nutzungsmöglichkeit eine wesentliche und dauernde Veränderung erfährt. Der Vorstand erteilt der Schätzungskommission einen entsprechenden Auftrag.

3.2.2 Mit VGE 711/98 vom 21. Dezember 1998 (Erw. 1, mit Verweis auf VGE 324/93 vom 23.9.1993 betreffend dieselben Parteien) stellte das Verwaltungsgericht klar, dass eine nachträgliche Doppellerschliessung einer Liegenschaft grundsätzlich keine massgebliche Änderung im Sinne von § 13 FlurG (vormals § 14 der [alten] Verordnung über die Flurgenossenschaften, nGS 185) zu begründen vermöge. Mit VGE 324/93 vom 23. September 1993 führte das Verwaltungsgericht unter anderem aus (Erw. 1.c), ob bei anderweitiger Erschliessung von einem Änderungstatbestand zu sprechen sei, bedürfe einer differenzierteren Betrachtungsweise. Gleichzeitig hielt es fest, dass es sich bei der Flurgenossenschaft um ein

Solidarwerk handle, dessen Grundlagen, zu denen auch der Kostenverteiler gehöre, eine gewisse Beständigkeit aufweisen sollte, andernfalls die Akzeptanz zur (Zwangs-)Mitgliedschaft darunter leiden und vor allem weitere Änderungen im Sinne einer Beitragsentlastung angebeht würden. In diesem Sinne vermöge nach Ansicht des Verwaltungsgerichts die nachträgliche Doppellerschliessung einer Liegenschaft grundsätzlich keine massgebliche Änderung im Sinne von § 13 Abs. 4 FlurG (vormals Verordnung) zu begründen, zumal wenn das Erschliessungswerk die Erschliessungsfunktion für die betroffene Liegenschaft nach wie vor zu erfüllen vermöge.

Einer allfälligen Doppellerschliessung einer Liegenschaft ist gegebenenfalls bei der Festsetzung des massgebenden Kostenverteilerplanes hinreichend bzw. durch entsprechende Abzüge Rechnung zu tragen (vgl. VGE 622/01 vom 16.11.2001 Erw. 5.f, publ. in EGV-SZ 2001 B 5.3; VGE 359/95 vom 10.4.1996 Erw. 2h, publ. in EGV-SZ 1996 Nr.13; vgl. auch VGE 714/00 vom 31.8.2001 Erw. 6a, S. 11 oben: Reduktion bei Doppellerschliessungen; VGE II 2015 66 vom 15.9.2015 Erw. 3.4; VGE II 2015 67 vom 15.9.2015 Erw. 1.4).

3.2.3 Im Weiteren hat sich das Verwaltungsgericht zur Frage der Änderung der Bewirtschaftung oder Nutzung eines beteiligten Grundstückes gemäss § 13 Abs. 4 FlurG (resp. gemäss dem gleichlautenden § 36 Abs. 4 des Gesetzes über land- und forstwirtschaftliche Flurgenossenschaften sowie Einzelmassnahmen zur Bodenverbesserung [LwFlurG; SRSZ 312.310] vom 28.6.1979) wie folgt geäussert:

- eine relevante Nutzungsänderung wurde bejaht aufgrund der Einrichtung einer Töpferei auf einer ursprünglich landwirtschaftlichen Liegenschaft, weil einerseits der Betrieb einer Töpferei und die Erteilung von Töpferkursen auf der Liegenschaft die Intensität der Strassenbenützung im Vergleich zur rein landwirtschaftlichen Nutzung erhöhte und andererseits weil bei der Bewertung des Kostentreffnisses von Erstellungs- und Baukosten nicht mehr der Ertragswert, sondern vielmehr der Verkehrswert massgebend wurde (VGE 707/03 vom 12.12.2003 Erw. 3d);
- ein Änderungstatbestand war im Sinne von § 36 Abs. 4 LwFlurG darin zu erblicken, dass der erste Unterhaltskostenverteilerplan auf einem Gesamtprojekt basierte, welches in der Folge nicht vollständig bzw. teilweise anders realisiert wurde. Konkret wurden im Perimeterplan vorgesehene Strassenabschnitte nicht erstellt und war auch nicht damit zu rechnen, dass diese Strassenabschnitte noch inskünftig realisiert werden. Deswegen war der Kostenverteilerplan anzupassen (VGE 710/00 vom 31.8.2001 Erw. 1c; 714/00 vom 31.8.2001 Erw. 4d);

B 6.1

- die Nutzung der landwirtschaftlichen Liegenschaft wurde von einer teil-jährigen auf eine ganzjährige Nutzung ausgeweitet (VGE 714/00 vom 31.8.2001 Erw. 4c);
- es ist keine Entlastung oder Reduktion der Beitragspflicht an die Flurstrasse unter dem Titel "besondere Umstände" gerechtfertigt, wenn der betroffene Beschwerdeführer im Verbund einer einfachen Gesellschaft für die Finanzierung einer weiteren Erschliessungsstrasse zur besseren Nutzung eines ihm gehörenden Grundstückes beiträgt oder beitragen muss (VGE 726/04 vom 21.9.2004 Erw. 4.3).

3.3 Vor dem Hintergrund dieser Rechtsprechung ist der vorliegende Sachverhalt wie folgt zu beurteilen:

3.3.1 Zum einen muss, was für die Aufnahme in den Perimeter einer Flurgenossenschaft gilt, e contrario auch für eine Entlassung gelten. Entfällt ein (initialer) Einbezug in den Perimeter nur, wenn ein Sondervorteil zum vornherein klarerweise zu verneinen ist, kann eine Entlassung aus einem Perimeter konsequenterweise nur entfallen, wenn auch der zunächst bejahte Sondervorteil ebenso klarerweise entfallen ist. Dies kann vorliegend nicht gesagt werden.

Die Möglichkeit der Erschliessung über die Quartierstrasse besteht nach wie vor. Die Strasse führt bis an die beiden Grundstücke GB-Nrn. 12 und 22 heran bzw. endet, wie geplant, auf diesen. Weiterhin bestehen auch die gegenseitig eingeräumten Fuss- und Fahrwegrechte der in den Perimeter der Flurgenossenschaft einbezogenen Grundstücke, welche auch für die beiden Grundstücke des Beschwerdegegners Gültigkeit haben. Ein Eigentümer dieser beiden Grundstücke kann sich mithin auch jederzeit auf diese Rechte berufen, um zu seinen Liegenschaften zu gelangen. Es ist auch nicht auszuschliessen, dass ein Eigentümer (dereinst) eine Erschliessung über die Flurgenossenschaftstrasse wieder bevorzugt. Derzeit kann dies auch für die bis anhin unüberbaute Parzelle GB-Nr. 12 jedenfalls nicht gänzlich ausgeschlossen werden. Des Weiteren wird zwar in der Baubewilligung nur von der Erschliessung über GB-Nr. 40 (und GB-Nr. 12) gesprochen. Eine Pflicht zu dieser Erschliessung oder ein Ausschluss der Erschliessung über die Flurgenossenschaftstrasse ist damit nicht verbunden. (...). Was die Auffassung des Regierungsrates anbelangt, die Flurgenossenschaftstrasse werde für die Erschliessung von GB-Nrn. 12 und 22 definitiv nicht mehr benötigt, könnte dieses Argument bei jeder Liegenschaft mit alternativen Erschliessungsmöglichkeiten (Doppelerschliessung) auf die eine oder andere Erschliessung angewendet werden.

3.3.2 Zum ändern ist zu beachten, dass nach der Rechtsprechung eine (nachträgliche) Doppelschliessung einer Liegenschaft grundsätzlich keine massgebliche Änderung im Sinne von § 14 FlurG darstellt. Gemessen an den erwähnten Beispielen kann auch die Überbauung eines (oder mehrerer) bis anhin nicht überbauter Grundstücke in einem Perimeter nicht ohne Weiteres als relevante Änderung der Bewirtschaftung oder Nutzung eines beteiligten Grundstückes gelten. Dies muss insbesondere dann gelten, wenn wie vorliegend die Grundeigentümerbeiträge aller vom Perimeter erfassten Grundstücke nach den gleichen Kriterien erhoben werden, von einem Bezug dieses Beitrages bei unüberbauten Grundstücken mangels einer Nutzung des Erschliessungswerkes jedoch abgesehen wird. Unter diesen Umständen drängt sich bei einer Überbauung des/der bis anhin unüberbauten Grundstückes/e auch keine Neuerstellung des Kostenverteilplanes auf.

3.3.3 Rechnung zu tragen ist auch vorliegend dem Charakter einer Flurgenossenschaft als ein Solidarwerk. Im Perimeter peripher gelegenen Grundstücken ist es eigen, dass für sie eine Erschliessungsalternative eher in Betracht kommt als für die im Innern des Perimeters gelegenen Liegenschaften. Insbesondere käme vorliegend eine Erschliessungsalternative bei Einräumung einer entsprechenden Dienstbarkeit auch für die westlich gelegenen (Rand-)Grundstücke GB-Nrn. 16 und 21 über eine Drittparzelle in Betracht. Eine Entlassung (auch) dieser Grundstücke würde somit bedeuten, dass die Kosten der Erschliessungsstrasse (bei nach wie vor eingetragenen Weg- und Fahrrechten der entlassenen Grundstücke) von nunmehr allein den "eingeschlossenen" Parzellen getragen werden müssten. Dies stünde offensichtlich im Widerspruch zum Genossenschaftsgedanken, der wie gesagt in besonderem Masse auf der Solidarität der Beteiligten aufbaut.

3.3.4 Es erweist sich somit insgesamt, dass eine Entlassung des Beschwerdegegners bzw. von dessen Grundstücken aus dem Perimeter - auch eine partielle betreffend die strassenmässige Erschliessung über die Flurgenossenschaftstrasse - vorliegend nicht in Frage kommen kann. Eine solche Entlassung hat der Regierungsrat zwar nicht konkret ausgesprochen. Faktisch stellt die regierungsrätliche Beurteilung (...) eine solche dar. Es ist der Beschwerdeführerin beizupflichten, dass eine Teilmitgliedschaft im Gesetz nicht vorgesehen ist, sich unter anderem die von der Beschwerdeführerin aufgeworfenen Fragen allfälliger Teilnahme- und Stimmrechte stellen würden, und eine Teilmitgliedschaft grundsätzlich auch nicht als sinnvoll erscheint. Allfälligen unterschiedlichen Interessen an den ver-

B 6.1

schiedenen Erschliessungswerken und unterschiedlichen Nutzungsintensitäten ist bei der Festsetzung des Kostenverteilplanes Rechnung zu tragen.

3.4.1 Der Regierungsrat hat im angefochtenen Beschluss ausgeführt, dass der Begriff der Erschliessung von Gesetzes wegen nicht nur die Zugänglichkeit für Fahrzeuge, Radfahrer und Fussgänger, sondern auch die Versorgung über Wasser-, Energie- und Kanalisationsleitungen umfasst. Gemäss den aktenkundigen Planunterlagen bestehe unter der Quartierstrasse eine Kanalisationsleitung für die Gebäudeentwässerung, an welche auch die Grundstücke GB-Nrn. 12 und 22 angeschlossen seien. Hierbei handle es sich gemäss der Auskunft der kommunalen Baukommission um eine private Abwasserleitung, welche der Flurgenossenschaft gehöre.

3.4.2 Gemäss § 2 Abs. 1 der Statuten bezweckt die Genossenschaft (nur) den Unterhalt der Feinerschliessungsstrasse. Ebenso lassen sich den verschiedenen Protokollen zur Vorbesprechung der Gründung wie auch zu derselben keine Hinweise dafür entnehmen, dass neben der Feinerschliessungsstrasse auch anderweitige Erschliessungswerke mitumfasst werden sollten. Auf welche rechtliche Grundlage sich die Angabe der kommunalen Baukommission, die Kanalisation gehöre der Flurgenossenschaft, abstützt, ist nicht bekannt. Dem Kostenverteilplan lässt sich nicht entnehmen, ob bzw. inwieweit die Kanalisation erfasst wird. Flurgenossenschaften können schliesslich von Gesetzes wegen für einzelne Erschliessungswerke gegründet werden.

Indessen werden die regierungsrätlichen Erwägungen zur Zugehörigkeit der Abwasserleitung zum Aufgabenbereich der Flurgenossenschaft von keiner Partei in Frage gestellt. (...).

3.5.1 Der Regierungsrat hat die Beschwerde "im Sinne der Erwägungen teilweise gutgeheissen". Damit spricht er namentlich seine Schlussfolgerung an, dass bei der Anpassung des Kostenverteilplanes mit Blick auf den Beschwerdegegner "zu berücksichtigen ist, dass der Beschwerdeführer für seine beiden Grundstücke GB Nrn. 12 und 22 nur noch die Erschliessung mit Bezug auf die Kanalisationsleitung (und möglicherweise eines Fusswegrechts) in Anspruch nimmt".

3.5.2 Gestützt auf die vorstehenden Erwägungen ist zusammenfassend festzuhalten, dass zum einen entgegen der regierungsrätlichen Beurteilung die Erschliessungsfunktion der Flurgenossenschaftstrasse für die Grundstücke GB-Nrn. 12 und 22 trotz der neuen Erschliessung von der

Ostseite her über GB-Nr. 40 ihre Berechtigung nicht verloren hat, sondern dass nunmehr eine Doppelschliessung vorliegt. Andererseits kann entgegen dem Antrag der Beschwerdeführerin der bestehende Kostenverteilplan nicht bestätigt werden. Vielmehr ist der angefochtene Beschluss insoweit zu bestätigen, als - vorbehalten eine einvernehmliche Einigung der Betroffenen - in Übereinstimmung mit dem angefochtenen Entscheid eine Schätzungskommission einzusetzen und das Verfahren nach § 8 FlurG durchzuführen ist. Dabei wird neben der Inanspruchnahme der Kanalisationsleitung durch die Grundstücke des Beschwerdegegners (GB-Nrn. 12 und 22) der veränderten Situation mit der (strassenmässigen) Doppelschliessung von GB-Nr. 12 (und GB-Nr. 22) insoweit Rechnung zu tragen sein, als dass die prioritäre Erschliessung von Osten her erfolgt und der Erschliessung über die Quartierstrasse nunmehr eine nachrangige Bedeutung zukommt.

Insofern ist die Beschwerde in diesem Sinn teilweise gutzuheissen. (VGE III 2020 67 vom 24. August 2020).

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

8.1 Zonenkonformität eines Alters- und Pflegeheimes

- *Zonenkonformität eines Alters- und Pflegeheimes in einer Gewerbezone?*

Aus den Erwägungen:

5.2.3 Das kommunale Baureglement (BauR) kennt unter anderem Kernzonen, Wohn- und Gewerbezone (WG3 und WG4), Wohnzonen (W2, W3, W4), Zone für öffentliche Bauten (OE), Gewerbezone (G) und Industriezone (I1 und I2).

In der Kernzone sind Wohnungen sowie zentrumsbildende Nutzungen wie Geschäfts- und Gewerbebetriebe, Gaststätten, Dienstleistungsbetriebe und öffentliche Bauten usw. zulässig (Art. 34 Abs. 2 BauR).

Die Wohnzonen sollen ruhige und gesunde Wohnverhältnisse gewährleisten. Es sind nur nicht störende Betriebe zugelassen (Art. 37 Abs. 1 Satz 1 und 2 BauR). Die Wohn- und Gewerbezone ist eine gemischte Zone,

B 8.1

in der neben Wohnbauten höchstens mässig störende Betriebe gestattet sind (Art. 36 Abs. 1 BauR).

Gemäss Art. 39 Abs. 1 BauR ist die Zone öffentlicher Bauten und Anlagen bestimmt für Bauten und Anlagen, die öffentlichen Zwecken dienen, wie unter anderem kirchliche Bauten, Schul- und Verwaltungsbauten und Altersheime.

Die Gewerbezone ist gemäss Art. 43 BauR für höchstens mässig störende Betriebe des Gewerbes, der Kleinindustrie sowie der Handels- und Dienstleistungsbranchen bestimmt. Reine Wohnbauten sind nicht gestattet. Der Mindestanteil gewerblicher Nutzung muss 20 % der Bruttogeschossfläche betragen. Wohnungen im Erdgeschoss sind nur erlaubt, wenn die für die Wohnzone vorgeschriebenen Grenzabstände um 3 m vergrössert werden (Abs. 1 BauR). Die Ausnützungsziffer (AZ) für die zu Wohnzwecken genutzten Flächen bei kombinierten Gewerbe-/Wohnbauten beträgt 0.3; wo dies nicht ausreicht, ist eine Wohnung bis 150 m² anrechenbare Bruttogeschossfläche (BGF) gestattet (Art. 43 Abs. 2 sechstes Lemma BauR).

5.3 Den Schwyzer Gemeinden kommt für die nähere Bestimmung und Auslegung der Zonenkonformität und der zulässigen Immissionen innerhalb der einzelnen Zonen eine gewisse Autonomie zu (EGV-SZ 1983 Nr. 2; VGE 586/95 vom 20.7.1995; VGE 1037/03 vom 25.6.2004 Erw. 7.4; VGE III 2011 50 vom 31.5.2011 Erw. 2). (...). Erweist sich die Auslegung einer Zonenvorschrift durch den Gemeinderat als sachlich vertretbar, auferlegt sich der Regierungsrat Zurückhaltung, auch wenn sich eine andere Anwendungspraxis ebenso rechtfertigen würde (VGE III 2009 180 vom 20.1.2010 Erw. 3.1).

Auch das Verwaltungsgericht, das im Gegensatz zum Regierungsrat nur einschreiten darf, wenn das Ermessen rechtsfehlerhaft ausgeübt wurde, hat die Gemeindeautonomie zu respektieren (VGE 672/95 vom 22.12.1995; VGE 613/90 vom 20.11.1990; EGV-SZ 1990 Nr. 19 und 1993 Nr. 60). Rechtsfehlerhaft ist ein nicht pflichtgemäss ausgeübtes Ermessen, d.h. ein in Missachtung des Gleichbehandlungsgebots, des Willkürverbots und des Verhältnismässigkeitsprinzips zustande gekommenes Ermessen (VGE III 2008 15 vom 24.4.2008 Erw. 2.3.1, mit weiteren Hinweisen; VGE III 2009 213 vom 15.6.2010 Erw. 5.3.2; VGE III 2011 50 vom 31.5.2011 Erw. 2).

5.4.1 Gewerbezonon sind regelmässig für "nicht wesentlich störende" bzw. "mässig störende" Gewerbe-, Dienstleistungs- und Industriebetriebe bestimmt. Der Begriff des Gewerbes deckt sich nicht mit dem Gewerbebegriff der Wirtschaftsfreiheit; vielmehr wird er im Planungs- und Baurecht vorab durch technisch-räumliche Merkmale bestimmt. Erfasst sind sowohl

industrielle, gewerbliche als auch kaufmännische Betriebe. Abgrenzungsmerkmal ist das abstrakte Störpotenzial des Betriebs auf die Umgebung: zonenkonform sind Betriebe, die von ihrer baulichen Erscheinung, ihren Massstäben und ihren Auswirkungen in die Siedlungsumgebung integriert werden können. Büros allein gelten allerdings häufig nicht als "Gewerbebetrieb" im Sinne der Zonenordnung. Die Wohnnutzung ist in reinen Gewerbebezonen zulässig, sofern sie betriebsnotwendig ist, d.h. in einem funktionellen Zusammenhang mit dem Gewerbe steht (Waldmann/Hänni, a.a.O., Art. 22 N 35 f.; Hettich/Mathis, in: FHB Öffentliches Baurecht, Rz. 3.31; Hänni, Planungs-, Bau- und besonderes Umweltschutzrecht, 6. Aufl., Zürich 2016, S. 170). Zonenkonform sind beispielsweise eine Film- und Fernsehproduktionsstätte, ein gewerbliches Lagerhaus oder die bodenunabhängige Tierhaltung (Waldmann/Hänni, a.a.O., Art. 22 N 35 mit Hinweisen auf die Rechtsprechung). In der Rechtsprechung bejaht wurde in der Gewerbe-(Industrie)zone auch die Zonenkonformität für die Umnutzung eines ehemaligen Produktionsgebäudes in einen islamischen Gebetsraum mit Cafeteria oder für die Umnutzung eines Erdgeschosses eines Fabrikkomplexes in eine Moschee mit Cafeteria für rund 100 Vereinsmitglieder; ebenso ein Versammlungs- und Schulungslokal der Zeugen Jehovas (Urteil BGer 1C_366/2009 vom 30.11.2009, vgl. ZBI 112 S. 437 f.); verneint wurde hingegen die Zonenkonformität für ein Ausbildungszentrum mit Internat (Hettich/Mathis, a.a.O., Rz. 3.32 f. mit Hinweisen). Auch ein privat geführtes Hundeausbildungszentrum stellt einen Gewerbebetrieb dar, und der Bau und der Betrieb einer solchen Anlage kommen regelmässig nur in einer Gewerbe- oder Industriezone in Frage (vgl. VGE III 2016 219 vom 31.1.2017 Erw. 6.3.2).

5.4.2 Hingegen gehören gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung beispielsweise Asylunterkünfte üblicherweise in eine Wohnzone (Urteile BGer vom 7.12.2015 Erw. 3.3.1; 1C_109/2014 vom 4.3.2015 Erw. 6.7). Im Urteil 1C_395/2015 schützte das Bundesgericht die Beurteilung der Vorinstanz (Verw-Ger AG), dass die Nutzung von 14 Wohnungen durch bis zu 90 Asylsuchende eine Wohnnutzung darstelle, wie dies beispielsweise auch auf Studentenunterkünfte und Wohngemeinschaften zutreffe; die Nutzung sei in der Wohn- und Gewerbezone WG 3A zonenkonform. Das Verwaltungsgericht des Kantons Glarus beurteilte eine Umnutzung eines Restaurants in einer Gewerbezone in eine Unterkunft für Asylsuchende als unzulässig, da dies eine in der Gewerbezone nicht zonenkonforme Wohnnutzung darstelle (VG.2013.00128 vom 26.2.2014, in: ZBI 2015 S. 338 ff. mit Kommentar A. Marti, der einerseits die Zone für öffentliche Bauten und Anlagen am ehesten als auf solche Projekte zugeschnitten erachtet, und der andererseits die Auslegung des Begriffs der

B 8.1

Gewerbezone durch das Verwaltungsgericht Glarus im konkreten Fall als "sehr eng" beurteilt).

Mit Urteil 1C_148/2010 vom 6. September 2010 bestätigte das Bundesgericht die Zonenkonformität einer Kindertagesstätte in einer Wohnzone. Die Vorinstanz hatte argumentiert, die Kinder würden jeweils einen halben oder einen ganzen Tag in der Kindertagesstätte verbringen und dort essen, schlafen, spielen und teilweise den Kindergarten oder die Schule besuchen. Diese Tätigkeiten entsprächen vollumfänglich dem Charakter einer Wohnzone. Da die Kinder im Durchschnitt zwei Tage bzw. vier Halbtage pro Woche anwesend seien, rechtfertige sich auch, von einer auf eine gewisse Dauer ausgerichteten Nutzung zu sprechen, was für eine Wohnnutzung typisch sei. Das Bundesgericht stützte diese Argumentation.

5.4.3 Für Alters- und Pflegeheime wird regelmässig die Zone für öffentliche Bauten und Anlagen als adäquate Bauzone erachtet (vgl. Gsponer, Die Zone für öffentliche Bauten und Anlagen unter besonderer Berücksichtigung des Luzerner Planungs- und Baurechts, Zürich 2000, S. 80 f.). Es kann denn auch nicht in Abrede gestellt werden, dass Alters- und Pflegeheime grundsätzlich im öffentlichen Interesse liegen, jedenfalls sofern es sich nicht um eine nur einem privilegierten, bestimmt eingegrenzten Personenkreis zugängliche (private) Seniorenresidenz handelt. Damit wird nicht gefordert, dass die Baute oder Anlage im Eigentum des Gemeinwesens steht. Denkbar ist auch eine private Trägerschaft (vgl. auch Heer, St. Gallisches Bau- und Planungsrecht, Bern 2003, Rz. 386; Berner, Luzerner Planungs- und Baurecht, Bern 2012, Rz. 563; Kistler/Müller, Baugesetz des Kantons Aargau, 2. Aufl., Brugg 2002, § 15 N 40).

Das Verwaltungsgericht hat die Zonenkonformität von Altersheimen in der Zone öffentlicher Bauten und Anlagen mit dem Allgemeininteresse an Alterswohnungen begründet (VGE 593/95 und 600/95 vom 23.8.1995 Erw. 5.b = EGV-SZ 1995 Nr. 4 S. 9 ff.).

5.4.4 Mit RRB Nr. 1366 vom 4. August 1992 (= EGV-SZ 1992 Nr. 50 S. 125 ff.) hat der Regierungsrat (entgegen dem dortigen Gemeinderat) die Zonenkonformität eines Betagtenheims (mit zehn Betten) in einer Einfamilienhauszone bejaht. Der Regierungsrat bejahte namentlich den funktionellen Zusammenhang zwischen Zonenzweck und Gewerbe- bzw. Dienstleistungstätigkeit des Betagtenheims. Wörtlich führte der Regierungsrat aus, "das Betagtenheim (...) ist als Dienstleistungsbetrieb zu bezeichnen (...). Deren Aufenthalt dient nun aber ausschliesslich Wohnzwecken (Schlafen, Essen, Erholen, Freizeitgestaltung usw.)." Die Schaffung

von Wohn- und Schlafzimmern und eines Gemeinschaftsraumes für betagte Pensionäre entspreche dem Zweck der Wohnzone in idealer Weise (Erw. 2.d/dd).

6.1 Vorab ist festzuhalten, dass die gemeinderätliche Beurteilung des Bauvorhabens als zonenkonform mit GRB Nr. 144 vom 27. April 2017 soweit ersichtlich einzig mit dem "Dienstleistungsangebot" der Beschwerdegegnerin begründet wird. Ansonsten setzt sich dieser GRB lediglich mit der Frage "der Wohnsitznahme in Dienstleistungsbetrieben" auseinander (vgl. vorstehend Erw. 5.1.2).

6.2.1 Die Beschwerdegegnerin bezeichnet sich als "Betreiberin von Alterszentren, Seniorenresidenzen und Einrichtungen des Betreuten Wohnens". Geplant ist gemäss der Leistungsvereinbarung ein Betrieb mit insgesamt über 150 Wohnzimmern und 84 betreuten Wohnungen und 75 Pflegeplätzen. Es kann nicht ernsthaft bestritten werden, dass das Bauvorhaben einem Alters- und Pflegeheim entspricht und als solches zu qualifizieren ist, was auch das kommunale Grundlagenpapier belegt. Die Leistungsvereinbarung hat ihre Leistungen entsprechend auch "nach den Umschreibungen gemäss Qualitätsrichtlinien in Alters- und Pflegeheimen des Kantons Schwyz" (vom 1.9.2010, rev. 08/2012 und 02/2014) zu erbringen (Art. 1 Abs. 1 Leistungsvereinbarung).

Für Altersheime (und Pflegeheime) sieht das kommunale BauR grundsätzlich die Zone für öffentliche Bauten und Anlagen vor (vgl. vorstehend Erw. 5.2.3). Dass vorliegend eine juristische Person des Privatrechts als Betreiberin vorgesehen ist, steht dem nicht entgegen.

6.2.2 Die in der Gemeinde derzeit vorhandenen Alters- und Pflegeheime liegen zwar, soweit aus dem Zonenplan ablesbar, in als Kernzonen oder Zentrumszonen klassierten Bauzonen. In der Kernzone wie der Zentrumszone ist "Wohnen" vorbehaltlos vorgesehen (Art. 34 Abs. 2 BauR, Art. 35 Abs. 1 BauR). Die Kernzone ist zudem auch für öffentliche Bauten bestimmt (vgl. vorstehend Erw. 5.2.3). Unter die öffentlichen Bauten fallen, wie dargelegt, grundsätzlich auch Alters- und Pflegeheime.

6.3 In der kantonalen Rechtsprechung wurden Altersheime neben der Zone für öffentliche Bauten auch als mit der Wohnzone vereinbar erachtet (vgl. vorstehend Erw. 5.4.3 f.). Da Altersheime wie auch Pflegeheime für die Insassen regelmässig - und unabhängig von der Frage einer allfälligen (rechtlichen) Wohnsitznahme am Heimort - zum neuen Lebens- und Wohnraum werden dürften, erscheint eine Wohnzone (allenfalls eine ge-

B 8.1

mischte Wohn- und Gewerbezone) auch als die einem Alters- und Pflegeheim adäquate Bauzone. Es besteht kein objektiver Grund, ein Alters- und Pflegeheim zonenmässig anders zu behandeln als eine Kindertagesstätte oder gar ein Asylzentrum (vgl. vorstehend Erw. 5.4.2). Die Verweildauer in Kindertagesstätten und Asylzentren ist anders als bei Alters- und Pflegeheimen zudem grundsätzlich befristet bzw. vorübergehender Art und nicht auf Dauer angelegt.

6.4.1 Die Beschwerdegegnerin als Bauherrschaft und Betreiberin ist eine privatrechtlich organisierte Aktiengesellschaft, ist daher der Gewinnstrebigkeit verpflichtet (vgl. Art. 706 Abs. 2 Ziff. 4 OR) und betreibt hierzu ein Gewerbe, das wirtschaftlich als Dienstleistung(sbetrieb) qualifiziert werden kann. Allein damit lässt sich indes die Zonenkonformität des geplanten Alters- und Pflegeheimes in einer Gewerbezone nicht rechtfertigen. Dies gilt selbst unter Berücksichtigung der rund 100 damit verbundenen Arbeitsplätze. Hierin besteht nämlich kein Unterschied zu anderen Pflegezentren; so sind in den kommunalen Pflegezentren, welche vergleichbare Dienstleistungen erbringen, rund 170 Mitarbeitende auf den Pflegeabteilungen, in der Küche, in der Hauswirtschaft, in der Cafeteria und in der Verwaltung tätig (vgl. <https://www.freienbach.ch/pflegezentren/arbeitundbildung/4815>). Bestand und Qualifikation des Betreuungs- und Pflegepersonals unter anderem in Einrichtungen für Betagte und Pflegebedürftige hat sich unabhängig von der (Rechtsform der) Betreiberin von Gesetzes wegen nach den Betreuungs- und Pflegebedürfnissen der zu betreuenden Personen zu richten (§ 5 der Verordnung über die Betreuungseinrichtungen [BetreuVO; SRSZ 380.313] vom 23.6.2009).

6.4.2 Der Fokus auch eines privat betriebenen Alters- und Pflegeheims wie gerade auch von Seniorenresidenzen ist allerdings auf das Wohnen, oder zumindest einen längerfristigen Aufenthalt zentriert; etymologisch gilt das Gleiche ohnehin für den Begriff des Residierens (Synonyme: "daheim sein", "sich häuslich niederlassen", "angesiedelt sein" u.ä.). Die sich an den Bedürfnissen der potentiellen Insassen an einem ganzheitlichen Wohngefühl orientierende Betrachtungsweise schlägt sich auch in der Leistungsvereinbarung nieder.

Das Alters- und Pflegeheim soll "Wohn- und Lebensraum für ältere Menschen" sein. Neben dem Wohnraum für stationäre Pflege umfasst das Angebot auch die Zurverfügungstellung und Gestaltung von öffentlichen Lebensräumen und Treffpunkten wie Garten, Restaurant usw. (...).

Die Zentrierung auf das Wohnen und das sich Zuhausefühlen der potentiellen Insassen steht klarerweise im Vordergrund. Diese Zielsetzung lässt sich nicht auf eine Charakterisierung als "hotelähnlich" reduzieren; eine

andere Zielsetzung könnte umgekehrt einem Alters- und Pflegeheim nicht gerecht werden. Hierzu passt auch die statutarische Zweckbestimmung der Beschwerdegegnerin, die von "Wohneinrichtungen für das Alter" spricht.

6.4.3 (...).

6.4.4 Die Zuordnung von Alters- und Pflegeheimen in eine Wohnzone erweist sich mithin im Allgemeinen wie namentlich im konkreten Fall als sachgerecht, was von der Zuordnung in eine Gewerbezone nicht gesagt werden kann. Hieran ändert die in der Baubewilligung gewählte Terminologie ("wohnähnliche Gewerbezone") nichts (GRB Nr. 180 vom 24.5.2018 S. 8 Erw. 5.1 und Erw. 5.4; GRB Nr. 143 vom 28.3.2019 Erw. 5). Die Diskrepanz zwischen der Zweckbestimmung eines Alters- und Pflegeheimes wie auch einer Seniorenresidenz einerseits und einer Gewerbezone andererseits ist unüberbrückbar.

6.4.5 Die Zwecksetzung einer Gewerbezone lässt sich mit den Bedürfnissen von pflegebedürftigen und betagten Menschen nicht vereinbaren. (...).

6.4.7 Was den Sinn und Zweck der Ausscheidung von Gewerbe-(und Industrie-)zonen anbelangt, fällt zudem ins Gewicht, dass die (hauptsächliche) Nutzung dieser Zonen mit Wohnraum unweigerlich zu einem (starken) Anstieg der Baulandpreise führen würde. Dadurch würde die durch die Nutzungsplanung angestrebte Ansiedlung von Gewerbe-(und Industrie-)betrieben gefährdet (vgl. VGE III 2008 72+74 vom 11.7.2008 [= EGV-SZ 2008 B 8.6, nicht publizierte] Erw. 3.2). (...).

6.5 (...).

6.8 Nachdem sich das geplante Bauvorhaben als nicht zonenkonform erweist und die Beschwerde somit gutzuheissen ist - soweit darauf einzutreten ist -, ist auf die übrigen Rügen der Beschwerdeführer nicht weiter einzugehen.

(VGE III 2019 186 vom 19. Februar 2020; die gegen diesen Entscheid am 14. April 2020 beim Bundesgericht erhobene Beschwerde ist unter der Verfahrensnummer 1C_188/2020 noch hängig).

B 8.2

8.2 Nutzungsplanung - Lärmschutz

- *Im Rahmen der Nutzungsplanung ist von Aufstufungen der Empfindlichkeitsstufe zurückhaltend Gebrauch zu machen.*

Aus dem Sachverhalt:

Im Rahmen der Nutzungsplanung wurde ein Gebiet von der Gewerbezone G in eine lärmvorbelastete Wohnzone mit niedriger Ausnützung (W2A) mit Empfindlichkeitsstufe (ES) III und Gestaltungsplanpflicht umgezont. Hierzu war eine Aufstufung gemäss Art. 43 Abs. 2 LSV notwendig, gilt doch ansonsten für die Zone W2A die ES II. Auf Beschwerde hin hat der Regierungsrat diese Umzonung zu Recht als rechtswidrig aufgehoben.

Aus den Erwägungen:

6.5 Mit dem angefochtenen Beschluss RRB Nr. 704/2018 vom 25. September 2018 hat der Regierungsrat dies [die Aufstufung] zu Recht wieder korrigiert. Ergänzend zu seinen Erwägungen, auf welche verwiesen wird (angefochtener RRB Erw. 9, oben Erw. 5.6), gilt es zu wiederholen, dass von einer Höhereinstufung nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung nur zurückhaltend und unter qualifizierten Voraussetzungen Gebrauch zu machen ist (vgl. BGE 121 II 235 Erw. 5b). So ist vor einer Aufstufung zu prüfen, ob nicht eine Umzonung des fraglichen Gebietes in eine Zone, die der Lärmvorbelastung entspricht, die richtige planerische Massnahme ist. In diesem Sinne hatte bereits ein früher Vorprüfbericht festgehalten, anstelle der W2A-Zone mit ES II sei eine Mischzone der ES III zu planen (vgl. oben Erw. 5.5.2). Auch wenn - entgegen dem klaren Wortlaut von Art. 43 Abs. 2 LSV - gemäss Bundesgericht eine Aufstufung nicht zwingend nur Teilen einer Nutzungszone vorbehalten ist (vgl. Adrian Walpen, Bau und Betrieb von zivilen Flughäfen - Unter besonderer Berücksichtigung der Lärmproblematik um den Flughafen, 2005, S. 244, mit Verweis auf BGE 115 Ib 456 Erw. 4), so ergibt sich aus der Rechtsprechung doch, dass bei einer Aufstufung einer ganzen Zone diese selbst sehr klein zu sein hat (vgl. BGE 115 Ib 456 Erw. 4) und bei Teilen einer Zone die Aufstufung auf z.B. eine oder zwei Bautiefen beschränkt sein soll (vgl. BGE 121 II 235 Erw. 5c). Vorliegend aber sollte die gesamte Zone aufgestuft werden, wobei sie mit 7'250 m² nicht mehr als sehr klein bezeichnet werden kann. Bei einer Ausnützungsziffer von 0.40 in der W2A-

Zone (vgl. Baureglement Art. 73) würde sehr viel neuer Wohnraum geschaffen, der insgesamt nicht die für Wohnzonen geltende Empfindlichkeitsstufe beachten würde. Entsprechend führte der Regierungsrat korrekt aus, es komme nicht in Betracht, gestützt auf Art. 43 Abs. 2 LSV diese gesamte W2A-Zone, bestehend aus KTN 001, von ES II auf ES III aufzusteufen. Es würde dies den Zielen des Lärmschutzrechtes klar zuwiderlaufen. Vielmehr ist - wie ursprünglich geplant - im Rahmen der Gestaltungsplanung der Nachweis der Einhaltung der Immissionsgrenzwerte ES II zu erbringen, oder aber es ist die Liegenschaft von der G-Zone in eine andere Zone mit ES III, vordringlich etwa eine Mischzone, umzuzonen.

(VGE III 2018 182 vom 1. April 2020).

8.3 Gestaltungsplanverfahren und Lärmschutznachweis

- Wann und unter welchen Voraussetzungen ist der Lärmschutznachweis im Gestaltungsplanverfahren (Nutzungsplanverfahren) oder im Baubewilligungsverfahren zu erbringen?

Aus den Erwägungen:

6.1 Die Beschwerdeführer rügen, es überzeuge nicht, wenn der Regierungsrat zwar feststelle, dass im Rahmen der Gestaltungsplanerarbeitung eine lärmschutzrechtliche Abklärung hätte vorgenommen werden müssen, er diese indes doch für verzichtbar halte und annehme, dass die Immissionsgrenzwerte eingehalten seien bzw. eingehalten werden könnten. Einzuhalten seien nicht die Immissionsgrenzwerte, sondern die strengeren Planungswerte. Das Gestaltungsplanareal U. sei nicht bereits erschlossen im Sinne von Art. 24 des Bundesgesetzes über den Umweltschutz (USG; SR 814.01) vom 7. Oktober 1983. (...). Abgesehen davon sei der massgebliche Zeitpunkt für die Beurteilung der Erschliessungsverhältnisse der 1. Januar 1985 und nicht der heutige Erschliessungsstand. Die bestehende arealexterne Erschliessung sei erst nach 2002 erstellt worden, weshalb auch aus diesem Grund das Gestaltungsplanareal nicht bereits als erschlossen im Sinne von Art. 24 Abs. 2 USG zu betrachten sei. Im Übrigen handle es sich bei den regierungsrätlichen Annahmen um solche von einer nicht sachverständigen Behörde. (...). Für die Lärmbeurteilung sei von den aktuellen Verhältnissen auszugehen, entsprechend sei der Hinweis auf beabsichtigte Nutzungsänderungen verfehlt. Sodann seien Lärmimmissionen der geplanten Überbauung selbst zu berücksichtigen, was der Regierungsrat unterlassen habe. Der Gestaltungsplan sei aufzuheben

B 8.3

und im Richtprojekt sei die Einhaltung der Planungswerte aufzuzeigen, erforderliche Lärmschutzmassnahmen seien in den Gestaltungsplan und die SBV aufzunehmen.

6.2.1 f. (Standpunkte der Vorinstanzen).

6.3.1 Wohngebiete sollen vor schädlichen oder lästigen Einwirkungen wie Luftverschmutzung, Lärm und Erschütterungen möglichst verschont werden (Art. 3 Abs. 3 lit. a RPG). Das USG schafft eine enge Verbindung zwischen der Nutzungsplanung und der in den einzelnen Zonen zulässigen Lärmbelastung (vgl. Art. 23 ff. USG).

Neue Bauzonen für Wohngebäude oder andere Gebäude, die dem längeren Aufenthalt von Personen dienen, dürfen nur in Gebieten vorgesehen werden, in denen die Lärmimmissionen die Planungswerte nicht überschreiten oder in denen diese Werte durch planerische, gestalterische oder bauliche Massnahmen eingehalten werden können. Die Umzonung von Bauzonen gilt nicht als Ausscheidung neuer Bauzonen (Art. 24 Abs. 1 USG; vgl. auch Art. 29 f. LSV). Werden die Planungswerte in einer bestehenden, aber noch nicht erschlossenen Bauzone für Wohngebäude oder andere Gebäude, die dem längeren Aufenthalt von Personen dienen, überschritten, so sind sie einer weniger lärmempfindlichen Nutzungsart zuzuführen, sofern nicht durch planerische, gestalterische oder bauliche Massnahmen im überwiegenden Teil dieser Zone die Planungswerte eingehalten werden können (Art. 24 Abs. 2 USG).

Eine Neuausscheidung im Sinne von Art. 24 Abs. 1 USG liegt vor, wenn das Grundstück vorher (d.h. vor 1.1.1985) noch nicht einer RPG-konformen Bauzone zugeordnet war (Wagner Pfeifer, Umweltrecht, Allgemeine Grundlagen, Zürich 2017, Rz. 531; Wolf, Kommentar USG, Art. 24 Rz. 14 f.; Jäger/Bühler, Schweizerisches Umweltrecht, 2015, N 341).

Art. 24 Abs. 2 USG bezieht sich auf nicht erschlossene Bauzonen, die am 1. Januar 1985 (Inkrafttreten des USG) bereits als solche ausgeschieden waren. Auf später erfolgte Einzonungen war bzw. ist Art. 24 Abs. 1 USG massgebend (Griffel, Umweltrecht in a Nutshell, 2. Aufl., Zürich 2019, S. 130). Art. 24 Abs. 1 Satz 2 USG (in Kraft seit 1.7.1997) klärte eine zuvor umstrittene Frage; die Planungswerte müssen bei der Umzonung von bereits vor 1985 eingezonten Bauzonen nicht eingehalten werden (vgl. Griffel, a.a.O., S. 128).

Art. 24 Abs. 2 USG, verdeutlicht durch Art. 30 LSV, verbietet das Erschliessen einer nicht erschlossenen Bauzone bzw. das weitere Erschliessen einer ungenügend erschlossenen Bauzone für Gebäude mit lärmempfindlichen Räumen (Art. 2 Abs. 6 LSV), wenn nicht für den überwiegenden Teil der Zone das Einhalten der Planungswerte sichergestellt ist. Sind die

Voraussetzungen von Art. 24 Abs. 2 USG i.V.m. Art. 30 LSV nicht erfüllt, ist die Erschliessung der schon bestehenden Bauzone unzulässig (vgl. Jäger/Bühler, a.a.O, N 342; Griffel/Rausch, Kommentar USG, Ergänzungsband zur 2. Aufl., 2011, Art. 24 N 7). Die Regel, dass in neuen oder noch nicht erschlossenen Bauzonen im Gegensatz zu den bestehenden und erschlossenen Zonen die strengeren Planungswerte und nicht die Immissionsgrenzwerte einzuhalten sind, ist Ausdruck des Vorsorgeprinzips, welches die gesamte Umweltschutzgesetzgebung beherrscht (EGV-SZ 2016 C 2.2 Erw. 10.1 i.f. mit Hinweis auf BGE 117 Ib 308 Erw. 3a).

6.3.2 Art. 24 USG richtet sich an die Nutzungsplanbehörde und konkretisiert den Planungsgrundsatz von Art. 3 Abs. 3 lit. b RPG. Zudem definiert Art. 24 USG die Mindestanforderungen an die in Art. 15 RPG verlangte Eignung von Bauland mit Bezug auf den Lärmschutz und setzt Randbedingungen für die Erschliessung von Bauzonen nach Art. 19 Abs. 2 und 3 RPG (vgl. Urteil des Bundesgerichts 1A.198/2005 vom 2.6.2006 Erw. 3.1).

Unter Erschliessung ist in Art. 24 Abs. 2 USG grundsätzlich die vollständige, der jeweiligen Nutzungszone angepasste Erschliessung zu verstehen, bei der mehr oder weniger nur noch die Hausanschlüsse zu erstellen sind. (...) Müssen wesentliche Elemente der Erschliessung ergänzt werden, ist das Gebiet im Sinne von Art. 24 Abs. 2 USG nicht erschlossen; dies gilt nicht nur für die Groberschliessung, sondern auch für die Feinerschliessung (Wolf, Kommentar USG, 2. Aufl., 2000, Art. 24 N 34). Bei der Frage, ob eine genügende Erschliessung vorliegt, ist bei Anwendung von Art. 24 Abs. 2 USG nicht die einzelne Parzelle, sondern ein grösseres Gebiet im Zusammenhang zu betrachten (vgl. Schaub, Heute erschlossen, morgen nicht erschlossen? - Lärmrechtliche Erschliessungsvoraussetzungen [Art. 24 Abs. 2 USG] bei Umnutzungen; URP 2002, S. 722 f., mit Hinweisen; vgl. auch Bundesgerichtsurteil 1A.130/2005 vom 11.10.2005 Erw. 4.1.4). Es wird jedoch nicht die gesamte Bauzone, sondern nur deren noch nicht erschlossener Teil berücksichtigt (vgl. Wolf, Auswirkungen des Lärmschutzrechts auf Nutzungsplanung und Baubewilligung, in: AJP/PJA 1999, S. 1055 ff.; S. 1060; BGE 123 II 337 Erw. 8c).

6.3.3 Als planerische, gestalterische oder bauliche Massnahmen im Sinne von Art. 30 LSV (vgl. auch Art. 24 Abs. 2 USG) kommen zunächst die gleichen Massnahmen wie bei Art. 31 Abs. 1 LSV (Baubewilligungen in lärmbelasteten Gebieten) infrage: Anordnung der lärmempfindlichen Räume auf der dem Lärm abgewandten Seite des Gebäudes oder Massnahmen, die das Gebäude gegen Lärm abschirmen, wie z.B. die Erstellung

B 8.3

von Lärmschutzwänden. Möglich sind auch Vorgaben z.B. betreffend Gebäudehöhe, Grenzabstände, räumliche Anordnung oder Ausrichtung der Gebäude (...). Diese Massnahmen müssen bereits auf der Ebene der Raumplanung verbindlich festgelegt sein, da später nur noch die Immissionsgrenzwerte einschlägig sind (vgl. Jäger/Bühler, a.a.O., N 343; Wolf, Kommentar USG, a.a.O., Art. 24 N 27 Abs. 2). Sollen die gestalterischen und baulichen Fragen des Lärmschutzes anlässlich der Festlegung oder Erschliessung eines Baugebietes noch nicht im Detail untersucht werden, kann sich die Planungsbehörde damit begnügen, für das lärmbelastete Gebiet zunächst lediglich eine Planungspflicht (Pflicht zur Ausarbeitung eines Sondernutzungsplans, z.B. eines Gestaltungsplans) festzulegen. Auf diese Weise lässt sich das Problem auf später verschieben. Schon auf der ersten Stufe der Nutzungsplanung muss allerdings feststehen, dass im Rahmen des später festzusetzenden Sondernutzungsplans eine geeignete Lösung gefunden werden kann (sog. Machbarkeitsnachweis), da es sich andernfalls um eine untaugliche Planung handeln würde (vgl. Wolf, AJP, a.a.O., S. 1061; Wolf, Kommentar USG, a.a.O., Art. 24 N 27 Abs. 2 und N 28 m.w.H.; Vereinigung kantonaler Lärmschutzfachleute, Cercle Bruit, Vollzugshilfe 2.0, a.a.O., Ziff. 2.3 S. 2).

In vergleichbarer Weise wird im Merkblatt "Einzonen und Erschliessen in lärmbelasteten Gebieten" des Amtes für Umweltschutz des Kantons Schwyz vom 29. September 2014 verlangt, dass u.a. bei Parzellen innerhalb von durch Strassen und Eisenbahnlinien lärmbelasteten Gebieten (Ziff. 2 f. S. 1) im Nutzungsplanverfahren mit Plausibilitätsbetrachtungen nachgewiesen werden muss, dass die Einhaltung der Planungswerte möglich ist, weil im Rahmen des Baubewilligungsverfahrens nach Art. 31 LSV nur die Einhaltung der Immissionsgrenzwerte gefordert wird (Ziff. 3 S. 1).

6.4.1 Vorliegend geht aus den Akten nicht hervor, wann die Grundstücke des Gestaltungsplangebietes eingezont wurden. (Die Akten lassen den Schluss zu, dass der überwiegende Teil des Gestaltungsplanperimeters nach 1985 eingezont wurde, und die Gestaltungsplanparzellen am 1. Januar 1985 noch nicht erschlossen waren). (...).

6.4.5 Schliesslich ist auch das Amt für Umweltschutz (AFU) als Fachinstanz in seinem Mitbericht vom 26. November 2018 zum Ergebnis gelangt, dass das Gestaltungsplangebiet für die vorgesehene Nutzung noch nicht ausreichend erschlossen ist und daher die "Machbarkeit der Baubereiche hinsichtlich Einhaltung der Planungswerte in Bezug auf den Industrie- und Gewerbelärm gemäss Art. 30 Lärmschutz-Verordnung (LSV)" nachzuweisen sei. Ebenso hat der Regierungsrat nicht in Abrede gestellt,

dass - bereits im Nutzungsplanverfahren bzw. vorliegend bei der Umzonung der Gestaltungsplangrundstücke KTN 1332 und KTN 1333 - der Nachweis der Einhaltung der Planungswerte hätte erbracht werden müssen, und dass im vorliegenden Verfahren entgegen dem Erläuterungsbericht vom 28. August 2014 zur Teilrevision auch im Gestaltungsplanverfahren kein Lärmschutznachweis eingereicht worden sei.

6.4.6 Ein Verzicht auf einen Lärmschutznachweis rechtfertigt sich mithin entgegen der Auffassung des Regierungsrats nicht. Den Beschwerdeführern ist daher insoweit beizupflichten.

6.5.1 Der Nachweis der Einhaltung der Planungswerte ist von Gesetzes wegen (Art. 24 USG) im Rahmen des Nutzungsplanverfahrens bzw. des Gestaltungsplanverfahrens zu erbringen; es geht grundsätzlich nicht an, diesen Nachweis auf das Baubewilligungsverfahren zu verschieben (VGE III 2018 190 vom 29.8.2019 Erw. 7.3.2; VGE 1015/99 vom 19.11.1999 Erw. 7.c/bb; VGE 1042/99 vom 16.3.2000 Erw. 10.a; vgl. Wolf, a.a.O., Art. 24 N 32 vgl. auch vorstehend Erw. 6.3.1 ff.). An diesen aus Bundesrecht fliessenden Vorgaben ändert nichts, wenn in den Richtlinien für das Gestaltungsplanpflichtgebiet 1 ein zu erbringender Lärmschutznachweis vorgesehen ist, nicht aber für das Gestaltungsplanpflichtgebiet 2. Dieser Nachweis wurde bis anhin nicht erbracht.

Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung genügt es, wenn die Einhaltung der Planungswerte möglich erscheint (vgl. Bundesgerichtsurteil 1C_695/2017, 1C_696/2017, 1C_706/2017 vom 22.2.2019 Erw. 8 und 10, in: URP 2019 S. 375 f.). Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung erfolgt der Nachweis der Einhaltung der Planungswerte namentlich dann im Baubewilligungsverfahren, wenn die (Quartier-)Planung mangels genügend detaillierter Angaben (z.B. zur Lage von Lüftungsschächten) noch keine abschliessende Beurteilung zulässt (zit. Bundesgerichtsurteil 1C_695/2017, 1C_696/2017, 1C_706/2017 Erw. 10 in fine m.H.a. Bundesgerichtsurteil 1C_351/2008 vom 25.2.2009 Erw. 2.3).

6.5.2 Die Beschwerdegegnerin hat mit der Vernehmlassung einen vom 15. Juli 2019 datierten Lärmschutznachweis aufgelegt. Mit dem vorgelegten Lärmschutznachweis wird aufgezeigt, dass die Einhaltung der Lärmgrenzwerte (Immissionsgrenzwerte wie auch die strengeren Planungswerte) der Empfindlichkeitsstufe II möglich ist. Nachdem die konzeptionellen Vorgaben des Richtprojektes im Erläuterungsbericht nur als wegleitend für die Überbauung charakterisiert werden, fehlt es im Sinne der erwähnten bundesgerichtlichen Rechtsprechung an den erforderlichen de-

B 8.4

taillierten Angaben für eine abschliessende Beurteilung im Gestaltungsplanverfahren. Es lässt sich daher vertreten, wenn der Lärmschutznachweis bis anhin noch nicht vom AFU einer Kontrolle unterzogen wurde.

Die Verfahrensbeteiligten hatten jedenfalls Gelegenheit, sich im Rahmen des Schriftenwechsels dazu zu äussern. Substantiierte Einwände gegen das Gutachten bzw. die Möglichkeit der Wahrung der Planungswerte wurden nicht vorgebracht. Bei dieser Sachlage käme eine Rückweisung einem prozessualen Leerlauf gleich (vgl. auch § 57 VRP; VGE III 2017 170 vom 24.4.2018 Erw. 7.3.3).

6.5.3 Bei diesem Ergebnis ist es jedoch angezeigt, dass die SBV zum Gestaltungsplan 2 um eine Ziffer ergänzt werden mit dem Vorbehalt, dass spätestens im Baubewilligungsverfahren die Einhaltung der Planungswerte der Empfindlichkeitsstufe II gemäss LSV auf dem Gestaltungsplanareal nachgewiesen wird. Insoweit ist die Beschwerde gutzuheissen.

(VGE III 2019 93 vom 23. Januar 2020).

8.4 Abbruchbewilligung

- *Eine Abbruchbewilligung kann gleich wie eine Baubewilligung infolge Nichtkonsumation innert der Geltungsdauer (§ 86 Abs. 1 PBG) verwirken. Es fehlt daher am schutzwürdigen Interesse für die Anfechtung einer Abbruchbewilligung nach Ablauf der Geltungsdauer.*
- *Die Zuständigkeit für die Abbruchbewilligung liegt grundsätzlich bei der (kommunalen) Baubewilligungsbehörde, auch wenn kantonale Bewilligungen erforderlich sind. Im konkreten Fall fehlt eine gemeinderätliche Abbruchbewilligung und somit auch ein Anfechtungsobjekt.*

Aus dem Sachverhalt:

Der Regierungsrat verneinte die Schutzwürdigkeit des Hauses G. und erteilte im November 2017 die Bewilligung für den Abbruch. Das Haus wurde in der Folge nicht abgebrochen. Im Februar 2020 stellte die Bauherrschaft das Baugesuch für einen Ersatzneubau. Der Schweizer und Schwyzer Heimatschutz erhoben hiergegen Beschwerde mit dem Antrag, die regierungsrätliche Abbruchbewilligung vom November 2017 sei aufzuheben. Im Mai 2020 informierte die Bauherrschaft das Verwaltungsgericht über den Rückzug ihres Baugesuchs sowie ihre Absicht, die Schutzwürdigkeit des Hauses G. mit der kantonalen Denkmalpflege nochmals abzuklären. Der Schweizer und Schwyzer Heimatschutz hielt gleichwohl an der Beschwerde fest.

Aus den Erwägungen:

2.3.1 Bauten und Anlagen dürfen nur mit behördlicher Bewilligung errichtet oder geändert werden (Art. 22 Abs. 1 RPG; vgl. § 75 Abs. 1 Satz 1 des Planungs- und Baugesetzes [PBG; SRSZ 400.100] vom 14.5.1987). Das kommunale Baureglement (BauR) regelt das Baubewilligungsverfahren in Art. 68 ff. Gemäss Art. 68 Abs. 1 BauR dürfen Bauten und Anlagen nur mit behördlicher Bewilligung errichtet, abgebrochen oder geändert werden.

2.3.2 Zur Bewilligungspflicht des Abbruchs einer Baute hat das Verwaltungsgericht mit VGE III 2017 157 vom 23. Mai 2018 was folgt erwogen:

3.2.2 (...).

Der Abbruch einer Baute wird im PBG nicht, jedenfalls nicht explizit, der Bewilligungspflicht unterstellt (anders z.B. § 59 Abs. 1 BauG-AG; Art. 1a Abs. 2 BauG-BE; § 309 Abs. 1 lit. c BauG-ZH [betr. Gebäude in Kernzonen]; Art. 136 Abs. 1 BauG-SG). Angesichts der Tatsache, dass auch der Abbruch von Bauten und Anlagen Raum und Umwelt erheblich verändern kann und Art. 22 Abs. 1 RPG von einer wirkungsbezogenen Betrachtungsweise ausgeht, ist grundsätzlich von Bundesrechts wegen auch von einer Bewilligungspflicht des Abbruchs von Gebäuden auszugehen (vgl. Waldmann/Hännli, Handkommentar RPG, 2006, Art. 22 N 17; Baumann, in: Baumann et al., Kommentar zum Baugesetz des Kantons Aargau, Bern 2013, § 59 N 22). Die Frage stellt sich deshalb nicht häufig, weil in der Regel ein Abbruch mit einem Neubau verbunden ist. Bei der Beurteilung von dessen Bewilligungsfähigkeit werden auch die Auswirkungen auf Raum und Umwelt mitberücksichtigt. Vorliegend hat aber die Gemeinde Steinen den Abbruch von Bauten in Art. 6b Abs. 2 BauR explizit für bewilligungspflichtig erklärt (Satz 1). (...).

3.2.4 § 6 Abs. 1 KNHG 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.

3.2.5 (...).

3.2.6 Unbestritten ist der kunsthistorische Wert der abzubrechenden Baute und somit die Bewilligungszuständigkeit des Regierungsrates für den Abbruch. (...).

Die regierungsrätliche Abbruchbewilligung allein entbindet die kommunale Baubewilligungsbehörde nicht von der Prüfung der im kommunalen Baureglement vorgesehenen Voraussetzungen für die Zulässigkeit des Abbruchs, (...).

Das massgebende Verfahren für die Erteilung einer Abbruchbewilligung ist mithin grundsätzlich das Baubewilligungsverfahren, wobei bei einem

B 8.4

Schutzobjekt zwingend die Zustimmung des Regierungsrates einzuholen ist (§ 6 Abs. 1 aKNHG; vgl. VGE III 2009 70 vom 28.7.2009 Erw. 2.6.3 [= EGV-SZ 2009 B 8.8]; VGE III 2017 115+117 vom 24.11.2017 Erw. 4.6).

2.3.3 § 86 Abs. 1 PBG legt die Geltungsdauer einer Baubewilligung auf zwei Jahre vom Eintritt der Rechtskraft der Bewilligung an gerechnet fest, wobei die Geltungsdauer auf begründetes Gesuch hin um ein weiteres Jahr verlängert werden kann. Es spricht nichts dagegen, diese Bestimmung nicht auch auf Abbruchbewilligungen anzuwenden.

Die zweijährige Geltungsdauer der am 14. November 2017 erteilten regierungsrätlichen Abbruchbewilligung (welche kein Versanddatum ausweist) dürfte, sofern diese Abbruchbewilligung als selbständig anfechtbare Verfügung zu qualifizieren ist, im Verlaufe des Dezembers 2019 abgelaufen sein. Es ist weder bekannt noch wird geltend gemacht, dass die Abbruchbewilligung um ein Jahr verlängert wurde. Auf die Verwirkung infolge Nichtkonsumation der Abbruchbewilligung seitens der Bauherrschaft als Verfügungsadressaten, denen gegenüber von der Rechtskraft der Abbruchbewilligung ausgegangen werden muss, kann die vorliegende rund drei Monate nach Verwirkung der Bau- bzw. Abbruchbewilligung erhobene Beschwerde keinen Einfluss haben. An der Anfechtung einer verwirkten Baubewilligung besteht indes kein Rechtsschutzinteresse Dritter mehr, so auch nicht der vorliegenden Beschwerdeführer.

Auf die Beschwerde kann daher nicht eingetreten werden. Indes ist gleichzeitig festzustellen, dass das Gebäude infolge Verwirkung der Geltungsdauer der Abbruchbewilligung solange nicht abgebrochen werden kann, als keine neue, in Rechtskraft erwachsene Abbruchbewilligung vorliegt.

2.4 (...).

3.1.1 Das kantonale Recht darf den Kreis der nach Art. 22 Abs. 1 RPG und § 75 Abs. 1 PBG bewilligungspflichtigen Bauten und Anlagen nicht einschränken. Art. 33 Abs. 3 lit. a RPG verlangt, dass das Beschwerde-recht Dritter (Nachbarn, Mieter, Schutzorganisationen usw.) gegenüber einer in Anwendung - oder zu Unrecht erfolgten Nichtanwendung - des eidgenössischen Raumplanungsgesetzes erteilten Baubewilligung tatsächlich gewährleistet ist. Wird ein Entscheid für ein ausschreibungspflichtiges Bauvorhaben ohne die erforderliche Ausschreibung getroffen, wird der nach Art. 33 Abs. 3 lit. a RPG vorgeschriebene Rechtsschutz nicht gewährleistet und diese Vorschrift verletzt (BGE 120 Ib 379 E. 3d S. 384 mit Hinweisen). Dies kommt einer Verweigerung des verfassungsrechtlich

durch Art. 29 BV geschützten rechtlichen Gehörs gleich (vgl. Urteil BGer 1C_5/2019 vom 12.6.2019 = ZBI 2020 S. 444 ff. Erw. 3.2.1 mit Hinweis auf BGE 120 Ib 379 Erw. 3d).

Die Baubewilligungspflicht soll der Behörde die Möglichkeit verschaffen, das Bauprojekt vor seiner Ausführung auf die Übereinstimmung mit der raumplanerischen Nutzungsordnung und der übrigen einschlägigen Gesetzgebung zu überprüfen. Massstab dafür, ob eine Massnahme erheblich genug ist, um sie dem Baubewilligungsverfahren zu unterwerfen, ist daher, ob damit 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 (Urteil BGer 1C_505/2017 vom 15.5.2018 = BauR 2018 S. 299 Nr. 467 = URP 2018 S. 528ff. = ZB 2018 S. 650 ff., i.Sa. S. vs. Bezirksrat Einsiedeln, Erw. 5 mit Hinweis auf BGE 139 II 134 Erw. 5.2).

3.1.2 (...).

Bewilligungsbehörde ist grundsätzlich der Gemeinderat (vgl. § 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 Zuständigkeit für Baugesuche ausserhalb der Bauzonen liegt gemäss § 46 Abs. 3 der Vollzugsverordnung zum Planungs- und Baugesetz (SRSZ 400.111; PBV) vom 2. Dezember 1997 beim Amt für Raumentwicklung, soweit nicht landwirtschaftliche Bauvorhaben (Amt für Landwirtschaft) oder Bauvorhaben in und an fliessenden Gewässern (Amt für Wasserbau; vgl. § 46 Abs. 2 PBV) betroffen sind.

3.1.3 (...).

In der Landwirtschaftszone sind Bauten und Anlagen gemäss § 19 Abs. 2 PBG zulässig (Art. 50 Abs. 1 BauR). Alle Bauten und Anlagen in der Landwirtschaftszone bedürfen einer kantonalen Raumplanungsbewilligung. Der Gemeinderat beurteilt das Bauvorhaben auf die Einhaltung der baupolizeilichen Vorschriften (Art. 50 Abs. 3 BauR).

3.1.4 Die Zuständigkeit für die Abbruchbewilligung liegt wie die Zuständigkeit für die Baubewilligung also beim Gemeinderat. Hieran ändert das Erfordernis (zusätzlicher) kantonalen Bewilligungen nichts. Dies zeigt sich daran, dass das kommunale Baureglement den Gemeinderat verpflichtet, ein Bauvorhaben auch in der Landwirtschaftszone auf die Einhaltung der baupolizeilichen Vorschriften zu überprüfen. Es kann denn auch nicht ge-

B 8.5

sagt werden, dass bei einem Abbruch im Allgemeinen keine baupolizeilichen Vorschriften zu beachten sind. Im Besonderen kann es sich vorliegend nicht anders verhalten. Wenn die Gemeinde (vernehmlassend) infolge Einsturzgefahr der bestehenden Baute eine Beeinträchtigung der Sicherheit der B.Strasse erkennt, lässt sich hieraus ableiten, dass ein Abbruch des Gebäudes im Zeichen der Gewährleistung der Sicherheit und Gesundheit von Sachen bzw. Personen (vgl. § 54 PBG) entsprechender baupolizeilicher Vorkehren bedarf, die gegebenenfalls mit Auflagen sicherzustellen sind.

Eine gemeinderätliche Abbruchbewilligung ist nicht aktenkundig. Mit der alleinigen Abbruchbewilligung des Regierungsrates liegt somit erst die kantonal erforderliche Genehmigung vor. Insofern ist daher die Abbruchbewilligung nicht rechtsgenüglich erteilt und fehlt es folglich auch an einem Anfechtungsobjekt, womit auch aus diesem Grund auf die Beschwerde nicht einzutreten wäre.

(VGE III 2020 47 vom 23. September 2020).

8.5 Unterschreitung des Grenz- und Gebäudeabstandes

- *Eine "bessere gestalterische Lösung" als Voraussetzung für die Unterschreitung des Grenz- und Gebäudeabstandes in einer Zentrumszone.*

Aus dem Sachverhalt:

Die Beschwerdeführer planen den Abbruch des bestehenden Wohnhauses auf einem in einer Zentrumszone liegenden Grundstück sowie den Neubau eines Wohn- und Geschäftsgebäudes. Im Baubeschrieb wurde unter dem Titel "Unterschreitung des Grenzabstands: Argumentation nach Art. 35 Abs. 6 BR - Verbesserung der Umgebungsgestaltung" festgehalten, dass auf der westlichen Seite - zwischen Haus J. und dem Neubau I. - der Gebäudeabstand nicht eingehalten werde, um eine Verbesserung der Umgebungsgestaltung berücksichtigen zu können. Der Gemeinderat bejahte das Vorliegen einer besseren gestalterischen Lösung im Sinne von Art. 35 Abs. 6 des Baureglements. Nachdem die betroffenen Nachbarn und die Bauherrschaft identisch seien, werde ein Einverständnis für die Unterschreitung des Gebäudeabstandes nicht notwendig. Folglich könne der Gemeinderat die Zustimmung zur Unterschreitung erteilen. Eine Ausnahmbewilligung sei für den geplanten Gebäudeabstand nicht erforderlich. Der Regierungsrat erwog unter anderem, die ordentlichen Grenz- und Gebäu-

deabstände der Zentrumszone seien einzuhalten, sofern nicht eine Ausnahmereglung greife. Der Gemeinderat verlasse jedoch mit den angeführten Argumenten bzw. mit der Erteilung der Ausnahmegewilligung für die massive Unterschreitung des Grenz- und Gebäudeabstandes seinen Ermessensspielraum, weshalb die Ausnahmegewilligung zu Unrecht erteilt worden sei.

Aus den Erwägungen:

2.2 Die kantonalen Bauvorschriften gelten als Mindestvorschriften in allen Gemeinden. Die Gemeinden können grössere Masse als in den kantonalen Mindestvorschriften vorschreiben. Sie können zudem im Zonenplan oder in den zugehörigen Vorschriften generell für Grenz- und Gebäudeabstände in Kernzonen sowie reinen Gewerbe- und Industriezonen geringere Masse festlegen (§ 52 Abs. 1 und 2 lit. a des Planungs- und Baugesetzes [PBG; SRSZ 400.100] vom 14.5.1987). Von dieser Möglichkeit hat die Gemeinde Gebrauch gemacht und in Art. 35 Abs. 6 BauR festgehalten, dass der Gemeinderat in der Zentrumszone "bei einer besseren gestalterischen Lösung und nachbarlichem Einverständnis" die Unterschreitung der kantonalen Grenz- und Gebäudeabstände bewilligen kann. Zudem ist in der Zentrumszone gemäss Art. 35 Abs. 2 viertes Lemma BauR die geschlossene Bauweise gestattet.

3. (...).

4.1 Bei Art. 35 Abs. 6 BauR handelt es sich um kommunales Recht. Die Gemeindeautonomie schliesst die Auslegung und Anwendung des kommunalen Rechts mit ein (vgl. BGE 136 I 395 Erw. 3.2.3; VGE III 2016 151+152 vom 25.4.2017 Erw. 7.7). Die Gemeinde ist in einem solchen Fall kraft ihrer Doppelstellung als Gesetzgeberin und Rechtsanwenderin in besonderem Masse dazu berufen, den Sinngehalt des umstrittenen Begriffs zu ermitteln. Sie verfügt über sämtliche Materialien, vermag ihre Entscheidung auf eine umfassende Kenntnis der örtlichen Verhältnisse zu stützen und ist am ehesten in der Lage, die künftige Entwicklung vorzusehen. Insbesondere in Zweifelsfällen, wenn die Auslegung schwierig ist und in besonderem Masse örtliche Verhältnisse zu würdigen sind, kommt der Entscheidung der Gemeinde besonderes Gewicht zu. Mit Rücksicht auf Wesen und Schutzfunktion der Gemeindeautonomie rechtfertigt es sich, der Gemeinde in derartigen Fällen einen Beurteilungsspielraum im soeben umschriebenen Sinne zuzuerkennen (BGE 96 I 369 Erw. 4; vgl. sinngemäss Bundesgerichtsurteil 1C_499/2014 vom

B 8.5

25.3.2015 Erw. 4.1ff.; VGE 1026/98 vom 22.7.1998 Erw. 2a). Hebt die kantonale Behörde eine vertretbare Entscheidung der Gemeinde auf, verletzt sie die Gemeindeautonomie.

Die Gemeindeautonomie hat jedoch dort ihre Grenzen, wo sich eine Auslegung mit dem Wortlaut sowie mit Sinn und Zweck des Gesetzes nicht mehr vereinbaren lässt (vgl. Häuptli, in: A. Baumann u.a., Kommentar zum Baugesetz des Kantons Aargau, Bern 2013, § 13 N 23).

(...).

Selbst wenn die Gemeinde keine Autonomiebeschwerde erhoben hat, können sich Private 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 141 I 36 Erw. 1.2.4; BGE 135 I 43 Erw. 1.2; Bundesgerichtsurteil 1C_53/2013 vom 7.5.2013 Erw. 1.1; VGE III 2017 vom 15.5.2018 Erw. 2.1.4).

4.2 (Grundsätze der Gesetzesauslegung).

4.3 Zu prüfen ist insbesondere, was unter "einer besseren gestalterischen Lösung" im Sinne von Art. 35 Abs. 6 BauR zu verstehen ist und ob der Gemeinderat seinen Ermessensspielraum bei der Auslegung und Anwendung dieser Bestimmung verlassen hat (angefochtener RRB Erw. 4.2.4 in fine) oder nicht.

4.3.1 Der Wortlaut "bessere gestalterische Lösung" ist offenkundig interpretationsbedürftig und kann unterschiedlich verstanden werden. "Gestalterisch" kann als Synonym zu kreativ, schöpferisch, künstlerisch, konstruktiv, originell u.ä. verstanden werden (vgl. <https://www.wissen.de/synonym/gestalterisch>; <https://www.duden.de/rechtschreibung/gestalterisch>). Dies hilft nicht weiter. Weder im PBG noch überhaupt im kantonalen Recht findet sich der Begriff. Hingegen kennt Art. 42 Abs. 1 der Raumplanungsverordnung (RPV; SR 700.1) vom 28. Juni 2000 den Begriff im Zusammenhang mit der Änderung altrechtlicher Bauten ausserhalb der Bauzonen, wonach "Verbesserungen gestalterischer Art" zulässig sind. Des Weiteren wird der Begriff in der Umweltschutzgesetzgebung verwendet (vgl. z.B. Art. 24 Abs. 1 und 2 des Bundesgesetzes über den Umweltschutz [USG; SR 814.01] vom 7.10.1983). Auch hieraus lässt sich vorliegend kaum etwas bzw. nichts ableiten.

4.3.2 In gesetzessystematischer Hinsicht fällt die Beziehungsnähe des Wortlautes zu Art. 11 BauR mit der Marginalie "Gestaltung, Einordnung" auf: Bauten und Anlagen werden nur bewilligt, wenn sie sich durch die Bau-, Fassaden-, Umgebungs-, Terrain- und Dachgestaltung, Farbgebung usw. so in die bauliche Umgebung, das Strassen-, Orts- und Landschaftsbild einfügen, dass eine gute Gesamtwirkung erzielt wird (Abs. 1 Satz 1). Für die Zentrumszone regelt Art. 35 Abs. 3 BauR im Sinne einer *lex specialis*, dass sich die Bauten in Gestalt, Massstab und Farbgebung gut in die Umgebung einzuordnen haben. In der Zentrumszone wird gemäss Art. 35 Abs. 5 BauR zudem der Umgebungsgestaltung (Fussgängerbereiche, Bepflanzung, Platzgestaltung) aufgrund der Zentrumsfunktion besondere Bedeutung beigemessen.

Wenn mithin die Unterschreitung der Grenz- und Gebäudeabstände eine "bessere gestalterische Lösung" bedingt, wird offensichtlich gegenüber der erwähnten - generellen wie spezifischen - Ästhetikklausel ein "Mehr" verlangt.

4.3.3 Zwar handelt es sich bei Art. 35 Abs. 6 BauR nicht um eine formelle Ausnahmeklausel; dass der Möglichkeit der Unterschreitung kantonal masslicher Vorgaben unter bestimmten Voraussetzungen ein Ausnahmecharakter zukommt bzw. zukommen muss, ist indes unübersehbar. Es drängt sich daher der Vergleich mit § 73 Abs. 1 lit. b PBG auf, wonach dank der Abweichung wegen der örtlichen Begebenheiten eine bessere Lösung erzielt werden kann. Die Abgrenzung liegt darin, dass diese Bestimmung eine Interessenabwägung (Vereinbarkeit mit den öffentlichen Interessen) bedingt, was bei Art. 35 Abs. 6 BauR grundsätzlich nicht der Fall ist. Die weitere Voraussetzung gemäss § 73 Abs. 2 PBG, dass keine wesentlichen Interessen von Nachbarn verletzt werden dürfen, findet ihr Gegenstück im von Art. 35 Abs. 6 BauR verlangten nachbarlichen Einverständnis. Mit VGE III 2014 35 vom 29. Oktober 2014 bestätigte das Verwaltungsgericht die regierungsrätliche Aufhebung einer gestützt auf § 73 Abs. 2 PBG erteilten kommunalen (Ausnahme-)Bewilligung für die Unterschreitung der zulässigen Gebäude- und Strassenabstände. Laut der Beurteilung der Baubewilligungsbehörde wies jenes Baugesuch im Gegensatz zu einer herkömmlichen Überbauung mit rechteckigem Grundriss neben städtebaulichen Qualitäten (dank eines Innenhofs) auch wohngygienische Vorteile (Belichtung, Besonnung) auf und verfügte zudem - infolge des flexiblen Grundrisses - über einen grossen Spielraum für zeitgemäßes Wohnen. Dank der Abweichung wegen der örtlichen Gegebenheiten könne eine bessere Lösung erzielt werden. Der Regierungsrat erwog, allein aufgrund der Form und Grösse der beiden Baugrundstücke sei keine Ausnahmesituation gegeben, welche die Unterschreitung des Grenzabstands

B 8.5

rechtfertigen würde. Auch der Grundsatz der haushälterischen Bodennutzung rechtfertige kein Abweichen von der Zonenordnung und damit kein Erteilen einer Ausnahmegewilligung. (...). Das Verwaltungsgericht teilte diese Auffassung (Erw. 3.2) und hielt fest, eine städtebaulich gute Einordnung, die geltend gemachte bessere architektonische Lösung wie auch eine haushälterische Nutzung des Bodens könnten als Argumente bei jedem Bauvorhaben angeführt werden und stellten keine besonderen Verhältnisse im Sinne von § 73 PBG dar.

Vergleichbar zur Vorgehensweise einer Ausnahmegewilligungsfähigkeit im Sinne von § 73 PBG (vgl. auch Art. 57 BauR) ist auch im Lichte von Art. 35 Abs. 6 BauR einerseits zu prüfen, ob die Voraussetzungen für ein Abweichen von der (zonenkonformen) Regelnorm überhaupt gegeben sind oder nicht; andererseits ist aber auch zu prüfen, in welchem Umfang ein Abweichen (noch) gerechtfertigt ist. Der Komparativ "bessere gestalterische Lösung" legt dabei nahe, dass sich eine Prüfung bzw. eben ein Vergleich von in Frage kommenden Planungsvarianten aufdrängt.

(5.1.1ff. [Würdigung der vorinstanzlichen Beurteilungen]).

5.3 Es geht aus den Akten nicht hervor, ob und/oder welche Projektvarianten geprüft wurden, welche den Gebäudeabstand wahren könn(t)en und ob das strittige Bauvorhaben aufgrund eines solchen Vergleichs effektiv eine bessere gestalterische Lösung darstellt. Soweit ersichtlich wurde diese Frage bis anhin nicht geprüft.

Die Beschwerdeführer haben erst mit der Verwaltungsgerichtsbeschwerde unter Einreichung eines Beispiels vorgebracht, dass auf der Restfläche von KTN 002 unter Einhaltung des Gebäudeabstandes nur noch ein "Hüttli" und keine Baute mit zentrumsbildender Funktion erstellt werden könne. Die alternative Projektskizze der Beschwerdeführer weist indessen unter Wahrung des Gebäudeabstandes immerhin eine Grundfläche von rund 18 m x 17 m (...) auf. Es ist davon auszugehen, dass noch andere Möglichkeiten in Betracht gezogen werden können. Was die konkrete Alternative anbelangt, ist auf Anhieb nicht ersichtlich, weshalb einem solchen Gebäude ohne weiteres die zentrumsbildende Funktion abgesprochen werden müsste. Abgesehen davon findet sich (auch) in der Zentrumszone eine erhebliche Zahl kleinerer Parzellen, deren Eigentümer bei Überbauungsplänen mit vergleichbaren Problemen konfrontiert sein dürften. Die zentrumsbildende Funktion dürfte nicht alleine von der Grösse einer Baute abhängen. Allein die Erheblichkeit der Unterschreitung des Gebäudeabstandes beim aktuellen Bauvorhaben um über 50% spricht dafür, dass Alternativen, die dem Zonenzweck entsprechen, bestehen dürften (...).

Zwar ist den Beschwerdeführern beizupflichten, dass ein öffentliches Interesse an verdichtetem Bauen besteht. Dies alleine kann eine Gebäudeabstandsunterschreitung gemäss Art. 35 Abs. 6 BauR - zumal im vorliegenden Umfang - jedoch auch nicht rechtfertigen. Einerseits bedeutet eine verdichtete Bebauung nicht zwangsläufig eine bessere gestalterische Lösung. Zum andern misst Art. 35 Abs. 5 BauR gerade auch der Umgebungsgestaltung besondere Bedeutung zu; die Anlage von Fussgängerbereichen, Bepflanzungen und die Platzgestaltung bedingen indessen auch in der Zentrumszone entsprechende Freiräume. (...).

5.4 Zusammenfassend erweist sich, dass der Gemeinderat im angefochtenen GRB die bessere gestalterische Lösung des Bauvorhabens im Sinne von Art. 35 Abs. 6 BauR nicht rechtsgenügend zu begründen vermochte. Es ist dem Regierungsrat beizupflichten, dass der Gemeinderat mit seiner Begründung den ihm zustehenden Ermessensspielraum verlassen hat. Der Regierungsrat hat somit die Verwaltungsbeschwerde zu Recht und ohne Verletzung der Gemeindeautonomie gutgeheissen.

(VGE III 2019 124 vom 23. Januar 2020).

8.6 Grenzabstand – Festlegung im Gestaltungsplanverfahren

- *Zulässigkeit der Festlegung der für den grossen Grenzabstand massgebenden Seite im Gestaltungsplanverfahren; Anwendung im konkreten Fall.*

Aus den Erwägungen:

5.1.1 Die Beschwerdeführer monieren, die verbindliche Festlegung der massgebenden Seite für den grossen Grenzabstand bereits im Gestaltungsplan sei nicht stufengerecht. Es sei hierauf zu verzichten. Die massgebende Fassade für die drei Mehrfamilienhäuser sei im Baubewilligungsverfahren zu bestimmen. Keinesfalls sei ersichtlich, weshalb für alle drei Mehrfamilienhäuser der grosse Grenzabstand auf der gleichen Seite gelten müsse. Die proklamierte Gemeinschaft im Hof und der beabsichtigte Gesamtcharakter der Überbauung sprächen dagegen, da bei einem grossen Grenzabstand je auf der gleichen Seite jedes Gebäude auf sich bezogen bleibe. Eventualiter sei der grosse Grenzabstand vorliegend nach Westen und nicht nach Osten festzulegen. Für den grossen Grenzabstand sei gemäss EGV-SZ 1998 Nr. 8, auf welchen der Regierungsrat nicht eingehe, in der Regel die Westfassade massgebend, wenn eine Baute nach Osten

B 8.6

und Westen orientierte Längsfassaden aufweise. Sodann entspreche es der kommunalen Praxis, dass für den grossen Grenzabstand in der Regel die Westfassade massgebend sei, wenn eine Baute nach Osten und Westen orientierte Längsfassaden aufweise.

5.1.2 Der Regierungsrat erwog diesbezüglich im Wesentlichen und sinn-gemäss, die Ostfassaden könnten als Südostfassaden und die Westfassaden als Nordwestfassaden bezeichnet werden, da die drei Baubereiche in ihrer Länge von Nordwesten nach Südosten ausgerichtet seien. Die Südostfassaden seien daher die am meisten nach Süden gerichteten Längsfassaden. Dass der grosse Grenzabstand jeweils an den Südostfassaden eingehalten werden müsse, erscheine als vertretbar und dürfe bereits im Gestaltungsplanverfahren festgelegt werden. Zwar würden die effektiven Gebäudegrundflächen erst im Baubewilligungsverfahren definitiv festgelegt, indes dürfe davon ausgegangen werden, dass die am meisten nach Süden gerichteten Längsfassaden auch bei den effektiven Gebäudegrundflächen die Südostfassaden sein würden.

5.2.1 Gemäss Art. 24 Abs. 2 BauR ist der grosse Grenzabstand gegenüber der am meisten nach Süden gerichteten Längsfassade, der kleine gegenüber allen anderen einzuhalten. Der Gemeinderat kann die für den grossen Grenzabstand massgebende Fassade anders bestimmen, wenn dies aufgrund der örtlichen Verhältnisse oder der Beschaffenheit der Baute erforderlich ist.

5.2.2 Die SBV halten für den Gestaltungsplanperimeter in Art. 13 Abs. 3 verbindlich (vgl. Art. 2 lit. a SBV) fest, dass der grosse Grenzabstand nach Art. 24 Abs. 2 und 4 BauR bei den drei Baubereichen Wohnen nach Art. 5 SBV nach Osten einzuhalten ist.

5.2.3 Der grosse Grenzabstand bezweckt einen schematisch-abstrakten Schutz der Nachbarschaft vor Immissionen ideeller Art wie vor einem optisch erdrückenden Anblick einer in unmittelbarer Nähe hochragenden Fassade oder einem damit verbundenen Schattenwurf. Es liegt im Interesse des Bauherrn und der Nachbarn, zwischen Gebäude und Grenze auf jener Seite mehr Raum zu schaffen, zu der sich das Gebäude orientiert. Ihm kommt auch eine wohn- und arbeitshygienische Bedeutung zu und er trägt zur Verhinderung einer übermässigen Überbauungsdichte bei. Bei der Auslegung des kommunalen Rechts im Zusammenhang mit dem im kantonalen Recht nicht vorgesehenen grossen Grenzabstand kommt dem Gemeinderat ein grosser Beurteilungsspielraum zu, wobei dem Wortlaut der konkreten Bauvorschrift primäre Beachtung zu schenken ist (VGE III

2018 2 vom 17.5.2018 Erw. 5.3.1; VGE III 2015 166 vom 18.2.2016 Erw. 1.2 mit Hinweisen). Namentlich der Aspekt der Wohnhygiene legt ein Abstellen auf die Hauptwohnseite, welche in der Regel nach Süden oder Westen gerichtet ist, nahe (VGE III 2018 2 vom 17.5.2018 Erw. 5.3.1; VGE III 2015 166 vom 18.2.2016 Erw. 3.1). Für die Bestimmung der Hauptwohnseite ist nicht zwingend die Anzahl der Zimmer ausschlaggebend, sondern die Häufigkeit der Nutzung der Räumlichkeiten (in der Regel Wohn-, Esszimmer, Aufenthaltsräume; vgl. VGE III 2014 191 vom 28.1.2015 Erw. 4.4; VGE 1035/05 vom 27.10.2005 Erw. 2.3).

5.2.4 Zur Bestimmung der Seite, auf welcher der grosse Grenzabstand gelten soll, kommen gemäss Art. 24 Abs. 2 BauR grundsätzlich zwei Kriterien zur Anwendung. Zum einen ist zu prüfen, welche Gebäudeseite am stärksten nach der südlichen Himmelsrichtung ausgerichtet ist, zum andern ist bei den nach Süden ausgerichteten Gebäudeseiten auf die längere Gebäudeseite abzustellen, wobei das Verhältnis zwischen diesen beiden Kriterien nicht geregelt wird. Wenn der Gemeinderat die massgebende Fassade aufgrund der örtlichen Verhältnisse oder der Beschaffenheit der Baute anders bestimmen kann, steht dies für das erhebliche Ermessen des Gemeinderates bei der Anwendung und Auslegung von Art. 24 Abs. 2 BauR (VGE III 2018 2 vom 17.5.2018 Erw. 5.3.2; vgl. VGE III 2012 150 vom 17.1.2013 Erw. 1.3 mit Hinweis auf VGE III 2011 172 vom 21.3.2012 Erw. 1.2).

5.3.1 Im konkreten Fall haben die Vorinstanzen ihr Augenmerk auf das Kriterium der am meisten nach Süden gerichteten Längsfassade gelegt. Dieses Kriterium sehen sie mit übereinstimmender Auffassung bei den Ostfassaden (bzw. präziser: Südostfassaden) als erfüllt.

Die konkreten Verhältnisse lassen diese Lösung vorliegend ohne Weiteres als vertretbar erachten. Ebenso ist es nicht zu beanstanden, wenn dies bereits in den SBV und damit im Gestaltungsplanverfahren festgehalten wird. Vorab ist es Mehrfamilienhäusern mit Dimensionen von rund 20 m x 30 m und mehreren Wohnungen pro Geschoss inhärent, dass die Bestimmung der Hauptwohnseite zwangsläufig mit grossen Schwierigkeiten verbunden bzw. unter Umständen nicht möglich ist. Dies verhält sich vorliegend nicht anders. Aufgrund der Wohnungsanordnung und Raumeinteilung des Richtprojektes, welches zwar nicht dem definitiven Bauprojekt entspricht/entsprechen muss, das aber immerhin orientierenden Bestandteil darstellt bzw. wegleitenden Charakter für die Überbauung hat (vgl. Art. 2 lit. b SBV und Erläuternder Bericht vom 31.3.2017/a S. 12 Ziff. 3.4), kann nicht auf eine eigentliche Hauptwohnseite abgestellt wer-

B 8.7

den. Zudem ist mit dem Regierungsrat festzuhalten, dass die Südostfassaden gemäss Richtprojekt die am meisten nach Süden gerichteten Längsfassaden sind. Für die dereinstige effektive Überbauung ist angesichts der Ausrichtung der Baubereiche nicht von einer wesentlichen Änderung der Fassadenverläufe auszugehen. Mit der Festlegung der für den grossen Grenzabstand massgeblichen Ostfassaden in Art. 13 Abs. 3 SBV wird Verbindlichkeit und gleichzeitig Rechtssicherheit geschaffen.

5.3.2 Für eine Festlegung der langen Westfassade (bzw. genauer: Nordwestfassade), wie von den Beschwerdeführern priorisiert, wie auch der kurzen Südseite (bzw. Südwestseite) als für den grossen Grenzabstand massgebliche Seiten sprechen demgegenüber keine überzeugenden Argumente. Ebenso ist die getroffene Lösung der "Gemeinschaft im Hof" entgegen der Auffassung der Beschwerdeführer nicht abträglich.

Dem Erläuternden Bericht vom 31.3.2017/a (S. 10 Ziff. 2.3.1) lässt sich zur "Gemeinschaft im Hof" im Wesentlichen entnehmen, dass die Mehrfamilienhäuser um einen Hof - ausgebildet als Platz und als Begegnungszone belebt - mit grosszügiger Spiellandschaft mit verschiedenen naturnahen Spiel- und Klettermöglichkeiten gruppiert seien. Die Gruppierung von Gebäuden um einen Hof hat zwangsläufig zur Folge, dass sich nur wenige bzw. bei einer Dreiergruppe nur ein Gebäude (vorliegend der Baubereich für Haus 3) mit der am meisten nach Süden gerichteten Fassade gegen den Hof richten kann, wobei es nicht einmal zwingend eine Längsfassade treffen muss. Auch hierbei ist es zudem bei grossen Mehrfamilienhäusern sachimmanent bzw. der Regelfall, dass sich nicht alle Wohnungen gegen den Hof richten. Die diesbezügliche beschwerdeführende Kritik verfängt somit nicht.

(VGE III 2019 93 vom 23. Januar 2020).

8.7 Gebäudehöhe bei in der Höhe gestaffelter Baute

- *Bei in der Höhe gestaffelten Bauten wird die Gebäudehöhe jedes Baukörpers gesondert bestimmt (§ 60 Abs. 5 PBG).*
- *Ein Attikageschoss ist entweder (ohne Staffelung) zur Gebäudehöhe hinzuzurechnen oder aber - falls die Voraussetzungen gemäss § 60 Abs. 3 lit. c PBG eingehalten sind - für die Gebäudehöhe überhaupt nicht zu berücksichtigen; eine Staffelung für das Attikageschoss findet nicht statt.*

Aus den Erwägungen:

4.1 Der Grenzabstand ist die kürzeste Verbindung zwischen Grenze und Fassade. Er wird senkrecht auf die Fassade und über die Ecken mit dem kleineren Radius gemessen (§ 59 Abs. 1 PBG; vgl. Art. 38 Abs. 1 Baureglement des Bezirks Küssnacht [BauR] vom 1.11.2006). Über die Fassade vorspringende Gebäudeteile, wie Dachvorsprünge, Balkone, Erker usw. werden nur insoweit mitberechnet, als ihre Ausladung 1.50 m übersteigt (§ 59 Abs. 2 PBG; Art. 38 Abs. 2 BauR).

4.2.1 Für Bauten bis und mit 20 m Gebäudehöhe beträgt der Grenzabstand 50% der Gebäudehöhe, mindestens aber 3 m (§ 60 Abs. 1 PBG). Vorbehalten bleiben die besonderen Abstände in den Kern-, Industrie-, Gewerbe- und innerhalb von Gestaltungsplänen sowie für Hochhäuser (Art. 38 Abs. 3 BauR). Als Gebäudehöhe gilt das Mass vom ausgemittelten gewachsenen Boden in der Fassadenmitte bis zum Schnittpunkt der Fassade mit der Dachhaut, bei Flachdächern bis zur Oberkante des Dachabschlusses (§ 60 Abs. 2 PBG; Art. 39 Abs. 1 BauR). Nicht berücksichtigt werden gemäss kantonaler Gesetzgebung Attikageschosse und Dachbrüstungen, sofern ihre Fassaden auf der Schmalseite innerhalb eines Giebeldreiecks von 45° liegen sowie auf der Längsseite mit Ausnahme von maximal einem Drittel dieser Fassadenlänge um das Mass ihrer Höhe von der Fassade des darunter liegenden Geschosses zurückversetzt sind (§ 60 Abs. 3 lit. c PBG). Gemäss kommunalem Baureglement werden das Attikageschoss und die Dachbrüstung bei der Ermittlung der Gebäudehöhe nicht berücksichtigt, sofern sie mindestens um das Mass ihrer Höhe zurückversetzt sind (Art. 39 Abs. 2 lit. c BauR). Bei Dachneigungen über 45° wird das Mehrmass, das sich bei einem 45° geneigten Dach ergäbe, zur Gebäudehöhe gerechnet (§ 60 Abs. 4 PBG; Art. 39 Abs. 3 BauR). Bei in der Höhe gestaffelten Bauten wird die Gebäudehöhe jedes Baukörpers gesondert bestimmt (§ 60 Abs. 5 PBG). Gemäss Art. 39 Abs. 4 BauR wird die Gebäudehöhe für jede Fassade und jeden Fassadenteil einzeln bestimmt.

4.2.2 Grundsätzlich kommt der Gemeinde nicht die Kompetenz zu, eine eigene Messweise anstelle der kantonalen anzuwenden. Die Messweise der (kommunalen) Gebäudehöhe bestimmt sich nach kantonalem Recht (EGV-SZ 2006 B 8.2; § 31 PBV; VGE III 2014 183 vom 19.5.2015 Erw. 3.6). § 52 Abs. 2 PBG räumt den Gemeinden zwar einen gewissen Spielraum bei der Festsetzung der kommunalen Bauvorschriften ein. So können sie weitergehende Vorschriften erlassen (wie beispielsweise bei der erhöhten

B 8.7

Anforderung an ein Attikageschoss, wenn es bei der Ermittlung der Gebäudehöhe nicht berücksichtigt werden soll, gemäss Art. 39 Abs. 2 lit. c BauR) oder in gewissen Zonen (Kernzonen sowie reine Gewerbe- und Industriezonen) Grenz- und Gebäudeabstände festlegen, welche die kantonalen Vorschriften unterschreiten. § 52 PBG enthält indessen keine Ermächtigung an die Gemeinden, hinsichtlich der Gebäudehöhen eigene Definitionen oder Messweisen einzuführen (vgl. EGV-SZ 1994 A 4 Erw. 4). Vielmehr ist davon auszugehen, dass das Instrumentarium (Definitionen / Messweisen usw.) durch das PBG einheitlich vorgegeben wird. Somit ist Art. 39 Abs. 4 BauR so auszulegen, dass er mit § 60 Abs. 5 PBG (bzw. § 60 Abs. 2ff. PBG) vereinbar ist. Zumindest können daraus keine geringeren erforderlichen Masse resultieren als unter Anwendung der kantonalen Bestimmung.

4.3 Das Gesetz verlangt in § 60 Abs. 5 PBG nur, dass sich bei einer in der Höhe gestaffelten Baute ein oder mehrere Baukörper voneinander abgrenzen lassen. Abgrenzungskriterien für diese einzelnen Baukörper werden nicht normiert. Die Annahme und Beurteilung einer Staffelung in der Höhe ist in der Regel unproblematisch bei Gebäudeensembles wie Terrassenhäuser oder Gebäuden, die im Grundriss gestaffelt sind (Reihenhäuser) und deren jeweils eigenständige Einheiten unterschiedliche Höhen aufweisen (vgl. Erläuterungen zur Interkantonalen Vereinbarung über die Harmonisierung der Baubegriffe [IVHB] vom 22.9.2005, Stand 3.9.2013 S. 9 und S. 12; Anhang 2 mit Fig. 6.1 zur IVHB). Indes bleibt die Staffelung in der Höhe von Gesetzes wegen nicht auf solche (bereits im Grundriss gestaffelte) Gebäudekomplexe beschränkt. Vielmehr können auch anderweitig in der Höhe gestaffelte Gebäudeeinheiten unter § 60 Abs. 5 PBG fallen (VGE III 2017 226 vom 30.5.2018 Erw. 4.4.5).

Im VGE III 2013 75 vom 18. Dezember 2013 (Erw. 3.3.2) wurde bei einem Gebäude, über dessen Sockelgeschoss (Treppenvorbau) mit einer Höhe von rund 2.70 m drei Wohngeschosse, um 1.70 m zurückversetzt, mit einer Gebäudehöhe von 10.70 m angeordnet waren, auf eine in der Höhe gestaffelte Baute erkannt.

In VGE III 2010 115 und 118 vom 18. November 2010 (Erw. 7.2) hielt das Verwaltungsgericht fest, eine Praxis, wonach lediglich bei einer Rückversetzung von mindestens 3 m von einem gestaffelten Baukörper gesprochen werde, bestehe im Kanton Schwyz nicht. Im konkreten Fall wurden die Höhen des Veloraumes (6.48 m) gegenüber einer Gebäudehöhe an der von ihm zurückversetzten Nordostfassade von 11.63 m sowie der Garage und des Vorplatzraumes (4.61 m) gegenüber einer Gebäudehöhe an der von diesem zurückversetzten Nordwestfassade von 8.59 m gestützt auf § 60 Abs. 5 PBG gesondert bestimmt.

Im bereits erwähnten VGE III 2017 226 spiegelte sich die Staffelung zum einen in der um 340 m² geringeren Fläche der jeweiligen Geschosse und zum andern in der Rückversetzung um rund 3 m vom unteren Geschoss. Es wurde damit von drei deutlich voneinander abgrenzbaren Baukörpern bestehend zum einen aus Erd- und erstem Oberschoss, zum andern aus zweitem und drittem Obergeschoss sowie dem Attikageschoss ausgegangen, wobei das Attikageschoss bei der Ermittlung der Gebäudehöhe nicht zu berücksichtigen war, weil es die Masse gemäss § 60 Abs. 3 lit. c PBG einhielt. Schliesslich wurden je nach massgebender Gebäudehöhe verschiedene Grenzabstände ermittelt und die Grenzabstände als eingehalten beurteilt (vgl. zit. VGE Erw. 4.4.2 i.V.m. Erw. 4.4.8).

Im RRB Nr. 141/2019 vom 19. Februar 2019 Erw. 6.3 stellte der Regierungsrat (unter Verweis auf RRB Nr. 276/2015 vom 24.3.2015 Erw. 2.4) fest, eine Rückversetzung des obersten Geschosses habe grundsätzlich nicht zur Folge, dass von einer in der Höhe gestaffelten Baute gemäss § 60 Abs. 5 PBG auszugehen sei. Dies steht in Einklang mit VGE 1030/05 + 1031/05 vom 31. August 2005, in welchem das Verwaltungsgericht feststellte, bei einem Attikageschoss, das weniger als das Mass seiner Höhe rückversetzt ist (in casu nur einen Meter anstelle 3.1 m), komme nicht in Frage, eine gestaffelte Berechnung der Gebäudehöhe vorzunehmen, da sonst die Sonderregelung von § 60 Abs. 3 lit. c PBG ihres Sinnes entleert würde (Erw. 2.3). Dies gilt erst recht, wenn man noch § 60 Abs. 4 PBG beachtet, wonach bei einem Attikageschoss, das nicht um das Mass seiner Höhe zurückgesetzt ist, d.h. die (fiktive) Dachneigung des Attikageschosses die 45°-Linie überschreitet, nur das Mehrmass, das sich bei einem 45°geneigten Dach ergäbe, zur Gebäudehöhe gerechnet wird (VGE III 2016 152 vom 25.4.2017 Erw. 7.5.2; EGV-SZ 2007 C.2.2 Erw. 4.2.3). Da der Grenzabstand nur die Hälfte der Gebäudehöhe beträgt (§ 60 Abs. 1 PBG), würde z.B. bei einem um einen Meter rückversetzten, drei Meter hohen Attikageschoss in Anerkennung einer Staffelung das Mehrmass von 2 Metern bereits "kompensiert". Mithin ist ein Attikageschoss entweder (ohne Staffelung) zur Gebäudehöhe hinzuzurechnen oder aber - falls die Voraussetzungen gemäss § 60 Abs. 3 lit. c PBG eingehalten sind - für die Gebäudehöhe überhaupt nicht zu berücksichtigen; eine Staffelung für das Attikageschoss findet nicht statt.

(VGE III 2019 168 vom 19. Februar 2020).

B 8.8

8.8 Heimatschutz - Auflagen bei Ersatzbaute

- *Rechtmässigkeit einer Auflage betreffend die Materialisierung einer Ersatzbaute.*
- *An die Detailgestaltung eines Ersatzbaus für ein aus dem KIGBO bzw. KSI entlassenes Gebäude können im Lichte des Schutzes des Orts- und Landschaftsbildes nicht mehr die gleichen Anforderungen gestellt werden wie bei einer Beibehaltung des Schutzstatus trotz der Situierung in der Landwirtschaftszone und in unmittelbarer Nachbarschaft zu einem im KSI inventarisierten Gebäude.*

Aus dem Sachverhalt:

Das Gebäude N. war im Jahr 1978 ins kantonale Inventar geschützter Bauten und Objekte (KIGBO; per 1.1.2020 abgelöst vom Kantonalen Schutzzinventar [KSI]) aufgenommen worden. Rund 50 m entfernt befindet sich das ebenfalls ins KSI aufgenommene Haus G.

Auf Ersuchen der Bauherrschaft entliess der Regierungsrat das Haus N. aus dem KIGBO. Bereits zuvor hatte die Bauherrschaft das Baugesuch für den Abbruch und den Neubau des Wohnhauses eingereicht. Die Baubewilligung wurde erteilt mit der Auflage, dass die Farb- und Materialwahl frühzeitig mit der kantonalen Denkmalpflege abzusprechen und festzulegen sei. Das von der Bauherrschaft vorgelegte Farb- und Materialkonzept wurde in der Folge von der Baubewilligungsbehörde gestützt auf eine Stellungnahme der kantonalen Denkmalpflege nur teilweise genehmigt.

Aus den Erwägungen:

1.1.1 Im Nachgang zum Gesuch um Entlassung des Hauses N. aus dem KIGBO führte die Baubewilligungsbehörde im Beisein des kantonalen Denkmalpflegers einen Augenschein vor Ort durch. Gemäss dem Protokollauszug der Baubehördensitzung vom gleichen Tag stellte die Baubehörde klar, dass "Lage, Situationswert, Ensembleschutz" vor "geschichtlicher Hintergrund, Alter" sowie "kunsthistorische, architektonische oder handwerkliche Elemente" am stärksten zu gewichten seien. Ein Neubau müsse "wesensgleich erstellt werden, insbesondere die markante Südfassade".

1.1.2 Mit Schreiben vom August 2017 führte das Amt für Landwirtschaft (das die Bewilligungsfähigkeit der für den Neubau zunächst geplanten Wohnungen in der Landwirtschaftszone im Sinne einer Vorabklärung

auf Anfrage der Beschwerdeführer prüfte) unter anderem aus, die Gestaltung und Materialisierung des Ersatzbaus sei besonders gut an die bestehende Bausubstanz in der nahen Umgebung anzupassen, weil das (bestehende) Wohngebäude eine Gebäudegruppe mit einem weiteren geschützten Wohnhaus (Haus G.) bilde.

(...).

1.1.3 Mit dem Beschluss betreffend die Entlassung des Hauses N. aus dem KIGBO hielt der Regierungsrat unter Bezugnahme auf die Beurteilung der kantonalen Denkmalpflege unter anderem fest (...), dass das vorgesehene Nachfolgeprojekt die von der kantonalen Denkmalpflege geforderten Bedingungen hinsichtlich des Situationswertes und des Ensembleschutzes erfüllt. Sowohl die kantonale Denkmalpflege als auch die Baubewilligungsbehörde stimmten vor diesem Hintergrund der Entlassung aus dem KIGBO zu. Die Qualität des Gebäudes liege weniger in seiner historischen Substanz und Überlieferung als in seinem Situationswert, der jedoch mit einem sorgfältig gestalteten und eingepassten Ersatzneubau aufrechterhalten werden könne.

1.1.4 (Farb- und Materialkonzept).

1.2 Der Regierungsrat (...) misst insbesondere dem Fachbericht des Amtes für Kultur bzw. der Denkmalpflege in der Vernehmlassung des ARE ein grosses Gewicht bei. Die Beschwerdeführer hätten um die strenge Auflage für eine Renovation gewusst; die Entlassung aus dem KIGBO sei nur bewilligt worden, weil ein bewilligungsfähiges Ersatzbauprojekt vorgelegt worden sei. Einen Anspruch auf Vertrauensschutz könnten die Beschwerdeführer nicht geltend machen. Ein Anspruch auf Gleichbehandlung im Unrecht sei zu verneinen. (...).

1.6 (...). Die Beschwerdeführer bestreiten das Vorliegen einer ausreichenden rechtlichen Grundlage. (...).

3.1.1 Für den Natur- und Heimatschutz sind gemäss Art. 78 Abs. 1 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (BV; SR 101) vom 18. April 1999 die Kantone zuständig. Für den Kanton Schwyz sind die massgebenden Vorschriften einerseits im Planungs- und Baurecht und andererseits auch im kantonalen Natur- und Heimatschutzgesetz (KNHG; SRSZ 720.110) vom 29. November 1927 bzw. seit dem 1. Januar 2020 im DSG und in der DSV - welche das KNHG ersetzen - zu finden.

B 8.8

3.1.2 Gemäss dem bis 31. Dezember 2019 geltenden § 6 Abs. 1 KNHG 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. Die gleiche Bestimmung findet sich in § 8 Abs. 1 DSV, wobei die Definition der hiervon erfassten Bauwerke neu kurz mit dem Begriff "Schutzobjekte" umschrieben wird. Die Beseitigung von Schutzobjekten setzt gemäss § 6 Abs. 1 DSG weiterhin eine vorgängige Bewilligung des Regierungsrates voraus.

(...).

Kanton, Bezirke und Gemeinden können im Rahmen ihrer Zuständigkeit Schutzmassnahmen ergreifen und u.a. Bewilligungen mit entsprechenden Nebenbestimmungen versehen (§ 2 DSG). Die Baubewilligungsbehörde ist auch im Rahmen des neuen DSG für den Schutz und die Pflege der Schutzobjekte sowie den Erlass der erforderlichen Schutzmassnahmen zuständig und kann dem Regierungsrat die Aufnahme von Objekten ins Schutzzinventar oder deren Entlassung beantragen (§ 16 lit. a-c DSG). Der Regierungsrat schreitet ein, wenn eine Gemeinde oder ein Bezirk die nötigen Massnahmen zum Erhalt von Schutzobjekten unterlässt (§ 15 Abs. 1 lit. c DSG).

Die kantonale Fachstelle nimmt die in § 3 Abs. 3 DSG nicht abschliessend aufgezählten Aufgaben wahr. Hierzu gehört unter anderem die Beurteilung des Umgebungsschutzes im Sinne von § 56 PBG und von kommunalen Baureglementen. Im Baubewilligungsverfahren beurteilt sie geplante Restaurierungen oder Veränderungen an Schutzobjekten. Sie kann Nebenbestimmungen erlassen (§ 6 Abs. 2 DSG). Sie begleitet die Ausführung der bewilligten Restaurierungen und Veränderungen (§ 6 Abs. 3 DSG). Die Zuständigkeit bleibt somit nach wie vor grundsätzlich bei der Baubewilligungsbehörde, i.d.R. die Gemeinde, während die kantonale Fachinstanz (neu) verbindliche Weisungen bei Veränderungen an Schutzobjekten erteilen kann und der Regierungsrat über die Beseitigung von Schutzobjekten befindet.

3.1.3 Beim bisherigen kantonalen Inventar geschützter Bauten und Objekte (KIGBO) (vgl. VGE III 2016 210 vom 25.4.2017 Erw. 1.2.2 mit Hinweis auf VGE III 2009 213 vom 15.4.2010 Erw. 7.2.2) handelte es sich um ein Planungsinstrument mit Weisungscharakter gegenüber den Gemeinden und Bezirken. Mit einem Eintrag im KIGBO war grundsätzlich nur eine verwaltungsinterne Wirkung verbunden. Indessen waren bei Veränderungsabsichten im Bereich eines im KIGBO enthaltenen Gebäudes

aufgrund des Eintrages erhöhte Anforderungen an die Gestaltung zu stellen. Bei äusseren bzw. nach Aussen sichtbaren Änderungen an einem Inventarobjekt war die Einschätzung der kantonalen Denkmalpflege einzuholen. Die Bewilligungshoheit blieb dennoch bei der Baubewilligungsbehörde. (...).

Mit Inkrafttreten des neuen DSG wurden die im KIGBO verzeichneten Objekte ins kantonale Schutzinventar überführt (§ 21 Abs. 2 DSG; vgl. vorstehend Ingress lit. A). Gemäss den Übergangsbestimmungen wird eine Inventarbereinigung durchgeführt. Mit § 5 DSG wird einer der Hauptunterschiede des neuen DSG gegenüber dem alten KNHG dargelegt, nämlich die eigentümergebundene Unterschutzstellung der Kulturdenkmäler (vgl. RRB Nr. 708/2017 vom 19.9.2017, Gesetz über die Denkmalpflege und Archäologie [Denkmalschutzgesetz, DSG], Bericht und Vorlage an den Kantonsrat, S. 2 und S. 8 Ziff. 6 zu § 5). Nach Aufnahme ins Inventar handelt es sich um Schutzobjekte. Das Schutzziel wird für jedes Schutzobjekt im Inventar festgehalten (§ 4 Abs. 2 DSG). Inventarisierte Schutzobjekte sind im Grundbuch anzumerken (§ 4 Abs. 3 DSG).

Sodann kann die Fachinstanz nicht mehr nur Ratschläge erteilen bzw. Einschätzungen darlegen, vielmehr kann die kantonale Fachstelle Nebenbestimmungen erlassen und sie begleitet die Ausführung der bewilligten Restaurierungen und Veränderungen an Schutzobjekten, welche sie vorgängig beurteilt hat (§ 6 Abs. 2 und 3 DSG). Bei Ortsbildern, die im ISOS enthalten sind, ist der Beizug der kantonalen Fachstelle zwingend (§ 9 Abs. 3 DSG). Die Kantonale Denkmalpflege ist die kantonale Fachstelle für Denkmalpflege gemäss DSG (§ 3 DSV).

3.2.1 Der Ortsbildschutz ist im Weiteren in § 56 PBG gesetzlich verankert. Danach müssen sich Bauten und Anlagen so in die Umgebung eingliedern, dass sie das Landschafts-, Orts-, Quartier- und Strassenbild nicht stören (Abs. 1). Die besonderen Vorschriften über den Natur- und Heimatschutz werden in § 56 Abs. 2 PBG ausdrücklich vorbehalten.

3.2.2 Bestimmungen zum Schutz des Orts- und Landschaftsbildes enthält auch das kommunale Baureglement (BauR). Gemäss Art. 16 Abs. 1 BauR müssen sich Bauten, Anlagen und Terrainveränderungen so in die Umgebung eingliedern, dass sie das Landschafts-, Orts-, Quartier- und Strassenbild nicht stören. Zur Verhinderung einer störenden Baugestaltung kann die Bewilligungsbehörde im Baubewilligungsverfahren Bedingungen und Auflagen verfügen oder Projektänderungen verlangen. Das Ortsbildinventar dient bei der Beurteilung als verbindliche Richtlinie (Art. 16 Abs. 2 BauR). Im Sichtbereich von künstlerisch oder geschicht-

B 8.8

lich wertvollen Stätten, Bauten und Bauteilen; bei Bauten, die das Strassen-, Platz- oder Landschaftsbild wesentlich beeinflussen; oder an exponierten Hanglagen sind die Bauwerke und deren Umgebung besonders sorgfältig zu gestalten und ist alles vorzukehren, um eine in ästhetischer Hinsicht befriedigende Wirkung zu erzielen (Art. 17 Abs. 1 lit. b, c und d BauR).

3.3.1 Nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung ist die Rechtmässigkeit von Verwaltungsakten (einschliesslich Baubewilligungen) mangels einer anderslautenden übergangsrechtlichen Regelung nach der Rechtslage im Zeitpunkt ihres Ergehens zu beurteilen (BGE 139 II 263 Erw. 6 m.w.H.). Dies entspricht auch der Lehre (Häfelin / Müller / Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. A., Zürich / St. Gallen 2016, S. 67ff., Rz. 288ff.). Das öffentliche Interesse an der Anwendung des neuen Rechts spreche dafür, das zur Zeit des erstinstanzlichen Entscheides geltende Recht heranzuziehen. Die Rechtmässigkeit eines zukünftigen Verhaltens bzw. eines in der Zukunft zu realisierenden Bauvorhabens müsse nach dem Recht beurteilt werden, das im Zeitpunkt der Prüfung, d.h. der Gesuchsbeurteilung gelte; damit werde auch eine rechtsgleiche Bewilligungspraxis ab Inkrafttreten des neuen Rechts sichergestellt (BGE 139 II 263 Erw. 6 m.w.H.).

3.3.2 Eine abweichende übergangsrechtliche Regelung besteht im vorliegenden Fall nicht. Sowohl zum Zeitpunkt der Erteilung der Baubewilligung als auch des Beschlusses der Baubewilligungsbehörde betreffend Ablehnung des Farb- und Materialkonzeptes der Beschwerdeführer war nach wie vor das KNHG in Kraft, während das neue DSG erst während des Verwaltungsbeschwerdeverfahrens in Kraft trat. Somit ist vorliegend (wenn überhaupt) das KNHG anwendbar. Selbst eine Anwendung des neuen Rechts würde im konkreten Fall an der Beurteilung grundsätzlich nichts ändern.

3.4.1 Angesichts der vorstehend dargelegten (Erw. 3.1.1 ff.) Gesetzesbestimmungen ist die Rüge der Beschwerdeführer, es fehle eine gesetzliche Grundlage für die vorgeschriebene Materialisierung, unbegründet. Auch wenn das vorliegend betroffene (Bau-)Objekt aus dem KIGBO bzw. KSI entlassen wurde, so liegt es dennoch unmittelbar neben dem benachbarten KIGBO- bzw. KSI-Objekt Haus G. Dieses darf (gemäss § 6 Abs. 1 KNHG) in seiner Wirkung nicht beeinträchtigt werden. Diese Wirkung bezieht sich auch auf die Umgebung des Schutzobjektes. Mit RRB Nr. 708/2017 vom 19. September 2017 hat der Regierungsrat ausge-

führt, dass die Umgebung "für die Wirkung von Schutzobjekten einen grossen Einfluss haben" kann. Der Umgebungsschutz könne sich in seiner horizontalen räumlichen Abgrenzung auf optisch zusammenhängende Gebietsteile, auf die für die Wirkung wesentliche Umgebung oder einfach auf den näheren Sichtbereich beziehen. Mit dem Begriff "Umgebung" werde "der Wirkungszusammenhang bzw. der Wirkungsbereich ('Aura') eines Denkmals umschrieben, der sich allerdings nicht in Metern ausdrücken lässt" (S. 8 zu § 3 EntwDSG und S. 10 f. zu § 9 EntwDSG; vgl. auch Grundsatzdokument der Eidgenössischen Kommission für Denkmalpflege [EKD] vom 22.6.2018: Schutz der Umgebung von Denkmälern [nachfolgend: Grundsatzdokument Umgebung] S. 1). Für die visuelle Wahrnehmung ist der menschliche Betrachtungswinkel von allen relevanten öffentlichen Standorten aus massgebend (Grundsatzdokument Umgebung S. 3f.; vgl. zum Ganzen auch BGE 109 Ia 185 Erw. 3b; Engeler, in: Ehrenzeller / Engeler, Handbuch Heimatschutzrecht, Zürich / St. Gallen 2020, § 7 N 86ff.).

3.4.2 Im Lichte der angeführten Bestimmungen im PBG und im kommunalen BauR zum Schutz des Orts- und Landschaftsbildes ist zudem auf die Planungshilfe "Bauen in der Landschaft" des Regierungsrates des Kantons Schwyz hinzuweisen, welche als Leitfaden dazu dienen soll, der wertvollen kantonalen Kulturlandschaft mit ihren prägenden Bauten Sorge zu tragen (S. 3; nachfolgend: Planungshilfe). Unter anderem wird dargelegt (S. 5), dass unsere Kulturlandschaft wesentlich durch die land- und forstwirtschaftliche Bewirtschaftung und die traditionelle bäuerliche Bauweise geprägt ist. Die Identität und Qualität der Kulturlandschaft sind zu erhalten, indem die traditionelle und ortsübliche Bauweise bewahrt bzw. in einem technisch zeitgemässen Standard interpretiert und damit weitergeführt wird. Im Weiteren wird die Typologie des Schwyzer Bauernhauses beschrieben (Planungshilfe S. 7: [...]). Eine sorgfältige Gestaltung der Fassaden trägt zu einem harmonischen Gesamtbild eines Gebäudes bei. Dabei sind die Wahl des Materials und dessen Farbe von besonderer Bedeutung. Durch die Verwendung von ortsüblichen Materialien, welche durchaus in zeitgemässer Interpretation eingesetzt werden können, entsteht eine harmonische Wechselwirkung zwischen den Bauten und der sie umgebenden Landschaft (Planungshilfe, S. 13). (...). Zur Materialisierung der Fenster wird in der Planungshilfe nicht explizit Stellung genommen.

3.4.3 (...).

4.1 Fraglich und zu prüfen ist weiter insbesondere, ob die geplanten bzw. bereits erstellten Fenster eine negative Wirkung auf das unter Schutz

B 8.8

stehende Nachbargebäude haben und somit eine Beeinträchtigung des Denkmalschutzes bzw. des Ortsbildschutzes darstellen.

4.2.1 Den dargelegten gesetzlichen Grundlagen lässt sich nicht ohne weiteres entnehmen, wie weit der Umgebungsschutz zu greifen vermag. Zur Umgebung lässt sich dem Restaurierungsbericht zum benachbarten Schutzobjekt nur entnehmen, dass das Bauernhaus landschaftlich extrem exponiert steht (...). Es ist jedoch fraglich, ob allein damit weitgehende Einschränkungen benachbarter, nicht geschützter Objekte gerechtfertigt werden können, zumal weitergehende Schutzziele, welche allenfalls eine Eingrenzung ermöglichen könnten, nicht vorliegen.

4.2.2 Es kann nicht in Abrede gestellt werden, dass Fenster einen wesentlichen Einfluss auf das Erscheinungsbild eines Gebäudes haben (...). Die kantonale Denkmalpflege verweist sodann auf das Grundsatzdokument der EKD vom 22. Juni 2018: Fenster am historischen Bau, wonach Fenster einen entscheidenden Anteil sowohl an der äusseren Erscheinung eines Hauses als auch an der Wirkung seiner Innenräume haben, weshalb zu allen Zeiten Formate und Teilungen, Profile und Beschläge, Anschlüsse und Oberflächenbehandlungen mit grosser Sorgfalt festgelegt wurden. Mit diesem Grundsatzdokument wird allerdings die Gestaltung historischer Fenster von Bauten angesprochen, welche (nach wie vor) denkmalgeschützt sind und bei welchen auch die Substanz noch zu er-/unterhalten ist. Diese Ausführungen sind somit auf den vorliegenden Fall, bei welchem es sich um einen Neu- bzw. Ersatzbau handelt, welcher keinen historischen Substanzwert mehr, sondern lediglich noch Situationswert hat, nicht ohne weiteres anwendbar.

4.3.1 (...).

4.4.1 Wenn von einem Vorrang des beschriebenen visuellen Gesamteindrucks des Ersatz- bzw. Neubaus, der selbst nicht (mehr) im KIGBO bzw. KSI eingetragen ist, auszugehen ist, so stellt sich vorliegend insbesondere die Frage, ob die Materialisierung der Fenster eine derartige optisch wahrnehmbare Aussenwirkung hat, dass das benachbarte, nach wie vor im KIGBO verzeichnete, Gebäude in seiner Wirkung beeinträchtigt wird.

4.4.2 Die Materialisierung der Fenster ist für einen Laien regelmässig bereits aus relativer Nähe nicht (mehr) erkennbar und für ihn nicht (mehr) unterscheidbar, ob Holz oder Kunststoff / Metall verwendet wurde. (...).

4.4.3 Unbestritten ist, dass es sich bei Holz um einen lebendigen Baustoff handelt, welcher auf das Klima und die Sonneneinstrahlung reagiert und natürlich altert, während Kunststoff und Metall in der Regel wetterbeständiger bleiben. Hierzu wenden die Beschwerdeführer jedoch zutreffend ein, dass zum einen auch die lackierten und somit geschützten Holzfenster zumindest während einer gewissen Zeitspanne sich nur wenig bzw. unmerklich verändern, und zum anderen, dass es den Eigentümern freisteht, ihre Holzfenster regelmässig frisch zu streichen und so der Verwitterung und Alterung entgegenzutreten und ein weitgehend konstantes Erscheinungsbild sicherzustellen. Die Beschwerdeführer führen sodann zutreffend aus, dass aus der Ferne die Materialisierung auch beim geschützten Nachbarhaus nicht ohne weiteres erkennbar ist. Jedenfalls scheinen sich auch die weissen Fenster und Fensterrahmen des Nachbarhauses von der Fassade abzuheben. Selbst wenn unterschiedliche Materialisierungen (Holz dort; Metall/Kunststoff hier) bei gleichen Witterungsbedingungen unterschiedliche Entwicklungen nehmen können, ist doch zu beachten, dass es sich hierbei um einen längeren, visuell kaum wahrnehmbaren Prozess handelt, der allenfalls aufgrund eines diachronen fotografischen Vergleichs festgestellt werden kann. Hinzu kommt, dass Einzelbauten und - wie vorliegend - alleinstehende kleinere bauliche Ensembles allein im Tagesverlauf wie auch abhängig von meteorologischen Verhältnissen verschieden wahrgenommen werden. Im konkreten Fall kommt hinzu, dass der Neubau, wie erwähnt, selber nicht mehr unter Schutz steht und sich zudem insbesondere über 40 m vom Schutzobjekt entfernt befindet. Es ist daher nicht ersichtlich, dass bzw. wie beim Ersatz-/Neubau eine allenfalls etwas breitere Profilierung der Fenster zu einer Beeinträchtigung der Wirkung des Schutzobjektes führen kann. (...).

4.4.4 Das Einordnungsgebot setzt gemäss der Planungshilfe nicht zwingend Holzfassaden voraus und kann daher den vorliegend gewählten Fenstern ebenfalls nicht entgegenstehen. Es müsste daher als nicht mehr verhältnismässig beurteilt werden, von den Beschwerdeführern eine andere Gestaltung bzw. Materialisierung der Fenster des nicht unter Schutz stehenden Neubaus zu verlangen.

4.4.5 Mit der kantonalen Denkmalpflege kann zwar davon ausgegangen werden, dass Zwischenglassprossen das Sprossenbild von Fenstern und die Gesamterscheinung verfälschen können und unter Umständen je nach Sichtwinkel nicht erkennbar sein können.

Im vorliegenden Fall ändert dies aber nichts an der Tatsache, dass zum einen an die Detailgestaltung eines Ersatzbaus für ein aus dem KIGBO bzw. KSI entlassene Gebäude nicht (mehr) die gleichen Anforderungen

B 10.1

gestellt werden können wie dies bei einer Beibehaltung des Schutzstatus in der Regel gerechtfertigt ist. Zum andern wird der vorliegend nach der Entlassung des Gebäudes aus dem KIGBO bzw. KSI geforderte Situationswert sowie die Identität des Ortes und des Ensembles dadurch nicht in einem augenfälligen Ausmass beeinträchtigt. Ein gleiches gilt auch betreffend die von der kantonalen Denkmalpflege als wuchtig charakterisierte Profilierung der neuen Fenster.

5. Zusammenfassend erweist sich die Beschwerde somit als begründet. Das von den Beschwerdeführern eingereichte Farb- und Materialisierungskonzept bezüglich Kunststofffenster (...) ist zu genehmigen.
(VGE III 2020 28 vom 24.8.2020).

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

10.1 Beitrag an Schulanlage

- *Keine Anrechenbarkeit früherer Subventionen an Schulräume bei einer Schulraumerweiterung mittels eines Ersatzneubaus trotz Verkaufs der bisherigen Schulliegenschaft mit Gewinn.*
- *Keine Rückerstattung oder Anrechnung der vor rund 60 Jahren gesprochenen Subventionen an einen Schulhausbau.*

Aus den Erwägungen:

1.2.1 Der Beschwerdeführer bringt vor, das Bildungsdepartement habe den Bedarf für ein neues Schulhaus als ausgewiesen betrachtet und zwar ohne Vorbehalte bezüglich der im Jahre 1961 subventionierten Schulräumlichkeiten. Erst mit Schreiben vom 12. Februar 2019 habe es drei Schulzimmer als nicht mehr beitragsberechtigt erachtet, da diese bereits im Jahre 1961 subventioniert worden seien. (...).

1.2.2 (...).

1.3.1 Vernehmlassend bringt die Vorinstanz vor, das alte Schulhaus habe 1961 kantonale Subventionen für drei Klassenzimmer erhalten, sei

auch heute noch funktionstüchtig und könnte daher weiterhin für den Schulunterricht benutzt werden. Dies bestätigte der Beschwerdeführer, indem er das alte Schulhaus zu verkaufen gedenke. Mit dem Neubau, der nicht am Standort des bisherigen Schulhauses gebaut werde, würden auch die bisherigen Schulzimmer ersetzt. Da das neue Projekt den Abriss der bisherigen Schulräume nicht verlange und diese weiterhin benützt werden können, seien diese nicht subventionsberechtiget. Anders sehe es aus, wenn das neue Schulhaus am Standort des bisherigen gebaut und dieses daher abgebrochen werden müsste. In diesem Fall würde die Subvention für alle Schulzimmer ausgerichtet, wobei bei den drei bereits subventionierten Klassenzimmern der Restwert der Zimmer berechnet und in Abzug gebracht würde.

1.3.2 Komme hinzu, dass zwar die Amortisationsdauer von 20 Jahren eingehalten sei, die drei Klassenzimmer bzw. der Schulraum jedoch zweckentfremdet würden bzw. würde - verkauft für andere Vorhaben wie Wohnbauten, da eine attraktive Lage vorliege. Daher brauche es Ersatz an einem anderen Ort. Mit diesem System könnten die Schulträger Schulbauten an attraktiven Lagen zweckentfremden und gut verkaufen und als Ersatz an einem anderen Ort den gleichen Schulraum wieder erstellen und erneut Kantonsbeiträge erlangen. Mithin würden Schulräume, die benötigt, aber aufgegeben und an anderer Stelle wieder gebaut werden, nicht erneut subventioniert.

1.4 Die Anspruchsberechtigung eines Kantonsbeitrags an den Neubau des Schulhauses auf der Basis von 20% der subventionsberechtigten Kosten ist grundsätzlich unbestritten. Strittig und mithin nachfolgend zu beurteilen ist namentlich die für den Kantonsbeitrag massgebliche, subventionsberechtigete Hauptnutzfläche (HNF) bzw. deren Erhöhung um die drei von der Vorinstanz nicht angerechneten Schulzimmer à je 75m².

2.1.1 Nach dem verfassungsmässigen Grundsatz der Subsidiarität übernimmt der Kanton jene Tätigkeiten, welche die Kräfte der Bezirke und Gemeinden übersteigen oder einer einheitlichen Regelung bedürfen (§ 5 Abs. 2 der Verfassung des Kantons Schwyz [KV; SRSZ 100.100] vom 24.11.2010). Im von der Verfassungskommission am 17. Dezember 2009 verabschiedeten Bericht und Vorlage an den Kantonsrat (S. 31) wird auf die Analogie zum Verhältnis zwischen Bund und Kantonen verwiesen (Art. 5a und Art. 43a der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft [BV; SR 101] vom 18.4.1999). § 5 Abs. 2 KV lehnt sich in seinem Wortlaut denn auch an Art. 43a Abs. 1 BV an (unter Verzicht auf

B 10.1

das "nur" ["Der Bund übernimmt nur die Aufgaben, ..."]. Das Subsidiaritätsprinzip muss jeweils kontextbezogen und unter Berücksichtigung weiterer Kriterien, wie beispielsweise der Wirtschaftlichkeit der Aufgabenerfüllung, konkretisiert werden (vgl. Schweizer/Müller, St. Galler Kommentar zu Art. 5a BV N 17).

2.1.2 Der Staat sorgt für ein vielfältiges Bildungsangebot von hoher Qualität, das es jeder Person erlaubt, sich schulisch und beruflich zu bilden und ihre Fähigkeiten zu entwickeln (§ 16 KV). Die Bezirke und Gemeinden üben die staatlichen Tätigkeiten aus, die ihnen das kantonale Recht überträgt (§ 70 Abs. 1 KV und § 71 Abs. 1 KV). Kanton, Bezirke und Gemeinden erheben die zur Ausübung ihrer Tätigkeit notwendigen Steuern (§ 77 Abs. 1 KV). Der Finanzhaushalt des Kantons, der Bezirke und Gemeinden ist gesetzmässig, sparsam, wirtschaftlich sowie auf Dauer ausgeglichen zu führen (§ 78 Abs. 1 KV; vgl. § 3 des Gesetzes über den kantonalen Finanzhaushalt [FHG; SRSZ 144.110] vom 20.11.2013; § 2 des Finanzhaushaltsgesetzes für die Bezirke und Gemeinden [FHG-BG; SRSZ 153.100] vom 27.1.1994).

2.1.3 Nach dem Grundsatz der fiskalischen Äquivalenz, welche neben das Subsidiaritätsprinzip tritt bzw. dieses ergänzt, muss sich im Rahmen einer staatlichen Aufgabe der Kreis der Nutzniesser grundsätzlich mit demjenigen der Kostenträger und der Entscheidungsträger decken, wenn unerwünschte externe Effekte vermieden werden sollten (vgl. Schweizer/Müller, a.a.O., Art. 43a BV N 14).

2.2.1 (...).

2.2.3 An Schulanlagen, für die das Bedürfnis nicht nachgewiesen ist oder die den Vorschriften des Regierungsrates über den Bau und die Ausstattung von Schulanlagen nicht entsprechen, werden keine Beiträge ausgerichtet (§ 7 Abs. 1 des Gesetzes über Beiträge an Schulanlagen [BTG; SRSZ 611.310] vom 26.11.1986). (...). Beiträge sind unter Berücksichtigung einer Amortisationsdauer von 20 Jahren zurückzuerstatten, wenn subventionierte Schulanlagen zweckentfremdet werden (§ 7 Abs. 3 BTG).

2.2.4 (...).

3.1.2 In sachverhaltlicher Hinsicht steht fest, dass das Raumprogramm des Schulhausneubaus unter Einschluss der drei fraglichen Schulzimmer auch vom Bildungsdepartement aufgrund des zu erwartenden Anstiegs der Schülerzahlen sowie des bereits vorhandenen Platzmangels gestützt auf

die Machbarkeitsstudie grundsätzlich als ausgewiesen erachtet wird und auch gegen die Funktionalität keine erheblichen Vorbehalte erklärt wurden. (...).

3.2.4 Es ist zu folgern, dass die bestehenden Schulzimmer aus dem Anfang der 1960-er Jahre heutigen Ansprüchen - jedenfalls flächenmässig - nicht mehr zu genügen vermögen. Wie es sich mit den Raumhöhen und den Fensterflächen verhält, wozu das Richtraumprogramm auch Vorgaben macht, kann anhand der Akten nicht eruiert werden; die naheliegende Annahme, dass sie ebenfalls nicht mehr heutigen Ansprüchen genügen, erscheint nicht unberechtigt. Hinzu kommt, dass das alte Schulhaus über nicht behindertengerechte Treppenzugänge verfügt. (...).

3.3.2 (...).

Dem Bildungsdepartement kann grundsätzlich beigespflichtet werden, wenn es sinngemäss als stossend erachtet, dass Schulträger mit dem Verkauf alter Schulliegenschaften bei weiterhin bestehendem Bedarf an Schulraum - bzw. sogar erhöhtem Bedarf - Erlöse erzielen können, die in keiner Weise angerechnet werden. Es lässt sich auch fragen, wie weit sich ein solches Vorgehen mit den Grundsätzen des sparsamen und wirtschaftlichen Einsatzes der Mittel verträgt, welche das FHG für den Kanton und das FHG-BG für die Bezirke und Gemeinden postuliert (vgl. vorstehend Erw. 2.1.2). Bei Konstellationen wie der vorliegenden werden diese Grundsätze einseitig im Interesse des Bezirks gewahrt. Ebenso kann auch ein Widerspruch zum Subsidiaritätsprinzip erkannt werden, das ebenfalls die Beachtung der Wirtschaftlichkeit verlangt (vgl. vorstehend Erw. 2.1.1). Es stellt sich vor dem Hintergrund dieser in der KV wie auch im Gesetz verankerten Grundsätze für das Verwaltungsgericht daher die Frage nach einem allfälligen gesetzgeberischen Handlungsbedarf zur Verhinderung der Kumulation der Subventionierung von Schulanlagen (wie auch der allfälligen Subvention weiterer öffentlicher Anlagen) der Bezirke und Gemeinden durch den Kanton einerseits und der gleichzeitigen (und überdies mit dem subventionierten Vermögenswert im Zusammenhang stehenden) gewinnbringenden Veräusserung von Finanzvermögen (bzw. von in Finanzvermögen überführtem Verwaltungsvermögen). Prüfwert wäre nach Auffassung des Verwaltungsgerichts jedenfalls die Berücksichtigung/Anrechnung einer gewinnbringenden Veräusserung bei der Bemessung der Subvention.

Indes stellen die dargelegten finanzrechtlichen Grundsätze keine hinreichende Gesetzesgrundlage dar und lässt es sich mit dieser Argumentation nicht rechtfertigen, dem Bezirk einen allfälligen Anspruch auf eine (volle)

B 10.1

Abgeltung zu verweigern. An einer solchen Gesetzesgrundlage fehlt es vorliegend denn auch, wie nachstehend noch zu zeigen sein wird (vgl. Erw. 4.1 ff.).

3.3.3 (...).

4.1 Die Vorinstanz bezieht sich bei ihrer Verweigerung eines Kantonsbeitrages für drei (erforderliche) Schulräume einerseits auf keine konkrete Gesetzesbestimmung. Andererseits ist festzuhalten, dass sich § 7 BTG (vgl. vorstehend Erw. 2.2.3) kein Anhaltspunkt dafür entnehmen lässt, dass ein einmal ausgerichteter Kantonsbeitrag einem späteren Kantonsbeitrag grundsätzlich entgegensteht. Hiervon scheint die Vorinstanz indes auszugehen, wenn sie selbst bei einem Neubau an gleicher Stelle die bereits subventionierten Zimmer mit dem Restwert generell in Abzug bringen möchte. Indes lässt sich § 7 BTG und - soweit ersichtlich - auch den massgebenden Richtlinien über Baubeiträge vom 1. August 2013 (insbesondere lit. D.3) nichts entnehmen, was darauf hindeutet, dass ein Kantonsbeitrag bei einem Ersatzbau im Grundsatz wie auch betraglich davon abhängig gemacht wird, dass eine bestehende Schulanlage an gleicher oder anderer Stelle ersetzt wird. Dass das Bedürfnis an Schulraum unter Einschluss der drei fraglichen Schulzimmer besteht und diese drei Schulzimmer den für eine Anspruchsberechtigung erforderlichen Kriterien entsprechen, kann angesichts der vorstehend dargestellten Sachlage nicht ernsthaft in Abrede gestellt werden. Auf jeden Fall müssten die drei fraglichen Räume, welche die geltenden Richtlinien klar unterschreiten, im Umfang der Komplementärflächen konsequenterweise als beitragsberechtigt beurteilt werden. Dies macht sachlich allerdings keinen Sinn, weil keine Möglichkeit besteht, diese Räume zu dem Richtraumprogramm entsprechenden Schulräumen zu erweitern, was, soweit ersichtlich, auch von der Vorinstanz nicht geltend gemacht wird.

Ein Kantonsbeitrag kann also gestützt auf § 7 Abs. 1 BTG nicht verweigert werden. (...).

4.2.1 Die vorinstanzliche Auffassung läuft im Kern darauf hinaus, dass ein neuerlicher Kantonsbeitrag nur im Gegenzug zur (ganzen oder teilweisen) Rückerstattung (Anrechnung) früher ausgerichteter Beiträge erfolgen kann. Es stellt sich die Frage, ob sich für diese Auffassung etwas aus dem Gesetz (§ 7 BTG) ableiten lässt.

4.2.2 § 7 BTG regelt unter anderem die Rückerstattung von Beiträgen (vgl. vorstehend Erw. 2.2.3). Das Gesetz knüpft eine (teilweise) Rückerstattung gemäss Absatz 3 an eine Amortisationsdauer von 20 Jahren unter

der zusätzlichen Voraussetzung ("wenn"), dass die subventionierte(n) Schulanlage(n) zweckentfremdet wird/werden. Dieser Gesetzeswortlaut ist aus sich selbst heraus verständlich, hinreichend klar und kann über die erforderlichen Voraussetzungen grundsätzlich keine Zweifel offenlassen: wird eine Schulanlage innert 20 Jahren zweckentfremdet, sind allfällige Subventionen zurückzuerstatten.

Mit Baujahr 1961 des zu ersetzenden Schulhauses und damals ausgerichteten Subventionen ist die 20-jährige Amortisationsdauer längstens abgelaufen.

4.2.3 Eine Verweigerung lässt sich auch nicht aus dem RRB Nr. 2807 vom 16. Oktober 1961 herleiten, womit Subventionsbeiträge ans bestehende Schulhaus gesprochen wurden. Diesem RRB lassen sich keine Hinweise für eine Einmaligkeit des Beitrages und/oder Verknüpfung eines allfälligen späteren Beitrages mit einem Ersatzbau an gleicher Stelle entnehmen.

4.3 Den Vernehmlassungsunterlagen zur Teilrevision der Verordnung über Beiträge an Schulanlagen - insbesondere Bericht und Vorlage an den Kantonsrat vom 11. Dezember 2012 (vgl. RRB Nr. 1203/2012) - lässt sich der dringende Bedarf auf den Erlass eines Richtraumprogramms und entsprechender Richtlinien über Baubeiträge für die Schulanlagen auf der Volksschulstufe entnehmen. Gleichzeitig hält der Bericht fest, es gelte am bisher Bewährten festzuhalten, das Verfahren bezüglich Baubeiträge zu vereinfachen sowie gestützt darauf im Vollzug entsprechende Richtlinien und ein zeitgemässes Richtbauprogramm zu erlassen. Es sollen die generellen Anforderungen an Schulbauten und die Ausrichtung von Kantonsbeiträgen geregelt werden. Der Regierungsrat solle weiterhin die beitragsberechtigten Kosten pauschal festlegen. Er werde sich dabei an klare Bemessungsrichtlinien halten, welche die Pauschalbeiträge, die Beitragskategorien sowie die beitragsberechtigten Kosten festlegen. Grundlage für die Berechnung liefere das Richtraumprogramm, welches klare Vorgaben mache, die Raumstandards, die Raumanforderungen und die Raumfunktionalität definiere. Zu § 7 BTG werden Ausführungen zu den neu vorgesehenen Kürzungen für den Fall, dass Verfahrensvorschriften (nach dem BTG oder submissionsrechtlicher Art) verletzt werden sollten, gemacht; hierdurch sollten die Schulträger gezwungen werden, ein standardisiertes Verfahren und die Submissionsregeln zu beachten. Zur Rückerstattung wegen allfälliger Zweckentfremdung wird nur kurz festgehalten, dies entspreche der bisherigen Regelung (vgl. RRB Nr. 1203/2012 vom 11.12.2012 Erw. 2 i.V.m. Erw. 3.4f. und Erw. 4). Hieraus und namentlich aus der

B 10.1

Tatsache, dass die Regelung der Rückerstattung auch im Vernehmlassungsverfahren (vgl. erwähnter RRB Erw. 3) keinen Anlass zur Diskussion oder Erläuterung gab, lässt sich ableiten, dass der Gesetzeswortlaut aus gesetzgeberischer Sicht in sich hinreichend klar ist und keiner Auslegung unter Zuhilfenahme weiterer Auslegungselemente bedarf, bzw. umgekehrt ist gewissermassen *ex silentio* zu schliessen, dass das historische Element (d.h. der gesetzgeberische Wille) sich im ohne weiteres verständlichen Wortlaut widerspiegelt.

Auch vor diesem Hintergrund ist dem Beschwerdeführer beizupflichten, dass keine gesetzliche Grundlage für eine Rückerstattung einer vor fast 60 Jahren gesprochenen Subvention besteht, sei es vollständig oder teilweise wie auch unbeschrieben einer allfälligen Zweckentfremdung.

4.4 Zum gleichen Ergebnis führt auch der Rechtsvergleich. Mit dem kantonalen Gesetz über soziale Einrichtungen (SEG; SRSZ 380.300) vom 28. März 2007 wurde ein neuer (mittlerweile aufgehobener) § 39a ins Gesetz über die Sozialhilfe (ShG; SRSZ 380.100) vom 18. Mai 1983 aufgenommen. Diese Bestimmung sah vor, dass die Rückerstattungspflicht für Baubeiträge der öffentlichen Hand an Heime nach 20 Jahren seit Baubeginn erlischt; die Höhe der Rückerstattung richtete sich nach der Dauer der zweckentfremdeten Benützung. Mit dem Rechtsbegriff des "Erlöschens" ist regelmässig eine Verwirkung eines (Rückerstattungs-)Anspruches gemeint (vgl. BGE 136 II 187 Erw. 6 f.; Urteil BGer 8C_336/2010 vom 1.6.2010 Erw. 3.2.2; vgl. auch Art. 148 des Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht [IPRG, SR 291] vom 18. Dezember 1987 mit der Marginalie "Verjährung und Erlöschen einer Forderung"). Art. 37 Abs. 6 lit. b der Verordnung über die Strukturverbesserungen in der Landwirtschaft (Strukturverbesserungsverordnung, SVV; SR 913.1) vom 7. Dezember 1998 legt die bestimmungsgemässe Verwendungsdauer von Subventionen an landwirtschaftliche Gebäude auf 20 Jahre fest. Nach Ablauf dieser Dauer sind Subventionen auch bei Zweckentfremdung nicht mehr rückerstattungspflichtig (vgl. *Suissemelio*, Wegleitung zur Rückforderung von Landwirtschaftlichen Finanzhilfen, Ausgabe 2014 S. 12 Ziff. 3.1; Art. 102 Abs. 1 und 2 des Bundesgesetzes über die Landwirtschaft [Landwirtschaftsgesetz, LwG; SR 910.1] vom 29.4.1998).

Hieraus ist zu folgern, dass die Rückerstattungspflicht im Subventionsrecht nach Ablauf eines bestimmten Zeitraumes mit zweckgemässer Nutzung des subventionierten Objektes erlischt, zumal wenn dieser Zeitraum einer verpflichtenden zweckgemässen Nutzung im Gesetz explizit festgesetzt wird. Zu Recht führt der Beschwerdeführer auch § 45 der Verordnung über den kantonalen Finanzhaushalt (FHV; SRSZ 144.111) vom 9. Dezember 2015 betreffend die Nutzungs- und Abschreibungsdauern nach

Anlagekategorien an. Für Hochbauten gilt eine Nutzungs- und Abschreibungsdauer von 40 Jahren (Abs. 2 lit. c). Diese Nutzungsdauer wird vorliegend beim bestehenden Schulhaus um fast die Hälfte übertroffen. Eine (ganze oder teilweise) Rückerstattung einer Subvention lässt sich auch daher nicht rechtfertigen. Auch die drei vorliegend umstrittenen Klassenzimmer sind somit der subventionsberechtigten Hauptnutzfläche zuzurechnen.

4.5 Angesichts der nunmehr bald 60-jährigen Nutzungsdauer des bestehenden Schulhauses kann - vor dem Hintergrund der dargelegten Gesetzeslage - auch keine Rede davon sein, dass dem Beschwerdeführer Subventionsbeiträge gewissermassen doppelt entrichtet würden. Vielmehr erscheint es als widersprüchlich, wenn bei Neubauten die Nichteinhaltung des Richtraumprogramms in masslicher Hinsicht zu einer Kürzung der Beiträge führt (im konkreten Fall betreffend die Turnhallenhöhe), der Ersatz nicht (mehr) richtraumprogrammkonformer Schulräume im Rahmen eines Neubaus hingegen mit einer gänzlichen Verweigerung der Beiträge geahndet wird.

Errichtet ein Schulträger einen Neubau an anderer, allenfalls auch an einer weniger attraktiven Örtlichkeit, liegt das im Rahmen der Vorgaben der Volksschulgesetzgebung letztlich in seiner Entscheidungsfreiheit. Wenn er dabei auch wirtschaftliche Überlegungen miteinbezieht, kann ihm vor der geltenden Gesetzeslage auch dies nicht verargt werden (vgl. vorstehend Erw. 3.3.2).

(VGE III 2019 207 vom 18. Juni 2020).

10.2 Bäuerliches Bodenrecht

- *Für die Qualifikation als landwirtschaftliches Gewerbe ist ein bestimmtes Mass an Standardarbeitskraft SAK notwendig. Deren Ermittlung hängt mitunter von der Bewirtschaftungsform (Milchwirtschaft, Rebbau, Tierhaltung etc.) ab.*
- *Strittig ist, welche Bewirtschaftungsformen berücksichtigt werden müssen, ob nur effektiv ausgeübte Bewirtschaftungsformen oder auch eine solche, die erst beabsichtigt ist.*

Aus den Erwägungen:

4.5 In der Replik vom 11. Juni 2019 resp. der Triplik vom 18. November 2019 fordert der Beschwerdeführer schliesslich, es müsse bei der

B 10.2

SAK-Berechnung auch Rebbau auf einer Fläche von 6'000 m² berücksichtigt werden und für kernlandwirtschaftliche Tätigkeiten der Aufbereitung, Lagerung und dem Verkauf selbstproduzierter landwirtschaftlicher Erzeugnisse sowie für landwirtschaftsnahe Tätigkeiten seien SAK-Zuschläge zu gewähren; die Vorinstanz habe in der SAK-Berechnung Art. 2a Abs. 6 und 7 der Verordnung über das bäuerliche Bodenrecht (VBB; SR211.412.110) vom 4. Oktober 1993 ignoriert.

4.5.1 Auf dem Betrieb 'S.___' sei in der Vergangenheit, bis vor einigen Jahren, Rebbau im genannten Umfang betrieben worden, im Keller des Bauernhauses auf KTN 001 T.___ seien die Weinfässer noch sichtbar (gewesen bis zur Zerstörung durch die Beschwerdegegnerin) und der Rebbau sei in der Gemeinde T.___ im Übrigen ohne weiteres landesüblich. 10'000 m² Reben würden einen Arbeitskraftbedarf von 0.323 SAK verursachen, was es anteilmässig in die Berechnung aufzunehmen gelte.

Der SAK-Zuschlag gemäss Art. 2a Abs. 6 und 7 VBB berechne sich anhand der Rohleistungen des Betriebes. Diese seien mitunter durch die Direktzahlungen bestimmt. Da die SAK-Zuschläge erst seit 1. Juli 2016 in Kraft seien und der Erblasser aufgrund des Pensionsalters nicht mehr direktzahlungsberechtigt gewesen sei, könne nicht auf die letzten Betriebszahlen abgestellt werden. Vielmehr sei im Sinne einer landesüblichen Betrachtung davon auszugehen, wie die Erzeugnisse des Betriebes landesüblich genutzt würden. Immerhin sei erwiesen, dass der Erblasser einen Erlös aus dem Direktverkauf erwirtschaftete und in eine schwarze Kasse gelegt habe.

Der Beschwerdeführer macht unter diesem Titel für die Aufbereitung einen SAK-Zuschlag von 0.119455 SAK geltend für das Mosten von Äpfeln und Birnen, das Zuarbeiten für den Störbrenner für Kirsch und Zwetschgenschsnaps sowie das Holzen von Wald und Hochstamm-Feldobstbäumen, da dies alles - losgelöst von der tatsächlichen Bewirtschaftung durch den Erblasser - einer landesüblichen Bewirtschaftung entspreche.

Da die Lagerung von Kirsch und Schnaps sowie von Brennholz zu einem Mehrwert bei diesen Produkten führe, sei auch für deren Lagerung ein SAK-Zuschlag von 0.00215 SAK zu berücksichtigen.

Als landesüblich zu bezeichnen sei schliesslich das Führen eines Hofladens, wie es in T.___ in unmittelbarer Nähe viele gebe. Auch der Erblasser habe einen solchen geführt, der nun vom Pächter weitergenutzt werde. Im Hofladen würden die saisonal anfallenden Produkte (Obst, Baumnüsse, Most, Wein, Schnaps, Holz, Milch) an die Passanten der viel befahrenen Strasse verkauft. Die Verkaufsstelle sei lukrativ und gut besucht, was auch dadurch belegt werde, dass der Pächter ihn weiterführe. Im Sinne eines

raschen Vorgehens sei von einem angemessenen, durchschnittlichen Tagesumsatz von Fr. 50.-- auszugehen, was im Jahr Fr. 18'250.-- ergebe und 0.09125 SAK entspreche.

4.5.2 Die Vorinstanz verweist betreffend Rebbau auf den Rebbaukataster, in welchem keine Fläche der streitgegenständlichen Grundstücke eingetragen sei. Auch bestehe kein Hinweis auf eine aktuelle Bewirtschaftung eines Weinbergs. Entsprechend sei ausgeschlossen, Rebfläche in der SAK-Berechnung zu berücksichtigen. Eine rein hypothetische Rebbaufläche müsse unberücksichtigt bleiben.

Eine Berücksichtigung von SAK-Zuschlägen gemäss Art. 2a Abs. 6 und 7 VBB setzt laut Vorinstanz voraus, dass die Rohleistung in der Finanzbuchhaltung ausgewiesen sein müsse. Dies sei konkret nicht der Fall. Auch wenn der Erblasser in den letzten Jahren keine Direktzahlungen mehr erhalten habe, so sei er bei der Weiterführung der selbständigen Erwerbstätigkeit doch verpflichtet gewesen, eine Buchhaltung zu führen, aus der entsprechende Einkünfte ersichtlich bzw. ausgewiesen sein müssten. Solche Angaben lägen nicht vor, es seien keine Rohleistungen in der Finanzbuchhaltung ausgewiesen, weshalb für eine Berücksichtigung kein Spielraum bestehe.

4.5.3 In beiden strittigen Punkten liegt die Kerndivergenz zwischen den Parteistandpunkten in der Fragestellung, ob für die SAK-Berechnung im Rahmen einer Gewerbestellung ein Arbeitskraftaufwand zu berücksichtigen ist, der auf dem zu beurteilenden Betrieb nicht entsteht bzw. bis anhin nicht entstanden ist (Rebbau) oder in der Finanzbuchhaltung nicht ausgewiesen wurde (Aufbereitung, Lagerung, Verkauf), weil die Bewirtschaftungsform grundsätzlich ortsüblich und damit landesüblich im Sinne von Art. 7 Abs. 1 des Bundesgesetzes über das bäuerliche Bodenrecht (BGBB; SR 211.412.11) vom 4. Oktober 1991 ist, oder ob Bewirtschaftungsformen, die der zu beurteilende landwirtschaftliche Betrieb nicht ausübt/ ausweist, unberücksichtigt bleiben müssen.

Der Beschwerdeführer stützt seine Haltung auf BGE 137 II 182 Erw. 3.1.3 ab, wonach die Beurteilung des Arbeitsaufwandes und auch der Frage, ob ein landwirtschaftliches Gewerbe vorliegt, nach objektiven Kriterien vorzunehmen und die tatsächliche Nutzung nicht relevant ist, weshalb auf durchschnittliche Bewirtschaftungsformen und nicht auf ausgefallene Einzelfälle abzustellen ist. Auszugehen ist demgemäss von landesüblichen Bewirtschaftungsformen.

Dem hält die Vorinstanz entgegen, der Beschwerdeführer verabsolutiere diese Rechtsprechung. Es führe dies im Ergebnis dazu, dass einzig zu prüfen sei, ob eine geltend gemachte Bewirtschaftungsform ortsüblich sei.

B 10.2

Falls ja, müsse sie in die SAK-Berechnung einfließen. Wenn also eine Nutzung (Wein, Obst, Agrotourismus, Spezialkulturen, biologischer Landbau, Direktvermarktung etc.) in der Region betrieben werde, mithin ortsüblich sei, und auf dem Betrieb grundsätzlich umsetzbar wäre, dann wäre dies im Rahmen der vom Beschwerdeführer reklamierten objektivierten Betrachtung zu berücksichtigen, auch wenn auf dem zu beurteilenden Betrieb der entsprechende Arbeitskraftbedarf gar nicht anfalle. Dies führe zur absurden Folge, dass alle Betriebe in der zu betrachtenden Einheit (Gemeinde/Bezirk/Region) letztlich einheitlich als Gewerbe oder Nichtgewerbe zu beurteilen wären, da für alle die Bewirtschaftungsform objektiv ortsüblich wäre. Auf diesem Wege liesse sich aus jedem noch so kleinen Betrieb ein landwirtschaftliches Gewerbe im Sinne von Art. 7 Abs. 1 BGGB hochrechnen, wenn nur die geltend gemachten (aber nicht ausgeübten) Bewirtschaftungsformen als ortsüblich zu bezeichnen wären. Dies sei nicht die Absicht des Gesetzgebers gewesen.

4.5.4 In seiner Rechtsprechung bestätigte das Bundesgericht mehrfach, massgeblich für die Berechnung der SAK seien durchschnittliche Bewirtschaftungsformen und nicht ausgefallene Einzelfälle, es sei auf eine objektivierete Betrachtungsweise abzustellen (vgl. etwa Urteil BGer 2C_719/2018 vom 18.9.2019 Erw. 2.2). Demgemäss ist die tatsächliche Nutzung nicht relevant (BGE 137 II 182 Erw. 3.1.3). Im Sinne einer absoluten Objektivierung darf gemäss Koller beispielsweise nicht die konkrete Bewirtschaftung des Landwirtschaftsbetriebs im Zeitpunkt des Erbgangs massgebend sein, sondern das objektive Potential des Landwirtschaftsbetriebs. Es könne für die Bestimmung der Gewerbeeigenschaft nicht entscheidend sein, ob der Erblasser angesichts seines Alters die betrieblichen Tätigkeiten reduziert habe (z.B. Aufgabe Tierhaltung und Ausrichtung des Betriebs auf Ackerbau); entscheidend sei das objektive Potential des Betriebs unter Berücksichtigung der vorhandenen Gebäulichkeiten (wobei Art. 7 Abs. 4 lit. b BGGB zu beachten sei) und eine daraus abgeleitete landesübliche Bewirtschaftungsweise des Landwirtschaftsbetriebs (Koller, Besprechung Urteil BGer 5A_140/2009 vom 6.7.2009, in BIAR 2011 S. 86). Wolf stimmt der Betrachtungsweise, wonach die Gewerbeberechnung nach objektiven Kriterien erfolgen müsse, im Grundsatz zu (Wolf, Der Begriff des landwirtschaftlichen Gewerbes im Lichte der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, in *successio* 2012 S. 280, 004). Er ergänzt jedoch, dies lasse aber ausser Acht, dass eine Gewerbestellung nie völlig losgelöst von der - durch den Bewirtschafter subjektiv geprägten - aktuellen Bewirtschaftungsform erfolgen könne. So sei etwa die für eine SAK-Berechnung relevante Frage, warum ein Betrieb Milchkühe

oder arbeitsexpensivere Mutterkühe halte, oder ob er Getreide oder arbeitsintensive Kartoffeln anbaue, immer auch das Ergebnis von unternehmerischen Entscheidungen und Vorlieben des Betriebsleiters. Dem subjektiven Einfluss des Betriebsleiters auf die Gewerbefeststellung sei aber immerhin dort eine Schranke zu setzen, wo Betriebszweige gewählt würden, die aufgrund der am betreffenden Standort vorherrschenden natürlichen Verhältnisse offensichtlich nicht mehr standortgerecht wären. Und mit Blick auf den Bericht des Bundesrates (Evaluation des Systems der Standardarbeitskräfte SAK, vom 20.6.2014), hält Hofer fest (Hofer, Standardarbeitskraft und Paralandwirtschaft, BIAR 2014 S. 199, 214), dieser erwecke den Eindruck, dass bei der Beurteilung, ob ein landwirtschaftliches Gewerbe bestehe, künftig die Absichten des Übernehmers zu berücksichtigen seien, wenn er den Betrieb anders führen möchte als sein Vorgänger. Damit würde laut Hofer der Begriff des landwirtschaftlichen Gewerbes durch subjektive Gegebenheiten beeinflusst. Ein Betrieb, der normalerweise die Gewerbegrenze nicht erreiche, könnte ein landwirtschaftliches Gewerbe werden, wenn der Übernehmer ein Konzept mit einer besonders intensiven Bewirtschaftung geltend mache. Die Anforderung, dass der Beurteilung eine landesübliche Bewirtschaftung zugrunde gelegt werde, sei dann aus Art. 7 Abs. 1 BGGB zu streichen. Das landwirtschaftliche Gewerbe würde seine Eigenschaft als objektive Grösse verlieren, worunter s.E. die Glaubwürdigkeit und Akzeptanz des bäuerlichen Bodenrechts leiden würde.

Das Bundesgericht begründet die Unbeachtlichkeit der tatsächlichen Nutzung unter Verweis auf Stalder (Die verfassungs- und verwaltungsrechtliche Behandlung unerwünschter Handänderungen im bäuerlichen Bodenrecht, Bern 1993, S. 91) damit, dass die Anwendung des Gesetzes sonst dem Einflussbereich des Grundeigentümers überlassen würde (BGE 37 II 182 Erw. 3.1.3; Hofer, Kommentar BGGB, Art. 7 N 39). Mit derselben Begründung muss aber auch der Schlussfolgerung Hofers zugestimmt werden, wonach auch nicht unbesehen auf die Absichten eines Übernehmers abgestellt werden darf, da der Begriff des landwirtschaftlichen Gewerbes damit genauso durch subjektive Gegebenheiten beeinflusst würde.

4.5.5 Ausgangslage einer Gewerbefeststellung bildet stets ein konkreter landwirtschaftlicher Betrieb. Massgebend ist gemäss Art. 7 Abs. 1 BGGB der Arbeitskraftbedarf für dessen Bewirtschaftung, wenn diese landesüblich d.h. ortsüblich ist (Hofer, Kommentar BGGB, 2. Auflage, Art. 7 N 101a). Soweit also eine ortsübliche Bewirtschaftung des zu beurteilenden Betriebes vorliegt, spricht Art. 7 Abs. 1 BGGB nicht dagegen, von der

B 10.2

tatsächlichen Nutzung auszugehen. Auch die bundesgerichtliche Rechtsprechung kann nicht so verstanden werden, dass die tatsächliche Nutzung geradezu irrelevant wäre. Andererseits ist für die Gewerbefeststellung das objektive Potential eines Betriebes beachtlich. Ein Ziel des bäuerlichen Bodenrechts ist es, leistungsfähige, auf eine nachhaltige Bodenbewirtschaftung ausgerichtete Betriebe zu schaffen und zu erhalten (Art. 1 Abs. 1 lit. a BGG; Urteil BGer 2C_78/2018 vom 26.6.2018 Erw. 2.2). Das vorhandene Potential soll ausgeschöpft werden. Ist ein solches gegeben bei einer Bewirtschaftung, die als ortsüblich zu bezeichnen ist, dann ist diese Bewirtschaftungsform im Rahmen der Gewerbefeststellung zu berücksichtigen, wird doch so dem erwähnten Zweck Nachachtung verschafft. Bezüglich der baulichen Infrastruktur eines Betriebes wird dies in Art. 7 Abs. 4 lit. b BGG explizit festgehalten, indem auch die Möglichkeit, fehlende betriebsnotwendige Gebäude selbst zu erstellen, wenn die entsprechenden Aufwendungen für den Betrieb tragbar sind, zu berücksichtigen ist. Andererseits wird das Ziel, leistungsfähige Betriebe zu schaffen/ erhalten gerade auch dadurch erreicht, dass kleinere, weniger leistungsfähige Betriebe aufgelöst werden und deren landwirtschaftliches Land durch äussere Aufstockung der Leistungssteigerung der verbleibenden Betriebe dient (Stalder, a.a.O., S. 105). Mithin widerspricht es ebenso dem Zweck des bäuerlichen Bodenrechts, bei der Gewerbefeststellung eines bestehenden Betriebes, der die SAK-Limite nicht erreicht, eine Absicht, d.h. eine reine Plan-Bewirtschaftung zu berücksichtigen, worauf die Limite dank dieser hypothetischen Bewirtschaftungsform erreicht wird. Dies verhindert die Stärkung von leistungsfähigen Betrieben. Kommt hinzu, dass das Abstellen allein auf eine beabsichtigte Bewirtschaftungsform noch kein leistungsfähiges Gewerbe garantiert. Denn eine rechtliche Handhabe, den Betreiber auf seiner Absicht zu verpflichten, besteht nicht. Damit aber besteht die Gefahr, dass ein Betrieb wohl theoretisch die SAK-Limite erreicht, die tatsächliche Bewirtschaftung aber einen geringeren Arbeitskraftbedarf verursacht.

Eine Gewerbefeststellung soll daher grundsätzlich auf der gegebenen, langjährigen, ortsüblichen Bewirtschaftungsform des bestehenden landwirtschaftlichen Betriebes basieren. Änderungen im Sinne einer Ausschöpfung des objektiven Potentials können berücksichtigt werden, soweit sie auf dem bestehenden Betrieb basieren, ortsüblich und objektiv betrachtet realistisch sind und die Umsetzung aus dem Betrieb heraus tragbar ist und die zweifelsfrei langfristig einen leistungsfähigen Betrieb garantieren.

4.5.6 Was nun den geltend gemachten Rebbau anbelangt, so bestreitet der Beschwerdeführer nicht, dass auf den streitgegenständlichen Grundstücken aktuell keine Rebstöcke bewirtschaftet werden. Er hält aber dafür, dies sei bis vor einigen Jahren der Fall gewesen und grundsätzlich sei Rebbau in T.__ als landesüblich zu betrachten, weshalb Rebbau im Ausmass von 6'000 m² auch in der SAK-Berechnung zu berücksichtigen sei. Denn für die Gewerbestellung müsse auf eine objektivierte Betrachtungsweise abgestellt werden. Die Vorinstanz ihrerseits bestreitet weder den Weinbau in T.__ (betont allerdings auch, dass lediglich 0.6% der landwirtschaftlichen Nutzfläche in der Gemeinde mit Reben bestockt ist) noch, dass allenfalls früher einmal auf dem Betrieb S.__ Rebstöcke bewirtschaftet wurden, auch wenn dies so nicht belegt sei. Dies sei aber nicht relevant, da nicht auf eine hypothetische Absicht des Beschwerdeführers abgestellt werden könne.

Entgegen der Darstellung des Beschwerdeführers bedeutet die Tatsache allein, dass es in T.__ Weinbau gibt, dass gar für Wein mit der Ursprungsbezeichnung "AOC Schwyz" die Zusatzbezeichnung 'T.__, W.__ zugelassen ist, und dass Weine aus Trauben von Rebbergen des Rebbaukatasters der Gemeinde T.__ die Ursprungsbezeichnung "AOC Zürichsee" verwenden dürfen (vgl. Allgemeinverfügung betreffend AOC Schwyz vom 6.11.2019 sowie Allgemeinverfügung betreffend AOC Zürichsee vom 6.11.2019; ABI 2019 2616 ff.), nicht auch, dass Weinbau auf den streitgegenständlichen Grundstücken landesüblich im Sinne von Art. 7 Abs. 1 BGGB ist. Daran ändert auch nichts, dass früher allenfalls auch der Betrieb "S.__" Rebstöcke bewirtschaftete (immerhin aber ist festzuhalten, dass dies nicht bis vor einigen Jahren der Fall war, sondern bereits länger zurückliegen müsste, ist doch Rebbau auf der Landkarte nur bis 1953 eingetragen und auch dies in weit geringerem Ausmass als auf 6'000 m²; vgl. www.map.geo.admin.ch; Zeitreise-Kartenwerke; vgl. auch Luftaufnahmen 1931 oder 1944 auf www.mapplus.ch). Massgeblich für die Orts- bzw. Landesüblichkeit sind einzig die heutige Situation und ob Weinbau auch gemäss heutiger Gesetzgebung möglich ist. Wohl ist Weinbau auch in T.__ existent; mit einem Anteil von 0.6% der landwirtschaftlichen Nutzfläche kann aber nicht von Ortsüblichkeit gesprochen werden. Fraglich ist ebenso die Eignung des konkreten Betriebes. Der einzig objektive und verbindliche Anhaltspunkt hierzu ist, ob ein Gebiet im Rebbaukataster figuriert oder nicht. Wohl ist auch eine Neuanpflanzung von Reben nicht ausgeschlossen (vgl. Art. 2 der Verordnung über den Rebbau und die Einfuhr von Wein [Weinverordnung; SR 916.140] vom 14.11.2007). Dies bedingt für Weinbau aber eine Bewilligung, welche eine entsprechende Eignung voraussetzt (vgl. Art. 2 Abs. 2 Weinverordnung). Allein schon weil hierzu

B 10.2

auch die Höhenlage zu berücksichtigen ist und diese im Normalfall höchstens 500 m.ü.M. betragen soll (vgl. § 5 Abs. 1 Verordnung über den Weinbau [WBV; SRSZ 312.711] vom 23.2.2010), was für die streitgegenständlichen Grundstücke nicht der Fall ist, kann keine Rede davon sein, dass die Aufnahme in den Rebbaukataster eine reine Formalität ist, wie dies der Beschwerdeführer geltend macht. Da Weinbau auf dem Betrieb S. __ seit Jahrzehnten nicht mehr betrieben wird, diese Bewirtschaftungsform keineswegs gesichert ist und eine wesentliche Umstellung darstellen würde, ist mit der Vorinstanz und Hofer (in: Kommentar BGGB, 2. Auflage, Art. 7 N 110) für die Berücksichtigung von Rebflächen in der SAK-Berechnung (Art. 3 Abs. 2 lit. a Ziff. 2 und 3 der Verordnung über landwirtschaftliche Begriffe und die Anerkennung von Betriebsformen [Landwirtschaftliche Begriffsverordnung, LBV; SR 910.91] vom 7.12.1998) vorzusetzen, dass die Fläche im Zeitpunkt der Gewerbestellung im Rebbaukataster aufgenommen ist. Allein die Absicht, Rebbau zu betreiben, reicht nicht aus, um unter Berufung auf die Berücksichtigung eines allfälligen Potentials auch Rebbau in die Berechnung aufzunehmen.

Damit ist nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz im Rahmen der Gewerbestellung keine - aktuell auch gar nicht vorhandene - Rebfläche berücksichtigt hat.

4.5.7 Anders zu beurteilen ist die Berücksichtigung von SAK-Zuschlägen gemäss Art. 2a Abs. 6 und 7 VBB für kernlandwirtschaftliche Tätigkeiten der Aufbereitung, Lagerung und dem Verkauf selbstproduzierter landwirtschaftlicher Erzeugnisse sowie für landwirtschaftsnahe Tätigkeiten. Soweit der Erblasser - nicht zuletzt aufgrund seines Alters - ein entsprechendes Potential seines landwirtschaftlichen Betriebes nicht ausgeschöpft hat, bedeutet dies nicht, dass es nicht dennoch vorhanden ist und realistischweise bzw. objektiv betrachtet ausgeschöpft werden kann und für die Gewerbestellung berücksichtigt werden soll. In diesem Sinne schliesst die vom Bundesgericht verlangte objektive Betrachtungsweise die sklavische Beachtung der gesetzlichen Voraussetzung, dass die Rohleistungen in der Finanzbuchhaltung ausgewiesen sein müssen (vgl. Art. 2a Abs. 6 und 7 VBB), aus. Es würde dies geradezu verhindern, die Leistungsfähigkeit eines Betriebes objektiv festzustellen.

Vorliegend macht der Beschwerdeführer Tätigkeiten geltend mit Erzeugnissen, welche auf dem landwirtschaftlichen Betrieb heute schon produziert werden. Mithin geht es nicht um eine wesentliche Umstellung der Bewirtschaftungsform, sondern um das Ausschöpfen von effektiv vorhandenem Potential. Die Forderung ist daher nicht von vornherein abzuweisen. Ob die von ihm im Einzelnen geltend gemachten Tätigkeiten umsetz-

bar sind (allenfalls notwendige Investitionen aus dem Betrieb heraus tragbar sind) und insbesondere eine ortsübliche Bewirtschaftung darstellen, hat die Vorinstanz nicht geprüft und auch im Rahmen des Schriftenwechsels nicht beurteilt. Es wird dies Inhalt der SAK-Neuberechnung sein. Nachdem die dazu erforderlichen Rohleistungen nicht der Finanzbuchhaltung des Erblassers entnommen werden kann, ist hierzu auf einer objektiven Schätzung zu basieren. Auch diesbezüglich ist auf Ortsüblichkeit abzustellen. Namentlich die Finanzbuchhaltung des neuen Pächters, der gemäss Beschwerdeführer den Hofladen des Erblassers weiterführt, mag hierzu Anhaltspunkte liefern.

(VGE III 2018 205 vom 28. Mai 2020).

11. Arbeitsvergebung (Submission)

11.1 Vorbefassung

- *Wegen Vorbefassung eines Anbieters muss Beschwerde erhoben werden, sobald Kenntnis der für eine Vorbefassung sprechenden Tatsachen besteht.*

Aus dem Sachverhalt:

In den Ausschreibungsunterlagen hat die Vergabebehörde offengelegt, dass ein potentieller Anbieter die Machbarkeitsstudie und Kostenschätzung erstellt hatte. Die Beschwerdeführerin erhob die Rüge der Vorbefassung jedoch erst mit der Beschwerde gegen den Beschluss der Vergabe an diesen Anbieter.

Aus den Erwägungen:

1.1 In ihrer Beschwerde vom 15. November 2019 bringt die Beschwerdeführerin vor, die Zuschlagsempfängerin habe an der Vorbereitung zur Submission entscheidend mitgewirkt. Durch diese Mitwirkung bei der Vorbereitung einer Machbarkeitsstudie und bei Unterlagen für die Submission sei die Vergabe zu Gunsten der Zuschlagsempfängerin beeinflusst worden.

B 11.1

[...]

3.3 Es ist unbestritten, dass die Beschwerdeführerin den Vergabeabschluss innert 10 Tagen seit Eröffnung mit Beschwerde angefochten hat. Auf die Beschwerde ist dennoch nur dann einzutreten, wenn sie keine Pflicht traf, die Rüge der Vorbefassung bereits früher zu erheben, weil der Mangel schon vorher hätte festgestellt und gerügt werden können.

3.4.1 Vorliegend hat die Vorinstanz bereits in den Ausschreibungsunterlagen transparent dargelegt, dass die Zuschlagsempfängerin in ihrem Auftrag eine Machbarkeitsstudie und Kostenschätzung erarbeitet hat und beide wesentliche Grundlagen der Ausschreibung bilden. Darüber hinaus hat die Vorinstanz explizit festgehalten, dies stelle keine Vorbefassung dar und die Zuschlagsempfängerin sei zum Wettbewerb zugelassen.

Damit wurde die Vorinstanz dem Gebot nach Transparenz gerecht. Ob sie damit (zusammen mit der Abgabe der Machbarkeitsstudie und Kostenschätzung) auch Chancengleichheit herbeigeführt hat resp. einen Wettbewerbsvorteil der Zuschlagsempfängerin wirkungsvoll beseitigt hat, kann offen bleiben. In jedem Fall hat die Transparenz vorliegend die Voraussetzung geschaffen, dass die potentiellen Anbieter einen möglichen Ausstandsgrund resp. die Vorbefassung der Zuschlagsempfängerin erkennen konnten und so befähigt wurden, diesen Mangel geltend zu machen. Mit dem Vergabeabschluss, den die Beschwerdeführerin angefochten hat, hat sie keine zusätzlichen Informationen bezüglich Vorbefasstheit erlangt, die ihr nicht bereits mit den Ausschreibungsunterlagen bekannt gewesen wären. Aufgrund der expliziten Formulierung in den Ausschreibungsunterlagen, die Zuschlagsempfängerin werde zum Wettbewerb zugelassen, musste mit deren Angebot zudem geradezu gerechnet werden.

3.4.2 Ein weiteres Moment, das Problem der Vorbefassung zu erfassen, wäre im Zeitpunkt der Fragebeantwortung vom 10. September 2019 gewesen. Sämtlichen Interessenten wurde dabei eröffnet, dass sich ein Anbieter nach einem "Vorprojekt" der Zuschlagsempfängerin erkundigt hat und anfragte, ob diese Unterlagen zur Verfügung gestellt würden. Im Auftrag der Vorinstanz antwortete die C.__ AG, es gebe kein Vorprojekt, aber eine Machbarkeitsstudie, welche auf SIMAP bezogen werden könne. Es wird damit erneut bekräftigt, dass die Zuschlagsempfängerin eine für die Ausschreibung wesentliche Machbarkeitsstudie erarbeitet hat.

3.4.3 Schliesslich fand am 27. September 2019 die Offertöffnung statt. Gemäss Offertöffnungsprotokoll waren zwei Offerenten anwesend, u.a. die

Beschwerdeführerin. Sie erlangte so unmittelbar mit der Offertöffnung die Gewissheit, dass erstens sie die Offerte mit dem tiefsten Nettobetrag eingereicht hat und zweitens auch die Zuschlagsempfängerin, welche die Machbarkeitsstudie und Kostenschätzung als Grundlage der Ausschreibung erarbeitete, ein Angebot eingereicht hat, das wenig teurer das zweitgünstigste war (vgl. Vi-act. 7).

Wenn die Beschwerdeführerin nach Erhalt der Ausschreibungsunterlagen ggf. noch argumentieren könnte, sie habe nicht davon ausgehen müssen, dass die Zuschlagsempfängerin auch tatsächlich eine Offerte einreiche und habe sich daher nicht zum Handeln veranlasst gefühlt, so erlangte die Beschwerdeführerin mit der Offertöffnung, an welcher sie zugegen war, sämtliche notwendigen Informationen, die für den Einwand der Vorbefasstheit notwendig waren. Es bestand kein Grund, den Vergabebeschluss abzuwarten. Indem die Beschwerdeführerin dies dennoch tat in der Hoffnung, den Zuschlag zu erhalten, resp. die Rüge der Vorbefassung der Zuschlagsempfängerin erst erhob, nachdem diese den Zuschlag erhalten hatte, hat sie treuwidrig gehandelt und das Recht zur Rüge der Vorbefasstheit verwirkt.

3.4.4 Demgegenüber kann der Vorinstanz kein Verstoss gegen Treu und Glauben vorgeworfen werden. Sie hat bereits mit der Ausschreibung sowohl die Vorarbeiten der Zuschlagsempfängerin offengelegt als auch ihre Meinung, dies stelle keine Vorbefassung dar und die Zuschlagsempfängerin sei zum Wettbewerb zugelassen, kundgetan. Zudem hat sie die Machbarkeitsstudie und die Kostenschätzung der Zuschlagsempfängerin den Interessenten zugestellt. Mithin hat sie allen potentiellen Anbietern frühzeitig sämtliche Informationen zur Verfügung gestellt, welche für eine Beurteilung einer Vorbefassung der Zuschlagsempfängerin und Prüfung des entsprechenden Einwandes notwendig waren. Ob ihre eigene Darstellung, es liege keine Vorbefassung vor, zutrifft, kann - wie erwähnt - offenbleiben. Ein Hindernis, die Rüge zu erheben, stellte dies auf keinen Fall dar.

3.5. Damit steht fest, dass die Beschwerdeführerin ihr Recht auf den Einwand der Vorbefasstheit der Zuschlagsempfängerin verwirkt hat. Bereits mit Erhalt der Ausschreibungsunterlagen, in jedem Fall aber im Rahmen der Offertöffnung vom 27. September 2019 hatte sie Kenntnis von sämtlichen Tatsachen erlangt, welche für eine Beschwerdeerhebung notwendig waren. Indem sie dennoch die Zustellung des Vergabebeschlusses abwartete und die Rüge der Vorbefasstheit erst im Rahmen der Zuschlagsanfechtung vorträgt, handelte sie wider das Gebot von Treu und

B 11.2

Glauben, das verlangt, diese Rüge umgehend zu dem Zeitpunkt vorzubringen, an welchem sie Kenntnis der für eine Vorbefassung sprechenden Tatsachen erhält.

(VGE III 2019 213 vom 23. Januar 2020).

11.2 Zuschlagskriterium Preis - Preiskurve

- *Auch nicht-lineare Preiskurven sind zulässig, soweit sie nachvollziehbar sind, den Geboten der Gleichbehandlung und der Nichtdiskriminierung entsprechen, die allgemeinen Grundsätze berücksichtigen und insbesondere auch die Notwendigkeit der Stimmigkeit innerhalb aller Kriterien gewährleistet ist.*

Aus dem Sachverhalt:

Die Vergabebehörde wandte für die Bewertung des Zuschlagskriteriums Preis nicht eine lineare Preiskurve an, sondern eine abflachende Preiskurve.

Aus den Erwägungen:

5.1 Die Beschwerdeführerin hält fest, sie habe die Arbeiten Fr. 32'310.-- oder rund 15% der Auftragssumme günstiger als die Zuschlagsempfängerin offeriert. Entsprechend müsse sie die maximalen Punkte erhalten. Sie gehe davon aus, dass das Kriterium "Preis" gemäss Formel des 'Leitfadens zur Beschaffung von Planerleistungen' der Koordinationsstelle der Bau- und Liegenschaftsorgane der öffentlichen Bauherren KBOB vom März 2018 ausgewertet worden sei. Die Zuschlagsempfängerin müsse entsprechend weniger Punkte erhalten haben.

5.2 [...] Für die Auswertung des Preises hat die Vorinstanz nicht die von der Beschwerdeführerin genannte Formel verwendet, sondern eine von der Konferenz der kantonalen Vermessungsaufsichten (KKVA, heute CadastreSuisse) vorgeschlagene Formel, nämlich $\text{Punkte} = 4 * (100\% [\text{günstigster Preis}] / 1xx\% [\text{Preisabstand zum günstigsten Preis}])^2$ bzw. Differenz zu billigstem Angebot in %, Kehrwert im Quadrat (vgl. Vernehmlassung S. 6 unten sowie Vi-act. 1/2 und 1/8). Dies ergab für die Beschwerdeführerin mit einem Offert-Preis von Fr. 215'400.-- die vollen vier Punkte, gewichtet 140 Punkte. Die Zuschlagsempfängerin, deren Offert-

Preis Fr. 247'710.-- resp. 115% desjenigen der Beschwerdeführerin beträgt, erreichte drei resp. gewichtet 105 Punkte.

Insgesamt erzielte die Beschwerdeführerin unter dem Hauptkriterium Preis somit 156 Punkte, die Zuschlagsempfängerin 121 Punkte resp. 35 Punkte weniger.

5.3 Die von der Vorinstanz verwendete Preiskurve erachtet die Beschwerdeführerin in der Replik als unrechtmässig; sie sei nicht linear und nicht sachgemäss. Selbst ein zehnmal teureres Angebot als das Günstigste würde mehr als 0 Punkte erhalten. Mehr vom tiefsten Preis abweichende Preise würden damit bessergestellt als nur minim vom tiefsten Preis abweichende, bzw. würden tiefere Preise im Vergleich zu höheren Preisen bestraft, was unzulässig sei. Würde eine lineare Preiskurve angewendet - wie dies das Schwyzer Beschaffungshandbuch empfehle - und eine Preisspanne von 30% angenommen, dann hätte die Zuschlagsempfängerin nur 86 Punkte erreichen können. Selbst wenn eine Preisspanne von 50% angenommen würde, was bei den zu erbringenden, grösstenteils standardisierten Arbeiten grosszügig sei, würde die Zuschlagsempfängerin nur 114 Punkte erreichen, wodurch der Zuschlag der Beschwerdeführerin zu erteilen wäre.

5.4 Die Vorinstanz bezeichnet es als realitätsfremd, von einem zehnmal teureren Angebot auszugehen. Offerierte Preise würden sich in der Regel in kleineren Bandbreiten bewegen, vorliegend 15%, grössere Abweichungen lägen bei 80-90%, was aber selten vorkomme. Die von Cadastre-Suisse empfohlene Preiskurve strafe tiefe Preise nicht. Die Empfehlung, welche die angewendete Formel beinhalte, sei ein Gemeinschaftswerk der CadastreSuisse (vormals Konferenz der kantonalen Vermessungsämter) und der Marktkommission der Ingenieur-Geometer Schweiz aus den Jahren 2003 - 2005. Die Empfehlung sei im aktuellen Handbuch des Bundes für die amtliche Vermessung aufgeführt (www.cadastre.ch). Die Formel werde durch die Vorinstanz seit 15 Jahren angewendet, was auch der Beschwerdeführerin bekannt sei, und funktioniere insbesondere auch dann gut, wenn nur wenige Angebote vorliegen würden. Insbesondere entfalle auch das Problem der festzulegenden Preisspanne, wie es die lineare Preiskurve stelle.

5.5.1 Die Zielsetzung eines jeden Preisbewertungssystems muss es sein, dafür zu sorgen, dass die zum Voraus bekannt gegebene Gewichtung des Zuschlagskriteriums Preis bei der konkreten Benotung effektiv zum Tragen kommt. Dies ist der Fall, wenn die Bewertung innerhalb der effektiven oder zumindest einer realistischen Preisspanne erfolgt.

B 11.2

5.5.2 In der kantonalen (schwyzerischen) Praxis wird eine lineare Beurteilung des Zuschlagskriteriums Preis empfohlen (Handbuch öffentliches Beschaffungswesen im Kanton Schwyz, Ziff. 6.4.4). Die Preiskurve ist dabei so festzulegen, dass sie einen realistischen Preisbereich abdeckt. Gemäss Handbuch sind aber auch alternative Preiskurven zulässig, sofern sie nachvollziehbar sind, den Geboten der Gleichbehandlung und der Nichtdiskriminierung entsprechen und die allgemeinen Grundsätze berücksichtigen (vgl. VGE III 2019 72 vom 26.6.2019 Erw. 4.3.2; VGE III 2016 131 vom 29.8.2016 Erw. 2.6.2 ff.; VGE III 2015 152 vom 26.11.2015 Erw. 4.6.4; VGE III 2012 160 vom 17.1.2013 Erw. 4.3.1 f.; vgl. auch EGV-SZ 2007 B11.3). So hatte das Bundesgericht auch die (damals noch flachere) Preiskurve des Westschweizer Leitfadens als mit dem Submissionsrecht noch vereinbar erklärt (Urteil BGer 2P.111/2003 vom 21.1.2004 Erw. 3.3; auch in 2P.230/2006 vom 5.3.2007 Erw. 4.2).

In all diesen Urteilen hat das Bundesgericht aber insbesondere hervorgehoben, dass die Preiskurve selbst bloss einen Faktor darstelle, massgeblich aber insbesondere auch die Gewichtung unter den Kriterien ist. So hat das Bundesgericht etwa festgehalten, dass zum einen eine Gewichtung des Preises im Umfang von 20% als unterste Grenze zu gelten hat, ansonsten der Grundsatz, dass das wirtschaftlich günstigste Angebot den Zuschlag erhalte, seines Gehalts entleert werde (BGE 129 I 313 Erw. 9.2), und zum andern, dass eine relativ geringe Gewichtung des Preises, welche an und für sich noch nicht zu beanstanden wäre, dann unzulässig werden kann, wenn sie durch die verwendete Bewertungsskala weiter abgeschwächt werde (vgl. BGE 130 I 241 Erw. 6.1; BGE 129 I 313 Erw. 9.2 u. 9.3). Mit anderen Worten ist einerseits die Gewichtung des Preises in Relation zu den anderen Kriterien von Bedeutung. So kommt bei komplexeren Werken oder Dienstleistungen dem Offertpreis im Verhältnis zu den übrigen Zuschlagskriterien für die Bestimmung des wirtschaftlich günstigsten Angebots weniger Gewicht zu als bei standardisierten Werken oder Dienstleistungen. Je aufwendiger die ausgeschriebene Arbeit ist, desto mehr rücken neben dem Preis auch andere Kriterien, wie Qualität, Termine oder Umweltaspekte in den Vordergrund (Urteil BGer 2P.230/2006 vom 5.3.2007 Erw. 4.1). Andererseits darf die Preiskurve selbst nicht so ausgestaltet sein, dass sie diese Relation Preis - Qualität wieder aushebelt (vgl. EGV-SZ 2007 B11.3). Entscheidend ist, dass die Gesamtbeurteilung stimmig ist und eine Bestimmung des wirtschaftlich günstigsten Angebotes erlaubt.

5.5.3 Wie zuvor ausgeführt, steht den Vergabestellen bei der Wahl der Zuschlagskriterien und deren Gewichtung grundsätzlich ein weiter Ermessensspielraum zu (vgl. oben Erw. 3.2). Dies umfasst ebenso die Wahl der Preiskurve. Da es sich dabei um eine Konkretisierung jener Vorgaben handelt, welche sich für die Bewertung des Zuschlagskriteriums des Preises einerseits aus der Ausschreibung und andererseits aus den einschlägigen Rechtsnormen ergeben, kommt der Vergabebehörde jedoch nicht ein eigentliches Ermessen zu. Vielmehr geht es insoweit um einen Beurteilungsspielraum, dessen Handhabung der Rechtskontrolle der kantonalen Verwaltungsgerichte unterliegt, auch wenn regelmässig eine gewisse Zurückhaltung zu üben und erst einzugreifen ist, wenn die Vergabebehörde den ihr zustehenden Spielraum überschritten hat. Die gemäss Art. 16 Abs. 1 lit. a IVöB auszuübende Rechtskontrolle beinhaltet damit ebenso, die von der Vergabebehörde verwendete Preiskurve zu überprüfen und aufgrund einer allfälligen Korrektur einen abweichenden Zuschlagsentscheid zu fällen (Urteil BGer 2C_412/2007 vom 4.12.2007 Erw. 1.4 mit Verweis auf 2P.230/2006 vom 5.3.2007).

5.6.1 Die Tatsache allein, dass es sich bei der von der Vorinstanz angewandten Preiskurve nicht um eine lineare handelt, kommt noch keinem Rechtsverstoss gleich. Wohl empfiehlt das Beschaffungshandbuch des Kantons Schwyz die Anwendung einer linearen Kurve, es schliesst aber Alternativen nicht aus (vgl. oben Erw. 5.5.2). Voraussetzung ist (wie auch bei der linearen Preiskurve), dass sie nachvollziehbar ist, den Geboten der Gleichbehandlung und der Nichtdiskriminierung entspricht und die allgemeinen Grundsätze berücksichtigt (vgl. kritisch zu nicht-linearen Preiskurven etwa Verwaltungsgericht SG, GVP 2015 Nr. 39 vom 25.8.2015 mit weiteren Hinweisen auf die Rechtsprechung; vgl. aber auch Urteil BGer 2P.111/2003 vom 21.1.2004 Erw. 3.3, worin das Bundesgericht eine nicht-lineare Preiskurve als mit dem Submissionsrecht vereinbar hielt, dabei aber insbesondere auch auf die Notwendigkeit der Stimmigkeit innerhalb aller Kriterien hinwies).

(VGE III 2019 205 vom 20.3.2020).

13. Sozialhilfe

13.1 Aufenthalt in einer Kinder- und Jugendeinrichtung: Kostentragung

- Eine ungenügend erachtete Leistung einer Jugendeinrichtung berechtigt eine Gemeinde nicht zur Reduktion der Kosten, zu deren Bestreitung sich die Gemeinde mittels Kostenübernahmegarantie gemäss der IVSE verpflichtet hat.

Aus dem Sachverhalt:

S. wurde im für sie als ideale Lösung erachteten Therapieheim K. (Kanton Luzern) untergebracht. Auf Ersuchen der Dienststelle Soziales und Gesellschaft, Soziale Einrichtungen, des Kantons Luzern als Verbindungsstelle IVSE (Interkantonale Vereinbarung für soziale Einrichtungen) des Kantons Luzern erteilte das Amt für Gesundheit und Soziales des Kantons Schwyz als Verbindungsstelle IVSE des Kantons Schwyz sowie die Gemeinde Z. die Kostenübernahmegarantie im ersuchten Umfang und für die ersuchte Dauer von August 2017 bis Juli 2018. Die Gemeinde L. stellte die Leistungen ab Dezember 2017 ein mit der Begründung, das Therapieheim habe auf Fragen und Interventionen der Abteilung Soziales der Fürsorgebehörde Z. zu den angewendeten Therapien keine oder nur ungenügende Antworten gegeben. Unbeglichen blieben rund Fr. 140'000.--. Bemühungen um eine gütliche Einigung blieben erfolglos. Das Angebot der Fürsorgebehörde Z., vergleichsweise Fr. 100'000.-- per Saldo aller Ansprüche zu bezahlen, erachtete das Amt für Gesundheit und Soziales nicht als zielführend; es schloss auch die Initiierung eines IVSE-Streitbeilegungsverfahrens gegen den Kanton Luzern aus. In der Folge bezahlte das Amt für Gesundheit und Soziales vorschussweise die offenen Heimrechnungen und forderte den Betrag bei der Gemeinde Z. zurück.

Aus den Erwägungen:

2.1 Das Gesetz über soziale Einrichtungen (SEG; SRSZ 380.300) vom 28. März 2007 will in besonderen persönlichen Lebenssituationen unter Beachtung der individuellen Eigenständigkeit und Selbstverantwortung eine angepasste Beratung und Betreuung sicherstellen (§ 1 Abs. 2 SEG).

Als soziale Einrichtung gelten unter anderem insbesondere auch Einrichtungen für Kinder und Jugendliche, die einer besonderen Behandlung und Betreuung bedürfen (Kinder- und Jugendheime; § 2 Abs. 1 lit. c SEG). Der Regierungsrat bezeichnet die sozialen Einrichtungen, die dem SEG unterstehen (§ 2 Abs. 2 SEG). Der Kanton plant und koordiniert die erforderlichen sozialen Einrichtungen auf kantonaler Ebene. Er berücksichtigt dabei gesamtschweizerische und interkantonale Planungen (§ 4 Abs. 1 SEG). § 5 SEG normiert die Aufsicht. Die zuständigen kantonalen Behörden und Amtsstellen üben die Aufsicht über die von ihnen bewilligten Einrichtungen aus. Die Gemeinden beaufsichtigen jene Einrichtungen, die sie bewilligen (§ 5 Abs. 1 SEG). Die bewilligten Einrichtungen sind verpflichtet, den zuständigen Stellen die für die Beaufsichtigung und Steuerung erforderlichen Betriebs-, Leistungs-, Personen- und Qualitätsdaten zu liefern (§ 5 Abs. 2 SEG). Das zuständige Departement kann für die Ausübung der Aufsicht Weisungen erlassen (§ 5 Abs. 3 SEG). Die Gemeinden sind unter anderem für die Einrichtungen für Kinder und Jugendliche im Sinne von § 2 Abs. 1 Bst. c SEG zuständig (§ 10 Abs. 1 SEG). Sie kommen subsidiär für die Betreuungs- und Aufenthaltskosten auf (§ 10 Abs. 2 zweiter Satzteil SEG; vgl. § 20 Abs. 1 SEG). Über die Platzierung, Finanzierung oder Leistung einer Kostengutsprache entscheidet die zuständige Stelle der Gemeinde (§ 20 Abs. 2 SEG).

2.2.1 Der Kantonsrat hat auf Antrag des Regierungsrates am 20. September 2006 den Beitritt zur Interkantonalen Vereinbarung für soziale Einrichtungen (IVSE; SRSZ 380.311.1) vom 13. Dezember 2002 / 14. September 2007 beschlossen. Die IVSE bezweckt, die Aufnahme von Personen mit besonderen Betreuungs- und Förderungsbedürfnissen in geeigneten Einrichtungen ausserhalb ihres Wohnkantons ohne Erschwernisse zu ermöglichen (Art. 1 Abs. 1 IVSE). Die Vereinbarungskantone arbeiten in allen Belangen der IVSE zusammen. Sie tauschen insbesondere Informationen über Massnahmen, Erfahrungen sowie Ergebnisse aus, stimmen ihre Angebote an Einrichtungen aufeinander ab und fördern die Qualität derselben (Art. 1 Abs. 2 IVSE). Die IVSE unterscheidet Einrichtungen nach vier Bereichen. Der Bereich A, welchem das Therapieheim K. zugeordnet ist, betrifft stationäre Einrichtungen, die gestützt auf eidgenössisches oder kantonales Recht Personen bis zum vollendeten 20. Altersjahr, längstens jedoch bis nach Abschluss der Erstausbildung beherbergen, sofern sie vor Erreichen der Volljährigkeit in eine Einrichtung eingetreten oder dort untergebracht worden sind (Art. 2 Abs. 1 IVSE).

2.2.2 Jeder Kanton bezeichnet eine Verbindungsstelle (Art. 10 IVSE), die unter anderem zuständig ist für die Entgegennahme und Bearbeitung von

B 13.1

Gesuchen um Kostenübernahmegarantie und den Entscheid über dieselben (Art. 11 Abs. 1 lit. b IVSE; vgl. Art. 26 Abs. 1 IVSE). Verbindungsstelle im Kanton Schwyz ist das Departement des Innern bzw. das Amt für Gesundheit und Soziales (RRB Nr. 1634/2004 vom 30.11.2004 Disp.-Ziff. 6).

2.2.3 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). Die zahlungspflichtigen Stellen und Personen des Wohnkantons schulden der Einrichtung des Trägerkantons die Leistungsabgeltung für die Leistungsdauer (Art. 19 Abs. 2 IVSE). Die Einrichtung des Standortkantons kann den zahlungspflichtigen Stellen und Personen monatlich Rechnung stellen (Art. 25 Abs. 1 erster Satz IVSE). Bei Inkassoproblemen leistet der Wohnkanton Hilfe (Art. 25 Abs. 3 IVSE). Die Kostenübernahmegarantie kann befristet und mit Auflagen versehen sein. Bei einem Wechsel des Wohnkantons holt der Standortkanton eine neue Kostenübernahmegarantie ein (Art. 27 Abs. 1 IVSE). Unbefristete Kostenübernahmegarantien können mit einer Frist von sechs Monaten gekündigt werden (Art. 27 Abs. 2 IVSE).

Mit der Bestätigungsunterschrift der Verbindungsstelle übernimmt der Kanton die Verantwortung dafür, dass die offenen Rechnungen von den zuständigen Stellen im Kanton bezahlt werden (RRB Nr. 1634/2004 vom 30.11.2004 Erw. 3.1.2 mit Hinweis auf den Kommentar zur Interkantonalen Vereinbarung für soziale Einrichtungen der Konferenz der kantonalen Sozialdirektorinnen und Sozialdirektoren [SODK], gültig ab 1.1.2008 [Kommentar IVSE]). Die Hilfestellung der Verbindungsstelle beim Inkasso kann verschiedenartig sein und von der Ermahnung einer zahlungspflichtigen Stelle bis zum Vorschiesen eines Betrages gehen. Wie dies gehandhabt wird, soll Sache des Wohnkantons sein (Kommentar IVSE zu Art. 25). Die Verbindungsstelle des Wohnkantons ist mit ihrer Kostengutsprache jedenfalls die Verpflichtung eingegangen, für die Kosten aufzukommen. Entsprechen die in Rechnung gestellten Kosten der abgegebenen Kostengutsprache, sind sie bei Ausbleiben der Zahlungen Dritter von der Verbindungsstelle des Wohnkantons zu übernehmen (vgl. Interpretationshilfe der SKV IVSE vom 9.11.2011 betr. Bezahlungsprobleme beim Inkasso [Art. 25 IVSE] S. 2 Ziff. II).

2.2.4 Die Trägerkantone gewährleisten in den dieser Vereinbarung unterstellten Einrichtungen einen therapeutisch, pädagogisch und wirtschaftlich einwandfreien Betrieb (Art. 33 Abs. 1 IVSE). Der Vorstand VK (Vereinbarungskonferenz der der IVSE beigetretenen Kantone, vgl. Art. 4

IVSE) erlässt Rahmenrichtlinien zu den Qualitätsanforderungen (Art. 33 Abs. 2 IVSE).

Die Trägerkantone setzen nur jene Institutionen auf die Liste der Einrichtungen der IVSE, die ein mit Hilfe von Richtlinien vorgeschriebenes Minimum an Qualität garantieren (RRB Nr. 1634/2004 vom 30.11.2004 betr. IVSE, Beitrittserklärung). Eine entsprechende IVSE-Rahmenrichtlinie zu den Qualitätsanforderungen hat der Vorstand VK gestützt auf die Zuständigkeitsregelung gemäss Art. 9 Abs. 1 lit. g drittes Lemma IVSE am 1. Dezember 2005 erlassen; Voraussetzungen an den Bereich A werden in Ziffer 5 formuliert. Die Geschäftsführung der IVSE muss sich dabei nach dem Vertrauensprinzip auf die Angaben der Kantone abstützen können. Eine Kontrolle der einzelnen Einrichtungen durch Organe der IVSE würde zu weit führen (Kommentar IVSE Art. 31). Zudem hat die SODK Empfehlungen zur Unterstellung von Einrichtungen in der IVSE (vom 1.12.2005, Stand 1.1.2015) abgegeben.

2.2.5 Gemäss Art. 35 IVSE mit der Marginalie "Streitbeilegung" bemühen sich Kantone und Organe, Streitigkeiten aus der IVSE durch Verhandlungen oder Vermittlung beizulegen. Sie befolgen hierbei die Vorschriften der Streitbeilegung gemäss Art. 31 ff. der Rahmenvereinbarung für die interkantonale Zusammenarbeit mit Lastenausgleich (Rahmenvereinbarung, IRV) vom 24. Juni 2005. Dieses Streitbeilegungsverfahren ist zweistufig und besteht aus einem informellen Vorverfahren vor dem Präsidium der Konferenz der Kantonsregierungen (Art. 32 f. IRV) und einem förmlichen Vermittlungsverfahren (Art. 34 IRV).

2.2.6 Hervorzuheben ist, dass die IVSE nicht in die innerkantonalen, gesetzlich festgelegten Verwaltungs- und Ablaufnormen eingreift und im Aussenverhältnis der Kantone nur das absolut Notwendige regelt (RRB Nr. 1634/2004 vom 30.11.2004 Erw. 4.2).

2.3.1 Im Kanton Luzern schliesst das Gesundheits- und Sozialdepartement (innerkantonal) unter anderem mit den anerkannten sozialen Einrichtungen Leistungsvereinbarungen ab und stellt die Aufsicht über die anerkannten sozialen Einrichtungen sicher, insbesondere über das Finanz- und Rechnungswesen sowie über die Qualität der Dienstleistungen (§ 6 Abs. 1 lit. b und c des Gesetzes über soziale Einrichtungen [SRL 894; SEG-LU] vom 19.3.2007). Als soziale Einrichtungen gelten unter anderem sozial- und sonderpädagogische Angebote in Wohnstrukturen, Pflegefamilien und Herkunftsfamilien, in denen gestützt auf eidgenössisches oder kantonales Recht Personen bis zum vollendeten 25. Altersjahr betreut werden; die betreuungsbedürftigen Personen müssen vor dem Erreichen

B 13.1

der Volljährigkeit in die Einrichtung eingetreten oder eingewiesen worden sein oder ambulante Leistungen bezogen haben (§ 2 Abs. 1 lit. a SEG-LU).

In der Leistungsvereinbarung werden insbesondere die zu erbringenden Leistungen, die anrechenbaren Vollkostenpauschalen, die einzelnen Kennzahlen sowie die Massnahmen zur Umsetzung der Selbstbestimmungsrechte der betreuungsbedürftigen Personen und zur Qualitätssicherung vereinbart (§ 11 Abs. 1^{bis} SEG-LU). Der (Luzerner) Regierungsrat regelt das Nähere über geeignete Instrumente zur Entwicklung und Sicherung der Qualität, über welche die anerkannten sozialen Einrichtungen verfügen müssen, durch Verordnung (§ 16 Abs. 1 SEG-LU). Die zuständige kantonale Behörde begleitet und überwacht die Einhaltung der Anerkennungsvoraussetzungen sowie der Leistungsaufträge und -vereinbarungen (§ 17 Abs. 1 erster Satz SEG-LU). Die anerkannten sozialen Einrichtungen sind verpflichtet, der zuständigen kantonalen Behörde alle erforderlichen Unterlagen bereitzustellen. Der zuständigen kantonalen Behörde sind die erforderlichen Auskünfte zu erteilen, und es ist ihr jederzeit Zutritt zu den Räumlichkeiten zu gewähren (§ 17 Abs. 2 SEG-LU).

Die Anerkennung wird entzogen, wenn die Voraussetzungen gemäss dem SEG-LU und der Verordnung nicht mehr erfüllt sind oder wenn wiederholt oder schwerwiegend gegen dieses Gesetz oder darauf gestützte Erlasse und Entscheide verstossen wurde (§ 19 Abs. 1 SEG-LU). Die zuständige kantonale Behörde verfügt die sofortige Schliessung einer anerkannten sozialen Einrichtung, wenn für die betreuten Personen eine ernsthafte Gefahr besteht (§ 19 Abs. 2 SEG-LU).

2.3.2 Im Kanton Luzern ist die Dienststelle Soziales und Gesundheit die Verbindungsstelle gemäss Art. 10 IVSE (§ 11 Abs. 1 lit. b der Verordnung zum Gesetz über soziale Einrichtungen [SEV-LU; SRL 894b] vom 7.1.2020; vgl. § 2 Abs. 1 lit. b SEV-LU in der Fassung vom 11.12.2007). Diese Dienststelle übt die Aufsicht über die anerkannten sozialen Einrichtungen nach § 17 SEG-LU aus (§ 11 Abs. 1 lit. k SEV-LU). Sie bereitet auch die Leistungsaufträge mit den geeigneten sozialen Einrichtungen vor (vgl. § 15 Abs. 2 SEV-LU, § 16 SEV-LU; vgl. § 7 SEV-LU in der Fassung vom 11.12.2007).

Die Leistungsaufträge enthalten insbesondere auch Bestimmungen zur Qualitätssicherung der Angebote (§ 15 Abs. 3 lit. d SEV-LU). Die Leistungsaufträge werden durch die Kommission für soziale Einrichtungen erteilt, welche auch für die Anerkennung der sozialen Einrichtungen im Kanton zuständig ist (vgl. § 7 Abs. 1 lit. a SEG-LU). Die anerkannten sozialen Einrichtungen verfügen über ein prozessorientiertes Qualitätsmanage-

mentensystem eigener Wahl, das Aussagen über die Qualität der Betriebsstrukturen, der Arbeitsabläufe und der Dienstleistungen ermöglicht. Es gewährleistet die Sicherung und Weiterentwicklung der Qualität in allen Hauptprozessen der im Rahmen des Gesetzes anerkannten Angebote der Einrichtung (§ 52 Abs. 1 SEV-LU). Die Kommission für soziale Einrichtungen legt die Mindestanforderungen an die Qualitätsstandards in Weisungen fest (§ 52 Abs. 2 SEV-LU).

In der Fassung der SEV vom 11. Dezember 2007 wurde die "Qualitätsentwicklung und -sicherung" in § 10 SEV geregelt: (...). Die Dienststelle Soziales und Gesellschaft führt mit den anerkannten sozialen Einrichtungen jährliche Qualitätsgespräche, die unter anderem auf den Qualitätsberichten externer Stellen basieren. (...). Die Kommission für soziale Einrichtungen legt die Mindestanforderungen an die Betriebsstrukturen, das Qualitätsmanagement und den Qualitätsstandard in Weisungen fest (Abs. 4). Gestützt auf diese Befugnis hat die Kommission für soziale Einrichtungen die per 1. Januar 2011 gültige Weisung zur Aufsicht, Qualitätssicherung und -entwicklung in den sozialen Einrichtungen im Kanton Luzern verabschiedet. Als Grundlagen werden unter anderem die Qualitätsrichtlinien der IVSE genannt (S. 3). Oberstes Ziel des kantonalen Aufsichtsprozesses ist "die Gewährleistung des Wohlergehens von Kindern, Jugendlichen und Erwachsenen in sozialen Einrichtungen" (S. 5 Ziff. 3).

2.3.3 Beim Therapieheim K. handelt es sich gemäss der Klassifizierung des Kantons Luzern um einen Angebotstyp 5 (vgl. Planungsbericht des Regierungsrates des Kantons Luzern über die sozialen Einrichtungen nach dem SEG [2020-2023] vom 15.10.2019 S. 21 + 29). (...). Die Leistungen werden gestützt auf eine entsprechende Anerkennung nach dem SEG-LU, einen vierjährigen Leistungsauftrag (LA) sowie eine jährliche Leistungsvereinbarung (LV) erbracht (Planungsbericht S. 28; vgl. vorstehend Erw. 2.3.1 f.).

2.4.1 Die Sorge für das Kindeswohl liegt grundsätzlich bei den Eltern. Sie leiten im Blick auf das Wohl des Kindes seine Pflege und Erziehung und treffen unter Vorbehalt seiner eigenen Handlungsfähigkeit die nötigen Entscheidungen (Art. 301 Abs. 1 ZGB).

Sind die Eltern hierzu vorübergehend oder dauernd nicht oder nur eingeschränkt in der Lage, greifen die in Art. 307 ff. ZGB geregelten Kinderschutzmassnahmen. Die Stufenfolge der Massnahmen reicht mit zunehmender Intensität von den geeigneten Massnahmen gemäss Art. 307 ZGB (insbesondere Beratung, Ermahnung, Weisungen) über die Beistandschaft nach Art. 308 ZGB (sogenannte Erziehungsbeistandschaft) und die Auf-

B 13.1

hebung des Aufenthaltsbestimmungsrechts (Art. 310 ZGB) bis zum Entzug der elterlichen Sorge (Art. 311 f. ZGB) und der Errichtung einer Minderjährigenvormundschaft (Art. 327a-327c ZGB; vgl. Häfeli, in: ZGB Kommentar, hrsg. von Kren Kostkiewicz, Wolf, Amstutz, Fankhauser, Zürich 2016, Art. 307 N 3).

Im Rahmen der gestützt auf Art. 308 Abs. 2 ZGB erteilten besonderen Befugnisse ist ein Beistand zur gesetzlichen Vertretung des Kindes legitimiert, ohne dass jedoch die Vertretungsbefugnis der Eltern in diesen Bereichen tangiert wird (Häfeli, a.a.O., Art. 308 N 8). Bei einer länger dauernden Platzierung eines Kindes oder Einrichtung einer sozialpädagogischen Familienbegleitung ist die Einsetzung einer Beistandsperson mit begleitender Funktion heute üblich. Nebst der Aufgabe, dem Kind (und den Eltern) als Ansprechperson zu dienen und mit Rat und Tat zur Seite zu stehen, kommt dieser Beistandsperson häufig auch die Aufgabe zu, für die Finanzierung der angeordneten Massnahmen, wie etwa einer Platzierung, besorgt zu sein (Cantieni/Blum, in: FHB Kindes- und Erwachsenenschutzrecht N 15.44 mit Fussnote 57 und N 15.58). Hat der Beistand im konkret zu umschreibenden Aufgabenbereich (vgl. Art. 314 Abs. 3 ZGB) einen Auftrag, ist er zu allen geeigneten Vorkehrungen bzw. Tathandlungen befugt (Cantieni/ Blum, a.a.O., N 15.56).

2.4.2 Die Eltern bleiben als grundsätzlich Unterhaltsverpflichtete (selbst bei einer Fremdplatzierung gestützt auf Art. 310 ZGB) in der Verantwortung, die Unterbringungskosten zu tragen. Bei behördlicher Unterbringung gilt aber gegenüber Pflegeeltern bzw. einer sozialpädagogischen Einrichtung das Gemeinwesen als Auftraggeber. Dieses kann gestützt auf Art. 289 Abs. 2 ZGB die Auslagen von den Eltern zurückfordern. Letztlich treffen die Kosten oft die Sozialhilfebehörden, welche die Anordnungen der Kinderschutzbehörde nicht inhaltlich überprüfen können und auch nicht beschwerdebefugt sind (Cantieni/Blum, a.a.O., N 15.108 mit Hinweis auf Urteil BGer 5A_979/2013 vom 28.3.2014 Erw. 4; BGE 135 V 134).

2.4.3 Die Aufgaben der Beiständin umfassten gemäss dem Beschluss der KESB vom Juni 2016 unter anderem die Suche einer geeigneten Institution für S. bei Bedarf sowie die Planung des Eintrittes mit der infrage kommenden Einrichtung und den beteiligten Ämtern und Sozialdiensten und die Sicherstellung der Finanzierung (vgl. RR-act. II/02/Beilage 27 = Ernennungsurkunde der Beiständin vom 2.9.2016). Dieser Beschluss wurde nach der Volljährigkeit von S. durch eine Beistandschaft nach Art. 394 i.V.m. Art. 395 ZGB abgelöst. Aufgaben der Beiständin wa-

ren/sind unter anderem, stets für eine geeignete Wohnsituation bzw. Unterkunft für S. besorgt zu sein und sie bei allen in diesem Zusammenhang erforderlichen Handlungen soweit notwendig zu vertreten sowie S. bei der Organisation einer geeigneten Tagesstruktur, Beschäftigung und/oder Erwerbstätigkeit soweit notwendig zu vertreten (vgl. Ernennungsurkunde der Beiständin vom Juli 2018).

3.1 Aus den dargelegten massgeblichen gesetzlichen Grundlagen sind für die Beurteilung der vorliegenden Beschwerde folgende Schlüsse zu ziehen:

3.2.1 Die Heimunterbringung im interkantonalen Verhältnis gestützt auf die IVSE basiert zum einen (unausgesprochen) auf dem Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung der von den jeweiligen Trägerkantonen der Vereinbarung unterstellten Einrichtungen sowie auf einem entsprechenden gegenseitigen Vertrauen. Dieses Vertrauen beansprucht auch die Geschäftsführung der IVSE für sich mit der sinngemässen Begründung, eine Kontrolle der einzelnen Einrichtungen übersteige ihre Möglichkeiten (vgl. vorstehend Erw. 2.2.4). Vorliegend liegt diese Kontrolle über die Einhaltung der Qualitätsanforderung der der IVSE unterstellten Einrichtungen im Kanton Luzern, und somit auch des Therapieheims K., dem Kanton Luzern. Die entsprechenden Kontrollinstrumente hat der Kanton Luzern gesetzlich einlässlich geregelt. Leistungsaufträge und Leistungsvereinbarungen, miteingeschlossen die Einhaltung der (Mindest-)Qualitätsanforderungen, werden periodisch geprüft (vgl. vorstehend Erw. 2.3.1 ff.). In programmatischer Hinsicht bezweckt die IVSE gerade auch die Förderung der Qualität der Einrichtungen, insbesondere gestützt auf Informations- und Erfahrungsaustausch (vgl. vorstehend Erw. 2.2.1).

Zum ändern will die IVSE mit dem Instrument der Kostenübernahmegarantie insbesondere auch die Kostentragung für die Unterbringung in der IVSE unterstellten Einrichtungen im interkantonalen Verhältnis sicherstellen.

3.2.2 Mit der Kostenübernahmegarantie eines Kantons ist gemäss der IVSE im Sinne einer Übernahme des Inkassorisikos der ausserkantonalen Einrichtung die zwingende Verpflichtung verbunden, für die Kosten aufzukommen, wenn sie - aus welchen Gründen auch immer - seitens des primär Zahlungspflichtigen ausbleiben. Ein Recht, die Zahlung (ganz oder vollständig) zurückzuhalten, lässt sich aus der IVSE nicht ableiten. Beanstandungen an den erbrachten Leistungen sind im Rahmen des vorstehend angesprochenen Informationsaustausches anzubringen. In diesem Sinne

B 13.1

hat die zuständige Dienststelle Soziales und Gesundheit des Kantons Luzern mit Schreiben vom 30. Oktober 2018 auch die Prüfung der beanstandeten Vorkommnisse in Aussicht gestellt (RR-act. II/02/Beilage 18).

3.2.3 Soweit die Beschwerdeführerin allenfalls der Auffassung ist, der Kanton habe nicht alle notwendigen Anstrengungen zur Kostenreduktion unternommen, ist an dieser Stelle Folgendes festzuhalten: Aufgrund der Komplexität des Streitbeilegungsverfahrens gemäss Art. 35 IVSE bzw. Art. 31 ff. IRV hat die SODK Empfehlungen über die Beilegung von Streitigkeiten aus der IVSE (vom 22.3.2013) erlassen. Damit sollten optionale Vorgehensweisen zur Verfügung gestellt werden, um Streitigkeiten rasch, frühzeitig und möglichst auf gütliche Weise zu bereinigen. Empfohlen wird deshalb, zunächst eine Einigung zwischen den Leiterinnen und Leitern der betroffenen kantonalen Ämter anzustreben. Kommt keine Einigung zustande, kann wahlweise ein Schiedsverfahren, ein Mediationsverfahren (zu deren Ablauf vgl. Anhänge 1 und 2 zur Empfehlung über die Beilegung von Streitigkeiten aus der IVSE) oder das Streitbeilegungsverfahren gemäss Art. 35 IVSE angestrebt werden, die sich alle mehr oder weniger aufwändig gestalten. Ob eines dieser Verfahren angestrebt werden soll, liegt letztlich im Ermessen des Kantons, in der Regel des zahlungspflichtigen Wohnortkantons, und ist insbesondere unter Wahrung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes zu entscheiden.

Es ist der Beschwerdeführerin daher unbehelflich, wenn der Kanton kein Schlichtungsverfahren angestrengt hat, nachdem die Bemühungen um eine gütliche Lösung zu keiner Kostenreduktion geführt haben. Somit ist es auch irrelevant, ob vorliegend eine Streitigkeit aus IVSE betroffen ist, was vom Sicherheitsdepartement in Abrede gestellt wird. Diesbezüglich ist allerdings anzumerken, dass die vorerwähnten Empfehlungen über die Beilegung von Streitigkeiten formuliert wurden mit dem Hinweis, dass es bei zu schlichtenden Meinungsunterschieden oft "um finanzielle Fragen im Zusammenhang mit Betreuungs- oder sonstigen Kosten" geht (S. 1 Ziff. 1).

3.2.4 Wird eine Einrichtung, für welche eine Kostenübernahmegarantie gesprochen wurde, aus welchen Gründen auch immer nicht (mehr) als geeignet erachtet, bleibt gestützt auf die IVSE mithin ansonsten nur die Kündigung der Kostenübernahmegarantie, welche indes nur bei unbefristeten Kostenübernahmegarantien vorgesehen ist und die Einhaltung einer sechsmonatigen Kündigungsfrist bedingt, für welche Dauer die Zahlungen wohl oder übel weiterhin vollumfänglich zu leisten sind.

3.2.5 Aus der IVSE kann die Beschwerdeführerin somit nichts zu ihren Gunsten herleiten. Es stellt sich daher die Frage nach der Kostentragung im innerkantonalen Verhältnis.

3.3.1 Die Eltern bzw. der Vater von S. als deren Unterhaltsverpflichteter ist grundsätzlich für die Bestreitung der Fremdplatzierungskosten verantwortlich. Mit Eintritt der Volljährigkeit geht die Verantwortlichkeit an die junge erwachsene Person selber über. In diesem Sinne hat die Beiständin dem Therapieheim unter anderem auch mitgeteilt, dass S. den Heimaufenthalt seit der Volljährigkeit selbständig aus ihrem Vermögen bezahle.

Innerkantonal hat subsidiär die Gemeinde die Kosten zu tragen, welche die betreuungspflichtige Person (oder die gesetzlich hierzu Verpflichteten) nicht selber decken kann. Vorliegend ergibt sich aus innerkantonalem Recht mithin eine Zahlungspflicht der Beschwerdeführerin, welche überdies die Kostenübernahmegarantie mitunterzeichnet hat.

3.3.2 Soweit die vom Kanton bewilligten Einrichtungen den Vorgaben unter anderem betreffend die Qualitätssicherung nicht nachkommen, kann der Regierungsrat Beiträge kürzen oder andere geeignete Massnahmen ergreifen (§ 23 Abs. 1 lit. a SEG i.V.m. § 23 Abs. 2 SEG). Aus dieser Bestimmung, welche nur innerkantonale Geltung hat, ist zu folgern, dass es einer (subsidiär) zahlungspflichtigen Gemeinde auch innerkantonale grundsätzlich benommen ist, eine nach ihrem Dafürhalten qualitative Dienstleistung einer bewilligten Einrichtung mit einer (ganzen oder teilweisen) Verweigerung der Kostentragung oder anderswie zu sanktionieren. Vielmehr liegt es ausschliesslich am Regierungsrat, die im Gesetz vorgesehenen Konsequenzen zu ziehen. Betreffend ausserkantonale Einrichtungen ist dies grundsätzlich auch dem Regierungsrat benommen.

3.3.3 Im Übrigen lässt sich fragen, ob die Beschwerdeführerin überhaupt zur Anfechtung der Verfügung Nr. 136/19 des Departements des Innern vom 11. Juni 2019 befugt war/ist.

(...).

3.4 Der Regierungsrat führt zu Recht auch aus, dass die Beschwerdeführerin nicht Vertragspartei des "Unterbringungsvertrags" mit dem Therapieheim war (angefochtener Beschluss Erw. 6.1). Vertragsparteien des als Innominatvertrag zu qualifizierenden "Unterbringungsvertrags", der namentlich Beherbergung/Pension, Betreuung/Obhut und Schulung umfasst, ist einerseits das Therapieheim als "beauftragte" Leistungserbringerin, andererseits die Eltern/der Vater und die Beistandsperson bzw. nach Eintritt der Volljährigkeit S. und die Beistandsperson (vgl. vorstehend

B 13.1

Erw. 2.4.1) als "Auftraggeber". Soweit das Vertragsverhältnis auftragsrechtliche Elemente umfasst wie vorschriftsgemässe Ausführung (Art. 397 OR), Haftung für getreue Ausführung (Art. 398 OR) oder Anspruch auf Rechenschaftsablegung (Art. 400 OR), kann die Beschwerdeführerin aus der Verweigerung von Auskünften und Einsichtnahme in Unterlagen seitens des Therapieheims folglich nichts zu ihren Gunsten herleiten, unabhängig davon, ob diese Verweigerung unmittelbar ihr oder der Beiständin oder dem Vater von S. oder selbst dem Kanton bzw. der Vorinstanz bzw. dem Amt für Gesundheit und Soziales gegenüber erfolgten. Selbst wenn eine qualitativ ungenügende Leistungserbringung durch das Therapieheim erstellt wäre, könnte die Beschwerdeführerin hieraus keine Ansprüche ableiten, da das Therapieheim ihr gegenüber keine Verpflichtungen eingegangen ist. Im Lichte der auftragsrechtlichen Bestimmungen hatte die Beschwerdeführerin mithin auch keine Möglichkeit (bzw. hätte nicht gehabt), das Auftragsverhältnis abweichend von den Vorgaben der IVSE vorzeitig bzw. jederzeit (Art. 404 Abs. 1 OR) zu kündigen.

3.5 Die Beschwerde erweist sich im Sinne der vorstehenden Ausführungen als unbegründet. Wie dargelegt erlauben die gesetzlichen Bestimmungen keine Reduktion der Kosten, sei es seitens der grundsätzlich zahlungspflichtigen S. bzw. deren Vater noch des Kantons oder der Beschwerdeführerin. Hieran ändert die Tatsache nichts, dass es aufgrund der Akten als erstellt gelten kann, dass das S. im Therapieheim K. angediehene Betreuungs- und Schulkonzept angesichts der dargelegten gesetzlichen Grundlagen sowie den darauf basierenden wohltönenden Qualitätssicherungsinstrumenten nicht als qualitativ genügend - jedenfalls gemessen an den gängigen Qualitätsvorstellungen - qualifiziert werden kann. (...).

(VGE III 2020 34 vom 27. Mai 2020).

18. Verschiedenes

18.1 Öffentlichkeit der Verwaltung - Akteneinsicht

- Für die Gewährung des Zugangs zu amtlichen Dokumenten ist von Gesetzes wegen (primär) das öffentliche Organ zuständig, das im Besitz des betreffenden Dokuments ist oder (sekundär) welches das Dokument erstellt hat. Der sich allenfalls durch die Bearbeitung von in einem Sachzusammenhang stehenden Gesuchen durch unterschiedliche öffentliche Organe (Behörden) ergebende Mehraufwand muss daher in Kauf genommen werden. Im konkreten Fall haben die verschiedenen zuständigen öffentlichen Organe ihr Vorgehen sinnvollerweise koordiniert.
- Anforderungen an das Gesuch um Zugang zu amtlichen Dokumenten.

Aus den Erwägungen:

2.1.1 Die Behörden informieren die Öffentlichkeit über ihre Tätigkeit, soweit nicht überwiegende öffentliche oder private Interessen entgegenstehen (§ 45 Abs. 2 KV). Kanton, Bezirke und Gemeinden gewährleisten einen einfachen Zugang zu ihrer Verwaltung und halten sich an das Öffentlichkeitsprinzip (§45 Abs. 3 KV).

Das Öffentlichkeitsprinzip dient der Transparenz der Verwaltung. Es soll das Vertrauen der Bürgerinnen und Bürger in die staatlichen Institutionen und ihr Funktionieren fördern; es bildet zudem eine wesentliche Voraussetzung für eine sinnvolle demokratische Mitwirkung am politischen Entscheidungsfindungsprozess und für eine wirksame Kontrolle der staatlichen Behörden (BGE 133 II 209 Erw. 2.3.1; BVGE 2013/50 Erw. 5.2.4). Mit dem Öffentlichkeitsprinzip wird die Geheimhaltung zur Ausnahme und die Information zur Regel (vgl. regierungsrätlicher Bericht und Vorlage betreffend das Gesetz über die Öffentlichkeit und den Datenschutz an den Kantonsrat vom 23.1.2007 [RRB Nr. 104/2007; nachstehend: "Bericht und Vorlage"] S. 1 Ziff. 1).

2.1.2 Den Zugang zu amtlichen Dokumenten der Verwaltung regelt das Gesetz über die Öffentlichkeit der Verwaltung und den Datenschutz (ÖDSG; SRSZ 140.410) vom 23. Mai 2017 (§ 1 lit. a ÖDSG). Es gilt für die öffentlichen Organe des Kantons, der Bezirke und Gemeinden, soweit sie hoheitlich handeln (§ 2 Abs.1 ÖDSG).

Öffentliche Organe im Sinne des Gesetzes sind unter anderem Regierungsrat, Behörden, und Verwaltungsstellen des Kantons, der Bezirke und

B 18.1

Gemeinden (§ 4 lit. a ÖDSG). Amtliche Dokumente sind Aufzeichnungen, welche die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe betreffen, unabhängig von der Darstellungsform und vom Informationsträger (§ 4 lit. b ÖDSG).

Jede Person hat Anspruch darauf, amtliche Dokumente einzusehen und Auskunft über den Inhalt amtlicher Dokumente zu erhalten (§ 5 Abs. 1 ÖDSG). Würde die Bearbeitung des Gesuchs dem öffentlichen Organ einen ausserordentlich hohen Aufwand verursachen, kann der Zugang zu den amtlichen Dokumenten vom Nachweis eines schutzwürdigen Interesses abhängig gemacht werden (§ 5 Abs. 2 ÖDSG).

§ 6 ÖDSG normiert die Ausnahmen vom Öffentlichkeitsprinzip. Der Zugang zu amtlichen Dokumenten wird gemäss § 6 Abs. 2 ÖDSG aufgeschoben, eingeschränkt oder verweigert, wenn ihm überwiegende öffentliche oder private Interessen entgegenstehen. § 6 Abs. 3 ÖDSG umschreibt die überwiegenden öffentlichen Interessen, § 6 Abs. 4 ÖDSG die überwiegenden privaten Interessen. Solche überwiegenden privaten Interessen können angenommen werden, wenn die Gewährung des Zugangs entweder zur Preisgabe von Informationen führen würde, die dem öffentlichen Organ von Dritten freiwillig und unter Zusicherung der Geheimhaltung mitgeteilt worden sind (lit. a) oder die Offenlegung von Tatsachen zur Folge hätte, die dem Berufs-, Geschäfts- oder Fabrikationsgeheimnis unterliegen oder die urheberrechtlich geschützt sind (lit. b).

2.1.3 Wer Einsicht in ein amtliches Dokument oder Auskunft über dessen Inhalt verlangt, richtet ein Gesuch im Sinne von § 32 ÖDSG an das öffentliche Organ, welches das betreffende Dokument besitzt (§ 7 Abs. 1 ÖDSG). Das Gesuch kann mündlich oder schriftlich gestellt werden (§ 5 Abs. 1 ÖDSV). Das Gesuch muss nicht begründet werden, aber die für die Identifizierung des gesuchten Dokuments notwendigen Angaben enthalten (§ 7 Abs. 2 ÖDSG; vgl. § 5 Abs. 2 ÖDSV).

Für die Gewährung des Zugangs zu amtlichen Dokumenten ist das öffentliche Organ zuständig, das im Besitz des betreffenden Dokuments ist (§ 27 Abs. 1 ÖDSG). Ist ein Dokument bei mehreren öffentlichen Organen vorhanden, hat die das Gesuch stellende Person die Wahl, an wen sie sich wenden will (vgl. "Bericht und Vorlage" S. 18 zu § 27).

Das öffentliche Organ, das um Auskunft über den Inhalt eines amtlichen Dokuments oder um Einsichtnahme in ein solches ersucht wird, prüft seine Zuständigkeit. Wird sie verneint, ist das Gesuch an die zuständige Stelle weiterzuleiten (§ 6 Abs. 1 ÖDSV). Sind nach Massgabe von § 27 Abs. 1 ÖDSG mehrere öffentliche Organe zuständig, ist das Gesuch von jenem öffentlichen Organ zu behandeln, welches das Dokument erstellt hat (§ 6 Abs. 2 ÖDSV). Das zuständige öffentliche Organ prüft in jedem

Fall, ob der Auskunftserteilung oder der Gewährung der Einsicht öffentliche oder private Interessen entgegenstehen (§ 7 ÖDSV). Stehen der Einsichtnahme öffentliche oder private Interessen entgegen, werden diese nach Möglichkeit durch Abdecken der kritischen Stellen geschützt (§ 10 Abs. 1 ÖDSV). Können die in Frage stehenden öffentlichen oder privaten Interessen durch Abdecken nicht hinreichend geschützt werden, hat die gesuchstellende Person ihr Interesse an der Einsichtnahme darzulegen (§ 10 Abs. 2 ÖDSV).

2.2.1 Massgebend für die Beurteilung der Zuständigkeit für die Gewährung des Zugangs zu einem amtlichen Dokument ist gemäss der gesetzlichen Regelung also die Frage, welches öffentliche Organ sich im Besitz des Dokumentes befindet. Nun können verschiedene Organe, die in ein Verfahren involviert sind, ohne weiteres ein und dasselbe Dokument besitzen. Für diese Konstellation erklärt § 6 Abs. 2 ÖDSV das Organ, welches das Dokument erstellt hat, für zuständig.

2.2.2 Vorliegend wurde das Gesuch um Zugang zu amtlichen Akten an den Regierungsrat adressiert. Nach Eruiierung diverser vom Gesuch betroffener Akten wurde die Zuständigkeit zur Beurteilung des Gesuchs einerseits nach der Urheberschaft (Regierungsrat), andererseits, soweit die Einsichtnahme in Schreiben der Beschwerdegegnerin betroffen war, nach den Adressaten als Besitzer bestimmt. Dieses Vorgehen entspricht den gesetzlichen Vorgaben und ist nicht zu beanstanden. (...).

Das ÖDSG (und ÖDSV) regelt die Einsichtnahme in einzelne Dokumente und nicht in themenbezogene Aktendossiers. Diese Zuständigkeitsregelung entspricht auch Art. 10 des Bundesgesetzes über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung (Öffentlichkeitsgesetz, BGÖ; SR 152.3) vom 17. Dezember 2004 ("Das Gesuch um Zugang zu amtlichen Dokumenten ist an die Behörde zu richten, die das Dokument erstellt oder von Dritten, die nicht diesem Gesetz [d.h. BGÖ] unterstehen, als Hauptadressatin erhalten hat"). Das BGÖ und die dazugehörige Verordnung über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung (Öffentlichkeitsverordnung, VBGÖ; SR 152.31) vom 24. Mai 2006 sehen denn auch davon ab, eine zentral zuständige Instanz für sämtliche Gesuche zu bestimmen (BSK BGÖ-Bhend/Schneider, Art. 10 N 21). Ein weitergehendes Koordinationsprinzip, wie es den Beschwerdeführern offenkundig vorschwebt und wie es beispielsweise Art. 25a des Bundesgesetzes über die Raumplanung (Raumplanungsgesetz; RPG; SR 700) vom 22. Juni 1979 für das Planungs- und Baubewilligungsverfahren normiert (vgl. auch § 77 Abs. 3 des Planungs- und Baugesetzes [PBG; SRSZ 400.100] vom 14.5.1987), lässt

B 18.1

sich weder aus § 6 ÖDSV noch den übrigen Bestimmungen des ÖDSG/ÖDSV ableiten.

Indes haben die drei für die Gesuchsbehandlung als zuständig erkannten Organe ihre Beurteilung sinnvollerweise inhaltlich und zeitlich koordiniert. Dieses Vorgehen entspricht beispielsweise dem in § 9 der Verordnung über die Information und den Datenschutz des Kantons Zürich (IDV; SRZH 170.41) vom 28. Mai 2008 vorgesehenen Verfahren. Gemäss dieser Regelung ist zum einen - analog zum hiesigen Recht - ein Gesuch, das offensichtlich die Informationen eines anderen Organs betrifft, diesem zur Behandlung zu überweisen; dies gilt namentlich dann, wenn die angefragte Stelle zwar über die verlangte Information verfügt, sie aber nicht selbst erstellt oder als Hauptadressatin empfangen hat (Abs. 2). Zum andern sprechen sich die Organe über die Behandlung und Beurteilung des Gesuchs ab, wenn das Gesuch Informationen mehrerer Organe betrifft.

Den Beschwerdeführern ist zwar beizupflichten, dass die Erstellung dreier Verfügungen durch drei verschiedene Organe im konkreten Fall einen gewissen Mehraufwand mit sich bringt. Das Öffentlichkeitsprinzip bringt allerdings generell einen mehr oder weniger erheblichen administrativen Aufwand mit sich (vgl. Bericht und Vorlage S. 18 Ziff. 6 [personelle und finanzielle Auswirkungen]; Jahresbericht des Regierungsrates 2019 S. 243; Botschaft des Bundesrates zum Bundesgesetz über die Öffentlichkeit der Verwaltung vom 12. Februar 2003, Bundesblatt 2003 S. 1963 ff., S. 2034 ff. Ziff. 4; Budget EDÖB [Eidg. Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragter] 2020: Fr. 6'237'000.--). Der Zugang zu amtlichen Dokumenten kann daher bei Gesuchen, deren Bearbeitung dem zuständigen Organ einen ausserordentlich hohen Aufwand verursachen würde, vom Nachweis eines schutzwürdigen Interesses abhängig gemacht werden kann (§ 5 Abs. 2 ÖDSG; vgl. auch § 25 IDG-ZH). Dabei muss das schutzwürdige Interesse umso grösser sein, je erheblicher der Aufwand für die Zugangsgewährung ausfällt (BGE 144 I 170 [= 1C_461/2017 vom 27.6.2018 Erw. 7.8; Urteil BGer 1C_467/2017 vom 27.6.2018 Erw. 7.8).

Der von den Beschwerdeführern infolge der drei Verfügungen geltend gemachte Mehraufwand ist als gering zu veranschlagen bzw. kann vernachlässigt werden. Insbesondere kann keine Verletzung von § 45 Abs. 3 KV erkannt werden, nachdem die Beschwerdeführer ihr Gesuch beim Regierungsrat einreichen konnten, und im Übrigen die Vorinstanzen hernach die Eruiierung der vom Gesuch möglicherweise erfassten Dokumente und ihre jeweiligen Zuständigkeiten im Sinne des ÖDSG sowie der Weiterleitungspflicht an die zuständigen Stellen (analog § 10 Abs. 2 f. VRP;

vgl. BSK BGÖ-Bhend/Schneider, Art.10 N 23) in Befolgung des Untersuchungsgrundsatzes (§ 18 VRP) entsprechend den gesetzlichen Vorgaben an die Hand nahmen.

2.3.1 Gemäss dem "Bericht und Vorlage" versteht sich von selbst, dass das amtliche Dokument, zu dem Zugang verlangt wird, so bezeichnet oder umschrieben werden muss, dass das angegangene Organ erkennen kann, wofür es der ein Gesuch stellenden Person geht (S. 9 zu § 7 ÖDSG). Nach der Rechtsprechung (Urteil BGer 1C_155/2017 vom 17.7.2017 Erw. 2.5 mit Hinweisen, u.a. auf BSK BGÖ-Bhend/Schneider, Art. 10 N 39) dient das Erfordernis eines hinreichend genau formulierten Zugangsgesuchs dazu, die Behörden darin zu unterstützen, die verlangten amtlichen Dokumente ausfindig zu machen. Insofern bezweckt es, die Identifizierung der gesuchten Dokumente zu ermöglichen. Hierzu muss das Zugangsgesuch genügende und möglichst präzise Angaben enthalten, wobei vom Gesuchsteller im Sinne des Verhältnismässigkeitsprinzips nicht mehr Informationen verlangt werden können, als für die Behandlung des Gesuchs unabdingbar sind. Ein Zugangsgesuch hat genügend Angaben zu enthalten, die es der Behörde erlauben, das verlangte amtliche Dokument zu identifizieren. Soweit es dem Gesuchsteller zumutbar ist, muss er namentlich allgemein zugängliche Daten, eine bestimmte Zeitspanne, die Behörde, die das Dokument erstellt hat, oder den betreffenden Sachbereich angeben. Im Allgemeinen sind an das Erfordernis eines hinreichend genau formulierten Gesuchs keine allzu hohen Anforderungen zu stellen: Es genügt, wenn die nachgesuchten Dokumente von der zuständigen Behörde ohne grössere Schwierigkeiten identifiziert werden können. Im erwähnten Bundesgerichtsurteil (1C_155/2017) wurde um Zugang zu allen Protokollen von Gemeinderatssitzungen ab einem bestimmten Datum ersucht. Dass die Eruiierung dieser Protokolle keine grösseren Schwierigkeiten mit sich bringt, ist mit dem Bundesgericht "offensichtlich der Fall". Der Vorwurf der Vorinstanz, das Gesuch sei undifferenziert und beziehe sich nicht auf ein spezifisches Dokument, das Informationen zu einem bestimmten Fall oder zu einem konkreten Verwaltungsgeschäft enthalte, wurde vom Bundesgericht für unhaltbar erklärt. Die Herausforderung der Behörde bei einem derartigen Gesuch liege vielmehr darin, dass das zweifellos umfangreiche Zugangsgesuch eine aufwändige Bearbeitung erfordere (Erw. 2.6). Umfangreiche Zugangsgesuche, die eine aufwändige Bearbeitung erfordern, sind grundsätzlich zulässig, sofern sie den Geschäftsgang der Behörde nicht geradezu lahmlegen (BGE 142 II 324 Erw. 3.5).

2.3.2 Die Beschwerdeführer haben ihr Gesuch über zwei Themenkreise definiert, (...).

B 18.1

2.3.3 Die eruierten Dokumente entsprechen dem Gesuch der Beschwerdeführer, was von ihnen nicht bestritten wird. Dabei haben sich die Vorinstanzen abweichend vom Begehren um Einsichtnahme nicht auf die Korrespondenz der Beschwerdegegnerin mit dem Regierungsrat beschränkt, was abgesehen vom RRB Nr. 36/2013 offensichtlich kein Ergebnis gezeitigt hätte, sondern auch die Korrespondenz zwischen der Beschwerdegegnerin und den mit der Sache betrauten Behörden (Volkswirtschaftsdepartement; Amt für Wirtschaft) berücksichtigt. (...).

Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführer bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass die Vorinstanzen eine willkürliche Auswahl getroffen haben. (...).

3.1.1 Überwiegende private Interessen können unter anderem angenommen werden, wenn die Gewährung des Zugangs zu amtlichen Dokumenten die Offenlegung von Tatsachen zur Folge hätte, die dem Berufs-, Geschäfts- oder Fabrikationsgeheimnis unterliegen oder die urheberrechtlich geschützt sind (§ 6 Abs. 4 lit. b ÖDSG; vgl. vorstehend Erw. 2.1.2). Der "Bericht und Vorlage" äussert sich nicht zu den privaten Interessen gemäss § 6 Abs. 4 lit. b ÖDSG. Dieser Ausnahmetatbestand entspricht jedoch Art. 7 Abs. 1 lit. g BGÖ. Es kann daher zur Auslegung der kantonrechtlichen Ausnahmebestimmung auch die Rechtsprechung und Literatur zur bundesrechtlichen Regelung herangezogen werden (vgl. Urteil BGer 1C_665/2017 vom 16.1.2019 = ZBI 2019 S. 453 ff. Erw. 3.2).

Festzuhalten ist allerdings, dass das BGÖ - im Unterschied zum ÖDSG - in § 7 Abs. 1 BGÖ die Interessenabwägung zwischen dem Zugangsinteresse einerseits und dem Interesse an der Geheimhaltung andererseits bereits vorweggenommen hat, indem die Fälle abschliessend aufgezählt werden, in denen das Geheimhaltungsinteresse gegenüber dem Interesse am Zugang überwiegt (vgl. BSK BGÖ-Steimen, Art. 7 N 2 f.). Der Auffassung des Volkswirtschaftsdepartements, wonach der kantonale Gesetzgeber ebenfalls bereits eine Güterabwägung zwischen den geltend gemachten Interessen von Privaten in Bezug auf das Geschäftsgeheimnis und den Zugangsinteressen der Beschwerdeführer vorgenommen hat, was zur Folge hätte, dass sich eine solche im Rahmen einer gerichtlichen Überprüfung erübrigen würde bzw. unzulässig wäre, kann nicht gefolgt werden. Laut dem regierungsrätlichen "Bericht und Vorlage" (S. 8 zu § 6) werden in § 6 ÖDSG beispielhaft Tatbestände aufgezählt, "bei denen vermutungsweise öffentliche (Abs. 3) oder private (Abs. 4) Interessen überwiegen". Demgegenüber schliesse § 6 Abs. 1 ÖDSG den Anspruch auf Zugang für bestimmte amtliche Dokumente "generell und ohne Interessenabwägung aus". Die Gesetzesmaterialien belegen mithin, dass der Gesetzgeber die

Interessen- bzw. Güterabwägung nur betreffend die in § 6 Abs. 1 ÖDSG normierten Ausnahmen, nicht aber betreffend die in § 6 Abs. 3 und 4 ÖDSG beispielhaft genannten öffentlichen und privaten Interessen vorgenommen hat. In vergleichbarer Weise wird in der Einleitung des "Berichts und Vorlage" (S. 1 Ziff. 1) festgehalten, dass das Öffentlichkeitsprinzip die ausdrücklich geregelten Geheimhaltungspflichten nicht hinfällig macht, also etwa das Steuergeheimnis sowie die Berufs- und Geschäftsgeheimnisse nicht berührt, aber Abwägungen zwischen Interessen an der Information einerseits sowie öffentlichen und privaten Schutzinteressen andererseits notwendig machen kann.

3.1.2 Liegt ein Ausnahmetatbestand vor, ist im Einzelfall zu prüfen, ob die Interessen an der Geheimhaltung das Transparenzinteresse überwiegen oder ob gegebenenfalls in Anwendung des Verhältnismässigkeitsprinzips (Art. 5 Abs. 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18.4.1999 [BV, SR 101]) ein eingeschränkter Zugang in Frage kommt. (...).

Die aufgrund der Zugangsgewährung drohende Verletzung der jeweiligen öffentlichen oder privaten Interessen muss zwar nicht mit Sicherheit eintreten, jedoch darf eine Gefährdung auch nicht lediglich denkbar oder (entfernt) möglich erscheinen; zudem muss diese ernsthaft sein, d.h. ein Schaden muss nach dem üblichen Lauf der Dinge mit hoher Wahrscheinlichkeit eintreten. Eine bloss geringfügige oder unangenehme Konsequenz kann nicht als Beeinträchtigung gelten (vgl. BGE 142 II 340 Erw. 2.2; BGE 142 II 324 Erw. 3.4; BGE 133 II 209 Erw. 2.3.3; BSK BGÖ-Steimen, Art. 7 N 4). Ein bloss abstraktes Gefährdungsrisiko genügt also nicht (Urteil BVGer A-3367/2017 vom 3.4.2018 Erw. 7.4).

3.1.3 Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, welche sich im Wesentlichen anhand des Begriffes des "Fabrikations- oder Geschäftsgeheimnisses" gemäss Art. 162 des Schweizerischen Strafgesetzbuches (StGB; SR 311.0) vom 21. Dezember 1937 sowie Art. 6 des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG; SR 241) vom 19. Dezember 1986 herausgebildet hat, gelten als Geheimnis weder offenkundige noch allgemein zugängliche Tatsachen (relative Unbekanntheit), die ein Geheimnisherr berechtigterweise geheim halten möchte (Geheimhaltungswille; subjektives Geheimhaltungsinteresse) und an deren Geheimhaltung der Geheimnisherr ein objektiv berechtigtes Geheimhaltungsinteresse bzw. "un intérêt légitime" bzw. "un interesse legittimo" (objektives Geheimhaltungsinteresse) hat. Der Gegenstand des Geschäftsgeheimnisses muss geschäftlich relevante Informationen betreffen. Darunter fallen insbeson-

B 18.1

dere Informationen, die Einkaufs- und Bezugsquellen, Betriebsorganisation, Preiskalkulation, Geschäftsstrategien, Businesspläne sowie Kundenlisten und -beziehungen etc. betreffen und einen betriebswirtschaftlichen oder kaufmännischen Charakter aufweisen. Entscheidend ist, ob die geheimen Informationen Auswirkungen auf das Geschäftsergebnis haben können, oder mit anderen Worten, ob die geheimen Informationen Auswirkungen auf die Wettbewerbsfähigkeit der Unternehmung haben. Insofern wird der Geheimnisbegriff im Zusammenhang mit Geschäftsgeheimnissen grundsätzlich weit verstanden (Urteil BGer 1C_665/2017 vom 16.1.2019 = ZBI 2019 S. 453 ff. Erw. 3.3 mit zahlreichen Hinweisen auf Lehre und Rechtsprechung, u.a. BGE 142 II 268 Erw. 5.2.2; BGE 142 II 340 Erw. 3.2; Urteil BVGer A-6108/2016 vom 28.3.2018 Erw. 6.1.2; vgl. auch Eidg. Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragter, Umsetzung des Öffentlichkeitsprinzips in der Bundesverwaltung: Häufig gestellte Fragen, Bern, 7.8.2013, S. 28 ff. Ziff. 5.2.1). Mit Bezug auf den konkreten Fall hat das Bundesgericht in diesem Urteil (1C_665/2017) weiter erwogen (Erw. 5.5), Geschäftsgeheimnis könne grundsätzlich nur sein, wie ein Anbieter seine Leistung entwickle, produziere, den Preis kalkuliere etc. Nur solche Informationen könnten der Konkurrenz allenfalls einen Wettbewerbsvorteil verschaffen. Unbestrittenermassen enthielten die Leistungsverzeichnisse aber nur detaillierte Leistungsbeschreibungen. Es sei nicht erkennbar, inwiefern alleine diese Kenntnis Rückschlüsse auf das Geschäftsmodell der Unternehmung oder andere Geschäftsinterna ermöglichen solle, auch wenn die Beschwerdeführerin dadurch womöglich für sie interessante Informationen betreffend die Struktur der Dienstleistungen, des Leistungsumfangs und der weiteren Modalitäten der Unternehmung erhalte. Gemäss BGE 142 II 340 (Erw. 3; vgl. BGE 144 II 91 Erw. 3.1) ist massgeblich, ob Informationen zu einer Beeinträchtigung des geschäftlichen Erfolgs des Unternehmens bzw. zu einer Verfälschung des Wettbewerbs führen könnten, wenn sie Konkurrenzunternehmen bekannt würden. Das Geschäftsgeheimnis betrifft Innen- sowie Aussenverhältnisse des Unternehmens, die für Konkurrenten wissenswert sind.

Dabei kommt es aus der Perspektive des betroffenen Unternehmens auf die mögliche Beeinflussung des Geschäftsergebnisses an; aus der Perspektive der Konkurrenten ist danach zu fragen, welchen wirtschaftlichen Nutzen diese aus der Information ziehen könnten (BSK BGÖ-Häner, Art. 7 N 37 mit Hinweis auf Empfehlung BGÖ/EDÖB [Eidg. Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragter] vom 4.12.2012 Erw. 31).

3.1.4(...).

Aus einer Geheimhaltungsvereinbarung oder einem Klassifizierungsmerkmal lassen sich allenfalls ein subjektives Geheimhaltungsinteresse,

aber noch keine bestehenden Geschäftsgeheimnisse ableiten (Urteil BVGer A-1432/2016 vom 5.4.2017 betr. RUAG Erw. 5.5.1; vgl. Empfehlung des EDÖB vom 19.9.2019 i.Sa. Zugang zum Bericht "Prüfung der effektiven Gewinnmarge bei RUAG Aviation 2013-2017" Rz. 18 f.; laut Huegli/Féraud/Häner, Evaluation des BGÖ Schlussbericht vom 9.12.2014, S. 26 Ziff. 3.3.7, sind die Bedingungen für die Vertraulichkeit von Interaktionen mit Dritten streng). In diesem Verfahren machte die RUAG unter anderem geltend, es würde Konkurrenten Einblick in die finanziellen und strategischen Grundlagen der RUAG gegeben; aus den im Bericht enthaltenen Informationen könnten Zuschläge berechnet werden, die RUAG für ihre Drittkunden verwende. Im Weiteren lasse sich die Strategie von RUAG in Bezug auf Herstellereinstellungen, Marketing und Verkauf, Forschung und Entwicklung sowie Administrationskosten herausfinden. Zudem handle es sich dabei um vertrauliche Wirtschaftsinformationen, welche bei Publikation indirekt zu Preisabsprachen und damit zu einer Verzerrung des Marktes führen könnten. Der EDÖB kam zum Ergebnis, dass das behauptete Schadensrisiko insgesamt als vage und lediglich entfernt möglich erscheine. Die Begründungen beschränkten sich auf allgemeine Aussagen über mögliche Risiken von Wettbewerbsverzerrungen, ohne jedoch konkret und im Detail darzulegen, welchen wirtschaftlichen Schaden die RUAG durch die Veröffentlichung zu vergegenwärtigen hätte (Rz. 26). Da das Bestehen eines Geschäftsgeheimnisses nicht hinreichend dargelegt wurde, empfahl der EDÖB den Zugang zum angebehrten Bericht zu gewähren.

3.1.5 Ein pauschaler Verweis auf Geschäftsgeheimnisse genügt nicht; der Geheimnisherr bzw. die zuständige Behörde, bei welcher die Beweislast liegt, hat konkret und im Detail aufzuzeigen, inwiefern eine Information vom Geschäftsgeheimnis geschützt ist (Urteile BVGer A-3829/2015 vom 26.11.2015 Erw. 5.1; A-199/2018 vom 18.4.2019 Erw. 4.3.2).

3.2.1 (...).

4.4.1 Zunächst ist es augenfällig, dass die integrale Verweigerung der Einsichtnahme vor dem Verhältnismässigkeitsgrundsatz nicht standhält. An Ausführungen zur Ausgangssituation, an der Nennung von Projektzielen und der Schilderung des Betriebskonzeptes samt Linienführung kann vorliegend kein objektives Geheimhaltungsinteresse bestehen. Die Argumentation des Amtes für Wirtschaft, Passagen ohne Geschäftsgeheimnisse seien derart spärlich, belanglos und untergeordnet, dass sich eine Zensurierung der Dokumente nicht lohne, ist nicht nachvollziehbar.

B 18.1

Ein fehlendes Geheimhaltungsinteresse muss erst recht angenommen werden, wenn ein Betreiber die öffentliche Hand um Fördermassnahmen zu Gunsten des öffentlichen Verkehrs angeht, obwohl sein Verkehrsbetrieb ausserhalb des Grundangebotes liegt (vgl. Urteil des BGer 1C_492/2019 vom 31.3.2020). Damit ist gleichzeitig von einem hohen öffentlichen Interesse an einer Offenlegung der entsprechenden Unterlagen auszugehen. Ein solches Interesse wird für eine Offenlegung zwar nicht vorausgesetzt; es bei der Interessenabwägung mitzubehrsichtigen scheint jedoch gerechtfertigt. Die gänzliche Verweigerung einer Offenlegung erweist sich bereits von daher als unhaltbar.

4.4.2 Des Weiteren kann nicht von einem rechtsgenüglichen Nachweis des Vorliegens eines Geschäftsgeheimnisses seitens der Behörden bzw. der Beschwerdegegnerin gesprochen werden.

Ein rechtsgenüglicher Nachweis des privaten Interesses an einer Geheimhaltung setzt auch voraus, dass aufgezeigt wird, dass bzw. inwiefern eine Zugangsgewährung zu einer ernsthaften Beeinträchtigung der geltend gemachten privaten Interessen, d.h. zu einer Beeinträchtigung der Wettbewerbsfähigkeit, führen kann. Allein die Aussage, es sei offensichtlich, dass detaillierte Angaben zu Investitionen, zur Finanzierung, zu Planbilanzen und Erfolgsrechnungen, Mittelflussrechnungen etc. offensichtlich nicht für die Öffentlichkeit bzw. für Dritte bestimmte Kennzahlen darstellen und dass es sich hierbei um sensible Daten handle, hat an und für sich wohl Geltung für alle Informationen, welche einem objektiven Geheimhaltungsinteresse unterliegen können; Rückschlüsse auf eine ernsthafte Beeinträchtigung der wettbewerblichen Situation einer Unternehmung lassen sich hieraus jedoch konkret nicht ziehen. Soweit Zahlen als vertraulich bezeichnet werden, kann eine solche Klassifizierung für sich allein ebenfalls kein Geheimhaltungsinteresse begründen (vgl. vorstehend Erw. 3.1.4). Ebenso lässt sich aus einem als "vertraulich" gestempelten Organigramm per se kein Geheimhaltungsinteresse ableiten.

4.4.3 Vorliegend dienen die von der Beschwerdegegnerin für geheim erklärten Dokumente unter anderem als Grundlagen, um Beiträge der öffentlichen Hand zu erlangen. Allenfalls liesse sich daher fragen, ob ein überwiegendes öffentliches Interesse im Sinne von § 6 Abs. 3 lit. b und c ÖDSG gegen eine Zugänglichmachung spricht. Demgemäss bestehen überwiegende Interessen, wenn die Gewährung des Zugangs geeignet ist, die Position eines öffentlichen Organs in Vertragsverhandlungen zu erschweren (lit. b) oder die freie Meinungs- und Willensbildung eines öffentlichen Organs oder einer anderen Behörde zu behindern (lit. c).

Indes wird dies zum einen nicht geltend gemacht. Zum andern lässt sich mit dieser Begründung allenfalls ein Aufschub der Zugänglichmachung bis zur rechtskräftigen Behandlung von Beitragsgesuchen rechtfertigen, damit die Behörden ohne äusseren Druck und ohne Störung des internen Willensbildungsprozesses ihre Gesuchsbeurteilung vornehmen können (vgl. BSK BGÖ-Steimen Art. 7 N 13 f.; "Bericht und Vorlage" S. 8 zu § 6 Abs. 2 und 3). Einen Aufschub sieht § 6 Abs. 2 ÖDSG neben einer Einschränkung oder gänzlichen Verweigerung der Zugangsgewährung auch ausdrücklich vor. (...).

5.5 Als Zwischenergebnis ist festzuhalten, dass ein öffentliches Interesse am Zugang zu den erwähnten Dokumenten zu bejahen ist und nicht ersichtlich ist, dass dieser Zugang relevante Auswirkungen auf den geschäftlichen Erfolg der Beschwerdegegnerin haben könnte.

Zu beachten ist jedoch, dass in diesen Dokumenten - zumindest teilweise - auch Daten von privaten Dritten enthalten sind. (...). Hierbei handelt es sich um Personendaten im Sinne von § 4 lit. c ÖDSG (Informationen, die sich auf eine bestimmte oder bestimmbar natürliche oder juristische Person beziehen) und § 8 ff. ÖDSG. In § 12 Abs. 1 ÖDSG wird zwar der Grundsatz aufgestellt, dass anderen öffentlichen Organen und Privaten gewisse Personendaten bekannt gegeben werden dürfen (lit. a. Namen, Vorname, Adresse und Geburtsdatum einer Person; lit. b. Daten, welche die betroffene Person allgemein zugänglich gemacht hat). In § 15 ÖDSG wird diese Befugnis jedoch eingeschränkt. Gemäss § 15 ÖDSG dürfen Personendaten Privaten nur bekannt gegeben werden, wenn: a) ein Rechtsatz dazu verpflichtet oder ermächtigt, oder b) die betroffene Person eingewilligt hat. Dies bezieht sich auch auf Personendaten im Sinne von § 12 Abs. 1 lit. a ÖDSG, soweit sie bloss Bestandteil eines amtlichen Dokumentes sind und dadurch im Zusammenhang weitergehende Informationen zu einer Person bekannt geben als nur Name und Adresse. Zudem sind bei der Bekanntgabe von Personendaten die allgemeinen Grundsätze nach § 8 ÖDSG zu beachten, insbesondere die Grundsätze der Verhältnismässigkeit sowie von Treu und Glauben (§ 8 Abs. 1 ÖDSG). Personendaten dürfen zudem nur zu dem Zweck bearbeitet werden (und somit auch bekannt gegeben werden, vgl. § 4 lit. f ÖDSG), der bei der Beschaffung angegeben wurde, der aus den Umständen ersichtlich oder gesetzlich vorgesehen ist. Zwar unterstehen alle amtlichen Dokumente dem Öffentlichkeitsprinzip, die Personendaten bleiben jedoch geschützt, da für ihre Bekanntgabe die Voraussetzungen von §§ 12 ff. ÖDSG erfüllt sein müssen.

Es besteht keine gesetzliche Grundlage, welche die Vorinstanzen verpflichten oder ermächtigen würde, weitere Kreditgeber an private Dritte

B 18.1

namentlich bekannt zu geben. Die Personendaten von privaten Kreditgebern oder Gläubigern einer privaten Unternehmung (...) können zwar erforderlich sein für Entscheide der öffentlichen Organe im Zusammenhang mit der finanziellen Hilfe und dienen damit der öffentlichen Aufgabenerfüllung. Sie müssen aber nach Treu und Glauben nicht davon ausgehen, dass ihre in den amtlichen Organen zur Verfügung gestellten Unterlagen enthaltene Personendaten Dritten uneingeschränkt bekannt gegeben werden dürfen. Die Datenbekanntgabe ist für die Erfüllung der öffentlichen Aufgabe - vorliegend der finanziellen Hilfe an ein privates Transportunternehmen - auch nicht erforderlich. (...). Der Umgang mit Personendaten aus amtlichen Dokumenten und damit auch der Umgang mit ihren Daten in den oberwähnten Dokumenten richtet sich nach den Datenschutzbestimmungen von §§ 8 ff. ÖDSG, weshalb ohne ausdrückliche Einwilligung dieser Gläubiger die entsprechenden Personendaten vor Bekanntgabe an die Gesuchsteller aus den Dokumenten zu streichen sind.

Vor Herausgabe dieser Dokumente an die Gesuchsteller haben die Vorinstanzen deshalb bei diesen privaten Dritten abzuklären, ob sie mit einer Datenbekanntgabe einverstanden sind, andernfalls sind ihre Personendaten - wie bereits erwähnt - vor Einsichtnahme durch Dritte aus den Dokumenten zu entfernen bzw. in den Dokumenten unkenntlich zu machen. Von dieser Abklärung kann selbstverständlich abgesehen werden, wenn sich die Beschwerdeführer zum Voraus mit einer Einsichtnahme in die Dokumente nach Unkenntlichmachung der Namen Dritter einverstanden erklären.

(VGE III 2020 72+75 vom 16. November 2020).

C **Regierungsrat**

1. **Gemeindewesen**

1.1 **Aufsichtsbeschwerde eines Mitglieds der Einbürgerungskommission gegen den Kommissionspräsidenten, welcher dem Gemeinderat angehört sowie gegen den Gemeinderat**

- *Zuständigkeit des Regierungsrates zur Beurteilung der Aufsichtsbeschwerde (Erw. 3-3.2).*
- *Zulässigkeit eines durch den Kommissionspräsidenten gestellten Rückkommensantrags im Gemeinderat (Erw. 4.6.1-4.6.4.).*
- *Die Doppelfunktion des Gemeindeschreibers als Sekretär der Einbürgerungsbehörde und als Protokollführer des Gemeinderats stellt eine systembedingte amtliche Mehrbefassung dar und bildet für sich alleine keinen Ausstandsgrund (Erw. 5.6.1-5.7).*

Aus den Erwägungen:

3. Der Aufsichtsbeschwerdegegner ist der Auffassung, dass der Regierungsrat für die Beurteilung der Aufsichtsbeschwerde nicht zuständig sei. Die Aufsichtsbeschwerde richte sich einzig gegen die Einbürgerungskommission bzw. das Verhalten einzelner Mitglieder (Präsident und Sekretär) dieser Kommission. Bei der Einbürgerungskommission handle es sich um eine unselbstständige Kommission, welche fachlich und administrativ dem Gemeinderat unterstellt sei. Das Gleiche gelte für den Gemeindeschreiber. Deshalb sei er und nicht der Regierungsrat für die Beurteilung der Aufsichtsbeschwerde vom 22. Februar 2020 zuständig.

3.1 Während Behörden wie beispielsweise dem Schulrat oder der Fürsorgebehörde eine eigenständige Entscheidungskompetenz zukommt, haben Kommissionen und Gremien, die dem Gemeinderat für bestimmte Sachgeschäfte Antrag stellen, grundsätzlich keine eigene abschliessende Entscheidungsbefugnis. Der Aufsichtsbeschwerdegegner hat zutreffend ausgeführt, dass es sich bei der Einbürgerungskommission um eine unselbstständige Kommission handelt, welche dem Aufsichtsbeschwerde-

C 1.1

gegner lediglich Antrag stellt und selbst über keine eigenständige Entscheidungskompetenz verfügt (vgl. dazu § 10 Abs. 3 des Bürgerrechtsgesetzes vom 20. April 2011, KBüG, SRSZ 110.100). Über solche Kommissionen und deren gesamte Tätigkeit übt der Gemeinderat die umfassende Aufsicht aus. Das Gleiche gilt für den Gemeindeschreiber, welcher vorliegend sowohl in der Funktion als Kommissionssekretär als auch als Schreiber des Gemeinderates involviert ist (vgl. Friedrich Huwyler, Gemeindeorganisation des Kanton Schwyz, Schwyz 2009, S. 132). Somit ist es zutreffend, dass die Einbürgerungskommission und der Gemeindeschreiber der Aufsicht des Gemeinderates unterstehen und für die Beurteilung Aufsichtsbeschwerde im Zusammenhang mit dem Verhalten der Einbürgerungskommission sowie auch des Gemeindeschreibers grundsätzlich der Aufsichtsbeschwerdegegner zuständig ist.

3.2 Allerdings verlangt der Aufsichtsbeschwerdeführer in seiner Eingabe vom 22. Februar 2020 auch die "Nichtigerklärung" bzw. Aufhebung des Beschlusses Nr. 2020-015 des Aufsichtsbeschwerdegegners vom 5. Februar 2020. Damit richtet sich die Aufsichtsbeschwerde auch direkt gegen den Aufsichtsbeschwerdegegner. Ferner beruht der umstrittene Beschluss auf einer Interaktion zwischen der Einbürgerungskommission und dem Aufsichtsbeschwerdegegner, welche vom Aufsichtsbeschwerdeführer ebenfalls beanstandet wird. Deshalb ist es vorliegend angezeigt, dass der Regierungsrat die Aufsichtsbeschwerde als Ganzes beurteilt (vgl. dazu analog RRB Nr. 1233 vom 20. Dezember 2011, E. 1.1).

3.3 – 4.5 (...).

4.6.1 Der Aufsichtsbeschwerdeführer wirft dem Präsidenten der Einbürgerungskommission weiter vor, er habe zum Gemeinderatsbeschluss Nr. 2019-092 vom 14. Oktober 2019 beim Aufsichtsbeschwerdegegner eigenmächtig einen Rückkommensantrag gestellt, ohne dies mit den übrigen Mitgliedern der Einbürgerungskommission abzusprechen. Der Präsident der Einbürgerungskommission bestätigt in seiner Vernehmlassung vom 9. April 2020, dass er den Rückkommensantrag ohne Rücksprache mit den übrigen Kommissionsmitgliedern eingereicht habe. Er ist jedoch der Auffassung, dass es jedem Mitglied einer unselbständigen Kommission gestattet sei, selber beim Aufsichtsbeschwerdegegner einen Antrag auf Neubeurteilung einzureichen.

4.6.2 Dem Präsidenten der Einbürgerungskommission ist zuzustimmen, dass er als Mitglied des Aufsichtsbeschwerdegegners und in seiner Funktion als Gemeinderat jederzeit in diesem Gremium einen Rückkommensantrag zu einem früher gefällten Beschluss stellen kann (vgl. dazu § 46

Abs. 5 GOG). Es ist deshalb nicht zu beanstanden, dass der Präsident der Einbürgerungskommission, welcher gleichzeitig Mitglied des Gemeinderates ist, bei diesem zum Gemeinderatsbeschluss Nr. 2019-092 vom 14. Oktober 2019 einen Rückkommensantrag gestellt hat. Auch hier wäre es jedoch wünschenswert gewesen, wenn er die Einbürgerungskommission vorgängig über seinen Rückkommensantrag informiert hätte.

4.6.3 Kommt hinzu, dass sich das Verhalten des Präsidenten der Einbürgerungskommission im Zusammenhang mit dem Rückkommensantrag nicht auf die Mitwirkungsrechte der einzelnen Mitglieder der Einbürgerungskommission ausgewirkt hat. Denn mit dem durch den Rückkommensantrag des Präsidenten erwirkten Beschluss Nr. 2020-010 vom 15. Januar 2020 hat der Aufsichtsbeschwerdegegner über das Einbürgerungsgesuch der Beigeladenen Ziffer 2 nicht materiell neu entschieden. Vielmehr hat er mit dem erwähnten Beschluss die Sache an die Einbürgerungskommission zur nochmaligen Beurteilung und Antragstellung zurückgewiesen. Sämtliche Mitglieder der Einbürgerungskommission konnten sich an der am 28. Januar 2020 abgehaltenen Sitzung nochmals zum Einbürgerungsgesuch der Beigeladenen Ziffer 2 äussern. Schliesslich hat das Verhalten des Präsidenten bzw. der von ihm eigenmächtig gestellte Rückkommensantrag auch keine Auswirkungen auf das Ergebnis in der Einbürgerungskommission, da diese am 28. Januar 2020 erneut den Antrag an den Aufsichtsbeschwerdegegner stellte, die Einbürgerung der Beigeladenen Ziffer 2 abzulehnen. Der Umstand, dass der Aufsichtsbeschwerdegegner in der Folge mit Beschluss Nr. 2020-015 vom 5. Februar 2020 dem Antrag der Einbürgerungskommission nicht gefolgt ist und der Gemeindeversammlung beantragt hat, den Beigeladenen Ziffer 2 das Gemeindebürgerrecht zu erteilen, steht in keinem Zusammenhang mit dem Rückkommensantrag des Präsidenten der Einbürgerungskommission.

4.6.4 Im Übrigen ist es dem Aufsichtsbeschwerdegegner jederzeit erlaubt, von Amtes wegen auf einen Entscheid zurückzukommen, wenn sich etwa die Verhältnisse geändert haben oder erhebliche öffentliche Interessen es erfordern und dabei der Grundsatz von Treu und Glauben nicht verletzt wird. Auch aus diesem Grund ist es vorliegend nicht zu beanstanden, dass der Aufsichtsbeschwerdegegner mit Beschluss Nr. 2020-015 vom 5. Februar 2020 nochmals über die Einbürgerung der Beigeladenen Ziffer 2 Beschluss gefasst hat und dabei im Gegensatz zum Beschluss Nr. 2019-092 vom 14. Oktober 2019 zum Ergebnis gelangte, dass der Gemeindeversammlung beantragt werden soll, dem Einbürgerungsgesuch der Beigeladenen Ziffer 2 zuzustimmen. Der Klarheit halber wäre es wohl besser gewesen, mit dem neuen Beschluss Nr. 2020-015 vom 5. Februar 2020 bzw. bereits mit dem Beschluss Nr. 2020-010 vom 15. Januar

C 1.1

2020 den Beschluss Nr. 2019-092 vom 14. Oktober 2019 direkt zu widerrufen. Aufgrund der Umstände ist jedoch klar, dass der neue Beschluss Nr. 2020-015 vom 5. Februar 2020 die bisherigen Beschlüsse zum Einbürgerungsgesuch der Beigeladenen Ziffer 2 ersetzt. Dem Aufsichtsbeschwerdegegner wird jedoch empfohlen, wenn er in Zukunft auf einen seiner Beschlüsse zurückkommt, den hinfälligen Beschluss offiziell zu widerrufen.

(...).

5.6.1 Eine unzulässige Vorbefassung ist gegeben, wenn ein Entscheidungsträger schon zu einem früheren Zeitpunkt in amtlicher Funktion mit der konkreten Streitsache befasst war. Ausschlaggebend ist dabei jedoch, ob die frühere Tätigkeit den berechtigten Eindruck entstehen lässt, die betroffene Person könne sich von den seinerzeit getroffenen Feststellungen und geäußerten Wertungen nicht mehr lösen und die Angelegenheit deshalb nicht mehr mit der nötigen Distanz und Objektivität beurteilen, so dass die Offenheit des Verfahrens in Frage steht. Ob eine unzulässige Vorbefassung vorliegt, ist anhand der konkreten Umstände im Einzelfall zu beurteilen (BGE 140 I 326 E. 5.1 f.).

5.6.2 Wenn das Verfahren in Bezug auf den konkreten Sachverhalt und die konkret zu entscheidenden Rechtsfragen – trotz der Vorbefassung – weiterhin als offen und nicht vorbestimmt erscheint, ist ein Ausstand nicht zwingend (Kiener, a.a.O., N 26 zu § 5a). Dabei gilt es Folgendes zu beachten: Im Kern der Garantie der Unbefangenheit steht für Richter wie Verwaltungsbeamte, dass sie sich in Bezug auf die Beurteilung des Sachverhalts nicht festgelegt haben. Die für Gerichte geltenden Anforderungen an die Unbefangenheit können allerdings nicht unbesehen auf das Verwaltungsverfahren übertragen werden. Bei Exekutivbehörden ist zu berücksichtigen, dass ihr Amt mit einer sachbedingten Kumulation verschiedener, auch politischer, Aufgaben einhergeht (vgl. VGE III 2013 188 vom 19. Februar 2014, E. 2.2.2). Exekutivbehörden sind anders als ein Gericht nicht allein zur (neutralen) Rechtsanwendung oder Streitentscheidung berufen. Sie tragen zugleich eine besondere Verantwortung zur Erfüllung bestimmter öffentlicher Aufgaben. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung liegt keine unzulässige Vorbefassung vor, wenn die amtliche Mehrfachbefassung im öffentlichen Interesse liegt und somit systembedingt ist (vgl. BGE 140 I 326 E. 5.2 mit weiteren Hinweisen; RRB Nr. 678 vom 5. September 2017, E. 3.3).

5.6.3 Der Gemeindeschreiber ist vorliegend als Sekretär der Einbürgerungskommission und als Protokollführer des Aufsichtsbeschwerdegegners

tätig. Diese Doppelfunktion stellt keinen Ausstandsgrund dar, da es sich um eine amtliche Mehrfachbefassung handelt, welche systembedingt ist. Der Aufsichtsbeschwerdegegner führt in der Vernehmlassung vom 2. April 2020 dazu zutreffend aus, dass es in (kleineren) Schwyzer Gemeinden systembedingt ist, dass Behördenmitglieder Doppelfunktionen ausüben und mithin gleichzeitig in einer Kommission und im Gemeinderat Einsitz haben. Eine solche Konstellation stellt keinen Ausstandsgrund dar. Vorliegend ist zusätzlich zu beachten, dass der Einbürgerungskommission von Gesetzes wegen keine Entscheidungskompetenz zufällt, sondern sie dem Aufsichtsbeschwerdegegner ohnehin nur Antrag stellen kann. Im Einbürgerungsverfahren ist somit eine amtliche Mehrfachbefassung vom Gesetzgeber sogar ausdrücklich vorgesehen. Sie liegt im öffentlichen Interesse und ist in diesem Sinne systembedingt, weshalb darin nicht bereits eine unzulässige Vorbefassung gesehen werden kann (vgl. auch RRB Nr. 102 vom 20. Februar 2018, E. 2.3). Anzumerken bleibt, dass die systembedingte Mehrfachbefassung des verwaltungsinternen Verfahrens ihren Ausgleich im Instanzenzug an unabhängige Gerichte findet. So bleibt gegen den Entscheid der Gemeindeversammlung (und nicht des Aufsichtsbeschwerdegegners) der Weiterzug an das kantonale Verwaltungsgericht und an das Bundesgericht offen.

5.7 Nach dem Gesagten ergibt sich, dass gegen den Gemeindeschreiber sowohl in der Funktion als Protokollführer des Aufsichtsbeschwerdegegners als auch als Kommissionssekretär in der Angelegenheit der Beigeladenen Ziffer 2 keine Ausstandsgründe gegeben sind. Insbesondere liegt keine Vorbefassung vor, da es sich bei der Doppelfunktion des Gemeindeschreibers um eine vom Gesetz vorgesehene, systembedingte Mehrfachbefassung handelt. Demnach hätte der Gemeindeschreiber bei der Beschlussfassung des Aufsichtsbeschwerdegegners vom 5. Februar 2020 (Beschluss Nr. 2020-015) nicht in den Ausstand treten dürfen. Der Umstand, dass er dies trotzdem getan hat, stellt jedoch kein derart qualifiziertes rechtswidriges Handeln dar, so dass ein aufsichtsrechtliches Einschreiten des Regierungsrates notwendig wäre. Der Gemeindeschreiber wird jedoch angewiesen, in Zukunft trotz einer solchen systembedingten Doppelfunktion nicht in den Ausstand zu treten.

(RRB Nr. 493 vom 23. Juni 2020).

2. Baurecht

2.1 Grenzabstand für eine Holzplattform

- *Fassadenähnliche Wirkung von Anlagen; Überblick über die verwaltungsgerichtliche und regierungsrechtliche Rechtsprechung (Erw. 5.1-5.5).*
- *Die Holzplattform muss den minimalen Grenzabstand für Nebenbauten von 2.5 m einhalten (Erw. 5.6-5.7).*

Aus den Erwägungen:

5.1 Als Baute wird ein Gebäude oder eine überdachte bauliche Anlage qualifiziert, welche Menschen, Tieren oder Sachen gegen äussere Einflüsse zu schützen vermag und mehr oder weniger abgeschlossen ist (BGE 99 Ia 113, E. 3). Wände sind nicht Voraussetzung, doch muss in jedem Fall zumindest ein schutzbietendes Dach vorhanden sein, selbst wenn es nur auf Pfosten steht (Fritzsche/Bösch/Wipf, a.a.O., S. 1062 ff.). Als Anlagen gelten demgegenüber künstliche Veränderungen des natürlich gewachsenen Terrains, wie Strassen und Plätze, soweit diese nicht von untergeordneter Bedeutung sind, erhebliche Geländeänderungen, Silos, offene Materiallagerplätze und ortsfeste Krananlagen (§ 75 Abs. 3 PBG; LGVE 1993 III Nr. 20, E. 2). Die Holzplattform bezweckt die Vergrösserung der Gartenanlage. Die Funktion eines schutzbietenden Daches kommt ihr dabei nicht zu. Bei der geplanten Konstruktion handelt es um eine Anlage.

5.2 Der Grenzabstand ist die kürzeste Verbindung zwischen Grenze und Fassade. Er wird senkrecht auf die Fassade und über die Ecken mit dem kleineren Radius gemessen (§ 59 Abs. 1 PBG; Art. 25 Abs. 1 BauR). Der Grenzabstand bezieht sich somit immer auf den Abstand zwischen einer Fassade und einer Grenze. Der Gesetzgeber hat für Anlagen keine öffentlich-rechtlichen Abstandsvorschriften erlassen, weil diese in der Regel keine Fassade aufweisen. Anlagen müssen damit grundsätzlich keinen Grenzabstand einhalten (vgl. EGV-SZ 2004 B. 8.6, E. 4.4). Eine Ausnahme bilden Anlagen, welche eine fassadenähnliche Wirkung haben und daher auf ihre Umwelt ähnlich wirken wie ein Gebäude. Durch die Grenz- und Abstandsvorschriften sollen Einflüsse auf Nachbargrundstücke (wie Beeinträchtigung durch Belichtung, Besonnung, Belüftung und Aussicht, Schattenwurf, Einsicht usw.) gemindert sowie die öffentlichen Interessen (wie Feuer- und Gesundheitspolizei, gute Siedlungsgestaltung ohne zu

dichte Überbauung, Ästhetik usw.) verwirklicht werden (vgl. RRB Nr. 145 vom 7. Februar 2012, E. 4 ff. mit weiteren Hinweisen). Für den Nachbarn bzw. dessen Grundstück macht es keinen Unterschied, ob sein Grundstück durch eine Gebäudefassade oder eine Anlage (mit fassadenähnlicher Wirkung) betroffen wird. Daher rechtfertigt sich die analoge Anwendung der Grenz- und Abstandsvorschriften auch auf Anlagen, wenn dies zur Verwirklichung der genannten Ziele, insbesondere des Nachbarnschutzes, gerechtfertigt erscheint (VGE 1054/97 vom 8. April 1998, E. 2.aa).

5.3 Das Verwaltungsgericht hat die fassadenähnliche Wirkung und damit die Anwendung der öffentlich-rechtlichen Abstandsvorschriften gemäss §§ 59 ff. PBG bejaht bei einer mehrere Meter hohen Holzbeige (VGE 1054/97 vom 8. April 1998, E. 2.aa), bei Sichtschutzwänden aus Holz und Glas mit einer Höhe von 1.78 m und 4.98 m sowie bei einem in Hanglage befindlichen Schwimmbaden, welches mit senkrecht gestellten Eisenbahnschwellen umgeben ist (VGE 1002/00 vom 26. Mai 2000, E. 2). Hingegen hat es die fassadenähnliche Wirkung verneint bei einem Bassinrand mit einer Höhe zwischen 1.2 m bis 1.7 m über dem gewachsenen Terrain, bei welchem das gewachsene Terrain entlang der Grenze auf einer Breite von 0.5 m belassen wurde und die Anböschung zur circa 1.5 m höheren Bassinumrandung über eine Distanz von 2.25 m erfolgte (VGE 1028/05 vom 31. August 2005, E 2.4). Ebenfalls verneinte das Verwaltungsgericht die fassadenähnliche Wirkung einer offenen Pergola mit einer Fläche von circa 4.5 m auf 3.5 m und einer feingliedrigen, circa 2.5 m hohen Konstruktion mit Stütz- und Querbalken ohne Einwandung und ohne Bedachung, ausser 11 Querbalken (VGE III 2015 106 vom 28. Oktober 2014, E 2.3 f.).

5.4 In RRB Nr. 1085 vom 21. Oktober 2014 (E. 3) sprach der Regierungsrat einer Holzlamellenwand, welche sich im abfallenden gewachsenen Terrain von 1.70 m auf 2 m erhöhte, noch keine fassadenähnliche Wirkung zu. Mit Verweis auch auf die privatrechtlichen Abstandsvorschriften in §§ 52 ff. des Einführungsgesetzes zum schweizerischen Zivilgesetzbuch vom 14. September 1978 (EGzZGB, SRSZ 210.100) kam der Regierungsrat zum Schluss, dass Bauten grundsätzlich eine Höhe von 2.0 m aufweisen, was sich auch aus § 57 EGzZGB ergebe, welcher erst bei Einfriedungen ab einer Höhe von 2 m auf die öffentlich-rechtlichen Abstandsvorschriften verweist. Für das Verwaltungsgericht war in VGE 1002/00 vom 26. Mai 2000 zudem ausschlaggebend, dass sich der zu beurteilende Swimmingpool in einer Hanglage gegenüber dem unterliegenden Nachbargrundstück befand und man weiter auf die ursprünglich vorgesehene Anböschung verzichtet und stattdessen den Swimmingpool mit vorgelagerten senkrechten Eisenbahnschwellen abgestützt hatte. Die Konstruktion wirkte

C 2.1

deshalb nicht wie eine Böschung oder eine Stützmauer, sondern wie eine Fassade einer Nebenbaute. Die in VGE 1002/00 vom 26. Mai 2000 als fassadenähnlich beurteilte Konstruktion war hierbei lediglich 1.60 m hoch (vgl. RRB Nr. 2027 vom 21. Dezember 1999, E. 7.4). Diese Sichtweise, wonach in (steilen) Hanglagen bereits Konstruktionen unter 2 m für das tiefergelegene Grundstück eine fassadenähnliche Wirkung haben können, erscheint denn auch durchwegs schlüssig.

5.5 Die in VGE 1002/00 vom 26. Mai 2000 gemachten Feststellungen lassen sich auch auf das vorliegende Bauprojekt anwenden, wo in Hanglage gegenüber dem unterliegenden Grundstück anstelle einer Stützmauer mit folgender Anböschung eine Holzplattform auf drei senkrechten Stützen errichtet werden soll. Die Holzplattform ist im abfallenden Terrain ohne die Absturzsicherung mit einer Höhe von 1.5 m bis 2.5 m projektiert. Der Beschwerdegegner ist ohne nähere Begründung der Ansicht, die 1 m hohe Absturzsicherung sei für die Beurteilung der fassadenähnlichen Wirkung nicht zu berücksichtigen, wenn sie um 0.5 m rückversetzt erstellt werde. Aufgrund der Hanglage und der Dimension der Holzplattform von 6.50 m Länge und 1.5 m bis 2.5 m Höhe ist indessen bereits ohne Hinzurechnung der Absturzsicherung von einer fassadenähnlichen Wirkung gegenüber dem darunterliegenden Grundstück auszugehen. Demzufolge kann vorliegend offengelassen werden, ob die vorgesehene Absturzsicherung aufgrund ihrer Höhe und baulichen Ausgestaltung höhenmässig ebenfalls (mit-)berücksichtigt werden müsste.

5.6 Gemäss § 61 Abs. 1 PBG i.V.m. Art. 27 Abs. 1 BauR gelten eingeschossige, unbewohnte Bauten, wie Garagen, Kleinbauten usw., die nicht mehr als 3.50 m Gebäudehöhe, 4.50 m Firshöhe und 60 m² Grundfläche aufweisen, als Nebenbauten. Sie haben einen Grenzabstand von mindestens 2.50 m einzuhalten. Die Holzplattform hält auch unter Berücksichtigung der Absturzsicherung eine maximale Gesamthöhe von 3.5 m ein. Es rechtfertigt sich folglich für die Holzplattform den minimalen Grenzabstand für Nebenbauten von 2.5 m nach § 61 Abs. 1 PBG zu verlangen. Dieser wird von der Holzplattform bei einem Abstand von 0.71 m am östlichen bis 1.22 m am westlichen Eckpunkt offenkundig nicht eingehalten, womit sich die Holzplattform als nicht bewilligungsfähig erweist.

5.7 Die Absicht des Beschwerdegegners, die Fassaden- bzw. Konstruktionsansicht mit Pflanzen zu überdecken, vermag an dieser Beurteilung nichts zu ändern, zumal Pflanzen jederzeit beseitigt oder aus irgendwelchen Gründen zu Grunde gehen können (so bereits das Verwaltungsgericht in VGE 1002/00 vom 26. Mai 2000, E. 2.c). Für den einzuhaltenden

Grenzabstand bleibt schliesslich wohl auch unerheblich, ob die drei senkrechten Holzstützen beplankt werden, dürfte sich das Bedürfnis des minimalen Grenzabstandes vorliegend doch bereits aus der Tatsache ergeben, dass die Holzplattform mit ihren drei senkrechten Stützen auch ohne Einfassung vom darunterliegenden Grundstück aus betrachtet wie das Dach einer "Nebenbaute" in Erscheinung tritt (vgl. dazu VGE III 2014 234 vom 28. Mai 2015, E. 9.5.3; Fritzsche/Bösch/Wipf/Kunz, a.a.o., S. 1068 f.). In diesem Zusammenhang sei vollständigshalber erwähnt, dass der Regierungsrat die Aussage im angefochtenen Beschluss, wonach die Holzplattform aufgrund ihrer offenen und filigranen Ausgestaltung eher unauffällig erscheine, nicht teilt. Weder ist die Holzkonstruktion offen noch kann bei einer Plattform auf drei Stützen in der geplanten Dimension von filigran gesprochen werden.

6. Zusammenfassend ist die Beschwerde im Sinne der Erwägungen gutzuheissen und die angefochtene Baubewilligung (Beschluss Nr. 286 vom 14. August 2019) aufzuheben.
(RRB Nr. 82 vom 4. Februar 2020).

2.2 Gebäudehöhe und Grenzabstand

- *Abweichungen von der bewilligten Gebäudehöhe; Messtoleranzen bei der Bauausführung und Bestandesschutz (Erw. 3.2-3.7).*

Aus den Erwägungen:

3.2 In den bewilligten Plänen vom 14. Dezember 2012 (rev. 11. Dezember 2013), welche der Baubewilligung vom 9. September 2014 zugrunde liegen, wurde im östlichen Gebädetrakt des bestehenden Gewerbegebäudes eine Gebäudehöhe von 6.34 m (an der Nordostfassade) resp. 7.82 m (an der Südwestfassade) angegeben. Es ist anzunehmen, dass diese Massangaben in den Plänen die Gebäudehöhe des ursprünglich bestehenden Gewerbegebäudes wiedergeben. Es ist allerdings nicht auszuschliessen, dass die tatsächlichen Masse bereits damals nicht exakt den Massangaben in den Plänen entsprochen haben. Im Rahmen des Umbaus des Gewerbegebäudes wurde das Gebäude (inklusive Dach) mit einer zusätzlichen Isolationsschicht ausgestattet. Eine Erhöhung des Gebäudes war weder geplant noch bewilligt.

C 2.2

3.3 Der Baukontrolleur der Gemeinde X. hat am 9. Juli 2015 jedoch geringfügige Abweichungen von den bewilligten Gebäudehöhen festgestellt. Nach den Messungen des Baukontrolleurs (vgl. E. 3) beträgt die Abweichung sowohl auf der Nordostseite als auch auf der Südwestseite je 6 cm. Die Messungen des Baukontrolleurs sind für den Regierungsrat nachvollziehbar. Die Berechnungen des Beschwerdeführers, welche eine Abweichung der Gebäudehöhe an der Nordostseite von 14.5 cm und an der Südwestseite von 18.6 cm ergeben, sind hingegen nicht nachvollziehbar und beruhen wohl auf einem falschen Ausgangspunkt. Der Beschwerdeführer rechnet offenbar mit einer hypothetischen Gebäudefassade hinter der Isolationsschicht und bezieht die Dachneigung mit ein. Die Messweise der Gebäudehöhe wird von § 60 Abs. 2 PBG allerdings abschliessend vorgegeben. Gemessen wird vom ausgemittelten gewachsenen Boden in der Fassadenmitte bis zum Schnittpunkt der Fassade mit der Dachhaut. Im baurechtlichen Sinne ist die Fassade die Umfassungswand, die Aussenhaut eines Gebäudes, also in der Regel die wärmegeämmte, feste Mauer, welche das Gebäude umschliesst und trägt (vgl. VGE III 2018 2 vom 17. Mai 2018, E. 4.5.1; Christoph Fritzsche/Peter Bösch/Thomas Wipf/Daniel Kunz, Zürcher Planungs- und Baurecht, 6. Auflage, Wädenswil 2019, S. 1190). Die Messungen des Baukontrolleurs erweisen sich demnach als korrekt.

3.4 Gemäss Art. 30 Abs. 2 des geltenden Baureglements der Gemeinde X. (nachfolgend: BauR) ist in der WG3 eine Gebäudehöhe von max. 11 m zulässig. Die Gebäudehöhe ist vorliegend mit 7.88 m und 6.40 m nach wie vor eingehalten. Hingegen hat die Gebäudehöhe einen massgebenden Einfluss auf den einzuhaltenden Grenzabstand. Wie sich aus den ursprünglich bewilligten Projektplänen vom Dezember 2013 ergibt, unterschreitet das Wohn- und Gewerbehaus heute bereits den kantonalen Mindestgrenzabstand nach § 60 Abs. 1 PBG. Da es sich beim Bauprojekt um eine Änderung eines bereits bestehenden Gewerbegebäudes handelt, hat der Gemeinderat X. die Baubewilligung am 9. September 2014 unter Hinweis auf das Wiederaufbaurecht bzw. die Bestandesgarantie gemäss § 72 PBG erteilt. Wie der Regierungsrat bereits in seinem Beschluss Nr. 857 vom 14. November 2017 (in E. 4.1) ausgeführt hat, schützt die Bestandesgarantie zusätzliche oder verstärkte Rechtsverletzungen grundsätzlich nicht. Änderungen an einer Baute bzw. Ersatzbauten dürfen demnach keine neuen oder zusätzlichen Widersprüche zum geltenden Baurecht und zur geltenden Zonenordnung schaffen, sondern müssen bestehenden Zustand vielmehr weiterführen oder sogar verbessern (vgl. Mark Gisler, Das Wiederaufbaurecht: Unter besonderer Berücksichtigung der Verhältnisse im Kanton Schwyz, Diss., Zürich 2003, S. 56 ff.; EGV-SZ 2011 B 8.4, E. 3.1 mit Hinweisen).

3.5 Die Vorinstanz 1 hat in ihrem angefochtenen Beschluss erwogen, dass die Abweichung bei der Gebäudehöhe lediglich 6 cm betrage, was konkret rund 0.9 % der gesamten Gebäudehöhe ausmache. Der Grenzabstand werde entsprechend auch nur um zusätzliche 3 cm unterschritten (50 % der zusätzlichen Gebäudehöhe). Da die Gebäudehöhe nur geringfügig erhöht wurde, d.h. unter der Messtoleranzgrenze von 1 % liege, erachtet die Vorinstanz 1 diese Anpassung als vernachlässigbar (unter Hinweis auf das Urteil des Bundesgerichts 1C_218/2010 vom 11. Januar 2011). Diese minimale Abweichung werde ausnahmsweise von der Bestandesgarantie mitumfasst, womit sich auch die Erteilung einer Ausnahmegewilligung nach § 73 PBG erübrige.

3.6 Bei der Bauausführung gelten übliche Toleranzgrenzen bzw. Grenzabweichungen, welche allgemein als zulässig angesehen werden. Die Messtoleranzen liegen allerdings im Promille-Bereich. Der Toleranzbereich im Rohbau (z.B. Betonarbeiten, inklusive Sichtbeton, Mauererarbeiten, inklusive Sichtmauerwerk) beträgt bei Nennmassen zwischen 4 m und 10 m ± 20 mm (vgl. SIA-Norm 414/2 "Masstoleranzen im Hochbau", Version 2016, Tabelle 1, S. 10). Im vorliegenden Fall beträgt die Abweichung bei den Gebäudehöhen circa 6 cm, d.h. rund 0.94 % der bewilligten Gebäudehöhe von 6.34 m auf der Nordostseite resp. rund 0.77 % der bewilligten Gebäudehöhe von 7.82 m auf der Südwestseite. Insoweit sind diese Abweichungen aus heutiger bautechnischer Sicht wohl nicht mehr ohne weiteres tolerierbar. Dies bedeutet aber nicht automatisch, dass diese Abweichungen nicht bewilligt werden könnten oder dass das Gebäude sogar zurückgebaut werden müsste. Das Bundesgericht hat im Urteil 1C_218/2010 vom 11. Januar 2011 die Auffassung des Verwaltungsgerichts des Kantons Nidwalden geschützt, wonach es keinen Sinn mache, die Flächenberechnungen aufgrund der Baubewilligungspläne minuziös zu korrigieren, jedenfalls soweit die festgestellten Abweichungen weniger als 1 % betragen. Im konkreten Fall betrug die Differenz in der Ausnutzungsziffer 0.004 resp. 0.82 m². Das Bundesgericht erwog, dass diese Differenz immer noch von der Bestandesgarantie gedeckt sei.

3.7 Der Sachverhalt, der dem Urteil 1C_218/2010 vom 11. Januar 2011 zugrunde lag, ist nicht ohne weiteres mit dem vorliegenden vergleichbar. Hier geht es nicht um die Ausnutzungsziffer, sondern um die Gebäudehöhe resp. den Grenzabstand. Insgesamt ist die Beurteilung der Vorinstanz 1, die sich auf dieses Urteil stützt, allerdings nicht zu beanstanden. Kleinstmassabweichungen sind im Interesse des Rechtsfriedens und der Rechtsgleichheit hinzunehmen. Das ursprünglich bestehende Gewerbegebäude auf KTN XX, welches Bestandesschutz genießt, hat den Grenzabstand zu KTN YY bereits massiv unterschritten. Der Grenzabstand

C 2.3

zu KTN YY betrug auf der ganzen Länge lediglich etwa 1.9 m, obwohl bereits das ursprünglich bestehende Gewerbegebäude im nordöstlichen Teil eine Gebäudehöhe von bis zu 7.90 m aufwies. Das Gebäude wurde im Rahmen des Umbaus mit einer zusätzlichen Wärmedämmung bzw. Isolationsschicht von 20 cm ausgestattet. Gemäss § 72 Abs. 4 PBG dürfen bestehende, gegen Wärmeverlust unzureichend geschützte Bauten mit einer nachträglichen Aussenisolation die Grenz- und Gebäudeabstände um jenes Mass unterschreiten, das für eine ausreichende Wärmedämmung notwendig ist (vgl. auch Gesamtentscheid der Vorinstanz 2 vom 25. Juli 2014, Kap. III, Ziff. 2). Die Unterschreitung des Grenzabstandes durch die zusätzliche Aussenisolation ist demnach ohnehin von § 72 Abs. 4 PBG gedeckt. Durch die Massabweichungen bei der Gebäudehöhe von 6 cm wird dieser Grenzabstand nunmehr um zusätzliche 3 cm unterschritten, und dies lediglich im östlichen Teil des Grundstücks. Im nordwestlichen Teil beträgt der Grenzabstand ebenfalls lediglich 1.7 m, obwohl dort die Gebäudehöhe rund 7.83 m beträgt. Die "zusätzliche" Unterschreitung des Grenzabstandes zu KTN YY von 3 cm ist von blossem Auge kaum feststellbar und wird auch keine weitergehenden negativen Auswirkungen auf KTN YY haben. Dass die Vorinstanz 1 die nachträgliche Baubewilligung unter dem Titel der Bestandesgarantie bzw. dem Wiederaufbaurecht erteilt hat, ist somit nicht zu beanstanden.
(RRB Nr. 128 vom 18. Februar 2020).

2.3 Lärmschutz und Belastungsgrenzwerte

- *Ermittlung der Belastungsgrenzwerte an festverglasten Fassadenseiten ohne Öffnungsmechanismus (Erw. 2.1-2.3).*
- *Zulässigkeit von festverglasten Fassaden unter dem Aspekt der Wohnhygiene (Erw. 2.4).*

Aus den Erwägungen:

2.1 Gemäss Art. 1 Abs. 1 des Bundesgesetzes über den Umweltschutz vom 7. Oktober 1983 (USG, SR 814.01) bezweckt die Umweltschutzgesetzgebung den Schutz von Menschen, Tieren, Pflanzen und ihrer Lebensräume gegen schädliche oder lästige Einwirkungen, wie beispielsweise Lärmimmissionen (Art. 7 Abs. 1 USG). Art. 22 Abs. 1 USG sieht vor, dass Baubewilligungen für neue Gebäude, die dem längeren Aufenthalt von Personen dienen, grundsätzlich nur erteilt werden dürfen, wenn die Im-

missionsgrenzwerte nicht überschritten werden. Sind die Immissionsgrenzwerte überschritten, so wird die Baubewilligung nur erteilt, wenn die lärmempfindlichen Räume auf der vom Lärm abgewandten Seite angeordnet und die allenfalls notwendigen zusätzlichen Schallschutzmassnahmen getroffen werden (Art. 22 Abs. 2 USG; Art. 31 Abs. 1 der Lärmschutz-Verordnung vom 15. Dezember 1986, LSV, SR 814.41). Diese Bestimmungen bezwecken den Schutz der Benützer neuer Gebäude vor einer übermässigen Belastung durch Aussenlärm, der an den offenen Fenstern der lärmempfindlichen Räume sowie in den Aufenthaltsräumen im Freien auftritt. Können die Immissionsgrenzwerte durch Massnahmen nach Art. 31 Abs. 1 LSV nicht eingehalten werden, so darf die Baubewilligung nur erteilt werden, wenn an der Errichtung des Gebäudes ein überwiegendes Interesse besteht und die kantonale Behörde zustimmt (Art. 31 Abs. 2 LSV).

2.2 Die Baugrundstücke KTN X und Y liegen in der Zentrumszone Z, für welche die Empfindlichkeitsstufe III gilt. Die Lärmimmissionen ortsfester Anlagen sind grundsätzlich anhand der vom Bundesrat festgelegten Belastungsgrenzwerte (Anhänge 3-8 LSV) zu beurteilen (Art. 40 Abs. 1 LSV). Die Lärmschutz-Verordnung hat für verschiedene Lärmarten Belastungsgrenzwerte festgelegt, so auch für Strassenverkehrslärm. Nach Anhang 3 LSV beträgt der Immissionsgrenzwert für die Empfindlichkeitsstufe III 65 dB(A) am Tag und 55 dB(A) in der Nacht. Bei der Beurteilung des Vorgängerprojekts stellte der Regierungsrat im Beschluss Nr. 916 vom 8. November 2016 (E. 6) fest, dass am Fenster eines Wohnraumes im zweiten Obergeschoss mit 56 dB(A) der Immissionsgrenzwert in der Nacht um ein Dezibel überschritten werde. Die Erteilung einer Ausnahmegewilligung gemäss Art. 31 Abs. 2 LSV erachtete er als nicht gerechtfertigt. Gemäss dem Lärmschutznachweis vom 11. Juli 2019 werden die Immissionsgrenzwerte beim überarbeiteten Bauprojekt bei allen vier Empfangspunkten an der Nord- und der Ostfassade eingehalten. Die Fenster der lärmempfindlichen Räume an der Südfassade (gegenüber der C-strasse) sollen neu als transparente Fassadenbauteile bzw. Festverglasungen ohne Öffnungsmechanismus ausgeführt werden (obwohl beim Vorgängerprojekt der Immissionsgrenzwert nur gerade im Bereich eines einzigen Wohnraumes überschritten war). Die Belüftung soll über eine kontrollierte Wohnraumbelüftung erfolgen. Die Beschwerdegegner und die Vorinstanz 2 sind der Auffassung, dass bei festverglasten Fassadenseiten keine Lärmgrenzwerte einzuhalten seien. Aus diesem Grund wurden im Lärmschutznachweis an der Südfassade auch gar keine Lärmgrenzwerte ermittelt.

C 2.3

2.3 Massgeblich ist die Lärmbelastung in der Mitte der offenen Fenster (Art. 39 Abs. 1 LSV). Massnahmen am Gebäude, die nur die Schalldämmung der Aussenhülle verbessern, wie z.B. Schallschutzfenster, gelten nicht als Lärmschutzmassnahmen nach Art. 31 Abs. 1 LSV, da sie am offenen Fenster keine Wirkung zeigen (vgl. Cercle Bruit, Anforderungen an Bauzonen und Baubewilligungen in lärmbelasteten Gebieten, Vollzugshilfe Nr. 2.0, Ziff. 3.7 [nachfolgend: Vollzugshilfe]). Bei Fenstern, die sich nicht öffnen lassen wie z.B. bei künstlich belüfteten Räumen von Geschäftshäusern, wird auf Immissionen abgestellt, welche an offenen Fenstern auftreten würden; bei bestehenden Gebäuden können sie hilfsweise vor der Fassade gemessen werden. Auf die Anwendung der Immissionsgrenzwerte wird auch bei Fenstern, die sich nicht öffnen lassen, nicht verzichtet; andernfalls ergäbe sich ein Anreiz für die Erstellung künstlich belüfteter Gebäude, welchen das Gesetz nicht schaffen will (Robert Wolf, Kommentar zum Umweltschutzgesetz, 2. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2004, N 23 zu Art. 22; BGE 122 II 33 E. 3.b). Um im Wohnungsbau solche Konstruktionen zu verhindern, wird der Fensterbegriff gemäss der Vollzugshilfe weit gefasst. Dies entspricht auch der bundesgerichtlichen Sichtweise, die auch nicht oder nur teilweise zu öffnende Fenster als massgeblichen Ermittlungsort beurteilt. Fenster im Sinne der Lärmschutzverordnung sind Fenster mit Öffnungsmechanismus bzw. mit Rahmen und Flügel, auch wenn diese verschraubt sind. Festverglasungen und transparente Fassadenbauteile gelten ebenfalls als Fenster, wenn ihre Schalldämmung (> 5 dB) von derjenigen der restlichen Fassade abweicht. Folglich gelten nur transparente Fassadenbauteile ohne Öffnungsmechanismus und mit entsprechend hoher Schalldämmung nicht als Fenster (vgl. Amt für Umweltschutz, Merkblatt zur Vollzugshilfe "Anforderungen an Bauzonen und Baubewilligungen in lärmbelasteten Gebieten" des Cercle Bruit vom 30. Januar 2020, Ziff. 4.1.3 [nachfolgend: Merkblatt]). Das geplante Bauprojekt sieht vor, dass die Fenster an der Südfassade als fixe transparente Bauteile ohne Öffnungsmechanismus erstellt werden. Auf eine Ermittlung der Immissionsgrenzwerte (in der Mitte der offenen Fenster) kann nur verzichtet werden, wenn die Schalldämmung der transparenten Fassadenbauteile um mehr als 5 dB von der restlichen Fassade abweicht. Ob dies im vorliegenden Fall tatsächlich zutrifft, haben die Vorinstanzen nicht abgeklärt. Aus nachfolgenden Gründen kann diese Frage letztendlich aber offenbleiben.

2.4 Wie die Beschwerdeführer zutreffend festhalten, verfügen mehrere Wohnräume der geplanten Überbauung (Schlafzimmer West und Büro im ersten Obergeschoss, Schlafzimmer West und Schlafzimmer Ost im zweiten Obergeschoss, Schlafzimmer West im dritten Obergeschoss, Schlafzimmer Ost im vierten Obergeschoss) über keine natürliche Belüftung. Bei

den Wohnzimmern im ersten, zweiten und dritten Obergeschoss besteht auf der nördlichen Fassadenseite immerhin jeweils eine Türe zur Terrasse, über welche die Wohnung gelüftet werden kann. Im Bereich der Küche und des Essbereichs ist eine direkte Lüftung aber ebenfalls nicht möglich. Festverglasungen und transparente Fassadenbauteile sind wohnhygienisch problematisch. Einen wichtigen Zweck des Fensters, nämlich die offene Verbindung von innen nach aussen, erfüllen sie nicht und sind somit für die Bewohner unattraktiv. Die Belüftung der Räume muss anderweitig erfolgen und eine energetisch sinnvolle Stosslüftung wird verunmöglicht (vgl. Merkblatt, Ziff. 4.1.3). Künstliche Belüftungen gelangen zwar vermehrt auch bei Wohnbauten zum Einsatz. Diese Gebäude weisen jedoch regelmässig auch Fenster auf, die sich ins Freie öffnen lassen; ein Verzicht auf diesen Komfort kommt bei Wohnungen grundsätzlich nicht in Frage. Die künstliche Belüftung ist daher keine gangbare Lösung für die Erstellung von Wohnbauten in Gebieten mit übermässiger Lärmbelastung (Wolf, a.a.O., N 40 zu Art. 22). Das Leben mit geschlossenen Fenstern entspricht denn auch weder der Lebensrealität (Wohnqualität, Kontakt zur Aussenwelt) noch den Vorgaben der Lärmschutz-Verordnung (vgl. Vollzugshilfe, Ziff. 3.7). Aus Sicht des Lärmschutzes und des Wohnkomforts sind transparente Fassadenbauteile bei Wohnbauten weder sinnvoll noch zweckmässig, auch wenn sich damit Ausnahmegewilligungen nach Art. 31 Abs. 2 LSV vermeiden liessen. Sodann sieht auch Art. 17 Abs. 2 des Baureglements der Gemeinde X. vom 26. November 2000 (BauR) ausdrücklich vor, dass alle Wohn-, Arbeits- und gewerbliche Räume durch Fenster belichtet und belüftet sein müssen. Unter diesen Umständen erweist sich das Bauvorhaben nach wie vor als nicht bewilligungsfähig. Der angefochtene Beschluss ist deshalb aufzuheben und die Beschwerde ist gutzuheissen.

(RRB Nr. 652 vom 8. September 2020).

2.4 Ausgemittelter gewachsener Boden / Geschosszahl

- *Kriterium der Anpasstheit ans umgebende Gelände (Erw. 2.2-2.6).*
- *Geschosszahl; Begriff der Grundfläche eines Geschosses; Mitberücksichtigung offener, auskragender Balkone (Erw. 4-4.4).*

Aus den Erwägungen:

2.2 Der Begriff des ausgemittelten gewachsenen Bodens ist im Gesetz nicht näher umschrieben. Es handelt sich um einen unbestimmten Geset-

C 2.4

zesbegriff, der auslegungsbedürftig ist. Nach früherer Praxis wurde angenommen, dass eine Geländeänderung dann als gewachsenes Terrain gelten könne, wenn sie schon längere Zeit (zehn Jahre oder länger) zurückliege und dem umgebenden, benachbarten Geländeverlauf angepasst sei. Dies wurde jeweils mit der Schwierigkeit begründet, den ursprünglichen Terrainverlauf nach einer solch langen Periode noch im Detail zu eruieren (EGV-SZ 2002 C 10.1, E. 3.3; EGV-SZ 1999 Nr. 44, E. 3.2; RRB Nr. 885 vom 6. September 2011, E. 3.2.1 mit Hinweisen).

2.3 Der Regierungsrat und das Verwaltungsgericht messen den Kriterien der Eruierbarkeit und der Angepasstheit einer Aufschüttung oder Abgrabung ans umgebende Gelände mit fortschreitender Zeit zunehmend weniger Bedeutung zu. Dabei weichen sie weder von der Richtdauer von zehn Jahren oder länger ab noch setzen sie eine Zeitrauer fest, nach deren Ablauf die Fragen der Eruierbarkeit und Angepasstheit bedeutungslos wird. Bei einem fortschreitenden Zeitablauf ist nur dort auf das frühere Terrain abzustellen, wo kumulativ die Abweichung vom gestalteten zum früheren Terrain offensichtlich ist und ein Abstellen auf das bestehende Terrain zu baupolizeilich unhaltbaren Ergebnissen führt. Als baupolizeilich unhaltbar gelten vor allem solche Bauvorhaben, die wegen des Abstellens auf das vor Jahren gestaltete Terrain die nachbarlichen Interessen massiv beeinträchtigen würden (VGE III 2019 137 vom 23. Januar 2020, E. 6.2.1; VGE III 2015 114 vom 18. Februar 2016, E. 1.2 mit Hinweis u.a. auf EGV-SZ 2005, Nr. B 8.9, E. 3.3 f.).

2.4 Vor dem Bau des bestehenden Einfamilienhauses im Jahr 2001 war die Bauparzelle KTN X noch unbebaut. Damals fiel das Terrain gleichmässig von Süden nach Norden ab. Gleichzeitig mit dem Bau des Einfamilienhauses wurde das Terrain im Jahr 2001 im unteren bzw. nördlichen Bereich der Parzelle um bis zu 2 m aufgeschüttet. Heute verläuft das Terrain nördlich des Einfamilienhauses praktisch flach und fällt anschliessend steil ab (vgl. Augenscheinprotokoll vom 7. September 2020, Fotos Nr. 1 und 9). Damals wurde bei der Bemessung der Gebäudehöhe auf das ursprüngliche Terrain abgestellt (vgl. den Plan "Fassaden + Schnitte" vom 9. Februar 2001). Somit sind der Verlauf des ursprünglichen Terrains und der Umfang der Aufschüttung unbestritten.

2.5 Das Terrain bei den übrigen Parzellen entlang dem Baugebiet Q ist in unterschiedlichem Ausmass aufgeschüttet worden. Das Terrain der westlichen Parzelle KTN Y (...) ist ganz leicht tiefer als dasjenige auf KTN X. Das Terrain der Parzelle noch weiter westlich (KTN Z, ...) ist wiederum praktisch gleich hoch wie das Terrain auf der Bauparzelle. Die Beschwer-

deführer haben das Terrain auf ihrer Parzelle KTN XY im Westen des Einfamilienhauses ebenfalls aufgeschüttet, dies jedoch nicht auf der gesamten Parzellenbreite (vgl. Augenscheinprotokoll vom 7. September 2020, Fotos Nr. 2 und 3). Insgesamt ist das Terrain auf der Bauparzelle an diejenigen der übrigen Parzellen im Baugebiet Q angeglichen und ragt nicht aus diesen hervor. Das Kriterium der Angepasstheit kann bejaht werden. Dies gilt umso mehr, als diesem Kriterium nur noch eine abgeschwächte Bedeutung zukommt, da die Aufschüttung mehr als zehn Jahre zurückliegt. Damals war das vorliegende Bauvorhaben noch kein Thema. Eine Anpassung an das Terrain bei den talwärts bzw. nördlich liegenden Grundstücken KTN XX, XZ und ZZ kann und muss auch nicht gegeben sein. Denn in Hanglagen sind stufenweise Gestaltungen des Terrains nicht unüblich (vgl. VGE III 2015 114 vom 18. Februar 2016, E. 1.5).

2.6 Das Abstellen auf das gestaltete Terrain führt zu keinen baupolizeilich unhaltbaren Ergebnissen. Die Nordfassade des Einfamilienhauses darf aufgrund der Aufschüttung 34 cm höher sein als wenn man auf das natürliche Terrain abstellen würde. Bei einer solchen Mehrhöhe von 34 cm ist nicht von einem unhaltbaren Zustand auszugehen (vgl. dazu auch VGE III 2015 114 vom 18. Februar 2016, E. 1.5). Das geplante Einfamilienhaus tritt gegenüber den Nachbargebäuden, insbesondere gegenüber demjenigen der Beschwerdeführer im Osten der Bauparzelle, nicht überdimensioniert in Erscheinung. Daran ändert auch der Blick vom nördlichen Bereich des Grundstücks der Beschwerdeführer auf die Ostfassade des geplanten Einfamilienhauses nichts (vgl. Augenscheinprotokoll vom 7. September 2020, Foto Nr. 8). Dieser Blickwinkel erfolgt vom tiefsten Punkt auf KTN XY aus. Dort befindet sich nur das Untergeschoss des Hauses der Beschwerdeführer. Zudem ist auch das Haus der Beschwerdeführer (wie praktisch alle anderen Häuser im Baugebiet Q) von Süden nach Norden bzw. Richtung Zürichsee ausgerichtet. Dem Blickwinkel Richtung Osten kommt nur eine untergeordnete Bedeutung zu. Aus demselben Grund kann auch nicht gesagt werden, dass die Abweichung vom gestalteten zum ursprünglichen Terrain offensichtlich ist. Die Aufschüttung führt nicht dazu, dass das Einfamilienhaus viel höher gebaut werden darf als ohne Aufschüttung. Dies gilt umso mehr, weil in Hanglagen Aufschüttungen üblicher sind als im flachen Gelände. Somit hat die Vorinstanz 1 bei der Bemessung der Gebäudehöhen zu Recht auf das heute bestehende, gestaltete Terrain abgestellt.

3. (...).

4. Die Beschwerdeführer machen geltend, das geplante Einfamilienhaus überschreite die maximal zulässige Anzahl Vollgeschosse.

C 2.4

4.1 Die zulässige GeschossezahL wird durch die Zonenvorschriften bestimmt. Für ihre Berechnung ist die Anzahl Vollgeschosse massgebend (Art. 32 Abs. 1 BauR). Dach- und Attikageschosse gelten als Vollgeschosse, wenn die innerhalb der lichten Höhe von 1.8 m liegende Grundfläche mehr als zwei Drittel derjenigen des darunter liegenden Vollgeschosses beträgt (Art. 32 Abs. 3 BauR). In der E2 sind höchstens zwei Vollgeschosse zulässig (Art. 44 Abs. 3 sowie Anhang 1 BauR). Das Einfamilienhaus weist ein Erdgeschoss, ein Obergeschoss und ein Dachgeschoss auf. Das Erd- und das Obergeschoss zählen als Vollgeschosse, was zwischen den Parteien unbestritten ist. Nachfolgend ist also zu prüfen, ob das Dachgeschoss die Voraussetzungen von Art. 32 Abs. 3 BauR erfüllt. Falls nicht, zählt es als Vollgeschoss, und die zulässige GeschossezahL wäre überschritten.

4.2 Die Gemeinden verfügen bei der Auslegung und Anwendung von kommunalem Recht über eine gewisse Autonomie. Der Regierungsrat auferlegt sich deshalb eine gewisse Zurückhaltung bei der Beurteilung von Fragen, bei denen es um die Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe geht. Er hat jedoch dann einzuschreiten, wenn die Gemeinde ihren Ermessensspielraum verlässt (vgl. EGV-SZ 2004, Nr. C. 2.1, E. 4.2.2).

4.3 Das BauR definiert den (kommunalen) Begriff der Grundfläche eines Geschosses nicht näher. Baureglemente anderer Gemeinden des Kantons Schwyz umschreiben den Begriff der "Gebäudegrundfläche" im Zusammenhang mit der Überbauungsziffer. Die Gebäudegrundfläche ist die senkrechte Projektion der grössten oberirdischen Gebäudeumfassung. Nicht dazu zählen beispielsweise offene Balkone, Dachvorsprünge, Vordächer oder Anlagen (vgl. z.B. Art. 35 Abs. 1 des Baureglements des Bezirkes Einsiedeln vom 9. Februar 2014). Analog dazu handelt es sich bei der "Geschossgrundfläche" um die senkrechte Projektion auf ein Geschoss. Zur Geschossgrundfläche zählen also auch Nebenbauten, nicht aber offene Balkone, Vordächer oder Dachvorsprünge.

4.4 Die Vorinstanz hat bei der Berechnung der Grundfläche des Obergeschosses den nördlichen Balkon (23.65 m²) berücksichtigt, bei derjenigen des Dachgeschosses hat sie den nördlichen (46.47 m²) und den südlichen Balkon (16.65 m²) jedoch nicht hinzugezählt. Dieser Berechnungsweise kann nicht zugestimmt werden. Denn bei beiden nördlichen Balkonen handelt es sich um offene, auskragende Balkone. Sie sind weder bei der Grundfläche des Ober- noch bei derjenigen des Dachgeschosses zu berücksichtigen. Doch auch bei einer korrekten Berechnung der beiden

Grundflächen zählt das Dachgeschoss nicht als Vollgeschoss. Die Grundfläche des Obergeschosses setzt sich aus der Garage (75.42 m²), dem Verloraum (9.65 m²) sowie den Wohnbereichen (15.36 m², 11.7 m², 60.61 m², 52.49 m²) zusammen (vgl. den Plan "SIA 116/416 Schemata 1:200" vom 18. Dezember 2019) und beträgt insgesamt 225.23 m². Das Dachgeschoss darf also eine Grundfläche von 150.15 m² (zwei Drittel von 225.23 m²) aufweisen. Tatsächlich umfasst die Grundfläche des Dachgeschosses innerhalb der lichten Höhe von 1.8 m lediglich 125.3 m² (45.82 m² + 15.33 m² + 28.29 m² + 35.86 m²; den Plan "SIA AZ [Ausnutzung] Schemata 1:200" vom 18. Dezember 2019). Ob es sich beim südlichen Balkon im Dachgeschoss (16.65 m²), welcher Richtung Osten und Westen eingewandert ist, tatsächlich um einen offenen Balkon handelt oder nicht, kann letztlich offen gelassen werden. Denn selbst wenn er zur Gebäudegrundfläche des Dachgeschosses hinzugezählt werden müsste, wäre die maximale Grundfläche von 150.15 m² für das Dachgeschoss nicht überschritten. Somit zählt das Dachgeschoss nicht als Vollgeschoss, und das Einfamilienhaus hält die zulässige Anzahl Vollgeschosse ein. (RRB Nr. 768 vom 27. Oktober 2020).

2.5 Balkon im Gewässerraum

- *Die Zulässigkeit eines Balkonbaus im Gewässerraum richtet sich nach Bundesrecht (Erw. 4-4.5).*
- *Der Balkonbau ist vorliegend nicht mit Art. 41c Abs. 1 Satz 1 GSchV vereinbar und daher nicht bewilligungsfähig (Erw. 4.1-4.5).*

Aus den Erwägungen:

4. Zwar trifft zu, dass gemäss § 59 Abs. 2 PBG über die Fassaden vorspringende Gebäudeteile, wie Dachvorsprünge, Balkone, Erker etc. bei der Bemessung des Grenzabstandes nur insoweit einberechnet werden, als ihrer Ausladung 1.50 m übersteigt. Die Messmethode für den Gewässerraum sowie die diesbezüglichen Abstandsvorschriften sind jedoch vom Bundesrecht vorgegeben. Der Bund hat von seiner konkurrierenden Kompetenz im Bereich des Gewässerschutzes Gebrauch gemacht, so dass kein Raum mehr besteht für eine dem Bundesrecht widersprechende kantonale Regelung (vorne Erw. 2.1 und 3). Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin ist es deshalb nicht zulässig, Gebäudeteile, welche gemäss dem PBG abstandsprivilegiert sind, gestützt auf die kantonale Regelung im Gewässerraum zuzulassen. Vielmehr muss im Folgenden anhand der bundes-

C 2.5

rechtlichen Gewässerschutzbestimmungen überprüft werden, ob der Balkon in den Gewässerraum hineinragen darf oder nicht (vgl. RRB Nr. 574 vom 27. Mai 2014, E. 15.2; RRB Nr. 395 vom 18. Mai 2016, E. 2.2.2).

4.1 Wie vorstehend unter Erw. 2.3 ausgeführt, hat das Amt für Wasserbau zusammen mit der kantonalen Denkmalpflege im Rahmen verschiedener Gestaltungsplanvorhaben entlang des A-bachs eine minimale Gewässerraumbreite von 6 m für eingedolte Bereiche oder geplante Bachöffnungen definiert. Die Festlegung der minimalen Gewässerraumbreite auf 6 m erfolgte in Anlehnung an den kantonalen Gewässerabstand von 3 m ab Mittelachse der Eindolung gemäss § 34 Abs. 3 der Vollzugsverordnung zum Planungs- und Baugesetz vom 2. Dezember 1997 (PBV, SRSZ 400.111). Gemäss den Ausführungen in der Vernehmlassung der Vorinstanz 2 vom 28. April 2020 wird damit dem historisch bedingten Industriecharakter des A-bachkanals, dem Hochwasserschutz und der kleinräumigen Bebauungsstruktur in der Kernzone Rechnung getragen. Diese Festlegung sei auch unter Berücksichtigung der Tatsache erfolgt, dass sich in früheren Zeiten das Gewerbe der Gemeinde X entlang des A-bachs ansiedelte und dieser für den Betrieb der verschiedenen Gewerbe genutzt wurde. Zudem sei der A-bach heute auf weiten Strecken eingedolt und könne realistischer Weise auch in Zukunft nicht mehr komplett offengelegt werden.

4.2 Mit der Festlegung der minimalen Gewässerraumbreite für eingedolte Bereiche des A-baches auf 6 m ist die Vorinstanz 2 der Beschwerdeführerin bereits erheblich entgegenkommen. Ohne die vorgenommene Interessenabwägung zugunsten der Beschwerdeführerin müsste gemäss den Übergangsbestimmungen der Gewässerschutzverordnung nämlich ein Gewässerraum von 9.6 m ab der Gewässerachse eingehalten werden. Hätte die Vorinstanz 2 streng auf den bundesrechtlich vorgesehenen Gewässerraum abgestellt, hätte der Neubau der beiden Mehrfamilienhäuser auf dem Grundstück KTN 1039 nicht bewilligt werden dürfen. Gestützt auf die vorgenommene Interessenabwägung zwischen dem Ortsbildschutz (ISOS-Perimeter) und dem Gewässerschutz (Hochwasserschutznachweis) erweist sich die Abweichung von den Übergangsbestimmungen der Gewässerschutzverordnung indessen als vertretbar, zumal mit einer minimalen Gewässerraumbreite von 6 m die Zugänglichkeit für eine Intervention im Hochwasserfall, den Unterhalt und für allfällige Sanierungsmassnahmen sichergestellt bleiben. Die zugunsten der Beschwerdeführerin vorgenommene Reduktion des Gewässerraums ist somit mit den gesetzlichen Vorgaben von Art. 41a Abs. 4 GSchV vereinbar, wonach die Breite des Gewässerraums angepasst werden kann, soweit der Hochwasserschutz gewährleistet bleibt.

4.3 Der geplante Balkon an der Nordostfassade des Standortgebäudes unterschreitet den Gewässerabstand bzw. den Gewässerraum zum eingedolten A-bach um 1.50 m. Gemäss Art. 41c Abs. 1 Satz 1 GSchV dürfen im Gewässerraum nur standortgebundene, im öffentlichen Interesse liegende Anlagen wie Fuss- und Wanderwege, Flusskraftwerke oder Brücken erstellt werden. Sofern keine überwiegenden Interessen entgegenstehen, kann die Behörde ausserdem die Erstellung folgender Anlagen bewilligen:

- a. zonenkonforme Anlagen in dicht überbauten Gebieten;
- a^{bis}. zonenkonforme Anlagen ausserhalb von dicht überbauten Gebieten auf einzelnen unüberbauten Parzellen innerhalb einer Reihe von mehreren überbauten Parzellen;
- b. land- und forstwirtschaftliche Spur- und Kieswege mit einem Abstand von mindestens 3 m von der Uferlinie des Gewässers, wenn topografisch beschränkte Platzverhältnisse vorliegen;
- c. standortgebundene Teile von Anlagen, die der Wasserentnahme oder -einleitung dienen;
- d. der Gewässernutzung dienende Kleinanlagen.

4.4 Beim geplanten Balkonanbau handelt es sich nicht um eine standortgebundene Anlage. Auch liegt weder ein dicht überbautes Gebiet noch eine Baulücke vor. Ein anderer Ausnahmegrund ist ebenfalls nicht ersichtlich. Eine optimale Grundstücksausnützung stellt kein Ausnahmegrund für die Unterschreitung des Gewässerraums dar. Nachdem die Vorinstanzen am 18. September 2019 die Bewilligung für den Neubau von zwei Mehrfamilienhäusern auf dem streitbetroffenen Grundstück KTN XY erteilt haben, kann auch nicht gesagt werden, dass die Verweigerung des Balkonanbaus die wirtschaftliche Nutzung des Baugrundstücks übermässig beeinträchtigt. Da die Bauparzelle weiterhin bestimmungsgemäss nutzbar bleibt, stellt die auf ausdrücklicher gesetzlicher Grundlage beruhende und im öffentlichen Interesse liegende Verweigerung des Balkonanbaus keine unverhältnismässige Einschränkung der Eigentumsgarantie dar.

4.5 Auch der im Rahmen der ursprünglichen Baueingabe vom 14. Juni 2019 vorgeschlagene Beseitigungsrevers im Falle eines zukünftigen Ausbaus des A-baches wäre mit den Vorgaben der GSchV zur Freihaltung des Gewässerraums als Bauverbotszone nicht vereinbar. Wie das Amt für Wasserbau mit damaliger Stellungnahme vom 8. August 2019 zutreffend festgehalten hat, führt ein Rückbaurevers nicht zu einer Verbesserung der ohnehin schon schlechten Zugänglichkeit im Ereignisfall. Gemäss Art. 3 Abs. 1 des Bundesgesetzes über den Wasserbau vom 21. Juni 1991 (SR 721.100) ist der Hochwasserschutz in erster Linie durch den Unterhalt und durch raumplanerische Massnahmen zu gewährleisten. Der Umstand,

C 3.1

dass die bestehende Hofmauer vor dem Bachverlauf auch dem Hochwasserschutz dient, vermag einen Ereignisfall nicht von vornherein auszuschliessen. Da eine Intervention im Ereignisfall nicht zusätzlich erschwert werden darf und im ohnehin schwer zugänglichen Bereich des geplanten Bauvorhabens unbedingt verhindert werden muss, ist der Gewässerraum beim streitbetroffenen Grundstück zwingend von zusätzlichen Bauten freizuhalten. Demgemäss besteht kein Spielraum für die Erteilung einer Ausnahmebewilligung.

(RRB Nr. 577 vom 18. August 2020).

3. Umweltschutz

3.1 Sicherstellung der Kosten für eine Altlastensanierung

- *Eine Sicherheitsleistung zur Deckung der voraussichtlichen Untersuchungs-, Überwachungs- und Sanierungskosten darf nur von einem Verursacher verlangt werden; Zulässigkeit eines Feststellungsbegehrens (Erw. 2-2.5).*
- *Verursacherbegriff im Altlastenrecht (Erw. 3-3.1).*
- *Übergang der Kostenpflicht des Verhaltensstörers im Fall der Universal sukzession; Voraussetzungen der Geschäftsübernahme nach Art. 181 OR (Erw. 4.3-4.3.4).*

Aus den Erwägungen:

2. Unbestritten ist grundsätzlich, dass es sich beim ehemaligen Produktionsstandort der XY AG in Y und zum Teil auch bei den umliegenden Grundstücken um einen durch Abfälle belasteten, sanierungsbedürftigen Standort im Sinne von Art. 32c Abs. 1 des Bundesgesetzes über den Umweltschutz vom 7. Oktober 1983 (USG, SR 814.01) und Art. 2 der Verordnung über die Sanierung von belasteten Standorten vom 26. August 1998 (AltIV, SR 814.680) handelt. Die historischen Voruntersuchungen haben ergeben, dass der Boden in den Perimetern der KbS-Nrn. X, Y und Z zum Teil stark mit Quecksilber belastet ist.

2.1 Die Beschwerdeführerin stellt den Antrag, dass festzustellen sei, dass sie im Zusammenhang mit den KbS-Nr. X, Y und Z nicht Verursacherin im Sinne des USG sei. In der Lehre wird die Auffassung vertreten, dass

Feststellungsbegehren grundsätzlich subsidiär zu Leistungsbegehren sind. Ist ein Leistungsbegehren möglich, ist auf ein Feststellungsbegehren daher in der Regel nicht einzutreten (EGV-SZ 2014, B 8.11, E. 2.1.1; Jürg Bosshart/Martin Bertschi, in: Alain Griffel [Hrsg.], Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich [VRG], 3. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2014, § 19 N 26). Nach der Rechtsprechung besteht ein Anspruch auf einen Feststellungsentscheid bei Vorliegen eines schutzwürdigen Interesses. Dabei sind grundsätzlich die gleichen Kriterien wie für die Rechtsmittellegitimation massgebend. Der praktische Nutzen besteht in der Regel darin, dass mit der Feststellungsverfügung nachteilige Dispositionen vermieden werden können (vgl. Isabelle Häner, in: Bernhard Waldmann/Philippe Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016, Art. 25a N 10 ff.; Bosshart/Bertschi, Kommentar VRG, § 19 N 23 f.).

2.2 Gemäss Art. 32d^{bis} Abs. 1 USG kann die Behörde vom Verursacher verlangen, die Deckung seines voraussichtlichen Anteils an den Kosten für Untersuchung, Überwachung und Sanierung in geeigneter Form sicherzustellen, wenn von einem belasteten Standort schädliche oder lästige Einwirkungen zu erwarten sind. Die Höhe der Sicherstellung wird insbesondere unter Berücksichtigung der Ausdehnung sowie der Art und Intensität der Belastung festgelegt. Sie wird angepasst, wenn dies auf Grund eines verbesserten Kenntnisstands gerechtfertigt ist (Art. 32d^{bis} Abs. 2 USG). Diese Bestimmung ist seit 1. November 2013 in Kraft und bezweckt die frühzeitige Sicherstellung der zu erwartenden Kosten für die Untersuchung, Überwachung und Sanierung eines belasteten Standortes. Die Regelung hat insbesondere Unternehmen im Blick, welche die Möglichkeit haben, sich kraft privatrechtlicher Mittel und geschäftlicher Transaktionen ihrer finanziellen Haftung zu entziehen. Nach dem Wortlaut von Art. 32d^{bis} Abs. 1 USG darf die Behörde jedoch nur von einem Verursacher eine Sicherstellung seines Anteils an den Kosten verlangen.

2.3 Die Vorinstanz hat für die Ausarbeitung einer ersten provisorischen Kostenverteilungsverfügung sämtliche möglichen Verursacher ermittelt. Als Zustandsstörer kommen dabei die aktuellen Grundeigentümer der sich im Perimeter der belasteten Standorte befindenden Grundstücke in Frage. Als Verhaltensstörer hat die Vorinstanz einerseits die XY AG und andererseits die Beschwerdeführerin als deren Rechtsnachfolgerin eruiert. Die provisorische Kostenverteilungsverfügung der Vorinstanz datiert vom 8. März 2019. Diese ist allerdings nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens. Die definitive Verteilung der Kosten wird naturgemäss erst nach Abschluss der Sanierung erfolgen, wenn die Sanierungskosten abschliessend bekannt sind.

C 3.1

2.4 Der Entscheid zur Bereitstellung einer Sicherstellung berührt den nachfolgenden Entscheid über die Aufteilung der Kosten nicht. Um allerdings eine Sicherstellung verlangen zu können, muss die Behörde Stellung nehmen zu den voraussichtlichen Kosten und zu dem Anteil an denselben, der dem Sicherstellenden aufzuerlegen ist. In diesem Sinne kommt der Entscheid zur Bereitstellung einer Sicherstellung einem Entscheid über die Aufteilung der Verantwortlichkeiten im Sinne des Art. 32d USG gleich. Die Zulassung der Beschwerde scheint gerechtfertigt, wenn der zur Sicherstellung Verpflichtete seine Eigenschaft als Verursacher durch Verhalten bestreitet. Wenn ihm diese Eigenschaft nicht anhaftet, ist das Verfahren für ihn beendet (vgl. Isabelle Romy/Jean-Baptiste Zufferey, Sicherstellung der Deckung der Ausfallkosten: Erklärungen und Anmerkungen zu Art. 32d^{bis} Abs. 1 und 2 USG, Studie im Auftrag des BAFU, Oktober 2014, S. 15 f.).

2.5 Der Regierungsrat ist grundsätzlich nicht zuständig, um erstinstanzlich festzustellen, ob die Beschwerdeführerin Verursacherin ist oder nicht. Der Entscheid über die Bereitstellung einer Sicherheitsleistung setzt allerdings voraus, dass die Verursachereigenschaft vorfrageweise bejaht wird. Wenn die Beschwerdeführerin nicht Verursacherin i.S.v. Art. 32d USG ist, kann von ihr auch keine Sicherheitsleistung verlangt werden. Indem die Vorinstanz von der Beschwerdeführerin eine Sicherheitsleistung verlangt, hat sie die Verursachereigenschaft der Beschwerdeführerin implizit bejaht bzw. festgestellt. Ob die Beschwerdeführerin tatsächlich als Verursacherin zu betrachten ist, gilt es nachfolgend zu überprüfen.

3. Das Altlastenrecht unterscheidet und trennt strikt zwischen der Realleistungspflicht und der Kostentragungspflicht. Die Kostentragungspflicht ist in Art. 32d Abs. 1 USG verankert und besagt, dass der Verursacher die Kosten für notwendige Massnahmen zur Untersuchung, Überwachung und Sanierung belasteter Standorte trägt. Sind mehrere Verursacher beteiligt, so tragen sie die Kosten entsprechend ihren Anteilen an der Verursachung. In erster Linie trägt die Kosten, wer die Massnahmen durch sein Verhalten verursacht hat. Wer lediglich als Inhaber des Standortes beteiligt ist, trägt keine Kosten, wenn er bei Anwendung der gebotenen Sorgfalt von der Belastung keine Kenntnis haben konnte (Art. 32d Abs. 2 USG). Das zuständige Gemeinwesen trägt den Kostenanteil der Verursacher, die nicht ermittelt werden können oder zahlungsunfähig sind (Art. 32d Abs. 3 USG). Rechtsprechung und herrschende Lehre stellen für die Umschreibung des Verursacherbegriffs weitgehend auf den polizeirechtlichen Störerbegriff ab. Verursacher ist demnach nicht nur derjenige, der den Schaden oder die Gefahr selbst oder durch das unter seiner Verantwortung erfolgende

Verhalten Dritter verursacht hat (Verhaltens- oder Handlungsstörer), sondern auch, wer über die Sache, die den ordnungswidrigen Zustand bewirkt, rechtliche oder tatsächliche Gewalt hat (Zustandsstörer; vgl. BGE 139 II 106 E. 3.1.1 mit Hinweisen).

3.1 Dass die Beschwerdeführerin nicht als Zustandsstörerin in Frage kommt, ist vorliegend grundsätzlich unbestritten, da sie nicht Eigentümerin eines belasteten Grundstückes auf dem ehemaligen X-Areal ist. Die Beschwerdeführerin kann somit nur zur Sicherstellung ihres Anteils an den zu erwartenden Kosten für die Sanierung verpflichtet werden, wenn sie als Verhaltensstörerin zu qualifizieren ist. Dies ist dann der Fall, wenn die Beschwerdeführerin durch ihr eigenes Handeln (bzw. durch die Produktion von Glühlampen) die Belastung des Bodens auf den Arealen KbS-Nr. X, Y und Z (mit-)verursacht hat, oder wenn sie allenfalls als Rechtsnachfolgerin der XY AG zu betrachten ist. Die Beschwerdeführerin stellt sich auf den Standpunkt, dass sie nie in C. Glühlampen produziert habe. Sie sei im Jahr 1990 als reine Vertriebsgesellschaft gegründet worden. Bis zur Sitzverlegung von A. nach B. im April 2001 habe sie weder Personal noch irgendwelche Produktionsanlagen besessen. Erst im Rahmen des Konkursverfahrens der XY AG habe sie von dieser gewisse Produktionsanlagen sowie Mitarbeiter übernommen und damit ab 2002 in C. Leuchtmittel produziert. Sie sei aber nicht als Rechtsnachfolgerin der XY AG zu betrachten und könne somit nicht für deren persönliche Schuld haftbar gemacht werden.

(...).

4.3 Zu prüfen ist sodann, ob die Beschwerdeführerin als Rechtsnachfolgerin der XY AG zu betrachten ist. In Bezug auf die Rechtsnachfolge für die Kostenpflicht gemäss Art. 32d USG ist nach Rechtsprechung und Literatur zwischen Verhaltens- und Zustandsverursachern einerseits sowie zwischen Singular- und Universalsukzession andererseits zu unterscheiden (vgl. BGE 139 II 106 E. 5.3 ff.). Die latente Kostenpflicht des Standortinhabers geht bei einer Handänderung ohne Weiteres auf den Erwerber über bzw. entsteht originär beim neuen Eigentümer oder Inhaber. Dasselbe gilt im Fall einer Universalsukzession (Vermögens- oder Geschäftsübernahme bzw. Erbfall).

4.3.1 Bei der altlastenrechtlichen Kostentragungspflicht des Verhaltensstörers gemäss Art. 32d USG handelt es sich um eine persönliche Schuld. Denn die Verhaltensstörer-Qualifikation setzt nicht notwendigerweise eine Rechtsbeziehung zum schadstoffbelasteten Grundstück oder zu der auf einem Grundstück betriebenen Deponie voraus, sondern knüpft

C 3.1

am persönlichen Merkmal eines bestimmten Verhaltens an (vgl. Hans U. Liniger/Curdin Conrad, Altlastenrechtliche Störerhaftung und Rechtsnachfolge bei Unternehmenstransaktionen, in: *Liber amicorum für Rudolf Tschäni*, Zürich/St. Gallen 2010, S. 237). Die Kostenpflicht des Verhaltensstörers verbleibt im Fall einer Singularsukzession als persönliche Schuld bei diesem und geht nicht auf den Rechtsnachfolger über. Möglich ist dagegen ein Übergang der Kostenpflicht des Verhaltensverursachers im Fall der Universalsukzession. Dies betrifft insbesondere die Fälle einer Vermögens- oder Geschäftsübernahme oder einer Fusion (BGE 142 II 232 E. 6.3; BGE 139 II 106 E. 5.3 ff. mit Hinweisen). Bei der Fusion gehen die Aktiven und Passiven einer Gesellschaft auf dem Weg der Universal-sukzession auf eine andere Gesellschaft über. Alle Rechte und Pflichten der absorbierten Gesellschaft gehen auf die absorbierende Gesellschaft über, ohne dass dafür besondere Übertragungshandlungen notwendig wären (vgl. Arthur Meier-Hayoz/Peter Forstmoser, *Schweizerisches Gesellschaftsrecht*, 11. Auflage, Bern 2012, § 25 N 30). Vor Inkrafttreten des Bundesgesetzes über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung vom 3. Oktober 2003 (FusG, SR 221.301) am 1. Juli 2004 erfolgten Fusionen bei Aktiengesellschaften nach den Regeln von Art. 748 ff. des Obligationenrechts (Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Fünfter Teil: Obligationenrecht vom 30. März 1911, OR, SR 220). Im vorliegenden Fall bestehen keinerlei Anhaltspunkte dafür, dass die Beschwerdeführerin die XY AG i.S. einer (altrechtlichen) Fusion übernommen hätte. Gegenteiliges macht auch die Vorinstanz nicht geltend.

4.3.2 Vor Inkrafttreten des Fusionsgesetzes konnten Aktiven und Passiven im Rahmen einer Umstrukturierung grundsätzlich nur auf dem Weg der Singularsukzession übertragen werden, sofern eine eigentliche Fusion nicht in Frage kam. Lediglich für die Übertragung gewisser Passiven bestand eine Erleichterung im Rahmen einer Geschäftsübernahme gemäss aArt. 181 OR. Seit Inkrafttreten des Fusionsgesetzes vom 3. Oktober 2003 (FusG, SR 221.301) richtet sich die Übernahme des Vermögens oder des Geschäftes von Handelsgesellschaften, Genossenschaften, Vereinen, Stiftungen und Einzelfirmen, die im Handelsregister eingetragen sind, nach den Vorschriften des FsG (Art. 181 Abs. 4 OR). Da jedoch die heute existierenden belasteten Standorte und Altlasten zur Hauptsache vor Inkrafttreten des neuen Art. 181 Abs. 4 OR entstanden sind, muss in der Praxis die Rechtsnachfolge der Verhaltensstörer regemässig gemäss aArt. 181 OR beurteilt werden (Liniger/Curdin, a.a.O., S. 237 ff.). Die Anwendung von aArt. 181 OR hat für altlastenrechtliche Kostenansprüche zur Folge, dass die mit dem übertragenen Geschäft verbundenen und vor

dem Zeitpunkt der Schuldübernahme begründeten Schulden als öffentlich-rechtliche Pflichten auf den Übernehmer übergehen. Eine Übertragung der Kostentragungspflicht des Verhaltensstörers setzt eine Geschäfts- bzw. Betriebsübergabe, mithin die Übertragung sämtlicher Aktiven sowie insbesondere auch den Übergang sämtlicher Passiven gestützt auf aArt. 181 OR voraus (vgl. Urteil des BGer 1C_170/2017 vom 7. September 2017, E. 3.2).

4.3.3 aArt. 181 OR regelt lediglich die Übertragung der Passiven eines Vermögens oder eines Geschäfts, hingegen nicht diejenige der Aktiven. Von der Schuldübernahme nach aArt. 181 OR werden alle mit dem übernommenen Vermögen oder Geschäft verknüpften übertragbaren Schulden erfasst. Die Anwendung von aArt. 181 OR ist an zwei Voraussetzungen geknüpft. Erstens muss ein Vermögen oder Geschäft mit Aktiven und Passiven übernommen werden. Dabei muss der Übernehmer die Übernahme der Passiven im Rahmen eines internen Übernahmevertrags (Art. 175 OR) mit dem Schuldner vereinbaren. Zweitens muss die Schuldübernahme den Gläubigern durch den Übernehmer mitgeteilt werden. Die Mitteilung ist weder annahmbedürftig noch formgebunden. Sie geschieht in der Praxis vor allem durch Publikation im Schweizerischen Handelsamtsblatt. Es muss aus der Mitteilung hervorgehen, dass sowohl Aktiven wie auch Passiven übernommen worden sind bzw. dass der Übernehmer an die Stelle des bisherigen Geschäftsinhabers getreten ist. Eine allfällige Verabredung zwischen den Parteien, dass lediglich Teile der Passiven übernommen werden, ist in der Mitteilung an die Gläubiger klar und eindeutig hervorzuheben. Andernfalls kann sie den Gläubigern nicht entgegengehalten werden und es gelten die gesamten Schulden als vom Erwerber übernommen. Die Mitteilung gilt extern, gegenüber den Gläubigern, demnach in der Weise, wie sie ein gutgläubiger Dritter gemäss Vertrauensprinzip verstehen musste, auch wenn ihr Inhalt von der Abmachung zwischen den Parteien abweichen sollte (vgl. RRB Nr. 353 vom 16. Mai 2017, E. 6.1 mit weiteren Hinweisen).

4.3.4 Die Beschwerdeführerin legt dar, dass sie nach dem Konkurs der XY AG ab 2002 in B. bzw. C. selber Leuchtmittel produziert habe. Sie sei deswegen aber nicht als eigentliche Rechtsnachfolgerin der XY AG zu betrachten. Sie habe das Geschäft der XY AG nicht im Sinne einer Universalsukzession, sondern lediglich im Rahmen des Konkursverfahrens der XY AG gewisse Aktiven (so z.B. Produktionsmaschinen und Rohmaterialien) sowie einige Passiven übernommen. Als Beweis hat sie dem Rechts- und Beschwerdedienst das Gläubiger-Zirkular Nr. 1 des Konkursamtes B. vom 20. Januar 2003 eingereicht, welches diese Aussage untermauert.

C 5.1

Die Vorinstanz macht hingegen geltend, dass es sich beim Konkursverfahren der XY AG um eine freiwillige Liquidation gehandelt habe und dass die Gesellschaft nicht korrekt liquidiert worden sei. Die Liquidation der XY AG sei ausserdem missbräuchlich und lediglich zum Zweck erfolgt, einer Haftung für die verursachten Bodenbelastungen zu entgehen. Faktisch sei der Geschäftsbetrieb mit der D. AG fortgeführt worden. Diese Argumentation der Vorinstanz ist nicht ganz nachvollziehbar. Insbesondere ist nicht verständlich, weshalb die Vorinstanz auf eine "freiwillige Liquidation" der XY AG schliesst. Im Übrigen ist nicht ersichtlich, inwieweit die mutmasslichen Beweggründe für die Liquidation der XY AG ausschlaggebend für die Klärung der Frage sein soll, ob die Beschwerdeführerin die Rechtsnachfolgerin der XY AG ist bzw. ob eine Universalsukzession stattgefunden hat. Die Beweggründe könnten allenfalls Indizien sein, welche sich durch anschliessende tatsächliche Handlungen manifestieren. Lediglich die Mutmassungen der Vorinstanz, welche durch keinerlei objektiven Anhaltspunkte belegt sind, die XY AG habe sich nur zum Zweck der Umgehung der Kostentragungspflicht liquidiert, genügen indes nicht. (RRB Nr. 418 vom 3. Juni 2020).

5. Zivilrecht

5.1 Bereinigung des Familiennamens

- *Die Zivilstandsbehörden sind nur befugt, von Amtes wegen diejenigen Fehler zu bereinigen, die auf einem offensichtlichen Versehen oder Irrtum beruhen (Erw. 3.1).*
- *Adelstitel verstossen in der Schweiz grundsätzlich gegen den verfassungsrechtlich verankerten Gleichheitsgrundsatz (Erw. 3.5).*
- *Die eingereichten Unterlagen vermögen vorliegend die Richtigkeit der Angaben im Zivilstandsregister bzw. Personenstandsregister als öffentliches Register des Bundesrechts nicht zu widerlegen (Erw. 4.1-4.3).*

Aus den Erwägungen:

3. Die Beschwerdeführer verlangen, dass die Vorinstanz ihren Familiennamen "X" in den Zivilstandsregistern in "von X" berichtigt. Dabei berufen sie sich auf Einträge im Tauf- sowie im Sterberegister ihres Wohnortes Y.

3.1 Gemäss Art. 43 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 10. Dezember 1907 (ZGB, SR 210) beheben die Zivilstandsbehörden von Amtes wegen Fehler, die auf einem offensichtlichen Versehen oder Irrtum beruhen. Die Zivilstandsbehörden sind nur in diesen Fällen zur Fehlerbehebung befugt. Man spricht in diesem Zusammenhang von der sogenannten administrativen Bereinigung (vgl. Art. 29 der Zivilstandsverordnung vom 28. April 2004, ZStV, SR 211.112.2). In allen übrigen Fällen ist einzig das Gericht zur Anordnung der Berichtigung oder Löschung einer Eintragung in den Zivilstandsregistern zuständig (Art. 42 Abs. 1 ZGB). Die Unrichtigkeit muss somit offensichtlich und unbestritten sein (vgl. BSK ZGB I – Cora Graf-Gaiser/Michel Montini, Art. 42 N 1). Nach dem Gesagten ist demnach zu prüfen, ob der beanstandete Familienname "X" aufgrund eines Versehens oder eines Irrtums in die Zivilstandsregister falsch beurkundet worden ist.

3.2 – 3.4 (...).

3.5 Im Rahmen der Einführung des eidgenössischen Zivilstandsregisters sowie später des Familienregisters wurde die Übernahme von Namenspartikeln wie "von" rege diskutiert. Die Verwendung des Namenspartikels "von" hing in früheren Zeiten einerseits mit einer Adellung zusammen oder wurde bei bürgerlichen Geschlechtern verwendet, um die Herkunft von einem bestimmten Ort oder Hof zum Ausdruck zu bringen. In der Schweiz wurden beide Arten in Verbindung mit Familiennamen in die einschlägigen Rodel, Bücher und Register eingetragen. Nach schweizerischer Rechtsauffassung verstossen Bezeichnungen, die auf den Adel als Stand hinweisen, grundsätzlich gegen den in Art. 4 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874 (aBV, SR 101) verankerten Gleichheitsgrundsatz (vgl. BGE 102 Ib 245, E. 2). Bei den altrechtlichen Einträgen hätte es sich jedoch nur mit unverhältnismässigem Aufwand ermitteln lassen, ob im einzelnen Fall ein adliges oder ein bürgerliches "von" vorliegt. In Anbetracht der grosszügigen altrechtlichen Praxis, Familiennamen mit dem Zusatz "von" in die einschlägigen Bücher und Register einzutragen, erschien es als sachgerecht, die Partikel generell in das Zivilstandsregister zu übernehmen, wobei sie einheitlich als Bestandteil des Namens betrachtet werden (siehe BGE 120 II 276 E. 3b).

4.1 Der Beschwerdeführer wurde am 20. Januar 1951 in Y geboren. Er ist somit dort im Geburtsregister (Register A) eingetragen. Ausserdem wurde das Ereignis auch dem Heimatort X mitgeteilt, wo es im Register B bzw. im Familienregister eingetragen wurde. Der Beschwerdeführer heiratete am 23. Juli 1982 seine erste Ehefrau in Y. Die Trauung wurde im Ehregister von Y sowie im Familienregister in B eingetragen. Aus dieser

C 5.1

ersten Ehe des Beschwerdeführers gingen im Zeitraum von 1983 bis 1993 sechs Kinder hervor, welche alle in Z geboren wurden. Die Geburten der Kinder sind einerseits im Geburtsregister von Z als auch im Familienregister (auf dem Familienblatt des Beschwerdeführers) in X verzeichnet. Nach dem Tod seiner ersten Ehefrau heiratete der Beschwerdeführer am 7. Juli 2012 die Beschwerdeführerin in Z, was neu im elektronischen Personenstandsregister eingetragen wurde.

4.2 Die Vorinstanz hat zur Beurteilung des Antrages der Beschwerdeführer sämtliche oben erwähnten Einträge in den Einzelregistern (Eheregister in Y, Geburtsregister der Kinder in Z, Personenstandsregister für Eheschliessung in Z) sowie im Familienregister bzw. auf dem Familienblatt des Beschwerdeführers in B konsultiert. Dabei gelangte sie zum Ergebnis, dass in den erwähnten amtlichen Registern keine Einträge auf den Familiennamen "von X" verzeichnet sind. Die Vorinstanz hat weiter die Namensführung des Urgrossvaters, des Grossvaters sowie auch des Vaters des Beschwerdeführers in den massgebenden Registern überprüft. Die Abklärungen der Vorinstanz ergaben, dass die drei vorangehenden Generationen des Beschwerdeführers den amtlichen Namen "X" verwendet haben. Dem Regierungsrat liegen die Auszüge aus den oben erwähnten Registern vor. Die Abklärungen der Vorinstanz sind nicht zu beanstanden. Aus den vorinstanzlichen Akten lässt sich ausserdem entnehmen, dass die drei vorangehenden Generationen des Beschwerdeführers in ihren Eheregistern bei ihren Trauungen selbst mit "X" unterschrieben haben. Allein der Umstand, dass der Beschwerdeführer bei seinen Trauungen am 23. Juli 1982 bzw. am 7. Juli 2012 die Dokumente der Eheschliessung selbst mit "von X" unterschrieben hat, ändert am Ergebnis nichts. Denn auch diese amtlichen Dokumente (d.h. das Eheregister selbst) lauten auf "X".

4.3 Im Ergebnis ist festzuhalten, dass der Nachname des Beschwerdeführers in sämtlichen amtlichen Registern als "X" verzeichnet ist. Die Vorinstanz ging somit zu Recht davon aus, dass in Bezug auf den Familiennamen der Beschwerdeführer von keiner auf einem Irrtum oder einem Versehen beruhenden Falschbeurkundung der Zivilstandsbehörde ausgegangen werden kann. Die Beschwerdeführer wenden dagegen ein, dass sie sowie ihre nächsten Verwandten (u.a. die Kinder des Beschwerdeführers, die erste Ehefrau sowie die Mutter des Beschwerdeführers) in den Kirchenbüchern ihrer Wohngemeinde Y mit dem Nachnamen "von X" verzeichnet seien. Die kantonale Aufsichtsbehörde führt in ihrem Fachbericht vom 3. Juni 2020 dazu zutreffend aus, dass die von den Beschwerdeführern ins Recht gelegten parallel zu den Zivilstandsregistern geführten Kirchenbücher grundsätzlich nicht geeignet sind, eine irrtümliche Beurkundung der Zivilstandsbehörden nachzuweisen, da diese Dokumente keine

erhöhte Beweiskraft im Sinne von Art. 9 ZGB geniessen und auch keine Auskunft über den amtlichen Namen geben. Das Gleiche gilt im Übrigen auch für die von den Beschwerdeführern im vorinstanzlichen Verfahren eingereichten Unterlagen. Die von den Beschwerdeführern eingereichten Unterlagen vermögen die Richtigkeit der Angaben im Zivilstandsregister bzw. im heutigen Personenstandsregister als öffentliches Register des Bundesrechts nicht zu widerlegen. Anders könnte es sich verhalten, wenn die Beschwerdeführer Auszüge aus Kirchenbüchern mit dem Familiennamen "von X" vorgelegt hätten, welche vor der Verweltlichung der Beurkundung des Personenstandes im Jahr 1876 bzw. vor der Einführung des Familienregisters am 1. Januar 1929 datieren. Solche Auszüge liegen jedoch nicht vor. Vielmehr geht aus den dem Regierungsrat vorliegenden Akten hervor, dass bereits die Vorfahren des Beschwerdeführers im besagten Zeitraum im Register B bzw. im Familienregister in B mit dem Familiennamen "X" geführt wurden (vgl. Urgrossvater C. D., geboren am 26. September 1842; Grossvater E. D., geboren am 21. März 1886 sowie der Vater F. G., geboren am 25. März 1917).

(RRB Nr. 727 vom 13. Oktober 2020).

7. Sozialwesen

7.1 Akteneinsichtsrecht und Mitwirkungspflicht im Verfahren

- *Die Akteneinsicht darf verweigert werden, wenn private oder öffentliche Interessen die Geheimhaltung rechtfertigen. Ein geheim gehaltenes Aktenstück darf als Beweismittel zum Nachteil einer Partei nur berücksichtigt, wenn diese vom wesentlichen Inhalt Kenntnis erhalten und Gelegenheit hatte, sich dazu zu äussern (Erw. 1-1.3).*
- *Voraussetzungen für die Ausrichtung wirtschaftlicher Sozialhilfe; Mitwirkungspflicht der bedürftigen Person (Erw. 2-2.4).*

Aus den Erwägungen:

1. Die Beschwerdeführer verlangten am 25. November 2019 vollumfängliche Akteneinsicht. Am 10. Dezember 2019 hat der mit der Verfahrensinstruktion betraute Rechts- und Beschwerdedienst die von der Vorinstanz als geheim deklarierten Akten dem Rechtsanwalt der Beschwerdeführer nicht zugestellt.

C 7.1

1.1 Grundsätzlich besteht ein Anspruch der Verfahrensparteien auf vollständige Akteneinsicht. Eine Behörde kann die Einsicht in die Akten allerdings verweigern, wenn schützenswerte private oder öffentliche Interessen die Geheimhaltung erfordern (vgl. § 22 Abs. 3 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 6. Juni 1974, VRP, SRSZ 234.110).

1.2 Die vorliegend geheim gehaltenen Aktenstücke enthalten sensible Informationen, an deren Nichtoffenlegung eine Drittperson ein schützenswertes privates Interesse im Sinne von § 22 Abs. 3 VRP hat. In den geheim gehaltenen Aktenstücken macht eine Drittperson Angaben zu Vermögenswerten der Beschwerdeführer. Aus diesen Angaben bzw. Aktenstücken ist die Identität der Drittperson erkennbar. Die Vorinstanz hat der Drittperson jedoch die vertrauliche Behandlung ihrer Identität zugesichert. Da nicht ausgeschlossen werden kann, dass diese Drittperson Repressionen von Seiten der Beschwerdeführer befürchten muss, wenn ihre Identität preisgegeben würde, sind die Voraussetzungen für die Geheimhaltung erfüllt. Der Rechts- und Beschwerdedienst hat die Herausgabe dieser Aktenstücke bzw. die Einsicht in diese zu Recht abgelehnt.

1.3 Wenn die Behörde ein Aktenstück geheim hält, darf sie es als Beweismittel zum Nachteil einer Partei nur berücksichtigen, wenn diese vom wesentlichen Inhalt Kenntnis erhalten und Gelegenheit hatte, sich dazu zu äussern (§ 22 Abs. 4 VRP). Der mit der Verfahrensleitung betraute Rechts- und Beschwerdedienst hat den Beschwerdeführern sämtliche nicht geheim gehaltenen Akten zur Einsichtnahme zugestellt und ihnen zudem den wesentlichen Inhalt der geheim gehaltenen Akten am 10. Dezember 2019 mitgeteilt. Die Beschwerdeführer haben sich mit drei separaten Eingaben dazu geäußert. Folglich sind die Voraussetzungen für die Verwendung der geheim gehaltenen Aktenstücke erfüllt. Da die geheim gehaltenen Akten jedoch nur Angaben zu Vermögens- und Einkommenswerten der Beschwerdeführer enthalten, sind sie für den vorliegenden Beschwerdeentscheid nicht entscheidrelevant. Denn die Informationen der Drittperson waren lediglich der Auslöser dafür, dass die Vorinstanz die Bedürftigkeit der Beschwerdeführer hinterfragte. Die danach von der Vorinstanz selbst getätigten Nachforschungen haben unabhängige Beweise zu Tage gefördert, welche erhebliche und schwerwiegende Zweifel an der Bedürftigkeit der Beschwerdeführer hervorriefen. Die Vorinstanz hat gestützt auf diese Beweise die Beschwerdeführer zur Mitwirkung bei der Sachverhaltsaufklärung aufgefordert. Die Beschwerdeführer weigerten sich jedoch, ihrer Pflicht zur Mitwirkung nachzukommen. Aufgrund dieser Weigerung und der daraus resultierenden Unklarheit über die Bedürftig-

keit hat die Vorinstanz die wirtschaftliche Hilfe eingestellt. Für die Beurteilung, ob die Vorinstanz die wirtschaftliche Hilfe aufgrund der verweigeren Mitwirkung zu Recht eingestellt hat, ist der Regierungsrat folglich gar nicht auf die Verwendung der geheim gehaltenen Akten angewiesen. Das rechtliche Gehör der Beschwerdeführer wurde nicht verletzt.

2. Die Vorinstanz hat am 29. August 2019 mit dem angefochtenen Beschluss Nr. 249 die Verlängerung der bis 31. August 2019 befristeten wirtschaftlichen Sozialhilfe abgelehnt bzw. die wirtschaftliche Hilfe ab diesem Zeitpunkt eingestellt, weil die Beschwerdeführer ihren Mitwirkungspflichten nicht nachgekommen seien.

2.1 Wer für seinen Lebensunterhalt und den seiner Familienangehörigen mit gleichem Wohnsitz nicht hinreichend oder rechtzeitig aus eigenen Mitteln aufkommen kann, hat Anspruch auf wirtschaftliche Hilfe (§ 15 des Gesetzes über die Sozialhilfe vom 18. Mai 1983, ShG, SRSZ 380.100). Dies entspricht dem Subsidiaritätsprinzip gemäss § 2 ShG. Gemäss § 6 der Vollziehungsverordnung zum Gesetz über die Sozialhilfe vom 30. Oktober 1984 (Sozialhilfeverordnung, SRSZ 380.111) gehören zu den eigenen Mitteln insbesondere alle Einkünfte und das Vermögen, Versicherungsleistungen und Sonderhilfen aufgrund besonderer Erlasse sowie familienrechtliche Unterhalts- und Unterstützungsansprüche. Auch Zuwendungen von privater Seite sind angemessen zu berücksichtigen. Weiter sieht § 26a ShG ausdrücklich vor, dass die Fürsorgebehörde die wirtschaftliche Hilfe kürzen oder einstellen kann, wenn die hilfesuchende Person trotz vorgängiger Mahnung die ihr zumutbare Mitwirkung verweigert, namentlich wenn sie die Auskunftspflicht verletzt oder den verfügten Auflagen, Bedingungen oder Weisungen zuwiderhandelt.

2.2 Bezüglich der Mitwirkungs- und Auskunftspflicht hält § 10 Abs. 1 ShV fest, dass, wer um wirtschaftliche Hilfe nachsucht oder sie erhält, über seine Verhältnisse wahrheitsgetreu Auskunft zu geben sowie Einsicht in seine Unterlagen zu gewähren und Änderungen in seinen Verhältnissen umgehend zu melden hat. Diese Mitwirkungspflicht ergibt sich im Übrigen auch aus § 19 Abs. 1 VRP i.V.m. § 36 Abs. 1 ShG.

2.3 (...).

2.4 Die Beschwerdeführer haben die geforderten Belege innert dieser Frist nicht eingereicht. Deshalb hat die Vorinstanz am 23. Mai 2019 in ihrem Beschluss Nr. 176 die Beschwerdeführer in Erwägung 2.2 darauf hingewiesen, dass unter anderem die wirtschaftliche Hilfe gekürzt oder eingestellt werden kann, wenn die hilfesuchende Person ihre Mitwirkung

C 7.1

verletzt. Gleichzeitig forderte die Vorinstanz die Beschwerdeführer nochmals auf, bei der Sachverhaltsfeststellung mitzuwirken, andernfalls die Kürzung bzw. Einstellung der wirtschaftlichen Hilfe mangels Nachweises der Bedürftigkeit geprüft werde. Weiter wurden die Beschwerdeführer im Dispositiv explizit aufgefordert, (anstelle des geforderten Schenkungsvertrages vom 27. Juli 2018) der Vorinstanz eine Vollmacht zur Beschaffung des Schenkungsvertrages zu erteilen. Der beigelegte Amtsbeistand der Beschwerdeführer teilte der Vorinstanz gemäss einer Aktennotiz am 7. Juni 2019 telefonisch mit, dass die Beschwerdeführer die Vollmacht nicht unterzeichnen werden. Die Vorinstanz wies die Beschwerdeführer deshalb am 11. Juni 2019 ein weiteres Mal auf ihre Mitwirkungspflicht und die Folgen der Verweigerung hin und forderte die Beschwerdeführer noch einmal auf, die Vollmacht zu unterzeichnen. Der beigelegte Amtsbeistand teilte mit E-Mail vom 17. Juni 2019 der Vorinstanz erneut mit, dass die Beschwerdeführer nach wie vor nicht bereit seien, die entsprechende Vollmacht zur Beschaffung des Schenkungsvertrages zu unterzeichnen. Die Beschwerdeführer sind ihrer Mitwirkungspflicht somit nicht nachgekommen.

(...).

4. Zusammenfassend hat die Vorinstanz die Beschwerdeführer mehrfach schriftlich ermahnt, diverse Unterlagen einzureichen und die Vollmacht zur Beschaffung des Schenkungsvertrages zu unterzeichnen. Zudem hat die Vorinstanz die Beschwerdeführer auch schriftlich über die möglichen Folgen der Verweigerung ihrer Mitwirkung aufmerksam gemacht. Die Beschwerdeführer haben weder die geforderten Unterlagen eingereicht noch die Vollmacht unterschrieben. Die von ihnen für die verweigernde Haltung und Mitwirkung geltend gemachten Gründe sind nach den vorausgegangenen Erwägungen letztlich nicht schlüssig und auch nicht ausreichend bewiesen. Die Beschwerdeführer sind ihrer Mitwirkungspflicht insgesamt unzureichend nachgekommen und haben damit verhindert, dass die Vorinstanz abklären bzw. prüfen kann, ob die Beschwerdeführer tatsächlich Anspruch auf wirtschaftliche Hilfe haben. Demgemäss hat die Vorinstanz die wirtschaftliche Sozialhilfe zu Recht eingestellt bzw. nicht verlängert.

(RRB Nr. 104 vom 11. Februar 2020).

7.2 Wirtschaftliche Hilfe

- *Kriterien bei der Beurteilung überhöhter Wohnkosten und entsprechende Prüfung (Erw. 2.3-3.2).*

Aus den Erwägungen:

2.3 Der Anspruch auf Wohnraum gehört zum Kern des Grundrechts auf Existenzsicherung. Die Sozialhilfegesetzgebung und die Unterstützungsrichtlinien sehen deshalb die Übernahme der Wohnkosten vor (Claudia Hänzi, Die Richtlinien der schweizerischen Konferenz für Sozialhilfe, Diss., 2011, S. 370). Anzurechnen ist bei Mietern der Wohnungsmietzins, soweit dieser im ortsüblichen Rahmen liegt. Ebenfalls anzurechnen sind die mietrechtlich anerkannten Nebenkosten (B.3-1 SKOS-Richtlinien).

Erachtet die Sozialhilfebehörde einen Mietzins als zu hoch, kann sie die Ausrichtung wirtschaftlicher Hilfe mit der Auflage verbinden, eine günstigere Wohnung zu suchen (§ 9 Abs. 1 und 2 Bst. d ShV, EGV-SZ 1995, S. 128; RRB Nr. 795 vom 24. Oktober 2017). Bevor ein Umzug verlangt wird, ist die Situation im Einzelfall zu prüfen. Insbesondere sind zu berücksichtigen: Die Grösse und Zusammensetzung der Familie, allfällige Verwurzelung an einem bestimmten Ort, Alter und Gesundheit der betroffenen Personen sowie der Grad der sozialen Integration (B.3-2 SKOS-Richtlinien). Verlangt die Behörde einen Wohnungswechsel, muss sie der unterstützten Person für den Umzug eine angemessene Umzugsfrist und gleichzeitig, sofern es die Umstände gebieten, Hilfe bei der Wohnungssuche gewähren (Felix Wolffers, a.a.O., S. 142 f.). Die Pflicht der Fürsorgebehörden, die Betroffenen bei der Suche nach einer günstigeren Wohnung zu unterstützen, ergibt sich zudem aus den §§ 1 Abs. 2 Bst. b und 27 Abs. 2 ShG, welche als Unterstützungsleistungen der Fürsorgebehörde auch die persönliche Hilfe vorsehen (EGV-SZ 1998, Nr. 21 mit Hinweis auf VGE 523/98 vom 21. Juni 1996).

3.1 Der Beschwerdeführer wohnt seit dem 1. Februar 2011 in einer 4.5-Zimmerwohnung. Damals ist er mit seiner Frau und seinem Kind dort eingezogen. Seit der Scheidung im Jahre 2015 lebt er alleine dort. Der Mietzins beträgt Fr. 1499.-- und liegt somit über dem von der Vorinstanz festgesetzten Richtmietzins von Fr. 1000.-- für einen 1-Personenhaushalt. Der Beschwerdeführer leidet an CRPS. Dabei handelt es sich um ein komplexes regionales Schmerzsyndrom. In seiner Beschwerde macht der Beschwerdeführer vor allem gesundheitliche Gründe für das Verbleiben in seiner Wohnung geltend.

C 7.2

3.2 Der Beschwerdeführer ist arbeitsunfähig. Er erhielt bis Ende Mai 2020 Taggelder der SUVA. Diese Taggelder wurden eingestellt, da die Unfallversicherung gestützt auf ein Gutachten der Ansicht ist, dass die gesundheitlichen Beeinträchtigungen nicht mehr eine Folge des Unfalles, sondern psychosomatisch bedingt und deshalb eine Krankheit seien. Der Beschwerdeführer hat gegen die Einstellung der Taggelder Einsprache erhoben und erwartet einen Entscheid in zwei bis sechs Monaten (vgl. Aktennotiz der Sozialarbeiterin vom 30. Juli 2020). Ebenfalls ist er bei der IV angemeldet. Es bleibt daher noch offen, ob der Beschwerdeführer überhaupt längerfristig bzw. dauerhaft auf wirtschaftliche Sozialhilfe angewiesen ist. Im Gebäude, in welchem die Wohnung des Beschwerdeführers liegt, befindet sich auch ein Lebensmittelshop. Der Beschwerdeführer, der an Krücken geht, kann daher die allermeisten Einkäufe im Haus erledigen. Sodann hat er die Möglichkeit, mit dem Auto vor die Haustüre zu fahren und muss deshalb zu transportierende Sachen nicht weit tragen. Im Weiteren wohnt der Beschwerdeführer bereits seit 1. Februar 2011 in dieser Wohnung. Es kann daher von einer gewissen Verwurzelung gesprochen werden. Auf der anderen Seite wiegt die Überschreitung des einschlägigen Mietzinsrichtwerts mit Fr. 499.-- doch stark. Sodann könnte das Verfahren rund um die Taggelder noch länger dauern, da ja der Beschwerdeführer noch nicht einmal einen Einspracheentscheid der SUVA vorlegen kann, obwohl er im Juli 2020 gegenüber der Sozialarbeiterin gesagt hat, dass er mit einem Entscheid in zwei bis sechs Monaten rechne (vgl. Aktennotiz der Sozialarbeiterin vom 30. Juli 2020). Auch die IV-Abklärungen stehen offenbar noch ganz am Anfang. Weiter kommt hinzu, dass die Vorinstanz den Beschwerdeführer bereits während der Unterstützungszeit in den Jahren 2015 und 2016 aufgefordert hatte, eine günstigere Wohnung zu suchen (vgl. vorinstanzlicher Beschluss Nr. 301 vom 5. November 2015). Offenbar war es damals jedoch schwierig, eine für den Beschwerdeführer zumutbare und geeignete Wohnung zu finden, da die Wohnung entweder im Parterre liegen oder das Wohnhaus mit einem Lift ausgestattet sein muss (vgl. vorinstanzlicher Beschluss Nr. 316 vom 10. November 2016). Es dürfte daher nicht einfach sein, eine für den Beschwerdeführer passende Wohnung zu finden.

In Würdigung der gesamten Umstände, insbesondere unter Berücksichtigung der gesundheitlichen Situation des Beschwerdeführers, der Ungewissheit des Ausgangs und der Dauer des Verfahrens rund um die Unfalltaggelder, der doch starken Abweichung des Mietzinses vom Richtmietzins und der möglicherweise nicht einfachen Suche nach einer für den Beschwerdeführer geeigneten Wohnung, erweist sich die Auflage der Vorinstanz, eine günstigere Wohnung zu suchen, als verhältnismässig.

(RRB Nr. 984 vom 22. Dezember 2020)

8. Bildungswesen

8.1 Schulversuch

- *Zuständigkeit für die Bewilligung von Schulversuchen (Erw. 3-3.3).*
- *Die Führung einer Mischform aus privater und öffentlicher Volksschule durch einen öffentlich-rechtlichen Träger ist unzulässig (Erw. 5-5.6).*

Aus den Erwägungen:

3. Die Beschwerdeführerin stellt sich zunächst auf den Standpunkt, dass der angefochtene Beschluss von einer unzuständigen Behörde stamme. Bereits deshalb sei der Beschluss aufzuheben. Allenfalls sei von Amtes wegen dessen Nichtigkeit festzustellen.

3.1 Eine Verfügung ist nur nichtig, wenn sie einen besonders schweren Mangel aufweist, welcher offensichtlich oder zumindest leicht erkennbar ist und zudem die Rechtssicherheit dadurch nicht ernsthaft gefährdet wird. Nichtigkeit ist insbesondere anzunehmen bei Vorliegen schwerwiegender Zuständigkeits-, Verfahrens-, Form- oder Eröffnungsfehler. Inhaltliche Mängel haben in der Regel nur die Anfechtbarkeit der Verfügung zur Folge (vgl. Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Auflage, Zürich/St. Gallen 2016, N 1096 ff).

3.2 Gemäss § 9 Abs. 1 VSG können die Schulträger im Interesse der Weiterentwicklung der Volksschulbildung Schulversuche durchführen. Diese bedürfen der Bewilligung des Erziehungsrates (d.h. der Vorinstanz). Schulversuche, die Strukturänderungen beinhalten oder Mehrkosten verursachen, bedürfen der Bewilligung des Regierungsrates; der Erziehungsrat stellt ihm hiezu Antrag (§ 9 Abs. 2 VSG). Die Bewilligungsbehörde kann für die Durchführung von Schulversuchen von diesem Gesetz und von ihren Ausführungsvorschriften abweichende Sonderbestimmungen erlassen (§ 9 Abs. 3 VSG). Schulversuche werden befristet, fachlich begleitet und ausgewertet (§ 9 Abs. 4 VSG).

3.3 Es ist nicht ersichtlich, weshalb und inwieweit der angefochtene Beschluss Nr. 56 der Vorinstanz vom 26. September 2019 nichtig sein soll. Gemäss § 9 Abs. 1 VSG bedürfen Schulversuche der Bewilligung der Vorinstanz. Die Vorinstanz war somit die zuständige Behörde für die Behandlung des Gesuches der Beschwerdeführerin vom 25. Juni 2019. Die

C 8.1

Beschwerdeführerin hat dieses Gesuch denn auch aus eigenem Antrieb bei der Vorinstanz eingereicht. Die Beschwerdeführerin ging daher offensichtlich selber davon aus, dass die Vorinstanz für die Behandlung ihres Gesuches zuständig ist. Die gesetzliche Regelung von § 9 Abs. 2 VSG bedeutet allerdings nicht, dass die Vorinstanz jedes Gesuch um Bewilligung eines Schulversuches an den Regierungsrat weiterzuleiten hätte. Eine Bewilligung des Regierungsrates ist nur dann erforderlich, wenn Schulversuche Strukturänderungen beinhalten oder Mehrkosten verursachen und die Vorinstanz diese Schulversuche bewilligen will. Vorliegend hat die Vorinstanz das Gesuch der Beschwerdeführerin abgelehnt, weshalb § 9 Abs. 2 VSG ohnehin nicht zur Anwendung kommt. Der Beschluss Nr. 56 der Vorinstanz vom 26. September 2019 ist jedenfalls nicht nichtig.

(...).

5. Die Beschwerdeführerin bringt vor, dass der Beschluss Nr. 56 der Vorinstanz vom 26. September 2019 fehlerhaft und deshalb aufzuheben sei. Die Vorinstanz habe ihr Ermessen unterschritten. Es sei im Gesetz nicht verboten, dass ein öffentlicher Schulträger eine Privatschule führe. Ansonsten sei die Vorinstanz dazu verpflichtet, die nötigen gesetzlichen Grundlagen zu schaffen, damit der Schulversuch bewilligt werden könne.

5.1 Die Schülerzahlen an der Primarschule A. sind seit Jahren rückläufig. Die Beschwerdeführerin hat deshalb ein Konzept erarbeitet, um die Primarschule Innerthal neu zu positionieren. Dieses Konzept beinhaltet die Führung einer öffentlichen Schule mit "Privatschülern" aus anderen Gemeinden. Die Beschwerdeführerin will dieses Konzept als Schulversuch über vier Jahre (1. August 2020 bis 31. Juli 2024) testen. Im Konzept sieht sich die Schule A. als öffentliche Volksschule für lokale Kinder und gleichzeitig als Tagesschule für auswärtige Kinder (im Sinne einer Privatschule). Diese Kinder sollen mit dem öffentlichen Verkehr morgens an- und abends abreisen. Die Mittagsverpflegung übernehmen lokale Familien. Die Kosten der Tagesschule werden den Eltern in Rechnung gestellt. Konkrete Tarife für die Beschulung sind im Konzept jedoch nicht festgelegt. Nur die ausserschulischen Angebote werden preislich ausgewiesen. Die Zielregion für die auswärtigen Kinder umfasst die Gemeinden B, C, D und E.

5.2 Die Vorinstanz hat das Gesuch der Beschwerdeführerin vom 25. Juni 2019 insbesondere deshalb abgelehnt, weil der Unterricht an den öffentlichen Volksschulen unentgeltlich sei. Das Konzept der Beschwerdeführerin weiche von diesem Grundsatz ab. Ausserdem regle § 7 VSG, dass die Schulpflicht in der Regel am Wohnsitz des Kindes zu erfüllen sei. Im

Kanton Schwyz bestehe keine freie Schulwahl. Das Konzept der Beschwerdeführerin würde somit die Schullandschaft des Kantons grundsätzlich verändern, was allerdings nicht im Interesse des Kantons sei. Ein öffentlicher Schulträger könne ausserdem keine private Volksschule führen.

5.3 – 5.4 (...).

5.5 Die Beschwerdeführerin beabsichtigt einerseits, die öffentliche Volksschule anzubieten und darüber hinaus als "private Volksschule" auch "Privatschüler" aus anderen Gemeinden aufzunehmen. Die Beschwerdeführerin sieht somit eine Mischform aus privater und öffentlicher Volksschule vor, wobei die Beschwerdeführerin jeweils als Trägerin der Schule fungiert. Eine derartige Mischform ist im Kanton Schwyz bis anhin unbekannt. Historisch gesehen gilt eine Schule als öffentlich, wenn sie einen öffentlich-rechtlichen Träger hat (Bund, Kanton, Bezirke, Gemeinde). Eine Privatschule ist demgegenüber eine Schule, die einen privatrechtlichen Träger hat. Schulen mit privatrechtlichem Träger erhalten allenfalls den Charakter einer öffentlichen Schule, wenn ein faktischer oder ein rechtlicher Zwang zur Aufnahme von Schülern besteht. Dies ist dann der Fall, wenn die Zulassung bloss von der Eignung und allenfalls vom verfügbaren Platz abhängig gemacht wird (vgl. Herbert Plotke, Schweizerisches Schulrecht, 2. Auflage, Bern/Stuttgart/Wien 2003, S. 50 mit Hinweis auf EGV-SZ 1977). Privatrechtliche Träger können demnach öffentliche Schulen führen, aber nicht umgekehrt (Plotke, a.a.O., S. 278). Privatschulen öffentlich-rechtlicher Träger müssen für die Schweiz als undenkbar bezeichnet werden (Plotke, a.a.O., S. 50).

5.6 Bereits aus diesen Gründen ist es nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz das Gesuch der Beschwerdeführerin abgelehnt hat. Die beabsichtigte Mischform aus öffentlicher und privater Volksschule, wobei ein öffentlich-rechtlicher Träger eine Privatschule führen soll, ist in der Schullandschaft des Kantons Schwyz – zumindest aufgrund der aktuellen geltenden gesetzlichen Grundlagen – unmöglich. Lediglich der Umstand, dass die Schule A. von den Schülern ein Schulgeld verlangt bzw. verlangen will, macht diese Schule noch nicht zu einer "Privatschule". Die Beschwerdeführerin geht überdies fehl in der Annahme, dass sie den Schulvertrag mit den auswärtigen "Privatschülern" frei nach den Regeln des Privatrechts gestalten könnte. Vielmehr stehen die Schülerinnen und Schüler in einem Sonderstatusverhältnis zum Gemeinwesen (§ 4 Abs. 1 VSG; Tobias Jaag, Rechtsfragen der Volksschule, insbesondere im Kanton Zürich, in: ZBI 1997, S. 544; Plotke, a.a.O., S. 68).
(RRB Nr. 83 vom 4. Februar 2020).

C 8.2

8.2 Aufnahmeprüfung Kantonsschule

- *Die nachträgliche Streichung einer einzelnen Note, um damit die Vornoten so anzupassen, dass die Aufnahmebedingungen erfüllt sind, ist unzulässig (Erw. 5.1.1-5.1.3).*
- *Um einen Kandidaten trotz ungenügender Punktezahl ausnahmsweise an die Kantonsschule aufzunehmen, muss ein besonderer Grund gegeben sein. Dass der Kandidat seine schulischen Leistungen in den letzten Monaten stark verbessert hat, stellt keinen besonderen Grund dar (Erw. 5.2-5.3).*

Aus den Erwägungen:

5.1.1 Gemäss § 9 Abs. 1 Bst. a des Reglements ist der Durchschnitt des letzten vor der Aufnahmeprüfung ausgestellten Zeugnisses massgebend. Unbestrittenermassen betrug die Durchschnittsnote im Fach Mathematik im letzten Zeugnis vor der Aufnahmeprüfung 4.5. Dieses letzte Zeugnis wurde, soweit aus den Akten ersichtlich ist, nicht separat angefochten. Eine Anhebung der Mathematiknote wurde erst in der Beschwerde gegen den negativen Aufnahmeprüfungsentscheid thematisiert. Dementsprechend ist die Zeugnisnote von 4.5 im Fach Mathematik massgebend. Es ist also nicht relevant, dass der Mathematiklehrer im Nachhinein bereit wäre, die schlechteste Einzelnote von A. B. zu streichen.

5.1.2 Zudem ist fraglich, ob die Streichung der schlechtesten Mathematiknote überhaupt zulässig wäre. Der Bezirk X hat kein Prüfungsreglement erlassen, welches die minimale Anzahl der Noten pro Fachbereich oder die Voraussetzungen der Streichung einer einzelnen Note regelt. Nach telefonischer Rücksprache des Rechts- und Beschwerdedienstes mit der Klassenlehrperson und dem Schulleiter der Schulhäuser Y. 1 und 2 besteht jedoch die ungeschriebene Regelung, dass die Anzahl der Noten pro Semester ungefähr der Anzahl Lektionen pro Woche in diesem Fachbereich entsprechen müsse. Die Streichung einer Note liege gemäss dem Schulleiter im Ermessen der Fachlehrperson. Klar ist jedoch, dass auch eine im Ermessen der Fachlehrperson liegende Entscheidung nicht willkürlich und ohne objektiv nachvollziehbaren Grund getroffen werden darf. Ein Grund für eine Streichung könnte z.B. dann bejaht werden, wenn eine Prüfung von der ganzen Klasse mit einem sehr tiefen Notendurchschnitt absolviert worden wäre oder wenn bereits zu Beginn des Semesters festgelegt worden wäre, dass es aufgrund eines allgemein strengen Bewertungsmassstabes pro Semester eine Streichnote gibt. Der Umstand, dass

nach einer Streichung noch immer die minimale Anzahl an Noten im Fachbereich Mathematik vorliegen und die Streichung einer einzelnen Schülerin ein besseres Zeugnis verschaffen würde, ist jedoch kein objektiv nachvollziehbarer Grund.

5.1.3 Weiter ist es auch aus allgemeinen Überlegungen unzulässig, im Nachhinein eine Einzelnote zu streichen, um die Vornoten nachträglich so anzupassen bzw. zu erhöhen, dass die Aufnahmebedingungen für das Gymnasium der Kantonsschule X erfüllt sind. Ob eine Aufnahme an das Gymnasium möglich ist, soll anhand der Noten entschieden und nicht umgekehrt die Noten einzelner Schüler an die Aufnahmegrenze angepasst werden. Würde ein beliebiges, nachträgliches Aufbessern der Vornoten zugelassen, würde dies dazu führen, dass das im Aufnahmereglement vorgesehene zweistufige System mit Vornoten und Aufnahmeprüfung ausgehöhlt würde. Die Werthaltigkeit der Vornoten wäre damit nicht mehr gegeben. Konsequenterweise müsste dann auf die Berücksichtigung der Vornoten verzichtet und lediglich auf das Resultat der Aufnahmeprüfung abgestellt werden. Das Aufnahmereglement sieht jedoch ausdrücklich die Berücksichtigung sowohl der Vornoten als auch der Aufnahmeprüfung vor. Demgemäss muss sichergestellt sein, dass die Vornoten auch entsprechend werthaltig sind. Auch aus diesem Grund kann dem vorgebrachten Argument der Beschwerdeführer nicht gefolgt werden. Zu prüfen bleibt nachfolgend allerdings noch, ob die Vorbringen der Beschwerdeführer eine Aufnahme von A. B. auf dem Ausnahmeweg gemäss § 12 Abs. 2 des Reglements rechtfertigen.

5.2 § 12 Abs. 2 des Reglements erlaubt es, bei einer Abweichung der Noten von der Minimalpunktzahl von höchstens 0.5 Punkten nach unten und bei Vorliegen einer positiven Empfehlung der Abgeberschule einen Kandidaten zuzulassen, um besonderen Umständen Rechnung zu tragen. Da vorliegend unbestrittenermassen die Voraussetzungen einer positiven Empfehlung (vgl. Beilage 1 der vorinstanzlichen Akten) sowie einer geringen Abweichung (0.33) von der Minimalpunktezahl erfüllt sind, gilt es zu beurteilen, ob die von den Beschwerdeführern vorgebrachten Umstände den Eintritt der Tochter in die Kantonsschule X rechtfertigen. Zu berücksichtigen ist dabei, dass es sich bei § 12 Abs. 2 des Reglements um eine "Kann"-Vorschrift handelt, welche den Entscheid weitestgehend ins Ermessen der entscheidenden Behörde stellt.

5.2.1 Damit die Tochter der Beschwerdeführer ausnahmsweise in die Kantonsschule X eintreten kann, muss bei ihr selbst ein besonderer Grund vorliegen. Ein solcher Grund muss sich auf die Leistungen bei den Prü-

C 8.2

fungen ausgewirkt haben sowie den Eintritt in die Kantonsschule X insofern rechtfertigen, als die Aussichten auf einen schulischen Erfolg trotz ungenügender Prüfungsnoten gross sind (vgl. RRB Nr. 1660 vom 13. September 1994, E. 3a). Dies zu beurteilen ist nicht einfach, insbesondere für eine Rechtsmittelinstanz, der weder der schulische Werdegang einer Schülerin noch deren Persönlichkeit bekannt sind. Dieser Umstand ist denn auch mit ein Grund dafür, dass sich der Regierungsrat bei der Beurteilung solcher Fragen Zurückhaltung auferlegt. Nicht umsonst hat der Gesetzgeber die Beurteilung der Frage, ob ein Schüler ausnahmsweise trotz ungenügender Prüfungsnoten in die Mittelschule aufgenommen werden kann, in den Zuständigkeitsbereich der Schulleitung gelegt (§ 12 Abs. 2 des Reglements).

5.2.2 Vorab ist festzuhalten, dass die Beschwerdeführer die inhaltliche Beurteilung der absolvierten Aufnahmeprüfungen und der Vornoten nicht beanstandet haben. Bei der vorgebrachten Sachverhaltsdarstellung im Zusammenhang mit der Möglichkeit der Streichung der ersten Mathematiknote handelt es sich um einen äusseren Umstand, welcher nicht in der Person von A. B. selbst liegt. Damit stellt dieser Umstand keinen besonderen Grund gemäss § 12 Abs. 2 des Reglements dar.

5.2.3 Auch die weitere Argumentation, wonach A. B. ihre Leistung in den letzten Monaten auf ein sehr gutes Notenniveau und damit ausserordentlich gesteigert habe, stellt keinen besonderen Umstand dar, welcher eine Aufnahme auf dem Ausnahmeweg rechtfertigt. Erstens ist es an sich kein besonderer Umstand, dass eine Schülerin während ihrer Schullaufbahn Lern- und Entwicklungssprünge macht. Zweitens wäre die Grenzziehung schwierig, ab wann ein Lern- und Entwicklungssprung die Anwendung der Ausnahmeregelung rechtfertigt. Drittens hat sich die vorgebrachte Leistungssteigerung (logischerweise) nicht negativ auf das Resultat der Prüfungen ausgewirkt. Einzig bei der letzten Voraussetzung des zukünftigen schulischen Erfolgs am Gymnasium könnte diese Argumentation allenfalls berücksichtigt werden. Diesbezüglich hält die Vorinstanz jedoch zu Recht fest, dass die Leistungssteigerung bei den Aufnahmeprüfungen von A. B. gerade nicht ersichtlich war. Abgesehen von der mündlichen Englischnote (5.25) waren alle Aufnahmeprüfungsnoten ungenügend (Deutsch: 3.74, Französisch: 3.25, Mathematik: 3.98) und teilweise deutlich unter dem Durchschnitt der anderen Absolventen der Aufnahmeprüfung (Deutsch: 4.29, Französisch: 4.15, Mathematik: 4.14).

5.3 Aus dem Gesagten folgt, dass die Voraussetzung der besonderen Umstände im Sinne von § 12 Abs. 2 des Reglements nicht erfüllt ist.

Dementsprechend hat die Vorinstanz die Aufnahme von A. B. in das Gymnasium der Kantonsschule X im Rahmen ihres Ermessens im Sinne der "Kann"-Vorschrift von § 12 Abs. 2 des Reglements zu Recht abgelehnt, auch wenn in menschlich subjektiver Hinsicht verständlich ist, dass dies A. B. hart trifft. Die Beschwerde ist deshalb abzuweisen. Letztlich rechtfertigt sich der Hinweis, dass es der Tochter der Beschwerdeführer unbenommen ist, den Übertritt in die Kantonsschule X im nächsten Schuljahr erneut zu versuchen.

(RRB Nr. 407 vom 26. Mai 2020).

10. Raumplanung

10.1 Neueinzonung

- *Der Einzonungsstopp ist im Kanton Schwyz per 1. März 2020 dahingefallen. Neueinzonungen sind seit diesem Datum wieder zulässig (Erw. 8.3-8.6).*
- *Die Frage, ob ein Gebiet bereits erschlossen ist, ist für dessen Zuweisung zu einer Bauzone nicht von Bedeutung. Im Rahmen des Nutzungsplanverfahrens ist nur zu prüfen, ob eine Erschliessung rein faktisch überhaupt möglich ist (Erw. 10-10.3).*

Aus den Erwägungen:

8.3 Am 1. Mai 2014 trat das revidierte RPG und die revidierte RPV in Kraft. Nebst der revidierten RPV wird die Revision ausserdem durch die "technischen Richtlinien Bauzonen" vom 7. März 2014 bzw. vom 17. März 2014 und durch die vom Bundesamt für Raumentwicklung erarbeitete "Ergänzung des Leitfadens für die Richtplanung" vom März 2014 umgesetzt. Mit dieser Revision wollte der Gesetzgeber die Zersiedelung eindämmen und den Kulturlandverlust stoppen, dies u.a. durch inhaltliche Anforderungen an die kantonalen Richtpläne im Bereich Siedlung (vgl. dazu BGer 1C_384/2016 vom 16. Januar 2018, E. 2.3 mit Hinweis auf Botschaft vom 20. Januar 2010 zu einer Teilrevision des RPG, BBl 2010, 1053, Ziff. 1.1).

8.4 Nach Art. 38a Abs. 1 RPG müssen die Kantone innert fünf Jahren nach Inkrafttreten der Änderung, d.h. bis spätestens 30. April 2019, ihre

C 10.1

Richtpläne an die Anforderungen der Art. 8 und Art. 8a RPG anpassen. Bis zur Genehmigung dieser Richtplananpassung durch den Bundesrat darf im betreffenden Kanton die Fläche der rechtskräftig ausgeschiedenen Bauzonen insgesamt nicht vergrössert werden (Art. 38a Abs. 2 RPG). Im Kanton Schwyz hat der Regierungsrat den überarbeiteten kantonalen Richtplan am 8. März 2016 erlassen und der Kantonsrat hat ihn am 13. April 2016 zur Kenntnis genommen. Die Genehmigung durch den Bundesrat erfolgte schliesslich mit Beschluss vom 24. Mai 2017. Damit entfiel auch das Bauzonenmoratorium gemäss Art. 38a Abs. 2 RPG für den Kanton Schwyz. Allerdings verlangte das revidierte RPG neben der Anpassung des Richtplanes auch, dass die Kantone bis innert fünf Jahren nach Inkrafttreten der Änderung des RPG einen angemessenen Ausgleich für erhebliche Vor- und Nachteile bei neu und dauerhaft einer Bauzone zugewiesenem Boden regeln (vgl. Art. 38a Abs. 4 i.V.m. Art. 5 RPG). Mit dieser sogenannten Mehrwertabgabe wollte der Gesetzgeber einen Ausgleich des planungsbedingten Mehrwerts (Abschöpfung von Mehrwerten durch Ein-, Um- oder Aufzonung) erzielen. Im Kanton Schwyz wurde die vom Bundesrecht vorgeschriebene Mehrwertabgabe mit den neuen §§ 36a PBG umgesetzt. Mit RRB Nr. 464 vom 19. Juni 2018 hat der Regierungsrat die vom Kantonsrat an der ausserordentlichen Sitzung vom 14. März 2018 beschlossene Teilrevision des PBG per 1. Juli 2018 in Kraft gesetzt. Gestützt auf den Prüfungsbericht des Bundesamtes für Raumentwicklung vom 28. März 2019 sowie nach vorgängiger Anhörung des Kanton Schwyz hat der Bundesrat mit Beschluss vom 10. April 2019 festgestellt, dass der Kanton Schwyz die bundesrechtlichen Vorgaben im Bereich des Mehrwertabgaberechts nicht vollständig erfüllt hat. Als Folge davon verhängte der Bundesrat per 1. Mai 2019 ein Verbot zur Ausscheidung neuer Bauzonen ("Einzonungsstopp") solange, bis der Kanton Schwyz den Gesetzgebungsauftrag bundesrechtskonform umgesetzt hat (siehe dazu Art. 38a Abs. 5 RPG). Um die Mängel beim Mehrwertabgaberecht zu beheben, wurde das PBG nochmals in einigen Punkten überarbeitet. In der Folge hat der Kantonsrat an seiner Sitzung vom 23. Oktober 2019 die Änderung des PBG angenommen. Nach Ablauf der Referendumsfrist hat der Regierungsrat beschlossen, diese Änderung auf den 1. März 2020 in Kraft zu setzen (vgl. Abl 2020, S. 498). An seiner Sitzung vom 29. Januar 2020 hat auch der Bundesrat beschlossen, dass die Ausscheidung von Bauzonen im Kanton Schwyz wieder zulässig sei, sobald die Änderung des PBG vom 23. Oktober 2019 am 1. März 2020 in Kraft gesetzt werde. Nach dem Gesagten ist es im Kanton Schwyz seit dem 1. März 2020 wieder möglich, neue Bauzonen auszuschneiden.

8.5 Die Vorinstanz hat die umstrittene Teilrevision der Nutzungsplanung vom 23. August bis zum 23. September 2019 öffentlich aufgelegt. Am

26. Februar 2020 hat die Vorinstanz die Einsprache des Beschwerdeführers gegen die im Rahmen der Teilrevision vorgesehene Einzonung von KTN XXX in die Kernzone 3 abgewiesen. Der Beschwerdeführer hat gegen diesen Einspracheentscheid am 17. März 2020 eine Verwaltungsbeschwerde beim Regierungsrat eingereicht. In der Zwischenzeit trat am 1. März 2020 die Teilrevision des PBG in Kraft, womit der verhängte Einzonungsstopp hinfällig wurde. Aufgrund der Ausführungen in der vorangegangenen Erwägung 8.4 erscheint es fraglich, ob die öffentliche Auflage der Einzonung von KTN XXX samt der damit zusammenhängenden Auszonungen sowie die Beschlussfassung darüber während dem Einzonungsstopp überhaupt zulässig war. Diese Frage muss jedoch nicht abschliessend geklärt werden. Denn selbst wenn die Beschlussfassung der Vorinstanz zum damaligen Zeitpunkt (26. Februar 2020) unzulässig gewesen wäre, würde die Rückweisung an diese zur erneuten Beschlussfassung zu einem Verfahrensleerlauf führen, da wegen der Inkraftsetzung der Teilrevision des PBG es im Kanton Schwyz seit dem 1. März 2020 wieder möglich ist, neue Bauzonen auszuscheiden.

8.6 Im Ergebnis ist festzuhalten, dass die vorgesehene Neueinzonung grundsätzlich zulässig ist, da der Einzonungsstopp per 1. März 2020 dahingefallen ist. In einem nächsten Schritt ist zu prüfen, ob diese mit dem neuen Art. 15 RPG sowie dem neuen Richtplan vereinbar ist. Dabei muss auch die Vereinbarkeit der umstrittenen Einzonung mit der Richtplananpassung 2018, welche vom Bundesrat erst am 26. Juni 2020 genehmigt wurde, überprüft werden. Es würde den mit der Revision des RPG verfolgten öffentlichen Interessen diametral entgegenlaufen, wenn der neue kantonale Richtplan nicht angewendet werden würde (vgl. dazu BGer 1C_384/2016 vom 16. Januar 2018, E. 2.5 f. sowie BGer 1C_315/2015 vom 24. August 2016, E. 3.5).

(...).

10. Der Beschwerdeführer macht weiter geltend, dass die Erschliessung von KTN XXX problematisch sei und diese Parzelle sich deshalb nicht zur Einzonung eigne.

10.1 Bauland muss innert 15 Jahren nicht nur voraussichtlich benötigt, sondern auch erschlossen werden (Art. 15 Abs. 4 Bst. b RPG). Die Frage, ob ein Gebiet bereits erschlossen ist, ist für dessen Zuweisung zu einer Bauzone nicht von Bedeutung. Gebiete dürfen einer Bauzone zugewiesen werden, auch wenn sie noch über keine Erschliessungsanlagen verfügen. Im Rahmen des Nutzungsplanverfahrens ist nur zu prüfen, ob eine Erschliessung rein faktisch überhaupt möglich ist. Ist bereits im Zeitpunkt

C 10.1

der geplanten Einzonung absehbar, dass eine hinreichende Zufahrt nicht erreicht werden kann, darf das umstrittene Gebiet jedoch nicht eingezont werden (vgl. RRB Nr. 1340 vom 10. Dezember 2008, E. 2.5 mit Hinweis auf EGV-SZ 1997, Nr. 52, E. 8.c).

10.2 Ohne dass im vorliegenden Beschwerdeverfahren auf Details der geplanten Erschliessung eingegangen werden muss, scheint eine Zufahrt bis zum Grundstück KTN XXX über die bestehenden Erschliessungsanlagen "O" oder die B-strasse grundsätzlich möglich zu sein, was der Beschwerdeführer selbst bestätigt (vgl. Beschwerde vom 17. März 2020, S. 5). Ausserdem handelt es sich bei der strittigen Planungsmassnahme um eine geringfügige Einzonung im Umfang von nur 403 m². Dies bedeutet, dass durch die geplante Einzonung von KTN XXX nicht mit einem erheblichen Mehrverkehr auf den bestehenden Erschliessungsanlagen zu rechnen ist. Die Erschliessbarkeit ist zu bejahen. Erst im nachfolgenden Baubewilligungsverfahren muss geprüft werden, ob bei einem Bauvorhaben auf KTN XXX die Erschliessung tatsächlich gegeben ist oder ob Massnahmen erforderlich sind, um die Erschliessung herbeizuführen.

10.3 Die Frage, ob die Zufahrt im heutigen Zeitpunkt bereits rechtlich gesichert ist, braucht im Nutzungsplanverfahren ebenfalls nicht abschliessend beurteilt zu werden (RRB Nr. 1340 vom 10. Dezember 2008, E. 4.4.3). Die Vorbringen des Beschwerdeführers zur Fahrberechtigung auf der Erschliessungsanlage "O" erweisen sich damit als unerheblich. Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass der Gemeinderat die Eigentümer und direkten Anstösser bestehender privater Erschliessungsanlagen gemäss § 41 Abs. 1 PBG verpflichten kann, die Mitbenutzung und den Ausbau durch Dritte gegen volle Entschädigung zu dulden, sofern dies zumutbar und für eine landsparende oder zweckmässige technische Lösung notwendig ist. Sollte noch kein umfassendes Wegrecht bestehen und können sich die Beteiligten nicht einigen, so enteignet der Gemeinderat die erforderlichen Rechte (vgl. § 41 Abs. 2 PBG). Eine (allenfalls) rechtlich noch nicht gesicherte Zufahrt steht einer Einzonung jedenfalls nicht entgegen. (RRB Nr. 637 vom 1. September 2020).

11. Forst- und Jagdpolizei

11.1 Irrtumsabschuss

- *Pflichtwidriges Ansprechen; Sorgfaltspflichtverletzung (Erw. 2.1-3.2).*
- *Bei einem siebenstündigen Zeitunterschied kann nicht mehr von einem gleichzeitigen Erlegen des Kalbes und der Hirschkuh ausgegangen werden. (Erw. 3.3).*

Aus den Erwägungen:

2.1 Gemäss der Abschussmeldekarte Nr. 172 hat der Beschwerdeführer am 5. September 2019 um 9.05 Uhr im Gebiet X in A. eine melche Hirschkuh erlegt. Ihr Kalb wurde vom Bruder des Beschwerdeführers gleichentags um 16.30 Uhr abgeschossen (vgl. Abschussmeldekarte Nr. 193). Der Beschwerdeführer hat das führende Muttertier nachweislich vor dem Kalb erlegt, weshalb die Vorinstanz von einem Irrtumsabschuss bzw. einem Verstoss gegen Ziffer 9.1.4 Bst. a der Jagdvorschriften ausgegangen ist. In der Folge hat sie dem Beschwerdeführer eine Gebühr von Fr. 616.-- für die 61.6 kg schwere Hirschkuh (Fr. 10.--/kg; vgl. Ziffer 10.3.1 der Jagdvorschriften) in Rechnung gestellt. In der angefochtenen Verfügung vom 29. November 2019 sowie in der Vernehmlassung vom 24. Januar 2020 führt die Vorinstanz aus, dass der Beschwerdeführer beim „Ansprechen“ der Hirschkuh die Sorgfaltspflicht verletzt habe. Die Voraussetzungen von § 41 Abs. 2 Bst. a, b und c JWG habe er erfüllt. Sofern er den festgelegten Wertersatz bezahle, könne von einer Verzeigung abgesehen werden (vgl. § 41 Abs. 2 Bst. d JWG).

2.2 Dagegen macht der Beschwerdeführer geltend, dass die Vorinstanz zu Unrecht eine Irrtumsabschussgebühr erhoben habe. Vor der (tödlichen) Schussabgabe auf die Hirschkuh habe er diese rund zwei Minuten beobachtet. Weder habe sie ein Kalb geführt, noch habe er aus ihrem Verhalten auf das Vorhandensein eines Kalbes schliessen können. Kurze Zeit nach der Erlegung der Hirschkuh seien aus dem circa 70 m entfernten Dickicht eine zweite Hirschkuh und ein Kalb geflüchtet. Leider habe er dann feststellen müssen, dass die erlegte Hirschkuh Milch getragen habe. Er könne sich nicht erklären, weshalb das Kalb bei der anderen Hirschkuh geblieben sei. Da keine Sorgfaltspflichtverletzung vorliege, sei der Abschuss der Hirschkuh gemäss Ziffer 9.1.4 Bst. a der Jagdvorschriften zu-

C 11.1

lässig gewesen und der wirtschaftliche Vorteil nicht unrechtmässig erworben worden. Sodann hätten er und seine Jagd-kollegen in der Folge weitergejagt und alles darangesetzt, die beiden geflüchteten Tiere zu finden. Am Nachmittag des gleichen Tages habe sein Bruder dann das Kalb schliesslich erlegen können. Somit hätten sie auch die Vorgabe von Ziffer 9.1.4 Bst. c der Jagdvorschriften, wonach die Irrtumsabschussgebühr entfalle, wenn ein Kalb mit der Hirschkuh zusammen erlegt werde, erfüllt.

3.1 Jägerinnen und Jäger müssen die Tiere vor dem Abschuss sauber ansprechen können (vgl. Ziffer 6 Bst. b der Jagdvorschriften). Unter Ansprechen wird in der Jägersprache das genaue Bestimmen des lebenden Wildes nach Art, Alter, Geschlecht, sozialer Klasse und Gesundheitszustand verstanden. Das pflichtgemässe Ansprechen des Zieles ist unabdingbare Voraussetzung jeden Schusses. Der Abschuss darf erst erfolgen, wenn das Ziel pflichtgemäss angesprochen wurde, da andernfalls Menschen verletzt oder nicht jagdbare Tiere bzw. Tiere in der Schonzeit geschossen werden können. Wer ein Tier falsch anspricht, verstösst gegen die Sorgfaltspflicht. Weibliche Hirsche werden je nach Kondition bereits mit eininhalb, meist jedoch erst mit zweieinhalb Jahren beschlagen. Die Laktation dauert zwar nur ein halbes Jahr, dennoch sind die Kälber bis circa eineinhalbjährig vom Muttertier abhängig. Verwaisen die Kälber im ersten Jahr, haben sie kaum Überlebenschancen, da sie vom Rudel ausgeschlossen werden. Der Abschuss von Hirschkühen ist deshalb besonders heikel, wenn beim Ansprechen das Vorhandensein eines anhängigen Jungtieres nicht ausgeschlossen werden kann. Im Zweifelsfall hat der Jäger von einem Abschuss abzusehen (vgl. Entscheid Nr. BD_A15 032 der Baudirektion Zürich vom 9. März 2015, E. 2.d und e mit Hinweisen).

3.2 Der Beschwerdeführer vermag zwar glaubhaft darzulegen, dass er nach zweiminütiger Beobachtung der Hirschkuh kein Kalb habe erkennen können. Allein aufgrund dieser Tatsache durfte er jedoch nicht einfach darauf schliessen, dass es sich beim von ihm ins Visier genommenen Tier um eine galte bzw. nicht mehr setzende Hirschkuh handelte. Zu berücksichtigen ist in dieser Hinsicht insbesondere auch, dass sich Kälber während des Äsens oft für längere Zeit vom Muttertier entfernen. Die Setzzeit beim Rotwild ist von Mitte Mai bis Ende Juni. Am Tag des in Frage stehenden (Irrtums-)Abschusses (5. September 2019) war das einige Monate alte Kalb zweifellos noch auf die Milch des Muttertieres angewiesen. Gemäss eigenen Angaben konnte der Beschwerdeführer nach Erlegung der Hirschkuh denn auch ohne weiteres feststellen, dass diese Milch trug. Offenbar war es ihm von seiner Position aus nicht möglich, das Gesäuge am lebenden Wildkörper (als laktierend) zu erkennen. Bereits aus diesem Grund muss von einem pflichtwidrigen Ansprechen des erlegten Tieres

ausgegangen werden. Hinzu kommt, dass der Beschwerdeführer aufgrund der (zu) kurzen Beobachtungszeit von zwei Minuten auch nicht in der Lage war, aus dem Verhalten der Hirschkuh weitere Erkenntnisse zu gewinnen. Die Jägerin oder der Jäger ist bei einem weiblichen Tier dazu verpflichtet, mit der Schussabgabe zu warten, bis zweifelsfrei festgestellt werden kann, ob dieses ein Kalb führt oder nicht. Um einen Irrtumsabschuss zu vermeiden, hätte der Beschwerdeführer deshalb auf eine Schussabgabe verzichten müssen. Gestützt auf diese Ausführungen ist die Vorinstanz zu Recht zum Schluss gekommen, dass der Beschwerdeführer gegen Ziffer 9.1.4 Bst. a der Jagdvorschriften verstossen bzw. einen Irrtumsabschuss im Sinne von § 41 Abs. 2 Bst. a JWG getätigt hat. Dass sie ihm eine Gebühr für den Wertersatz von Fr. 616.-- auferlegt hat, ist deshalb nicht zu beanstanden.

3.3 An dieser Beurteilung ändert auch nichts, dass sich der Beschwerdeführer und seine Jagdkollegen (erfolgreich) bemüht haben, das Kalb aufzuspüren und zu erlegen. Das korrekte weidmännische Verhalten gebot denn auch eine Nachsuche des Kalbes (vgl. § 40 Bst. b JWG). Gemäss Ziffer 9.1.4 Bst. c der Jagdvorschriften entfällt die Irrtumsabschussgebühr zwar, wenn ein Kalb mit der Hirschkuh zusammen erlegt wird. Zwischen dem Abschuss der Hirschkuh (9.05 Uhr; vgl. Abschussmeldekarte Nr. 172) und dem Kalb (16.30 Uhr; Abschussmeldekarte Nr. 193) vergingen jedoch mehr als sieben Stunden. Letztendlich konnten der Beschwerdeführer und sein Bruder zwar verhindern, dass das verwaiste Kalb elend zugrunde geht. Unter Berücksichtigung des rund siebenstündigen Zeitraums kann jedoch nicht mehr von einem gleichzeitigen Erlegen des Kalbes und der Hirschkuh ausgegangen werden. Entgegen den Ausführungen des Beschwerdeführers trifft es somit nicht zu, dass er die Voraussetzungen von Ziffer 9.1.4 Bst. c der Jagdvorschriften erfüllt habe. Die Vorinstanz hat deshalb zu Recht darauf verzichtet, ihm die Irrtumsabschussgebühr zu erlassen.

(RRB Nr. 190 vom 17. März 2020).

17. Verkehrs- und Polizeiwesen

17.1 Fahrzeugzulassung, VW-Abgasskandal

- *Es ist nicht die Aufgabe des Regierungsrates, die finanziellen Folgen privatrechtlicher Verträge zu klären oder eine strafrechtliche Beurteilung vorzunehmen. Prozessgegenstand bildet die Frage, ob das vom WV-Abgasskandal betroffene Fahrzeug der Beschwerdeführerin ohne das von VW angebotene Software-Update für den öffentlichen Strassenverkehr zugelassen werden kann (Erw. 1-1.3).*
- *Das Fahrzeug ist von einer Rückrufaktion der VW-Gruppe betroffen und entspricht nicht den technischen Vorschriften bzw. der (ursprünglich) erteilten Typgenehmigung. Es hätte mittels Rückrufprozess des Generalimporteurs instand gestellt werden müssen (Erw. 3-3.2).*
- *Zulässigkeit der Anordnung der Instandstellungsmassnahmen; fehlendes Rechtsschutzinteresse an der Überprüfung der Ausgestaltung der Typenehmigung (Erw. 4-5.7).*

Aus den Erwägungen:

1. Hintergrund des vorliegenden Verfahrens bildet der im September 2015 in den Medien publik gewordene und als allgemein bekannt geltende "Dieselskandal" bzw. "VW-Abgasskandal". Gegenstand sind die vom Volkswagen-Konzern bzw. der Volkswagen AG (nachfolgend: VW) hergestellten Dieselmotoren des Typs EA189, die mithilfe einer Software derart manipuliert worden sind, dass die entsprechenden Fahrzeuge auf dem Prüfstand weniger Stickoxide (NO_x) emittierten als im Normalbetrieb. Die Software erkannte, wann sich das Fahrzeug auf einem Prüfstand befindet und aktivierte nur in diesem Zeitpunkt die volle Abgasreinigung für Stickoxide. Die Beschwerdeführerin hat gemäss eigenen Angaben die von VW inzwischen angebotene Instandstellungsmassnahme – welche hauptsächlich mittels Software-Update den unterschiedlichen Betrieb zwischen Prüfstand und Normalbetrieb beseitigt – an ihrem Fahrzeug bislang nicht durchgeführt.

1.1 (...).

1.2 Prozessgegenstand bildet die Frage, ob das vom WV-Abgasskandal betroffene Fahrzeug der Beschwerdeführerin ohne das von VW angebotene Software-Update für den öffentlichen Strassenverkehr zugelassen werden

kann. Die Beschwerdeführerin äussert sich einleitend ausführlich zum bisherigen (mehrheitlich im Ausland erfolgten, juristischen und medialen) Verlauf des VW-Abgasskandals sowie zur Funktionsweise des vorgesehenen Updates. Mit Verweis auf diese Einleitung rügt die Beschwerdeführerin eine unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts. Die Vorinstanz habe zu Unrecht nicht festgestellt, dass die Beschwerdeführerin ihr Fahrzeug gutgläubig genutzt habe, währenddessen VW sie und die Behörden getäuscht, allenfalls betrogen und massive Rechtsverletzungen begangen habe; dass das Software-Update zu Langzeitschäden führen könne und ein Thermofenster implementiere, was eine erneute unzulässige Abschaltvorrichtung darstelle sowie dass die geltenden Emissionsgrenzwerte auch mit dem Software-Update im Normal- bzw. Realbetrieb nicht eingehalten würden. Die Beschwerdeführerin beantragt daher ein KfZ-technisches Sachverständigengutachten zur Wirkungsweise des Software-Updates (Thermofenster), zu den technischen Auswirkungen des Software-Updates auf das Fahrzeug und zu den Emissionswerten des Fahrzeugtyps der Beschwerdeführerin nach dem Software-Update im Realbetrieb.

1.3 Bei Beeinträchtigungen wie der (Zumutbarkeit zur) Verpflichtung zum Software-Update, dem Wertverlust am betroffenen Fahrzeug, den Kosten für erhöhten Verschleiss an diversen Motoren- und Abgassystemteilen, den zusätzlichen Treibstoffkosten, der schlechten Wiederverkäuflichkeit etc. handelt es sich um finanzielle Nachteile, welche mittels zivilrechtlicher Leistungsklage geltend zu machen sind (vgl. hierzu BGer 4A_483/2018 vom 8. Februar 2019, E. 3.2.4 sowie nachstehend: E. 5.7). Gleiches gilt für mögliche Langzeitschäden oder eine allenfalls eingeschränkte Nutzungsmöglichkeit eines Fahrzeuges (bspw. im öffentlichen Strassenverkehr) aufgrund fehlender Eigenschaften und die zivilrechtliche Frage, ob es sich hierbei allenfalls um Sach- oder Rechtsmängel handelt. Die Beurteilung finanzieller Folgen aufgrund privatrechtlicher Verträge obliegt in erster Linie den dafür zuständigen Zivilgerichten und nicht dem Regierungsrat (oder den Verwaltungsbehörden). Ebenso wenig ist es die Aufgabe der Verwaltungsbehörden, im vorliegenden Sachverhalt Aussagen zu möglichen Täuschungs- bzw. Betrugsvorgängen im strafrechtlichen Sinne zu tätigen, denn dies obliegt den Strafverfolgungsbehörden.

1.4 – 2 (...).

3. Beim Skoda der Beschwerdeführerin handelt es sich um ein serienmässig hergestelltes Fahrzeug, womit dieses für die Zulassung zum öffentlichen Strassenverkehr einer gültigen Typengenehmigung entsprechen muss. Aus der Kundeninformation von Skoda via deren Internetseite

C 17.1

(<https://www.skoda-auto.de/other1/kundeninformation>) bzw. der via Link "Fahrzeug prüfen" zur Verfügung stehenden Abfrage der Fahrgestellnummer (bzw. Fahrzeug-Identifikationsnummer, FIN) geht hervor, dass das Fahrzeug der Beschwerdeführerin mit der FIN X von einem Rückruf bzw. von der Dieseldiagnostik betroffen ist und einer Massnahme bedarf.

3.1 Nach Bekanntwerden des VW-Abgasskandals im September 2015 hat das ASTRA mit Weisungen vom 2. Oktober 2015 zunächst die Neuzulassung von Fahrzeugen der Marken Audi, Seat, Skoda und Volkswagen mit den Dieselmotoren EA189 untersagt. Mit Weisung vom 29. Januar 2016 hat das ASTRA die (erstmalige) Immatrikulation dieser Fahrzeuge mit den betroffenen Motorenkennungen wieder zugelassen, wenn sie ab 5. Oktober 2015 importiert wurden und für sie ein Nachweis der Instandstellung erbracht ist. Aus dem Begleitschreiben zur Weisung vom 29. Januar 2016 ergibt sich, dass das deutsche Kraftfahrt-Bundesamt (KBA) die vom VW-Konzern unterbreiteten Massnahmen zur Wiederherstellung der Konformität gebilligt und die Freigabe der konkreten Massnahmen für die betroffenen Fahrzeugtypen bis spätestens Herbst 2016 in Aussicht gestellt hat. Für die vor dem 5. Oktober 2015 importierten bzw. bereits in der Schweiz immatrikulierten Fahrzeuge hat der Generalimporteur der VW-Gruppe die Durchführung einer Rückrufaktion zugesichert, sobald die Lösungen für die Mängelbehebung durch das KBA genehmigt sind. Die vorgeschriebenen Instandstellungsarbeiten, um die von der Marke Skoda betroffenen Fahrzeuge auf die geltenden Bestimmungen umzubauen, laufen unter der Rückrufnummer 23R6. Gemäss Auszug IVZ-Fahrzeuge wurde das Fahrzeug der Beschwerdeführerin am 14. April 2011 und damit vor dem 5. Oktober 2015 erstmals immatrikuliert, womit dessen Instandstellung mittels Rückrufprozess des Generalimporteurs vorzunehmen ist bzw. war.

3.2 Die Beschwerdeführerin geht ihrerseits in der Verwaltungsbeschwerde davon aus, dass ihr Fahrzeug in der werkseitigen (sowie derzeitigen) technische Ausgestaltung aufgrund einer nicht zugelassenen Software auf dem Prüfstand weniger Stickoxide (NO_x) emittiert als im Normalbetrieb. Vor diesem Hintergrund ist soweit unbestritten, dass das Fahrzeug der Beschwerdeführerin nicht den technischen Vorschriften bzw. der (ursprünglich) erteilten Typgenehmigung entspricht. Die Beschwerdeführerin hat nach eigenen Angaben nicht an der durchgeführten Rückrufaktion teilgenommen. Folglich entspricht das Fahrzeug der Beschwerdeführerin weiterhin nicht der für ihren Fahrzeugtyp erteilten (bzw. geänderten) Typgenehmigung. Für die technische Ausführung des Fahrzeuges der Beschwerdeführerin fehlt es an einer gültigen Typgenehmigung und damit am Nachweis, dass dieses Fahrzeug die massgebenden Vorschriften

einhält, was einer Zulassung zum Strassenverkehr nach Art. 11 Abs. 1 SVG entgegensteht.

4. Die Beschwerdeführerin bestreitet indessen die Zulässigkeit der Anordnung zur Vornahme eines Software-Updates als Instandstellungsmassnahme. Diese erweise sich als unzumutbar, weil sie von WV als ursprünglicher Rechtsverletzer und Verantwortlicher des VW-Abgasskandals entwickelt worden sei. Das Software-Update implementiere sodann ein unzulässiges Thermofenster, welches die Abgasreinigung in verschiedenen Temperaturfenstern unterschiedlich regle, bzw. in bestimmten Temperaturfenstern ein- oder ausschalte. Die Instandstellungsmassnahme führe deshalb nicht zu einem rechtmässigen Zustand, womit sie nicht im öffentlichen Interesse liege. Ebenso würden auch mit dem Software-Update die geltenden Emissionsgrenzwerte nicht eingehalten, weshalb dieses auch nicht im öffentlichen Interesse des Umweltschutzes liege.

4.1 Die Massnahmen zur Instandstellung der vom VW-Abgasskandal betroffenen Fahrzeuge und die entsprechend geänderten Typengenehmigungen wurden vom KBA genehmigt und vom ASTRA anerkannt, womit sie vermutungsweise den gesetzlichen Vorschriften entsprechen. Vorbehältlich eines ausreichenden Verdachtes auf eine fehlende gesetzeskonforme Ausführung ist es nicht Aufgabe der Vorinstanz oder des Regierungsrates, im Rahmen der Verkehrszulassung das Prüfergebnis der Typengenehmigung erneut zu überprüfen (vgl. sinngemäss BGE 104 Ib 123 E. 1b). Entgegen dem Dafürhalten der Beschwerdeführerin enthalten die Fahrzeuge nach dem derzeitigen Wissensstand nach dem Vollzug der Massnahmen keine (spezielle) Abgasreinigung, welche in widerrechtlicher Weise nur im Prüfstandbetrieb und dem dortigen Messverfahren zur Typengenehmigung zur Anwendung gelangt bzw. sich ausserhalb dieses Prüfbetriebes abschaltet. Die übliche Veränderung von Abgasemissionen je nach Fahrdynamik und Fahrsituation wie auch bei unterschiedlicher Betriebs- und Aussen-temperatur ist für sich nicht widerrechtlich. Im Rahmen der Typengenehmigung gilt eine Abschaltvorrichtung als unzulässig, wenn sie die Wirksamkeit des Emissionskontrollsystems unter Bedingungen, die bei normalem Fahrzeugbetrieb vernünftigerweise zu erwarten sind, im Prüfverfahren verringert. Keine Unzulässigkeit liegt namentlich dann vor, wenn die Einrichtung notwendig ist, um den Motor vor Beschädigung zu schützen und um den sicheren Betrieb des Fahrzeugs zu gewährleisten oder wenn die betreffenden Bedingungen im Wesentlichen in den Verfahren zur Prüfung der Emissionen enthalten sind (vgl. Verordnung (EG) Nr. 715/2007 vom 20. Juni 2007, Art. 3 Abs. 10 i.V.m. Art. 5 Abs. 2). Die Beschwerdeführerin bemängelt in diesem Zusammenhang eine unterschiedliche Abgasreinigung je nach Temperaturen oder anderen Umgebungseinwirkungen

C 17.1

auf das Fahrzeug (wie Höhe über Meer etc.) in dessen Normalbetrieb sowie unterschiedlich auftretende Emissionswerte zwischen den von ihr teilweise als Normal- oder Realbetrieb formulierten Messumgebungen. Diese Punkte bilden indessen eine Frage des (geltenden) Mess- und Testverfahrens zur Prüfung der Emissionsgrenzwerte eines Fahrzeuges.

4.2 Die Europäische Union (EU) hat mit der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 vom 20. Juni 2007 für die Typengenehmigung von leichten Personenkraftwagen und Nutzfahrzeugen namentlich Emissionsgrenzwerte (sog. Euro-Normen) erlassen. In Anwendung von Art. 10 dieser Richtlinie waren die Euro-5-Grenzwerte vorgeschrieben für neue Typengenehmigungen ab 1. September 2009 und für Erstzulassungen ab 1. Januar 2011. Die Euro-6-Grenzwerte müssen ab 1. September 2014 für die Typengenehmigung von neuen Fahrzeugtypen und ab 1. September 2015 für Erstzulassungen eingehalten werden (vgl. hierzu Verordnung (EG) Nr. 715/2007, Art. 10 Abs. 2 – 5 i.V.m. Anhang 1, Tabelle 1: Euro-5-Emissionsgrenzwerte und Tabelle 2: Euro-6-Emissionsgrenzwerte). Die Kontrolle dieser Euro-Normen erfolgte gestützt auf die Verordnung (EG) Nr. 692/2008 vom 18. Juli 2008 mittels Prüfungen in Übereinstimmung mit dem sog. Neuen Europäischen Fahrzyklus (NEFZ). Mit Verordnung (EU) 2016/427 vom 10. März 2016 plante die EU die Einführung eines zusätzlichen Nachprüfverfahrens zur Messung der Emissionen im Praxisbetrieb (real driving emission – RDE), welches mittels portablem Emissionssystem (PEMS) ein realistischeres Bild von Emissionen eines Fahrzeuges bei normalen Betriebsbedingungen vermitteln soll. Aufgrund der abweichenden Messweise sollen Fahrzeuge bei einer RDE-Nachprüfung sog. verbindliche Grenzwerte (NTE-Werte) einhalten müssen, welche ihrerseits um einen festgelegten Konformitätsfaktor bzw. Übereinstimmungsfaktor über den Euro-Norm 6 Emissionsgrenzwerten liegen (vgl. Verordnung (EG) Nr. 692/2008, Anhang IIIA, Nr. 2.1). Die RDE-Prüfung wurde konsequenterweise explizit nur für neue beantragte Typengenehmigungen gemäss der Euro-Norm 6 vorgesehen. Weiter wurde deren Anwendung mit Verordnung (EU) 2016/646 vom 20. April 2016 um drei respektive vier Jahre hinter das Einführungsdatum der Euro-Norm 6 aufgeschoben, mithin für Typengenehmigung bis 1. September 2017 und für Erstzulassungen bis 1. September 2019 (vgl. Verordnung (EG) Nr. 692/2008, Art. 3 Abs. 10). Mit Verordnung (EU) 2017/1151 vom 1. Juni 2017 hat die EU die Ablösung des bisherigen Regelprüfverfahrens NEFZ durch das von der UNECE entwickelte weltweit harmonisierte Prüfverfahren für leichte Nutzfahrzeuge (WLTP) beschlossen. Das WLTP soll realistischere Informationen über den Kraftstoffverbrauch und den Emissionsausstoss regulierter

Schadstoffe im Rahmen standardisierter Umgebungsbedingungen ermöglichen. Die Übergangsbestimmungen für die Einführung der RDE-Nachprüfung blieben durch die Einführung des WLTP unberührt.

4.3 Das Fahrzeug der Beschwerdeführerin fällt unter die Fahrzeugklasse M (vgl. Richtlinie 70/156/EWG vom 6. Februar 1970, Anhang II) und wurde gemäss Auszug IVZ-Fahrzeuge am 14. April 2011 erstmals in Verkehr gesetzt. Vor dem Hintergrund der vorstehenden Ausführungen sind für dieses Fahrzeug ausschliesslich die Grenzwerte der Euro-Norm 5 relevant. Aufgrund der klaren gesetzlichen Einföhrungstermine besteht kein Raum für die von der Beschwerdeführerin geforderte analoge Anwendung der Euro-Norm 6 Emissionsgrenzwerte oder der hierzu vorgesehenen RDE-Nachprüfung auf ihr Fahrzeug. Ihr Fahrzeug erhielt durch die Anordnung von Instandstellungsmassnahmen (lediglich) eine angepasste und nicht eine neue Typengenehmigung.

4.4 Die Beschwerdeführerin verkennt mit ihren Rügen zudem, dass ihr bei der vorliegend im Streit stehenden Fahrzeugzulassung in Bezug auf die öffentlich-rechtliche Frage, in welcher technischen Ausgestaltung die Typengenehmigung überprüft und bewilligt wurde, kein eigenes Rechtsschutzinteresse zukommt. Gleiches gilt auch in Bezug auf das Mess- und Testverfahren zur Beurteilung der umweltschutzrechtlichen Grenzwerte. Ein Rechtsschutzinteresse in Bezug auf die Typengenehmigung selbst steht primär dessen Inhaber – i.d.R. der Herstellerin und bzw. oder dem Importeur des Fahrzeuges zu (vgl. Art. 6 f. TGV), was sich auch sinngemäss aus der Kostenverteilung gemäss Art. 26 Abs. 3 TGV ergibt. Ebenfalls ein eigenes (Überprüfungs-) Interesse haben das ASTRA (Art. 5 TGV) bzw. bei einer EU-Typengenehmigung auch die entsprechenden Genehmigungsbehörden der EU-Mitgliedstaaten als zuständige Kontrollinstanzen (vgl. Anhang 1 Kapitel 12 Abschnitt V Ziffer 4 MRA sowie vorstehend: E. 2.4). Das schutzwürdige Interesse der Beschwerdeführerin als Halterin (oder Eigentümerin) eines Fahrzeuges beschränkt sich im Rahmen der Fahrzeugzulassung indessen auf die Anerkennung von gültigen Typgenehmigungen und die (korrekte) Überprüfung, ob ihr Fahrzeug einer solchen entspricht. Diese Frage ist unabhängig der privatrechtlichen Problematik zu beantworten, welche Fahrzeugeigenschaften der Beschwerdeführerin beim Erwerb ihres Fahrzeuges (privatrechtlich) zugesichert wurden.

5. Die von der Beschwerdeführerin allgemein angerufenen verwaltungsrechtlichen Grundprinzipien nach Art. 5 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101) stellen für sich keine selbständigen verfassungsmässigen Rechte dar. Der Beschwerdeführerin kann indessen gestützt auf das Willkürverbot nach

C 17.1

Art. 9 BV ein Rechtsschutzinteresse an der korrekten Durchführung der Rückrufaktion gemäss Art. 31b TGV und dem sich hierauf stützenden Konzept des ASTRA betreffend Konformitätsprüfungen vom 13. Juli 2011 (nachstehend: Konzept Konformitätsprüfung) zugebilligt werden.

5.1 Soweit die Beschwerdeführerin eine Konformitätsprüfung gemäss Art. 26 TGV bzw. durch das ASTRA selbst verlangt und damit sinngemäss die Zuständigkeit des KBA zur Genehmigung der Instandstellungsmassnahmen bestreitet, ist sie auf das MRA zu verweisen. Gemäss dessen Anhang 1 Kapitel 12 Abschnitt V Ziffer 4 ergreift die Genehmigungsbehörde des Landes, das die Typengenehmigung für das Fahrzeug erteilt hat, die erforderlichen Massnahmen, einschliesslich erforderlichenfalls den Entzug der Typengenehmigung, um sicherzustellen, dass die hergestellten Fahrzeuge mit dem jeweils genehmigten Typ in Übereinstimmung gebracht werden. Für eine (vertiefte) physische Konformitätsprüfung nach Massgabe von Ziff. 8.3.2 oder Ziff. 8.3.3 des Konzepts Konformitätsprüfung durch eine Prüfstelle des ASTRA bestehen derzeit entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin keine ausreichenden "Verdachtsquellen" (vgl. vorstehend: E. 4).

5.2 Soweit die Beschwerdeführerin eine Einzelprüfung nach Art. 13 SVG i.V.m. Art. 29 – 32 VTS zur Kontrolle der Einhaltung der Abgasgrenzwerte beantragen will, fällt dies sowohl vor als auch nach der Instandstellung ausser Betracht. Zunächst ist mangels anderer Indizien davon auszugehen, dass vom Fahrzeugtyp der Beschwerdeführerin eine hohe Anzahl Fahrzeuge produziert wurde (über 90 Stück). Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung liegt deshalb eine Einzelprüfung durch die kantonalen Strassenverkehrsämter nicht im öffentlichen Interesse (vgl. BGE 104 Ib 123). In Bezug auf das Fahrzeug der Beschwerdeführerin ist zudem bereits ohne Durchführung einer Einzelprüfung bekannt, dass dieses mangels Vornahme der notwendigen Instandstellungsarbeiten zum aktuellen Zeitpunkt die abgastechischen Vorschriften nicht einhält.

5.3 Die Beschwerdeführerin rügt weiter eine "Irrelevanz" der im "IVZ-Fahrzeuge" erfassten Sperrung ihres Fahrzeuges, da es hierfür an der gesetzlichen Grundlage fehle und ihr diese Eintragung nie durch Verfügung ordentlich eröffnet worden sei. Beim IVZ handelt es sich um eine auf Bundesrecht gestützte administrative Datenbank des ASTRA zur verwaltungsinternen Organisation, namentlich der Verkehrszulassungen (vgl. vorstehend: E. 2.5). Einträge im IVZ begründen als rein interne Verwaltungshandlungen gegenüber Privatpersonen noch keine Rechte oder Pflichten und müssen daher nicht durch Verfügung eröffnet werden (vgl. Ulrich Hä-

felin/Georg Müller/Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Auflage, Zürich/St. Gallen 2016, N 81 ff.). Der Sperrungseintrag vom 5. Oktober 2018 hatte denn auch keinen Einfluss auf die Rechtsstellung der Beschwerdeführerin und sie konnte ihr Fahrzeug weiterhin uneingeschränkt nutzen. Weiter verkennt die Beschwerdeführerin, dass die Vorinstanz den negativen Zulassungsentscheid in der angefochtenen Verfügung vom 13. November 2019 nicht mit dem Sperrungseintrag sondern mit der trotz Aufforderung nach wie vor nicht erfolgten Instandstellung des Fahrzeuges begründete.

5.4 Aus den Akten geht nicht hervor, wann die Beschwerdeführerin erstmals von der Rückrufaktion Kenntnis erhielt oder erstmals zur Vornahme der Instandstellung an ihrem Fahrzeug aufgefordert wurde. Aus der Korrespondenz des Strassenverkehrsamtes des Kantons Aargau ergibt sich, dass dessen stellvertretender Leiter sowie Leiter Sektion Verkehrszulassung R. S. die Beschwerdeführerin spätestens mit E-Mail vom 24. Oktober 2018 ausführlich über die Zulassungsproblematik ihres Fahrzeuges (unter Erwähnung der Fahrgestell-Nr. TMB KT6 1Z5 B21 361 46) informiert hat. Namentlich orientierte Herr S. die Beschwerdeführerin über die laufende Rückrufaktion und dahingehend, dass ihr Fahrzeug ursprünglich rechtswidrig in Verkehr gebracht wurde und mittels Software-Update in einen rechtskonformen (der Typengenehmigung entsprechenden) Zustand gebracht werden muss, damit es weiterhin für den Verkehr zugelassen bleibt. Bei Unterlassung dieser Instandstellungsmassnahme müsse die Halterin den Entzug des Fahrzeugausweises und der Kontrollschilder erdulden. Folglich war die Beschwerdeführerin spätestens seit 24. Oktober 2018 über die Sachlage und die zu erwartenden Rechtsnachteile orientiert.

5.5 Bis zum negativen Zulassungsentscheid in der vorliegend angefochtenen Verfügung vom 13. November 2019 standen der Beschwerdeführerin damit mehr als zwölf Monate zur Instandstellung ihres Fahrzeuges zur Verfügung, womit die maximal zulässige Dauer für die Durchführung einer Instandhaltungsaktion gemäss Art. 31b TGV ausgelaufen ist (vgl. vorstehend: E. 2.4). Auch anderweitig entsprach das Vorgehen des ASTRA und der involvierten kantonalen Strassenverkehrsämter – soweit aus den Akten ersichtlich – den Vorgaben von Art. 31b TGV und dem Konzept Konformitätsprüfung (vgl. namentlich die Ziff. 5 f. und Ziff. 8.3 sowie die im Anhang aufgeführten Prozesse 250: Fahrzeugrückrufe und 260: Konformitätsprüfung).

5.6 Die vorgesehenen Instandstellungsmassnahmen führen bei den vom VW-Abgasskandal betroffenen Fahrzeugen zu einem tieferen Ausstoss schädlicher Emissionen, insbesondere zu einer Reduktion der emittierten

C 17.2

Stickoxide (NO_x). Sie dienen damit der Vermeidung schädlicher oder lästiger Auswirkungen des Fahrzeugbetriebes nach Art. 8 Abs. 2 SVG und ganz allgemein der Verwirklichung des Umweltschutzes. An ihrer Durchführung besteht ein erhebliches öffentliches Interesse. Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin würde dies selbst für den Fall gelten, wenn ihr Fahrzeug auch nach der Instandstellung die geforderten Emissionsgrenzwerte nicht vollständig einhalten würde. Im Sinne des umweltrechtlichen Vorsorgeprinzips liegt jede technisch mögliche Senkung von schädlichen Emissionen im öffentlichen Interesse, soweit diese wirtschaftlich tragbar ist. Allfällige rein finanzielle Nachteile der Beschwerdeführerin – welche nicht konkret ausgewiesen und im vorliegenden Sachverhalt gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ohnehin mittels zivilrechtlicher Leistungsklage geltend zu machen sind (vgl. vorstehend: E. 1.3) – vermögen das öffentliche Interesse am Umweltschutz klarerweise nicht auszuhebeln.

5.7 Die angeordnete Instandstellung erweist sich auch als geeignet und erforderlich, damit das Fahrzeug der Beschwerdeführerin der geänderten Typgenehmigung entspricht und der Ausstoss an Stickoxiden (NO_x) reduziert wird. Ebenso wäre der Beschwerdeführerin die Vornahme der Instandstellung im Rahmen der Rückrufaktion finanziell wie zeitlich zumutbar gewesen. Die von ihr geltend gemachte Unzumutbarkeit zur Vornahme des Software-Updates aufgrund eines Vertrauensverlustes zu VW stellt wiederum eine rein zivilrechtliche Problematik dar, welche auf das vorliegende Verfahren der Fahrzeugzulassung keinen Einfluss hat (vgl. vorstehend: E. 1.3).

(RRB Nr. 626 vom 25. August 2020).

17.2 Verkehrsanordnung

- *Unzulässigkeit einer Verkehrsanordnung, welche der Erschliessungsplanung der Gemeinde widerspricht (Erw. 9.1-9.6).*

Aus den Erwägungen:

9.1 Im Erschliessungsplan der Gemeinde X vom 3. März 2002 (nachfolgend: Erschliessungsplan) sind die gesamte A-Strasse und der südöstliche Abschnitt der B-Strasse ab der C-Strasse bis zur Verzweigung mit der A-Strasse als Groberschliessungsanlagen ausgeschieden, dies als verbindlicher Planinhalt. Im orientierenden Planinhalt ist nur das heute bereits überbaute Gebiet "P", nicht aber das Gebiet "Q" (KTN XXX und KTN YYY)

als zu erschliessende Bauzone bezeichnet (Stand der Zonenplanung vom 20. Juni 2000). Der "Q" wurde erst mit der Zonenplanänderung vom 11. März 2007 von der Reservezone in die W2 um- bzw. eingezont. Der Erschliessungsplan wurde damals nicht abgeändert. Gemäss dem geltenden Erschliessungsplan werden also beide Baugebiete "P" und "Q" über die Rüti- und die Breitenstrasse groberschlossen. Diese Strassen müssen für den motorisierten Verkehr geöffnet sein. Die Feinerschliessung erfolgt über die D-Strasse.

9.2 Gemäss Bst. c der angefochtenen Verkehrsanordnungen soll die östliche A-Strasse ab der Verzweigung mit der Verbindungsstrasse bis zur Zufahrt zu den Gebäuden A-Strasse 21, 23 und 25) für den motorisierten Verkehr vollständig geschlossen werden. Dieser Abschnitt wäre nur noch für Velofahrer und andere nicht motorisierte Verkehrsteilnehmer befahrbar. Neu müssen die Bewohner der Baugebiete "P" und "Q" über den westlichen Abschnitt der A-Strasse oder die Verbindungsstrasse in die C-Strasse gelangen. Das Teilfahrverbot steht folglich im Widerspruch zur Erschliessungsplanung, wonach die Baugebiete "P" und "Q" über die A-Strasse und die B-Strasse groberschlossen werden. Mit der Sperrung des fraglichen Abschnitts der A-Strasse für den motorisierten Verkehr kann dieser Strassenabschnitt die ihm zgedachte Groberschliessungsfunktion nicht mehr sicherstellen.

9.3 Die Verbindungsstrasse ist im verbindlichen Planinhalt des Erschliessungsplans als Fussweg ausgeschieden. Früher diente sie nur als Hauszufahrt und als Zufahrt zum öffentlichen Parkplatz auf KTN ZZZ. Neu soll sie (gemäss Bst. a und b der angefochtenen Verkehrsanordnungen) in südwestlicher Richtung für den Durchgangsverkehr zwischen den A- und der C-Strasse geöffnet werden. Durch die Schliessung des östlichen Teils der A-Strasse für den motorisierten Verkehr werden die Verkehrsteilnehmer, welche von der D-Strasse ins Dorfzentrum von X gelangen wollen, neu die Verbindungsstrasse befahren. Dadurch wird die Verbindungsstrasse zu Groberschliessungszwecken genutzt, zumal sie eine Groberschliessungsstrasse (A-Strasse) und eine Basiserschliessungsstrasse (C-Strasse) miteinander verbindet. Damit widerspricht auch das geplante Einbahnregime auf der Verbindungsstrasse dem Erschliessungsplan.

9.4 Entgegen der Ansicht der Vorinstanz 1 kann der Erschliessungsplan nicht erst nach dem Erlass der Verkehrsanordnungen angepasst werden. Das PBG und damit auch die Nutzungsplanung bleiben beim Erlass von Verkehrsanordnungen vorbehalten und müssen berücksichtigt werden (vgl. § 2 Abs. 2 StraG; RRB Nr. 734 vom 30. August 2016, E. 5.1). Nutzungspläne sind für jedermann verbindlich (Art. 21 Abs. 1 RPG und § 4 Abs. 2

C 17.2

PBG). Diese Bindungswirkung kann nur durchbrochen werden, wenn sich Bund und Kantone durch ihr eigenes Recht von der Bindung an die kommunale Nutzungsplanung befreien oder wenn sie durch die Nutzungspläne in der Erfüllung ihrer Aufgaben unverhältnismässig eingeschränkt würden. Eine solche Einschränkung darf allerdings nicht leichtfertig angenommen werden (Bernhard Waldmann/Peter Hänni, Kommentar zum Raumplanungsgesetz, Bern 2006, Art. 21 N 4 ff.). Verkehrsanordnungen sind keine Rechtssätze, welche die Vorinstanz 1 von der Bindung an ihren eigenen Erschliessungsplan befreien würden. Der Erschliessungsplan wird von den Stimmberechtigten an der Gemeindeversammlung (bzw. an der Urnenabstimmung) und damit von einem der Vorinstanz 1 übergeordneten Organ beschlossen (vgl. § 27 PBG; § 8 Abs. 1 des Gesetzes über die Organisation der Gemeinden und Bezirke vom 25. Oktober 2017, GOG, SRSZ 152.100). Die Vorinstanz 1 darf sich beim Erlass von Verkehrsanordnungen nicht über einen Entscheid der Stimmberechtigten hinwegsetzen.

9.5 Ob die A-Strasse mit ihrem heutigen Ausbaustandard eine technisch hinreichende Erschliessung für das Baugebiet "Q" ist bzw. ob sie den Mehrverkehr dieses Baugebietes noch tragen kann oder nicht, erscheint schon fraglich. Das Gutachten "GP Werkhof A-Strasse und Überbauung Q, X" der "AKP-Verkehringenieur AG" vom 14. Dezember 2012 (S. 16) empfiehlt zur Erschliessung des Baugebietes "Q", den östlichen Teil der A-Strasse zu entlasten und kritische Begegnungsfälle auf dem schmalsten Abschnitt zu vermeiden. Die Frage der Groberschliessung des Baugebietes "Q" ist letztlich nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens. Hier geht es nur um die Zulässigkeit der Verkehrsanordnungen. Die Vorinstanz 1, welche für die Groberschliessung des "Q" verantwortlich ist, muss ein Verfahren um Abänderung des Erschliessungsplans in die Wege leiten, wenn sie an der Sperrung der östlichen A-Strasse für den motorisierten Verkehr festhalten will. Erst wenn die Stimmbürger dem abgeänderten Erschliessungsplan zugestimmt haben, kann dieses neue Verkehrsregime mit Verkehrsanordnungen umgesetzt werden. Eine Revision der Erschliessungsplanung macht auch deshalb Sinn, weil der Planungshorizont von 15 Jahren (vgl. § 15 Abs. 2 PBG) mittlerweile abgelaufen ist.

9.6 Damit erweisen sich das Teilfahrverbot auf der A-Strasse (Bst. c der Verkehrsanordnungen) sowie das Einbahnregime auf der Verbindungsstrasse (Bst. a und b) als unzulässig, da sie der Erschliessungsplanung widersprechen. Ob die Voraussetzungen von Art. 3 Abs. 4 SVG gegeben sind, kann bei diesem Ergebnis offen bleiben. Mit Bst. a-d der angefochtenen Verkehrsanordnungen wollte die Vorinstanz 1 ein Gesamtkonzept zur Erschliessung der Baugebiete "P" und "Q" umsetzen. Daher rechtfertigt

es sich, den angefochtenen Erlassbeschluss der Vorinstanz 1 und die angefochtene Genehmigungsverfügung der Vorinstanz 2 insoweit (in Bezug auf Bst. a-d der Verkehrsanordnungen) aufzuheben. Das Verbot für Lastwagen auf dem Parkplatz auf KTN ZZZ (Bst. e) hingegen hat nicht direkt etwas mit der Erschliessung dieser Baugebiete zu tun. Es kann unabhängig von den übrigen Verkehrsanordnungen bestehen.

(RRB Nr. 689 vom 15. September 2020).

18. Ausländerrecht

18.1 Unentgeltliche Rechtsverteiständung / Rechtsschutzinteresse

- *Rechtsschutzinteresse an der Überprüfung eines Zwischenbescheides betreffend Verweigerung der unentgeltlichen Rechtsverteiständung, wenn der Entscheid in der Hauptsache bereits rechtskräftig ist (Erw. 1.2-1.5).*

Aus den Erwägungen:

1.2 Die Vorinstanz hat am 19. September 2019 von Amtes wegen ein Verfahren betreffend Rückstufung der Niederlassungsbewilligung EU/EFTA (Ausweis C) zu einer Aufenthaltsbewilligung EU/EFTA (Ausweis B) eröffnet. Der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers hat am 25. November 2019 eine Stellungnahme eingereicht und u.a. die unentgeltliche Prozessführung und Rechtsverteiständung für den Beschwerdeführer beantragt. Mit Verfügung SZ 101 744 vom 28. Januar 2020 hat die Vorinstanz das Gesuch um unentgeltliche Prozessführung gutgeheissen und das Gesuch um unentgeltliche Rechtsverteiständung abgewiesen. Hiergegen richtet sich die vorliegende Beschwerde. Mit Verfügung vom 14. Februar 2020 hat die Vorinstanz sodann das Verfahren betreffend Rückstufung der Niederlassungsbewilligung EU/EFTA zur Aufenthaltsbewilligung EU/EFTA wieder eingestellt bzw. es hat von der beabsichtigten Rückstufung abgesehen, weil es die hierzu erforderlichen Voraussetzungen als nicht erfüllt erachtete. Die Verfügung SZ 478 648 vom 14. Februar 2020 ist unangefochten in Rechtskraft erwachsen.

1.3 Es geht es somit lediglich um die rechtliche Überprüfung der Verfügung der Vorinstanz (SZ 101 744) vom 28. Januar 2020. Bei dieser

C 18.1

Verfügung handelt es sich um einen Zwischenbescheid. Zwischenbescheide sind verfahrensleitende Verfügungen und schliessen das Verfahren vor einer Behörde nicht ab, sondern stellen lediglich einen Zwischenschritt auf dem Weg zur Verfahrenserledigung dar. Sie sind akzessorisch zu einem Hauptverfahren und können nur vor oder während eines Hauptverfahrens erlassen werden und nur für die Dauer desselben Bestand haben bzw. unter der Bedingung, dass ein solches eingeleitet wird. Sie erwachsen nicht in materielle Rechtskraft und können daher noch zusammen mit dem Endentscheid angefochten werden, sofern ein entsprechendes Rechtsschutzinteresse vorliegt und sich aus dem anwendbaren Recht nichts anderes ergibt (vgl. Martin Bertschi, in: Alain Griffel [Hrsg.], Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, VRG, 3. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2014, § 19a N 31 mit Hinweisen; BGE 139 V 42 E. 2.3, BGE 136 V 131 E. 1.1.2).

1.4 Auszugehen ist von der Regel, dass verfahrensleitende Anordnungen erst zusammen mit dem Endentscheid anfechtbar sind. Die selbständige Anfechtbarkeit von Zwischenbescheiden stellt insofern die Ausnahme dar. Bei der Nichtgewährung der unentgeltlichen Rechtspflege bzw. Rechtsverbeiständung wird typischerweise davon ausgegangen, dass dies ein nicht wieder gutzumachender Nachteil für die Partei begründet. Dies zumindest dann, wenn nicht auszuschliessen ist, dass im weiteren Verfahrensverlauf zusätzliche Schritte der Rechtsvertretung erforderlich sind (vgl. Kaspar Plüss, Kommentar VRG, § 16 N 122). Nachdem § 36 Abs. 1 Bst. b Ziff. 5 VRP Zwischenbescheide betreffend die Verweigerung der unentgeltlichen Rechtspflege generell als selbständig anfechtbar erklärt, muss die Beschwerde führende Partei nicht näher darlegen, dass ihr ein nicht wieder gutzumachender Nachteil droht. Hingegen ist ein entsprechendes Rechtsschutzinteresse erforderlich.

1.5 Vorliegend hat die Vorinstanz den Entscheid in der Hauptsache bereits gefällt. Sie hat mit Verfügung SZ 478 648 vom 14. Februar 2020 von der Rückstufung der Niederlassungsbewilligung EU/EFTA des Beschwerdeführers abgesehen und damit den Antrag des Beschwerdeführers in seiner Stellungnahme vom 25. November 2019 implizit gutgeheissen. Diese Verfügung ist bereits rechtskräftig. Dennoch hat der Beschwerdeführer nach wie vor ein Rechtsschutzinteresse an der Überprüfung des Zwischenbescheides bzw. der Verfügung der Vorinstanz vom 28. Januar 2020. Denn die Frage, ob ein Anspruch auf unentgeltliche Rechtsverbeiständung besteht, ist auch nach Erlass des Endentscheids noch von Bedeutung. Sie ist auch unabhängig davon zu beurteilen, wer Verfahrenskosten und Parteientschädigungen zu tragen hat. Anspruch auf staatliche Übernahme der Vertretungskosten kann auch eine Partei haben, die keine

Verfahrenskosten trägt, etwa, weil sie obsiegt, weil das Gesetz die Kostenlosigkeit des Verfahrens vorsieht oder weil ihr die unentgeltliche Prozessführung gewährt wird (vgl. Plüss, Kommentar VRG, § 16 N 75). Die Nichtgewährung der unentgeltlichen Rechtsverteidigung kann durch die gesuchstellende Partei bei der in der Hauptsache zuständigen Instanz angefochten werden. Heisst sie das Rechtsmittel gut, so weist sie die Angelegenheit in der Regel zur Festsetzung der Höhe der Entschädigung (gegebenenfalls nach Abschluss des Verfahrens) an die Vorinstanz zurück (vgl. Plüss, Kommentar VRG, § 16 N 122). In diesem Sinne ist auf die Beschwerde einzutreten.

(...).

(RRB Nr. 300 vom 21. April 2020).

18.2 Familiennachzug

- *Bestehen eines Familien- bzw. Kindesverhältnisses als Grundvoraussetzung für die Gewährung des Familiennachzugs; vorfrageweise Anerkennung einer ausländischen Adoption (Erw. 6-6.2).*
- *Umgehung des Haager Adoptionsübereinkommens und der schweizerischen Adoptionsvorschriften; Verstoss gegen den Ordre public (Erw. 7-7.9).*

Aus den Erwägungen:

6. Zu prüfen ist, ob die mit Verfügung des Obergerichts in K. vom 8. Oktober 2018 nach kenianischem Recht ausgesprochene Adoption in der Schweiz anerkannt werden kann.

6.1 Ausländische Adoptionen werden in der Schweiz anerkannt, wenn sie im Staat des Wohnsitzes oder im Heimatstaat der adoptierten Person oder der adoptierenden Ehegatten ausgesprochen worden sind (Art. 78 Abs. 1 IPRG). Eine im Ausland ergangene Adoption wird gemäss Art. 25 Bst. c in Verbindung mit Art. 27 Abs. 1 und 31 IPRG nicht anerkannt, wenn sie mit dem schweizerischen Ordre public offensichtlich unvereinbar ist. Dies ist dann der Fall, wenn die Anerkennung eines Entscheides zu einem Ergebnis führen würde, das in einem unerträglichen Widerspruch zur schweizerischen Rechts- und Sittenauffassung stehen würde, respektive grundlegende Vorschriften der schweizerischen Rechtsordnung missachten würde (Däppen/Mabillard, IPRG-Kommentar, Art. 27 N 5 ff.; BGE 103 Ia 199 E. 4a S. 204). Nicht jeder Verstoss gegen das Rechts-

C 18.2

empfinden, die Wertvorstellungen oder zwingendes Recht rechtfertigt einen Eingriff mit dem *Ordre public*. Für die Annahme einer Verletzung ist vielmehr erforderlich, dass die Anerkennung und Vollstreckung des ausländischen Entscheides in der Schweiz mit den hiesigen rechtlichen und ethischen Wertvorstellungen schlechthin unvereinbar wäre. Ob der *Ordre public* verletzt ist, beurteilt sich nicht abstrakt; entscheidend sind vielmehr die Auswirkungen der Anerkennung und Vollstreckung im Einzelfall. Daraus folgt, dass der *Ordre public* als Ausnahmeklausel insbesondere bei der Anerkennung ausländischer Entscheide eng auszulegen ist (BGE 141 III 312 E. 4.1 S. 317; 141 III 328 E. 5.1 S. 337 f., je mit Hinweisen). Die Anerkennung der ausländischen Entscheidung bildet die Regel, von der nur mit guten Gründen abzuweichen ist (BGE 120 II 87 E. 3 S. 88).

6.2 Eine Verletzung des *Ordre public* in diesem Sinne kann dabei auch die Umgehung von gesetzlichen Vorschriften der Schweiz begründen, die um der öffentlichen Ordnung willen aufgestellt worden sind. Eine solche Gesetzesumgehung kann die Anerkennung einer ausländischen Entscheidung ausschliessen (vgl. BGE 141 III 312 E. 5.3.2 S. 322; BGE 141 III 328 E. 6.4 S. 343; BGE 97 I 151 E. 5b S. 160). In der Praxis ist dies auch bei der offensichtlichen Umgehung der schweizerischen Adoptionsvorschriften angenommen worden, etwa im Fall der Verlegung des Wohnsitzes ins Ausland zur Vornahme einer Adoption, nachdem diese zuvor im Inland rechtskräftig abgelehnt worden ist (Urwyler/Hasler, IPRG-Kommentar, Art. 78 N 16 mit Hinweisen).

7. Die Beschwerdeführerin bestreitet eine Umgehungsabsicht. Sie macht geltend, dass das Moratorium die zwischenstaatliche oder gebietsmässige Adoption von Kindern mit kenianischer Staatsangehörigkeit durch Personen mit einer anderen als der kenianischen Staatsangehörigkeit verbiete. Da sowohl sie als auch M. über die kenianische Staatsangehörigkeit verfügten, sei eine Umgehung des Moratoriums gar nicht möglich. Die Rechtmässigkeit der Einzeladoption von M. sei über einen Zeitraum von zwei Jahren von den kenianischen Behörden eingehend geprüft worden und nach kenianischem Recht nicht ausgeschlossen. Entgegen den Vorbringen der Vorinstanz könne daher nicht von einer Umgehung des Moratoriums in Kenia ausgegangen werden. Die kenianischen Behörden hätten im Schreiben vom 11. Juli 2019 festgehalten, dass eine Einzeladoption durch die Beschwerdeführerin aufgrund der kenianischen Staatsangehörigkeit sehr wohl möglich sei. Die Rückmeldung auf die Anfrage des Bundesamtes für Justiz lasse keinen anderen Schluss zu, als dass die kenianischen Behörden die Adoption von M. in Kenntnis der Tatsache ausgesprochen hätten, dass die Beschwerdeführerin in der Schweiz lebt und mit

einem österreichischen Staatsangehörigen verheiratet ist. Andernfalls hätten diese spätestens nach der Kontaktaufnahme durch das Bundesamt für Justiz ihren Adoptionsentscheid wiedererwägungsweise aufgehoben und die schweizerischen Behörden darüber in Kenntnis gesetzt. Dies sei jedoch nicht der Fall.

7.1 Als Gesetzesumgehung bezeichnet man die Verwendung eines scheinbar legitimen Mittels, um den Zweck zu erreichen, der von einer anderen Norm verboten wird. Eine Gesetzesumgehung liegt auch dann vor, wenn eine gewählte Rechtsgestaltung als ungewöhnlich und sachwidrig erscheint und anzunehmen ist, dass diese Rechtsgestaltung lediglich gewählt worden ist, um ein rechtliches Ergebnis herbeizuführen, das ansonsten nicht eintreten würde (vgl. BGE 131 II 627 E. 5.2 S. 635 f.; BGE Ib 315 E. 4 S. 322 f.). Zur Beantwortung der Umgehungsfrage ist stets eine Prüfung und Wertung aller Umstände des Einzelfalls erforderlich, wobei sich auch als Ermessensfrage stellen kann, ob im konkreten Fall eine Umgehung zu bejahen oder zu verneinen ist (BGE 125 III 257 E. 3b S. 262 mit Hinweisen).

7.2 Somit ist zu untersuchen, ob eine Gesetzesumgehung vorliegt, welche eine *Ordre public*-Widrigkeit zu begründen vermag. Die Vorinstanz hat diesbezüglich festgehalten, dass fraglich sei, ob den kenianischen Behörden im Zeitpunkt der Adoptionsbewilligung bewusst war, dass die Beschwerdeführerin in der Schweiz lebt und verheiratet ist. In der Tat lassen sich aus der Adoptionsverfügung vom 8. Oktober 2020 keine Angaben darüber entnehmen, dass die Beschwerdeführerin in der Schweiz über eine Niederlassungsbewilligung verfügt und mit einem österreichischen Staatsangehörigen verheiratet ist. Aus der Adoptionsverfügung ergibt sich lediglich, dass die Beschwerdeführerin die einzige Antragsstellerin ist und in Ninoo, Nairobi, wohnhaft sei. Als Zustelladresse der Beschwerdeführerin ist eine Postfachnummer ohne nähere örtliche Bezeichnung angegeben. Auch aus den übrigen bei den Akten liegenden kenianischen Amtsdokumenten ergeben sich keine Anhaltspunkte dafür, dass die Beschwerdeführerin den kenianischen Behörden offengelegt hat, dass sie in der Schweiz über eine Niederlassungsbewilligung verfügt und mit einem Ausländer verheiratet ist. Auch die Stellungnahme des "Directors of Children's Service" vom 11. Juli 2019 deutet darauf hin, dass den kenianischen Behörden dies nicht bewusst war. Zudem findet sich bei den Akten kein Bericht über die vorgängige Prüfung der Eignung der Adoptivmutter, über die Prüfung des Kindeswohls und der massgeblichen Verhältnisse (Beweggründe, wirtschaftliche Lage, Familienverhältnisse etc.) durch die schweizerischen Behörden, wie dies gemäss Art. 15 HAÜ und Art. 268a Abs. 1 ZGB zwingend erforderlich ist.

C 18.2

7.3 Die Beschwerdeführerin führt in diesem Zusammenhang aus, dass sie zunächst zusammen mit ihrem Ehemann eine gemeinschaftliche Adoption beabsichtigt hatte. Als sie den kenianischen Behörden erklärt habe, dass sie Melinda adoptieren möchte und diese von ihrem Wohnsitz in der Schweiz und ihrem "weissen" Ehemann erfahren hätten, sei sie mit Korruptionsforderungen konfrontiert worden, welche ihre finanziellen Mittel bei Weitem überstiegen hätten. Von den schweizerischen Behörden sei ihr zudem mitgeteilt worden, dass eine gemeinschaftliche Adoption zusammen mit ihrem Ehemann aufgrund seines Alters und wegen des aktuellen Moratoriums in Kenia nicht möglich sei. Sie habe sich daraufhin an einen Anwalt (in Kenia) gewandt. Dieser habe ihr mitgeteilt, dass für den Fall, dass sie nur die kenianische Staatsbürgerschaft habe, eine Inlandadoption nach kenianischem Recht durchgeführt werden könne.

7.4 Damit ist aufgrund der Angaben der Beschwerdeführerin erstellt, dass sie ursprünglich eine gemeinschaftliche internationale Adoption angestrebt hatte. Den Weg der Einzeladoption in Kenia wählte sie erst, nachdem sich abgezeichnete, dass eine gemeinschaftliche internationale Adoption nicht möglich ist. Soweit die Beschwerdeführerin geltend macht, die kenianischen Behörden seien auch im zweiten (inländischen) Adoptionsverfahren davon ausgegangen, dass das zu adoptierende Kind später im Rahmen des Familiennachzugs in die Schweiz ziehen und dort betreut wird, fällt auf, dass jedenfalls keinerlei Abklärungen der kenianischen Behörden über die Situation des Kindes in der Schweiz nachgewiesen sind. Bei der Anerkennung einer im Ausland erfolgten Adoption ist jedoch sicherzustellen, dass sich die ausländische Behörde bei ihrem Entscheid am Kindeswohl orientiert hat. Dazu gehört auch die Abklärung der Situation des zu adoptierenden Kindes im Aufnahmeland, d.h. vorliegend in der Schweiz (vgl. BGer 5A_604/ 2009 vom 9. November 2009 E. 4.1). Sowohl das nationale Adoptionsrecht als auch das für internationale Belange massgebende HAÜ sowie das BG-HAÜ stellen eine Reihe von Schutznormen zugunsten des Kindes auf. Wesentlicher gemeinsamer Nenner ist, dass eine Adoption nicht ohne vorgängige Prüfung der Eignung der Adoptiveltern und des Kindeswohls stattfinden darf. Dieses Erfordernis ist zentral und eine auf Art. 78 Abs. 1 IPRG gestützte Anerkennung einer im Ausland erfolgten Adoption ist nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung *Ordre public*-widrig, wenn der Heimatstaat die massgeblichen Verhältnisse und die Eignung der Adoptiveltern nicht abgeklärt hat (BGE 141 III 328 E. 6.6 S. 344; Urwyler/Hauser, IPRG-Kommentar, Art. 78 N 16 mit Hinweisen).

7.5 Ohne die entsprechende Prüfung durch die schweizerischen Behörden lässt sich die Eignung der Beschwerdeführerin als Adoptivmutter nicht beurteilen. Da kein Prüfbericht der schweizerischen Behörden vorliegt, beziehen sich die Feststellungen in der Adoptionsverfügung vom 8. Oktober 2018 offensichtlich auf die Verhältnisse in Kenia. Eine Abklärung der Situation in der Schweiz unter Berücksichtigung des Kindeswohl hat nicht stattgefunden. Die Beigeladene hat erst nach Kontaktaufnahme durch die Vorinstanz am 8. April 2019 Kenntnis von der in Kenia durchgeführten Adoption erhalten. Bei der Abklärung der Situation des zu adoptierenden Kindes in der Schweiz würden sich denn in der Tat einige Fragen stellen:

7.5.1 Nach schweizerischem Recht ist grundsätzlich nur die gemeinschaftliche Adoption zulässig (Art. 264a ZGB). Der Altersunterschied zwischen dem Kind und den adoptionswilligen Personen darf nicht weniger als 16 Jahre und nicht mehr als 45 Jahre betragen (Art. 264d Abs. 1 ZGB). Der Ehemann der Beschwerdeführerin ist 78 Jahre alt, womit der Altersunterschied nicht eingehalten ist. Zwar kann gemäss Art. 264d Abs. 2 ZGB vom Altersunterschied abgewichen werden, wenn dies zur Wahrung des Kindeswohls nötig ist. Hierzu wären indessen vertiefte Abklärungen seitens der schweizerischen Adoptionsbehörden erforderlich. Zwar ist eine Einzeladoption dem schweizerischen Recht nicht unbekannt, weshalb daraus allein noch nicht auf eine Ordre public-Widrigkeit geschlossen werden kann (BGE 120 II 87 E. 3.3.2). Indessen ist gerade bei einer nur ausnahmsweise erlaubten Einzeladoption das Kindeswohl besonders sorgfältig zu prüfen. Dies ist jedoch nicht erfolgt.

7.5.2 Nach Art. 268a Abs. 1 ZGB darf die Adoption erst nach umfassender Untersuchung aller wesentlicher Umstände, nötigenfalls unter Beizug von Sachverständigen, ausgesprochen werden. Namentlich sind die Persönlichkeit und die Gesundheit der adoptionswilligen Personen und des Kindes, ihre gegenseitige Beziehung, die erzieherische Eignung, die wirtschaftliche Lage, die Beweggründe und die Familienverhältnisse der adoptionswilligen Personen sowie die Entwicklung des Pflegeverhältnisses abzuklären (Abs. 2). Eine solche Untersuchung durch die schweizerischen Behörden hat bisher nicht stattgefunden. Sodann ist zu beachten, dass eine Adoption gemäss Art. 264 Abs. 2 ZGB nur dann möglich ist, wenn die adoptionswilligen Personen aufgrund ihres Alters und ihrer persönlichen Verhältnisse für das Kind voraussichtlich bis zu dessen Volljährigkeit sorgen können. Auch hierzu wären entsprechende Abklärungen erforderlich, zumal der Ehemann der Beschwerdeführerin bereits 78 Jahre alt ist und Ergänzungsleistungen bezieht.

C 18.2

7.5.3 Gemäss den Angaben der Beschwerdeführerin wohnt mit A. B. offenbar eine dritte Person im gleichen Haushalt (Mitbewohner). Die Beschwerdeführerin macht keine Ausführungen darüber, in welchem Verhältnis A. B. zu ihr und ihrem Ehemann steht. Aus den Akten lässt sich lediglich entnehmen, dass der Mietvertrag vom 17. März 2017 für die gemeinsame Fünfeinhalbzimmerwohnung in Lachen auf A. B. lautet. Im Mietvertrag wird unter der Rubrik "Weitere Vereinbarungen" angeführt, dass das Mietobjekt auch von der Beschwerdeführerin und C. D. bewohnt werden dürfe. Der Umstand, dass eine dritte Person im gleichen Haushalt lebt, bedarf bei der Adoption eines minderjährigen Kindes zwingend vertiefter Abklärungen durch die Behörden. Solche wurden ebenfalls nicht vorgenommen.

7.5.4 Gemäss Art. 17 HAÜ kann eine Entscheidung, ein Kind künftigen Adoptiveltern anzuvertrauen, im Heimatstaat nur getroffen werden, wenn die Zentrale Behörde des Aufnahmestaates diese Entscheidung gebilligt hat, sofern das Recht dieses Staates oder die Zentrale Behörde des Heimatstaats dies verlangt. Gemäss Art. 4 der Adoptionsverordnung vom 29. Juni 2011 (AdoV, SR 211.221.36) benötigt jede Person, die gewöhnlichen Aufenthalt in der Schweiz hat und ein Kind zur Adoption aufnehmen oder ein Kind aus dem Ausland adoptieren will, eine Bewilligung der kantonalen Behörde. Ansonsten macht sich diese Person strafbar und die kantonale Behörde muss prüfen, ob das Kind platziert werden soll (Art. 19 in Verbindung mit Art. 22 BG-HAÜ). Eine solche Bewilligung liegt nicht vor.

7.6 Zusammenfassend ergibt sich, dass (bisher) weder eine Prüfung der Eignung der Adoptiveltern (bzw. der Beschwerdeführerin als Alleinadoptierende) noch des Kindeswohls noch der übrigen massgeblichen Verhältnisse durch die Behörden in der Schweiz stattgefunden hat. Eine solche Prüfung ist indessen zwingend erforderlich, zumal Kenia ebenfalls Vertragsstaat des HAÜ ist. Nur gestützt auf eine solche Prüfung können die kenianischen Behörden eine Adoptionsverfügung erlassen, welche von der Schweiz anerkannt werden darf. Da (bisher) keine Prüfung des Kindeswohls in der Schweiz stattgefunden hat, liegt eine Umgehung des HAÜ und der Schweizerischen Adoptionsvorschriften vor. Dass eine Adoption nicht ohne vorgängige Prüfung der Eignung der Adoptiveltern und des Kindeswohls stattfindet, ist von zentraler Bedeutung. Hierbei ist die Situation des Kindes in dem Staat zu prüfen, wo es leben soll. Es genügt somit nicht, dass das Kindeswohl mit Bezug auf die kenianischen Verhältnisse abgeklärt wurde. Entscheidend ist, ob das Kindeswohl in der Schweiz, wohin M. nachgezogen werden soll, geprüft worden ist. Dies trifft nicht zu.

Da die Prüfung des Kindeswohls von zentraler Bedeutung ist und eine solche in der Schweiz nicht stattgefunden hat, würde eine Anerkennung der kenianischen Adoptionsverfügung vom 8. Oktober 2018 gegen den Schweizerischen Ordre public verstossen. Demgemäss kann die Adoptionsverfügung vom 8. Oktober 2018 nach schweizerischem Ordre public nicht anerkannt werden.

7.7 Ob mit der Inlandadoption in Kenia auch das kenianische Adoptionsmoratorium umgangen worden ist, ist schwierig zu beurteilen, zumal dieses nur für Ausländer gilt. Es ist offen, ob das Moratorium auch zur Anwendung gelangt, wenn das Kind nach einer Inlandadoption durch eine Kenianerin über den Familiennachzug ins Ausland gebracht werden soll, wo die Adoptivmutter über eine Niederlassungsbewilligung verfügt und mit einem Nichtkenianer verheiratet ist. Die Frage, ob auch eine Umgehung des kenianischen Adoptionsmoratoriums vorliegt, kann indessen offenbleiben, da sich die Ordre public-Widrigkeit bereits aus der Umgehung des HAÜ und den schweizerischen Adoptionsbestimmungen ergibt.

7.8 Soweit die Beschwerdeführerin schliesslich geltend macht, die Vorinstanz habe keine Überprüfung des Kindeswohls vorgenommen, weshalb der angefochtene Entscheid bereits deswegen aufzuheben sei, ist festzuhalten, dass es nicht Aufgabe der ausländerrechtlichen Behörde ist, die bisher nicht erfolgte Kindeswohlabklärung im Rahmen des Familiennachzugs nachzuholen. Gestützt auf Art. 29 Abs. 3 IPRG prüft sie lediglich vorfrageweise die Frage der Anerkennung der Adoption. Zur Nachholung der Kindeswohlprüfung ist sie nicht berechtigt, da sie gemäss Art. 27 Abs. 3 IPRG die Entscheidung in der Sache selbst nicht nachprüfen darf.

7.9 Da die Anerkennung der kenianischen Adoption am Ordre public-Vorbehalt scheitert, fehlt es am Bestehen eines Familien- bzw. Kindesverhältnisses als Grundvoraussetzung für die Gewährung des Familiennachzugs. Demgemäss ist die Beschwerde bereits deshalb abzuweisen. Da die Vorinstanz das Familiennachzugsgesuch jedoch (hauptsächlich) gestützt auf Art. 43 Abs. 1 Bst. c und e AIG abgewiesen hat, wird nachfolgend auch darauf eingegangen.

(RRB Nr. 350 vom 12. Mai 2020).

19. Verschiedenes

19.1 Einsichtnahme in die Zivilstandsregister und Anfertigung von Kopien

- *Die Anfertigung von nicht beglaubigten Kopien ist nur von denjenigen Zivilstandsregistern zulässig, welche als Archivgut gelten. Die Familienregister zwischen 1876 und 1929 fallen nicht darunter (Erw. 5-5.4).*
- *Das Recht auf Informationsfreiheit bzw. Informationsbeschaffung bezieht sich nur auf öffentliche Register. Die Zivilstands- bzw. Familienregister sind nicht öffentlich zugängliche Register (Erw. 6-6.3).*

Aus den Erwägungen:

5. Art. 59 und 60 ZStV wie auch die übrigen Normen im 3. Abschnitt "Bekanntgabe auf Anfrage" enthalten keine spezifischen Anordnungen zur Form der Bekanntgabe, weshalb Art. 47 ZStV zu Anwendung kommt. Gemäss Art. 47 Abs. 1 ZStV werden Zivilstandereignisse und Zivilstandstat-sachen sowie Personenstandsdaten auf den dafür vorgesehenen Zivilstandsformularen in Form einer öffentlichen Urkunde bekanntgegeben. Ist kein Formular vorgesehen oder ist dessen Verwendung nicht zweckmässig, so erfolgt die Bekanntgabe durch eine schriftliche Bestätigung oder Bescheinigung in Form einer öffentlichen Urkunde (Art. 47 Abs. 2 Bst. a), durch eine beglaubigte Kopie oder Abschrift aus dem in Papierform geführten Zivilstandsregister in Form einer öffentlichen Urkunde (Bst. b), durch eine beglaubigte Kopie oder Abschrift des Beleges in Form einer öffentlichen Urkunde (Bst. c), auf Verlangen der ZAS gemäss den spezialgesetzlichen Bestimmungen des Bundesrechts (Bst. d), mündlich an Zivilstandsämter und Aufsichtsbehörden, wenn die anfragende Person zweifelsfrei identifiziert werden kann (Bst. e), durch eine nicht beglaubigte Kopie aus den Zivilstandsregistern, die als Archivgut gemäss Artikel 6a Absatz 3 gelten (Bst. f). Für Behörden ausserhalb des Zivilstandswesens richtet sich der Zugriff im Abrufverfahren auf Daten, die im Personenstandsregister geführt werden, nach Artikel 43a Absatz 4 ZGB (vgl. Art. 47 Abs. 3 ZStV).

5.1 Art. 47 ZStV regelt die Form der Datenbekanntgabe abschliessend. Entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers enthält Art. 47 ZStV nicht diverse Möglichkeiten, mit welchen die Daten bekanntgegeben werden können. Der Wortlaut dieser Bestimmung enthält nämlich keine für

eine beispielhafte Aufzählung typischen Schlüsselwörter wie insbesondere, namentlich, bspw. oder dergleichen. Zudem ist der Wortlaut von Art. 47 ZStV klar und regelt genau, welche Daten aus den Zivilstandsregistern in welcher Form herausgegeben werden. Es handelt sich deshalb um eine abschliessende Aufzählung und damit um ein qualifiziertes Schweigen des Gesetzgebers, womit kein Raum für richterliche Lückenfüllung besteht (vgl. diesbezüglich auch den Entscheid des Berner Obergerichts ZK 18 112 vom 2. Mai 2018, E. 19.2). Folglich erlaubt einzig Art. 47 Abs. 2 Bst f. ZStV die Anfertigung einer nicht beglaubigten Kopie aus denjenigen Zivilstandsregistern, welche als Archivgut gelten.

5.2 Der Beschwerdeführer bringt dementsprechend vor, dass die Zivilstandsdaten bzw. die Familienregister aus den Jahren 1560 bis 1910, von welchen der Beschwerdeführer Kopien und Scans anfertigen möchte, Archivgut darstellen würden. Aus diesem Grund sei ihm das Kopieren dieser Dokumente zu erlauben. Da das Scannen und Fotografieren zudem technisch mit dem Kopieren gleichzusetzen sei, müsse ihm auch gestattet werden, die Familienregister selber einzuscannen und zu fotografieren.

5.3 Wie bereits erwähnt, gelten erst die seit 1876 geführten Register als Zivilstandsregister im Sinne der Zivilstandsverordnung. Von diesen Zivilstandsregistern zählen diejenigen, die vor den in Artikel 92a Absatz 1 aufgeführten Zeiträumen geführt wurden, als Archivgut (vgl. Art. 6a Abs. 1 und 3 ZStV). Art. 92a Abs. 1 ZStV legt diese Zeiträume wie folgt fest: Geburtsregister ab dem 1. Januar 1900 (Bst. a); Eheregister ab dem 1. Januar 1930 (Bst. b); Todesregister ab dem 1. Januar 1960 (Bst. c); Familienregister und Anerkennungsregister ab ihrer Einführung (Bst. d). Das heutige Familienregister wurde am 1. Januar 1929 eingeführt (vgl. Weisungen EAZW Nr. 10.16.11.01 vom 1. November 2016 [Stand: 1. März 2017], S. 30). Demnach gelten die Familienregister zwischen 1876 und dem 1. Januar 1929 grundsätzlich als Archivgut. Von diesem Grundsatz existiert jedoch eine wichtige Ausnahme. Da es den Gemeinden damals freistand, die bis zu diesem Zeitpunkt (1. Januar 1929) nach kantonalem Recht geführten Vorgängerregister des Familienregisters den Zivilstandsämtern zu überlassen und als eidgenössisches Familienregister weiterzuführen, gelten diese vor dem 1. Januar 1929 geführten Sammelregister, die rechtlich und/oder durch die faktische Weiterführung einen integrierten Teil des Familienregisters wurden, nicht als Archivgut (vgl. Erläuternder Bericht zur Revision der Zivilstandsverordnung [ZStV] und der Verordnung über die Gebühren im Zivilstandswesen [ZStGV] vom 26. Oktober 2016, S. 8).

C 19.1

5.4 Unbestritten ist, dass die vor dem 1. Januar 1929 geführten Familienregister, von welchen der Beschwerdeführer Kopien und Scans anfertigen möchte, den Zivilstandsämtern zur Weiterführung überlassen wurden. Ebenfalls unbestritten ist, dass der Inhalt dieser Register zum grössten Teil mit dem Inhalt der Kirchenbücher übereinstimmt. Damit steht fest, dass die alten Register und Bücher von den Zivilstandsämtern übernommen, teilweise ergänzt und damit faktisch weitergeführt wurden. Dementsprechend stellen diese alten Register und Bücher einen integrierten Teil des Familienregisters dar, weshalb sie im Sinne der vorgängigen Erwägung nicht als Archivgut gelten. Als Zwischenfazit ist deshalb festzuhalten, dass von den Familienregistern zwischen 1876 und 1929, auf welche sich die angefochtene Verfügung bezieht, keine unbeglaubigten Kopien, Scans oder andere Arten von unbeglaubigten Duplikaten angefertigt werden dürfen.

6. Die weiteren Einwände des Beschwerdeführers überzeugen ebenfalls nicht. Es spielt insbesondere keine Rolle, welche Familienregister bzw. ab welchem Jahrgang die Familienregister nach alter (nicht anwendbaren) Gesetzeslage als Archivgut galten. Entscheidend ist die aktuell anwendbare Rechtsordnung, nach welcher die Familienregister zwischen 1876 und 1929 kein Archivgut darstellen.

6.1 Auch die Ausführungen des Beschwerdeführers zur Archivgesetzgebung (Archivgesetz vom 18. November 2015, SRSZ 140.610) sind vorliegend nicht relevant. Einerseits liegt kein Archivgut im Sinne der Zivilstandsverordnung vor (vgl. Erwägung 5.2 ff.). Andererseits wären die Bestimmungen der kantonalen Archivgesetzgebung nicht auf das Archivgut im Sinne der Zivilstandsverordnung anwendbar, da die Definitionen von Archivgut im Sinne der Archivgesetzgebung und im Sinne der Zivilstandsverordnung nicht identisch sind (vgl. Art. 6a Abs. 3 ZStV und § 2 Abs. 1 Bst. e Archivgesetz). Zudem würde die klare bundesrechtliche Regelung, welche im vorliegenden Fall kein Kopieren, Fotografieren oder Scannen erlaubt, dem kantonalen Archivgesetz vorgehen.

6.2 Der Beschwerdeführer rügt weiter, dass sein Grundrecht auf Informationsfreiheit im Sinne von Art. 16 Abs. 3 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101) verletzt werde. Dabei verkennt der Beschwerdeführer, dass sich das Recht auf Informationsbeschaffung als Teilgehalt der Informationsfreiheit nur auf öffentliche Register bezieht (vgl. Basler Kommentar zur Bundesverfassung, Basel 2015, N 24 ff. zu Art. 16 BV). Bei den Zivilstandsregistern bzw. dem Familienregister handelt es sich jedoch gerade nicht um ein öffentlich zugängliches Register. Die Voraussetzungen des Informations-

bzw. Einsichtsrechts in das Zivilstandsregister werden nämlich explizit in der Zivilstandsverordnung geregelt, so dass der Einwand des Beschwerdeführers unbegründet ist.

6.3 Bei seinen Ausführungen zur Verhältnismässigkeit übersieht der Beschwerdeführer, dass Art. 5 Abs. 2 BV vor allem auf die Eingriffsverwaltung zugeschnitten ist. Der Beschwerdeführer verlangt jedoch Einsicht in die grundsätzlich nicht öffentlichen Familienregister und fordert darüber hinaus die Möglichkeit, die Familienregister einscannen und kopieren zu dürfen. Dabei handelt es sich aber nicht mehr um die Eingriffsverwaltung, sondern um die Leistungsverwaltung. Im Bereich der Leistungsverwaltung hat der Grundsatz der Verhältnismässigkeit jedoch mehr die Funktion, die Leistungsansprüche der Privaten zu limitieren (vgl. Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Auflage, Zürich/St. Gallen 2016, N 520). Der Beschwerdeführer kann deshalb gestützt auf den Verhältnismässigkeitsgrundsatz keine weitergehenden Rechte einfordern als ihm die Zivilstandsverordnung einräumt.

6.4 (...).

7.1 Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Vorinstanz das Einsichtsrecht des Beschwerdeführers in die Zivilstandsregister zu Recht mit der Auflage verbunden hat, dass keine (unbeglaubigten) Fotokopien, Scans oder Abschriften von den Familienregistern angefertigt oder ausgehändigt werden dürfen. Demnach ist die Beschwerde diesbezüglich unbegründet.

(RRB Nr. 143 vom 3. März 2020).

Gesetze und Verordnungen im Kanton Schwyz

Prof. Dr. August Mächler* und Dr. Josef Hensler **/***

Inhalt

- I. Kernfragen des kantonalen Staatsrechts
- II. Gesetze und Verordnungen im Laufe der neueren Verfassungsgeschichte
 1. Gesetze und gesetzvertretende Verordnungen
 - a. Gesetze
 - b. Gesetzesvertretende Verordnungen
 - c. Verhältnis zwischen Gesetzen und gesetzvertretenden Verordnungen
 - d. Verhältnis des Finanzreferendums zur gesetzvertretenden Verordnung
 2. Vollzugsverordnungen
 3. Notverordnungen
 4. Rechtsetzung in den Bezirken und Gemeinden
- III. Gesetz und Verordnung nach der Verfassung vom 24. November 2010
 1. Weitgehender Bruch mit der Tradition
 2. Gesetz
 - a. Zuständigkeit
 - b. Inhalt
 - aa. Allgemeiner Gesetzesbegriff und Ergänzungen im Verfassungsrecht des Bundes und des Kantons
 - bb. Wichtige Rechtssätze
 - cc. Sachbereiche
 - dd. Eignung des Gesetzgebungsverfahrens und Grenzen der Legislativhoheit
 - c. Abgrenzungen des Gesetzes von anderen Beschlussformen
 - aa. Verfassung und Gesetz
 - bb. Gesetz und Verordnungen
 - cc. Gesetz und Rechtsanwendungsakte
 3. Verordnungen des Kantonsrates
 4. Verordnungen des Regierungsrates
 - a. Gesetzesvertretende Verordnungen
 - b. Vollzugsverordnungen
 - c. Weisungen, Reglemente (Verwaltungsverordnungen)

- d. Notverordnungen
 - 5. Verordnungen anderer Behörden
 - a. Gerichte
 - b. Erziehungsrat
 - c. Hochschulrat
 - d. Departemente
 - e. Bezirks- und Gemeinderäte
 - f. Subdelegation
 - 6. Exkurs: Staatsverträge und Verwaltungsvereinbarungen
- IV. Erlasse von Stimmberechtigten und von Verwaltungsbehörden in den Bezirken und Gemeinden
- 1. Rechtsetzungskompetenzen der Bezirke und Gemeinden
 - 2. Terminologie
 - 3. Gesetzliche Grundlagen im Bezirks- und Gemeinderecht
 - 4. Bezirks- und Gemeindeordnungen
 - 5. Interkommunale und vertragliche Regelungen
 - 6. Einschränkung der Delegation
 - 7. Publikation
- V. Zusammenfassende Würdigung

I. Kernfragen des kantonalen Staatsrechts

Während der Zeit des zweiten Weltkrieges hatte der damalige Schwyzer Staatsschreiber und spätere Bundesrichter *Paul Reichlin* im Schweizerischen Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung einen Aufsatz zum Thema Verfassung, Gesetz und Verordnung im Kanton Schwyz publiziert¹. Anfangs der Siebzigerjahre war sodann die vielbeachtete Dissertation Gesetz und Verordnung im Kanton Schwyz von *Friedrich Huwyler*, dem späteren Justizdirektor des Kantons Schwyz, herausgekommen². *Huwyler* veröffentlichte in der Folge weitere Beiträge zum kantonalen Recht und zum Gemeinderecht, die sich zur Hauptsache oder wenigstens schwergewichtig

* Richter am Staatsgerichtshof Liechtenstein, Ehemaliger Vorsteher des Rechts- und Beschwerdedienstes des Sicherheitsdepartements.

** Ehemaliger Präsident des Verwaltungsgerichts des Kantons Schwyz.

*** Die Autoren bedanken sich bei Dr. Urs R. Beeler, dem ehemaligen Sekretär der Verfassungskommission, für eine kritische Durchsicht des Manuskripts.

¹ Paul Reichlin, Verfassung, Gesetz und Verordnung im Kanton Schwyz, ZBI 44/1943, S. 201 ff. und S. 225 ff.

² Friedrich Huwyler, Gesetz und Verordnung im Kanton Schwyz, Zürcher Diss., Aarau 1970.

D

mit Fragen um die Erlassformen befassen³. Auf den 1. Januar 2013 ist die totalrevidierte Kantonsverfassung vom 24. November 2010 in Kraft gesetzt worden⁴. Diese neue Verfassung hat bei den kantonalen Volksrechten und damit verbunden bei den Erlassformen wesentliche Veränderungen gebracht. Ausserdem gilt seit dem 1. Juli 2018 das ebenfalls totalrevidierte Gesetz über die Organisation der Gemeinden und Bezirke vom 25. Oktober 2017⁵. Diese Neuerungen im kantonalen Staatsrecht legen es nahe, sich mit den zentralen Fragen um Gesetze und Verordnungen im schwyzerischen Staatsrecht erneut auseinanderzusetzen.

Nicht allein diese Neuerungen und der zeitliche Abstand zu den Publikationen von *Reichlin* und *Huwyl*, die sich in grundsätzlicher und fundierter Weise mit den Erlassformen im Kanton Schwyz im vergangenen Jahrhundert befasst hatten, haben uns bewogen, das Thema erneut aufzugreifen. Ebenso wichtig für eine Befassung mit diesem Thema ist, dass es sich bei den Erlassformen um zentrale Fragen für unsere Gemeinwesen handelt: Verknüpft mit den Erlassformen ist die Kompetenzausscheidung zwischen Stimmberechtigten, Kantonsrat, Regierungsrat und anderen Behörden. Kantonale Gesetze unterliegen dem obligatorischen oder fakultativen Referendum⁶. Verordnungen dagegen dürfen die für deren Erlass zuständige Behörde ohne direkte Mitwirkung des Volkes beschliessen. Für die Beschränkung von Grundrechten reichen Gesetze – wenn auch nicht als einzige Voraussetzung – als Rechtsgrundlage vollends, Verordnungen dagegen nur zum Teil aus⁷. Für die Bindung an Gesetze und Verordnungen, die zu übergeordnetem Recht in Widerspruch stehen, werden in § 26 Verwaltungsrechtspflegegesetz (VRP) vom 6. Juni 1974⁸ Unterschiede gemacht⁹.

Nach dieser Einleitung wollen wir in einem nächsten Abschnitt (II.) einen kurzen Blick auf das Schwyzer Verfassungsrecht werfen, wie es sich

³ Friedrich Huwyl, Gesetzesbegriffe im schwyzerischen Recht, in: Andreas Auer/Walter Kälin (Hrsg.), Das Gesetz im Staatsrecht der Kantone, Chur/Zürich 1991, S. 231 ff.; Derselbe, Gemeindeorganisationsgesetz, vervielf. Referat, Schwyz 1977, S. 5 ff.; Derselbe, Gemeindeorganisation des Kantons Schwyz, Rickenbach/Schwyz 2009.

⁴ SRSZ 100.000 = SR 131.215. Am 1. Januar 2013 in Kraft getreten (Abl 2012 2962).

⁵ Gesetz über die Organisation der Gemeinden und Bezirke (Gemeindeorganisationsgesetz, GOG) vom 25. Oktober 2017, SRSZ 152.110. – Für die Inkraftsetzung siehe Abl 2018 498.

⁶ Für die geltende Kantonsverfassung §§ 34 und 35 KV. – Zum alten Verfassungsrecht siehe Paul Reichlin, Das Volk als Staatsorgan im Kanton Schwyz seit 1848, in: Innerschweizerisches Jahrbuch für Heimatkunde, Bd. VII, Luzern 1943, S. 91 ff.

⁷ Art. 36 Abs. 1 BV.

⁸ SRSZ 234.110.

⁹ Ob diese Regelung mit dem Legalitätsprinzip in Art. 5 Abs. 1 BV im Einklang steht, sei an dieser Stelle nicht weiter erörtert (Siehe zur hierarchischen Struktur des Rechts Benjamin Schindler, in: Bernhard Ehrenzeller et al. [Hrsg.], Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2014, Art. 5, Rz. 20).

in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhundert herausgebildet hatte und für das gesamte 20. Jahrhundert massgebend war. Im zentralen III. Abschnitt beschäftigen wir uns mit den Erlassformen nach dem neuen Verfassungsrecht, wie sie für die Stufe des Kantons gelten. Der IV. Abschnitt nimmt sich alsdann den Fragen um die Erlassformen in der kommunalen Rechtsetzung an. Abschliessen wollen wir die Darstellung der kantonalen und kommunalen Erlassformen mit einer kurzen Zusammenfassung (V.). Behandelt werden damit nicht alle Belange um Erlasse in Kanton, Bezirken und Gemeinden. Insbesondere befassen wir uns nur am Rande mit der Frage, was auf Verfassungsstufe geordnet werden muss. Ebenfalls nicht vertieft eingehen wollen wir darauf, inwieweit nach dem Schwyzer Staatsrecht Korporationen, Genossamen sowie Private Rechtssätze erlassen dürfen. Von einzelnen Hinweisen abgesehen werden wir auch das Initiativrecht nicht behandeln.

II. **Gesetze und Verordnungen im Laufe der neueren Verfassungsgeschichte**

1. **Gesetze und gesetzesvertretende Verordnungen**

Vor der Totalrevision der Verfassung wurde das Gesetzesrecht in zwei verschiedenen Verfahren erlassen: zum einen die Gesetze im formellen Gesetzeserlassverfahren mit obligatorischem Referendum, zum anderen die gesetzesvertretenden Verordnungen¹⁰ im Verordnungserlassverfahren des Kantonsrates mit fakultativem Referendum. Letztere Erlasse anerkannte das Bundesgericht «als eine Art von Gesetzen zweiter Ordnung», die «einem Gesetz gleichgestellt» wurden¹¹. Welches Verfahren zur Anwendung gelangte, bestimmte sich in erster Linie nach dem zu normierenden Sachbereich.

a. **Gesetze**

Gesetzesentwürfe wurden vom Kantonsrat in ein- oder zweimaliger Beratung vorbereitet und sodann der Volksabstimmung unterstellt¹². Der Gegenstand der formellen Gesetzeserlasse ging aus § 30 Abs. 1 aKV nicht

¹⁰ Nicht zu verwechseln mit den gesetzesvertretenden Verordnungen, die der Verfassung und den Gesetzen nachgeordnet sind und weniger wichtige Rechtssätze enthalten (siehe unten III.4.a.).

¹¹ BGE 102 Ia 457 ff., E. 4b in fine.

¹² § 30 Abs. 1 der Verfassung des eidgenössischen Standes Schwyz vom 23. Oktober 1898 (aKV, GS 3-161) i.F.v. 29. Oktober 1969 (GS 15-677). Die ursprüngliche Fassung der alten

D

hervor. Der Verfassungsgeber hatte jedoch in verschiedenen Bestimmungen den Auftrag zum Erlass von formellen Gesetzen erteilt bzw. einen Gesetzeserlass vorbehalten. Nebst der Gewährleistung bzw. den Einschränkungen der Grundrechte¹³ betrafen die Gesetzesvorbehalte insbesondere das Bürgerrecht¹⁴, die politischen Rechte¹⁵, die Steuerpflicht¹⁶, die Verantwortlichkeit der Behörden¹⁷, die Installierung weiterer gerichtlicher Behörden¹⁸ sowie Teile der Bezirks- und Gemeindeordnung¹⁹. Darüber hinaus waren weitere wichtige Materien dem formellen Gesetzeserlassverfahren zugänglich, die «durch Rückgriff auf die Grundwerte der Verfassung ermittelt» wurden²⁰. Die Zulässigkeit bestimmte sich nach dem übergeordneten Recht (Bundesrecht, Staatsvertragsrecht, Schwyzer Verfassungsrecht)²¹.

b. Gesetzesvertretende Verordnungen

Nebst den vom Kantonsrat ratifizierten Verträgen mit anderen Staaten (wozu hauptsächlich Konkordate mit anderen Kantonen gehörten²²) waren

Kantonsverfassung ist in der fortlaufenden Gesetzessammlung GS 3-161 publiziert. Das von Paul Reichlin bearbeitete Schwyzer Rechtsbuch, Einsiedeln 1937, gibt den Stand per 1. September 1937 wieder. Nachfolgend werden die Fundstellen der zitierten Verfassungsartikel nur angegeben, soweit sie nach dem Erscheinen des Schwyzer Rechtsbuches revidiert worden sind.

¹³ § 10 aKV (GS 3-161): Bestrafung des Missbrauchs der freien Meinungsäusserung; § 13 aKV (Abs. 3 i.F.v.12. März 1908, GS 5-600): Beschränkung der Unverletzlichkeit des Eigentums durch Expropriation; § 14 aKV (GS 3-161): Einschränkungen der Handels- und Gewerbefreiheit sowie der freien Niederlassung. Die Bewilligungspflicht für Medizinalberufe und Rechtsanwälte wurde aber mit gesetzesvertretenden Verordnungen ein- bzw. fortgeführt (§§ 18 ff. Gesundheitsverordnung, [GS 20-364]; §§ 10 ff. Anwaltsverordnung, [Abl 2002 918]).

¹⁴ § 35 aKV.

¹⁵ § 3 aKV, Abs. 1 (GS 16-49), Abs. 2 und 3 (GS 15-677); § 17 Abs. 1 aKV (Amtdauer) (GS 21-63); § 18 Abs. 1 aKV (Amtszwang); § 26 Abs. 4 aKV (Proporz Kantonsratswahlen) (GS 14-800).

¹⁶ § 16 aKV (GS 12-515).

¹⁷ § 17 Abs. 2 (GS 21-63); § 45 aKV (GS 16-138).

¹⁸ § 63 aKV (GS 21-63).

¹⁹ Z.B. § 71 Abs. 2 aKV (Aufsicht Zweckverbände) (GS 15-677); § 72 Abs. 4 aKV (Wahlen und Abstimmungen) (GS 21-119); § 73 Abs. 3 aKV (Initiativrecht) (GS 15-677); § 74 Abs. 3 aKV (a.o. Gemeindeversammlungen) (GS 15-677); § 80 aKV (Verfahren für Verhandlungen) (GS-15-677); §§ 81 Abs.1 und 87 aKV (übertragenen Aufgaben) (GS 15-677 und GS 18-297); §§ 84 Abs. 3 und 89 Abs. 3 aKV (Zuweisungsvorbehalt) (GS 15-677).

²⁰ Huwyler, Gesetzesbegriff (Anm. 3), S. 233 f.; Reichlin, Verfassung, Gesetz und Verordnung (Anm. 1), S. 203 f.

²¹ Huwyler, Gesetzesbegriff (Anm. 3), S. 238.

²² Grundlagenbericht der Arbeitsgruppe KV-Revision vom 15. September 2004, S. 78.

gemäss § 31 Abs. 1 aKV alle «*Dekrete und Verordnungen des Kantonsrates*» dem fakultativen Referendum unterstellt, sofern dies innert 30 Tagen 2000 Bürgerinnen und Bürger verlangten. Die Begriffe «*Dekrete und Verordnungen*» betrachtete man als Synonyme²³. Mit der fakultativen Volksabstimmung wurden die Volksrechte gewahrt. Der Verzicht auf das obligatorische Referendum begünstigte die Durchsetzung von Reformbestrebungen.

Die *Sachbereiche*, die den gesetzvertretenden Verordnungen mit fakultatивem Referendum vorbehalten waren, ergaben sich zur Hauptsache aus § 40 Bst. d und e der alten Kantonsverfassung. Nach konstanter und unangefochtener Praxis leitete man daraus eine selbständige Rechtsverordnungs-kompetenz des Kantonsrates ab²⁴. Der Kantonsrat bestimmte somit die Gehalte der Beamten und Angestellten des Kantons, wozu in der Praxis auch das Personalrecht miteinbezogen war (Bst. d). Er ordnete zudem das Erziehungs-, Polizei-, Gesundheits-, Militär- und Strassenwesen sowie die Salzverwaltung (Bst. e). Diese Materien lagen schon im 19. Jahrhundert im Zuständigkeitsbereich des Kantonsrates, bis zur Verfassungsrevision 1876 jedoch ohne Vorbehalt des fakultativen Referendums²⁵. Das Erziehungswesen erfuhr in der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts einen tiefgreifenden Wandel und starken Ausbau²⁶. Beim Strassen- und Gesundheitswesen wie auch im Polizeiwesen gab es Überschneidungen mit anderen Rechtsgebieten²⁷, welche ein sorgfältiges Abwägen bei der Wahl der Erlassform geboten, soweit eine formelle Gesetzeskompetenz mitbetroffen war.

Mit der Teilrevision der Verfassung vom 18. Mai 1972 betreffend die *Organisation der kantonalen Gerichte*²⁸ wurde im eingefügten Bst. h des § 40 alte Kantonsverfassung zwecks Vereinheitlichung der Rechtsetzungskompetenz der Kantonsrat mit dem Erlass der «*Vorschriften über das Verwaltungsverfahren, über die Organisation, die Kompetenzen und das Ver-*

²³ Reichlin, Verfassung, Gesetz und Verordnung (Anm. 1), S. 204; Arbeitsgruppe KV-Revision, Grundlagenbericht (Anm. 22), S. 75. – Den Begriff «*Dekret*» verwendet der Regierungsrat heute noch bei der Festlegung der Wahl- und Abstimmungstermine verbunden mit weiteren Anweisungen (als Beispiel siehe Abl 2020 356 f.).

²⁴ Reichlin Verfassung, Gesetz und Verordnung (Anm. 1), S. 204 f.

²⁵ Huwyler, Gesetz und Verordnung (Anm. 2), S. 6 FN 39 und S. 7 FN 49.

²⁶ Corinne Bara-Zurfluh, in: Historischer Verein des Kantons Schwyz [Hrsg.], Geschichte des Kantons Schwyz, Band 4, Politik und Verfassung 1712-2010, Die Politik im 19. und 20. Jahrhundert, S. 106. Ab den frühen 70er Jahren ist der Kanton in das Mittelschulwesen eingestiegen. Er hat auch das Angebot bei den Berufsschulen sukzessive ausgebaut und begann sich später vermehrt im Hochschulwesen zu engagieren.

²⁷ Huwyler, Gesetz und Verordnung (Anm. 2), S. 118 f.

²⁸ GS 16-138.

D

fahren für sämtliche Gerichte» beauftragt. Den Verzicht auf das obligatorische Referendum begründete man mit dem vorwiegend technisch administrativen Charakter der Vorschriften, welche die Stimmberechtigten in der Regel wenig interessieren²⁹.

Der Kantonsrat durfte sich zudem gestützt auf § 32 aKV *durch Volksabstimmung «für die definitive Erlassung eines Gesetzes» ermächtigen lassen*³⁰. In der Praxis wurden solche Ermächtigungen häufig mit der fakultativen Referendumpflicht verbunden, was die zitierte Verfassungsnorm an sich nicht verlangte. Die ermächtigenden Normen hielten auch öfters – wie bei Gesetzesdelegationen – gewisse Grundsätze fest, was ebenfalls nicht erforderlich gewesen wäre, da sich die Blankodelegation auf eine Verfassungsgrundlage stützen konnte^{31 32}.

Zu erwähnen sind schliesslich noch die *organischen Gesetze*. Unter diesem wenig bestimmten Begriff, welcher schon in der Verfassung vom 13. Oktober 1833 verwendet wurde³³, versteht man direkt auf der Verfassung fussende Verordnungskompetenzen des Kantonsrates bzw. des früheren Grossen Rates³⁴. Das Bundesgericht definierte sie als Rechtssätze, «durch welche bestimmt wird, in welcher Weise der staatliche Organismus funktioniert, wie die Staatsverwaltung – im weiteren Sinne des Wortes – ausgeübt wird»³⁵. Die organischen Gesetze wurden 1876 «aus der Verfassung verabschiedet»³⁶. In konstanter Praxis hat der Kantonsrat weiterhin organisatorische Verordnungen erlassen, diese aber der fakultativen Referendumpflicht unterstellt³⁷. In neuerer Zeit sind die Geschäftsordnungen des Kantonsrates oder des Regierungsrates als organische Gesetze bezeichnet worden³⁸. Dies gilt auch für die oben erwähnten vom Kantonsrat

²⁹ Richard-André Schindler, Die Revision der Schwyzer Kantonsverfassung betreffend die Organisation der kantonalen Gerichte vom 18. Mai 1972, in: EGV-SZ 1977, S. 172.

³⁰ Huwyler, Gesetzesbegriff (Anm. 3), S. 240 f. Ermächtigungen an den Kantonsrat ohne fakultative Referendumpflicht waren nicht sehr häufig.

³¹ Hierzu ausführlicher: Huwyler, Gesetzesbegriff (Anm. 3), S. 241 f.

³² Kantonsrätliche Erlasse nach § 32 aKV wurden von Huwyler unter dem Begriff der Gesetzesdelegation abgehandelt (Huwyler, Gesetzesbegriff [Anm. 3], S. 240 ff.). – Im Kanton Schwyz wurden vor allem Gesetzesdelegationen an den Regierungsrat, den Erziehungsrat und das Kantonsgericht anerkannt. Umstritten waren Gesetzesdelegationen an Departemente und andere Verwaltungsorgane. Subdelegationen unter Mitwirkung des Soveräns wurden dagegen akzeptiert (siehe hierzu Huwyler, Gesetzesbegriff [Anm. 3], S. 242 ff.) – Ausführlicher zur Gesetzesdelegation unten III.2.c.bb.

³³ Verfassung vom 13. Oktober 1833, Ziff. 51.

³⁴ Kaspar Michel, Skizzen der Schwyzer Verfassungsgeschichte, Schwyz 2008, S. 62; Arbeitsgruppe KV-Revision, Grundlagenbericht (Anm. 22), S. 8, 68.

³⁵ Zitiert aus Reichlin, Volk als Staatsorgan (Anm. 6), S. 91 FN 3; BGE 25 I 86.

³⁶ Reichlin, Volk als Staatsorgan (Anm. 6), S. 91.

³⁷ Huwyler, Gesetz und Verordnung (Anm. 2), S. 123.

³⁸ Arbeitsgruppe KV-Revision, Grundlagenbericht (Anm.22), S. 76 und FN 217.

gestützt auf § 40 Bst. h aKV erlassenen Organisations- und Verfahrensordnungen zur Hauptsache für die Gerichte, welche von *Richard-André Schindler* als «ganz oder teilweise organische Gesetze» beschrieben wurden³⁹. Im Übrigen gestand man dem Kantonsrat die Verordnungskompetenz zu, wenn mit dem Erlass einer Verordnung Ausgaben unter der Finanzreferendumslimite verbunden waren⁴⁰.

c. Verhältnis zwischen Gesetzen und gesetzvertretenden Verordnungen

Die Unterscheidung zwischen den beiden Gesetzgebungsverfahren wurde in der Praxis nicht immer strikte eingehalten. Es gab Kompetenzmissachtungen in beide Richtungen^{41 42}. Allerdings haben vielfach inhaltliche Überschneidungen⁴³ von Gesetzen und gesetzvertretenden Verordnungen zu Abgrenzungsschwierigkeiten geführt. Entscheidend war, dass die getroffene Regel jederzeit in Nachachtung der verfassungsmässigen Kompetenzordnung wieder abgeändert werden konnte. Kollisionsrechtlich galt der Vorrang der *lex posterior*, soweit dadurch nicht der Gesetzesvor-

³⁹ Schindler, Organisation der kantonalen Gerichte (Anm. 29), S. 172. Als Vorgängerregelung gilt Art. 101a aKV (S. 203 f.), eingefügt durch Volksbeschluss vom 11. März 1917 (Schwyzer Rechtsbuch [Anm. 12], S. 24), mit folgendem Wortlaut: «In Ausführung bundesrechtlicher Erlasse bleibt es dem Kantonsrate vorbehalten, mit Beziehung auf die §§ 7, 64, 67, 85, 86, 87, 89 und 101 die Organisation der Zivil- und Strafrechtspflege abweichend festzustellen und demnach Bestand, Wahlart und Befugnisse der erforderlichen Gerichtsbehörden und Beamten zu bestimmen sowie das Prozessverfahren festzusetzen. Diese vom Kantonsrat zu erlassenden Bestimmungen unterliegen dem fakultativen Referendum (§ 31 der Verfassung)». Ausführlich zur Entstehungsgeschichte von Art. 101a aKV: Huwyler, Gesetz- und Verordnung (Anm. 2), S. 25 f. Gemäss Schindler basierte die damalige kantonsrätliche Verordnungskompetenz aber auch auf Gesetzesdelegationen (S. 172 f.).

⁴⁰ Beispielsweise die Verordnung über die Gleichstellung von Frau und Mann vom 8. Mai 1996 (Abl 1996 731), in der ersten Fassung, die lediglich die Einführung der Gleichstellungskommission betraf. Der Aufwand für die Gleichstellungskommission zulasten der Staatsrechnung wurde in § 15 Abs. 1 insgesamt jährlich auf maximal Fr. 50 000.- festgesetzt (betr. Finanzreferendum: unten II.1.d.). Siehe auch Huwyler, Gesetz und Verordnung (Anm. 2), S. 123 f. sowie FN 75 und 76.

⁴¹ Huwyler, Gesetzesbegriff (Anm. 3), S. 234 ff.

⁴² Die Möglichkeit, dass «der Kantonsrat bei Gutfinden jeden seiner Beschlüsse der Volksgenehmigung unterbreiten» konnte (§ 32 aKV; = freiwilliges Referendum, welches 1876 erstmals in die Verfassung aufgenommen wurde), erlangte keine grosse praktische Bedeutung. Siehe Reichlin, Verfassung, Gesetze und Verordnung (Anm. 1), S. 225 f.; Arbeitsgruppe KV-Revision, Grundlagenbericht (Anm. 22), S. 76 FN 219.

⁴³ Huwyler, Gesetz und Verordnung (Anm. 2), S. 116; siehe auch Reichlin, Verfassung, Gesetz und Verordnung (Anm. 1), S. 226, welcher auf das Bestreben der Gesetzesredaktoren zu in der Sache einheitlichen Erlasse (*uno actu*) hinweist.

D

behalt oder der Vorrang einer allfälligen *lex specialis* verletzt wurde. Unbestritten war, dass den gesetzvertretenden Verordnungen zugewiesene Sachbereiche ebenfalls Gegenstand des Initiativrechtes gemäss § 31 Abs. 2 aKV sein konnten⁴⁴. An den gesetzvertretenden Verordnungen wurde bemängelt, dass inhaltlich gewichtige Sachbereiche dem obligatorischen Referendum entzogen waren⁴⁵.

d. Verhältnis des Finanzreferendums zur gesetzvertretenden Verordnung

Beim obligatorischen Finanzreferendum handelt es sich um ein Verwaltungsreferendum⁴⁶. Ihm unterlagen nach dem früheren Verfassungsrecht «alle Beschlüsse des Kantonsrates, die für den gleichen Zweck entweder eine einmalige neue Ausgabe von mehr als Fr. 250'000.-- oder eine wiederkehrende neue Ausgabe von jährlich mehr als Fr. 50'000.-- zur Folge» hatten⁴⁷. Lange war umstritten, ob gesetzvertretende Verordnungen, welche neue Ausgaben über den erwähnten Limiten nach sich zogen, dem obligatorischen Finanzreferendum zu unterstellen sind. Die verneinende Auffassung setzte sich durch⁴⁸. Da gesetzvertretende Verordnungen gleichwertig die Funktion der Gesetze wahrnahmen, konnten sie auch Ausgabebewilligungskompetenzen delegieren⁴⁹.

2. Vollzugsverordnungen

Den Vollzug von Gesetzen und gesetzvertretenden Verordnungen regelte der Kantonsrat oder der Regierungsrat mit dem Erlass von Vollzugsverordnungen. Man ging für beide Staatsorgane von einer verfassungsunmittelbaren Vollziehungskompetenz aus⁵⁰, wobei der Regierungsrat in

⁴⁴ Huwyler, Gesetz und Verordnung (Anm. 2), S. 129 f.

⁴⁵ Der Regierungsrat beurteilte 2002 in seinem Bericht an den Kantonsrat betr. Revisionsbedarf der Kantonsverfassung «die teilweise unklare oder unzweckmässige Kompetenzverteilung zwischen Volk, Kantonsrat und Regierungsrat» als besonders nachteilig (RRB Nr. 1339/2002 vom 22. Oktober 2002). Arbeitsgruppe KV-Revision, Grundlagenbericht (Anm. 22), S. 16.

⁴⁶ Huwyler, Gesetz und Verordnung (Anm. 2), S. 107.

⁴⁷ § 30 Abs. 2 aKV i.F.v. 26. März 1958 (GS 14-107). Zuvor betrug die entsprechenden Ausgabenlimiten Fr. 50'000-- bzw. Fr. 10'000.--.

⁴⁸ Arbeitsgruppe KV-Revision, Grundlagenbericht (Anm. 22), S. 78; Huwyler, Gesetz und Verordnung (Anm. 2), S. 108, 111.

⁴⁹ BGE 102 Ia 457 ff. E. 4b. betr. Umfahrungsstrasse Einsiedeln in Zusammenhang mit § 16 der Strassenverordnung (Verordnung über den Bau und Unterhalt der Strassen vom 2. April 1964, GS 14-851).

⁵⁰ Reichlin, Verfassung, Gesetze und Verordnung (Anm. 1), S. 209; Huwyler, Gesetz und Verordnung (Anm. 2), S. 119 f., 133 f.

§ 46 Abs. 1 aKV ausdrücklich als oberste Vollziehungs- und Verwaltungsbehörde des Kantons bezeichnet war. Diese Zweispurigkeit führte zu keinen Problemen, sofern auf Gesetzesstufe die Zuständigkeit für die Vollzugsverordnung festgelegt war. Andernfalls hatte der Kantonsrat Vorrang. Machte er davon keinen Gebrauch, musste der Regierungsrat für die notwendige Vollzugsregelung sorgen⁵¹.

3. Notverordnungen

Eine ausdrückliche Grundlage für den Erlass von Notverordnungen fand sich in der alten Verfassung nicht. Kantonsrat und Regierungsrat wurde jedoch eine «gewisse Notverordnungs-kompetenz» zugestanden⁵². Die Bedeutung des Notrechts blieb gering⁵³.

4. Rechtsetzung in den Bezirken und Gemeinden

Im Rahmen der Bezirks- und Gemeindeautonomie und der durch Rechtssatz übertragenen Aufgaben konnten die Stimmberechtigten kommunales primäres Recht setzen⁵⁴. Inhaltlich betraf dies beispielsweise gewisse Fragen der Bezirks- und Gemeindeordnung (Zahl der Bezirks- und Gemeinderäte, Einführung des Urnsystems etc.), aber auch übertragene Aufgaben in konkreten Sachbereichen wie im Planungs-, Bau-, Ver- und Entsorgungswesen. Für den Vollzug waren die Bezirks- und Gemeinderäte zuständig⁵⁵. Bis auf den Erlass der Dienst- und Gehaltsordnung durften die Befugnisse der Stimmberechtigten nicht an die Bezirks- und Gemeindeexekutive übertragen werden⁵⁶.

⁵¹ Huwyler, Gesetz und Verordnung (Anm. 2), S. 120 f.

⁵² Huwyler, Gesetz und Verordnung (Anm. 2), S. 136 FN 16; §§ 40, 43 und 50 aKV.

⁵³ Mehr zum Notverordnungsrecht in: Reichlin, Verfassung, Gesetze und Verordnung (Anm. 1), S. 229; Huwyler, Gesetz und Verordnung (Anm. 2), S. 136 FN 16; Huwyler, Gesetzesbegriff (Anm. 3), S. 248.

⁵⁴ § 88 Bst. a aKV (GS 15-677).

⁵⁵ § 89 Abs. 2 aKV (GS 15-677)

⁵⁶ § 7 Abs. 2 altes Gesetz über die Organisation der Gemeinden und Bezirke (aGOG), vom 29. Oktober 1969, GS 15-683. – Gestützt auf § 22 b des Einführungsgesetzes zum Schweizerischen Obligationenrecht (EGzOR), vom 25. Oktober 1974, SRSZ 217.110, i.F.v. 22. März 2008 (GS 22-4) war und ist der mit der Marktaufsicht beauftragte Gemeinderat zum Erlass des Marktreglements ermächtigt. Siehe beispielsweise das Marktreglement des Bezirksrates Einsiedeln vom 21. November 2012 (https://www.einsiedeln.ch/libraries/files/sre_730100.pdf).

D

III. Gesetz und Verordnung nach der Verfassung vom 24. November 2010

1. Weitgehender Bruch mit der Tradition

Einer der Hauptgründe für die Totalrevision der Kantonsverfassung von 1898 bildete die Verfassungsordnung für die Formen der Erlasse: Sie wurde als unübersichtlich und äusserst kompliziert empfunden⁵⁷. Es ist daher nur folgerichtig, wenn die bislang geltende Ordnung im neuen Verfassungsrecht nicht fortgeführt wird (kein Traditionsanschluss). Für das Gesetzesrecht bestehen nicht länger zwei verschiedene Erlassformen und -bezeichnungen. Es gibt zwar weiterhin Gesetze mit obligatorischem und solche mit fakultativem Referendum. Beide Erlassformen sind aber rechtlich gleichwertig. Die Referendumsform hängt dabei allein vom Umfang der zustimmenden Mehrheit im Kantonsrat und nicht vom Gegenstand der Regelung ab. Weniger einschneidend sind die Änderungen in Bezug auf die nicht vom Kantonsrat beschlossenen Erlasse der untergesetzlichen Stufen, zumal sich diese auch früher im Wesentlichen an den allgemeinen Lehren zum Staats- und Verwaltungsrecht in der Schweiz orientierten. Gewisse Linien im früheren Verfassungsrecht sind allerdings weiterhin sichtbar: So ist über den Bestand der Bezirke und Gemeinden auch unter der Geltung der neuen Verfassung in Gesetzesform zu befinden⁵⁸. Als wichtige Angelegenheiten und damit in Gesetzen zu regeln sind vor allem die Rechtsgebiete Steuern, Eingriffe in Freiheit und Eigentum, Politische Rechte, Organisation der Bezirke und Gemeinden sowie Staatsaufgaben mit grossen Kostenfolgen⁵⁹.

2. Gesetz

a. Zuständigkeit

In der so genannten Homogenitätsklausel in Art. 51 Abs. 1 BV gibt die Bundesverfassung den Kantonen den Erlass einer demokratischen Verfassung vor. Abgeleitet wird daraus unter anderem, dass die Kantone sich gewaltenteilig organisieren und den Erlass von Gesetzen einem Parlament

⁵⁷ Verfassungskommission, Bericht und Vorlage vom 17. Dezember 2009 an den Kantonsrat, S. 7 f.; Franz Marty, in: Kulturkommission Kanton Schwyz (Hrsg.), Schwyzer Hefte, Band 99, Die neue Schwyzer Kantonsverfassung, Lachen 2013, S. 14, 28; ferner die Hinweise in Anm. 45.

⁵⁸ § 74 Abs. 1 KV; § 30 Abs. 3 aKV, wobei in der alten Kantonsverfassung selbst die Bezirke und Gemeinden namentlich angeführt wurden.

⁵⁹ Siehe dazu unten III. 2.b.bb. und cc.

übertragen müssen⁶⁰. Die Schwyzer Kantonsverfassung folgt dieser Vorgabe, indem sie in § 49 Abs. 1 Bst. b den Erlass von Gesetzen dem Kantonsrat aufträgt. Über die bundesrechtlich gebotenen Mindestanforderungen hinaus geht die Kantonsverfassung, indem sie in den §§ 34 Abs. 2 Bst. a und 35 Abs. 1 Bst. a Gesetze ausserdem einem Referendum unterwirft. § 51 KV beschränkt sodann die Befugnisse des Kantonsrates in Bezug auf den Erlass von Gesetzen insoweit, als er den Erlass derselben nicht beliebig delegieren darf⁶¹.

b. Inhalt

aa. Allgemeiner Gesetzesbegriff und Ergänzungen im Verfassungsrecht des Bundes und des Kantons

Nach § 50 KV werden in Form des Gesetzes alle wichtigen Rechtssätze erlassen, die Rechte und Pflichten von natürlichen und juristischen Personen begründen oder die Grundzüge der Organisation von Kanton, Bezirken und Gemeinden festlegen. Mit dieser Umschreibung des Gegenstandes der Gesetze folgt der Verfassungsgeber einem Gesetzesbegriff, wie er von der so genannten Basler Schule entwickelt⁶² und wie er in das Verfassungsrecht von Bund und von vielen Kantonen Eingang gefunden hat⁶³. Für die Inhaltsgebung der Gesetze im Kanton Schwyz sind ausserdem verschiedene Vorgaben im Verfassungsrecht des Bundes von Bedeutung. So können aufgrund von Art. 36 Abs. 1 BV schwere Eingriffe in Grundrechte nur zulässig sein, wenn dafür eine hinreichend bestimmte Ermächtigung in einem Gesetz vorhanden ist⁶⁴. Bei staatlichen Abgaben muss sodann

⁶⁰ Alexander Ruch, in: Bernhard Ehrenzeller et al. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2014, Art. 51 BV, Rz. 7 ff.

⁶¹ Siehe dazu unten III.2.b.bb und c.bb.

⁶² Kurt Eichenberger, Verfassung des Kantons Aargau, Textausgabe mit Kommentar, Aarau/Frankfurt am Main/Salzburg 1986, § 78 KV/AG, Rz. 1 ff.; Georg Müller, Inhalt und Formen der Rechtsetzung als Problem der demokratischen Kompetenzordnung, Habil., Basel 1979.

⁶³ Art. 163 f. BV (dazu Pierre Tschannen, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 4. Aufl., Bern 2016, § 45, Rz. 23 ff.); Art. 38 KV/ZH (dazu Matthias Hauser, in: Isabelle Häner et. al. [Hrsg.], Kommentar zur Zürcher Kantonsverfassung, Zürich/Basel/Genf 2007, Art. 38 KV/ZH, Rz. 1 ff.); Art. 69 Abs. 4 KV/BE (dazu Urteil des Bundesgerichts 1C_217/2008 vom 3. Dezember 2008, E. 2.3 und 2.4, und 2P.369/1998 vom 21. März 2000, E. 2e); Art. 40 Abs. 1 KV/SO (BGE 145 V 380, E. 6, S. 390 ff.); Art. 50 KV/SH (dazu Arnold Marti, in: Reto Dubach/Arnold Marti/Patrick Spahn [Hrsg.], Verfassung des Kantons Schaffhausen, Kommentar, Schaffhausen 2004, Art. 50 KV/SH, Rz. 1 ff.); § 78 KV/AG (dazu Eichenberger [Anm.62], § 78 KV/AG, Rz. 1 ff.).

⁶⁴ Rainer J. Schweizer, in: Bernhard Ehrenzeller et al. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2014, Art. 36, Rz. 16.

D

gemäss Art. 127 BV das Gesetz selbst den Gegenstand der Abgabe, den Kreis der Abgabepflichtigen sowie deren Bemessung in den Grundzügen regeln. Die Kantonsverfassung verweist in einzelnen Bestimmungen auf das Gesetz, wobei zu jeder dieser Verweisungen zu prüfen ist, ob damit jeweils für den Inhalt des Gesetzes ein anderer als der allgemeine Inhalt gemäss § 50 f. KV bestimmt wird⁶⁵. Sodann ergeben sich aus der Kantonsverfassung Wertentscheidungen, die für die Inhaltsgebung des Gesetzes von Belang sind⁶⁶.

bb. Wichtige Rechtssätze

In Übereinstimmung mit den in der Literatur anzutreffenden Auffassungen ist davon auszugehen, dass mit der Umschreibung des Gesetzesinhalts in § 50 KV verfassungsrechtlich festgelegt wird, was zwingend in einem

⁶⁵ Es sind dies:

- Nach § 33 Abs. 2 KV kann das Gesetz weitere Fristen über die Behandlung von Volksinitiativen vorsehen.
- In Bezirken und Gemeinden mit Parlament regelt nach § 38 KV das Gesetz die Ausübung des Initiativ- und Referendumsrechts.
- Die Festlegung weiterer Wählbarkeitsvoraussetzungen und Ausnahmen kann nach § 41 Abs. 2 KV das Gesetz vorsehen.
- Das Gesetz regelt nach § 42 Abs. 2 KV weitere Unvereinbarkeiten und den Ausstand für Behörden.
- Das Gesetz regelt nach § 45 Abs. 1, 2. Satz KV die Ausnahme von öffentlichen Verhandlungen des Kantonsrates und der Gerichte.
- Einzelheiten zu den Offenlegungspflichten gemäss § 45a Abs. 6 KV regelt das Gesetz.
- Nach § 46 Abs. 2 KV regelt das Gesetz die Haftung der mit staatlicher Tätigkeit betrauten Privaten und die Haftung für rechtmässig verursachten Schaden.
- Der Regierungsrat entscheidet nach § 60 KV über Wahlbeschwerden und Verwaltungsstreitigkeiten gemäss Gesetz.
- Für Anordnungen, die im Verwaltungsverfahren ergangenen sind, gewährleistet nach § 6 Abs. 2 KV das Gesetz mindestens eine Überprüfung durch eine unabhängige Beschwerdeinstanz. Die Bestimmung hat grundrechtlichen Charakter und enthält auf kantonaler Stufe eine Rechtsweggarantie im Sinne von Art. 29a BV.
- Nach § 68 KV kann das Gesetz für besondere Fälle weitere richterliche Behörden oder andere Zuständigkeiten vorsehen.
- Das Gesetz bestimmt gemäss § 69 Abs. 3 KV Gebiet und Namen der Bezirke und Gemeinden. Da solchen Regelungen nicht Rechtssatzqualität zukommt, wird mit der Bestimmung verfassungsrechtlich die Zuständigkeit des Kantonsrates sowie das Referendum vorbehalten.
- Bezirke und Gemeinden können nach § 73 Abs. 3 KV durch Gesetz zur Zusammenarbeit verpflichtet werden, wenn wichtige öffentliche Interessen es erfordern und eine Tätigkeit nur so zweckmässig erfüllt werden kann.
- Für Bestandes- und Gebietsänderungen der Bezirke und Gemeinden wird in § 74 KV der Weg der Gesetzgebung vorbehalten.

⁶⁶ Siehe etwa § 1 Abs. 2 KV, wonach der Kanton Schwyz ein freiheitliches, demokratisches und rechtstaatliches Gemeinwesen ist.

Gesetz zu regeln ist. Der Gesetzesform bedürfen demnach alle wichtigen Rechtssätze. Die Rede ist in diesem Zusammenhang mitunter von einem *materiellen Gesetzesbegriff*, von *gesetzespflichtigen Inhalten* oder einem *materiellen Gesetzesvorbehalt*. Unabhängig von der Bezeichnung ist davon auszugehen, dass es demnach Rechtssätze gibt, deren Erlass dem Gesetzgeber vorbehalten wird⁶⁷. Ausgenommen davon bleibt die Kompetenz des Regierungsrates, unter den verfassungsrechtlichen Voraussetzungen gemäss § 62 KV Notrecht auf Verordnungsstufe zu erlassen⁶⁸.

In ein Gesetz gehören gemäss der Umschreibung in § 50 KV *Rechtssätze*⁶⁹. Angesprochen wird damit in erster Linie die strukturelle Beschaffenheit von Rechtsnormen, die generell-abstrakt sind. Eine Rechtsregel mit dieser Qualität richtet sich an eine unbestimmte Vielzahl von Personen und ordnet zudem nicht zum Voraus bestimmte Sachverhalte. Rechtssätze gelten demnach allgemein und betreffen nicht nur eine bestimmte Person sowie einen einzelnen Lebenssachverhalt.

Während der Umgang mit dem Rechtssatzbegriff der Praxis einigermassen vertraut ist, kann in Bezug auf die *Wichtigkeit einer Regelung* nicht von einer gefestigten Praxis gesprochen werden. Als Anhaltspunkte, die alternativ für das Vorliegen von wichtigen Normen sprechen können, werden in der Literatur und Rechtsprechung genannt⁷⁰:

- Betroffenheit eines grossen Adressatenkreises oder einer grossen Zahl von Lebenssachverhalten;
- starker Eingriff in die bisherige Rechtsstellung der Adressaten⁷¹;
- erhebliche finanzielle Folgen der Regelung;
- bestimmende Bedeutung für die politische Willensbildung, die Behördenorganisation oder das Verfahren; oder
- Regelungen besonders umstrittener Fragen. Das Bundesgericht orientiert sich bei der Bestimmung des Gesetzesvorbehalts daher mit-

⁶⁷ Tschannen, Staatsrecht (Anm. 63), § 45, Rz. 23 ff.

⁶⁸ Siehe dazu unten III.4.d.

⁶⁹ Zur Relativierung dieser Aussage siehe unten III.2.c.cc.

⁷⁰ Vgl. dazu Müller, Inhalt und Formen (Anm. 62), S. 110 ff.; Tschannen, Staatsrecht (Anm. 63), § 45, Rz. 23; BGE 145 V 380, E. 6.2 ff., S. 390 ff.; BGE 134 I 322, E. 2.6.3, S. 330; BGE 133 II 331, E. 7.2.1, S. 347; BGE 132 I 157, E. 2.2 S. 159; 126 I 180 E. 2b/bb, S. 184.

⁷¹ Mit dem steht im Einklang, dass die Anforderungen an die gesetzliche Grundlage in der Regel für die Leistungsverwaltung geringer sind als für die Eingriffsverwaltung (siehe dazu August Mächler, Die (unzureichende) gesetzliche Grundlage für staatliche Ausgaben, in: Felix Uhlmann [Hrsg.], Das Legalitätsprinzip in Verwaltungsrecht und Rechtsetzungslehre, Zürich/St. Gallen 2017, S. 101 ff., 106 ff.).

D

unter auch daran, ob eine Regelung auf Verordnungsstufe einer gängigen und damit anerkannten Rechtswirklichkeit in anderen Kantonen entspricht⁷².

cc. Sachbereiche

Die Schwyzer Kantonsverfassung verzichtet – anders als etwa die Bundesverfassung und andere Kantonsverfassungen – darauf, den Gesetzesbegriff in gegenständlicher Hinsicht näher zu umschreiben. Es darf aber angenommen werden, dass die in Art. 164 Abs. 1 BV oder etwa in § 38 Abs. 2 KV/ZH angeführten *Gegenstände* auch für den Kanton Schwyz wichtige Normen betreffen, die in ein Gesetz gehören. Auszugehen ist davon und unterstrichen wird dies durch besondere Vorbehalte in speziellen Verfassungsbestimmungen, dass es um den Erlass von wichtigen oder in der zusätzlichen Terminologie des Bundes um grundlegende Regelungen geht, wenn:

- die Ausübung von politischen Rechten geregelt wird;
- verfassungsmässige Rechte eingeschränkt werden;
- Rechte und Pflichten von Personen geregelt werden;
- der Kreis der Abgabepflichtigen, den Gegenstand einer Abgabe und deren Bemessung bestimmt werden;
- die Aufgaben und die Leistungen des Kantons und anderer Träger von Aufgaben der öffentlichen Hand festgelegt werden;
- die Organisation der Bezirke und Gemeinden sowie deren Pflichten geordnet werden;
- die Organisation des Kantons sowie seiner Behörden und das Verfahren geregelt werden.

Aus den Gesetzesvorbehalten in *Spezialbestimmungen der Kantonsverfassung* kann abgeleitet werden, dass es sich bei diesen Regelungsbereichen um Fragen von erheblicher Wichtigkeit oder Bedeutung handelt. Allerdings kann keinem der Verweise auf die Gesetzgebung die Tragweite beigemessen werden, dass Regelungen zum Gegenstand ausschliesslich in Gesetzesform erlassen werden dürfen. Insbesondere lassen sich den Materialien keine Anhaltspunkte entnehmen, wonach in den betreffenden Bereichen minderwichtige Angelegenheiten nicht der Regelung eines Verordnungsgebers überlassen werden dürfen bzw. der Erlass von Vollzugsrecht durch den Regierungsrat im Sinne von § 59 Abs. 3 KV ausgeschlossen werden sollte⁷³.

⁷² Urteil des Bundesgerichts 1P.363/2002 vom 7. Mai 2003, E. 2.3.2; Urteil des Bundesgerichts 2P.363/1998 vom 21. März 2000, E. 2e.

⁷³ Verfassungskommission, Bericht und Vorlage (Anm. 57), S. 39, 53 und 69.

dd. Eignung des Gesetzgebungsverfahrens und Grenzen der Legislativhoheit

Auch in der neueren Gesetzgebungspraxis und der Rechtsprechung wird für die Konkretisierung des Gesetzesvorbehaltes neben den allgemeinen Kriterien für die Wichtigkeit von Regelungen auf *Eigenheiten des Gegenstandes* der Regelung Bezug genommen. So unterstreicht das Bundesgericht in einem Fall zur Anwendung der mit der Schwyzer Regelung in § 49 KV vergleichbaren Bestimmung in der solothurnischen Verfassung, dass Regelungsinhalte, die einem raschen Wandel unterliegen, wegen der häufig wechselnden Anpassungsbedürfnisse eher in die Zuständigkeit des Verordnungsgebers gehören⁷⁴. Zu Recht werden auch weiterhin im Bund, in anderen Kantonen und auch im Kanton Schwyz Regelungen mit technischen oder fachspezifischen Inhalten von Exekutiv- und Fachbehörden erlassen⁷⁵.

Schliesslich sollte der Gesetzgeber sich immer auch seiner *spezifischen Funktion* bewusst sein: Das Kantonsparlament ist die oberste rechtsetzende und Aufsicht führende Behörde. Dagegen ist der Kantonsrat nicht – auf alle Fälle nicht in erster Linie – die oberste leitende und vollziehende Behörde und auch nicht eine Justizbehörde. Dieser Umstand spricht dafür, dass der Gesetzgeber sich bei der Regelung der Organisation von Regierung und Verwaltung zurückhalten soll, um nicht die Führungs- und Organisationshoheit der Regierung oder die Rechtspflege durch die Gerichte zu beeinträchtigen. So gehört es zwar durchaus zu den Aufgaben des Gesetzgebers, die Zuständigkeiten und die Organisation von Exekutivbehörden und Gerichten in den Grundzügen festzulegen. Die Organisation der Verwaltungsbehörden und die Verteilung der Aufgaben in der Verwaltung sowie die interne Organisation der Gerichte soll aber der Regierung (Organisationsgewalt) und den Gerichten (Justizverwaltung) belassen werden.

⁷⁴ BGE 145 V 380, E. 6.3.2, S. 391 f.; Urteil des Bundesgerichts 1P.363/2002 vom 7. Mai 2003, E. 2.3.2; siehe ebenso Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 8. Aufl., Zürich/St. Gallen, 2020, Rz. 359.

⁷⁵ Häfelin/Müller/Uhlmann (Anm. 74), Rz. 360 ff. – So wird es weiterhin zulässig sein, dass die zahlreichen Regelungen über Schul- und Fachprüfungen in Erlassen der Schulbehörden erlassen werden (Siehe etwa Reglement des Erziehungsrates über die Aufnahme in die gymnasialen Maturitätsschulen vom 24. September 1997, SRSZ 624.111). Ausserdem kann auf technische Normen von anerkannten Fachorganisationen verwiesen werden (§ 6 Abs. 2 Kantonaues Energiegesetz vom 16. September 2009, SRSZ 420.110).

D

- c. Abgrenzungen des Gesetzes von anderen Beschlussformen
- aa. Verfassung und Gesetz

Soweit Art. 51 BV den Erlass von kantonalem Verfassungsrecht verlangt, ist es einem Kanton untersagt, solche Regelungen auf der Stufe eines Gesetzes zu schaffen. Trifft das kantonale Verfassungsrecht eine abschliessende Regelung in einem Bereich, darf der Gesetzgeber sodann in diesem keine gesetzlichen Regelungen erlassen. So ist anzunehmen, dass die Kantonsverfassung die Zuständigkeit für die Rechtsetzung abschliessend regelt, womit es dem Gesetzgeber untersagt bleibt, Regelungsbefugnisse beliebig auf Dritte zu übertragen. Rechtsetzungsbefugnisse darf darnach der Gesetzgeber lediglich im Rahmen von § 51 KV delegieren bzw. auf von Dritten erlassene Regelungen verweisen⁷⁶. Belässt der kantonale Verfassungsgeber dagegen Raum für eine Regelung auf Gesetzesstufe, so darf der Gesetzgeber durchaus materielles (inhaltliches) Verfassungsrecht auf Gesetzesstufe schaffen. So darf der Gesetzgeber eine Freiheit, Privatschulen zu gründen und zu betreiben, auf Gesetzesstufe gewährleisten⁷⁷. Soweit das materielle Verfassungsrecht in einem Gesetz nicht den bundesrechtlich gebotenen Inhalt betrifft, bedürfen Regelungen des materiellen Verfassungsrechts im Gesetzesrecht keiner Gewährleistung durch die Bundesversammlung⁷⁸.

- bb. Gesetz und Verordnungen

Durch Gesetz darf gemäss § 51 Abs. 1 KV der Erlass weniger wichtiger Rechtssätze delegiert werden. Wer als *Verordnungsgeber* in Betracht kommt, bestimmt die Kantonsverfassung nicht abschliessend. Immerhin knüpft die Verfassung in § 59 Abs. 1 an die Regelung in § 51 Abs. 1 an und bestimmt, dass der Regierungsrat ein wichtiger Adressat solcher Delegationen bildet. Ähnlich verhält es sich mit der Verordnungskompetenz des Kantonsrates gemäss § 49 Abs. 2 KV. Ebenfalls Verordnungsgeber sein können die obersten Gerichte und der Erziehungsrat. Von einer Delegation und von der damit verwandten Figur des Verweises kann gesprochen werden, wenn Private zum Erlass von Regelungen ermächtigt werden bzw. deren Richtlinien, Normen und dergleichen als anwendbar erklärt werden.

⁷⁶ BGE 141 V 688, E. 4.2.4 in Bezug auf die Verweise in den kantonalen Sozialhilfegesetzen auf die Richtlinien der Schweizerischen Konferenz für Sozialhilfe (SKOS-Richtlinien).

⁷⁷ §§ 69 ff. Volksschulgesetz (VSG) vom 19. Oktober 2005, SRSZ 611.210; §§ 35 ff. Mittelschulgesetz (MSG) vom 20. Mai 2009, SRSZ 623.110; § 4 Hochschulgesetz (HSG) vom 23. Mai 2012, SRSZ 631.631.

⁷⁸ Ruch (Anm. 60), Art. 51 BV. Rz. 5.

Werden *Gemeindeorgane* zum Erlass von rechtsetzenden Normen ermächtigt, so kann nur dann von einer Delegation gesprochen werden, wenn das ergänzende Gemeinderecht nicht vom «Gemeindegesetzgeber» erlassen werden soll. Trägt das Planungs- und Baugesetz den Gemeinden und damit den Stimmberechtigten bzw. der Gemeindeversammlung den Erlass von Planungs- und Bauvorschriften auf, so braucht sich der kantonale Gesetzgeber nicht an die Vorgaben von § 51 Abs. 2 KV zu halten. Anders verhält es sich, wenn der Gemeinderat für den Gestaltungsplan zum Erlass von Sonderbauvorschriften ermächtigt wird. Dabei sind auch die Planungs- und Bauvorschriften des Gemeindegesetzgebers einzubeziehen.

Dem Gesetzgeber ist es nach dem Schwyzer Verfassungsrecht verwehrt, den Erlass wichtiger Normen auf den Verordnungsgeber zu übertragen⁷⁹. Damit soll sichergestellt werden, dass der Kantonsrat seine Gesetzgebungsaufgaben auch wirklich wahrnimmt. Zudem soll das Übertragungsverbot die Volksrechte schützen⁸⁰. Beschränkt wird der Gesetzgeber in seiner *Delegationsbefugnis* zudem, indem gemäss § 51 Abs. 2 KV das Gesetz selbst den Gegenstand, den Zweck und Ausmass der erteilten Ermächtigung bestimmen muss. Ausgeschlossen werden damit Blankodelegationen. Die Beschränkung folgt inhaltlich im Wesentlichen den vom Bundesgericht entwickelten Delegationsvoraussetzungen⁸¹.

Ausgegangen wird in der Lehre davon, dass dem Gesetzgeber nicht verwehrt bleibt, in einem Gesetz auch *weniger wichtige Rechtssätze* zu erlassen⁸². Die Kantonsverfassung selbst geht davon aus, indem sie den Gesetzgeber in § 51 KV explizit ermächtigt, den Erlass weniger wichtiger Normen zu delegieren. Verpflichtet zu einer Delegation ist der Gesetzgeber dagegen nicht.

Der *Delegationsregelung* in § 51 KV wohnt bis zu einem gewissen Grad etwas Widersprüchliches inne. Wie die Vorbilder geht die Schwyzer Kantonsverfassung davon aus, dass ins Gesetz das Wichtige gehört und das weniger Wichtige in die Verordnung geordnet werden darf. Wäre dem so, so bedürfte es an sich gar keiner Delegation. Immerhin lässt sich annehmen, dass mit einer ausdrücklichen Delegation der Gesetzgeber den Verordnungsgeber bestimmen kann. Ausserdem ist das Delegationserfordernis geeignet, den Regelungsspielraum des Verordnungsgebers genauer zu fassen. Bleibt allerdings eine Lücke bestehen, so kann aufgrund des

⁷⁹ Siehe auch Urteil des Bundesgerichts C_440/2019 vom 6. Februar 2020, E. 3.4.5; BGE 45 V 380, E. 6.3.1, S. 391; BGE 141 II 171 E. 3.2; Urteil des Bundesgerichts C2_345/2015, E. 5.3; Urteil des Bundesgerichts 1C_217 vom 3. Dezember 2008, E. 2.4; BGE 131 II 13, E. 7.2.2, S. 26; offen gelassen in BGE 133 II 331, E. 6.3, S. 347 f.

⁸⁰ BGE 145 V 380, E. 6.3.1, S. 391.

⁸¹ Häfelin/ Müller/ Uhlmann (Anm. 74), Rz. 368 mit Hinweisen auf die Rechtsprechung.

⁸² Tschannen, Staatsrecht, (Anm. 63), § 45, Rz. 26.

D

Rechtsverweigerungsverbots im Anwendungsfall dennoch eine Lückenfüllung durch den Regierungsrat als Verordnungsgeber geboten sein⁸³.

cc. Gesetz und Rechtsanwendungsakte

In ein Gesetz Eingang finden dürfen auch Regelungen, die *nicht rechtsetzenden Charakter* haben. Das ergibt sich zunächst unmittelbar aus der Kantonsverfassung, indem diese für Bestandes- und Gebietsänderungen von Gemeinden und Bezirken den Erlass eines Gesetzes verlangt⁸⁴. Mit dem Gesetzesvorbehalt wird die Zuständigkeit des Kantonsrates und das Referendum des Volkes begründet, obschon mit Bestandes- und Gebietsänderungen keine generell-abstrakte Regelung getroffen wird. Der Verfassungsgeber begegnet mit dieser Vorgabe dem Fehlen einer allgemeinen Beschlussform für Kantonsratsbeschlüsse, die dem Referendum unterstehen⁸⁵. Immerhin sieht die Kantonsverfassung vor, dass gewisse Ausgabenbeschlüsse des Kantonsrates dem obligatorischen oder fakultativen Referendum unterstehen, ohne dass sie in Gesetzesform gekleidet werden. Es ist daher weiterhin zulässig, dass Ausgabenbeschlüsse direkt in einem Gesetz selbst getroffen werden⁸⁶.

Nicht ausgeschlossen ist es, weitere *wichtige Verwaltungsakte* in ein Gesetz zu packen. Bereits bislang hat der Gesetzgeber wichtige Beschlüsse über Infrastruktureinrichtungen in Gesetzesform gekleidet⁸⁷. Doch erscheint es uns mit der Kantonsverfassung nicht vereinbar, in einem größeren Umfang durch den Einbezug in ein Gesetz die Kompetenzen von Regierung (einschliesslich der Verwaltung) und der Gerichte zu beschränken. Auch bundesrechtlich ist es zudem ausgeschlossen, dass der Kantonsrat in einem Gesetz Urteile erlässt oder überprüft⁸⁸.

3. Verordnungen des Kantonsrates

§ 49 Abs. 2 KV räumt dem Kantonsrat ausdrücklich eine *Verordnungskompetenz ohne Referendumpflicht* ein. Die Ermächtigung zum Erlass

⁸³ Häfelin/Müller/Uhlmann (Anm. 74), Rz. 375 ff.

⁸⁴ § 74 KV.

⁸⁵ Anders beim Bund: Art. 53 BV in Verbindung mit Art. 163 Abs. 2 BV für Bestandes- und Gebietsänderungen unter den Kantonen. Nicht von einer solchen Gebietsänderung kann bei einer Grenzvereinbarung gesprochen werden (§ 7 GOG).

⁸⁶ § 5 Gesetz über die Mittelschulen im Kanton Schwyz (MSG), vom 23. März 1972, SRSZ 623.100 oder § 15 Kantonales Energiegesetz vom 16. September 2009, SRSZ 420.100.

⁸⁷ Anhang zum Strassengesetz vom 15. September 1999, SRSZ 442.110, zu den kantonalen Hauptstrassen; § 37 Abs. 1 MSG betreffend die Anerkennung bestehender privater Mittelschulen; § 9 HSG betreffend den Standort der Pädagogischen Hochschule Schwyz.

⁸⁸ Vom Falle der Begnadigung bzw. der Amnestie abgesehen.

generell-abstrakter Rechtsnormen von weniger wichtiger Bedeutung⁸⁹ erfolgt durch Gesetz. Es sind dabei die Grundsätze der Gesetzesdelegation zu beachten, d.h. Gegenstand, Zweck und Ausmass der erteilten Ermächtigung müssen in der Delegationsnorm bestimmt sein. Gemäss Bundesgerichtspraxis sind jedoch bei Gesetzesdelegationen an ein Parlament die Voraussetzungen herabgesetzt⁹⁰. Ob für eine solche Rechtsprechung unter der Geltung von § 51 KV Platz bleibt, wird sich weisen müssen. Anzunehmen ist immerhin, dass bei der Delegation von Rechtsetzungsbefugnissen an das Kantonsparlament ein etwas grösserer Spielraum besteht. Der Kantonsrat verfügt über eine höhere demokratische Legitimation als die Exekutivbehörden und die Gerichte. Die Vollzugsverordnungscompetenz liegt dagegen bei der Exekutive⁹¹. Dies schliesst nicht aus, dass der Kantonsrat ausnahmsweise im Rahmen einer Ermächtigung auch vollzugsrechtliche Normen erlässt.

Es finden sich aktuell nur *wenige kantonsrätliche Verordnungen*, die keinem Referendum unterstellt worden waren. In jüngster Zeit betrifft dies die Festlegung der Höhe der Kinder- und Ausbildungszulagen sowie den Beitragssatz für die Familienausgleichskasse⁹². Gewisse noch unter dem alten Verfassungsrecht erlassene Kantonsratsbeschlüsse mit Rechtssatzcharakter können sich auf unter dem neuen Verfassungsrecht erneuerte oder zumindest durch Anpassung des Erlassititels indirekt bestätigte Delegationsnormen abstützen⁹³, so zum Beispiel die Festsetzung der Beiträge an die Geschäftsführungskosten der Fraktionen des Kantonsrates⁹⁴ oder die Festlegung des Selbstbehaltes bei der Prämienverbilligung⁹⁵. Weitere

⁸⁹ Zur Abgrenzung zu den wichtigen Rechtssätzen siehe oben III.2.b. und c.bb. – Die Ermächtigung kann auch auf Verfassungsstufe ergehen (§ 49 Abs. 2 KV).

⁹⁰ BGE 132 I 159 E. 2.2; 126 I 184 E. 2.b) bb); 112 Ia 254 E. 2); Huwyler, Gesetzesbegriff (Anm. 3), S. 241 f. und FN 45.

⁹¹ § 59 Abs. 3 KV; siehe hierzu oben III 2 b.dd.

⁹² § 7 Abs. 1 und § 16 Abs. 3 Einführungsgesetz zum BG über die Familienzulagen vom 26. Juni 2008, SRSZ 370.100, § 16 Abs. 3 i.F.v. 28. Juni 2012; §§ 1 f. Kantonsratsbeschluss zum Einführungsgesetz über die Familienzulagen vom 18. November 2020 (SRSZ 370.110).

⁹³ Zu den Grundsätzen bei der Anpassung der bestehenden Verordnungen an die neue Kantonsverfassung siehe unten Anm. 99.

⁹⁴ § 38 Abs. 2 Geschäftsordnung des Kantonsrates (GOKR), vom 17. April 2019, SRSZ 142.110; §§ 1 f. Kantonsratsbeschluss über Beiträge an die Geschäftsführungskosten der Fraktionen des Kantonsrates, vom 15. Februar 1978, i. d. F. vom 10. Dezember 1997, SRSZ 142.120.

⁹⁵ § 6 Abs. 1 und § 14 Abs. 1 Einführungsgesetz zum Bundesgesetz über die Krankenversicherung, vom 19. September 2007, SRSZ 361.100; § 1 Kantonsratsbeschluss zum Einführungsgesetz zum Bundesgesetz über die Krankenversicherung, vom 12. Dezember 2007, SRSZ 361.110.

D

vor dem Inkrafttreten der neuen Verfassung ohne Referendumpflicht erlassene immer noch geltende Verordnungen sind die Strandbodenverordnung⁹⁶, die Verordnung zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen⁹⁷ und die Verordnung über das Verfahren vor dem kantonalen Einigungsamt⁹⁸.

Bei der durch die *Totalrevision der Kantonsverfassung bedingten Anpassungen* der auf einer gesetzlichen Ermächtigungsnorm oder auf Bundesrecht abgestützten kantonsrätlichen Verordnungen wurden die Verordnungen mit fakultativer Referendumpflicht zu Gesetzen und solche ohne blieben weiterhin Verordnungen, die keinem Referendum unterstellt wurden⁹⁹. Es ist dem Kantonsrat unbenommen, bei Gesetzesrevisionen mittels Delegationsnormen sich eine Verordnungskompetenz im Sinne von

⁹⁶ Verordnung über den öffentlichen Strandboden und Materialentnahmen aus öffentlichen Gewässern, vom 14. März 1975, SRSZ 454.110; § 59 Wasserrechtsgesetz (KWRG), vom 11. September 1973, SRSZ 451.100.

⁹⁷ Vom 15. Dezember 2004, SRSZ 430.130.

⁹⁸ Vom 13. Oktober 1954, SRSZ 351.210; Art. 30 - 35 Bundesgesetz betreffend die Arbeit in den Fabriken vom 18. Juni 1914, SR 821.41. – Die in der Systematischen Gesetzesammlung noch aufgeführte kantonsrätliche Vollziehungsverordnung zur bundesrätlichen Verordnung über Azetylen, Sauerstoff und Kalziumkarbid, vom 29. Oktober 1953, SRSZ 351.520, beruht auf der bundesrätlichen Verordnung über Azetylen, Sauerstoff und Kalziumkarbid vom 28. Februar 1950. Der Bundesrat hat zwischenzeitlich diese Verordnung am 26. August 2009 per 12. Oktober 2009 aufgehoben (AS 2009, 4341).

⁹⁹ Generell folgte man bei der Anpassung der bestehenden Verordnungen an die neue Kantonsverfassung dem Anpassungsgrundsatz, dass Verordnungen, die bisher dem fakultativen Referendum unterstanden, zu Gesetzen werden, die auch zukünftig dem Referendum unterstehen, während Verordnungen, die bisher nicht dem fakultativen Referendum unterstanden, Verordnungen bleiben und auch zukünftig nicht dem Referendum unterstehen (RRB 149/2013 vom 19. Februar 2013, Ziff. 6.2.3). So wurde beispielsweise die dem fakultativen Referendum unterstellte Verordnung über Grundeigentümerbeiträge an Verkehrsanlagen (GS 18-25) zu einem Gesetz (SRSZ 400.220, GS 23-80 Ziffer II 20). – Der Präsident der Rechts- und Justizkommission Kantonsrat Dr. Roger Brändli hat bei seinem Eintretensreferat zur Anpassungsgesetzgebung sinngemäss auf den erwähnten Grundsatz hingewiesen und dabei Delegationsnormen im Steuer- sowie im Planungs- und Baugesetz angesprochen (KR Prot. 2013, S. 448). In § 90 PBG sowie in den §§ 2 Abs. 3 und 42 Abs. 3 StG bestanden unter dem alten Verfassungsrecht Ermächtigungen des Kantonsrats unter dem Vorbehalt des fakultativen Referendums. Diese vermögen unter dem neuen Verfassungsrecht und in Berücksichtigung des gewählten Anpassungsgrundsatzes nicht als Delegationsnormen im Sinne von § 49 Abs. 2 und § 51 Abs. 2 KV zu genügen. – Mit dem Kantonsratsbeschluss vom 25. September 2013 betreffend die Anpassung des Gesetzes über die Organisation der Gemeinden und Bezirke und weiterer Erlasse an die Verfassung des Kantons Schwyz vom 24. November 2010 (GS 23-80) wurden die bestehenden, dem fakultativen Referendum unterstellten kantonsrätlichen Verordnungen neu als Gesetze bezeichnet und die Delegationsnormen wurden angepasst. In den oben erwähnten Beispielen aus dem Planungs- und Baurecht sowie aus dem Steuerrecht wurden konkret vor allem die Bezeichnung «Verordnung» und der Vorbehalt des fakultativen Referendums eliminiert (RRB 149/2013

§ 49 Abs. 2 KV einräumen zu lassen, oder bisherige Verordnungen mit wichtigen Rechtssätzen als Gesetze zu erlassen¹⁰⁰. Bei Anpassungen von Gesetzen wegen Änderungen des Bundesrechts muss aber die Referendumsregelung in §§ 34 Abs. 2 Bst. a und 35 Abs. 1 Bst. a KV eingehalten werden. Eine unter der alten Verfassung akzeptierte Erlasservereinfachung mit dem Verzicht auf das obligatorische Referendum ist im Lichte der neuen Verfassung nicht mehr zulässig¹⁰¹.

4. Verordnungen des Regierungsrates

Der Regierungsrat ist bei weitem der wichtigste Ordnungsgeber. Dies hängt mit seiner Stellung als oberste leitende und vollziehende Behörde des Kantons zusammen¹⁰². Es wird ihm in § 59 Abs. 3 KV ausdrücklich die Kompetenz zum Erlass von Vollzugsverordnungen eingeräumt. Darüber hinaus erlässt der Regierungsrat Verordnungen, soweit ihn das Gesetz dazu ermächtigt¹⁰³. Vorausgesetzt wird auch für den Regierungsrat eine Delegationsnorm im Gesetzesrecht, welche Gegenstand, Zweck und Ausmass der erteilten Ermächtigung bestimmt¹⁰⁴. Schliesslich kann der Regierungsrat Notverordnungen und Verwaltungsverordnungen beschliessen. Auf die Notverordnungen wird wegen deren besonderen Bedeutung bei der Covid-Pandemie unten ausführlicher eingegangen¹⁰⁵.

a. Gesetzesvertretende Verordnungen

Als gesetzesvertretende Verordnungen verstehen sich hier – und dies im Gegensatz zu den früheren gesetzesvertretenden referendumpflichtigen Verordnungen des Kantonsrates¹⁰⁶ – Erlasse mit generell-abstrakten Rechtssätzen, die normhierarchisch der Verfassung und den Gesetzen

vom 19. Februar 2013, S. 6 Ziffer 6.2.3, betr. StG und PBG: S. 12 Ziff. 5.- 7, S. 13 Ziff. 18-20). Den angepassten Normen kommt nunmehr deklaratorische Bedeutung zu.

¹⁰⁰ RRB Nr. 149/2013 vom 19. Februar 2013, Ziff. 6.

¹⁰¹ RRB Nr. 149/2013 vom 19. Februar 2013, Ziff. 6.1. Beispiel einer früheren Regelung: alt§ 41 Landwirtschaftsgesetz (GS 20-452): «Der Kantonsrat ist befugt, dieses Gesetz unter Vorbehalt des fakultativen Referendums den Änderungen des Bundesrechts anzupassen.»

¹⁰² § 55 Abs. 1 KV. – In tatsächlicher Hinsicht dürfte sich die bedeutende Stellung des Regierungsrates als Ordnungsgeber auch daraus ergeben, dass der Regierungsrat als hauptamtlich tätige Behörde mit einer professionellen Verwaltung, auf die er sich stützen kann, im Rechtsetzungsablauf an der Schaltstelle aller Kantonsbehörden steht und über einen erheblichen Wissensvorsprung gegenüber dem Kantonsrat verfügt.

¹⁰³ § 59 Abs. 1 KV.

¹⁰⁴ § 51 Abs. 2 KV; oben III 2.c.bb.

¹⁰⁵ Unten III.4.d.

¹⁰⁶ Dazu oben II.1.b.

D

nachgeordnet sind und gestützt auf eine Delegationsnorm Gesetze ergänzen oder davon abweichen. Solche gesetzesvertretende Verordnungen sind von den Vollzugsverordnungen, die sich nicht auf eine spezifische Delegationsnorm berufen müssen, abzugrenzen. Die Differenzierung ist jedoch wegen fließender Grenzen schwierig. Ein und dieselbe Verordnung kann auch beide Elemente enthalten¹⁰⁷. Wichtig ist, dass sich eine gesetzesvertretende Verordnungsnorm aufgrund einer sorgfältigen Prüfung und Abwägung als delegationskonform erweist und im Kontext mit der Gesetzesergänzung auch keine Subdelegation enthält¹⁰⁸. Wird der Regierungsrat mit der Festlegung von Gebühren beauftragt, sind an die Delegationsnorm insoweit geringere Anforderungen zu stellen, wie das Mass der Abgabe durch überprüfbare verfassungsrechtliche Prinzipien (Kostendeckungs- und Äquivalenzprinzip) begrenzt wird¹⁰⁹.

b. Vollzugsverordnungen

Die Kompetenz des Regierungsrates zum Erlass von Vollzugsverordnungen stützt sich direkt auf die *Kantonsverfassung*¹¹⁰. Dennoch dienen vollziehende Bestimmungen in der Regel der Konkretisierung und Umsetzung von ihm Gesetz begründeten Rechten und Pflichten, nicht aber einer Ergänzung und Erweiterung derselben. Für den Gesetzesvollzug bedarf es vielfach eines höheren Detaillierungsgrades sowie der praxistauglichen und sachgerechten Verfahrensabläufe. Vollziehungs- oder Vollzugsverordnungen müssen der Zielsetzung des Gesetzes folgen und dürfen dabei lediglich die Regelung, die in grundsätzlicher Weise bereits im Gesetz Gestalt angenommen hat, aus- und weiterführen¹¹¹. Neben den im Gesetz begründeten Rechten und auferlegten Pflichten dienen Vollzugs- oder

¹⁰⁷ Z.B. Bürgerrechtsverordnung (KBüV), vom 5. Juni 2012, SRSZ 110.111; siehe auch unten III.4.b.

¹⁰⁸ Zum Ganzen: Häfelin/Müller/Uhlmann (Anm. 74), Rz. 93 ff.; Pierre Tschannen, in: Bernhard Ehrenzeller et al. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2014, Art. 182 BV, Rz 4 ff.; Georg Müller, Wie steuert der Gesetzgeber die Verordnung?, SJZ 116 (2020), S. 48 f. Zur Subdelegation unten III.5.f.

¹⁰⁹ Häfelin/Müller/Uhlmann (Anm. 74), Rz. 2762 f. – Das Bundesgericht hat mit Urteil 2C_586/2016 vom 8. Mai 2017 eine Beschwerde gegen die in der regierungsrätlichen Mittelschulverordnung vorgenommene Festsetzung des Schulgeldes (Fr. 700.—) abgewiesen (siehe insbesondere E. 3.3 im Zusammenhang mit der Rechtsprechung bei nicht kostendeckenden Studiengebühren).

¹¹⁰ § 59 Abs. 3 KV.

¹¹¹ BGE 136 I 29, E. 3.3, S. 33; 124 I 127, E. 3b, S. 132. Ferner BGE 130 I 140, wonach ausnahmsweise eine Vollzugsverordnung auch der Sicherstellung einer verfassungskonformen Umsetzung eines Gesetzes dienen und dabei vom Gesetzesrecht abweichen darf. Der Entscheid betrifft eine Vollzugsverordnung zur Umsetzung der Schwyzer Bürgerrechtsgesetzgebung.

Vollziehungsverordnungen auch der Schaffung der organisatorischen Voraussetzungen des Gesetzesvollzugs, indem sie innerhalb der gesetzlichen Vorgaben die Zuständigkeiten bestimmen und die Verfahrensabläufe konkretisieren. In einer Vollzugsverordnung dürfen Verhaltensvorschriften des Gesetzesrechts für die Anwendung ausgeführt und im Rahmen des übergeordneten Gesetzesrechts die Zuständigkeiten bestimmt und die Verfahrensregeln näher geregelt werden.

Die Kompetenz des Regierungsrates zum Vollzug von Gesetzesrecht besteht unabhängig von einer besonderen *Ermächtigung in einem Gesetz*. Werden solche Ermächtigungen dennoch in ein Gesetz eingefügt, kann dies der Klarstellung dienen, indem damit der Vollzugsaufgabe allgemein¹¹² und konkretisierend¹¹³ Nachdruck verliehen wird¹¹⁴.

Beim *Vollzug von Bundesrecht* stützt der Regierungsrat seine Vollzugsverordnungskompetenz teilweise direkt auf ein Bundesgesetz¹¹⁵, teilweise auf die kantonale Einführungsgesetzgebung oder auf beides¹¹⁶ ab. Wie sich für den Regierungsrat der Auftrag zum Verordnungserlass bei der Verknüpfung von eidgenössischen und kantonalen Gesetzesinhalten dar-

¹¹² Z.B. § 22 Abs. 3 Bürgerrechtsgesetz (KBüG), vom 20. April 2011, SRSZ 110.100; § 59 Abs. 3 Wahl- und Abstimmungsgesetz (WAG), vom 15. Oktober 1970, SRSZ 120.100.

¹¹³ Z.B. § 9 Abs. 3 WAG: Der Regierungsrat wird ermächtigt, Vorschriften über die einheitliche Führung der Stimmregister zu erlassen. – § 28 Abs. 3 und 4 WAG: Der Regierungsrat wird beauftragt, nähere Bestimmungen über den Wahl- und Abstimmungsvorgang zu erlassen und unter Vorbehalten die Stimmabgabe auf elektronischem Weg zu ermöglichen. – §§ 29, 31 Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz (Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz, RVOG), vom 27. November 1986, SRSZ 143.110: Der Regierungsrat wird beauftragt, Vollzugsverordnungen zu erlassen, in denen namentlich die Zuteilung der Aufgaben an die Staatskanzlei und an die Departemente, die Gliederung der kantonalen Verwaltung und der Geschäftsgang geregelt werden. – §§ 91, 95 Abs. 3 Planungs- und Baugesetz (PBG), vom 14. Mai 1987, SRSZ 400.100: Der Regierungsrat erlässt die erforderlichen Vollzugsvorschriften. Konkret kann er Normen und Richtlinien verbindlich erklären und betr. Bauseuchunterlagen und das Bewilligungsverfahren einheitliche Vorschriften erlassen, des Weiteren unter Vorbehalten, ganz oder teilweise das elektronische Bewilligungsverfahren einführen.

¹¹⁴ Müller, Wie steuert der Gesetzgeber die Verordnung? (Anm. 108), S. 49.

¹¹⁵ Z.B. Vollzugsverordnung zum Bundesgesetz über die Wehrpflichtersatzabgabe (VVzWPEG), vom 9. Juni 2015, SRSZ 511.311; Kantonale Vollzugsverordnung zum Bundesgesetz über die wirtschaftliche Landesversorgung, vom 9. März 2004, SRSZ 514.211; Art. 104 Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer vom 14. Dezember 1990 (DBG, SR 642.11).

¹¹⁶ Z.B. Kantonale Vollzugsverordnung zum Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer, vom 20. Dezember 1994, SRSZ 171.111; § 231 Steuergesetz (StG), vom 9. Februar 2000, SRSZ 172.200. – Verordnung betreffend die Aufsicht über die Stiftungen der Gemeinden vom 31. Januar 2006, SRSZ 211.211; § 22 Einführungsgesetz zum schweizerischen Zivilgesetzbuch (EGZGB), vom 14. September 1978, SRSZ 210.100.

D

stellt, lässt sich beispielhaft anhand der Bürgerrechtsverordnung zeigen¹¹⁷. Das Bundesgesetz über das Schweizer Bürgerrecht verlangt u.a von den Kantonen, die zuständige Behörde zu bezeichnen und das kantonale Verfahren zu bestimmen¹¹⁸. Die Kantone sind auch ermächtigt, weitere Integrationskriterien vorzusehen und Gebühren zu erheben¹¹⁹. Das kantonale Bürgerrechtsgesetz, welches den Erwerb und Verlust des Kantons- und Gemeindebürgerrechts regelt, soweit nicht das Bundesrecht Bestimmungen enthält, beauftragt den Regierungsrat generell mit dem Vollzug und weist diesen konkret an, im «einzelnen den Inhalt der Charta und die zu erfüllenden Eignungsanforderungen», die er in den Grundzügen vorgegeben hat, festzulegen¹²⁰. Er hat auch die Einzelheiten des Verfahrens zu regeln, die einzureichenden Unterlagen zu bestimmen und Ausnahmen von den Nichteintretensgründen festzulegen¹²¹. Der Regierungsrat stützt seine Bürgerrechtsverordnung im Ingress dementsprechend auf das eidg. Bürgerrechtsgesetz (allgemeine verfassungsmässige Vollzugskompetenz) sowie auf die oben erwähnten Bestimmungen des kantonalen Bürgerrechtsgesetzes (ausdrückliche generelle Vollzugskompetenz und Delegationsnormen). Dieses Beispiel zeigt im Übrigen auch, dass Gesetzesvollzug und delegationsbegründete Gesetzesergänzung nicht immer leicht voneinander abzugrenzen sind. Vor allem die Konkretisierung materieller Voraussetzungen von Rechten und Pflichten ist heikel. Der Erlass einer Delegationsnorm ist in solchen Fällen vorteilhaft.

c. Weisungen, Reglemente (Verwaltungsverordnungen)

Während Rechtsverordnungen dem Einzelnen Rechte einräumen und Pflichten auferlegen sowie die staatliche Organisation regeln¹²², enthalten die nicht publikationspflichtigen, an Behörden und Verwaltungsangestellte gerichteten Verwaltungsverordnungen Dienstweisungen. Verwaltungsverordnungen kommt *keine direkte Aussenwirkung* zu¹²³. Sie bezwecken insbesondere die Gewährleistung der einheitlichen und sachgerechten Rechtsanwendung sowie die Einhaltung des geordneten Betriebsablaufs. Verhaltensregeln mit personalrechtlichem Charakter sind allerdings

¹¹⁷ Bürgerrechtsverordnung (KBüV), vom 5. Juni 2012, SRSZ 110.111.

¹¹⁸ Art. 13. Abs. 1 und 15 Abs. 1 Bundesgesetz über das Schweizer Bürgerrecht (Bürgerrechtsgesetz, BÜG) vom 20. Juni 2014 (SR 141.0).

¹¹⁹ Art.12 Abs. 3, 35 und 40 BÜG.

¹²⁰ §§ 1, 4 und 22 Abs.3 Bürgerrechtsgesetz (KBÜG), vom 20. April 2011, SRSZ 110.100.

¹²¹ § 7 Abs. 3 KBÜG.

¹²² Häfelin/Müller/Uhlmann (Anm. 74), Rz. 78 f.; oben III.2.

¹²³ Kritisch zur Unterscheidung Innen- und Aussenwirkung: Häfelin/Müller/Uhlmann (Anm. 74), Rz. 91 f.

als Rechtsnormen zu qualifizieren und den Rechtsverordnungen zuzuordnen¹²⁴, wobei die betroffenen Personen in der Regel zum Gemeinwesen in einem besonderen Rechtsverhältnis stehen, weshalb an die Gesetzmässigkeit der für sie geltenden Rechte und Pflichten geringere Anforderungen gestellt werden¹²⁵. Die Qualifizierung einer Verordnung hängt nicht von deren Überschrift wie beispielsweise «Weisung» oder «Reglement» ab, sondern vom Adressatenkreis und vom Inhalt¹²⁶. Die Kompetenz zum Erlass von Verwaltungsverordnungen anderer Verwaltungsbehörden als der Regierung stützt sich hauptsächlich auf deren Aufsichts- und Weisungsrecht. Sie kann auch ausdrücklich in einem Rechtssatz eingeräumt werden¹²⁷. Für die Praxis sind die Verwaltungsverordnungen auch im Kanton Schwyz ausserordentlich bedeutsam und zahlreich¹²⁸.

Das Verwaltungsgericht wird durch eine Verwaltungsverordnung nicht gebunden. Es kann allerdings deren Inhalt, soweit er rechtskonform ist, als *Ausdruck einer gefestigten Praxis* berücksichtigen¹²⁹. Der fehlenden Aussenwirkung der Verwaltungsverordnungen entsprechend können sie auf dem Rechtsweg nicht angefochten werden¹³⁰. Entfaltet eine Verwaltungsverordnung ausnahmsweise dennoch Aussenwirkungen und ist ein Zuwarten für eine Anfechtung erst eines Anwendungsaktes nicht zumutbar, ist der Rechtsweg zu öffnen¹³¹.

d. Notverordnungen

Die kantonale Verfassung räumt dem Regierungsrat in § 62 Abs. 1 neu die notrechtliche Kompetenz ein, *ohne gesetzliche Grundlage* Verordnungen zu erlassen oder Massnahmen zu ergreifen, um eingetretenen oder unmittelbar drohenden schwerwiegenden Störungen der öffentlichen

¹²⁴ Häfelin/Müller/Uhlmann (Anm. 74), Rz. 85. Unten III.5.b.

¹²⁵ Häfelin/Müller/Uhlmann (Anm. 74), Rz. 450 ff.

¹²⁶ Siehe unten III.5.b.

¹²⁷ § 29 Abs. 2 Gesetz über die Organisation des Regierungsrates und der kantonalen Verwaltung (Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz, RVOG), vom 27. November 1986, SRSZ 143.110: «Die Departementsvorsteher erlassen für die ihnen unterstellten Verwaltungseinheiten Dienstordnungen».

¹²⁸ Siehe etwa die Verwaltungsverordnungen im Schwyzer Steuerbuch (<https://www.sz.ch/unternehmen/steuern/rechtliche-grundlagen/weisungen/weisungen.html/72-443-4441-3252-3235-3234>).

¹²⁹ Vgl. die zahlreichen Hinweise bei Häfelin/Müller/Uhlmann (Anm. 74), Rz. 87.

¹³⁰ Siehe dazu auch § 3 Bst. d VRP (vgl. dazu Josef Hensler, Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde im Kanton Schwyz, Zürich 1980, S.99 f.).

¹³¹ Vgl. BGE 128 I 167, E. 4, S. 173 f.; 105 Ia 349 E 2, S. 351 ff.; 98 Ia 508, E. E. 1, S. 510 f.

Ordnung und Sicherheit sowie sozialen Notständen zu begegnen. Es handelt sich um verfassungsunmittelbares, sog. interkonstitutionelles Notrecht¹³². Die Notrechtskompetenz ist dabei eng auf bestimmte Notstände begrenzt, die ein sofortiges Handeln erfordern¹³³. Besteht eine genügende verfassungsunmittelbare¹³⁴ oder gesetzliche Grundlage für das Handeln des Regierungsrates, liegt kein Notrechtstatbestand vor¹³⁵. Schutzgut ist *die öffentliche Ordnung und die öffentliche Sicherheit*. Es geht mithin primär um den Schutz der Polizeigüter, d.h. um den Schutz von Leben, Gesundheit, Freiheit, Eigentum usw., aber auch um ein geordnetes Zusammenleben¹³⁶. Die Verfassungskommission folgerte daraus, Notregelungen und Notmassnahmen seien an sich auch gestützt auf die polizeiliche Generalklausel ohne Verfassungs- oder Gesetzesgrundlage zulässig. Weil der ordentliche Gesetzgebungsprozess nicht eingehalten werden könne und mit der regierungsrätlichen Notzuständigkeit in die Kompetenzen des Gesetzgebers eingegriffen werde, sei aber die Schaffung einer Verfassungsgrundlage angezeigt¹³⁷. Dadurch, dass diese Verfassungsgrundlage im Gegensatz zu Art. 185 Abs. 3 BV zudem ausdrücklich *soziale Notstände* als mögliche Notrechtssituation erfasst, wird

¹³² Dieses steht im Gegensatz zum extrakonstitutionellen Notrecht, welches sich nicht auf die Verfassung abstützt und einen Staatsnotstand voraussetzt. Siehe Florian Brunner/Martin Wilhelm/Felix Uhlmann, Coronavirus und die Grenzen des Notrechts, AJP 6/2020, S. 688; Urs Saxer, in: Bernhard Ehrenzeller et al. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2014, Art. 185 BV, Rz. 11 u.a. mit Hinweisen auf notstandsfeste Garantien gemäss EMRK, Uno-Pakt II und Kriegsvölkerrecht.

¹³³ Siehe auch Grundlagenbericht der Arbeitsgruppe KV-Revision (Anm. 22) S. 82 f.; Verfassungskommission, Bericht und Vorlage (Anm. 57), S. 94; Erläuterungen des Kantons Schwyz zur Abstimmung vom 15. Mai 2011, S. 10.

¹³⁴ Womit in diesem Kontext nicht § 62 KV und die polizeiliche Generalklausel gemeint sind.

¹³⁵ Brunner/Wilhelm/Uhlmann, Coronavirus und Grenzen des Notrechts (Anm. 132), S. 692. Die nachträgliche Berufung auf die verfassungsmässige Notrechtsermächtigung erachtet das Bundesgericht als zulässig, siehe Saxer (Anm. 132), Art. 185 BV, Rz. 67 mit Hinweis auf BGE 137 II 431.

¹³⁶ Häfelin/Müller/Uhlmann (Anm. 74), Rz. 2549; August Mächler, Erfahrungsbericht aus dem Polizeibereich, in: Felix Uhlmann / Stefan Hörler (Hrsg.), Notrecht in der Corona-Krise, Schriften des Zentrums für Rechtsetzungslehre, Band 12, Zürich/St. Gallen 2021, S. 155 ff.; Saxer (Anm. 132), Art. 185 BV, Rz. 12-14; Isabelle Häner, in: Isabelle Häner et. al. (Hrsg.), Kommentar zur Zürcher Kantonsverfassung, Zürich/Basel/Genf 2007, Art. 72 KV/ZH, Rz. 3 ff.

¹³⁷ Verfassungskommission, Bericht und Vorlage (Anm. 57), S. 94; zur Abgrenzung zwischen Art. 185 Abs. 3 BV und polizeilicher Generalklausel sowie Art. 36 BV: Saxer (Anm. 132), Art. 185 BV, Rz. 12 - 14; Bernhard Waldmann, Staatsrechtliche Herausforderungen, in: Felix Uhlmann / Stefan Hörler (Hrsg.), Notrecht in der Corona-Krise, Schriften des Zentrums für Rechtsetzungslehre, Zürich/St. Gallen 2021, S. 157; zur Polizeigeneralklausel auch Häfelin/Müller/Uhlmann (Anm. 74), Rz 2580 ff.

auf kantonaler Ebene die umstrittene Rechtsfrage entschärft, ob im notrechtlichen Kontext der Begriff der öffentlichen Ordnung und Sicherheit auch sozial- und wirtschaftspolitische Anliegen miteinbezieht¹³⁸.

Die Anrufung der Notrechtsklausel setzt *sachliche Dringlichkeit*¹³⁹ («eingetretene oder unmittelbar drohende schwerwiegende Störungen») wie auch *zeitliche Dringlichkeit*¹⁴⁰ voraus, denen mit der bestehenden Gesetzgebung und dem ordentlichen Gesetzgebungsprozess nicht begegnet werden kann (Subsidiarität zur ordentlichen Rechtsetzung). Die Verfassungskommission verortete den Anwendungsbereich beispielhaft «bei schweren Naturkatastrophen, grossen Verkehrs- oder Betriebsunfällen, umfangreichen technischen Störungen und ähnlichen Situationen»¹⁴¹. Der Regierungsrat¹⁴² darf *Notverordnungen* erlassen und (*andere*) *Notmassnahmen* treffen¹⁴³. Andere Notmassnahmen können in Form von

¹³⁸ Ausführlicher Brunner/Wilhelm/Uhlmann, Coronavirus und Grenzen des Notrechts (Anm. 132), S. 695; Saxer (Anm. 132), Art. 185 BV, Rz. 75 - 80; Waldmann, Staatsrechtliche Herausforderungen (Anm. 137), S. 21 f. Verneinend das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich in Urteil AN.2020.00004 vom 28. Mai 2020, E. 4.1/4.2. Kritisch Benjamin Märkli, Notrecht in der Anwendungsprobe – Grundlegendes Beispiel der Covid-19-Verordnungen, Sicherheit & Recht, 2/2020, S. 61.

¹³⁹ Saxer (Anm. 132), Art. 185 BV, Rz. 81 - 85.

¹⁴⁰ Saxer (Anm. 132), Art. 185 BV, Rz. 86. Das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich verneinte in Urteil AN.2020.00004 vom 28.5.2020, E. 4.3, die zeitliche Dringlichkeit (Ausfallentschädigung zugunsten von Kindertagesstätten und Tagesfamilienorganisationen).

¹⁴¹ Verfassungskommission, Bericht und Vorlage (Anm. 57), S. 94.

¹⁴² Zu Fragen der Delegation siehe Felix Uhlmann/Martin Wilhelm, Verwaltungsrechtliche Herausforderungen, in: Felix Uhlmann / Stefan Hörler (Hrsg.), Notrecht in der Corona-Krise, Schriften des Zentrums für Rechtsetzungslehre, Band 12, Zürich/St. Gallen 2021, S. 50 ff.

¹⁴³ Mächler, Erfahrungsbericht aus dem Polizeibereich (Anm. 136), S. 163 ff. mit Überblick über mögliche Handlungsformen in der COVID-19-Pandemie. – Zur Unterscheidung Primärmassnahmen - Sekundärmassnahmen siehe Waldmann, Staatsrechtliche Herausforderung (Anm.137), S. 5 f., 30 ff. – Den Notverordnungen kommt Gesetzescharakter zu, siehe Waldmann, Staatsrechtliche Herausforderungen (Anm, 137), S. 22; Uhlmann/Wilhelm, Verwaltungsrechtliche Herausforderungen (Anm. 142), S. 53.

Im Zusammenhang mit der COVID-19-Pandemie erliess der Regierungsrat gestützt auf § 62 KV folgende Notmassnahmen:

- das Unterstützungspaket zugunsten der Schwyzer Wirtschaft vom 24. März 2020 (AbI 2020 754; RRB Nr. 214/2020 v. 24.3.2020);
- die Verordnung über Massnahmen zur Regelung der politischen Rechte aufgrund der ausserordentlichen Lage infolge des Coronavirus (COVID-19) vom 7. April 2020 (AbI 2020 914 f.).

D

Allgemeinverfügungen¹⁴⁴, Einzelverfügungen, Anweisungen¹⁴⁵, Realhandlungen und Empfehlungen¹⁴⁶ ergehen, des Weiteren innerhalb der staatlichen Strukturen als verwaltungsinterne Weisungen oder als Anordnungen gegenüber den Bezirken und Gemeinden. Vorstellbar sind auch interkantonale Vereinbarungen. Der Unterscheidung in Notverordnungen und in (andere) Notmassnahmen kommt insofern Bedeutung zu, als gestützt auf § 62 Abs. 2 KV die Notverordnungen spätestens nach einem Jahr ausser Kraft treten, wenn sie nicht in das ordentliche Recht überführt werden. Vom Ausserkrafttreten nicht betroffen sind bestehende Rechte und Pflichten aufgrund der bisherigen Anwendung des Notrechts (beispielsweise Weiterbestand und Rückzahlungspflicht eines gewährten Darlehens)¹⁴⁷. Die Notverordnungen sind zudem unverzüglich dem Kantonsrat zur Genehmigung zu unterbreiten¹⁴⁸. Die Genehmigung stärkt die Legitimation der regierungsrätlichen Notverordnung und dient der rechtlichen und politischen Kontrolle¹⁴⁹. Teilgenehmigungen und redaktionelle Anpassungen durch den Kantonsrat sind grundsätzlich zulässig, nicht aber inhaltliche Abänderungen¹⁵⁰. Zulässig ist dagegen, dass der Kantonsrat selbst ein Gesetz im ordentlichen Verfahren erlässt. Die Nichtgenehmigung wirkt ab dem Zeitpunkt des Beschlusses des Kantonsrates (ex nunc)¹⁵¹.

Um einer Notsituation rasch und effizient zu begegnen, steht dem Regierungsrat ein *weites Ermessen* in der Ausgestaltung der Notmassnahmen zu. Einschränkungen der Grundrechte haben dennoch die Voraussetzungen von Art. 36 BV zu erfüllen, wobei in den Notverordnungen

¹⁴⁴ Zur Abgrenzung der Allgemeinverfügungen zu den Verordnungen: Uhlmann/Wilhelm, Verwaltungsrechtliche Herausforderungen (Anm. 142), S. 61 ff., Mächler, Erfahrungsbericht aus dem Polizeibereich (Anm. 136), S. 163.

¹⁴⁵ Uhlmann/Wilhelm, Verwaltungsrechtliche Herausforderungen (Anm. 142), S. 64 f.

¹⁴⁶ Mächler, Erfahrungsbericht aus dem Polizeibereich (Anm. 136), S. 164.

¹⁴⁷ Felix Uhlmann/Martin Wilhelm, Gutachten zuhanden der Finanzkommission (FIKO) des Grossen Rates des Kantons Bern betreffend Notverordnungen des Regierungsrates des Kantons Bern (COVID-19-PANDEMIE) vom 19. August 2020, N 43, 46, <https://www.ius.uzh.ch/de/staff/professorships/alphabetical/uhlmann/Corona.html> (besucht am 19.03.2021); Uhlmann/Wilhelm, Verwaltungsrechtliche Herausforderungen (Anm. 142), S. 58.

¹⁴⁸ § 62 Abs. 2 KV.

¹⁴⁹ Uhlmann/Wilhelm, Gutachten FIKO BE (Anm. 147), Rz. 15, 20, 24 ff.; Häner (Anm. 136), Art. 72 KV/ZH, Rz. 9..

¹⁵⁰ Uhlmann/Wilhelm, Gutachten FIKO BE (Anm. 147), Rz. 18 ff., 27 ff. Verlängerungen der Geltungsdauer sind grundsätzlich ebenfalls genehmigungspflichtige Veränderungen. Siehe hierzu Uhlmann/Wilhelm, Gutachten FIKO BE (Anm. 147), Rz. 22, 49 f.; Häner (Anm. 136), Art. 72 KV/ZH, Rz. 12.

¹⁵¹ Uhlmann/Wilhelm, Gutachten FIKO BE (Anm. 147), Rz. 30; Uhlmann/Wilhelm, Verwaltungsrechtliche Herausforderungen (Anm. 142), S. 59 ff.; Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich AN.2020.00004 vom 28. Mai 2020, E. 1.3.

grundsätzlich eine ausreichende Rechtsgrundlage liegt. Jedes notrechtliche Vorgehen muss zudem stets im öffentlichen Interesse liegen und verhältnismässig sein¹⁵². Das Abweichen vom kantonalen Verfassungs- und Gesetzesrecht sowie der Eingriff in die Grundrechte¹⁵³ darf nur solange dauern, als dies für die Bekämpfung der Notsituation unbedingt erforderlich ist. Je länger ein Notstand andauert, umso eher besteht die Möglichkeit, die erforderlichen Massnahmen im ordentlichen Verfahrensprozess anzuordnen und so in den verfassungsmässigen und gesetzlichen Normalzustand zurückzukehren¹⁵⁴. Zu berücksichtigen gilt jedoch, dass – im Gegensatz zum Bundesparlament – der Kantonsrat kein Dringlichkeits- und Notverordnungsrecht¹⁵⁵ erlassen darf, was zur Folge hat, dass die

¹⁵² Zur Einschränkung der Grundrechte: Uhlmann/Wilhelm, Gutachten FIKO BE (Anm. 147), Rz. 65; Märkli, Notrecht in der Anwendungsprobe (Anm. 108), S. 63; Waldmann, Staatsrechtliche Herausforderungen (Anm. 137), S. 22 f. – Zum öffentlichen Interesse und zur Verhältnismässigkeit: Art. 5 Abs. 2 BV, § 3 Abs. 2 KV; Uhlmann/Wilhelm, Verwaltungsrechtliche Herausforderungen (Anm. 142), S. 54 ff. – Das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich befand mit Urteil AN.2021.00003 vom 29. April 2021 ein gänzlich Verbot von Kundgebungen mit mehr als 15 Teilnehmenden als unverhältnismässig und somit als verfassungswidrig; eine Minderheit des Gerichts war der gegenteiligen Ansicht. Das Verwaltungsgericht des Kantons Schwyz beurteilte mit VGE III 2020 212 vom 7. Januar 2021 die Schutzmaskentragpflicht für Redner an einer politischen Kundgebung ebenfalls als unverhältnismässig. Anzumerken ist, dass in beiden Fällen nicht intrakonstitutionelles Notrecht zur Diskussion stand. Betr. Notstandsgesetzgebung siehe unten Anm. 158. Das Bundesgericht bejahte in seinen jüngsten Urteilen 2C_8/2021 vom 25. Juni 2021 sowie 2C_941/2020 und 2C_793/2020 vom 8. Juli 2021 die Verhältnismässigkeit von Veranstaltungsverbot und Maskentragpflicht.

¹⁵³ Zur Zulässigkeit von Massnahmen contra constitutionem und contra legem sowie der Interessenabwägung im Einzelfall siehe Brunner/Wilhelm/Uhlmann, Coronavirus und Grenzen des Notrechts (Anm. 132), S. 697 f; Uhlmann/Wilhelm, Gutachten FIKO BE (Anm. 147), Rz. 65 ff.; Waldmann, Staatsrechtliche Herausforderungen (Anm. 137), S. 22 ff. Ein verfassungs- oder gesetzesdurchbrechendes Notrecht verneint Andreas Kley, «Ausserordentliche Situationen verlangen nach ausserordentlichen Lösungen» - Ein staatsrechtliches Lehrstück zu Art. 7 EpG und Art. 185 Abs. 3 BV, ZBI 121/2020, S.273, 276.

¹⁵⁴ Siehe auch Brunner/Wilhelm/Uhlmann, Coronavirus und Grenzen des Notrechts (Anm. 132), S. 699 ff. Ziffer V.

¹⁵⁵ Zum Dringlichkeitsrecht des Bundes siehe unten Anm. 158. – Eine Art. 173 Abs.1 Bst. c BV vergleichbare Notrechtskompetenz des Kantonsrates fehlt in der schwyzerischen Verfassung. Unter der alten Verfassung wurde dem Kantonsrat gestützt auf §§ 40 und 43 aKV eine gewisse Notrechtsverordnungskompetenz zugestanden (Huwylér [Gesetz und Verordnung, Anm. 2], S. 136 FN 16, weitere Zitate in Anm. 53). Nachdem der Verfassungsgeber die Notrechtskompetenz - unter dem Vorbehalt der kantonsrätlichen Genehmigung – in Art. 62 KV allein dem Regierungsrat zugeordnet hat, erweist sich die Annahme einer Notverordnungskompetenz des Kantonsrats gestützt auf § 13 KV (Gewährleistung von Sicherheit und Ordnung) und allenfalls § 49 Abs. 2 KV (wobei der Notverordnung Gesetzescharakter zukäme) zumindest als fraglich, zumal bei zeitlicher Dringlichkeit die Exekutive zur Bewältigung einer Krisensituation besser geeignet erscheint (hierzu Waldmann, Staatsrechtliche Herausforderungen [Anm. 137], S. 37 ff.).

D

Schranken der Subsidiarität eher später eintreten¹⁵⁶. Andererseits muss gerade dieser Umstand Anlass für eine rechtzeitige Inangriffnahme der Überführung in das ordentliche Recht sein.

Zu erwähnen ist, dass der *Bund* seinerseits auf seine Notrechtskompetenz gemäss Art. 185 Abs. 3 BV greifen und vor allem aus Gründen der Effizienz und Klarheit eine Kompetenzverschiebung von den Kantonen zum Bund vornehmen darf¹⁵⁷.

Vom verfassungsunmittelbaren Notrecht ist schliesslich die Gesetzgebung zu unterscheiden, welche vorbeugend Regelungen für bestimmte Notstandssituationen trifft¹⁵⁸.

¹⁵⁶ Uhlmann/Wilhelm, Gutachten FIKO BE (Anm. 147), Rz. 51.

¹⁵⁷ Märkli, Notrecht in der Anwendungsprobe (Anm. 138), S. 63 f.; Brunner/Wilhelm/Uhlmann, Coronavirus und Grenzen des Notrechts (Anm. 132), S. 697; Waldmann, Staatsrechtliche Herausforderungen (Anm. 137), S. 22 f. - Ein Beispiel der Kompetenzattraktion des Bundes ist die vom Bundesrat gestützt auf Art.185 Abs. 3 BV erlassene Verordnung über den Stillstand der Fristen in Zivil- und Verwaltungsverfahren zur Aufrechterhaltung der Justiz im Zusammenhang mit dem Coronavirus (COVID-19) vom 20. März 2020, SR 173.110.4 (Art. 1 Abs. 1).

¹⁵⁸ Bundesgesetz über die Bekämpfung übertragbarer Krankheiten des Menschen vom 28. September 2012 (Epidemiegesetz, EpG), SR 818.101; Vollzugsverordnung des Regierungsrates zum Epidemiegesetz und zum Tuberkulosegesetz vom 23. Januar 1984, SRSZ 571.211. Es handelt sich nebst den verfassungsmässigen Notrechtsermächtigungen in Art. 185 Abs. 3 BV und § 62 KV um die massgeblichen rechtlichen Grundlagen für die Bekämpfung der COVID-19-Pandemie. Der Bundesrat stützte u.a. seine mehrfach revidierten Verordnungen über Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus (Covid-19) vom 28. Februar, 13. März und 19. Juni 2020 auf das Epidemiegesetz und teilweise auf Art. 185 Abs. 3 BV ab (SR 818.101.24, AS 2020 573, 773, 2195). In einer späteren Phase erliess das Bundesparlament v.a. zwecks Aufrechterhaltung der notverordnungsrechtlichen Massnahmen das Bundesgesetz über die gesetzlichen Grundlagen für Verordnungen des Bundesrates zur Bewältigung der Covid-19-Epidemie (Covid-19-Gesetz) vom 25. September 2020 (SR 818.102). Das Gesetz wurde für dringlich erklärt, sofort in Kraft gesetzt, befristet und dem fakultativen Referendum unterstellt (Art. 21). Aufgrund des zustande gekommenen Referendums kam es zur Volksabstimmung, in der die Schweizer Stimmberechtigten das Covid-19-Gesetz schliesslich am 13. Juni 2021 mit 1'936'313 Ja-Stimmen (60.21%) gegen 1'279'802 Nein-Stimmen (39.79%) angenommen haben (wobei der Kanton Schwyz die Vorlage mit 29'704 Ja-Stimmen [40.93%] gegen 42'876 Nein-Stimmen [59.07%] ablehnte). – Bundesgesetz über den Bevölkerungsschutz und den Zivilschutz (Bevölkerungs- und Zivilschutzgesetz, BZG) vom 20. Dezember 2019, SR 520.1; Kantonales Gesetz über den Bevölkerungsschutz und den Zivilschutz vom 16. März 2005 SRSZ 512.100 1. – Ausführlich zur spezialgesetzlichen Ermächtigung bei Waldmann, Staatsrechtliche Herausforderungen (Anm. 137), S. 8 f., 10 ff. – Weitere Beispiele bei Kley, Ausserordentliche Situationen (Anm. 153), S. 274 f.

5. Verordnungen anderer Behörden

a. Gerichte

In § 67 Abs. 2 KV wird dem Kantonsgericht sowie dem Verwaltungsgericht die *Aufsicht* über die ihnen unterstellten Justizbehörden in Bezug auf den Geschäftsgang und die Justizverwaltung zugewiesen¹⁵⁹. Als Instrument für die Ausübung dieser Aufsicht kommen auch Weisungen in Betracht. Wie bei den Verwaltungsverordnungen enthalten solche Weisungen keine extern wirkenden Rechtssätze¹⁶⁰.

Gerichte können überdies vom Gesetzgeber in Bereichen, die ihre Zuständigkeit tangieren, zum *Erlass von Verordnungen ermächtigt* werden. Das Kantonsgericht hat solchermassen als oberstes kantonales Gericht in Zivil- und Strafsachen sowie als fachliche Aufsichtsbehörde der Notariate und Grundbuchämter das Anwaltsreglement und das Prüfungsreglement für Notare¹⁶¹ zu erlassen. Den gestützt auf ein Gesetz erlassenen Verordnungen der Gerichte kommt die Bedeutung einer gesetzvertretenden Verordnung zu. Der Gesetzgeber muss sich bei der Übertragung an die

¹⁵⁹ Das Kantonsgericht beaufsichtigt das kantonale Straf- und Jugendgericht, das Zwangsmassnahmengericht, die Bezirksgerichte, die Inspektorate der Notariate und Grundbuchämter sowie der Betreibungs- und Konkursämter und fachlich die Notariate und Grundbuchämter (§ 13 Abs. 1 Justizgesetz [JG], vom 18. November, SRSZ 231.110). In SchKG-Angelegenheiten ist das Kantonsgericht obere Aufsichtsbehörde, der Bezirksgerichtspräsident untere Aufsichtsbehörde (§ 10 EGzSchKG, vom 25. Oktober 1974, SRSZ 270.110; § 33 Abs. 3 JG). Das Kantonsgericht beaufsichtigt zudem Personen mit der Befähigung der Beurkundung und Beglaubigung (§ 13 EGzZGB, SRSZ 210.100). Schliesslich beaufsichtigen und instruieren die Präsidenten der Bezirksgerichte die Schlichtungsbehörden der Bezirke und der Gemeinden (§ 33 Abs. 1 JG). – Das Verwaltungsgericht ist Aufsichtsbehörde über die Schätzungskommission (§ 17 Abs. 1 JG, § 35 Abs. 4 Enteignungsgesetz [EntG], vom 22. April 2009, SRSZ 470.100).

¹⁶⁰ So beispielsweise die Vorgabe für die Vermittlungsämter, bestimmte Vorladungs- und Klagebewilligungsformulare zu verwenden (<https://www.kgsz.ch/schlichtungsbehoerden>), oder die Musterverbale für die Urkundspersonen des Kantons Schwyz (<https://www.kgsz.ch/fileadmin/dateien/pdf/17.05.17.Verbale.pdf>). Den Richtlinien der Gerichtspräsidentenkonferenz zu den Kostenvorschüssen und Gerichtsgebühren sowie zur Offizialverteidigung und unentgeltliche Rechtsvertretung in Zivil- und Strafsachen kommt insofern Weisungscharakter zu, als die gemeinsam beschlossenen Richtlinien von den einzelnen Gerichten bei der Umsetzung des massgebenden Verfahrens- und Gebührenrechts mitzuberücksichtigen sind. Die Richtlinien zu den Kostenvorschüssen und Gerichtsgebühren wollen zwar in erster Linie den Rechtssuchenden Anhaltspunkte über die zu erwartenden Gerichtskosten geben (<https://www.kgsz.ch/kantonsgericht/gesetze-und-richtlinien>), sie wirken dennoch hauptsächlich nach Innen.

¹⁶¹ §§ 9, 10 Abs. 2 und 19 Abs. 2 Kantonales Anwaltsgesetz (KANwG), vom 29. Mai 2002, SRSZ 280.210; Anwaltsreglement des Kantonsgerichts, vom 14. Januar 2003, SRSZ 280.211. – § 82 Abs. 1 EGzZGB, SRSZ 210.100; Prüfungsreglement des Kantonsgerichts für Notare (PRegIN), vom 29. Oktober 1980, SRSZ 213.511.

D

Schranken für eine Delegation gemäss § 51 KV halten. Als Folge des besonderen Regelungsgegenstandes, der besondere Fachkenntnisse erfordert und die Justiz betrifft¹⁶², darf und muss der Gesetzgeber den Gerichten für den Erlass der Verordnungen einen weiten Gestaltungsspielraum einräumen.

b. Erziehungsrat¹⁶³

Der Erziehungsrat, dessen Mitglieder der Kantonsrat wählt, während der Vorsteher des zuständigen Departements ihm von Amtes wegen als Präsident angehört¹⁶⁴, übt die unmittelbare Aufsicht über das *Volksschulwesen* aus und erlässt die zum Vollzug des Volksschulgesetzes (VSG) erforderlichen Bestimmungen, soweit dazu nicht ausdrücklich der Regierungsrat, welchem die Oberaufsicht zusteht, ermächtigt ist¹⁶⁵. Weitere Regelungen erlässt der Erziehungsrat gestützt auf das Mittelschulgesetz (MSG)¹⁶⁶ und die Sportverordnung¹⁶⁷. Inhaltlich beziehen sich die als Weisungen oder Reglemente bezeichneten Erlasse auf die Rechte und Pflichten der Lehrpersonen und Schülerinnen und Schüler, die Unterrichtsorganisation sowie die Promotion an der Volksschule¹⁶⁸. Weitere Weisungen betreffen die

¹⁶² Siehe oben III.2.b.dd.

¹⁶³ Die Einführung von Erziehungsräten in den Kantonen geht auf einen Entscheid des Direktoriums der helvetischen Republik im Jahr 1798 zurück. Man wollte den Bereichen Schule und Erziehung ein besonderes Gewicht verschaffen und den Erziehungsräten eine von der Kantonsregierung unabhängige und selbständige Aufgabe zuweisen (<https://www.sz.ch/privatpersonen/bildung-schulen-sport/bildungsdepartement/erziehungsrat.html/72-512-468-462-459>).

¹⁶⁴ § 91 Geschäftsordnung des Kantonsrates (GOKR), vom 17. April 2019, SRSZ 142.110; § 56 Abs. 1 Volksschulgesetz (VSG), vom 19. Oktober 2005, SRSZ 611.210.

¹⁶⁵ § 54 Abs. 1, § 55 Abs. 1 und 2 VSG. Weitere Kompetenzen und Pflichten des Erziehungsrates: er nimmt Stellung zu Entwürfen der vom Regierungsrat zu erlassenden Vorschriften, sofern sie pädagogisch bedeutende Fragen betreffen, und er hat Beschlüsse, die erhebliche finanzielle Folgen haben, dem Regierungsrat zur Genehmigung vorzulegen (§ 55 Abs. 3 und 4 VSG).

¹⁶⁶ § 26 Abs. 2 Mittelschulgesetz (MSG), vom 20. Mai 2009, SR 623.110. Der Erziehungsrat übt zudem die pädagogische Aufsicht über das Mittelschulwesen aus (§ 26 Abs. 1 MSG), wählt die Prüfungskommissionen, nimmt Stellung zu Entwürfen der vom Regierungsrat zu erlassenden Vorschriften, sofern sie pädagogische Fragen betreffen, und legt Beschlüsse, die für den Kanton neue Ausgaben zur Folge haben, dem Regierungsrat zur Genehmigung vor (§ 6 Abs. 1, 3-5 MSG).

¹⁶⁷ § 2 Abs. 1 Verordnung des Regierungsrates über den Sport (Sportverordnung), vom 18. Dezember 2018, SRSZ 681.211: Der Erziehungsrat erlässt im Schulbereich die für den Vollzug der Bundesgesetzgebung über die Förderung von Sport und Bewegung erforderlichen Weisungen.

¹⁶⁸ SRSZ 611.212, 613.111, 613.211.

geleitete Volksschule, das Schulcontrolling, die Weiterbildung der Lehrpersonen, die Sonderschulung und das sonderpädagogische Angebot sowie die Gesundheitspflege¹⁶⁹. Auf Stufe der Mittelschulen beziehen sich die Reglemente vorwiegend auf die Fragen der Aufnahme, Notengebung, Promotion und Prüfungen¹⁷⁰. Ebenfalls sind Weisungen im Zusammenhang mit dem Sportunterricht anzutreffen¹⁷¹.

Die Weisungen und Reglemente können sich nicht nur auf die generellen Vollzugskompetenzen in § 55 Abs. 2 VSG und § 22 Abs. 2 MSG abstützen, sie beruhen teilweise auch auf *Gesetzesdelegationen*. So ermächtigt § 27 VSG den Erziehungsrat, weitere Bestimmungen zum Unterrichtsbetrieb (Lehrplan, Lehrmittel, Lektionentafel, Beurteilung, jährliche und wöchentliche Unterrichtszeit, Ferien, Dispenswesen usw.) zu erlassen¹⁷². § 13 MSG wiederum erteilt dem Erziehungsrat die Befugnis, die Aufnahme- und Promotionsbedingungen sowie die Beurteilung des Arbeits- und Sozialverhaltens der Schülerinnen und Schüler zu regeln und die Prüfungsreglemente zu erlassen. Sind die Normadressaten der Weisungen und Reglemente Lehrpersonen oder Organe der Schulorganisation, stellt sich die Frage, inwieweit es sich im Einzelfall um eine Regelung mit bloss Verwaltungsverordnungscharakter handelt¹⁷³.

¹⁶⁹ SRSZ 611.213, 611.214, 612.211, 613.131, 613.141, 614.111.

¹⁷⁰ SRSZ 624.111, 624.112, 624.113, 624.411, 624.412, 624.413. Zur Qualitätssicherung und -entwicklung an den Mittelschulen: SRSZ 623.113.

¹⁷¹ SRSZ 681.311, 681.312.

¹⁷² Die schulpolitische Bedeutung dieser Delegationsnorm widerspiegelt sich in der vom Kantonsrat als ungültig erklärten im Dezember 2014 eingereichten Volksinitiative «Nein zum Lehrplan 21». Nebst der ersatzlosen Streichung von § 9 VSG (Schulversuche) verlangte die Initiative, einerseits den geltenden § 27 VSG insofern abzuändern, als anstelle des «Lehrplan für die Fächer» die «Aufzählung des traditionellen, bewährten Fächerkanons» zu erwähnen ist, andererseits folgenden zweiten Absatz einzufügen: «In grundlegenden Schulfragen entscheidet das Volk. Interkantonale Vereinbarungen zu den Lehrplänen müssen vom Kantonsrat genehmigt werden und unterliegen dem fakultativen Referendum». Das Bundesgericht hat mit Urteil 1C_665/2015 vom 5. Oktober 2016 eine Beschwerde gegen die Ungültigerklärung durch den Kantonsrat abgewiesen.

¹⁷³ Z.B. beim Rauchverbot für Lehrpersonen in Schulräumen (§ 14 Reglement über die Rechte und Pflichten der Lehrpersonen und Schülerinnen und Schüler an der Volksschule [Schulreglement], vom 1. Februar 2006, SRSZ 611.212), oder bei diversen Berichterstattungspflichten (§ 6 Weisungen zur Qualitätssicherung und Qualitätsentwicklung an den kantonalen und privaten Mittelschulen, vom 26. November 2009, SRZS 623.113; § 12 Weisungen über die Gesundheitspflege, vom 23. November 2009, SRSZ 614.111). Siehe oben III.4.c.

D

c. Hochschulrat

Der Kanton Schwyz führt unter dem Namen Pädagogische Hochschule Schwyz eine Hochschule als selbstständige öffentlich-rechtliche Anstalt¹⁷⁴. Der Hochschulrat, dessen Mitglieder vom Regierungsrat gewählt werden, wird vom Vorsteher des Bildungsdepartementes präsiert¹⁷⁵. Der Hochschulrat ist das oberste Organ und trägt die strategische Führungsverantwortung. In dieser Funktion wird er vom Gesetzgeber ermächtigt, Reglemente, insbesondere Aufnahme-, Prüfungs- und Promotionsreglemente zu erlassen¹⁷⁶, von welcher Kompetenz er auch Gebrauch machte¹⁷⁷. Im Weiteren verabschiedet der Hochschulrat das Leitbild und die Studienpläne¹⁷⁸.

d. Departemente

Vom Regierungsrat bezeichnete Departemente sind befugt, kantonale Nutzungspläne mit den zugehörigen Vorschriften für schutzwürdige Gebiete und Objekte von mindestens regionaler Bedeutung sowie für öffentliche Bauten und Anlagen, die zur Erfüllung wichtiger kantonaler oder regionaler Aufgaben erforderlich sind, zu erlassen. Mit Zustimmung der Gemeinderäte der betroffenen Gemeinden können kantonale Nutzungspläne auch regionale Entwicklungsschwerpunkte, die Umnutzung von grösseren nicht mehr genutzten Arealen und Ansiedlungsprojekte von kantonalem Interesse betreffen¹⁷⁹. Zum Erlass zuständige Departemente sind insbesondere das Volkswirtschafts-, das Bau- und das Umweltdepartement¹⁸⁰.

¹⁷⁴ § 9 Abs. 1 und 2 Hochschulgesetz (HSG), vom 23. Mai 2012, SRSZ 631.410.

¹⁷⁵ § 13 Abs. 2 Bst. a, § 15 Abs. 1 Bst. a HSG.

¹⁷⁶ § 16 Abs. 1, Abs. 2 Bst. k HSG.

¹⁷⁷ Studien- und Prüfungsreglement der Pädagogischen Hochschule Schwyz, vom 22. Februar 2013, SRSZ 631.413; Studien- und Prüfungsreglement des Masterstudiengangs in Fachdidaktik Medien und Informatik, vom 15. Februar 2018, SRSZ 631.414.

¹⁷⁸ § 16 Abs. 2 Bst. c HSG.

¹⁷⁹ § 10 Planungs- und Baugesetz (PBG), vom 14. Mai 1987, SRSZ 400.100; § 6 Vollzugsverordnung zum Planungs- und Baugesetz, vom 2. Dezember 1997, SRSZ 400.111. Siehe auch § 9 Abs. 1 Bst. b und § 15 Abs. 2 Gesetz über die Denkmalpflege und Archäologie (Denkmalschutzgesetz, DSG), vom 6. Februar 2019, SRSZ 720.100, § 5 Bst. c und d sowie § 7 Abs. 2 Gesetz über den Landschafts- und Naturschutz (Landschafts- und Naturschutzgesetz, LSG), vom 24. September 1992, SRSZ 721.110.

¹⁸⁰ § 6 Vollzugsverordnung zum Planungs- und Baugesetz. – Kantonale Nutzungspläne, die von Departementen erlassen wurden: Umweltdepartement = SRSZ 722.112/311/314/315, Volkswirtschaftsdepartement = SRSZ 400.313/315, Baudepartement = SRSZ 400.314. Ältere kantonale Nutzungspläne vom Justizdepartement erlassen: SRSZ 400.312, 722.111/313; vom Regierungsrat = SRSZ 722.113/114/211.

e. Bezirks- und Gemeinderäte

Werden die Bezirke und die Gemeinden bzw. die Bezirks- oder die Gemeindelegislativen zum Erlassen von Normen ermächtigt, werden damit Kompetenzen auf die kommunale Ebene übertragen. Darin besteht keine Rechtsetzungsdelegation. Von einer Rechtsetzungsdelegation kann dagegen gesprochen werden, wenn der kantonale Gesetzgeber die Gemeinderäte zum Erlass von Rechtssätzen ermächtigt. Zu einer solchen Form der Übertragung von Rechtsetzungsbefugnissen greift allerdings der kantonale Gesetzgeber nur ausnahmsweise¹⁸¹.

f. Subdelegation

Durch Gesetz kann der Erlass weniger wichtiger Rechtssätze delegiert werden¹⁸². Die Rechtsetzungsbefugnisse können somit von der delegierten Behörde nur weiterdelegiert werden (Subdelegation), wenn dies der *Gesetzgeber* vorgesehen hat¹⁸³. Beispiele für zulässige Subdelegationen finden sich im Planungs- und Baugesetz¹⁸⁴ und im Bürgerrechtsgesetz¹⁸⁵.

6. Exkurs: Staatsverträge und Verwaltungsvereinbarungen

Rechtssätze sind nicht nur im innerkantonalen Recht enthalten. Zahlreich werden sie – neben rechtsgeschäftlichen Teilen – auch in Verträgen mit dem Ausland, mit dem Bund und mit anderen Kantonen beschlossen¹⁸⁶. Dabei können diese rechtsetzenden Teile der Vereinbarungen unmittelbar oder mittelbar rechtsetzend sein¹⁸⁷. Unmittelbar rechtsetzende

¹⁸¹ Für den Erlass eines Feuerwehrreglements siehe § 28 Feuerschutzgesetz (FSG), vom 12. Dezember 2012, SRSZ 30.110. Kritisch bereits zu einem Vorgängergesetz: Huwyl, Gesetzesbegriff (Anm. 3), S. 244 f. und FN 62 f.

¹⁸² § 51 Abs. 1 KV.

¹⁸³ Verfassungskommission, Bericht und Vorlage (Anm. 57), S. 83.

¹⁸⁴ § 91 Abs. 4 zweiter Satz PBG: Subdelegation an Departement.

¹⁸⁵ § 4 Abs. 3 zweiter Satz KBüG: Subdelegation an Departement.

¹⁸⁶ Verträge mit dem Ausland sind für den Binnenkanton Schwyz eher selten (siehe immerhin Päpstliche Bulle betreffend die Vereinigung des Kantons Schwyz mit dem Bistum Chur, vom 16. Dezember 1824, SRSZ 160.110.1; vereinzelt hat sich das Fürstentum Liechtenstein Konkordaten der Schweizer Kantone angeschlossen [Art. 23 Interkantonale Fachhochschulvereinbarung [IFHV], vom 12. Juni 2003, SRSZ 631.110.1]). Interkantonale Vereinbarungen dagegen sind in der Systematischen Gesetzsammlung des Kantons Schwyz über fünfzig zu finden. Zahlreich sind sie vor allem im Bildungsbereich sowie für die polizeiliche Zusammenarbeit.

¹⁸⁷ Siehe dazu Rainer J. Schweizer/Ursula Abderhalden, in: Bernhard Ehrenzeller et al. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2014, Art. 48 BV, Rz. 29.

D

Bestimmungen verpflichten direkt die Menschen und die Behörden. Mittelbar rechtssetzende Normen in internationalen und interkantonalen Verträgen verpflichten dagegen bloss den Kanton, Bestimmungen zu erlassen, mit welchen die Inhalte der Vereinbarung innerkantonal umgesetzt werden. Zum Abschluss von internationalen und interkantonalen Verträgen werden die Kantone in der Bundesverfassung ausdrücklich ermächtigt¹⁸⁸. Je nach Tragweite der vereinbarten Bestimmungen sind – zusammen mit den Vertragspartnern – für deren Erlass das Volk und der Kantonsrat¹⁸⁹, der Kantonsrat¹⁹⁰ oder der Regierungsrat zuständig¹⁹¹. Die *Kompetenz für die Genehmigung* von internationalen und interkantonalen Vereinbarungen liegt beim Volk und beim Kantonsrat, wenn die im Vertrag geschaffenen Normen Verfassungsrang haben bzw. bei Gesetzesrang der Kantonsrat nicht mit mehr als Dreiviertel der an der Abstimmung teilnehmenden Mitglieder des Kantonsrates für die Genehmigung stimmt oder das Referendum durch 1 000 Stimmberechtigte ergriffen wird. Im Übrigen sind Vereinbarungen mit Gesetzesrang vom Kantonsrat zu genehmigen. Enthalten vertraglich vereinbarte Normen lediglich weniger wichtige Rechtssätze, so braucht es keine parlamentarische Genehmigung. Der Abschluss durch den Regierungsrat reicht aus¹⁹². Verbreitet sind solche Verwaltungsvereinbarungen vor allem bei der Schaffung der Grundlagen für interkantonale gesamtschweizerische oder auch von regionalen Regierungskonferenzen, die allerdings nur ausnahmsweise rechtsetzende Inhalte aufweisen¹⁹³.

Rechtssätze in internationalen und interkantonalen Vereinbarungen, die vom Kantonsrat genehmigt worden sind, bilden eine ausreichende Grundlage für die Beschränkung von verfassungsmässigen Rechten sowie für die Erhebung von Abgaben¹⁹⁴. In solchen Vereinbarungen dürfen auch Rechtsetzungsbefugnisse an die innerkantonalen Behörden oder *interkantonalen Einrichtungen* übertragen werden¹⁹⁵. Kantonsrat und Regierungsrat

¹⁸⁸ Hinsichtlich der Beziehungen zum Ausland siehe Art. 56 Abs. 1 BV; Art. 48 Abs. 1 BV für die Verträge unter den Kantonen und Art. 48 Abs. 2 BV für die Zusammenarbeit mit dem Bund im Allgemeinen bzw. Art. 63a Abs. 2 BV für die Zusammenarbeit im Hochschulbereich.

¹⁸⁹ § 34 Abs. 1 Bst. b und § 34 Abs. 2 Bst. b KV in Verbindung mit § 49 Abs. 1 Bst. c KV.

¹⁹⁰ § 35 Abs. 1 Bst. a KV in Verbindung mit § 49 Abs. 1 Bst. c KV.

¹⁹¹ § 59 Abs. 2 KV.

¹⁹² § 59 Abs. 2 KV

¹⁹³ Schweizer/Abderhalden (Anm. 187), Art. 48 BV, Rz. 35 und 37 ff.

¹⁹⁴ BGE 140 I 2, E. 5 – 12.

¹⁹⁵ Beispielsweise an eine interkantonale Konkordatskommission im Zusammenhang mit der Fischerei. Die Kantone Luzern, Schwyz und Zug haben in Hinsicht auf Art. 24 des (alten) Bundesgesetzes betreffend die Fischerei vom 21. Dezember 1880 (SR 923.0) ein Konkordat über die Fischerei im Zugersee, vom 1. April 1970, SRSZ 772.310.1, abgeschlossen. Jeder Kanton wählt ein Mitglied in die vorgesehene interkantonale Konkordatskommission, die unter anderem zuständig ist für «die Bezeichnung der zulässigen Fanggeräte nach Art, Anzahl und Verwendung, das Festlegen der Schonzeiten, Fangmasse, Fangeinschränkungen und

stellen dabei im innerkantonalen Verhältnis sicher, dass die Voraussetzungen für die Delegation gemäss § 51 KV eingehalten werden. Die Bundesverfassung verlangt sodann nach Art. 48 Abs. 4 aber auch bei der Übertragung von Rechtsetzungsbefugnissen auf interkantonale Einrichtungen, dass die Delegation in einem Akt der Gesetzgebung beschlossen wird, der selbst die inhaltlichen Grundzüge der Bestimmungen enthält. In einem internationalen oder interkantonalen Vertrag können ebenso Ausgabenbewilligungskompetenzen delegiert werden. Zudem können Ausgaben auch durch Rechtssätze in einem internationalen oder interkantonalen Vertrag gebunden werden¹⁹⁶.

Beim Erlass des eigenen Rechts beachten die *innerkantonalen Rechtsetzungsorgane das interkantonale Recht*¹⁹⁷. Der Kanton kann sich nämlich unter Berufung auf das innerkantonale Recht nicht von der Einhaltung des vereinbarten internationalen oder interkantonalen Rechts befreien¹⁹⁸. Der Kantonsrat darf allerdings internationale und interkantonale Verträgen genehmigen, wenn deren Inhalt gegen die Verfassung oder ein Gesetz verstösst. Im Falle eines Widerspruchs zur Kantonsverfassung oder allgemein mit Verfassungsinhalt ist der Beschluss über die Genehmigung obligatorisch dem Volk zu unterbreiten¹⁹⁹. Bei einem Widerspruch zu Normen des Gesetzesrechts geht der Staatsvertrag mit seinem neueren Recht dem älteren Gesetzesrecht vor. Der Genehmigungsbeschluss unterliegt dem obligatorischen bzw. dem fakultativen Referendum²⁰⁰. Gründe der Rechtssicherheit sprechen dabei dafür, dass mit dem Kantonsratsbeschluss über

Schongebiete, die Formulierung der Bewilligungsbedingungen und die Vorschriften über die Führung und Auswertung der Fischfangstatistik» (Art. 2 Abs. 2 Ziff. 2). Die Konkordatskommission erliess darauf gestützt die Ausführungsbestimmungen zum Konkordat über die Fischerei im Zugersee, vom 23. Mai 1996, SRSZ 772.311. – Ähnliche interkantonale Regelungen finden sich für die Fischerei im Vierwaldstättersee (SRSZ 772.111.1, 772.112), im Zürichsee, Obersee, Linthkanal und Walensee (SRSZ 772.421.1, 772.422, 772.423 und 772.511.1). – Weitere Beispiele aus anderen Sachbereichen: der Hochschulrat der Hochschule für Heilpädagogik Zürich (§ 18 Ziff. 1, 10, 16 ff. Interkantonale Vereinbarung über die Hochschule für Heilpädagogik Zürich, vom 21. September 1999, SRSZ 631.230.1); oder der Konkordatsrat der Zentralschweizer BVG- und Stiftungsaufsicht (§ 6 Bst. g), i), j), k), l) Konkordat über die Zentralschweizer BVG- und Stiftungsaufsicht, vom 19. April 2004, SRSZ 211.210.1).

¹⁹⁶ Zur Delegation von Ausgabenbewilligungsbefugnissen bzw. zur Bindung von Ausgaben durch Rechtssätze siehe Andreas Lienhard/August Mächler/Agata Zielniewicz, Öffentliches Finanzrecht, Bern 2017, S. 159 ff.

¹⁹⁷ Art. 48 Abs. 5 BV.

¹⁹⁸ Schweizer/Abderhalden (Anm. 187), Rz. 61 zu Art. 48 BV, BGE 138 I 435 E. 1.2.3, S. 441.

¹⁹⁹ § 34 Abs. 1 Bst. b KV.

²⁰⁰ §§ 34 Abs. 2 Bst. b und 35 Abs. 1 Bst. a KV.

D

die Genehmigung des Vertrages zugleich das Gesetzesrecht angepasst wird.

Internationale und interkantonale Vereinbarungen mit rechtsetzenden Inhalten sind in erster Linie wie Gesetzes- oder Verordnungsrecht *auszulegen*²⁰¹. Für die Auslegung und Ergänzung vor allem von rechtsgeschäftlichen Teilen, aber auch von rechtsetzenden Teilen von internationalen und interkantonalen Vereinbarungen wird in der Praxis auf Regeln des Völkerrechts zurückgegriffen²⁰². Herangezogen werden insbesondere die Art. 31 bis 33 des Wiener Übereinkommens über das Recht der Verträge vom 23. Mai 1969²⁰³, die sich zu völkerrechtlichem Gewohnheitsrecht verfestigt haben. Im Vordergrund steht dabei eine Auslegung nach dem Vertrauensgrundsatz²⁰⁴. Beim Element einer teleologischen Auslegung von Verträgen kommt auch das Effizienzgebot («effet utile») zum Tragen: Darnach muss unter mehreren Auslegungsvarianten diejenige ausgewählt werden, mit welcher das Vertragsziel am besten und einfachsten erreicht werden kann. Dem internationalen oder interkantonalen Charakter wird sodann Rechnung getragen, indem der konsensual erfolgten Entwicklung und Weiterentwicklung in der Praxis ein erhebliches Gewicht für die Inhaltsbestimmung beigemessen wird²⁰⁵.

IV. Erlasse von Stimmberechtigten und von Verwaltungsbehörden in den Bezirken und Gemeinden

1. Rechtsetzungskompetenzen der Bezirke und Gemeinden

Die Bezirke und Gemeinden üben die staatlichen Tätigkeiten aus, die ihnen das kantonale Recht überträgt²⁰⁶. Ausserdem sind die kommunalen Selbstverwaltungskörper befugt, sich selbst innerhalb der Grenzen des kantonalen Rechts zu organisieren²⁰⁷. Die Bezirke und Gemeinden dürfen sodann gemäss § 71 Abs. 2 KV die örtlichen Angelegenheiten ordnen, soweit diese nicht einer anderen Körperschaft zugewiesen sind. In ihren Zuständigkeitsbereichen sind die Bezirke und Gemeinden befugt,

²⁰¹ BGE 110 Ia 123, E. 4, S. 124.

²⁰² Schweizer/Abderhalden (Anm. 187), Art. 48 BV, Rz. 22.

²⁰³ WVK; SR O.111.

²⁰⁴ EDA, Direktion für Völkerrecht, Praxisleitfaden Völkerrechtliche Verträge, Rz. 193 ff. ([https://www.eda.admin.ch/dam/eda/de/documents/publications/publications/Voelkerrecht/Praxisleitfaden-Voelkerrechtliche-Vertraege_de.pdf](https://www.eda.admin.ch/dam/eda/de/documents/publications/Voelkerrecht/Praxisleitfaden-Voelkerrechtliche-Vertraege_de.pdf)) [besucht am 1. Januar 2021].

²⁰⁵ Art. 31 Abs. 3 WVK.

²⁰⁶ §§ 70 Abs. 2 und 71 Abs. 1 KV.

²⁰⁷ § 1 Abs. 2 i.V.m. § 12 Abs. 1 Bst. a GOG.

Rechtssätze zu erlassen. Zuständig für den Erlass von Rechtssätzen sind die Stimmberechtigten der Bezirke und Gemeinden, soweit sie nicht allein das Versammlungssystem kennen²⁰⁸. Von erheblicher Bedeutung für die Bezirke und Gemeinden sind Bezirks- und Gemeindeordnungen, Planungs- und Baureglemente, Erschliessungsreglemente, Personalreglemente, Entsorgungsreglemente (Abfall, Abwasser), Versorgungsreglemente (Strom, Wasser, Wärme), Marktreglemente usw.²⁰⁹.

2. Terminologie

Die Bezeichnungen für die Erlasse in den Bezirken und Gemeinden sind uneinheitlich: Die Rede ist von Ordnungen, von Verordnungen, von Reglementen, von Tarifen, von Richtlinien, von Merkblättern, von Vollzugshilfen, von Verträgen oder von Vereinbarungen sowie von Konzessionen usw.²¹⁰ Das Gemeindeorganisationsgesetz verwendet die Begriffe Gemeindeordnung und Reglemente, spricht aber auch allgemeinen von Rechtssätzen²¹¹. *Huwyl*²¹² schlägt vor, bei der Bezirks- bzw. Gemeindeordnung weiterhin von Ordnung, bei den Erlassen der Gemeindelegislative von Reglementen sowie bei Erlassen von Exekutivbehörden der Bezirke und Gemeinden von Verordnungen zu sprechen. Für Verwaltungsverordnungen ist er der Meinung, dass von Weisungen die Rede sein sollte. Der Vorschlag überzeugt und findet auch in der Praxis der Bezirke und Gemeinden eine weite Verbreitung. Vorgeschieden im kantonalen Recht sind diese Bezeichnungen aber nicht.

3. Gesetzliche Grundlagen im Bezirks- und Gemeinderecht

Rechtssätze der Bezirke und Gemeinden, die von den Stimmberechtigten bzw. von der Gemeindeversammlung beschlossen werden, bilden – soweit sie im Zuständigkeitsbereich dieser autonomen Gebietskörperschaft erlassen werden – eine ausreichende gesetzliche Grundlage für die Beschränkung von Grundrechten im Sinne von Art. 36 Abs. 1 BV und für die Erhebung von Abgaben²¹³. Rechtssätze, die vom Gemeinderat erlassen

²⁰⁸ § 12 Abs. 1 Bst. a und b GOG.

²⁰⁹ Siehe auch die Hinweise bei *Huwyl*, Gemeindeorganisation des Kantons Schwyz (Anm. 3), S. 42.

²¹⁰ Siehe unter den Publikationen auf den Websits der Bezirke und Gemeinden.

²¹¹ § 12 Abs. 2 Bst. b GOG.

²¹² Gemeindeorganisation des Kantons Schwyz (Anm. 3), S. 46.

²¹³ BGE 143 I 220, E. 5.1.1, S. 224; Urteil des Bundesgerichts 1C_273/2020 vom 5. Januar 2021, E. 5.4.1; VGE 706/00 vom 15. November 2000, EGV 2000, Nr. 27 = ZBI 102/2001, S. 156 ff. Ausserdem Häfelin/Müller/Uhlmann (Anm. 57), Rz. 1913 und 2800.

D

werden, kommt – sofern sie Aussenwirkungen entfalten – die Tragweite von Rechtsverordnungen zu. Verbreitet sind auf der Gemeindeebene Regelungen, denen lediglich die Bedeutung von Verwaltungsverordnungen oder von Informationsmitteln zukommt. Sie sind für die Praxis sehr bedeutsam, bilden aber keine (auf alle Fälle keine unmittelbar wirksame) Grundlage für die Inanspruchnahme von Rechten sowie die Auferlegung von Pflichten.

4. Bezirks- und Gemeindeordnungen

Der Erlass von förmlichen Gemeindeordnungen ist den Bezirken und Gemeinden auch im neuen Gemeindeorganisationsgesetz *nicht allgemein vorgeschrieben*. Eine Ausnahme besteht lediglich für Bezirke und Gemeinden, die sich für eine ausserordentliche Organisation mit Parlamenten im Sinne von § 72 Abs. 2 KV entschieden haben²¹⁴. Solche Gemeindeordnungen sind denn auch nur bei wenigen kommunalen Gebietskörperschaften anzutreffen. In einem materiellen Sinne haben alle Bezirke und Gemeinden eine Bezirks- oder Gemeindeordnung. Interessant ist in dieser Hinsicht das Beispiel der Gemeinde Schwyz. Diese hat die verschiedenen Beschlüsse der Stimmberechtigten bzw. der Gemeindeversammlung, die materielles Gemeindeordnungsrecht betreffen, in einem Dokument zusammengefasst und dieses als Gemeindeordnung bezeichnet.

Bezirks- und Gemeindeordnungen unterliegen der Genehmigung durch den Regierungsrat²¹⁵. Ob diese Ordnungen *hierarchisch* über anderen Erlassen, die von den Stimmberechtigten bzw. der Gemeindeversammlung erlassen worden sind, stehen, wurde bislang von Gerichts- und Aufsichtsbehörden nicht entschieden. Anzunehmen ist immerhin, dass Rechtssätze der Gemeindelegislative, die der Genehmigung durch den Regierungsrat unterstehen, frühestens mit der Genehmigung in Kraft treten können, zumal die Genehmigung konstitutiv wirkt. Wird demnach ein genehmigungsbedürftiger Inhalt von den Stimmberechtigten respektive der Gemeindeversammlung beschlossen, aber nicht oder noch nicht genehmigt, kann derselbe keine Verbindlichkeit erlangen. So gesehen gehen vorderhand die

– Die Erhebung von Parkplatzgebühren für gesteigerten Gemeindegebrauch durch Gemeinden bzw. Gemeindeexekutiven findet in den §§ 81 f. des Justizgesetzes (JG), vom 18. November 2009, SRSZ 231.110, in Verbindung mit der Gebührenordnung für die Verwaltung und die Rechtspflege im Kanton Schwyz, vom 20. Januar 1975, SRSZ 173.111, keine gesetzliche Grundlage; es bedarf eines formellen «Gesetzes» auf Gemeindeebene, das Parkierungskonzept der Gemeindeexekutive genügt nicht (Urteil des Bundesgerichts 2C_699/2017 vom 12 Oktober 2018, E. 8 f.).

²¹⁴ § 35 GOG.

²¹⁵ § 86 GOG.

genehmigungspflichtigen Inhalte der Bezirks- und Gemeindeordnungen dem neuen Bezirks- oder Gemeinderecht vor. Geht es um nicht genehmigungsbedürftiges Gemeinderecht, so gilt das neuere Recht²¹⁶. Normen in den Bezirks- und Gemeindeordnungen gehen zweifellos den Erlassen der Exekutivbehörden vor.

5. Interkommunale und vertragliche Regelungen

Bezirke und Gemeinden dürfen unter sich, mit dem Kanton und mit Gemeinden benachbarter Kantone *zusammenarbeiten*. Sie dürfen sich zur Ausübung bestimmter Tätigkeiten in Zweckverbänden zusammenschliessen, eine gemeinsame Einrichtung betreiben oder übereinkommen, dass ein Bezirk oder eine Gemeinde bestimmte Tätigkeiten für alle Beteiligten wahrnehmen²¹⁷. Erlassen werden dürfen von den Bezirken und Gemeinden auch interkommunale Rechtssätze. Soweit diesen die Gemeindelegislativen zustimmen, bilden diese Regelungen eine ausreichende Grundlage für die Begründung von Rechten und Pflichten. Diese Qualität kommt Erlassen von interkommunalen Einrichtungen selbst nur zu, wenn sie unter Vorbehalt des Referendums beschlossen werden²¹⁸. Interkommunales Recht geht kommunalem Recht vor²¹⁹.

Nach § 38 Abs. 3 und 4 PBG können die Gemeinden die Versorgung mit Wasser oder Energie aussenstehenden Versorgungswerken (öffentlich- oder privatrechtliche Wassergenossenschaften, Elektrizitätswerken) übertragen. In einem solchen Fall ist das Rechtsverhältnis zwischen Gemeinde und Versorgungswerk durch *Konzession* zu regeln. Die Konzession muss mindestens Bestimmungen enthalten über die Rechte zur Inanspruchnahme von Grundeigentum der Gemeinde für die Durchführung von Leitungen und die Erstellung von Anlagen, über das Tätigkeitsgebiet, die Leistungspflichten und die Grundsätze der Abgabenordnung des Konzessionärs sowie über die Dauer der Konzession oder das Kündigungsrecht. In dem in der Konzession selbst oder in einem Gemeindereglement zur Begründung des Konzessionsverhältnisses belassenen Spielraum dürfen

²¹⁶ Huwyler, Gemeindeorganisation des Kantons Schwyz (Anm. 3), S. 41 spricht von der Verfassung der Gemeinde bzw. vom höchsten Erlass der Gemeinde. – Betr. konstitutive Wirkung der Genehmigung siehe Huwyler, Gemeindeorganisation des Kantons Schwyz (Anm. 3), S. 162, FN 345 mit zahlreichen Hinweisen).

²¹⁷ § 73 Abs. 1 und 2 KV.

²¹⁸ § 39 KV.

²¹⁹ So auch § 24 Ziff. 1 Statuten des Zweckverbandes vom 17. Mai 1992 für die Abfallsorgung der March. Siehe im Übrigen zur Begründung des Vorranges des interkantonalen Rechts oben III.6.

D

die Versorgungswerke Tarife erlassen. In diesem auf vertragsähnlicher Basis beruhenden Rechtsverhältnis anerkennt die Praxis von Bundesgericht und Verwaltungsgericht eine ausreichende Grundlage für die Erhebung von Benützungsgebühren²²⁰.

6. Einschränkung der Delegation

Nach § 12 Abs. 2 GOG können die Stimmberechtigten den Erlass eines Personal- und Besoldungsreglements dem Bezirks- bzw. Gemeinderat übertragen. Nicht übertragbar sind gemäss § 12 Abs. 3 GOG die übrigen Befugnisse der Stimmberechtigten. Die bereits im alten Gemeindeorganisationsgesetz enthaltene Delegationsermächtigung bzw. das Delegationsverbot sind vom Wortlaut her gesehen zu weit respektive zu eng. Zu weit ist die Ermächtigung, als eine umfassende Delegation der Rechtsetzungsbefugnis beim Personalrecht nicht mit dem verfassungsrechtlichen Legalitätsprinzip vereinbar ist²²¹. Die Bezirke und Gemeinden haben denn auch ihre Personalreglemente in den letzten rund 20 Jahren mehrheitlich den Stimmberechtigten zur Beschlussfassung vorgelegt²²². Umgekehrt hat die Praxis von Aufsichts- und Rechtsmittelbehörden auch unter der Vorgängerregelung eine Delegation zugelassen, solange der Erlass der Bezirksgemeinde bzw. der Gemeindeversammlung die Grundsätze der Ordnung selbst festgelegt hatte²²³. Insbesondere delegieren die Versorgungs- und Entsorgungsreglemente regelmässig den Erlass von Gebührenordnungen

²²⁰ VGE II 2008 vom 29. August 2008, EGV-SZ 2008, B 5.1; VGE 706/00 vom 15. November 2000, EGV-SZ 2000, Nr. 27 = ZBI 102/2001, S. 156 ff.

²²¹ Art. 5 Abs. 1 BV und § 3 Abs. 1 KV. – Siehe dazu auch Urteil des Bundesgerichts 2P.369/1998 vom 21. März 2000, wonach eine weitgehende Regelung der Höhe der Entlohnung durch den Verordnungsgeber zulässig sei. In ein Gesetz gehörten jedoch Einschränkungen für Personen im öffentlichen Dienst in ihren verfassungsmässigen Rechten. In der Lehre wird sodann gefordert, dass die Grundzüge für die Ausgestaltung des Arbeitsverhältnisses im Gesetz festzulegen sind (vgl. die Hinweise in der E. 2f des angeführten Urteils). Sowohl auf eidgenössischer wie auch auf kantonaler Ebene werden die Grundzüge des Personalrechts vom Gesetzgeber geschaffen. Problematisch ist im Falle der Bezirke auch, wenn die Bezirksräte das Personalrecht für die Justizbehörden derselben schaffen.

²²² Personal- und Besoldungsreglement der Gemeinde Schwyz vom 4. Februar 2011; Personal- und Besoldungsverordnung (PBVO) der Gemeinde Arth vom 21. Mai 2006; Personalreglement der Gemeinde Freienbach vom 26. November 2006; Anders in Einsiedeln mit der Kompetenzdelegation Personal- und Besoldungsverordnung vom 16. April 1961.

²²³ So etwa VGE 426/96 vom 28. April 1997, EGV-SZ 1997, Nr. 14. In diesem Sinne auch Huwyler, Gemeindeorganisation des Kantons Schwyz (Anm. 3), S. 40 und Huwyler, Gemeindeorganisationsgesetz (Anm. 3), S. 21 f. Siehe indirekt Urteil des Bundesgerichts 2P.200/1994 vom 9. Juni 1995, ZBI 97/1996, S. 567 ff. – Ferner August Mächler, Rechtsfragen um die Finanzierung privater Träger öffentlicher Aufgaben, AJP 2002, S. 1175 ff., 1178 f. mit weiteren Hinweisen.

auf den Gemeinderat, ohne dass dafür im kantonalen Recht eine besondere Ermächtigung bestand. Inhaltlich begrenzt wurde diese Übertragung von Regelungsbefugnissen im Wesentlichen mit den in Art. 127 Abs. 1 BV angeführten Kriterien für das Gesetzeserfordernis bei staatlichen Abgaben²²⁴. Es gibt keine Anzeichen dafür, dass der Gesetzgeber bei der Totalrevision des Gemeindeorganisationsgesetzes fortan die Delegation von Rechtsetzungsbefugnissen auf den Gemeinderat vollständig unterbinden wollte²²⁵. Es darf ausserdem angenommen werden, dass die Kriterien für die Gesetzesdelegation in § 51 KV auch auf die Ordnung auf kommunaler Stufe abfärben werden²²⁶.

7. Publikation

Nach § 88 Abs. 1 GOG sind Reglemente der Bezirke und Gemeinden elektronisch zu veröffentlichen und zugänglich zu machen. Ausserdem können die kommunalen Erlasse auf den Bezirks- und Gemeindekanzleien eingesehen und bezogen werden. Die Genehmigung der Gemeindeordnungen und von Reglementen wird zudem im Amtsblatt veröffentlicht²²⁷. Da der Genehmigungsbeschluss konstitutiv wirkt, können genehmigungsbedürftige Erlasse von Bezirken und Gemeinden frühestens mit der Veröffentlichung im Amtsblatt in Kraft treten²²⁸. Einzelne Bezirke und Gemeinden publizieren zusätzlich systematische Rechtssammlungen²²⁹, denen allerdings weder eine positive noch eine negative Rechtskraft zukommt. Die Publikation in diesen Sammlungen ist weder Gültigkeitserfordernis, noch führt das Fehlen in dieser Sammlung dazu, dass der Erlass des Bezirkes oder der Gemeinde keine Rechtswirkungen entfaltet. Ähnlich verhält

²²⁴ Vgl. unter vielen anderen VGE 706/00 vom 15. November 2000, EGV-SZ 2000, Nr. 27 = ZBI 102/2001, S. 156 ff.

²²⁵ In seinem Bericht an den Kantonsrat betonte der Regierungsrat, es soll an der bisherigen Ordnung festgehalten werden. Weitergehende Delegationen seien unter demokratiepolitischen Gesichtspunkten problematisch (Bericht und Vorlage des Regierungsrates zur Totalrevision des Gemeindeorganisationsgesetzes, RRB Nr. 495/2017 vom 17. Juni 2017, S. 17 f.).

²²⁶ Bereits bislang wurde dafür auf die allgemeinen Kriterien für die Gesetzesdelegation nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung Bezug genommen (siehe in diese Richtung Huwyler, Gemeindeorganisation des Kantons Schwyz, S. 40).

²²⁷ § 88 Abs. 2 GOG.

²²⁸ Huwyler, Gemeindeorganisation des Kantons Schwyz (Anm. 3), S. 162.

²²⁹ Z.B. Erlassammlung der Gemeinde Schwyz; Systematische Rechtssammlung Bezirk Einsiedeln.

D

es sich mit den von den Bezirks- oder Gemeindebehörden bestimmten weiteren amtlichen Publikationsorganen wie etwa Zeitungen²³⁰.

V. Zusammenfassende Würdigung

Die Ordnung der Erlassformen für den *Kanton* in der Verfassung des Kantons Schwyz vom 24. November 2010 erscheint einfacher und einschichtiger als jene in der Vorgängerverfassung. Es gibt zwar weiterhin Gesetze mit obligatorischem und solche mit fakultativem Referendum. Anders als unter dem alten Verfassungsrecht ist für die Bestimmung der Art des Referendums allein das Ausmass der Zustimmung im Kantonsrat. Keine Rolle spielt mehr der Regelungsgegenstand. Rechtssätze mit wichtigen Inhalten sind in einem Gesetz festzulegen. Die Verfassung erlaubt es nicht mehr, dass der Gesetzgeber den Kantonsrat als Verordnungsgeber pauschal zum Erlass eines Gesetzes zweiter Ordnung (Verordnung mit fakultativem Referendum) ermächtigt. Mit dieser Bereinigung sind allerdings auch Besonderheiten des Schwyzer Staatsrechts verloren gegangen. Einhergegangen ist damit eine Annäherung an die Erlassformen nach den Verfassungen von Bund und von vielen anderen Kantonen. Klarer erscheint die neue Verfassungsordnung ausserdem in Bezug auf den Abschluss von internationalen und interkantonalen Vereinbarungen. Die Zuständigkeitsordnung für die Genehmigung dieser Verträge lehnt sich eng an jene für die Schaffung von innerkantonalem Recht an. Eine ausdrückliche Regelung gefunden hat in der neuen Kantonsverfassung die Zuständigkeit des Regierungsrates für den Erlass von verschiedenen Arten von Verordnung (Notverordnungen, gesetzesvertretende Verordnungen, Vollzugsverordnungen).

Weniger bedeutsam als für die kantonale Ebene sind die Änderungen im Verfassungsrecht und im Gemeindeorganisationsrecht für die *Erlassformen für die Bezirke und Gemeinden*. Klarstellungen gebracht hat die Verfassung des Kantons Schwyz vom 24. November 2010 für das interkommunale Recht. Weitgehend ausgeschlossen bleibt auch fortan nach dem Wortlaut im Gemeindeorganisationsgesetz eine Delegation von Rechtsetzungsbefugnis durch die Stimmberechtigten bzw. die Gemeindeversammlung. Anzunehmen ist allerdings, dass dieses Verbot nicht absolut gilt.

²³⁰ Beschluss des Bezirksrat Einsiedeln vom 19. Januar 2011 zur Bestimmung des Einsiedler Anzeigers als Amtliches Publikationsorgans für die Veröffentlichung von Verlautbarungen, die nach kantonalem oder kommunalem Recht in ortsüblicher Weise zu publizieren sind.

Sachregister

(Die Zahlenangaben beziehen sich auf die Entscheid-Nummern)

A

Abschreibungsentscheid, Anfechtbarkeit	A	3.4
Adoption		
- Anerkennung einer ausländischen	C	18.2
Akteneinsicht	B 1.4	C 7.1
Anspruchsgrundlagenkonkurrenz	A	3.1
Alters- und Hinterlassenenversicherung		
- Beiträge Nichterwerbstätige, massgebendes Vermögen	B	2.1
- Kindesvermögen	B	2.1
Alllastensanierung	C	3.1
Arbeitslosenversicherung		
- Arbeitslosenentschädigung, Erlöschen des Anspruchs	B	3.1
- Fristwahrung, Beweislastumkehr	B	1.1
Arbeitsvergebung (Submission)		
- Preiskurve	B	11.2
- Vorbefassung	B	11.1
- Zuschlagskriterien	B	11.2
Aufnahmeprüfung, Kantonsschule	C	8.2
Aufsichtsbeschwerde	C	1.1
Ausländisches Recht, Nachweis	A	2.3
Auslegung, Saldoklausel eines Scheidungsurteils	A	2.2
Ausstandsgesuch, missbräuchliches	A	1.1

B

Balkon, im Gewässerraum (siehe Planungs- und Baurecht)		
Bankgarantie	A	2.6
Beschwerdelegitimation	B	1.2
Beweislast	B	1.1
Bodenrecht, bäuerliches		
- landwirtschaftliches Gewerbe, Qualifikation	B	10.2

E

Einsichtnahme		
- in die Zivilstandsregister	C	19.1

Einziehung des Gewinns	A	4.3
Erbschaftsverwaltung, Beendigung	A	2.4
Ergänzungsleistungen		
- Mietkosten einer Garage	B	2.2
- Wohnkosten	B	2.2

F

Fahrzeugzulassung	C	17.1
Familiennachzug	C	18.2
Familiename, Bereinigung	C	5.1
Flurgenossenschaft		
- Beschwerdelegitimation	B	1.2
- Erschliessungsalternative, nachträgliche	B	6.1
- Kostenverteilplan, Anpassung	B	6.1
Fristwahrung	A 6.3	B 1.1

G

Gebäudehöhe (siehe Planungs- und Baurecht)
 Gestaltungsplanverfahren (siehe Planungs- und Baurecht)
 Gewässerraum (siehe Planungs- und Baurecht)
 Grenzabstand (siehe Planungs- und Baurecht)

H

Handlungseinheit	A	4.5
Heimatschutz		
- Auflage betreffend Materialisierung	B	8.8
Holzplattform (siehe Planungs- und Baurecht)		

J

Jagd, Irrtumsabschuss	C	11.1
Justizgesetz		
- Ausstand	A	1.1

K

Körperverletzung, fahrlässige	A	4.2
Kognition des Rechtsöffnungsrichters	A	6.2
Kommissionsmitglied(er)	C	1.1

Kompetenzattraktion	A 3.1
Konkurrenz, teilweise retrospektiv	A 4.1
Kosten	
- Sicherstellung der, für eine Altlastensanierung	C 3.1

L

Lärmschutz	
- Empfindlichkeitsstufe, Aufstufung	B 8.2
- Lärmschutznachweis	B 8.3
Legalitätsprinzip	A 4.6

M

Mitwirkungspflicht	C 7.1
--------------------	-------

N

Neueinzonung	C 10.1
Nichtanhandnahme, implizite	A 4.1
Nutzungsplanung (siehe Planungs- und Baurecht)	

O

Öffentlichkeit der Verwaltung	
- Akteneinsicht	B 18.1
Ordre public	C 18.2

P

Parteientschädigung	A 5.2
Planungs- und Baurecht	
- Abbruchbewilligung	B 8.4
- Attikageschoss	B 8.7
- ausgemittelter gewachsener Boden	C 2.4
- Balkon im Gewässerraum	C 2.5
- Baute, gestaffelte	B 8.7
- Belastungsgrenzwerte	C 2.3
- Gebäudehöhe	B 8.7
- Gebäudehöhe und Grenzabstand	C 2.2
- Geschosszahl	C 2.4
- Gestaltungsplanverfahren und Lärmschutznachweis	B 8.3
- Grenzabstand für eine Holzplattform	C 2.1

- Grenzabstand, massgebende Gebäudeseite	B	8.6
- Grenz- und Gebäudeabstand, Unterschreitung	B	8.5
- Lärmschutz	C	2.3
- Materialisierung	B	8.8
- Widerhandlung gegen das PBG, Legalitätsprinzip	A	4.6
- Zonenkonformität Alters- und Pflegeheim	B	8.1
Prämienverbilligung		
- anrechenbares Einkommen, Ermittlung	B	3.3
Privatklägerschaft, Kosten- und Entschädigungspflicht	A	5.2
Protokollberichtigung	A	3.3

R

Rechtliches Gehör	A	2.3
Rechtsmittel		
- Abschreibungsentscheid, Anfechtbarkeit	A	3.4
- Kosten- und Entschädigungspflicht der Privatklägerschaft	A	5.2
Rechtsöffnung, definitive	A	6.1
Rechtsschutzinteresse	B 1.3	C 18.1
Replikrecht	A	6.1

S

Saldoklausel eines Scheidungsurteils, Auslegung	A	2.2
Schulanlage		
- Beitrag	B	10.1
Schuldbetreibungs- und Konkursrecht		
- definitive Rechtsöffnung, Eheschutzentscheid	A	6.1
- Kognitionsbefugnis des Rechtsöffnungsrichters	A	6.2
- Liegenschaftsschätzung, Fristwahrung	A	6.3
Schulversuch	C	8.1
Selbstvorsorge, gebundene		
- Anspruch im Todesfall	B	3.2
Sicherstellung		
- Kosten für eine Altlastensanierung	C	3.1
Strafbefehl, implizite Nichtanhandnahme	A	5.1
Strafprozessrecht		
- Kosten- und Entschädigungspflicht der Privatklägerschaft	A	5.2
- Nichtanhandnahme, implizite	A	5.1
Strafrecht		
- Einziehung des Gewinns	A	4.3
- fahrlässige Körperverletzung	A	4.2
- Handlungseinheit	A	4.5

- Legalitätsprinzip, Widerhandlung gegen das PBG	A	4.6
- Missachtung der Vorschriften über die Tierhaltung	A	4.7
- Strafbare Vorbereitungshandlungen	A	4.4
- Strafzumessung bei teilweiser retrospektiver Konkurrenz	A	4.1
Strafzumessung, teilweise retrospektive Konkurrenz	A	4.1
Strassenverkehrsrecht		
- Handlungseinheit bei mehreren Verkehrsregelverletzungen	A	4.5
Sozialhilfe		
- Kostentragung nach IVSE (Interkantonale Vereinbarung für soziale Einrichtungen)	B	13.1
- Wohnkosten	C	7.2
Submission (siehe Arbeitsvergebung)		

T

Tierhaltung, Missachtung der Vorschriften	A	4.7
---	---	-----

U

Unlauterer Wettbewerb	A	2.5	A	3.1
-----------------------	---	-----	---	-----

V

Vaterschaftsklage	A	2.3		
Vereinsversammlung per Skype	A	2.1		
Verfahren				
- Akteneinsicht	B	1.4	C	7.1
- Beschwerdelegitimation			B	1.2
- Beweislastumkehr			B	1.1
- Fristwahrung			B	1.1
- Mitwirkungspflicht			C	7.1
- Rechtsschutzinteresse			B	1.3
- Rechtsverbeiständung, unentgeltliche			C	18.1
Verkehrsordnung			C	17.2
Vorbereitungshandlungen, strafbare			A	4.4
VW-Abgasskandal			C	17.1

Z

Zivilprozessrecht		
- Abschreibungsentscheid, Anfechtbarkeit	A	3.4
- Anspruchsgrundlagenkonkurrenz, Kompetenzattraktion	A	3.1
- Duplikergänzung nach mündlicher Hauptverhandlung	A	3.2

- Protokollberichtigung	A 3.3
Zivilrecht	
- Abruf einer Bankgarantie bei Werkmängeln	A 2.6
- Auslegung einer Saldoklausel in einem Scheidungsurteil	A 2.2
- Beendigung der Erbschaftsverwaltung	A 2.4
- Folgen eines Verstosses gegen Art. 3 Abs. 1 lit. s UWG	A 2.5
- Nichtigkeit/Ungültigkeit von Vereinsbeschlüssen	A 2.1
- Vaterschaftsklage, Nachweis des ausländischen Rechts	A 2.3
Zivilstandsregister, Einsichtnahme	C 19.1

