

Rechtsprechung

kanton**schwyz** 

Entscheide 2021  
der Gerichts- und  
Verwaltungsbehörden

EGV-SZ 2021

## **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 2022

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

---

## Inhaltsüberblick

---

---

<b>A</b>	<b>Zivil- und Strafgerichte</b>	Seite 8
1.	Justizgesetz	1.1
2.	Zivilrecht	2.1 – 2.2
3.	Zivilprozessrecht	3.1 – 3.4
4.	Strafrecht	4.1 – 4.4
5.	Strafprozessrecht	5.1 – 5.8
6.	Schuldbetreibungs- und Konkursrecht	6.1
7.	Beurkundung und Beglaubigung	–
8.	Anwaltsrecht	–
9.	Verschiedenes	–

---

<b>B</b>	<b>Verwaltungsgericht</b>	Seite 69
1.	Verfahren	1.1 – 1.2
2.	Alters- und Hinterlassenenversicherung / Invalidenversicherung / Ergänzungsleistungen	–
3.	Arbeitslosenversicherung / Berufliche Vorsorge / Kranken- und Unfallversicherung	3.1 – 3.3
4.	Kantonales Steuergesetz / Direkte Bundessteuer	–
5.	Kausalabgaben	–
6.	Flurgenossenschaft / Wuhrkorporation	–
7.	Bezirke und Gemeinden / Politische Rechte	7.1 – 7.3
8.	Planungs- und Baurecht / Natur-, Landschafts- und Heimatschutz	8.1 – 8.6
9.	Enteignungsrecht	–
10.	Bildung / Gastgewerbe / Gesundheit / Jagd und Fischerei / Landwirtschaft	10.1
11.	Arbeitsvergebung (Submission)	–
12.	Strassenverkehrsrecht	–
13.	Sozialhilfe	–
14.	Staatshaftung	–
15.	Ausländerrecht	–
16.	ZGB und EG ZGB	–
17.	Vollstreckungsrecht / Vollzug von Strafen und Massnahmen	–
18.	Verschiedenes	18.1

<b>C</b>	<b>Regierungsrat</b>	Seite 156
1.	Gemeindewesen	–
2.	Baurecht	2.1 – 2.7
3.	Umweltschutz	3.1
4.	Abgaben	–
5.	Zivilrecht	–
6.	Öffentlichkeit der Verwaltung und Datenschutz	–
7.	Sozialwesen	7.1 – 7.3
8.	Bildungswesen	8.1 – 8.2
9.	Strassenwesen	–
10.	Raumplanung	10.1 – 10.2
11.	Forst- und Jagdpolizei	–
12.	Landwirtschaft	12.1
13.	Wasserbau	–
14.	Arbeitsvergebung	–
15.	Gesundheitswesen	15.1
16.	Verwaltungsverfahren	–
17.	Verkehrs- und Polizeiwesen	–
18.	Ausländerrecht	–
19.	Verschiedenes	19.1

---

## **Sachregister**

Seite 249

---

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

### 1. Justizgesetz

- 1.1 Zuständigkeit des Strafgerichts

### 2. Zivilrecht

- 2.1 Vaterschaftsklage, Ordre public
- 2.2 Vertragsauslegung

### 3. Zivilprozessrecht

- 3.1 Sistierung eines Mietausweisungsverfahrens
- 3.2 Behauptungslast bei zur Verrechnung gestellten Gegenforderungen
- 3.3 Kostenverteilung bei Gegenstandslosigkeit
- 3.4 Abschreibung einer Rechtsverzögerungsbeschwerde, Prozesskostenfolgen

### 4. Strafrecht

- 4.1 Legalitätsprinzip
- 4.2 Verjährung
- 4.3 Verbreitung menschlicher Krankheiten
- 4.4 Amtsmissbrauch, Freiheitsberaubung und Entführung

### 5. Strafprozessrecht

- 5.1 Einsicht der Privatklägerschaft in psychiatrische Akten
- 5.2 Parteistellung der IV-Stelle
- 5.3 Untersuchungshaft
- 5.4 Implizite Einstellung
- 5.5 Schriftliches Berufungsverfahren und Doppelvertretung
- 5.6 Schriftliches Berufungsverfahren
- 5.7 Kosten- und Entschädigungspflicht der Privatklägerschaft
- 5.8 Verzicht auf Strafverfolgung durch das Jugendgericht

### 6. Schuldbetreibungs- und Konkursrecht

- 6.1 Schutzschrift (Arrestverfahren)

- 1.      Verfahren**
  - 1.1      Verfahrenskosten
  - 1.2      Öffentliche Urteilsverkündung
  
- 3.      Arbeitslosenversicherung / Berufliche Vorsorge /  
Kranken- und Unfallversicherung**
  - 3.1      Arbeitslosenversicherung
  - 3.2      Arbeitslosenversicherung
  - 3.3      Berufliche Vorsorge
  
- 7.      Bezirke und Gemeinden / politische Rechte**
  - 7.1      Einbürgerung
  - 7.2      Initiativrecht
  - 7.3      Wahlen an der Bezirksgemeinde
  
- 8.      Planungs- und Baurecht / Natur-, Landschafts- und Heimat-  
schutz**
  - 8.1      Nutzungsplanungs-/Baubewilligungsverfahren
  - 8.2      Bauberechtigungs nachweis als Ordnungsvorschrift
  - 8.3      Baustellenerschliessung
  - 8.4      Gebäudehöhe und Gebäudeabstand
  - 8.5      Heimatschutz – Unterschutzstellung eines Gebäudes
  - 8.6      Entfernung einer Wasserleitung - Kostentragung
  
- 10.     Bildung / Gastgewerbe / Gesundheit / Jagd und Fischerei / Land-  
wirtschaft**
  - 10.1     Tierrecht
  
- 18.     Verschiedenes**
  - 18.1     Anwaltsrecht

**2.      Baurecht**

- 2.1      Erlass einer Planungszone während hängigem Baugesuch
- 2.2      Gewässerraum und Bestandesgarantie innerhalb der Bauzonen
- 2.3      Denkmalschutz und Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes
- 2.4      Badesteg
- 2.5      Bestandesschutz im Gewässerraum innerhalb und ausserhalb der Bauzone – Voraussetzungen des Wiederaufbaurechts
- 2.6      Mobilfunkanlage
- 2.7      Gewässerschutzrechtliche Ausnahmegewilligung

**3.      Umweltschutz**

- 3.1      Lärmsanierung einer Gemeindestrasse

**7.      Sozialwesen**

- 7.1      Kostenübernahme für den Aufenthalt in einer Kinder- und Jugendeinrichtung – Unterstützungswohnsitz
- 7.2      Aufenthalt in einer Kinder- und Jugendeinrichtung – Rückforderung der Unterbringungskosten von der Wohnsitzgemeinde
- 7.3      Monatspauschale für Personen in stationären Einrichtungen

**8.      Bildungswesen**

- 8.1      Nichtbestehen der Fachmaturitätsprüfungen
- 8.2      Dispensation vom Präsenzunterricht im Zusammenhang mit dem repetitiven Testen aufgrund Covid-19

**10.     Raumplanung**

- 10.1     Voraussetzungen für den Erlass einer Planungszone
- 10.2     Teilrevision Nutzungsplanung – Aufhebung eines Gestaltungsplanes

**12.     Landwirtschaft**

- 12.1     Rückforderung von Direktzahlungen

**15.     Gesundheitswesen**

- 15.1     Temporäre Betriebsschliessung aus epidemiologischen Gründen

**19.     Verschiedenes**

- 19.1     Aufsichtsbeschwerde gegen die Oberstaatsanwaltschaft

---

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

---

---

### 1. Justizgesetz

---

#### 1.1 Zuständigkeit des Strafgerichts

- *Bei mehrfacher Deliktsbegehung bestimmt sich der Deliktsbetrag von § 20 JG nicht nach dem Kumulationsprinzip.*

*Aus den Erwägungen:*

6. Nach dem Eingang der Anklageschrift beim Gericht prüft die Verfahrensleitung unter anderem, ob die Prozessvoraussetzungen erfüllt sind (Art. 329 Abs. 1 lit. b StPO). Zu diesen zu prüfenden Sachurteilsvoraussetzungen zählt die vorliegend fragliche Zuständigkeit des Gerichts (Schmid/Jositsch, StPO Praxiskommentar, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2018, Art. 329 N 4). Die Zuständigkeit des Strafgerichts ergibt sich aus § 20 des Justizgesetzes (JG; SRSZ 231.110). Danach beurteilt das Strafgericht grundsätzlich Anklagen wegen Verbrechen. Ausgenommen davon ist (u.a.) der Verbrechenstatbestand des Betrugs nach Art. 146 StGB bei einem Deliktsbetrag von weniger als Fr. 12'000.-- (§ 20 Abs. 1 lit. a al. 5 JG), welcher in die Zuständigkeit des Bezirksgerichts fällt.

a) Den angeklagten Eheleuten wird mehrfacher Betrug (Art. 146 Abs. 1 StGB) vorgeworfen. Ihnen wird zur Last gelegt, im Rahmen von zwei Rentenrevisionen im Mai 2012 und Januar 2016 in den jeweiligen Erhebungsbögen ihre kosovarischen Basisrentenbezüge (von monatlich EUR 60.-- bis EUR 90.-- pro Person) verschwiegen zu haben, wodurch der Beschuldigte im Zeitraum von Mai 2012 bis Januar 2020 insgesamt Fr. 15'591.-- zu viel an Ergänzungsleistungen erhalten habe (G-act. 1 f.). Es gilt zu prüfen, ob diese Anklagen in den Zuständigkeitsbereich des Strafgerichts oder des Bezirksgerichts fallen. Insbesondere stellt sich die Frage, ob für die Schwelle von Fr. 12'000.-- bei mehrfacher Tatbegehung auf den Gesamtdeliktsbetrag oder auf die jeweils einzelnen Deliktsbeträge abzustellen ist.

---

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



Erweist sich – im Sinne eines Kumulationsprinzips – der Gesamtdeliktsbetrag (von Fr. 15'591.--) als massgebend, liegt die Zuständigkeit beim Strafgericht. Sind demgegenüber die einzelnen Deliktsbeträge nicht zu addieren, obliegt die Beurteilung der Anklagen dem örtlich zuständigen Bezirksgericht. Diesfalls lägen die Deliktsbeträge nämlich bei Fr. 6'974.-- (betr. den Erhebungsbogen von Mai 2012 für den Zeitraum von 1. Mai 2012 bis 31. Dezember 2015) und Fr. 8'617.-- (betr. den Erhebungsbogen von Januar 2016 für den Zeitraum von 1. Januar 2016 bis 31. Januar 2020) und damit jeweils unter dem massgebenden Schwellenwert von Fr. 12'000.--.

b) Ob der Schwellenwert von § 20 Abs. 1 lit. a JG dem Kumulationsprinzip folgt, ergibt sich – soweit ersichtlich – weder aus den Gesetzesmaterialien (vgl. G-act. 6) noch aus der bisherigen Rechtsprechung (vgl. G-act. 4 und 7). Unbestritten ist hingegen, dass grundsätzlich das Prinzip der Kompetenzattraktion zur Anwendung gelangt. Danach ergibt sich die Zuständigkeit aus der schwersten Deliktsanklage: Fällt der schwerste Tatvorwurf in den Zuständigkeitsbereich des Strafgerichts, zeichnet dieses auch für alle weiteren, gleichzeitig angeklagten Tatvorwürfe zuständig (selbst wenn diese – für sich alleine genommen – nicht vom Zuständigkeitskatalog des Strafgerichts erfasst wären, vgl. Justizhandbuch-SZ, Schwyz 2010, § 20 N 1). Als massgebend für die Bestimmung der Zuständigkeit erweist sich damit das schwerste Delikt. Als solches kann nun aber kein Mehrfachdelikt gelten. Bei einem Mehrfachdelikt – wie bspw. dem vorliegend angeklagten mehrfachen Betrug – handelt es sich nicht um einen, sondern um mehrere Tatvorwürfe. Massgebend ist hingegen das schwerste Einzeldelikt. Immerhin ist auch bezüglich der Fragen der Strafzumessung, der Verjährung oder der Geringfügigkeit von Vermögensdelikten auf die Einzeltaten (und nicht auf das Mehrfachdelikt) abzustellen. So darf für ein Mehrfachdelikt bei der Strafzumessung nicht eine Einheitsstrafe im Sinne einer Gesamtbetrachtung aller zu beurteilenden Delikte ausgefällt werden. Stattdessen ist für jede Tat des Mehrfachdelikts die Strafzumessung gesondert vorzunehmen (vgl. BGE 144 IV 217 E. 3.5). Gleich verhält es sich bei der Verjährung, welche für jede Tat innerhalb eines Mehrfachdelikts einzeln zu prüfen ist (vgl. BGE 131 IV 83 E. 2.4.5). Die gleichen Überlegungen gelten schliesslich für die Annahme eines geringfügigen Vermögensdelikts nach Art. 172<sup>ter</sup> StGB, welche sich ebenso nach dem Wert der Einzeltaten und nicht der Gesamtsumme richtet (vgl. BSK StGB-Weissenberger, 4. Aufl., Basel 2019, Art. 172<sup>ter</sup> N 51). Vor diesem Hintergrund ist nicht einzusehen, weshalb bezüglich der Frage der Zuständigkeit anders zu verfahren wäre. So räumt selbst die Anklagebehörde ein, dass eine Kompetenzattraktion bei Vermögensdelikten zu-

## A 1.1

mindest dann einschlägig sein könne, wenn unterschiedliche Lebenssachverhalte und klar voneinander abzugrenzende Deliktssummen zu beurteilen seien (vgl. G-act. 8).

c) Soweit die Anklagebehörde indes vorträgt, das Prinzip der Kompetenzattraktion gelange nicht zur Anwendung, da es sich vorliegend um einen einheitlichen Lebenssachverhalt handle (ebd.), dringt sie mit ihrer Argumentation nicht durch. Gegen einen einheitlichen Lebenssachverhalt spricht bereits, dass die Anklagebehörde den beiden Beschuldigten mehrfache Deliktsbegehungen anlastet. Den Anklageschriften lässt sich denn auch entnehmen, dass es im Revisionsverfahren 2016 – anders als in demjenigen des Jahres 2012 – gar zu einer Korrektur des Erhebungsboogens kam (vgl. G-act. 1 f., jeweils S. 3). Diese Umstände sprechen dafür, dass den Beschuldigten zwei Betrüge (und nicht ein zusammengehörender Betrug) angelastet werden. Es kommt hinzu, dass die Rechtsfiguren des fortgesetzten Delikts und der verjährungsrechtlichen Einheit (sog. „Einheitsdelikt“) nicht mehr existieren. Vor diesem Hintergrund geht es nicht an, diese beiden Konstrukte einzig im Rahmen der Zuständigkeitsprüfung am Leben zu erhalten. Anders würde es sich verhalten, wenn die Anklagebehörde gewerbsmässiges Handeln (Art. 146 Abs. 2 StGB) oder eine sog. natürliche Handlungseinheit zur Anklage gebracht hätte. In diesen Konstellationen verschmelzen mehrere Einzelhandlungen zu einer Tateinheit, was eine Anwendung des Kumulationsprinzips nach sich zieht (zum Ganzen BSK StGB-Zurbrügg, a.a.O., Art. 98 N 16 ff.). Da die Anklagebehörde keine Tateinheit zur Anklage brachte, findet der Kumulationsgrundsatz keine Anwendung.

d) Daran ändert nichts, dass sich eine Aufspaltung der Deliktssumme bisweilen als umständlich erweist. Die gleiche Problematik zeigt sich auch in den erwähnten Bereichen der Strafzumessung, der Verjährung oder der Anwendbarkeit von Art. 172<sup>ter</sup> StGB und ist hinzunehmen. Immerhin aber wird das Problem dadurch relativiert, dass eine Anklageschrift ohnehin die Folgen der vorgeworfenen Taten aufzuführen hat (Art. 325 Abs. 1 lit. f StPO), worunter primär der Deliktsbetrag fällt (Schmid/Jositsch, a.a.O., Art. 325 N 11).

e) Weshalb Gründe der Rechtssicherheit schliesslich zu einer restriktiven Anwendung des Grundsatzes der Kompetenzattraktion führen sollen, ist nicht auszumachen. Wie aufgezeigt, steht die vorliegende Rechtsauffassung im Einklang mit derjenigen in anderen strafrechtlichen Bereichen (Verjährung, Strafzumessung, Art. 172<sup>ter</sup> StGB), was die Rechtssicherheit zu stärken vermag. Dies gilt umso mehr, als sich nachgerade die Praxis zur Anwendbarkeit von Art. 172<sup>ter</sup> StGB bei Fällen von Deliktsmehrheit

sinngemäss auf die vorliegende Konstellation betreffend Zuständigkeit nach § 20 JG übertragen lässt (hierzu BSK StGB-Weissenberger, a.a.O., Art. 172<sup>ter</sup> N 45 ff.).

7. Zusammenfassend ergibt sich, dass das Kumulationsprinzip in der vorliegenden Konstellation keine Anwendung findet. Damit dürfen die Deliktsbeträge von Fr. 6'974.-- (betr. den Erhebungsbogen von Mai 2012) und Fr. 8'617.-- (betr. denjenigen von Januar 2016) nicht addiert werden, womit der Schwellenwert von § 20 Abs. 1 lit. a JG von Fr. 12'000.-- nicht erreicht wird. Vor diesem Hintergrund fallen die beiden Anklagen vom 23. August 2021 nicht in den sachlichen Zuständigkeitsbereich des Strafgerichts; auf diese ist (durch das Kollegialgericht) nicht einzutreten (Schmid/Jositsch, a.a.O., Art. 329 N 9 und 17).

(Beschluss des Strafgerichts Schwyz vom 30. September 2021, SGO 2021 24 und 25).

---

## **2. Zivilrecht**

---

### **2.1 Vaterschaftsklage, Ordre public**

- *Ist die Vaterschaftsklage nach anwendbarem ausländischem Recht unverjährbar, verstösst ein Zuwarten von nahezu 40 Jahren nicht gegen den ordre public und ist nicht rechtsmissbräuchlich (Erw. 5).*

*Zum Verfahren:*

Nach Rückweisung (vgl. EGV-SZ 2020 A 2.3) holte der Vorderrichter zum Nachweis italienischen Rechts ein Gutachten des Schweizerischen Instituts für Rechtsvergleichung ein (SIR-Gutachten) und stellte danach im zweiten Rechtsgang fest, dass der Beklagte Vater des Klägers sei. Dagegen erhob der Beklagte erneut Berufung. Das Kantonsgericht wies die Kritik des Beklagten am SIR-Gutachten zurück und beanstandete nicht, dass der Vorderrichter zum Schluss gelangte, die Vaterschaftsklage sei gemäss nachgewiesenem italienischem Recht unverjährbar.

## A 2.1

### *Aus den Erwägungen:*

5. In seiner Kritik an den Erwägungen des angefochtenen Urteils, wonach eine Verletzung des schweizerischen Ordre public nach Art. 17 f. IPRG verworfen wird, richtete sich der Rechtsbeistand des Beklagten nicht gegen die durch den Vorderrichter zutreffend rezipierte Rechtsprechung und Lehre, worauf daher verwiesen werden kann. Vielmehr repetiert er einfach mehrfach seinen bereits erstinstanzlich vorgebrachten Standpunkt, der Kläger habe grundlos bzw. rechtsmissbräuchlich aus finanziellen Überlegungen mit der Vaterschaftsklage nahezu 40 Jahre zugewartet. Soweit er diesen Einwand dem angefochtenen Urteil in allgemeiner Weise ohne konkrete Auseinandersetzung mit den Begründungen des Vorderrichters entgegensetzt, ist darauf nicht einzutreten, weil eine derartige pauschale Kritik zur Berufungsbegründung unabhängig von den anwendbaren Verfahrensmaximen nicht genügt (BGE 138 III 374 E. 4.3.1). In diesem Zusammenhang ist mit dem Kläger davon auszugehen, dass Unverjährbarkeit zwangsläufig impliziert, ein Recht nach Jahren und sogar Jahrzehnten ausüben zu dürfen. Ein Zuwarten ist daher von Vornherein nicht zu beanstanden (vgl. noch unten lit. c/aa) und wird durch die schweizerische Rechtsprechung auch grundsätzlich nicht als rechtsmissbräuchlich betrachtet. Ferner erscheint es prinzipiell fragwürdig, im Falle einer Geburt eines Kindes zufolge ausserehelichen Geschlechtsverkehrs ohne Weiteres von nachteiligen Folgen zu sprechen, auf deren Bereinigung durch Zeitablauf der Beklagte hoffen bzw. überhaupt schützenswert vertrauen kann. Die Klageberechtigung ist ein höchstpersönliches Recht, das auch nach schweizerischem Recht noch nach dem Tod des mutmasslichen Vaters beansprucht werden kann (Hausheer/Geiser/Aebi-Müller, Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 6. A. 2018, N 16.63 f.). Im Übrigen ergibt sich:

a) Soweit der Beklagte behauptet, der Kläger habe aus finanziellen Gründen so spät geklagt, damit ihn der nunmehr urteilsunfähige Beklagte nicht mehr auf den Pflichtteil setzen könne, ist dies nach zutreffenden Erwägungen des Vorderrichters eine unbewiesene blosse Mutmassung. Sie wird auch im Berufungsverfahren in Auseinandersetzung mit der Begründung im angefochtenen Urteil, namentlich im Zusammenhang mit den früheren Bemühungen um einen Vaterschaftstest bzw. -anerkennung nicht substantiiert. Angesichts der Bestreitung der Vaterschaft bis zum gutachterlichen Gegenbeweis im vorliegenden Prozess erscheinen die entsprechenden unbewiesenen Behauptungen ausserdem sehr widersprüchlich: Der Beklagte kann dem Kläger nicht ernsthaft entgegenhalten, er habe aufgrund des langen Zuwartens ein schützenswertes Vertrauen aufgebaut, der Kläger würde keine Vaterschaftsklage mehr anhängig machen,

währenddem er selber erst nach dem im Prozess erstellten Abstammungsgutachten seine Vaterschaft einräumte, was er vorher von einem Erbverzichtsvertrag abhängig machen wollte (vgl. noch unten lit. c/bb).

b) Desweiteren haben Art. 263 Abs. 1 Ziff. 2 sowie Abs. 3 ZGB, wonach die Vaterschaftsklage des Kindes vor Ablauf eines Jahres nach Erreichen der Volljährigkeit eingereicht werden muss und bei Verspätung nur noch aus wichtigen Gründen zugelassen wird, keine fundamentale Bedeutung für den Staat und die Rechtsgemeinschaft (vgl. etwa Mächler-Erne/Wolf-Mettier, BSK, 4. A. 2021, Art. 18 IPRG N 13 ff.). Diese Bestimmungen sind daher im Sinne von Art. 18 IPRG nicht zwingend anzuwenden (schon BGE 118 II 468 E. 4.f = Pra 1993 Nr. 73).

aa) Die Regelung der Frage, ob die Vaterschaftsklage unverjährbar (wie in den meisten ausländischen Rechtsordnungen, vgl. Schwenger/Cottier, BSK, 6. A. 2018, Art. 263 ZGB N 6), nur unter gewissen Bedingungen bzw. bei entschuldigter Verspätung unbefristet (so Art. 263 ZGB) oder nur befristet eingereicht werden kann, betrifft kein Grundprinzip des Personen- bzw. Familienrechts. Es wird nur der Zeitraum festgelegt, während dem zum Schutz grundlegender Prinzipien – sei es die Kenntnis der eigenen Abstammung oder sei es der Anspruch auf den entsprechenden Kindesstatus – der Richter angerufen werden kann.

bb) Die Botschaft zu Art. 263 ZGB erachtete die Neuregelung seinerzeit zwar im Vergleich zum bisherigen Recht als „kühn“, relativierte diese Aussage aber sogleich unter Bezugnahme auf ausländische Rechtsordnungen, hinter welchen die schweizerische Rechtsentwicklung zurückliege, namentlich solcher, welche die Klage überhaupt nicht befristeten (BBl 1974 II S. 49). Aus der ganzen Passage (ebd. S. 47 ff.) ist nicht herauszulesen, dass die Neuregelung eine Frage betrifft, welche zeitlos grundlegende Wertfundamente der schweizerischen Rechtsordnung tangieren würde. Sie offenbart vielmehr die „Willkürlichkeit“ (vgl. dazu etwa Däppen, BSK, 7. A. 2020, vor Art. 127-142 OR N 2), welche den Verjährungsregeln gemeinhin zukommt. Das bringt die Botschaft durch die Erwähnung der unterschiedlichen Entwicklung der gesellschaftlichen Anschauungen im Verlauf der Zeit in der Schweiz zum einen und im Vergleich mit anderen Ländern zum andern über das dem Kind aufgrund seiner Persönlichkeit zustehende Recht, seine biologischen Eltern zu kennen und sein Kindsverhältnis zu ihnen sichern zu können, zum Ausdruck. Es ist jedoch nicht ersichtlich, inwiefern der Gesetzgeber mit den in Art. 263 ZGB festgelegten Klageeinreichefristen grundlegende Werte der schweizerischen Rechtsordnung festsetzte.

## A 2.1

cc) Der Umstand, dass ein Kind hierzulande die biologische Vaterschaft nicht unbefristet in ein Rechtsverhältnis umwandeln kann, stellt keine grundlegende Ungleichbehandlung dar, welcher der Zulassung der Unverjährbarkeit der Vaterschaftsklage nach anwendbarem ausländischem Recht entgegenstehen könnte. Wenn biologische Verbindungen bei Personen unterschiedlicher Nationalität anders behandelt werden, verstösst dies angesichts der kollisionsrechtlich geklärten Anwendbarkeit einer anderen Rechtsordnung weder gegen das Rechtsgleichheitsgebot noch gegen das Diskriminierungsverbot. Abgesehen davon bildet die Verjährungsfrage kein sensibles (s. oben lit. aa) bzw. angeborenes Merkmal und ist der Beklagte selber nicht als Kind betroffen, befindet sich also nicht in der Position, sich zwecks Verfassungskonformität zur Begründung der behaupteten Ordre-public-Widrigkeit auf das Diskriminierungsverbot stützen zu können.

c) Zutreffend geht der Vorderrichter davon aus, das Recht, zu seinem biologischen Vater in ein Rechtsverhältnis zu treten, stehe dem Kläger um seiner Persönlichkeit willen zu (hier oben vor lit. a und unten lit. bb). Deshalb ist nicht zu beanstanden, dass er die vom Beklagten geltend gemachten Gründe der Rechtssicherheit, nämlich, dass die unklaren Verhältnisse aufgrund einer ausserehelichen Zeugung einmal abgeschlossen sein sollen, in den Hintergrund rückte. Immerhin stellt auch der Rechtsbeistand des Beklagten den in der späteren Botschaft zu den entsprechenden Kollisionsregeln des schweizerischen Rechts (Art. 66 ff. IPRG) auf dem Gebiet der Statusfragen beschriebene Wandel fest, wonach zunehmend auf das Kind und dessen Recht abgestellt wird (BBI 1983 S. 366).

aa) Das Interesse des Kindes durch den Zeitablauf lässt sich nicht wie gewöhnliche Forderungen bereinigen, was der Vorderrichter zutreffend ausführte, zumal heute gutachterlich noch nach Jahrzehnten die biologische Herkunft eruiert werden kann. Dagegen wendet sich der Rechtsbeistand des Beklagten im Berufungsverfahren im Wesentlichen unter der Prämisse, dass Art. 263 ZGB eine grundlegende Wertung in der schweizerischen Rechtsordnung gesetzt habe. Dies ist indes wie gezeigt nicht richtig (vgl. oben lit. b). Soweit der Beistand rügt, die Vorinstanz verkenne, dass der Ordre public nicht abstrakt beurteilt werden könne und der Kläger vorliegend nicht 1, 5 oder 10, sondern fast 40 Jahre mit der Klage zugewartet habe, ist nicht ersichtlich, was er mit dieser Rüge gegen die Unverjährbarkeit nach anwendbarem italienischem Recht, welche auch eine Klagemöglichkeit nach 40 Jahren einschliesst (dazu unten lit. bb), ausrichten will. Der Kläger stellt begründet infrage, ob die einzelfallweise Betrachtung des Ordre public überhaupt auf die Anwendung einer allgemein geltenden Regelung von Unverjährbarkeit übertragen werden kann. Er

muss bei Unverjährbarkeit sein langes Zuwarten mit der Vaterschaftsklage nicht mit zusätzlichen wichtigen Gründen rechtfertigen (was selbst in der Schweiz notabene noch nach Jahrzehnten nicht auszuschliessen wäre, vgl. Hausheer/Geiser/Aebi-Müller, a.a.O., N 16.69 m.H.). Im Übrigen wird nicht geltend gemacht und ist abgesehen vom fehlenden Beweis (s. oben lit. a) nicht ersichtlich, inwiefern eine frühere Klageerhebung in finanzieller Hinsicht mit derart weniger einschneidenden finanziellen Folgen verbunden gewesen wäre, so dass die Unverjährbarkeit der Klage nach italienischem Recht zu einem Ergebnis führen würde, welches konkret mit dem Ordre public im Sinne von Art. 17 IPRG unvereinbar wäre.

bb) Grundsätzlich soll jedes Kind auch zu seinem Vater in ein Kindesverhältnis treten und die Klageerhebung nicht interessensabhängig sein bzw. es ist unerheblich, ob die Klage im Interesse des Kindes liegt (Schwenzer/Cottier, a.a.O., Art. 261 ZGB N 5 m.H. u.a. auf BBI 1974 II S. 41; CHK-Reich, 3. A. 2016, ZGB 261 N 1 m.H.). Dass Art. 28 ZGB das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung schützt, ändert nichts daran, dass der Kläger das höchstpersönliche Recht auf die Herstellung des Kindesverhältnisses durch Gestaltungsurteil und nicht nur auf die Feststellung der Vaterschaft hat (dazu auch Hausheer/Geiser/Aebi-Müller, a.a.O., N 16.61). Selbst der Beklagte räumt ein, das Interesse des Kindes, ein Verhältnis zum biologischen Vater zu begründen, überwiege vielleicht sein Interesse, seinen dereinstigen Nachlass vollumfänglich seiner Tochter zukommen zu lassen. Umso weniger vermag er also darzulegen, inwiefern das Zuwarten des Klägers mit der Vaterschaftsklage sich auf sein Interesse ordre-public-widrig auswirken würde. Dass zwischen den Parteien zunächst eine Vaterschaftsanerkennung gegen einen Erbverzicht thematisiert wurde, vermag kein schützenswertes Vertrauen darauf zu begründen, der Kläger würde keine Vaterschaftsklage einreichen. Was die geltend gemachte Rechtssicherheit und den Rechtsfrieden betrifft, zeigen gerade die Bemühungen um einen Erbverzicht, dass der Beklagte davon ausging, die Beziehungen zu seinen Kindern seien zumindest in rechtlicher Hinsicht noch zu klären gewesen. Dass dies vor Eintritt der Urteilsunfähigkeit des Beklagten nicht gelang und der Kläger eine Vaterschaftsklage einreichte, erstellt unter diesen Umständen weder Rechtsmissbrauch noch verstösst es gegen zwingendes schweizerisches Recht oder den schweizerischen Ordre public. Der Beklagte konnte angesichts dessen, dass er in Frankreich mit einer Italienerin ein alsdann in Italien geborenes Kind zeugte, schliesslich nicht darauf abstellen, die Einreichung der Vaterschaftsklage und mithin das Recht, eine biologische Verbindung in ein Rechtsverhältnis umzuwandeln, sei in der Schweiz in zeitlicher Hinsicht relativiert bzw. beschränkt.

(Urteil vom 8. November 2021, ZK1 2021 19).

## A 2.2

### 2.2 Vertragsauslegung

- Die Vertragsregelung ist auslegungsbedürftig, wenn sich ihr Sinn nicht ohne Weiteres aus dem Wortlaut ergibt (Erw. 2): Auslegung nach dem Zweck und weiteren Umständen der Regelung (lit. a-c).

*Aus dem Sachverhalt:*

C. verkaufte seinem Bruder A. einen Gesamthandanteil von einem Viertel einer Liegenschaft [...]. Gleichentags schlossen die beiden Brüder einen öffentlich beurkundeten Gesellschaftsvertrag ab, welcher die Bewirtschaftung des landwirtschaftlichen Gewerbes auf diesem Grundstück nach gesunden betriebswirtschaftlichen Grundsätzen sowie zum Zweck hatte, das Wohnhaus je zu 50 % zu unterhalten und beiden Gesellschaftern zu Wohnzwecken zur Verfügung zu halten. Der Vertrag enthält unter anderem folgende Ausschlussregelung:

Ist ein Gesellschafter mit seinen Leistungen nach einer erfolglosen, schriftlichen Mahnung in Verzug oder ist er dauernd arbeitsunfähig oder verlegt er seinen Wohnsitz weg von GB xx, so können die anderen Gesellschafter beschliessen, dass der betreffende Gesellschafter innert spätestens sechs Monaten aus der Gesellschaft ausgeschlossen wird. [...].

A. [Kläger] schloss seinen Bruder C. [Beklagter] gestützt auf diese Regelung aus der einfachen Gesellschaft aus.

*Aus den Erwägungen:*

2. Der Kläger macht im Berufungsverfahren geltend, die Parteien hätten nach klarem Wortlaut der Ausschlussregelung keine Frist für den Beschluss, sondern lediglich eine maximale Frist vom Beschluss bis zum Ausschluss vorgesehen. Eine von diesem Wortlaut abweichende Auslegung rechtfertige sich in keiner Weise. Die zutreffende vorinstanzliche Erwägung, es lasse sich kein übereinstimmender Parteiwillen erstellen und der Vertrag sei objektiv auszulegen, lässt er unbestritten.

Der Wortlaut der Ausschlussregelung kann schon nach dem „zeitgemässen Methodenverständnis“ nicht an sich klar und damit nicht auslegungsbedürftig sein (so etwa BGer 4A\_503/2020 vom 19. Januar 2021 E. 5.2 m.H.). Dies gilt hier zumindest insoweit, als von keinem derart klaren



Wortlaut auszugehen ist, dass sich empirisch ein übereinstimmender Parteiwillen aufdrängte, ein Ausschlussbeschluss müsse innert sechs Monaten nach dem Eintritt eines Ausschlussgrundes gefällt oder ein Ausschluss innert sechs Monaten nach dessen Beschliessung durchgesetzt werden. Der massgebliche erste Absatz der Regelung besteht aus drei Satzteilen: Der erste Teil bezeichnet die Ausschlussgründe, der zweite die Beschlusskompetenz der anderen Gesellschafter und der dritte die umstrittene Frist. Prima vista scheint der dritte Satzteil die Proposition des zweiten zu bilden und es würde besser zur Auslegung des Beklagten und der Vorinstanz passen, wenn das Beschliessen im zweiten Satzteil selbst befristet wäre. Dennoch bleibt es unklar, ob der Ausdruck „ausgeschlossen wird“ im dritten Satzteil den Vollzug eines beschlossenen Ausschlusses bedeutet oder nicht doch das Beschliessen durchblicken lässt, so dass die Bezugnahme der Befristung offen ist: auf den Beschluss oder den Vollzug (= definitiver Ausschluss). Aus dem Wortlaut lässt sich mithin der Sinn der Regelung nicht ohne Weiteres erschliessen. Für die Grundsätze der objektiven Auslegung und der Beweislastverteilung kann im Übrigen auf die im Berufungsverfahren nicht kritisierten Erwägungen des angefochtenen Urteils verwiesen werden. Der Kläger hat mithin die Beweise dafür zu erbringen, dass sich die Frist auf den definitiven Ausschluss nach dem Beschluss dazu bezieht, wogegen der Beklagte die Umstände zu beweisen hat, wonach ein Beschluss spätestens innert sechs Monaten nach dem Wegzug von [...] erfolgen müsste.

a) Lassen sich dem Text der Regelung selber keine hinreichend sicheren Hinweise dafür entnehmen, worauf die Frist Bezug nimmt, ist aufgrund des verfolgten Zwecks und der weiteren Umstände beim Vertragsschluss nach dem Sinn der Ausschlussregelung zu suchen. Müssig ist, über die jeweiligen Möglichkeiten treffenderer Formulierungen zu spekulieren, wenn auch wie gesagt (vor lit. a) einzuräumen ist, dass prima vista die Lesart des Klägers syntaktischer Präzision näherliegt als diejenige des Beklagten. Weil die Vertragsbeendigung nach dieser Auslegung „spätestens“ und nicht zwingend erst nach sechs Monaten eintreten soll, kann sich der ausgeschlossene Gesellschafter jedoch nicht sicher auf die Vertragsbeendigung einstellen, wie die Vorinstanz dem Kläger sinngemäss nachvollziehbar entgegenhält. Die Frist garantiert andererseits auch dem Kläger keinen Ausschlussvollzug spätestens nach sechs Monaten und ist daher auch für ihn in der von ihm behaupteten Auslegung bedeutungslos. Die den Ausschluss beschliessenden Gesellschafter können den definitiven Ausschluss, namentlich die Berechnung und Auszahlung des Liquidationsanteils des Ausgeschlossenen, im Streitfall ungeachtet der gemäss der Lesart des Klägers vereinbarten Frist nicht ohne Beschreiten des Rechts-

## A 2.2

wegs durchsetzen. In diesem Zusammenhang bleibt immerhin anzumerken, dass der Kläger nach seinem Ausschlusschreiben im Dezember 2014 diese Frist nicht wahrte und keine entsprechend rechtzeitigen prozessualen Vorkehren traf, sondern erst am 28. Juli 2017 das Schlichtungsgesuch stellte.

b) Im Weiteren legt die Vorinstanz überzeugend dar, dass die Ausschlussgründe sich auf einen bestimmten Zeitpunkt fokussieren lassen, so dass die Befristung eines allfälligen Beschlusses über den Ausschluss sinnvoller erscheint als die Annahme des Klägers, die Frist laufe erst nach dem Beschluss bis zum definitiven Ausschluss bzw. befriste dessen Wirksamkeit. Diesen Erwägungen kann der Kläger im Berufungsverfahren nicht den Wortlaut der Regelung entgegensetzen, weil der Wortlaut wie dargelegt nicht klar für die klägerische Auslegung spricht (vgl. vor lit. a). Soweit der Kläger behauptet, bei den Ausschlussgründen handle es sich um Dauerzustände, weshalb es Sinn mache, keine Frist zu deren Geltendmachung vorzusehen, setzt er sich mit den vorinstanzlichen Erwägungen nicht auseinander, weshalb darauf weiter nicht einzugehen ist. Dass die Ausschlussgründe hinsichtlich ihres Beginns zeitlich nicht fixierbare Dauerzustände sind, verwarf die Vorinstanz in allgemeiner Hinsicht und namentlich in Bezug auf den hier erheblichen Wegzug des Beklagten richtigerweise und ist beispielsweise beim Ausschlussgrund der schriftlichen Mahnung bei Leistungsverzug (dazu noch unten lit. c) offensichtlich.

c) Hinzu kommt, dass insbesondere ein Wegzug nicht per se ein inakzeptables Verhalten darstellt und daher nicht zwingend mit der Enttäuschung des einer einfachen Gesellschaft immanenten Vertrauensverhältnisses verbunden sein muss. Er erschwert nicht ohne Weiteres die Zusammenarbeit unter den Gesellschaftern, umso weniger im vorliegenden Fall, als der Beklagte nach wie vor im gleichen Dorf wohnt. Vielmehr könnte es durchaus im Interesse beider Parteien liegen, dass der nicht weit weggezogene Bruder weiterhin in den gemeinsamen Betrieb eines landwirtschaftlichen Gewerbes eingebunden bleibt. Für den Fall, dass ein weggezogener Gesellschafter später die für die Zusammenarbeit erforderlichen Leistungen nicht mehr erbringen sollte, sieht die fragliche Regelung ohnehin die Möglichkeit eines Ausschlusses nach erfolgloser schriftlicher Mahnung vor. Umso weniger ist es plausibel, dass die beiden Brüder beim Abschluss des Gesellschaftsvertrages in gegenseitiger Rücksichtnahme überhaupt nur eine wie gesagt bedeutungslose Frist (vgl. oben lit. a) für den Ausschlussvollzug von maximal einem halben Jahr vorgesehen haben und es nicht grundsätzlich vermeiden wollten, dass jeder Ausschlussgrund als „Damoklesschwert“ unbestimmbare Zeit über der brüderlichen Gesellschaft schweben könnte. Dass aufgrund der Auseinandersetzungen der

Brüder nach Vertragsschluss die familiären Bindungen in den Hintergrund treten und der Wegzug des Beklagten die Zusammenarbeit mit der Zeit immer mehr belastet haben sollte, sind im Zusammenhang der Vertragsauslegung nach dem Vertrauensprinzip grundsätzlich unbeachtliche später eintretende Umstände (BGE 132 III 626 E. 3.1; BGer 4A\_506/2019 vom 30. Oktober 2019 E. 2.1). [...].

(Urteil vom 23. September 2021, ZK1 2020 39).

---

## **3. Zivilprozessrecht**

---

### **3.1 Sistierung eines Mietausweisungsverfahrens**

*- Erhebt der Mieter vor der Schlichtungsbehörde ein Kündigungsschutzbegehren und stellt der Vermieter beim Einzelrichter im summarischen Verfahren ein Begehren um Ausweisung, ist das Schlichtungsverfahren gemäss weit verbreiteter Praxis zu sistieren, weil das Ausweisungsverfahren erheblich schneller abgeschlossen werden kann und die Fragen des Kündigungsschutzes vorfrageweise beantwortet werden können (Erw. 4).*

*Aus den Erwägungen:*

4. Gemäss Art. 126 Abs. 1 ZPO kann das Gericht das Verfahren sistieren, wenn die Zweckmässigkeit dies verlangt. Das Verfahren kann namentlich sistiert werden, wenn der Entscheid vom Ausgang eines anderen Verfahrens abhängig ist. Die Sistierung ist etwa gerechtfertigt, um sich widersprechende Entscheide, mehrfache Beweiserhebungen oder Prozesskosten und Zeitaufwand zu vermeiden. Die Sistierung erfordert in der Regel eine Interessenabwägung, indem das Gericht das Interesse an der Sistierung dem gegenteiligen Interesse an der Beschleunigung des Verfahrens gegenüberstellt und den Grad der Abhängigkeit vom Ausgang des anderen Verfahrens berücksichtigt (Stahelin, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Auflage, N 3 f. zu Art. 126 ZPO). Auch ein Schlichtungsverfahren kann sistiert werden, wobei allerdings eine längere Hängigkeit des Verfahrens vor der Schlichtungsbehörde zu vermeiden ist. In Zweifelsfällen geht das Beschleunigungsgebot vor (Svit-Kommentar, 4. Auflage, Bisang/Koumbarakis, S. 1250 N 326). Erhebt der Mieter vor der Schlichtungsbehörde ein Kündigungsschutzbegehren und stellt der Vermieter beim Einzelrichter im

## A 3.1

summarischen Verfahren ein Begehren um Ausweisung, ist das Schlichtungsverfahren gemäss weiter verbreiteter Praxis zu sistieren, da das Ausweisungsverfahren erheblich schneller abgeschlossen werden kann und die Fragen des Kündigungsschutzes in jenem Verfahren vorfrageweise beantwortet werden können (BGE 141 III 262; Svit-Kommentar, Bisang/Koumbarakis, S. 1250 N 327; Püntener, a.a.O., N 1036 f mit weiteren Verweisen; ZR 110 [2011] Nr. 54 E. 7; Sutter-Somm/Lötscher, a.a.O., N 38a zu Art. 257 ZPO).

Die Schlichtungsbehörde hat vorliegend gestützt auf die dargelegte Praxis dem Mietausweisungsverfahren vor dem Einzelrichter den Vorzug gegeben und das Schlichtungsverfahren sistiert. Das Ausweisungsverfahren vor dem Einzelrichter und jenes vor der Schlichtungsbehörde haben zwar – wie dargelegt (vgl. E. 3) – nicht den gleichen Streitgegenstand. In der Praxis verlieren die Parteien indessen erfahrungsgemäss in den meisten Fällen das Interesse am Hauptprozess vor der Schlichtungsbehörde, falls der Einzelrichter die Mietausweisung anordnet. Der Gesuchsteller äussert sich nicht dazu, ob und aus welchen Gründen er in einem solchen Fall das Schlichtungsverfahren noch aufrechterhalten möchte. Sollte dagegen das Mietausweisungsverfahren wegen Illiquidität mit Nichteintreten erledigt werden, so wäre das Schlichtungsverfahren weiterzuführen und der Gesuchsteller könnte während dieses Verfahrens weiterhin im Mietobjekt verweilen. Unter diesen Umständen ist es nicht zu beanstanden, wenn die Schlichtungsbehörde die einstweilige Sistierung, welche als prozessleitende Anordnung jederzeit wieder aufgehoben werden kann (Gschwend, in: Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Auflage, N 17a zu Art. 126 ZPO; Staehelin, a.a.O., N 6 zu Art. 124 ZPO), anordnete.

Immerhin bleibt zu ergänzen, dass entgegen der Ansicht der Schlichtungsbehörde sowie eines Teils von Lehre und Praxis (Sutter-Somm/Lötscher, a.a.O., N 38a zu Art. 257 ZPO) wegen der fehlenden Streitidentität das Schlichtungsverfahren im Falle der Mietausweisung nicht einfach als gegenstandslos abzuschreiben wäre. Der Mietausweisungsrichter kann im summarischen Verfahren die Frage der Gültigkeit der Kündigung nur vorfrageweise prüfen. Als Vorfrage nimmt die Kündigung jedoch nicht an der Rechtskraft des Ausweisungsverfahrens teil (Beschluss ZK1 2019 13 E. 3.a, mit weiteren Verweisen). Das Verfahren vor der Schlichtungsbehörde könnte nur abgeschrieben werden, wenn die Parteien das schutzwürdige Interesse an der Beurteilung verlieren würden, was nach Art. 60 ZPO von Amtes wegen zu prüfen und wozu den Parteien das rechtliche Gehör zu gewähren ist (Beschluss ZK1 2019 13 E. 3.b, mit weiteren Verweisen).

(Beschluss vom 3. März 2021, ZK2 2021 3).

### 3.2 Behauptungslast bei zur Verrechnung gestellten Gegenforderungen

- *Der Beklagte muss für die behauptete Verrechnung die Tatsachen seiner Gegenforderungen darlegen (Erw. 2): Die Einwendung der Verrechnung ergibt sich nicht aus dem blossen Antrag auf Klageabweisung (Erw. 2.a). Die Klageanerkennung beschränkt sich auf die Klagebehauptungen und erstreckt sich nicht auf voraussichtliche Verrechnungseinwendungen vorsorglich bestreitende Ausführungen der Klägerin (Erw. 2.b).*
- *Wer es unterlässt, seine Verrechnungsposition selbständig in den Prozess einzubringen, kann nicht auf die von der Gegenpartei zwecks Bestreitung eingereichten Belege referieren und geltend machen, damit sei sein notwendiger schlüssiger Tatsachenvortrag impliziert bzw. ersetzt (Erw. 3).*
- *Die richterliche Fragepflicht setzt das korrekte Behaupten durch die belastete Partei voraus (Erw. 4).*

*Aus den Erwägungen:*

2. Der Beklagte hat darzulegen, welche Tatsachenbehauptungen der klagenden Partei im Einzelnen anerkannt oder bestritten werden (Art. 222 Abs. 2 ZPO). Für die Klageantwort gilt Art. 221 ZPO sinngemäss, weshalb der Beklagte eigene Sachbehauptungen in den Prozess einführen muss, um eine materiellrechtliche Einrede oder Einwendung zu begründen, da er für diese Tatsachen beweisbelastet ist. Wenn er einen objektiven Gentatbestand wie die Verrechnung geltend machen will, muss er die anspruchsaufhebenden Tatsachen behaupten, weil er dafür vorbehältlich dessen, dass unbestimmte negative Tatsachen nicht zu beweisen sind, die Beweislast trägt. Dagegen brauchen Zugaben nicht ausdrücklich zu erfolgen, weil eine Tatsachenbehauptung, die nicht konkret bestritten wird, als unbestritten gilt (Willisegger, BSK, 3. A. 2017, Art. 222 ZPO N 18 i.V.m. 23 sowie N 25; vgl. auch Leuenberger in Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, Kommentar, 3. A. 2016, Art. 222 ZPO N 23 und 24a). Diesen Anforderungen muss eine Klageantwort auch im vereinfachten Verfahren, dessen Behauptungsverfahren bei zunächst unbegründeter Klage (Art. 244 Abs. 2 ZPO) vollständig mündlich abläuft (Fachhandbuch Zivilprozessrecht, Rn 23.12), genügen. Der Beklagte musste also für die erstinstanzlich behauptete Verrechnung die Tatsachen seiner Gegenforderungen darlegen, namentlich diese beziffern und dann vorbehältlich eines Beweisnotstandes den Beweis dafür antreten (zu dieser Unterscheidung unten lit. b).

## A 3.2

a) Vorliegend anerkannte der Beklagte die Klageforderung. Für ihn stand und steht nur ein Urteil über seine Verrechnungsforderungen bzw. darüber zur Debatte, ob er die Beträge für die von der Klägerin angeblich verkauften Weine verlangen könne. Die Einwendung der Verrechnung ergibt sich indes nicht automatisch aus dem Umstand, dass der Beklagte trotz Anerkennung der Klageforderung die Klageabweisung beantragte. Vielmehr musste er die Tatsachen dieses geltend gemachten Gegenteilstandes in den Prozess einführen. [...].

b) Die Behauptung der Tatsachen ist von der Erhärtung der geltend gemachten Tatsachen durch Beweise zu unterscheiden. Eine behauptungsbelastete Partei kann sich nicht mit allgemeinen und globalen Vorbringen in der Meinung begnügen, die Begründung ihres Prozessstandpunkts werde sich aus dem Beweisverfahren ergeben (Glasl, in Brunner/Gasser/Schwander, ZPO Kommentar, 2. A. 2016, Art. 55 ZPO N 22). Umso weniger kann sich der Beklagte von der Behauptungslast dadurch befreien, als er zu Lasten der Klägerin einen Beweisnotstand geltend macht und eine Beweislastumkehr in Bezug auf seine zur Verrechnung gestellten Gegenforderungen verlangt (dazu noch unten E. 3). Zutreffend geht der Vorderrichter davon aus, dass der rechtskundig vertretene Beklagte in der mündlichen Klageantwort an der Hauptverhandlung seine Verrechnungsforderung nur ungenügend behauptete. Weder legt der Beklagte darin seine der Klageforderung verrechnungsweise entgegengestellten Forderungen bestimmt dar noch beziffert er diese. Auch wenn die Summen der beiden Rechnungen [...] der Höhe der Klageforderung entsprechen, verkennt der Beklagte die Bedeutung des Behauptungsakts im Prozess, wenn er meint, dieser Umstand entbinde ihn davon, den der Klage entgegengehaltenen Verrechnungssachverhalt selbständig dem Richter vorzutragen. Das Tatsachenfundament gehört in den Parteivortrag; Beilagen sind bloss Beweismittel (Glasl, ebd. N 26). Die Klageanerkennung beschränkte sich auf die Klagebehauptungen und konnte sich nicht auf die seine voraussetzlichen Verrechnungseinwendungen vorsorglich bestreitenden Ausführungen der Klägerin erstrecken. Dieses Vorgreifen in der Klagebegründung entlastet den Beklagten nicht davon, seine Einwendungen selber bestimmt und beziffert beizubringen und die hierfür erforderlichen Tatsachen schlüssig vorzutragen (vgl. E. 3). Indem die Klägerin mögliche Verrechnungseinwendungen des Beklagten im Voraus bestreitet, bringt sie lediglich zum Ausdruck, diese für den Fall ihrer Erhebung durch den Beklagten ihrerseits nicht anzuerkennen.

3. In einem Verfahren, das wie hier vom Verhandlungsgrundsatz beherrscht ist, haben die Parteien dem Gericht die Tatsachen, auf die sie ihre Begehren stützen, darzulegen und die Beweismittel anzugeben

(Art. 55 Abs. 1 ZPO). Die Parteien trifft insofern die Behauptungslast. Welche Tatsachen zu behaupten sind, hängt vom Tatbestand der Norm ab, auf die der geltend gemachte Anspruch abgestützt wird. Die Parteien haben alle Tatbestandselemente der materiellrechtlichen Normen zu behaupten, die den geltend gemachten Anspruch begründen. Wird eine prozessrelevante Tatsache im Geltungsbereich der Verhandlungsmaxime nicht dargelegt bzw. behauptet, darf sie vom Gericht bei der Entscheidungsfindung nicht berücksichtigt werden (ZK1 2017 15 vom 17. Oktober 2017 E. 2.c/bb m.H.; BGer 4A\_412/2019 vom 27. April 2020 E. 4.1 m.H.; Sutter-Somm/Schrank in Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, 3. A. 2016, Art. 55 ZPO N 13). Durch den Verhandlungsgrundsatz ist das Gericht an die Vorbringen der Parteien gebunden und darf nur auf Behauptetes abstellen (statt vieler Gasser/Rickli, KK, 2. A. 2014, Art. 55 ZPO N 2; Glasl, ebd. N 7). Zwar muss nicht explizit behauptet werden, was in anderen ausdrücklich vorgebrachten Parteibehauptungen enthalten ist (vgl. Bohnet/Droese, ZPO Präjudizienbuch, Art. 55 ZPO N 2 m.H.). Dies entlastet indes den Beklagten hier nicht davon, die zur Begründung seines klageabweisenden Antrags behaupteten Verrechnungsforderungen bestimmt und beziffert in den Prozess einzubringen (vgl. oben E. 2.b) und auf Bestreitung hin aufgeteilt in ihren einzelnen Positionen (zwei Rechnungen und Alkoholsteuern) sowie hinsichtlich der Grundlagen (Inventardifferenzen, Einstands- und Verkaufspreise usw.) darzulegen. Den Standpunkt des Beklagten bzw. dessen Sachdarstellung darf das Gericht weder aus dem Antrag auf Klageabweisung noch e contrario aus vorsorglichen Bestreitungen der Klägerin ableiten. Die Frage, ob das Gericht die Beilagen der Gegenpartei berücksichtigen kann, stellt sich insoweit (noch) nicht. Der Beklagte behauptete nämlich die für die Subsumtion unter einen Verrechnungstatbestand massgebenden Tatsachen gar nicht, geschweige denn in der nach den Bestreitungen der Klägerin erforderlichen Weise, d.h. in ihren wesentlichen natürlichen Zügen oder Umrissen (vgl. dazu etwa BGer 4A\_567/2019 vom 10. Februar 2020 E. 4.4 m.H.; Staehelin/Staehelin/Grolimund, Zivilprozessrecht, 3. A. 2019, § 10 N 16; Glasl, ebd. N 22). Wer es indes überhaupt unterlässt, seine Verrechnungsposition selbständig in den Prozess einzubringen, kann nicht auf die von der Gegenpartei zwecks Bestreitung eingereichten Belege referieren und geltend machen, damit sei sein notwendiger schlüssiger Tatsachenvortrag impliziert bzw. ersetzt. Der Beklagte konnte sich mit der Berufung auf einen Beweisnotstand hinsichtlich seiner Mutmassung, dass die Klägerin Wein an Dritte verkaufte, nicht von der ihm obliegenden Last, seine zur Verrechnung gestellten Gegenforderungen bestimmt darzulegen und zu beziffern, befreien, dient doch das Beweisverfahren nicht dazu, fehlende Behauptungen zu retten (BGE 144 III 67 E. 2.1 m.H.). Soweit er nur auf die klägerischen Beilagen verwies, konnten diese Referenzen das ihm in

## A 3.3

der Klageantwort obliegende klare, eigenständige Behaupten nicht ersetzen (vgl. auch Sutter-Somm/Schrank, a.a.O., Art. 55 ZPO N 30 ff.).

4. Zutreffend macht der Beklagte im Berufungsverfahren nicht geltend, der Vorderrichter sei seiner Fragepflicht nicht oder ungenügend nachgekommen (Art. 247 Abs. 1 ZPO). Diese Bestimmung bezieht sich auf ungenügende und nicht auf fehlende Angaben zum Sachverhalt (Mazan, BSK, 3. A. 2017, Art. 247 ZPO N 11 f.; Hauck in Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, 3. A. 2016, Art. 247 ZPO N 9 in fine); d.h. sie schaltet den Verhandlungsgrundsatz nicht aus (Killias, BEK, Art. 247 ZPO N 4, 7 f. und 17). Das richterliche Vernehmen setzt das korrekte Behaupten durch die belastete Partei voraus. Die formellen Erleichterungen des vereinfachten Verfahrens entbinden die Parteien nicht von ihrer Behauptungslast (Bohnet/Droese, a.a.O., Art. 247 ZPO N 1). Die gegenüber dem ordentlichen Prozess verstärkte richterliche Fragepflicht kann den Beklagten vorliegend umso weniger von seiner Behauptungslast befreien, als er anwaltlich vertreten war (dazu Dolge, Anforderungen an die Substanziierung, PraxiZ Bd. 3, S. 32 f. m.H.; Mazan, ebd. N 19; Killias, ebd. N 11 und 17) und die Klägerin die heimliche Entnahme und den Verkauf von Flaschenwein an Dritte nicht zugestanden hatte (vgl. Staehelin/Staehelin/Grolimund, a.a.O., § 10 N 23 i.V.m. § 18 N 5).

(Beschluss vom 27. Mai 2021, ZK1 2020 42).

### 3.3 Kostenverteilung bei Gegenstandslosigkeit

- *Wird ein Verfahren als gegenstandslos abgeschlossen, ist bei der Kostenverteilung nur dann auf den mutmasslichen Verfahrensausgang abzustellen, sofern sich dieser ohne Weiteres feststellen lässt. Es muss bei einer summarischen Beurteilung der Aktenlage sein Bewenden haben (Erw. 4 f.).*

*Aus den Erwägungen:*

4. [...].

Wie dargelegt ist bei Gegenstandslosigkeit eines Rechtsstreits nach bundesgerichtlicher Praxis zwar in erster Linie auf den mutmasslichen Verfahrensausgang abzustellen. Nicht zugänglich ist es jedoch, unter Verursachung weiterer Umtriebe die Prozessaussichten im Einzelnen zu prüfen. Es muss bei einer knappen Beurteilung der Aktenlage sein Bewenden haben (BGer, Urteil 2C\_237/2009 vom 28. September 2009 E. 3.1; BGer,



Urteil 4A\_24/2019 vom 26. Februar 2019 E. 1.2). Dieser bundesgerichtlichen Vorgabe entspricht die vorderrichterliche Begründung nicht, vielmehr prüfte der Einzelrichter im Einzelnen, wie der Prozess mutmasslich ausgegangen wäre. Dementsprechend sah sich der Beschwerdeführer veranlasst, diese Begründung in der Beschwerde einzeln zu kritisieren, und die Beschwerdegegner, darauf zu antworten. Damit hatte es nicht bei einer summarischen Beurteilung der Aktenlage sein Bewenden, sondern über den Weg des Kostenentscheids wird quasi ein materielles Urteil gefällt. Dazu kommt, dass der mutmassliche Prozessausgang entgegen der Auffassung des Erstrichters ohnehin weniger klar ist, als es die vorderrichterliche Begründung erscheinen lässt, wie eine summarische Prüfung aufzeigt: [...].

5. Aus den Ausführungen des Beschwerdeführers ergibt sich wie aufgezeigt, dass der mutmassliche Ausgang des Verfahrens zurzeit des Eintritts des Erledigungsgrunds nicht ohne Weiteres feststellbar ist, vielmehr würde die Frage des Prozessausgangs einer eingehenden Prüfung und Abwägung bedürfen (vgl. auch BGer, Verfügung 2C\_201/2008 vom 14. Juli 2008 E. 2.4). Damit ist entgegen der vorderrichterlichen Begründung nicht auf den mutmasslichen Prozessausgang abzustellen, sondern auf allgemeine zivilprozessrechtliche Kriterien zurückzugreifen, wonach in erster Linie diejenige Partei kosten- und entschädigungspflichtig wird, die das gegenstandslos gewordene Verfahren veranlasste oder bei der die Gründe eintraten, die zur Gegenstandslosigkeit des Verfahrens führten (BGer, Urteil 2C\_237/2009 vom 28. September 2009 E. 3.3). [...].

(Beschluss vom 10. Juni 2021, ZK2 2021 25).

## A 3.4

### 3.4 Abschreibung einer Rechtsverzögerungsbeschwerde, Prozesskostenfolgen

- *Mit der Zustellung der Begründung wurde die Rechtsverzögerungsbeschwerde gegenstandslos und sie ist folglich nach Art. 242 ZPO abzuschreiben (Erw. 2).*
- *Eine Begründung innert zwei Monaten ist nach massgebender summarischer Beurteilung offenkundig keine Rechtsverzögerung, so dass die Rechtsverzögerungsbeschwerde abzuweisen wäre und mithin der Beschwerdeführer prozesskostenpflichtig wird (Erw. 3).*

*Aus den Erwägungen:*

2. Laut Art. 319 lit. c ZPO sind Fälle von Rechtsverzögerung mit Beschwerde anfechtbar (hier primäres Rechtsmittel, Brunner/Vischer, in: Oberhammer/Domej/Haas [Hrsg.], Kurzkomentar Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. A., 2021, Art. 319 Rn. 14). Das Kantonsgericht beurteilt gemäss Art. 12 Abs. 1 JG unter anderem Beschwerden in Zivilsachen und ist somit für die Behandlung der vorliegenden Rechtsverzögerungsbeschwerde zuständig. Die Beschwerde richtet sich nicht gegen einen formellen Entscheid, weshalb keine Beschwerdefrist einzuhalten war. Die Rechtsverzögerungsbeschwerde kann also zwar jederzeit geführt werden, es muss aber ein Rechtsschutzinteresse bestehen. Ein solches ist nicht mehr vorhanden, sobald ein förmlicher Entscheid erging (Spühler, in: Spühler/Tenchio/Infanger [Hrsg.], Basler Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. A. 2017, Art. 319 ZPO Rn. 21, m.N.). Fällt das Rechtsschutzinteresse nach Eintritt der Rechtshängigkeit definitiv weg, wird die Prozesssache gegenstandslos und sie ist abzuschreiben (Art. 242 ZPO; BSK ZPO-Gschwend/Steck, Art. 242 ZPO Rn. 5, m.N.; vgl. auch etwa Obergericht Zürich, Beschluss v. 13.10.2020, Geschäfts-Nr.: RE200012-O/U, E. 2.2).

Wie dargelegt versandte der Iudex a quo das begründete Urteil am 2. September 2021. Mit der Zustellung der Begründung wurde die Rechtsverzögerungsbeschwerde gegenstandslos und sie ist folglich nach Art. 242 ZPO abzuschreiben.

3. a) Wird das Verfahren als gegenstandslos abgeschrieben und sieht das Gesetz nichts anderes vor (wie z.B. bei Vergleich, Klageanerkennung oder Klagerückzug [vgl. Art. 106 Abs. 1 ZPO und Art. 109 ZPO]), kann von den Verteilungsgrundsätzen abgewichen und die Prozesskosten können nach Ermessen verteilt werden (Art. 107 Abs. 1 lit. e ZPO). Für die Kostenverlegung ist etwa zu berücksichtigen, welche Partei Anlass zur

Klage gab, welches der mutmassliche Prozessausgang gewesen wäre und bei welcher Partei die Gründe eintraten, die zur Gegenstandslosigkeit des Prozesses führten (BSK ZPO-Rüegg/Rüegg, Art. 110 ZPO N 1 und Art. 107 N 8 ZPO; Jenny, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 3. A. 2016, Art. 107 ZPO Rn. 16 und Art. 110 ZPO Rn. 3; Urwyler/Grütter, in: Brunner/Gasser/Schwander, Schweizerische Zivilprozessordnung, Kommentar, 2. A. 2016, Art. 110 ZPO N 2 und Art. 107 ZPO Rn. 8 f.; BGer, Urteil 4D\_65/2017 vom 24. Oktober 2017, E. 3.1; BGer, Urteil 4A\_33/2020 vom 7. Oktober 2020, E. 3.1, vgl. zum Ganzen Beschluss des Kantonsgerichts Schwyz vom 10. Juni 2021, ZK2 2021 25 [= EGV-SZ 2021 A 3.3], E. 3). Dem Gesetzeswortlaut ist nicht zu entnehmen, ob primär der mutmassliche Prozessausgang oder der Umstand, wer das Gegenstandsloswerden des Verfahrens zu vertreten hat, zu berücksichtigen ist (Jenny, a.a.O., Art. 107 ZPO N 16). Das Bundesgericht stellt grundsätzlich in erster Linie auf den mutmasslichen Verfahrensausgang ab, sofern sich dieser ohne Weiteres feststellen lässt. Ist dies nicht der Fall, wird zuerst diejenige Partei kosten- und entschädigungspflichtig, die das gegenstandslos gewordene Verfahren veranlasste oder bei der die Gründe eintraten, die zur Gegenstandslosigkeit des Verfahrens führten. Es muss bei einer summarischen Beurteilung der Aktenlage sein Bewenden haben, bei der nicht auf alle Rügen einzeln und detailliert einzugehen ist. Auf dem Weg über den Kostenentscheid soll nämlich kein materielles Urteil gefällt und unter Umständen in einer heiklen Rechtsfrage präjudiziert werden (BGer, Verfügung 2C\_201/2008 vom 14. Juli 2008, E. 2.3 f.; vgl. BGE 125 V 373 E. 2a; BGer, Verfügung 4A\_364/2014 vom 18. September 2014, E. 3; Urwyler/Grütter, a.a.O., Art. 107 ZPO N 8).

b) Der Anspruch auf Beurteilung innert angemessener Frist bzw. das Verbot der Rechtsverzögerung ergeben sich aus Art. 29 BV und Art. 52 ZPO. Der Anspruch auf Beurteilung innert angemessener Frist wird missachtet, wenn eine Sache über Gebühr verschleppt wird (BGer, Urteil 1B\_549/2012 vom 12. November 2012 E. 2.3). Die Beurteilung der angemessenen Verfahrensdauer entzieht sich starren Regeln. Im Einzelfall ist deswegen zu prüfen, ob sich die Dauer unter den konkreten Umständen als angemessen erweist. [...].

c) Vorliegend verhielt es sich so, dass die Klägerin am 4. Februar 2020 (recte: 2021) Klage betreffend definitive Eintragung eines gesetzlichen Pfandrechts sowie betreffend Forderung erhob. Am 7. Juni 2021 erging das Urteil, am 21. Juni 2021 verlangten die Beklagten die Begründung und am 2. September 2021 versandte der Erstrichter das begründete Urteil. Die Beschwerdeführer monieren nicht einmal zwei Monate nach ihrem

## A 4.1

Begehren zur Begründung mit Beschwerde vom 20. August 2021, dass der Entscheid noch nicht begründet vorliege. Damit wird auch mit im Rahmen der Kostenverteilung nur summarischer Prüfung der Sachlage sofort klar (vgl. dagegen etwa Beschluss des Kantonsgerichts Schwyz vom 10. Juni 2021, ZK2 2021 25 [= EGV-SZ 2021 A 3.3], E. 3 ff., wo der mutmassliche Ausgang des Verfahrens nicht ohne Weiteres feststellbar war), dass eine Rechtsverzögerung keineswegs bestand, zumal, wie der Iudex a quo mit Fug vorbringt, zwischen dem Versand des Dispositivs und der Begründung noch die Sommerferien lagen. Die Beschwerde wäre deshalb abzuweisen gewesen. Weil die Beschwerdeführer soweit ersichtlich nicht beim Vorderrichter nachfragten, wann mit der Begründung zu rechnen sei, ist ebenso wenig ersichtlich, weshalb der Vorderrichter hätte Anlass zur Beschwerdeerhebung geben sollen. Von vornherein abwegig wäre, ihm vorwerfen zu wollen, bei ihm seien wegen des Versands der Begründung die Gründe eingetreten, die zur Gegenstandslosigkeit des Prozesses führten. Insgesamt ergibt sich damit ermessensweise, dass die Prozesskosten vollumfänglich den Beschwerdeführern aufzuerlegen sind (Art. 107 Abs. 1 lit. e ZPO).

Damit haben die Beschwerdeführer nicht nur die Gerichtskosten für das Beschwerdeverfahren zu tragen, sondern auch die Klägerin zu entschädigen. Zwar verzichtete die Klägerin auf eine Vernehmung, die ihr ohnehin freigestellt war. [...].

(Verfügung vom 3. November 2021, ZK2 2021 52).

---

## 4. Strafrecht

---

### 4.1 Legalitätsprinzip

- *Die Verurteilung des Beschuldigten wegen vorsätzlichen Stellens von zwei Pfosten im Unterabstand zur Strasse ohne Baubewilligung ist mit dem Legalitätsprinzip nicht vereinbar (Erw. 3).*
- *Die Verurteilung verletzt in ohnehin nicht erstellter subjektiver Hinsicht überdies das Anklageprinzip und die Teilnahmerechte (Erw. 4).*

*Aus den Erwägungen:*

1. Durch den Vorderrichter verurteilt und gebüsst wurde der Beschuldigte gestützt auf §§ 63 Abs. 1 lit. e und 41 Abs. 1 lit. d und Abs. 2 StraG,

weil er vorsätzlich ohne Baubewilligung zwei Pfosten im Unterabstand an die Strasse gestellt haben soll. Beim Schuldspruch handelt es sich um eine Übertretung kantonalen Rechts, weshalb mit der Berufung nur geltend gemacht werden kann, das Urteil sei rechtsfehlerhaft oder die Feststellung des Sachverhalts sei offensichtlich unrichtig oder beruhe auf einer Rechtsverletzung; neue Behauptungen und Beweise können nicht vorgebracht werden (Art. 398 Abs. 4 StPO i.V.m. § 1 KStR/SRSZ 220.100 und § 3 Abs. 2 JG/SRSZ 231.110; vgl. auch die Rechtsmittelbelehrung des angef. Urteil). Materielle und prozessuale Rechtsfragen bleiben mit freier Kognition prüfbar (Zimmerlin, SK-Kommentar, 3. A. 2020, Art. 398 StPO N 23). Die Prüfung der Kritik unvollständiger oder unrichtiger Sachverhaltsfeststellungen ist dagegen auf die Offensichtlichkeit (aktenwidrige oder willkürliche Beweismwürdigung) eingeschränkt (BEK 2017 12 vom 14. Juli 2017 E. 2). Beurteilt die Berufungsinstanz die tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz bzw. die Beweismwürdigung nicht als willkürlich, ist sie an diese gebunden. Die Einhaltung des Legalitätsprinzips betrifft eine vollumfänglich überprüfbare Rechtsfrage (zum Ganzen auch BEK 2019 174 vom 4. August 2020 E. 1 m.H.).

2. [...].

3. Der Beschwerdeführer rügt, das angefochtene Urteil beruhe auf blossen Annahmen. In rechtlicher Hinsicht nahm der Vorderrichter an, es sei erstellt, dass beide Pfosten nicht den erforderlichen gesetzlichen Mindestabstand gegenüber der Strasse aufweisen würden. Der Beschuldigte habe weder im verwaltungsrechtlichen Verfahren noch im vorliegenden Strafverfahren die Unterschreitung des Mindestabstandes bestritten und das Verwaltungsgericht habe im Entscheid vom 19. Februar 2020 festgehalten, dass die Pfosten den erforderlichen minimalen Strassenabstand gemäss § 65 Abs. 1 PBG gegenüber einer öffentlichen Strasse nicht einhalte. Das Verwaltungsgericht prüfte hauptsächlich den Einwand des Beschuldigten, die angefochtene Verfügung der Entfernung der Pfosten verletze das Rechtsgleichheitsgebot, und wies darauf hin, dass weder die Ausnahmewilligungsfähigkeit noch die Einleitung eines Strafverfahrens Gegenstand seiner Beurteilung bilde, stellte indes ohne nähere Begründung fest, dass die Pfosten den erforderlichen minimalen Strassenabstand unterschreiten würden.

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 für die Voraussetzungen des Schuldspruches prozessual geboten (Popp/Berkemeier,

## A 4.1

BSK, 4. A. 2019, Art. 1 StGB N 23; Trechsel/Jean-Richard, PK, 3. A. 2018, Art. 1 StGB N 2 und 7).

b) Das Strassengesetz (StraG/SRSZ 442.110) gilt für die Planung, den Bau, die Benutzung, den Unterhalt und die Finanzierung der öffentlichen Strassen. Die Gesetzgebung des Bundes sowie kantonale Spezialregelungen und das PBG bleiben vorbehalten (§ 2 Abs. 1 und 2 StraG). Die Regelung der Abstände gegenüber öffentlichen Strassen überlässt § 65 Abs. 1 PBG der Strassengesetzgebung. Der Strassenraum umfasst nicht nur die Fahrbahnen, sondern unter anderem auch bauliche Verkehrsberuhigungsmassnahmen (§ 3 StraG). Laut § 38 Abs. 1 StraG dürfen der Bestand der Strassen und die Sicherheit ihrer Benützer nicht durch Bauten, Anlagen, Einrichtungen, Bepflanzungen oder Einfriedungen sowie durch weitere Einwirkungen aus einem angrenzenden Grundstück beeinträchtigt werden. Beeinträchtigungen werden auf Kosten des Verursachers behoben, wenn dieser nicht oder nicht rechtzeitig selber für Abhilfe sorgt (§ 38 Abs. 2 StraG). Mit Busse bis zu Fr. 20'000.00 wird bestraft, wer vorsätzlich, (a) Planungs- und Projektierungszonen sowie Baulinien missachtet, (b) ohne Bewilligung oder Konzession Strassen über den Gemeingebrauch hinaus benutzt, (c) gegen eine Bewilligung oder Konzession verstösst, (d) Strassen beschädigt oder beeinträchtigt, (e) die Abstandsvorschriften verletzt oder (f) ohne Bewilligung Reklamen anbringt bzw. Zufahrten zu Strassen erstellt oder ändert (§ 63 StraG). Wenn Baulinien fehlen, gelten gemäss § 41 Abs. 1 StraG folgende Strassenabstände: (a) Für Gebäude und ähnlich wirkende Anlagen 6.00 m an Hauptstrassen, 4.00 m an Verbindungsstrassen und an Groberschliessungsstrassen nach § 23 PBG und 3.00 m an Nebenstrassen, (b) für Bäume 2.50 m, (c) für Sträucher und Lebhäge 50 Prozent der Höhe, mindestens aber 1.00 m und (d) für sonstige Einfriedungen, Abschlussmauern und Böschungen 50 Prozent der Höhe, mindestens aber 0.50 m. Die Abstände beziehen sich nach § 41 Abs. 2 StraG auf die Strecke (a) vom Fahrbahnrand bis zur Gebäudefassade oder bis zum der Strasse nächstgelegenen Teil der Anlage; für die über die Fassade vorspringenden Gebäudeteile gilt § 59 Abs. 2 PBG und (b) vom äusseren Rand des Strassenraumes bis zur Stockgrenze der Bäume und Sträucher (Abs. 1 Bst. b und c) oder bis zum der Strasse nächstgelegenen Rand der Einfriedung, Abschlussmauer und Böschung (Abs. 1 Bst. d).

c) Die Abstandsregelung von § 41 Abs. 1 lit. d StraG erfasst wörtlich nur Einfriedungen, Mauern und Böschungen. Die vorliegend inkriminierten Pfosten fallen nach dem Wortlaut nicht unter diese Anlageformen. Grundsätzlich ist eine sinngemässe Auslegung durch Analogie auf die Pfosten nicht von vornherein 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.; Trechsel/Jean-Richard, a.a.O., Art. 1 StGB N 24). Auch wenn angesichts der klaren Begriffe „Einfriedung“, „Abschlussmauern“ und „Böschungen“ der Auslegungsspielraum klein erscheint, ist in systematischer, historischer und teleologischer Hinsicht zu prüfen, ob diese Bestimmung auch auf das Erstellen von Pfosten anwendbar ist.

aa) Nach den oben zitierten Bestimmungen (oben lit. b) werden die Abstände von öffentlichen Strassen ausschliesslich im StraG geregelt. Indes wird auch in diesem Gesetz der Begriff der „Anlage“ verwendet (etwa in § 38 Abs. 1 und § 41 Abs. 1 lit. a). Im Vergleich zur soeben an zweiter Stelle zitierten Bestimmung fällt jedoch auf, dass eine Umschreibung „und ähnlich wirkende Anlagen“ nicht nur bei den Abständen hinsichtlich von natürlichen Pflanzen (lit. b und c), sondern auch in der abschliessenden Behandlung künstlicher Anlagen in lit. d fehlt. Dies spricht in systematischer Hinsicht dagegen, die vorliegend angerufene Abstandsvorschrift von § 41 Abs. 1 lit. d StraG über den Wortlaut hinaus auszulegen.

bb) Der seit seiner Inkraftsetzung am 1. Januar 2000 unveränderte § 63 des Strassengesetzes (damals Strassenverordnung vgl. ABI 1999 S. 1396 ff.) wurde an die Anforderungen des Legalitätsprinzips angepasst und enthält besondere, vorsätzliche Straftatbestände (vgl. dazu RRB Nr. 2225/1998 vom 15. Dezember 1998, Strassenverordnung, Bericht und Vorlage an den Kantonsrat, S. 29). Dies unterstreicht die Vernehmlassungsvorlage vom 15. November 1995, in welcher für den Fall der Lückenhaftigkeit der neuen Straftatbestände des Strassenrechts auf Art. 292 StGB verwiesen wurde (Bericht S. 34 f.; vgl. dazu BEK 2019 174 vom 4. August 2020 = EGV-SZ 2020 A 4.6 E. 3.b/cc). Der Gesetzgeber wollte mithin die Straftatbestände auf bestimmte Sachverhalte beschränken. [...].

cc) Dass der Gesetzgeber nur Abstandsvorschriften für Pflanzen, Gebäude bzw. gebäudeähnliche Anlagen sowie eben Einfriedungen, Abschlussmauern und Böschungen festsetzte, erscheint zweckmässig. Insbesondere im Konnex mit der Strafbestimmung sind teleologisch keine den Wortlaut, die Systematik und die Entstehungsgeschichte überwie-

## A 4.1

gende Gründe ersichtlich, welche die Eingrenzung der künstlichen Anlagen auf die genannten Formen als ein gesetzgeberisches Versehen erscheinen liessen. Die Pfosten sind vorliegend freistehende, einzelne in den Boden eingebrachte schmale vertikale Anlagen(elemente). Es handelt sich zwar um Anlagen oder Einrichtungen, nicht aber um Einfriedungen (vgl. zur Definition der Einfriedung ZK1 2017 39 vom 21. August 2018 E. 1.1 lit. b und c m.H.), Abschlussmauern oder Böschungen ähnliche Anlagen des Strassenraums (§ 2 StraG), dienen sie doch nicht der mehrdimensionalen Abgrenzung (Einfriedungen bzw. Mauern), formen nicht das Gelände (Böschungen) und haben keine Abschlussfunktionen inne (Abschlussmauern). Sie unterstehen daher der im Gegensatz zur Vorschrift von lit. a abschliessend formulierten lit. d nicht. Diese gesetzgeberische Intention bleibt aktuell, weil Pflanzen oder künstliche Anlagen wie Einfriedungen, Mauern und Böschungen den Strassenraum schon erheblich weniger tangieren als Anlagen von gebäudeähnlichen Dimensionen und Funktionen. Ein Analogieschluss läge mithin ausserhalb eines auslegbaren Wortsinnes und würde Art. 1 StGB verletzen, zumal gefährliche Pfosten unabhängig von ihrer Unterstellung unter die Abstandsvorschriften bzw. der Strafverfolgung verwaltungsrechtlich entfernt werden können (vgl. § 38 StraG).

d) Zusammenfassend liegt die nach dem Legalitätsprinzip erforderliche klare, für jedermann erkennbare, bestimmte gesetzliche Grundlage für eine Strafe (Donatsch, ebd. N 22 f.) nicht vor und schon deswegen ist das angefochtene Urteil in Gutheissung der Berufung aufzuheben.

4. Abgesehen davon stützt sich der zeitlich auf Frühjahr 2019 bis 6. Juni 2019 beschränkte Anklagevorwurf im Subjektiven nur auf eine vom Beschuldigten bei der Staatsanwaltschaft bestrittene telefonische Aktennotiz. Laut dieser soll der Beschuldigte schon vor der gemeinderätlichen Entfernungsverfügung vom 6. Juni 2020 mehrfach auf die einschlägigen gesetzlichen Abstandsvorschriften hingewiesen worden sein. Der Aktennotiz lässt sich indes nur entnehmen, dass dem Beschuldigten unter Hinweis auf die Grenzabstände zu öffentlichen Strassen mitgeteilt wurde, „dass dies so nicht gehen würde“. Über die Anklage hinaus stützt sich der Vorderrichter auf die Erwägungen des gemeinderätlichen Beschlusses und vorhergehende durch den Beschuldigten eingestandene persönliche Kontakte mit sich beschwerenden einzelnen Gemeinderäten, um den subjektiven Tatbestand zu begründen, was abgesehen von der Nichteinhaltung des Legalitätsprinzips (vgl. oben E. 3) auch dem Anklageprinzip zuwiderläuft, da der Strafbefehl sich insoweit nicht auf die in dieser Verfügung dargestellten Umstände erstreckt. Abgesehen davon lässt sich auch an-



hand dieser Verfügung nicht genau nachweisen, was Vertreter der Gemeinde dem Beschuldigten gegenüber verlauten liessen. Im Übrigen wurden die Abklärungen bei der Gemeinde nicht durch unter Wahrung der Teilnahmerechte des Beschuldigten (Art. 147 StPO) erfolgte Zeugeneinvernahmen hinreichend erstellt und sind damit in tatsächlicher Hinsicht offensichtlich nicht verwertbar (Art. 147 Abs. 4 StPO).

(Urteil vom 21. Juli 2021, BEK 2021 2).

## 4.2 Verjährung

- *Verjährung bei Widerhandlungen gegen Art. 86 und 87 HMG; keine kombinierte Anwendung von altem und neuem Recht (Erw. 3.a-d).*

*Aus den Erwägungen:*

3. a) Die Verteidigung verlangt die Einstellung des Verfahrens infolge Verjährung der dem Beschuldigten vorgeworfenen Handlungen. Sie hält dafür, es sei auf die neurechtliche fünfjährige Verjährungsfrist für Übertretungen abzustellen. Dagegen wendet die Staatsanwaltschaft ein, es gelte für die dem Beschuldigten vorgeworfenen Übertretungen die altrechtliche Verjährungsfrist von sieben Jahren.

b) Per 1. Januar 2019 traten die revidierten Bestimmungen von Art. 86 und Art. 87 HMG in Kraft. Bis zum 31. Dezember 2018 galten Widerhandlungen gegen die Tatbestände von Art. 86 Abs. 1 aHMG, soweit dadurch die Gesundheit von Menschen nicht gefährdet wurde, als Übertretungen (Art. 87 Abs. 1 lit. f aHMG). Neurechtlich werden sie als Vergehen qualifiziert und sind als abstrakte Gefährdungsdelikte ausgestaltet, das heisst die Voraussetzung der Gefährdung der Gesundheit von Menschen entfiel (BBI 2013 1 ff., 106). Auf den 1. Januar 2019 wurde ausserdem die Tatbestandsvariante der unrechtmässigen Abgabe von Heilmitteln nach Art. 86 Abs. 1 lit. c aHMG aufgehoben. Diese erfasst nun Art. 86 Abs. 1 lit. a HMG (Inverkehrbringen; BBI 2013 1, 107). Daraus folgt, dass die dem Beschuldigten vorgeworfenen Handlungen nach altem Recht als Übertretungen und nach neuem Recht als Vergehen zu qualifizieren sind. Vergehen (auch heilmittelrechtliche) verjährten bis zum 31. Dezember 2013 nach sieben Jahren (Art. 97 Abs. 1 lit. c aStGB); seit dem 1. Januar 2014 beträgt die Frist zehn Jahre (Art. 97 Abs. 1 lit. c StGB). Für die Verfolgungsverjährung bei Übertretungen gilt grundsätzlich eine Frist von drei Jahren (Art. 109 StGB), heilmittelrechtliche Übertretungen verjähren indessen nach fünf Jahren (Art. 87 Abs. 5 HMG; vgl. BGE 139 IV 62

## A 4.2

E. 1.1). Im Zuge der Revision des (allgemeinen) Verjährungsrechts per 1. Oktober 2002 hätte sich die fünfjährige Frist für heilmittelrechtliche Übertretungen nach Massgabe von Art. 333 Abs. 6 lit. b StGB verdoppelt, das heisst die Verjährungsfrist hätte ab 1. Oktober 2002 zehn Jahre betragen. Das Bundesgericht entschied jedoch, dass die Verjährungsfrist lediglich sieben Jahre beträgt, weil ansonsten die Verjährung für neben- resp. spezialgesetzliche strafrechtliche Übertretungen länger wäre als diejenige für Vergehen nach demselben Spezialgesetz (BGer, Urteil 6B\_374/2008 vom 27. November 2008 E. 5). Dieser Auffassung schloss sich das Kantonsgericht in einer früheren Prozesssache an und ging ebenfalls von einer Verjährungsfrist von sieben Jahren aus (Beschluss BEK 2011 138 vom 5. August 2013 E. 7.3/b). Seit dem 1. Januar 2019, das heisst seit Inkrafttreten der Revision des Heilmittelgesetzes, beträgt die Verjährung für heilmittelrechtliche Übertretungen indessen wieder fünf Jahre, wie dies bereits vor dem 30. September 2002 der Fall war.

c) Die Verfolgungsverjährung richtet sich grundsätzlich nach dem zur Zeit der inkriminierten Taten geltenden Recht. Soweit das Gesetz nichts anders bestimmt, sind die Bestimmungen des neuen Rechts über die Verjährung, wenn sie milder sind als das bisherige Recht, auch auf diejenigen Täter anwendbar, die vor Inkrafttreten dieses Gesetzes eine Tat verübten oder beurteilt wurden (Art. 389 Abs. 1 StGB; BGer, Urteil 6B\_520/2020 vom 10. März 2021 E. 4.4.1). Die Bestimmung von Art. 389 Abs. 1 StGB stellt hinsichtlich der Verfolgungsverjährung eine Bekräftigung der Lex mitior-Regel nach Art. 2 Abs. 2 StGB dar (Riedo, BSK StGB, 4. A., N 4 zu Art. 389 StGB). Das Anknüpfungskriterium der lex mitior erfordert einen Vergleich der konkurrierenden Strafgesetze, der anhand der von der Rechtsprechung und Lehre entwickelten Grundsätze vorzunehmen ist. Ob das neue im Vergleich zum alten Gesetz milder ist, beurteilt sich in Bezug auf den konkreten Fall (Grundsatz der konkreten Vergleichsmethode). Die Tat ist nach altem als auch nach neuem Recht hypothetisch zu prüfen und durch Vergleich der Ergebnisse festzustellen, nach welchem Recht der Täter bessergestellt ist (BGE 134 IV 82 E. 6.2/6.2.1). Dabei ist auf ein und dieselbe Tat entweder nur das alte oder das neue Recht anzuwenden (Grundsatz der Alternativität). Eine kombinierte Anwendung beider Rechte ist also ausgeschlossen (BGE 134 IV 82 E. 6.2.3 mit Hinweisen). Anders gewendet ist es nicht möglich, beide Gesetze zu kombinieren und je teilweise anzuwenden (BGE 119 IV145 E. 2c = Pra 84/1995 Nr. 129 S. 417).

d) Würde man der Argumentation der Verteidigung folgen und auf die neurechtliche Verjährungsfrist für Übertretungen von fünf Jahren abstel-

len, würde dies bedeuten, dass gleichzeitig der altrechtliche Übertretungstatbestand der unrechtmässigen Abgabe im Sinne von Art. 86 Abs. 1 lit. c i.V.m. Art. 87 Abs. 1 lit. f aHMG und die ab dem 1. Januar 2019 geltende neurechtliche Verjährungsfrist von fünf Jahren zum Tragen käme. Eine solche kombinierte Anwendung von altem und neuem Recht schliesst die Rechtsprechung wie soeben dargelegt aus. Damit ergibt sich, dass, unabhängig ob die altrechtliche Verjährungsfrist für Übertretungen, welche nach der Rechtsprechung sieben Jahre beträgt, oder diejenige für Vergehen von zehn Jahren anzuwenden wäre, die Vorwürfe im Zeitpunkt des Ergehens des erstinstanzlichen Urteils nicht verjährt waren (Art. 97 Abs. 3 StGB; vgl. BGE 139 IV 62, Regeste). Demzufolge besteht keine Grundlage für eine Einstellung des Verfahrens.

(Urteil vom 5. Oktober 2021, BEK 2020 17 und 18; vgl. auch A 5.5).

### 4.3 Verbreitung menschlicher Krankheiten

- *Anklagen, die im Wesentlichen nur Beissvorfälle eines mit Hepatitis C infizierten Beschuldigten schildern, sind lückenhaft (Erw. 2.b/aa).*
- *Aus den Beissvorfällen allein lässt sich die gemeine Gesinnung nicht ableiten (Erw. 2.b/bb).*

*Aus den Erwägungen:*

2. Mit der Anschlussberufung verlangt die Staatsanwaltschaft, den Beschuldigten wegen mehrfacher versuchter Verbreitung menschlicher Krankheiten schuldig zu sprechen, weil er am 30. April 2018 D. im Rahmen der bereits thematisierten Auseinandersetzung und am 3. Mai 2018 seinen Sohn gebissen haben soll.

a) [...].

b) Wer aus gemeiner Gesinnung eine gefährliche übertragbare menschliche Krankheit verbreitet, wird mit Freiheitsstrafe von einem bis zu fünf Jahren bestraft (Art. 231 StGB). Hepatitis C-Viren gelten als gefährliche Krankheit (Niggli/Maeder, BSK, 4. A. 2019, Art. 231 StGB N 32 d m.H.). Nach der Unmittelbarkeitstheorie besteht das Verbreiten in der Vornahme einer gemeingefährlichen Handlung, der Schaffung einer konkreten und unmittelbaren Infektionsgefahr für die Allgemeinheit (ebd. N 12), wozu die Handlung gegen einen im Voraus bestimmten Einzelnen nicht genügt (ebd. N 42 f.). Dagegen setzt die Mittelbarkeitstheorie nicht eine vom Tä-

## A 4.3

ter, sondern vom Infizierten ausgehende Infektionsgefahr voraus (Demarmels/Vonwil, AK, Art. 231 StGB N 2 m.H. auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung), nämlich dass dieser seinerseits Dritte infizieren könne (Niggli/Maeder, ebd. N 38). Mit dem subjektiven Erfordernis der gemeinen Gesinnung wird ein qualifizierter direkter Vorsatz verlangt, was eine besonders niederträchtige Grundhaltung, etwa eine dauernde Einstellung entsprechender Rache- und Hassgefühle des Täters voraussetzt (Niggli/Maeder, ebd. N 10 und 50 ff.; Demarmels/Vonwil, ebd. N 6), aus welchen die Verbreitung der Infektionskrankheit geradezu als Ziel der Handlung angestrebt wird (Trechsel/Coninx, PK, 3. A. 2018, Art. 231 StGB N 6; Wohlers, HK, 4. A. 2020, Art. 231 StGB N 1 und 5 f.).

aa) Vorliegend scheidet der mit Anschlussberufung verlangte Schuldspruch bereits an den lückenhaften Anklagen. Diese fixieren sich nur auf die Infizierung von D. bzw. M. Aus ihnen geht nicht hervor, inwiefern die Gefahr bestand, dass die vom Beschuldigten angeblich gebissenen Personen hätten einen Dritten in unkontrollierbarer Weise infizieren können (dazu Wohlers, ebd., N 4) bzw. in diesem Sinne die mutmasslichen Bisse allgemeingefährlich wären. Insbesondere lässt sich diesen aber keine nähere Beschreibung des den direkten Vorsatz qualifizierenden Unrechtselements der gemeinen Gesinnung entnehmen, also inwiefern der Beschuldigte aus einer in ihm tiefverwurzelten Niedertracht gegenüber der öffentlichen Gesundheit gehandelt hätte.

bb) Abgesehen davon sind die Umstände, welche nach der begründeten Anschlussberufung davon zeugen sollen, dass der Beschuldigte einzig im Bestreben zugebissen hatte, D. mit Hepatitis C zu infizieren, wie gesagt nicht erstellt. Selbst wenn es zutreffen würde, dass der Beschuldigte D. entgegen der Erwägung dieser Möglichkeit durch die Vorinstanz nicht zur Selbstverteidigung gebissen hätte, lässt sich daraus noch keineswegs ableiten, dass er diesen aus gemeiner Gesinnung zwecks allgemeingefährlicher Verbreitung von Hepatitis C und nicht etwa aus blosser Wut, Aggression etc. gebissen hätte. Gleich verhält es sich im Fall des Beissens seines Sohnes, in welchem die Annahme angesichts des Kindesverhältnisses ungleich schwerer fällt, dass der Beschuldigte ihn gebissen hätte, um in gemeiner Gesinnung Hepatitis C-Viren zu verbreiten. Aus diesen Gründen ist die Anschlussberufung abzuweisen und sind die angefochtenen Freisprüche von den Vorwürfen des versuchten Verbreitens menschlicher Krankheiten zu bestätigen.

(Urteil vom 17. August 2021, STK 2020 57).

#### 4.4 Amtsmissbrauch, Freiheitsberaubung und Entführung

- *Die Fesselung während vier Stunden durch die Polizei im Rahmen eines Zuführungsauftrags des Betreuungsamtes, bei dem es zu einer Hospitalisierung und anschliessend zu einem fürsorgerischen Freiheitsentzug kam, war rechtmässig (Erw. 3 und 4).*

*Zusammenfassend zur Prozessgeschichte:*

A. (nachfolgend: Privatkläger) erstattete am 14. August 2013 Strafanzeige wegen eines Polizeieinsatzes vom 21. September 2012 gegen ihn mit anschliessender Zwangseinweisung in eine psychiatrische Klinik. Zwei Nichtahandnahmeverfügungen der Staatsanwaltschaft hob die Beschwerdekammer nach Beschwerden des Privatklägers auf. Am 28. April 2015 stellte die Staatsanwaltschaft das Verfahren gegen die vier beschuldigten Polizeibeamten betr. Amtsmissbrauch, Freiheitsberaubung und Entführung sowie Körperverletzung ein. Mit Beschluss vom 28. September 2015 hiess die Beschwerdekammer die Beschwerde des Privatklägers ein weiteres Mal teilweise gut und hob die angefochtene Verfügung auf. Die Staatsanwaltschaft stellte das Verfahren mit Verfügung vom 2. Mai 2016 erneut ein. Die Beschwerdekammer des Kantonsgerichts wies eine dagegen erhobene Beschwerde des Privatklägers am 8. August 2016 ab. Am 20. Februar 2017 hiess das Bundesgericht die Beschwerde des Privatklägers teilweise gut, hob den Beschluss des Kantonsgerichts vom 8. August 2016 auf und wies die Sache zu neuer Entscheidung an das Kantonsgericht zurück (BGer, Urteil 6B\_979/2016). Mit Beschluss vom 30. März 2017 hob die Beschwerdekammer des Kantonsgerichts die angefochtene Einstellungsverfügung auf und wies die Sache an die Staatsanwaltschaft zurück. Am 12. Juli 2019 erhob die Staatsanwaltschaft Anklage beim Strafgericht gegen die vier Beschuldigten wegen Amtsmissbrauchs (Art. 312 StGB) sowie Freiheitsberaubung und Entführung (Art. 183 StGB). Mit Urteil vom 11. Dezember 2019 sprach das Strafgericht die vier Beschuldigten von Schuld und Strafe frei, trat auf die Zivilforderung des Privatklägers nicht ein und stellte fest, dass das Beschleunigungsgebot verletzt worden sei. Gegen dieses Urteil meldete der Privatkläger Berufung an und erklärte diese gegen das begründete Urteil.

## A 4.4

### *Aus den Erwägungen:*

3. a) Gemäss Art. 312 StGB machen sich Mitglieder einer Behörde oder Beamte strafbar, die ihre Amtsgewalt missbrauchen, um sich oder einem andern einen unrechtmässigen Vorteil zu verschaffen oder einem andern einen Nachteil zuzufügen. Als Täter kommen nur Beamte und Mitglieder von Behörden in Frage, die Amtsgewalt innehaben bzw. an dieser partizipieren (Heimgartner, in: Niggli/Wiprächtiger [Hrsg.], Basler Kommentar, Strafrecht, Bd. II, 4. A., 2019, N 5 zu Art. 312 StGB). Zum einen schützt Art. 312 StGB das Interesse des Staates an zuverlässigen Beamten, welche mit der ihnen anvertrauten Machtposition pflichtbewusst umgehen, zum anderen das Interesse der Bürger, nicht unkontrollierter und willkürlicher staatlicher Machtentfaltung ausgesetzt zu werden (BGE 127 IV 209, E. 1.b; BGer, Urteil 6B\_1212/2018 vom 5. Juli 2019, E. 2.3; Urteil 6B\_214/2019 vom 15. Mai 2019, E. 4.7). Der Tatbestand erfasst u.a. die widerrechtliche Anordnung von Zwangsmassnahmen (BGer, Urteil 6B\_391/2013, E. 1.4 [betr. gesetzeswidrige Verbringung auf den Polizeiposten]; Heimgartner, a.a.O., N 8 zu Art. 312 StGB), also wenn es an den notwendigen Voraussetzungen oder allgemein an einer gesetzlichen Grundlage für einen Eingriff in Rechtsgüter fehlt (Heimgartner, a.a.O., N 8 f. zu Art. 312 StGB). Unrechtmässig ist sodann der Einsatz von Amtsgewalt zu sachfremden Zwecken bzw. aus unsachlichen Beweggründen (BGE 127 IV 209, E. 1.b; BGer, Urteil 6B\_1212/2018 vom 5. Juli 2019, E. 2.3 m.H.; Heimgartner, a.a.O., N 10 zu Art. 312 StGB). Amtsmissbrauch liegt ferner vor, wenn der Einsatz des Machtmittels zwar rechtmässig war, hierbei das erlaubte Mass an Zwang jedoch überschritten wurde (BGE 104 IV 22, E. 2; BGer, Urteil 6B\_1212/2018 vom 5. Juli 2019, E. 2.3; BGer, Urteil 6B\_391/2013 vom 27. Juni 2013, E. 1.3; Heimgartner, a.a.O., N 11 zu Art. 312 StGB; vgl. zum Ganzen auch Wyler/Michlig, in: Graf [Hrsg.], annotierter Kommentar StGB, 2020, N 6 zu Art. 312 StGB; Trechsel/Vest, in: Trechsel/Pieth [Hrsg.], Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, 3. A., 2018, N 6 zu Art. 312 StGB). In subjektiver Hinsicht ist Vorsatz erforderlich; Eventualvorsatz genügt (Heimgartner, a.a.O., N 22 zu Art. 312 StGB). Darüber hinaus muss der Amtsträger in der Absicht handeln, sich oder einem Dritten einen unrechtmässigen Vorteil zu verschaffen oder einem anderen einen (ebenfalls unrechtmässigen) Nachteil zuzufügen (Heimgartner, a.a.O., N 23 zu Art. 312 StGB). Vor- und Nachteil können materieller oder immaterieller Natur sein, so reicht beispielsweise die Absicht aus, bei der betroffenen Person massiven Ärger auszulösen, ihr einen Denkmittel zu verpassen oder sie im Hinblick auf eine Befragung zu verunsichern (Heimgartner, a.a.O., N 23 zu Art. 312 StGB; Wyler/Michlig, a.a.O., N 11 zu Art. 312 StGB).

b) Der Freiheitsberaubung macht sich strafbar, wer jemanden unrechtmässig festnimmt oder gefangen hält oder jemandem in anderer Weise unrechtmässig die Freiheit entzieht (Art. 183 Ziff. 1 StGB). Täter kann auch eine Amtsperson sein, die zur Ausübung staatlichen Zwangs berufen ist. Die Freiheitsberaubung kann zudem in mittelbarer Täterschaft begangen werden (Delnon/Rüdy, in: Niggli/Wiprächtiger [Hrsg.], Basler Kommentar, Strafrecht, Bd. II, 4. A., 2019, N 28 f. zu Art. 183 StGB). Eine unzulässige Freiheitsbeschränkung kann zum Beispiel darin bestehen, dass eine Amtsperson die betroffene Person deutlich länger festhielt, als es für eine sachgerechte Kontrolle nötig gewesen wäre (Delnon/Rüdy, a.a.O., N 18 zu Art. 183 StGB). Lehre und Rechtsprechung verlangen für die Erfüllung des Tatbestandes von Art. 183 Ziff. 1 StGB eine gewisse Intensität und Dauer der Freiheitsbeschränkung, wobei die Anforderungen an die Dauer aber in der Praxis nicht sehr hoch sind (Delnon/Rüdy, a.a.O., N 41 zu Art. 183 StGB; Trechsel/Fingerhuth, in: Trechsel/Pieth [Hrsg.], Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, 3. A., 2018, N 7 zu Art. 183 StGB). Die Freiheitsbeschränkung muss ausserdem unrechtmässig erfolgt sein bzw. es darf kein Rechtfertigungsgrund vorliegen. Ein solcher ist aber unter anderem bei fürsorglicher Unterbringung, polizeilicher Vorführung und vorläufiger Festnahme gegeben (Delnon/Rüdy, a.a.O., N 53 f. zu Art. 183 StGB). Diese grundsätzlich rechtmässigen Eingriffe in die Bewegungsfreiheit einer Person werden jedoch durch den Grundsatz der Verhältnismässigkeit beschränkt (Delnon/Rüdy, a.a.O., N 55 zu Art. 183 StGB m.w.H.).

c) Wer handelt, wie es das Gesetz gebietet oder erlaubt, verhält sich rechtmässig, auch wenn die Tat nach dem StGB oder einem anderen Gesetz mit Strafe bedroht ist (Art. 14 StGB). Polizeiliches Handeln regelt das kantonale Polizeigesetz (PolG; SRSZ 520.110). Laut § 1 Abs. 2 lit. e PolG leistet die Kantonspolizei den Verwaltungs- und Justizstellen Amts- und Vollzugshilfe, soweit die polizeiliche Mithilfe gesetzlich vorgesehen ist. Gemäss § 18 Abs. 1 PolG ist die Fesselung von Personen zulässig, wenn die Gefahr besteht, dass sie Menschen angreifen, Widerstand leisten oder Sachen beschädigen (lit. a), fliehen oder befreit werden (lit. b) oder sich töten oder schwer verletzen könnten (lit. c). Kann mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit von einem objektiven Standpunkt aus davon ausgegangen werden, der Betroffene werde sich in einer der unter lit. a-c genannten Weise verhalten, ist ein Verdacht gegeben; Gewissheit ist nicht erforderlich (Donatsch/Keller, in: Donatsch/Jaag/Zimmerlin [Hrsg.], PolG, Kommentar zum Polizeigesetz des Kantons Zürich, 2018, N 11 zu § 16 PolG-ZH). Dieser Verdacht ist begründet, falls konkrete Hinweise für diesen sprechen. Umfassende Abwägungen sind nicht vorzunehmen (Donatsch/Keller, a.a.O., N 12 zu § 16 PolG-ZH). Bei Transporten ist die Fesselung aus

## A 4.4

Sicherheitsgründen erlaubt (§ 18 Abs. 2 PolG). Im Vordergrund stehen die Sicherung vor Selbstgefährdung sowie die Eigensicherung der Polizei (Donatsch/Keller, a.a.O., N 25 zu § 16 PolG-ZH). Die Kantonspolizei darf zur Erfüllung ihrer Aufgaben unmittelbaren Zwang gegen Sachen und Personen anwenden und geeignete Hilfsmittel einsetzen (§ 20 Abs. 1 PolG). Gemäss § 20 Abs. 2 PolG hat der Ausübung unmittelbaren Zwangs eine deutliche Androhung des Zwangs vorauszugehen. Diese kann ausnahmsweise unterbleiben, wenn dadurch die Abwehr der Gefahr oder der Zweck der Massnahme vereitelt würden. Bei der Anwendung befugter polizeilicher Gewalt ist stets das Verhältnismässigkeitsprinzip zu beachten (vgl. § 5 PolG; BGE 136 I 87, E. 3.2; BGer, Urteil 6B\_816/2016 vom 20. Februar 2017, E. 2.3).

4. a) aa) Der Privatkläger machte geltend, die Polizei habe mit der Zuführung zum Betreibungsamt vier Monate gewartet, weshalb der Erledigungsdruck offensichtlich nicht so gross habe sein können. Zudem sei es um eine Steuerverzugszinsforderung von lediglich Fr. 66.00 gegangen. Auch das Bundesgericht erachte eine gewaltsame Fesselung nicht ohne Weiteres als gerechtfertigt. Bei einer derart kleinen Geldschuld dürfe eine Fesselung grundsätzlich nicht oder zumindest nur ganz kurz auf dem direkten Weg zum Betreibungsamt vorgenommen werden. Die Beschuldigten hätten im Übrigen eine Fesselung androhen können und müssen. Es habe keine Gefährdungssituation bestanden und der Privatkläger habe nie flüchten wollen. Dass er ohne Ankündigung in der Öffentlichkeit wie ein Schwerverbrecher sofort gefesselt werde, habe er nicht erwartet, und dies sei der Grund, weshalb er zusammengebrochen sei, eine Diagnose erhalten habe und an ihm eine fürsorgerische Unterbringung vollzogen worden sei. Selbst wenn von Flucht ausgegangen werde, habe das Bundesgericht festgestellt, dass eine Fesselung bei der Anwesenheit von vier Polizisten fragwürdig sei.

bb) Die Vorinstanz führte aus, es liege keine Widerrechtlichkeit vor. Um von einer Gefahr i.S.v. § 18 PolG auszugehen, brauche es keine Gewissheit, weshalb nicht umfassende Abwägungen vorzunehmen seien. Stattdessen würden konkrete Hinweise ausreichen. Derartige Hinweise hätten in Nachachtung des erstellten Sachverhalts ohne Weiteres vorgelegen. Immerhin sei es vor der Fesselung zu zwei Fluchtversuchen durch den lauten, gestikulierenden Privatkläger gekommen, und zwar nachdem er bereits vorgängig seine Weigerungshaltung mitgeteilt habe. Dieses aufsässige Verhalten habe keinen anderen Schluss zugelassen, als vom Privatkläger die Gefahr ausgegangen sei, die vier Beschuldigten anzugreifen. Immerhin habe er sich auf die Ladefläche seines Fahrzeugs begeben, auf der sich



gefährliches Arbeitswerkzeug befunden habe. Zwar habe er sich auf Aufforderung wieder von der Brücke herunterbegeben; um eine weitere Eskalation durch den aufgebrachten Privatkläger zu verhindern, habe sich dessen unverzügliche Fesselung gleichwohl angezeigt. Es habe aufgrund des rebellischen Verhaltens des Privatklägers die Gefahr bestanden, er könnte flüchten, Widerstand leisten und die Beschuldigten angreifen.

cc) Bleibt der Schuldner ohne genügende Entschuldigung der Pfändung fern und lässt er sich auch nicht vertreten, so kann ihn das Betreibungsamt durch die Polizei vorführen lassen (Art. 91 Abs. 2 SchKG). Ob eine polizeiliche Vorführung erfolgen soll, entscheidet das zuständige Betreibungsamt nach eigenem Ermessen. Die Polizei handelt in der Funktion eines Hilfsorgans und darf folglich die Rechtmässigkeit nicht überprüfen (Winkler, in: Kren Kostkiewicz/Vock [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs SchKG, 4. A., 2017, N 9 f. zu Art. 91 SchKG).

Indem die Beschuldigten dem Zuführungsauftrag des Betreibungsamts [...] nachkamen, handelten sie gestützt auf § 1 Abs. 2 lit. e PolG i.V.m. Art. 91 Abs. 2 SchKG. In Bezug auf die zeitliche Komponente stellte bereits das Bundesgericht im Urteil vom 20. Februar 2017 (6B\_979/2016) fest, die Polizeiaktion habe auf einem Gesuch um Zuführung basiert. Dass dieses bereits einige Monate vor dem Einsatz ergangen sei, ändere an der Rechtmässigkeit des polizeilichen Vollzugs nichts. Der Privatkläger könne aus der zeitlichen Verzögerung nichts zu seinen Gunsten ableiten. Die Polizei habe diese nachvollziehbar damit erklärt, dass die personellen Ressourcen aufgrund der Sommerferienzeit beschränkt gewesen seien ([ebd.] E. 2.3.1). Auch wenn die Ausführung des Zuführungsauftrags erst einige Monate später erfolgte, bestand dieser weiterhin. Die (begründete) zeitliche Verzögerung führt somit nicht bereits zur Unrechtmässigkeit des Handelns der Beschuldigten. Weil sodann die Entscheidung, ob eine polizeiliche Zuführung erfolgen soll, im Ermessen des Betreibungsamtes liegt und von der Polizei nicht überprüft werden darf, erweist sich das Vorgehen der Beschuldigten auch mit Blick auf den geringen Forderungsbetrag von Fr. 66.00, welcher den Beschuldigten ohnehin nicht bekannt war, nicht von vornherein als unrechtmässig. Zu prüfen bleibt, ob die Beschuldigten bei der Ausführung des Zuführungsauftrags verhältnismässig handelten.

Für die Beurteilung der Rechtmässigkeit der Fesselung ist der Geschehensablauf im Vorfeld der Fesselung von Bedeutung. Nachdem die Beschuldigten D. und F. den Privatkläger an dessen Wohnungstüre mit dem Zuführungsauftrag konfrontierten, eilte dieser unvermittelt zurück in seine Wohnung und begab sich zu seinem Fahrzeug, was die Beschuldigten als Fluchtversuch werteten, zumal der Privatkläger vorgängig angekündigt

## A 4.4

hatte, sich nicht freiwillig auf das Betriebsamt zu begeben. Dies bestätigte er auch anlässlich seiner Befragungen. Beim Fahrzeug angelangt, setzte er sich unaufgefordert und ohne Zustimmung der Polizisten ans Steuer. Auch dieses Verhalten konnte von den Beschuldigten aufgrund der bisher bekanntgegebenen Weigerungshaltung und dem Fluchtversuch an der Wohnungstür als weiterer Fluchtversuch gedeutet werden. Sodann begab sich der Privatkläger, nachdem er aus dem Fahrzeug befohlen worden war, wiederum unaufgefordert sowie laut schreiend und wild gestikulierend auf die Ladebrücke seines Lieferwagens, auf der sich potentiell gefährliches Arbeitswerkzeug befand. Somit schuf der Privatkläger nach den beiden Fluchtversuchen eine Situation, welche die Beschuldigten als gefährlich einschätzen konnten. Zudem manifestierte der Privatkläger sein vorgängig angekündigtes unkooperatives Verhalten, indem er sich mehrmals der Zuführung zum Betriebsamt entzog. Auch wenn der Privatkläger auf Befehl der Beschuldigten hin die Ladebrücke wieder verlassen hatte, mussten die Beschuldigten aufgrund des Verhaltens des Privatklägers sowohl mit der Gefahr weiterer Fluchtversuche als auch eines aktiven Widerstandes rechnen. Dass die Beschuldigten deshalb beschlossen, den Privatkläger zu fesseln, um die Situation auf diese Weise in den Griff zu kriegen, ist mit Blick auf § 18 Abs. 1 PolG nicht zu beanstanden. Entgegen der Ansicht des Privatklägers erscheint die Fesselung auch angesichts des Umstandes, dass vier Polizisten zugegen waren, nicht unangemessen, weil sie zuvor nicht verhindern konnten, dass sich der Beschuldigte zuerst ins Fahrzeug und danach auf die Ladebrücke begab. Ebenso wenig konnten die Beschuldigten D. und F. den ersten Fluchtversuch an der Türe verhindern.

Die Beschuldigten kündigten die Fesselung unbestrittenermassen nicht an. Der Beschuldigte D. führte dazu aus, es wäre gänzlich unpassend gewesen, die Fesselung vorgängig anzukündigen. Dies sei auch sonst kein Standardverhalten. Der Privatkläger habe sich gänzlich unkooperativ verhalten, weshalb eine vorgängige Ankündigung unpassend gewesen wäre. Aufgrund dessen, dass sich der Privatkläger nicht gewillt zeigte, die Beschuldigten auf das Betriebsamt zu begleiten, zwei Fluchtversuche unternahm, sich auf die Ladebrücke seines Lieferwagens begab, auf der sich gefährliches Werkzeug befand, er laut wurde und wild mit den Händen gestikuliert, sich mithin aufgebracht zeigte, und überdies gemäss den übereinstimmenden Angaben der Beschuldigten mit dem Privatkläger keine vernünftige Konversation geführt werden konnte, erscheint nachvollziehbar, die Fesselung vorgängig nicht anzudrohen. Eine solche Androhung hätte eine neue Eskalationsstufe bewirken können, was die Beschuldigten mit der Fesselung zu verhindern versuchten. Folglich stand zu befürchten, dass eine vorgängige Androhung dem Zweck der Fesselung entgegengestanden hätte.

Demzufolge sind weder der Umstand, dass dem Privatkläger Handschellen angelegt wurden, noch die fehlende vorgängige Androhung zu beanstanden.

b) aa) Bezüglich des Fesselungsvorgangs liess der Privatkläger ausführen, die Beschuldigten hätten selber bestätigt, dass enge Verhältnisse vorgelegen hätten. Sie hätten wissen müssen, dass es bei einer Verhaftung unter diesen engen Verhältnissen zu Verletzungen kommen könne. Es habe keine Eile bestanden, sondern die Polizei sei schlicht nur genervt gewesen. Der Schaden am Fahrzeug, welcher bei der Fesselung entstanden sei, beweise, dass übermässige Gewalt angewendet worden sei.

bb) Die Vorinstanz erwog, der angewandte Zwang gelte nicht als unverhältnismässig. Der Privatkläger sei zwar in gebeugter Haltung auf dem Rücken gebunden worden, dies habe sich angesichts seines störrischen Verhaltens jedoch angezeigt. Mit milderer Mitteln hätten sich Flucht-, Widerstands- oder Angriffsversuche nicht ausschliessen lassen. Für die Wahrung der Verhältnismässigkeit spreche, dass keine Totalfesselung, sondern einzig eine Handfesselung zum Einsatz gekommen sei, welche überdies weder übermässig eng noch schmerzhaft erfolgt sei.

cc) Wie dargelegt gibt es keine objektiven Anzeichen für die Behauptung des Privatklägers, die Beschuldigten oder einzelne von ihnen seien genervt gewesen. Aufgrund der übereinstimmenden Aussagen der Beschuldigten zeigt sich, dass sich der Privatkläger gegen die Fesselung wehrte, indem er die Hände vor dem Körper verschränkt hielt und mit aller Kraft versuchte, die Fesselung zu verhindern. Dies deckt sich mit der Aussage des Zeugen N., wonach sich der Privatkläger gegen die Fesselung gewehrt und mehrmals die Hände weggezogen habe. Wie bereits festgestellt, wurde der Privatkläger beim fraglichen Einsatz nicht verletzt. Der Privatkläger wurde aufgrund seiner Gegenwehr vornüber gebeugt auf die Motorhaube des Fahrzeugs des Zeugen V. gedrückt; aus der entstandenen Delle am Fahrzeug des Zeugen V. ist jedoch nicht auf eine übermässige Gewalteinwirkung auf den Privatkläger zu schliessen. Diese Vorgehensweise der Polizei entspricht – soweit aufgrund der Umstände zwischen den Fahrzeugen möglich – der Methode „stehend abgestützt“, die gemäss der Lernschrift Personenkontrolle/Anhaltung von Personen, welche die Basis für die Ausbildung von Polizisten bildet, bei einer Festnahme von Personen mit passivem Widerstand zur Anwendung kommen sollte. Angesichts dessen erfolgte die Fesselung vorschriftsgemäss und es liegt keine unverhältnismässige Gewaltanwendung vor.

## A 4.4

c) aa) Der Privatkläger liess weiter erklären, es habe keine gesetzliche Grundlage zur polizeilichen Begleitung und Überführung in ein Spital oder eine Zuführung via Spital bestanden. Die Fesselung und die Begleitung seien rechtswidrig gewesen, denn eine Zuführung habe direkt zu geschehen und dürfe nicht über Umwege und so lange dauern, wie dies vorliegend der Fall gewesen sei. Die vier Beschuldigten hätten ihre staatliche Gewalt missbraucht, indem sie ohne gesetzliche Grundlage statt einer Zuführung zum Betreibungsamt eine Zuführung ins Spital durchgeführt hätten. Sodann sei die Fesselung im Spital rechtswidrig gewesen. Obwohl der Privatkläger sich nicht gewehrt habe, seien ihm die Fesseln nie abgenommen worden. Nur weil irgendwo eine Schere herumgelegen habe, rechtfertige dies nicht eine Überwachung durch vier Polizisten und eine Fesselung. Es habe für die Fesselung keine rechtliche Grundlage mehr gegeben. Das sei nicht ein polizeilicher Transport gewesen, sondern ein Transport aus Krankheitsgründen. Einen Kranken auch noch zu fesseln, nachdem der Auftrag der Zuführung zum Betreibungsamt schon lange beendet gewesen sei, sei eine Freiheitsberaubung. Die Polizei habe nach der Übergabe an die Ambulanz, welche die Zuführung zum Betreibungsamt unterbrochen habe, überhaupt keinen Haft- bzw. Gewahrsamsgrund mehr gehabt und hätte weder beim Transport mit der Ambulanz noch im Spital oder danach dabei sein dürfen. Ebenso sei ein Fesselungsgrund entfallen, weil jeglicher Vollzugsgrund weggefallen sei. Auch in diesem Zusammenhang liege daher Amtsmissbrauch und Freiheitsberaubung vor. Der Privatkläger sei nie gewalttätig gewesen, auch nicht gegenüber der Polizei und schon gar nicht gegenüber einem Arzt. Nur weil § 18 Abs. 2 PolG eine Fesselung bei Transporten zulasse, bedeute dies nicht, dass eine Fesselung immer angemessen sei.

bb) Die Vorinstanz erklärte, es sei nicht zu beanstanden, dass der Privatkläger im Spital nicht losgebunden worden sei. Solches habe er auch nicht verlangt. Stattdessen sei er regungslos geblieben und habe mit diesem Verhalten weiterhin versucht, sich der Zuführung an das Betreibungsamt zu widersetzen. Wäre er losgebunden worden, wäre die Flucht-, Widerstands- und Angriffsfahrer neu aufgelebt, zumal die Zuführung an das Betreibungsamt nach wie vor im Raum gestanden habe. Das Vorgehen der Beschuldigten habe zudem nachträglich Bestätigung gefunden, weil auch den medizinischen Berichten zufolge eine Fremdgefährdung nicht habe ausgeschlossen werden können.

cc) Entgegen der Ansicht des Privatklägers war der Zuführungsauftrag der Polizei mit dem Aufgebot der Ambulanz bzw. der Übergabe des Privatklägers an diese noch nicht beendet. Die Beschuldigten gingen aufgrund des Verhaltens des Privatklägers davon aus, dass er seine Bewusstlosigkeit

nur vortäuschte. Allerdings konnten sie eine medizinische Ursache nicht gänzlich ausschliessen, weshalb sie sich gezwungen sahen, die Ambulanz anzubieten. In beiden Fällen drängte sich eine Begleitung des Privatklägers ins Spital auf, weil einerseits eine Zuführung zum Betreibungsamt im Falle einer bloss vorgetäuschten Bewusstlosigkeit nach wie vor möglich gewesen wäre und weil andererseits aus der Hilfespflicht der Polizei (vgl. EGMR, Scavuzzo-Hager, u. Mitb. gegen Schweiz, Nr. 41773/98 vom 7. Februar 2006, Ziff. 64 ff.; vgl. für das PolG-ZH: Donatsch/Keller, a.a.O., N 1 zu § 15 PolG-ZH), eine Begleitung angezeigt gewesen wäre. Weil die Beschuldigten zu diesem Zeitpunkt nicht ausschliessen konnten, dass der Privatkläger seine Bewusstlosigkeit nur vortäuschte, mussten sie weiterhin von Flucht-, Widerstands- und Angriffsfahr ausgehen, weshalb eine Fesselung auch während des Transports ins Spital durch § 18 Abs. 2 PolG gerechtfertigt war.

dd) Zwar verhielt sich der Privatkläger, nachdem er im Anschluss an die Fesselung zu Boden gegangen war, tatsächlich nur noch passiv. Der Grund für seine Passivität war aber nicht bekannt und die Beschuldigten schlossen eine Fluchtgefahr sowie eine Fremd- und Eigengefährdung auch im Spital nachvollziehbar nicht aus. Dass die Situation im Spital unklar blieb, zeigte sich insbesondere daran, dass die Überweisung in die psychiatrische Klinik R. erfolgte, weil eine Fremd- und Eigengefährdung auch von ärztlicher Seite nicht ausgeschlossen werden konnte und weitere Abklärungen nötig waren. Die Fesselung war deshalb gestützt auf § 18 Abs. 1 PolG weiterhin zulässig. Der Beschuldigte machte sodann geltend, die ständige Beobachtung und Begleitung durch die Beschuldigten stelle eine sog. weisse Folter dar. Indem sich die Beschuldigten nicht unmittelbar am Spitalbett des Privatklägers aufhielten und ihn stattdessen gefesselt liessen, trugen sie diesem Umstand Rechnung und wählten somit das mildeste Mittel, um der weiterhin bestehenden Fluchtgefahr sowie der nicht auszuschliessenden Fremd- und Eigengefährdung vorzubeugen. Die Fesselung erweist sich somit auch für den Spitalaufenthalt als verhältnismässig. Im Übrigen verlangte das medizinische Personal zu keinem Zeitpunkt das Entfernen der Handschellen, mithin wurden aus medizinischer Sicht keine Bedenken gegen die Fesselung geäussert.

ee) Auch wenn durch die Überweisung in die psychiatrische Klinik die Zuführung zum Betreibungsamt unmöglich wurde, liess sich eine Fremd- und Eigengefährdung nicht ausschliessen (vgl. E. 4.c.dd), was genügt, um eine Fesselung beim Transport zu rechtfertigen (vgl. § 18 Abs. 2 PolG). Hinzu kommt, dass die Einweisung in die psychiatrische Klinik im Anschluss an den Polizeieinsatz erfolgte bzw. daraus resultierte, weshalb

## A 5.1

eine Begleitung durch die Polizei auch aufgrund der polizeilichen Hilfe-  
pflicht geboten war (vgl. E. 4.c.cc).

(Urteil vom 15. Dezember 2020, STK 2020 18; eine Beschwerde in  
Strafsachen wurde mit BGer 6B\_521/2021 vom 20. August 2021 abge-  
wiesen, soweit darauf einzutreten war).

---

## 5. Strafprozessrecht

---

### 5.1 Einsicht der Privatklägerschaft in psychiatrische Akten

- *Die Parteien haben das Recht, sich zu einem Gutachten zu äussern und in diesen Beweis Einsicht zu nehmen (Erw. 2).*
- *Anforderungen an die Darlegung der Geheimhaltungsinteressen des Beschuldigten (Erw. 4.a).*
- *Die Interessen der Privatklägerin an der Akteneinsicht überwiegen die durch den Beschuldigten geltend gemachten Interessen an der Geheimhaltung (Erw. 4.b-d).*

*Aus den Erwägungen:*

2. Für jede Strafsache wird ein Aktendossier angelegt, u.a. mit den von der Strafbehörde zusammengetragenen Akten (Art. 100 StPO). Die Parteien können spätestens nach der ersten Einvernahme der beschuldigten Person und der Erhebung der übrigen wichtigsten Beweise durch die Staatsanwaltschaft vorbehaltlich von Art. 108 StPO die Akten des Strafverfahrens einsehen (Art. 101 Abs. 1 StPO). Die Strafbehörden können befristet oder auf einzelne Verfahrenshandlungen begrenzt das Akteneinsichtsrecht einschränken, wenn dies zur Wahrung privater Geheimhaltungsinteressen erforderlich ist (Art. 108 StPO). [...]. Grundsätzlich besteht ein umfassendes Akteneinsichtsrecht, Einschränkungen sind nur auf der Grundlage von Art. 108 StPO möglich (Oberholzer, Grundzüge des Strafprozessrechts, 4. A. 2020, N 638), [...]. Die Parteien haben das Recht, bei Beweiserhebungen durch die Staatsanwaltschaft und die Gerichte anwesend zu sein (Art. 147 Abs. 1 StPO), und es bleibt wiederum vorab festzuhalten (vgl. schon BEK 2020 161 vom 4. Januar 2021 E. 2):

a) Staatsanwaltschaft und Gerichte ziehen eine oder mehrere sachverständige Personen bei, wenn sie nicht über die besonderen Kenntnisse

und Fähigkeiten verfügen, die zur Feststellung oder Beurteilung eines Sachverhalts erforderlich sind (Art. 182 StPO). Besteht ernsthafter Anlass, an der Schuldfähigkeit der beschuldigten Person zu zweifeln, so ordnet die Untersuchungsbehörde oder das Gericht die psychiatrische Begutachtung durch eine sachverständige Person an (Art. 20 StGB). Die Verfahrensleitung gibt den Parteien vorgängig Gelegenheit, sich zur sachverständigen Person und zu den Fragen zu äussern und dazu eigene Anträge zu stellen (Art. 184 Abs. 3 StPO). Nach Vorliegen des Gutachtens steht es den Parteien frei, sich dazu im Rahmen ihrer gesetzlich vorgesehenen Stellungnahmen zu äussern und entsprechende Beweis- und Ergänzungsanträge zu stellen (Art. 188-189 und Art. 318 StPO; BGE 144 I 253 E. 3.8 m.H.).

b) Die Strafbehörden nehmen Beweisgegenstände vollständig und im Original, Urkunden allenfalls in Kopie zu den Akten und die Parteien können im Rahmen der Vorschriften über die Akteneinsicht die Beweisgegenstände einsehen (Art. 192 StPO).

3. Vorliegend bezieht sich das ganze Aktendossier auf Sachverhalte, durch welche die Privatklägerin geschädigt oder an welchen sie beteiligt ist, [...].

4. Informationen aus den Untersuchungsakten, welche die Privatklägerin zur Wahrung ihrer allfälligen Zivilansprüche (Art. 122-126 i.V.m. Art. 119 Abs. 2 lit. b StPO) und zur Prüfung der Strafklage und zwar hinsichtlich der Verfolgung und der Bestrafung (Art. 119 Abs. 2 lit. a StPO) sachlich benötigt und die keinem überwiegenden Geheimnisschutzinteresse des Beschuldigten entgegenstehen (Art. 102 Abs. 1 und Art. 108 Abs. 1 lit. b StPO), unterliegen grundsätzlich der Akteneinsicht (BGer 1B\_245/2015 vom 12. April 2016 E. 6.2). Die Akteneinsicht der Privatklägerin ist vom Gesetz her denn auch an keine Voraussetzungen bzw. keinen zusätzlichen Nachweis eines Interesses gebunden, sondern unterliegt nur den Einschränkungen von Art. 108 Abs. 1 StPO (Schmutz, BSK, 2. A. 2014, Art. 101 StPO N 11; OGZH ZR 2014 Nr. 12 sowie UH120280 vom 2. November 2012 S. 4 f.; vgl. auch Lieber, SK, 3. A. 2020, Art. 108 StPO N 3a m.H.). Die Ausnahmen nach Art. 108 Abs. 1 StPO sind zurückhaltend und unter Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit anzuwenden (BGer 1B\_130/2014 vom 2. September 2014 E. 1.4.1 m.H. auf BBI 2006 1164; Oberholzer, ebd.; Brüscheiler/Grünig, SK, 3. A. 2020, Art. 101 N 9b differenzierend zum Ganzen m.w.H.). Daher darf das Akteneinsichtsrecht nur solange und soweit beschränkt werden, als dies zur Wahrung der überwiegenden öffentlichen oder privaten Interessen notwendig ist (Art. 108 Abs. 3 StPO). Abzuwägen ist zwischen dem

## A 5.1

Akteneinsichtsrecht einerseits und anderen schutzwürdigen Interessen der Parteien andererseits. Das Akteneinsichtsrecht kann somit eingeschränkt werden, wenn es aufgrund einer Interessenabwägung darum geht, höherwertige private oder öffentliche Geheimhaltungsinteressen sowohl von Verfahrensbeteiligten als auch von Dritten zu wahren (BEK 2014 2 vom 20. März 2014 E. 5.b). Wer die Akteneinsicht durch eine Partei des Strafverfahrens beschwerdeweise anfechten will, hat seine (angeblichen) berechtigten Geheimhaltungsinteressen ausreichend zu substantiieren, zumal die Partei einen gesetzlichen und verfassungsmässigen Anspruch auf Akteneinsicht hat und deren Beschränkung die Ausnahme bildet (BGer 1B\_194/2013 vom 16. Januar 2014 E. 4.2.2; BEK 2014 2 ebd.; so schon BEK 2020 161 vom 4. Januar 2021 E. 4).

a) [...] in vorliegender Beschwerde beruft sich der Beschuldigte pauschal auf Interessen an der Wahrung seiner Privat- und Intimsphäre, ohne darzulegen, in Bezug auf welche konkreten Inhalte der psychiatrischen Unterlagen seine Interessen diejenigen der Privatklägerin an der Akteneinsicht überwiegen würden. Der Beschuldigte muss aber substantiieren, bezüglich welcher konkreter Inhalte sein Interesse an der Geheimhaltung überwiegt (vgl. vor lit. a). Die Privatklägerin ist zur Darlegung des Überwiegens ihrer Interessen nicht in der Lage, da ihr das Gutachten und die Verlaufsberichte bis zur Gewährung der Einsicht verschlossen sind. Nachdem die Staatsanwaltschaft in der angefochtenen Verfügung vollumfängliche Akteneinsicht in die Verlaufsberichte und das inzwischen erstellte Gutachten gewährt, müsste der Beschuldigte als Beschwerdeführer datur, warum welche Geheimnisse keine bzw. allenfalls inwieweit nur eine beschränkte Akteneinsicht zulassen, was er vorliegend unterlässt. An einer konkreten Bezeichnung der fraglichen Inhalte, ohne diese selber durch seine Darstellung im Verfahren parteiöffentlich zu machen, ist der Beschuldigte nicht gehindert. Er kann mit Seiten und Abschnitten in den Unterlagen aufzeigen, welche besonders intime, schützenswerte Angaben enthalten, die seiner Auffassung nach geheim zu halten sind und kann sich nicht damit begnügen einen einzigen Abschnitt im Gutachten zu bezeichnen, in welchen die Privatklägerin allenfalls partiell Einsicht nehmen können soll („Deliktdynamik“). Es ist nicht Sache der Beschwerdeinstanz die psychiatrischen Unterlagen nach entsprechenden Stellen zu durchsuchen, an deren Geheimhaltung er mutmasslich überwiegend interessiert sein könnte. Aus diesen Gründen kann auf seine Beschwerde nicht eingetreten werden.

b) Im Weiteren trifft es zwar zu, dass die Privatklägerschaft stets unmittelbar durch eine Tat verletzt sein muss, der Beschuldigte übersieht indes, dass Privatkläger je nach Fall in einem sehr unterschiedlichen Ausmass



betroffen sein können. Dass hier, wie die Staatsanwaltschaft ausführt, die im Straf- und Zivilpunkt als Privatklägerin auftretende Tochter stark (so weit ersichtlich in einem im Vergleich zu BGer 6B\_224/2013 vom 27. Januar 2015 ungleich schwerwiegenderen Ausmass) betroffen ist, bestreitet er zu Recht nicht. Hinzu kommt, wie die Tochter zutreffend geltend macht, dass sie nicht irgendein aussenstehendes Opfer ist. [...].

c) Unter diesen Umständen liegt das erhebliche Interesse der Privatklägerin auf der Hand, sich von der Tat des Beschuldigten aufgrund der fachlichen Begutachtung ein Bild zum Vorliegen einer psychischen Störung, zur Schuldfähigkeit, zur Rückfallgefahr sowie zu einer Massnahme hinsichtlich des Gewaltdelikts machen zu können. Auch die Berichte über die psychiatrische Begleitung des Beschuldigten nach seiner Tat sind für die Privatklägerin von Bedeutung. Auch wenn diese Informationen primär den Strafpunkt betreffen, sind sie angesichts des zu untersuchenden Verdachts eines Tötungsdelikts im Schuldpunkt nicht unerheblich, abgesehen davon, dass die Privatklägerin das Recht zur Strafklage auch in Bezug auf die Verfolgung und Bestrafung des Beschuldigten hat (Art. 119 Abs. 2 lit. a StPO). Sollten sich die psychiatrischen Fachpersonen auch nicht zur Tatbestandsqualifikation äussern, folgt daraus nicht, dass ihre in dieser Hinsicht neutral zu haltenden Einschätzungen die diesbezügliche strafrichterliche Beurteilung nicht beeinflussen können.

d) Weiter macht die Privatklägerin zutreffend geltend, die psychiatrischen Aspekte würden auch die Einschätzung der Schuldfähigkeit bei der Beurteilung des Zivilanspruchs beeinflussen können. Art. 53 OR, wonach der Richter bei der Beurteilung der Schuld oder Nichtschuld, der Urteilsfähigkeit oder Urteilsunfähigkeit etc. nicht an die strafrechtlichen Bestimmungen bzw. das Strafurteil gebunden ist, gilt im Verhältnis zu einer vom Strafrichter beurteilten Adhäsionsklage nicht (Müller, CHK, 3. A. 2016, Art. 53 OR N 3). Umso weniger ist ersichtlich, inwiefern der Privatklägerin zur Verfolgung ihrer Zivilansprüche an der Beantwortung der Frage des Verschuldens, mithin in subjektiver Hinsicht der Gegenstand des Gutachtens bildenden Urteilsfähigkeit des Beschuldigten nicht ein erhebliches Interesse haben soll. Dagegen ist weder dargetan noch ersichtlich, inwiefern die Akteneinsicht der Privatklägerin den Beschuldigten im Strafprozess zusätzlich unter Druck setzen oder in seinen Verteidigungsrechten, namentlich auch, sich selber nicht belasten zu müssen, beeinträchtigen könnte. Schliesslich könnte das Gutachten auch in einem separaten Zivilverfahren ediert werden, wobei die Teilnahme der Parteien an dieser Beweiserhebung verfassungs- und konventionsrechtlich garantiert wäre (vgl. Dolge, BSK, 3. A. 2017, Art. 183 ZPO N 19 und 36).

(Beschluss vom 9. März 2021, BEK 2021 6).

## A 5.2

### 5.2 Parteistellung der IV-Stelle

- Die IV-Stelle ist ein Versicherungsträger nach Art. 79 Abs. 3 ATSG und mithin eine Behörde im Sinne von Art. 104 Abs. 2 StPO (Erw. 3.a).
- Für die Parteistellung der IV-Stelle ist massgebend, ob alle in zeitlicher und räumlicher Hinsicht natürlich miteinander verbundenen Sachverhaltelemente des erheblichen Lebensvorganges einen der in Art. 79 Abs. 3 ATSG aufgeführten Straftatbestände erfüllen könnten (Erw. 3.b).

*Aus den Erwägungen:*

3. Parteien sind im Vorverfahren die beschuldigte Person und die Privatklägerschaft (Art. 104 Abs. 1 lit. a und b StPO); die Staatsanwaltschaft ist erst im Haupt- und Rechtsmittelverfahren quasi Partei (ebd. lit. c). Die öffentlichen Interessen an der strafrechtlichen Verfolgung und Verurteilung der beschuldigten Person nimmt im Strafverfahren die Staatsanwaltschaft wahr. Weitere Verwaltungseinheiten sind nur ausnahmsweise bei entsprechender gesetzlicher Grundlage zuzulassen. So können gemäss Art. 104 Abs. 2 StPO Bund und Kantone zusätzlich zur Staatsanwaltschaft weiteren Behörden, die öffentliche Interessen zu wahren haben, volle oder beschränkte Parteirechte einräumen. Dies erfordert eine klare gesetzliche Grundlage und hat mit der Frage der Geschädigteneigenschaft wie erwähnt nichts zu tun. Die Behörde tritt als Partei sui generis, nicht aber als Privatklägerin im Strafprozess auf (vgl. Mazzuchelli/Postizzi, BSK, 2. A. 2014, Art. 115 N 41 StPO; dazu BGer 1B\_158/2018 vom 11. Juli 2018 E. 2.6). Die Beschwerdeführerin kritisiert, in der angefochtenen Verfügung sei Art. 79 Abs. 3 ATSG nicht näher geprüft worden.

a) Nach neu eingefügtem, am 1. Oktober 2019 in Kraft getretenem Art. 79 Abs. 3 ATSG kann der Versicherungsträger im Strafverfahren wegen Verletzung von Art. 148a StGB und Art. 87 AHVG die Rechte einer Privatklägerschaft wahrnehmen. Der Begriff Versicherungsträger bezieht sich auf diejenigen Behörden, welche die Verwaltung vornehmen („tragen“, BGE 143 III 79 E. 3.3.1 m.H.). Die Invalidenversicherung wird abschliessend durch Bundesrecht geregelt. Gemäss Art. 53 Abs. 1 IVG wird sie durch die IV-Stellen in Zusammenarbeit mit den Organen der Alters- und Hinterlassenenversicherung durchgeführt. Die Kantone errichten die IV-Stellen in der Form kantonaler öffentlich-rechtlicher Anstalten mit eigener Rechtspersönlichkeit (Art. 54 Abs. 2 IVG). In funktioneller Hinsicht sind die kantonalen IV-Stellen als dezentralisierte Verwaltungseinheiten des Bundes zu betrachten, welche primär Träger einer im Bundesrecht

verankerten und von der Bundesverwaltung beaufsichtigten Vollzugsaufgabe sind (BGer 1C\_506/2019 vom 28. Februar 2020 E. 3 m.H.). Die IV-Stelle ist somit ein Versicherungsträger nach Art. 79 Abs. 3 ATSG und mithin eine Behörde im Sinne von Art. 104 Abs. 2 StPO, der öffentlich-rechtliche Aufgaben und hoheitliche Befugnisse übertragen sind (BGE 144 IV 240).

Art. 79 Abs. 3 ATSG ist indes nach dem Wortlaut klar auf die genannten Tatbestände beschränkt, was angesichts der weitergehenden Vernehmlassungsanliegen nicht als gesetzgeberisches Versehen betrachtet werden darf (vgl. auch BEK 2017 157 vom 15. November 2018 = EGV-SZ 2018 A 5.2 E. 1.b sowie BEK 2019 180 vom 27. Dezember 2019 = EGV-SZ 2019 A 5.2 E. 3.b). Insoweit erscheint die Schlussfolgerung der Staatsanwaltschaft in der Beschwerdeantwort begründet, dass die Bestimmung vorliegend nicht einschlägig sei, weil Anzeige wegen Betrugs im Sinne von Art. 146 StGB und Urkundenfälschung erstattet und eine Strafuntersuchung wegen dieser Tatbestände bzw. eines in sachverhältnismässiger als auch rechtlicher Hinsicht komplexen, von Art. 79 Abs. 3 ATSG nicht erfassten Abrechnungsbetruges eröffnet worden sei (vgl. KG-act. 3 S. 2 vorletzter Absatz). Soweit sich die Beschwerdeführerin auf das der zuletzt erwähnten kantonserichtlichen Rechtsprechung (BEK 2019 180 vom 27. Dezember 2019 = EGV-SZ 2019 A 5.2) zugrundeliegende Strafverfahren bezieht, in welchem die Staatsanwaltschaft sie im Strafpunkt nach Art. 119 Abs. 2 lit. a StPO als Strafklägerin zugelassen habe, verkennt sie, dass damals eventualiter auch der Tatbestand von Art. 87 AHVG verzeigt worden war (ebd. E.1) und im Beschwerdeverfahren nur noch ihre Zulassung als Zivilklägerin zur Diskussion stand.

b) Die Begründung der Staatsanwaltschaft läuft letztlich darauf hinaus, Art. 79 Abs. 3 ATSG beziehe sich nur auf die Tatbestände von Art. 148a StGB und Art. 87 AHVG, weshalb die Beschwerdeführerin in einer wegen Art. 146 und Art. 251 StGB eröffneten Strafuntersuchung keine Parteistellung beanspruchen könne. Ob es sich damit so verhält, wie es der Wortlaut von Art. 79 Abs. 3 ATSG nahelegt (vgl. oben lit. a), ist nachfolgend zu prüfen.

aa) Die Staatsanwaltschaft eröffnet zwar die Untersuchung in einer Verfügung, worin sie den Beschuldigten und die Straftat bezeichnet, die ihm zur Last gelegt wird (Art. 309 Abs. 3 StPO). Das bedeutet aber nicht, dass die Beschwerdeführerin mit der Eröffnungsverfügung der Staatsanwaltschaft, welche sich weder auf Art. 148a StGB noch Art. 87 AHVG bezieht, endgültig von der Strafuntersuchung als Partei ausgeschlossen zu betrachten wäre. Die Eröffnungsverfügung ist nicht anfechtbar und braucht weder begründet noch eröffnet zu werden (Art. 309 Abs. 3 StPO). Sie ist daher

## A 5.2

für die Parteistellung der Beschwerdeführerin nicht verbindlich. Gelangt die Staatsanwaltschaft während des weiteren Verlaufs der Untersuchung im gleichen Sachverhalt zu einer anderen rechtlichen Qualifikation, bedarf es keiner neuen Verfügung, sondern nur der Information des Beschuldigten bei der nächsten Gelegenheit (Riklin, OFK, 2. A. 2014, Art. 309 StPO N 9 m.H. auf Art. 158 Abs. 1 StPO).

bb) Die neuere bundesgerichtliche Rechtsprechung im Strafrecht geht im Unterschied zum Zivilrecht (dazu vgl. BEK 2019 155 vom 10. März 2020 = CAN 3-20 Nr. 58 E. 2.b) von einem natürlichen Tatbegriff bzw. „Taten im prozessualen Sinne“ aus, worunter unabhängig von der rechtlichen Qualifikation alle in zeitlicher und räumlicher Hinsicht natürlich miteinander verbundenen Sachverhaltselemente eines Lebensvorganges fallen (vgl. BGE 144 IV 362 E. 1.3; BGer 6B\_888/2019 vom 9. Dezember 2019 E. 1.3.2 = ius.focus 1/2020 S. 30; zum Problem der Teileinstellung s. Ackermann, *forum*poenale, 1/2017 S. 47 f.). Mithin ist entgegen der angefochtenen Verfügung ein Strafverfahren nicht in Bezug auf einzelne Straftatbestände wie Betrug und Urkundenfälschung, sondern im Sachverhalt einzustellen (BEK 2020 31 vom 24. August 2020 E. 3.a). In dieser Rechtsprechung der sog. einfachen Tatidentität bleiben die rechtliche Qualifikation oder das Konkurrenzverhältnis zwischen den anwendbaren Strafnormen ohne Bedeutung (BGer 6B\_1053/2017 vom 17. Mai 2018 E. 4.1 m.H.). Im Sinne dieses natürlichen Tatbegriffs ist auch für die Beantwortung der Frage der Parteistellung der Beschwerdeführerin massgebend, ob alle in zeitlicher und räumlicher Hinsicht natürlich miteinander verbundenen Sachverhaltselemente des vorliegend erheblichen Lebensvorganges einen der in Art. 79 Abs. 3 ATSG aufgeführten Straftatbestände erfüllen könnten.

aaa) Nach Art. 148a StGB wird bestraft, wer jemanden durch unwahre oder unvollständige Angaben, durch Verschweigen von Tatsachen oder in anderer Weise irreführt oder in einem Irrtum bestärkt, sodass er oder ein anderer Leistungen einer Sozialversicherung oder der Sozialhilfe bezieht, die ihm oder dem anderen nicht zustehen. Diese Bestimmung ist ein Aufgangtatbestand für leichtere Fälle, in denen der Betrugstatbestand nicht Anwendung findet, weil der Täter etwa nicht arglistig handelte (BBI 2013 S. 6004), sie ist mithin gegenüber dem Betrugstatbestand nur subsidiär anwendbar (Donatsch, OFK, 20. A. 2018, Art. 148a StGB N 11). Sie trat indes erst nach der Strafanzeige der Beschwerdeführerin am 1. Oktober 2016 in Kraft, weshalb sie bei Ausfall des Betrugstatbestandes auf die verzeigten Sachverhalte nicht als milderes Recht Anwendung finden dürfte (Art. 2 Abs. 2 StGB), was vorliegend jedoch nicht abschliessend beurteilt werden muss, wenn die Beschwerdeführerin als Straflägerin auftreten

könnte, weil eine Strafverfolgung des Beschuldigten wegen Art. 87 AHVG nicht von vornherein auszuschliessen ist.

bbb) Wer durch unwahre oder unvollständige Angaben oder in anderer Weise für sich oder einen anderen eine Leistung auf Grund dieses Gesetzes erwirkt, die ihm nicht zukommt, macht sich nach Art. 87 AHVG (SR 831.10) eines Vergehens strafbar, sofern nicht ein mit einer höheren Strafe bedrohtes Verbrechen oder Vergehen des Strafgesetzbuches vorliegt. Diese Strafbestimmung findet auch auf Personen Anwendung, die in entsprechender Weise Vorschriften der Invalidenversicherung verletzen (Art. 70 IVG). Mit den Strafbestimmungen in den Sozialversicherungsgesetzen wollte der Gesetzgeber namentlich mit Blick auf die begrenzten finanziellen Mittel des öffentlichen Haushalts, den zielgerichteten und effizienten Einsatz dieser Mittel sowie die allgemeinen Grundsätze des Verwaltungsrechts sicherstellen, dass Sozialversicherungsleistungen nur an Personen ausbezahlt werden, welche die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllen. Schutzzweck der Normen sind die rechtmässige, möglichst effiziente und rechtsgleiche Durchführung der Sozialversicherung sowie Treu und Glauben im Verkehr zwischen Behörden und Leistungen beanspruchenden Personen (BGE 140 IV 11 E. 2.4.6 m.H.). Die Beschwerdeführerin stützte sich in Bezug auf ihre Verpflichtung zur Strafanzeige auch auf Art. 87 ff. AHVG ab (vgl. oben E. 1). Die Staatsanwaltschaft führte wie gesagt aus, es handle sich um einen komplexen zahnärztlichen Abrechnungsbetrug im Sinne von Art. 146 StGB, welcher durch Art. 79 Abs. 3 ATSG nicht erfasst sei. Solange sie indes, was sie weder in der angefochtenen Verfügung noch in der Beschwerdeantwort ausdrücklich tut, nicht sachverhaltsmässig ausschliesst, dass bei Ausfall des Betruges auch eine Verurteilung nach Art. 87 Abs. 1 AHVG i.V.m. Art. 70 IVG infrage kommen könnte, sind die gesetzlichen Grundlagen für die zusätzliche Vertretung der öffentlichen Interessen durch die Beschwerdeführerin gestützt auf Art. 104 Abs. 2 StPO i.V.m. Art. 79 Abs. 3 ATSG vorläufig nicht entfallen und kann ihr die Parteistellung nicht aberkannt werden.

cc) Mithin kann die Parteistellung der Beschwerdeführerin solange nicht verneint werden, als der zu untersuchende Lebenssachverhalt auch den Tatbestand von Art. 87 Abs. 1 AHVG i.V.m. Art. 70 IVG erfüllen könnte. Weil die Beschwerdeführerin als Partei im Sinne von Art. 104 Abs. 2 StPO zu betrachten ist und sie sich nicht innert der Frist von 118 Abs. 3 StPO konstituieren muss, ist sie auch noch vor Gericht zugelassen und kann eine Verurteilung wegen Art. 87 AHVG für den Fall vertreten, soweit eine solche nicht durch einen Schuldspruch wegen Betrugs oder Urkundenfälschung entfallen würde. Abgesehen davon ist der Strafrichter

## A 5.3

nicht an die rechtliche Würdigung der Staatsanwaltschaft gebunden (vgl. etwa Art. 333 Abs. 1, Art. 344 und Art. 350 StPO).

(Beschluss vom 26. Februar 2021, BEK 2020 191).

### 5.3 Untersuchungshaft

- *Die vorinstanzlichen Feststellungen zum dringenden Tatverdacht sind zutreffend und verletzen das rechtliche Gehör des Beschuldigten nicht (Erw. 2.a).*
- *Der dringende Tatverdacht ist nicht hinsichtlich der in der Eröffnungsverfügung der Staatsanwaltschaft genannten Straftatbestände, sondern hinsichtlich der möglichen Strafbarkeit von Lebensvorgängen zu beurteilen (Erw. 2.b).*
- *Es ist grundsätzlich zulässig, zur Begründung des dringenden Tatverdachts auf vorgängige Entscheide betreffend die gleiche Sache und die gleichen Verfahrensbeteiligten zu verweisen (Erw. 3.b).*

*Aus den Erwägungen:*

1. Die Staatsanwaltschaft eröffnete am 29. November 2020 gegen den Beschuldigten eine Strafuntersuchung betreffend strafbaren Vorbereitungshandlungen (Art. 260bis StGB) und Schreckung der Bevölkerung (Art. 258 StGB). Sie dehnte diese am 18. Februar 2021 auf Widerhandlungen gegen das Waffengesetz und das Betäubungsmittelgesetz aus [...].

2. Der selbständige Haftgrund der Ausführungsfahr setzt nicht zwangsläufig den dringenden Tatverdacht eines bereits begangenen Delikts voraus (BGE 140 IV 19 E. 2.1.1.; BEK 2019 122 vom 15. Juli 2019 E. 2 mit Hinweisen; Forster, BSK, 2. A. 2014, Art. 221 StPO N 16; Gfeller/Bigler/Bonin, Untersuchungshaft, 2017, Rz 563). Es muss aber ein Strafverfahren wegen eines Delikts im Gang sein (Riklin, OFK, 2. A. 2014, Art. 221 StPO N 5), was vorliegend unbestritten der Fall ist. Da die Staatsanwaltschaft und der Zwangsmassnahmenrichter jedoch auch Wiederholungsgefahr annehmen, ist zunächst auf den allgemeinen Haftgrund des dringenden Tatverdachts einzugehen (Art. 221 Abs. 1 StPO).

a) Die im Zusammenhang mit der Beurteilung des wiederum in vorliegendem Verlängerungsantrag der Staatsanwaltschaft geschilderten dringenden Tatverdachts dem Vorderrichter vorgeworfenen Gehörsverletzungen sind haltlos. Der Vorderrichter stützte in der Haftanordnungsverfügung

vom 1. Dezember 2020 den dringenden Tatverdacht hinsichtlich von Drohungen, schwere Verbrechen gegen Leib und Leben von Personen auszuüben, zutreffend auf die Akten ab. Daraus ergibt sich ein dringender Tatverdacht für strafrechtlich relevantes Handeln des Beschuldigten. So schrieb der Beschuldigte etwa von angeblichen Missständen und droht namentlich genannten vier Herren als mutmasslichen Verantwortlichen damit, spätestens ab dem Jahr 2021 die Jagd auf sie zu eröffnen bzw., dass ihre Zeit spätestens ab dem Jahr 2021 ablaufe. Der Beschuldigte wird ferner nicht nur durch Aktennotizen von Polizeibeamten belastet. Die Oberstaatsanwaltschaft notierte über ein rund einstündiges Telefonat vom 13. November 2018, in welchem sich der Beschuldigte ausführlich über die Korruptheit von Richtern und Staatsanwälten im Kanton sowie auch des Bundesgerichts ausliess, die verhinderten, dass er zu seinem Recht gelange [...]. Gegen Ende des Telefonats wurde der Beschuldigte gefragt, ob er sich nicht einmal an die KESB wenden wolle, um allenfalls dort Hilfe zu erhalten, was er nach anfänglichem Zögern doch einen Versuch wert gehalten haben soll. Damit ist der dringende Tatverdacht, dass der Beschuldigte namentlich bezeichnete Behördenmitglieder und Beamte ernsthaft mit Delikten gegen Leib und Leben bedroht und sie in strafbarer Weise unter psychischen Druck gesetzt haben könnte, aufgezeigt und zu bejahen.

b) Ob die von der Staatsanwaltschaft untersuchten Lebenssachverhalte, namentlich die dem Beschuldigten in der Schlusseilvernahme vorgehaltenen 19 Fälle, unter die in der Eröffnungsverfügung genannten Straftatbestände fallen, spielt im Haftverfahren keine Rolle, solange für die Anklage und allfällige Verurteilung auch andere Straftatbestände, wie namentlich etwa das Antragsdelikt der Drohung (Art. 180 Abs. 1 StGB) oder Officialdelikte wie Nötigung (Art. 181 StGB), Gewalt und Drohung gegen Beamte (Art. 285 StGB), etc. infrage kommen. Das Gericht ist an den in der Anklage umschriebenen Sachverhalt, nicht aber an die darin vorgenommenen rechtlichen Würdigungen gebunden (Art. 350 Abs. 1 StPO). Es beurteilt die Strafbarkeit von Lebensvorgängen und entscheidet nicht über Straftatbestände (BGE 142 IV 378 E. 1.4).

c) Entgegen der Beschwerde ist es zulässig, zur Begründung auf vorgängige Entscheide betreffend die gleiche Sache und die gleichen Verfahrensbeteiligten zu verweisen (BGer 6B\_716/2015 vom 17. November 2015 E. 3.2; vgl. auch Beeler, Praktische Aspekte des formellen Untersuchungshaftrechts nach Schweizerischer Strafprozessordnung, S. 134 m.H.). Der Beschuldigte legt konkret nicht dar, dass die Begründung der Anordnung und Verlängerung der Untersuchungshaft wegen des Verweises

## A 5.4

an sich bzw. aufgrund von bestimmten, durch die ursprüngliche Begründung nicht abgedeckten neuen Umständen nicht mehr nachvollziehbar sei. Dass der nunmehr erbeten verteidigte Beschuldigte die Taten nicht nachvollziehen kann, deren er, wie der Vorderrichter in der Haftanordnungsverfügung unter Aktenhinweis belegte, dringend tatverdächtig ist, ist denn auch nicht ersichtlich.

(Beschluss vom 19. April 2021, BEK 2021 31).

### 5.4 Implizite Einstellung

- *Über ein und dieselbe Tat (Tatidentität) im prozessualen Sinne muss einheitlich entschieden werden (Erw. 2.a).*
- *Hält es die Staatsanwaltschaft in einem wegen Verletzung der Regeln der Baukunde erlassenen Strafbefehl für ungeklärt, ob der Sturz und die Verletzung eines Arbeiters auf die festgestellten Mängel des Baugerüsts zurückzuführen sind, handelt es sich um eine beschwerdefähige implizite Einstellung (Erw. 2.b und c): Abgrenzungen zur Tatidentität (lit. b) und Vorliegen einer impliziten Einstellung in casu (lit. c).*

*Aus den Erwägungen:*

2. Der Beschwerdeführer rügt, die Staatsanwaltschaft sei gemäss klarer Lehre und Rechtsprechung aufzufordern, eine separate Einstellungsverfügung betreffend fahrlässige schwere Körperverletzung zu erlassen, welche alsdann mit einer weiteren Beschwerde angefochten werden könne. [...]. Da er geltend macht, hinsichtlich des Körperverletzungsdelikts sei mit dem Strafbefehl das Verfahren implizit eingestellt worden, ist die Beschwerde zulässig (auch in Bezug auf eine explizite Einstellung im Strafbefehl Schwarzenegger, SK Kommentar, 3. A. 2020, Art. 354 StPO N 5 m.H.; vgl. auch unten lit. c).

a) Strafverfahren können nur in den vom Gesetz vorgesehenen Formen durchgeführt und abgeschlossen werden (Art. 2 Abs. 2 StPO). Die Staatsanwaltschaft kann das Verfahren vollständig oder teilweise einstellen (vgl. Art. 319 Abs. 1 StPO). Von einer teilweisen Einstellung spricht man, wenn einzelne Komplexe eines Verfahrens zu einer Anklageerhebung führen oder durch einen Strafbefehl beurteilt, andere Komplexe des Verfahrens hingegen mit einer Einstellung abgeschlossen werden. Eine solche Teileinstellung des Strafverfahrens kommt grundsätzlich nur in Betracht, wenn mehrere Lebensvorgänge oder Taten im prozessualen Sinn zu beurteilen sind, die einer separaten Erledigung zugänglich sind. Soweit es sich



hingegen lediglich um eine andere rechtliche Würdigung desselben Lebensvorgangs handelt, scheidet eine teilweise Verfahrenseinstellung aus. Wegen ein und derselben Tat (Tatidentität) im prozessualen Sinn kann nicht aus einem rechtlichen Gesichtspunkt verurteilt und aus einem anderen das Verfahren eingestellt werden. Es muss darüber einheitlich entschieden werden (BGE 144 IV 362 E. 1.3.1; BGer 6B\_84/2020 vom 22. Juni 2020 E. 2.1.2). Eine beschwerdefähige implizite Einstellung liegt dann vor, wenn sie sich auf die Vernachlässigung eines Teils des Sachverhalts bezieht (vgl. BEK 2019 155 vom 10. März 2020 E. 2.b m.H. = EGV-SZ 2020 A 5.1 = CAN 3-20 Nr. 58; BEK 2019 202 vom 8. Juli 2020 E. 3.a).

b) Der durch den Strafbefehl vom 4. Juni 2021 erfasste Lebenssachverhalt betrifft den Arbeitsunfall des Beschwerdeführers vom 20. August 2020 auf der damaligen Baustelle in S., konkret seinen Sturz um ca. 11.30 Uhr vom für Dacharbeiten am Stall erstellten Gerüst. Ebenso Gegenstand dieses Strafbefehls ist die Beteiligung des Beschuldigten. So sei der Beschuldigte etwa Geschäftsführer und Inhaber der H. AG und für die Ausführung der Arbeiten am Dach des Stallgebäudes verantwortlich gewesen. Der Beschuldigte habe Aufträge zur Erstellung und Ergänzung des Baugerüsts erteilt. Anschliessend habe er den Beschwerdeführer beauftragt, die Dachdeckerarbeiten vorzunehmen. Das im Auftrag des Beschuldigten erstellte Gerüst habe mehrere gravierende und ohne weiteres erkennbare Mängel aufgewiesen. Der Beschuldigte habe sich nicht vergewissert, ob das Gerüst ordnungsgemäss erstellt worden sei. Ob der Beschwerdeführer aufgrund der Mängel am Gerüst hinuntergefallen sei und sich verletzt habe, sei indessen ungeklärt geblieben.

aa) Der Beschwerdeführer bezieht sich auf ein Urteil des Bundesgerichts (BGer 6B\_84/2020 vom 22. Juni 2020), welches sich jedoch im Tatsächlichen nicht ohne weiteres als einschlägig erweist. Soweit ersichtlich ging es dabei um Verletzungsvorhalte aus tätlichen Auseinandersetzungen zwischen Unfallbeteiligten, die sich nach einer ebenfalls untersuchten Verkehrskollision ereigneten, weshalb keine Tatidentität vorlag. Vorliegend lassen sich jedoch die Verletzungen des Beschwerdeführers möglicherweise auf das gleiche dem Beschuldigten vorgeworfene Verhalten zurückführen, welches die Staatsanwaltschaft im angefochtenen Strafbefehl dem Schuldspruch wegen fahrlässiger Gefährdung durch Verletzung der Regeln der Baukunde im Sinne von Art. 229 Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 StGB zugrunde legt.

bb) Tatidentität besteht, wenn unabhängig von der rechtlichen Qualifikation identische oder im Wesentlichen gleiche Tatsachen vorliegen

## A 5.4

(BGE 144 IV 362 E. 1.3.2 m.H.). Ist nicht darauf abzustellen, wie die untersuchten Lebensvorgänge als tatbestandsmässige Handlungen qualifiziert werden können, erfolgt die Beurteilung der Tatidentität auch unabhängig von den materiellrechtlichen Konkurrenzregeln: Wurden aufgrund des dem Beschuldigten vorgeworfenen Verhaltens Leib und Leben von Menschen gefährdet und der Beschwerdeführer verletzt, ist massgeblich, ob diese unterschiedlichen Folgen räumlich und zeitlich derart eng zusammenhängen, so dass sie auf natürliche Art und Weise (vgl. BEK 2019 155 vom 10. März 2020 E. 2.b = EGV-SZ 2020 A 5.1 = CAN 3-20 Nr. 58; etwa BGer 6B\_775/2020 vom 23. November 2020 E. 2) als identisch erscheinen. Dies ist hier zu verneinen. Für die Verletzung des Beschuldigten sind über die generelle Gefährdung hinausgehende Tatsachen bedeutsam. Diese Tatsachen, so etwa ein möglicher Zusammenhang zwischen dem Sturz des Beschwerdeführers und einem konkreten Mangel am Baugerüst, können separat untersucht bzw. angeklagt werden (vgl. Art. 6 und 9 sowie 325 Abs. 1 lit. f bzw. 353 Abs. 1 lit. c StPO). Die Verletzung des Beschwerdeführers bleibt als möglicher Taterfolg und vom Täterverhalten getrennte Veränderung der Aussenwelt (vgl. Trechsel/Vest, PK, 3. A. 2018, Art. 8 N 6; BGE 145 IV 491 E. 2.4.1) im prozessualen Sinn einer separaten Erledigung zugänglich.

c) Die Einstellung des Strafverfahrens erfolgt durch eine beschwerdefähige, formelle Verfügung, die zwingend besonders ausgefertigt werden muss. Wenn die Staatsanwaltschaft mittels Strafbefehl nur einen Teil der inkriminierten Taten ahndet, muss sie sowohl einen Strafbefehl als auch eine Einstellungsverfügung erlassen (BGE 138 IV 241 E. 2.5 = Pra 2013 Nr. 29). Erlässt sie zu Unrecht nicht zwei separate Entscheide, sondern nur einen Strafbefehl, der implizit eine Einstellung desjenigen Sachverhaltes enthält, für welchen die Belastungen nicht ausreichen, steht gegen die implizite Verfahrenseinstellung die Beschwerde offen (BGE 138 IV 241 E. 2.6; BGer 6B\_819/2018 vom 25. Januar 2019 E. 1.3.5 m.H.). Der Mangel einer impliziten Verfahrenseinstellung kann jedoch im Beschwerdeverfahren nicht geheilt werden, darf doch im aktuellen Verfahrensstadium nur die Staatsanwaltschaft das Verfahren vollständig oder teilweise einstellen (vgl. Art. 319 Abs. 1 StPO; BGer 6B\_1354/2017 vom 14. Juni 2018 E. 5.3.1).

Vorliegend räumte die Staatsanwaltschaft im Strafbefehl explizit ein, dass ungeklärt blieb, ob der Beschwerdeführer aufgrund der Mängel am Gerüst hinunterfiel und sich verletzte. Damit stellte sie fest, dass für einen Teil des Sachverhalts die Belastungen nicht ausreichen. Sie vernachlässigte mithin diesen Sachverhaltsteil im Strafbefehl bzw. entzog ihn einer gesetzlich vorgesehenen förmlichen Einstellung bzw. Anklage. Aufgrund der Einsprache wird sie ohnehin nach Art. 355 StPO verfahren müssen.

Dabei drängt es sich in Bezug auf den vernachlässigten Sachverhalt zu prüfen auf, ob sie zur bislang ungeklärten Kausalität zwischen den von ihr festgestellten Gerüstemängeln und dem Sturz des Beschuldigten Beweise abnimmt, bevor sie über das weitere Verfahren entscheidet, etwa am Strafbefehl kombiniert mit einer separaten, begründeten Einstellungsverfügung festhält oder einen neuen erlässt, das Verfahren gänzlich einstellt, oder Anklage erhebt.

(Beschluss vom 14. September 2021, BEK 2021 87).

## 5.5 Schriftliches Berufungsverfahren und Doppelvertretung

- *Ist die Kognition des Berufungsgerichts auf die Überprüfung von Rechtsverletzungen und die willkürliche Feststellung des Sachverhalts beschränkt, ist eine mündliche Berufungsverhandlung in der Regel schon aus diesem Grund entbehrlich (Erw. 1.d).*
- *Das Verbot der Doppelvertretung nach Art. 12 lit. c BGFA gilt nicht, wenn ein Rechtsanwalt gleichzeitig einen Beschuldigten und eine juristische Person vertritt, deren Eigentümer und wirtschaftlich Berechtigter ausschliesslich der betreffende Beschuldigte ist und zwischen den vertretenen Parteien keine konkreten Interessengegensätze auszumachen sind (Erw. 2.a).*

*Aus den Erwägungen:*

1. [...].

d) Gemäss Art. 406 Abs. 1 lit. c StPO kann das Berufungsgericht die Berufung im schriftlichen Verfahren behandeln, wenn ausschliesslich Übertretungen Gegenstand des erstinstanzlichen Urteils bilden und mit der Berufung nicht ein Schuldspruch wegen eines Verbrechens oder Vergehens beantragt wird. Das Einverständnis der Parteien ist im Gegensatz zu den in Art. 406 Abs. 2 StPO vorgesehenen Fällen nicht erforderlich (Zimmerlin, a.a.O., N 2 zu Art. 406 StPO). Gegenstand des vorliegenden erstinstanzlichen Urteils bildeten nur Übertretungen, und mit der Berufung wird nicht ein Schuldspruch wegen eines Verbrechens oder Vergehens beantragt, sodass die Voraussetzungen nach Art. 406 Abs. 1 lit. c StPO erfüllt sind. Der grundrechtliche Anspruch auf eine öffentliche Verhandlung bezieht sich auf das Verfahren vor einem Gericht (Riklin, OFK-StPO, 2. A., Art. 69 StPO N 4). Die Vorinstanz verhandelte die Strafsache öffentlich. Mithin erhielten die Berufungsführer bereits Gelegenheit, sich

## A 5.5

persönlich vor Schranken eines Gerichts zu den gegen sie erhobenen Vorwürfen zu äussern. Im Rahmen der Hauptverhandlung wurde der Beschuldigte zudem ausreichend befragt, sodass eine weitere Befragung vor der Berufungsinstanz nicht angezeigt erscheint. Dass dem nicht so wäre, macht die Verteidigung nicht geltend. Ferner können, wie vorstehend erwähnt, weder neue Behauptungen noch Beweise vorgebracht werden und die Überprüfung ist auf Rechtsverletzungen und die willkürliche Feststellung des Sachverhalts beschränkt. Die Kognition des Berufungsgerichts ist demnach eingeschränkt, weshalb eine mündliche Verhandlung unter diesem Aspekt ebenso entbehrlich ist (Eugster, BSK StPO, 2. A., Art. 406 StPO N 4; vgl. auch Schmid, Handbuch StPO, 2. A., N 1569). Schliesslich sind keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich, dass der anwaltlich vertretene Beschuldigte und die X AG einem schriftlichen Verfahren nicht gewachsen sein könnten und nicht die Möglichkeit hätten, unter den Voraussetzungen von Art. 398 Abs. 4 StPO ihre Sicht der Dinge im Berufungsverfahren einfließen zu lassen. Die Voraussetzungen für ein schriftliches Verfahren sind somit weiterhin erfüllt.

2. a) Die beschuldigte Person, die Privatklägerschaft und die anderen Verfahrensbeteiligten können zur Wahrung ihrer Interessen einen Rechtsbeistand bestellen (Art. 127 Abs. 1 StPO). Der Rechtsbeistand kann in den Schranken von Gesetz und Landesregeln im gleichen Verfahren die Interessen mehrerer Verfahrensbeteiligter wahren (Art. 127 Abs. 3 StPO). Gemäss Art. 12 lit. c BGFA haben die Rechtsanwälte jeden Konflikt zwischen den Interessen ihrer Klientschaft und den Personen, mit denen sie geschäftlich oder privat in Beziehung stehen, zu meiden. Daraus ergibt sich u.U. ein Verbot der Doppelvertretung. Der Rechtsanwalt darf nicht in ein und derselben Streitsache Parteien mit gegenläufigen Interessen vertreten, weil er sich diesfalls weder für den einen noch für den anderen Klienten voll einsetzen könnte. Besteht zwischen zwei Verfahren ein Sachzusammenhang, so verstösst der Rechtsanwalt dann gegen Art. 12 lit. c BGFA, wenn er in diesen Klienten vertritt, deren Interessen nicht gleichgerichtet sind. Eine bloss theoretische oder abstrakte Möglichkeit des Auftretens gegensätzlicher Interessenlagen reicht jedoch nicht aus, um auf eine unzulässige Vertretung zu schliessen. Vorausgesetzt ist vielmehr ein sich aus den gesamten Umständen ergebendes konkretes Risiko eines Interessenkonflikts (BGer, Urteil 1B\_59/2018 vom 31. Mai 2018 E. 2.4 mit Hinweisen).

b) Der Verteidiger des Beschuldigten legitimierte sich im Berufungsverfahren zusätzlich als Rechtsvertreter der X AG. Er erklärte, der Beschuldigte sei Alleinaktionär der X AG, weshalb aus wirtschaftlicher Sicht be-

züglich der Frage der möglichen Einziehung von Gewinn eine übereinstimmende Interessenlage bestehe. Weil der Beschuldigte alleiniger Eigentümer, einziges Mitglied des Verwaltungsrates und damit ausschliesslicher wirtschaftlich Berechtigter an der X AG ist, ist zwischen ihm und der weiteren Verfahrensbeteiligten in der Tat eine konkrete Gefahr einer gegensätzlichen Interessenlage nicht auszumachen. Es steht somit der gleichzeitigen Vertretung beider Berufungsführer nichts entgegen.

(Urteil vom 5. Oktober 2021, BEK 2020 17 und 18; vgl. auch A 4.2 und A 5.6).

## **5.6 Schriftliches Berufungsverfahren**

*- Ist die Anwesenheit des Beschuldigten nicht erforderlich, kann das Berufungsverfahren im Einverständnis der Parteien nach Art. 406 Abs. 2 StPO schriftlich durchgeführt werden, auch wenn ein Kollegialurteil angefochten ist (Erw. 2).*

*Aus den Erwägungen:*

2. Nach Art. 406 Abs. 1 lit. a StPO ist das schriftliche Verfahren unter anderem zum Entscheid über Rechtsfragen zulässig sowie nach Abs. 2 mit dem Einverständnis der Parteien, wenn (lit. a) die Anwesenheit der beschuldigten Person nicht erforderlich ist und (b) Urteile eines Einzelgerichts Gegenstand der Berufung sind. Gemäss der jüngsten bundesgerichtlichen Rechtsprechung soll das Einverständnis der Parteien die beiden Voraussetzungen von Art. 406 Abs. 2 lit. a und b StPO nicht ersetzen können und diese müssten kumulativ vorliegen (BGE 147 IV 127 Regeste; vgl. auch BGer 6B\_1087/2019 vom 17. Februar 2021 E. 1.2.3, BGer 6B\_958/2019 vom 5. Februar 2020 E. 3.2). Ob die Voraussetzungen für die Durchführung des schriftlichen Verfahrens vorliegen, ist von der Berufungsinstanz von Amtes wegen zu prüfen (BGE 147 IV 127 E. 2.2.3).

a) Die Botschaft geht von alternativen Voraussetzungen, nämlich im Anschluss zur Kommentierung der Möglichkeiten zur Durchführung eines schriftlichen Verfahrens des ersten Absatzes von möglichen „weiteren zwei Fällen“ des schriftlichen Verfahrens aus (BBI 2006 1317). Dies liegt entsprechend der Auflistung klar alternativer Fälle im ersten Absatz auf der Hand und davon wird auch überwiegend ohne Weiteres in der Lehre ausgegangen (vgl. Oberholzer, Grundzüge des Strafprozessrechts, 4. A. 2020, N 2135; Goldschmid/Maurer/Sollberger, Kommentierte Textausgabe, Art. 406 StPO S. 403; Riedo/Fiolka/Niggli, Strafprozessrecht, N 2933;

## A 5.6

Schmid, PK, 1. A. 2009 auch 3. A. 2018, je Art. 406 StPO N 13 f. unterscheidet Varianten bzw. in Handbuch 3. A. 2017, N 1570 Konstellationen; Urwyler, BSK, 2. A. 2014, Art. 66 StPO N 9; Eugster, BSK, 2. A. 2014, Art. 406 StPO N 8; Ruckstuhl/Dittmann/Arnold, Strafprozessrecht, N 1164; Zimmerlin, AJP 4/2021, S. 538 III/C/1 lässt sich ebenfalls nichts anderes entnehmen). Das Bundesgericht hält dennoch eine einzelne andere Kommentarstelle, wonach es angebracht sein soll, bei Art. 406 Abs. 2 lit. a und b StPO von kumulativen Kriterien auszugehen (Zimmerlin, SK, 3. A. 2020, Art. 406 StPO N 10 übernommen von der Voraufgabe Hug/Scheidegger in Donatsch/Hansjakob/Lieber, Kommentar, 2. A. 2014, Art. 406 StPO N 10), mit folgender Begründung für sachgerecht (BGE 147 IV 127 E. 2.2.2):

Zum einen leuchtet nicht ein, inwiefern auf die Durchführung eines mündlichen Verfahrens je soll verzichtet werden können, wenn die Anwesenheit der beschuldigten Person erforderlich ist (vgl. SVEN ZIMMERLIN, a.a.O., N. 10 zu Art. 406 StPO). Zum anderen erlaubt die kumulative Anwendung der Kriterien, den Anwendungsbereich von Art. 406 Abs. 2 StPO eng zu fassen, was dem Verständnis des schriftlichen Berufungsverfahrens als Ausnahme und damit der gesetzlichen Konzeption entspricht.

Vorab ist darauf hinzuweisen, dass die persönlichkeitsbezogenen Äusserungsrechte (rechtliches Gehör) auch im schriftlichen Verfahren gewahrt werden (Art. 390 Abs. 2 und 3 StPO; vgl. Riklin, OFK, 2. A. 2014, Art. 390 StPO N 3). Daher ist die Anwesenheit des Beschuldigten im Berufungsverfahren nur erforderlich, wenn seine Aussagen als Beweis den Ausgang des Verfahrens noch erheblich beeinflussen können und deren Kraft in entscheidender Weise vom Eindruck durch seine unmittelbare persönliche Präsenz abhängt, welchen der Beschuldigte noch hinterlassen kann. In der Regel sind Aussagen des Beschuldigten zu den Anklagevorwürfen und zu seiner Person jedoch zweitinstanzlich durch die Akten und das erstinstanzliche Verfahren zuverlässig geklärt, weshalb selbst in einem mündlichen Berufungsverfahren dessen Befragung nicht mehr derart einlässlich wie vor erster Instanz erfolgen muss (vgl. etwa BGE 143 IV 288 E. 1.4.2; ähnlich BGer 6B\_300/2021 vom 14. Juli 2021).

b) Bei Vorliegen eines Einzelrichterurteils im Sinne von Art. 406 Abs. 2 lit. b StPO (Fall B) soll ein schriftliches Verfahren nach der neuesten bundesgerichtlichen Rechtsprechung also nur dann möglich sein, wenn kumulativ die Anwesenheit des Beschuldigten nicht erforderlich ist (Art. 406 Abs. 2 lit. a StPO Fall A; dazu vgl. oben lit. a und auch BGer 6B\_300/2021 vom 14. Juli 2021 E. 2.3.1 m.H.). Offen bleibt indes, ob umgekehrt in einem Fall A nur unter Einschluss von Fall B schriftlich ver-

fahren werden darf. Dies ist allgemein für den Weiterzug von Kollegialurteilen und insbesondere auch für den vorliegenden Fall (dazu unten lit. d) nicht anzunehmen. Abgesehen davon, dass sich die Auflistungen von Art. 406 Abs. 1 und 2 StPO nicht unterscheiden, liegt die schriftliche Verfahrensweise im Interesse der Entlastung der Gerichte (vgl. BBI 2006 S. 1316 ad Art. 413). Sie dient der Verhinderung unnötiger Verschwendung von Ressourcen der Justiz, was bei der Vereinheitlichung der Strafprozessordnung Berücksichtigung fand. Zwar sollte der Grundsatz der Unmittelbarkeit an der erstinstanzlichen Hauptverhandlung im Verhältnis zum Vorverfahren ausgebaut werden, aber doch nur beschränkt, um den durch den Wechsel auf das Staatsanwaltschaftsmodell erhofften Zeitgewinn nicht zu verspielen (AB 2006 S. 1047). In der zweiten Instanz, die grundsätzlich nur die angefochtenen Punkte des erstinstanzlichen Urteils aufgrund der Beweise des Vorverfahrens und des erstinstanzlichen Hauptverfahrens (Art. 389 Abs. 1 StPO prüft (Art. 404 Abs. 1 StPO), besteht deshalb kein Anlass, die Fälle des schriftlichen Verfahrens im Gesetz eng auszulegen (dazu BBI 2006 S. 1107 ff.). Vielmehr wollte der Gesetzgeber bei der Berufung das schriftliche Verfahren häufiger vorsehen und die Abnahme neuer bzw. die erneute Abnahme bereits vorinstanzlich erhobener Beweise weiter beschränken (ebd. S. 1111; vgl. auch Urwyler, a.a.O., Art. 66 StPO N 6). Es widerspricht daher der distinkten gesetzlichen Konzeption, das mit dem Einverständnis der Parteien mögliche schriftliche Berufungsverfahren in einem Fall A auszuschliessen, weil kein Entscheid eines Einzelrichters (Fall B), sondern ein Kollegialurteil angefochten ist.

c) Zudem wurde die Notwendigkeit einer einheitlichen Regelung der Einzelgerichtsbarkeit (Art. 19 Abs. 2 StPO) mit Blick auf den geltenden Art. 406 Abs. 2 lit. b StPO (Fall B) gerechtfertigt (BBI 2006 S. 1139). Zu verlangen, dass in einem Fall A kumulativ auch Fall B vorliegen müsste, würde diejenigen kantonalen Gesetzgeber tangieren, welche den Rahmen von Art. 19 Abs. 2 lit. b StPO für die Einzelgerichtsbarkeit zurückhaltend ausschöpften (für den Kanton Schwyz vgl. §§ 21 und 32 Abs. 3 JG). Diese Einflussnahme auf die kantonale Organisationsautonomie durch eine den gesetzgeberischen Willen verengende richterliche Auslegung von Art. 406 Abs. 2 StPO erscheint von der Gewaltentrennung her betrachtet intransparent. Eine derart restriktive Ausnahmepaxis könnte die Kantone dazu motivieren, die erstinstanzlichen Einzelgerichtsbarkeiten zur Vermeidung erheblicher zusätzlicher Belastungen der Berufungsinstanzen zu erweitern, ohne dass einheitliche Regeln für die Durchführung eines schriftlichen Berufungsverfahrens garantiert wären.

## A 5.7

d) Vorliegend verzichtete der Beschuldigte ausdrücklich auf die Durchführung eines mündlichen Verfahrens, indem er in Ergänzung zur Berufungserklärung um die Durchführung eines schriftlichen Verfahrens ersuchte. Ein Verzicht auf die in Art. 6 EMRK geschützten Rechte ist grundsätzlich möglich (Villiger, Handbuch EMRK, 3. A. 2020, N 517 und 520; Meyer-Ladewig/Nettersheim/von Raumer, HK, 4. A. 2017, Art. 6 EMRK N 95 und 124). Würde der Beschuldigte freigesprochen, fielen die Öffentlichkeitsgarantie bzw. der damit verbundene Anspruch auf eine mündliche Verhandlung ohnehin dahin (Villiger, N 519 i.V.m. 514). Ferner ist der Verzicht des Beschuldigten hier nicht ausgeschlossen, weil seine persönliche Anhörung im Berufungsverfahren nicht mehr erforderlich ist, zumal auch die Strafzumessung nicht substantziell angefochten ist. Er wurde erstinstanzlich persönlich angehört, womit die konventionsrechtlichen Anforderungen grundsätzlich erfüllt wurden (vgl. etwa Zimmerlin, AJP 5/2021, S. 536 f. III/B/1 m.H.). Dabei beanspruchte er bezüglich des im Berufungsverfahren nur noch zur Diskussion stehenden Sachverhalts sein Aussageverweigerungsrecht (HVP S. 3 ff. Fragen 12 ff.). Daher besteht beweisrechtlich kein Anlass zur Wiederholung seiner unmittelbaren persönlichen Anhörung im Sinne von Art. 389 StPO. Schliesslich geht es vorliegend im Wesentlichen um die Rechtsfrage der Verwertbarkeit des (im noch umstrittenen Sachverhalt) durch den Beifahrer erstellten Videos, wofür die Durchführung des schriftlichen Verfahrens ebenfalls nach Art. 406 Abs. 1 lit. a StPO erlaubt ist.

(Urteil vom 9. Dezember 2021, STK 2021 22 = CAN 2-22 Nr. 30 mit Bemerkungen).

### 5.7 Kosten- und Entschädigungspflicht der Privatklägerschaft

- *Der Privatkläger, der sich bei der Verfolgung eines Strafantragsdelikts aktiv am Untersuchungs- und Gerichtsverfahren beteiligt und danach im Schuldpunkt unterliegt, wird kosten- und entschädigungspflichtig (Erw. 5.a).*

*Aus den Erwägungen:*

5. In Gutheissung der Berufung ist das angefochtene Urteil aufzuheben und der Beschuldigte von Schuld und Strafe freizusprechen.

a) Fällt die Rechtsmittelinstanz einen neuen Entscheid, so befindet sie darin auch über die von der Vorinstanz getroffene Kostenregelung



(Art. 428 Abs. 3 StPO). Die beschuldigte Person trägt die Verfahrenskosten, wenn sie verurteilt wird (Art. 426 Abs. 1 StPO). Wird sie freigesprochen, gehen die Kosten grundsätzlich zu Lasten des Staates. Sie können der beschuldigten Person ganz oder teilweise auferlegt werden, wenn sie rechtswidrig und schuldhaft die Einleitung des Verfahrens bewirkte oder dessen Durchführung erschwerte (Art. 426 Abs. 2 StPO). Dabei handelt es sich nicht um eine Haftung für ein strafrechtliches Verschulden, sondern um eine zivilrechtlichen Grundsätzen angenäherte Haftung für ein fehlerhaftes Verhalten analog Art. 41 OR. Eine derartige Haftungsgrundlage des Beschuldigten ist nicht ersichtlich. Auch der Privatkläger äusserte sich dazu nicht.

Wird die beschuldigte Person freigesprochen und ist sie nicht nach Art. 426 Abs. 2 StPO kostenpflichtig, so können die Verfahrenskosten bei Antragsdelikten der Privatklägerschaft auferlegt werden (Art. 427 Abs. 2 StPO). Entsprechend hat die Privatklägerschaft die im Schuldpunkt obsiegende Person bei Antragsdelikten zu entschädigen (Art. 432 Abs. 2 StPO). Die Kostentragungs- und Entschädigungspflicht hängt dabei nicht von einem mutwilligen oder grobfahrlässigen Verhalten ab. Die antragstellende Person, die als Privatklägerschaft am Verfahren teilnimmt, hat vielmehr das Kostenrisiko zu tragen, wobei jedoch nur die sich aktiv am Verfahren beteiligende Privatklägerschaft zur Tragung von Kosten verpflichtet werden kann (BGE 147 IV 47, E. 4.2.2).

Der Privatkläger beteiligte sich im Untersuchungsverfahren insofern, als er nebst der Strafantragsschrift auch eine detaillierte Stellungnahme zur Einsprache des Beschuldigten mit weiteren Beweismitteln einreichte und an der staatsanwaltschaftlichen Einvernahme des Beschuldigten teilnahm. An der ersten vorinstanzlichen Verhandlung stellte der Privatkläger zunächst einen Sistierungsantrag, um die Vorbringen des Verteidigers mit seinem Rechtsanwalt besprechen zu können und nahm nach dessen Ablehnung Stellung zu den Ausführungen des Verteidigers. Zudem nahm er schriftlich Stellung zum Antrag der Verteidigung betreffend Ergänzung des Protokolls. Damit beteiligte sich der Privatkläger aktiv am Untersuchungs- und erstinstanzlichen Gerichtsverfahren. Nachdem er im Schuldpunkt unterliegt und ferner selbst am besten beurteilen konnte, dass sein der Gefährdungsmeldung zugrundeliegendes Verhalten der Wahrheit entsprach, sind ihm die Verfahrenskosten aufzuerlegen und hat er den Beschuldigten zu entschädigen.

(Urteil vom 13. Dezember 2021, STK 2020 62).

## A 5.8

### 5.8 Verzicht auf Strafverfolgung durch das Jugendgericht

- *Das Opportunitätsprinzip führt im Jugendstrafverfahren – anders als im Erwachsenenverfahren – zur gerichtlichen Verfahrenseinstellung und nicht zu einer Verurteilung mit Strafverzicht.*

*Aus den Erwägungen:*

10. Entgegen der Auffassung der Anklagebehörde zeigt sich bei dieser Ausgangslage sehr wohl eine gerichtliche Verfahrenseinstellung (und nicht eine allfällige Verurteilung mit Strafverzicht) an. Es trifft zwar zu, dass im Erwachsenenstrafverfahren ein solches Vorgehen gemäss der [...] bundesgerichtlichen Rechtsprechung nicht möglich wäre, wo (für den Verurteilungsfall) ein Schuldspruch ohne Strafe auszufallen wäre (BGE 139 IV 220 E. 3.4; zur fundierten Kritik an der höchstrichterlichen Praxis vgl. nur Stefan Heimgartner/Tornike Keshelava, Verzicht auf Strafverfolgung = Verfahrenseinstellung im Vorverfahren  $\triangleq$  Absehen von Strafe im Hauptverfahren, in: *ContraLegem* 2019/2, S. 130 ff. m.w.H.). Ob diese für das Erwachsenenverfahren begründete Rechtsprechung auch für das Jugendstrafverfahren gilt, wurde höchstrichterlich – soweit ersichtlich – bislang nicht entschieden. In der Tat bestehen überzeugende Gründe gegen eine Adaption der erwähnten Praxis auf das Jugendstrafverfahren. Immerhin erweist sich eine Verfahrenseinstellung nicht nur verfahrensökonomisch als vernünftig, sondern auch erzieherisch als sinnvoll (Aebersold, a.a.O., N 512). Nachgerade der im Jugendstrafrecht zentrale Erziehungsgedanke spricht gegen eine Verurteilung mit Strafverzicht (und für eine Verfahrenseinstellung), zumal ein Schuldspruch mit einer unnötigen Stigmatisierung einhergeht (Heimgartner/Keshelava, a.a.O., S. 133). Überdies sprechen auch formale Aspekte gegen eine Übernahme der erwähnten Praxis. Diese gründet auf den Art. 52–54 StGB (BGE 139 IV 220 E. 3.4), welche im Jugendstrafrecht keine Anwendung finden (vgl. Art. 1 Abs. 2 JStG; BSK JStPO-Hug/Schläfli, 2. Aufl., Basel 2014, Art. 5 N 2). Art. 5 Abs. 1 JStPO sieht denn auch ausdrücklich vor, dass das Gericht von der Strafverfolgung absieht. Als „Gericht“ gilt dabei – anders als im Erwachsenenrecht – nicht einzig die gerichtliche Beschwerdeinstanz, sondern auch das Jugendgericht (BSK JStPO-Hug/Schläfli, a.a.O., Art. 5 N 3 m.w.H.). Überdies normiert Art. 5 Abs. 1 JStPO einzig ein Absehen von Strafverfolgung und nicht – wie Art. 52–54 StGB – ein Absehen von Bestrafung. Aus diesen Gründen führt das Opportunitätsprinzip im Jugendstrafverfahren (anders als im Erwachsenenverfahren) zur Verfahrenseinstellung (so auch Christoph Riedo, *Jugendstrafrecht und Jugendstrafprozessrecht*, Basel 2013,

N 906 f. und 1484; Jositsch/Riesen-Kupper/Brunner/Murer Mikolásek, JStPO Kommentar, Zürich/St. Gallen 2010, Art. 5 N 9).

(Beschluss des Jugendgerichts Schwyz vom 15. Dezember 2021, JGO 2021 1).

---

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

---

### **6.1. Schutzschrift (Arrestverfahren)**

- *Die Schutzschrift ist der das Arrestverfahren einleitenden Gegenpartei mit dem Entscheid zuzustellen (Erw. 5).*

*Aus den Erwägungen:*

5. [...].

a) Das Massnahmegericht beachtet die Schutzschrift erst, wenn die Partei, gegen welche sich die Schutzschrift richtet, ein Gesuch um Erlass einer Ex parte-Massnahme stellt (Kofmel Ehrenzeller, in: Oberhammer/Domej/Haas, Schweizerische Zivilprozessordnung, Kurzkommentar, 3. A. 2021, N 9 zu Art. 270 ZPO). Laut Art. 270 Abs. 2 ZPO wird die Schutzschrift der Gegenpartei nur mitgeteilt, wenn diese das entsprechende Verfahren einleitet. Die Schutzschrift wird der gesuchstellenden Partei gleichzeitig mit dem Massnahmeentscheid mitgeteilt (Kofmel Ehrenzeller, a.a.O., N 8 zu Art. 270 ZPO-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. A., 2016, N 16 zu Art. 270 ZPO; Staehelin, in: Staehelin/Staehelin/Grolimund/Bachofner, Zivilprozessrecht, 3. A. 2019, § 22 N 51; Rohner/Wiget, in: Gehri/Jent-Sørensen/Sarbach, Schweizerische Zivilprozessordnung, Kommentar, 2. A., 2015, N 9 zu Art. 270 ZPO). Andernfalls würde der Zweck der Schutzschrift vereitelt, weil sie praktisch zu einem Hilfsmittel der gesuchstellenden Partei verkäme, indem diese die Argumente der Schutzschrift Punkt für Punkt entkräften könnte, ohne dass die bedrohte Partei nochmals Stellung nehmen dürfte (BBL 2006, S. 7358; Pfaffhauser, Die Schutzschrift gemäss Art. 270 ZPO unter Berücksichtigung der bisherigen kantonalen Praxis, in: sic! 2011, S. 571; Zürcher, in: Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung, Kommentar, Bd. II, 2. A., 2016, N 4 zu Art. 270 ZPO). Nach der Lehrmeinung von

## A 6.1

Güngerich verhalte sich dies im Arrestrecht anders. Die Schutzschrift stelle funktionell eine vorweggenommene Arresteinsprache dar, weshalb sie dem Gläubiger nach deren Eingang bei Gericht zuzustellen sei. Nur so könne gewährleistet werden, dass der Gläubiger zu den gegnerischen Vorbringen Stellung nehmen könne, wie es das SchKG für die Arresteinsprache vorschreibe (Güngerich, Die Schutzschrift im schweizerischen Zivilprozessrecht, 2000, S. 149). Indessen kann der Ansicht, die Schutzschrift stelle eine vorweggenommene Arresteinsprache dar, nicht gefolgt werden: Die Schutzschrift dient der präventiven Wahrung des rechtlichen Gehörs, um so eine allfällige Arrestbewilligung bereits im Vorfeld zu verhindern. Demgegenüber zielt die Arresteinsprache darauf ab, die ergangene Arrestbewilligung aufzuheben (Weingart, Arrestabwehr – Die Stellung des Schuldners und des Dritten im Arrestverfahren, in: Kren Kostkiewicz/Markus/Rodriguez, CIVPRO – Institut für Internationales Privatrecht und Verfahrensrecht, Bd. Nr. 7, 2015, N 354). Die Waffengleichheit im Sinne von Art. 29 Abs. 1 BV ist erfüllt bzw. der potentielle Arrestschuldner und der Arrestgläubiger befinden sich in derselben Ausgangslage, wenn sie je ihre Rechtsschrift einreichen, ohne vorgängig von der Eingabe der Gegenpartei Kenntnis erhalten zu haben (Weingart, a.a.O., N 356 f.). Deshalb ist nicht zu beanstanden, dass der Vorderrichter die Schutzschrift der Gesuchstellerin gleichzeitig mit dem Entscheid zustellte.

(Beschluss vom 17. August 2021, BEK 2021 90).

---

## **B      Verwaltungsgericht**

---

---

### **1.      Verfahren**

---

#### **1.1     Verfahrenskosten**

- *Kostenauflage bei Aufsichtsbeschwerden.*

*Aus den Erwägungen:*

3.1 Nach der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung ist für den Fall, wonach einer Aufsichtsbeschwerde nicht oder nur teilweise Folge geleistet wird, gegen eine entsprechende Kostenauflage dann nichts einzuwenden, wenn der Verfasser der Aufsichtsbeschwerde damit persönliche, private Interessen verfolgt (vgl. VGE 1055/04 vom 29.10.2004 Erw. 2.3; VGE 821/96 vom 20.2.1997 Erw. 2b mit Hinweisen auf VGE 617/91 vom 17.10.1991 Erw. 3; VGE 534/91 vom 24.7.1991, Erw. 1). Nach der Zürcher Praxis sind grundsätzlich Kosten aufzuerlegen, wenn der Aufsichtsbeschwerde keine Folge geleistet wird. Werden auch öffentliche Interessen vorgebracht, sind die Kosten auf die Staatskasse zu nehmen oder zumindest zu ermässigen (Bertschi, in: Kommentar VRG, Vorbem. zu §§ 19-28a N 84).

3.2 Dem Regierungsrat ist beizupflichten, dass die Aufsichtsbeschwerde des Beschwerdeführers von (rein) privaten Interessen geleitet war. Auch ohne expliziten Antrag des Beschwerdeführers ist nicht zu übersehen, dass mit der Aufsichtsbeschwerde die Hoffnung verbunden war, (nachträglich) Einsicht in die Verfahrensakten nehmen zu können, nachdem der Beschwerdeführer als nicht zur gewerbsmässigen Vertretung zugelassener Jurist die Privatklägerschaft nicht mehr hatte vertreten können. (...).

(VGE III 2021 128 vom 30. September 2021).

#### **1.2     Öffentliche Urteilsverkündung**

- *Kein Anspruch auf öffentliche Urteilsverkündung eines Entscheides der kantonalen Anwaltskommission (siehe EGV-SZ 2021 B 18.1).*

---

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

---

#### 3.1 Arbeitslosenversicherung

- *Arbeitslose, die sich persönlich nicht genügend um Arbeit bemühen, sind zu sanktionieren.*
- *Entscheidend ist nicht nur die Anzahl der Bewerbungen, sondern auch deren Qualität.*
- *Wer sich nur auf Wunschstellen bewirbt, wenn objektiv betrachtet kaum Aussicht auf eine Anstellung besteht, bemüht sich ungenügend.*

*Aus dem Sachverhalt:*

A. beantragte Arbeitslosenentschädigung per 1. Juni 2019, nachdem ihm die Stelle als Leiter Tankstellenshop gekündigt wurde. Mit Verfügung vom 26. Oktober 2020 wurde A. für die Dauer von drei Tagen in der Anspruchsberechtigung eingestellt, da er für September 2020 qualitativ ungenügende Arbeitsbemühungen nachgewiesen habe. Eine Einsprache dagegen wurde ebenso abgewiesen wie die Verwaltungsgerichtsbeschwerde.

*Aus den Erwägungen:*

3.1 Die versicherte Person ist in der Anspruchsberechtigung einzustellen, wenn sie sich persönlich nicht genügend um zumutbare Arbeit bemüht (vgl. Art. 30 Abs. 1 lit. c des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzentschädigung [Arbeitslosenversicherungsgesetz, AVIG; SR 837.0] vom 25.6.1982). (...).

3.2 Was die Quantität der Bewerbungen anbelangt, so werden in der Praxis durchschnittlich zehn bis zwölf Stellenbewerbungen pro Monat in der Regel als genügend erachtet (vgl. Urteil BGer 8C\_209/2018 vom 14.11.2018 m.V.a. BGE 139 V 524 Erw. 2.1.4). Allerdings ist eine allgemein gültige Aussage über die erforderliche Mindestanzahl an Bewerbungen nicht möglich, das Quantitativ beurteilt sich vielmehr nach den konkreten Umständen (vgl. BGE 139 V 524 Erw. 2.1.4). So müssen

etwa die Arbeitsbemühungen umso intensiver sein, je weniger Aussicht eine versicherte Person hat, eine Stelle zu finden (vgl. Kupfer Bucher, Bundesgesetz über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzschiädigung, 4. Aufl., Zürich 2013, S. 104).

3.3 Gemäss höchstrichterlicher Rechtsprechung ist aber nicht nur die Quantität, sondern auch die Qualität der Bewerbungen von Bedeutung (vgl. ARV 1990, S. 133, Erw. 1 mit Hinweis). Das Mass der erforderlichen Qualität der Arbeitsbemühungen hängt im Wesentlichen davon ab, in welcher Form sich die versicherte Person um eine neue Arbeitsstelle bemüht (z.B. telefonische Bewerbungen im Vergleich zu vollständigen schriftlichen Bewerbungen mit Anschreiben, Lebenslauf, Zeugnisbeilagen, Referenzen etc.).

3.4 Schliesslich folgt aus der Schadenminderungspflicht, dass die versicherten Personen grundsätzlich jede nicht unzumutbare Arbeit unverzüglich anzunehmen haben (Art. 16 Abs. 1 AVIG) und sich die Unzumutbarkeit einer Stelle dabei nach Art. 16 Abs. 2 AVIG bemisst (vgl. Urteil BGer 8C\_652/2015 vom 17.5.2016 Erw. 5.2 f.). Nach dieser Vorgabe sind auch die Bewerbungen auszurichten. Die versicherte Person darf sich nicht einzig auf ihres Erachtens ihr angemessene Stellen bewerben (vgl. VGE II 2018 20 vom 22.3.2018 Erw. 4.1.5). Ebenso ungenügend ist es, sich auf Wunschstellen zu bewerben, wenn objektiv betrachtet kaum Aussicht auf Erfolg besteht. Beides ist nicht unzulässig, darf aber nicht überwiegen resp. muss das geforderte Quantum mit realistischen Stellenbewerbungen erreicht werden. Mit anderen Worten ist die versicherte Person verpflichtet, sich weitgehend ungeachtet ihrer Präferenz auf Stellen zu bewerben, welche ihr gemäss Art. 16 Abs. 2 AVIG zumutbar sind und ihr die grössten Chancen auf Beendigung der Arbeitslosigkeit bieten. Ob die persönlichen Arbeitsbemühungen in diesem Sinne als genügend zu betrachten sind, ist mithin im Einzelfall unter Würdigung der gesamten Umstände zu beurteilen (vgl. VGE 319/04 vom 16.6.2004 Erw. 1, Prot. S. 654).

4.1 Der Beschwerdeführer verfügt über einen Mittleren Schulabschluss (MSA) in K. (Schulbesuch von 1999 bis 2010). Es folgten drei Monate Praktika in einer Tankstelle, rund zwei Jahre als Bürohilfe und ein Jahr Projektleiter Verkehrsunfallprävention in L. 2014 kam er in die Schweiz, wo er rund 1 ½ Jahre in einer Tankstelle im Stundenlohn tätig war. Von Mitte 2015 bis Mai 2019 hatte er als Stationsleiter die operative Führung der M.-Tankstelle in N. inne. Diese Anstellung wurde mittels Auf-

## B 3.1

hebungsvereinbarung unter Freistellung des Beschwerdeführers beendet. Die nächste Anstellung als Site Assistant der O. Tankstelle P. wurde noch in der Probezeit im Mai 2019 gekündigt mit dem Vermerk "Leider deckt sich unser Anforderungsprofil nicht". Seither ist der Beschwerdeführer arbeitslos mit Zwischenverdienst seit Oktober 2019 als Night Auditor Nachtportier in einem Hotel.

4.2 Die vorliegende Arbeitslosigkeit des Beschwerdeführers dauert somit seit dem 1. Juni 2019 an. Daran ändert der Zwischenverdienst als Nachtportier nichts. Mithin war der Beschwerdeführer im betrachteten Zeitraum (September 2020) bereits seit über einem Jahr arbeitslos resp. erfolglos auf Stellensuche. Es ist dies Beleg dafür, dass ihm das Finden einer Anstellung nicht einfach fällt, was ihn klarerweise dazu verpflichtet, seine Suchbemühungen zu intensivieren. Dies muss sich zum einen in der Anzahl der Suchbemühungen und zum andern auch in der Breite der Stellenbewerbungen niederschlagen. Die Unzumutbarkeit richtet sich einzig nach Art. 16 Abs. 2 AVIG.

4.3 Für September 2020 hat der Beschwerdeführer zehn Bewerbungen nachgewiesen (vgl. oben Erw. 2.1), was als solches schon am unteren Rand der geforderten Menge liegt (vgl. oben Erw. 3.2). Aufgrund der bereits langandauernden Arbeitslosigkeit, des jungen Alters des Beschwerdeführers sowie der fehlenden Berufsausbildung wäre der Beschwerdeführer aufgrund der Schadenminderungspflicht gehalten, mehr Bewerbungen zu tätigen. (...).

4.4 Betrachtet man die im genannten Zeitraum getätigten Bemühungen, so fällt auf, dass es sich bei fünf der zehn nachgewiesenen Bewerbungen um Stellenangebote als Filialleiter/Stv.Filialleiter/Store Manager handelt. Es ist dem Beschwerdeführer nicht untersagt, sich auf derartige Stellenausschreibungen zu bewerben. Mit seinem Ausbildungsstand (Mittlerer Schulabschluss in K., keine Berufsbildung) und der nicht langjährigen Berufspraxis müssen die Erfolgsaussichten bei objektiver Betrachtung indes als gering bezeichnet werden. Die Tatsache, dass der Beschwerdeführer über gar keinen Berufsabschluss verfügt, vermögen die erst rund 10 Jahre Berufserfahrung nicht aufzuwiegen. Auch die vom Beschwerdeführer geltend gemachte Erfahrung als Filialleiter ändert hieran nichts, handelte es sich doch um einen Tankstellenshop mit wenigen Angestellten. Es kann nicht ernsthaft erwartet werden, dass eine B. oder C. oder G. einer Person mit dem Profil des Beschwerdeführers die Leitung einer Filiale oder die Stellvertretung hierzu überlässt. Auch



wenn eine Anstellung nicht gänzlich ausgeschlossen werden kann, so dürfen diese Bewerbungen dennoch nicht zu jenen gezählt werden, welche der Beschwerdeführer tätigen muss. (...).

4.5 Bleiben die Bewerbungen, für welche der Beschwerdeführer das Anforderungsprofil objektiv betrachtet nicht erfüllt, die Erfolgsaussichten mithin äusserst gering sind, unberücksichtigt, so steht fest, dass sich der Beschwerdeführer zu wenig um Arbeit bemüht hat. Nämlich bloss fünf Bewerbungen. Damit aber ist nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz den Beschwerdeführer wegen ungenügender persönlicher Arbeitsbemühungen sanktioniert hat.

(VGE II 2021 20 vom 19. Mai 2021).

### **3.2 Arbeitslosenversicherung**

*- Trotz Finden einer neuen Anstellung besteht für eine arbeitslose Person in der Regel die Pflicht, weitere Arbeitsbemühungen zu tätigen, um einen Zwischenverdienst bis zum Stellenantritt zu finden.*

*Aus dem Sachverhalt:*

Die versicherte Person wurde per 5. Februar 2021 zur Arbeitsvermittlung angemeldet und bezog ab 1. März 2021 Arbeitslosentaggelder. Am 17. März 2021 informierte sie ihren RAV-Berater über eine mündlich zugesagte Stelle per 1. Mai 2021. Am 31. März 2021 wurde der Arbeitsvertrag per 1. Mai 2021 ausgestellt. Da die versicherte Person für den Monat März keine Arbeitsbemühungen nachwies, wurde sie ab 1. April 2021 für sieben Tage in der Anspruchsberechtigung eingestellt.

*Aus den Erwägungen:*

1. Der Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung des Beschwerdeführers ist unbestritten. Der Beschwerdeführer bestreitet auch nicht, für den Monat März 2021 keine persönlichen Arbeitsbemühungen nachgewiesen zu haben. Hingegen macht er geltend, aufgrund der mündlichen Stellenzusage habe keine Pflicht mehr bestanden, sich zu bewerben und Arbeitsbemühungen nachzuweisen. Entsprechend bestreitet er die Rechtmässigkeit der Einstellung in der Anspruchsberechtigung.

## B 3.2

2.1 Art. 17 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung (Arbeitslosenversicherungsgesetz, AVIG; SR 837.0) vom 25. Juni 1982 verlangt als Ausfluss der im gesamten Sozialversicherungsrecht geltenden Schadenminderungspflicht, dass eine versicherte Person, die Versicherungsleistungen beanspruchen will, alles Zumutbare unternehmen muss, um den Eintritt oder das Fortdauern der Arbeitslosigkeit zu vermeiden. Der versicherten Person obliegt es, Arbeit zu suchen und ihre Bemühungen nachzuweisen (Art. 17 Abs. 1 Satz 2 und 3 AVIG). Nach Art. 26 Abs. 1 der Verordnung über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung (Arbeitslosenversicherungsverordnung, AVIV; SR 837.02) vom 31. August 1983 muss sich die versicherte Person gezielt um Arbeit bemühen, in der Regel in Form einer ordentlichen Bewerbung. Einer versicherten Person sind im Rahmen der Schadenminderungspflicht alle Massnahmen zuzumuten, die ein vernünftiger Mensch in der gleichen Lage ergreifen würde, wenn er keinerlei Entschädigung zu erwarten hätte (BGE 140 V 267 Erw. 5.2.1).

2.2 Aufgrund der gesetzlichen Schadenminderungspflicht müssen genügende Arbeitsbemühungen solange nachgewiesen werden, wie Versicherungsleistungen in Anspruch genommen werden (Urteil BGer 8C\_40/2016 vom 21.4.2016 Erw. 4.2). So befreit auch der Umstand, dass die versicherte Person auf einen bestimmten Zeitpunkt hin eine die Arbeitslosigkeit beendende Erwerbstätigkeit aufnehmen kann, grundsätzlich nicht von der Pflicht zur Stellensuche. Die versicherte Person muss sich für diese Zeit um eine kurzfristige Stelle bemühen (vgl. AVIG-Praxis ALE, Rz. B318). Auch allfällige Schwierigkeiten, auf dem Arbeitsmarkt nur für wenige Wochen eine Anstellung zu finden, entbinden nicht von der Pflicht zur Stellensuche. Vielmehr verlangt dies nach umso intensiveren Bemühungen, wobei es nicht auf die Erfolgsaussichten, sondern auf die Intensität der Stellensuche ankommt (Urteil BGer 8C\_761/2009 vom 23.12.2009 Erw. 2.2 m.H. auf BGE 133 V 89 Erw. 6.1.1; SBVR Soziale Sicherheit-Nussbaumer, 3. Auflage, ALV, Rz. 844). Anders verhält es sich nur, wenn es der versicherten Person durch ihre Arbeitsbemühungen gelingt, in der massgebenden Kontrollperiode ihre Arbeitslosigkeit innert nützlicher Frist zu beenden. In diesem Fall hat keine Einstellung in der Anspruchsberechtigung zu erfolgen, auch wenn sich Qualität und Quantität der Arbeitsbemühungen an sich als ungenügend erweisen (Urteil BGer 8C\_40/2016 vom 21.4.2016 Erw. 4.2). Auch dies muss indes streng beurteilt werden und ist nur zu berücksichtigen, wenn die versicherte Person im Laufe des Monats eine zumutbare Arbeit findet, die sie

am Ersten des Folgemonats antreten kann. Für diesen (letzten) Kontrollmonat sind keine Arbeitsbemühungen mehr zu verlangen (AVIG-Praxis ALE Rz. B320; vgl. auch Urteil EVG C 25/03 vom 9.3.2004 mit Hinweis auf BGE 110 V 207). Eine Befreiung von der Pflicht zur Stellensuche kann in einem solchen Fall maximal 1 Monat dauern (Rubin, Commentaire de la loi sur l'assurance-chômage, 2014, Rz. 23 zu Art. 17).

### 2.3 (...).

3.1 Vorliegend ist der Sachverhalt - soweit von Interesse - unbestritten. Dem Beschwerdeführer wurde im September 2020 per Ende Februar 2021 gekündigt. Am 5. Februar 2021 wurde er zur Arbeitsvermittlung angemeldet; am 15. Februar 2021 erfolgte das Erstgespräch auf dem RAV C. Am 19. Februar 2021 bewarb er sich bei der D. (...). Am 17. März 2021 informierte der Beschwerdeführer seinen RAV-Berater, die mündliche Zusage für den Stellenantritt bei der D. per 1. Mai 2021 erhalten zu haben. Am 31. März 2021 stellte die neue Arbeitgeberin den Arbeitsvertrag aus. Für den Monat März 2021 reichte der Beschwerdeführer keinen Nachweis persönlicher Arbeitsbemühungen ein. Am 1. Mai 2021 trat er die neue Stelle an.

3.2 Mit ihrer Beurteilung, der Beschwerdeführer habe mit seinem Verhalten gegen die Schadenminderungspflicht verstossen, folgte die Vorinstanz der zuvor dargestellten Praxis und Rechtsprechung (vgl. oben Erw. 2.2). Die versicherte Person hat sich derart um Arbeit zu bemühen, wie wenn sie keinen Anspruch auf Versicherungsleistungen hätte. Noch während der Kündigungsfrist bemühte sich der Beschwerdeführer um Arbeit. Am 19. Februar 2021 bewarb er sich bei der D. Erst am 17. März 2021 folgte die mündliche Stellenzusage. Der schriftliche Arbeitsvertrag und damit die verbindlich zugesicherte Stelle lag gar erst am 31. März 2021 vor (vgl. Urteil BGer 8C\_40/2016 vom 21.4.2016 Erw. 4.2). Es steht ausser Frage, dass der Beschwerdeführer für die erste Monatshälfte so oder anders persönliche Arbeitsbemühungen nachzuweisen hätte. Denn bis zu diesem Zeitpunkt bestand keine Aussicht auf Beendigung der Arbeitslosigkeit; bis dahin wusste er nicht, per wann er die Arbeitslosigkeit würde beenden können. Mithin war er verpflichtet, sich um Arbeit zu bemühen und dies nachzuweisen. Die Stellenzusage erfolgte sodann erst per 1. Mai 2021, mithin nicht anschliessend an den Kontrollmonat März. Die Schadenminderungspflicht hätte es daher geboten, dass sich der Beschwerdeführer für die noch über einen Monat an-

## B 3.3

dauernde Arbeitslosigkeit mindestens um einen Zwischenverdienst bemüht, um den Schaden der Arbeitslosenversicherung klein zu halten.

Indem der Beschwerdeführer für die Zeit vor der Stellenzusicherung keine Arbeitsbemühungen tätigte (zumindest nicht nachwies) und nach der Stellenzusicherung noch für weitere 1½ Monate Arbeitslosentaggelder bezog, ohne sich um einen Zwischenverdienst zu bemühen, hat er seine Schadenminderungspflicht verletzt.

(VGE II 2021 77 vom 20. September 2021).

### 3.3 Berufliche Vorsorge

- *Konventionalstrafe nach dem Gesamtarbeitsvertrag für den flexiblen Altersrücktritt im Bauhauptgewerbe (GAV FAR): rechtliche Grundlage (Erw. 3.1 ff.).*
- *Bemessung der Bussenhöhe (Erw. 4.2 ff.).*

*Aus den Erwägungen:*

1.1.1 Gemäss Art. 1 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen (SR 221.215.311) vom 28. September 1956 kann der Geltungsbereich eines zwischen Verbänden abgeschlossenen Gesamtarbeitsvertrages auf Antrag aller Vertragsparteien durch Anordnung der zuständigen Behörde (Allgemeinverbindlicherklärung [AVE]) auf Arbeitgeber und Arbeitnehmer des betreffenden Wirtschaftszweiges oder Berufes ausgedehnt werden, die am Vertrag nicht beteiligt sind.

1.1.2 Mit Bundesratsbeschluss (BRB) über die Allgemeinverbindlicherklärung des GAV FAR (AVE GAV FAR) vom 5. Juni 2003 wurden unter anderem die Bestimmungen zur Finanzierung (Art. 7-9 GAV FAR), zum Vollzug (Art. 23 GAV FAR), zu Sanktionen bei Vertragsverletzung (Art. 25 GAV FAR) sowie die Übergangsbestimmungen (Art. 28 GAV FAR) für die ganze Schweiz (mit Ausnahme des Gebiets des Kantons Wallis; Art. 1 und Art. 2 Abs. 1 BRB-GAV FAR) allgemeinverbindlich erklärt. Der BRB trat am 1. Juli 2003 in Kraft und wurde seither mehrfach verlängert, letztmals am 14. Juni 2016 mit Gültigkeit bis 31. Dezember 2021 (vgl. BBI 2016-1475).

1.2 Bei der Klägerin handelt es sich um eine gestützt auf den Gesamtarbeitsvertrag für den flexiblen Altersrücktritt im Bauhauptgewerbe (GAV FAR) vom 12. November 2002 vom Schweizerischen Baumeisterverband (SBV) einerseits sowie von den Gewerkschaften Bau & Industrie (GBI; heute: Unia) und SYNA andererseits gegründete, nicht registrierte Personalvorsorgestiftung der freiwilligen beruflichen Vorsorge im Sinne von Art. 80 ff. des Bundesgesetzes über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (BVG; SR 831.40) vom 25. Juni 1982 sowie von Art. 80 ff. des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (ZGB; SR 210) vom 10. Dezember 1907, welcher von den Vertragsparteien der Vollzug des GAV FAR übertragen und insbesondere das Recht eingeräumt wurde, namens der Vertragsparteien Betreibungen und Klagen zu erheben (Art. 23 Abs. 1 GAV FAR und Stiftungsurkunde vom 19.3.2003; vgl. zum Ganzen: BGE 141 V 657 Erw. 3.1 m.H./Erw. 3.5.3).

### 1.3.1 (...).

3.1 Die Klägerin wird in Art. 23 GAV FAR als für den gesamten Vollzug des GAV zuständig und zu diesem Zweck berechtigt erklärt, "die notwendigen Kontrollen gegenüber den Vertragsunterworfenen durchzuführen und in Vertretung der Vertragsparteien im eigenen Namen Betreibungen und Klagen zu erheben" (Abs. 1 Satz 2). Dabei kann sie Kontrolltätigkeiten Dritten, namentlich den für den Vollzug des LMV (Landesmantelvertrag) gebildeten paritätischen Berufskommissionen, übertragen (Art. 23 Abs. 2 GAV FAR), wobei den Kontrollinstanzen zur Durchsetzung der Bestimmungen des GAV FAR insbesondere folgende Berechtigungen zustehen (Art. 23 Abs. 3 GAV FAR):

- a) Betriebskontrollen bei Betrieben im Geltungsbereich des vorliegenden GAV, namentlich auch bei Betrieben mit gemischten Tätigkeiten, um die Zugehörigkeit zum betrieblichen und persönlichen Geltungsbereich zu beurteilen;
- b) Lohnbuchkontrollen;
- c) Kontrolle der einzelnen Arbeitsverträge.

Art. 24 GAV FAR erklärt den Stiftungsrat als für die Verwaltung zuständig; dieser bildet gleichzeitig die paritätische Kommission und kontrolliert die Einhaltung des GAV FAR im Sinne von Art. 357b OR (Abs. 1). Der Stiftungsrat ist für die Kontrolltätigkeit verantwortlich, wobei er diese Kontrolle fachkundigen Gremien übertragen kann (Art. 24 Abs. 2 GAV FAR). Laut Art. 34 des Reglements FAR in Verbindung mit Art. 24 Abs. 3 GAV FAR ist für die Durchführung der Kontrolltätigkeit der Stiftungsrat verantwortlich; er ist berechtigt, bei den unterstellten

## B 3.3

Arbeitgebern, bei deren Vorsorgeeinrichtungen und bei den Leistungsbezüglern alle notwendigen Kontrollen bezüglich der Einhaltung der Bestimmung über die Beitragspflicht und der Anspruchsberechtigung auf Leistungen durchzuführen (Abs. 1), wobei der Stiftungsrat die Kontrolltätigkeiten Dritten übertragen kann, namentlich den für den Vollzug des LMV gebildeten paritätischen Berufskommissionen (Abs. 2).

3.2 Gemäss Art. 25 Abs. 1 GAV FAR können Verletzungen von Pflichten aus dem Vertrag durch den Stiftungsrat mit Konventionalstrafen von bis zu Fr. 50'000.-- geahndet werden. Fehlbaren Parteien können auch die Kontroll- und Verfahrenskosten überbunden werden. Insofern kommen der Klägerin - im Lichte der BRB vom 5. Juni 2003 ausdrücklich vorerwähnten Vollzugsbestimmungen - weitreichende, mit denjenigen einer AHV-Ausgleichskasse vergleichbare Vollzugskompetenzen zu (vgl. hierzu auch: Urteil SVG ZH vom 10.3.2011 BV.2009.00060 Erw. 3.2).

Nach Art. 25 Abs. 2 GAV FAR können Vertragsverletzungen, die darin bestehen, dass keine oder ungenügende Beiträge abgerechnet wurden, mit einer Konventionalstrafe bis zur doppelten Höhe der fehlbaren Beträge geahndet werden. Die Höhe der Konventionalstrafe richtet sich im Einzelfall nach der Schwere des Verschuldens und der Grösse des Betriebes sowie allfällig früher ausgesprochenen Sanktionen (Abs. 3). Die Konventionalstrafen und die Kontroll- und Verfahrenskosten fallen der Stiftung FAR zu (Abs. 5).

Damit besteht entgegen der Ansicht der Beklagten eine genügende rechtliche Grundlage für die Erhebung der Konventionalstrafe, der Kontrollkosten und der internen Verfahrenskosten. Die diesbezüglichen Einwendungen der Beklagten laufen ins Leere (vgl. hierzu auch: Entscheid des VG SG vom 10.8.2018 BV 2016/24 Erw. 4.2).

3.3 Eine Pflichtverletzung nach Art. 25 Abs. 1 GAV FAR bzw. den Tatbestand der Falschdeklaration der Lohnsumme begeht gemäss Ziff. 2.3.1 der vom Stiftungsrat erlassenen Richtlinie über die Sanktionen derjenige Arbeitgeber, der das Formular "Lohnsummenmeldung/Beitragsabrechnung und provisorische Lohnsumme", eine Lohnbescheinigung oder eine andere Erklärung bei der Stiftung FAR einreicht, die nicht den Tatsachen entspricht oder das Formular nicht einreicht, obwohl Lohnsummen vorhanden sind. Die Höhe der Sanktion für die Festlegung der Konventionalstrafe bestimmt sich dabei anhand eines Ausgangsbetrags und anhand des Grades des Verschuldens (vgl. Richtlinie Ziff. 2.3.2). Der Ausgangsbetrag wird festgelegt, indem bei erstmaliger Pflichtverletzung auf 5%, bei einer zweiten Pflichtverletzung auf

7.5% und bei einer dritten Pflichtverletzung auf 10% des Betrags der fehlenden Lohnsumme abgestellt wird. Abhängig vom Grad des Verschuldens wird die definitive Sanktionssumme auf einen bestimmten Prozentsatz des Ausgangsbetrags festgelegt (100% bei Vorsatz, 75% bei Eventualvorsatz, 50% bei Grobfahrlässigkeit, 25% bei mittlerer Fahrlässigkeit und 0% bei leichter Fahrlässigkeit).

Mit diesen Richtlinien kann - vergleichbar den Verwaltungsweisungen, Wegleitungen, Kreisschreiben o.ä. (vgl. BGE 141 V 365 Erw. 2.4; BGE 138 V 346 Erw. 6.2) - gewährleistet werden, dass der Stiftungsrat die ihm eingeräumte Befugnis zur Ahndung von Pflichtverletzungen rechtsgleich handhabt.

4.1 Wer als Arbeitgeber tätig sein will, hat sich auch um die damit verbundenen gesetzlichen Pflichten zu kümmern und hat diese zu erfüllen. Dies gilt auch für die Pflichten, welche die Beklagte aus dem für allgemein verbindlich erklärten GAV FAR treffen. Dies gilt vorliegend vorab für die korrekte und fristgerechte Meldung der Lohnsummen.

4.2 Die Beklagte kann nicht sagen bzw. belegen, ob bzw. dass die Lohnsummen der Klägerin tatsächlich (per Post) gemeldet wurden oder nicht bzw. ob die Meldung an die FAR bzw. das Verschicken der entsprechenden Unterlagen versehentlich vergessen ging; (...).

4.5.1 Zu prüfen ist weiter die Höhe der Konventionalstrafe. Für deren Bemessung zog die Klägerin die Lohnsummendifferenz des Jahres 2018 in Höhe von Fr. 287'682.-- heran. Da es sich um die erste Pflichtverletzung der Beklagten handelt, wurde der Ausgangsbetrag gestützt auf Ziff. 2.3.2 der Sanktionsrichtlinie (vgl. vorstehend Erw. 4.3) auf 5% dieses Betrages entsprechend Fr. 14'384.10 festgesetzt. Beim Grad des Verschuldens wird im Sanktionsentscheid vom 8. April 2020 eine "Verfehlung der Stufe 3: 75% des Ausgangsbetrages" angenommen mit der Begründung "Der geprüfte Betrieb musste wissen, dass seine (Nicht-)Deklaration falsch ist". Es resultierte somit die Konventionalstrafe von Fr. 10'788.10 (bzw. je nach Rundung Fr. 10'788.05). Anzumerken ist, dass die Sanktionsrichtlinie beim Verschulden keine Stufenbezeichnung kennt und die 75%, welche bei Eventualvorsatz eingesetzt werden, nach dem Vorsatz der zweiten (zweithärtesten) Stufe/Sanktion entspricht.

(Bestätigung der Bussenhöhe).

## B 7.1

4.7 Ebensovienig ist die Auferlegung von Verfahrenskosten in der Höhe von Fr. 500.-- mit Blick auf Ziff. 9 der Richtlinie über die Sanktionen, laut welcher die Klägerin pro Tatbestandsverletzung (vorliegend: Falschdeklaration der Lohnsumme [Ziff. 2.3]) Verfahrenskosten in der Höhe von Fr. 500.-- erhebt, zu beanstanden, zumal auch kein Verschulden der Klägerin ausgewiesen ist (vgl. hierzu: Entscheid VG SG vom 10.8.2018 BV 2016/24 Erw. 2.1).

(VGE II 2021 55 vom 15. Dezember 2021).

---

## 7. Bezirke und Gemeinden / politische Rechte

---

### 7.1 Einbürgerung

- *Eine ordentliche Einbürgerung setzt u.a. eine genügende Integration voraus.*
- *Nach langjährigem Aufenthalt in der Schweiz mit Ausbildung, Berufsleben und Kontakten über die Kinder/Schule ist grundsätzlich von einer genügenden Integration auszugehen. Soll die Voraussetzung als nicht erfüllt beurteilt werden, müssen erhärtete Gründe dagegen sprechen.*

*Aus dem Sachverhalt:*

A. reiste mit 8 Jahren in die Schweiz ein. Sie ist verheiratet und Mutter dreier Kinder (alle mit Niederlassungsbewilligung). Sie wohnt seit 1989 im Kanton Schwyz und besuchte hier die Primarschule und Realschule; über eine Berufsausbildung verfügt sie nicht. Nach dem Schulabschluss war sie Angestellte, bis sie ab 2006 als Hausfrau und Temporärangestellte arbeitete. Im Oktober 2020 reichte A. für sich und die Kinder das Gesuch um ordentliche Einbürgerung ein. Dieses wurde wegen ungenügender Integration abgelehnt.

*Aus den Erwägungen:*

4.1 Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist die Beurteilung der Integration als Prozess gegenseitiger Annäherung zwischen der einheimischen und der ausländischen Bevölkerung zu verstehen. Die zuge-



zogene Person soll am wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Leben der hiesigen Gesellschaft teilhaben. Dazu ist es erforderlich, dass sich die Ausländerinnen und Ausländer mit den gesellschaftlichen Verhältnissen und Lebensbedingungen in der Schweiz auseinandersetzen. Erfolgreiche Integration setzt den Willen der Zugewanderten wie auch die Offenheit der schweizerischen Bevölkerung voraus. Ob eine einbürgerungswillige Person genügend integriert ist, beurteilt sich nach den gesamten Umständen des Einzelfalles. Durch ihre Teilhabe bekundet die ausländische Person ihren Willen, auf die Einheimischen zuzugehen und sich mit den sozialen und kulturellen Lebensbedingungen an ihrem Wohnort auseinanderzusetzen (vgl. zum Ganzen BGE 146 I 49 Erw. 2.5 m.w.H.).

4.2 Dem Erfordernis der Eingliederung in die hiesigen Verhältnisse und des Vertrautseins mit den schweizerischen und lokalen Lebensumständen liegen unbestimmte und auslegungsbedürftige Rechtsbegriffe zugrunde. Gemeint sind einerseits die wirtschaftliche und soziale Eingliederung und andererseits Grundlagenkenntnisse der Staatskunde und Geschichte, der Geografie sowie von kulturellen Sitten und Gebräuchen. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung setzt eine genügende Integration nicht die Mitgliedschaft in Vereinen oder anderen Gemeindeorganisationen voraus. Die soziale Eingliederung kann auch über die Arbeit erfolgen. Selbst ein zurückgezogenes Leben schliesst eine Integration je nach den konkreten Umständen nicht von vornherein aus. Zwar kann eine gewisse Anpassung verlangt werden, die Aufgabe der eigenen kulturellen Herkunft und Identität aber nicht. Überdies müssen die Anforderungen insgesamt verhältnismässig und diskriminierungsfrei sein und sie dürfen nicht überzogen erscheinen. Insbesondere handelt es sich bei der Prüfung der Einbürgerungsvoraussetzungen nicht um ein Fachexamen, bei der sich Kandidierende über Spezialkenntnisse und -begriffe auszuweisen haben. Vielmehr geht es um die Beurteilung von Lebenssachverhalten und um Grundkenntnisse des Allgemeinwissens. Spitzfindigkeiten haben im Einbürgerungsverfahren keinen Platz und die Ansprüche an das Wissen der Gesuchsteller dürfen nicht überhöht werden. Es darf nicht mehr verlangt werden, als auch von einem durchschnittlichen Schweizer mit Wohnsitz in der Gemeinde vernünftigerweise erwartet werden dürfte (vgl. zum Ganzen BGE 146 I 49 Erw. 4.3).

4.3 Schliesslich dürfen bei der Beurteilung der Integration als Ganzes die kantonalen und kommunalen Behörden zwar den einzelnen Kriterien eine gewisse eigene Gewichtung beimessen. Insgesamt muss die Beurteilung aber ausgewogen bleiben und darf nicht auf einem klaren Missver-

## B 7.1

hältnis der Würdigung aller massgeblichen Gesichtspunkte beruhen. Die Fokussierung auf ein einziges Kriterium ist unzulässig, es sei denn, dieses falle, wie etwa eine erhebliche Straffälligkeit, bereits für sich allein entscheidend ins Gewicht. Erforderlich ist eine Gesamtwürdigung aller massgeblichen Aspekte im Einzelfall. Ein Manko bei einem Gesichtspunkt kann, so lange dieser nicht für sich allein den Ausschlag gibt, durch Stärken bei anderen Kriterien ausgeglichen werden (vgl. zum Ganzen BGE 146 I 49 Erw. 4.4).

5.1.1 Das Bundesgericht hielt im BGE 146 I 49 (...) fest, der Beschwerdeführer, der seit 30 Jahren in der Schweiz lebe und seit 26 Jahren in X. wohne, erfülle alle Einbürgerungsvoraussetzungen mit lediglich einem gewissen Vorbehalt bei der geografischen und kulturellen Eingliederung. Auch insofern liege aber höchstens ein geringes Manko vor, das durch die übrigen Kriterien mehr als aufgewogen werde. Ihm deswegen trotzdem die Einbürgerung zu verweigern, beruhe auf einem klaren Missverhältnis bei der Abwägung sämtlicher materieller Einbürgerungsvoraussetzungen. Aufgrund einer Gesamtwürdigung sei es daher unhaltbar und damit willkürlich, den Beschwerdeführer nicht einzubürgern. In Erw. 4.5.1 wird sodann ausgeführt, dass die Referenzauskünfte von vier Personen dem Beschwerdeführer lediglich ein durchschnittliches Ausmass an Kontakten und sozialen Interaktionen mit Nachbarn und Gemeindeeinwohnern attestierten, wobei nicht ersichtlich sei, weshalb diese nicht ausreichen sollten. Es widerspreche jeglicher Lebenserfahrung, dass der Beschwerdeführer, der seit 2001 ein eigenes Y-geschäft führe, über seine Arbeit in der Region und der Wohngemeinde keine Kontakte zur einheimischen Bevölkerung, darunter auch Schweizerinnen und Schweizer, unterhalte. Dies wäre mit seiner selbständigen Erwerbstätigkeit als Handwerker gar nicht vereinbar (vgl. aber auch BGE 132 I 167 betr. eine türkische Staatsangehörige, welche in der Schweiz geboren wurde und die Primarschule in der Schweiz besuchte, nach ihrer Ausbildung in Istanbul wieder in der Schweiz tätig war und welcher dennoch mangels Kontakt mit der Schweizer Bevölkerung eine Integration bzw. ein Integrationswille abgesprochen wurde).

5.1.2 Im vorliegenden Fall lebt die Beschwerdeführerin Ziff. 1 ebenfalls seit über 30 Jahren in der Schweiz bzw. im Kanton Schwyz und sie wohnt seit mehr als 15 Jahren in der Gemeinde J. Sie besuchte die obligatorische Schulzeit in der Schweiz und arbeitete in regionalen Betrieben (hauptsächlich vor ihrer Tätigkeit als Hausfrau und Mutter; seither bis 2018 temporär). Seit sie sich als Mutter hauptsächlich um den

Haushalt und die Kinder kümmert, bestehen Kontakte - gemäss eigener, wenn auch wenig substantiiertes Aussage - über die Kinder zu anderen Müttern. Berücksichtigt man die in Erw. 5.1.1 zitierte bundesgerichtliche Rechtsprechung, so kann man analog einer entlohnten Tätigkeit davon ausgehen, dass die Kontakte, welche die Beschwerdeführerin Ziff. 1 im Rahmen der Erziehung ihrer Kinder pflegt und welche sie in der vorangehenden eigenen Schulzeit und anschliessenden beruflichen Tätigkeit pflegte, im Sinne der Einbürgerungsvoraussetzungen als Kontakte mit der einheimischen Bevölkerung bzw. mit Schweizerinnen und Schweizern ausreichend sind in dem Sinne, als von einer genügenden Integration ausgegangen werden kann, soweit nicht erhärtete Gründe dagegen sprechen.

5.1.3 Die Beschwerdeführerin Ziff. 1 nannte im Einbürgerungsgesuch vom 26. Oktober 2020 zwei Nachbarinnen und ihre Schwägerin als Referenzpersonen. Aus den Akten ergibt sich nicht, ob sich die Vorinstanz bei diesen über den Kontakt und die soziale Interaktion mit den Beschwerdeführern erkundigt hat. Aus den vorliegenden Akten muss daher geschlossen werden, dass die Vorinstanz die Eingliederung der Beschwerdeführenden einzig und allein aufgrund der schriftlichen Prüfung und der mündlichen Anhörung beurteilt hat und keine weiteren Erkundigungen tätigte. (...). Überhaupt ist die Anhörung - nach dem Protokoll zu schliessen - wenig ergiebig bezüglich Eingliederung. Das Protokoll lässt dabei keinen Schluss zu, ob mangels Eingliederung schlicht nicht mehr Auskunft erhältlich war oder ob solche nicht vertieft abgefragt wurde. Es fällt auf jeden Fall schwer, allein aus dem allgemeinen Teil der Anhörung erhärtete Gründe zu erkennen, die gegen die Annahme einer angemessenen Integration aufgrund der langen Anwesenheit und beruflichen Tätigkeit schliessen lassen würden.

5.1.4 (...).

6. Zusammenfassend ergibt sich, dass aufgrund der Anhörung der Beschwerdeführenden gewisse Zweifel an einer hinreichenden Integration nachvollziehbar sind. Hingegen kann aus den in den Akten liegenden Informationen der vorinstanzliche Schluss, die Integration sei "offensichtlich" mangelhaft, nicht nachvollzogen werden. Zum einen gründet dieser Schluss einzig auf der schriftlichen Prüfung und der Anhörung, wobei die Beschwerdeführerin Ziff. 1 in beiden Situationen nachweislich gesundheitlich beeinträchtigt war. Zum andern wurden bezüglich Eingliederung - soweit aktenkundig - keinerlei Erkundungen eingeholt, we-

## B 7.2

der bei den bekannt gegebenen Referenzpersonen, noch bei der Lehrerschaft oder der Leitung der Jugendriege oder sonstigen Informationsträgern. Gerade vorliegenden Falls, da aufgrund der langjährigen Anwesenheit und beruflichen Tätigkeit grundsätzlich von einer hinreichenden Integration ausgegangen werden dürfte sowie aufgrund der gesundheitlichen Beeinträchtigung, wären aber aufgrund des Untersuchungsgrundsatzes weitere Sachverhaltsabklärungen notwendig gewesen. (...).

(VGE III 2021 86 vom 30. September 2021).

### 7.2 Initiativrecht

- *Zulässigkeit einer Planungsinitiative in Form eines ausgearbeiteten Entwurfs auch gemäss dem per 1. Juli 2018 revidierten GOG.*
- *Verhältnis der Planungsinitiative zum Grundsatz der Planbeständigkeit.*
- *Konsequenzen der Planungsinitiative für ein hängiges Baubewilligungsverfahren.*

*Aus dem Sachverhalt:*

Ein Initiativkomitee reichte eine Pluralinitiative ein, welche die Umzoning zweier Grundstücke zum Gegenstand hatte. Der Gemeinderat erklärte die Pluralinitiative "in Form einer allgemeinen Anregung als zulässig im Sinne von § 9 GOG". Die Beschwerdeführer machten geltend, diese Qualifizierung als allgemeine Anregung sei nicht korrekt. Vielmehr handle es sich um einen ausgearbeiteten Entwurf, womit die Planungsinitiative unzulässig sei.

*Aus den Erwägungen:*

4.2 Im Verfahren III 2016 219 vom 31. Januar 2017 (publ. in EGV-SZ 2017 B 7.3) hatte das Verwaltungsgericht eine (von rund 200 Personen unterzeichnete) Initiative zu beurteilen, welche für die Gewerbezone die Unzulässigkeit von "insbesondere Bauten und Anlagen für den Betrieb von Hundesport, Hundeausbildungen, Hundezucht und gewerbmässige Hundehaltung" verlangte. (Zusammenfassung dieses publizierten Entscheides).

4.3.1 An dieser Rechtsprechung ist festzuhalten. Massgebend ist, dass eine Planungsinitiative immer Umsetzungsakte erfordert, unabhängig davon, ob es sich um eine Initiative in Form der allgemeinen Anregung oder in Form des ausgearbeiteten Entwurfs handelt (ZBI 1995 S. 420 f.; vgl. auch BGE 139 I 2 Erw. 5.6). Das im Planungs- und Baugesetz vorgesehene Nutzungsplanverfahren und die darin vorgesehenen Instrumente des Rechtsschutzes gelangen auch nach Annahme einer Initiative in Form des ausgearbeiteten Entwurfs zur Anwendung. Das direktdemokratische Initiativverfahren ersetzt einzig Teilbereiche des in § 25 Abs. 1 PBG vorgesehenen Vorprüfungsverfahrens (gemeinderätliche Information, Entgegennahme von Einwendungen und Vorschlägen und Prüfung derselben). Der Gemeinderat wird indes mit Annahme einer Planungsinitiative verpflichtet, eine entsprechende Planungsrevision auszuarbeiten und das Verfahren nach § 25 Abs. 2 PBG in Gang zu setzen. Den Mitwirkungs- und Rechtsschutzrechten nach Art. 4 und Art. 33 RPG wird durch die demokratischen Rechte im Rahmen des Initiativverfahrens und die im Falle einer Annahme der Initiative anschliessenden Umsetzungsakte grundsätzlich Genüge getan (vgl. anschliessend aber Erw. 4.3.2).

Die nach der Annahme einer Planungsinitiative erforderliche Umsetzung kann zur Folge haben, dass die Initiative nicht oder nur mit Einschränkungen umgesetzt werden kann. Im Rahmen des Nutzungsplanungsverfahrens findet denn auch eine weitere Beschlussfassung durch die Gemeindeversammlung mit offenem Ausgang statt. Das Verwaltungsgericht hat bereits mit VGE 895/05 vom 26. Januar 2006 darauf hingewiesen, dass gerade bei Initiativen, die das Planungsrecht betreffen, bei deren Umsetzung zahlreiche Kontrollmöglichkeiten und -pflichten bestehen. Nur bei offensichtlichen Rechtswidrigkeiten seien solche Initiativen daher als ungültig zu erklären. Insbesondere sei die Frage einer allfälligen Beeinträchtigung der Eigentumsgarantie erst im planungsrechtlichen Einsprache- und Beschwerdeverfahren zu prüfen. Planungsinitiativen - ob in Form der allgemeinen Anregung oder in Form des ausgearbeiteten Entwurfs - stehen mithin von Anfang an unter dem Vorbehalt, dass bei ihrer Umsetzung inhaltliche Abstriche gemacht werden müssen oder die Umsetzung gar nicht möglich ist (vgl. BGE 139 I 2 Erw. 5.7.2).

4.3.2 Mit dem revidierten GOG (in Kraft seit 1. Juli 2018) trat insofern eine Rechtsänderung ein, als dass Pluralinitiativen grundsätzlich unverändert an die Urnenabstimmung überwiesen werden müssen, wobei gleichzeitig an der Urne auch über einen allfälligen Gegenvorschlag abgestimmt werden kann (doppeltes Ja mit Stichfrage; vgl. Sicherheitsdepartement: Gemeindeorganisationsgesetz: Totalrevision, Erläuternder

## B 7.2

Bericht zur Vernehmlassungsvorlage vom 30.11.2016 S. 8 Ziff. 3.2.4 und S. 13 zu § 12 GOG-E).

Mit dem Ausschluss von Abänderungsanträgen bei Pluralinitiativen an der Gemeindeversammlung wollte der Gesetzgeber einerseits die Behandlung der Pluralinitiative beschleunigen, andererseits aber insbesondere den Anspruch der Initianten, dass ihre Initiative unverändert zur Abstimmung gebracht wird, inhaltlich normieren (vgl. regierungsrätlicher Bericht und Vorlage an den Kantonsrat zum Gemeindeorganisationsgesetz: Totalrevision, Bericht und Vorlage an den Kantonsrat [RRB Nr. 495/2017 vom 27.6.2017] S. 16 zu § 11 GOG-E; S. 18 zu § 13 GOG-E). Dieser Anspruch rechtfertigt sich mit der erhöhten demokratischen Legitimation einer Pluralinitiative, welche von einem bestimmten Quorum der Stimmberechtigten mitgetragen werden muss.

Der Grundsatz der Unveränderbarkeit steht bei einer Pluralinitiative, welche einen ausgearbeiteten (Planungs-)Entwurf zum Gegenstand hat, in einem gewissen Widerspruch zu dem im Nutzungsplanverfahren vorgesehenen Mitwirkungsverfahren. Wie bereits im VGE III 2016 219 (Erw. 4.7.1) ausgeführt, kann dies in Berücksichtigung der im Rahmen des Initiativverfahrens den Stimmberechtigten zustehenden demokratischen Rechte und im Lichte des Grundsatzes des "in dubio pro populo" und des Wissens der Stimmberechtigten um das auch bei einem ausgearbeiteten Entwurf einer Planungsinitiative im Falle einer Annahme noch durchzuführende Nutzungsplanverfahren akzeptiert werden. Der politische Meinungsbildungsprozess kann auch im Initiativverfahren durchgeführt werden. Dem Umstand, dass nicht stimmberechtigte Grundeigentümer, welche von einer Planungsinitiative betroffen sein können, im Initiativverfahren keine Mitwirkungsrechte zukommen (anders im öffentlichen Mitwirkungsverfahren gemäss § 25 Abs. 1 PBG), kann im Rahmen des Initiativverfahrens insofern Rechnung getragen werden, als dass die Betroffenen (insbesondere die Grundeigentümer) von der zuständigen Behörde summarisch auf ihre Haltung zur Initiative hin befragt werden und ihre Ansichten im Rahmen der behördlichen Informationen (an der Gemeindeversammlung und in den Abstimmungserläuterungen) eingebracht werden (Bisaz, Die Planungsinitiative auf Änderung kommunaler Nutzungspläne, Jusletter, 3.10.2016, Rz. 10). Des Weiteren ist anzumerken, dass sich der RRB Nr. 495/2017 (und ebenso der erläuternde Bericht des Sicherheitsdepartements vom 30.11.2016 zur Totalrevision des Gemeindeorganisationsgesetzes) weder zum (Spannungs-)Verhältnis der Initiative in Form der allgemeinen Anregung noch des ausgearbeiteten Entwurfs zur Planungsinitiative äussert bzw. die Planungsinitiative überhaupt nicht anspricht. Hieraus darf gefolgert werden, dass der Ge-

setzgeber gegenüber der vorbestehenden Rechtslage betreffend die Planungsinitiative keine Änderung beabsichtigte und eine solche mittels eines ausgearbeiteten Entwurfs (weiterhin) nicht ausschliessen wollte.

4.3.3 Insgesamt kann mithin aus der oberwähnten Revision des GOG, mit welcher das Initiativrecht gestärkt und erweitert werden sollte, nicht auf die generelle Unzulässigkeit bzw. Ungültigkeit von Pluralinitiativen zu Planungsfragen in Form des ausgearbeiteten Entwurfs geschlossen werden, womit in casu nicht beurteilt werden muss, ob die vorliegende Initiative gestützt auf ihren Wortlaut als ausgearbeiteter Entwurf zu qualifizieren ist, wie die Beschwerdeführer geltend machen, oder ob sie als allgemeine Anregung zu werten ist, als welche sie vom Gemeinderat entgegengenommen wurde.

5.1 Betreffend die von den Beschwerdeführern gegen die Zulässigkeit der Initiative auch angeführte Planbeständigkeit ist festzuhalten, dass nach Art. 21 Abs. 2 RPG Planänderungen möglich sind, wenn sich die Verhältnisse erheblich geändert haben. Die Rechtsprechung lässt ausserdem nachträgliche geringfügige Erweiterungen des Baugebiets zu, soweit dadurch die bestehende Zonenplanung lediglich in untergeordneten Punkten ergänzt wird und eine gesamthafte Überprüfung der Planung nicht erforderlich erscheint (BGE 124 II 391 Erw. 4.b mit Hinweis auf ZBI 98/1997, S. 233 f. Erw. 4d/aa und bb). Zudem sind Zonenpläne ungeachtet der Vorschrift von Art. 21 Abs. 2 RPG in der Regel nach etwa 15 Jahren zu überarbeiten (Art. 15 lit. b RPG). Im Rahmen dieser Gesamtrevision können auch veränderte politische Vorstellungen zum Ausdruck kommen. Je näher eine Planrevision dieser Frist von 15 Jahren kommt, desto eher dürfen daher auch geänderte Anschauungen und Absichten der Planungsorgane als zulässige Begründung für eine Revision berücksichtigt werden. Ebenfalls genügen kann statt veränderter Verhältnisse allerdings auch das Vorliegen eines (sogar kürzlich unterlaufenen) Planungsfehlers (Urteil BGer 1P.611/2001 vom 25.1.2002 Erw. 3.2 mit Hinweisen).

Nachdem die von der Initiative betroffene Nutzungsordnung seit über 20 Jahren besteht und in der Vielzahl der Unterzeichner der Pluralinitiative auch veränderte Bürger-Vorstellungen zu erkennen sind, kann das Argument der Planbeständigkeit einer (Teil-)Revision der Nutzungsplanung nicht entgegengehalten werden. Was im Übrigen den Einwand der fehlenden Gesamtbetrachtung anbelangt, kann angemerkt werden, dass die von der streitigen Initiative betroffenen beiden nicht besonders grossflächigen Grundstücke singulär der Zentrumszone zugewiesen worden

## B 7.2

sind. Die umliegenden Grundstücke liegen in der öffentlichen Zone und in der Kernzone. Die eigentliche Zentrumszone (...) liegt einige hundert Meter entfernt von den fraglichen Grundstücken, weshalb die Zielsetzung der Initiative eher im Sinne einer Gesamtsicht der raumbedeutsamen Belange liegt. Eine Teilzonenplanung ist grundsätzlich zulässig, sofern sie sich in die flächendeckende Nutzungsplanung einfügt (VGE III 2019 108 vom 21.11.2019 Erw. 1.6.1; VGE III 2013 213 vom 29.10.2014 Erw. 5.1 m.H.). Nicht zulässig wäre eine isolierte Sondernutzungsordnung, welche aus dem planerischen Gesamtkonzept herausgerissen wäre, wie etwa eine einzelfallweise Einzonung (vgl. Urteil BGer 1P.14/2001 vom 1.4.2001; Waldmann/Hänni, Handkommentar RPG, Art. 2 Rz. 25 m.H.). Die vorliegend zu beurteilende Initiative zielt nicht auf eine solche ab.

5.2 Die allfälligen Konsequenzen einer Nutzungsplanänderung für ein konkretes Bauvorhaben während laufendem Baubewilligungsverfahren sind grundsätzlich eine Frage des anwendbaren Rechts. 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 Regelung von § 94 Abs. 1 PBG, wonach das PBG auf alle Baugesuche Anwendung findet, die nach seinem Inkrafttreten eingereicht werden. Ähnlich bestimmt auch Art. 64 Abs. 1 BauR, dass das Baureglement mit der Genehmigung des Regierungsrates in Kraft tritt und alle vorher eingegangenen Baugesuche noch nach den bisherigen Vorschriften zu beurteilen sind. Später eingetretene Rechtsänderungen sind gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung nur ausnahmsweise zu berücksichtigen, wenn zwingende Gründe für die sofortige Anwendung des neuen Rechts sprechen (BGE 135 II 384 Erw. 2.3 S. 390; 125 II 591 Erw. 5e/aa S. 598; je mit Hinweisen). Das Bundesgericht erachtet diese Voraussetzungen insbesondere im Bereich des Gewässer-, Natur-, Heimat- und Umweltschutzrechts als gegeben (BGE 135 II 384 Erw. 2.3 m.H.). Wie es sich hiermit im konkreten Fall verhält, kann offengelassen werden. Entscheidend ist, dass von einem unmöglichen Inhalt nicht bereits dann gesprochen werden kann, wenn für das von einer Planungsinitiative betroffene Baugebiet ein Baugesuch hängig ist. Ob daraus eine rechtskräftige Baubewilligung resultiert bzw. ob eine allfällige Bewilligung in Anspruch genommen wird, ist weiterhin offen, weshalb bereits aus diesem Grund nicht von einem unmöglichen Inhalt der Initiative gesprochen werden kann.



(VGE III 2021 32 vom 10. Mai 2021; gegen diesen Entscheid wurde Beschwerde beim Bundesgericht erhoben, welche unter der Verfahrensnummer 1C\_391/2021 hängig ist).

### **7.3 Wahlen an der Bezirksgemeinde**

*- An der Bezirksgemeinde Schwyz vom 20. April 2021 waren die Wahl einer nebenamtlichen Bezirksrichterin / eines nebenamtlichen Bezirksrichters sowie die Wahl eines Mitgliedes der Rechnungsprüfungskommission traktandiert. Gemäss Versammlungsprotokoll nahmen 150 Stimmberechtigte an der Bezirksgemeinde teil (bei rund 37'500 Stimmberechtigten des Bezirks). Beide Wahlen wurden offen durchgeführt, wobei für die Richterwahlen zwei Wahlgänge notwendig waren. Im Nachgang zur Bezirksgemeinde erhob ein Stimmberechtigter Beschwerde mit dem Antrag, beide Wahlen für ungültig zu erklären und beide Wahlen an der Urne durchzuführen. Das Gesamtgericht hat die Beschwerde abgewiesen.*

*Aus den Erwägungen:*

3.1 Als erstes gilt es vorzuschicken, dass der Beschwerdeführer - abgesehen von der geringen Teilnehmerzahl - keine konkreten Unregelmässigkeiten mit Bezug auf die zwei durchgeführten Wahlen anlässlich der Bezirksgemeinde vom 20. April 2021 nennt. Er beschränkt sich darauf, die offenen Wahlen aufgrund der - anerkanntermassen - sehr tiefen Beteiligung als (in mehrfacher Hinsicht) rechts- bzw. verfassungswidrig zu bezeichnen. Andere, konkrete Verhaltensweisen oder Vorfälle, welche die Wahlen als rechtswidrig erscheinen liessen, nennt oder bezeichnet er keine. So wirft er etwa namentlich weder Behörden, Parteien, Kandidierenden oder Stimmberechtigten eine unrechtmässige Beeinflussung der Vorbereitung oder Durchführung der Wahlen, Behinderung der Teilnahme oder Stimmabgabe, oder gezielte Mobilisierung einer Gruppe von Wahlberechtigten, fehlerhafte Stimmabgabe oder fehlerhafte Ermittlung des Ergebnisses oder dergleichen vor. Er rügt, ausser in der bereits erwähnten abstrakten Weise, weder die Terminierung der Bezirksgemeinde (abends an einem Werktag), noch die Örtlichkeit (Saal im MythenForum Schwyz) oder eine fehlerhafte Einladung. Weder zeigt er auf, dass gezielt Stimmberechtigte ausgeschlossen worden wären, noch, dass Unberechtigte zur Wahl zugelassen worden wären oder das Wahlprozedere

## B 7.3

fehlerhaft durchgeführt worden wäre. Auch zeigt er nicht auf, inwiefern sich die von ihm angeführten Problemfelder wie "Hinterzimmerpolitik", Manipulation, Verhinderung an der Teilnahme oder mangelnde Transparenz im Konkreten verwirklicht hätten. Was der Beschwerdeführer in allgemeiner Weise vorträgt, ist der Bezirksgemeinde resp. an dieser durchgeführten Wahlen geradezu systemimmanent. Mit anderen Worten hält der Beschwerdeführer Wahlen an der Bezirksgemeinde Schwyz per se als rechts- bzw. verfassungswidrig und damit auch die konkret angefochtenen Wahlen. Denn die tatsächliche Teilnahme resp. Stimmbeteiligung war unbestrittenermassen tief (150 teilnehmende Personen bei rund 37'500 Stimmberechtigten).

(...).

3.2 Als zweite Vorbemerkung kann festgehalten werden, dass der Beschwerdeführer dem Bezirksrat zu Recht keine Verletzung von geltenden Vorschriften betreffend die Durchführung von Wahlen im Bezirk Schwyz vorwirft. In diesem Zusammenhang gilt es festzustellen, dass sich der Bezirksrat vernehmlassend zu Unrecht auf eine Verfassungsbestimmung beruft, wonach die Wahlen an der Bezirksgemeinde im offenen Handmehr erfolgen. Dieser angerufene § 72 Abs. 1 ist mit der neuen Kantonsverfassung vom 24. November 2010 ausser Kraft getreten. Seither beschränkt sich die Verfassung auf die Vorgabe, dass Bezirke (und Gemeinden) demokratisch organisiert sind (§ 72 Abs. 1 KV) und sie regelt das Wahlrecht auch für die Bezirke, indem im Bezirk wahlberechtigt ist, wer Wohnsitz im Bezirk (und damit auch Kanton) und das 18. Altersjahr zurückgelegt hat sowie in eidg. Angelegenheiten stimm- und wahlberechtigt ist (§ 26 Abs. 1 und 2 KV).

Im Weiteren statuiert das Gemeindeorganisationsgesetz, dass die Stimmberechtigten das oberste Organ der Gemeinden und Bezirke sind und sie ihre Befugnisse an der Urne ausüben, soweit nicht die Gemeindeversammlung oder die Bezirksgemeinde zuständig ist (§ 8 Abs. 1 GOG). Die Stimmberechtigten können dabei für Wahlen oder Sachabstimmungen an Stelle des Urnensystems generell die Einführung des Versammlungssystems beschliessen (§ 8 Abs. 3 GOG). Damit hat sich der Kanton im neuen GOG zugunsten des Urnensystems als Regelorganisation der Gemeinden und Bezirke ausgesprochen. Dies jedoch nicht aus Überzeugung oder weil das Versammlungssystem mangelbehaftet wäre, sondern schlicht, weil im Zeitpunkt der Revision in einer Mehrheit der Gemeinden und Bezirke das Urnensystem galt (vgl. RRB Nr. 495/2017 vom 27.6.2017, Gemeindeorganisationsgesetz: Totalrevision; Bericht und Vorlage an den Kantonsrat; S. 8). Der kantonale Gesetzgeber machte

denn selbst auch zwei gewichtige Ausnahmen vom Urnensystem. Zum einen statuiert er mit § 16 GOG für die darin aufgeführten Geschäfte (etwa Voranschlag, Jahresrechnung, Steuerfuss oder Einbürgerungen) einen Vorbehalt zugunsten des Versammlungssystems und schliesst die Beschlussfassung an der Urne (auch im Urnensystem) ausdrücklich aus (für Einbürgerungen ergibt sich dies auch aus Art. 16 Abs. 2 des Bundesgesetzes über das Schweizer Bürgerrecht [Bürgerrechtsgesetz, BüG; SR 141.0] vom 20.6.2014). Zum andern legt der Gesetzgeber fest, dass in Gemeinden und Bezirken mit Versammlungssystem dieses weiterhin gilt bis zu einem gegenteiligen Beschluss der Stimmberechtigten an der Urne (§ 97 lit. a GOG). Es ist dabei unbestritten, dass im Zeitpunkt des Inkrafttretens des revidierten GOG der Bezirk Schwyz für Wahlen das Versammlungssystem kannte und der Wechsel ins Urnensystem am 19. Mai 2019 an der Urne bei einer Stimmbeteiligung von 45.2% mit einem Neinstimmenanteil von 58.26% keine Mehrheit fand, die Stimmberechtigten einen Wechsel im dafür vorgesehenen Verfahren somit verwarfen. Mithin gilt im Bezirk Schwyz gestützt auf § 8 i.V.m. § 97 lit. a GOG für Wahlen weiterhin das Versammlungssystem.

(...) Es ist unbestritten, dass die angefochtenen Wahlen vom 20. April 2021 gemäss diesen Vorgaben [gemäss GOG] durchgeführt wurden.

3.3 Der Beschwerdeführer beantragt die Kassation der Wahlergebnisse und die Zuweisung der Wahlen an die Urne, weil ihnen aufgrund der tiefen Beteiligung (gemäss Protokoll 150 Teilnehmende bei rund 37'551 Stimmberechtigten; vgl. Ergebnisprotokoll der Abstimmung vom 7.3.2021) die Legitimation fehle und damit eine Rechts- und Verfassungsverletzung vorliege (vgl. oben Erw. 2.1 und 2.3).

Wie zuvor ausgeführt, handelt es sich bei der effektiv tiefen Teilnahme um den einzigen konkreten Vorwurf des Beschwerdeführers. Die weiteren Vorhaltungen stellen abstrakte Kritikpunkte dar. Soweit der Beschwerdeführer Probleme wie "Hinterzimmerpolitik" oder Manipulierbarkeit vorbringt, bleibt er den Nachweis schuldig, dass sich diese Gefahr in den konkret angefochtenen Wahlen verwirklicht hat. Es bestehen hierzu denn auch keinerlei Anhaltspunkte. Die neue Richterstelle wurde vom Bezirk im Amtsblatt Nr. 50 am 11. Dezember 2020 öffentlich ausgeschrieben (S. 3104). Noch vor der Bezirksgemeinde war die Wahl Thema der Berichterstattung in der Regionalzeitung "Bote der Urschweiz". So wurde etwa am 3. April 2021 über eingegangene Bewerbungen berichtet. Am 19. April 2021 erfolgte ein ausführlicher Bericht über die Kandidatur C.\_\_\_\_. Dazwischen liessen die Parteien über die Presse mitteilen, welche Kandidatur sie unterstützen werden. Mithin war aufgrund der regelmäs-

## B 7.3

sigen Medienberichte schon lange vor der Bezirksgemeinde öffentlich bekannt, dass anlässlich der Bezirksgemeinde Wahlen abgehalten werden, welche Personen kandidieren und wer wessen Unterstützung genießt. Anlässlich der Bezirksgemeinde erfolgten keine weiteren Kandidaturen. Die Kandidatin und die Kandidaten wurden durch Stimmberechtigte vorgestellt und zur Wahl empfohlen. Dass Interessenvertreter mobilisiert worden wären, ist nicht bekannt und wäre im Übrigen auch nicht rechtswidrig. Anzeichen für fehlerhafte Wahlen finden sich keine.

Die tiefe Teilnahme ist jedoch nicht von der Hand zu weisen. Dies gilt nicht bloss für die angefochtenen Wahlen. Soweit auf der Internetseite des Bezirkes abrufbar, war die Beteiligung bei früheren Bezirksgemeinden nicht wesentlich grösser (20.4.2021 rund 150 Personen, 24.11.2020 rund 220 Personen, 16.6.2020 rund 360 Personen). Der Bezirksrat hat keine Zahlen offengelegt; er widerspricht dem Beschwerdeführer indes auch nicht und bestätigt insofern, dass sich die Teilnehmerzahl praxismässig in diesem Bereich bewegt, d.h. bei rund 0.4% bis 1% der rund 37'500 Stimmberechtigten (gemäss Bericht des Bezirksrats zur Pluralinitiative zur Einführung der Urnenwahl nahmen "in den letzten Jahren meistens zwischen 300 - 500 Stimmbürger und -bürgerinnen teil" [Einladung zur Bezirksgemeinde vom 23.4.2019, S. 24]). Andererseits kann nicht unterschlagen werden, dass auch eine Teilnahme von (wenigen) 5%, d.h. rund 1'880 Personen, zu Problemen, wenn auch anders gearteten, führen würde (vgl. betreffend Maximalgrösse einer Versammlung auch Ladner, Gemeindeversammlung und Gemeindeparlament; Überlegungen und empirische Befunde zur Ausgestaltung der Legislativfunktion in den Schweizer Gemeinden, cahier de l'IDHEAP, 292/2016, S. 12 f.; Hangartner/Kley, Die demokratischen Rechte in Bund und Kantonen der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2000, N195; an den beiden Landsgemeinden Glarus und Appenzell-Innerrhoden nimmt i.d.R. allerdings ein Mehrfaches davon teil, was die Umsetzbarkeit grundsätzlich bestätigt; vgl. für Glarus wurde die Beteiligung in den letzten 20 Jahren auf durchschnittlich 10% oder rund 2'700 Personen geschätzt; Hans-Peter Schaub/Lukas Leuzinger, Die Stimmbeteiligung an der Glarner Landsgemeinde, in: LeGes 29 [2018] 1).

Demgegenüber belief sich die Stimmbeteiligung im Bezirk Schwyz bei den Urnenabstimmungen etwa im März 2021 auf 55.8%, im September 2020 auf 61.3% oder bei der Abstimmung über die Abschaffung des Versammlungssystems bei Wahlen am 19. Mai 2019 auf 45.2% (bei den total 10 Abstimmungen seit 2010 [publiziert auf [www.bezirk-schwyz.ch](http://www.bezirk-schwyz.ch)] betrug die Stimmbeteiligung nie weniger als 41.7%).

Fest steht, dass an der Bezirksgemeinde der angefochtenen Wahlen vom 20. April 2021 gemäss Protokoll rund 150 Personen anwesend waren. Zur Urnenabstimmung vom 7. März 2021 - also rund 1 1/2 Monat zuvor - waren 37'551 Stimmberechtigte eingeladen. Die Teilnehmenden an der Bezirksgemeinde machten somit rund 0.4% der zur Wahlteilnahme Berechtigten aus.

3.4 Damit widerspiegelt sich hinsichtlich Teilnahme der Stimmberechtigten im Bezirk Schwyz, was Studien zu dieser Frage allgemein festgestellt haben: Grundsätzlich ist die Teilnahme an Urnenabstimmungen höher als an Versammlungen. Der Anteil bei kleineren Körperschaften ist sodann prozentual grösser als bei grossen Gemeinwesen. Allgemein bewegt sie sich zwischen 1 - 3% bei grossen und bis 20% bei kleinen, wobei sie auch wesentlich von den traktandierten Geschäften abhängig ist. Tendenziell ist die Teilnahme allgemein abnehmend (vgl. Ladner, Gemeindeversammlung und Gemeindeparlament, a.a.O., S. 36, 39; Rochat, Die Aargauer Gemeindeversammlungen, empirische Analyse der Einwohnergemeindeversammlungen 2013 bis 2016; Studienbericht ZDA Nr. 14, März 2019; Rochat/Kübler, Politische Beteiligung im Kanton Glarus, Studienbericht ZDA Nr. 19, Mai 2021; Haus/Rochat/Kübler, Die Beteiligung an Gemeindeversammlungen, Ergebnisse einer repräsentativen Befragung von Stimmberechtigten in der Gemeinde Richterswil/ZH, Studienbericht ZDA Nr. 8, Sept. 2016).

Der Bezirk Schwyz ist denn auch beileibe nicht eine von nur noch wenigen Körperschaften mit Versammlungssystem. Wie bereits ausgeführt, müssen im Kanton Schwyz alle Gemeinden und Bezirke für verschiedene Geschäfte zwingend Versammlungen abhalten. Gesamtschweizerisch sind rund 80% aller Gemeinden im Versammlungssystem organisiert, wobei Ausprägung, Zuständigkeit und Teilnahme mitunter sehr unterschiedlich sind (Ladner, Gemeindeversammlung und Gemeindeparlament, a.a.O., S. IX; derselbe, Demokratiekonzeptionen in den Gemeinden, in: Diggelmann/Hertig Randall/Schindler [Hrsg.], Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2020, Bd. 1 II.7 N20). Die Gemeindeversammlung ist gemäss Ladner das am stärksten verbreitete "Legislativorgan" in den Schweizer Gemeinden (Ladner, Gemeindeversammlung und Gemeindeparlament, a.a.O., S. 9 und 11). Auer bezeichnet die Volksversammlung denn auch als Teil des Standardinstrumentariums der direkten Demokratie in der Eidgenossenschaft (Auer, Staatsrecht der Schweizerischen Kantone, 2016, N921). Der Bezirk Schwyz dürfte dabei gesamtschweizerisch einerseits mit über 37'000 Stimmberechtigten auf einem Territorium von 50'674 ha das grösste (für Wahlen) im Versammlungssystem

## B 7.3

organisierte Gemeinwesen sein (vgl. etwa Ladner, der die Gemeinden Rapperswil-Jona, Horgen und Baar nennt, die jedoch weniger Einwohner resp. Stimmberechtigte als der Bezirk Schwyz zählen; Ladner, Demokratiekonzeptionen, a.a.O., Bd. 1 II.7 N22; Glaser, Wandel der Volksrechte, in: Diggelmann/Hertig Randall/Schindler [Hrsg.], Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2020, II.9 N11. Auch die Landsgemeindekantone Glarus und Appenzell-Innerrhoden weisen weniger Stimmberechtigte auf) und andererseits dürfte der Bezirk Schwyz, der territorial weitestgehend mit dem Alten Land Schwyz übereinstimmt und während Jahrhunderten als Stand Schwyz geschichtliche Bedeutung hatte und aus diesem hervorging, auch eine der ältesten Körperschaften mit Versammlungstradition sein, die bis ins 13. Jahrhundert zurück belegt ist (vgl. Horat: "Schwyz [Bezirk]", in: Historisches Lexikon der Schweiz, Version vom 24.02.2015. Online: <https://hls-dhs-dss.ch/de/articles/007415/2015-02-24/>, konsultiert am 12.8.2021; Vorstellung des Bezirks auf kantonaler Homepage [www.sz.ch](http://www.sz.ch); Ladner, Gemeindeversammlung und Gemeindeparlament, a.a.O., S. 3). Allerdings vermögen für sich allein weder die Tradition noch die Gemeinsamkeit des Versammlungssystems mit vielen anderen Gemeinwesen die Rechtmässigkeit der angefochtenen Wahlen zu begründen.

4. Gemäss Beschwerdeführer verstossen die angefochtenen Wahlen gegen die in § 72 Abs. 1 KV statuierte Pflicht zur demokratischen Organisation des Bezirks (und ebenso gegen § 1 und § 6 KV). Eine Wahl durch eine Bezirksgemeinde mit 150 Teilnehmenden sei undemokratisch.

4.1 Die Demokratie (demos Volk, kratos Macht) im Sinne der Volksherrschaft (Hangartner/Kley, a.a.O., N1345) ist zweifellos ein Kernelement der Schweizerischen Eidgenossenschaft; gemäss Brühlmeier/Vatter ist sie das Legitimationsprinzip der Bundesverfassung (Brühlmeier/Vatter, Demokratiekonzeption der Bundesverfassung, in: Diggelmann/Hertig Randall/Schindler [Hrsg.], Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2020, Bd. 1 II.6 N3; Grundlagenbericht KV-Revision vom 15.9.2004, S. 28). Gemäss Präambel geben sich das Schweizervolk und die Kantone die heute geltende Verfassung u.a. im Bestreben, die Demokratie zu stärken (Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft [BV; SR 101] vom 18.4.1999). Die Kantone sind ihrerseits souverän, soweit ihre Souveränität nicht durch die Bundesverfassung beschränkt ist (Art. 3 BV). Sichergestellt wird dies, indem die Kantonsverfassungen der Gewährleistung des Bundes bedürfen. Verlangt ist mitun-

ter, dass sich die Kantone eine demokratische Verfassung geben (Art. 51 BV). Die Kantone übernehmen diese Vorgabe in ihren Verfassungen, so auch der Kanton Schwyz (Der Kanton Schwyz ist ein freiheitlicher, demokratischer und sozialer Rechtsstaat, § 1 Abs. 2 KV). In der konkreten Ausgestaltung sind die Kantone frei. Sie fällt denn in den verschiedenen Kantonen auch sehr unterschiedlich aus. Dennoch würde niemand behaupten, einer der Kantone sei nicht demokratisch (Brühlmeier, Demokratiekonzeptionen in den Kantonen, in: Diggelmann/Hertig Randall/Schindler [Hrsg.], Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2020, Bd. 1, II.6).

4.2 Als Demokratie bezeichnet man im Allgemeinen eine Staatsorganisation, die das Volk als Staatsorgan einsetzt und ihm bestimmte, zentrale Zuständigkeiten zuweist (Auer, a.a.O., N876). In diesem Sinne ist der Bund bestrebt, dass die Freiheit und Rechte des Volkes durch eine repräsentative oder direktdemokratische Ordnung geschützt werden (Hangartner/Kley, a.a.O., N1334). So ist Art. 51 Abs. 1 BV Nachachtung verschafft, wenn die Kantonsverfassung die Gewaltenteilung und dabei ein vom Volk gewähltes Parlament (Legislative) vorsieht, Total- und Partialrevisionen der Kantonsverfassung dem Volk obligatorisch vorgelegt werden und wenn eine Mehrheit der Stimmberechtigten eine Verfassungsrevision verlangen kann (Häfelin/Haller/Keller/Thurnherr, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 10. Auflage, N1015; Hangartner/Kley, a.a.O., N1334; Auer, a.a.O., N1129; Ruch, St. Galler Kommentar zu BV Art. 51 N9; Grundlagenbericht KV-Revision vom 15.9.2004, S. 29; Bericht der Verfassungskommission zur Schwyzer Kantonsverfassung, 17.12.2009, S. 14).

4.3 Es ist unbestritten, dass der Kanton Schwyz eine demokratische Verfassung in diesem Sinne aufweist (vgl. Bericht der Verfassungskommission zur Schwyzer Kantonsverfassung, 17.12.2009, S. 27). Demokratisch organisiert sein müssen auch die Gemeinden und Bezirke (vgl. Ladner, Demokratiekonzeptionen, a.a.O., Bd.1 II.7). Dies ergibt sich zum einen aus der Bundesverfassung und wird zum andern im Kanton Schwyz mit § 72 Abs. 1 KV explizit normiert. Der Forderung nach einer demokratischen Organisation kommt dabei keine andere Bedeutung als der zuvor beschriebenen zu. Verlangt ist, dass auch in Bezirken und Gemeinden wesentliche Entscheide durch das Volk getroffen werden müssen (Bericht Verfassungskommission zur Schwyzer Kantonsverfassung, 17.12.2009, S. 105; Brühlmeier/Vatter, a.a.O., N19 ff.).

## B 7.3

4.4 Die organisatorische Umsetzung erfolgt weitestgehend in der Kantonsverfassung selbst sowie im GOG. Das Volk, dem die Souveränität zukommt, wird durch das Stimmvolk gebildet (Auer, a.a.O., N966). Dieses umfasst nie die Gesamtbevölkerung, sondern stets nur eine Teilmenge. Eine wesentliche Aufgabe des Kantons ist es daher, in der Kantonsverfassung den Kreis der Aktivstimmberechtigten, des Stimmrechtskörpers zu definieren (Zen-Ruffinen; *L'expression fidèle et sûre de la volonté du corps électoral*, in: Thüerer/Aubert/Müller, Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001, § 21 N2 und 4): In Kanton, Bezirk und Gemeinde können an Wahlen und Abstimmungen die Stimmberechtigten teilnehmen; dies sind die Schweizer Bürgerinnen und Bürger mit Wohnsitz im Kanton, die das 18. Altersjahr zurückgelegt haben und in eidgenössischen Angelegenheiten stimm- und wahlberechtigt sind (§ 26 Abs. 1 und 2 KV). Gemäss § 8 Abs. 1 GOG bilden diese Stimmberechtigten das oberste Organ der Gemeinden und Bezirke. Ihre Befugnisse üben sie entweder an der Urne (Urnsystem) oder der Gemeindeversammlung resp. Bezirksgemeinde (Versammlungssystem) aus. Im Versammlungssystem ist die Bezirksgemeinde die Versammlung der Stimmberechtigten eines Bezirks (§ 8 Abs. 2 GOG). Die Regelorganisation bildet (neu) das Urnsystem, wobei das Stimmvolk (als oberstes Organ) mit Mehrheitsbeschluss an der Urne entscheiden kann, ob Abstimmungen und/oder Wahlen an der Urne oder in der Versammlung durchgeführt werden (§ 8 Abs. 3 GOG). Der Bezirk Schwyz hatte bereits vor der GOG-Revision Wahlen im Versammlungssystem durchgeführt und das Stimmvolk hat diese Organisation durch Ablehnung eines Systemwechsels an der Urnenabstimmung vom 19. Mai 2019 bestätigt. So unterliegen der Wahl durch die Stimmberechtigten in der Bezirksgemeinde u.a. die Mitglieder der Bezirksgerichte und weiterer der Volkswahl unterstellten Behörden (§ 27 lit. f und g KV).

Von keiner Seite wird behauptet, dass diese abstrakten Organisationsvorgaben den verfassungsrechtlichen Vorgaben an eine demokratische Organisation nicht entsprechen würden (im Gegenteil; die Mindestvorgaben werden übertroffen; Art. 51 Abs. 1 BV würde keine Volkswahl von Richtern und RPK-Mitgliedern fordern) und ebenso steht fest, dass die formelle Organisation im Bezirk Schwyz diesen Organisationsvorschriften entspricht. Mithin ist der Bezirk Schwyz ein den Vorschriften entsprechend demokratisch organisiertes Gemeinwesen. Namentlich widerspricht die Wahl von Mitgliedern des Bezirksgerichts und der Rechnungsprüfungskommission durch die Bezirksgemeinde nicht § 72 Abs. 1 KV oder Art. 51 Abs. 1 BV.



5. Grundsätzlich stellt der Kanton Schwyz den Gemeinden und Bezirken alle Hauptformen einer demokratischen Organisation zur freien Wahl (im dafür vorgesehenen Prozedere) zur Verfügung, nämlich die repräsentative (durch Einsetzung eines Parlamentes; § 72 Abs. 2 KV; § 35 GOG) und die direktdemokratische (mit Urnen- oder Versammlungs- oder Mischsystem) Organisation (vgl. Ladner, Demokratiekonzeption in den Gemeinden, a.a.O.; Hangartner/Kley, a.a.O., N1345). Dass alle diese Formen verfassungsmässig sind, wurde bereits ausgeführt. In der Wahl des Systems der direktdemokratischen Organisation sind die Kantone resp. die Gemeinden und Bezirke im Rahmen ihrer durch das kantonale Recht definierten Autonomie grundsätzlich frei. Allerdings sind dabei auch die weiteren verfassungsmässigen Rechte zu beachten. Diesbezüglich erhebt der Beschwerdeführer den Vorwurf, die Wahlen an der Bezirksgemeinde würden die Wahl- und Abstimmungsfreiheit (Art. 34 Abs. 2 BV) verletzen.

5.1 Die Vorgabe einer demokratischen Organisation (Art. 51 Abs. 1 BV) ist namentlich in Verbindung mit Art. 39 Abs. 1 BV zu sehen. Wesentlicher Punkt der demokratischen Organisation ist die Definition des Volkes, d.h. des Stimmkörpers. Die Aktivbürgerschaft ergibt sich zur Hauptsache aus der Regelung der politischen Rechte in kantonalen und kommunalen Angelegenheiten. Diese Regelung obliegt den Kantonen (Art. 39 Abs. 1 BV). Ihnen kommt hierbei weitgehende Freiheit zu (Hangartner/Kley, a.a.O., N71, 2458; Auer, a.a.O., N966). Zu beachten haben sie aber in jedem Fall die allgemeinen Wahlrechtsgrundsätze, nämlich die Gewährung allgemeiner, gleicher, direkter, freier und geheimer Wahlen (Poledna, Grundzüge des Wahlrechts in den Kantonen, in: Thürer/Aubert/Müller, Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001, § 23 N1; auch Häfelin/Haller/Keller/Thurnherr, a.a.O., N1016) und ebenso die Grundrechte wie etwa das Diskriminierungsverbot (BGE 116 Ia 359; Auer, a.a.O., 385; Hangartner/Kley, a.a.O., N1336). Hat der Kanton die politischen Rechte definiert, geniessen diese den Schutz der Bundesverfassung. D.h. die Gewährleistung und den Schutz der Bundesverfassung (Art. 34 Abs. 1 BV) geniessen die vom kantonalen Recht - variantenreich - definierten politischen Rechte (Auer, a.a.O., N1127; Steinmann, St. Galler Kommentar zu Art. 34 BV N10).

5.2 Welche politischen Rechte der Kanton Schwyz (u.a.) statuiert hat, wurde bereits dargestellt (vgl. oben Erw. 4.4). Art. 34 Abs. 2 BV verlangt nun, dass die vom Kanton gewährten politischen Rechte korrekt ausgeübt werden können. D.h. verfassungsrechtlich vorausgesetzt ist nicht nur

## B 7.3

eine demokratische Organisation; verfassungsmässigen Schutz genießt ebenso die korrekte Ausübung der vom Kanton geregelten politischen Rechte. Der Schutz der politischen Rechte gilt dabei unabhängig vom gewählten System; sie sind sowohl im Parlaments-, wie auch im Urnen- und insbesondere auch im Versammlungssystem einzuhalten (Jaag, Kommentar zur Kantonsverfassung ZH, Art. 87 N7), wobei aber Eigenheiten des Versammlungssystems durchaus auch beachtlich sind (vgl. Hangartner/Kley, a.a.O., N2572). Jeder Stimmbürger hat gestützt auf Art. 34 BV Anspruch darauf, die ihm nach Verfassung und Gesetz zustehenden demokratischen Mitwirkungsrechte ungehindert und in vollem Umfang wahrzunehmen (Urteil BGer 1C\_37/2010 vom 11.6.2010 Erw. 2.1). Vorliegend angerufen ist seitens des Beschwerdeführers die Wahlfreiheit gemäss Art. 34 Abs. 2 BV. Er erachtet diese mit den Wahlen an der Bezirksgemeinde mit geringer Beteiligung als verletzt, ohne dies jedoch genauer zu begründen.

5.3 Das von der Verfassung in Art. 34 Abs. 2 BV garantierte Stimm- und Wahlrecht räumt dem Bürger allgemein den Anspruch darauf ein, dass kein Abstimmungs- oder Wahlergebnis anerkannt wird, das nicht den freien Willen der Stimmberechtigten zuverlässig und unverfälscht zum Ausdruck bringt (BGE 147 I 206 Erw. 3.6 mit weiteren Hinweisen; Urteil BGer 1C\_374/2020 vom 19.5.2021 Erw. 3.1.1; Hangartner/Kley, a.a.O., N2458 mit Verweis auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung; Zen-Ruffinen, a.a.O., N2). Aus der Wahl- und Abstimmungsfreiheit hat das Bundesgericht verschiedene Prinzipien abgeleitet, die für sämtliche Volksabstimmungen und Volkswahlen, mithin auch Versammlungsbeschlüsse gelten (vgl. Hangartner/Kley, a.a.O., N406, 2468 f.; Tschanen, Perspektiven der schweizerischen Demokratie, in: Diggelmann/Hertig Randall/Schindler [Hrsg.], Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2020, Bd. III.11 N18; Häfelin/Haller/Keller/Thurnherr, a.a.O., N1387 ff.; Jaag, a.a.O., Art. 87 N7). Mit Bezug auf die Bezirksgemeinde stehen dabei die Wahrung des Stimmgeheimnisses, der freien Stimmabgabe und die korrekte Zusammensetzung der Aktivbürgerschaft im Vordergrund.

5.4 Die Wahlen an der Bezirksgemeinde vom 20. April 2021 erfolgten im offenem Handmehr. Eine geheime Wahl stellt dies zweifelsohne nicht dar. Auch vermag eine freie Stimmabgabe durch die Notwendigkeit des Handerhebens behindert sein (Hangartner/Kley, a.a.O., N190; BGE 121 I 138 Erw. 4.a), ist doch nicht ausgeschlossen, dass neben der eigenen Überzeugung in der Sache auch der gesellschaftliche Druck die Stimm-

abgabe beeinflussen kann. Eine Verletzung von Art. 34 Abs. 2 BV kann darin aber dennoch nicht gesehen werden. Zum einen hätte die Durchführung einer geheimen Wahl von jeder stimmberechtigten Person beantragt werden können (§ 33 Abs. 1 GOG, vgl. oben Erw. 3.2), was offensichtlich nicht der Fall war. Zum andern kommt der offenen Ausübung der politischen Rechte im Versammlungssystem - trotz mitunter geäusselter Kritik (vgl. etwa Ladner, Demokratiekonzeption in den Gemeinden, a.a.O., II.7 N18, 30; Poledna, a.a.O., N2) - in der Schweiz eine derart grosse Bedeutung als Urform der Demokratie zu, dass es auch nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung nicht angehe, das Urnenverfahren vorzuschreiben (Hangartner/Kley, a.a.O., N2572). Diese Haltung bekräftigte die Schweiz, indem sie etwa dem ersten Zusatzprotokoll zur EMRK, das in Art. 3 regelmässige freie und geheime Wahlen fordert, nicht beitrug. Im Genehmigungsbeschluss vom 13. Dezember 1991 betreffend den internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte (UNO-Pakt II vom 16.12.1966) brachte die Bundesversammlung zudem zu Art. 25 lit. b, der geheime Wahlen fordert, einen Vorbehalt zugunsten von kantonalen und kommunalen im Versammlungssystem offen durchgeführten Wahlen an (vgl. AS 1993 748). Mithin werden im Versammlungssystem offen durchgeführte Wahlen in der Schweiz seit jeher als verfassungsmässig sowie insbesondere mit einer demokratischen Ordnung und mit der Wahl- und Abstimmungsfreiheit vereinbar betrachtet. Die Tatsache, dass an der Bezirksgemeinde eine offene Wahl durchgeführt wurde, stellt keine Verletzung von Art. 34 Abs. 2 BV dar. Im Übrigen rügt auch der Beschwerdeführer weder eine Verletzung des Abstimmungs- resp. Wahlgeheimnisses noch der freien Stimmgabe.

5.5 Ein weiteres Prinzip der Wahl- und Abstimmungsfreiheit ist die korrekte Zusammensetzung des Wahl- und Abstimmungskörpers (vgl. BGE 116 Ia 359 Erw. 3.b). Zu einer Wahl / Abstimmung ist nur zuzulassen, wer effektiv stimmberechtigt ist und wer stimmberechtigt ist, soll an der Wahl / Abstimmung effektiv teilnehmen können und nicht ausgeschlossen werden (Hangartner/Kley, a.a.O., N159; Steinmann, a.a.O., Art. 34 N7; Zen-Ruffinen, a.a.O., N5).

5.5.1 Dieses Prinzip der korrekten Zusammensetzung des Wahlkörpers rügt der Beschwerdeführer sinngemäss als durch die Bezirksgemeinde verletzt. Von der Teilnahme an einer Wahl in der Bezirksgemeinde seien viele Stimmberechtigte faktisch ausgeschlossen. Allein die Örtlichkeit lasse keine grosse Teilnahme zu (in casu im Mythenforum Schwyz mit Platz für knapp 600 Personen; vgl. [www.mythenforum.ch](http://www.mythenforum.ch)). Die zur

## B 7.3

Stimmabgabe notwendige Teilnahme sei vielen Stimmberechtigten berufsbedingt, familiär oder aus anderen Termenschwierigkeiten nicht möglich. Die räumliche Ausdehnung des Bezirks Schwyz verhindere eine An- und insbesondere Rückreise an entlegene Wohnorte per öV, was weitere Interessierte abhalte. Die effektive, geringe Teilnahme und grössere Teilnahme an Urnenabstimmungen zeige unter dem Strich, dass viele Stimmberechtigte aus objektiven oder persönlichen Gründen an der Teilnahme und damit an der Ausübung ihres Stimmrechts gehindert seien. Der Wahlrechtskörper an der Bezirksgemeinde sei damit nicht korrekt zusammengesetzt.

5.5.2 Es ist bekannt, dass die Teilnahme an Versammlungen prozentual gering ist. Es trifft zu, dass eine Teilnahme an einer Versammlung aus verschiedensten Gründen unmöglich sein kann oder aus privaten Gründen abgelehnt wird und beides faktisch einen Ausschluss vom Wahlkörper darstellt (vgl. Rochat/Kübler, Studienbericht ZDA Nr. 19, S. 21 ff., 51 ff., 66 ff.; Auer, a.a.O., N925, 989, 1135; Burgherr, Versammlungsdemokratie in den Gemeinden, ZBl 2001, S. 617 ff., 633 ff.; Hangartner/Kley, a.a.O., N191, N2539; Zen-Ruffinen, a.a.O., N7; Ladner, Gemeindeversammlung und Gemeindeparlament, a.a.O., S. 13).

5.5.3 Dieses Problem der allfälligen Unmöglichkeit der Stimmabgabe im Versammlungssystem anerkennt - neben weiteren Nachteilen - ausdrücklich auch das Bundesgericht und es stellte den Nachteilen gleichzeitig auch Vorteile gegenüber (BGE 121 I 138 Erw. 4.a und b). Soweit diese Nachteile nur abstrakt vorgetragen werden und systembedingte Unzulänglichkeiten darstellen, hielt das Bundesgericht aber dafür, die Landsgemeinde umfasse grundsätzlich alle Stimmbeteiligten, welche auch an der Urne ihr Votum abgeben könnten (BGE 121 I 138 Erw. 5.d). Mögliche Teilnahmeverhinderungen oder Beeinflussungen führten für sich alleine nicht schon zu Abstimmungs- und Wahlergebnissen, die den freien Willen der Stimmbürger nicht zuverlässig wiedergeben würden. Das Teilnahmerecht hätten alle, eine Verhinderung könne auch alle (Befürworter und Gegner) treffen. Auch die Tatsache der geringen Teilnahme könne sich so oder anders im Ergebnis niederschlagen, es könne nicht bestimmt werden, in welcher Weise, ob zugunsten oder zungunsten einer bestimmten Vorlage sie sich auswirken würde; der Umfang der Stimmbeteiligung habe nicht klar Einfluss in der einen oder andern Richtung. All die Rügen und Bedenken - mithin auch die vorliegenden betreffend geringer Teilnahme - seien aus der Sicht der Versammlungsdemokratie gewissermassen systembedingt. Sie hätten gegen-

seitig überschneidende und kompensierende Auswirkungen und seien demgemäss in Bezug auf die Ergebnisse von Wahlen und Abstimmungen neutral. Zusammenfassend führte das Bundesgericht aus, die konkreten Unzulänglichkeiten des Abstimmungssystems an Landsgemeinden führten daher abstrakt gesehen nicht zu Wahl- und Abstimmungsergebnissen, welche den freien Willen der Stimmbürger nicht zuverlässig und unverfälscht zum Ausdruck brächten. Diese Überlegungen treffen gemäss Bundesgericht in gleicher Weise auch auf die Versammlungsdemokratie auf kommunaler Stufe zu (BGE 128 I 138).

Das Bundesgericht bestätigte dies in jüngeren Entscheiden. So anerkannte es in den Urteilen 1P.632/2001 vom 16. November 2001 und 1P.571/2003 vom 21.11.2003 in Beurteilung einer Gemeindeversammlung, die auf den "Berchtelistag" (3. Montag im Januar; Entscheid betr. Gemeinde im Kanton TG) und damit für viele Stimmberechtigte während der Arbeitszeit angesetzt war, dass Stimmberechtigte von der Versammlungsteilnahme ausgeschlossen sein können. Es liege aber im Wesen der Versammlungsdemokratie, dass es "den" idealen Termin für die Durchführung einer Gemeindeversammlung, welcher allen Stimmberechtigten die Teilnahme ermöglichen würde, nicht gebe. Dieser systembedingte Nachteil werde indessen durch verschiedene Vorteile - etwa die direkte Einflussmöglichkeit jedes Versammlungsteilnehmers auf den Entscheidungsvorgang - aufgehoben. Unter dem Gesichtspunkt des verfassungsmässigen Stimmrechts sei es daher ohne weiteres zulässig, Gemeindeabstimmungen und -wahlen an der Gemeindeversammlung oder der Urne durchzuführen (Urteil BGer 1P.632/2001 vom 16.11.2001 Erw. 2.c). In einem die Gemeinde Samnaun (wo der Gemeinderat bei der Beratung einer Sachvorlage entscheidet, ob sie der Urnengemeinde oder der Gemeindeversammlung unterbreitet wird) betreffenden Entscheid führte das Bundesgericht aus, den Gemeinden stehe es (im Kanton Graubünden) insbesondere frei, ob sie die Stimmberechtigten ihre Rechte an der Gemeindeversammlung oder an der Urne ausüben lassen wollten. Beide Systeme hätten ihre Vor- und Nachteile. Bei Gemeindeversammlungen sei die Stimmbeteiligung erfahrungsgemäss meist erheblich tiefer als bei Urnenabstimmungen, hingegen seien die demokratischen Mitwirkungsmöglichkeiten des Stimmberechtigten besser ausgebildet, da er die Willensbildung der Gemeindeversammlung mit Voten direkt beeinflussen und Abänderungs- oder Rückweisungsanträge stellen könne. Unter dem Gesichtspunkt der verfassungsrechtlichen Gewährleistung des Stimmrechts seien beide Systeme nicht zu beanstanden und auch die Gemeindeverfassung, die es ins Ermessen des Gemeinderats stelle, einzelfallweise zu entscheiden, über eine Vorlage an der Gemeindeversammlung

## B 7.3

oder an der Urne abstimmen zu lassen, sei verfassungsrechtlich unbedenklich (Urteil BGer 1C\_37/2010 vom 11.6.2010 Erw. 2.3).

5.5.4 Gegenüber dieser bundesgerichtlichen Rechtsprechung wird in der Lehre mitunter Kritik geäußert (wobei namentlich die auch vom Bundesgericht anerkannten Nachteile des Versammlungssystems hervorgehoben werden; vgl. etwa Auer, a.a.O., N925, N994; Burgherr, a.a.O., S. 633ff.; Hangartner/Kley, a.a.O., N191; Zen-Ruffinen, a.a.O., N 7; Poledna, a.a.O., N2;). Insgesamt jedoch wird sie in den Kommentierungen - soweit eingesehen - nicht grundsätzlich in Frage gestellt (Glaser, Wandel der Volksrechte, in: Diggelmann/Hertig Randall/Schindler [Hrsg.], Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2020, Bd. 1 II.9 N 23; Glaser, Demokratie, a.a.O., Hangartner/Kley, a.a.O., 2539; Steinmann, St. Galler Kommentar zu Art. 34 BV; Kley, St. Galler Kommentar zu Art. 39; Poledna, a.a.O., N 2; Auer, a.a.O., N 989; Häfelin/Haller/Keller/Thurnherr, a.a.O., N1387; Mahon, La citoyenneté active en droit public suisse, in: Thürer/Aubert/Müller, Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001, § 20; Zen-Ruffinen, a.a.O., § 21). Gemäss Poledna ist die bundesgerichtliche Rechtsprechung politisch und verfassungshistorisch nachvollziehbar, rechtsdogmatisch vermöge sie allerdings nicht zu überzeugen. Das Augenmerk legt er dabei jedoch auf das Abstimmungsgeheimnis und die freie Stimmabgabe und nicht auf die Probleme der Teilnahme bzw. die demokratische Legitimation (Poledna, a.a.O., N 2). Für Auer vertreten die Teilnehmenden funktionell die gesamte Stimmbürgerschaft, die auch an der Urne oder bei elektronischen Abstimmungen nie gesamthaft teilnehme (Auer, a.a.O., N 398, 989). Hangartner/Kley betonen, die Versammlungsdemokratie schliesse wohl faktisch viele Stimmberechtigte von der Teilnahme aus; sie sei jedoch eine ausgeprägte, tiefverwurzelte Eigenart schweizerischer Demokratie und mache das demokratische Prinzip anschaulich und gewährleiste den Stimmberechtigten grössere Entscheidungsrechte. Als Institution verletze sie das verfassungsrechtlich garantierte Stimmrecht des Einzelnen nicht. Die Zulässigkeit des Versammlungssystems werde von der Bundesverfassung vielmehr vorausgesetzt. Art. 6 Abs. 2 lit. b aBV (1848/1974) habe mit demokratischen Formen gerade auch die Versammlung der Stimmberechtigten als Gegensatz zur Repräsentation gemeint und daran sollte die Bundesverfassung von 1999 nichts ändern (Hangartner/Kley, a.a.O., N191 f). Auch Zen-Ruffinen hält fest, im Versammlungssystem seien zwar bestimmte Wähler an der Ausübung ihres Rechts gehindert, dies verletze aber als solches nicht das Recht auf die genaue Zusammensetzung der Wählerschaft (Zen-Ruffinen, a.a.O., N8). Glaser betont, die

Versammlungsdemokratie ermögliche einen in keiner anderen Form der Demokratie erreichbaren Grad der Bürgernähe sowie der direkten Partizipation der Bürgerinnen und Bürger an Gesetzgebung und Verwaltung (Glaser, Demokratie, a.a.O., N28).

5.5.5 Der Beschwerdeführer bringt nichts vor, was überzeugend gegen diese Erwägungen spräche. Die Verfassung anerkennt das Versammlungssystem ausdrücklich als direktdemokratische Organisationsform. Dies in Berücksichtigung aller bekannten und zweifellos bestehenden Unzulänglichkeiten, insbesondere aber auch in Berücksichtigung der erwähnten und anerkannten Vorteile. Die Bezirksgemeinde ist die Versammlung der Stimmberechtigten (so explizit § 8 Abs. 2 GOG). Zur Teilnahme eingeladen sind sämtliche Stimmberechtigten. Das Faktum, dass - wie an der Urne oder der elektrischen Stimmabgabe - nie alle Berechtigten teilnehmen können oder wollen, ändert nichts daran, dass der Entscheid der Bezirksgemeinde vom verfassungsmässig zusammengesetzten Souverän gefasst wird. Die Nichtteilnahme (vieler) Stimmberechtigter führt nicht dazu, dass der Entscheid nicht den Volkswillen ausdrückt, zumal auch die Beschlussfassung an der Urne nicht zu garantieren vermag, dass der gefällte Beschluss dem Willen der Mehrheit der Stimmberechtigten entspricht. Zudem ermöglicht die Beschlussfassung / Wahl in der Versammlung eine unmittelbare Mitwirkung der Berechtigten, wie sich dies auch anlässlich der Bezirksgemeinde vom 20. April 2021 zeigte (Vi-act. 6). Die Kandidatinnen und Kandidaten können sich der Wahlgemeinde persönlich vorstellen; weitere Redner- und Rednerinnen können ihre Überzeugung darlegen; die Stimmberechtigten können sich unmittelbar einen Willen bilden und - soweit mehrere Wahlgänge notwendig sind - sich je nach Ausgangslage neu festlegen.

Damit ist festzuhalten, dass bei korrekter Einladung aller Stimmberechtigten und angemessener Festlegung des Versammlungszeitpunktes und -ortes (so dass möglichst vielen Stimmberechtigten eine Teilnahme ermöglicht wird und möglichst wenige davon ausgeschlossen werden, Urteil BGer 1P.632/2001 vom 16.11.2001 Erw. 2) das Volk als Souverän und oberstes Organ durch die Bezirksgemeinde abgebildet ist und die Zusammensetzung des Wahlkörpers verfassungsmässig ist. Mithin liegt keine Verletzung politischer Rechte gemäss Art. 34 Abs. 2 BV vor.

6. Aufgrund der tiefen Teilnahme spricht der Beschwerdeführer den Gewählten sodann die Legitimation ab. Die gewählte Richterin wisse gerade mal 0.15% der Stimmberechtigten hinter sich, was meilenweit

## B 7.3

von einem repräsentativen absoluten Mehr bei einer Urnenwahl entfernt liege.

6.1 Diese Schlussfolgerung des Beschwerdeführers ist unzulässig. Das Wahlergebnis an der Bezirksgemeinde lässt einzig den Schluss zu, wie gross für die Gewählten die Unterstützung bei den Wählenden war. Nachdem die Bezirksgemeinde - wie dargestellt - den verfassungsmässig korrekt gebildeten Wahlkörper bildet und die Wahl mit dem Mehr der Wählenden erfolgt ist, hat sich die Mehrheit des Souveräns für die Gewählten ausgesprochen. Es gehört dies geradezu zum Selbstverständnis der (verfassungsmässigen) direkten Versammlungsdemokratie.

Wie die Nichtteilnehmenden gewählt hätten, ist weder bekannt noch entscheidend und spricht keinesfalls gegen die Gewählten. Bleibt immerhin anzufügen, dass Forschungsergebnisse zeigen, dass zum einen Versammlungsbeschlüsse (unabhängig der Teilnehmerzahl) bei Gewinnern und Verlierern grundsätzlich auf Akzeptanz stossen und - wo dies denn überhaupt möglich ist - über Versammlungsbeschlüsse nur selten die Urnenabstimmung verlangt wird (vgl. etwa Ladner, Demokratiekonzeptionen, a.a.O., Bd. 1 N31 und 41; derselbe, Gemeindeversammlung oder Gemeindeparlament, S. 35, 55f; Rochat/Kübler, Studienbericht ZDA Nr. 19, S. 69 ff.; Rochat, Studienbericht ZDA Nr. 14, S. 38 f.; Auer, a.a.O., N399).

6.2 Wird die Legitimation eines Versammlungsbeschlusses allein aufgrund der Beteiligung in Frage gestellt - wie es der Beschwerdeführer macht - so rüttelt man letztlich an einem wesentlichen Grundsatz der direktdemokratischen Organisationsform des Versammlungssystems. Es ist - abstrakt betrachtet - nicht zu bestreiten, dass die Themen "Legitimation" und "Beteiligung" miteinander verbunden sind (vgl. etwa Glaser, Demokratie, a.a.O., N28; Burgherr, a.a.O., S. 633; Ladner, Gemeindeversammlung und Gemeindeparlament, S. 35). So wird die Legitimation eines Versammlungsbeschlusses oder einer Wahl (wie auch ein Urnenergebnis) - ob zu Recht oder nicht - wohl eher in Frage gestellt, wenn diese nur durch wenige Stimmberechtigte gefasst wurden (Mahon, a.a.O., N8). Zum einen aber scheint (aufgrund der empirischen Untersuchungen) der Teilnehmerkreis an Versammlungen insgesamt repräsentativ zu sein und zum andern besteht allgemein eine grosse Akzeptanz gegenüber den dabei gefassten Beschlüssen und Wahlen. Dies ergibt sich gerade für den Bezirk Schwyz auch aus dem Umstand, dass die Stimmberechtigten eine Pluralinitiative, welche die Urnenwahl im Bezirk Schwyz einführen wollte, in der Urnenabstimmung vom 19. Mai 2019 mit 9'666 zu 6'026



Stimmen deutlich abgelehnt haben, wobei die Initiative in keiner Gemeinde eine Mehrheit fand. Vor allem aber sind nach positivem Verfassungsrecht die Entscheidungen der Wähler nicht weniger wertvoll, wenn sie nur von einer Minderheit der Berechtigten getroffen werden (Mahon, a.a.O., N 8; Auer, a.a.O., N 906). Es ist als Eigenart der direkten Demokratie zu betrachten, dass das Volk in Ausübung seiner politischen Rechte als oberstes Organ immer - aus welchen Gründen auch immer - in unvollständiger und unregelmässiger Zusammensetzung handelt, und dies immer einen Volksentscheid darstellt, auch wenn letztlich gar eine Minderheit als Mehrheit des Volkes entscheidet, was faktisch immer der Fall ist (Auer, a.a.O., N 994). So schützt schliesslich auch die Beschlussfassung an der Urne nicht vor der Infragestellung des Resultats, gerade bei knappem Ausgang einer Wahl.

6.3 Konsequenterweise müsste sodann die (vom Beschwerdeführer getroffene) Feststellung, einem Beschluss fehle es infolge geringer Beteiligung an Legitimation, zwingend zur Folgefrage führen, welche Beteiligung denn legitimiere. Quoren zu definieren kommt aus Schweizer Sicht aber einem Misstrauensbeweis gegenüber dem Volksentscheid gleich (Auer, a.a.O., N 885, 906). Entsprechend skeptisch bis ablehnend wird die Einführung von Mindestquoren beurteilt (vgl. etwa parlamentarische Initiative 94.420, SR Zimmerli, der solche bei Abstimmungen über Volksinitiativen und Referenden anregte, die Initiative aber zurückzog; vgl. als ein Beispiel eines Quorums § 30 Gemeindegesetz Aargau vom 19.12.1978, wonach die Gemeindeversammlung über die zur Behandlung stehenden Sachgeschäfte abschliessend entscheidet, wenn die beschliessende Mehrheit wenigstens einen Fünftel der Stimmberechtigten ausmacht). Die Gemeindeorganisationsbestimmungen sehen denn in der Regel keine Mindeststimmeteiligung für Versammlungsbeschlüsse vor, sondern die Gemeindeversammlungen gelten ohne Rücksicht auf die Zahl der Anwesenden als beschlussfähig (ausdrücklich: Kt. BE, Art. 11 Abs. 1 Gemeindeverordnung; Kt. ZH vgl. Griffel, in: Jaag/Rüssli/Jenni, Kommentar zum Zürcher Gemeindegesetz, § 14 Rz 12).

Wenn also den vorliegend angefochtenen Wahlen die Legitimation wegen tiefer Wahlbeteiligung abgesprochen würde, müsste in letzter Konsequenz beantwortet werden können, welche Mindestbeteiligung denn gegeben sein muss. Dies aber wäre ein fundamentaler Einbruch in die heute verfassungsmässig gewährleistete direkte Versammlungsdemokratie. Um Versammlungen nicht geradezu illusorisch zu machen, wäre das Mindestquorum - aufgrund der heutigen Beteiligungen in den Gemeinden und Bezirken - näher bei 1% als bei 10% anzusetzen (der Antwort

## B 7.3

der kleinen Anfrage KA 27/13: Landsgemeinde/Ring, Stand heute?! vom 14.11.2013 ist zu entnehmen, dass durchschnittlich in den Gemeinden weniger als 5%, in den Mehrgemeindebezirken weniger als 1% der Berechtigten an den Versammlungen teilnehmen). Und selbst ein Mindestquorum von 20% der Stimmberechtigten führt zu Mehrheitsentscheiden, denen schon wenige 10.1% des Stimmvolkes zugestimmt haben, was unter dem Gesichtspunkt der Legitimation nicht als minder problematisch zu werten wäre. Der heutige § 16 GOG, der verschiedene Geschäfte der abschliessenden Beschlussfassung an der Gemeindeversammlung resp. der Bezirksgemeinde vorbehält, müsste konsequenterweise umgestossen werden.

6.4 Es ist nicht zu verkennen, dass der vom Beschwerdeführer angeregte Systemwechsel rechtlich zweifellos zulässig wäre. Ein solch zentraler Entscheid aber müsste vom Volk selber als oberstes Organ und nicht vom Gericht gefasst werden. Genau dies aber hat das Stimmvolk im Bezirk Schwyz wie bereits erwähnt erst am 19. Mai 2019 abgelehnt. Im Bewusstsein um die tiefe Beteiligung an den Bezirksgemeinden und nach geführter Debatte über die Vor- und Nachteile des Versammlungs- und Urnensystems (vgl. etwa Protokoll Bezirksgemeinde vom 23.4.2019) hatte es der Souverän an der Urne abgelehnt, Wahlen an der Urne durchzuführen. Gegen die Totalrevision des GOG vom 25. November 2017, mit dem den Gemeinden und Bezirken der Systementscheid überlassen und für verschiedene Geschäfte zwingend die Versammlung vorgeschrieben wurde (vgl. hierzu ausdrücklich das Votum KR Meyerhans, wonach ein Systemwechsel in der Kommission einstimmig nicht in Frage kam; KR-Protokoll vom 25.10.2017), wurde zudem kein Referendum ergriffen (ABI 2018 S. 498). Mithin hat sich das Stimmvolk sowohl des Kantons als insbesondere auch des Bezirks Schwyz erst vor kurzer Zeit bei im Vergleich zu heute nicht anderen Umständen (namentlich die Beteiligung an den Gemeindeversammlungen und Bezirksgemeinden hat sich seither nicht wesentlich verändert) ausdrücklich - und im Bezirk an der Urne - für die Möglichkeit des Versammlungssystems und im Bezirk für Wahlen an der Bezirksgemeinde ausgesprochen. Selbstverständlich ist es nicht so, dass einem Volksentscheid (sei es durch Beschluss an der Urne, sei es durch Verzicht auf ein Referendum gegen ein vom Kantonsrat beschlossenes Gesetz) nicht auch wegen Verstosses gegen übergeordnetes Recht die Anwendung untersagt werden kann (vgl. § 26 VRP). Wie aber zuvor ausgeführt, verstossen Sachabstimmungen und Wahlen an der Bezirksgemeinde weder gegen die Pflicht zur demokrati-

schen Organisation (Art. 51 BV) noch gegen die Gewährleistung der Abstimmungs- und Wahlfreiheit (Art. 34 BV).

7. Zu beurteilen bleibt das beschwerdeführerische Vorbringen, die angefochtenen Wahlen würden gegen die Offenlegungspflichten gemäss § 45a KV verstossen. Demgemäss haben alle Kandidierenden für alle öffentlichen Ämter auf Kantons- und Gemeindeebene sowie für Exekutiven und Legislativen auf kommunaler Ebene ihre Interessenbindungen bei der Anmeldung ihrer Kandidatur offenzulegen (§ 45a Abs. 2 KV). Dies sei gemäss Beschwerdeführer durch die Kandidierenden (und Gewählten) nicht erfolgt.

Der Vorwurf geht fehl. Die Zielsetzung des mit einer Initiative angeregten § 45a KV ist klar. Verlangt wird (u.a.) eine Offenlegung der Interessenbindungen. Aber selbst wenn die Bestimmung sich zum Kreis der davon Betroffenen äussert, so kann - entgegen der Behauptung des Beschwerdeführers - dennoch nicht von einer direkt anwendbaren Verfassungsbestimmung gesprochen werden. Vielmehr bedarf § 45a KV noch der Umsetzung durch den Gesetzgeber. Allein etwa der Begriff der offenzulegenden "Interessenbindungen" ist zu unbestimmt, als dass die neue Offenlegungspflicht direkt anwendbar sein könnte. § 45a Abs. 6 KV verdeutlicht dies, indem er darauf hinweist, dass die Einzelheiten der Offenlegungspflichten durch das Gesetz zu regeln sind. Dieses Gesetz wurde zwischenzeitlich wohl erarbeitet und vom Volk auch angenommen (Abstimmung vom 19.5.2019), vom Bundesgericht aber auf Beschwerde hin im Rahmen einer abstrakten Normenkontrolle als teilweise mit § 45a KV i.V.m. Art. 34 BV nicht vereinbar erklärt (Urteil BGer 1C\_388/2019 vom 26.10.2020). Dies hatte zur Folge, dass das Gesetz noch nicht in Kraft gesetzt wurde. Bleibt anzufügen, dass § 8 Abs. 2 des (vom Volk angenommenen) Transparenzgesetzes vom 6. Februar 2019 ausdrücklich festlegte, dass die Offenlegungspflicht nicht gilt, wenn die Wahl an der Bezirksgemeinde oder Gemeindeversammlung erfolgt (vgl. hierzu auch Bericht RR an den KR zum Transparenzgesetz, RRB Nr. 785/2018 S. 5 und 11). Ob dies mit § 45a Abs. 2 KV vereinbar ist, ist nicht Gegenstand dieses Verfahrens. Immerhin aber kann allfälligen Bedenken entgegnet werden, dass ein - allgemein anerkannter - Vorteil von Wahlen anlässlich der Bezirksgemeinde in der Unmittelbarkeit, dem direkten Austausch zwischen Wahlvolk, Behörden und Kandidierenden besteht. Wie dies auch am 20. April 2021 der Fall war, werden die Kandidierenden den Wählenden direkt vorgeschlagen und vorgestellt. Es besteht die Möglichkeit, ihnen Fragen zu stellen und sie so unmittelbar zur Offenlegung

## B 8.1

anzuhalten, die Offenlegung zu diskutieren und gemäss den offengelegten Informationen zu wählen.

8. Zusammenfassend erweist sich die Beschwerde als unbegründet, weshalb sie abzuweisen ist.

(VGE III 2021 78 vom 20. September 2021).

---

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

---

### 8.1 Nutzungsplanungs-/Baubewilligungsverfahren

*- Rechtmässigkeit des Baubewilligungsverfahrens für die Erweiterung eines Fussweges zu einem Fuss-/Radweg.*

*Aus dem Sachverhalt:*

Der Bodmerweg führt ab der gemeindeeigenen Unterdorfstrasse zunächst über eine rund 3.5 Höhenmeter ansteigende, ca. 40 m lange Rampe und erstreckt sich in der Folge weiter entlang des Bahntrasses der SBB/SOB bis zur Verzweigung Ufenaustrasse / Sarenbachstrasse und von da, das Bahntrasse der SOB querend, weiter entlang des SBB-Trasses. Im interessierenden Bereich Jakoblilbach bis Unterdorfstrasse (West-Ost-Ausdehnung) weist der asphaltierte Fussweg eine durchschnittliche Breite von 1.8 m auf. Der Bodmerweg wird im kommunalen Richtplan als kommunaler Fussweg und als kommunale Radroute geführt. In den Berichten und Plänen zum kantonalen Radroutenkonzept ist der Bodmerweg - soweit ersichtlich - nicht verzeichnet.

Es ist im Wesentlichen vorgesehen, den bestehenden Fussweg auf 2.50 m zu verbreitern. Der gesamte Weg soll asphaltiert und in das südlich angrenzende Landwirtschaftsland bzw. den Entwässerungsgraben entwässert werden. Es soll mittels der neu vorgesehenen Beleuchtung sowie durch "ökologische und ästhetische Anpassungen" eine Aufwertung erfolgen. Die drei Gewässerdurchlässe (Jakoblilbach, Entwässerungsgraben und Riethofbach) sollen ebenfalls um das Mass der Verbreiterung

des Bodmerwegs verlängert und seitlich durch einen Handlauf gesichert werden.

*Aus den Erwägungen:*

3. Strittig ist, ob das umstrittene Bauprojekt "Optimierung Bodmerweg" zu Recht im Baubewilligungsverfahren bewilligt wurde.

3.1 Bund, Kantone und Gemeinden erarbeiten die für ihre raumwirksamen Aufgaben nötigen Planungen und stimmen sie aufeinander ab (Art. 2 Abs. 1 RPG). Raumwirksame Tätigkeiten sind Tätigkeiten, welche die Nutzung des Bodens oder die Besiedlung des Landes verändern oder dazu bestimmt sind, die jeweilige Nutzung des Bodens oder die jeweilige Besiedlung des Landes zu erhalten (Art. 1 Abs. 1 der Raumplanungsverordnung [RPV; SR 700.1] vom 28.6.2000).

Die Frage der Planungspflicht stellt sich regelmässig einzig für zonenwidrige Vorhaben ausserhalb der Bauzone (Waldmann/Hänni, Handkommentar, RPG 2006, Art. 2 N 31). Das Bundesgericht weist auf das "Primat der Planung" hin (vgl. BGE 115 Ib 152). Damit betont es, dass die Planung das Normale, das Übliche ist, und die Ausnahmegewilligung nach Art. 24 Abs. 1 RPG die Ausnahme darstellt (Heer, Die raumplanungsrechtliche Erfassung von Bauten und Anlagen im Nichtbaugebiet, S. 178 f. m.H.). Baubewilligungen und auch Ausnahmegewilligungen haben den planerischen Stufenbau zu beachten. Das Bundesrecht verlangt, dass bei der Erfüllung raumplanerischer Aufgaben das angemessene Planungs- bzw. Entscheidungsinstrument zum Einsatz gelangt. Für Bauten und Anlagen, die ihrer Natur nach nur in einem Planungsverfahren angemessen erfasst werden können, dürfen keine Ausnahmegewilligungen erteilt werden. Zieht ein nicht zonenkonformes Vorhaben durch seine Ausmasse oder seine Natur bedeutende Auswirkungen auf die bestehende Nutzungsordnung nach sich, so darf es nicht nach Art. 24 RPG, sondern erst nach einer entsprechenden Änderung des Zonenplans bewilligt werden (Urteil BGer 1A.73-77/2002 vom 6.10.2003 Erw. 4.1). Wann ein nicht zonenkonformes Vorhaben hinsichtlich seines Ausmasses und seiner Auswirkungen auf die Nutzungsordnung so gewichtig ist, dass es erst nach einer Änderung oder Schaffung eines Nutzungsplanes bewilligt werden darf, ergibt sich aus der Planungspflicht (Art. 2 RPG), den Planungsgrundsätzen und -zielen (Art. 1 und 3 RPG), dem kantonalen Richtplan (Art. 6 ff. RPG) sowie der Bedeutung des Projekts im Lichte der im Raumplanungsgesetz festgelegten Verfahrensordnung (Art. 4 und

## B 8.1

33 f. RPG; vgl. BGE 124 II 252 Erw. 3, 120 Ib 207 Erw. 5 mit zahlreichen Hinweisen). In Nachachtung dieser Grundsätze hat das Bundesgericht u.a. eine Planungspflicht für Abbau- und Deponievorhaben bejaht und die Möglichkeit, solche Projekte mit einer Ausnahmegewilligung zu realisieren, verneint (BGE 120 Ib 212 f.; 119 Ib 174 Erw. 4, 116 Ib 50 Erw. 3b). In gleicher Weise hat das Bundesgericht für die Errichtung von Golfplätzen (BGE 114 Ib 312 Erw. 3b), Einkaufszentren (BGE 116 Ib 428 ff.), Schiessanlagen, für welche eine UVP vorgeschrieben ist (BGE 119 Ib 441), Ausbau eines Gewächshauskomplexes auf eine Fläche von 5'440 m<sup>2</sup> (BGE 116 Ib 139), grössere Parkplätze (BGE 115 Ib 513 [Erhöhung von 30 auf 120 Abstellplätze]) und grössere Sport- und Freizeitanlagen (Pr. 1988 S. 720 f.), Bootshäfen (BGE 113 Ib 371), Standplätze für Fahrende (Praxis 2004 Nr. 52), Gemeinde- und Schulgebäude (Waldmann/Hänni, a.a.O., Art. 2 Rz. 28 m.H.) sowie Minigolfanlagen (unveröffentlichtes Urteil i.S. Gemeinde Risch vom 2.3.1987 Erw. 4, zit. in BGE 114 Ib 316) eine Planungspflicht bejaht.

Für nicht grossflächige Vorhaben wurde eine Planungspflicht wegen Vorliegens eines erheblichen Regelungsbedürfnisses namentlich bei Projekten mit gewichtigen "sekundären" Auswirkungen wie Verkehrsaufkommen (BGE 116 Ib 55), Bedürfnissen an Parkplätzen und Zufahrtsstrassen, bei Vorhaben, die funktional mit anderen raumwirksamen Tätigkeiten zusammenhängen (z.B. Golfanlage, welche mit anderen touristischen Infrastrukturanlagen zusammenhängt, BGE 114 Ib 314) und bei Kleinstanlagen in besonders empfindlicher Umgebung (vgl. Huser, Die Planungspflicht nach Art. 2 Abs. 2 RPG, AJP 1994, S. 944 m.H.) bejaht. Es ist grundsätzlich unbestritten, dass die Planungspflicht auch für einzelne grössere Vorhaben gilt, die nur mit den Mitteln der Planung sinnvoll erfasst werden können (sog. spezielle oder projektbezogene Planungspflicht; vgl. A. Marti, Planungspflicht für grössere Vorhaben ausserhalb der Bauzonen – wegleitende Rechtsprechung des Bundesgerichts, in: ZBI 2005 S. 353 ff., S. 355).

3.2 Des Weiteren sind Anlagen, für welche eine Umweltverträglichkeitsprüfung nach Art. 9 USG erforderlich ist, gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung in der Regel nur auf dem Wege der Nutzungsplanung realisierbar (Urteil BGer 1A.73-77/2002 vom 6.10.2003 Erw. 4.1; BGE 124 II 252 Erw. 3; 119 Ib 439 Erw. 4b; Tschannen, Praxiskommentar RPG: Richt- und Sachplanung, Interessenabwägung, Art. 2 N 49).

3.3 Eine Planungspflicht kann sich nicht nur aus Art. 2 Abs. 1 RPG, sondern auch aus der Spezialgesetzgebung ergeben (vgl. VGE III 2018 127 vom 27.5.2019 Erw. 5.3.1).

3.3.1 Die Erhaltung und Schaffung von Rad- und Fusswegen gehört zu den Planungsgrundsätzen des RPG (Art. 3 Abs. 3 lit. c RPG). Aus dieser Norm kann keine Planungspflicht abgeleitet werden (Baumann, in: Baumann et al., Kommentar zum Baugesetz des Kantons Aargau, Bern 2013, § 85 N 7 m.w.H.). Gemäss Art. 4 Abs. 1 des Bundesgesetzes über Fuss- und Wanderwege (FWG; SR 704) vom 4. Oktober 1985 sorgen die Kantone dafür, dass bestehende und vorgesehene Fuss- und Wanderwegnetze in Plänen festgehalten werden (lit. a) und die Pläne periodisch überprüft und nötigenfalls angepasst werden (lit. b). Sie legen die Rechtswirkungen der Pläne fest und ordnen das Verfahren für deren Erlass und Änderung (Art. 4 Abs. 2 FWG). Die Kantone sorgen dafür, dass Fuss- und Wanderwege angelegt, unterhalten und gekennzeichnet werden; diese Wege frei und möglichst gefahrlos begangen werden können und der öffentliche Zugang rechtlich gesichert ist (Art. 6 Abs. 1 lit. a-c FWG). Das FWG ist ein Rahmengesetz, welches hinsichtlich Planung und Bau wie auch beim Unterhalt von Fuss- und Wanderwegen Ziele festlegt. Entsprechend der eingeschränkten verfassungsmässigen Grundlage (vgl. Art. 88 Abs. 1 BV [der Bund legt Grundsätze über Fuss-, Wander- und Velowegnetze fest]) greift das Bundesrecht nicht in die Strassenhoheit und Gesetzgebungskompetenz der Kantone für öffentliche Sachen ein (Baumann, a.a.O., § 85 N 6 m.H.).

3.3.2 Im kantonalen Recht werden Rad-, Fuss- bzw. Wanderwege insbesondere im Strassengesetz (StraG; SRSZ 442.110) vom 15. September 1999, in der Strassenverordnung (StraV; SRSZ 442.111) vom 18. Januar 2000 und im kantonalen Fuss- und Wanderweggesetz (KFWG; SRSZ 443.210) vom 18. Mai 2004 geregelt.

3.3.3 Radrouten sind Verkehrsflächen und Verkehrsverbindungen für Radfahrer als Teil der Strassenfläche oder als abgetrennte oder kombinierte Rad-/Gehwege (§ 8 StraG). Radrouten bestehen aus den kantonalen Radrouten und den Nebenradrouten der Bezirke und Gemeinden (§ 6 StraV). Das kantonale Radroutenkonzept koordiniert die Radrouten zwischen den Gemeinden, Bezirken und dem Kanton. Es bestimmt die kantonalen Radrouten entlang von Hauptstrassen und setzt Prioritäten bei der Umsetzung. Die Fachstelle erarbeitet das kantonale Radroutenkonzept und unterbreitet es nach Anhören der Gemeinden und Bezir-

## B 8.1

ke dem Regierungsrat zum Beschluss (§ 7 StraV). Die Gemeinden legen die Nebenradrouten und die örtlichen Radwege in Absprache mit den Bezirken in der Nutzungsplanung nach dem Planungs- und Baugesetz fest (§ 8 StraV). Für die Erstellung der Radrouten auf oder entlang von Strassen ist der Strassenträger zuständig und kostenpflichtig (§ 9 Abs. 1 StraV).

3.3.4 Bestehende Strassen ausserhalb der Bauzonen können mit Zustimmung des kantonalen Amtes im Projektgenehmigungsverfahren nach §§ 15 ff. StraG erneuert, teilweise geändert und ausgebaut oder mit baulichen Verkehrsanordnungen ergänzt werden, wenn dies mit den wichtigen Anliegen der Raumplanung vereinbar ist (§ 14 StraG). Die Ausnahme von der Planungspflicht wird im regierungsrätlichen "Bericht und Vorlage an den Kantonsrat" vom 15. Dezember 1998 (RRB Nr. 2225/1998) mit der Bestandesgarantie begründet (S. 16). Bestehende Strassen müssten nicht planerisch nachbearbeitet werden. Die Planungspflicht beziehe sich nur auf neue oder auf erheblich geänderte Strassen. Strassen müssten jedoch erneuert, geändert oder verbessert werden. Solche Änderungen könnten ohne die formellen Planungsschritte des RPG erfolgen. Befänden sich die Strassenstücke ausserhalb der Bauzonen oder ausserhalb eines speziellen Strassenplanes, sei die Erteilung einer Ausnahmegewilligung nötig (vgl. [zum Ganzen] VGE III 2016 30 vom 21.12.2016 Erw. 2 m.H.a. VGE III 2010 4 vom 9.6.2010 Erw. 2.2).

3.3.5 Das KFWG regelt die Zuständigkeiten, das Verfahren und die Finanzierung für Planung, Bau, rechtliche Sicherung, Unterhalt und Markierung des öffentlichen Fuss- und Wanderwegnetzes (§ 1 Abs. 1 Satz 2 KFWG). Ihm unterstehen nur jene öffentlichen Fuss- und Wanderwege, die im kantonalen Wanderwegplan und in den Fuss- und Wanderwegplänen der Gemeinden aufgeführt sind (§ 1 Abs. 2 KFWG). Vorbehalten bleiben die Bestimmungen des Gesetzes über die öffentlichen Wege mit privater Unterhaltungspflicht, des Strassengesetzes und des Planungs- und Baugesetzes (§ 1 Abs. 3 KFWG). Die Gemeinde ist für ihr Fuss- und Wanderwegnetz verantwortlich. Der Gemeinderat hält dieses Wegnetz in einem Fuss- und Wanderwegplan fest, der bei Änderungen im Wegnetz nachzuführen ist (§ 10 Abs. 1 KFWG). Müssen öffentliche Wege neu angelegt oder bestehende erheblich geändert werden, so legt der Gemeinderat die genaue Linienführung, soweit notwendig, in einem kommunalen Nutzungsplan fest (§ 11 Abs. 1 KFWG). Im Übrigen richtet sich Erlass und Änderung dieses Plans nach dem Verfahren für den Erlass



kommunaler Nutzungspläne gemäss §§ 25 ff. PBG (vgl. § 11 Abs. 2 KFWG).

3.3.6 Die Gemeinde besorgt gemäss dem kommunalen Baureglement (BauR) vom 28. November 1993 (letztmals revidiert am 10.2.2019; letztmals vom Regierungsrat genehmigt mit RRB Nr. 260 vom 9.4.2019) insbesondere auch den Neu- und Ausbau von geeigneten Rad- und Fusswegen; sie sollen auch einzelne Gemeindeteile miteinander verbinden (Art. 9 Abs. 4). Nach Anhang D (Richtlinien für Strassenbreiten nach Art. 9 BauR) muss die Ausbaugrösse der Fahrbahnbreite bei kombinierten Rad- und Fusswegen 2.50 m betragen.

4.1 In VGE III 2016 30 vom 21. Dezember 2016 hatte das Verwaltungsgericht zu beurteilen, ob das dortig umstrittene Strassenbauprojekt zu Recht unter Ausschluss des Nutzungsplanverfahrens im Projektgenehmigungsverfahren bewilligt werden durfte (zit. VGE III 2016 30 Erw. 3.1). Bei diesem Projekt ging es um die Neuerstellung mehrerer Zubringer zu einer Kantonsstrasse (und nicht um den Ersatz einer bestehenden Anlage; zit. VGE III 2016 30 Erw. 3.5.2), was gestützt auf das StraG an und für sich für die Durchführung eines Nutzungsplanverfahrens gesprochen hätte (vgl. zit. VGE III 2016 30 Erw. 2; § 13 Abs. 1 StraG; § 14 StraG [Erw. 3.2.2 hiervor] e contrario). Das Verwaltungsgericht erkannte in der Folge denn auch, dass das strittige Projekt eines Nutzungsplans bedürfe. Indes stützte es sich dabei nicht auf § 13 Abs. 1 StraG, sondern auf die oben dargelegte bundesgerichtliche Rechtsprechung (vgl. auch zit. VGE III 2016 30 Erw. 3.4 ff.). Einerseits hielt es fest, die UVP-Pflicht spreche klarerweise für eine Planungspflicht (zit. VGE III 2016 30 Erw. 3.5.2). Darüber hinaus gehe es (insgesamt) aufgrund der erheblichen räumlichen Auswirkungen des Strassenprojektes mit weitgehenden Auswirkungen für grössere Teile von Schwyz nicht an, dieses im blossen Projektgenehmigungsverfahren und im Rahmen einer Ausnahmegenehmigung nach Art. 24 RPG zu bewilligen (zit. VGE III 2016 30 Erw. 3.5.2 und 3.5.5).

Dieses Projekt der Neuerstellung mehrerer Zubringer zu einer Kantonsstrasse ist mit dem vorliegend geplanten Ausbau eines bestehenden Fusswegs zu einem kombinierten Fuss- und Radweg nicht vergleichbar. Bereits diese augenfällige Divergenz spricht zusammen mit den zutreffenden Erwägungen im angefochtenen Entscheid (Erw. 4.3; vgl. auch Vernehmlassung des Sicherheitsdepartements vom 23.11.2020 Ziff. 5), wonach das Bundesgericht eine Planungspflicht insbesondere für Autobahnen und Hauptstrassen bejahte, nicht dagegen bei Vorliegen entspre-

## B 8.1

chend konkreter Umstände für Erschliessungs- und Güterstrassen ausserhalb der Bauzonen, gegen eine Pflicht zur vorgängigen Durchführung eines Nutzungsplanverfahrens für das vorliegende Projekt.

4.2 Gemäss Art. 1 i.V.m Anhang Ziffer 11.3 der Verordnung über die Umweltverträglichkeitsprüfung (UVPV; SR 814.011) vom 19. Oktober 1988 sind Hochleistungs- und Hauptverkehrsstrassen der Umweltverträglichkeitsprüfung unterstellt. Dass der geplante Ausbau des Bodmerwegs von einem Fussweg zu einem Fuss- und Radweg der Umweltverträglichkeitsprüfung und somit grundsätzlich der Planungspflicht zu unterstellen wäre (vgl. Erw. 3.2), ist nicht ersichtlich und wird auch nicht geltend gemacht. Ein entsprechender Umweltverträglichkeitsbericht wurde zurecht weder eingeholt noch vom Beschwerdeführer gefordert. Allerdings sprechen nicht nur die fehlende UVP-Pflicht und der Vergleich mit von der Rechtsprechung bzgl. Planungspflicht beurteilten Projekten (Erw. 4.1 hiavor) gegen eine Planungspflicht, sondern insbesondere auch die geringen räumlichen Auswirkungen der geplanten Anlage, wie nachfolgend aufgezeigt.

4.3 Der technische Bericht vom 25. Oktober 2017 nennt (...) sinngemäss als Ziel des Projekts eine Steigerung der beliebten Langsamverkehrsachse zu einer attraktiven Langsamverkehrsachse durch Optimierung und Verbreiterung des Bodmerwegs.

Konkret wird für den (Aus-)Bau des Projekts, insbesondere für die Verbreiterung des durchschnittlich 1.8 m breiten sich über 583 m erstreckenden Bodmerwegs auf durchgehend 2.5 m Breite (vgl. Art. 9 i.V.m. Anhang D BauR), eine zusätzliche Landfläche von ca. 600 m<sup>2</sup> (...) benötigt. Dadurch wird gleichzeitig der Gewässerabstand unterschritten; das Vorhaben liegt teilweise im Gewässerschutzbereich (...) und tangiert einen schutzwürdigen Lebensraum i.S.v. Art. 18 Abs. 1<sup>bis</sup> NHG (...).

4.4.1 Die horizontale Ausdehnung des projektierten, von durchschnittlich 1.8 m auf 2.5 m zu verbreiternden Bodmerwegs über rund 600 m macht diesen nicht zu einem grossflächigen Vorhaben. Wenn der Beschwerdeführer sodann anfügt, auch bei kleineren Vorhaben habe die Rechtsprechung die Nutzungsplanung vorgeschrieben, u.a. wenn gewichtige sekundäre Auswirkungen gegeben seien, wie z.B. Verkehrsaufkommen, Bedürfnisse an Parkplätzen und Zufahrtsstrassen etc., ist dem entgegenzuhalten, dass er nicht substantiiert aufzeigt, inwiefern diese (grundsätzlich zutreffende, vgl. Erw. 3.1 hiavor) Rechtsprechung in Bezug auf das Projekt Optimierung Bodmerweg einschlägig wäre und am

Ergebnis, dass vorliegend keine Nutzungsplanung durchzuführen ist, etwas ändern könnte.

4.4.2 Des Weiteren nicht verfangen kann das sinngemässe beschwerdeführerische Vorbringen, wonach einerseits dafür zu sorgen sei, dass der Landwirtschaft genügende Flächen geeignetes Kulturland erhalten bleibe und dass dem allerdings in einem Verfahren gemäss Art. 24 RPG nicht Rechnung getragen werden könne (Beschwerde S. 6 Rz. 4). Gemäss der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung ist die Frage, ob ein Strassenprojekt letztlich unter dem Gesichtspunkt des Schutzes der Fruchtfolgeflächen bewilligt werden kann, grundsätzlich (erst) dann zu prüfen, wenn - wie in casu - das konkrete Projekt vorliegt, der konkrete Landbedarf bekannt ist und unter Umständen auch allfällige Kompensationen geprüft wurden. Anzuführen ist lediglich - indes in materieller und deshalb vorliegend nicht weiter zu prüfender Hinsicht -, dass die Beanspruchung von Fruchtfolgeflächen für Infrastrukturanlagen grundsätzlich zulässig ist (vgl. VGE III 2019 80 vom 18.12.2019 Erw. 4.9.3 [in fine] m.w.H. auf die Rechtsprechung) und entsprechend dem Vorbringen des Beschwerdeführers, es sei verboten, Fruchtfolgeflächen "zu vernichten", in dieser Absolutheit (die der Beschwerdeführer indes selber mit dem Zusatz "Grundsätzlich" relativiert) nicht gefolgt werden kann; sodann entspricht der Ausbau des bestehenden Fusswegs von durchschnittlich 1.8 m auf 2.5 m Breite dem baureglementarisch vorgegebenen Strassenbreitenmass für kombinierte Rad-/Fusswege (vgl. Erw. 3.3.6 hiavor).

4.5 Der Regierungsrat hat die Nähe zum BLN-Objekt Nr. 1405 nicht negiert, sondern nur zutreffend sinngemäss festgehalten, dass der Projektperimeter vom BLN-Objekt-Perimeter auf der gegenüberliegenden Seite des Eisenbahntrassees nicht erfasst wird (...). Abgesehen davon ist es kaum Sinn und Zweck der BLN-Objekte, emissionsarme Fuss- und Radwege in ihrem Perimeter bzw. in ihrer Perimeternähe zu verunmöglichen. Es ist nicht erkennbar, inwiefern vorliegend aufgrund der Nähe zum BLN-Gebiet 1405 vorgängig ein Nutzungsplanverfahren durchgeführt werden müsste.

4.6 Analog verhält es sich in Bezug auf die übrigen beschwerdeführerischen Rügen, so namentlich betreffend Entwässerungsgraben bzw. den entsprechenden schützenswerten Lebensraum und das Befahren des Bodmerwegs durch Autos. Entgegen der beschwerdeführerischen Auffassung ist ohne Weiteres nachvollziehbar, dass ein Fuss- und Radweg ausnahmsweise (etwa für Unterhaltsarbeiten und Blaulichtorganisationen)

## B 8.1

auch mit Motorfahrzeugen befahren werden können soll. Für eine Klärung hierfür bedarf es indes keines Nutzungsplans und von einem "verkappten Strassenbau" kann jedenfalls nicht die Rede sein. (...).

4.7 Der Umstand, dass das Bauvorhaben "Optimierung Bodmerweg (...)" allenfalls auch auf dem Weg der Planung hätte genehmigt werden können, schliesst gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nicht aus, dass der umstrittene Fuss- und Radweg in einem Bau-/Ausnahmebewilligungsverfahren bewilligt werden kann (zit. Urteil BGer 1A.73-77/2002 vom 6.10.2003 Erw. 4.2; Urteil BGer 1A.256/2004 vom 31.8.2005 Erw. 3 in fine; Tschannen, a.a.O., Art. 2 N 51).

4.8 (...).

4.9 An dem dargelegten Ergebnis ändert nichts, dass sich die kantonalen strassenrechtlichen Vorschriften grundsätzlich für eine Festlegung der Nebenradrouten und örtlichen Radwegen in der Nutzungsplanung aussprechen (vgl. Erw. 3.3.3 ff. hiervor). Der strittige Fuss- und Radweg kann als Radroute im Sinne von § 8 StraG qualifiziert werden, zumal von dem dort umschriebenen Radroutenbegriff auch kombinierte Rad-/Gehwege erfasst werden. Nebenradrouten und die örtlichen Radwege, worunter das vorliegende Projekt zu subsumieren ist, sind - wie erwähnt - von den Gemeinden grundsätzlich in der Nutzungsplanung nach dem PBG festzusetzen. Diese (strassen-)verordnungsrechtliche Vorgabe steht im Einklang mit den Ausführungen im kantonalen Radroutenkonzept (...). Vorliegend wird jedoch nicht die Neuanlage eines Rad-/Gehweges geplant, sondern die massvolle Erweiterung eines bestehenden - im kommunalen Richtplan vorgesehenen - Weges für den (nichtmotorisierten) Langsamverkehr.

Mit dem Regierungsrat ist festzuhalten, dass die (allenfalls nur analoge) Anwendung von § 14 StraG, wonach bestehende Strassen (vgl. Erw. 3.3.4 hiervor) ausserhalb der Bauzonen mit Zustimmung des kantonalen Amtes grundsätzlich und ausnahmsweise ohne Planungsverfahren u.a. erneuert und ausgebaut werden können, zum gleichen Ergebnis führen würde. Sodann ist im Übrigen auch der vorinstanzliche Hinweis auf eine mögliche Anwendung von Art. 24c RPG, wonach bestimmungsgemäss nutzbare Bauten und Anlagen ausserhalb der Bauzonen, die nicht mehr zonenkonform sind, in ihrem Bestand grundsätzlich geschützt werden (Abs. 1) und mit Bewilligung der zuständigen Behörde erneuert, teilweise geändert, massvoll erweitert oder wiederaufgebaut werden können, sofern sie rechtmässig erstellt oder geändert worden

sind (Abs. 2), nicht unbegründet. Für den einen wie den andern Fall (bzgl. § 14 StraG und Art. 24c RPG) weisen die Vorinstanzen (...) zutreffend darauf hin, dass der Bodmerweg - welcher in planungsmässiger Hinsicht zumindest im kommunalen Richtplan geführt wird - als altrechtlich zu qualifizieren ist (...). Ein Planungsbedürfnis bzw. -erfordernis ergäbe sich mithin auch nicht unter (ggf. analoger) Anwendung dieser Bestimmungen.

4.10 Dem Regierungsrat ist somit beizupflichten (...), dass der geplante Ausbau des bestehenden Bodmerwegs weder aufgrund seiner Ausmasse noch seiner Natur nach bedeutende Auswirkungen auf die bestehende Nutzungsordnung haben wird und demzufolge kein Nutzungsplanungsbedürfnis gegeben ist.

(VGE III 2020 197 vom 29. März 2021; gegen diesen Entscheid wurde Beschwerde beim Bundesgericht erhoben, welche unter der Verfahrensnummer 1C\_284/2021 hängig ist).

## **8.2 Bauberechtigungsnachweis als Ordnungsvorschrift**

*- Kommunale Vorschriften, dass das Baugesuch vom Grundeigentümer mitzuunterzeichnen ist, haben in erster Linie Ordnungscharakter.*

*Aus den Erwägungen:*

3.1.1 Gemäss § 77 Abs. 1 PBG ist das Bewilligungsgesuch für Bauten und Anlagen der Gemeinde einzureichen. Es muss eine Beschreibung des Vorhabens, Situations- und Baupläne, einen Katasterplan, Angaben über die Grundeigentumsverhältnisse und den Zweck der Baute sowie die Unterschrift des Bauherrn enthalten. Gemäss Art. 59 Abs. 4 Satz 1 BauR sind das Baugesuch und die Beilagen vom Bauherrn, vom Grundeigentümer und vom Planverfasser zu unterzeichnen.

3.1.2 (...).

Bei der Baubewilligung handelt es sich um die behördliche Feststellung, dass einem Bauvorhaben keine öffentlich-rechtlichen Hindernisse entgegenstehen. Diese behördliche Feststellung hängt nicht von der Person des Gesuchstellers, sondern von den sachlichen Merkmalen des Vorhabens ab. Die Baubewilligung wird wohl einer bestimmten Person erteilt. Sie richtet sich aber nur auf das Unternehmen, das Bauvorhaben

## B 8.2

in seiner konkreten Gestalt und Ausführung. Für die Baubehörde ist in persönlicher Hinsicht allein wesentlich, dass ihr eine verantwortliche Person gegenübersteht. Der Begriff der Gesuchstellenden oder der Bauherrschaft kann daher verwaltungsrechtlich auch sehr weit gefasst werden (VGE 1049/05 vom 26.1.2005 Erw. 1.5 mit Hinweisen; vgl. auch BGE 119 Ib 226 Erw. 3a, wonach die Baubewilligungspflicht der Behörde die Möglichkeit verschaffen soll, das Bauprojekt vor seiner Ausführung auf die Übereinstimmung mit der raumplanerischen Nutzungsordnung und der übrigen einschlägigen Gesetzgebung zu überprüfen). In der Regel handelt es sich beim Gesuchsteller und dem Grundeigentümer um dieselbe Person. Indessen muss der Gesuchsteller gemäss dem PBG nicht mit dem Grundeigentümer identisch sein. Die Abklärung eines behaupteten Rechts zur Erstellung einer Baute auf einem fremden Grundstück ist nicht Aufgabe der Baubewilligungsbehörde (Baumann, in: Baumann et al., Kommentar zum Baugesetz des Kantons Aargau, Bern 2013, § 60 N 11 f.). Nach kantonalem Recht sind wohl die Grundeigentumsverhältnisse anzugeben, das Gesuch muss jedoch nur der Bauherr unterzeichnen (§ 77 Abs. 1 PBG; vgl. VGE III 2014 78 vom 18.12.2014 Erw. 3.2.2).

3.1.3 Von einem Bauberechtigungs nachweis ist im PBG nicht die Rede. Dies findet seinen Sinn darin, dass ein Bauherr nicht gezwungen sein soll, ein Grundstück zu erwerben, bevor er weiss, ob er seine Bauabsichten darauf überhaupt realisieren können. Es genügt, wenn er den Nachweis erbringen kann, dass der Grundeigentümer seinem Bauvorhaben positiv gegenübersteht und seine Bauberechtigung damit erstellt ist (vgl. EGV-SZ 1982 Nr. 45; VGE 1057/03 vom 29.10.2004 Erw. 3.5). Kommunale Vorschriften, dass das Baugesuch vom Grundeigentümer mitzuunterzeichnen (so z.B. Art. 48 Abs. 5 des Baureglements [BauR] der Gemeinde Arth vom 8.12.1991, letztmals revidiert am 24.2.2008) oder ein Nachweis der Bauberechtigung einzureichen ist (so Art. 84 Abs. 1 lit. a BauR Ingenbohl), haben in erster Linie Ordnungscharakter (EGV-SZ 2000 Nr. 12; VGE III 2013 86 vom 21.8.2013 Erw. 2.5; VGE III 2016 205 vom 25.4.2017 Erw. 5.5.2). Hieraus ergibt sich zwangsläufig, dass einem Grundeigentümer, sofern er nicht gleichzeitig Baugesuchsteller ist, in einem Baubewilligungsverfahren grundsätzlich auch keine Parteistellung zukommt; hieran ändert auch ein allfälliger Eigentumsübergang während eines laufenden Baubewilligungsverfahrens (inklusive Beschwerdeverfahren) nichts (vgl. VGE III 2018 216 vom 24.4.2019 Erw. 2.2.3).

Dem Grundeigentümer stehen ansonsten für die Geltendmachung zivilrechtlicher Ansprüche weiterhin die entsprechenden zivilprozessualen Instrumente zur Verfügung. Daran ändert der Umstand nichts, dass mit der Teilrevision der Justizgesetzgebung vom 25. Oktober 2017 die privatrechtliche Baueinsprache gemäss § 80 PBG während des laufenden Baubewilligungsverfahrens aufgehoben wurde. Die zivilrechtlichen Abwehransprüche des Grundeigentümers wurden durch die Gesetzesrevision nicht eingeschränkt (vgl. § 85 Abs. 1 PBG; VGE III 2020 110 vom 23.9.2020 Erw. 2.3).

3.2.1 Entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers und in Bestätigung des angefochtenen RRB wird die Erteilung einer Baubewilligung nicht von einem Bauberechtigungs nachweis abhängig gemacht. Privatrechtlich ergibt sich aus Art. 641 ZGB, dass ein Bauvorhaben nur mit Zustimmung des Grundeigentümers verwirklicht werden darf. Für das öffentliche Recht und damit das Baubewilligungsverfahren sind die privatrechtlichen Verhältnisse jedoch grundsätzlich ohne Bedeutung (Berner, Luzerner Planungs- und Baurecht, Bern 2012, Rz. 912). Der Beschwerdeführer kann vorliegend daher auch nichts aus Art. 602 Abs. 1 ZGB und Art. 652 bis 654 ZGB zu seinen Gunsten ableiten. Allerdings ist dem Beschwerdeführer insoweit beizupflichten, dass die fragliche Bestimmung von Art. 59 Abs. 4 BauR von ihrem Wortlaut her ("sind ... vom Grundeigentümer ... zu unterzeichnen") durchaus als zwingend verpflichtende Regelung verstanden werden kann, zumal das kantonale Recht in § 77 Abs. 1 PBG zum einen nur "Angaben über die Grundeigentümerverhältnisse" verlangt und die kantonalen Bauvorschriften zum ändern gemäss § 52 Abs. 1 PBG als Mindestvorschriften in allen Gemeinden gelten, mithin an und für sich auch höhere Anforderungen an die Angaben bzw. ein allfälliges Einverständnis der Grundeigentümerschaft gestellt werden können. Aus dieser Optik erweist sich ein Wortlaut, wie ihn Art. 59 Abs. 4 BauR aufweist und der durchaus auch anders denn als eine Ordnungsvorschrift verstanden werden kann, nicht gerade als bürgerfreundlich.

(VGE III 2020 191 vom 27. Januar 2021).

Das Bundesgericht hat eine Beschwerde gegen diesen Entscheid mit Urteil 1C\_124/2021 vom 1. Februar 2022 abgewiesen, soweit darauf einzutreten war, mit unter anderem folgender Erwägung:

5.3. Die vorinstanzlichen Erwägungen entsprechen der Praxis des Bundesgerichts. Danach wird im Baubewilligungsverfahren lediglich

## B 8.3

geprüft, ob dem Bauvorhaben öffentlich-rechtliche Vorschriften entgegenstehen. Private Rechte sind dagegen grundsätzlich auf dem Zivilrechtsweg geltend zu machen und werden durch die Baubewilligung nicht berührt. (...). Dass von der zivilrechtlichen Frage betreffend das Gesamteigentum eine öffentlich-rechtliche Voraussetzung für die Erteilung der Baubewilligung abhängen würde (wie dies etwa bei einer Wegrechtsdienstbarkeit zur Sicherstellung einer hinreichenden Erschliessung gemäss Art. 22 Abs. 2 lit. b RPG der Fall ist), macht der Beschwerdeführer nicht geltend und ist auch nicht erkennbar. Zudem erscheint haltbar, Art. 59 Abs. 4 BauR als Ordnungsvorschrift zu verstehen, die im Interesse der Baubewilligungsbehörde sicherstellen soll, dass sie sich nicht mit Baubewilligungsgesuchen befassen muss, bei denen von vornherein kein schutzwürdiges Interesse erkennbar ist. In dieser Hinsicht ist nicht willkürlich, als ausreichend anzusehen, wenn einer von mehreren Gesamteigentümern das Gesuch unterschreibt. Diese Auslegung durch das Verwaltungsgericht steht in Einklang mit der kantonrechtlichen und damit dem Baureglement übergeordneten Bestimmung von § 80 Abs. 3 PBG, wonach zivilrechtliche Ansprüche nach Massgabe der Zivilprozessordnung geltend zu machen sind und wonach das Einspracheverfahren in der Regel unabhängig von einem allfälligen Zivilprozess und ohne Verzug zu Ende zu führen ist. Der Vorwurf der Willkür ist somit unbegründet.

### 8.3 Baustellenerschliessung

- *Keine Bewilligungspflicht der Baustellenerschliessung.*
- *Allfällige Konsequenzen einer unzureichenden Baustellenerschliessung.*

*Aus den Erwägungen:*

7.2.1 Das kantonale Recht sieht in § 75 Abs. 5 PBG vor, dass provisorische Bauten, welche während der Ausführung von Bauten und Anlagen als Bauinstallation benötigt werden, ohne Baubewilligung erstellt werden dürfen. Gleich sieht beispielsweise auch der Kanton Zug vor, dass Baustelleninstallationen von bewilligten Bauten und Anlagen keiner zusätzlichen Baubewilligung bedürfen (vgl. Kommentar zum Zuger Planungs- und Baugesetz vom 26.11.1998, Ziff. 3.5.1 zu § 44).

Es kann auch bezüglich der Baustellenerschliessung auf die zutreffende und zu bestätigende Erwägung des Regierungsrates verwiesen werden (Erw. 9 mit Hinweis auf VGE III 2019 242 vom 18.6.2020 Erw. 2.9.3).



Eine unzureichende Baustellenerschliessung kann grundsätzlich nur dazu führen, dass die Baufreigabe einstweilen nicht erteilt werden kann, womit der Bauherr allenfalls das Risiko eingeht, dass die Baufreigabe oder die für die Baustellenerschliessung erforderliche Baubewilligung (als Voraussetzung für die Baufreigabe) nicht innerhalb der (maximal) dreijährigen Geltungsdauer der Baubewilligung erfolgt (§ 86 Abs. 1 PBG, vgl. § 44 PBV betreffend technische Bewilligungen und Baufreigabe) und die Baubewilligung somit verfällt (vgl. VGE III 2019 2 vom 25.9.2019 Erw. 3.2.4).

(VGE III 2020 164 vom 27. Januar 2021).

## **8.4 Gebäudehöhe und Gebäudeabstand**

*- Einfamilienhaus als Terrassenhaus und gestaffelte Baute?*

*Aus den Erwägungen:*

3.1 Der Regierungsrat hat im Wesentlichen erwogen, (...). Die Baubewilligungsbehörde sei zum richtigen Schluss gekommen, dass es sich beim projektierten Einfamilienhaus nicht um ein Terrassenhaus im Sinne von Art. 38 des kommunalen Baureglements 2006 (BauR) Feusisberg vom 25. September 2005 handle. Demzufolge habe es keine Höhenbegrenzungslinie von acht Metern gemäss Art. 39 Abs. 6 BauR einzuhalten. Zudem sei zu Recht ein zusätzlicher Ausnützungsbonus von 0.1 für den Verzicht auf ein Dachgeschoss gemäss Art. 7 Abs. 2 und 3 SBV gewährt worden (Erw. 5.2).

Das Einfamilienhaus sei als gestaffelte Baute zu qualifizieren (§ 60 Abs. 5 des Planungs- und Baugesetzes [PBG; SRSZ 400.100] vom 14.5.1987; Art. 36 Abs. 3 BauR). Die Beschwerdegegner hätten entsprechend zu Recht zwei Gebäudehöhen separat berechnet (Erw. 6.2).

(...).

5.1.1 Nach Art. 5 der Sonderbauvorschriften (SBV) sind für die Baubereiche Ein- und Zweifamilienhäuser zulässig. In den Baubereichen G+H sind auch Terrassenbauten im Sinne des BauR zulässig. Gemäss Art. 38 BauR gelten Wohnbauten in Hanglagen als Terrassenhäuser und sind den Bestimmungen von Art. 39 BauR (mit Skizze in Anhang 12) unterstellt, wenn sie stufenartig in Hanglagen erstellt werden und mehr als

## B 8.4

zwei talwärts orientierte Stufen bzw. Geschosse aufweisen. Der horizontale Versatz einer Stufe muss mindestens 3 m aufweisen. (...).

5.1.2 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; vgl. Art. 36 Abs. 2 BauR). Bei in der Höhe gestaffelten Bauten wird die Gebäudehöhe jedes Baukörpers gesondert bestimmt (§ 60 Abs. 5 PBG; vgl. Art. 36 Abs. 3 BauR). Es besteht keine kantonale Praxis, wonach lediglich bei einer Rückversetzung von mindestens 3 m von einem gestaffelten Baukörper gesprochen werden kann (vgl. EGV-SZ 2018 B 8.2; VGE III 2019 137 vom 23.1.2020 Erw. 5.4.1). Vielmehr wurde in einem Fall der Bau aufgrund der klaren Linien (der Rückversetzung des Geschosses um 1.35 m auf der gesamten Länge) als gestaffelt wahrgenommen. Dasselbe wurde in einem anderen Fall auf einer anderen Fassade bei einer Rückversetzung um 2.43 m angenommen. Des Weiteren wird nicht verlangt, dass den in der Höhe gestaffelten Baukörpern funktional zwingend eigenständige Bedeutung zukommen muss (vgl. VGE III 2014 183 vom 19.5.2015 Erw. 3.4, mit Hinweis auf Häuptli, in: Baumann et al., Kommentar zum Baugesetz des Kantons Aargau, Bern 2013, § 49 N 35). In VGE III 2017 226 vom 30. Mai 2018 erkannte das Verwaltungsgericht eine Staffelung, obwohl diese "planerisch deutlicher hätte hervorgehoben werden können".

5.1.3 Die Frage, ob eine Terrassenbaute oder eine gestaffelte Baute vorliegt, ist mithin für die Bemessung der Gebäudehöhe von Relevanz und damit auch für die Bemessung von Grenz- und Gebäudeabständen (vgl. § 60 ff. PBG). Zudem wird gemäss Art. 7 Abs. 3 SBV i.V.m. Art. 7 Abs. 2 SBV im Baubereich H ein zusätzlicher Ausnützungsbonus gewährt, wenn kein Terrassenhaus gebaut wird.

5.2.1 Die Baubewilligungsbehörde hat bei der Beurteilung der Ausnützung ausgeführt, trotz leichter Staffelung handle es sich deswegen nicht um ein Terrassenhaus. Weil das Gebäude die Höhenbegrenzungslinie um 8 m überschreite, könne es sich nur schon aus diesem Grund nicht um ein Terrassenhaus handeln. Diesem letzten Argument als Umkehr- bzw. Zirkelschluss kann nicht gefolgt werden. Methodisch ist zunächst zu prüfen, ob es sich um ein Terrassenhaus handelt. Ist dies der Fall, ist die Gebäudehöhe gemäss den Vorgaben bei Terrassenbauten zu bemessen bzw. zu prüfen, ob die massgebende Höhenbegrenzungslinie eingehalten wird. Ist dies nicht der Fall, kann das Bauprojekt nicht bewilligt werden.

Handelt es sich hingegen nicht um ein Terrassenhaus, stellt sich weiter die Frage, ob das Bauvorhaben als in der Höhe gestaffelte Baute zu qualifizieren ist oder nicht, und ist entsprechend die Einhaltung der gesetzlichen Maximalhöhe nach den jeweils einschlägigen Bestimmungen zu prüfen.

5.2.2 Der Regierungsrat hat erwogen, das geplante Einfamilienhaus weise vier (zumindest teilweise) abgestufte Geschosse auf, welche talwärts bzw. gegen Norden orientiert seien. Hingegen sei die Südseite einheitlich gestaltet und weise keine Stufen auf. Das erste und das zweite UG seien auch gegen Norden nicht auf ihrer ganzen Länge versetzt; zudem weise der horizontale Versatz zwischen dem 1. UG und dem Erdgeschoss nur zwei Meter auf und erfülle das für Terrassenhäuser erforderliche Mass von drei Metern nicht.

5.2.3 Nach allgemeinem Sprachgebrauch sind Terrassenhäuser Gebäude, bei denen, bedingt durch die Hangneigung, horizontale Gebäudeabschnitte stufenförmig so versetzt sind, dass die Dachfläche eines vorgelagerten Gebäudeteils gleichzeitig als Terrasse für das darüber liegende Geschoss fungiert. Entscheidend für das äussere Erscheinungsbild ist die Terrassierung/Abstufung: Diese muss als solche erkennbar sein. Das heisst nach der Zürcher Praxis, dass das Verhältnis zwischen (offener) Terrassenfläche zur Wohnfläche mindestens 1:3 betragen soll (vgl. Fritzsche/Bösch/Wipf/Kunz, Zürcher Planungs- und Baurecht, 6. Aufl., Wädenswil 2019, S. 1141). In diesem Sinne definiert auch § 17 der aargauischen Bauverordnung (SRAG 713.121) vom 25. Mai 2011 Terrassenhäuser als in der Höhe gestaffelte Gebäude mit Gebäudestufen, die der Hangneigung nach versetzt sind, wenn das Gefälle des massgebenden Terrains grösser ist als 10% und das Verhältnis der Grundflächen von Terrasse und zurückversetzter Gebäudeeinheit mindestens 1:3 beträgt. Beim Terrassenhaus überlagern sich also die einzelnen Gebäudestufen; die Häuser sind nicht in der Vertikalen getrennt, sondern in der Horizontalen (vgl. Häuptli, a.a.O., § 49 N 30). Eine Definition von Terrassenhäuser enthält auch Art. 23 der Bauverordnung des Kantons Bern (BSG 721.1) vom 6. März 1985. Als Terrassenhäuser gelten demgemäss stufenartig an Hanglagen erstellte Bauten mit mehr als zwei talwärts orientierten Baustufen.

5.2.4 Im Lichte dieser Begriffsbestimmung(en) eines Terrassenhauses, welche weitestgehend mit derjenigen von Art. 38 f. BauR (im Verbund mit der Skizze in Anhang 12) korrespondiert, erweist sich die regierungs-

## B 8.5

rätliche Beurteilung nicht als rechtsfehlerhaft. Wie sich aus den Plänen ergibt, ist das 1. UG gegenüber dem 2. UG um nur knapp einen Meter zurückversetzt und das EG gegenüber dem 1. UG um rund 2 m; allein das OG weist gegenüber dem EG eine Rückversetzung um rund 3 m auf. Eine solche Zurückversetzung ist aufgrund der dargelegten Definition eines Terrassenhauses grundsätzlich konstitutiv für die Beurteilung als Terrassenhaus und entspricht im konkreten Fall insbesondere auch der kommunalen Auffassung eines Terrassenhauses, wie die Illustration in Anhang 12 BauR unmissverständlich zum Ausdruck bringt.

Nachdem das Einfamilienhaus zu Recht nicht als Terrassenhaus qualifiziert wurde, kommt es mithin in den Genuss des zusätzlichen Ausnützungsbonus von 0.1 und greift die Höhenbegrenzungslinie von 8 m nicht.

5.3.1 Vertretbar ist auch die regierungsrätliche Qualifikation des Einfamilienhauses als gestaffelte Baute. Einerseits ist das OG gegenüber dem EG auf der Nordseite um rund 3 m zurückversetzt; zum andern ist das OG im nördlichen Bereich auch auf der Westseite gegenüber dem EG auf einer Länge von rund 6 m um rund 8 m zurückversetzt (wobei die Dachfläche des Wohnbereichs im EG auf einer Fläche von knapp 50 m<sup>2</sup> begrünt wird) (...). Die Vorinstanzen haben daher ihren Ermessensspielraum nicht überschritten und es kann ihnen beigespflichtet werden, dass das Obergeschoss als eigenständiger Baukörper in Erscheinung tritt.

(VGE III 2020 183 + 184 vom 13. April 2021).

## 8.5 Heimatschutz - Unterschutzstellung eines Gebäudes

- *Gesetzmassigkeit der Umschreibung der Unterschutzstellung auf Verordnungsstufe?*
- *Öffentliches Interesse und Unterschutzstellung.*
- *Begriff der Erheblichkeit des kulturellen Wertes.*

*Aus den Erwägungen:*

2.1.1 Das seit dem 1. Januar 2020 geltende Denkmalschutzgesetz sowie die dazugehörige Verordnung über die Denkmalpflege und Archäologie (Denkmalschutzverordnung, DSV; SRSZ 720.111) vom 10. Dezember 2019 bezwecken unter anderem die Erhaltung, den Schutz und die Pflege der Ortsbilder und Kulturdenkmäler (§ 1 Abs. 1 DSG). Als

Schutzobjekte der Denkmalpflege gelten Objekte, denen ein erheblicher kultureller, geschichtlicher, kunsthistorischer oder städtebaulicher Wert zukommt (§ 3 Abs. 1 DSG). (...).

Der Regierungsrat nimmt gemäss § 5 Abs. 1 DSG Objekte nach Anhörung des Eigentümers und der Standortgemeinde ins Schutzinventar auf, sofern (lit. a) das Objekt besonders schutzwürdig ist sowie einen erheblichen kulturellen, geschichtlichen, kunsthistorischen oder städtebaulichen Wert aufweist, und (lit. b) der Unterschutzstellung keine überwiegenden öffentlichen oder privaten Interessen entgegenstehen. (...). Der Regierungsrat beschliesst über die Aufnahme von Objekten ins kantonale Schutzinventar (§ 15 Abs. 1 lit. a DSG). Die kantonale Fachstelle für Denkmalpflege ist zuständig für die Überprüfung der Schutzwürdigkeit eines Objekts im Einzelfall (§ 3 Abs. 3 lit. f DSV). (...).

2.1.2 Der zweite Abschnitt der DSV regelt das Kantonale Schutzinventar (KSI). Gemäss § 5 DSV werden die folgenden Schutzziele unterschieden:

- a) Schutzziel I: Pflicht zur ungeschmälernten Erhaltung der äusseren und inneren Bauteile, Raumstrukturen und festen Ausstattungen;
- b) Schutzziel II: Pflicht zur Erhaltung des äusseren Erscheinungsbildes, Bewahrung der Raumstrukturen;
- c) Schutzziel III: Pflicht zur Erhaltung des Charakters.

§ 6 DSV formuliert die Aufnahmekriterien ins KSI, welche Anwendung auf Einzelbauten und Gebäudegruppen gemäss § 3 Abs. 2 lit. b DSG finden (§ 6 Abs. 2 DSV). Ein kulturell, geschichtlich, kunsthistorisch oder städtebaulich erheblicher Wert im Sinne der §§ 3 Abs. 1 und 5 Abs. 1 DSG liegt gemäss § 6 Abs. 1 DSV vor, wenn Objekte namentlich Bedeutung haben als:

- a) wichtige Zeugen der Schwyzer oder Schweizer Geschichte;
- b) prägende Elemente der traditionellen Siedlungslandschaft oder des baukulturellen Erbes;
- c) (...);
- d) mittelalterliche und neuzeitliche Blockbauten mit einem hohen Anteil an originaler Bausubstanz;
- e) (...);
- f) Bauten mit hohem Erinnerungs- oder Identifikationswert;
- g) (...).

Die Schutzobjekte werden ihrer Bedeutung entsprechend in die Kategorien "national", "regional" oder "lokal" eingeteilt (§ 7 DSV).

2.2.1 (...).

## B 8.5

3.3.1 Die Beschwerdeführer sind der Ansicht, die Voraussetzungen, unter welchen einem Objekt ein kulturell, geschichtlich, kunsthistorisch oder städtebaulich erheblicher Wert i.S.v. §§ 3 Abs. 1 und 5 Abs. 1 DSG zukomme, seien lediglich auf Stufe Verordnung in § 6 Abs. 1 DSV geregelt. Da es sich bei der Unterschutzstellung um einen schweren Eingriff in die Eigentumsgarantie handle, genüge diese Umschreibung für die Unterschutzstellung auf Verordnungsstufe nicht. Das Erfordernis der Gesetzesform sei verletzt. Die Beschwerdeführer rügen mithin einen Verstoß gegen das Gesetzmässigkeitsprinzip.

3.3.2 Das Gesetzmässigkeitsprinzip, d.h. das Erfordernis der Gesetzesform, besagt, dass die wichtigen Rechtsnormen, auf denen die Verwaltungstätigkeit beruht, in einem Gesetz enthalten sein müssen (vgl. § 3 Abs. 1 der Verfassung des Kantons Schwyz [KV; SRSZ 100.100] vom 24.11.2010: Grundlage staatlicher Tätigkeit ist das Recht). Auf Bundesebene gehören hierzu nach Art. 164 Abs. 1 lit. b BV die grundlegenden Bestimmungen unter anderem über die Einschränkungen verfassungsmässiger Rechte. Für die Umschreibung der Wichtigkeit einer Rechtsnorm sind namentlich die Kriterien der Eingriffsintensität, der Zahl der von einer Regelung betroffenen Personen, die finanzielle Bedeutung sowie die Akzeptierbarkeit massgebend (vgl. Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl., Zürich 2020, Rz. 351 ff.; Wiederkehr, in: Wiederkehr/Richli, Praxis des allgemeinen Verwaltungsrechts, Bern 2012, § 5 Rz. 1377). Der Gesetzgeber trifft dabei die Grundentscheidungen und legt die grossen Linien fest. Der Ordnungsgeber befasst sich dagegen mit den Details sowie mit denjenigen Fragen, die besondere Fachkenntnisse verlangen (Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., Rz. 360; Wiederkehr, a.a.O., § 5 Rz. 1379; vgl. auch Tschannen/Zimmerli/Müller, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Aufl. 2009, § 19 Rz. 17 f., 36 ff.).

3.3.3 Die in Art. 26 BV gewährleistete Eigentumsgarantie umfasst die Baufreiheit, welche die Nutzung eines Grundstücks durch Überbauung schützt. Die Unterschutzstellung eines privaten Gebäudes stellt daher einen Eingriff in die Eigentumsgarantie dar. Beschränkungen dieses Nutzungsrechts müssen als Grundrechtseingriffe die Voraussetzungen von Art. 36 BV erfüllen und damit namentlich auf einer ausreichenden gesetzlichen Grundlage beruhen. Während schwerwiegende Einschränkungen im formellen Gesetz selbst vorgesehen sein müssen, genügt für leichte Eingriffe eine Grundlage im Verordnungsrecht. Ein schwerer Eingriff liegt nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung namentlich vor,

wenn die bisherige oder künftig mögliche, bestimmungsgemässe Nutzung eines Grundstücks durch Verbote oder Gebote verunmöglicht oder stark erschwert wird (BGE 145 I 156 Erw. 4.1). Ein schwerer Eingriff in die Eigentumsgarantie wurde bezüglich einer Unterschutzstellung bejaht, die den Umbau eines Gebäudes wesentlich beschränkte, weil insbesondere Volumen und Fassaden aufrechterhalten werden mussten (Urteil BGer 1C\_212/2014 vom 18.11.2014 Erw. 4.2), ebenso bei einer Unterschutzstellung nicht nur des Äusseren des Gebäudes, sondern auch der inneren Raumaufteilungen und verschiedener Ausstattungselemente, was die Umbaumöglichkeit wesentlich beschränkt (vgl. Urteil BGer 1C\_368/2019 vom 9.6.2020 Erw. 9.3).

Jedenfalls stellt eine Unterschutzstellung unter die Schutzziele I und II (vorstehend Erw. 2.1.2) mithin einen schweren Eingriff in die Eigentumsfreiheit dar.

3.3.4 Mit dem DSG besteht die erforderliche gesetzliche Grundlage (im formellen) Sinn, welche einen Eingriff in die Eigentumsfreiheit rechtfertigen kann. Das DSG umschreibt die Schutzobjekte, namentlich auch Einzelbauten, sowie die Kriterien zur Bestimmung der Schutzwürdigkeit (vgl. vorstehend Erw. 2.1.1).

Die Beurteilung, ob die Schutzkriterien erfüllt sind, wurde vom Gesetzgeber dem Regierungsrat übertragen; er wurde auch mit dem Vollzug und dem Erlass der erforderlichen Vollzugsvorschriften beauftragt sowie der Aufsicht über die Gemeinden und Bezirke beim Vollzug des Gesetzes (§ 20 Abs. 1 und 2 DSG; vgl. auch § 59 Abs. 1 KV). Zum einen wurde diese Regelung damit begründet, dass die Unterschutzstellung von Objekten zwar einen (weitreichenden) Eingriff ins Eigentumsrecht darstellt (RRB Nr. 708/2017 vom 19.9.2017 S. 14 zu § 17 EntwDSG). Zum andern bedingen Heimat- und Denkmalschutz zweifelsohne besondere Fachkenntnisse. Entsprechend wurde dem Regierungsrat nicht nur die Bezeichnung des zuständigen Departements übertragen, sondern auch der kantonalen Fachstellen für Denkmalpflege (und Archäologie) sowie die Bestimmung von deren Aufgaben. Diese Zuständigkeitsregelung ist sachgerecht.

3.3.5 Im Rahmen seines Vollzugauftrags hat der Regierungsrat in § 6 DSV die Aufnahmekriterien näher definiert. Es kann nicht gesagt werden, dass diese Umschreibungen (vgl. vorstehend Erw. 2.1.2) nicht den Vorgaben des Gesetzes ("kulturell, geschichtlich, kunsthistorisch oder städtebaulich", "erheblicher Wert") gerecht werden. Bei diesen Umschreibungen im (formellen) Gesetz handelt es sich um offen formulierte (unbe-

## B 8.5

stimmte) Rechtsbegriffe, welche dem Rechtsanwender bei deren Ausfüllung einen weiten Ermessensspielraum eröffnen. Der Regierungsrat hat - entsprechend seinem Vollzugsauftrag - diesen unbestimmten Begriffen in § 6 Abs. 1 DSV einen konkreteren Inhalt gegeben und sie dadurch insbesondere eingeengt. Diese Ausfüllung unbestimmter Rechtsbegriffe im Gesetz steht gleichzeitig auch im Zeichen der Rechtssicherheit und rechtsgleichen Behandlung betroffener Eigentümer. Die Rechtssicherheit wurde denn auch unisono als ausdrückliches Ziel des DSG genannt (vgl. RRB Nr. 708/2017 S. 1 Ziff. 1, S. 4 Ziff. 3.2; Ratsprotokoll S. 816 [Kommissionssprecher KR M. Bachmann], S. 817 [KR M. Brun], S. 818 [KR J. Prelicz und KR M. Müller], S. 819 [KR D. Blunschy und M. Spirig]). Auch wenn die Gleichbehandlung im Rat kein Thema war, ist sie dennoch von Verfassung wegen zwingend auch zu beachten (Art. 8 BV; § 10 KV i.V.m. Art. 8 BV). Eine Verletzung des Gesetzmässigkeitsprinzips kann insoweit nicht erkannt werden.

3.3.6 Ein Gleiches gilt hinsichtlich der Schutzziele, die gemäss § 4 Abs. 2 DSG für jedes Schutzobjekt im Inventar festzuhalten sind. Mit der Definition eines Schutzzieles bekommt der Eigentümer "erstmal ... eine grobe Umschreibung, was von seiner Liegenschaft schützenswert ist" (vgl. KR M. Müller, Ratsprotokoll S. 818; ansonsten wurden die Schutzziele in der Ratsdiskussion nicht mehr erwähnt). Das Bildungsdepartement führt vernehmlassend aus, dass die Kommission für Bildung und Kultur im Gesetz den Schutzzumfang bestehend aus "Schutzziel und Schutzbestimmungen" habe festlegen wollen. Dem sei indes entgegengehalten worden, dass damit einerseits ein grosser administrativer Aufwand und entsprechend hohe Kosten verbunden wären; andererseits würde der Handlungsspielraum der Grundeigentümer und der Denkmalpflege unnötig stark eingeschränkt, wenn der Schutzzumfang bereits bei der Inventarisierung sehr konkret und detailliert festgeschrieben werden müsste.

Wenn sich der Regierungsrat in § 5 DSV auf drei unterschiedliche Schutzziele beschränkt hat, entspricht dies somit ebenfalls den Intentionen des Gesetzgebers im Sinne einer Kompromisslösung. Die relativ offene Umschreibung der drei Schutzziele in der DSV mit einer graduell unterschiedlichen Eingriffsintensität in die Eigentumsfreiheit der betroffenen Eigentümer steht nicht im Widerspruch zu den Vorgaben des DSG und kann gleichzeitig einen Beitrag zur Rechtssicherheit und Gleichbehandlung leisten, ohne den Handlungsspielraum, um dem Einzelfall (im Rahmen eines allfälligen von der kantonalen Fachstelle zu begleitenden Baubewilligungsverfahrens betreffend Restaurierungen oder



Veränderungen an Schutzobjekten, vgl. § 6 Abs. 2 DSGVO) gleichwohl noch gerecht werden zu können, durch ergänzende normierte Schutzbestimmungen einzuengen. Eine Verletzung des Gesetzmässigkeitsgrundsatzes ist auch betreffend die Schutzziele nicht erkennbar. (...).

4.2 Neben der gesetzlichen Grundlage, welche mit dem DSGVO (und der DSV) gegeben ist, müssen Einschränkungen von Grundrechten durch ein öffentliches Interesse gerechtfertigt und verhältnismässig sein (Art. 36 Abs. 2 und 3 BV).

4.3.1 Die Beschwerdeführer rügen, es bestehe heute die Tendenz der Behörden und Rechtsmittelinstanzen, das bei der Einschränkung von Grundrechten zu prüfende öffentliche Interesse mit der gesetzlichen Grundlage in eins zu setzen. (...). Sinngemäss wird damit gleichzeitig eine Verletzung der Begründungspflicht reklamiert.

4.3.2 Beim Begriff des öffentlichen Interesses handelt es sich um eine wertungsbedürftige Generalklausel, einen unbestimmten Rechtsbegriff, welcher konkretisierungsbedürftig ist und verschiedenste Interessen beinhalten kann, die sich hauptsächlich aus der Verfassung, den Ziel- und Zweckartikeln in Sachgesetzen und (in seltenen Fällen) aus Verordnungen gewinnen lassen. Im öffentlichen Interesse liegt grundsätzlich alles, was der Staat zum Gemeinwohl vorkehren muss, um eine ihm obliegende Aufgabe zu erfüllen (Wiederkehr, a.a.O., Rz. 1854 f.). Das öffentliche Interesse hat hinreichend bestimmt, aktuell und konkret zu sein (Wiederkehr, a.a.O., Rz. 1862).

Eigentumsbeschränkungen zum Schutz von Baudenkmälern liegen nach der Rechtsprechung allgemein im öffentlichen Interesse (Urteile BGER 1C\_499/2019 vom 7.7.2020 Erw. 3.3; 1C\_553/2010 vom 23.2.2011 Erw. 2.1). Wie gewichtig dieses öffentliche Interesse ist und in welchem Ausmass es einen denkmalpflegerischen Schutz eines Objekts verlangt, ist gemäss ständiger bundesgerichtlicher Rechtsprechung bei der Prüfung der Verhältnismässigkeit im engeren Sinne im Einzelfall zu prüfen (Urteile BGER 1C\_368/2019 vom 9.6.2020 Erw. 11.3; 1C\_499/2019 vom 7.7.2020 Erw. 3.3; 1C\_101/2010 vom 11.5.2010 Erw. 3.1). Dabei ist von einer sachlichen, auf wissenschaftliche Kriterien abgestützten Gesamtbetrachtung auszugehen, die den kulturellen, geschichtlichen, künstlerischen und städtebaulichen Zusammenhang eines Bauwerkes mitberücksichtigt (Urteil BGER 1C\_499/2019 vom 7.7.2020 Erw. 3.3 mit Hinweisen; BGE 118 Ia 384 Erw. 5a S. 389; 120 Ia 270 Erw. 4a S. 275; 135 I 176 Erw. 6.2 S. 182; je mit Hinweisen).

## B 8.5

(...).

4.3.3 Der RRB Nr. 708/2017 definiert "Denkmalpflege und Archäologie als öffentliche Aufgabe" (S. 2 Ziff. 2.1.1). Es kann kaum in Abrede gestellt werden, dass öffentliche Aufgaben schon im Grundsatz von einem öffentlichen Interesse abgedeckt sind und/oder von öffentlichem Interesse sein müssen. Andernfalls verkäme die öffentliche Aufgabe zu einem sinnentleerten Selbstzweck. Gemäss den Ausführungen in diesem RRB (unter Ziff. 2.1.1) verfügt der Kanton Schwyz über eine enorm vielfältige Kulturlandschaft sowie eine reichhaltige Baukultur. Es wird weiter ausgeführt, dass die schützenswerten Einzelobjekte zusammen mit den bedeutenden Ortsbildern einen wesentlichen Teil der kollektiven Identität ausmachen. Diese Zeugen der Vergangenheit seien "für die Gesellschaft wichtige Orientierungspunkte in einer schnelllebigen, globalen und zunehmend virtuell geprägten Welt". Es sei folgerichtig, dass die Pflege der Denkmäler als öffentliche Aufgabe betrachtet werde; Denkmalschutz und Denkmalpflege seien öffentliche und wichtige Aufgaben des Staates.

Dieses derart umschriebene öffentliche Interesse artikuliert sich in der Zweckbestimmung des DSG (§ 1), wonach das Gesetz unter anderem die Erhaltung der Kulturdenkmäler bezweckt, wozu auch der Schutz von Einzelbauten unter Einbezug ihrer Ausstattung und der für ihre Wirkung wesentlichen Umgebung zählt (vgl. § 3 Abs. 2 lit. b DSG). Das allgemeine öffentliche Interesse an einer Unterschutzstellung, wie es sich aus dem Gesetz ergibt, bedarf mithin nicht einer eigenen (einlässlichen) Beurteilung.

Das gewissermassen individualisierte öffentliche Interesse am Schutz eines Einzelobjektes widerspiegelt sich in den ebenfalls im Gesetz bzw. der Verordnung normierten Kriterien (§ 3 Abs. 1 DSG und § 5 Abs. 1 lit. a DSG i.V.m. § 6 Abs. 1 DSV). Sind diese Kriterien bzw. ist eines davon gegeben, ist auch das öffentliche Interesse an einer Unterschutzstellung - unter Vorbehalt entgegenstehender öffentlicher oder privater Interessen (§ 5 Abs. 1 lit. b DSG) - grundsätzlich gegeben. Die Grundlagen für die Beurteilung der Kriterien liefern die Fachleute (vgl. § 3 Abs. 3 lit. f DSV).

4.3.4 Die Gewichtigkeit des öffentlichen Interesses und dessen Konsequenzen für die Intensität der Unterschutzstellung sind indes gemäss der erwähnten bundesgerichtlichen Rechtsprechung (erst) bei der Prüfung der Verhältnismässigkeit im engeren Sinne zu prüfen. (...).

4.5.1 Soweit die Beschwerdeführer bemängeln, weder der Regierungsrat noch das Gutachten noch die kantonale Denkmalpflege führten aus, worin die Erheblichkeit des kulturellen Wertes liege, vermögen sie mit ihren diesbezüglichen Vorbringen nicht durchzudringen.

4.5.2 Mit VGE III 2020 173 vom 30. Dezember 2020 führte das Verwaltungsgericht aus, dass i) die Erheblichkeit des Wertes i.S.v. § 6 Abs. 1 DSV anhand der dort genannten Kriterien zu messen ist, ii) es sich bei "erheblich" um einen unbestimmten Rechtsbegriff handelt, den ausfüllend anzuwenden bei der entscheidenden Behörde, d.h. dem für die Unterschutzstellung zuständigen Regierungsrat liegt und iii) es hingegen an den Fachinstanzen und allfälligen Gutachtern liegt, der entscheidenden Behörde die für die Beurteilung der Erheblichkeit erforderlichen Sachverhaltselemente zu liefern (Erw. 3.3.1; zum unbestimmten Rechtsbegriff vgl. Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., Rz. 390 ff., 413 ff.).

4.5.3 (...).

4.5.8 Die Beschwerdeführer betonen auch verschiedentlich, das DSG sei vom gesetzgeberischen Willen mitgeprägt, dass von Unterschutzstellungen in Hochschätzung und Respektierung der Eigentumsfreiheit, nur zurückhaltend Gebrauch gemacht werden soll.

Damit wird sinngemäss geltend gemacht, dass an die "Erheblichkeit" des (kulturellen, geschichtlichen etc.) Wertes eines Schutzobjektes eher hohe Ansprüche zu setzen sind. Die gebotene Zurückhaltung entbindet indessen nicht von einer Unterschutzstellung in denjenigen Fällen, in denen die gesetzlichen Vorgaben unter Wahrung des dem Regierungsrates als zuständige Behörde zustehenden Ermessensspielraumes erfüllt sind. Insbesondere kann aus einer vom Gesetzgeber gewollten zurückhaltenden Rechtsanwendung nicht auf eine bestimmte Quotierung geschlossen werden.

Überdies ist zum einen nicht zu verkennen, dass die Zentralschweiz (ital.: Svizzera primitiva; frz.: Suisse primitive = ursprüngliche Schweiz) mit den Urkantonen und ihrer Bedeutung für die Eidgenossenschaft von einer verhältnismässig grossen Zahl (spät-)mittelalterlicher und frühneuzeitlicher Bauten geprägt ist mit einem entsprechend hohen Identifikationsgehalt. Der RRB Nr. 708/2017 spricht in diesem Sinne durchaus zu Recht von der Bedeutung der Schutzobjekte für die kollektive Identität (vgl. vorstehend Erw. 4.3.3; vgl. auch Eidgenössische Kommission für die Denkmalpflege, Leitsätze zur Denkmalpflege in der Schweiz, Zürich 2007, S. 16 Ziff. 2.3). Dennoch kann zum andern nicht gesagt werden,

## B 8.6

dass (bis anhin) eine überdurchschnittliche Vielzahl von Bauten unter Schutz gestellt oder gar eine inflationäre Unterschutzstellungstätigkeit um sich gegriffen hätte. Dies belegen statistische Vergleiche. Schweizweit waren (Stand 2016; vgl. Bundesamt für Statistik, Denkmäler in der Schweiz, Neuenburg 2018 [nachfolgende Seitenzahl-Angaben nehmen hierauf Bezug]) insgesamt rund 272'000 Einzelobjekte erfasst, die besondere denkmalpflegerische Qualitäten aufweisen, ohne jedoch zwingend einem formellen Schutz zu unterstehen. Unter Schutz standen 75'084 Baudenkmäler (national, regional und lokal). Auf den Kanton Schwyz entfallen mit rund 650 Objekten weniger als 1 % (S. 6 f., S. 11), wobei der Anteil an den national geschützten Denkmälern mit 61 Objekten (bei gesamtschweizerisch insgesamt 2'752 Objekten) bei 2.2 % liegt (vgl. S. 13). Der Anteil geschützter Sakralbauten an den im Kanton Schwyz geschützten Bauten beträgt 22 % (gesamtschweizerischer Durchschnitt 10 %), der Anteil geschützter Profanbauten an den im Kanton Schwyz geschützten Bauten 78 % (gesamt-schweizerischer Durchschnitt 90 %; vgl. S. 15).

(VGE III 2021 18 vom 31. Mai 2021).

### 8.6 Entfernung einer Wasserleitung - Kostentragung

- *Frage des Eigentums an einer Hauptwasserleitung.*
- *Kostentragungspflicht der Gemeinde für die Entfernung der Wasserleitung.*

*Aus dem Sachverhalt:*

Die Gemeinde G. verlegte anlässlich der Sanierung des Leitungsnetzes die Hauptwasserleitung im Bereich des Grundstückes des Beschwerdeführers in die öffentliche Strasse. Der Eigentümer beantragte die Entfernung der stillgelegten Wasserleitung aus seinem Grundstück auf Kosten der Gemeinde. Die Gemeinde lehnte diesen Antrag ab. Der Regierungsrat verpflichtete die Gemeinde auf Beschwerde des Eigentümers hin zum Rückbau und zur Kostenübernahme des Rückbaus. Das Verwaltungsgericht bestätigte diesen Entscheid.

*Aus den Erwägungen:*

4.1 Die Vorinstanz erwog im angefochtenen Entscheid unter Anführung der massgebenden gesetzlichen Bestimmungen im Wesentlichen, unter anderem für die Leitungen der Wasserversorgung (also auch die streitgegenständliche Hauptwasserleitung) gelte das kantonale Recht. Weiter legte sie unter Bezugnahme auf die Grundlagen in den kantonalgesetzlichen Bestimmungen dar, dass die Beschwerdeführerin das Reglement der Wasserversorgung der Gemeinde G (nachfolgend: WR) erlassen habe, (...). Gemäss § 5 WR erstelle und unterhalte die Wasserversorgung u.a. die Hauptleitungen.

Unbestritten sei, dass es sich beim Leitungsabschnitt auf GB Nr. 003 um eine Groberschliessung bzw. eine Hauptleitung der Wasserversorgung G. handle. Das WR enthalte zwar keine konkrete Bestimmung über die Entfernung von stillgelegten Hauptwasserleitungen. Die Auslegung ergebe jedoch, dass (auch) hierfür die Gemeinde zuständig sei. Die Beschwerdeführerin habe die Hauptleitung M. durch eine neue, nicht mehr durch das Grundstück des Beschwerdegegners laufende Hauptleitung ersetzt, wodurch die alte Hauptleitung auf GB Nr. 003 nicht mehr benötigt werde. Die vorgenommene Instandsetzung der Hauptwasserleitung sei trotz der Verlegung mit dem Ersatz einer alten Installation vergleichbar, weswegen die Beschwerdeführerin als Trägerin der Wasserversorgung für den Ersatz der nicht mehr benötigten Leitung auf GB Nr. 003 zuständig sei. Es verstehe sich von selbst, dass der Ersatz einer Leitung bei einer Verlegung auch die Entfernung der stillgelegten Wasserleitung beinhalte, zumal die Beschwerdeführerin als Eigentümerin der stillgelegten Hauptwasserleitung zu betrachten sei. Der Rückbau bzw. die Kostenübernahme des Rückbaus der stillgelegten Hauptwasserleitung auf GB Nr. 003 obliege mithin der Beschwerdeführerin. Dies entspreche auch der Systematik des WR, dessen § 5 offensichtlich das Ziel verfolge, dass der jeweilige Grundeigentümer jegliche Kosten, die im Zusammenhang mit der Hauszuleitung anfallen, tragen solle. Sämtliche Kosten und Aufwendungen, welche im Zusammenhang mit Hauptleitungen auftreten, fielen jedoch in den Zuständigkeitsbereich der Beschwerdeführerin. Dies rechtfertige sich auch daher, da die Hauptwasserleitungen bzw. die Groberschliessungen öffentlich-rechtlicher Natur seien. Gemäss der Vorinstanz wäre es systemwidrig und stossend, wenn ein Grundeigentümer durch das Gemeinwesen gestützt auf das öffentliche Recht zur Duldung einer Hauptleitung bzw. Groberschliessung auf seinem Grundstück verpflichtet oder nötigenfalls mittels Enteignung sogar gezwungen werden könnte, der betroffene Grundeigentümer jedoch die ihm aufgezwungene

## B 8.6

Leitung selber entfernen oder die Entfernung auf dem Zivilweg verlangen müsste, sobald das Gemeinwesen diese nicht mehr benötige. Im Übrigen sehe auch das Privatrecht in Art. 693 Abs. 2 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (ZGB; SR 210) vom 10. Dezember 1907 vor, dass bei einer Leitungsverlegung in der Regel der Berechtigte die Kosten der Verlegung zu tragen habe, was bei analoger Anwendung im vorliegenden Fall die Kostenübernahme des Rückbaus durch die Beschwerdeführerin zur Folge habe. Der Einwand der Beschwerdeführerin, der Beschwerdegegner sei aufgrund des Akzessionsprinzips Eigentümer der umstrittenen Hauptwasserleitung und müsse diese daher selber entfernen, könne nicht gefolgt werden, da einerseits das Akzessionsprinzip nur im Rahmen des Privatrechts gelte und andererseits auch das Privatrecht in Art. 676 ZGB eine Ausnahme vom Akzessionsprinzip vorsehe.

4.2.1 Die Beschwerdeführerin beanstandet den Entscheid der Vorinstanz in mehrfacher Hinsicht. Im Wesentlichen macht sie jedoch geltend, sie sei einerseits nicht Eigentümerin der auf GB Nr. 003 gelegenen Leitungen und daher nicht für deren Entfernung verantwortlich. Andererseits mangle es (für den Fall, dass die Beschwerdeführerin als Eigentümerin der Leitungen angesehen werde) an einer öffentlich-rechtlichen Rechtsgrundlage, welche die Beschwerdeführerin zum Rückbau bzw. zur Kostenübernahme des Rückbaus der Leitungen verpflichte.

4.2.2 (...).

4.2.4 Weiter macht die Beschwerdeführerin geltend, in den nächsten Jahren stünden in der Gemeinde G. weitere Sanierungsetappen der Hauptwasserleitungen an. Wo möglich, werde die Leitung ins gemeindeeigene Grundeigentum gelegt. Eine derartige Neuerstellung bzw. Verlegung der Leitungen könne es jedoch mit sich bringen, dass die neue Leitung nicht mehr auf der bestehenden Leitungslinie geführt werde, weswegen die stillgelegten Leitungsrohre (gewollt) da verblieben, wo sie ursprünglich verlegt wurden. Die Wasserleitungsrohre seien weder gesundheits- noch umweltschädlich. Im streitgegenständlichen Fall seien die Leitungsrohre auf einer Länge von ca. 300 Metern in den Strassenbereich verlegt worden, wofür ein Graben im Strassenbereich habe geöffnet werden müssen. Die bestehende und parallel dazu verlaufende Leitung habe somit nicht angetroffen werden können, ausser man hätte einen drei bis vier Meter breiten Graben ausgehoben, was aus ökologischen und finanziellen Gründen nicht praktikabel sei und offensichtlich unverhältnismässig gewesen wäre. Somit sei auf einer Länge von ca. 300

Metern das alte Leitungsrohr stehengelassen worden, wovon der Beschwerdegegner auf einer Länge von ca. 30 Metern betroffen sei. Aufgrund dieser Ausführungen erkläre sich, weshalb stillgelegte Leitungen ihre Daseinsberechtigung hätten und tatsächlich auch immer wieder vorkämen. Daher sei das Entfernen der stillgelegten Leitungen nicht in § 5 WR miterfasst. Hinzu komme, dass § 5 WR keine Anspruchsgrundlage beinhalte, mit welcher ein privater Grundeigentümer seine Eigentumsrechte durchsetzen könnte. (...).

4.2.6 Selbst wenn wider Erwarten eine gesetzliche Grundlage bestehen sollte, die dem Beschwerdegegner einen Beseitigungsanspruch zuweisen sollte, so sei die Entscheidung der Beschwerdeführerin stets auch unter den Aspekten des öffentlichen Interesses sowie der Verhältnismässigkeit zu würdigen. Insbesondere im Hinblick auf den anfallenden Arbeitsaufwand, die Folgen für die Umwelt und die entsprechenden Kosten wäre eine Entfernung der stillgelegten Leitung im Grundstück des Beschwerdegegners nicht zu verantworten gewesen. (...). Zudem würde durch den Entscheid des Regierungsrates ein Präjudiz geschaffen, welches Begehrligkeiten auch anderer Betroffener auslösen würde. (...).

5. Zunächst gilt es die Frage zu klären, ob die streitgegenständliche Hauptwasserleitung dem Eigentum der Beschwerdeführerin oder des Beschwerdegegners zuzurechnen ist.

5.1 Die Umschreibung und der Inhalt des Grundeigentums sind grundsätzlich Teil des Zivilrechts, welches dem Bund zur ausschliesslichen Regelung zusteht (Art. 122 BV). Gemäss Art. 6 Abs. ZGB werden jedoch die Kantone in ihren öffentlich-rechtlichen Befugnissen durch das Bundeszivilrecht nicht beschränkt. Diese Bestimmung lässt gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts bezüglich einer vom Bundeszivilrecht erfassten Materie davon abweichende Regelungen des kantonalen öffentlichen Rechts zu, wenn der Bundesgesetzgeber die Materie nicht abschliessend regelt, die kantonale Regelung durch ein schutzwürdiges öffentliches Interesse begründet ist und sie nicht gegen Sinn und Geist des Bundesrechts verstösst oder dessen Durchsetzung beeinträchtigt oder vereitelt. Insoweit verschafft Art. 6 ZGB dem kantonalen öffentlichen Recht eine expansive Kraft (Urteil BGer 1C\_565/2014 vom 11.5.2015 Erw. 2.1 mit Verweis auf BGE 138 I 331 Erw. 8.4.3; vgl. zum Ganzen Entscheid des Verwaltungsgerichts Zürich VB.2016.00116 vom 13.7.2017 Erw. 2.1).

## B 8.6

5.2 Das Eigentum an Grund und Boden umfasst nach dem Akzessionsprinzip unter Vorbehalt der gesetzlichen Schranken alle Bauten (Art. 667 Abs. 2 ZGB; Urteil BGer 4C.345/2005 vom 9.1.2006 Erw. 1.1). In Abweichung von diesem Prinzip bestimmt Art. 676 Abs. 1 ZGB, dass Leitungen zur Versorgung und Entsorgung, die sich ausserhalb des Grundstücks befinden, dem sie dienen, wo es nicht anders geordnet ist, dem Eigentümer des Werks und zum Werk gehören, von dem sie ausgehen oder dem sie zugeführt werden. Diese ab dem 1. Januar 2012 gültige Fassung von Art. 676 Abs. 1 ZGB brachte gegenüber der älteren Fassung, die von Leitungen für Wasser, Gas, elektrischer Kraft und dergleichen sprach, keine rechtliche Änderung (Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 27.6.2007, BBI 2007 5283 ff., 5306 Ziff 2.1.2.2). Art. 676 Abs. 1 ZGB behält andere Ordnungen ausdrücklich vor und lässt damit abweichende öffentlich-rechtliche Regelungen der Kantone und des Bundes zu. Die Gemeinden dürfen daher im Rahmen ihrer kantonalen Zuständigkeit Wasserreglemente mit von Art. 676 Abs. 1 ZGB abweichenden Regelungen erlassen (Urteil BGer 1C\_565/2014 vom 11.5.2015 Erw. 2.1 mit weiteren Hinweisen; vgl. auch Entscheid des Verwaltungsgerichts Zürich VB.2016.00116 vom 13.7.2017 Erw. 2.2).

5.3 Im Kanton Schwyz finden sich Regelungen betreffend Groberschliessungen (wozu auch Hauptwasseranlagen gehören) im PBG und der dazugehörigen Vollzugsverordnung (PBV).

### 5.3.1 (...).

5.3.2 Nach Art. 5 Abs. 2 WEG bezeichnet das kantonale Recht die für die Erschliessung verantwortlichen öffentlichrechtlichen Körperschaften. Es kann die Feinerschliessung den Eigentümern überbinden und hat in diesem Fall die Ersatzvornahme durch die öffentlichrechtlichen Körperschaften vorzusehen.

Gemäss § 38 Abs. 1 PBG sind die Gemeinden für die Groberschliessung der Bauzonen verantwortlich und bezeichnen die Anlagen der Groberschliessung in den Erschliessungsplänen. Soweit die Versorgung mit Wasser oder Energie nicht durch die Gemeinde oder ihre Anstalten erfolgt, obliegt die Pflicht zur Groberschliessung dem betreffenden Versorgungswerk (z. B. öffentlich- oder privatrechtliche Wassergenossenschaft, Elektrizitätswerk) (Abs. 3). Die Gemeinde führt die Groberschliessung in Zusammenarbeit mit andern Erschliessungsträgern nach Ausbauprogramm und baulicher Entwicklung durch (§ 39 Abs. 1 PBG). Bauwillige



Grundeigentümer können mit der Gemeinde die vorzeitige Erschliessung vereinbaren. Die Erstellung der Erschliessungsanlagen erfolgt diesfalls durch die Gemeinde oder unter ihrer Aufsicht (§ 39 Abs. 2 PBG). Erschliesst die Gemeinde die Bauzonen nicht fristgerecht, so können die Grundeigentümer die Erschliessung nach den durch die Gemeinde genehmigten Plänen selbst vornehmen oder bevorschussen. Die Gemeinde hat den Grundeigentümern die geleisteten Vorschüsse innert fünf Jahren nach Erstellung der Erschliessung zurückzuerstatten. Mit der Rückerstattung geht die Erschliessungsanlage ins Eigentum der Gemeinde über (§ 39 Abs. 3 PBG).

Anlagen der Groberschliessung sind in der Regel ins Eigentum der Gemeinde oder eines konzessionierten Versorgungswerkes zu übernehmen (§ 27 Abs. 1 PBV). Ist nicht die Gemeinde, sondern ein Dritter Eigentümer einer Groberschliessungsanlage, so sind Zuständigkeit, Verfahren und Kostenbeteiligung für deren Ausbau, Unterhalt und Betrieb vertraglich, in einem Reglement oder durch Verfügung festzulegen. Gleichzeitig kann die Übernahme der Anlage durch die Gemeinde vorgesehen werden (Abs. 2) (vgl. zum Ganzen VGE III 2018 126 vom 25.3.2019).

Da in der kantonalen Gesetzgebung (namentlich § 27 Abs. 1 PBV) geregelt wird, dass Groberschliessungen (wozu auch Hauptwasserleitungen gehören) in das Eigentum der Gemeinde zu übernehmen sind, hat die Gemeinde diesbezüglich keine Regelungskompetenz.

5.3.3 Die Feinerschliessung der Baugrundstücke obliegt den Grundeigentümern, soweit sie nicht nach den einschlägigen Gemeindevorschriften oder durch Ersatzvornahme von der Gemeinde besorgt wird (§ 40 Abs. 1 PBG).

5.4 Die Gemeinde G. hat im Jahr 2016 ihr Reglement der Wasserversorgung (WR) erlassen. Gemäss § 1 WR erstellt, betreibt und unterhält die Gemeinde G. im Dorf G. eine Wasserversorgungsanlage, um die Bewohner im Einzugsgebiet S. mit genügend Trink-, Brauch- und Löschwasser zu versorgen. § 5 WR sieht vor, dass die Wasserversorgung die Quelfassungen, Wasserreservoirs, Hauptleitungen mit den Absperrorganen und Hydranten sowie Zweigleitungen bis und mit dem Hauptabstelhahn oder Schieber erstellt und unterhält. Die Hauszuleitung ab Hauptschieber ist vom Abonnenten auf eigene Rechnung durch einen vom Gemeinderat konzessionierten Installateur ausführen zu lassen. Als Hauszuleitung wird die Leitungsstrecke von der Hauptleitung bis zur Wasseruhr im Haus des Abonnenten bezeichnet. Betreffend das Eigen-

## B 8.6

tum an Hauptwasserleitungen enthält das WR (aufgrund der abschliessenden kantonalen Regelung in § 27 Abs. 1 PBV) keine Regelung.

5.5.1 Wie bereits unter Erw. 5.2 ausgeführt, wird das Akzessionsprinzip (Art. 667 Abs. 1 ZGB) u.a. durch Art. 676 ZGB aufgeweicht, indem Leitungen im Eigentum des Eigentümers des Werks und zum Werk gehören, von dem sie ausgehen oder dem sie zugeführt werden. Ebenfalls bereits ausgeführt wurde, dass Art. 676 ZGB explizit öffentlich-rechtliche Ausnahmen von diesem Grundsatz zulässt (vgl. Erw. 5.1 und 5.2). Die Rechtsordnung des Kantons Schwyz sieht keine Ausnahme vom oben genannten, zivilrechtlichen Grundsatz in Art. 676 ZGB vor.

In Übereinstimmung mit der bundesrechtlichen Regelung sieht auch das PBG (§ 39 Abs. 3) vor, dass nach Rückerstattung der von den Grundeigentümern (aufgrund nicht fristgerechter Erschliessung der Gemeinde) bevorschussten Erschliessung die Erschliessungsanlage in das Eigentum der Gemeinde übergeht. Daraus ist zweifelsohne der Rückschluss zu ziehen, dass gemäss PBG grundsätzlich alle Anlagen der Groberschliessung zum Eigentum der Gemeinde gehören. Dementsprechend sieht auch die PBV (§ 27 Abs. 1) vor, dass Anlagen der Groberschliessung (wozu auch Hauptwasserleitungen gehören) in das Eigentum der Gemeinde zu übernehmen sind. Gestützt auf die genannten Bestimmungen ist somit festzuhalten, dass die Beschwerdeführerin die Eigentümerin der streitgegenständlichen Hauptwasserleitungen ist.

5.5.2 Die Vorbringen der Beschwerdeführerin vermögen daran nichts zu ändern. Wenn geltend gemacht wird, das (Sonder-)Eigentum (nach Art. 676 ZGB) an den streitgegenständlichen Hauptwasserleitungen entstehe erst durch Errichtung einer Dienstbarkeit und deren Eintragung im Grundbuch, kann dem nicht gefolgt werden. Das Eigentum als volles dingliches Recht und die vom Eigentum abhängige Dienstbarkeit als beschränktes dingliches Recht sind auseinander zu halten. Art. 676 ZGB bildet die Grundlage für den Abschluss eines Dienstbarkeitsvertrages. Dabei wird in Abs. 1 der wichtige Grundsatz festgehalten, wem die (Werk-)Leitungen gehören. Ohne diese Regelung würden die Leitungen nämlich gestützt auf das Akzessionsprinzip dem Grundeigentümer gehören. In der Praxis wurde aber - wie vorliegend - nicht immer ein Dienstbarkeitsvertrag abgeschlossen, sondern die Leitungen wurden einfach eingelegt (und gingen unter Umständen bald einmal "vergessen") (vgl. J. Scheidegger-Blunschy, Die rechtliche Sicherung von Leitungen: Durchleitungsrechte für die Wasseversorgungsanlagen, Weiterbildungskurs Schweizerischer Brunnenmeisterverband 2016, S. 4 [und S. 2 Ein-

leitung]). Das Durchleitungsrecht kann nicht nur mit einer Dienstbarkeit, sondern auch durch ein einvernehmliches Dulden, eine vertragliche Regelung oder eine Konzession eingeräumt werden. Und beim Wegfall des beschränkten dinglichen Rechts geht das Eigentum nicht ohne weiteres verloren. Das Leitungsrecht hat somit zwei voneinander nicht zwingend abhängige Funktionen: Durchbrechen des Akzessionsprinzips, um der Leitung ihr eigenständiges Eigentum zu verschaffen; Berechtigung zur Nutzung fremden Eigentums für die Durchleitung (Meinrad Huser, Leitungen zwischen privatem und öffentlichem Sachenrecht, in: ZBGR 2016 S. 221 ff., S. 227).

Korrekt ist also, dass die dingliche Belastung eines Grundstückes durch Leitungen nach Art. 676 Abs. 2 ZGB grundsätzlich durch die Errichtung einer Dienstbarkeit erfolgt. Diese Bestimmung bezieht sich ausschliesslich und explizit auf die dingliche Belastung des Grundstückes. Das Eigentum an den Leitungen auf fremden Grundstücken besteht jedoch gestützt auf Art. 676 Abs. 1 ZGB bereits vor der Eintragung einer allfälligen Dienstbarkeit.

Hinzu kommt, dass das kantonale Recht (PBG und PBV) gemäss Art. 676 Abs. 1 ZGB anderslautende Regeln betreffend das Eigentum an Leitungen erlassen könnte (vgl. oben). Das PBG (§ 39 Abs. 3 letzter Satz) und das PBV (§ 27 Abs. 1) sehen explizit vor, dass Anlagen der Groberschliessungen in das Eigentum der Gemeinde zu übernehmen sind, ohne weitere Anforderungen (wie die Eintragung einer Dienstbarkeit im Grundbuch) zu stellen. Sollte also entgegen der hier vertretenen Auffassung davon ausgegangen werden müssen, dass Eigentum an den Leitungen zivilrechtlich erst durch Eintragung einer Dienstbarkeit im Grundbuch entsteht, ist festzuhalten, dass der Kanton Schwyz vom Bundeszivilrecht abweichende Regelungen betreffend die Entstehung des Eigentums an Leitungen erlassen hat.

5.5.3 Ohnehin erscheint es als rechtsmissbräuchlich, wenn die Beschwerdeführerin in Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgaben (Groberschliessung, vgl. § 38 Abs. 1 PBG) eine Hauptwasserleitung (welche die Wasserversorgung mehrerer Häuser/Siedlungen sicherstellen soll) durch private Grundstücke verlegt, sich bei Stilllegung dieser Leitungen dann jedoch darauf beruft, die Leitungen gehörten mangels eines Formfehlers (Nichteintragung der Dienstbarkeit im Grundbuch) nicht zu ihrem Eigentum. Mit dem Durchleitungsvertrag vom 4. August 1986 ermächtigte der vormalige Eigentümer des Grundstückes die Gemeinde, den Durchleitungsvertrag "auf ihre Kosten unter dem Stichwort 'Leitungsrecht mit Nebenrechten, Bauverbot und Pflanzenbeschränkung' im Grundbuch

## B 8.6

eintragen zu lassen". Es hätte mithin an der Beschwerdeführerin (als Begünstigte) daran gelegen, die Dienstbarkeit im Grundbuch eintragen zu lassen. Aus der aus welchen Gründen auch immer versäumten Eintragung darf dem Beschwerdegegner deshalb kein Nachteil erwachsen. Abgesehen davon ist eine grundbuchlich eingetragene Dienstbarkeit (Durchleitungsrecht) weder eine *conditio sine qua* für die Durchleitung noch für die Begründung von Eigentum konstitutiv (vgl. vorstehend Erw. 5.5.2). Entsprechend verpflichtet beispielweise Art. 14 (mit der Marginalie "Durchleitungsrecht") des Reglements über die Wasserversorgung Rothenthurm vom 6. Juli 2001 die Grundeigentümer nur, der Wasserversorgung die Verlegung von Wasserleitungen in ihrem Grundeigentum zu gestatten. Ähnlich ist beispielsweise gemäss Art. 22 Abs. 1 des Reglements der Wasserversorgung Tuggen "jedermann gehalten, Durchleitungsrechte [...] zu gewähren". Diese "können" im Grundbuch eingetragen werden.

5.6 Zusammenfassend kann somit festgehalten werden, dass die streitgegenständlichen Leitungen auf GB Nr. 003 gestützt auf Bundesrecht und § 27 Abs. 1 PBV zum Eigentum der Beschwerdeführerin gehören.

6. Nachdem feststeht, dass die Hauptwasserleitungen zum Eigentum der Beschwerdeführerin gehören, stellt sich die Frage, ob eine genügende Rechtsgrundlage besteht, um die Beschwerdeführerin zur Entfernung der Leitungen aus dem Grundstück des Beschwerdegegners bzw. zur Übernahme der Kosten der Entfernung zu verpflichten.

6.1 (Grundsätze der Auslegung; vgl. BGE 141 II 220 Erw. 3.3.1; BGE 140 II 495 Erw. 2.3.2, je mit Hinweisen; Urteil BGer 2C\_202/2017 vom 9.3.2020 i.Sa. ESTV vs. K. Erw. 4.1).

6.2.1 Das kantonale Recht regelt die Beiträge der Grundeigentümer an die Erschliessung (vgl. Art. 19 Abs. 2 Satz 2 RPG). Hierbei handelt es sich um einen Gesetzgebungsauftrag an die Kantone (vgl. Waldmann/Hänni, Handkommentar, RPG 2006, Art. 19 Rz. 58). Diese vom RPG geforderte Finanzierung durch die Grundeigentümer bezieht sich auf die Kosten der Grob- und Feinerschliessung, soweit die Anlagen von der Erschliessungspflicht gemäss Art. 19 Abs. 2 RPG erfasst werden. Zu den durch Grundeigentümer zu finanzierenden Erschliessungskosten gehören mindestens die Aufwendungen für Planung und Bau der Erschliessungsanlagen (Waldmann/Hänni, ebenda).

Gemäss Art. 6 Abs. 1 WEG erheben die nach kantonalem Recht zuständigen öffentlichrechtlichen Körperschaften von den Grundeigentümern angemessene Beiträge an die Kosten der Groberschliessung; die Beiträge werden kurz nach Fertigstellung der Anlagen fällig. Die Gesamtheit der Grundeigentümer muss von den Kosten für Anlagen der Groberschliessung wenigstens 30 Prozent und von den Kosten für Anlagen der Feinerschliessung wenigstens 70 Prozent tragen (Art. 1 Abs. 1 lit. a und b der Verordnung zum Wohnbau- und Eigentumsförderungsgesetz [VWEG; SR 843.1] vom 30.11.1981). Diese bundesrechtliche Vorgabe betrifft jedoch nur die erstmalige Erschliessung, nicht die Abänderung, Erneuerung und den Unterhalt, was sich unter anderem aus Art. 1 Abs. 3 VWEG ergibt, wonach die Anschlussgebühren innerhalb von drei Jahren nach Fertigstellung der einzelnen Erschliessungsanlagen bezahlt werden. Das WEG genügt indes für sich alleine nicht als gesetzliche Grundlage zur Erhebung von Erschliessungsabgaben (vgl. Häuptli, in: Baumann et al., Kommentar zum Baugesetz des Kantons Aargau, Bern 2013, § 34 N 12; Waldmann/Hänni, a.a.O., Art. 19 Rz. 59; Rey, in: FHB Öffentliches Baurecht, Rz. 3.333 f. mit FN 625 f.).

6.2.2 Das kantonale Recht äussert sich mit Ausnahme der Bevorschussung der Groberschliessung durch die Grundeigentümer nicht zur Finanzierung von Erschliessungsanlagen (vorstehend Erw. 5.3.2).

6.2.3 Dem kommunalen WR wiederum ist zu entnehmen, dass die Gemeinde G. im Dorf G. eine Wasserversorgungsanlage "erstellt, betreibt und unterhält" (§ 1). § 5 WR sieht vor, dass die Wasserversorgung (also die Gemeinde G.) u.a. die Hauptleitungen "erstellt und unterhält" (vgl. vorstehend Erw. 5.3.1 ff.).

6.2.4 Weder dem Bundes- noch dem kantonalen Recht und ebenso wenig dem WR lässt sich mithin eine konkrete Bestimmung entnehmen, welche sich auf die Entfernung stillgelegter (Hauptwasser-)Leitungen bezieht. Bei einem ausschliesslichen Abstellen auf den Wortlaut müsste mithin dem Standpunkt der Beschwerdeführerin beigespflichtet werden. Indes wird dies den Grundsätzen der Auslegung nicht gerecht (vorstehend Erw. 6.1).

6.3 Unter Verweis auf Entscheide (Entscheid VB.2016.00116 vom 13.7.2016 Erw. 4.3; Urteil BVGer B-3596/2012 vom 14.3.2013 Erw. 2.4.2) führt die Vorinstanz zutreffend aus, dass der Begriff "Unterhalt" üblicherweise nicht nur die Reparatur, sondern auch die Instand-

## B 8.6

setzung einer Sache zur Wiederherstellung der Sicherheit und Gebrauchstauglichkeit für eine bestimmte Dauer umfasst. Hierzu können auch der Ersatz und entsprechend auch die Entfernung nicht mehr tauglicher oder nicht mehr gebrauchter Einrichtungen/Gegenstände, so auch von Leitungen, gehören. Der Begriff "Unterhalt" ist also einer weiten Auslegung zugänglich. Insofern kann der Wortlaut des WR auch im Sinne des Standpunktes der Vorinstanz und des Beschwerdegegners verstanden werden. Es kann denn auch kaum bestritten werden, dass der Ersatz einer bestehenden Leitung grundsätzlich die vorgängige Entfernung der bestehenden Leitung beinhaltet. Es liegt daher nahe, dass auch bei einer örtlichen Verlegung einer Leitung die bestehende, nunmehr nicht mehr benötigte Leitung als Teilgehalt des Unterhalts zu entfernen ist.

6.4.1 Die Vorinstanz führt des Weiteren zu Gunsten des Standpunktes des Beschwerdegegners die Systematik des WR an. Dessen § 5 verfolge offensichtlich das Ziel, dass der jeweilige Grundeigentümer jegliche Kosten, die im Zusammenhang mit der Hauszuleitung anfallen, tragen solle. Sämtliche Kosten und Aufwendungen, welche im Zusammenhang mit Hauptleitungen auftreten, würden jedoch in den Zuständigkeitsbereich der Beschwerdeführerin fallen.

Damit dürfte zwar eher Sinn und Zweck des Gesetzes (teleologische Gesetzesauslegung) angesprochen sein, was nichts daran ändert, dass der Vorinstanz auch diesbezüglich beigeplant werden kann. Es erscheint in der Tat als systemwidrig und stossend, wenn ein Grundeigentümer durch das Gemeinwesen gestützt auf das öffentliche Recht zur Duldung einer Hauptleitung bzw. Groberschliessung auf seinem Grundstück verpflichtet oder nötigenfalls mittels Enteignung sogar gezwungen werden könnte, der betroffene Grundeigentümer jedoch die ihm aufgezwungene Leitung selber entfernen oder die Entfernung auf dem Zivilweg verlangen müsste, sobald das Gemeinwesen diese nicht mehr benötigt oder eine andere Leitungsführung als vorteilhafter erachtet. Anzuführen ist an dieser Stelle die hierzulande geltende Binsenwahrheit, dass ein zu welchen Zwecken auch immer benutztes fremdes Grundstück so zu hinterlassen ist, wie es vordem in Nutzung genommen wurde. In diesem Sinne verlangt § 21 WR auch, dass die Erstellungs- und Reparaturarbeiten "unter möglicher Schonung des in Anspruch genommenen Grundstückes auszuführen sind". Dieser Schonung kann durchaus auch die Entfernung einer nicht mehr benötigten und somit ihres Zweckes beraubten Leitung als Beeinträchtigung/Störung des Grundstückes zugerechnet werden.

6.4.2 Aus der Optik des Gesetzeszweckes und des Rechtsbegriffes der Erschliessung darf auch beachtet werden, dass die Erschliessung als Voraussetzung, dass auf einem eingezonten Grundstück überhaupt Bauten und Anlagen errichtet werden dürfen (vgl. § 53 PBG; Art. 22 Abs. 2 RPG), grundsätzlich ein einmaliger Vorgang ist, der zwar einen Anfang nimmt, aber kein Ende finden kann, andernfalls die erstellten Bauten und Anlagen widerrechtlich würden. Insofern ist auch leicht einsehbar, dass sich Gesetz und Reglemente regelmässig zur Frage des Rückbaus ausschweigen und nur von "Unterhalt" reden. Hierunter sind zwangsläufig alle Vorgänge im Rahmen der vorhandenen Erschliessungsanlagen zu verstehen, also auch die Entfernung nicht mehr benötigter (Grob-)Erschliessungsanlagen, unabhängig von deren Standort.

6.5 In einem rechtsvergleichenden Sinn kann beispielsweise Art. 10 Abs. 1 des Reglements der Wasserversorgung Stoos vom 9. Juni 2013 angeführt werden, welcher festlegt, dass bei Änderung der Verhältnisse, die eine Verlegung von Hauptleitungen und anderen Werkleitungen erfordern, die Wasserversorgung mangels anderer vertraglicher Vereinbarung die Verlegungskosten zu übernehmen hat. Mit der Verlegung dürfte nicht bloss die Errichtung der Leitung an eine neue Stelle gemeint sein, sondern vielmehr auch die Entfernung der bisher bestehenden Leitung (welche sich unter Umständen noch als gebrauchsfähig an neuer Stelle erweisen könnte).

6.6.1 Nicht unberechtigt ist auch der Hinweis der Vorinstanz auf das Privatrecht (Art. 693 Abs. 2 ZGB). Während das WR die Verlegung von Leitungen nicht regelt, verweist Art. 9 des Reglements für die Wasserversorgung im Bezirk Gersau vom 12. Dezember 2008 auf Art. 693 ZGB. Gemäss dieser Bestimmung kann der Belastete eine seinen Interessen entsprechende Verlegung der Leitung verlangen, wenn sich die Verhältnisse ändern (Abs. 1). Die Kosten der Verlegung hat in der Regel der Berechtigte zu tragen (Abs. 2).

Müsste mithin von einer Lücke im WR ausgegangen werden, lässt es sich rechtfertigen, diese Lücke in analoger Anwendung von Art. 693 ZGB zu füllen. Vorliegend erfolgt die Verlegung der Leitung nicht aus Interessen des Belasteten, sondern der berechtigten Gemeinde. Eine Änderung der Verhältnisse, welche eine solche Verlegung als geboten erscheinen liesse, ist nicht erkennbar. Die Beschwerdeführerin argumentiert mit der heutigen Praxis, Leitungen womöglich in den gemeindeeigenen Boden zu verlegen, namentlich aus Gründen des einfacheren und kostengünstigeren Betriebs und Unterhalts. Aus dieser Argumentation lässt sich indes

## B 8.6

keine Änderung der Verhältnisse ablesen. (...). Mit den gesetzlich vorgesehenen "Kosten der Verlegung" (Art. 693 Abs. 2 ZGB) sind offenkundig nicht nur die Kosten für die Neuverlegung der Leitungen auf dem (gemeinde-)eigenen Grundstück gemeint, sondern insbesondere auch die Kosten für die Entfernung der bestehenden Leitung auf dem belasteten Grundstück.

6.6.2 In diesem Zusammenhang ist auch der Durchleitungsvertrag vom 4. August 1986 anzuführen. Zum einen verpflichtet er die Gemeinde in Ziff. 1, die Anlagen zu erstellen und unterhalten. Dabei ist das Grundstück möglichst zu schonen.

Verlangt der Grundeigentümer zum andern eine Verlegung der Leitung, erfolgt dies gemäss Ziff. 3 auf seine eigenen Kosten. Dies bedeutet im Umkehrschluss, dass eine Verlegung, welche nicht ein Grundeigentümer initiiert, auf Kosten der Gemeinde zu erfolgen hat. Die Verlegung beinhaltet, wie erwähnt, begriffsimmanent auch die Entfernung der bisherigen Leitung.

6.6.3 Schliesslich stellt die Entfernung einer Leitung gewissermassen den *actus contrarius* zur Erstellung dar, was ebenfalls für die Leistungs- und Kostentragungspflicht der Beschwerdeführerin spricht. Keine Bedeutung für die Entscheidung kommt der Frage zu, ob das Belassen von Leitungen im Untergrund mit umweltschutzrechtlichen Bestimmungen (namentlich Gewässerschutz) in Konflikt geraten kann.

6.7 Zusammenfassend hat die Vorinstanz die Beschwerdeführerin somit zu Recht zum Rückbau der Leitung auf dem Grundstück des Beschwerdegegners und zur Tragung der hierfür entstehenden Kosten verpflichtet. Die Gemeindeautonomie wie auch die Grundsätze des öffentlichen Interesses und der Verhältnismässigkeit (...) werden nicht verletzt. Es kann, wie vorstehend dargelegt, nicht im Belieben einer Gemeinde stehen, infolge Werkzugehörigkeit begründetes, für den zgedachten öffentlichen Zweck kraft eigener Entscheidung nicht mehr benutztes und/oder nutzbares Eigentum auf einem Drittgrundstück gewissermassen zu derelinquieren.

(VGE III 2021 66 vom 26. August 2021; das Bundesgericht hat eine Beschwerde gegen diesen Entscheid mit Urteil 1C\_617/2021 vom 21. April 2022 abgewiesen).



---

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

---

### 10.1 Tierrecht

*- Die Verfügung einer Maulkorbpflicht für einen Hund kann sich als rechtmässig erweisen.*

*Aus dem Sachverhalt:*

Nach mehreren Bissattacken und angeordneten Massnahmen verfügte der Kantonstierarzt der Urkantone schliesslich eine Maulkorbpflicht in öffentlich zugänglichen Bereichen. Eine Beschwerde dagegen wiesen der Regierungsrat und das Verwaltungsgericht ab.

*Aus den Erwägungen:*

4.2 Der Regierungsrat legt die Massnahmen fest, welche bei verhaltensauffälligen Hunden getroffen werden können (§ 27 Abs. 1 des Veterinärgesetzes [VetG; SRSZ 312.420] vom 26.10.2011). Gemäss § 5 Abs. 1 der vom Regierungsrat erlassenen Veterinärverordnung (VetV; SRSZ 312.421) vom 14. Februar 2012 ordnet der Kantonstierarzt die erforderlichen Massnahmen an, wenn die Halter von Hunden ihren Pflichten nicht nachkommen (lit. a), Bissverletzungen gemeldet werden (lit. b), ein schwerwiegender Verdacht einer Bedrohung besteht (lit. c) oder Verhaltensauffälligkeiten festgestellt werden (lit. d). Im Massnahmenkatalog von § 5 Abs. 2 VetV kann er insbesondere Weisungen über Erziehung, Pflege oder Unterbringung des Hundes erlassen (lit. a), Weisungen über Beaufsichtigung einschliesslich Leinen- und Maulkorbzwang erlassen (lit. b), einen Hund zulasten des Halters unter Beobachtung stellen (lit. c), einen Wesenstest des Hundes anordnen (lit. d), den Besuch eines Erziehungskurses anordnen (lit. e) oder in schwerwiegenden Fällen die Hundehaltung verbieten oder die Beseitigung des Hundes anordnen (lit. f).

Damit kann festgehalten werden, dass für die angeordnete Auflage der Maulkorbpflicht eine ausdrückliche gesetzliche Grundlage besteht (§ 27

## B 10.1

Abs. 2 VetG i.V.m. § 5 Abs. 2 lit. b VetV) und für deren Anordnung der Kantonstierarzt zuständig ist.

4.3 Bei der Anordnung von erforderlichen Massnahmen steht der Vollzugsbehörde ein Ermessen zu. Sie ist jedoch nicht völlig frei, sondern hat ihr Ermessen pflichtgemäss auszuüben. Ferner hat sie sich an den allgemeinen Rechtsgrundsätzen und den verwaltungsrechtlichen Grundprinzipien, namentlich dem Rechtsgleichheitsgebot, dem Gebot von Treu und Glauben und dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit zu orientieren (vgl. Marco Donatsch, in: Griffel [Hrsg.], Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich [VRG], 3. Auflage, Zürich 2014 [Kommentar VRG], § 50 N. 24 ff.; Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Auflage, Zürich/St. Gallen, 2016, Rz. 409). (...).

5. - 5.6 (Auflistung der einzelnen Vorfälle seit 2016).

5.7 Zusammenfassend ergibt sich mit Blick auf die oberwähnte Aktenlage, dass seit 2016 eine mehrjährige Vorgeschichte mit diversen Vorfällen - selbst bei ausser Acht lassen des umstrittenen Vorfalls vom 11. Oktober 2018 - und mehreren früheren Verfügungen bzw. Anordnungen diverser Massnahmen seitens der Vorinstanz 1 sowie eines Strafbefehls seitens der Staatsanwaltschaft wegen Widerhandlung gegen das Tierschutzgesetz zur ausgesprochenen Leinenpflicht und dann Maulkorbpflicht geführt haben. Aktenkundig sowie von der Tierärztin med.vet. D. bestätigt ist sodann, dass die Hündin der Beschwerdeführer wiederholt andere Hunde und auch Menschen gebissen hat und von einer erhöhten Gefährlichkeit ihrer Hündin auszugehen ist. Gleichermassen bestätigen die Beschwerdeführer mehrfach, dass es sich bei C. um keine einfache Hündin handelt. Dies wird bestätigt durch den Abschlussbericht des Hundetrainings vom 20. Oktober 2019, wo angemerkt ist, C. sei vom Grundgerüst her eher impulsiv reagierend. Unter diesen Umständen ist die entscheidere Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanzen, wonach die Hündin der Beschwerdeführer in der Öffentlichkeit eine Gefahr für die Sicherheit von Mensch und Tier darstellt bzw. eine Beeinträchtigung der öffentlichen Sicherheit gegeben ist, nicht zu beanstanden.

6.1 Zu klären gilt es, ob sich die angeordnete Massnahme der Maulkorbpflicht aufgrund der oberwähnten Vorfälle für die Hündin C. als verhältnismässig erweist (vgl. oben Erw. 4.3).

6.2 Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit verlangt, dass eine Massnahme für das Erreichen des im öffentlichen oder privaten Interesse liegenden Zieles geeignet und erforderlich ist und sich für die Betroffenen in Anbetracht der Schwere der Einschränkung als zumutbar erweist. Es muss eine vernünftige Zweck-Mittel-Relation vorliegen (BGE 143 I 403 Erw. 5.6.3; BGE 138 I 331 Erw. 7.4.3.1; Urteil BGer 1C\_273/2020 vom 5.1.2021 Erw. 5.5; Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., Rz 522/527).

6.3 Es besteht ein öffentliches Interesse, dass die von (potenziell) gefährlichen Hunden ausgehenden Risiken für Menschen und Tiere, nämlich die Gefährdung des Lebens und der körperlichen Integrität (Art. 10 Abs. 1 und 2 sowie Art. 11 Abs. 1 BV), vermieden werden (BGE 136 I 1 Erw. 5.4.1; BGE 134 I 293 Erw. 5.2.1; BGE 133 I 249 Erw. 4.2 = Pra 97/2008 Nr. 22 Erw. 4.2). Dieses Ziel, Schutz der Bevölkerung und Tiere, muss mit verhältnismässigen (geeigneten, erforderlichen und zumutbaren) Massnahmen erreicht werden.

6.4 Insgesamt erscheint die angeordnete Massnahme zur Wahrung des Schutzes der Bevölkerung und Tiere als geeignet, um Situationen, wie sie sich in der Vergangenheit mehrfach zugetragen haben, zu vermeiden. Die Hündin C. hat unter der Führung von B. mehrfach ein unvermitteltes, teilweise aggressives Verhalten gezeigt bzw. unbestrittenermassen Bissverletzungen an Mensch und Hund verursacht. Das Mass der Verletzungen bzw. die Frage nach der Erheblichkeit der Verletzungen und mithin die Höhe der entsprechenden Arztrechnungen ist entgegen der beschwerdeführerischen Ansicht nicht von ausschlaggebender Bedeutung. Im Vordergrund steht vielmehr, dass überhaupt mehrfache Attacken bzw. Bissverletzungen gegenüber Mensch und Tier durch die beschwerdeführerische Hündin erfolgen konnten, was die Beschwerdeführer - bis auf den Vorfall vom 11. Oktober 2018 - im Grundsatz denn auch nicht bestreiten (vgl. vorstehend Erw. 5; Ingress lit. B-E). Trägt die Hündin C. einen Maulkorb, sind Bissverletzungen wie die vorgefallenen nicht mehr möglich, wodurch die Maulkorbpflicht unweigerlich geeignet ist, das im öffentlichen Interesse liegende Ziel zu erreichen.

6.5.1 Was die Erforderlichkeit der umstrittenen Massnahme anbelangt, so gilt zu beachten, dass die Hündin C. vor dem ersten Vorfall gar keine Massnahme traf (ausser der im Kanton allgemein geltenden Leinenpflicht). Dann wurde eine spezifizierte Leinenpflicht angeordnet, die weitere Vorfälle aber nicht verhindern konnte. Hierauf wurde der Besuch

## B 10.1

eines problemorientierten Hundetrainings angeordnet. Kurz nach dessen Absolvierung kam es erneut zu einem Bissvorfall. Es ergibt sich, dass die Beschwerdeführer trotz bestehender Leinenpflicht bzw. kurzer Leine und trotz absolviertem Hundetraining die Hündin nicht davon abhalten konnten, am 4. Dezember 2019 von der Leine losgelöst erneut einen Hund anzugreifen bzw. diesen zu beißen.

Soweit B. - wie von ihm dargestellt - beim letzten Vorfall selber aus Versehen die Leine bzw. den Karabiner geöffnet haben will, so hat sein diesbezügliches Missgeschick unbeachtlich zu bleiben. Zum einen steht fest, dass - trotz Pflicht - sich die Hündin ganz offensichtlich lösen konnte, aus welchem Grund auch immer. Die Leinenpflicht ist somit keine Garantie dafür, dass der Hund nicht frei herumlaufen kann. Zum andern zeigte der Vorfall, dass die Hündin durch die Beschwerdeführer offensichtlich - trotz absolviertem Hundetraining - nicht genügend beherrscht werden kann, sobald sie ab der Leine ist. Und schliesslich steht auch fest, dass das Angriffs- und Verletzungspotential offensichtlich auch noch vorhanden ist. Da spielt es keine Rolle, dass sich die Leine durch ein Missgeschick öffnete. Ganz offensichtlich konnte B. die weitere Bissverletzung nicht verhindern. Diesbezüglich führt die Sachverständige med.vet. D. nachvollziehbar aus, dass solch unvorhergesehene Ereignisse (dass sich die Hündin unversehens von der Leine löst) nie ausgeschlossen werden können. Wenn ein solches, nicht ausschliessbares Ereignis aber dazu führe, dass C. angreife und Mensch und/oder Tier verletze, dann müsse dem vorgebeugt werden. Die angeordnete Leinenpflicht habe einen erneuten Angriff auf einen anderen Hund nicht verhindern können; die Gefahr von weiteren Vorfällen sei daher gegeben (vgl. Gutachten vom 24.3.2020).

Hierbei kann ergänzt werden, dass B. als Hundeführer in solchen Situationen - und namentlich im Wissen um das schwierige Wesen der Hündin C. - sicherstellen muss, dass er die angeordnete Leinenpflicht uneingeschränkt einhalten kann, er die Hündin in jeder Situation adäquat zu führen vermag. Am 4. Dezember 2019 war dies offenkundig nicht möglich; weder konnte er die Leinenpflicht umsetzen, noch vermochte er den abgeleiteten Hund zu beherrschen, was letztlich zum Beissangriff mit Verletzungsfolge führte. Zwar ist anzuerkennen, dass sich B. bemüht, die Hundebegegnungen sowie die Leinenfähigkeit in den Griff zu bekommen. Eine konsequente und korrekte Umsetzung ist aber - wie gezeigt - nicht garantiert, obschon er dies im Freien selber als erforderlich erachtet. Dabei gilt zu beachten, dass die Beschwerdeführer mit der angeordneten spezifizierten Leinenpflicht bereits eine erhöhte Sorgfaltspflicht beim Beaufsichtigen ihrer Hündin trifft; es werden zudem strengere Anforder-

rungen an die hundehaltende Person gestellt, je problematischer das Wesen und Verhalten einer Hündin ist. Auch würde eine Leinenpflicht wenig Sinn machen, wenn die Hündin zwar an der Leine geführt wird, sie ihr Fehlverhalten aber dennoch weiter ausleben könnte.

Ferner hatten die Beschwerdeführer mit ihrer Hündin im Herbst 2019 ein problemorientiertes Hundetraining absolviert, anlässlich dessen die Leinenführigkeit und Hundebegegnungen geübt wurden. Dieses gezielte Hundetraining scheint jedoch ebenfalls nicht die erwünschte Wirkung gebracht zu haben. Denn selbst wenn sich gemäss der beschwerdeführender Ansicht der Umgang der Hündin mit anderen Hunden nach dem Hundekurs verbessert haben sollte, so kam es dennoch bereits wieder am 4. Dezember 2019 zu einem Angriff auf einen Hund mit Bissverletzung. Mithin vermochten weder die Leinenpflicht noch der Hundekurs einen weiteren Vorfall zu vermeiden; die bisherigen Massnahmen zeigten nicht den gewünschten Erfolg.

6.5.2 Nachdem die Sachverständige med.vet. D. aufgrund der zahlreichen Zwischenfälle in ihrer nachvollziehbaren und schlüssigen Einschätzung vom 24. März 2020 zur Beurteilung gelangte, dass von der nicht völlig kontrollier- und abrufbaren Hündin auch weiterhin eine erhöhte Gefährlichkeit ausgeht, musste die Vorinstanz 1 weitergehendere Massnahmen prüfen.

Angesichts der Häufigkeit der Vorfälle mit Bissverletzungen erweist sich die Maulkorbpflicht als nächst strengere Massnahme als sachlich erforderlich. Kommt hinzu, dass die Maulkorbpflicht nur in den öffentlich zugänglichen Bereichen gilt, da sich die Beissvorfälle allesamt beim Spaziergang im öffentlichen Raum ereignet hatten. Demgegenüber kann sich die Hündin in den privaten Räumen der Beschwerdeführer auch weiterhin ohne Maulkorb frei bewegen. Der definierte räumliche Geltungsbereich ist nicht zu beanstanden. Die Beschwerdeführer werden durch die Maulkorbpflicht in ihrer Hundehaltung bzw. -führung zwar eingeschränkt, jedoch ist eine weniger einschneidende Massnahme nicht denkbar, die im Hinblick auf die Sicherheit von Mensch und Tier in der Öffentlichkeit - angesichts der erhöhten Gefährlichkeit der Hündin - zuverlässig wirken könnte. Da unvorhersehbare Ereignisse nicht ausgeschlossen werden können, die Hündin C. aber weiterhin aggressiv reagiert, ist es nicht vertretbar, die bisherigen, milderen Massnahmen aufrecht zu erhalten.

6.5.3 Nach dem Gesagten erweist sich die angefochtene Auflage der Maulkorbpflicht für die Hündin C. als das erforderliche, mildeste Mittel,

## **B 10.1**

zumal sich mildere Massnahmen als ungeeignet erwiesen und anderweitige weder ersichtlich sind noch von den Beschwerdeführern (substanziert) vorgebracht werden. Mithin ist die Erforderlichkeit der Maulkorbpflicht - zusätzlich zur Leinenpflicht - in öffentlich zugänglichen Bereichen zu bejahen.

6.6 Hinsichtlich der Zumutbarkeit zeigt sich, dass das öffentliche Interesse an der Vermeidung von Bissverletzungen durch die Hündin C. zweifellos das private Interesse der Beschwerdeführer an der auf die bisherige Leinenpflicht beschränkten Haltung der achtjährigen Hündin, d.h. am Verzicht auf den Maulkorb in den öffentlich zugänglichen Bereichen, überwiegt. In den vergangenen Jahren kam es - trotz Auflagen - zu mehreren Verletzungen von Mensch und Tier durch die Hündin C. Das Interesse, solches zu vermeiden muss als sehr gross bezeichnet werden. Demgegenüber ist die neue Einschränkung, dass die Hündin C. im öffentlichen Raum einen Maulkorb zu tragen hat, zumutbar. Mag die Massnahme die Beschwerdeführer in ihrem subjektiven Empfinden noch so schwer treffen. Soweit sich die Beschwerdeführer dabei darauf beschränken, die Gefährlichkeit ihrer Hündin zu verharmlosen bzw. die zahlreichen Vorfälle zu bagatellisieren, so vermögen diese die vorliegend umstrittene Massnahme der Maulkorbpflicht nicht als unzumutbar erscheinen lassen.

6.7 Zusammenfassend ist die umstrittene Maulkorbpflicht in jeder Hinsicht verhältnismässig.

(VGE III 2021 14 vom 29. März 2021).

---

## 18. Verschiedenes

---

### 18.1 Anwaltsrecht

- *Besteht ein Anspruch auf öffentliche Verkündung eines Entscheides der kantonalen Anwaltskommission?*

*Aus dem Sachverhalt:*

Im Rahmen einer Aufsichtsanzeige an die Anwaltskommission stellte der Anzeigersteller Antrag auf öffentliche Verkündung des Disziplinarsentscheides und Mitteilung von Zeit und Ort der öffentlichen Urteilsverkündung.

*Aus den Erwägungen:*

1. Strittig und vorliegend zu prüfen ist, ob der Beschwerdeführer gestützt auf Art. 6 Ziff. 1 der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (SR 0.101; nachfolgend: EMRK) bzw. Art. 29 und Art. 30 Abs. 3 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (SR 101; BV) vom 18. April 1999 einen Anspruch hat, dass der Entscheid der Vorinstanz öffentlich verkündet wird oder dass ihm die Gelegenheit eingeräumt wird, das begründete Urteil einzusehen.

2.1 Gemäss Art. 6 Ziff. 1 EMRK hat jede Person ein Recht darauf, dass über Streitigkeiten in Bezug auf ihre zivilrechtlichen Ansprüche und Verpflichtungen oder über eine gegen sie erhobene strafrechtliche Anklage von einem unabhängigen und unparteiischen, auf Gesetz beruhenden Gericht in einem fairen Verfahren, öffentlich und innerhalb angemessener Frist verhandelt wird. Das Urteil muss öffentlich verkündet werden; (...).

2.2 Gemäss Art. 29 Abs. 1 BV hat jede Person in Verfahren vor Gerichts- und Verwaltungsinstanzen Anspruch auf gleiche und gerechte Behandlung sowie auf Beurteilung innert angemessener Frist. Parteien haben Anspruch auf rechtliches Gehör (Abs. 2). Jede Person, die nicht über die erforderlichen Mittel verfügt, hat Anspruch auf unentgeltliche

## B 18.1

Rechtspflege, wenn ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint. Soweit es zur Wahrung ihrer Rechte notwendig ist, hat sie ausserdem Anspruch auf unentgeltlichen Rechtsbeistand (Abs. 3). Art. 30 Abs. 3 BV wiederum sieht vor, dass Gerichtsverhandlung und Urteilsverkündung öffentlich sind, wobei das Gesetz Ausnahmen vorsehen kann.

3. Vorliegend stellen sich zwei Fragen: Einerseits gilt zu prüfen, ob die vom Beschwerdeführer angerufenen Bestimmungen (Art. 6 Ziff. 1 EMRK sowie Art. 29 und Art. 30 Abs. 3 BV) im Verfahren vor der Vorinstanz überhaupt anwendbar sind. Andererseits ist fraglich und von der Vorinstanz in Abrede gestellt worden, ob sich der Beschwerdeführer auf die genannten Bestimmungen berufen kann.

4.1 Sowohl Art. 6 Ziff. 1 EMRK als auch Art. 30 Abs. 3 BV beziehen sich vom Wortlaut her ausdrücklich nur auf Gerichte. Art. 6 Ziff. 1 EMRK spricht von einem unabhängigen und unparteiischen, auf Gesetz beruhenden Gericht. Art. 30 BV bezieht sich gemäss dem Titel des Artikels auf gerichtliche Verfahren, und Abs. 3 derselben Bestimmung sieht vor, dass Gerichtsverhandlung und Urteilsverkündung öffentlich sind.

Art. 29 BV garantiert zwar in Absatz 1 in Verfahren vor Gerichts- und Verwaltungsinstanzen das Recht auf gleiche und gerechte Behandlung sowie auf Beurteilung innert angemessener Frist und in den Absätzen 2 und 3 den Anspruch auf rechtliches Gehör, unentgeltliche Rechtspflege und unentgeltlichen Rechtsbeistand. Jedoch lässt sich aus Art. 29 BV kein Anspruch auf öffentliche Urteilsverkündung oder auf Einsicht in den Entscheid der Vorinstanz ableiten, weswegen darauf nicht weiter einzugehen ist, insbesondere da der Beschwerdeführer die Verletzung von Art. 29 BV (wie auch diejenige von Art. 30 Abs. 3 BV) nicht substantiiert gerügt hat.

4.2 Nachfolgend gilt daher zunächst zu prüfen, ob die Vorinstanz als Gericht i.S.v. Art. 6 Ziff. 1 EMRK bzw. Art. 30 Abs. 3 BV anzusehen ist, da nur diesfalls die in diesen Bestimmungen garantierten Verfahrensrechte zur Anwendung gelangen.

4.2.1 Als Gericht i.S.v. Art. 6 Ziff. 1 EMRK bzw. Art. 30 BV gilt eine Behörde, die nach Gesetz und Recht in einem justizförmigen, fairen Verfahren begründete und bindende Entscheidungen über Streitfragen trifft. Sie braucht nicht in die ordentliche Gerichtsstruktur eines Staates eingegliedert zu sein, muss jedoch organisatorisch und personell, nach der Art ihrer Ernennung, der Amtsdauer, dem Schutz vor äusseren Beein-



flussungen und nach ihrem äusseren Erscheinungsbild sowohl gegenüber anderen Behörden als auch gegenüber den Parteien unabhängig und unparteiisch sein. Nebst den Merkmalen der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit gehört zu seinem Wesen, dass ein Gericht die rechtserheblichen Tatsachen selber erhebt, die Rechtssätze auf diesen in einem rechtsstaatlichen Verfahren ermittelten Sachverhalt anwendet und für die Parteien bindende Entscheidungen in der Sache fällt. Es muss über umfassende Kognition in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht verfügen (BGE 139 III 98 Erw. 4.2 m.w.H.).

4.2.2 Das kantonale Anwaltsgesetz (KANwG; SRSZ 280.110) vom 29. Mai 2002 vollzieht gemäss § 1 Abs. 2 das Bundesgesetz über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte (Anwaltsgesetz, BGFA; SR 935.61) vom 23. Juni 2000. Gemäss § 3 Abs. 1 KANwG besteht die Anwaltskommission des Kantons Schwyz aus fünf Mitgliedern sowie zwei Ersatzmitgliedern. Die Mitglieder der Anwaltskommission müssen entweder ein Rechtsanwaltspatent besitzen, das zur Eintragung in ein kantonales Anwaltsregister berechtigt, oder ein juristisches Studium mit einem Lizentiat einer schweizerischen Hochschule oder einem gleichwertigen Hochschuldiplom eines Staates, der mit der Schweiz die gegenseitige Anerkennung vereinbart hat, abgeschlossen haben (Abs. 2). Ein Mitglied muss einem kantonalen Gericht angehören. Zwei Mitglieder und ein Ersatzmitglied müssen im Anwaltsregister des Kantons Schwyz eingetragen sein und als Anwältin oder Anwalt im Kanton Schwyz praktizieren (Abs. 3). Das Kantonsgericht wählt die Mitglieder der Anwaltskommission auf eine Amtsdauer von vier Jahren und bezeichnet den Präsidenten oder die Präsidentin (§ 4 Abs. 1 und 2 KANwG).

Die Anwaltskommission des Kantons Schwyz erfüllt alle Aufgaben gemäss dem BGFA und gemäss dem KANwG (§ 6 Abs. 1 KANwG). Ihr obliegen unter anderem generelle und umfassende Aufsichtsbefugnisse, da sie die kantonale Aufsichtsbehörde über die Anwältinnen und Anwälte i.S.v. Art. 14 BGFA ist (§ 6 Abs. 1 lit. e i.V.m. § 14 KANwG). Sie sanktioniert unmittelbar Verstösse gegen die dem Rechtsanwalt durch das BGFA auferlegten Pflichten (Art. 17 Abs. 1 BGFA i.V.m. § 6 Abs. 1 und §§ 15 ff. KANwG). Dabei wird die Anwaltskommission nicht nur auf Anzeige hin, sondern auch von Amtes wegen tätig (§ 16 Abs. 1 KANwG).

4.2.3 Die Anwaltskommission des Kantons Schwyz wahrt damit in einem umfassenden Sinn das öffentliche Interesse an der ordnungsgemässen Ausübung des Anwaltsberufs. Wenn sie einen Anwalt disziplinarisch bestraft, verfolgt sie selber dieses Ziel. Sie steht dem Rechtsanwalt, der

## B 18.1

die Rechtmässigkeit dieser Aufgabenwahrnehmung bestreitet, deshalb als Gegenpartei und nicht als "rechter Mittler" gegenüber. Somit ist die Anwaltskommission gegenüber den Anwälten, gegen die sie ein Disziplinarverfahren durchführt, nicht unparteiisch (vgl. dazu obige Erw. 4.2.1 m.H.). Eine solchermassen konstruierte Behörde erfüllt die Anforderungen an ein unabhängiges Gericht nicht. Diese Konstellation ist allerdings unbedenklich, soweit gegen die Entscheide der Anwaltskommission ein Rechtsmittel an eine gerichtliche Instanz offensteht, die ihrerseits den Anforderungen von Art. 6 EMRK genügt (vgl. zum Ganzen Bundesgerichtsurteil 2C\_952/2014 vom 9.7.2015 Erw. 2.3; BGE 136 I 228 Erw. 3a). Dies ist vorliegend der Fall, da gemäss § 18 KAnwG gegen Entscheide der Anwaltskommission und ihrer Präsidentin oder ihres Präsidenten beim Verwaltungsgericht des Kantons Schwyz Beschwerde erhoben werden kann. Eine unabhängige Rekurskommission in Anwaltssachen mit richterlicher Unabhängigkeit, wie sie beispielsweise der Kanton Thurgau kennt (vgl. § 10 des Anwaltsgesetzes des Kantons Thurgau [SRTG 176.1] vom 19.12.2001), besteht im Kanton Schwyz nicht.

4.3 Nach dem Gesagten handelt es sich bei der Anwaltskommission des Kantons Schwyz nicht um ein Gericht im Sinne von Art. 6 Ziff. 1 EMRK bzw. von Art. 30 (Abs. 3) BV. Die in diesen Bestimmungen vorgesehenen Verfahrensgarantien sind daher nicht im Verfahren vor der Vorinstanz anwendbar und der Beschwerdeführer kann daraus nicht den Anspruch auf öffentliche Urteilsverkündung oder Einsichtnahme in den Entscheid der Vorinstanz betreffend das von ihm zur Anzeige gebrachte Disziplinarverfahren ableiten.

4.4.1 Aus dem Bundesgerichtsurteil 2C\_204/2020 (und 2C\_205/2020) vom 3. August 2020 kann der Beschwerdeführer nichts anderes zu seinen Gunsten ableiten. (...). Unbestritten war, dass es sich bei der Bernischen Anwaltsaufsichtsbehörde um eine Verwaltungsbehörde und nicht um ein Gericht handelt, weshalb dort die aus Art. 6 EMRK fließenden Garantien auch nicht eingehalten wurden bzw. einzuhalten waren (Erw. 2.3.3). (...).

4.4.2 Wenn § 8 Abs. 1 der Verordnung des Zürcher Obergerichts über die Aufsichtskommission über die Anwältinnen und Anwälte (SRZH 215.2) vom 15. Dezember 2004 die Aufsichtskommission bei gegebenem berechtigtem Interesse ermächtigt, die Öffentlichkeit über die Einleitung eines Verfahrens oder einen Entscheid der Aufsichtskommission zu informieren, lässt sich hieraus ableiten, dass auch die Aufsichtskom-

mission des Kantons Zürich keine richterliche Behörde darstellt und insbesondere kein (individueller) Anspruch auf entsprechende Informationen besteht.

4.4.3 Art. 30 Abs. 3 BV (und Art. 29 BV; vgl. vorstehend Erw. 4.1), auf welche Bestimmung sich der Beschwerdeführer auch beruft, geht nicht über die aus Art. 6 Ziff. 1 EMRK fliessenden Verfahrensrechte hinaus (vgl. Steinmann, St. Galler Kommentar zu Art. 30 BV, Rz. 50). Von der Urteilsverkündung gemäss Art. 30 Abs. 3 BV ist die förmliche Eröffnung (bloss) an die Verfahrensbeteiligten zu unterscheiden (Steinmann, a.a.O., Art. 30 Rz. 61; derselbe, a.a.O., Art. 29 Rz. 50).  
(VGE III 2021 44 vom 31. Mai 2021).

---

## C Regierungsrat

---

---

### 2. Baurecht

---

#### 2.1 Erlass einer Planungszone während hängigem Baugesuch

- *Wirkung einer während des erstinstanzlichen Baubewilligungsverfahrens beschlossenen Planungszone auf das Baubewilligungsverfahren (Erw. 3.2-3.4).*

*Aus den Erwägungen:*

3.2 Planungszone dienen der einstweiligen Sicherung der beabsichtigten Nutzungsplanung, im Besonderen der Bewahrung der Planungs- und Entscheidungsfreiheit der Behörden, die nicht durch Vorhaben, die den Planungsabsichten widersprechen, beeinträchtigt werden soll (vgl. Alexander Ruch, in: Heinz Aemisegger/Pierre Moor/Alexander Ruch/Pierre Tschannen [Hrsg.], Praxiskommentar RPG: Nutzungsplanung, Zürich/Basel/Genf 2016, N 26 zu Art. 27 RPG). Müssen Nutzungspläne angepasst werden oder liegen noch keine vor, so kann die zuständige Behörde für genau bezeichnete Gebiete Planungszone bestimmen. Innerhalb der Planungszone darf nichts unternommen werden, was die Nutzungsplanung erschweren könnte. Planungszone dürfen für längstens fünf Jahre bestimmt werden. Das kantonale Recht kann eine Verlängerung vorsehen (Art. 27 Abs. 1 und 2 RPG). Im kantonalen Recht wird diese Kompetenz zum Erlass von Planungszone unter anderem dem Gemeinderat zugewiesen (vgl. § 14 Abs. 1 PBG). Die Planungszone stellt folglich das klassische Instrument zur Sicherung künftiger Planung dar, welches es den Verwaltungsbehörden erlaubt, unter bestimmten Voraussetzungen von der Anwendung des geltenden Rechts abzusehen (vgl. Bernhard Waldmann/Peter Hänni, Stämpfli Handkommentar zum RPG, Bern 2006, N 2 zu Art. 27 RPG). Es handelt sich demnach um eine vorsorgliche (und damit zeitlich begrenzte), sichernde Massnahme, welche dem zukünftigen Nutzungsplan eine gewisse (negative) Vorwirkung verschafft (vgl. Waldmann/Hänni, a.a.O., N 7 zu Art. 27 RPG). Aus diesem Grund werden Planungszone sofort mit der öffentlichen Auflage für jedermann verbindlich (vgl. § 14 Abs. 3 PBG) und einer allfälligen Einsprache oder Beschwerde kommt

grundsätzlich keine aufschiebende Wirkung zu (vgl. Waldmann/Hänni, a.a.O., N 28 und 33 zu Art. 27 RPG). Eine andere Handhabung liefe dem Sicherungszweck der Planungszone zuwider (vgl. Ruch, a.a.O., N 49 zu Art. 27 RPG).

3.3 Ob und wie weit eine Planungszone die Behandlung bereits hängiger Baugesuche hemmen kann, hängt zunächst vom kantonalen Recht ab (Ruch, a.a.O., N 57 zu Art. 27 RPG). Dem kantonalen Recht bzw. dem § 14 PBG lassen sich keine Bestimmungen zur Anwendbarkeit der Planungszone auf hängige Baubewilligungsgesuche entnehmen. In diesem Fall wird in der Regel bei der Prüfung eines Bauvorhabens auf das Recht abgestellt, das im Zeitpunkt der Baubewilligung (d.h. des erstinstanzlichen Entscheids) gilt. Rechtsänderungen, die während des Bewilligungsverfahrens eintreten, sind zu berücksichtigen. Eine während eines erstinstanzlichen Baubewilligungsverfahrens beschlossene Planungszone, abweichende gesetzliche Regelung vorbehalten, ist eine solche Rechtsänderung. Die Baugesuche sind sodann abzuweisen, wenn sie nach den Regeln der Planungszone nicht bewilligt werden können (vgl. Ruch, a.a.O., N 58 zu Art. 27 RPG).

3.4 Die Vorinstanz 1 hat am 11. August 2020 die Errichtung einer Planungszone in den Gewerbebezonen der Gemeinde S. beschlossen und diese im Amtsblatt Nr. 34 vom 21. August 2020 (S. 2089 f.) publiziert. Die unter anderem von der Beschwerdeführerin dagegen erhobene Einsprache wies die Vorinstanz 1 mit Beschluss Nr. 316 vom 20. Oktober 2020 ab. Das Baugesuch der Beschwerdeführerin beurteilte die Vorinstanz 1 ebenfalls am 20. Oktober 2020 mit Beschluss Nr. 317. Damit steht fest, dass die Planungszone bereits mehr als zwei Monate vor dem erstinstanzlichen Entscheid (bzw. der Verweigerung der Baubewilligung) im Amtsblatt öffentlich bekannt gemacht wurde und damit während des erstinstanzlichen Bewilligungsverfahrens verbindlich wurde bzw. im Zeitpunkt des erstinstanzlichen Baubewilligungsentscheides bereits verbindlich war. Folglich hat die Vorinstanz 1 bei ihrer Beurteilung des Baugesuchs die Planungszone zu Recht berücksichtigt. Auch die von der Beschwerdeführerin gegen die Planungszone erhobene Einsprache vermag daran nichts zu ändern. Da das Baugesuch unbestrittenermassen gegen die Planungszone verstösst, ist nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz 1 das Baugesuch abgewiesen und die Baubewilligung verweigert hat.

(RRB Nr. 108 vom 9. Februar 2021).

## C 2.2

### 2.2 Gewässerraum und Bestandesgarantie innerhalb der Bauzonen

- *Solange die Gewässerräume noch nicht rechtskräftig ausgeschieden wurden, gelten weiterhin die Übergangsbestimmungen der GSchV (Erw. 2.2-2.4).*
- *Die Bestandesgarantie resp. das Wiederaufbaurecht innerhalb der Bauzonen richtet sich nach kantonalem Recht, auch wenn sich die Baute innerhalb des bundesrechtlichen Gewässerraumes befindet (Erw. 3.1-3.3).*
- *Im Rahmen der Prüfung, ob das Bauprojekt vom Recht der alten Baustelle gemäss § 72 PBG profitieren kann, ist sowohl die horizontale als auch die vertikale Ausdehnung zu beachten (Erw. 3.4-3.8).*

*Aus den Erwägungen:*

2.2 Die Kantone legen den Gewässerraum gemäss den Art. 41a GSchV und Art. 41b GSchV bis 31. Dezember 2018 fest (Abs. 1 Übergangsbestimmungen zur Änderung vom 4. Mai 2011 der GSchV [ÜbBst]). In der Gemeinde F. wurde für den A-see noch kein Gewässerraum nach den neuen Bestimmungen ausgeschieden. Das mit Beschluss Nr. 388 vom 8. April 2014 vom Regierungsrat genehmigte Gewässerrauminventar der Gemeinde F. ist lediglich für Fliessgewässer massgebend. In Bezug auf stehende Gewässer hätte der Gewässerraum ebenfalls bis 31. Dezember 2018 ausgeschieden werden müssen, sofern nicht eine Ausnahme gemäss Art. 41b Abs. 4 GSchV vorlag. Eine Reihe von Kantonen, u. a. auch der Kanton Schwyz, konnte diese Frist nicht einhalten. Das Bundesamt für Umwelt (nachfolgend: BAFU) ist sich jedoch bewusst, dass eine eigentümerverschuldete Festlegung des Gewässerraumes im gesamten Kantonsgebiet ein anspruchsvolles Vorhaben ist und deshalb mehr Zeit als bis Ende 2018 in Anspruch nimmt. Des Weiteren erläutert das BAFU in einer Aktennotiz vom 18. Dezember 2018 zuhanden der Bau-, Planungs- und Umweltdirektoren-Konferenz (nachfolgend BPUK), dass weiterhin die Vorschriften von Art. 41c Abs. 1 und 2 GSchV auf den in Absatz 2 der Übergangsbestimmung festgelegten Streifen entlang des Gewässers gelten würden, solange die Kantone den Gewässerraum nicht festgelegt hätten. Das BAFU geht davon aus, dass alle Kantone an der Festlegung der Gewässerräume zügig weiterarbeiten. Entsprechend empfiehlt jedoch das BAFU in der erwähnten Aktennotiz den Kantonen, Nutzungsplanrevisionen nur noch dann zu genehmigen, wenn damit auch der Gewässerraum festgelegt wird.

2.3 In der Gemeinde F. läuft zurzeit eine Teilrevision der Nutzungsplanung. Vom 27. November 2020 bis 12. Februar 2021 fand diesbezüglich das Mitwirkungsverfahren statt. Die Teilrevision sieht u. a. vor, dass im Bereich des Baugrundstücks sowohl gegenüber dem A-see als auch dem Stichkanal ein Gewässerraum von 15 m eingehalten werden muss. Diese Teilrevision ist jedoch noch nicht rechtskräftig, so dass zurzeit noch die strengen Übergangsbestimmungen des Bundes für stehende Gewässer wie den A-see gelten. Demzufolge muss gegenüber stehenden Gewässern mit einer Wasserfläche von mehr als 0.5 ha ein Gewässerraum von 20 m eingehalten werden (vgl. Abs. 2 Bst. c ÜbBst). Im vorliegenden Fall sehen somit sowohl die neue bundesrechtliche Gewässerschutzgesetzgebung als auch der kantonale Gewässerabstand gemäss § 66 Abs. 1 PBG einen Gewässerraum bzw. einen Gewässerabstand von 20 m vor. Damit geht das kantonale Instrument zur Sicherung des für die Gewässer notwendigen Raums zurzeit nicht weiter als die bundesrechtlichen Minimalanforderungen. Deswegen sind vorliegend primär die Gewässerschutzbestimmungen des Bundes massgebend.

2.4 Zwischen den Parteien ist unbestritten, dass Teile des geplanten Wohnhauses und der Aussenabstellplätze sowie die Meteorwasserleitung innerhalb des Gewässerraums liegen (vgl. Plan Nr. 2.01: Katasterplan vom 29. September 2020 sowie Plan Nr. 2.10: Grenz- und Gebäudeabstände vom 3. Juni 2020). Bauten und Anlagen sind im Gewässerraum nur zulässig, wenn sie Bestandesgarantie geniessen (Art. 41c Abs. 2 GSchV) oder eine Ausnahmegewilligung nach Art. 41c Abs. 1 GSchV erteilt werden kann.

2.5 (...).

3.1 Gemäss Art. 41c Abs. 2 GSchV besteht für rechtmässig erstellte und bestimmungsgemäss nutzbare Bauten und Anlagen ein Bestandesschutz, soweit keine überwiegenden Interessen entgegenstehen. In dieser Hinsicht richtet sich der Bestandesschutz primär nach kantonalem Recht, wobei die Kantone einen Spielraum geniessen. Die kantonale Regelung des Bestandesschutzes hat jedoch zum einen die Eigentumsгарantie (Art. 26 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 [BV, SR 101]) zu respektieren, darf zum andern aber auch nicht dazu führen, dass die bundesrechtlichen Bestimmungen zum Gewässerraum ausgehöhlt werden (vgl. Urteil BGer 1C\_473/2015 vom 22. März 2016, E. 4.2 mit Hinweisen; Bundesamt für Umwelt/Bundesamt für Raumentwicklung/Bundesamt für Landwirtschaft, Gewässerraum: Modulare Arbeitshilfe zur Festlegung und Nutzung des Gewässerraums in der Schweiz, Juni 2019, Modul 3.1 Ziff. 2.1).

## C 2.2

3.2 Im Kanton Schwyz befasst sich § 72 PBG mit der Änderung und dem Wiederaufbau bestehender vorschriftswidriger Bauten und Anlagen. Es ist deshalb sachgerecht, die Zulässigkeit des Bauvorhabens des Beschwerdegegners im Gewässerraum nach dieser Bestimmung zu beurteilen (vgl. VGE III 2013 142 vom 23. Januar 2014; E. 2.3; siehe auch RRB Nr. 800 vom 12. August 2014, E. 5.4.1 ff.; Entscheid des Baurekursgerichtes des Kantons Zürich, BRGE II Nr. 0186/2012 vom 20. November 2012, in BEZ 2013 Nr. 5, E. 5.2-5.3). Gemäss § 72 Abs. 1 PBG sind bestehende, rechtmässig erstellte Bauten und Anlagen, die den neuen Vorschriften widersprechen, in ihrem Bestand garantiert (vgl. dazu auch Art. 2 Abs. 4 des Baureglements der Gemeinde F. [BauR]). Wenn ein bestehendes Gebäude abgebrochen oder durch höhere Gewalt zerstört oder in seinem Umfang vermindert wird, so hat der Eigentümer fünf Jahre lang das Recht, es im früheren Umfang wieder aufzubauen. Die Sonderbestimmungen der Strassengesetzgebung bleiben vorbehalten (§ 72 Abs. 3 PBG). Das Wiederaufbaurecht gemäss § 72 Abs. 3 PBG gilt sinngemäss auch für Anlagen (vgl. Gisler, a. a. O., S. 43).

3.3 Beim Wiederaufbaurecht als Teil der Bestandesgarantie geht es um die Befugnis, an Stelle einer abgerissenen oder zerstörten Baute oder Anlage, selbst wenn sie dem geltenden Recht widerspricht, diese im Wesentlichen umfangs- und nutzungsähnlich sowie im unmittelbaren Bereich des bisherigen Standortes wieder zu errichten (vgl. Gisler, a. a. O., S. 38.). Im Kanton Schwyz ist selbst der Wiederaufbau einer freiwillig abgebrochenen Baute zulässig (siehe Gisler, a. a. O., S. 49). Die Beanspruchung des Wiederaufbaurechts verlangt kein sklavisches, exaktes Festhalten an den bisherigen Gebäudeformen. In diesem Sinne ist keine Identität zwischen Altbau und Ersatzbau erforderlich. Praxisgemäss hat der "frühere Umfang" als Richtschnur zu gelten. Grundsätzlich muss sich der Umfang einer Ersatzbaute insbesondere bezüglich Grundriss und Höhe daher an die Masse des Altbaus halten. Ein Unterschreiten des bisherigen Umfangs ist mit dem Wiederaufbaurecht vereinbar. Es rechtfertigt sich ferner, eine geringfügige Änderung des bisherigen Umfangs dann zuzulassen, wenn sie sich beispielsweise gebieterisch aufdrängt, z. B. zur Anpassung der Raumhöhen an heutige wohnhygienische Vorschriften, oder wenn sie durch "Gegenleistungen" kompensiert wird, die insgesamt zu einer Verbesserung des bestehenden Zustandes, d. h. zu einer teilweisen Anpassung an geltendes Recht führen. Im Rahmen des Wiederaufbaurechts darf die Ersatzbaute jedoch keine neuen oder zusätzlichen Widersprüche zum geltenden Baurecht schaffen, sondern muss den bestehenden Zustand vielmehr weiterführen oder sogar verbessern (vgl. zum Ganzen Gisler, a. a. O., S. 56 ff.).



3.4 Im Rahmen des Baubewilligungs- und Rechtsmittelverfahrens zum Vorgängerprojekt auf der Bauparzelle KTN XYZ zog der Regierungsrat in RRB Nr. 132 vom 10. Februar 2015 in Betracht, die gewässerschutzrechtliche Bestandesgarantie nur auf die horizontale Ausdehnung zu beschränken. Dieser Ansatz wurde jedoch vom Verwaltungsgericht klar abgelehnt (vgl. VGE III 2015 32 vom 16. Juli 2015, E. 3.4). Demnach ist als nächster Schritt zu überprüfen, ob der geplante Neubau vom Recht der alten Baustelle gemäss § 72 PBG profitieren kann, wobei sowohl die horizontale als auch die vertikale Ausdehnung zu beachten ist.

3.5 Vorab ist festzuhalten, dass es keine Anhaltspunkte dafür gibt und von den Parteien auch nicht geltend gemacht wird, dass die bestehende Baute auf KTN XYZ nicht rechtmässig erstellt worden war. Des Weiteren ist zwischen den Parteien auch unbestritten, dass die Fläche des geplanten Neubaus innerhalb des Gewässerraumes nicht nennenswert erweitert wird. Das geplante Bauprojekt beschränkt sich innerhalb des Gewässerraumes mehr oder weniger auf die bestehende Grundfläche und tangiert in diesem Punkt das Ziel der Freihaltung des Gewässerraumes nicht mehr als das heute bereits bestehende Gebäude. Aufgrund dessen sowie des Umstandes, dass die bestehende Gebäudekubatur im Gewässerraum nur um einen Drittel, d. h. um  $81 \text{ m}^3$ , erhöht wird (vgl. Plan Nr. 2.10: Grenz- und Gebäudeabstände vom 3. Juni 2020), gelangte die Vorinstanz 2 bzw. das zuständige Amt für Gewässer zum Ergebnis, dass es sich beim geplanten Projekt um eine massvolle Erweiterung handle, welche im Rahmen der Bestandesgarantie bewilligungsfähig sei. Den Vorinstanzen ist zuzustimmen, dass der geplante Neubau in Bezug auf den Grundriss sowie auch in gestalterischer Hinsicht nicht wesentlich vom Altbau abweicht. Der Altbau ist aufgrund der Gebäudeanordnung sowie der Gebäudetypologie beim Ersatzbau nach wie vor erkennbar. Der Altbau besteht aus einem Hauptbau sowie einem im Jahre 1959 in Richtung Westen erstellten Anbau (vgl. Plan Nr. 4: An- und Umbau, Wohngeschoss vom 30. Januar 1959, siehe auch Foto Nr. 2 des Augenscheinprotokolls vom 22. April 2021). Diese Anordnung wird mit dem Neubau, mit Ausnahme einer zusätzlichen Garage in Richtung Westen, grundsätzlich übernommen (vgl. Plan Nr. 2.02: Umgebungsplan vom 29. September 2020). Ausserdem sehen sowohl der Alt- als auch der Neubau ein Satteldach vor.

3.6 Der Beschwerdeführer ist jedoch der Auffassung, dass der geplante Neubau auf dem Baugrundstück KTN XYZ mit einem zusätzlichen Dachgeschoss nicht vom Recht der alten Baustelle profitieren könne. Weiter führt er dazu aus, dass der Neubau höhen-, volumen- und nutzflächenmässig eine massive Nutzungserhöhung darstelle. Die Beschwerdegegner-

## C 2.2

rin bringt dagegen vor, dass beim Neubauprojekt nicht von einem zusätzlichen vollwertigen Geschoss im Vergleich mit dem bestehenden Gebäude gesprochen werden könne, da der Altbau einerseits ein erhöhtes Sockelgeschoss und andererseits ebenfalls ein begehbares Dachgeschoss aufweise. Der Neubau sehe lediglich eine moderarte Erhöhung des Dachgeschosses im Sinne einer zeitgemässen Baute vor.

3.7 Anlässlich des Augenscheins vom 16. April 2021 konnte festgestellt werden, dass der Altbau über ein aufgeständertes Erdgeschoss verfügt. Dies bedeutet, dass unter dem Erdgeschoss kein Untergeschoss, sondern nur ein rund 0.5 m hoher, nicht zugänglicher Luftraum besteht (vgl. Augenscheinprotokoll vom 22. April 2021, S. 3 ganz unten sowie S. 4, Antwort 3 und Foto Nr. 1; siehe auch Plan Nr. 5: An- und Umbau, Ansichten vom 30. Januar 1959). Weiter weist der Altbau – wie von der Beschwerdegegnerin geltend gemacht – ein Dachgeschoss auf. Dieses ist über eine ausziehbare Leiter in der Küche zugänglich (vgl. Foto Nr. 4 des Augenscheinprotokolls vom 22. April 2021). Das Dachgeschoss erstreckt sich über den ganzen Hauptbau. Es ist in zwei Räume aufgeteilt, welche zusammen über eine Fläche von 26.5 m<sup>2</sup> verfügen. Die Raumhöhe des Dachgeschosses misst in der Mitte des Raumes 1.50 m und der Kniestock beträgt auf beiden Seiten einen Meter (vgl. Plan Nr. A.2: Bestandesbau Grundriss DG vom 19. April 2021; siehe auch Augenscheinprotokoll vom 22. April 2021, S. 4, Antwort 6 sowie Foto Nr. 5). Es trifft zwar zu, dass das bestehende Dachgeschoss aufgrund des Zuganges sowie der vor Ort festgestellte Höhen keine komfortable Wohnnutzung zulässt. Angesichts des Umstandes, dass bei Bauten ausserhalb der Bauzone Flächen mit einer lichten Höhe von mehr als einem Meter als Flächen beurteilt werden, welche dauerhaft für das Wohnen und Arbeiten genutzt werden können (vgl. dazu Bundesamt für Raumentwicklung, Bewilligungen nach Art. 24c RPG, Änderungen an zonenwidrig gewordenen Bauten und Anlagen vom 23. Februar 2007, S. 21), ist es jedoch sachgerecht, dass Dachgeschoss des Altbaus als Nutzfläche zu qualifizieren und dies auch so bei der Beurteilung der Bestandesgarantie zu berücksichtigen. Bei dieser Ausgangslage ist es für den Regierungsrat denkbar, dass ein Neubau auf KTN XYZ über ein Dachgeschoss verfügen darf. Ausserdem muss unter Berücksichtigung, dass die Bestandesgarantie zur Herbeiführung des heutigen wohnhygienischen Standards auch Erweiterungen zulässt, eine Erhöhung des Dachgeschosses beim Neubau möglich sein.

3.8 Nach dem Gesagten ist der Regierungsrat grundsätzlich der Auffassung, dass das geplante Dachgeschoss des Neubauprojekts noch vom Recht der alten Baustelle profitieren kann, zumal damit keine zusätzlichen Widersprüche zum geltenden Recht geschaffen werden, da Gebäude- und

Firsthöhe sowie auch die Vorschriften über die zulässige Anzahl Vollgeschosse eingehalten sind. Diese Frage muss jedoch vorliegend nicht abschliessend geklärt werden, da der Neubau insgesamt den Rahmen der Bestandesgarantie sprengt. Der Beschwerdeführer weist in seiner Stellungnahme vom 12. Mai 2021 zu Recht darauf hin, dass der geplante Neubau im Vergleich zur Altbaute ein zusätzliches neues Untergeschoss aufweist (vgl. Augenscheinprotokoll vom 22. April 2021, S. 3 unten sowie S. 4, Antwort 3). Da bei der Beurteilung der Bestandesgarantie auch eine unterirdische Vergrösserung berücksichtigt werden muss (vgl. dazu Gisler, a. a. O., S. 57 mit dem Hinweis auf VGE 561/91 vom 15. Oktober 1991), kann der Neubau nicht mehr vom Recht der alten Baustelle profitieren. Die Vorinstanz 2 bzw. das Amt für Gewässer haben somit das Neubauprojekt zu Unrecht gestützt auf die Bestandesgarantie (ohne Ausnahmegewilligung) bewilligt.

(RRB Nr. 414 vom 15. Juni 2021).

### **2.3 Denkmalschutz und Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes**

- *Bei der Erfüllung von kantonalen und kommunalen Aufgaben wird der Schutz von Ortsbildern durch kantonales und kommunales Recht gewährleistet (Erw. 5.1-5.2).*
- *Die Beurteilung der Denkmalpflege, wonach die umstrittene Fassadengestaltung störend wirkt, ist begründet und nachvollziehbar (Erw. 6.1-6.5).*
- *Die Anordnung der Wiederherstellungsmassnahmen ist rechters (Erw. 7-7.2).*

*Aus den Erwägungen:*

5.1 Der Ortsbildschutz wird auch durch eidgenössische Inventare sichergestellt (§ 9 Abs. 1 Bst. c DSG). A. als Kleinstadt/Flecken figuriert im Bundesinventar der schützenswerten Ortsbilder der Schweiz (ISOS; vgl. Anhang der Verordnung über das Bundesinventar der schützenswerten Ortsbilder der Schweiz vom 9. September 1981 [VISOS, SR 451.12]). Das Baugrundstück GB XXX liegt im Gebiet Nr. 4 "XZ" (kleinteilige Bebauung mit oft gewerblicher Nutzung, inkl. untere Hauptstrasse und Bahnhofplatz) bzw. Nr. 4.0.12. In diesem gilt das Erhaltungsziel B: "Erhalten der Struktur; Erhalten der Anordnung, Gesamtform und Gesamtmerkmale von Bauten und Freiräumen; Integrales Erhalten der für die Strukturmerkmale

## C 2.3

wesentlichen Einzelelemente." (vgl. Eidgenössisches Departement des Innern EDI, Inventar der schützenswerten Ortsbilder der Schweiz, ISOS, Bd. Kanton Schwyz, Bern 1990, S. 132 ff.). Durch die Aufnahme eines Objektes von nationaler Bedeutung in ein Inventar des Bundes wird dargetan, dass es in besonderem Mass die ungeschmälerzte Erhaltung, jedenfalls aber unter Einbezug von Wiederherstellungs- oder angemessenen Ersatzmassnahmen die grösstmögliche Schonung verdient (Art. 6 Abs. 1 des Natur- und Heimatschutzgesetzes vom 1. Juni 1966 [NHG, SR 451]).

5.2 Die Schutzbestimmung des Art. 6 NHG gilt allerdings nur bei der Erfüllung von Bundesaufgaben in unmittelbarer Weise. Bei der Erfüllung von kantonalen und kommunalen Aufgaben wird der Schutz von Ortsbildern durch kantonales und kommunales Recht gewährleistet (BGE 135 II 209 E. 2.1). Die gemäss ISOS schützenswerten Ortsbilder von nationaler Bedeutung (unter anderem das Ortsbild von E.) sind im Richtplan des Kantons Schwyz vom 24. April 2019 als "Ausgangslage" aufgeführt. Weiter hat der Bezirksrat A. das ISOS im Baureglement grundeigentümerverbindlich umgesetzt. Damit ist die Berücksichtigung des ISOS bei der Beurteilung von Baugesuchen kantonal durch den Richtplan und das DSG sowie kommunal durch das Baureglement und das Ortsbildinventar klar vorgegeben (vgl. dazu auch VGE III 2014 116 und III 2014 129 vom 25. November 2014, E. 6.4).

6.1 Gemäss dem ursprünglichen Baugesuch vom 30. Oktober 2017 (vgl. den Plan "Nord-Ost-Fassade" vom 7. November 2017) hätte die Fassade des Aufbaus unregelmässige, längliche, von oben nach unten verlaufende Vielecke aufgewiesen. Dieses (gemäss den Angaben der Denkmalpflege) "florale, ausgestanzte" Muster des Aufbaus wäre mit einem ca. 40 cm breiten Rahmen umgeben gewesen. Bei der neuen Fassade sind Stäbe aus Metall (ähnlich wie Mikadostäbe) unregelmässig übereinandergelegt und ragen teils über den Aufbau hinaus. Eine Umrandung des Aufbaus ist nicht vorhanden.

6.2 Die Denkmalpflege führt aus, dass es sich beim Haus "XY" um ein repräsentatives Gebäude am Bahnhof handle. Es stehe an einer sehr wichtigen städtebaulichen Situation. Einerseits begrenze es den Bahnhofplatz im Südosten, andererseits bilde es Auftakt in die engere Bebauungsstruktur der Hauptstrasse Richtung Kloster. Sein äusseres Erscheinungsbild sei für das Ortsbild von A. sehr wichtig. Das ursprünglich vorgesehene, florale Muster, umgeben von einem Rahmen mit klaren Abschlüssen, wäre als Gegensatz zur geradlinigen und klaren Formensprache des historischen

Gebäudes gerade noch toleriert worden. Das tatsächlich realisierte, gitterartige Muster mit einem oben offenen Abschluss wirke hingegen sehr dominant, abweisend und aggressiv und beeinträchtige das Schutzobjekt.

6.3 Das Haus "XY" grenzt im Nordosten und im Nordwesten an den Bahnhofplatz und steht damit an einer zentralen Lage im Quartier XXZ (vgl. den Kernzonenplan A. vom 9. Februar 2014). Der Aufbau auf dem dreigeschossigen, nordöstlichen Anbau ist vom Bahnhofplatz – insbesondere von der Nordostseite, aber auch von der Nordwestseite her – gut einsehbar. Bei der Nordwestfassade mit der Aufschrift "XY" handelt es sich um eine Strassenfassade. Die Nordostfassade grenzt zwar nicht an eine Strasse, begrenzt jedoch den Bahnhofplatz. Die Gliederung der Nordost- und der Nordwestfassade muss erhalten bleiben.

6.4 Das Haus "XY" weist einen ländlich bzw. dörflich geprägten Baustil mit klarer, geradliniger und feingliedrig gestalteter Fassadenstruktur auf. Auch die Fassaden der Bauten in der Umgebung des Hauses "XY" weisen ähnliche Gestaltungsmerkmale wie dieses auf. Diese klare, geradlinige und feingliedrig gestaltete Fassadenstruktur ist ein prägendes Merkmal des Hauses "XY" sowie der Umgebung und muss gemäss Art. 46 Abs. 1 BauR, dem Ortsbildinventar und dem Leitbild erhalten bleiben. Die umstrittene Fassadengestaltung des Aufbaus hingegen wirkt urban geprägt, asymmetrisch und dominant. Diese Wirkung wird noch dadurch verstärkt, dass sie über keinen klaren Abschluss verfügt, weil die Metallstäbe über den Aufbau hinausragen. Dieser offene Abschluss ist aus wohnhygienischer Sicht nicht erforderlich. Auch mit einer Umrandung können die Fensterflächen im Aufbau noch hinreichend gross gestaltet werden, damit die Anforderung an die Wohnhygiene gemäss Art. 24 BauR (Fensterfläche von mindestens einem Zehntel der Bodenfläche) erfüllt ist. Die Fassadengestaltung passt nicht zu den bestehenden klaren, geradlinigen und feingliedrig gestalteten Fassaden des Hauses "XY". Sie wirkt störend und beeinträchtigt dessen Erscheinungsbild. Zudem fügt sie sich nicht ins Quartierbild des "XXZ" ein bzw. stört dieses. Die umstrittene Fassadengestaltung wirkt aus der Nähe und aus der Ferne störend. Weshalb nur die Ansicht aus Distanz massgebend sein sollte, ist weder ersichtlich noch begründet die Beschwerdeführerin dies näher. Die Beurteilung der Denkmalpflege, wonach die umstrittene Fassadengestaltung des Aufbaus das Haus "XY" wie auch das Quartierbild des "XXZ" beeinträchtigt, ist begründet und nachvollziehbar. Für den Regierungsrat besteht kein Anlass, diese Beurteilung anzuzweifeln und davon abzuweichen.

6.5 Daraus, dass sich die Denkmalpflege mit der ursprünglich vorgesehenen Fassadengestaltung des Anbaus (vgl. den Plan "Nord-Ost-Fassade"

## C 2.3

vom 7. November 2017) möglicherweise einverstanden erklären würde, kann die Beschwerdeführerin für das vorliegende Verfahren nichts zu ihren Gunsten ableiten. Zum einen liegt auch für diese Fassadengestaltung keine Baubewilligung vor. Zum andern tritt die ursprüngliche, feingliedrigere Fassadengestaltung weniger dominant in Erscheinung als die tatsächlich realisierte und fügt sich besser ins Erscheinungsbild des Hauses "XY" und des "XXZ" ein. Dass sich die Denkmalpflege mit dieser Fassadengestaltung möglicherweise einverstanden erklären würde, die Zustimmung für die vorliegend umstrittene Gestaltung hingegen verweigert hat, ist damit nachvollziehbar. Ob die auf dem Plan "Nord-Ost-Fassade" vom 7. November 2017 eingezeichnete Fassade bewilligungsfähig wäre, kann letztlich offen gelassen werden. Massgebend ist hier, dass die tatsächlich realisierte Fassadenverkleidung am Haus "XY" störend wirkt. Damit haben die Vorinstanzen die nachträgliche Bewilligung für die Fassadengestaltung des Aufbaus zu Recht verweigert.

7. Die Vorinstanzen haben als Wiederherstellungsmassnahme die Entfernung der Fassadenverkleidung angeordnet.

7.1 Formell rechtswidrige Bauten, die auch nachträglich nicht legalisiert werden können, müssen grundsätzlich beseitigt werden (BGE 136 II 359 E. 6). Davon geht auch § 87 Abs. 2 PBG aus, wonach die Bewilligungsbehörde auf Kosten des Bauherrn die Abänderung oder Entfernung von widerrechtlichen Bauten und Anlagen verfügt, sofern die Abweichung gegenüber den Bauvorschriften nicht bedeutungslos ist. Welche Massnahmen zur Beseitigung rechtswidriger Zustände ergriffen werden, hat die zuständige Behörde unter Beachtung des Verhältnismässigkeitsprinzips zu entscheiden. Die angeordnete Massnahme muss geeignet und notwendig sein, um die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes zu erreichen. Eine Verwaltungsmassnahme ist überdies nur dann gerechtfertigt, wenn sie ein vernünftiges Verhältnis zwischen dem angestrebten Ziel und dem Eingriff, den sie für den Betroffenen bewirkt, wahrt. Auf die Wiederinstandstellung darf die Behörde nur in Ausnahmefällen und bei wirklich geringfügigen Verstössen gegen die Bauvorschriften verzichten, weil ein gewichtiges öffentliches Interesse an der Einhaltung und Durchsetzung der Bauvorschriften besteht (Michael Hagenbuch, Kontrolle, Vollstreckung und Vollzug von Verfügungen im Baurecht, in: EGV-SZ 1998, S. 199 f.; Urs R. Beeler, Die widerrechtliche Baute, Zürich 1984, S. 76 ff.).

7.2 Die umstrittene Fassadenverkleidung stört das Haus "XY" als KSI-Objekt erheblich. Das öffentliche Interesse an deren Entfernung ist hoch, zumal sich das Haus "XY" an zentraler Lage am Bahnhofplatz, in der Kernzone mit besonderen Auflagen sowie in einen ISOS-Gebiet befindet, für

welches das Erhaltungsziel B gilt. Die Beeinträchtigung des Hauses "XY" und der Umgebung kann nur verhindert werden, indem die Fassadenverkleidung entfernt und eine neue angebracht wird, welche zur bestehenden Fassadenstruktur und zum "XXZ" passt. Mildere Mittel als deren Entfernung sind nicht gegeben. Dass der Rückbau der aktuell bestehenden und das Anbringen einer neuen Fassade für die Beschwerdeführerin mit Kosten verbunden sein wird, ist nicht von der Hand zu weisen. Die Beschwerdeführerin hat die Fassadenverkleidung allerdings ohne die Einwilligung der Denkmalpflege angebracht und damit bewusst baurechtswidrig gehandelt. Sie musste damit rechnen, dass sie die Fassadenverkleidung auf eigene Kosten wieder entfernen muss. Die privaten Interessen am Erhalt der Fassadenverkleidung sind nicht stark zu gewichten, während die öffentlichen Interessen an der Entfernung hoch sind und dementsprechend überwiegen. Eine Ausnahmesituation, weshalb von einem Rückbau abgesehen werden könnte, ist nicht gegeben. Die Vorinstanzen haben damit zu Recht die Entfernung der Fassadenverkleidung angeordnet und die Beschwerdeführerin verpflichtet, die neue Fassadengestaltung mit der Denkmalpflege abzusprechen bzw. dafür vorgängig eine Bewilligung einzuholen.

(RRB Nr. 372 vom 1. Juni 2021).

## 2.4 Badesteg

- *Badesteg mit Einstiegsleiter im Gewässerraum bzw. innerhalb des Gewässerabstandes (Erw. 4.6-6.1). Interessenabwägung bei "der Gewässernutzung dienenden Kleinanlagen" (Erw. 5-6.1).*
- *Prüfung einer Ausnahmebewilligung (Erw. 6.2-6.6).*

*Aus den Erwägungen:*

2.1 Die Bauparzelle KTN XYZ grenzt im Südosten an den A-Kanal und im Nordwesten an den B-Weg. Darauf steht heute das Einfamilienhaus B-Weg 5, welches am 18. Dezember 2019 bewilligt worden ist. Vor dem Bau dieses Einfamilienhauses befanden sich auf der Bauparzelle ebenfalls ein Einfamilienhaus mit einem Vorplatz, sechs befestigte Sitzplätze sowie zwei aus Wegplatten bestehende Fusswege. Die befestigte Fläche innerhalb des Gewässerabstandes bzw. Gewässerraums betrug damals insgesamt 109 m<sup>2</sup>.

2.2 Am 18. Dezember 2019 haben die Vorinstanzen zusammen mit dem Einfamilienhaus bereits einen Sitzplatz und ein Schwimmbad bewilligt. Diese Anlagen liegen im Umfang von 65 m<sup>2</sup> im Gewässerraum und im

## C 2.4

Gewässerabstand. Das Einfamilienhaus selber liegt vollständig ausserhalb des Gewässerraums. Drei der sechs Sitzplätze sind bereits zurückgebaut. Gegenstand der vorliegend umstrittenen Umgebungsgestaltung sind der Rückbau von drei befestigten Sitzplätzen und der Gehwegplatten (32 m<sup>2</sup>) sowie (anstelle dieser abgebrochenen Anlagen) eine Sitzplatzerweiterung (ca. 23 m<sup>2</sup>), zwei Flachwasserzonen und ein Badesteg (3 m<sup>2</sup>) mit einer SeeEinstiegsleiter. Mit diesem Bauvorhaben werden sich befestigte Flächen von insgesamt 91 m<sup>2</sup> im Gewässerabstand bzw. Gewässerraum befinden.

(...)

4.6 Mit dem Badesteg und der Einstiegsleiter werden im Vergleich zur heutigen Situation andere bzw. neue Nutzungen geschaffen. Auf den Sitzplätzen kann man sich bei schönem Wetter längere Zeit aufhalten. Mit den Gehwegplatten wurden Wege im Uferbereich angelegt. Der Badesteg hingegen ermöglicht ein Ein- und Aussteigen auf ein Schiff oder Boot über den Bug (vgl. die Vernehmlassung der Schiffskontrolle vom 24. Februar 2021). Zudem stellt er einen direkten, bequemen Zugang zum See für Schwimmende und Badende dar. Mit diesen neuen Nutzungen werden weder die bestehenden Nutzungen weitergeführt noch kommt man damit der geltenden Nutzungsordnung näher. Beim Badesteg handelt es sich vielmehr um eine unzulässige Attraktivitätssteigerung, mit welchem ein erhöhtes Komfortbedürfnis nach einer Ein- und Ausstiegsmöglichkeit auf ein Schiff oder Boot erfüllt wird. Der Badesteg befindet sich direkt am Seeufer. Die Einstiegsleiter ragt in den C-See hinein. Diese neuen Anlagen beeinträchtigen das Seeufer stärker als die Sitzplätze und die Gehwegplatten, welche immerhin eine gewisse Distanz zum Seeufer aufweisen. Die bestehenden Rechtswidrigkeiten werden verschärft.

4.7 Diese Verschärfungen können auch nicht durch die beiden "Flachwasserzonen" sowie durch die Reduktion der befestigten Fläche im Gewässerraum um 18 m<sup>2</sup> kompensiert werden. Die Flachwasserzonen und die verkleinerten befestigten Flächen sind zwar aus gewässerschutz- und insbesondere aus fischereirechtlicher Sicht zu begrüssen. Beim Badesteg handelt es sich aber nicht mehr um eine geringfügige Erweiterung einer bestehenden Anlage, sondern um eine neue Anlage, welche eine neue Nutzung im Vergleich zur früheren Situation ermöglicht. Insgesamt liegt keine Verbesserung gegenüber der heutigen Situation vor, da der Badesteg eine neue Nutzung erlaubt und sich näher am Ufer befindet als die Sitzplätze und damit stärker ins Gewässer eingreift als die Sitzplätze. Damit sind die Voraussetzungen für eine Kompensation nicht gegeben.



4.8 Im Übrigen ist nicht ersichtlich, weswegen beim Wiederaufbau der Sitzplätze eine Standortverschiebung "objektiv geboten" sein sollte. Ein neuer, wiederaufgebauter Sitzplatz erfüllt seinen Zweck auch dann, wenn er am selben oder an einem ähnlichen Standort wie die drei bestehenden Sitzplätze (oder weiter vom Ufer entfernt) liegt. Somit ist der Badesteg nicht mehr von der Bestandesgarantie gedeckt. Die Vorinstanz 2 hätte ihn nicht gestützt auf den "gewässerschutzrechtlichen Bestandesschutz" bewilligen dürfen.

5. Die Beschwerdegegnerin stellt sich auf den Standpunkt, dass es sich beim Badesteg um eine "der Gewässernutzung dienende Kleinanlage" handelt. Der Beschwerdeführer hält dem entgegen, dass es sich beim Badesteg um einen Bootssteg handle. Bootsstege seien im A-kanal nicht zulässig.

5.1 Im Gewässerraum dürfen 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 der Gewässernutzung dienende Kleinanlagen bewilligen (Art. 41c Abs. 1 Bst. d GSchV). U. a. mit dieser Bestimmung wurde das Postulat Nr. 12.3142 "Differenzierte Ausscheidung und Nutzung von Gewässerräumen" von Nationalrat Karl Vogler vom 14. März 2012 erfüllt. Unter Art. 41c Abs. 1 Bst. d GSchV fallen kleinere Anlagen wie Stege, Schlipfe, Bootsbahnen, Plattenwege oder Treppen, welche den Zugang zum Gewässer ermöglichen und der Erholungsfunktion der Gewässer dienen. Solchen Kleinanlagen dürfen keine überwiegenden Interessen (z. B. wesentliche ökologische Beeinträchtigungen oder geplante Revitalisierungen) entgegenstehen. Insbesondere müssen sie mit der Raumplanungsgesetzgebung bzw. mit den restriktiven Bestimmungen zum Bauen ausserhalb der Bauzonen zulässig sein. Diesbezüglich ist darauf hinzuweisen, dass die Standortgebundenheit solcher Anlagen keinesfalls für jeden privaten Anstösser gegeben ist (Erläuternder Bericht des Eidgenössischen Departements für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation [UVEK] sowie des BAFU zur Änderung der Gewässerschutzverordnung vom 23. März 2016, Verordnungspaket Umwelt Frühling 2017, S. 5; Bericht des Bundesrates vom 30. Mai 2018 in Erfüllung des Postulates Nr. 12.3142 "Differenzierte Ausscheidung und Nutzung von Gewässerräumen", S. 7; Modulare Arbeitshilfe des BAFU, des Bundesamtes für Raumentwicklung und des Bundesamtes für Landwirtschaft zur Festlegung und Nutzung des Gewässerraums vom Juni 2019, Modul 3.2, S. 5).

## C 2.4

5.2 Der Badesteg ermöglicht einen bequemen Seezugang und dient der Erholungsfunktion des C-Sees. Er befindet sich (mit Ausnahme der Badeleiter) vollständig auf KTN XYZ und damit innerhalb der Bauzone (vgl. den Plan "Umgebungsgestaltung" vom 14. Oktober 2020). Eine Revitalisierung des C-Sees im Gebiet E. bzw. beim A-Kanal ist nicht geplant. Die Badeplattform mit einer Breite von 1.5 m gegen den A-Kanal eignet sich nicht für die dauerhafte Stationierung von Booten. Es handelt sich dabei nicht um einen Bootssteg. Solche privaten Bootsstege sind nämlich im A-Kanal (RRB Nr. 609 vom 26. März 1973; RRB Nr. 348 vom 24. Februar 1975) bzw. im ganzen Kanton Schwyz (RRB Nr. 1825 vom 24. Oktober 1995) nicht zulässig. Der Badesteg widerspricht aber dem raumplanerischen Grundsatz, wonach See- und Flussufer freizuhalten sind (vgl. Art. 3 Abs. 2 Bst. c des Bundesgesetzes über die Raumplanung vom 22. Juni 1979 [RPG, SR 700]). Auch § 28 Abs. 1 des Einführungsgesetzes vom 19. April 2000 zum Gewässerschutzgesetz (EGGSchG, SRSZ 712.110) hält fest, dass Oberflächengewässer, deren Verlauf sowie deren Ufer möglichst natürlich beibehalten werden müssen. Dem Badesteg steht das gewichtige öffentliche Interesse an der Freihaltung der Seeufer entgegen. Ob dieses gegenüber dem privaten Interesse der Beschwerdegegnerin an der Erstellung einer Kleinanlage i.S.v. Art. 41c Abs. 1 Bst. d GSchV überwiegt, kann letztlich offen bleiben (vgl. die nachfolgenden Ausführungen).

6.1 Die Badeplattform liegt aber nicht nur im bundesrechtlichen Gewässerraum, sondern unterschreitet auch den kantonalen Gewässerabstand gemäss § 66 Abs. 1 PBG. Ausnahmen von kantonalen Abstandsvorschriften, zu deren Erteilung die Bewilligungsbehörde der Gemeinde zuständig ist, bedürfen der vorgängigen Zustimmung der Vorinstanz 2 (§ 76 Abs. 3 PBG und Art. 57 Abs. 2 BauR i.V.m. § 46 Abs. 3 der Vollzugsverordnung zum Planungs- und Baugesetz vom 2. Dezember 1997 [PBV, SRSZ 400.111]). Die Vorinstanz 2 hat vorliegend einer Ausnahmegewilligung zur Unterschreitung des Gewässerabstandes zugestimmt. Die Vorinstanz 1 hat die Ausnahmegewilligung erteilt. Zur Begründung führen die Vorinstanzen an, dass mit der geplanten Ufergestaltung insgesamt eine bessere Lösung erzielt werde im Vergleich zur bestehenden Situation.

6.2 Die zuständige Bewilligungsbehörde kann gemäss § 73 Abs. 1 PBG für Bauten und Anlagen innerhalb der Bauzonen Ausnahmen von den in diesem Gesetz oder in den Bauvorschriften der Gemeinden festgelegten Bestimmungen bewilligen, wenn und soweit besondere Verhältnisse es rechtfertigen, insbesondere wenn sonst eine unzumutbare Härte einträte (Bst. a), dank der Abweichung wegen der örtlichen Gegebenheiten eine bessere Lösung erzielt werden kann (Bst. b), Art, Zweckbestimmung oder Dauer des Gebäudes eine Abweichung nahelegen (Bst. c) oder dadurch

ein Objekt des Natur- und Heimatschutzes besser geschützt werden kann (Bst. d). Eine Ausnahmegewilligung muss mit den öffentlichen Interessen vereinbar sein und darf keine wesentlichen Interessen von Nachbarn verletzen (§ 73 Abs. 2 PBG; vgl. auch Art. 57 BauR).

6.3 Das Institut der Ausnahmegewilligung bezweckt, Härten, Unbilligkeiten und Unzulänglichkeiten zu vermeiden, die sich aus der strikten Rechtsanwendung ergeben. Der Baudispens verlangt eine Ausnahmesituation. Die Rechtfertigung der Ausnahmegewilligung liegt im Einzelfall begründet. Unter Ausnahmesituationen sind hauptsächlich solche zu verstehen, in denen Bauvorschriften angewendet werden müssen, obschon die tatsächlichen Voraussetzungen wesentlich von denjenigen abweichen, die der Gesetzgeber im Auge hatte. Ausnahmesituationen führen bei strikter Anwendung der gesetzlichen Vorschriften zu harten und unbilligen Lösungen. Sie erlauben deshalb – unter Vorbehalt der Wahrung privater und öffentlicher Interessen – abweichende Lösungen, die sich mit dem Gesetzestext vereinbaren lassen oder materiell wesentlich besser erscheinen (vgl. RRB Nr. 828 vom 17. August 2010, E. 4.2.2).

6.4 Ob besondere Verhältnisse vorliegen, welche eine Ausnahmegewilligung rechtfertigen, gilt dabei als Rechtsfrage. Erst wenn diese Frage bejaht werden kann bzw. die Voraussetzungen für eine Ausnahmegewilligung gegeben sind, muss geprüft werden, durch welche Abweichungen von der gesetzlichen Regelung der Ausnahmesituation Rechnung zu tragen ist. Rein wirtschaftliche Überlegungen vermögen indessen eine Ausnahmesituation nicht zu begründen. Sie ist auch nicht dazu da, dem Bauherrn eine Ideallösung zu verschaffen und maximales Ausnutzungsbestreben zu unterstützen. Im Übrigen ist auf die Praxis zu verweisen, wonach es, wenn eine Baute über das Bestandesprivileg des Wiederaufbaurechts nach § 72 PBG hinausgeht, besonders wichtiger Gründe bedarf, um überhaupt Abweichungen von den Bauvorschriften zu dulden. In solchen Fällen ist bei der Bewilligung weiterer Ausnahmen äusserste Zurückhaltung geboten (EGV-SZ 2009 Nr. C 2.2, E. 5.3; VGE III 2014 96 vom 31. März 2015, E. 4.3; VGE III 2010 159 und 160 vom 18. November 2010, E. 3.1.5).

6.5 Die Bauparzelle KTN XYZ mit dem früheren sowie dem neuen, bestehenden Einfamilienhaus war bzw. ist auch ohne Badesteg zu Wohnzwecken nutzbar. Ein Badesteg ist zum Baden nicht zwingend nötig. Man kann dazu auch über die Vorlagesteine am Ufer in den A-Kanal gelangen. Gemäss der Vernehmlassung des Verkehrsamtes an die Vorinstanz 2 vom 24. Februar 2021 kann über den Badesteg auf ein Boot über den Bug ein- und ausgestiegen werden. Die Liegenschaft B-Weg 5 wird über den B-Weg erschlossen. Den Bewohnern ist es zumutbar, ihr Boot in einem der nahe

## C 2.4

gelegenen Häfen in E. zu stationieren und anschliessend von dort zu Fuss oder mit einem Fahrzeug zu ihrer Liegenschaft zu gelangen. Auch eine Ein- und Aussteigemöglichkeit ab einem Boot ist für die Nutzung der Wohnliegenschaft nicht notwendig. Der Badesteg dient allein einem persönlichen Komfortbedürfnis der Bewohner des Einfamilienhauses. Das Institut der Ausnahmegewilligung dient jedoch nicht dazu, dem Bauherrn eine solche Ideallösung zu ermöglichen. Es kommt hinzu, dass der Badesteg nicht von der Bestandesgarantie gedeckt ist und dass daher Ausnahmegründe nur mit äusserster Zurückhaltung zu bejahen sind. Besonders wichtige Gründe, welche ein Abweichen vom Seeuferabstand rechtfertigen, sind hier keine gegeben. Der Verzicht auf den Badesteg führt damit (erst Recht) nicht zu einer harten und unbilligen Lösung für die Beschwerdegegnerin.

6.6 Die beiden Flachwasserzonen und die Uferbepflanzungen sowie die Reduktion der befestigten Flächen um ca. 18 m<sup>2</sup> sind zwar aus gewässerökologischer Sicht zu begrüßen. Der Badesteg befindet sich aber direkt am Seeufer. Die Badeleiter ragt in den C-See hinein. Der Abstand der Sitzplätze zum Seeufer beträgt dagegen immerhin ca. zwischen 5-10 m. Die Gehwegplatten liegen ca. zwischen 5 m und 1 m vom C-see entfernt. Der Badesteg ermöglicht im Vergleich zur heutigen Situation eine neue Nutzung, welche grössere Auswirkungen auf das Seeufer und den C-See hat als die Sitzplätze und die Gehwegplatten. Die neue Ufergestaltung führt damit zu keiner besseren Lösung als die heutigen Sitzplätze und die Gehwegplatten. Weitere mögliche Ausnahmegründe sind keine ersichtlich und werden von den Vorinstanzen und der Beschwerdegegnerin auch nicht geltend gemacht. In Bezug auf den Badesteg liegt kein Ausnahmegrund vor, welcher eine Ausnahmegewilligung rechtfertigen würde.

(RRB Nr. 633 vom 14. September 2021).

## 2.5 Bestandesschutz im Gewässerraum innerhalb und ausserhalb der Bauzone – Voraussetzungen des Wiederaufbaurechts

- *Art. 41c Abs. 2 GSchV kommt bei zonenwidrigen Bauten ausserhalb der Bauzone eine eigenständige Bedeutung zu. Für diese Kategorie von Bauten kommt der erweiterte Besitzstandsschutz nach Art. 24c RPG nicht zum Tragen. Innerhalb der Bauzone richtet sich der Bestandesschutz dagegen nach wie vor primär nach kantonalem Recht, wobei die Kantone einen Spielraum geniessen. Die kantonale Regelung des Bestandesschutzes hat aber zum einen die Eigentumsgarantie (Art. 26 BV) zu respektieren, darf zum andern aber auch nicht dazu führen, dass die bundesrechtlichen Bestimmungen zum Gewässerraum ausgehöhlt werden (Erw. 5.1).*
- *Voraussetzungen des Wiederaufbaurechts (Erw. 5.3.1-5.6).*

*Aus den Erwägungen:*

5.1 Gemäss Art. 41c Abs. 2 GSchV besteht für rechtmässig erstellte und bestimmungsgemäss nutzbare Bauten und Anlagen ein Bestandesschutz, soweit keine überwiegenden Interessen entgegenstehen. Im von den Beschwerdeführern erwähnten Urteil BGE 146 II 304 hat sich das Bundesgericht insoweit mit der Frage des Bestandesschutzes für Bauten im Gewässerraum befasst, als es um nicht zonenkonforme Bauten ausserhalb der Bauzonen geht. Es ist zum Schluss gekommen, dass Art. 41c Abs. 2 GSchV bei zonenwidrigen Bauten ausserhalb der Bauzone eine eigenständige Bedeutung zukomme und für diese Kategorie von Bauten der erweiterte Besitzstandsschutz nach Art. 24c des Bundesgesetzes über die Raumplanung vom 22. Juni 1979 (RPG, SR 700) nicht zum Tragen komme. Vorliegend geht es jedoch um eine Parzelle innerhalb der Bauzone. In dieser Hinsicht richtet sich der Bestandesschutz nach wie vor primär nach kantonalem Recht, wobei die Kantone einen Spielraum geniessen. Die kantonale Regelung des Bestandesschutzes hat zum einen die Eigentumsgarantie (Art. 26 BV) zu respektieren, darf zum andern aber auch nicht dazu führen, dass die bundesrechtlichen Bestimmungen zum Gewässerraum ausgehöhlt werden (vgl. Urteil BGer 1C\_473/2015 vom 22. März 2016, E. 4.2 mit Hinweisen; Bundesamt für Umwelt/Bundesamt für Raumentwicklung/Bundesamt für Landwirtschaft/Konferenz der kantonalen Landwirtschaftsdirektoren/Bau-, Planungs- und Umweltdirektoren-Konferenz, Gewässerraum: Modulare Arbeitshilfe zur Festlegung und Nutzung des Gewässerraums in der Schweiz, Juni 2019, Modul 3.1 Ziff. 2.1).

## C 2.5

5.2 Im Kanton Schwyz befasst sich § 72 PBG mit der Änderung und dem Wiederaufbau bestehender vorschriftswidriger Bauten und Anlagen. Es ist deshalb grundsätzlich sachgerecht, die Zulässigkeit des Bauvorhabens der Beschwerdegegnerin im Gewässerraum nach dieser Bestimmung zu beurteilen (vgl. VGE III 2018 136 vom 12. Februar 2019, E. 6.1.4 f.). Gemäss § 72 Abs. 1 PBG sind bestehende, rechtmässig erstellte Bauten und Anlagen, die den neuen Vorschriften widersprechen, in ihrem Bestand garantiert (vgl. dazu auch Art. 2 Abs. 4 BauR). Wenn ein bestehendes Gebäude abgebrochen oder durch höhere Gewalt zerstört oder in seinem Umfang vermindert wird, so hat der Eigentümer fünf Jahre lang das Recht, es im früheren Umfang wiederaufzubauen. Die Sonderbestimmungen der Strassengesetzgebung bleiben vorbehalten (§ 72 Abs. 3 PBG). Das Wiederaufbaurecht gemäss § 72 Abs. 3 PBG gilt sinngemäss auch für Anlagen (vgl. Gisler, a.a.O., S. 43).

5.3.1 Beim Wiederaufbaurecht als Teil der Bestandesgarantie geht es um die Befugnis, an Stelle einer abgerissenen oder zerstörten Baute oder Anlage, selbst wenn sie dem geltenden Recht widerspricht, diese im Wesentlichen umfanga- und nutzungsähnlich sowie im unmittelbaren Bereich des bisherigen Standortes wieder zu errichten (vgl. Gisler, a.a.O., S. 38.). Im Kanton Schwyz ist selbst der Wiederaufbau einer freiwillig abgebrochenen Baute zulässig (vgl. Gisler, a.a.O., S. 49). Die Beanspruchung des Wiederaufbaurechts verlangt kein sklavisches, exaktes Festhalten an den bisherigen Gebäudeformen. In diesem Sinne ist keine Identität zwischen Altbau und Ersatzbau erforderlich. Praxisgemäss hat der "frühere Umfang" als Richtschnur zu gelten. Grundsätzlich muss sich der Umfang einer Ersatzbaute insbesondere bezüglich Grundriss und Höhe daher an die Masse des Altbaus halten. Ein Unterschreiten des bisherigen Umfangs ist mit dem Wiederaufbaurecht vereinbar. Es rechtfertigt sich ferner, eine geringfügige Änderung des bisherigen Umfangs dann zuzulassen, wenn sie sich beispielsweise gebieterisch aufdrängt, z. B. zur Anpassung der Raumhöhen an heutige wohngygienische Vorschriften, oder wenn sie durch "Gegenleistungen" kompensiert wird, die insgesamt zu einer Verbesserung des bestehenden Zustandes, d. h. zu einer teilweisen Anpassung an geltendes Recht führen. Eine zusätzliche oder verstärkte Rechtsverletzung schützt die Bestandesgarantie hingegen nicht. Im Rahmen des Wiederaufbaurechts darf die Ersatzbaute demnach keine neuen oder zusätzlichen Widersprüche zum geltenden Baurecht schaffen, sondern muss den bestehenden Zustand vielmehr weiterführen oder sogar verbessern (vgl. zum Ganzen Gisler, a.a.O., S. 56 ff.).

5.3.2 Schliesslich muss das Ersatzobjekt in unmittelbarer Nähe des bisherigen Standortes erstellt werden. Dabei hat sich die Bauherrschaft

grundsätzlich an den alten Standort zu halten. In Anlehnung an die Regelung des Wiederaufbaurechts ausserhalb der Bauzonen sind jedoch geringfügige Standortverschiebungen zuzulassen, sofern sie objektiv als geboten erscheinen (vgl. zum Ganzen Gisler, a.a.O., S. 56 ff.). Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass die Bestandesgarantie nur auf bestehende, rechtmässig erstellte Bauten und Anlagen Anwendung findet. Hingegen kann sich derjenige, der einzelne Bauteile widerrechtlich erstellt hat, auf deren Rückführung jedoch in einem nachträglichen Baubewilligungsverfahren aus Gründen der Verhältnismässigkeit verzichtet wurde, bezüglich dieser Teile nicht auf die Besitzstandsgarantie berufen. Der Verzicht auf die Rückführung führt nämlich nicht die Rechtmässigkeit der Bauteile herbei, was aber Voraussetzung für eine Berufung auf die Besitzstandsgarantie ist (vgl. Gisler, a.a.O., S. 29). Nach der Praxis trägt derjenige, welcher sich auf die Besitzstandsgarantie für eine durch Rechtsänderung vorschriftswidrig gewordene Nutzung beruft, die Beweislast dafür, dass diese Nutzung bereits vor der Rechtsänderung bestanden hat. Kann dieser Beweis nicht ausreichend erbracht werden, ist zum Nachteil des Eigentümers davon auszugehen, die fragliche Nutzung sei erst nach der Rechtsänderung aufgenommen worden und genieße demnach keine Besitzstandsgarantie (vgl. Konrad Willi, Die Besitzstandsgarantie für vorschriftswidrige Bauten und Anlagen innerhalb der Bauzonen, Diss. Zürich 2003, S. 23 f.).

5.4.1 Der nördliche Teil des Grundstücks KTN XYZ, auf welchem das Projekt "A.B." realisiert werden soll, ist heute mit fünf Badehäusern (Assek-Nr. C., D., E., F. und G.) überbaut. Diese sollen abgebrochen werden und es ist vorgesehen, am Standort des Gebäudes Assek-Nr. E. ein neues Einfamilienhaus mit Aussenpool zu erstellen. Die Beschwerdeführer bringen vor, dass die bestehenden Badehäuser nicht rechtmässig erstellt worden seien. Allein aus diesem Grund könne sich die Beschwerdegegnerin nicht auf das Wiederaufbaurecht berufen. Als erster Schritt ist deshalb zu prüfen, ob es sich bei den bestehenden Gebäuden um rechtmässig erstellte Bauten handelt.

5.4.2 Aus den von der Vorinstanz 1 eingereichten Auszügen aus dem eidgenössischen Gebäude- und Wohnungsregister (GWR) geht hervor, dass die Häuser Assek-Nr. C., D. und E. bereits im Jahr 1930 erstellt worden sind. Sodann führte die damals zuständige kommunale Baubewilligungsbehörde im Zusammenhang mit dem Gebäude Assek-Nr. E. im Jahr 1957 ein Baubewilligungsverfahren für einen Anbau an das bestehende Wochenendhaus durch. Gemäss Angaben der Vorinstanz 1 wurde in der Gemeinde H. erstmals am 25. August 1941 ein kommunales Baureglement in Kraft gesetzt. Vorher galt ausschliesslich das kantonale Baugesetz vom 1. Dezember 1899, welches noch keine Baubewilligungspflicht vorsah.

## C 2.5

Dies bedeutet, dass die drei Wochenendhäuser auch ohne Durchführung eines formellen Baubewilligungsverfahrens zum damaligen Zeitpunkt rechtmässig erstellt worden sind. Das genaue Baujahr des Gebäudes Assek-Nr. F. ist offenbar nicht bekannt. Im Auszug aus dem GWR wird als Bauperiode 1919 bis 1945 angegeben, sodass davon ausgegangen werden kann, dass dieses Badehaus wohl ebenfalls vor dem Jahr 1941 rechtmässig realisiert worden ist. Für das Gebäude Assek-Nr. G. wurde im Jahr 1959 eine Baubewilligung erteilt, was aus den edierten Bauakten hervorgeht. Gemäss dem geltenden Zonenplan der Gemeinde H. vom 29. März 1994 liegt das Baugrundstück KTN XYZ in der Landhauszone zwei Geschosse im Ufersaum von 50 m ab Zürichsee (L2\*), welche für Ferienhäuser, Einfamilienhäuser, Zweifamilienhäuser und Doppel­einfamilienhäuser bestimmt ist (Art. 38 Abs. 1 BauR). Die Badehäuser umfassen zwischen ein und drei Zimmer, eine Küche und sanitäre Anlagen. Gestützt auf diese Ausführungen wurden die Bauten ursprünglich rechtmässig erstellt und sind nach wie vor bestimmungsgemäss (als Ferien- oder Wohnhaus) nutzbar. Gestützt auf diese Ausführungen kann sich die Beschwerdegegnerin in Bezug auf die Gebäude Assek-Nr. C., D., E., F. und G. (im ursprünglichen bzw. bewilligten Ausmass) grundsätzlich auf die Bestandesgarantie gemäss § 72 Abs. 1 PBG berufen.

5.4.3 Weitere Baubewilligungen für (allfällige spätere) Erweiterungen, Nebenbauten, Anlagen usw. liegen dem Regierungsrat hingegen nicht vor. Es ist anhand der Aktenlage nicht ersichtlich, ob nach der eigentlichen Erstellung der fünf Badehäuser auf dem nördlichen Teil des Grundstücks KTN XYZ weitere Bauarbeiten (insbesondere auch in Bezug auf die Umgebungsgestaltung) vorgenommen worden sind. Die Vorinstanzen haben in dieser Hinsicht keine zusätzlichen Sachverhaltsabklärungen vorgenommen. Die Sache ist deshalb zur Vornahme dieser Sachverhaltsabklärungen an die Vorinstanzen zurückzuweisen. Diese haben unter Mitwirkung der Beschwerdegegnerin den Zeitpunkt der Erstellung aller Anlagen, Nebenbauten sowie allfälligen Erweiterungen der Badehäuser festzustellen. Sodann haben sie zu prüfen, ob die Realisierung dieser Bauteile mit den damals für die Parzelle KTN XYZ geltenden Bauvorschriften vereinbar war. Muss dies verneint werden oder lässt sich der jeweilige Erstellungszeitpunkt nicht ermitteln, kann das geplante Bauprojekt insoweit nicht vom Recht der alten Baustelle profitieren.

5.5.1 Das Amt für Gewässer bzw. die Vorinstanz 2 stellen sich im Gesamtentscheid vom 24. September 2020 sowie in der Vernehmlassung vom 22. Dezember 2020 auf den Standpunkt, dass durch den Abbruch der fünf bestehenden Badehäuser (Assek-Nr. C., D., E., F. und G.) sowie weiterer Nebenbauten und Anlagen die überbauten Flächen innerhalb des



Gewässerraums insgesamt massiv verkleinert würden. Nach Realisierung des Bauprojekts konzentrierte sich der versiegelte Bereich auf einen Standort und sei nicht mehr über das ganze Teilgrundstück verstreut. Zudem werde der Abstand der Bauten und Anlagen zum Zürichsee im Vergleich zur heutigen Situation generell vergrössert. Sodann sei damit zu rechnen, dass allfällige Immissionen reduziert werden könnten, wenn das Teilgrundstück nur noch mit einem Einfamilienhaus (und nicht mehr mit fünf gleichzeitig nutzbaren Gebäuden) überbaut sei.

5.5.2 Der Plan-Nr. 2018-09\_103 "Grundriss Erdgeschoss" vom 13. September 2019 weist explizit aus, welche bestehenden Bauten und Anlagen in welchem Umfang innerhalb des Gewässerraums abgebrochen und neu erstellt werden sollen. Aus diesem Plan sowie der "Flächenbilanz innerhalb Seeabstand" vom 12. September 2019 geht hervor, dass die insgesamt bestehende versiegelte Fläche im Gewässerraum von 487.71 m<sup>2</sup> (Hauptbauten inklusive Vordächer: 293.26 m<sup>2</sup>; Nebenbauten: 23.98 m<sup>2</sup>; Anlagen 170.47 m<sup>2</sup>) auf 315.94 m<sup>2</sup> (Hauptbauten: 251.88 m<sup>2</sup>; Nebenbauten: 19.99 m<sup>2</sup>; Anlagen: 44.07 m<sup>2</sup>) reduziert werden soll. Ob die von der Beschwerdegegnerin vorgenommenen Berechnungen korrekt sind, kann im vorliegenden Verfahren offenbleiben. Im Zusammenhang mit einem anderen Baubewilligungs- bzw. Rechtsmittelverfahren in der Gemeinde H. zog der Regierungsrat zwar in Betracht, die gewässerschutzrechtliche Bestandesgarantie auf die horizontale Ausdehnung zu beschränken (vgl. RRB Nr. 132 vom 10. Februar 2015). Dieser Ansatz wurde jedoch vom Verwaltungsgericht klar abgelehnt (vgl. VGE III 2015 32 vom 16. Juli 2015, E. 3.4). Bei der Beurteilung der Frage, ob der geplante Neubau vom Recht der alten Baustelle gemäss § 72 PBG profitieren kann, sind sowohl die horizontale als auch die vertikale Ausdehnung der bestandesgeschützten Bauten und Anlagen zu beachten.

5.5.3 Die fünf bestehenden Badehäuser sind über die ganze Halbinsel verteilt und weisen einen Abstand zum Seeufer von ungefähr 3.5 m (Assek-Nr. G.; Grundfläche: 52.17 m<sup>2</sup>), 5.5 m (Assek-Nr. C.; Grundfläche: 37.62 m<sup>2</sup>), neun Meter (Assek-Nr. D.; Grundfläche: 49.94 m<sup>2</sup>), fünf Meter (Assek-Nr. F.; Grundfläche: 22.07 m<sup>2</sup>) und 12.5 m (Assek-Nr. E.; Grundfläche: 53.94 m<sup>2</sup>) auf. Das neu geplante Einfamilienhaus (mit einer Grundfläche von 251.88 m<sup>2</sup>) soll am zentral auf der Halbinsel gelegenen Standort des heutigen Badehauses Assek-Nr. E. erstellt werden, wobei der Abstand zum Zürichsee gegen Osten und gegen Westen je zehn Meter beträgt. Vorliegend ist offensichtlich, dass das vollständig innerhalb des Gewässerraums liegende Bauvorhaben in gestalterischer Hinsicht ganz wesentlich von den bestehenden kleineren Altbauten abweicht. Die bisherige

## C 2.5

Überbauung ist aufgrund der neuen Gebäudeanordnung sowie der Gebäudetypologie beim Ersatzbau nicht mehr erkennbar. Die Argumentation der Beschwerdegegnerin und der Vorinstanzen, dass das Bauprojekt eine erhebliche Verbesserung der heutigen Situation zur Folge habe, ist zwar nicht von der Hand zu weisen. Insbesondere sollen nebst den fünf Badehäusern auch diverse Anlagen (Stege, Ufermauer usw.) entfernt und die Hochbauten auf einen Standort konzentriert werden. Sodann ist vorgesehen, dass die bebauten Flächen insgesamt verkleinert und der Abstand zum Seeufer vergrössert werden. Allerdings haben es die Vorinstanzen unterlassen, von der Beschwerdegegnerin Angaben zur Gebäudekubatur der fünf bestehenden Badehäuser zu verlangen. In dieser Hinsicht fällt auf, dass die Altbauten (soweit bekannt) über ein Voll- sowie ein Dachgeschoss mit Giebeldach (mit geringer Kniestockhöhe) verfügen. Zudem ist unklar, ob die Badehäuser ein Untergeschoss aufweisen. Das neu geplante Einfamilienhaus umfasst ein Unter-, ein Erd- und ein Obergeschoss mit einem Flachdach. Bei der Beurteilung der Bestandesgarantie muss auch eine unterirdische Vergrösserung berücksichtigt werden (vgl. dazu Gisler, a.a.O., S. 57 mit dem Hinweis auf VGE 561/91 vom 15. Oktober 1991; RRB Nr. 414 vom 15. Juni 2021, E. 3.8). Unter diesen Umständen scheint fraglich, ob der Neubau im geplanten Ausmass tatsächlich noch vom Recht der alten Baustelle profitieren kann. Sodann ist noch offen, ob das Bauvorhaben eine (unzulässige) Nutzungsintensivierung zur Folge hat. Dies hängt massgeblich davon ab, ob die bestehenden Badehäuser bis anhin lediglich als Wochenend- und Ferienhäuser genutzt worden sind oder ob diese (zumindest teilweise) einer permanenten Wohnnutzung dienen bzw. gedient haben.

5.6 Gestützt auf diese Ausführungen müssen die Vorinstanzen (unter Mitwirkung der Beschwerdegegnerin) als erstes abklären, ob bzw. wann und in welchem Ausmass die ursprünglich rechtmässig erstellten Badehäuser allenfalls erweitert worden sind. In diesem Zusammenhang ist auch zu prüfen, ob die Erstellung von Nebenbauten und Anlagen (formell und materiell) rechtmässig erfolgt ist (vgl. E. 5.4.3). Des Weiteren muss mit einem Vergleich der Gebäudekubatur abgeklärt werden, ob das Bauvorhaben der horizontalen und vertikalen Ausdehnung der bestehenden Überbauung ungefähr entspricht. Sodann stellt sich noch die Frage, ob das geplante Bauprojekt gegenüber dem heutigen Zustand eine Nutzungsintensivierung zur Folge hat (E. 5.5.3). Indem die Vorinstanzen die angesprochenen Punkte bisher nicht ausreichend geprüft haben, haben sie den rechtserheblichen Sachverhalt nur ungenügend abgeklärt (vgl. § 18 VRP). Es ist nicht die Aufgabe des Regierungsrates als Rechtsmittelbehörde, die versäumten Abklärungen im Rechtsmittelverfahren nachzuholen.

(RRB Nr. 597 vom 31. August 2021).

## 2.6 Mobilfunkanlage

- Die Baubewilligung für eine Mobilfunkanlage stellt auch innerhalb der Bauzone eine Bundesaufgabe dar (Erw. 6.1).
- Bewilligungsfähigkeit einer Mobilfunkanlage im ISOS-Gebiet (Erw. 6.2-6.6).

### *Aus den Erwägungen*

6.1 Die Erteilung einer Baubewilligung für eine Mobilfunkanlage stellt, auch innerhalb der Bauzone, eine Bundesaufgabe im Sinne von Art. 2 NHG dar, weshalb das NHG und seine Ausführungserlasse direkt anwendbar sind. Die zuständigen Behörden sind zur Schonung der in Art. 3 Abs. 1 NHG genannten Schutzobjekte verpflichtet. Nach Art. 6 Abs. 1 NHG wird durch die Aufnahme eines Objektes in ein Inventar dargetan, dass es in besonderem Masse die ungeschmälernte Erhaltung oder jedenfalls grösstmögliche Schonung verdient. Die Aufnahme eines Objektes in ein Inventar bedeutet nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nicht, dass sich am bestehenden Zustand überhaupt nichts mehr ändern darf. Der Zustand eines Objektes soll aber gesamthaft betrachtet unter dem Gesichtspunkt des Natur- und Heimatschutzes nicht verschlechtert werden. Allfällige geringfügige Nachteile einer Veränderung müssen durch anderweitige Vorteile mindestens ausgeglichen werden. Zur Beurteilung der Problematik der ungeschmälernten Erhaltung ist von der jeweiligen Umschreibung des Schutzgehaltes auszugehen, d.h. die möglichen Beeinträchtigungen sind an den verschiedenen Schutzziele zu messen, die in den gesondert veröffentlichten Beschreibungen zu den Gebieten des Inventars umschrieben sind (BGer 1C\_173/2016 vom 23. Mai 2017, E. 3 mit Hinweisen; BGer 1A.6/2007 vom 6. September 2007, E. 3.2).

6.2 Die eidgenössische Kommission für Denkmalpflege (EKD) hielt in ihrem Grundsatzdokument zu Mobilfunkanlagen und Baudenkmäler vom 22. Juni 2018 fest, dass Eingriffe in die historische Substanz von Baudenkmälern nicht zulässig sind. Bei Ortsbildern von nationaler Bedeutung ist die grösstmögliche Schonung eingehalten, wenn das Projekt nicht ausserhalb des ISOS-Objektes realisiert werden kann und innerhalb des ISOS-Objektes keine anderen Standorte oder technische Alternativprojekte mit geringerer Beeinträchtigung realisierbar sowie sämtliche verhältnismässigen Projektoptimierungen zu Gunsten des ISOS-Objektes ausgeschöpft sind. Wird der Betrieb einer Mobilfunkanlage eingestellt, so ist die Installation vollständig zu entfernen.

## C 2.6

6.3 Nach dem DSG ist es untersagt, Schutzobjekte des KSI zu verunstalten, in ihrer Wirkung zu beeinträchtigen, der Allgemeinheit zu entziehen oder ohne Bewilligung des Regierungsrates zu beseitigen (§ 6 Abs. 1 DSG; § 8 Abs. 1 der Verordnung über die Denkmalpflege und Archäologie vom 10. Dezember 2019 [Denkmalschutzverordnung, DSV, SRSZ 720.111]). Im Bereich von Ortsbildern, die im Bundesinventar ISOS mit nationaler Bedeutung eingestuft sind (ISOS-A-Gebiete) sind Neubauten, wesentliche Umbauten und räumliche Veränderungen im Baubewilligungsverfahren von der Kantonalen Denkmalpflege zu beurteilen (§ 9 Abs. 2 DSG; § 9 Abs. 1 DSV). Schliesslich enthält das Baureglement der Gemeinde S. vom 26. September 2010 (BauR) in Art. 12<sup>bis</sup> mehrere Sonderbauvorschriften für Mobilfunkanlagen. Insbesondere sind bestehende Standorte vorzuziehen und bestehende Mobilfunkanlagen, die nicht mehr genutzt werden, sind zu entfernen (vgl. Art. 12<sup>bis</sup> Abs. 1 in fine und Abs. 5 BauR).

6.4 Das Amt für Kultur (Abteilung Denkmalpflege) hielt in seinem Fachbericht vom 14. Oktober 2020 sowie im Mitbericht vom 8. Januar 2021 fest, dass die Mobilfunkantenne grundsätzlich keine Bereicherung für das Schutzobjekt und die Umgebung rund um das Haus XY sei. Es bestände jedoch bereits eine Mobilfunkanlage auf dem Dach der alten Post. Um das Schutzobjekt wie auch das ISOS-Ortsbild nicht noch mehr zu beeinträchtigen, dürfe die Antenne nicht grösser als die bestehende sein und die Anlage müsse sich farblich an die Umgebung anpassen. Aufgrund des rechtlichen Gehörs sei das Projekt von der Bauherrin überarbeitet und die Antenne redimensioniert worden, namentlich indem die unschönen Remote Radio Head (RRH) Körper statt am Antennenmasten neu im Technikraum im Dachgeschoss platziert würden. Vorbehältlich der Berücksichtigung der genannten Auflagen bedeute die (geplante) Ertüchtigung der Mobilfunkanlage keine wesentliche (neue) Beeinträchtigung des Schutzobjektes und des ISOS-Ortsbildes und könne toleriert werden.

6.5 Die Beschwerdeführerin macht konkret geltend, die Vorinstanz 1 habe sich mit der Baubewilligung vom 12. November 2020 über die Auflagen der Denkmalpflege bzw. den Gesamtentscheid der Vorinstanz 2 vom 20. Oktober 2020 hinweggesetzt, indem sie Antennenkörper mit grösseren Abmessungen als bisher (0.1 m höher, 0.07 m breiter und 0.03 m tiefer) bewilligt habe, obschon die bewilligten Baupläne vom 6. Mai 2020 (weiterhin) RRH Körper am Antennenmasten enthalten. In der Beschwerdeantwort vom 20. Januar 2021 bestätigte die Beschwerdegegnerin unter Beilage des E-Mail-Verkehrs mit der Denkmalpflege die gemeinsame Übereinkunft, dass die Redimensionierung durch Entfernung der RRH Körper vom Antennenmasten vorgesehen sei, damit die Antenne gesamthaft keine

grösseren Dimensionen aufweise. Im Übrigen hat die Vorinstanz 1 in der Verfügung vom 12. November 2020 in Dispositiv-Ziff. 4 den Gesamtentscheid der Vorinstanz 2 vom 20. Oktober 2020 zum integralen Bestandteil der Baubewilligung erklärt. Der besagte Gesamtentscheid enthält in Dispositiv-Ziff. 1 bzw. im Kap. II Ziff. 2 die Auflage des Denkmalschutzes, dass die neue Antenne im Sinne der Begründung nicht grösser als die bestehende Antenne sein darf und dass sich die Farbgebung zurückhaltend in die Dachlandschaft einfügen muss. Adressatin des Gesamtentscheides ist die Baugesuchstellerin (und nicht die Vorinstanz 1), weshalb sich die Baugesuchstellerin an die darin formulierten Auflagen zu halten hat, unabhängig davon, ob die in Absprache mit der Denkmalpflege erfolgte Verkleinerung des Bauprojektes in den (bewilligten) Bauplänen vom 6. Mai 2020 nachgeführt wurde. Zutreffend hat die Vorinstanz 1 in ihrer Vernehmlassung vom 30. Dezember 2020 darauf hingewiesen, dass die Beschwerdegegnerin als Mobilfunkbetreiberin keinen Einfluss auf die exakten Abmessungen der Antennengehäuse hat und dass die geringfügig grösseren Abmessungen der neuen Gehäuse in über 23 m Höhe für den allgemeinen Betrachter nicht als grössere Gesamtdimensionen in Erscheinung treten.

6.6 Die Beschwerdeführerin rügt weiter, die Vorinstanz 1 habe sich nicht mit den Auswirkungen des geplanten Umbaus auf das im ISOS enthaltende Ortsbild auseinandergesetzt. Diesem pauschalen Vorwurf kann nicht gefolgt werden. Übereinstimmend mit dem Fachbericht der Denkmalpflege vom 14. Oktober 2020 (vgl. vorstehend E. 6.4) führt die Vorinstanz 1 in der angefochtenen Verfügung namentlich aus, dass sich die Auswirkungen des geplanten Umbauvorhabens auf das Ortsbild und das denkmalgeschützte Objekt im Vergleich zum Bestehenden in etwa die Waage halten und das Ortsbild sowie das Schutzobjekt mit dem geplanten Umbauvorhaben keine zusätzliche Beeinträchtigung erfahre (vgl. E. 5 in fine, S. 6). Anzuführen bleibt, dass mit dem Umbau kein (zusätzlicher) Eingriff in die historische Bausubstanz erfolgt und dass sich die Mobilfunkantenne auf der vom historischen Dorfkern abgewandten Dachseite befindet. Die Mobilfunkanlage ist daher von den gemäss ISOS zu schützenden Ortsteilen (wie X. und Y-strasse) nicht wahrnehmbar, sondern lediglich von der südlich gelegenen Umgebungszone I Q., für welche (lediglich) das Erhaltungsziel a (Erhalten der Beschaffenheit) zu beachten ist. Das vorliegende Bauprojekt ermöglicht die Erschliessung der im ISOS liegenden Kernzone durch eine neue Mobilfunkanlage an einem bestehenden Standort, welcher von den ISOS-Kernzonen nicht einsehbar ist. Damit sind die Vorgaben zur grösstmöglichen Schonung augenscheinlich eingehalten. (RRB Nr. 641 vom 14. September 2021).

## C 2.7

### 2.7 Gewässerschutzrechtliche Ausnahmegewilligung

- Die Erteilung einer gewässerschutzrechtlichen Ausnahmegewilligung stellt eine Bundesaufgabe dar (Erw. 3.3-3.4).
- Pflicht zur Begutachtung durch die ENHK / EKD (Erw. 9.1-9.5).
- Für die Erteilung einer Bewilligung zur Verminderung der Durchflusskapazität des Grundwassers ist zwingend eine Interessenabwägung erforderlich (Erw. 10.4-10.4.2).

*Aus den Erwägungen:*

3.3 Gemäss Art. 78 Abs. 1 BV sind für den Natur- und Heimatschutz grundsätzlich die Kantone zuständig. Bundeskompetenzen bestehen lediglich im Bereich des Biotop- und Artenschutzes (Abs. 4) und zum Schutz von Mooren und Moorlandschaften von nationaler Bedeutung (Abs. 5). Gemäss Art. 78 Abs. 2 BV nimmt der Bund jedoch bei der Erfüllung seiner Aufgaben Rücksicht auf die Anliegen des Natur- und Heimatschutzes und schont Landschaften, Ortsbilder, geschichtliche Stätten sowie Natur- und Kunstdenkmäler. Er erhält sie ungeschmälert, wenn das öffentliche Interesse es gebietet.

3.3.1 Was unter der Erfüllung einer Bundesaufgabe im Sinne von Art. 78 Abs. 2 BV zu verstehen ist, führt Art. 2 Abs. 1 NHG in nicht abschliessender Weise aus. Dazu gehört insbesondere die Planung, Errichtung und Veränderung von Werken und Anlagen durch den Bund, wie z. B. Bauten und Anlagen der Bundesverwaltung, Nationalstrassen oder Bauten und Anlagen der Schweizerischen Bundesbahnen (Bst. a), die Erteilung von Konzessionen und Bewilligungen, wie zum Bau und Betrieb von Verkehrsanlagen, Transportanstalten, Werken und Anlagen zur Beförderung von Energie, Flüssigkeiten oder Gasen oder zu Übermittlung von Nachrichten sowie Bewilligungen zur Vornahme von Rodungen (Bst. b), die Gewährung von Beiträgen an Planungen, Werke und Anlagen, wie Meliorationen, Sanierungen landwirtschaftlicher Bauten, Gewässerkorrekturen, Anlagen des Gewässerschutzes und Verkehrsanlagen (Bst. c). Entscheide kantonaler Behörden über Vorhaben, die voraussichtlich nur mit Beiträgen nach Abs. 1 Bst. c verwirklicht werden, sind der Erfüllung von Bundesaufgaben gleichgestellt (Art. 2 Abs. 2 NHG).

3.3.2 Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts kann eine Bundesaufgabe jedoch auch dann vorliegen, wenn eine kantonale Behörde verfügt hat, beispielsweise bei der Erteilung einer Ausnahmegewilligung gemäss Art. 24 RPG (grundlegend BGE 112 Ib 70 E. 4b S. 74 ff.). Nach

der bundesgerichtlichen Praxis ist zudem die Erstellung von Zivilschutzbauten und Mobilfunkanlagen (BGE 131 II 545 E. 2.2) eine Bundesaufgabe, und zwar selbst dann, wenn dies im ordentlichen Baubewilligungsverfahren innerhalb der Bauzone geschieht. Ausdrücklich in Art. 2 Abs. 1 Bst. b NHG erwähnt ist die Rodungsbewilligung. Erteilt eine kantonale Forstbehörde eine Rodungsbewilligung oder stellt sie diese verbindlich in Aussicht, so erfüllt sie eine Bundesaufgabe (BGE 121 II 190 E. 3.c/cc). Auch sind der Biotop- und Moorschutz den Kantonen übertragene Bundesaufgaben (BGE 133 II 220 E. 2.2; 118 Ib 11 E. 2e). Ebenfalls zu den Bundesaufgaben gehört der Schutz von wildlebenden Säugetieren und Vögeln (BGE 136 II 101 E. 1.1). Gleiches gilt für die Bewilligung von technischen Eingriffen in ein Gewässer nach Art. 8 ff. des Bundesgesetzes über die Fischerei vom 21. Juni 1991 (BGF, SR 923.0) bzw. für die Erteilung von fischereirechtlichen Bewilligungen (BGE 110 Ib 160 E. 2) sowie für den spezifischen Gewässerschutz, insbesondere die Sicherung angemessener Restwassermengen (vgl. zum Ganzen BGE 139 II 271 E. 9).

3.3.3 Voraussetzung für das Vorliegen einer Bundesaufgabe ist danach in erster Linie, dass die angefochtene Verfügung eine Rechtsmaterie betrifft, die in die Zuständigkeit des Bundes fällt, bundesrechtlich geregelt ist und einen Bezug zum Natur-, Landschafts- und Heimatschutz aufweist. Das ist einerseits der Fall, wenn die bundesrechtliche Regelung (zumindest auch) den Schutz von Natur, Landschaft oder Heimat bezweckt. Andererseits ist eine Bundesaufgabe zu bejahen, wenn der bundesrechtliche Auftrag die Gefahr der Beeinträchtigung schützenswerter Natur, Orts- und Landschaftsbilder in sich birgt (BGE 139 II 271 E. 9.3 f. mit Hinweisen).

3.4 Im zu beurteilenden Fall greift die Rechtsprechung, wonach die Erteilung von durch das Bundesrecht geregelten Spezialbewilligungen – insbesondere von gewässerschutzrechtlichen Ausnahmbewilligungen – eine Bundesaufgabe darstellt, da der Gewässerschutz auch den Schutz von Natur und Landschaft bezweckt (BGE 118 Ib 1 E. 1c; BGE 120 Ib 27 E. 2c/aa). Dass diese Bewilligung ein Vorhaben im Baugebiet betrifft, ist – entgegen den Ausführungen der Vorinstanzen – nicht entscheidend (BGE 139 II 271 E. 10.3; BGE 131 II 545 E. 2.2). Zwar stellt die Vergabe von Baubewilligungen im Baugebiet grundsätzlich eine kantonale Aufgabe dar. Die Bewilligungsbehörde handelt jedoch vorliegend zugleich in Erfüllung einer Bundesaufgabe, weil das Projekt einer gewässerschutzrechtlichen Bewilligung bedarf, da im Grundwasserschutzgebiet gebaut werden soll. Demgemäss hätten die Vorinstanzen auf die Beschwerde der Heimatschutzverbände eintreten müssen. Da die Einsprache der Beschwerdeführer 1 und 2 im vorinstanzlichen Verfahren jedoch auch materiell geprüft worden ist und festgestellt wurde, dass die Einsprache selbst bei Bejahung

## C 2.7

der Legitimation abzuweisen gewesen wäre, erübrigt sich eine Rückweisung der Sache an die Vorinstanzen zur materiellen Prüfung. Wird die Legitimation bejaht, kann der Beschwerdeführer die Überprüfung eines Vorhabens im Lichte all jener Rechtssätze verlangen, die sich rechtlich oder tatsächlich in dem Sinne auf seine Stellung auswirken, dass ihm im Falle des Obsiegens ein praktischer Nutzen entsteht (BGE 141 II 50 Erw. 2.1; 137 II 30 Erw. 2.2.3; 139 II 499 Erw. 2.2).

4. - 8. (...).

9. Der instruierende Rechts- und Beschwerdedienst hat im Rahmen der Sachverhaltsabklärungen mit Schreiben vom 4. Mai 2021 beim Bundesamt für Kultur folgende Unterlagen beigezogen:

- Subventionsbedingungen des Eidgenössischen Departements des Innern betreffend Subventionsgesuch vom 27. Dezember 1971, datiert vom 28. März 1977;
- Verpflichtungsschein und Dienstbarkeitsvertrag, datiert vom 22. April 1977 / 26. April 1977;
- öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkung zugunsten der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Bescheinigung Grundbuch datiert vom 15. Dezember 2004.

9.1 Aus den Subventionsbedingungen vom 28. März 1977 geht hervor, dass die Eidgenossenschaft für die Restaurierungsarbeiten der Katholischen Pfarrkirche (XY.; erbaut 1674) in B. einen Bundesbeitrag in Höhe von total Fr. 242 543.-- geleistet hat. Dabei war dieser Bundesbeitrag an Subventionsbedingungen geknüpft. Ziff. 6 dieser Subventionsbedingungen lautet wie folgt:

*"Der jeweilige Eigentümer des oben erwähnten Baudenkmals sorgt im Einvernehmen mit der Einwohnergemeinde sowie mit der kantonalen und der eidgenössischen Denkmalpflege für einen ausreichenden Umgebungsschutz des Baudenkmals. Bauvorhaben in seinem Sichtbereich, die seine Wirkung und Eigenart beeinträchtigen könnten, sind frühzeitig der kantonalen Denkmalpflege sowie dem Eidgenössischen Departement des Innern in Bern zu melden. (Die Fragen der Umgebungsgestaltung und des Ortsbildschutzes sind im Einvernehmen mit der Arbeitsgruppe Eidgenössische Kommission für Denkmalpflege / Eidgenössische Natur- und Heimatschutzkommission zu lösen)."*

9.2 Hieraus ergibt sich, dass der jeweilige Eigentümer der katholischen Pfarrkirche in B. verpflichtet ist, für einen ausreichenden Umgebungsschutz zu sorgen. Aus dem Verteiler der Subventionsvereinbarung vom



28. März 1977 ist ersichtlich, dass diese in Kopie unter anderen der Politischen Gemeinde B. und dem Regierungsrat des Kantons Schwyz zugestellt wurde. Die kantonale Denkmalpflege hat sich ihrerseits in ihrem Fachbericht zur Frage, ob eine Gutachten der ENHK/EKD notwendig ist, nicht geäussert. Es ist dabei davon auszugehen, dass die kantonale Denkmalpflege keine Kenntnis von der Subventionsvereinbarung vom 28. März 1977 und den zugehörigen Subventionsbedingungen hatte, ansonsten diese im Fachbericht mit Sicherheit erwähnt worden wäre.

9.3 Gemäss Ziff. 6 der Subventionsbedingungen sind Bauvorhaben im Sichtbereich der Katholischen Pfarrkirche XY., die dessen Wirkung und Eigenart beeinträchtigen könnten, frühzeitig der kantonalen Denkmalpflege sowie dem Eidgenössischen Departement des Innern in Bern zu melden. Die Fragen der Umgebungsgestaltung und des Ortsbildschutzes sind im Einvernehmen mit der Arbeitsgruppe Eidgenössische Kommission für Denkmalpflege (EKD) / Eidgenössische Natur- und Heimatschutzkommission (ENHK) zu lösen. Vorliegend hat die kantonale Denkmalpflege in ihrem Fachbericht zwar keine massive Beeinträchtigung, aber immerhin eine Beeinträchtigung der Pfarrkirche XY. bzw. des sakralen Ensembles festgestellt. Zudem lassen sich aus den vorstehend erwähnten Fachberichten (Erw. 6.1 ff.) deutliche Vorbehalte der kantonalen Denkmalpflege gegen das Bauvorhaben entnehmen. Wie vorstehend unter Erw. 8.3 bereits ausgeführt, sind an das Kriterium der möglichen Beeinträchtigung geringe Anforderungen zu stellen, damit der durch Art. 7 NHG angestrebte Schutz nicht unterlaufen wird. Im Zweifelsfall ist daher die ENHK/EKD-Kommission beizuziehen. Sodann ist unbestritten, dass sich das geplante Bauvorhaben im unmittelbaren Sichtbereich der Kirche XY. bzw. des sakralen Ensembles befindet und zudem an das BLN-Gebietes Nr. 1405 "Frauenwinkel-Ufenau-Lützelau" angrenzt.

9.4 In ihren Fachberichten hat sich die kantonale Denkmalpflege nicht ausdrücklich zur Frage der Erforderlichkeit einer Begutachtung durch die ENHK/EKD-Kommission geäussert. Entgegen der Auffassung der Vorinstanz 1 bedeutet dies indessen nicht, dass deswegen eine solche nicht erforderlich wäre. Wie vorstehend bereits festgehalten, ist vielmehr davon auszugehen, dass der kantonalen Denkmalpflege Ziff. 6 der Subventionsbedingungen im Zeitpunkt ihrer Beurteilung nicht bekannt war. Nachdem die kantonale Denkmalpflege ihrerseits eine Beeinträchtigung der Pfarrkirche XY. bzw. des sakralen Ensembles durch das geplante Bauvorhaben festgestellt und deutliche Vorbehalte geäussert hat, darf ohne Weiteres davon ausgegangen werden, dass die (niederschweligen) Anforderungen an eine mögliche Beeinträchtigung, damit der durch Ziff. 6 der Subventionsbedingungen angestrebte Umgebungsschutz nicht unterlaufen

## C 2.7

werden kann, vorliegend erfüllt sind. Demgemäss ist die Sache gestützt auf Ziff. 6 der Subventionsbedingungen an das Bundesamt für Kultur zur Begutachtung durch die ENHK/EKD-Kommission zu überweisen. Dabei liegt es im pflichtgemässen Ermessen des Bundesamtes für Kultur (bzw. des Bundesamts für Umwelt), ob es auch mit Bezug eine allfällige Beeinträchtigung des angrenzenden BLN-Gebietes Nr. 1405 "Frauenwinkel-Ufenau-Lützelau" eine Begutachtung für erforderlich hält. Eine formelle Rückweisung an die kantonale Denkmalpflege zur Anordnung der Begutachtung durch die ENHK/EKD-Kommission würde sich aufgrund der in den Fachberichten ausdrücklich festgestellten Beeinträchtigung der Pfarrkirche XY. bzw. des sakralen Ensembles und der diesbezüglich geäussernten deutlichen Vorbehalte gegen das Bauvorhaben als formeller Leerlauf erweisen, was aufgrund der damit einhergehenden Verzögerung des Verfahrens auch nicht im Interesse der Bauherrschaft liegen kann. Die Begutachtung durch die ENHK/EKD-Kommission kann daher direkt vom Regierungsrat angeordnet werden.

9.5 Bezüglich der Frage des Umgebungsschutzes hat die Vorinstanz 1 in der Baubewilligung vom 10. September 2020 festgehalten, dass der Einordnung bei der Fassaden- und der Umgebungsgestaltung grösste Aufmerksamkeit geschenkt werden müsse. Insbesondere seien die Aussenräume gegen Süden und Osten so zu gestalten, dass die im Zusammenhang mit der Baubewilligung für das Druckereigebäude verlangte Begrünung mit Hochstammbäumen und Gehölzen wiederhergestellt werde. Der Umgebungsplan müsse indessen erst vor dem Baubeginn zur Beurteilung und Genehmigung vorgelegt werden. Auch die detaillierte Material- und Farbgebung des geplanten Wohn- und Gewerbegebäudes müsse erst im Rahmen der Baufreigabe vorliegen. Hierzu ist festzuhalten, dass für die Prüfung, ob der Umgebungsschutz für die Pfarrkirche XY. bzw. für das sakrale Ensemble durch das Bauvorhaben beeinträchtigt wird, der Umgebungsplan samt der konkreten Fassadengestaltung inkl. Material- und Farbgebung bereits im Zeitpunkt der Beurteilung durch die ENHK/EKD-Kommission vorliegen muss. Ansonsten ist eine abschliessende Beurteilung des Umgebungsschutzes gar nicht möglich. Die Beschwerdegegnerin hat daher den Umgebungsplan samt der Fassadengestaltung inkl. Material- und Farbgebung des Gebäudes bereits vorgängig zuhanden der ENHK/EKD-Kommission einzureichen und entsprechend zu visualisieren.

10. – 10.3 (...).

10.4 In ihrer Stellungnahme vom 8. Juni 2021 verweisen die Beschwerdeführer im Zusammenhang mit der gewässerschutzrechtlichen Ausnahmegewilligung sodann auf einen neuen Entscheid des Bundesgerichts vom

30. März 2021 (1C\_460/2020). Das Bundesgericht habe darin die bisherige Praxis des Kantons Schwyz, wonach die Behörde ohne genauere Überlegungen eine Ausnahmegewilligung erteilen könne, wenn die Durchflussskapazität um höchstens 10 % vermindert sei, als rechtswidrig aufgehoben. Für die Erteilung einer gewässerschutzrechtlichen Ausnahmegewilligung müsse von den Bewilligungsbehörden zwingend eine Interessenabwägung zwischen den privaten Interessen an einer Verminderung der Durchflussskapazität und den entgegenstehenden gewässerschutzrechtlichen Interessen vorgenommen werden. Dies sei vorliegend nicht erfolgt, weshalb die Baubewilligung auch deswegen aufgehoben werden müsse.

10.4.1 Gemäss Erw. 4.2.3 des erwähnten Bundesgerichtsentscheids (1C\_460/2020) ist mit Blick auf Anhang 4 Ziff. 211 Abs. 2 GSchV vorab von Bedeutung, dass die Erteilung von Bewilligungen zur Verminderung der Durchflussskapazität unterhalb des mittleren Grundwasserspiegels vom Verordnungsgeber ausdrücklich als Ausnahme bezeichnet wird. Nach Massgabe ihres Zwecks, besonders gefährdete Gewässer zu schützen, legt dies eine zurückhaltende Anwendung der Norm nahe. Anders als dies Anhang 4 Ziff. 211 Abs. 1 GSchV in den Gewässerschutzbereichen A<sub>U</sub> und A<sub>O</sub> für besonders gefährliche Anlagen verlangt, müssen für eine Beeinträchtigung der Durchflussskapazität demgegenüber keine wichtigen Gründe vorliegen. Für die Erteilung einer Bewilligung gemäss Anhang 4 Ziff. 211 Abs. 2 GSchV ist aber jedenfalls eine Interessenabwägung erforderlich. Dabei müssen die privaten und öffentlichen Interessen an einer Verminderung der Durchflussskapazität die entgegenstehenden (Gewässerschutz-) Interessen überwiegen. Aus gewässerschutzrechtlicher Sicht fällt dabei namentlich ins Gewicht, wie gross die Verminderung der Durchflussskapazität innerhalb der zulässigen Bandbreite von zehn Prozent tatsächlich ausfällt und ob ein unterirdisches Gewässer selbst oder bloss ein zu seinem Schutz notwendiges Randgebiet betroffen ist. Aufseiten der Gesuchstellenden verdient Berücksichtigung, inwieweit die Verweigerung einer Bewilligung eine sinnvolle, den übrigen (insbesondere raumplanerischen und umweltrechtlichen) Vorgaben entsprechende Nutzung ihres Grundeigentums erschweren würde.

10.4.2 Vorliegend hat sich die Vorinstanz 2 darauf beschränkt, die durch das Bauprojekt zu erwartende Verminderung der Durchflussskapazität und Ersatzmassnahmen zur Erhaltung der vorhandenen Durchflussskapazität zu diskutieren. Gestützt auf den hydrogeologischen Unbedenklichkeitsnachweis der BK Grundbauberatung vom 11. Dezember 2019 wurde als Kompensationsmassnahme das Einbringen einer 20 cm mächtigen Kiesschicht unter der Bodenplatte angeordnet. Aus dem Gesamtentscheid der Vorinstanz 2 vom 4. September 2021 geht hingegen nicht hervor, dass

## C 3.1

eine nach der vorstehend ausgeführten Rechtsprechung notwendige Interessenabwägung vorgenommen worden ist. Demgemäss ist es erforderlich, die Durchflussverminderung mit den bautechnischen Erfordernissen an eine sinnvolle, mit den übrigen Vorgaben des Raumplanungs- und Umweltrechts übereinstimmende Grundstücksnutzung ins Verhältnis zu setzen. Bei dieser Ausgangslage hat die Vorinstanz 2 die Voraussetzungen für die Erteilung einer gewässerschutzrechtlichen Ausnahmegewilligung nur unvollständig geprüft. Demnach widersprechen die angefochtenen Baubewilligungen Art. 19 Abs. 2 und Art. 43 Abs. 4 GSchG in Verbindung mit Anhang 4 Ziff. 211 Abs. 2 GSchV. Da die erforderliche Interessenabwägung nicht erstmals durch den Regierungsrat als Rechtmittelbehörde vorgenommen werden kann, ist die Sache auch aus diesem Grund an die Vorinstanzen zu neuem Entscheid zurückzuweisen.

(RRB Nr. 574 vom 24. August 2021).

---

## 3. Umweltschutz

---

### 3.1 Lärmsanierung einer Gemeindestrasse

- *Die Gewährung von Erleichterungen setzt eine umfassende Interessenabwägung voraus (Erw. 3-3.5).*
- *Eine Reduktion der Höchstgeschwindigkeit ist primär auf Nebenstrassen, nicht aber auf Haupt- und Verbindungsstrassen angezeigt (Erw. 5.4-5.5).*
- *Als Sanierungsmassnahme kommt insbesondere der Einbau eines lärmarmen Belags in Betracht (Erw. 5.6-5.6.3).*
- *U.u. ist eine kombinierte Wirtschaftliche-Tragbarkeits-Berechnung zu erstellen (E. 5.7-5.7.2).*

*Aus den Erwägungen:*

3. Anlagen, die den Vorschriften dieses Gesetzes oder den Umweltvorschriften anderer Bundesgesetze nicht genügen, müssen saniert werden (Art. 16 Abs. 1 des Bundesgesetzes über den Umweltschutz vom 7. Oktober 1983 [USG, SR 814.01]; Art. 13 Abs. 1 der Lärmschutz-Verordnung vom 15. Dezember 1986 [LSV, SR 814.41]). Die Anlagen müssen so weit saniert werden als dies technisch und betrieblich möglich sowie wirt-

schaftlich tragbar ist und dass die Immissionsgrenzwerte (IGW) nicht überschritten werden (Art. 13 Abs. 2 Bst. a und b LSV). Der Inhaber der Anlage trägt die Kosten für die Sanierung seiner Anlage (Art. 16 Abs. 1 LSV).

### 3.1 - 3.3 (...).

3.4 Die Vollzugsbehörde gewährt Erleichterungen, wenn die Sanierung unverhältnismässige Betriebseinschränkungen oder Kosten verursachen oder wenn der Sanierung überwiegende Interessen namentlich des Ortsbild-, Natur- und Landschaftsschutzes, der Verkehrs- und Betriebssicherheit sowie der Gesamtverteidigung entgegenstehen würden (Art. 17 Abs. 1 USG; Art. 14 Abs. 1 LSV). Die Immissionsgrenzwerte für Luftverunreinigungen sowie der Alarmwert für Lärmimmissionen dürfen jedoch nicht überschritten werden (Art. 17 Abs. 2 USG; Art. 14 Abs. 2 LSV). Können bei öffentlichen oder konzessionierten ortsfesten Anlagen wegen gewährter Erleichterungen die Alarmwerte nicht eingehalten werden, so verpflichtet die Vollzugsbehörde die Eigentümer der lärmbelasteten bestehenden Gebäude, die Fenster lärmempfindlicher Räume nach Anhang 1 gegen Schall zu dämmen (Art. 20 Abs. 1 USG; Art. 15 Abs. 1 LSV).

3.5 Bei der Gewährung von Erleichterungen wird die Überschreitung der Immissionsgrenzwerte in einer bestimmten Situation zugelassen. Es handelt sich dabei um eine Ausnahmegewilligung, deren Erteilung nur in Sonderfällen erfolgen sowie restriktiv gehandhabt werden soll. Das Gewähren von Erleichterungen setzt mithin voraus, dass in Betracht fallende Emissionsbegrenzungen geprüft und alle dabei erheblichen Interessen umfassend gegeneinander abgewogen worden sind. Es widerspricht Art. 17 Abs. 1 USG und Art. 14 Abs. 1 LSV, wenn überwiegende Interessen an Erleichterungen ohne hinreichende Kenntnis über die Auswirkungen und Folgen möglicher Emissionsbegrenzungen bejaht werden (Urteil des Bundesgerichts 1C\_496/2009 vom 16. Juli 2010, E. 3.5 mit Hinweisen; Urteil des BGer 1C\_45/2010 vom 9. September 2010, E. 2.5).

### 4. - 5.3 (...)

5.4 Im Bericht zum Lärmsanierungsprojekt vom 31. August 2019 (S. 17) wird ausgeführt, dass eine Herabsetzung der Höchstgeschwindigkeit von 50 auf 30 km/h für zwei Abschnitte mit unterschiedlicher Steigung geprüft worden sei. Für den Fall mit einer Steigung von 0.3 % weise das Berechnungstool ein Potential zur Reduktion der Emissionspegel von -1.4 db(A) am Tag und -1.5 dB(A) in der Nacht aus. Im Abschnitt mit einer Steigung von 4.9 % betrage das Potenzial -0.6 dB(A) am Tag und -

## C 3.1

0.9 dB(A) in der Nacht. Pegelreduktionen von unter 1 dB seien nicht wahrnehmbar. Aufgrund des geringen Potentials werde auf eine Herabsetzung der Höchstgeschwindigkeit verzichtet. Im angefochtenen Beschluss Nr. 2020.205 vom 9. September 2020 hat die Vorinstanz sodann ausgeführt, dass die E-Strasse und die A-Strasse Basiserschliessungsstrassen seien und schon deshalb eine Herabsetzung der Geschwindigkeit unerwünscht sei.

5.5 Diese Beurteilung ist grundsätzlich nicht zu beanstanden. Die E-Strasse und die A-Strasse sind Verbindungsstrassen und gehören zur Basiserschliessung. Eine Reduktion der Höchstgeschwindigkeit ist primär auf Nebenstrassen, nicht aber auf Haupt- und Verbindungsstrassen in Betracht zu ziehen. Für Haupt- und Verbindungsstrassen sind entweder andere Lärmschutzmassnahmen zu ergreifen oder dann Erleichterungen von der Sanierungspflicht zu gewähren (RRB Nr. 244 vom 10. April 2018, E. 5.1). Die Geschwindigkeitsreduktion ist überdies weder aufgrund der Verkehrssicherheit noch zur Verbesserung des Verkehrsflusses angezeigt. Gegenteiliges bringen die Beschwerdeführer auch nicht vor. Insgesamt ist die Vorinstanz zu Recht zum Schluss gelangt, dass eine Reduktion der Höchstgeschwindigkeit auf der E-Strasse/Alten E-Strasse nicht angezeigt ist. Diese Beurteilung konnte sie auch ohne Gutachten vornehmen (vgl. RRB Nr. 244 vom 10. April 2018, E. 5.4).

5.6 Die Vorinstanz hat sodann die Möglichkeit des Einbaus eines lärmarmen Belags verworfen mit der Begründung, dass dieser insbesondere in höheren Lagen (ab 600 m ü. M.) anfälliger auf mechanische Schäden reagiere. Lärmarme Beläge hätten generell einen höheren Verschleiss und eine kürzere Lebensdauer. Ein lärmarmes Belag sei somit für die E-Strasse nicht geeignet. In der Stellungnahme vom 20. Januar 2021 hat die Vorinstanz grundsätzlich wiederholt, dass aufgrund der Höhenlage der Einbau eines lärmarmen Belags nicht wirtschaftlich sei.

5.6.1 Ein Belag gilt als "lärmarm", wenn über seine gesamte Nutzungsdauer mindestens 1 Dezibel weniger Lärm entsteht als bei einem konventionellen Strassenbelag. Zu Beginn der Nutzungsdauer muss die Lärmreduktion mindestens 3 Dezibel betragen. Dies entspricht umgerechnet etwa einer Halbierung der Verkehrsmenge. Lärmarme Beläge kommen, im Vergleich zu einem normalen Belag, im Schnitt zu einer Reduktion von etwa 6 Dezibel (vgl. <https://www.bafu.admin.ch/bafu/de/home/themen/laerm/fachinformationen/massnahmen-gegen-laerm/massnahmen-gegen-strassenlaerm/laermarme-strassenbelaege.html>; zuletzt besucht am 23. September 2021).

5.6.2 Es leuchtet ein, dass die lärmindernde Wirkung eines Spezialbelags mit zunehmendem Alter abnimmt, insbesondere wegen der Verstopfung der Hohlräume und der Abnutzung der Oberflächenstruktur. Dass es technisch nicht möglich oder nicht empfehlenswert ist, lärmarme Beläge in Höhenlagen (ab 600 m ü. M.) einzubauen, kann allerdings nicht gesagt werden. Es werden in der Schweiz durchaus auch in höher gelegenen Gebieten lärmarme Strassenbeläge eingebaut. Die CPX-Messungen der Grolimund + Partner AG (Messbericht 2020), welche im Auftrag des BAFU durchgeführt wurden, zeigen, dass auch in Höhenlagen eine lärmindernde Wirkung des Belags vorhanden ist (CPX-Messungen Strassenbeläge, Messbericht 2020, BAFU 15. Januar 2021, S. 14 und 20). Es ist zwar zutreffend, dass die dort untersuchten lärmarmen Beläge nur teilweise den Erwartungen entsprochen haben und bereits nach kurzer Dauer ihre lärmindernde Wirkung einbüßen. Ob sich ein lärmarmes Belag lohnt, d. h. ob das Kosten-Nutzen-Verhältnis stimmt, muss allerdings im Einzelfall genau abgeklärt werden.

5.6.3 Die Vorinstanz hätte somit die Möglichkeit eines lärmarmen Belags vertieft auf ihre Realisierbarkeit, auf ihre Kosten und auf den Nutzen prüfen müssen. Indem sie dies unterlassen hat, ist sie ihrer Pflicht zur umfassenden Interessenabwägung nicht hinreichend nachgekommen. Die angefochtenen Beschlüsse der Vorinstanz sind deshalb aufzuheben und die Sache ist zur Vornahme der erforderlichen Abklärungen an die Vorinstanz zurückzuweisen.

5.7 Sodann hat die Vorinstanz noch mögliche Massnahmen im Ausbreitungsbereich (Lärmschutzwand) geprüft. Sie ist allerdings zum Schluss gekommen, dass aufgrund der zum Teil engen Platzverhältnisse, der zahlreichen Zufahrten zu den einzelnen Grundstücken, der Verkehrssicherheit sowie den vielen Einzelliegenschaften das Kosten-/Nutzenverhältnis nur ungenügend sei. Die Vorinstanz hat hierzu eine WT-Berechnung in Bezug auf die Liegenschaft der Beschwerdeführer vorgenommen und diese Zusammen mit ihrer Stellungnahme vom 20. Januar 2021 eingereicht. Wie bereits einmal erwähnt, stellt der WTI ein von der Praxis entwickeltes Hilfsmittel zur schweizweit einheitlichen Beurteilung des Verhältnisses von Kosten und Nutzen und der Effektivität von Massnahmen dar. Als Bewertungsmethode kann er eine umfassende Prüfung der Verhältnismässigkeit, die auch die Berücksichtigung qualitativer Kriterien umfasst, jedoch nicht ersetzen.

5.7.1 Die WT-Berechnung der Vorinstanz gilt für eine Lärmschutzwand von 2.25 m Höhe und 20 m Länge. Die Vorinstanz hat daraus einen WTI von 0.8 errechnet, was ungenügend sei. Weshalb die Vorinstanz lediglich

## C 3.1

eine Lärmschutzwand beim Grundstück der Beschwerdeführer näher untersucht hat, ist unklar. Bezeichnenderweise hat die Vorinstanz nur dort tatsächlich eine WT-Berechnung vorgenommen, wo diese zu ihren Gunsten gesprochen hat. Gemäss Art. 13 Abs. 3 LSV sind Lärmschutzmassnahmen an der Quelle zwar gegenüber Lärmschutzwänden zu bevorzugen. Jedoch müssen einzelne Massnahmen in ihrem Zusammenwirken beurteilt werden, falls sie einen gemeinsamen Wirkungsbereich haben (z. B. Kombination Lärmschutzwand und Belagsersatz). In diesem Fall ist eine kombinierte WTI-Berechnung erforderlich (vgl. Anhang 4a zum Leitfaden Strassenlärm, Ziff. 3; Urteil des BGer 1C\_183/2019 vom 17. August 2020, E. 4.6).

5.7.2 Von einer kombinierten WTI-Berechnung kann gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung abgesehen werden, wenn ein WTI-Wert einer einzelnen Massnahme deutlich unter dem Minimum von 1.0 liegt. Das Bundesgericht hat jedoch einen WTI-Wert von 0.8 einer Lärmschutzwand lediglich als "knapp ungenügend" qualifiziert (Urteil des BGer 1C\_183/2019 vom 17. August 2020, E. 5.4 f.). In einem solchen Fall ist es erforderlich, eine kombinierte WTI-Berechnung durchzuführen. Dies hat die Vorinstanz noch nachzuholen. Ob die in der Berechnung verwendeten Kosten von Fr. 900.--/m<sup>2</sup> für die Lärmschutzwand realistisch sind, muss an dieser Stelle deshalb nicht näher beurteilt werden.

6. Zusammenfassend ist die Beschwerde gutzuheissen und die angefochtenen Beschlüsse Nrn. 2020.205 und 2020.206 der Vorinstanz vom 9. September 2020 sind aufzuheben. Die Sache ist im Sinne der Erwägungen zur vertieften Abklärung und zu neuem Entscheid an die Vorinstanz zurückzuweisen.

(RRB Nr. 720 vom 19. Oktober 2021).



---

## 7. Sozialwesen

---

### 7.1 Kostenübernahme für den Aufenthalt in einer Kinder- und Jugend- einrichtung – Unterstützungswohnsitz

- *Gemäss dem HKsÜ besteht die Hauptzuständigkeit der Behörden im Staat des gewöhnlichen Aufenthaltes des Kindes. Dieser ist als tatsächlicher Lebensmittelpunkt des Kindes zu verstehen (Erw. 4-4.4).*
- *Zuständigkeit für die Leistung der Kostenübernahmegarantie gemäss IVSE (E. 5-5.4).*
- *Bestimmung des innerkantonalen sozialhilferechtlichen Unterstützungswohnsitzes bei dauerhafter Fremdplatzierung (Erw. 6.1-6.3).*

*Aus den Erwägungen:*

4. Gemäss der Interkantonale Vereinbarung für soziale Einrichtungen vom 13. Dezember 2002/14. September 2007 (IVSE, SRSZ 380.311.1) ist der Wohnsitz entscheidend dafür, welcher Kanton die Kosten für die Unterbringung zu tragen hat. Die Vorinstanz verneint ihre Zuständigkeit zur Übernahme der entsprechenden Kosten. Mit der Ausreise der Kindseltern per 1. März 2021 haben diese ihren Wohnsitz in A. aufgegeben und den Wohnsitz nach Deutschland verlegt. Aufgrund dieser Tatsache sei die Ableitung des Wohnsitzes von den Eltern gemäss Art. 25 ZGB in der Schweiz nicht mehr möglich. Die Kinder haben daher keinen Wohnsitz in A., weshalb sie (die Vorinstanz) für den Entscheid betreffend der Übernahme der Kosten nicht zuständig sei. Es stellt sich daher die Frage, wo die Kinder ihren Wohnsitz haben und nach welchem Recht sich dieser Wohnsitz bestimmt.

4.1 Gemäss Art. 5 Abs. 1 des Übereinkommens über die Zuständigkeit, das anzuwendende Recht, die Anerkennung, Vollstreckung und Zusammenarbeit auf dem Gebiet der elterlichen Verantwortung und der Massnahmen zum Schutz von Kindern, abgeschlossen in Den Haag am 19. Oktober 1996 (Haager Kinderschutzübereinkommen, HKsÜ, SR 0.211.231.011) sind die Behörden des Vertragsstaats, in dem das Kind seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat, zuständig, Massnahmen zum Schutz der Person oder des Vermögens des Kindes zu treffen. Die Schweiz und Deutschland sind beides Konventionsstaaten des HKsÜ. Der Begriff der Schutzmassnahmen in der nicht abschliessenden Aufzählung des Art. 3

## C 7.1

HKsÜ, der damit i. V. m. Art. 1 und Art. 4 HKsÜ den sachlichen Anwendungsbereich des Übereinkommens festlegt, ist umfassend. Insbesondere wird davon auch die Unterbringung des Kindes in einem Heim im weiteren Sinne erfasst (Art. 3 Bst. e HKsÜ). Die vom Anwendungsbereich des Übereinkommens gemäss Art. 4 Bst. h ausgeschlossenen öffentlichen Massnahmen im Bereich Gesundheit und Erziehung beschränken sich dagegen gemäss den Materialien auf einen sehr engen Bereich, etwa auf die Fragen des Impfwangs oder der obligatorischen Schulpflicht (bei den vom Anwendungsbereich des Übereinkommens ausgeschlossenen Bereichen gemäss Art. 4 HKsÜ handelt es sich um eine abschliessende Aufzählung). Die Frage der Unterbringung des Kindes in einem bestimmten Heim fällt dagegen ausdrücklich in den Anwendungsbereich des Übereinkommens (vgl. Paul Lagarde, Rapport explicatif sur la Convention-Protection des enfants de 1996, Actes et documents de la Dix-huitième session, Band II, Den Haag 1996, N 34). Aus dem Ausgeführten sowie dem Umstand, dass die KESB Ausserschwyz die Unterbringung angeordnet hat und es sich bei der fraglichen Institution (Kinderheim XY.) überdies um eine Einrichtung im Bereich A der IVSE handelt (vgl. dazu E.4) ergibt sich mithin, dass das HKsÜ auch auf die mit der Unterbringung einhergehende Frage der Kostenübernahme Anwendung findet.

4.2 Gemäss dem HKsÜ besteht die Hauptzuständigkeit der Behörden im Staat des gewöhnlichen Aufenthaltes des Kindes. Dieser ist – wie allgemein in den Haager Übereinkommen – als tatsächlicher Lebensmittelpunkt bzw. Schwerpunkt der Bindungen des Kindes zu verstehen. Dieser liegt derzeit in der Schweiz. Da sich unbestrittenermassen auch der schlichte Aufenthalt der Beschwerdeführer I in der Schweiz befindet, kann vorliegend jedenfalls die Dringlichkeitszuständigkeit nach Art. 11 HKsÜ zur Anwendung gelangen, welche die Schweizer Behörden ermächtigt, vorläufige (und analog zu Art. 12 HKsÜ territorial auf die Schweiz beschränkte) Schutzmassnahmen zu treffen, solange diese notwendig sind und die Kinder sich hier befinden oder die Zuständigkeit nicht an Deutschland bzw. einen anderen Staat übertragen oder der Entzug des Aufenthaltsbestimmungsrechts der Eltern nicht aufgehoben wurde.

4.3 Zum gleichen Ergebnis gelangt man im Übrigen durch die Anwendung von Art. 20 des Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht vom 18. Dezember 1987 (IPRG, SR 291), sei dies zur Bestimmung der örtlichen Zuständigkeit im Anwendungsbereich des HKsÜ (dieses beschränkt sich auf die Regelung der internationalen Zuständigkeit), sei dies bei originärer Anwendung. Der anwendbare schlichte Aufenthalt der Kinder befindet sich gemäss Art. 20 Abs. 1 Bst. b IPRG unbestrittenermassen in der Schweiz (Art. 20 Abs. 1 Bst. a IPRG greift vorliegend nicht;

vgl. auch Basler Kommentar, ZGB I, 6. Auflage, E. 2018, Daniel Staehelin, Art. 23 N 4, wonach der Ort des Wohnsitzes eines Kindes in der Schweiz, dessen beide Eltern die elterliche Sorge haben und im Ausland leben, sich ausschliesslich nach Art. 20 IPRG und nicht nach dem ZGB bestimmt).

4.4 Aus dem Gesagten ergibt sich demnach jedenfalls eine Zuständigkeit in der Schweiz für die Anordnung von notwendigen Massnahmen. Bei der Bestimmung des örtlichen Anknüpfungspunkts des schlichten Aufenthaltes innerhalb der Schweiz kann es jedoch nicht auf den verfügbaren Unterbringungsort ankommen (vgl. diesbezüglich BGE 143 V 451 zum IVSE analog). Vielmehr rechtfertigt es sich, die Zuständigkeit zur Regelung der Anordnung vorläufig im Kanton Schwyz zu belassen. Da die zuständigen kantonalen Behörden gemäss Art. 15 HKsÜ i. V. m. Art. 85 IPRG ohnehin ihr eigenes Recht und demnach die IVSE anwenden werden (vgl. dazu Erw. 4 ff), würde sich am materiellen Ergebnis der Prüfung, welcher Kanton die Anordnung zu treffen hat, unabhängig von der örtlichen Zuständigkeit denn auch nichts ändern. Auch vor diesem Hintergrund rechtfertigt es sich entsprechend, die Zuständigkeit hierfür im Kanton Schwyz (wo der letzte abgeleitete Wohnsitz der Kinder lag und sich zudem der Sitz der anordnenden KESB befindet) zu belassen.

5. Die Bejahung einer schweizerischen Zuständigkeit führt diesbezüglich zur Anwendung der lex fori und demnach des schweizerischen Rechts (vgl. Art. 15 Abs. 1 HKsÜ i. V. m. Art. 85 IPRG). Demzufolge kommt für die Kostenverteilung die Interkantonale Vereinbarung für soziale Einrichtungen zur Anwendung. Diese bezweckt, die Aufnahme von Personen mit besonderen Betreuungs- und Förderungsbedürfnissen in geeigneten Einrichtungen ausserhalb des Wohnkantons ohne Erschwernisse zu ermöglichen (vgl. Art. 1 Abs. 1 IVSE). Die IVSE bezieht sich gemäss Art. 2 Abs. 1 IVSE auf Einrichtungen in den Bereichen A (Stationäre Einrichtungen für Kinder und Jugendliche), B (Einrichtungen für Erwachsene mit Behinderung), C (Stationäre Angebote im Suchtbereich) und D (Sonderschulen). Das Kinderheim XY., in welchem die Beschwerdeführer I platziert sind, ist in der IVSE-Datenbank aufgelistet und dem Bereich A zugeordnet (...).

5.1 Die Leistungsabteilung für anerkannte ausserkantonale Einrichtungen erfolgt dabei mittels Kostenübernahmegarantie gemäss den Bestimmungen der IVSE. Welcher Kanton für die Leistungsabteilung einer anerkannten Einrichtung aufkommen muss, regeln insbesondere Art. 5 IVSE und die Art. 19 ff. IVSE. Die IVSE knüpft zur Bestimmung der Zuständigkeit der Leistungsabteilung an den Wohnsitz der zu betreuenden Person an. Gemäss Art. 26 IVSE i.V.m. Art. 11 Abs. 1 Bst. a und b IVSE holt die

## C 7.1

Verbindungsstelle desjenigen Kantons, in welchem die Einrichtung ihren Standort hat (Standortkanton; vgl. Art. 4 Bst. e IVSE), vor dem Eintritt der zu betreuenden Person bei der Verbindungsstelle desjenigen Kantons, in welchem die zu betreuende Person ihren zivilrechtlichen Wohnsitz hat (Wohnkanton; vgl. Art. 4 Bst. d IVSE), die Kostenübernahmegarantie ein (Art. 11 Abs. 1 Bst. a und b, Art. 26 Abs. 1 IVSE). Der Wohnkanton sichert der Einrichtung des Standortkantons mittels der Kostenübernahmegarantie die Leistungsabgeltung zu Gunsten der Person für die zu garantierende Periode zu (Art. 19 Abs. 1 IVSE).

5.2 Zur Ermittlung des Wohnsitzkantons eines minderjährigen Kindes ist im nationalen Verhältnis Art. 25 ZGB massgebend. Gemäss Art. 25 Abs. 1 ZGB gilt als Wohnsitz des Kindes unter elterlicher Sorge der Wohnsitz der Eltern oder, wenn die Eltern keinen gemeinsamen Wohnsitz haben, der Wohnsitz des Elternteils, unter dessen Obhut das Kind steht; in den übrigen Fällen gilt sein Aufenthaltsort als Wohnsitz. Keiner der Elternteile der Beschwerdeführer I hat einen Wohnsitz in der Schweiz, dementsprechend kann auch kein Wohnsitz in der Schweiz von einem Elternteil nach Art. 25 Abs. 1 ZGB abgeleitet werden. Folglich gilt der Aufenthaltsort der Beschwerdeführer I als "Wohnsitz" im Sinne der IVSE. Der Aufenthaltsort der Kinder befindet sich in B., weshalb auch B. grundsätzlich als "Wohnsitz" im Sinne der IVSE anzusehen ist.

5.3 Dieses Ergebnis, wonach der Aufenthaltsort der Beschwerdeführer I als ihr Wohnsitz im Sinne der IVSE zu betrachten ist und dementsprechend der Aufenthaltskanton für die Kosten der Unterbringung aufzukommen hat, ist mit dem Sinn und Zweck der IVSE nicht vereinbar, da ansonsten regelmässig der Standortkanton entsprechender Einrichtungen die entsprechenden Kosten zu tragen hätte. Dies stellte auch das Bundesgericht in seinem Entscheid BGE 143 V 51 E. 9 fest. Aufgrund dieses Bundesgerichtsentscheides hat die Vereinbarungskonferenz der IVSE am 23. November 2018 eine Teilrevision der IVSE (Einfügung eines neuen Art. 5 Abs. 1<sup>bis</sup>) beschlossen. Gemäss Art. 5 Abs. 1<sup>bis</sup> IVSE gilt Folgendes: "Begründet eine Person mit dem Aufenthalt oder während des Aufenthaltes in einer Einrichtung gemäss Artikel 2 Abs. 1 Bereich A ihren zivilrechtlichen Wohnsitz am Standort der Einrichtung, ist der Kanton des letzten von den Eltern oder eines Elternteils abgeleiteten zivilrechtlichen Wohnsitzes für das Leisten der Kostenübernahmegarantie zuständig." Seit dem 1. Juni 2020 steht diese Änderung in Kraft. Der Kanton Schwyz trat der Teilrevision vom 23. November 2018 mit Beschluss Nr. 618/2019 vom 10. September 2019 bei.

5.4 Die Beschwerdeführer I wohnten im Zeitpunkt, in welchem ihre Eltern nach Deutschland zogen (März 2021), bereits im Kinderheim XY. in der Gemeinde B. Durch den Wegzug der Kindseltern haben die Beschwerdeführer I, während ihres Aufenthalts im Kinderheim XY., den zivilrechtlichen Wohnsitz in A. verloren und einen neuen am Aufenthaltsort der Einrichtung begründet, d. h. in der Gemeinde B. Nach Art. 5 Abs. 1<sup>bis</sup> IVSE bleibt aber der Kanton des letzten von den Eltern abgeleiteten zivilrechtlichen Wohnsitzes für das Leisten der Kostenübernahmegarantie zuständig. Dies ist vorliegend der Kanton Schwyz. Da im Kanton Schwyz die innerkantonale (subsidiäre) Kostentragung für Einrichtungen für Kinder und Jugendliche, die einer besonderen Behandlung und Betreuung bedürfen und damit für IVSE-Einrichtungen gemäss Art. 2 Abs. 1 Bereich A IVSE bei den Gemeinden liegt (§ 1 Abs. 1 Bst. a, § 2 Abs. 1 Bst. c, § 10 Abs. 2 und § 20 Abs. 1 und 2 des Gesetzes über die sozialen Einrichtungen vom 28. März 2007 [SEG, SRSZ 380.300]), ist vorliegend die Vorinstanz zuständig, die Kostengarantie für die Unterbringung der Beschwerdeführer I im Kinderheim XY. zu leisten. Die Vorinstanz hätte demnach auf das Gesuch der Beschwerdeführer I eintreten und die subsidiäre Kostengarantie leisten müssen. Die Beschwerde ist deshalb in diesem Punkt gutzuheissen.

6.1 Gemäss § 18 Abs. 1 des Gesetzes über die Sozialhilfe vom 18. Mai 1983 (ShG, SRSZ 380.100) fällt der Unterstützungswohnsitz in der Regel mit dem zivilrechtlichen Wohnsitz zusammen. Art. 7 des Bundesgesetzes über die Zuständigkeit für die Unterstützung Bedürftiger vom 24. Juni 1977 (Zuständigkeitsgesetz, ZUG, SR 851.1) regelt den Unterstützungswohnsitz minderjähriger Kinder. Das minderjährige Kind teilt grundsätzlich den Unterstützungswohnsitz der Eltern oder jenes Elternteils, unter dessen elterlicher Sorge es steht (Abs. 1) bzw. bei getrenntem zivilrechtlichen Wohnsitz der Eltern den Unterstützungswohnsitz jenes Elternteils, bei dem es wohnt (Abs. 2). In besonderen Fällen (Abs. 3) hat es einen eigenen Unterstützungswohnsitz, nämlich am Sitz der Kinderschutzhilfe, unter deren Vormundschaft es steht (Bst. a), im Wohnkanton, wenn es erwerbstätig ist und für seinen Lebensunterhalt selber aufkommen kann (Bst. b), am letzten Unterstützungswohnsitz nach den Abs. 1 und 2, wenn es dauernd nicht bei den Eltern oder einem Elternteil wohnt (Bst. c) sowie an seinem Aufenthaltsort in den übrigen Fällen. Art. 7 Abs. 3 Bst. c ZUG enthält gegenüber Abs. 3 Bst. a und b eine subsidiäre Regelung; sie gilt für wirtschaftlich unselbständige, nicht bevormundete, aber dauernd bei keinem Elternteil lebenden Kinder (Werner Thomet, Kommentar zum Bundesgesetz über die Zuständigkeit für die Unterstützung Bedürftiger, 2. Auflage, Zürich 1994, Rz. 125 ff.).

## C 7.1

6.2 Mit Art. 7 Abs. 3 Bst. c ZUG soll interkantonal eine klare Regelung geschaffen werden, in denen die Eltern den Wohnort nach der dauernden Fremdplatzierung des unmündigen Kindes wechseln (Thomet, a.a.O., Rz. 127). Unterstützungswohnsitz des Kindes bleibt in diesen Fällen die Gemeinde, in der es unmittelbar vor der Fremdplatzierung gemeinsam mit den Eltern oder einem Elternteil gelebt hat. Massgebend ist daher im vorliegenden Fall, ob die Beschwerdeführer I im Zeitpunkt des Wegzugs der Eltern per 1. März 2021 dauernd fremdplatziert waren. Nur wenn mit dem damaligen Aufenthalt im Kinderheim XY. im Kanton C. eine als dauerhaft zu würdigende Platzierung bestand, ist die Vorinstanz (Bezirk A.) der sozialhilferechtliche Unterstützungswohnsitz der Beschwerdeführer I geblieben und sie hat für Leistungen im Rahmen der Sozialhilfe für die Beschwerdeführer I aufzukommen (vgl. dazu VPB 1994 Nr. 84).

6.3 Mit Beschlüssen vom 12. Dezember 2018 hat die KESB Ausserschwyz den Kindseltern das Aufenthaltsbestimmungsrecht für die Beschwerdeführer I gestützt auf Art. 310 ZGB i. V. m. Art. 445 Abs. 1 ZGB vorsorglich und rückwirkend per 14. November 2018 entzogen. Gleichzeitig hat sie die Beschwerdeführer I in der Sozialtherapie Z., Familieneinheit, in D. untergebracht. Mit Beschlüssen vom 4. März 2020 hat die KESB Ausserschwyz den Kindseltern das Aufenthaltsbestimmungsrecht für die Beschwerdeführer I nach Art. 310 Abs. 1 ZGB entzogen und diese im Kinderhaus E. in F. untergebracht. Mit Beschlüssen vom 22. Juli 2021 hat die KESB Ausserschwyz im Rahmen des den Kindseltern entzogenen Aufenthaltsbestimmungsrechts die Beschwerdeführer I per 9. August 2020 im Kinderheim XY. untergebracht. Daraus ist ersichtlich, dass die KESB Ausserschwyz den Kindseltern das Aufenthaltsbestimmungsrecht über ihre Kinder (Beschwerdeführer I) mit den Beschlüssen vom 4. März 2020 endgültig (und nicht nur vorsorglich) entzogen hat. Ab diesem Zeitpunkt war auch klar, dass von einer dauerhaften Fremdplatzierung der Beschwerdeführer I auszugehen war, weil sie für mehr als sechs Monate bzw. auf unbestimmte Zeit erfolgte (vgl. dazu auch Thomet, a. a. O., Rz 1329). Kommt hinzu, dass die Fremdplatzierung als Kinderschutzmassnahme erfolgte. Dies spricht ebenfalls für eine dauernde Fremdplatzierung. Die Beschwerdeführer I waren demzufolge im Zeitpunkt des Wegzuges der Eltern im März 2021 dauernd fremdplatziert. Aus diesem Grunde haben die Beschwerdeführer I ihren sozialhilferechtlichen Unterstützungswohnsitz ebenfalls im Bezirk A. Die Vorinstanz hat daher auch für den Teil der Heimkosten mit Unterhaltscharakter aufzukommen, sofern die Kindseltern diesen nicht zu leisten vermögen.

(RRB Nr. 942 vom 21. Dezember 2021).

## 7.2 Aufenthalt in einer Kinder- und Jugendeinrichtung – Rückforderung der Unterbringungskosten von der Wohnsitzgemeinde

- Die Wohnsitzgemeinde des sorgeberechtigten alleinerziehenden Elternteils ist zur Übernahme der Unterbringungskosten des Kindes verpflichtet (Erw. 5.1-5.2).
- Zeitpunkt der Kostenübernahmegarantie (Erw. 6.1-6.3 und 8).

### *Aus den Erwägungen:*

5.1 Wie bereits unter E. 3.2 ausgeführt, sichert der Wohnkanton der Einrichtung des Standortkantons mittels Kostenübernahmegarantie die Leistungsabgeltung zu Gunsten der Person für die zu garantierende Periode zu (Art. 19 IVSE). Der Wohnkanton ist derjenige Kanton, in dem die Person, welche die Leistungen beansprucht, ihren zivilrechtlichen Wohnsitz hat (Art. 4 Bst. d IVSE). Als Wohnsitz des Kindes unter elterlicher Sorge gilt der Wohnsitz der Eltern oder, wenn die Eltern keinen gemeinsamen Wohnsitz haben, der Wohnsitz des Elternteils, unter dessen Obhut das Kind steht; in den übrigen Fällen gilt sein Aufenthaltsort als Wohnsitz (Art. 25 Abs. 1 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 10. Dezember 1907 [ZGB, SR 210]). Steht die elterliche Sorge bloss einem Elternteil zu, so befindet sich der Wohnsitz des Kindes an dessen Wohnsitz. Bei gemeinsamem Wohnsitz der Eltern oder wenn die elterliche Sorge bloss einem Elternteil übertragen wurde, ist unerheblich, wo sich das Kind tatsächlich aufhält und ob sich das Kind unter der Obhut der Inhaber der elterlichen Sorge befindet (BGE 133 III 305, 307). Auch Kinder, die unter der Obhut Dritter stehen, haben somit ihren Wohnsitz am Wohnsitz des alleinigen Inhabers der elterlichen Sorge. Dies gilt selbst dann, wenn sich ein Kind in der Obhut von Pflegeeltern befindet und diese die Eltern in der Ausübung der elterlichen Sorge vertreten (vgl. Daniel Staehelin, in: Basler Kommentar ZGB I, 6. Auflage, Basel 2018, Art. 25 N 4).

5.2 Die Mutter A. B. hat das alleinige Sorgerecht über C. B. inne. Daher leitet sich auch der zivilrechtliche Wohnsitz von C. B. vom Wohnsitz der Mutter ab. A. B. hat am 18. Dezember 2018 (Anmeldung bei der Gemeinde D.) ihren Wohnsitz von E. nach D. verlegt. Dies hatte zur Folge, dass auch der zivilrechtliche Wohnsitz von C. B. von E. nach D. gewechselt hat. Daraus erhellt, dass in Bezug auf C. B. der Kanton Schwyz der Wohnkanton im Sinne von Art. 19 IVSE ist. Gemäss Art. 2 Abs. 1 Bereich A IVSE liegt im Kanton Schwyz die innerkantonale (subsidiäre) Kostentragung für Einrichtungen für Kinder und Jugendliche, die einer besonderen Behandlung und Betreuung bedürfen, bei den Gemeinden (§ 10 Abs. 2

## C 7.2

SEG bzw. § 16 Abs. 1 SEG). Deshalb muss die Beschwerdeführerin die Kosten für den Aufenthalt von C. B. grundsätzlich tragen, da diese ihren zivilrechtlichen Wohnsitz in der Gemeinde D. hat. Wie es sich verhalten würde, wenn der Kindsmutter die elterliche Sorge entzogen (gewesen) wäre bzw. C. B. einen Beistand hätte, kann offenbleiben, weil dies im Zeitpunkt des Gesuches um Kostenübernahmegarantie nicht der Fall gewesen war. Tatsache und deshalb allein entscheidend ist, dass im strittigen Zeitraum die Mutter das alleinige Sorgerecht innehatte und sich der zivilrechtliche Wohnsitz von C. B. daher von der Mutter ableitete.

6.1 Im Weiteren bringt die Beschwerdeführerin vor, dass das Gesuch um Kostenübernahmegarantie vor der Unterbringung von C. B. in der Beobachtungsstation XY. hätte erfolgen müssen. Dies sei nicht geschehen. Deshalb hätte sie nicht überprüfen können, ob die Unterbringung von C. B. in der Beobachtungsstation XY. notwendig war und ob es sich dabei um die kostengünstigste und geeignetste Massnahme gehandelt habe. Daher sei sie nicht bereit, die Kosten zu übernehmen. Wenn die Vorinstanz ohne rechtzeitiges Gesuch die Kostenübernahmegarantie rückwirkend leiste, müsse sie dies selber verantworten.

6.2 Gemäss Art. 26 Abs. 1 IVSE hat die Verbindungsstelle des Standortkantons vor der Unterbringung oder vor dem Eintritt der Person bei der Verbindungsstelle des Wohnkantons die Kostenübernahmegarantie einzuholen. Oft ist die Auflage, die Kostenübernahmegarantie vor Eintritt der Person vom Standortkanton einzuholen, wegen der zeitlichen Dringlichkeit nicht möglich. Trotzdem muss am Prinzip festgehalten werden (vgl. Kommentar zur Interkantonalen Vereinbarung für soziale Einrichtungen, S. 14, abrufbar unter: [https://ch-sodk.s3.amazonaws.com/media/files/02\\_15.10.01\\_Kommentar\\_zur\\_IVSE\\_dt.pdf](https://ch-sodk.s3.amazonaws.com/media/files/02_15.10.01_Kommentar_zur_IVSE_dt.pdf), [besucht am 7. Januar 2021]). Kann das Gesuch um die Kostenübernahmegarantie wegen zeitlicher Dringlichkeit nicht vor Beginn der Unterbringung oder des Eintritts der Person in die Einrichtung gestellt werden, so ist es so rasch als möglich nachzuholen (Art. 26 Abs. 2 IV-SE). Vorliegend ersuchte die IVSE-Verbindungsstelle des Kantons E. die IVSE-Verbindungsstelle des Kantons Schwyz erst am 5. Februar 2019 um Erteilung der Kostenübernahmegarantie, obwohl C. B. bereits am 29. Januar 2019 in die Beobachtungsstation XY. eingetreten war. Das Gesuch um Kostenübernahmegarantie wurde somit verspätet gestellt. Die Vorinstanz macht jedoch geltend, dass die Unterbringung von C. B. in der Beobachtungsstation XY. zeitlich dringlich gewesen war, da es zu Problemen innerhalb der Pflegefamilie gekommen sei, in welcher C. B. wohnte. Die Institution habe dann zeitnah ein Kostenübernahmegesuch gestellt.



6.3 Der Argumentation der Vorinstanz kann in diesem Punkt nicht gefolgt werden. Es trifft zwar zu, dass es in der Pflegefamilie, in welcher C. B. wohnte, Probleme gegeben hatte, weshalb diese sich auch am Abend des 12. Dezembers 2018 an die sozialpädagogische Familienbegleiterin G. H. wandte. Da es C. B. psychisch schlecht ging und sie suizidale Gedanken geäußerte hatte, brachte man C. B. ins Universitäts-Kinderspital E. Dort blieb sie bis zu ihrem Eintritt in die Beobachtungsstation XY. (vgl. zum Ganzen: Bericht von H. M. vom 18. März 2019). Es war daher genügend Zeit vorhanden, die notwendigen Massnahmen zum Wohl von C. B. zu ergreifen bzw. eine dem Kindeswohl entsprechende Institution (Beobachtungsstation XY.) zu suchen und den Eintritt in diese vorzubereiten. Dazu gehört auch, dass die Institution rechtzeitig ein Kostengutsprache gesuch an die IVSE-Verbindungsstelle richtet, damit diese bei der Verbindungsstelle des Wohnkantons die Kostenübernahmegarantie einholen kann. Dies ist offenbar nicht rechtzeitig erfolgt. Die Vorinstanz hätte daher die Kostengutsprache erst ab dem 5. Februar 2019 garantieren dürfen. Soweit sie Kostengarantie bereits ab dem 29. Januar 2019 leistete, kann sie dies nicht weiter verrechnen bzw. bei der Beschwerdeführerin zurückverlangen. Aus diesem Grund reduziert sich der Gesamtbetrag von Fr. 144 695.--, welcher die Vorinstanz von der Beschwerdeführerin zurückfordert, um den Betrag von Fr. 4711.-- (= 7 Tage à Fr. 673.--). Die Beschwerdeführerin ist daher verpflichtet den Betrag von Fr. 139 984.-- der Vorinstanz zu bezahlen.

7.1 – 7.2 (...).

8. Abschliessend drängen sich noch die nachfolgenden Bemerkungen auf. An sich muss die Verbindungsstelle des Standortkantons bei der Verbindungsstelle des Wohnkantons die Kostenübernahmegarantie vor der Unterbringung oder vor dem Eintritt der Person einholen. Oft ist dies wegen der zeitlichen Dringlichkeit jedoch nicht möglich. Indes dürfen nicht alle Gesuche um Kostenübernahmegarantie, die nach dem Eintritt der Person in eine Institution bei der Verbindungsstelle des Wohnkantons eintreffen, von dieser mit der Begründung der zeitlichen Dringlichkeit gutgeheissen werden. Daher macht es Sinn, wenn die Vorinstanz bzw. die IVSE-Verbindungsstelle des Kantons Schwyz eingehende Gesuche um Kostenübernahmegarantie auf ihre "Rechtzeitigkeit" überprüfen, um allenfalls nachzufragen, weshalb das Gesuch nicht vor dem Eintritt in die Institution gestellt wurde. So könnte diese Frage bereits geklärt werden, bevor die Wohnsitzgemeinde einen entsprechenden Einwand erhebt. Im Weiteren müsste sich die Vorinstanz überlegen, ob es inskünftig nicht angezeigt ist, wenn sie nach dem Eintreffen eines Gesuches um Kostenübernahmegarantie bei der Institution bzw. der unterzubringenden Person nachfragt, ob

## C 7.3

für die Unterbringung ein KESB-Beschluss vorliegt oder ob die Unterbringung auf Freiwilligkeit beruht. Dabei geht es überhaupt nicht darum, eine solche Anordnung materiell zu überprüfen, sondern einzig darum, ob in formeller Hinsicht die Voraussetzungen gegeben sind.

(RRB Nr. 142 vom 23. Februar 2021)

### 7.3 Monatspauschale für Personen in stationären Einrichtungen

*- Um eine Erhöhung der gewährten Monatspauschale zu erwirken, muss dargelegt werden, inwiefern diese für die den konkreten Verhältnissen angebrachte Lebensführung im Alters- und Pflegeheim nicht ausreicht (Erw. 3-3.5).*

*Aus den Erwägungen:*

3. Der Beschwerdeführer stellt sich auf den Standpunkt, dass sich die monatliche Pauschale für Personen in stationären Einrichtungen gemäss den SKOS-Richtlinien neu nach dem kantonal anerkannten Beitrag für persönliche Auslagen im Geltungsbereich des Bundesgesetzes über Ergänzungsleistungen zur Alter-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung vom 6. Oktober 2006 (ELG, SR 831.30) richte. Im Kanton Schwyz betrage dieser Fr. 442.--. Deshalb habe er Anspruch darauf, dass die Vorinstanz ihm die Monatspauschale rückwirkend am 1. Januar 2021 erhöhe.

3.1 Die Gemeinden sorgen dafür, dass Hilfesuchenden die nötige und fachgerechte Sozialhilfe zuteil wird (§ 11 Abs. 1 des Gesetzes über die Sozialhilfe vom 18. Mai 1983, ShG, SRSZ 380.100). Wer für seinen Lebensunterhalt und den seiner Familienangehörigen mit gleichem Wohnsitz nicht hinreichend oder rechtzeitig aus eigenen Mitteln aufkommen kann, hat Anspruch auf wirtschaftliche Hilfe (§ 15 ShG). Die wirtschaftliche Hilfe erstreckt sich auf die Gewährung des notwendigen Lebensunterhaltes im Sinne eines sozialen Existenzminimums. Zu den persönlichen Bedürfnissen gehören in vertretbarem Umfang auch Beziehungen zur Umwelt (§ 16 Abs. 1 ShG). Gemäss § 4 Abs. 2 ShV sind die SKOS-Richtlinien für den Vollzug der individuellen Sozialhilfe wegleitend, soweit das Gesetz und diese Verordnung keine andere Regelung vorsehen. Der Regierungsrat kann ergänzende Vorschriften zur Anwendung der SKOS-Richtlinien erlassen oder Ausnahmen vorsehen (§ 4 Abs. 3 ShV).

3.2 Die 2019/2020 revidierten SKOS-Richtlinien wurden auf den 1. Januar 2021 in Kraft gesetzt. Gemäss Kapitel C.3.2 SKOS-Richtlinien orientiert sich der Grundbedarf für den Lebensunterhalt (GBL) für Personen in stationären Einrichtungen an den kantonal anerkannten Beiträgen für persönliche Auslagen im Geltungsbereich des ELG.

3.3 Gemäss Art. 10 Abs. 2 ELG haben die Kantone für die Personen, die dauernd oder länger als drei Monate in einem Heim oder Spital leben, einen Betrag für persönliche Auslagen zu bestimmen, der bei der Berechnung der Ergänzungsleistungen bei den sog. anerkannten Ausgaben veranschlagt wird. Im Kanton Schwyz werden bei Personen, die in einem Heim oder in einem Spital leben, 27 % des Betrages für den allgemeinen Lebensbedarf für Alleinstehende als Betrag für persönliche Auslagen berücksichtigt (§ 6 Abs. 1 des Gesetzes über Ergänzungsleistungen zur Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung vom 28. März 2007, ELG-SZ, SRSZ 362.200). Diese Höhe gilt auch für persönliche Auslagen für Personen, welche in einer heimähnlichen Institution leben (§ 6 Abs. 2 ELG-SZ i. V. m. § 6 Abs. 2 der Vollzugsverordnung zum Gesetz über Ergänzungsleistungen zur Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung vom 11. Dezember 2007, ELV-SZ, SRSZ 362.211). Der anerkannte Betrag für persönliche Auslagen für Personen in Heimen oder Spitälern beträgt im Kanton Schwyz demnach Fr. 442.--.

3.4 Wie die Vorinstanz in ihrer Vernehmlassung vom 26. März 2021 korrekt ausführt, ist der Umstand, dass die Grundlage für die Monatspauschale in den SKOS-Richtlinien geändert hat, noch kein hinreichender Grund, um die monatlichen Sozialhilfeleistungen in diesem Punkt anzupassen. Einerseits erklärt § 4 Abs. 2 ShV die SKOS-Richtlinien für die Bemessung der wirtschaftlichen Hilfe lediglich als "wegleitend". Andererseits schreibt auch das Kapitel C.3.2 der SKOS-Richtlinien nicht zwingend eine Monatspauschale von Fr. 442.-- vor, sondern hält fest, dass sich der Grundbedarf für Personen in stationären Einrichtungen am kantonal anerkannten Beitrag für persönliche Auslagen im Geltungsbereich der ELG "orientiert". Insoweit hat der Beschwerdeführer grundsätzlich darzulegen, weshalb die bisherige Monatspauschale von Fr. 255.-- für eine den konkreten Verhältnissen (Alter, Gesundheitszustand etc.) angebrachte Lebensführung im Alters- und Pflegeheim nicht ausreichen soll. Zu beachten ist hierbei, dass der Grundbedarf für die Lebenshaltung des Beschwerdeführers grundsätzlich bereits vollständig im Pensionsarrangement enthalten bzw. durch die monatlichen Heimkosten abgedeckt ist.

3.5 Der Beschwerdeführer führt weder in seinem Gesuch vom 4. März 2021 noch in seiner Beschwerde vom 16. März 2021 konkrete Gründe

## C 8.1

an, die für eine Erhöhung der Monatspauschale für ungedeckte Kosten sprechen würden. Aus den von der Vorinstanz eingereichten monatlichen Berechnungen ergibt sich, dass der Beschwerdeführer die monatliche Pauschale von Fr. 255.-- normalerweise nicht aufbraucht. Der tiefste tatsächliche Betrag für ungedeckte Kosten beläuft sich auf rund Fr. 40.--. Seit Januar 2018 lag der Betrag lediglich fünf Mal über der Pauschale. Im Durchschnitt hat der Beschwerdeführer von der monatlichen Pauschale lediglich Fr. 139.-- bezogen. Somit verbleibt ihm eine monatliche Sparquote von über Fr. 100.--. Es ist nicht ersichtlich, weshalb der Beschwerdeführer auf einen höheren Betrag für persönliche Auslagen angewiesen sein soll. Es ist jedenfalls nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz den Pauschalbetrag nicht erhöht hat. Die Beschwerde ist deshalb abzuweisen. (RRB Nr. 296 vom 27. April 2021).

---

## 8. Bildungswesen

---

### 8.1 Nichtbestehen der Fachmaturitätsprüfungen

- *Rundungsregel bei der Notenermittlung (Erw. 3.2-3.3).*
- *Anwendbarkeit der Rundungsregeln auf die Fachmaturität ist gerechtfertigt (Erw. 4-4.4).*

*Aus den Erwägungen:*

2. Die Beschwerdeführer begründen ihre Verwaltungsbeschwerde damit, dass das Reglement über die Abschlussprüfungen an den Fachmittelschulen vom 11. September 2008 (SRSZ 624.413, nachfolgend: Prüfungsreglement) im 3. Abschnitt "Fachmaturität" und im 4. Abschnitt "Fachmaturität Pädagogik" keine Vorschriften zum Auf- oder Abrunden der Prüfungsnoten enthalte. Aus diesem Grund gelte nach Ansicht der Beschwerdeführer automatisch die mathematische Rundungsregel. Im konkreten Fall hat D. D. im Fachbereich Mathematik an der schriftlichen Prüfung die Note 3.0 und an der mündlichen Prüfung die Note 3.5 erreicht, was einen Durchschnitt von 3.25 ergibt. Die Vorinstanz hat diese Note (in Richtung der schriftlichen Prüfungsnote) auf eine 3.0 abgerundet. Die Anwendung der mathematischen Rundungsregel würde nun dazu führen, dass die Mathematiknote von D. D. auf 3.5 aufgerundet würde und sie in der Mathematik nur noch 0.5 Mangelpunkte (Notenabweichung von 4.0 nach unten)

hätte. Damit hätte D. D. insgesamt 1 Mangelpunkt (Mathematik 0.5 und Naturwissenschaften 0.5) und würde alle Voraussetzungen für die Erteilung der Fachmaturität erfüllen.

3. - 3.1 (...).

3.2 Der 3. und 4. Abschnitt des Prüfungsreglements enthalten keine weiteren Bestimmungen zur Notenermittlung oder zur anwendbaren Rundungsregel. Die gesetzliche Regelung des Prüfungsreglements erweist sich daher als lückenhaft. Die Beschwerdeführer wollen diese Lücke durch die Anwendung der mathematischen Rundungsregelung schliessen. Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführer hat die Vorinstanz jedoch auf § 12 Abs. 2 des Prüfungsreglements zurückgegriffen. Gemäss § 12 Abs. 2 des Prüfungsreglements wird die Schlussnote nach der Seite der nächsten halben oder ganzen Zahl auf- oder abgerundet, wenn sich bei der Berechnung der Schlussnoten ein Bruch ergibt, der zwischen zwei halben Zahlen liegt. Liegt das Ergebnis genau in der Mitte zwischen einer halben und einer ganzen Zahl, so ist die Auf- oder Abrundung nach der Seite der Prüfungsnote, bei Fächern mit ausschliesslich Prüfungsnoten (gemäss Abs. 1 Bst. d) nach der Seite der schriftlichen Prüfungsnote vorzunehmen.

3.3 Die Beschwerdeführer argumentieren dagegen, dass § 12 Abs. 2 des Prüfungsreglements im Abschnitt "II. Fachmittelschulausweis" stehe und nicht auf die Abschlussnoten der Fachmaturität anwendbar sei. Zudem sei eine unterschiedliche Rundungsregelung bei der Fachmaturität und dem Fachmittelschulausweis gerechtfertigt. Beim Fachmittelschulausweis gebe es nämlich Vornoten. Bei der Fachmaturität sei dies nicht der Fall, weshalb auch keine spezielle Rundungsregelung geschaffen und damit die mathematische Rundungsregelung herangezogen werden müsse. Zudem mache die Rundungsregelung von § 12 Abs. 2 des Prüfungsreglements bei Abschlüssen ohne Vornoten (Fachmaturität) für die Beschwerdeführer keinen Sinn.

4. Der Argumentation der Beschwerdeführer kann nicht gefolgt werden. Die Unterteilung des Prüfungsreglements in sechs Abschnitte weist nämlich keine strikte Trennung auf. So befindet sich z.B. im Abschnitt "I. Allgemeine Bestimmungen" eine Norm (§ 3 des Prüfungsreglements), welche sich nur auf den Fachmittelschulausweis bezieht und daher eigentlich in den entsprechenden Abschnitt "II. Fachmittelschulausweis" gehören würde. Zudem schliesst der Fachmaturitätslehrgang an den Fachmittelschulausweis an und baut auf diesem auf, weshalb z. B. § 15 Abs. 1 des Prüfungsreglements aus dem Abschnitt "III. Fachmaturität" den Fachmit-

## C 8.1

telschulenausweis als Zulassungskriterium voraussetzt und damit sinngemäss auf diese entsprechenden Bestimmungen des Fachmittelschulenausweises im Abschnitt "II. Fachmittelschulenausweis" verweist. Die Unterteilung des Prüfungsreglements in die einzelnen Abschnitte ist daher nicht sehr aussagekräftig, weshalb vorliegend nur mit Zurückhaltung von der Gliederung auf den Anwendungsbereich der Normen geschlossen werden kann. Aus diesem Grund ist es naheliegender, die im gleichen Prüfungsreglement (im Abschnitt "Fachmittelschulenausweis") bereits existierende Rundungsregelung analog auch auf die Noten der Fachmaturität anzuwenden.

4.1 Hinzu kommt der Umstand, dass § 12 des Prüfungsreglements, dessen Anwendung auf die Noten der Fachmaturität vorliegend umstritten ist, gerade selbst einen entscheidenden Hinweis dazu liefert. Gemäss § 12 Abs. 1 des Prüfungsreglements werden die Noten für den Fachmittelschulenausweis (künftig Schlussnoten genannt) wie folgt ermittelt:

- a) in Fächern mit schriftlicher bzw. praktischer und mündlicher Prüfung aus der Prüfungsnote und dem Durchschnitt der beiden letzten Semesternoten (Erfahrungsnote);
- b) in Fächern mit nur schriftlicher bzw. praktischer oder nur mündlicher Prüfung aus der Prüfungsnote und dem Durchschnitt der beiden letzten Semesternoten (Erfahrungsnote);
- c) in Fächern ohne Prüfung aus dem Durchschnitt der beiden letzten Semesternoten (Erfahrungsnote);
- d) in Fächern mit ausschliesslich Prüfungsnoten aus der Prüfungsnote bzw. aus dem Durchschnitt der schriftlichen bzw. praktischen und mündlichen Prüfungsnote.

Wie die Beschwerdeführer in ihrer Verwaltungsbeschwerde vom 3. Februar 2021 bereits selber festgestellt haben, gibt es bei der Fachmaturität im Gegensatz zum Fachmittelschulenausweis keine Vornoten. § 12 Abs. 1 Bst. d des Prüfungsreglements kann daher ausschliesslich bei der Fachmaturität zur Anwendung gelangen. Denn nur bei der Fachmaturität tritt der Fall auf, dass Abschlussnoten erteilt werden, ohne dass Erfahrungsnoten vorliegen. Beim Fachmittelschulenausweis existiert diese Konstellation nicht, was die Beschwerdeführer sogar selber erwähnt haben (vgl. auch § 5 und § 9 des Prüfungsreglements sowie die Erfahrungsnoten von D. D. in der Beilage zur Beschwerdeschrift vom 3. Februar 2021). Folglich steht fest, dass § 12 des Prüfungsreglements, trotz der Einordnung im Abschnitt "Fachmittelschulenausweis" von seiner Konzeption her nicht nur beim Fachmittelschulenausweis, sondern auch auf die Notenermittlung der Fachmaturität anwendbar ist.

4.2 Der Ursprung für die systematisch unglückliche Einordnung lässt sich in der Revision des Prüfungsreglements vom 11. September 2008 finden. Mit der damaligen Revision wurde eine neue Gliederung eingeführt, welche die verschiedenen Abschlüsse (Fachmittelschulausweis, Fachmaturität Pädagogik und Fachmaturitäten Gesundheit / Soziale Arbeit) in jeweils separate Kapitel einteilt. Bereits im damaligen § 14 des alten Prüfungsreglements war die inhaltlich mit § 12 des heutigen Prüfungsreglements identische Rundungsregelung vorhanden. Gemäss der damaligen Gliederung befand sich § 14 des alten Prüfungsreglements in einem allgemeinen Abschnitt mit Regelungen für die Benotung, welcher für alle Abschlüsse galt. Festzuhalten ist damit, dass bereits im alten Prüfungsreglement sowohl für den Fachmittelschulausweis als auch für die Fachmaturität nicht eine mathematische, sondern die genau definierte Rundungsregelung von § 12 Abs. 2 des Prüfungsreglements bzw. § 14 Abs. 2 des alten Prüfungsreglements galt. Aus diesem Grund rechtfertigt sich daher auch unter dem revidierten Prüfungsreglement die Anwendung von § 12 Abs. 2 des Prüfungsreglements auf die Notenermittlung bei der Fachmaturität.

4.3 Im Übrigen macht die Rundungsregelung von § 12 Abs. 2 des Prüfungsreglements entgegen der Ansicht der Beschwerdeführer auch Sinn. Es ist durchaus nachvollziehbar, dass bei einem Notendurchschnitt, welcher genau zwischen einer halben Note und einer ganzen Note liegt, auf die Seite der schriftlichen Prüfungsnote auf- oder abgerundet wird. Die schriftliche Prüfung dauert ein vielfaches länger als die mündliche Prüfung und deckt dadurch grundsätzlich nicht nur einzelne Themenbereiche ab, sondern erfasst ein breiteres Prüfungsspektrum als die mündliche Prüfung. Dadurch kann die schriftliche Prüfungsnote den Wissensstand der Prüfungsabsolventen besser abbilden, als die mündliche Prüfungsnote. Es ist daher nicht zu beanstanden, dass die schriftliche Prüfungsnote bei einem Auf- oder Abrunden stärker gewichtet wird und daher den Ausschlag gibt.

4.4 Im Übrigen wird auf dem Dokument "Berechnung der Fachmaturitätsnoten" der Kantonsschule Ausserschwyz die Rundungsregelung zugunsten der schriftlichen Prüfungsnote klar erläutert. Dieses Dokument ist für die Beschwerdeführer bzw. D. D. einerseits auf der Internetseite (<https://www.ksasz.ch/de/service/reglemente>) abrufbar und wurde gemäss den Ausführungen der Vorinstanz andererseits in der ersten Klassenstunde am 17. August 2020 in Papierform verteilt. Damit war den Beschwerdeführern bzw. D. D. die angewendete Rundungsregelung zu Beginn des Fachmaturitätslehrgangs bekannt und dementsprechend hätten sie diese

## C 8.2

bereits vor dem Ablegen der Prüfung beanstanden müssen. Ein Abwarten bis nach dem Erhalt eines negativen Prüfungsergebnisses verdient daher (unabhängig von den vorangegangenen Erwägungen) auch aufgrund allgemeiner Überlegungen keinen Rechtsschutz.

(RRB Nr. 361 vom 25. Mai 2021).

### 8.2 Dispensation vom Präsenzunterricht im Zusammenhang mit dem repetitiven Testen aufgrund Covid-19

- *Ausnahme vom Erfordernis des aktuellen Rechtsschutzinteresses (Erw. 4.2-4.4).*
- *Die Dispensation von Präsenzunterricht tangiert das Recht auf ausreichenden Grundschulunterricht (Erw. 6-6.4).*
- *Gesetzliche Grundlage (Erw. 8-8.5), öffentliches Interesse (Erw. 9) und Verhältnismässigkeit der Massnahme (Erw. 10.1-10.5).*

*Aus den Erwägungen:*

4.2 Ein schutzwürdiges Interesse liegt vor, wenn die tatsächliche oder rechtliche Situation des Beschwerdeführers durch den Ausgang des Verfahrens beeinflusst werden kann. Das Interesse besteht im praktischen Nutzen, den die erfolgreiche Beschwerde dem Beschwerdeführer eintragen würde, das heisst in der Abwendung eines materiellen oder ideellen Nachteils, den die angefochtene Verfügung zur Folge hätte; abzustellen ist auf die Art und Intensität der Benachteiligung. Am Rechtsschutzinteresse fehlt es regelmässig dann, wenn die Beschwerde dem Beschwerdeführer keinerlei nennenswerte Vorteile bringen kann (Michael Merker, Rechtsmittel, Klage und Normenkontrollverfahren nach dem aargauischen Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege [VRPG] vom 9. Juli 1968, Diss. Zürich 1998, N 129 f. zu § 38 VRPG).

4.3 Ferner ist ein Interesse nach herrschender Lehre und Praxis nur dann schützenswert, wenn es sich um ein aktuelles Interesse handelt. Die Aktualität des Interesses muss zudem während des ganzen Verfahrens bis zur Entscheidung gegeben sein. Fällt die Beeinträchtigung des Beschwerdeführers während des Verfahrens weg, oder war eine solche überhaupt nie gegeben, so ist das aktuelle Interesse und somit das Rechtsschutzbedürfnis zu verneinen und auf die Beschwerde ist nicht einzutreten (Josef Hensler, Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde im Kanton Schwyz, Zürich 1980, S. 42, S. 147; BGE 128 II 34, E. 1b; AGVE 2007 S. 442



f., 2002 S. 230 mit Hinweisen). Ausnahmsweise kann auf das Erfordernis des aktuellen praktischen Interesses verzichtet werden, wenn sich die aufgeworfenen Fragen unter gleichen oder ähnlichen Umständen jederzeit wieder stellen können, eine rechtzeitige Überprüfung im Einzelfall kaum je möglich wäre und die Beantwortung wegen deren grundsätzlicher Bedeutung im öffentlichen Interesse liegt (vgl. BGer 2C\_8/2021 vom 25. Juni 2021 E. 2.2 ff.).

4.4 Der Sohn der Beschwerdeführer wurde aufgrund eines positiv getesteten Pools in seiner Klasse vom 27. April 2021 bis und mit 6. Mai 2021 vom Präsenzunterricht dispensiert, da er nicht am Pooling teilgenommen hat. Die vorliegende Beschwerde richtet sich gegen diese Massnahme. Da der Sohn der Beschwerdeführer die entsprechende Massnahme absolviert hat, mangelt es den Beschwerdeführern an einem aktuellen Rechtsschutzinteresse. Dieses ist im Verlauf des Beschwerdeverfahrens mit dem Absolvieren der Massnahme dahingefallen. Allerdings weisen die Beschwerdeführer zutreffend darauf hin, dass das Bildungsdepartement am 27. Mai 2021 entschieden hat, dass die Schulen für die Zyklen 2 (3. bis 6. Primarklasse) und 3 (Sekundarstufe I) ab dem 7. Juni 2021 bis vorläufig Ende September 2021 obligatorisch am repetitiven Testen teilnehmen müssen (vgl. Weisung zum repetitiven Testen, Ziff. 6). Dies bedeutet, dass auch nach den Sommerferien die Regelung, wonach im Fall eines positiven Pooltestergebnisses in einer Klasse die nicht getesteten Schüler dieser Klasse für zehn Tage vom Präsenzunterricht dispensiert werden, weiterhin zum Tragen kommt. Die in der Beschwerde aufgeworfenen Fragen können sich somit nach Schulbeginn jederzeit wieder stellen. Aufgrund der grundsätzlichen Natur der aufgeworfenen Fragen besteht ein hinreichendes öffentliches Interesse an deren Beantwortung, weshalb auf die Beschwerde einzutreten ist.

5. (...).

6. Die Beschwerdeführer wehren sich gegen die zehntägige Dispensation ihres Sohnes vom Präsenzunterricht infolge eines positiven Pooltestergebnisses in seiner Klasse. Sie sind der Ansicht, diese Massnahme verletze den Anspruch ihres Sohnes auf ausreichenden Grundschulunterricht (Art. 19 BV). Weiter sehen die Beschwerdeführer in der getroffenen Massnahme einen unzulässigen Eingriff in die persönliche Freiheit (Art. 10 Abs. 2 BV) ihres Sohnes.

6.1 Gemäss Art. 10 Abs. 2 BV hat jeder Mensch das Recht auf persönliche Freiheit, insbesondere auf körperliche und geistige Unversehrtheit und auf Bewegungsfreiheit. Ausserhalb des unantastbaren Kerngehalts

## C 8.2

schützt die verfassungsmässige Garantie der Persönlichkeit vor jeglichem Eingriff in die körperliche Integrität, sei sie schmerzhaft oder schmerzlos, ernsthaft oder harmlos, gesundheitsgefährdend oder gar heilend (Jörg Paul Müller/Markus Schefer, Grundrechte in der Schweiz, 4. Auflage, Bern 2008, S. 71). Das Grundrecht auf persönliche Freiheit umfasst neben den in Art. 10 Abs. 2 BV ausdrücklich genannten Rechten auch das Recht auf Selbstbestimmung und auf individuelle Lebensgestaltung sowie den Schutz der elementaren Erscheinungen der Persönlichkeitsentfaltung (Rainer J. Schweizer, in: Bernhard Ehrenzeller/Benjamin Schindler/Rainer J. Schweizer/Klaus A. Vallander [Hrsg.], St. Galler Kommentar zur schweizerischen Bundesverfassung, 3. Auflage, Zürich/St. Gallen 2014, Art. 10 N 6 und N 38 ff.)

6.2 Kinder und Jugendliche haben gemäss dem ebenfalls in den Grundrechtskatalog eingeordneten Art. 11 Abs. 1 BV Anspruch auf besonderen Schutz ihrer Unversehrtheit und auf Förderung ihrer Entwicklung. Gegenstand des Schutzanspruchs von Art. 11 Abs. 1 BV ist die von Art. 10 Abs. 2 BV gewährleistete körperliche und geistige Unversehrtheit. Minderjährige haben jedoch mit Art. 11 Abs. 1 BV Anspruch auf einen ihrer Situation angepassten besonderen staatlichen Schutz. Während Art. 11 Abs. 1 BV neben dem Abwehrrecht ein subjektives Recht auf Förderung der Entwicklung im Grundrechtskatalog verankert, umschreibt Art. 41 Abs. 1 BV im Rahmen der Sozialziele für den Bund und die Kantone, welche Ziele mit Förderungsmassnahmen erreicht werden sollen. Unter anderem sollen sich Kinder und Jugendliche nach ihren Fähigkeiten bilden und weiterbilden sowie beruflich ausbilden können (lit. f). Artikel 41 BV erscheint deshalb als Konkretisierung dessen, was mit dem Anspruch auf Förderung der Entwicklung (Art. 11 BV) bezweckt wird (Schweizer, a.a.O., Art. 11 N 14, 21).

6.3 Weiter gewährleistet Art. 19 BV einen Anspruch auf ausreichenden und unentgeltlichen Grundschulunterricht. Träger des Rechtsanspruchs sind Kinder und Jugendliche vom Kindergarten, soweit dieser obligatorisch, bis und mit der Sekundarstufe I (BGE 140 I 153 E. 2.3.1 S. 156). Nach Art. 62 Abs. 1 und 2 BV sorgen die für das Schulwesen zuständigen Kantone für einen ausreichenden, allen Kindern offen stehenden und an öffentlichen Schulen unentgeltlichen obligatorischen Grundschulunterricht. Die Anforderungen, die Art. 19 BV an den obligatorischen Grundschulunterricht stellt ("ausreichend"), belassen den Kantonen einen erheblichen Gestaltungsspielraum. Die Ausbildung muss aber auf jeden Fall für den Einzelnen angemessen und geeignet sein und genügen, um die Schüler auf ein selbstverantwortliches Leben im modernen Alltag vorzubereiten (BGer 2C\_733/2018 vom 11. Februar 2019, E. 5.2.1).

6.4 Den Beschwerdeführern ist insoweit zuzustimmen, als sie geltend machen, dass durch die Anordnung, wonach ihr Sohn während zehn Tagen das Schulareal bzw. die Schulräumlichkeiten nicht mehr betreten darf, das Grundrecht ihres Sohnes auf ausreichenden Grundschulunterricht gemäss Art. 19 BV tangiert ist. Ob dadurch auch das Recht von A. auf persönliche Freiheit im Sinne von Art. 10 Abs. 2 BV bzw. die Bewegungsfreiheit von A. zusätzlich noch eingeschränkt ist, erscheint fraglich. Denn das Recht das Schulareal und die Schulräume aufzusuchen, ist ein Teilgehalt des Rechtes auf ausreichenden Grundschulunterricht. Diese Frage muss jedoch nicht abschliessend geklärt werden, da nachfolgend ohnehin überprüft wird, ob ein Grundrechtseingriff zulässig ist.

7. (...).

8.1 Das Bundesgesetz über die Bekämpfung übertragbarer Krankheiten des Menschen vom 28. September 2012 (Epidemiengesetz, EpG, SR 818.101) regelt den Schutz des Menschen vor übertragbaren Krankheiten und sieht die dazu nötigen Massnahmen vor. Es bezweckt, den Ausbruch und die Verbreitung übertragbarer Krankheiten zu verhüten und zu bekämpfen (Art. 1 f. EpG). Das Epidemiengesetz bezieht sich insbesondere auf diejenigen übertragbaren Krankheiten, die eine Gefahr für die öffentliche Gesundheit oder ein Gesundheitsrisiko für Einzelne oder bestimmte Gruppen darstellen. Ein Krankheitserreger ist umso bedeutender, je grösser sein Schadenspotenzial ist. Massgebend sind dabei die Schwere der Erkrankung und ihrer Folgen – insbesondere bleibende Schäden oder frühzeitiger Tod –, die Anzahl Betroffener, die direkten Gesundheitskosten und die indirekten Kosten, die beispielsweise durch Erwerbsausfall oder Arbeitsunfähigkeit entstehen (Botschaft zur Revision des Bundesgesetzes über die Bekämpfung übertragbarer Krankheiten des Menschen vom 3. Dezember 2010, BBl 2011, 311 ff., S. 357).

8.2 Der Bundesrat hat in Bezug auf die Covid-19 Pandemie mit Beschluss vom 19. Juni 2020 die ausserordentliche Lage aufgehoben und die Zuständigkeit diesbezüglich für die obligatorischen Schulen wieder den Kantonen übertragen. Weiter erliess der Bundesrat gestützt auf Art. 6 Abs. 1 Bst. a und b EpG am 19. Juni 2020 die Verordnung über Massnahmen in der besonderen Lage zur Bekämpfung der Covid-19-Epidemie vom 19. Juni 2020 (neu: vom 23. Juni 2021; Covid-19-Verordnung besondere Lage, SR 818.101.26). Diese Verordnung bezweckt die Anordnung von Massnahmen gegenüber der Bevölkerung, Organisationen und Institutionen sowie den Kantonen zur Bekämpfung der Covid-19-Epidemie. Die Massnahmen dienen dazu, die Verbreitung des Coronavirus zu

## C 8.2

verhindern und Übertragungsketten zu unterbrechen (Art. 1 der Covid-19-Verordnung besondere Lage).

8.3 Gestützt auf Art. 40 EpG sowie Art. 2 Abs. 2 und 23 der Covid-19-Verordnung besondere Lage können Kantone Massnahmen anordnen. Art. 40 EpG ist gemäss neuster bundesgerichtlicher Rechtsprechung eine hinreichende formell gesetzliche Grundlage für die in den kantonalen Verordnungen enthaltenen Massnahmen (vgl. dazu BGer 2C\_8/2021 vom 25. Juni 2021, E. 3.8). Der Regierungsrat des Kantons Schwyz kann gestützt auf § 1 Abs. 3 der Kantonalen Vollziehungsverordnung zum Epidemiegesetz und zum Tuberkulosegesetz vom 23. Januar 1984 (SRSZ 571.211) Massnahmen zur Verhütung und Weiterverbreitung übertragbarer Krankheiten anordnen. In diesem Sinne hat der Regierungsrat die Verordnung über Massnahmen zur Bekämpfung der Covid-19-Epidemie vom 14. Oktober 2020 (Kant. Covid-VO, SRSZ 571.212) erlassen. Für den Schulbereich hat der Regierungsrat die Kompetenz, Massnahmen zu erlassen, an das Bildungsdepartement übertragen (vgl. § 4 Kant. Covid-VO). Der Regierungsrat hat mit RRB vom 23. März 2021 jedoch weiter beschlossen, das repetitive Testen in Gesundheitsorganisationen, Betrieben und Schulen flächendeckend umzusetzen. Im Bereich der Volksschule übernahm die Umsetzung dieser beschlossenen Massnahme im Sinne von § 4 Kant. Covid-VO das Bildungsdepartement.

8.4 Gemäss der Weisung des Bildungsdepartements zum repetitiven Testen werden einmal pro Woche Tests durchgeführt. Damit sollen Übertragungsketten des Coronavirus frühzeitig erkannt und unterbrochen werden. Nach Ziff. 4 Bst. c der Weisung zum repetitiven Testen gilt das kommunizierte Vorgehen bei positivem Pooltest an den Schulen weiterhin. Bei einem positiv getesteten Fall in der Klasse werden nicht getestete Personen vom Präsenzunterricht dispensiert. Während der Dispensation arbeiten sie von zu Hause. Ohne Test kann nicht ausgeschlossen werden, dass sie angesteckt sind und andere anstecken könnten. Aus der Dispensation kann entlassen werden, wer ein negatives PCR-Testergebnis vorweisen kann. Diese Vorgehensweise ergibt sich im Übrigen auch aus der Weisung des Amtes für Volksschulen bezüglich Vorgehen bei positivem Pool an Schulen vom 2. Juni 2021 (Ziff. 5c; nachfolgend: Weisung bei positivem Pool).

8.5 Im Ergebnis stellen die erwähnten Vorschriften eine ausreichende gesetzliche Grundlage für die umstrittene Massnahme dar. Die Beschwerdeführer wenden dagegen ein, dass Art. 40 EpG nicht einschlägig sei, da die angeordnete Dispensation ihres Sohnes eine Massnahme gegenüber einer einzelnen Person betreffe. Diese Anordnung sei gestützt auf Art. 40

EpG nicht zulässig, da gestützt darauf nur Massnahmen gegenüber der Bevölkerung bzw. einer bestimmten Personengruppe getroffen werden dürften. Mit dieser Argumentation verkennen die Beschwerdeführer, dass die zuständigen kantonalen Behörden nach Art. 40 Abs. 2 Bst. b EpG Schulen oder andere öffentliche Anstalten und private Unternehmen schliessen oder gegenüber diesen besondere Vorschriften zum Betrieb verfügen können (vgl. dazu Botschaft zur Revision des Bundesgesetzes über die Bekämpfung übertragbarer Krankheiten des Menschen [Epidemiengesetz, EpG], in: BBI 2011 311 ff., S. 392). Bei der vorliegend umstrittenen Anordnung (freiwilliges repetitives Testen sowie die damit zusammenhängenden Massnahmen wie die Dispensation von nicht Getesteten bei einem positiven Pool) handelt es sich somit um eine rein betriebliche Massnahme, welche der Aufrechterhaltung des Präsenzunterrichts dient. Dabei stützt sie sich auf Art. 40 Abs. 2 Bst. b EpG.

8.6 - 8.8 (...).

9. Das repetitive Testen inklusive die damit zusammenhängenden Massnahmen bei einem positiven Pool, wie die Dispensation von nicht getesteten Personen, dienen der Bekämpfung der Covid-19-Epidemie und damit dem Schutz der Gesundheit der Bevölkerung. Es besteht ein erhebliches öffentliches Interesse an der Eindämmung der Pandemie bzw. an der Unterbrechung der Übertragungsketten. Es kann dabei auf das bereits in Erwägung 8.7 Gesagte verwiesen werden. Die auf den Gesundheitsschutz zielenden Massnahmen (u. a. das repetitive Testen inklusive der Dispensation von nicht Getesteten bei einem positiven Pool) liegen deshalb grundsätzlich im öffentlichen Interesse (vgl. dazu VGE III 2020 212 vom 7. Januar 2021, E. 3.3.2 mit Hinweis auf BGE 128 I 327 E. 4.3.2). Ausserdem tragen die Massnahmen zur Aufrechterhaltung des generellen Präsenzunterrichts an der Volksschule bei, was ebenfalls im öffentlichen Interesse liegt.

10.1 Als nächster Schritt ist die Verhältnismässigkeit der im Zusammenhang mit dem repetitiven Testen angeordneten Dispensation zu prüfen. Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit fordert, dass die Verwaltungsmassnahmen zur Verwirklichung des im öffentlichen Interesse liegenden Ziels geeignet und notwendig sind. Ausserdem muss der angestrebte Zweck in einem vernünftigen Verhältnis zu den Belastungen stehen die den Privaten auferlegt werden (vgl. dazu Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Auflage, Zürich/St. Gallen 2020, N 514).

10.2 Bei der Beurteilung der Verhältnismässigkeit von epidemiologischen Massnahmen muss beachtet werden, dass den fachlich zuständigen

## C 8.2

und politisch verantwortlichen Behörden ein relativ bedeutender Spielraum zusteht. Denn bei neu auftretenden Infektionskrankheiten besteht typischerweise eine hohe Unsicherheit über Ursachen, Folgen und geeignete Bekämpfungsmassnahmen. Es liegt bei einer solchen Ausgangslage in der Natur der Sache, dass eine gewisse Unsicherheit besteht bezüglich der zukünftigen Wirkung einer bestimmten Massnahme. In diesem Sinne ist jede Beurteilung, die zu einem bestimmten Zeitpunkt erfolgt, zwangsläufig provisorisch, beruhend auf dem aktuellen Stand des Wissens. Vor diesem Hintergrund kann eine Massnahme nicht schon deshalb als unrechtmässig betrachtet werden, weil sie bei besserer Kenntnis aus der Retrospektive allenfalls nicht als optimal erscheint (vgl. dazu BGer 2C\_941/2020 vom 8. Juli 2021, E. 3.2.5 ff.).

10.3.1 Die Verwaltungsmassnahme muss geeignet sein, das im öffentlichen Interesse angestrebte Ziel zu erreichen. Das Element der Geeignetheit dient der Prüfung der Präzision staatlichen Handelns. Ungeeignet ist eine Massnahme dann, wenn sie am Ziel vorbeischiess, d. h. keinerlei Wirkungen im Hinblick auf den angestrebten Zweck entfaltet oder die Erreichung dieses Zweckes sogar erschwert oder verhindert. Zu prüfen ist also die Zwecktauglichkeit einer Massnahme. Die Rechtsprechung ist bei der Beurteilung der Eignung grosszügig und sondert nur diejenigen Massnahmen aus, die sich als völlig ungeeignet zur Zielerreichung erweisen. Gemäss dem Bundesgericht genügt für die Eignung einer Massnahme, dass diese mit Blick auf den angestrebten Zweck Wirkungen zu entfalten vermag und nicht gänzlich daran vorbeizieht (vgl. BGE 144 I 126 E. 8.1; Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., N. 522).

10.3.2 Das repetitive Testen sowie die in diesem Zusammenhang angeordnete Dispensation von nicht getesteten Schülern bei einem positiven Pool innerhalb der gleichen Klasse sind geeignet, um infizierte (insbesondere symptomlose) Virenträger zu identifizieren, die Übertragungskette zu unterbrechen und so die Pandemie einzudämmen. Es kann dabei auf das bereits in der vorangegangenen Erwägung 8.7 Gesagte verwiesen werden. Die Vorinstanz 1 hat im Übrigen in ihrer Vernehmlassung vom 22. Juni 2021 anhand der Fallzahlen im Bildungsbereich nachvollziehbar dargelegt, dass nach Einführung des repetitiven Testens die Fälle von positiv getesteten Schülern (in Isolation) sowie diejenigen in Quarantäne markant zurückgegangen sind (vgl. Beilage 5 zur Vernehmlassung vom 22. Juni 2021). Dies bestätigt, dass die Massnahme zur Eindämmung der Pandemie durchaus geeignet ist. Ferner wird durch die von den Beschwerdeführern beanstandete Massnahme auch die Aufrechterhaltung des Präsenzunterrichts gewährleistet, was für den Schulbetrieb sowie auch aus pädagogischer Sicht zentral ist.

10.3.3 Die Beschwerdeführer bringen dagegen vor, dass eine Dispensation aufgrund eines ungeeigneten PCR-Tests sich nicht als geeignet erweise, die Pandemie einzudämmen. Denn ein positiver PCR-Test alleine sage lediglich aus, dass eine Person positiv getestet worden sei. Es sage jedoch noch nichts darüber aus, ob eine Person infektiös sei. Vorab ist festzuhalten, dass der Sohn des Beschwerdeführers sich nicht freiwillig testen lässt und bei ihm somit keine PCR-Tests durchgeführt werden. Es ist davon auszugehen, dass der Beschwerdeführer mit seinen Äusserungen geltend machen will, dass unklar sei, ob der Pool tatsächlich positiv getestet worden sei und deshalb eine Dispensation der nicht getesteten Personen nicht notwendig sei. Selbst wenn die Aussagen der Beschwerdeführer in Bezug auf den PCR-Test zutreffend sein sollten, erweist sich die Vorgehensweise der Vorinstanzen bzw. ihre Massnahmen als geeignet. Denn durch die Vorgehensweise der Vorinstanzen, wonach bei einem positiven PCR-Test in einem Pool, einerseits diejenigen Personen eines positiven Pools nochmals getestet werden und andererseits die nicht Getesteten zehn Tage vom Präsenzunterricht dispensiert werden, können weitere Ansteckungen weitestgehend verhindert werden. Schlimmstenfalls werden bei einer solchen Vorgehensweise mehr Personen als tatsächlich ansteckend sind, nochmals getestet bzw. dispensiert, was jedoch im Verhältnis zum angestrebten Ziel, namentlich der Schutz der Gesundheit der Bevölkerung durch die Eindämmung der Pandemie, hinnehmbar ist.

10.3.4 Die Beschwerdeführer wenden weiter ein, dass die Dispensation ihres Sohnes nicht geeignet sei, um das im öffentlichen Interesse liegende Ziel (Schutz der Gesundheit der Bevölkerung bzw. die Eindämmung der Pandemie sowie die damit zusammenhängende Aufrechterhaltung des Präsenzunterrichts bei Eindämmung der Pandemie) zu erreichen, wenn die Schüler aus dem positiven Pool bis zum Vorliegen des negativen Einzeltests in der Schule verbleiben dürfen. Den Beschwerdeführern ist bei diesem Einwand grundsätzlich zuzustimmen. Aufgrund der dem Regierungsrat vorliegenden Akten ist unklar, ob damals die Schüler des positiven Pools tatsächlich bis zum Vorliegen des negativen Einzeltests in der Schule verbleiben durften. Diese Frage muss jedoch nicht abschliessend geklärt werden, da in Bezug auf die gegenüber dem Sohn der Beschwerdeführer angeordnete Dispensation vom 27. April 2021 bis und mit 6. Mai 2021 es ohnehin an einem aktuellen Rechtsschutzinteresse fehlt. Soweit es um die Beurteilung eines möglichen zukünftigen Falles geht, muss beachtet werden, dass das Amt für Volksschulen und Sport in der Zwischenzeit eine Weisung bezüglich Vorgehen bei einem positiven Pool herausgegeben hat. Diese Weisung schreibt unter Ziffer 2 vor, dass Personen aus dem positiven Pool sowie Personen der Klasse, die nicht am repetitiven

## C 8.2

Testen teilnehmen, im Anschluss an einen positiven Pool nach Möglichkeit räumlich von den anderen Schülern getrennt und dann zum schnellst möglichen Zeitpunkt, ausgestattet mit Hausaufgaben nach Hause geschickt werden sollen. Mit dieser Vorgabe wird gewährleistet, dass die Übertragungskette unterbrochen wird. Die Schulträger haben sich zukünftig an die in der Weisung bei positivem Pool vorgeschriebene Vorgehensweise zu halten.

10.4 Die Beschwerdeführer sind ausserdem der Auffassung, dass andere Massnahmen wie die Maskenpflicht, Hygienemassnahmen und Social Distancing mildere Massnahmen sein könnten, welche ebenfalls effektiv im Kampf gegen die Übertragung des Coronavirus seien. Das repetitive Testen sowie die zehntägige Dispensation von nicht Getesteten bei einem positiven Pool sei deshalb nicht erforderlich. Die Vorinstanz 1 räumt vernehmlassend ein, dass im Zeitpunkt des Erlasses der angefochtenen Verfügung die Schüler auf der Sekundarstufe I noch Masken getragen haben. Für den Regierungsrat erscheint es fraglich, ob eine Dispensation bei einer Maskenpflicht tatsächlich erforderlich gewesen ist. Denn im Privatbereich sieht das Bundesamt für Gesundheit (nachfolgend: BAG) grundsätzlich von der Anordnung einer Kontaktquarantäne im Sinne von Art. 7 der Covid-19-Verordnung besondere Lage ab, wenn jemand zwar engen Kontakt hatte mit einer Person, deren Covid-19-Erkrankung bestätigt oder wahrscheinlich ist, jedoch dabei eine Schutzmaske getragen hat (siehe auch Erläuterungen zur Verordnung über Massnahmen in der besonderen Lage zur Bekämpfung der COVID-19-Epidemie vom 23. Juni 2021 [Covid-19-Verordnung besondere Lage] SR 818.101.26) vom 7. Juli 2021, S. 8). Die Vorinstanz 1 wendet dagegen ein, dass sie eine Dispensation trotz Maskenpflicht im Schulbereich für notwendig erachte, da nicht ausgeschlossen werden könne, dass die Schüler sich auf dem Schulweg (ohne Maske) näher kommen und damit die Gefahr der Ansteckung trotzdem vorhanden sei. Ob dem so ist, kann vorliegend offengelassen werden. Denn seit der Einführung des repetitiven Testens ist die Maskenpflicht auch auf der Sekundarstufe I gefallen (vgl. Ausführungen in der vorangehenden Erwägung 8.6). Soweit die Beschwerdeführer der Ansicht sind, dass eine Maskenpflicht sowie das Einhalten von Hygiene- und Verhaltensmassnahmen mildere Massnahmen darstellen würden als das zurzeit geltende Regime, kann dem nicht zugestimmt werden, zumal das ständige Tragen von Gesichtsmasken durch die Schüler wohl kaum im Sinne der Beschwerdeführer ist. Im Übrigen übersehen die Beschwerdeführer, dass das BAG neben der Einhaltung der Hygiene- und Verhaltensregeln insbesondere das Testen, das Tracing, die Isolation und die Quarantäne empfiehlt. Der Kanton Schwyz bzw. die Vorinstanz 1 hat mit der Einführung des repetitiven



Testens an der Volksschule diese erweiterte Teststrategie des Bundes übernommen, was nicht zu beanstanden ist.

10.5 Bezüglich der Zumutbarkeit der zehntägigen Dispensation muss beachtet werden, dass es sich dabei um einen relativ milden Eingriff in das Recht auf ausreichenden Grundschulunterricht handelt. Die Vorinstanz 1 führt dazu in der Vernehmlassung vom 22. Juni 2021 zutreffend aus, dass bei einer zehntägigen Dispens die betroffenen Schüler maximal 56 Lektionen nicht vor Ort mitmachen können. Dies bedeutet jedoch nicht, dass sie während diesen Lektionen nicht unterrichtet werden. Vielmehr werden die betroffenen Schüler während der Dispensation entweder online oder mit Aufgaben bedient. Es ist deshalb in keinsten Weise ein nicht ausreichender Grundschulunterricht auszumachen, wenn von den insgesamt 1365 Jahreslektion 56 Lektionen nicht vor Ort absolviert werden können. Zudem wird die Absenz nicht im Zeugnis vermerkt und hat keinen Einfluss auf eine allfällige Bewerbung. Die persönliche Entwicklung, die Wahrung der Chancengleichheit sowie auch die Integration der betroffenen Schüler sind durch die zehntägige Dispensation nicht tangiert. Kommt hinzu, dass sich die betroffenen Schüler mit einem negativen PCR-Testergebnis aus der Dispensation befreien können (vgl. Weisung zum repetitiven Testen, Ziff. 4 Bst. c). Im Ergebnis ist festzuhalten, dass die umstrittene Massnahme sich als zumutbar und gerechtfertigt erweist, um das angestrebte Ziel zu erreichen. Das öffentliche Interesse an der Eindämmung der Pandemie und am Erhalt des generellen Präsenzunterrichts an der Volksschule überwiegt das private Interesse an der Teilnahme am Präsenzunterricht während der zehntägigen Dispensation.

11. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die umstrittene Dispensation keinen unzulässigen Eingriff in die Grundrechte des Sohnes der Beschwerdeführer darstellt und nach Art. 36 BV zulässig ist. Folglich ist die Beschwerde abzuweisen.

(Präsidialverfügung Nr. 9 vom 26. Juli 2021, genehmigt mit RRB Nr. 568 vom 24. August 2021).

---

# 10. Raumplanung

---

## 10.1 Voraussetzungen für den Erlass einer Planungszone

- *Gesetzliche Grundlage (Erw. 4-4.2).*
- *Öffentliches Interesse, Erfordernis des doppelten Nachweises. Kein Verstoss gegen den übergeordneten kantonalen Richtplan (Erw. 5-5.2.5).*
- *Verhältnismässigkeit (Erw. 6-6.3) und weitere Voraussetzungen (Erw. 7).*

*Aus den Erwägungen:*

4. Die Voraussetzungen für die Ausscheidung von Planungszone ergeben sich zunächst aus der Bundesverfassung. Die Festsetzung von Planungszone bewirkt eine öffentlichrechtliche Eigentumsbeschränkung und ist somit mit Art. 26 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101) nur vereinbar, wenn sie im Sinne von Art. 36 BV auf einer gesetzlichen Grundlage beruht, im öffentlichen Interesse liegt, verhältnismässig ist und den Kerngehalt unangetastet lässt (vgl. Bernhard Waldmann/Peter Hänni, Stämpfli Handkommentar zum RPG, Bern 2006, N 10 zu Art. 27 RPG).

4.1 Als gesetzliche Grundlage kommt unmittelbar Art. 27 des Bundesgesetzes über die Raumplanung vom 22. Juni 1979 (Raumplanungsgesetz, RPG, SR 700) in Betrachtung. Die Anwendung dieser Bestimmung ist nicht von kantonalen Ausführungsbestimmungen abhängig, sondern bildet eine unmittelbare gesetzliche Grundlage für die Ausscheidung von Planungszone (vgl. Waldmann/Hänni, a.a.O., N 3 und 11 zu Art. 27 RPG). Im vorliegenden Fall kann sich die Planungszone zudem auch auf das kantonale Recht bzw. auf § 14 Abs. 1 des Planungs- und Baugesetzes vom 14. Mai 1987 (PBG, SRSZ 400.100) als gesetzliche Grundlage abstützen.

4.2 Planungszone dienen der einstweiligen Sicherung der beabsichtigten Nutzungsplanung, im Besonderen der Bewahrung der Planungs- und Entscheidungsfreiheit der Behörden, die nicht durch Vorhaben, die den Planungsabsichten widersprechen, beeinträchtigt werden soll (vgl. Alexander Ruch, in: Heinz Aemisegger/Pierre Moor/Alexander Ruch/Pierre Tschannen [Hrsg.], Praxiskommentar RPG: Nutzungsplanung, Zürich/Basel/Genf 2016, N 26 zu Art. 27 RPG). Müssen Nutzungspläne angepasst

werden oder liegen noch keine vor, so kann die zuständige Behörde für genau bezeichnete Gebiete Planungszonen bestimmen. Innerhalb der Planungszonen darf gemäss Art. 27 Abs. 1 RPG nichts unternommen werden, was die Nutzungsplanung erschweren könnte. Planungszonen dürfen für längstens fünf Jahre bestimmt werden. Das kantonale Recht kann eine Verlängerung vorsehen (Art. 27 Abs. 2 RPG). Im kantonalen Recht wird diese Kompetenz zum Erlass von Planungszonen unter anderem dem Gemeinderat zugewiesen. Der Gemeinderat kann bis zum Erlass oder während der Änderung von kommunalen Nutzungsplänen Planungszonen festlegen, in denen nichts unternommen werden darf, was die Nutzungsplanung erschweren könnte. Kommunale Planungszonen dürfen gemäss dem kantonalen Recht für längstens drei Jahre bestimmt werden. Die Geltungsdauer kann in begründeten Fällen um höchstens zwei Jahre verlängert werden (vgl. § 14 Abs. 1 und 2 PBG). Die Planungszone stellt folglich das klassische Instrument zur Sicherung künftiger Planung dar, welches es den Verwaltungsbehörden erlaubt, unter bestimmten Voraussetzungen von der Anwendung des geltenden Rechts abzusehen (vgl. Waldmann/Hänni, a.a.O., N 2 zu Art. 27 RPG). Es handelt sich demnach um eine vorsorgliche (und damit zeitlich begrenzte), sichernde Massnahme, welche dem zukünftigen Nutzungsplan eine gewisse (negative) Vorwirkung verschafft (vgl. Waldmann/Hänni, a.a.O., N 7 zu Art. 27 RPG). Das Objekt der Planunsicherung beschränkt sich auf Nutzungspläne mitsamt den dazugehörigen Reglementen (vgl. Waldmann/Hänni, a.a.O., N 19 zu Art. 27 RPG).

5. Beim öffentlichen Interesse wird ein doppelter Nachweis verlangt. Zunächst muss geprüft werden, ob überhaupt ein öffentliches Interesse an einer Änderung der geltenden Nutzungsplanung (Planungsbedürfnis) vorliegt. In einem zweiten Schritt geht es um die Frage, ob auch an der Errichtung einer Planungszone zum Zweck der Sicherung des Revisionsvorhabens ein öffentliches Interesse besteht (vgl. Ruch, a.a.O., N 31 f. zu Art. 27 RPG; Waldmann/Hänni, a.a.O., N 12 zu Art. 27 RPG).

5.1.1 Ein Planungsbedürfnis besteht immer dann, wenn die Verfassung, die Gesetzgebung oder eine übergeordnete Planung eine Anpassung der geltenden Nutzungsplanung gebieten (vgl. Waldmann/Hänni, a.a.O., N 13 zu Art. 27 RPG, 2. Lemma). Auch für den Erlass einer Planungszone wird somit vorausgesetzt, dass sich neue Verhältnisse ergeben haben. Damit wird dem Grundsatz der Planbeständigkeit gemäss Art. 21 Abs. 2 RPG auch beim Erlass der Planungszone genügend Rechnung getragen. Inwieweit die geänderten Verhältnisse eine Anpassung der Nutzungsordnung genau bedingen, steht allerdings in der Regel bei Erlass der Planungszone noch nicht fest. Diese Frage bildet erst Gegenstand der nachfolgenden

## C 10.1

Prüfung im eigentlichen Nutzungsplanungsverfahren (vgl. Waldmann/Hänni, a.a.O., N 24 zu Art. 27 RPG). Dementsprechend kann die Festsetzung einer Planungszone nicht nur im Hinblick auf eine beabsichtigte Änderung des Nutzungsplanes, sondern bereits im Hinblick auf eine Überprüfung der Nutzungsordnung erlassen werden (vgl. Waldmann/Hänni, a.a.O., N 24 zu Art. 27 RPG).

5.1.2 Die letzte Gesamtrevision der Nutzungsplanung in der Gemeinde S. fand im Jahr 1993 statt. Nachdem die Stimmberechtigten eine geplante Gesamtrevision im Jahr 2013 abgelehnt hatten, wurde eine Teilrevision in die Wege geleitet. Dazu wurde das Mitwirkungsverfahren am 27. Mai 2014 mit einer Informationsveranstaltung für die Bevölkerung gestartet. Die Teilrevision der Nutzungsplanung wurde im Juni 2015 öffentlich aufgelegt und am 5. Juni 2016 von den Stimmberechtigten angenommen. Der Regierungsrat hat die Teilrevision am 6. September 2016 genehmigt (vgl. dazu RRB Nr. 761 vom 6. September 2016). Am 8. März 2016 erliess der Regierungsrat mit Beschluss Nr. 209 den revidierten kantonalen Richtplan mit dem dazugehörigen Richtplanteiltext, welcher neue Bestimmungen zu verkehrsintensiven Einrichtungen enthielt. Die Genehmigung durch den Bundesrat erfolgte am 24. Mai 2017. Dieser Richtplan wurde in der Zwischenzeit mit RRB Nr. 289 vom 24. April 2019 erneut geändert und vom Bundesrat am 26. Juni 2020 genehmigt. Die vorliegend relevanten Bestimmungen zu den verkehrsintensiven Einrichtungen im Richtplanteiltext sind jedoch bei der letzten Änderung unverändert geblieben. Damit steht fest, dass die Bestimmungen zu den verkehrsintensiven Einrichtungen erst nach dem Beginn der letzten kommunalen Nutzungsplanungsrevision in den kantonalen Richtplanteiltext aufgenommen wurden. Da Richtpläne für die Behörden verbindlich sind (vgl. Art. 9 Abs. 1 RPG; § 3 Abs. 2 PBG), hat die Vorinstanz ihre Nutzungsplanung zu überprüfen und gegebenenfalls daran anzupassen, indem sie grundeigentümerverbindliche Bestimmungen zu verkehrsintensiven Einrichtungen in die Nutzungsplanung aufnimmt. Dementsprechend ist ein Planungsbedürfnis bzw. ein öffentliches Interesse an einer Überprüfung und Änderung der Nutzungsplanung zu bejahen.

5.2 Der doppelte Nachweis des öffentlichen Interesses verlangt zudem, dass (zusätzlich zum Planungsbedürfnis) eine einigermaßen gefestigte und begründete Planungsabsicht besteht. An die Bestimmtheit dieser Absicht dürfen allerdings keine zu hohen Anforderungen gestellt werden, da die Planung ja nicht im Verfahren der Festsetzung von Planungszonen, sondern später verwirklicht wird. Die Planungsabsicht ist daher wesensgemäss von einer gewissen Unbestimmtheit geprägt und wird oftmals erst

im Verlauf der weiteren Planung nach und nach konkretisiert. Im Allgemeinen genügt daher das Vorliegen eines Entschlusses des zuständigen Gemeinwesens, aus dem ein klar umrissener Wille auf Planänderung hervorgeht. Des Weiteren muss diese Planungsabsicht zulässig sein. Es versteht sich von selbst, dass der vorsorgliche Schutz für Massnahmen, die ihrerseits mit dem übergeordneten Recht oder übergeordneter Planung im Widerspruch stehen, nicht im öffentlichen Interesse liegen kann (vgl. Waldmann/Hänni, a.a.O., N 13 zu Art. 27 RPG, 1. und 3. Lemma). In der Regel kann jedoch über die Rechtmässigkeit der künftigen Planung nicht schon beim Erlass der Planungszone entschieden werden, da der konkrete Inhalt der Nutzungsplanung in diesem Moment noch gar nicht definitiv feststeht. Die Zulässigkeit der Planungsabsicht ist daher grundsätzlich erst im Nutzungsplanverfahren näher zu prüfen. Eine Planungszone liegt aber jedenfalls dann nicht im öffentlichen Interesse, wenn die Planungsabsicht offensichtlich gegen übergeordnetes Recht verstösst (vgl. EGV-SZ 2012 C 10.1, E. 3.3.2).

5.2.1 Aus dem Beschluss Nr. 227 der Vorinstanz vom 11. August 2020 geht klar hervor, dass die Vorinstanz die Vorgaben aus dem Richtplanteil zu den verkehrintensiven Einrichtungen aufgreifen möchte und deshalb beabsichtigt, auf der Stufe der Nutzungsplanung grundeigentümergebundene Bestimmungen zu den verkehrintensiven Einrichtungen zu erlassen. Zur Sicherung dieses Vorhabens hat die Vorinstanz mit Beschluss Nr. 227 die umstrittene Planungszone erlassen. Folglich besteht eine gefestigte Planungsabsicht.

5.2.2 Die Beschwerdeführer bringen im Zusammenhang mit der Zulässigkeit der Planungsabsicht sinngemäss vor, dass die geplante Baureglementsrevision und damit auch die Planungszone dem Richtplan widersprechen würden und daher eine unzulässige Planungsabsicht vorliege. Sie begründen dies damit, dass die Planungszone bzw. die geplante Baureglementsänderung weitergehende Einschränkungen enthalte als der Richtplanteil. Konkret enthalte die geplante Baureglementsbestimmung Vorschriften zu kleineren verkehrintensiven Einrichtungen, für welche der Richtplanteil gar keine Vorschriften vorsehe.

5.2.3 Gemäss dem Richtplanteil bzw. dem Richtplangeschäft B-7.1 werden verkehrintensive Betriebe mittels verschiedener Schwellenwerte wie folgt unterteilt: Grosse verkehrintensive Einrichtungen sind Einrichtungen mit mehr als 3000 m<sup>2</sup> Verkaufsfläche oder mehr als 300 Parkplätzen oder mehr als 2000 Fahrten pro Tag (an hundert Tagen) (Richtplangeschäft B-7.1 Bst. d). Mittlere verkehrintensive Einrichtungen sind

## C 10.1

Einrichtungen mit mehr als 800 m<sup>2</sup> Verkaufsfläche oder mehr als 60 Parkplätzen (Bst. e). Kleine verkehrsintensive Einrichtungen sind Einrichtungen, welche die Schwellenwerte für mittelgrosse Einrichtungen nicht erreichen (Bst. f). Gemäss dem Richtplangeschäft B-7.2 Bst. c sind kleine verkehrsintensive Einrichtungen im Rahmen der allgemeinen Zonenvorschriften zulässig. Das Richtplangeschäft B-7.3 bestimmt die Kriterien bei der Festlegung von Standorten für grosse und mittelgrosse verkehrsintensive Einrichtungen. Unter anderem sind diese verkehrsintensiven Einrichtungen gemäss dem Richtplangeschäft B-7.3 Bst. a an integrierten Standorten vorzusehen, d.h. sie liegen im oder am Siedlungsschwerpunkt, insb. wenn Güter für den täglichen Bedarf angeboten werden. Sie sind erschliessungstechnisch und städtebaulich mit Bezug zu den bestehenden Siedlungsschwerpunkten anzusiedeln. Eine bodensparende Bebauung ist vorzugeben (z.B. mehrgeschossige Bauten, Parkierung unter- oder oberhalb der verkehrsintensiven Einrichtungen u.a.). Angrenzende Wohngebiete sind vor übermässiger Belastung zu schonen.

5.2.4 In Art. 33a des Baureglementsentwurfs (nachfolgend: E-BauR) plant die Vorinstanz ein Verbot von verkehrsintensiven Einrichtungen in den Gewerbezonon (welche alle ausserhalb der Siedlungsschwerpunkte liegen) bereits ab einer Grösse von mehr als 400 m<sup>2</sup> Verkaufsfläche oder mehr als 30 Parkplätzen. Damit will die Vorinstanz die für grosse und mittelgrosse verkehrsintensive Einrichtungen vorgeschriebene Zentrumsnähe als Standortkriterium auch auf kleinere verkehrsintensive Einrichtungen anwenden. Dieses Vorgehen ist grundsätzlich nicht zu beanstanden. Die Richtpläne sind zwar für Behörden verbindlich, sie bestimmen jedoch nur in den Grundzügen, wie sich das Gebiet räumlich entwickeln soll. Sie räumen den Planungsbehörden bei der Ausarbeitung der Nutzungsplanung den notwendigen Ermessensspielraum ein (vgl. BGE 118 Ib 503, E. 6.b.cc). Daraus folgt, dass der Richtplan für das nachfolgende Nutzungsplanungsverfahren häufig nicht ganz präzise Vorgaben macht. Andernfalls wäre es gar nicht möglich, im Rahmen der Nutzungsplanung eine vernünftige Interessenabwägung vorzunehmen (vgl. EGV-SZ 2001, C. 10.2, E. 6.2). Zudem hält der Richtplantext explizit fest, dass für kleinere verkehrsintensive Einrichtungen die Zonenvorschriften massgebend sind. Der Richtplantext überlässt es damit den Gemeinden, allfällige Vorschriften für kleine verkehrsintensive Einrichtungen zu erlassen. Die geplante Baureglementsrevision steht daher nicht in offensichtlichem Widerspruch zum Richtplantext, weshalb die Argumentation der Beschwerdeführer nicht stichhaltig ist.

5.2.5 Weiter bringt der Beschwerdeführer II vor, dass sein in der Gewerbezone liegendes Grundstück KTN XYZ am oder im Siedlungsschwerpunkt

von B. liege und daher sogar die Standortvorgaben des Richtplanes für grosse und mittelgrosse verkehrsintensive Einrichtungen erfülle. Das in Art. 33a Abs. 2 E-BauR geplante Verbot von verkehrsintensiven Einrichtungen mit mehr als 400 m<sup>2</sup> Verkaufsfläche oder mit mehr als 30 Parkplätzen auf seinem in der Gewerbezone liegenden Grundstück sei deshalb unzulässig.

Den Ausführungen des Beschwerdeführers II kann nicht gefolgt werden. Das Grundstück KTN XYZ liegt am östlichen Dorfende von B. Im Süden und Westen grenzt es an die Wohn- und Arbeitszone. Im Norden grenzt das Grundstück bereits an die Landwirtschaftszone und im Osten liegt zwischen der Landwirtschaftszone und dem Grundstück KTN XYZ nur noch ein ca. 125 m breiter Streifen bzw. das Grundstück KTN XXX, welches in der Zone für öffentliche Bauten und Anlagen liegt und auf dem ein Schulhaus mit Sportplatz liegt. Es ist deshalb nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz das Grundstück KTN XYZ nicht zum Siedlungsschwerpunkt gezählt und daher in die Planungszone einbezogen hat. Folglich ist festzuhalten, dass die Planungsabsicht nicht offensichtlich gegen übergeordnetes Recht verstösst.

6. Eine Planungszone ist verhältnismässig, wenn sie im Hinblick auf das konkrete Sicherungsziel geeignet, erforderlich und angemessen ist. Unter dem Gesichtspunkt der Eignung ist zu prüfen, ob die Planungszone und die mit ihr einhergehenden vorsorglichen Nutzungsbeschränkungen das taugliche Mittel darstellen, um die Entscheidungsfreiheit des Planungsträgers zu sichern. Daran kann es beispielsweise fehlen, wenn nicht alle, sondern nur einzelne Grundstücke eines von der Nutzungsplanänderung betroffenen Gebietes in die Planungszone einbezogen werden (vgl. Ruch, a.a.O., N 36 zu Art. 27 RPG; Waldmann/Hänni, a.a.O., N 14 und 15 zu Art. 27 RPG). Die Voraussetzung der Erforderlichkeit verlangt, dass die Planungszone nicht über das hinausgeht, was zur Erreichung des Sicherungszieles notwendig ist. Zuletzt ist im Rahmen der Verhältnismässigkeit noch die Angemessenheit zu prüfen. Dabei sind die sich entgegenstehenden Interessen gegeneinander abzuwägen.

6.1 Die Planungszone ist geeignet, um die Planungsabsichten bzw. den Art. 33a E-BauR sicherzustellen. Es sind insbesondere alle Parzellen der Gewerbezonon, welche sich am Siedlungsrand befinden, von der Planungszone erfasst. Die Beschwerdeführer bringen dementsprechend auch nicht vor, dass die Planungszone nicht geeignet wäre, um die Durchsetzung von Art. 33a E-BauR sicherzustellen.

## C 10.1

6.2 Weiter ist die umstrittene Planungszone auch erforderlich, um die beabsichtigte Baureglementsrevision bzw. Art. 33a E-BauR sicherzustellen. In zeitlicher Hinsicht ist die Planungszone bis zur rechtskräftigen Genehmigung des neuen Zonenplans und BauR, jedoch längstens bis zum Ablauf von drei Jahren befristet. Die Geltungsdauer kann in begründeten Fällen um höchstens zwei Jahre verlängert werden. In räumlicher Hinsicht beschränkt sich die Planungszone auf die Gewerbezone der Gemeinde S., welche alle ausserhalb der Siedlungsschwerpunkte liegen. In Bezug auf die sachliche Erforderlichkeit ist zu erwähnen, dass die Planungszone bzw. die mit der Planungszone einhergehenden Einschränkungen sich nicht am Richtplandtext zu orientieren haben, sondern an der geplanten Revision des BauR. Das heisst, dass die Planungszone in sachlicher Hinsicht notwendig sein muss, um Art. 33a E-BauR sicherzustellen und nicht um die Vorgaben des Richtplanes zu sichern. Die Planungszone darf deshalb bloss keine weitergehenden Einschränkungen als Art. 33a E-BauR enthalten. Das ist vorliegend nicht der Fall. Dementsprechend ist die Rüge der Beschwerdeführer, dass die Planungszone stärkere Einschränkungen enthalte, als zur Sicherstellung der Vorgaben des Richtplans notwendig wäre, nicht stichhaltig. Folglich ist die Planungszone in zeitlicher, räumlicher und sachlicher Hinsicht auf das notwendige Mass reduziert, weshalb keine mildereren Massnahmen ersichtlich sind und die Erforderlichkeit daher gegeben ist.

6.3 Die Prüfung der Verhältnismässigkeit im engeren Sinne bzw. der Angemessenheit verlangt, dass die sich entgegenstehenden Interessen gegeneinander abgewogen werden. Da die Planungszone jedoch eine inhaltlich unstrukturierte Massnahme ist, taugt die Verhältnismässigkeitsprüfung im engeren Sinne nicht zur Überprüfung der Zulässigkeit der Planungszone bzw. kann höchstens eine untergeordnete Rolle spielen (vgl. Ruch, a.a.O., N 40 zu Art. 27 RPG; Waldmann/Hänni, a.a.O., N 17 zu Art. 27 RPG). Trotzdem ist nachfolgend kurz auf die Rüge der Beschwerdeführer einzugehen, wonach die Planungszone (bzw. der geplante Art. 33a E-BauR) unverhältnismässig sei. Gemäss den Beschwerdeführern seien aufgrund der Planungszone bzw. aufgrund von Art. 33a E-BauR nur noch kleine Betriebe mit einer Ladenfläche bis 400 m<sup>2</sup> oder bis zu 30 Parkplätzen zulässig, was nicht ausreichend sei, um vernünftig wirtschaften zu können. Vorweg gilt es festzuhalten, dass gemäss Art. 33a Abs. 1 E-BauR nur Freizeit- und Verkaufsanlagen als verkehrsintensive Einrichtungen gelten und deshalb nur diese von der Beschränkung betroffen sind. Alle anderen Gewerbebetriebe und Produktionsanlagen sind nicht von der Beschränkung erfasst. Die Planungszone bewirkt folglich kein absolutes Bauverbot. Zudem hat die Planungszone nicht zur Folge, dass die zukünft-



tige Nutzungsplanung bzw. das geplante BauR strikt vorangewendet werden muss, wie wenn es bereits in Kraft stünde, denn zu verhindern ist bloss die Vereitelung der beabsichtigten Planung. Damit ist vereinbar, dass geringfügige Abweichungen vom geplanten zukünftigen BauR zugelassen werden können (vgl. Waldmann/Hänni, a.a.O., N 27 zu Art. 27 RPG). Folglich wäre also denkbar, dass im Einzelfall auch Verkaufs- und Freizeitanlagen mit einer grösseren Verkaufsfläche als 400 m<sup>2</sup> zugelassen werden, wenn z.B. nachgewiesen werden kann, dass es sich bei der konkret geplanten Verkaufsanlage nicht um eine verkehrsintensive Anlage handelt. Dementsprechend ist auch der Einwand der Beschwerdeführer nicht stichhaltig, dass z.B. ein Autohaus, welches (gemäss den Ausführungen der Beschwerdeführer) sehr grosse Verkaufsflächen benötigt, aber nur wenig Kundenbesuch hat, zu Unrecht in der Gewerbezone verboten werde. Zusammenfassend steht dem privaten Interesse, ohne die erwähnten Einschränkungen wirtschaften zu können, ein gewichtiges öffentliches Interesse entgegen. Die Planungszone dient nämlich der Verwirklichung des verfassungsrechtlichen Raumplanungsauftrags (vgl. Art. 75 BV) und stellt daher ein bedeutendes öffentliches Interesse dar (vgl. EGV-SZ 2012 C 10.1, E. 3.4), welches das konkret vorliegende private Interesse an der uneingeschränkten wirtschaftlichen Nutzbarkeit der Gewerbezone überwiegt. Der Erlass der Planungszone ist daher auch verhältnismässig.

7. Zusätzlich zu den erwähnten Voraussetzungen enthält Art. 27 Abs. 1 und 2 RPG weitere Bestimmungen für den Erlass der Planungszone. So verlangt Art. 27 Abs. 1 RPG, dass die Planungszone für genau bezeichnete Gebiete bestimmt wird und folglich eine parzellenscharfe Planungszone darstellt. In Abs. 2 wird zudem die maximale Höchstdauer der Planungszone auf 5 Jahre begrenzt. Die kantonale Bestimmung von § 14 Abs. 2 PBG verkürzt diese maximal zulässige Dauer der Planungszone auf 3 Jahre und gewährt im Gegenzug die Möglichkeit einer Verlängerung um 2 Jahre. Wie bereits im Rahmen der Verhältnismässigkeitsprüfung erwähnt, erstreckt sich die Planungszone über alle Parzellen in den Gewerbebezonen der Gemeinde Schübelbach. Damit liegt eine parzellenscharfe Planungszone vor. Auch die zulässige Höchstdauer ist eingehalten. Die umstrittene Planungszone gilt für höchstens drei Jahre und kann in begründeten Fällen um höchstens zwei Jahre verlängert werden.

(RRB Nr. 109 vom 9. Februar 2021; das Verwaltungsgericht hat eine gegen den Entscheid der Regierung erhobene Beschwerde mit VGE III 2021 39 vom 13. Juli 2021 abgewiesen).

## C 10.2

### 10.2 Teilrevision Nutzungsplanung – Aufhebung eines Gestaltungsplanes

- *Im Rahmen einer Teilrevision der Nutzungsplanung kann auch die Aufhebung eines Gestaltungsplanes verlangt werden (Erw. 3.1-3.3).*
- *Bei weitgehender Realisierung des Gestaltungsplans kommt nur noch eine Aufhebung i.S.v. § 24 PBV in Frage. Voraussetzung für eine solche Aufhebung ist, dass die bereits realisierten Bauten und Anlagen den geltenden kantonalen und kommunalen Bauvorschriften entsprechen und dass berechtigtes Vertrauen in den Plan nicht verletzt wird (Erw. 4.3-5.6).*

*Aus den Erwägungen:*

3.1 Nutzungspläne sind für jedermann verbindlich (Art. 21 Abs. 1 RPG; § 4 Abs. 2 des Planungs- und Baugesetzes vom 14. Mai 1987 [PBG, SRSZ 400.100]). Bei erheblicher Veränderung der Verhältnisse, spätestens nach 15 Jahren, sind die Zonen- und Erschliessungspläne zu überprüfen und nötigenfalls anzupassen (Art. 21 Abs. 2 RPG; § 15 Abs. 2 PBG). Auch Gestaltungspläne sind grundsätzlich abänderbar. Sie können nach Anhören der Grundeigentümer durch Verfügung des Gemeinderates aufgehoben werden, wenn innert 15 Jahren seit Inkrafttreten nicht in wesentlichen Teilen mit der Verwirklichung begonnen wurde (§ 31 Abs. 1 PBG). Die Stimmberechtigten können beim Erlass oder bei der Änderung des Zonenplanes die Aufhebung von Gestaltungsplänen beschliessen, sofern dadurch der Grundsatz von Treu und Glauben nicht verletzt wird (§ 31 Abs. 2 PBG). Dabei kommt nur eine Aufhebung als Ganzes in Frage, nicht aber eine Abänderung (vgl. RRB Nr. 1027 vom 6. November 2012, E. 1.4).

3.2 Der Grundeigentümer hat grundsätzlich ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung einer planerischen Nutzungsordnung, die vor der Eigentumsgarantie (Art. 26 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 [BV, SR 101]) mangels eines genügenden öffentlichen Interesses nicht mehr standhält. Für die Durchsetzung dieses Interesses kann er in einem Verfahren auf Totalrevision der Nutzungsplanung verlangen, dass die seine Parzelle betreffenden Anordnungen auf ihre materielle Verfassungsmässigkeit überprüft werden. Dieses Recht besitzt er auch, wenn die bisherige Ordnung beibehalten werden soll. Im Rahmen einer Teilrevision der Zonenordnung ist er nur bei einer erheblichen Veränderung der Verhältnisse befugt, eine Überprüfung der Planfestsetzung zu verlangen. Nach dem Ablauf des Planungshorizontes

von 15 Jahren kann er jedoch unabhängig davon, ob eine Total- oder Teilrevision im Gang ist, die Überprüfung und Anpassung des Nutzungsplans in Bezug auf sein eigenes Grundstück verlangen (Bernhard Waldmann/Peter Hänni, Handkommentar zum Raumplanungsgesetz, Bern 2006, Art. 21 N 23 mit Hinweisen, u. a. auf BGE 1P.662/2005 vom 9. Dezember 2005, E. 2.2).

3.3 Die Gemeinde A. hat die Nutzungsplanung letztmals im Jahr 1996 (Genehmigung durch den Regierungsrat am 3. September 1996) totalrevidiert. Seither erfolgten verschiedene kleinere Anpassungen und Teilrevisionen des Zonenplans und des Baureglements. Der Planungshorizont von 15 Jahren ist also mittlerweile abgelaufen. Mit der vorliegenden Teilrevision werden nur dringliche Anpassungen und Bereinigungen umgesetzt sowie die Gewässerräume und Gefahrenzonen ausgeschieden. Für die Gestaltungsplangrundstücke KTN XXXX, YYYY, ZZZZ, XXXY und XXXZ sind keine Änderungen vorgesehen. Trotzdem kann die Beschwerdeführerin die Zonenzuweisung dieser Grundstücke sowie den dafür erlassenen Gestaltungsplan "XY" im vorliegenden Nutzungsplanverfahren überprüfen lassen, weil der Planungshorizont von 15 Jahren abgelaufen ist und § 31 Abs. 2 PBG die Möglichkeit der Gestaltungsplanaufhebung in einem Nutzungsplanverfahren ausdrücklich vorsieht. Ihr Antrag auf Aufhebung des Gestaltungsplans "XY" ist im vorliegenden Verfahren zulässig.

(...)

4.3 Ein Gestaltungsplan kann auf Antrag einzelner Grundeigentümer aufgehoben werden, wenn bereits erstellte Bauten und Anlagen dem geltenden Planungs- und Baurecht entsprechen und berechtigtes Vertrauen in den Plan nicht verletzt wird (§ 24 Abs. 1 der Vollzugsverordnung zum Planungs- und Baugesetz vom 2. Dezember 1997 [PBV, SRSZ 400.111]). Das Gesuch um Aufhebung ist gemäss § 30 Abs. 2 PBG öffentlich aufzulegen. Die Aufhebung bedarf sodann der Genehmigung des Regierungsrates (§ 24 Abs. 2 PBV).

4.4 Bei bloss teilweiser Realisierung des Gestaltungsplans i.S.v. § 31 Abs. 1 PBG kann die Aufhebung ohne das formelle Verfahren gemäss § 30 PBG vom Gemeinderat beschlossen werden. Bei weitgehender Realisierung des Gestaltungsplans hingegen kommt nur noch eine Aufhebung i.S.v. § 24 PBV in Frage. Erste Voraussetzung für eine solche Aufhebung ist, dass die bereits realisierten Bauten und Anlagen den geltenden kantonalen und kommunalen Bauvorschriften entsprechen. Als zweite Voraussetzung darf berechtigtes Vertrauen in den Plan nicht verletzt werden. Da-

## C 10.2

bei hat im Einzelfall eine Interessenabwägung zwischen gewichtigen öffentlichen und privaten Interessen an der Aufhebung und den entgegenstehenden privaten Interessen an einer Beibehaltung stattzufinden (vgl. Mark Gisler, *Ausgewählte Fragen zum Gestaltungsplan im Kanton Schwyz*, in: ZBI 101/2000, S. 401 ff.).

4.5 Die Gestaltungsplanparzellen KTN XXXX, ZZZZ und XXXY sind mit Hochbauten überbaut. Auf KTN YYYY befindet sich eine unterirdische Tiefgarage mit darüber liegender Spiel- und Erholungsfläche. Weitere Bauten sind auf dieser Parzelle nicht erlaubt. Damit wurde der Gestaltungsplan "XY" bereits vollständig realisiert. Er kann nur aufgehoben werden, wenn die Voraussetzungen von § 24 PBV gegeben sind.

5.1 Die Beschwerdeführerin begründet ihr Aufhebungsgesuch damit, dass der Gestaltungsplan den am 1. Mai 2014 in Kraft getretenen RPG-Bestimmungen widerspreche, welche eine Siedlungsentwicklung nach Innen sowie die Schaffung von kompakten Siedlungen anstreben würden. Die noch nicht konsumierte Ausnützung der Strassenparzelle KTN XXXZ könne auf das Gestaltungsplangrundstück KTN XXXX übertragen werden. Zudem sei das Vertrauen in den Gestaltungsplan "XY" nicht mehr stark zu gewichten, da sich die tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse seit dessen Erlass im Jahr 1991 erheblich verändert hätten und der Planungshorizont von 15 Jahren mittlerweile abgelaufen sei.

5.2 Die Ausnutzungsziffer ist die Verhältniszahl zwischen der anrechenbaren Bruttogeschossfläche der Gebäude und der anrechenbaren Landfläche (Art. 13 Abs. 1 E-BauR). Als anrechenbare Bruttogeschossfläche (aBGF) gilt die Summe aller ober- und unterirdischer Geschossflächen, einschliesslich der Mauer- und Wandquerschnitte (Art. 13 Abs. 2 E-BauR). Die anrechenbare Landfläche (ALF) ist die von der Baueingabe erfasste zusammenhängende Fläche, soweit sie in Bezug auf die Ausnutzung noch nicht beansprucht ist und in der Bauzone liegt (Art. 13 Abs. 4 E-BauR). Durch entsprechende Anmerkung im Grundbuch ist eine Ausnutzungsübertragung bis maximal 10 % der begünstigten Landfläche möglich, sofern die Grundstücke aneinandergrenzen oder in angemessener Beziehung zueinanderstehen (Art. 14 E-BauR). Bei Reihenhausüberbauungen, Terrassensiedlungen, Gesamtüberbauungen aufgrund eines Gestaltungsplans ist die Ausnutzungsziffer gesamthaft einzuhalten, ohne Aufteilung der Parzelle in Einzelgrundstücke (Art. 15 Abs. 2 E-BauR).

5.3 Im Zeitpunkt des Erlasses des Gestaltungsplans "XY" (am 6. September 1991) befand sich das gesamte Gestaltungsplanareal in der Wohnzone 2 (W2). In dieser Zone galt eine Ausnutzungsziffer von 0.43, welche

sich im Gestaltungsplanareal auf 0.48 erhöhte. Im Gestaltungsplanareal "XY" darf eine aBGF von insgesamt 1510.56 m<sup>2</sup> konsumiert werden (vgl. den Erlassbeschluss der Vorinstanz 1 vom 6. September 1991 sowie Art. 3 der Sonderbauvorschriften des Gestaltungsplans "XY" vom 6. September 1991). In der Folge wurde KTN ZZZZ mit einem Sechs- und KTN XXXY mit einem Fünffamilienhaus überbaut. Diese beiden Wohnhäuser konsumierten eine aBGF von jeweils 486.12 m<sup>2</sup> (vgl. den Beschluss der Vorinstanz vom 17. April 1998, E. 8, S. 3). Damit wurden diese beiden Parzellen KTN ZZZZ (Fläche: 824 m<sup>2</sup>) und KTN XXXY (Fläche: 806 m<sup>2</sup>) für sich alleine betrachtet übernutzt. Denn auf KTN ZZZZ wäre eine aBGF von nur 395.52 m<sup>2</sup> und auf KTN XXXY eine solche 386.88 m<sup>2</sup> zulässig gewesen. Innerhalb des Gestaltungsplanareals muss die Ausnützungsziffer jedoch nicht parzellenweise, sondern gesamthaft eingehalten sein.

5.4 Mit der Totalrevision der Nutzungsplanung vom 9. Juni 1996 wurden die beiden an der Churerstrasse liegenden Gestaltungsplanparzellen KTN XXXX und ZZZZ von der W2 in die Wohn- und Gewerbezone WG3 aufgezont. Dort würde ohne Gestaltungsplan eine Ausnützungsziffer von 0.8 gelten. Der anrechenbare Wohnanteil darf bis zu 70 % der jeweiligen Ausnützungsziffer, vorliegend 0.56, betragen. Die Ausnützungsziffer in der W2 beträgt nach wie vor 0.43 (Einzelbauweise) bzw. 0.45 (verdichtete Bauweise) bzw. 0.48 (Gestaltungsplan; Art. 38 Abs. 2 und Art. 48 BauR). An dieser Zonenordnung ändert sich mit der vorliegenden "Teilrevision der Nutzungsplanung" vom 10. April 2019 nichts, ausser dass die W2 in W2b umbenannt wird (Art. 22, Art. 25 Abs. 2 und Art. 36 E-BauR). Die Gebäudegruppen in verdichteter Bauweise haben in der Wohnzone W2b mindestens vier Wohneinheiten zu umfassen, wobei als Wohneinheiten Wohnungen mit wenigstens vier Zimmern gelten (Art. 12 E-BauR).

5.5 Für eine Aufhebung des Gestaltungsplan "XY" muss die geltende Ausnützungsziffer – unter dem Vorbehalt von Ausnützungsübertragungen – auf jeder Parzelle einzeln eingehalten sein. Auf KTN ZZZZ dürfte eine aBGF von 461.44 m<sup>2</sup> (0.56 x 824 m<sup>2</sup>) konsumiert werden. Das darauf stehende Haus B mit einer tatsächlich beanspruchten aBGF bzw. Wohnfläche von 468.12 m<sup>2</sup> überschreitet diese Obergrenze um 6.68 m<sup>2</sup>. Diese fehlende Ausnützung kann möglicherweise von einer anderen Parzelle auf KTN ZZZZ übertragen werden bzw. worden sein. Ob dies der Fall ist, weist die Beschwerdeführerin nicht nach und kann auch den von der Vorinstanz eingereichten Akten entnommen werden. Die Frage kann letztlich aber offen gelassen werden.

## C 12.1

5.6 Im Haus A auf KTN XXXY befinden sich vier 4.5-Zimmerwohnungen und eine 5.5-Zimmerwohnung (vgl. das Gesuch um Gestaltungsplanaufhebung vom 30. Oktober 1997). Die Voraussetzungen für verdichtete Bauweise sind erfüllt, weshalb für KTN XXXY eine Ausnützungsziffer von 0.45 gilt. Das Haus A mit einer aBGF von 486.12 m<sup>2</sup> überschreitet die maximal zulässige aBGF von 362.7 m<sup>2</sup> (806 m<sup>2</sup> x 0.45) um 123.42 m<sup>2</sup>. Gemäss Art. 14 E-BauR ist eine Ausnützungsübertragung bis maximal 10 % der begünstigten Landfläche möglich, wenn die Grundstücke aneinandergrenzen oder in angemessener Beziehung zueinander stehen. Bei der "begünstigten Landfläche" i.S.v. Art. 14 E-BauR handelt es sich um die Landfläche derjenigen Parzelle, welcher die Ausnützung zugutekommt, vorliegend also um die Landfläche von KTN XXXY (806 m<sup>2</sup>). Auf diese Parzelle darf nicht mehr als 80.6 m<sup>2</sup> aBGF übertragen werden. Die Übernutzung auf KTN XXXY um 123.42 m<sup>2</sup> kann nicht mit Ausnützungsübertragungen von anderen Parzellen behoben werden, da solche nur im Umfang von maximal 80.6 m<sup>2</sup> zulässig sind. Eine Aufhebung des Gestaltungsplans "XY" würde zu einer Übernutzung von KTN XXXY und damit zu einem rechtswidrigen Zustand auf dieser Parzelle führen.

(RRB Nr. 407 vom 15. Juni 2021).

---

## 12. Landwirtschaft

---

### 12.1 Rückforderung von Direktzahlungen

- *Anspruchsvoraussetzungen für den Bezug von Direktzahlungen. Erfordernis der wirtschaftlich engen Verbundenheit mit dem Betrieb (Erw. 5-5.2.2).*
- *Die Nutzniessung am Aktienkapital für sich allein erfüllt die Voraussetzungen nicht (Erw. 5.4-5.4.3).*
- *Prüfung der Verjährung der Rückerstattungsforderung (Erw. 7).*

*Aus den Erwägungen:*

5. Unbestritten ist, dass die Beschwerdeführer für die Jahre 2012 bis 2019 Direktzahlungen in der Höhe von insgesamt Fr. X bezogen haben. Nachfolgend ist zu prüfen, ob der Beschwerdeführer 1 als natürliche Person und selbstbewirtschaftender Betriebsführer der Beschwerdeführerin 2 dazu berechtigt war. Dies ist (nebst weiteren Voraussetzungen; vgl. unten

E. 6) dann der Fall, wenn er bei der Beschwerdeführerin 2 mittels Namenaktien über eine direkte Beteiligung von mindestens zwei Dritteln am Aktienkapital und an den Stimmrechten verfügt (Art. 3 Abs. 2 Bst. a DZV; Art. 2 Abs. 3 Bst. a aDZV). Von vornherein ausser Betracht fällt eine Beitragsberechtigung der Beschwerdeführerin 2 als juristische Person (vgl. Art. 3 Abs. 3 DZV e contrario).

5.1 Die Vorinstanz legt in der angefochtenen Verfügung vom 28. September 2020 dar, dass die vom Beschwerdeführer 1 in den Betriebsstrukturdatenerhebungen gemachten Angaben nicht korrekt gewesen seien. In den entsprechenden Formularen habe er stets deklariert, den landwirtschaftlichen Betrieb als natürliche Person selber zu bewirtschaften. Seit dem Jahr 2011 gehöre der Betrieb jedoch der Beschwerdeführerin 2, an welcher der Beschwerdeführer 1 nicht direkt beteiligt sei. Es treffe deshalb auch nicht zu, dass der Beschwerdeführer 1 den Betrieb der Beschwerdeführerin 2 als Selbstbewirtschafter führe. Die Beschwerdeführer hätten daher in den Jahren 2012 bis 2019 keinen Anspruch auf Direktzahlungen gehabt. Demgegenüber bringen die Beschwerdeführer vor, dass der Beschwerdeführer 1 über eine Nutzniessung an den Aktien der Beschwerdeführerin 2 verfüge. Die Stimmrechte seien vollumfänglich an ihn übertragen worden. Da er zudem wirtschaftlich Berechtigter der Beschwerdeführerin 2 sei, seien die Voraussetzungen für den Bezug von Direktzahlungen erfüllt.

5.2.1 Die Ausgestaltung der Direktzahlungen hat das Ziel, die bäuerlich strukturierte Landwirtschaft zu festigen bzw. die bäuerlichen Betriebe zu fördern. Die schweizerische Landwirtschaftspolitik orientiert sich seit jeher am Leitbild des bäuerlichen Familienbetriebes. Im Vordergrund steht der Betrieb, in dem die bäuerliche Familie gleichzeitig Finanzierung, Betriebsleitung und einen wesentlichen Teil der Arbeiterledigung besorgt, wobei der Gesetzgeber nicht auf ein bestimmtes Betriebsideal zielte. Prägende Elemente des bäuerlichen Familienbetriebes sind die Bodenbewirtschaftung, das Überwiegen familieneigener Arbeitskräfte, die Einheit von Arbeitsplatz und Heimstätte sowie die Verbindung von Eigentum, Besitz und Bewirtschaftung. Für den Fall, dass ein Betrieb einer juristischen Person gehört, sehen Art. 2 Abs. 3 Bst. a aDZV bzw. Art. 3 Abs. 2 Bst. a DZV vor, dass die bewirtschaftende Person dann beitragsberechtigt sein kann, wenn die juristische Person als bäuerlicher (Familien-)Betrieb ausgestaltet ist (insbesondere in Form einer Familien-AG). Anders verhält es sich dagegen im Fall von anderen juristischen Personen (nichtbäuerliche bzw. Nicht-Familien-Betriebe). Die Abgrenzung zwischen bäuerlichen und nichtbäuerlichen Betrieben erfolgt über das Erfordernis der (direkten) Mindestbeteiligung von zwei Dritteln am Aktienkapital und an den Stimmrechten.

## C 12.1

Gemäss der Rechtsprechung setzt eine Beitragsberechtigung voraus, dass der Anspruchsberechtigte wirtschaftlich eng mit dem Betrieb verbunden ist. Nötig sind ein substanzieller Kapitaleinsatz, eine Partizipation am Betriebsgewinn und ein Mittragen des Betriebsrisikos. Unter diesen Bedingungen sollen landwirtschaftliche Familienbetriebe auch dann als förderungswürdig gelten, wenn das Betriebskapital vom Privatvermögen getrennt wird, sofern ein substanzieller Einsatz von Arbeit und Kapital der bewirtschaftenden bäuerlichen Familie zugeordnet werden kann (vgl. Urteil BVGer B-2225/2006 vom 14. August 2007, E. 4.2.2 mit Hinweisen; Urteil BVGer B-6795/2015 vom 3. Oktober 2018, E. 4.4.2 f. mit Hinweisen).

5.2.2 Gemäss Sachübernahmevertrag vom 7. Dezember 2011 (vgl. Replikbeilage 4) übernahm die Beschwerdeführerin 2 anlässlich ihrer Gründung das Geschäft des nicht im Handelsregister eingetragenen Einzelunternehmens "Landwirtschaftsbetriebe A. B.". Die Beschwerdeführerin 2 wurde am 12. Dezember 2011 im Handelsregister eingetragen. Einziges Mitglied des Verwaltungsrates der Beschwerdeführerin 2 ist der Beschwerdeführer 1 (mit Einzelunterschrift; vgl. Handelsregisterauszug). Bei der Gründung der Beschwerdeführerin 2 war der Beschwerdeführer 1 Eigentümer von 100 % der (Namen-)Aktien der Gesellschaft. Mit öffentlich beurkundetem Nutzniessungs-, Übertragungs-, Ehe- und Erbvertrag von 29. Dezember 2011 (vgl. Beschwerdebeilage 39) übertrug er die Aktien zu je 25 % in das jeweilige Eigentum seiner vier Nachkommen. Gleichzeitig bestellte der Beschwerdeführer 1 an den Aktien der Beschwerdeführerin 2 zugunsten von ihm und seiner Ehefrau die lebenslängliche und unentgeltliche Nutzniessung gemäss Art. 755 ff. des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 10. Dezember 1907 (ZGB, SR 210). Es stellt sich deshalb die Frage, ob die vorliegende Konstellation, in welcher der Beschwerdeführer 1 (zusammen mit seiner Ehefrau) die Nutzniessung an allen Aktien der Beschwerdeführerin 2 innehat, unter die Bestimmung von Art. 3 Abs. 2 Bst. a DZV (Voraussetzung der "direkten" Beteiligung) zu subsumieren ist. Art. 3 Abs. 2 Bst. a DZV verlangt eine direkte Beteiligung des Bewirtschafters sowohl am Kapital der Aktiengesellschaft als auch in Bezug auf die Ausübung der Stimmrechte (vgl. auch Art. 2 Abs. 3 Bst. a aDZV).

5.3 (...).

5.4 Seit Ende 2011 ist der Beschwerdeführer 1 nicht mehr Aktionär der Beschwerdeführerin 2. Zwischen den Parteien ist umstritten, ob er als Nutzniesser an den Aktien über die geforderte direkte Beteiligung von mindestens zwei Dritteln am Aktienkapital verfügt.



5.4.1 Vorweg bleibt festzuhalten, dass die Betriebsmittel, die aus dem Einzelunternehmen des Beschwerdeführers 1 stammten, wirtschaftlich in die Beschwerdeführerin 2 überführt wurden. Der erforderliche Kapitaleinsatz wurde ursprünglich somit zwar vom Beschwerdeführer 1 erbracht. Wie oben (vgl. E. 5.2.2) bereits dargelegt wurde, hat der Beschwerdeführer 1 die Aktien der Beschwerdeführerin 2 jedoch bereits kurz nach deren Gründung zu je 25 % an seine vier Kinder verschenkt, weshalb diese nun die Kapitalgeber sind. Dem Beschwerdeführer 1 und seiner Ehefrau steht seither gemeinsam die Nutzniessung am gesamten Aktienkapital zu. In finanzieller Hinsicht beschränken sich die Rechte des Nutzniessers auf den Vermögensertrag. Sie erstrecken sich nicht auf die Substanz des Nutzniessungsgutes. Vermögensertrag stellen in erster Linie die von der Generalversammlung während der Dauer der Nutzniessung beschlossenen Dividenden und Naturalausschüttungen dar. So ist der Nutzniesser an einer grosszügigen Dividendenpolitik interessiert, währenddessen der Aktionär – und mit ihm die Gesellschaft – eher eine Reservebildung befürworten dürfte (Andreas Länzlinger, Basler Kommentar OR II, 5. Auflage, Basel 2016, N 14 zu Art. 690). Die Verfügungsgewalt über die Aktien liegt allein bei den Aktionären (im Rahmen von Art. 684 ff. des Schweizerischen Obligationenrecht vom 30. Oktober 1911 [OR, SR 220]), welche auch das wirtschaftliche Risiko zur Hauptsache tragen. Gemäss Art. 748 Abs. 1 ZGB geht die Nutzniessung unter mit dem vollständigen Untergang ihres Gegenstandes. Das Risiko des Nutzniessers besteht grundsätzlich einzig darin, dass er in einem solchen Fall keine Dividenden mehr erhalten würde. Für den Untergang und den Minderwert der Sache haftet der Nutzniesser nur, wenn er nicht nachweisen kann, dass dieser Schaden ohne sein Verschulden eingetreten ist (Art. 752 Abs. 1 ZGB). Gestützt auf diese Ausführungen erbringt der Nutzniesser weder einen substantziellen Kapitaleinsatz noch trägt er ein erhebliches Betriebsrisiko (vgl. oben E. 5.2.1). Aus diesen Gründen handelt es sich bei der Nutzniessung an den Aktien nicht um die geforderte (direkte) Beteiligung am Aktienkapital.

5.4.2 Als Bewirtschafter gilt, wer das unternehmerische Risiko trägt. Der Ordnungsgeber strebte zwar an, dass die natürliche Person gleichzeitig selber mehrheitsbeteiligte Eigentümerin des Betriebs der Gesellschaft ist (Einheit von Kapital und Betriebsleitung). Dies bedeutet allerdings nicht zwingend, dass im Rahmen von Art. 3 Abs. 2 Bst. a DZV bzw. Art. 2 Abs. 3 Bst. a aDZV nur Beteiligungen von Personen berücksichtigt werden dürfen, die als Bewirtschafter gelten (vgl. Urteil BVGer B-2225/2006 vom 14. August 2007, E. 4.2.2). Der Beschwerdeführer 1 ist einziges Mitglied des Verwaltungsrates der Beschwerdeführerin 2 (mit Ein-

## C 12.1

zelunterschrift), weshalb ihm ein hoher Grad an Organisationsfreiheit zusteht. Dass der Beschwerdeführer 1 als Betriebsleiter bei der Führung und Fällung von Entscheidungen eine aktive Rolle ausübt und im täglichen Geschehen selber Hand anlegt, wird von der Vorinstanz denn auch nicht in Frage gestellt. Demgegenüber fungieren die vier erwachsenen Kinder des Beschwerdeführers 1 als Kapitalgeber (und tragen damit auch das wirtschaftliche Risiko), ohne dass sie jedoch einen wesentlichen Arbeitseinsatz leisten würden oder irgendwelche Entscheidungskompetenzen hätten. Die Anteilsrechte der Beschwerdeführerin 2 befinden sich somit zu 100 % im Eigentum von Nichtselbstbewirtschaftenden. In der vorliegenden Konstellation fallen die Positionen Kapital und Arbeitseinsatz/Betriebsleitung klar auseinander, weshalb es sich bei der Beschwerdeführerin 2 nicht um eine bäuerliche Familien-AG handelt. Aus diesem Grund darf sich der Beschwerdeführer 1 die Beteiligungen seiner Kinder (als Aktionäre) an der Beschwerdeführerin 2 nicht anrechnen lassen.

5.4.3 Gestützt auf diese Ausführungen ist die Vorinstanz zu Recht zum Schluss gekommen, dass in den Jahren 2012 bis 2019 die Voraussetzung von Art. 3 Abs. 2 Bst. a DZV bzw. Art. 2 Abs. 3 Bst. a aDZV ("direkte" Beteiligung des Bewirtschafters am Kapital der Aktiengesellschaft) nicht (mehr) erfüllt gewesen sei. Der Beschwerdeführer 1 ist als Nutzniesser an den Aktien der Beschwerdeführerin 2 wirtschaftlich zu wenig eng mit der Kapitalgesellschaft verbunden, sodass er für den Bezug von Direktzahlungen allein aus diesem Grund nicht berechtigt war.

(...)

7. Nach Art. 171 Abs. 1 LwG werden Beiträge ganz oder teilweise zurückgefordert, wenn die Voraussetzungen, unter denen ein Beitrag gewährt wurde, nicht mehr erfüllt sind oder Auflagen oder Bedingungen nicht eingehalten wurden. Zu Unrecht bezogene Beiträge oder Vermögensvorteile sind unabhängig von der Anwendung der Strafbestimmungen zurückzuerstatten oder zu verrechnen (Art. 171 Abs. 2 LwG). Im Folgenden ist zu prüfen, ob die Rückerstattungsforderung am 28. September 2020 (Datum der Verfügung der Vorinstanz) verjährt war. Die Beschwerdeführer bringen diesbezüglich vor, dass die Vorinstanz in einem mehrere Jahre dauernden Verfahren betreffend Bewilligung zum Erwerb verschiedener landwirtschaftlicher Grundstücke genaue Kenntnisse über die Beteiligungsverhältnisse an der Beschwerdeführerin 2 erlangt habe. Sodann gehe aus verschiedenen Schreiben aus dem Jahr 2011 zwischen dem Landwirtschaftsamt, dem Rechtsdienst der Vorinstanz sowie der Steuerverwaltung hervor, dass bereits damals die Voraussetzungen für den Bezug von Direktzahlungen diskutiert worden seien. Die (unglaubliche) Behauptung der

Vorinstanz, ihr sei die Zusammensetzung der Aktiven der Beschwerdeführerin 2 nicht bekannt gewesen, verstosse gegen Treu und Glauben.

7.1 In Bezug auf die Verjährung enthält das Landwirtschaftsgesetz keine Regelung, so dass die Bestimmungen des Bundesgesetzes über Finanzhilfen und Abgeltungen vom 5. Oktober 1990 (Subventionsgesetz, SuG, SR 616.1) zur Verjährung von Rückerstattungsansprüchen heranzuziehen sind. Am 1. Januar 2020 ist die am 15. Juni 2018 beschlossene Revision des Subventionsgesetzes in Kraft getreten. Gemäss Art. 42 Abs. 1 SuG gilt das dritte Kapitel dieses Gesetzes auch für frühere Finanzhilfe- und Abgeltungsverfügungen, soweit sie über dessen Inkrafttreten hinaus wirksam sind und dieses Gesetz für die Empfänger nicht ungünstiger ist als das bisherige Recht. In Bezug auf die für die Jahre 2012 bis 2019 ausgerichteten Direktzahlungen gelten demnach noch die Bestimmungen des Subventionsgesetzes in der bis Ende 2019 geltenden Fassung. Der Anspruch auf Rückerstattung von Finanzhilfen und Abgeltungen verjährt ein Jahr, nachdem die verfügende oder den Vertrag abschliessende Behörde vom Rechtsgrund des Anspruchs Kenntnis erhalten hat, in jedem Falle aber zehn Jahre nach der Entstehung des Anspruchs (Art. 32 Abs. 2 SuG in der bis Ende 2019 geltenden Fassung). Gemäss Art. 33 SuG (in der bis Ende 2019 geltenden Fassung) wird die Verjährung durch jede schriftliche Zahlungsaufforderung unterbrochen. Der Beginn der einjährigen Frist setzt voraus, dass der Gläubiger seinen Anspruch dem Grundsatz und Umfang nach sicher kennt, so dass er ihn mit Erfolg geltend machen kann. Es genügt nicht, dass der Gläubiger von seinem Anspruch bei Anwendung der nach den Umständen gebotenen Aufmerksamkeit hätte Kenntnis haben können. Angesichts der kurzen Dauer der Verjährungsfrist darf nicht leicht hin angenommen werden, der Gläubiger sei über die massgebenden Sachverhaltselemente genügend im Bild gewesen, um den Anspruch durchsetzen zu können. Andererseits schiebt auch nicht jede im Einzelnen noch bestehende Unsicherheit über Anspruchselemente den Beginn des Fristenlaufs hinaus (vgl. Urteil BGer 2C\_88/2012 vom 28. August 2012, E. 4.3.1; Urteil BVGer B-649/2016 vom 23. August 2017, E. 6).

7.2.1 Am 13. Dezember 2011 beantragte der Beschwerdeführer 1 beim Amt für Landwirtschaft die Bewilligung zum Erwerb des landwirtschaftlichen Gewerbes bzw. verschiedener Grundstücke durch die Beschwerdeführerin 2. Mit Verfügung vom 20. Juli 2012 lehnte das Amt für Landwirtschaft das Gesuch ab. Eine dagegen erhobene Beschwerde wies das Verwaltungsgericht mit Entscheid III 2012 134 vom 17. Januar 2013 ab. Mit Urteil 2C\_212/2013 vom 18. März 2014 hiess das Bundesgericht eine weitere Beschwerde gut und es wies die Sache an das Amt für Landwirtschaft zurück. Mit Verfügung vom 22. Mai 2014 erteilte das Amt für

## C 12.1

Landwirtschaft der Beschwerdeführerin 2 schliesslich die Bewilligung zum Erwerb verschiedener landwirtschaftlicher Grundstücke. Als Auflage ordnete es u. a. an, dass mindestens zwei Drittel der Aktien der Beschwerdeführerin 2 im Eigentum von Personen bleiben müssten, die die Anforderungen an die Selbstbewirtschaftung nach den Bestimmungen des Bundesgesetzes über das bäuerliche Bodenrecht vom 4. Oktober 1991 (BGBB, SR 211.412.11) erfüllen würden. Zudem sei dem Amt für Landwirtschaft jedes Jahr unaufgefordert innert zwei Monaten nach der ordentlichen Generalversammlung ein Revisionsbericht zuzustellen, welcher über die Einhaltung der Auflagen berichte. In jenem Verfahren gingen sämtliche Instanzen (Amt für Landwirtschaft, Verwaltungsgericht, Bundesgericht) stets davon aus, dass der Beschwerdeführer 1 Alleinaktionär der Beschwerdeführerin 2 ist (vgl. Urteil BGer 2C\_212/2013 vom 18. März 2014, E. 4.1). Unter dieser Annahme beurteilten das Amt für Landwirtschaft sowie die Rechtsmittelinstanzen das Kriterium des Selbstbewirtschaftersprinzips (Art. 9 und Art. 63 Abs. 1 Bst. a BGBB e contrario) schliesslich als erfüllt. In all den Jahren hat der Beschwerdeführer 1 das Amt für Landwirtschaft nie darüber informiert, dass er sämtliche Aktien der Beschwerdeführerin 2 bereits kurz nach deren Gründung Ende 2011 an seine Kinder übertragen hatte. Die Vorinstanz hatte deshalb auch keinen konkreten Anlass, die Beteiligungsverhältnisse der Beschwerdeführerin 2 in Frage zu stellen. Am 7. November 2019 teilte die Schwyzer Kantonalbank dem Amt für Landwirtschaft mit, dass beim Konto für die Überweisung der Direktzahlungen die Namen des Bewirtschafters (Beschwerdeführer 1) und der Inhaberin (Beschwerdeführerin 2) nicht übereinstimmen würden. Mit Schreiben vom 2. Dezember 2019 forderte das Amt für Landwirtschaft vom Beschwerdeführer 1 verschiedene Unterlagen zur Prüfung der Beitragsberechtigung für die Direktzahlungen ein. Am 6. Dezember 2019 stellte der Beschwerdeführer 1 dem Amt für Landwirtschaft schliesslich u. a. das Aktienbuch der Beschwerdeführerin 2 zu. Der Vorinstanz ist deshalb insoweit beizupflichten, als sie vor diesem Datum gar keine sicheren Kenntnisse von ihrem Anspruch auf Rückerstattung der Direktzahlungsbeiträge (gestützt auf Art. 3 Abs. 2 Bst. a DZV bzw. Art. 2 Abs. 3 Bst. a dZV) haben konnte.

7.2.2 Aufforderungsgemäss reichte der Beschwerdeführer 1 dem Amt für Landwirtschaft am 9. April 2020 die Bilanzen der Beschwerdeführerin 2 der Jahre 2012 bis 2019 ein. Erst nach Konsultation dieser Unterlagen war die Vorinstanz in der Lage, sich ein genaues Bild über die Zusammensetzung der Aktiven der Beschwerdeführerin 2 zu machen. In dieser Hinsicht fällt auf, dass die Beschwerdeführer im oben erwähnten Verfahren betreffend die Bewilligung zum Erwerb landwirtschaftlicher Grundstücke stets darlegten, dass die Beteiligung an der A. AG aufgrund von

Vorgaben der Steuerbehörden zwar von der Beschwerdeführerin 2 übernommen werde. Es sei jedoch beabsichtigt, diese Beteiligung unmittelbar nach Vollzug der Sachübernahme wieder in das Privatvermögen des Beschwerdeführers 1 zu überführen (vgl. z. B. Beilage 91.21 der Akten der Vorinstanz). Die Beteiligung an der A. AG stellt indes bis heute ein Aktium der Beschwerdeführerin 2 dar. Die genauen Eigentumsverhältnisse der landwirtschaftlichen Grundstücke in E. erkannte die Vorinstanz offensichtlich ebenfalls erst im Zusammenhang mit ihren ab November 2019 vorgenommenen Abklärungen. Dem von den Beschwerdeführern erwähnten (internen) Schriftenwechsel zwischen dem Landwirtschaftsamt, dem Rechtsdienst der Vorinstanz und der Steuerverwaltung lag sodann ein anderer Sachverhalt zugrunde. Offenbar war damals auch noch die Gründung einer Holdinggesellschaft vorgesehen, was wiederum andere Konsequenzen in Bezug auf die Berechtigung für Direktzahlungen gehabt hätte. Gestützt auf diese Ausführungen konnte die Vorinstanz erst nach Konsultation der Bilanzen eruieren, dass der Buchwert des landwirtschaftlichen Gewerbes nicht mindestens zwei Drittel der Aktiven der Beschwerdeführerin 2 ausmacht (vgl. Art. 3 Abs. 2 Bst. c DZV; Art. 2 Abs. 3 Bst. d aDZV).

7.3 Aufgrund der Akten ist als erwiesen zu erachten, dass die Vorinstanz über die massgebenden Sachverhaltselemente des Rückforderungsanspruchs erst im Rahmen ihrer Abklärungen im Anschluss an die Mitteilung der Schwyzer Kantonalbank vom 7. November 2019 genügend ins Bild gesetzt wurde bzw. Kenntnis vom Rechtsgrund für die Rückforderung der Direktzahlungen erhalten hat. Damit vermögen die Beschwerdeführer aus ihren Vorbringen im Zusammenhang mit der Verjährung der Rückerstattungsforderung nichts zu ihren Gunsten abzuleiten. Die Rückerstattungsforderung der Vorinstanz war am 28. September 2020 (Datum der angefochtenen Verfügung) somit noch nicht verjährt.

(RRB Nr. 164 vom 9. März 2021).

---

## 15. Gesundheitswesen

---

### 15.1 Temporäre Betriebsschliessung aus epidemiologischen Gründen

- *Zuständigkeit des Departements des Innern im Zusammenhang mit der Epidemiebekämpfung (Erw. 3-3.2).*
- *Die akzessorische Überprüfung der bundesrätlichen Covid-19-Verordnung besondere Lage auf deren Übereinstimmung mit übergeordnetem Recht durch den Regierungsrat ist zulässig (Erw. 4-4.3).*
- *Die Covid-19-Verordnung besondere Lage hält der akzessorischen Normenkontrolle stand und ist deshalb anzuwenden (Erw. 4.3.1-4.4).*
- *Rechtmässigkeit der temporären Betriebsschliessung (Erw. 5-5.5).*

*Aus den Erwägungen:*

3. Die Beschwerdeführerin macht zunächst geltend, dass die angefochtene Verfügung nichtig sei. Die Vorinstanz sei nicht zuständig zum Vollzug der Massnahmen zur Bekämpfung der Covid-19-Epidemie, sondern das Amt für Arbeit.

3.1 Nichtigkeit bedeutet absolute Unwirksamkeit einer Verfügung. Eine nichtige Verfügung entfaltet keinerlei Rechtswirkungen. Sie ist vom Erlass an (ex tunc) und ohne amtliche Aufhebung rechtlich unverbindlich. Die Nichtigkeit ist von Amtes wegen zu beachten und kann von jedermann jederzeit – auch noch im Vollstreckungsverfahren – geltend gemacht werden. Bei der Abgrenzung zwischen blosser Anfechtbarkeit und Nichtigkeit folgt die Rechtsprechung der sogenannten Evidenztheorie. Gemäss Lehre und Rechtsprechung ist eine Verfügung nichtig, wenn der ihr anhaftende Mangel besonders schwer und offensichtlich oder zumindest leicht erkennbar ist und zudem die Rechtssicherheit dadurch nicht ernsthaft gefährdet wird. Die Praxis hat verschiedene Fehler anerkannt, bei deren Vorliegen eine Verfügung als nichtig betrachtet wird. Dies ist insbesondere bei Vorliegen schwerwiegender Zuständigkeits-, Verfahrens-, Form- und Eröffnungsfehler der Fall (vgl. Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Auflage, Zürich/St. Gallen 2020, Rz 1096 ff.; Plüss, Kommentar VRG, § 5 N 37 ff.).

3.2 Gemäss Art. 2 Abs. 1 Covid-19-Verordnung besondere Lage (Stand: 1. April 2021) behalten die Kantone ihre Zuständigkeiten, soweit diese Verordnung nichts anderes bestimmt. Nach Massgabe von § 2 Abs. 1 der

kantonalen Vollziehungsverordnung zum Epidemiengesetz und zum Tuberkulosegesetz vom 23. Januar 1984 (VVzEpG, SRSZ 571.211), vollzieht das für das Gesundheitswesen zuständige Departement das Epidemiengesetz, soweit weder das Bundesrecht noch das kantonale Recht etwas anderes vorschreiben. Das für das Gesundheitswesen zuständige Departement ist die Vorinstanz. Zutreffend ist zwar, dass § 5 Abs. 1 der Regierungsrätlichen Verordnung vom 14. Oktober 2020 über Massnahmen zur Bekämpfung der Covid-19-Epidemie die Kantonspolizei und das Amt für Arbeit als Kontroll- und Vollzugsbehörden erwähnt. Dies ändert allerdings nichts an der grundsätzlichen Zuständigkeit der Vorinstanz im Bereich der Epidemiebekämpfung. Der Vorinstanz kommt auf dem betreffenden Gebiet somit zumindest eine allgemeine Entscheidungsgewalt zu (vgl. Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., Rz 1105 mit Hinweisen). Die angefochtene Verfügung der Vorinstanz vom 16. April 2021 ist demzufolge nicht nichtig, sondern lediglich anfechtbar.

4. Der Beschwerdeführerin bringt vor, dass die von der Vorinstanz ihr gegenüber angeordnete temporäre Betriebsschliessung keine ausreichende gesetzliche Grundlage habe. Das Verbot des Betriebs eines Bistros in Innenräumen sowie die Maskentragepflicht seien ausserdem verfassungswidrig. Diese Massnahmen würden keinerlei Beitrag zur Bewältigung der Corona-Pandemie leisten. Die Beschwerdeführerin fordert deshalb, dass im vorliegenden Beschwerdeverfahren die von der Vorinstanz für die angeordneten Massnahmen angewendete Covid-19-Verordnung besondere Lage einer akzessorischen Überprüfung unterzogen werde, da diese verfassungswidrig sei.

4.1 Gemäss Art. 190 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101) sind Bundesgesetze, nicht aber (Bundes-)Verordnungen für die rechtsanwendenden Behörden massgebend. Danach sind Bundesgesetze und völkerrechtliche Normen selbst dann anzuwenden, wenn sie sich als verfassungswidrig erweisen sollten. Demgegenüber können Verordnungen des Bundes grundsätzlich akzessorisch auf ihre Übereinstimmung mit dem übergeordneten Recht geprüft werden. Verordnungen des Bundesrates als generell-abstrakte Rechtsnormen des Bundes können somit von den Rechtsanwendungsbehörden (ausschliesslich) im Rahmen einer vorfrageweisen Überprüfung auf ihre Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht überprüft werden (siehe dazu Regina Kiener/Bernhard Rütsche/Mathias Kuhn, Öffentliches Verfahrensrecht, 2. Auflage, Zürich/St. Gallen 2015, N 1771; vgl. auch Kaspar Gerber, Rechtsschutz bei Massnahmen des Bundesrats zur Bekämpfung der Covid-19-Pandemie, in: *sui generis* 2020, S. 249 ff., N 6 und N 10; BGE 2C\_941/2020 vom 8. Juli 2021, E. 1.8).

## C 15.1

4.2 Nach ständiger Rechtsprechung prüft das Bundesgericht bei unselbständigen Verordnungen, die sich auf eine gesetzliche Delegation stützen, ob sich der Bundesrat an die Grenzen der ihm im Gesetz eingeräumten Befugnisse gehalten hat. Soweit das Gesetz den Bundesrat nicht ermächtigt, von der Verfassung abzuweichen, ist auch über die Verfassungsmässigkeit der unselbständigen Verordnung zu befinden. Wird dem Bundesrat durch die gesetzliche Delegation ein sehr weiter Ermessensspielraum für die Regelung auf Verordnungsstufe eingeräumt, so ist dieser Spielraum nach Art. 190 BV verbindlich. Es darf nur geprüft werden, ob die Verordnung den Rahmen der dem Bundesrat im Gesetz delegierten Kompetenzen offensichtlich sprengt oder aus anderen Gründen gesetzes- oder verfassungswidrig ist (vgl. Marco Donatsch, Kommentar VRG, § 20 N 32; Urteil des Bundesgerichts 2C\_1174/2012 vom 16. August 2013 E. 1.7.1 ff.; BGE 130 I 26 E. 2.2.1; BGE 137 III 217 E. 2.3).

4.3 Diese Rechtsprechung bezieht sich auf das akzessorische Prüfungsrecht des Bundesgerichts. Die Rechtslehre geht jedoch davon aus, dass den kantonalen Gerichts- und Verwaltungsinstanzen dasselbe Prüfungsrecht zusteht (vgl. Donatsch, Kommentar VRG, § 20 N 33 mit Hinweisen). Der Regierungsrat ist somit befugt, vorfrageweise die Covid-19-Verordnung besondere Lage auf deren Vereinbarkeit mit übergeordnetem Recht zu überprüfen. Er hat sich dabei an die in E. 4.2 beschriebenen Prüfungsgrundsätze des Bundesgerichts zu halten. Im Rahmen einer akzessorischen Normenkontrolle ist schliesslich einer Bestimmung die Anwendung nur dann zu versagen, wenn sie sich – so wie sie im konkreten Fall angewendet wurde – jeglicher mit dem übergeordneten Recht konformen Auslegung entzieht (Donatsch, Kommentar VRG, § 20 N 34).

4.3.1 Nach Art. 118 BV trifft der Bund im Rahmen seiner Zuständigkeiten Massnahmen zum Schutz der Gesundheit. Er erlässt insbesondere Vorschriften über die Bekämpfung übertragbarer Krankheiten von Menschen (Art. 118 Abs. 2 Bst. b BV). Der Bund verfügt in diesem Teilbereich über eine umfassende, nachträglich derogierende Gesetzgebungskompetenz (Tomas Poledna, in: Bernhard Ehrenzeller/Benjamin Schindler/Rainer J. Schweizer/Klaus A. Vallender [Hrsg.], St. Galler Kommentar zur schweizerischen Bundesverfassung, 3. Auflage, Zürich/St. Gallen 2014, Art. 118 N 7 und 12). Gestützt auf Art. 118 Abs. 2 Bst. b BV hat die Bundesversammlung das Bundesgesetz über die Bekämpfung übertragbarer Krankheiten des Menschen vom 28. September 2012 (EpG, SR 818.101) erlassen. Das EpG regelt den Schutz des Menschen vor übertragbaren Krankheiten und sieht die dazu nötigen Massnahmen vor. Es bezweckt, den Ausbruch und die Verbreitung übertragbarer Krankheiten zu verhüten und zu



bekämpfen (Art. 1 f. EpG). Das Epidemiengesetz bezieht sich insbesondere auf diejenigen übertragbaren Krankheiten, die eine Gefahr für die öffentliche Gesundheit oder ein Gesundheitsrisiko für Einzelne oder bestimmte Gruppen darstellen. Ein Krankheitserreger ist umso bedeutender, je grösser sein Schadenspotenzial ist. Massgebend sind dabei die Schwere der Erkrankung und ihrer Folgen – insbesondere bleibende Schäden oder frühzeitiger Tod –, die Anzahl Betroffener, die direkten Gesundheitskosten und die indirekten Kosten, die beispielsweise durch Erwerbsausfall oder Arbeitsunfähigkeit entstehen (Botschaft des Bundesrates zur Revision des Bundesgesetzes über die Bekämpfung übertragbarer Krankheiten des Menschen vom 3. Dezember 2010, BBl 2011 311 ff., S. 357).

4.3.2 Bei Vorliegen einer besonderen Lage im Sinne von Art. 6 Abs. 1 EpG kann der Bundesrat nach Anhörung der Kantone unter anderem Massnahmen gegenüber einzelnen Personen sowie gegenüber der Bevölkerung anordnen (Art. 6 Abs. 2 Bst. a und b EpG). Der Handlungsspielraum des Bundesrates wird durch Art. 6 Abs. 2 Bst. a und b EpG auf die in den Art. 31-38 sowie Art. 40 EpG beschränkt (vgl. Botschaft des Bundesrates zur Revision des Bundesgesetzes über die Bekämpfung übertragbarer Krankheiten des Menschen vom 3. Dezember 2010, BBl 2011 311, S. 364 f.). Art. 31 – 38 EpG definieren Massnahmen gegenüber einzelnen Personen, wie die Identifizierung, medizinische Überwachung, Quarantäne und Absonderung, ärztliche Untersuchung und Behandlung sowie Einschränkungen bestimmter Tätigkeiten und der Berufsausübung. Art. 40 EpG definiert Massnahmen gegenüber der Bevölkerung und bestimmten Personengruppen, wie die Einschränkung von Veranstaltungen, die Schliessung von Schulen und anderen öffentlichen Institution sowie privaten Unternehmen etc.

4.3.3 Gestützt auf Art. 6 Abs. 2 Bst. a und b EpG erliess der Bundesrat am 19. Juni 2020 die Covid-19-Verordnung besondere Lage. Diese Verordnung bezweckt die Anordnung von Massnahmen gegenüber der Bevölkerung, Organisationen und Institutionen sowie den Kantonen zur Bekämpfung der Covid-19-Epidemie. Die Massnahmen dienen dazu, die Verbreitung des Coronavirus zu verhindern und Übertragungsketten zu unterbrechen.

4.3.4 Gemäss Art. 3b Abs. 1 Covid-19-Verordnung besondere Lage (Stand: 1. April 2021) musste jede Person u. a. in öffentlich zugänglichen Innenräumen und Aussenbereichen von Einrichtungen und Betrieben eine Gesichtsmaske tragen. Kinder vor ihrem 12. Geburtstag und Personen, die nachweisen konnten, dass sie aus besonderen Gründen, insbesondere medizinischen, keine Gesichtsmasken tragen können, waren u. a. von dieser

## C 15.1

Pflicht ausgenommen (Art. 3b Abs. 2 Bst. a und b Covid-19-Verordnung besondere Lage). Betreiber von öffentlich zugänglichen Einrichtungen und Betrieben, einschliesslich Bildungseinrichtungen, sowie Organisatoren von Veranstaltungen mussten ein Schutzkonzept erarbeiten und umsetzen (Art. 4 Abs. 1 Covid-19-Verordnung besondere Lage; Stand 1. April 2021). Es musste u. a. Massnahmen vorsehen, welche die Einhaltung der Maskentragpflicht nach Art. 3b gewährleisten (Art. 4 Abs. 2 Bst. b Covid-19-Verordnung besondere Lage). Der Betrieb von Restaurations-, Bar- und Clubbetrieben war sodann bis 31. Mai 2021 verboten (Art. 5a Abs. 1 Covid-19-Verordnung besondere Lage; Stand: 1. April 2021). Die Betreiber und Organisatoren mussten ihr Schutzkonzept den zuständigen kantonalen Behörden auf deren Verlangen vorweisen und den zuständigen kantonalen Behörden den Zutritt zu den Einrichtungen, Betrieben und Veranstaltungen gewähren (Art. 9 Abs. 1 Bst. a und b Covid-19-Verordnung besondere Lage; Stand 1. April 2021). Die zuständigen kantonalen Behörden mussten regelmässig die Einhaltung der Schutzkonzepte, namentlich in den Wintersportorten und den Skigebieten kontrollieren (Art. 9 Abs. 1bis Covid-19-Verordnung besondere Lage; Stand 1. April 2021). Stellten sie fest, dass kein ausreichendes Schutzkonzept vorliegt oder dieses nicht oder nicht vollständig umgesetzt wurde, so mussten sie umgehend die geeigneten Massnahmen treffen. Sie konnten Mahnungen aussprechen, Einrichtungen oder Betriebe schliessen oder Veranstaltungen verbieten oder auflösen (Art. 9 Abs. 2 Covid-19-Verordnung besondere Lage, Stand: 1. April 2021).

4.3.5 Es ergibt sich somit, dass mit Art. 6 Abs. 2 Bst. a und b EpG eine hinreichend bestimmte gesetzliche Delegationsnorm vorhanden ist, auf die sich der Bundesrat stützen kann. Gleichzeitig wird dem Bundesrat darin ein sehr weites Ermessenspielraum für die Regelung auf Verordnungsstufe eingeräumt. Dieser Ermessenspielraum ist zu beachten. Die Covid-19-Verordnung besondere Lage sprengt den Rahmen der dem Bundesrat im Gesetz delegierten Kompetenzen zumindest nicht offensichtlich. Insbesondere dürfen die Behörden bereits nach Art. 40 Abs. 2 EpG ("Massnahmen gegenüber der Bevölkerung und bestimmten Personengruppen") wenn nötig Veranstaltungen verbieten oder einschränken (Bst. a), Schulen, andere öffentliche Institutionen und private Unternehmen schliessen oder Vorschriften zum Betrieb verfügen (Bst. b) sowie das Betreten und Verlassen bestimmter Gebäude und Gebiete sowie bestimmte Aktivitäten an definierten Orten verbieten oder einschränken (Bst. c).

4.4 Die Covid-19-Verordnung besondere Lage hält damit der akzessorischen Normenkontrolle stand. Sie widerspricht nicht der gesetzlichen Delegationsnorm und ist verfassungskonform, denn im Bereich von Art. 118

BV hat der Bund eine umfassende Gesetzgebungskompetenz. Ihr ist die Anwendung im konkreten Fall nicht zu versagen.

5. Die Vorinstanz hat die Betriebsschliessung verfügt, weil die Beschwerdeführerin ein Bistro in den Innenräumen betrieben hat und nicht für die Durchsetzung der Maskenpflicht gesorgt hat. Die von der Vorinstanz verfügte siebentägige Betriebsschliessung tangiert insbesondere die Wirtschaftsfreiheit nach Art. 27 BV. Die Wirtschaftsfreiheit umfasst insbesondere die freie Wahl des Berufes sowie den freien Zugang zu einer privatwirtschaftlichen Erwerbstätigkeit und deren freie Ausübung (Art. 27 Abs. 2 BV).

5.1 Einschränkungen von Grundrechten bedürfen einer gesetzlichen Grundlage. Schwerwiegende Einschränkungen müssen im Gesetz selbst vorgesehen sein. Ausgenommen sind Fälle ernster, unmittelbarer und nicht anders abwendbarer Gefahr (Art. 36 Abs. 1 BV). Einschränkungen von Grundrechten müssen durch ein öffentliches Interesse oder durch den Schutz von Grundrechten Dritter gerechtfertigt sein (Art. 36 Abs. 2 BV). Einschränkungen von Grundrechten müssen verhältnismässig sein (Art. 36 Abs. 3 BV). Der Kerngehalt der Grundrechte ist unantastbar (Art. 36 Abs. 4 BV).

5.2 Die gesetzliche Grundlage für die angeordnete Betriebsschliessung besteht in den erwähnten Art. 40 EpG sowie Art. 3b Abs. 1, Art. 4, Art. 5a und Art. 9 Abs. 2 der Covid-19-Verordnung besondere Lage (Stand: 1. April 2021). Bei Ordnungsbestimmungen kann das Erfordernis der gesetzlichen Grundlage nur (aber immerhin) für leichtere Eingriffe hinreichend sein (vgl. Art. 36 Abs. 1 Satz 2 BV e contrario). Es ist grundsätzlich unbestritten, dass der Indoor-Kinderspielplatz "XY" in A. eine öffentlich zugängliche Einrichtung darstellt. Gegenteiliges behauptet auch die Beschwerdeführerin nicht. Demgemäss mussten die erwachsenen Begleitpersonen der Kinder sowie die Mitarbeiter der Beschwerdeführerin im Indoor-Kinderspielplatz eine Maske tragen. Der Betrieb eines Bistros im Innenbereich war bis Ende Mai 2021 untersagt. Die Beschwerdeführer war (und ist weiterhin) verpflichtet, mittels Schutzkonzept die Einhaltung und Durchsetzung der Massnahmen zu gewährleisten. Nach dem Gesagten besteht eine ausreichende gesetzliche Grundlage für die Maskentragepflicht, für das Verbot des Betriebs eines Bistros im Indoor-Kinderspielplatz sowie für die Betriebsschliessung (vgl. auch BGE 2C\_8/2021 vom 25. Juni 2021, E. 3.6 ff.).

5.3 Die angeordneten Massnahmen, wozu auch die Maskentragepflicht gehört, dienen der Bekämpfung der Covid-19-Epidemie und damit dem

## C 15.1

Schutz der Gesundheit der Bevölkerung. Es sollen schwere Krankheitsverläufe und Todesfälle sowie ein Kollaps des Gesundheitssystems verhindert werden. Beim Schutz der Gesundheit handelt es sich um ein zentrales polizeiliches Schutzgut. Die auf den Gesundheitsschutz zielenden Massnahmen (u. a. die Maskentragepflicht) liegen deshalb grundsätzlich im öffentlichen Interesse (vgl. dazu RRB Nr. 371 vom 1. Juni 2021, E. 5.3; VGE III 2020 212 vom 7. Januar 2021, E. 3.3.2 mit Hinweis auf BGE 128 I 327 E. 4.3.2). Die Hygiene- und Verhaltensregeln sind sehr wichtig im Bereich der Bekämpfung des Coronavirus. Die Maskentragepflicht in öffentlichen Einrichtungen und Betrieben, die Abstandsregeln sowie die übrigen Hygienemassnahmen müssen von den Betreibern öffentlich zugänglicher Einrichtungen mittels Schutzkonzepten durchgesetzt werden. Die Beschwerdeführerin bestreitet nicht, dass sie kein Schutzkonzept erarbeitet und die Maskentragepflicht gegenüber ihren Mitarbeitern und den Besuchern des Indoor-Spielplatzes nicht durchgesetzt hat. Ebenso ist es unbestritten, dass die Beschwerdeführerin ein Bistro betrieben hat, obwohl dies (nach der zum Zeitpunkt des Erlasses der angefochtenen Verfügung geltenden Rechtslage) nicht zulässig war.

5.4 Ein Grundrechtseingriff erweist sich als verhältnismässig, wenn er für das Erreichen des im öffentlichen Interesse liegenden Ziels geeignet und erforderlich ist und sich für die Betroffenen in Anbetracht der Schwere der Grundrechtseinschränkung als zumutbar erweist, d. h. eine vernünftige Zweck-Mittel-Relation vorliegt (BGE 140 I 2 E. 9.2.2 mit Hinweisen).

5.4.1 Gemäss aktuellem, herrschenden Erkenntnisstand wird Covid-19 bei engem und längerem Kontakt zu einer infizierten Person (weniger als 1.5 m Abstand ohne Trennwand oder ohne Tragen einer Gesichtsmaske) durch Tröpfchen und über die Hände übertragen. Eine Übertragung durch feinste Tröpfchen (Aerosole) ist über weite Distanzen möglich, kommt aber nicht häufig vor. Diese Art der Übertragung könnte vor allem bei Aktivitäten eine Rolle spielen, die eine verstärkte Atmung erfordern. Dies kommt zum Beispiel bei körperlicher Arbeit, Sport, lautem Sprechen und Singen vor. Dasselbe gilt bei längerem Aufenthalt in schlecht oder nicht belüfteten Räumen, vor allem wenn die Räume klein sind. Je länger und enger der Kontakt zu einer infizierten Person ist, desto wahrscheinlicher ist eine Ansteckung (vgl. <https://www.bag.admin.ch/bag/de/home/krankheiten/ausbrueche-epidemien-pandemien/aktuelle-ausbrueche-epidemien/novel-cov/krankheit-symptome-behandlung-ursprung.html>, zuletzt besucht am 12. August 2021; <https://scienctaskforce.ch/policy-brief/die-rolle-von-aerosolen-bei-der-ubertragung-von-sars-cov-2/>, besucht am 12. August 2021). Zur Bekämpfung der Covid-19-Epidemie empfiehlt das Bundesamt

für Gesundheit (BAG) neben der Einhaltung der Hygiene- und Verhaltensregeln insbesondere "Testen, Tracing, Isolation und Quarantäne". Die Hygiene- und Verhaltensregeln umfassen einerseits die Einhaltung eines Mindestabstands von 1.5 m und andererseits das Tragen einer Gesichtsmaske, wenn Abstandhalten nicht möglich ist und kein physischer Schutz, bspw. eine Trennwand, vorhanden ist. Das Tragen einer Maske in der Öffentlichkeit dient in erster Linie dem Schutz von anderen Personen. Eine infizierte Person kann bereits zwei Tage vor Auftreten der Symptome ansteckend sein, ohne es zu wissen. Wenn folglich auf engem Raum alle Personen eine Maske tragen, wird jede Person von den anderen geschützt. Dadurch verlangsamt sich die Ausbreitung von Covid-19 (<https://www.bag.admin.ch/bag/de/home/krankheiten/ausbrueche-epidemien-pandemien/aktuelle-ausbrueche-epidemien/novel-cov/so-schuetzen-wir-uns.html>, besucht am 12. August 2021).

5.4.2 Mit der temporären Betriebsschliessung wurde verhindert, dass eine Ansammlung von "maskenlosen" Personen entsteht, welche die Übertragung von Covid-19 fördert. Die temporäre Betriebsschliessung war geeignet und erforderlich, um eine weitere Ausbreitung bzw. des Coronavirus möglichst zu verhindern bzw. um neue Ansteckungen zu vermeiden, da sich die Beschwerdeführerin nicht an die Maskentragepflicht und das Bistro-Verbot gehalten hat bzw. diese nicht durchgesetzt hat. Gemäss der ursprünglich auf der Homepage von XY aufgeschalteten Mitteilung, war der Zutritt für "maskierte" Personen sogar untersagt. Das temporäre Betriebsverbot war auch zumutbar. Selbst die Beschwerdeführerin bringt nichts Gegenteiliges vor. Unter dem Aspekt der Verhältnismässigkeit ist die temporäre Betriebsschliessung nicht zu beanstanden. Sie dauerte einerseits lediglich sieben Tagen, wobei der Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit nicht besonders schwer wog und die finanziellen Einbussen zu verkraften waren. Die Beschwerdeführerin darf ihren Betrieb mittlerweile auch wieder geöffnet halten.

5.5 Insgesamt ergibt sich, dass die von der Vorinstanz verfügte temporäre Betriebsschliessung auf einer hinreichenden gesetzlichen Grundlage beruht und im öffentlichen Interesse lag. Darüber hinaus war sie eine geeignete, erforderliche und zumutbare Massnahme, um einerseits das Gesundheitsrisiko durch eine Ansteckung mit dem Coronavirus zu mindern und andererseits die Beschwerdeführerin dazu zu bewegen, die geltenden Schutzmassnahmen in Zukunft konsequent umzusetzen.

(RRB Nr. 565 vom 24. August 2021; das Verwaltungsgericht hat eine gegen den Entscheid der Regierung erhobene Beschwerde mit VGE III 2021 164 vom 18. Februar 2022 abgewiesen).

---

**19. Verschiedenes**

---

**19.1 Aufsichtsbeschwerde gegen die Oberstaatsanwaltschaft**

- *Der Regierungsrat ist zwar die zuständige (primär administrative, organisatorische) Aufsichtsbehörde über die Staatsanwaltschaft (Erw. 2.1-2.2). Gemäss § 59 Abs. 3 JG kann der Regierungsrat dem Oberstaatsanwalt jedoch nur generelle Weisungen über die Wahrnehmung der Aufgaben der Staatsanwaltschaft erteilen. Ausgeschlossen sind konkrete Anweisungen zu einzelnen Verfahren. Mit dieser Bestimmung wurden die Aufsichtsbefugnisse des Regierungsrates beschränkt, um die Unabhängigkeit der Strafverfolgung zu gewährleisten. Die fachliche Aufsicht wird damit zur Hauptsache über die (strafprozessualen) Rechtsmittelverfahren geführt. Vorliegend wäre den Parteien denn auch die Beschwerde nach Art. 393 ff. StPO (als ordentliches und vollkommenes Rechtsmittel) offen gestanden. Es kann im Übrigen auch nicht angehen, im Rahmen eines Aufsichtsbeschwerdeverfahrens die im Strafverfahren nicht bestehenden Parteirechte im Ergebnis dennoch zugestanden zu erhalten (Erw. 3.3-3.5).*
- *Die aufsichtsrechtliche Überprüfung einer Einstellungsverfügung der Staatsanwaltschaft durch den Regierungsrat ist nicht möglich bzw. unzulässig (Erw. 3.1-4).*

*Aus den Erwägungen:*

2.1 Gemäss § 86 Abs. 1 JG kann wegen Rechtsverweigerung und Rechtsverzögerung sowie wegen anderen Verletzungen von Amtspflichten bei der übergeordneten Aufsichtsbehörde Aufsichtsbeschwerde geführt werden. Die Aufsichtsbeschwerde ist unzulässig, wenn nach eidgenössischem oder kantonalem Recht ein Rechtsmittel oder ein anderer Rechtsbehelf ergriffen werden kann (§ 85 JG). Richtet sich die Aufsichtsbeschwerde gegen einen bestimmten Entscheid oder eine bestimmte Handlung, so ist sie innert 30 Tagen seit der Mitteilung oder Kenntnis einzureichen (§ 87 Abs. 1 JG). Aufsichtsbeschwerdeentscheide einer untergeordneten Aufsichtsbehörde können innert 30 Tagen seit der Mitteilung an die obere Aufsichtsbehörde weitergezogen werden (§ 89 JG).

2.2 Die Staatsanwaltschaft steht unter der Aufsicht des Regierungsrates (§ 59 Abs. 1 JG). Die Zuständigkeit des Regierungsrates zur Beurteilung der vorliegenden Aufsichtsbeschwerde gegen die Staatsanwaltschaft

Schwyz ist somit grundsätzlich gegeben. Es stellt sich jedoch die Frage, welche Aufsichtsbefugnisse dem Regierungsrat zukommen.

3.1 Aus den vorhandenen Akten ergibt sich, dass der Aufsichtsbeschwerdeführer am 11. November 2018 namens und im Auftrag von D. und E. W. (Privatkläger) bei der Staatsanwaltschaft Schwyz gegen C. K. Strafanzeige wegen des Verdachts der Veruntreuung eingereicht hat (Verfahren SUB 2018 636). Am 11. November 2019 hat C. K., vertreten durch seinen Rechtsanwalt, seinerseits Strafanzeige wegen Ehrverletzung, falscher Anschuldigung und Nötigung gegen den Aufsichtsbeschwerdeführer sowie E. und D. W. eingereicht (Strafverfahren SUB 2019 668-670). Am 3. Oktober 2019 teilte die Oberstaatsanwaltschaft dem Aufsichtsbeschwerdeführer mit, dass er in der zu beurteilenden Strafsache betreffend den Verdacht auf Veruntreuung als Rechtsbeistand von D. und E. W. nicht zugelassen sei, da die berufsmässige Vertretung von Privatklägern Personen vorbehalten sei, die im Anwaltsregister des Kantons Schwyz eingetragen sind oder Freizügigkeit nach Bundesrecht geniessen. Am 23. Juni 2020 schlossen C. K. und D. und E. W. nach Vermittlung durch die Staatsanwaltschaft und in Anwesenheit ihrer Rechtsanwälte einen Vergleich ab. Die Parteien einigten sich und beendeten somit auch eine seit Jahren andauernde zivilrechtliche Streitigkeit. Unter anderem erklärten E. und D. W. ihr Desinteresse an der Strafverfolgung gegen C. K. Dieser seinerseits zog im Gegenzug sämtliche Strafanträge gegen E. und D. W. sowie gegen den Aufsichtsbeschwerdeführer zurück. Am 24. Juni 2020 stellte die Staatsanwaltschaft Schwyz das Strafverfahren gegen C. K. wegen Veruntreuung ein und nahm die Strafverfahren gegen E. W., D. W. und den Aufsichtsbeschwerdeführer nicht an die Hand. Die Verfügungen sind seit dem 16. Juli 2020 rechtskräftig.

3.2 Die Parteien des Strafverfahrens haben darauf verzichtet, gegen die Einstellungsverfügung SUB 2018 636 vom 24. Juni 2020 ein ordentliches Rechtsmittel zu ergreifen (Beschwerde nach Art. 393 ff. StPO). Der Aufsichtsbeschwerdeführer selber war nicht Partei des Strafverfahrens SUB 2018 636. Er vertritt die Ansicht, dass die Einstellung des Strafverfahrens regelwidrig abgelaufen sei. Insbesondere seien die Voraussetzungen für die Anwendung von Art. 53 des Schweizerischen Strafgesetzbuches vom 21. Dezember 1937 (StGB, SR 311.0) nicht erfüllt gewesen. Aus diesem Grund hat er die vorliegende Aufsichtsbeschwerde eingereicht.

3.3 Gemäss § 59 Abs. 3 JG kann der Regierungsrat dem Oberstaatsanwalt generelle Weisungen über die Wahrnehmung der Aufgaben der Staatsanwaltschaft erteilen. Ausgeschlossen sind konkrete Anweisungen zu einzelnen Verfahren. Mit dieser Bestimmung wurden die Aufsichtsbefugnisse

## C 19.1

des Regierungsrates beschränkt, um die Unabhängigkeit der Strafverfolgung zu gewährleisten. (...). Die fachliche Aufsicht wird zur Hauptsache über die Rechtsmittelverfahren geführt (vgl. dazu RRB Nr. 921 vom 5. Dezember 2017, S. 17 zu § 59 JG [Teilrevision der Justizgesetzgebung, Vorlage und Bericht an den Kantonsrat]). Vorliegend wäre den Parteien die Beschwerde nach Art. 393 ff. StPO (als ordentliches und vollkommenes Rechtsmittel) offen gestanden.

3.4 Für das vorliegende Aufsichtsbeschwerdeverfahren bedeutet dies, dass der Regierungsrat kein Recht hat, eine behauptete Verletzung einer Verfahrensbestimmung im hier vorliegend konkreten Fall zu überprüfen noch Einsicht ins Verfahrensdossier zu nehmen. Aus diesem Grund ist der Aufsichtsbeschwerde keine Folge zu leisten.

3.5 Im Weiteren ist die Aufsichtsbeschwerde ein blosser Rechtsbehelf und hat im Verhältnis zu den Rechtsmitteln nur subsidiären Charakter. Verfügungen der Staatsanwaltschaft unterliegen grundsätzlich den prozessualen Rechtsmitteln und können nicht mit Aufsichtsbeschwerde beim Regierungsrat angefochten werden, zumal es der Aufsichtsbehörde auch nicht zusteht, im konkreten Fall Anweisungen zu erteilen. Vorliegend haben die betroffenen Parteien darauf verzichtet, gegen die Einstellungsverfügung ein Rechtsmittel zu erheben, womit diese in Rechtskraft erwachsen ist. Folglich ist eine Prüfung der Einstellungsverfügung vom 24. Juni 2020 im Rahmen eines Aufsichtsbeschwerdeverfahrens aufgrund der beschränkten Aufsichtsbefugnisse sowie der Subsidiarität der Aufsichtsbeschwerde nicht angezeigt. Es kann im Übrigen auch nicht angehen, im Rahmen eines Aufsichtsbeschwerdeverfahrens die im Strafverfahren nicht bestehenden Parteirechte im Ergebnis dennoch zugestanden zu erhalten.

4. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die verlangte aufsichtsrechtliche Überprüfung der Einstellungsverfügung SUB 2018 636 nicht in der Kompetenz des Regierungsrates liegt. Dieser darf sich gestützt auf § 59 Abs. 3 JG nicht in ein konkretes (laufendes oder abgeschlossenes) Verfahren einbringen bzw. diesbezügliche Anweisungen erteilen. Aus diesem Grund ist der Aufsichtsbeschwerde keine Folge zu leisten.

(RRB Nr. 444 vom 29. Juni 2021; das Verwaltungsgericht hat eine gegen die Kostenaufgabe im Entscheid des Regierungsrates erhobene Beschwerde mit VGE III 2021 128 vom 30. September 2021 [EGV-SZ 2021, B 1.1] abgewiesen).



---

## Sachregister

---

(Die Zahlenangaben beziehen sich auf die Entscheid-Nummern)

### A

Akteneinsicht der Privatklägerschaft in psychiatrische Akten	A 5.1
Akzessorische Normenkontrolle	C 15.1
Amtsmissbrauch	A 4.4
Anwaltsrecht	
- Öffentliche Verkündung eines Entscheides der Anwaltskommission	B 18.1
Aufsichtsbeschwerde	
- Verfahrenskosten	B 1.1
- gegen die Oberstaatsanwaltschaft	C 19.1
Arbeitslosenversicherung	
- Arbeitsbemühungen, ungenügende	B 3.1
- Arbeitsbemühungen bis Antritt einer neuen Stelle	B 3.2
- Arbeitslosenschädigung, Einstellung	B 3.1
- Zwischenverdienst	B 3.2
Arrestverfahren	A 6.1
Auslegung	A 2.2

### B

Behauptungslast	A 3.2
Berufliche Vorsorge	
- Konventionalstrafe nach GAV FAR	B 3.3
- Konventionalstrafe, Bemessung der Bussenhöhe	B 3.3
Berufungsverfahren	A 5.5 A 5.6
Betriebsschliessung, temporäre	C 15.1

### C

Covid-19-Verordnung	C 15.1
---------------------	--------

## D

Direktzahlungen, Rückforderung von	C 12.1
Dispensation vom Präsenzunterricht	C 8.2
Doppelvertretung	A 5.5

## E

Einbürgerung	
- Genügende Integration, Anforderungen	B 7.1
Einstellung, implizite	A 5.4
Einstellungsverfügung	
- aufsichtsrechtliche Überprüfung	C 19.1
Entführung	A 4.4
Epidemiebekämpfung	C 15.1

## F

Fachmaturitätszeugnis	C 8.1
Freiheitsberaubung	A 4.4

## G

Gegenstandslosigkeit	A 3.3
Gestaltungsplan, Aufhebung	C 10.2

## H

Heimatschutz	
- Unterschutzstellung eines Gebäudes	B 8.5

## I

Initiativrecht	
- Planungsinitiative als ausgearbeiteter Entwurf	B 7.2
- Planungsinitiative, Auswirkungen auf ein hängiges Baubewilligungsverfahren	B 7.2
IV-Stelle, Parteistellung	A 5.2

## K

Kosten

- Folgen bei Abschreibung A 3.4
  - Kosten- und Entschädigungspflicht der Privatklägerschaft A 5.7
  - Übernahme für den Aufenthalt in einer  
Kinder- und Jugendeinrichtung C 7.1 C 7.2
  - Verteilung bei Gegenstandslosigkeit A 3.3
- Krankheit A 4.3

## L

- Lärmsanierung C 3.1
- Legalitätsprinzip A 4.1

## M

- Monatspauschale für Personen in stationären Einrichtungen C 7.3

## N

Nutzungsplanung (siehe Planungs- und Baurecht)

## O

- Ordre public A 2.1

## P

- Parteistellung der IV-Stelle A 5.2
- Planungs- und Baurecht
- Ausnahmegewilligung C 2.4 C 2.7
- Bauberechtigungs nachweis als Ordnungsvorschrift B 8.2
- Baustellenerschließung B 8.3
- Begutachtung durch ENHK/EKD C 2.7
- Bestandesgarantie C 2.2 C 2.5
- Denkmalschutz C 2.3
- Erweiterung eines Fussweges zu einem Fuss-/Radweg B 8.1
- Gebäudeabstand B 8.4
- Gebäudehöhe B 8.4
- Gestaffelte Baute B 8.4

- Gestaltungsplan, Aufhebung			C 10.2
- Gewässerraum	C 2.2	C 2.4	C 2.5
- Mobilfunkanlage			C 2.6
- Planungszone		C 2.1	C 10.1
- Teilrevision Nutzungsplanung			C 10.2
- Terrassenhaus			B 8.4
- Unterschutzstellung eines Gebäudes			B 8.5
- Wasserleitung, Kostentragung für die Entfernung			B 8.6
- Wiederaufbaurecht		C 2.2	C 2.5
- Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes			C 2.3
Politische Rechte			
- Wahlen an der Bezirksgemeinde			B 7.3
Privatklägerschaft		A 5.1	A 5.7

## R

### Rechtsmittel

- Rechtsverzögerungsbeschwerde			A 3.4
- Schriftlichkeit des Berufungsverfahrens		A 5.5	A 5.6
Rechtsschutzinteresse, aktuelles			C 8.2
Rechtsverzögerungsbeschwerde, Prozesskostenfolgen bei Abschreibung			A 3.4
Rundungsregel bei der Notenermittlung			C 8.1
Rückforderung von Direktzahlungen			C 12.1

## S

Sanierungsmassnahmen			C 3.1
Schuldbetreibungs- und Konkursrecht			
- Schutzschrift (Arrestverfahren)			A 6.1
Sistierung eines Mietausweisungsverfahrens			A 3.1
Sozialwesen	C 7.1	C 7.2	C 7.3
Strafbefehl, implizite Einstellung			A 5.4
Strafprozessrecht			
- Einsicht der Privatklägerschaft in psychiatrische Akten			A 5.1
- Implizite Einstellung			A 5.4
- Kosten- und Entschädigungspflicht der Privatklägerschaft			A 5.7
- Parteistellung der IV-Stelle			A 5.2
- Schriftliches Berufungsverfahren			A 5.6
- Schriftliches Berufungsverfahren und Doppelvertretung			A 5.5
- Untersuchungshaft			A 5.3

Strafrecht	
- Amtsmissbrauch, Freiheitsberaubung und Entführung	A 4.4
- Legalitätsprinzip	A 4.1
- Verbreitung menschlicher Krankheiten	A 4.3
- Verjährung	A 4.2

## T

Tatidentität	A 5.4
Tierrecht	
- Maulkorbpflicht für einen Hund	B 10.1

## U

Umweltschutz	C 3.1
Unterstützungswohnsitz	C 7.1
Untersuchungshaft	A 5.3

## V

Verbreitung menschlicher Krankheiten	A 4.3
Verfahren	
- Verfahrenskosten	B 1.1
- Öffentliche Verkündung eines Entscheides der Anwaltskommission	B 18.1
Verjährung	A 4.2 C 12.1
Verrechnung	A 3.2

## Z

Zivilprozessrecht	
- Abschreibung einer Rechtsverzögerungsbeschwerde, Prozess- Kostenfolgen	A 3.4
- Behauptungslast bei zur Verrechnung gestellten Gegen- forderungen	A 3.2
- Kostenverteilung bei Gegenstandslosigkeit	A 3.3
- Sistierung eines Mietausweisungsverfahrens	A 3.1
Zivilrecht	
- Vaterschaftsklage, Ordre public	A 2.1
- Vertragsauslegung	A 2.2

## **W**

Wahlen

- Wahlen an der Bezirksgemeinde

B 7.3

## **Z**

Zwangsmassnahmen

A 5.3