

Rechtsprechung

kantonschwyz 

Entscheide **2022**
der Gerichts- und
Verwaltungsbehörden

Rechtsprechung

kanton**schwyz** 

Entscheide 2022
der Gerichts- und
Verwaltungsbehörden

EGV-SZ 2022

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 2023

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

Inhaltsüberblick

A	Zivil- und Strafgerichte	Seite 9
1.	Justizgesetz	–
2.	Zivilrecht	2.1 – 2.3
3.	Zivilprozessrecht	3.1 – 3.3
4.	Strafrecht	4.1 – 4.3
5.	Strafprozessrecht	5.1 – 5.4
6.	Schuldbetreibungs- und Konkursrecht	6.1 – 6.5
7.	Beurkundung und Beglaubigung	–
8.	Anwaltsrecht	–
9.	Verschiedenes	–

B	Verwaltungsgericht	Seite 68
1.	Verfahren	1.1 – 1.4
2.	Alters- und Hinterlassenenversicherung / Invalidenversicherung / Ergänzungsleistungen	2.1
3.	Arbeitslosenversicherung / Berufliche Vorsorge / Kranken- und Unfallversicherung	–
4.	Kantonales Steuergesetz / Direkte Bundessteuer	–
5.	Kausalabgaben	–
6.	Flurgenossenschaft / Wuhrkorporation	–
7.	Bezirke und Gemeinden / Politische Rechte	7.1
8.	Planungs- und Baurecht / Natur-, Landschafts- und Heimatschutz	8.1 – 8.5
9.	Enteignungsrecht	–
10.	Bildung / Gastgewerbe / Gesundheit / Jagd und Fischerei / Landwirtschaft	–
11.	Arbeitsvergebung (Submission)	11.1 – 11.2
12.	Strassenverkehrsrecht	–
13.	Sozialhilfe	–
14.	Staatshaftung	–
15.	Ausländerrecht	–
16.	ZGB und EG ZGB	–
17.	Vollstreckungsrecht / Vollzug von Strafen und Massnahmen	–
18.	Verschiedenes	18.1 – 18.2

C	Regierungsrat	Seite 141
----------	----------------------	-----------

1.	Gemeindewesen	–
2.	Baurecht	2.1 – 2.9
3.	Umweltschutz	3.1
4.	Abgaben	–
5.	Zivilrecht	5.1
6.	Öffentlichkeit der Verwaltung und Datenschutz	–
7.	Sozialwesen	7.1 – 7.4
8.	Bildungswesen	8.1 – 8.3
9.	Strassenwesen	–
10.	Raumplanung	10.1
11.	Forst- und Jagdpolizei	–
12.	Landwirtschaft	–
13.	Wasserbau	–
14.	Arbeitsvergebung	–
15.	Gesundheitswesen	–
16.	Verwaltungsverfahren	16.1 – 16.2
17.	Verkehrs- und Polizeiwesen	–
18.	Ausländerrecht	18.1 – 18.3
19.	Verschiedenes	–

D	Aufsatz	Seite 223
----------	----------------	-----------

Sachregister	Seite 282
---------------------	-----------

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

Inhaltsverzeichnis

A Zivil- und Strafgerichte

Seite 9

2. Zivilrecht

- 2.1 Vertragsauslegung
- 2.2 Verletzung eines mietvertraglichen Hundehalteverbots
- 2.3 Haftpflichtrecht, Betriebsgefahr

3. Zivilprozessrecht

- 3.1 Örtliche Zuständigkeit
- 3.2 Verfahren bei Organisationsmängeln
- 3.3 Berufungsanträge

4. Strafrecht

- 4.1 Tätigkeitsverbot in besonders leichten Fällen
- 4.2 Psychische sexuelle Nötigung
- 4.3 Schreckung der Bevölkerung, Bevölkerungsbegriff

5. Strafprozessrecht

- 5.1 Grundsatz „ne bis in idem“, Zivildienstverweigerung
- 5.2 Einstellung
- 5.3 Anklageprinzip, Nichttragen einer Gesichtsmaske
- 5.4 Ausdehnung gutheissender Rechtsmittelentscheide

6. Schuldbetreibungs- und Konkursrecht

- 6.1 Liquidation einer Gesellschaft wegen Organisationsmängeln
- 6.2 Konkursöffnung ohne vorgängige Betreuung, Zahlungseinstellung
- 6.3 Weiterziehung der Konkursöffnung
- 6.4 Anerkennung eines ausländischen Konkursdekrets
- 6.5 Staatenarrest

1. Verfahren

- 1.1 Beschwerdelegitimation
- 1.2 Parteiwechsel
- 1.3 Parteientschädigung
- 1.4 Verfahren (Klage-/Beschwerdeverfahren)

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

- 2.1 Ergänzungsleistungen

7. Bezirke und Gemeinden / politische Rechte

- 7.1 Gültigkeit einer Pluralinitiative

**8. Planungs- und Baurecht / Natur-, Landschafts- und Heimat-
schutz**

- 8.1 Baubewilligung
- 8.2 Waldabstand
- 8.3 Ausnahmbewilligung
- 8.4 Gewässerschutz
- 8.5 Gewässerschutz

11. Arbeitsvergaben (Submission)

- 11.1 Zuschlagskriterium Preis
- 11.2 Beschaffung durch mehrere Gemeinden

18. Verschiedenes

- 18.1 Wegrodel
- 18.2 Öffentlichkeit der Verwaltung

2. Baurecht

- 2.1 Heckenrückschnitt / Strassenabstand
- 2.2 Ausnutzungsübertragung / Anrechnung einer Überdachung
- 2.3 Verkehrskonzept
- 2.4 Zonenkonformität einer Erschliessungsstrasse in der Zone für öffentliche Bauten und Anlagen / Wiederaufbaurecht
- 2.5 Gebäudehöhe bei Dachaufbauten im Attikageschoss
- 2.6 Einsichtsrecht in ein Gutachten der Eidgenössischen Natur- und Heimatschutzkommission
- 2.7 Akzessorische Überprüfung eines Gestaltungsplanes / Denkmalschutz
- 2.8 Kostenverteilung bei der Beurteilung eines Ausstandsgesuches
- 2.9 Verkehrssicherheit einer Hauszufahrt

3. Umweltschutz

- 3.1 Geruchsemissionen aus Mutterkuhhaltung

5. Zivilrecht

- 5.1 Anerkennung einer im Ausland erfolgten Adoptionsaufhebung / Ordre Public

7. Sozialwesen

- 7.1 Wirtschaftliche Hilfe / Subsidiaritätsprinzip
- 7.2 Kostenübernahme für Reservationskosten in einer Kinder- und Jugendeinrichtung
- 7.3 Übernahme von Stromkosten / Anrechnung eines hypothetischen Mietzinses
- 7.4 Kostenersatz für die (subsidiär) übernommenen Kosten für ein begleitetes Besuchsrecht

8. Bildungswesen

- 8.1 Schulgeldübernahme für die ausserkantonale Absolvierung der Berufsmaturitätsschule
- 8.2 Schulgeldübernahme bei nicht bewilligtem auswärtigen Schulbesuch
- 8.3 Unbewilligtes Fernbleiben vom Schulunterricht / Ordnungsbusse

10. Raumplanung

- 10.1 Teilrevision Nutzungsplanung / Kostenverteilung

16. **Verwaltungsverfahren**

16.1 Akteneinsichtsrecht

16.2 Ausstandsgesuch

18. **Ausländerrecht**

18.1 Nichtverlängerung der Aufenthaltsbewilligung (Drittstaaten) und Wegweisung

18.2 Widerruf der Niederlassungsbewilligung und Wegweisung

18.3 Androhung des Widerrufs der Niederlassungsbewilligung / Dualismusverbot

A Zivil- und Strafgerichte¹

2. Zivilrecht

2.1 Vertragsauslegung

- *Vertragsauslegung nach dem Vertrauensprinzip (Erw. 2.a).*
- *Prüfung, ob aus einer „Portfolio Management Vereinbarung“ eine Kapitalschutz- und Renditegarantie zugunsten des Kunden abgeleitet werden kann (Erw. 2.b-d, f). Keine Anwendung des Grundsatzes „in dubio contra stipulatorem“, soweit die Auslegung nach dem Vertrauensprinzip zu diesem Ergebnis führt (Erw. 2.e).*

Aus den Erwägungen:

2. a) Ziel der Vertragsauslegung ist es, in erster Linie den übereinstimmenden wirklichen Willen der Parteien festzustellen (vgl. Art. 18 Abs. 1 OR; subjektive Vertragsauslegung). Steht eine tatsächliche Willensübereinstimmung fest, bleibt für eine Auslegung nach dem Vertrauensgrundsatz kein Raum. Erst wenn eine tatsächliche Willensübereinstimmung unbewiesen bleibt, sind zur Ermittlung des mutmasslichen Parteiwillens die Erklärungen der Parteien aufgrund des Vertrauensprinzips so auszulegen, wie sie nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamten Umständen verstanden werden durften und mussten (objektivierte Auslegung; BGer, zur Publ. vorgesehene Urteil 4A_169/2021 vom 18. Januar 2022 E. 3.2.1 mit Hinweisen auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung). Dabei ist vom Wortlaut der Erklärungen auszugehen, die jedoch nicht isoliert, sondern aus ihrem konkreten Sinngefüge heraus zu beurteilen sind (BGer, Urteil 4A_482/2018 vom 7. Mai 2019 E. 2.1; BGE 138 III 659 E. 4.2.1). Selbst wenn der Inhalt einer Vertragsklausel auf den ersten Blick klar erscheint, kann sich aus anderen Vertragsbedingungen, dem von den Parteien verfolgten Zweck oder anderen Umständen ergeben, dass der Wortlaut nicht den Sinn der getroffenen Vereinbarung wiedergibt. Es darf indessen nicht vom wörtlichen Sinn des von den Parteien angenommenen

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

A 2.1

Textes abgewichen werden, wenn keine ernsthaften Gründe für die Annahme bestehen, dass er nicht ihrem Willen entspricht (BGE 129 III 118 E. 2.5 = Pra 2003 Nr. 123 S. 659).

b) Unbestritten ist, dass der Kläger gestützt auf die am 1. Februar 2016 abgeschlossene Portfolio Management Vereinbarung (nachfolgend PMV) CAD 187'466.00 in Aktien des Biotechunternehmens X durch die Beklagte investieren liess. Strittig ist, ob dem Kläger gestützt auf die PMV die Rückerstattung des gesamten investierten Kapitals zuzüglich einer Rendite von 12 % p.a. zusteht. Es ist also zu prüfen, ob die PMV einen (vollumfänglichen) Kapitalschutz- und eine Renditegarantie zugunsten des Klägers vorsieht. Ziff. 5 der PMV lautet wie folgt:

5. GEWINNAUFTEILUNG UND VERWALTUNGSKOSTEN

5.1 Der Asset Manager (= die Beklagte, Anmerkung nicht im Original) sichert den Abkauf der Aktien des Kunden (= der Kläger, Anmerkung nicht im Original) nach dem erteilten Auftrag durch ihn folgendermassen ab:

- Nach dem 1. Investitionsjahr: Investitionskapital plus 12%
- Nach dem 2. Investitionsjahr: Investitionskapital plus 24%
- Nach dem 3. Investitionsjahr: Investitionskapital plus 36%, usw.

Zusätzlich erhält der Kunde eine Success Fee in Höhe von 20% des erarbeiteten Gewinns über 12% p.a. im Moment der Beendigung des Projektes Y (z.B. beim Verkauf der Gesellschaft bzw. ihrer Technologien).

Der Gewinn ist als Wertzuwachs des Kontos im Zeitpunkt der Beendigung der Vereinbarung im Vergleich zum bei Laufzeitbeginn oder zum späteren Zeitpunkt eingebrachten Investitionskapital zu betrachten.

5.2 Der Asset Manager hat Anspruch auf eine Provision in Form einer Gewinnbeteiligung welche die in Punkt 5.1 beschriebene Summe übersteigt. (...).

c) (...).

dd) In einem ersten Schritt ist zu prüfen, wie der Wortlaut – für sich genommen – zu würdigen ist. Rein grammatikalisch bedeutet Ziff. 5.1 PMV nur, als dass der Abkauf, nachdem der Kunde diesen verlangte, durch den Asset Manager zu den aufgelisteten Konditionen („folgendermassen“) zu erfolgen hat. Der Kläger ist nun der Auffassung, es handle sich hierbei um eine (voraussetzungslose) Kapitalrückzahlungs- und Renditegarantie bei Beendigung des Vertrages resp. er habe dies so verstehen dürfen. Demgegenüber hält die Beklagte dafür, dass damit lediglich der Abkauf von allenfalls illiquiden Titeln im Falle eines Wertzuwachses zugesichert bzw. diesfalls die Gewinnverteilung geregelt werden sollte. Betrachtet man den

Wortlaut isoliert, lässt sich die Frage, ob die Vertragsbestimmung als bedingungslose Kapitalrückzahlungs- und Renditegarantie zu verstehen ist oder aber diese nur im Falle eines Wertzuwachses zum Tragen kommt, nicht beantworten. Insofern erweist sich der Wortlaut allein somit nicht als klar.

d) (...).

ee) Systematisch befindet sich die fragliche Ziff. 5.1 des PMV unter dem Titel „Gewinnaufteilung und Verwaltungskosten“. Bereits dieser Umstand legt nahe, dass die Konditionen für den Abkauf zum Tragen kommen, wenn ein Gewinn erzielt wurde oder anders gesagt, das Vorhandensein eines Gewinns Voraussetzung dafür ist, dass der Abkauf zu den genannten Bedingungen zu erfolgen hat. Für diese Auslegung spricht auch, dass Ziff. 5.1 PMV keinen systematischen Zusammenhang mit der Beendigung des Vertrags aufweist, welche unter Ziff. 4.1 geregelt ist, wobei diese Bestimmung nebst einer Mindestvertragslaufdauer ausschliesslich die Kündigungsfrist bestimmt und besagt, dass diese schriftlich zu erfolgen hat. Weiter ist ersichtlich, dass unter Ziff. 5.1 PMV die Voraussetzungen für eine Success Fee bestimmt und ausserdem definiert wird, wann überhaupt ein Gewinn vorliegen soll. Auch diese Bestimmungen deuten darauf hin, dass Ziff. 5.1 PMV einzig die Gewinnaufteilung regeln soll, sofern denn ein solcher gemäss vertraglicher Definition effektiv erzielt wurde. Hingegen findet sich unter Ziff. 5 kein expliziter Hinweis auf eine allgemeine, bei Vertragsbeendigung zum Tragen kommende, von einer Gewinnerzielung unabhängige Kapitalschutz- und Renditegarantie. Wären solche Garantien die Intention gewesen, wäre zu erwarten gewesen, dass in der PMV explizit von einer Kapitalschutz- und Renditegarantie die Rede gewesen wäre, zumal es sich dabei um einen zentralen Aspekt handeln würde. Auch würde insbesondere Ziff. 7.1 der PMV im Falle einer solchen Garantie keinen Sinn machen, die u.a. festhält, dass keine Zukunftsprognose über die Entwicklung der Investition garantiert werden könne. Das klägerische Argument, unter Ziff. 5 PMV werde deshalb ausschliesslich die Gewinnverteilung geregelt, weil seitens der Beklagten „exorbitante“ Gewinne prognostiziert worden seien, ändert, unabhängig davon in welcher Grössenordnung mögliche Gewinne in Aussicht gestellt worden sein mögen, nichts daran, dass eine systematische Betrachtung der PMV gegen eine allgemeine Kapitalschutz- und Renditegarantie spricht. Dieses Ergebnis wird zusätzlich durch den Umstand bestätigt, dass die Parteien festhielten, es solle eine überproportionale Rendite mittels Investments in einen einzigen Titel erzielt werden (vgl. Ziff. 3.2 PMV). Es ist eine allgemein bekannte Tatsache, dass hohe Renditen stets mit einem entsprechend er-

A 2.1

heblichen (Verlust-)Risiko korrespondieren. Ebenso ist eine bekannte Erfahrungstatsache, dass zu geringe oder gar fehlende – wie in casu – Diversifikation die allgemeinen Anlagerisiken zusätzlich akzentuieren und Investments im Biotechnologiebereich für Anleger hohe Risiken mit sich bringen, was im Übrigen auch der Kläger nicht bestreitet. Dass vor diesem Hintergrund Ziff. 5.1 im Falle einer Beendigung des Vertrages, nota bene ohne Gewinnerzielung, eine vollumfängliche Kapitalschutz- und Renditegarantie gewähren soll, erscheint nicht realitätsnah und konnte seitens des Klägers nicht erwartet werden. Wohl spricht die Klausel, wonach der Kläger bestätigt, ausschliesslich Vermögenswerte einzusetzen, die er nicht für den gewöhnlichen Lebensunterhalt benötigt (Ziff. 3.9 PMV), für sich genommen weder gegen das Bestehen einer allgemeinen Kapitalschutz- und Renditegarantie noch für eine solche. Immerhin zeigt sie aber, dass dem streitgegenständlichen Investment ein Verlustrisiko immanent ist. Die erwähnte Klausel wäre im Übrigen obsolet, hätten die Parteien tatsächlich eine bedingungslose Rückzahlung des Kapitals inklusive einer garantierten Rendite vereinbart. Gesamthaft ergibt eine Betrachtung aus systematischer Perspektive, dass der Kläger nicht davon ausgehen durfte, es sei eine allgemeine Kapitalschutz- und Renditegarantie unabhängig von einer allfälligen Gewinnerzielung vereinbart worden.

ff) aaa) Der Kläger bringt vor, das Austauschverhältnis der PMV bestehe wirtschaftlich gesehen darin, dass die Beklagte ohne Einsatz von eigenem Kapital an der Wertsteigerung der Aktie partizipieren könne und die Beklagte im Gegenzug dem Kläger das investierte Kapital zuzüglich einer Mindestrendite von 12 % pro Jahr absichere. Die Beklagte hält dem entgegen, dass sich die Rendite des Klägers mit den Jahren vergrössert hätte. (...) Laut Ziff. 5.1 PMV hätte der Kläger im Falle eines Abkaufs durch die Beklagte nach dem ersten Investitionsjahr das Investitionskapital zuzüglich 12 % erhalten sollen, nach dem zweiten Jahr zuzüglich 24 %, alsdann 36 % etc. Dass die Rendite, wie der Kläger dafürhält, konstant 12 % betragen soll, ist hingegen aus dem Wortlaut nicht ersichtlich. Im Falle einer konstanten Rendite wäre zu erwarten gewesen, dass dies auch so festgehalten worden wäre (z. B. „Investition + 12 % p.a.“) und nicht zusätzlich von 24 % im zweiten Jahr, 36 % im dritten Jahr etc. die Rede gewesen wäre. Vielmehr ist nach dem Gesagten die Höhe der Rendite von der Vertragsdauer abhängig, das heisst, sie erhöht sich mit zunehmender Dauer des Investments. Somit hätte der Kläger nach fünf Jahren eine Rendite von 60 % und nach acht Jahren eine solche von 96 % erhalten. Renditen in diesem Ausmass mögen zwar ungewöhnlich erscheinen, allerdings hat die Beklagte immerhin die Möglichkeit, den Vertrag unter Einhaltung der Kündigungsfrist jederzeit beenden zu können, so dass die auszufällende Rendite weniger hoch ausfällt.

bbb) Darüber hinaus hätte der Kläger im Zeitpunkt der Beendigung des Projekts Y (insb. Verkauf der Gesellschaft) eine Success Fee des in Höhe von 20 % des erarbeiteten Gewinns über 12 % p.a. erhalten sollen. Wie vorstehend erwähnt, spricht die Systematik des PMV dafür, dass Ziff. 5.1 PMV ausschliesslich im Zusammenhang mit der Aufteilung eines allfälligen Gewinns zum Tragen kommt. Dies ist laut der vertraglichen Definition dann der Fall, wenn im Zeitpunkt der Beendigung des Vertrages auf dem Konto ein Wertzuwachs im Vergleich zum Vertragsbeginn eingetreten ist, was nur so verstanden werden kann, dass die Aktien im Vergleich zum Einstandspreis bei Beendigung einen höheren Marktwert aufweisen, sich also der Kurs positiv entwickelte. Nur wenn der Wertzuwachs höher ist als die auszubezahlende Rendite, macht die Beklagte einen Gewinn. Somit kann nicht a priori gesagt werden, dass der Kläger, wie die Vorinstanz erzwog, eine einseitige Risikolast trägt, welche nur durch die Gewährung einer Kapitalschutz- und Renditegarantie aufgewogen würde. Fraglich ist, wie es sich verhält, wenn die Aktien zum Zeitpunkt der Beendigung unter dem Einstandspreis notieren, mithin kein Gewinn im vertraglich definierten Sinne erzielt wurde, was unbestrittenermassen hier der Fall ist. Dass in dieser Konstellation, wie der Kläger dafürhält, er Anspruch auf einen vollumfänglichen Kapitalschutz und darüber hinaus noch eine garantierte Rendite haben soll, überzeugt nicht, was anhand des folgenden Beispiels illustriert werden kann: Würde das Vertragsverhältnis theoretisch nach fünf Investitionsjahren beendet und notiert der Kurs zu diesem Zeitpunkt leicht unter dem Einstandspreis, hätte der Kläger trotzdem Anspruch auf das investierte Kapital zuzüglich einer Rendite von 60 %. Dies kann offensichtlich nicht gemeint sein bzw. konnte und durfte vom Kläger nicht so verstanden werden.

ccc) Weiter ist nicht nachvollziehbar und legt der Kläger auch nicht plausibel dar, dass der Umstand, wonach ihm während der Dauer des Investments die Verfügung über die Aktien durch Verkauf etc. verboten sein soll, zwingend mit einer Kapitalschutz- und Renditegarantie in Verbindung stehen muss. Was das Vorkaufsrecht der Beklagten im Falle der Vertragsbeendigung durch den Kläger anbelangt, erklärt er ebenfalls nicht, weshalb diese Absprache nur bei gleichzeitiger Vereinbarung einer Kapitalschutz- und Renditegarantie möglich sein soll. Angesichts der Bezeichnung als „Portfolio Management Vereinbarung“ sowie diverser Vertragsbestimmungen, namentlich Ziff. 2 (Zweck ist „Optimierung des Kundengewinns durch Kauf und Verkauf von Aktien und deren Verwaltung“), Ziff. 3.2 („Erzielung einer überproportionalen Rendite“), Ziff. 3.4 („Die Verwaltung des Portfolios umfasst aktuelle Entscheidungen über optimale Bedingungen für den Kauf und Verkauf von Wertpapieren“) und Ziff. 7.1 („spekulativer, nicht diversifizierter Charakter der Anlage“) überzeugt

A 2.1

auch die Argumentation, dass die PMV mit einem Darlehen bzw. Darlehensvertrag vergleichbar wäre, nicht.

ddd) (...). Der Kläger stellt sich zusammengefasst auf den Standpunkt, aufgrund dessen, dass die Beklagte gestützt auf eine Vereinbarung mit X von dieser Provisionszahlungen erhalten habe, habe er annehmen können und dürfen, die Beklagte würde ihm eine umfassende Kapitalschutz- und Renditegarantie einräumen, weil sie ansonsten im Verhältnis zum Kläger von der PMV übermässig profitiert hätte. Wie es sich mit einer allfälligen Kompensationsvereinbarung zwischen der Beklagten und X verhält, braucht indessen nicht näher geklärt zu werden. Denn selbst wenn die Beklagte Provisionen von X erhielt, vermag dieser Umstand keine Verpflichtung der Beklagten gegenüber dem Kläger zu einer Kapitalschutz- und Renditegarantie zu begründen. Auch der Kläger behauptet nicht, dass eine solche Verpflichtung bestünde. Bloss weil die Beklagte möglicherweise Provisionen von X bezog, bedeutet dies nicht, dass der Kläger annehmen durfte, es bestünde eine umfassende Kapital- und Renditesicherheit, zumal weder erstellt noch behauptet ist, die Vereinbarung zwischen der Beklagten und X würde dies explizit so statuieren.

e) Soweit der Kläger geltend macht, die Beklagte habe die PMV bzw. Ziff. 5.1 formuliert, er mithin den Grundsatz in dubio contra stipulatorem anspricht, ist ihm entgegenzuhalten, dass kein Raum für die Anwendung dieses Grundsatzes besteht, nachdem die Auslegung der PMV bzw. Ziff. 5.1 derselben nach dem Vertrauensprinzip zu einem Ergebnis führte, nämlich dass sich daraus keine Kapital- und Renditesicherheit ableiten lässt (BGer, Urteile 4A_569/2019 vom 15. April 2020 E. 4.5 und 4A_611/2016 vom 20. März 2017 E. 7; vgl. auch Urteil 4A_499/2018 vom 10. Dezember 2018 E. 1).

f) Nach dem Gesagten ist nicht dargetan, dass der Kläger gestützt auf Ziff. 5.1 der PMV gegenüber der Beklagten Anspruch auf eine Kapital- und Renditeschutzgarantie hat. (...).

(Urteil vom 26. April 2022, ZK1 2021 8).

2.2 Verletzung eines mietvertraglichen Hundehalteverbots

- Die vertraglich nicht erlaubte Tierhaltung gilt nach der Rechtsprechung als schwere Pflichtverletzung des Mieters (Erw. 2).
- Der Mietvertrag verbietet die Haltung von Hunden (Erw. 2.b/aa).
- Das vertragliche Tierhalteverbot stellt keine unzulässige Vereinbarung zum Nachteil des Mieters dar (Erw. 2.b/bb).
- In einem Mietverhältnis, in welchem das Halten von Hunden grundsätzlich verboten ist, kann der Richter nicht entscheiden, inwiefern eine Vermieterin neuen, mit dem bestehenden Vertrag nicht vereinbaren Bedürfnissen von Mietern zu entsprechen hat oder nicht (Erw. 2.b/cc).

Aus den Erwägungen:

2. Nach Art. 271a Abs. 1 OR ist die Kündigung durch die Vermieterin anfechtbar, wenn sie etwa ausgesprochen wird, (lit. a) weil der Mieter nach Treu und Glauben Ansprüche aus dem Mietverhältnis geltend macht oder (lit. d) während eines mit dem Mietverhältnis zusammenhängenden Schlichtungs- oder Gerichtsverfahrens, ausser wenn der Mieter das Verfahren missbräuchlich eingeleitet hat. Art. 271a OR stützt sich auf zwei Methoden: Gemäss Abs. 1 lit. a, b, c und f besteht ein sachlicher Kündigungsschutz gegen bestimmte verpönte Kündigungsmotive des Mieters, Abs. 1 lit. d und e sowie Abs. 2 statuieren einen zeitlichen Kündigungsschutz und schliessen die Vermieterkündigung innerhalb einer Sperrfrist aus (Weber, BSK, 7. A. 2020, Art. 271/271a OR N 9 m.H.). Eine ordentliche oder ausserordentliche Vermieterkündigung während der Sperrfrist ist indes zulässig (ebd. N 28; vgl. auch Higi, ZK, 4. A. 1996, Art. 271a OR N 212 f.; Hulliger/Heinrich, CHK, 3. A. 2016, Art. 271-271a OR N 12), wenn sie wegen schwerer Verletzung der Pflicht des Mieters zu Sorgfalt und Rücksichtnahme erfolgt (Art. 271a Abs. 3 lit. c OR). Nicht missbräuchlich ist im Regelfall die Kündigung wegen vertraglichen Fehlverhaltens des Mieters (Blumer, KUKO, 3. A. 2014, Art. 271/271a OR N 6). Namentlich gilt bislang, wie der Vorderrichter unter Hinweisen auf die Lehre und Rechtsprechung ausführt, die unerlaubte Tierhaltung als schwere Pflichtverletzung des Mieters. (...).

b) Die Berufungsführer streben die Klärung der Frage an, ob die Beklagte eine Hundehaltung zwecks therapeutischer Massnahme für ihren autistischen Sohn ohne Weiteres ablehnen und gestützt darauf eine Kündigung aussprechen könne. Ihnen gehe es nicht um die Anschaffung eines Hundes, sondern um diejenige eines medizinischen Hilfsmittels bzw. um eine therapeutische Massnahme. Sie räumen ein, im Februar 2020 nach

A 2.2

Gesprächen und Korrespondenz mit der Beklagten ohne Bewilligung einen Hund zu sich genommen zu haben, worauf ihnen nach abermals abschlägiger Antwort auf ein erneutes Gesuch gekündigt worden sei. In tatsächlicher Hinsicht ist im Berufungsverfahren mithin unbestritten, dass sich die Kläger über die mehrfachen Mitteilungen der Beklagten, bei Hunden in keinem Fall eine Bewilligung zu erteilen, hinwegsetzten und unerlaubt einen Hund hielten. Die Beklagte als Anbieterin vieler Mietwohnungen begründete die Verweigerung der Bewilligung im Interesse aller Mieter damit, für rechtsgleiche, geordnete und sozialverträgliche Verhältnisse sorgen und die Einhaltung des Hundehalteverbotes wie bei allen anderen Mietern durchsetzen zu wollen sowie u.a. mit Reklamationen anderer Mieter.

aa) Entgegen der Auffassung der Berufungsführer kann der (...) allgemeinen Mietvertragsbestimmung nicht entnommen werden, dass die Vermieterin nur in begründeten Fällen ihre Zustimmung zur gewünschten Hundehaltung verweigern kann, wie der Vorderrichter angesichts dessen, dass im Mietrecht kein allgemeiner Anspruch auf Hundehaltung besteht, zutreffend feststellte. Der Wortlaut der entsprechenden Regelung des Mietvertrags, wonach keine Hunde gehalten oder gehütet werden dürfen, ist klar. Es besteht ein grundsätzliches Verbot für das Halten von Hunden unter dem Vorbehalt einer schriftlichen Zustimmung der Vermieterin. Dass die Vermieterin eine einmal erteilte Zustimmung zur Abweichung vom grundsätzlich vereinbarten Hundehalteverbot jederzeit nur unter bestimmten Gründen (Verletzung von Auflagen, Übelstände und Reklamationen) widerrufen kann, lässt nicht darauf schliessen, dass die Zustimmung selbst nur begründet verweigert werden dürfte. Aufgrund des Mietvertrages waren daher die Kläger entgegen ihrer Meinung nie legitimiert, einen Anspruch auf Bewilligung eines Hundes nach Treu und Glauben im Sinne von Art. 271a Abs. 1 lit. a OR geltend zu machen bzw. einzuklagen. Vielmehr war ihnen die Hundehaltung vertraglich verboten.

bb) Die Berufungsführer verweisen zwar auf Literatur, welche die Zulässigkeit eines vertraglichen Heimtierhaltungsverbots angesichts des Rechts auf Persönlichkeitsentfaltung, des Gleichbehandlungsgebots, der Mensch-Tier-Beziehung und des üblichen Gebrauchs der Mietsache infrage stellt. Sie legen gestützt darauf aber nicht konkret dar, das vorliegende Verbot sei grund- bzw. mietrechtlich beschränkt. Soweit setzt die Berufung mithin keine Kontrolle durch die Rechtsmittelinstanz in Gang und zeigt insbesondere nicht auf, inwiefern das angefochtene Urteil verbessert werden müsste. Auf die Berufung ist daher bezüglich dieser Lehrmeinungen nicht einzutreten. Abgesehen davon fällt insbesondere bei Vereinbarungen unter Privaten die Annahme ausser Betracht, die Kläger würden im Gebrauch

der Mietsache durch das vorliegende grundsätzliche Tierhalteverbot in ihrer persönlichen Freiheit tangiert. Dieses Grundrecht umfasst selbst im Verhältnis zum Staat keine allgemeine Handlungsfreiheit. Umso weniger kann der Freiheitsanspruch eine Vermieterin hier bei der Durchsetzung eines vertraglichen Tierhalteverbots beschränken, kann sie es doch schon ohne Angabe von Gründen ablehnen, überhaupt bestimmten Personen ein Mietobjekt zum Gebrauch zu überlassen (Vertragsautonomie). Bei der Tierhaltung handelt es sich um ein besonderes persönliches Bedürfnis, das hier trotz der gewandelten Rechtsstellung des Tieres nicht die Gebrauchstauglichkeit des Mietobjekts, sondern wenn schon die Pflicht des Mieters um Rücksichtnahme auf andere Mieter betrifft (zu Letzterem Blumer, a.a.O., Art. 256 OR N 9). Das vorliegende, Kleintiere nicht erfassende, vertragliche Tierhalteverbot stellt mithin keine unzulässige, von den Pflichten des Vermieters abweichende Vereinbarung zum Nachteil des Mieters im Sinne von Art. 256 Abs. 2 lit. b OR dar. Dass sich die Berufungsführer anerkanntermassen über das weder grund- noch mietrechtlich beschränkte Verbot bzw. die trotz mehrfachen Ersuchens (vgl. unten lit. cc in fine) fehlende Zustimmung der Vermieterin hinwegsetzen, ist daher als ein schwerwiegendes vertragliches Fehlverhalten anzusehen.

cc) Angesichts der geltend gemachten gesundheitlichen Probleme des Sohnes mag der Wunsch nach der Zustimmung der Vermieterin, entgegen dem vertraglichen Hundehalteverbot einen Malteser halten zu können, nachvollziehbar sein. In einem Mietverhältnis, in welchem das Halten von Hunden grundsätzlich verboten ist, kann angesichts der vom Vorderrichter zutreffend vermerkten Vertragsautonomie (oben lit. bb) jedoch nicht durch den Richter entschieden werden, inwiefern eine Vermieterin neuen, mit dem bestehenden Vertrag nicht vereinbaren Bedürfnissen von Mietern zu entsprechen hat oder nicht. Somit ist hier nicht zu beurteilen, ob die Behauptung der Kläger, den Hund als therapeutische Massnahme für ihren autistischen Sohn zu halten, zutreffend oder, wie die Beklagte behauptet, vorgeschoben bzw. ein „Märchen“ ist. Diskriminierungen von beeinträchtigten Personen werden im Berufungsverfahren gegen das Anliegen der Beklagten um rechtsgleiche Durchsetzung des vertraglichen Hundehaltungsverbots nicht geltend gemacht. Wenn die Kläger entgegen diesem Verbot (vgl. oben lit. aa), den bereits erwähnten unbestritten nicht zustimmenden Mitteilungen der Vermieterin im Voraus und der unter Kündigungsandrohung für den Widerhandlungsfall erfolgten, ebenfalls unbestrittenen weiteren mündlichen Ablehnung der Hundehaltung einen Hund in der Wohnung halten, liegt eine mutwillige Vertragsverletzung vor. Diese vertraglich verbotene bzw. unerlaubte Tierhaltung erachtete der Vorderrichter zu Recht als eine schwere Pflichtverletzung. Aufgrund dieses mut-

A 2.3

willig vertragswidrigen Verhaltens der Kläger war der Beklagten die Fortsetzung des Mietverhältnisses objektiv nicht mehr zumutbar (vgl. etwa BGer 4A_621/2019 vom 26. Februar 2020 E. 3.1), unabhängig davon, in welchem konkreten Ausmass der vertragswidrig angeschaffte Hund zurzeit der Kündigung die anderen Mieter störte oder Verständnis für den Wunsch der Mieter besteht, zum Wohle ihres Sohnes einen Hund zu halten.

c) Aus diesen Gründen erweist sich die (...) Kündigung (...) nicht als missbräuchlich, sondern im Sinne von Art. 271a Abs. 3 lit. c OR als gerechtfertigt. (...).

(Urteil vom 8. September 2022, ZK1 2021 39).

2.3 Haftpflichtrecht, Betriebsgefahr

- *Nicht jeder Betriebsvorgang begründet eine Kausalhaftung nach Art. 58 Abs. 1 SVG (Erw. 3.a).*
- *Der nur anlässlich des Betriebs eines Lieferwagens erhitzte Katalysator ist kein für die Generierung der für die Fortbewegung nötigen Energie erforderliches Maschinenteil (Erw. 3.b/aa).*
- *Der durch den erhitzten Katalysator des parkierten Lieferwagens verursachte Stallbrand ist keine adäquate Nachwirkung eines Betriebsvorgangs (Erw. 3.b/bb und cc).*

Aus den Erwägungen:

1. C. klagte gestützt auf Art. 65 Abs. 1 SVG (...) gegen die Haftpflichtversicherung des Halters eines Lieferwagens einen teilweisen Schaden im Betrag von Fr. 30'000.00 ein. Sein Stall (...) soll am 29. Oktober 2016 durch den im Tenn über brennbarem Material abgestellten Wagen bzw. dessen auf ca. 500° C erhitzten Katalysators in Brand gesetzt worden sein. Mit Urteil vom 27. April 2021 verpflichtete der Einzelrichter die Beklagte, dem Kläger Fr. 30'000.00 zuzüglich Zins zu 5 % seit dem 29. Oktober 2016 zu bezahlen und nahm vom Nachklagevorbehalt Vormerk. Mit rechtzeitigiger Berufung vom 27. Mai 2021 beantragt die Beklagte dem Kantonsgericht, das angefochtene Urteil aufzuheben und auf die Klage nicht einzutreten, eventualiter diese abzuweisen. (...).

3. Die Berufungsführerin rügt eine unrichtige Anwendung von Art. 58 Abs. 1 SVG. (...).

a) Wird durch den Betrieb eines Motorfahrzeuges ein Sachschaden verursacht, so haftet der Halter für den Schaden (Art. 58 Abs. 1 SVG). Wegen des Schädigungsrisikos aufgrund des Gewichts und der potentiellen Geschwindigkeit des Fahrzeugs im Betrieb handelt es sich um eine Gefährdungshaftung, die kein Verschulden des Halters voraussetzt (Probst, BSK, Art. 58 SVG N 3 und 153). Diese (Kausal-)Haftung ist von der ein Verschulden und einen Verkehrsunfall voraussetzenden, hier konkret begründet nicht eingeklagten (vgl. oben E. 2) Nichtbetriebshaftung nach Art. 58 Abs. 2 SVG abzugrenzen (Probst, ebd. N 247). An die Wertungen dieser Haftungsregelung (Näheres unten) hat das Gericht sich auch bei deren Abgrenzung zu halten; es geht insbesondere nicht an, den maschinentechnischen Betriebsbegriff auf dem Umweg über Art. 58 Abs. 2 SVG weiter als bisher auszulegen (BGE 114 II 376 E. 1.d m.H.; vgl. auch Giger, OFK, 9. A. 2022, Art. 58 SVG N 52). Art. 58 Abs. 1 SVG setzt wie Art. 58 Abs. 2 SVG einen Verkehrsunfall voraus (Giger, ebd. N 55; Dähler/Schaffhauser, Haftung und Versicherung, 2. A. 2015, § 13 N 13.6 ff. und 13.20).

aa) Der Betriebsbegriff besagt weder, dass jedes Auftreten eines Motorfahrzeuges im Verkehr zu dessen Betrieb gehört, noch, dass jeder Betriebsvorgang in einem Schadenfall genügt, die Kausalhaftung zu begründen. Die Abgrenzung ergibt sich aus der rechtspolitischen Grundlage des Gesetzes, das die Rechtsfolge der Schädigung wegen der Risiken des Fahrzeugbetriebes als Gefährdungshaftung kennzeichnet. Entscheidend ist die vom Gesetz als gefährlich vorausgesetzte Eigenart des Motorfahrzeugs, das latente Schädigungspotential, das im Fahrzeug zu erblicken ist, wenn dieses sich mit selbständig entwickelten und umgesetzten Kräften fortbewegt. Die Anwendung des Art. 58 Abs. 1 SVG rechtfertigt sich daher nur, wo einem technischen Vorgang des Fahrzeugs diese ihm eigene Betriebsgefahr anhaftet. Das trifft zu, wenn ein Unfall schlechthin auf die motorische Fortbewegung des Fahrzeugs oder mindestens auf Gefahren zurückgeht, die sich aus dem Zusammentreffen der verwendeten Kräfte mit der Fortbewegung ergeben (BGE 114 II 376 E. 1.d m.H.; Weissenberger, Kommentar SVG, 2. A. 2015, Art. 58 SVG N 8). Nicht in Betrieb ist grundsätzlich ein Fahrzeug, das mit abgestelltem Motor und ausgeschalteten Scheinwerfern parkiert wird; denn dieses bildet nur mit seiner Masse ein Hindernis, das mit der besonderen, durch den Betrieb eines Motorfahrzeugs geschaffenen Gefahr nicht zusammenhängt (Giger, OFK, 9. A. 2022, Art. 58 SVG N 52 m.H.; Roberto, Haftpflichtrecht, 2. A. 2018, N 16.26; Rey/Wildhaber, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, 5. A. 2018, N 1568; Fellmann, a.a.O., N 363, 382 und 389).

A 2.3

bb) Von einer klaren Unterscheidung zwischen der Frage, ob das Fahrzeug in Betrieb war, und der Frage, ob zwischen dem Unfall und dem Betrieb ein adäquater Kausalzusammenhang besteht, wird die Lösung vieler praktischer Problemfälle erwartet (Fellmann, a.a.O., N 394; vgl. auch Rey/Wildhaber, a.a.O.; N 1574 und Schaffhauser/Zellweger, Grundriss des schweizerischen Strassenverkehrsrechts Bd. II, N 937). Das besondere Erfordernis der Kausalhaftung ist zwar als erfüllt anzusehen, wenn das schädigende Ereignis in seiner Gesamtheit betrachtet als adäquate Folge der Gefahr erscheint, die durch den Gebrauch der maschinellen Einrichtungen (Motor, Scheinwerfer usw.; maschinentechnischer Betriebsbegriff) des Fahrzeuges geschaffen wird, so dass es nicht darauf ankommt, ob das Fahrzeug sich im Zeitpunkt des Unfalls in Bewegung befand oder stillstand und ob seine maschinellen Einrichtungen ordnungsgemäss funktionierten oder nicht. Zu verneinen ist die Kausalhaftung indes, wenn das schädigende Ereignis in tatsächlicher Hinsicht nicht einem Betriebsvorgang des Fahrzeuges zuzuschreiben ist (BGE 114 II 376 E. 1.b m.H.). Also ist im konkreten Fall zu unterscheiden zwischen der Feststellung eines tatsächlichen Betriebsvorganges (vgl. unten lit. b/aa) und der Wirkung dieses Vorganges, die in natürlicher tatsächlicher und adäquater normativer Hinsicht zu beurteilen ist (b/bb). In Annäherung an den verkehrstechnischen Betriebsbegriff wird die Grundsatzregel, dass stillstehende Motorfahrzeuge nicht in Betrieb sind, nur in Sonderfällen um sog. Nachwirkungen aus dem Betrieb erweitert (Dähler/Schaffhauser, a.a.O., § 13 N 13.24 f.; Fellmann, a.a.O., N 364, dazu auch b/cc).

b) Für den Vorderrichter steht mit überwiegender Wahrscheinlichkeit fest, dass der Lieferwagen schadensverursachend war, weil der von der Fahrt aufgeheizte Katalysator in der Tenne am Boden herumliegendes Material zu einem Glimmbrand führte, der sich anschliessend zum Vollbrand entwickelte. Dabei ging er davon aus, die Wirkung der Katalysatorhitze auf das am Tennboden liegende brennbare Material habe aufgrund der allgemeinen Lebenserfahrung wegen der fortschreitenden Abkühlung rasch nach dem Abschalten des Motors begonnen und könne deshalb als Nachwirkung der Fahrt betrachtet werden. Eine solche Nachwirkung eines Betriebsvorganges bestreitet die Berufungsführerin, währenddem der Berufungsgegner den Sachverhalt noch für einen Fall der Betriebsgefahr hält, weil der Katalysator vorliegend gerade der Fortbewegung wegen erhitzt worden sei.

aa) Vorliegend geht es nicht wie in BGE 114 II 376 um die Abgrenzung des Betriebs zur Fortbewegung als Verkehrsfahrzeug von derjenigen als Arbeitsmaschine. Der Lieferwagen fuhr aus dem Verkehr in die Tenne und wurde dort abgestellt, um das transportierte Bauholz umzuladen. Der in

der Fortbewegung des Lieferwagens erhitzte Katalysator bewirkte den Glimmbrand erst, nachdem der Lieferwagen in der Tenne abgestellt war und sich mithin nicht mehr auf einer Fahrbahn in Betrieb befand. Der Brand ist in tatsächlicher Hinsicht keinem technischen Betriebsvorgang des Fahrzeuges mehr zuzuschreiben, weil kein zur Fortbewegung dienendes Maschinenteil mehr in Gebrauch war (vgl. Schaffhauser/Peter, Jahrbuch Strassenverkehrsrecht 2014, S. 36 f.). Er ist weder auf die Fortbewegung des Fahrzeugs noch auf Gefahren zurückzuführen, die aus hierzu verwendeten physikalischen Kräften (Masse und Geschwindigkeit) entstanden. Zwar wurde der Katalysator anlässlich der Fortbewegung des Lieferwagens erhitzt. Eine dem Betrieb eigene Gefahr (vgl. oben lit. a/aa; dazu auch Fellmann, a.a.O., N 361) ist die zur Fortbewegung nicht erforderliche Hitze des Katalysators jedoch nicht. Somit wirkte sich weder die Geschwindigkeit noch die Fahrweise des Lieferwagens auf das schädigende Ereignis (Brand) aus (BGE 114 II 376 E. 1.e). Es genügt nicht, dass die Schadensursache anlässlich des Betriebes eines Fahrzeuges gesetzt worden ist, sondern sie muss auf die diesem Betrieb eigene besondere Gefahr zurückgehen (BGE 82 II 43 E. 2). Der nur anlässlich des Betriebs des Lieferwagens erhitze Katalysator ist schliesslich kein für die Generierung der für die Fortbewegung erforderlichen Energie erforderliches Maschinenteil. Beim in der Tenne abgestellten Lieferwagen strahlte er wie jeder erhitze Gegenstand ohne motorischen Betriebsvorgang Wärme ab.

bb) Soweit der Vorderrichter das schädigende Ereignis in seiner Gesamtheit als Folge der Betriebsgefahr betrachtet, ist ihm zwar zuzugestehen, dass eine natürliche Kausalität zwischen dem Brand und dem Betrieb des Lieferwagens besteht, da ohne den Betrieb der Katalysator weder erhitzt noch das brennbare Material auf der Tenne durch den heissen Katalysator zum Glimmen gebracht worden wäre. Allerdings schränkt die enge Auslegung des Betriebsbegriffs durch das Bundesgericht die Adäquanzbetrachtungen auf in Betrieb stehende Fahrzeuge ein, was vorliegend nicht der Fall ist (dazu oben lit. a und b je aa). Der Brand kann hier aber auch abgesehen davon nicht als adäquate Nachwirkung des Betriebs des Lieferwagens betrachtet werden, weil der Betrieb nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und nach der allgemeinen Lebenserfahrung hier nicht an sich geeignet ist, einen Brand zu entfachen (dazu etwa BGE 142 III 433 E. 4.5 m.H.). Es trat ein anderer Umstand (brennbares Material in der Tenne) hinzu, der kein wirklich unmittelbar mit der Fortbewegung zusammenhängender Vorgang (Glimmbrand) auslöst (dazu Fellmann, a.a.O., N 366), so dass die im Betrieb erreichte Hitze des Katalysators rechtlich nicht mehr beachtlich erscheint.

A 3.1

cc) Unabhängig davon, ob die Hitze des Katalysators anlässlich der maschinellen Kräfteumsetzung entstand, hätte sie ohne das notwendige Zutreten anderer tatsächlicher Umstände in einem mit dem Betrieb des Fahrzeugs nicht eng verknüpften Lebensvorgang (der Erwärmung von Resten brennbaren Materials unter dem Fahrzeug auf dem Boden der Tenne, vgl. oben lit. bb) nicht zum Brand geführt. Bei der Erwärmung des brennbaren Materials handelt es sich jedoch nicht um einen Verkehrsvorgang und mithin nicht um einen Verkehrsunfall wie es die Haftung nach Art. 58 SVG voraussetzt (Giger, ebd. N 55). Auch aus diesem Grund liegt hier kein Sonderfall vor, welcher es ausnahmsweise erlaubte, bei einem stillstehenden Fahrzeug in Anlehnung an den verkehrstechnischen Betriebsbegriff eine Gefährdungshaftung von Art. 58 Abs. 1 SVG anzunehmen. Das konkrete schadensverursachende Geschehen im Zusammentreffen des erhitzten Katalysators mit brennbarem Material auf der Tenne wird nicht durch den Zweck von Art. 58 Abs. 1 SVG gedeckt, dessen Sinn in einer Kausalhaftung für die Betriebsgefahr liegt (Roberto, a.a.O., N 16.27). Somit liegt es ausserhalb des Schutzzwecks dieser Norm (Kausalhaftung für die Betriebsgefahr), jemanden für einen Brand verantwortlich zu machen, der nicht durch den Betrieb des Fahrzeugs verursacht worden ist. (...).

(Urteil vom 30. Mai 2022, ZK1 2021 31; eine Beschwerde in Zivilsachen wurde mit BGer 4A_314/2022 vom 24. Januar 2023 abgewiesen, soweit darauf einzutreten war. Das Bundesgericht ging auf die Feststellungen zur Funktion und Bedeutung des Katalysators nicht näher ein, weil diese seines Erachtens nicht zur Ablehnung der Betriebsgefahr führen, betrachtete den Katalysator wie z.B. ein heisses Bügeleisen aber als einen unabhängig vom Betrieb des im Stall abgestellten Lieferwagens erhitzten Gegenstand; auch ius.focus 3/2023 S. 14).

3. Zivilprozessrecht

3.1 Örtliche Zuständigkeit

- *Mit der Einreichung des Schlichtungsgesuchs am Wohnsitz des Beklagten trifft die Klägerin eine Wahl zwischen den ihr nach Art. 34 Abs. 1 ZPO alternativ zustehenden Gerichtsständen (Erw. 1.d).*
- *Die Klage ist an dem bereits durch das Schlichtungsgesuch örtlich fixierten Gerichtsstand zu erheben (Erw. 1.e).*

Aus den Erwägungen:

1. (...).

d) Wie bereits erwähnt, ist für arbeitsrechtliche Klagen das Gericht am Wohnsitz oder Sitz der beklagten Partei oder an dem Ort, an dem die arbeitende Person gewöhnlich die Arbeit verrichtet, zuständig (Art. 34 Abs. 1 ZPO). Die Wahl zwischen diesen alternativ zur Verfügung stehenden Gerichtsständen steht beiden Vertragsparteien zu (Kaiser Job, in: Spühler/Tenchio/Infanger [Hrsg.], Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. A. 2017, Art. 34 ZPO N 13). Es ist grundsätzlich Sache der klagenden Partei, eine der zuständigen Schlichtungsbehörden auszuwählen (Dolge/Infanger, Schlichtungsverfahren, Zürich/Basel/Genf 2012, S. 28). Mit der Einreichung des Schlichtungsgesuchs am Wohnsitz des Beklagten traf die Klägerin eine Wahl zwischen den ihr nach Art. 34 Abs. 1 ZPO alternativ zustehenden Gerichtsständen.

e) Die Einreichung eines Schlichtungsgesuchs begründet die Rechtshängigkeit des Verfahrens (Art. 62 Abs. 1 ZPO), was nach dem klaren Gesetzeswortlaut von Art. 64 Abs. 1 lit. b ZPO zur Folge hat, dass insbesondere die örtliche Zuständigkeit erhalten bleibt (sog. Fixationswirkung, *perpetuatio fori*). Die einmal begründete örtliche Zuständigkeit bleibt selbst bei Veränderungen der sie begründenden tatsächlichen Verhältnisse bestehen (Infanger, in: Spühler/Tenchio/Infanger [Hrsg.], Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. A. 2017, Art. 64 N 13; vgl. Sutter-Somm/Hedinger, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. A. 2016, Art. 64 ZPO N 15). Andernfalls hätte es die beklagte Partei in der Hand, sich der Rechtsverfolgung beispielsweise durch Wohnsitzverlegung zu entziehen (Sutter-Somm/Hedinger, a.a.O., Art. 64 ZPO N 15; vgl. Droese, in: Oberhammer/Domej/Haas [Hrsg.], Kurzkomentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. A. 2021, Art. 64 ZPO N 10). Die Fixationswirkung dient somit einerseits dem Schutz der klagenden Partei (Sutter-Somm/Hedinger, a.a.O., Art. 64 ZPO N 15). Andererseits dient sie auch der Prozessökonomie, indem ein Wechsel der örtlichen Zuständigkeiten während laufendem Verfahren verhindert wird (vgl. Berger-Steiner, in: Hausheer/Walter [Hrsg.], Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Band I, 2012, Art. 64 ZPO N 19). Die Lehre hält teilweise auch ausdrücklich mit Blick auf die vorliegend umstrittene Frage fest, dass das Schlichtungsgesuch den Gerichtsstand des nachfolgenden erstinstanzlichen Gerichtsverfahrens fixiert. Aufgrund der *perpetuatio fori* könne die Klage nach Ende des Schlichtungsverfahrens auch nicht an einem alternativen, an sich gegebenen Gerichtsstand vor Gericht gebracht werden (Claude Schrank, Das

A 3.1

Schlichtungsverfahren nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, in: BSzR Nr. 121 (2015) S. 450). Die französischsprachige Lehre ist demgegenüber teilweise der Auffassung, die Fixationswirkung hindere die klagende Partei nicht daran, auch nach eingereichtem Schlichtungsgesuch bei einem Gerichtsstand noch an einem anderen Gerichtsstand zu klagen (Chabloz, in: Chabloz/Dietschy-Martenez/Heinzmann [Hrsg.], CPC Code de procédure civile, petit commentaire, 2021, Art. 64 ZPO N 10; Bohnet, in: Bohnet/Haldy/Jeandin/Schweizer/Tappy [Hrsg.], Commentaire romand, Code de procédure civile, 2. A. 2019, Art. 64 ZPO N 7).

Der erstgenannten Lehrmeinung ist zu folgen. Vor dem Inkrafttreten der Schweizerischen Zivilprozessordnung waren der Beginn und die Wirkungen der Rechtshängigkeit durch die kantonalen Prozessordnungen geregelt, wonach die Rechtshängigkeit oft nicht bereits mit der Anrufung des Sühnebeamten eintrat. Diese Rechtslage wurde mit der Schweizerischen ZPO insofern vereinheitlicht, als nun wie dargelegt die Rechtshängigkeit mit Einreichung des Schlichtungsgesuches eintritt (vgl. Müller-Chen, in: Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. A. 2016, Art. 62 ZPO N 3 und 5). Gemäss Botschaft entspricht ein möglichst früher Zeitpunkt der Rechtshängigkeit modernem Prozessrecht, schafft rasch Klarheit über den Gerichtsstand und wirkt dem unerwünschten forum running entgegen (Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 28. Juni 2006, BBl 2006 7277). Mit den Bestimmungen in Art. 62 Abs. 1 und Art. 64 Abs. 1 ZPO wurden demnach ausdrücklich die Wirkungen der Rechtshängigkeit auf den frühen Zeitpunkt der Einreichung des Schlichtungsgesuches festgelegt. Demzufolge kann es des klaren Gesetzeswortlauts ungeachtet nicht die Absicht des Gesetzgebers gewesen sein, nach Eintritt der Rechtshängigkeit eine Änderung der örtlichen Zuständigkeit zuzulassen, sodass bei alternativen Gerichtsständen die Klage stets an einem anderen (alternativen) Gerichtsstand als demjenigen des Schlichtungsverfahrens eingereicht werden könnte. Die Klage ist vielmehr am bereits durch das Schlichtungsgesuch örtlich fixierten Gerichtsstand zu erheben. Daran ändert auch der teilweise als Grund der Fixationswirkung bezeichnete Schutz der klagenden Partei nichts. Es ist nicht ersichtlich, weshalb der Schutz der klagenden Partei dazu führen sollte, die beklagte Partei nach durchgeführtem Schlichtungsverfahren an ein erstinstanzliches Gericht eines weiteren Gerichtsstandes zu ziehen. Die Klägerin hätte demnach die Klage an dem von ihr bereits gewählten Gerichtsstand in Brugg einreichen müssen. Die örtliche Zuständigkeit des Bezirksgerichts March entfiel mit der von der Klägerin getroffenen Gerichtsstandswahl. Das Bezirksgericht March ist damit nicht örtlich zuständig.

(Beschluss vom 14. Dezember 2022, ZK1 2021 56).

3.2 Verfahren bei Organisationsmängeln

Weil das Handelsregisteramt die Angelegenheit gemäss der am 1. Januar 2021 in Kraft getretenen revidierten Fassung von Art. 939 OR dem Gericht überweist, kommt Ersterem im Gerichtsverfahren keine Parteistellung mehr zu und es liegt ein sog. nichtstreitiges Verfahren mit der Gesellschaft als einziger Partei vor.

(Beschluss vom 6. Juli 2022, ZK2 2022 19 Erw. 3).

3.3 Berufungsanträge

- *Berufungsanträge auf Aufhebung des angefochtenen Urteils und Gutheissung der Klage betreffen prozessuale Akte (Erw. 2).*
- *Der Berufungsführer kann sich nicht damit begnügen, auf lediglich bei der ersten Instanz in der Klage gestellte Rechtsbegehren zu verweisen (Erw. 3.a).*
- *Es muss ein neues Urteil in der Sache beantragt werden (Erw. 3.b).*
- *Zumindest bei beruflicher Vertretung ist es nicht überspitzt formalistisch, es nicht genügen zu lassen, wenn sich die Rechtsbegehren bloss aus der Begründung ableiten lassen (Erw. 3.c).*

Aus den Erwägungen:

2. Gemäss Art. 311 Abs. 1 ZPO ist die Berufung bei der Rechtsmittelinstanz schriftlich und begründet einzureichen. Die Berufungseingabe muss Anträge enthalten (BGE 137 III 617 E. 4.2.2 sowie Art. 219 i.V.m. Art. 221 Abs. 1 lit. b ZPO, da Art. 311 Abs. 1 ZPO nichts anderes bestimmt; dazu noch unten E. 3.b). Ein Rechtsbegehren muss so bestimmt sein, dass es (unabhängig von der anwendbaren Verfahrensmaxime) im Falle der Gutheissung der Klage unverändert zum Urteil erhoben werden kann (ebd. E. 4.3; ZK1 2021 17 vom 4. November 2021 E. 3 m.H.). Zwar ist aufgrund des vorliegenden Berufungsantrags Ziffer 1 klar, dass das Urteil des Bezirksgerichts umfassend angefochten wird. Der Antrag des Klägers beschränkt sich indes auf den prozessualen Akt der Aufhebung des angefochtenen Urteils. Damit bringt er nicht zum Ausdruck, inwiefern er das Berufungsgericht in der Sache mittels eines Leistungs-, Gestaltungs- oder Feststellungsbegehrens um Rechtsschutz ersucht (vgl. dazu BGer 5A_929/2015 vom 17. Juni 2016 E. 3.1). Sein zweiter Antrag auf Klagegutheissung beschränkt sich ebenfalls nur auf einen prozessualen Akt. Er enthält bzw. wiederholt kein materielles, beziffertes Leistungsbegehren (Art. 84 Abs. 2 ZPO), das zum Urteil erhoben werden könnte. Damit fehlen

A 3.3

in der Berufungsschrift die erforderlichen Anträge in der Sache (dazu auch ZK1 2021 20 vom 12. Mai 2021 E. 3 vor lit. a m.H.).

3. Wie alle Prozesshandlungen sind Rechtsbegehren indes nach Treu und Glauben auszulegen, insbesondere im Lichte der dazu gegebenen Begründung. Tritt das Berufungsgericht auf eine Berufung mit formell mangelhaften Rechtsbegehren nicht ein, obwohl sich aus der Begründung, allenfalls in Verbindung mit dem angefochtenen Entscheid, mit hinreichender Deutlichkeit ergibt, was der Berufungskläger verlangt, so läuft es Gefahr, gegen das Verbot des überspitzten Formalismus zu verstossen (BGE 137 III 617 E. 6.2). Daraus folgt freilich nicht, dass die Berufungsinstanz einer Partei gestützt auf Art. 132 ZPO Gelegenheit zur Verbesserung ihrer Eingabe geben muss. Die zitierte Norm ist nicht dazu bestimmt, die inhaltliche Ergänzung oder Nachbesserung eines ungenügenden Rechtsbegehrens und/oder einer ungenügenden Begründung zu ermöglichen (ebd. E. 6.4; zum Ganzen in einem offenbar eine Laieneingabe betreffenden Fall BGer 5A_929/2015 vom 17. Juni 2016 E. 3.2). Überspitzter Formalismus liegt vor, wenn das Gericht die formellen Vorschriften übertrieben streng anwendet oder an Rechtsschriften überspannte Anforderungen stellt und dadurch Rechtssuchenden in unzulässiger Weise den Rechtsweg versperrt. Prozessuale Formenstrenge dient der ordnungsgemässen und rechtsgleichen Verfahrensabwicklung zur Durchsetzung des materiellen Rechts, weshalb sie nur dann überspitzt formalistisch ist, wenn sie durch keine schutzwürdigen Interessen gerechtfertigt ist und zum blossen Selbstzweck verkommt (vgl. etwa BGE 142 I 10 E. 2.4.2 m.H.).

a) Wie dargelegt (E. 2) stellt der Kläger mit der Berufung schon kein materielles Rechtsbegehren, dessen Durchsetzung versperrt werden könnte. Sein Begehren, die Klage vom 10. Januar 2017 sei gutzuheissen, kann nicht als ein die erforderlichen reformatorischen Anträge ersetzender Verweis betrachtet werden. Genügt es nämlich den Begründungsanforderungen nicht, lediglich auf die vor erster Instanz vorgetragene Vorbringen zu verweisen, sich mit Hinweisen auf frühere Prozesshandlungen zufriedenzugeben oder den angefochtenen Entscheid in allgemeiner Weise zu kritisieren (BGE 138 III 374 E. 4.3.1; BGer 4A_396/2019 vom 16. Januar 2020 E. 3.3.1 m.H.; ZK1 2021 15 vom 24. März 2021 E. 2.b und ZK1 2020 5 vom 18. August 2020 E. 2 je m.H.), kann sich der Berufungsführer umso weniger in den Rechtsbegehren der Berufung damit begnügen, auf lediglich bei der ersten Instanz in der Klage vom 10. Januar 2017 gestellte Rechtsbegehren zu verweisen, ohne diese zu wiederholen (vgl. zum Wiederholungserfordernis Hurni, Zum Rechtsmittelgegenstand

im Schweizerischen Zivilprozessrecht, N 514 m.H. auf die bundesgerichtliche Praxis). Eine solche Vorgehensweise widerspricht der gesetzgeberischen Ausgestaltung der Berufung als eigenständiges Verfahren (vgl. Botschaft BBl vom 28. Juni 2006 S. 7374 f.) sowie der Obliegenheit des Berufungsführers, festzulegen, was er mit seinem Rechtsmittel erreichen will, um damit den Streitgegenstand des Rechtsmittelverfahrens im Verhältnis zum angefochtenen Entscheid zu bestimmen (s. Kunz, ZPO-Rechtsmittel, Art. 311 ZPO N 61 m.H.; BGE 137 III 617 E. 4.2.2). Insofern kann es auch nicht darauf ankommen, ob die erstinstanzlichen Klagebegehren im angefochtenen Urteil wörtlich aufgeführt sind oder nicht. Muss schon die Begründung hinreichend explizit sein (BGer 5A_573/2017 vom 19. Oktober 2017 E. 3.1), sind an die materielle Ausdrücklichkeit der Berufungsanträge umso höhere Anforderungen zu stellen.

b) Vom Rechtsmittelkläger zu verlangen, mit den Anträgen den Rechtsmittelgegenstand in der Sache auch dann zu bestimmen, wenn er unbeschränkt an der Klage festzuhalten gedenkt, ist kein blosser Selbstzweck. Es ist nicht Sache der Berufungsinstanz, anhand der Berufungsbegründung zu eruieren, ob der Rechtsmittelkläger im Vergleich zur Klage vom 10. Januar 2017, auf die er lediglich hinweist, das erstinstanzliche Urteil tatsächlich umfassend weiterzieht, zumal eine solche Herleitung mit der Dispositionsmaxime (dazu z.B. BGE 137 III 617 E. 4.5.3) unvereinbar wäre und der Gegenpartei nicht zumutbare Unwägbarkeiten zur Folge haben und mit Missverständnissen verbunden sein kann. Der zweitinstanzliche Streitgegenstand ist, obwohl er am erstinstanzlichen Streitgegenstand anknüpft, grundsätzlich nicht mit demjenigen vor der ersten Instanz identisch, weil er sich neu an die Rechtsmittelinstanz und nicht mehr an die Vorinstanz richtet und auf einem anderen Begründungsfundament, nämlich den Rügen gegen die tatsächlichen und rechtlichen Erwägungen des angefochtenen Entscheids, beruht (Hurni, ebd. N 500 ff.). Damit die Berufungsinstanz überhaupt ein Urteil fällen kann, müssen daher der geänderten Struktur des Streitgegenstandes entsprechend zweitinstanzlich der Form nach, aber sinngemäss auch von Gesetzes wegen (Art. 219 und Art. 221 Abs. 1 lit. b ZPO; BGE 138 III 213 = Pra 2012 Nr. 110 E. 2.3 betr. Anforderungen an die Parteibezeichnung; vgl. auch Leuenberger in Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, Kommentar, 3. A. 2016, Art. 219 ZPO N 3; Reetz/Hilber in Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, Kommentar, 3. A. 2016, Art. 316 ZPO N 6; Pahud in Brunner/Gasser/Schwander, Kommentar, 2. A. 2016, Art. 219 ZPO N 32 m.H.) Anträge mit einem bestimmten Inhalt vorhanden sein, die zugleich die Richtschnur der Begründung der Berufung in ihrer Kritik des angefochtenen

A 3.3

Urteils bilden (vgl. auch Reetz/Theiler in Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, Kommentar, 3. A. 2016, Art. 311 ZPO N 34 f.). Deshalb muss ein neues Urteil in der Sache (und nicht nur eine Klagegutheissung) beantragt werden (Berger/Güngerich/Hurni/Strittmatter, Zivilprozessrecht, 2. A. 2021, N 1333). Die Durchsetzung dieser Pflicht ist – namentlich für berufliche Rechtsvertreter (dazu vgl. unten lit. c) – nicht übertrieben streng. Die Antragstellung setzt, selbst wenn sie auf eine teilweise oder gar vollumfängliche Wiederholung erstinstanzlicher Klagebegehren im Berufungsverfahren hinausläuft, eine selbständige „Mise-en-scène“ voraus, damit die Berufungsinstanz und die Gegenparteien ohne weitere Schwierigkeiten wissen, um was es dem Rechtsmittelkläger geht. Der Berufungsantrag Ziff. 2 bezieht sich aber nur auf die Klage und enthält kein Rechtsbegehren in der Sache, das anhand der vorgetragenen Beanstandungen gemessen bzw. ausgelegt (dazu BGer 5A_775/2018 vom 15. April 2019 E. 4.1 zur Zulässigkeit eines bloss kassatorischen Antrags, dazu unten E. 3; vgl. auch Seiler, Die Berufung nach ZPO, N 881 m.H.), geschweige denn zum Urteil erhoben werden könnte. Die Wesentlichkeit seines Mangels gründet ausschliesslich in ihm selbst.

c) In casu besteht umso weniger Anlass die Anforderungen an hinreichend bestimmte bzw. zum Urteil erhebaren materiellen Berufungsanträge billigerweise herabzusetzen, weil der Kläger durch Anwälte vertreten wird. Bei beruflicher Vertretung ist es nicht überspitzt formalistisch, es nicht genügen zu lassen, wenn sich die Rechtsbegehren bloss aus der Begründung ableiten lassen (ZK1 2021 20 ebd.; in allgemeiner Hinsicht BGE 133 III 489 E. 3 in Bezug auf Art. 42 BGG; Reetz/Theiler, a.a.O., Art. 311 ZPO N 34 m.H.; vgl. auch Kunz, a.a.O., Art. 311 ZPO N 67; a.M., allerdings wegen Abweisung bzw. Rückweisung nicht indirekt die Anträge im Dispositiv selber formulieren zu müssen, KG GR ZK2 2019 72 vom 23. März 2021 E. 1.2.1 ff. sowie ohne Weiteres OG ZH LB170043 vom 20. April 2018 E. III. 1.2 oder LA150035 vom 5. Januar 2016 E. 4). Es handelt sich abgesehen davon vorliegend nicht um einen Fehler im Detail, sondern einen wesentlichen (s. auch lit. b in fine), nach Ablauf der Rechtsmittelfrist nicht mehr heilbaren Prozessmangel. Dass die Berufung einen reformatorischen Antrag enthalten muss, ist eine von der Lehre und Rechtsprechung statuierte und von Amtes wegen zu prüfende, förmliche Berufungsvoraussetzung (auch BGer 5A_775/2018 vom 15. April 2019 E. 3.4 m.H.) und mithin eine Formalität, an die unter Umständen nur bei Laien geringere Anforderungen gestellt werden können (vgl. dazu Spühler, BSK, 3. A. 2017, Art. 311 N 3 und 12 f. m.H.; ZK2 2020 42 vom 15. März 2021 E. 2; KG GR ZK2 2020 26 vom 4. August 2021 E. 3.4). Bei beruflichen Vertretern ist indes davon auszugehen, dass sie um die

Unverzichtbarkeit einer materiellen Antragstellung in einer Berufung gemäss hier erwähnter Rechtsprechung und Lehre wissen. Ebenso ist vorauszusetzen, dass sie die Bedeutung dieses Erfordernisses zur Gewährleistung einer ordnungsgemässen und rechtsgleichen Abwicklung des Verfahrens sowie der Durchsetzung des materiellen Rechts (dazu neuerdings BGer 4D_71/2020 vom 23. Februar 2021 E. 4.2) kennen und daher für eine korrekte Antragstellung erhöhte Sorgfalt aufbringen, um „unglückliche“ Formulierungen zu verhindern. Wenn berufliche Vertreter mithin wie vorliegend keine materiellen Berufungsanträge stellen und nicht näher begründen, warum sie davon absehen, kann kein blosses unfreiwilliges bzw. unglückliches Versehen vorliegen. Daran ändert nichts, wenn sich die Berufungsanträge in der Wiederholung der erstinstanzlichen Klage erschöpfen würden; denn dies ist abgesehen von der selbständigen Bedeutung der Berufungsanträge (vgl. oben lit. b) ein Regelfall (vgl. Hurni, Der Rechtsmittelprozess der ZPO, ZBJV 2/2020 S. 80), der zumindest bei beruflicher Vertretung unter Konsultation der Berufungsbegründung zu überprüfen und zu debattieren weder Sache der Berufungsinstanz noch der Gegenpartei ist.

d) Abgesehen davon lassen sich in der Berufungsbegründung nur im Zusammenhang von Ausführungen zum Streitwert Hinweise zum Total der Klageforderung finden. Die Zusammensetzung dieser Forderung lässt sich jedoch der Berufungsbegründung selber nicht in einer derart klaren Art und Weise entnehmen, als sie zum Urteil gegen die Beklagte erhoben werden könnte. Hierfür müsste die Berufungsinstanz die Eingaben und Akten des erstinstanzlichen Verfahrens studieren. Insofern setzt sich der Berufungsführer mit den tatsächlichen und rechtlichen Erwägungen des angefochtenen Urteils namentlich hinsichtlich der Klärung des Berufungsgegenstands nicht eindeutig und nicht mühelos verstehbar auseinander (dazu vgl. BGE 138 III 374 = Pra 2013 Nr. 4 E. 4.3.1; zum Ganzen etwa auch ZK1 2021 17 vom 4. November 2021 E. 4 und ZK1 2018 1 vom 12. Oktober 2018 E. 2.b je m.H). Zudem ist es nicht zulässig, in der Berufungsbegründung auf erstinstanzliche Vorbringen zu verweisen (vgl. oben E. 2.a). Es ist wie gesagt (oben lit. b) weder Sache der Berufungsinstanz noch der Gegenpartei, sich aus der Klage vom 10. Januar 2017 in einer aufwendigen Analyse der Berufungsbegründung, dem Studium der erstinstanzlichen Akten und des erstinstanzlichen Urteils die Begehren zusammensuchen, die mit der Berufung thematisiert sein sollen, aber unabhängig davon auch nicht, aus dem daraus gewonnenen Fundus ein (gutheissendes) Dispositiv selber zu formulieren (vgl. oben E. 2). Aus diesen Gründen ist auf die beiden ersten Anträge der Berufung nicht einzutreten.

(Beschluss vom 22. März 2022; ZK1 2022 4; eine Beschwerde in Zivilsachen wurde mit BGer 5A_342/2022 vom 26. Oktober 2022 unter der

A 4.1

neuen Prämisse gutgeheissen, dass die Zulässigkeit des Rechtsbegehrens nicht an sich selbst, sondern an den vorgetragenen Beanstandungen zu messen sei, womit im Ergebnis die performative Kraft der Anträge in Umkehrung der Klageessentialia in die Begründung verschoben wird. Nach BGer 4A_555/2022 vom 11. April 2023 E. 2.9 können sich Zweifel ergeben, was genau der Berufungsführer mit seiner Berufung anstrebt, wenn er lediglich die Gutheissung der Klage beantragt. Solche Unklarheiten wurden in casu nicht angenommen, würden aber zulasten des Berufungsführers gehen).

4. Strafrecht

4.1 Tätigkeitsverbot in besonders leichten Fällen

- *Voraussetzungen des Absehens von einem Tätigkeitsverbot in besonders leichten Fällen nach Art. 67 Abs. 4^{bis} StGB (Erw. 3.b).*
- *Die angeklagten acht Chatnachrichten zwischen dem 25jährigen Beschuldigten und dem 14jährigen Opfer sind objektiv besonders leicht (E. 3.c).*
- *Auch in subjektiver Hinsicht liegt ein leichter Fall vor (Erw. 3.d).*
- *Hinweise auf eine pädophile Neigung des Beschuldigten finden sich nicht und seine Lebensverhältnisse sind insgesamt geregelt und stabil (Erw. 3.e).*

Aus den Erwägungen:

3. Der Beschuldigte focht das vorinstanzlich auferlegte lebenslängliche Tätigkeitsverbot an. (...).

b) Wird jemand zu einer Strafe wegen Pornografie nach Art. 197 Abs. 4 oder Abs. 5 StGB verurteilt und enthalten die Gegenstände oder Vorführungen sexuelle Handlungen mit Minderjährigen, so verbietet das Gericht dieser Person lebenslänglich jede berufliche und jede organisierte ausserberufliche Tätigkeit, die einen regelmässigen Kontakt zu Minderjährigen umfasst (Art. 67 Abs. 3 lit. d Ziff. 2 StGB). Das Tätigkeitsverbot soll unabhängig von der Höhe der ausgesprochenen Strafe angeordnet werden. Zudem ist nicht relevant, ob die Tat in Ausübung eines Berufs, einer ehrenamtlichen Tätigkeit oder im rein privaten Rahmen verübt wurde (BBI

2016 6136). Bei Art. 67 Abs. 3 und Abs. 4 StGB sind die allgemeinen Voraussetzungen von Massnahmen, insbesondere die Verhältnismässigkeit, nicht anwendbar (vgl. Langenegger, in: Graf [Hrsg.], Annotierter Kommentar StGB, 2020, Art. 67 StGB N 23). Das Tätigkeitsverbot nach Art. 67 Abs. 3 StGB setzt keine negative Prognose voraus (BBI 2016 6158; Trechsel/Bertossa, in: Trechsel/Pieth [Hrsg.], Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, 4. A. 2021, Art. 67 StGB N 15). Sind die Voraussetzungen erfüllt, so muss das Gericht das lebenslängliche Tätigkeitsverbot zwingend anordnen (BBI 2016 6158). Es gibt somit – abgesehen von Abs. 4^{bis} – keinen Raum für gerichtliches Ermessen (Langenegger, a.a.O., Art. 67 StGB N 22).

Laut Art. 67 Abs. 4^{bis} StGB kann das Gericht in besonders leichten Fällen ausnahmsweise von der Anordnung eines Tätigkeitsverbots nach Art. 67 Abs. 3 StGB absehen, wenn ein solches Verbot nicht notwendig erscheint, um die verurteilte Person von der Begehung weiterer Straftaten abzuhalten, wie sie Anlass für das Verbot sind. Von der Anordnung eines Tätigkeitsverbots darf jedoch nicht abgesehen werden, wenn die verurteilte Person wegen der in Art. 67 Abs. 4^{bis} lit. a StGB aufgelisteten Delikte verurteilt wurde oder gemäss den international anerkannten Klassifikationskriterien pädophil ist (Art. 67 Abs. 4^{bis} lit. b StGB). Die Voraussetzungen für das Absehen von einem zwingend lebenslänglichen Tätigkeitsverbot sind eng ausgestaltet. Es muss sich kumulativ um einen besonders leichten Fall handeln und das Tätigkeitsverbot darf nicht notwendig erscheinen, um die verurteilte Person vor der Begehung weiterer einschlägiger Sexualstraftaten am geschützten Personenkreis abzuhalten (BBI 2016 6160; vgl. Langenegger, a.a.O., Art. 67 StGB N 24). Mit dem Begriff „besonders leichter Fall“ wollte der Gesetzgeber verdeutlichen, dass nur Fälle in den Anwendungsbereich der Ausnahmebestimmung fallen können, die in objektiver und subjektiver Hinsicht eigentlichen Bagatelldeliktcharakter aufweisen (BBI 2016 6161; Trechsel/Bertossa, a.a.O., Art. 67 StGB N 15c). Als besonders leichter Fall kommen auch Straftaten mit höherer Strafdrohung in Frage, z.B. sexuelle Handlungen mit einem Kind, insbesondere wenn das Gericht unter Gesamtwürdigung der Tat- und Täterkomponenten das Verschulden der verurteilten Person als besonders gering einstuft und deshalb eine milde Strafe ausspricht (BBI 2016 6161). Es ist ein strenger Massstab anzulegen. Die Bestimmung soll nur zurückhaltend angewandt werden (BBI 2016 6161). Nicht notwendig erscheint ein Tätigkeitsverbot, wenn der verurteilten Person eine gute Prognose gestellt werden kann, weil Anhaltspunkte für eine Wiederholungsfahr fehlen. Die Frage ist aufgrund einer Gesamtwürdigung zu beantworten. Miteinzubeziehen sind neben den Tatumständen das Vorleben und der Leumund sowie alle weiteren Tatsachen, die gültige Schlüsse auf den Charakter der verurteilten Person und die Aussichten auf Bewährung zulassen (BBI 2016 6161). Sind die

A 4.1

Voraussetzungen für ein Absehen von einem Tätigkeitsverbot erfüllt, liegt der Verzicht auf die Anordnung im Ermessen des Gerichts (BBI 2016 6162).

c) Die Chatunterhaltung erfolgte ausschliesslich zwischen dem Beschuldigten und H. Ob die in den Nachrichten erwähnte Kollegin von H tatsächlich Kenntnis von der Unterhaltung erlangte, ist nicht erstellt. Der Beschuldigte beschränkte sich darauf, H seine sexuellen Fantasien und Wünsche mitzuteilen, ohne zusätzlich pornografisches Bild- oder Videomaterial zu verschicken, was einen stärkeren Eindruck hinterlassen und ihre sexuelle Entwicklung tiefgreifender beeinflusst hätte. Die angeklagten Äusserungen sind relativ kurz, nicht sehr detailliert und beschreiben keine ungewöhnlichen oder – abgesehen vom jugendlichen Alter der Chatpartnerin – strafbaren Handlungen. Kurznachrichten per Whatsapp können jederzeit, überall und innert kürzester Zeit geschrieben werden, sodass nur eine geringe kriminelle Energie erforderlich war. Im Gegensatz dazu wäre die Erstellung pornografischer Filme wesentlich aufwendiger. Der Vorinstanz ist Recht zu geben, dass es sich nicht mehr um einen einmaligen Ausrutscher handelt. Insgesamt wurden jedoch nur acht von 385 Chatnachrichten zur Anklage gebracht. Zudem erfolgten zwei Mal je drei angeklagte Nachrichten am gleichen Tag (...). Im Gesamtzusammenhang ist die mehrfache Tatbegehung daher im Hinblick auf das Tätigkeitsverbot zu relativieren. Die Tatschwere ist jedenfalls keinesfalls vergleichbar mit einem pädophilen Täter, der mehrmals pornografische Videos, möglicherweise mit verschiedenen Kindern, herstellte. Im Rahmen der Strafzumessung wurde denn auch die objektive Tatschwere als noch leicht qualifiziert. Schliesslich fällt die Sanktion mit einer bedingten Geldstrafe von 50 Tagessätzen und einer Verbindungsbusse von Fr. 1'200.00 in den untersten Bereich des Strafrahmens (...). In objektiver Hinsicht ist damit ein besonders leichter Fall nach Art. 67 Abs. 4^{bis} StGB zu bejahen.

d) Im Tatzeitraum war der Beschuldigte 25 Jahre alt, sodass der Kontakt nicht mehr als Jugendliebe – die ein Absehen von einem Tätigkeitsverbot rechtfertigen würde (BBI 2016 6146) – angesehen werden kann. Die Chatunterhaltung hinterlässt jedoch den Eindruck, dass der Beschuldigte bei der Suche nach einer Freundin einem übermütigen Leichtsinns erlegen ist. Er sagte denn auch aus, er habe auf der Chatplattform www.sugar-daddy.ch einfach Abenteuer und Abwechslung gesucht. Von dieser Seite habe er sich nur unverbindlichen Spass erhofft. Die Intention seiner Handlungen entsprach nicht derjenigen eines pädophil veranlagten Straftäters, der gezielt nach sexuellen Kontakten mit Kindern sucht. Schliesslich wurde im Rahmen der Strafzumessung das subjektive Tatverschulden als

leicht qualifiziert. Auch in subjektiver Hinsicht liegt demnach ein leichter Fall vor.

e) Hinweise auf eine pädophile Neigung des Beschuldigten finden sich nicht: Der Beschuldigte verneinte eine Vorliebe für Minderjährige und gab an, er habe mit keinen anderen Mädchen unter 16 Jahren Kontakt gehabt. Er distanzierte sich eindeutig von Pädophilie. Sodann kam der Kontakt zu H nicht aufgrund ihres minderjährigen Alters zustande. Der Beschuldigte hielt sich zwar auf der Homepage www.sugardaddy.ch auf, um eine jüngere Frau kennenzulernen. Es ist aber nicht erstellt, dass er gezielt Kontakt mit Jugendlichen oder Kindern suchte, um mit ihnen sexuelle bzw. pornografische Handlungen vornehmen zu können. Der Beschuldigte ist wegen eines Strassenverkehrsdelikts vorbestraft, jedoch nicht einschlägig. Zudem lag dieses Delikt im vorliegend massgebenden Zeitraum bereits sechs Jahre zurück, während derer sich der Beschuldigte wohl verhielt. Der Leumundsbericht ist abgesehen von der genannten Vorstrafe und einem Ausweisverlust nicht negativ. Der Beschuldigte arbeitet weiterhin (...) als Verkaufsberater, ist ledig, lebt nicht in einer festen Partnerschaft und hat keine Kinder und Unterhaltspflichten. Seine Lebensverhältnisse sind insgesamt geregelt und stabil.

(Urteil vom 8. September 2022, STK 2021 56; vgl. auch zur Publikation bestimmter BGer 6B_156/2023 vom 3. April 2023).

4.2 Psychische sexuelle Nötigung

- *Unmittelbare Abnahme von Beweismitteln nach Art. 343 Abs. 3 StPO; Gründe für den Verzicht auf die persönliche Befragung kognitiv beeinträchtigter erwachsener Opfer (Erw. 3.b).*
- *Auch bei der Tatvariante der psychischen Nötigung (Art. 189 Abs. 1 StGB) durch Instrumentalisierung sozialer Verhältnisse (strukturelle Gewalt) muss für die Erfüllung des Tatbestandes eine tatsituative Zwangssituation nachgewiesen sein (Erw. 5.a/aa).*
- *Die vom Bundesgericht in BGE 146 IV 153 zum sexuellen Missbrauch von Kindern, die sich in einer Übergangsphase zwischen eindeutiger Urteilsunfähigkeit und eindeutiger Urteilsfähigkeit befinden, entwickelte Rechtsprechung ist nicht analog auf kognitiv beeinträchtigte Erwachsene anwendbar (Erw. 5.b/bb/aaa-bbb).*

A 4.2

Aus den Erwägungen:

3. b) Eine unmittelbare Abnahme eines Beweismittels ist notwendig im Sinne von Art. 343 Abs. 3 StPO, wenn sie den Ausgang des Verfahrens beeinflussen kann. Dies ist namentlich der Fall, wenn die Kraft des Beweismittels in entscheidender Weise vom Eindruck abhängt, der bei seiner Präsentation entsteht, beispielsweise wenn es in besonderem Masse auf den unmittelbaren Eindruck einer Zeugenaussage ankommt, so wenn die Aussage das einzige direkte Beweismittel (Aussage gegen Aussage) darstellt (BGE 140 IV 196 E. 4.4.2 mit Hinweis auf Urteil 6B_139/2013 vom 20. Juni 2013 E. 1.3.2). Die Gutachterin verneinte die Frage, ob sich eine Exploration der Privatkläger durch sie selbst aufdrängt. Sie führte dazu aus, dass eine Exploration der Privatkläger zur Sache im Nachgang der Kontamination durch die lange anhaltende und regelmässige (phasenweise tägliche) Thematisierung in der Institution sowie vor allem durch die Behandlung durch X keine neuen Erkenntnisse mehr erwarten liesse. Mit einer Exploration zur Person könnten zwar fallneutral Informationen über die Narrationsfähigkeit und die Erinnerungsfähigkeit sowie sexualanamnestische Informationen erhoben werden. Allerdings sei die Aussagekraft insofern eingeschränkt, als es sich um eine aktuelle Momentaufnahme handle, welche die damaligen Leistungen nicht widerspiegeln, so dass eine solche Exploration zur Person höchstwahrscheinlich zu keinem anderen Gutachtenergebnis geführt hätte. Zur Frage, welche Auswirkungen eine erneute Befragung der Privatkläger durch das Kantonsgericht im heutigen Zeitpunkt auf deren Gesundheit allenfalls zu erwarten wären, hielt die Gutachterin fest, dass sich ohne eigene Exploration und ohne aktuelle Informationen zum Gesundheitszustand keine individuellen prognostischen Aussagen zur Verkräftbarkeit der Teilnahme an einer Gerichtsverhandlung machen liessen. Die Gutachterin weist aber darauf hin, dass grundsätzlich jegliche unnötige Belastung vermieden werden sollte. Sie hält fest, dass, weil ohnehin mit keinem Erkenntnisgewinn durch aktuelle Aussagen der Privatkläger zu rechnen wäre, die Belastung durch eine erneute Befragung erst recht zu vermeiden sei. Die Aussagen der Gutachterin betreffend eine allfällige Exploration zur Sache und zur Person bezogen sich zwar auf mögliche weiterführende eigene Untersuchungen. Gleichermassen können sie aber für eine allfällige gerichtliche Befragung Bedeutung haben. Eine gerichtliche Befragung dürfte damit insbesondere zur Sache keinen Erkenntnisgewinn mehr ergeben und auch die Befragung zur Person (...) wäre ebenfalls nicht zielführend, weil aus den heutigen Angaben der Privatkläger nicht auf deren damalige Leistungsfähigkeit geschlossen werden kann. Vor diesem Hintergrund und auch der mit einer erneuten Befragung ver-

bundenen Belastung der Privatkläger (...) und soweit überhaupt eine Aussage gegen Aussage-Konstellation vorliegt, sieht das Kantonsgericht von einer persönlichen Befragung ab. (...).

5. (...). a) aa) Nach Art. 189 Abs. 1 StGB macht sich strafbar, wer eine Person zur Duldung einer beischlafsähnlichen oder einer anderen sexuellen Handlung nötigt, namentlich indem er sie bedroht, Gewalt anwendet, sie unter psychischen Druck setzt oder zum Widerstand unfähig macht. Die vorliegend in Frage stehende Tatbestandsvariante des Unter-psychischen-Druck-Setzens ist dann gegeben, wenn vom Täter für das Opfer eine Zwangssituation geschaffen wird, in der das Opfer keine zumutbaren Selbstschutzmöglichkeiten mehr zur Verfügung stehen, eine konkrete Gefahr für sein sexuelles Selbstbestimmungsrecht besteht und das Tatmittel der Gewalt nicht gegeben ist (BSK StGB II-Maier, 4. A., N 28 zu Art. 189 StGB).

Eine mögliche Tatvariante der psychischen Nötigung stellt die Instrumentalisierung sozialer Verhältnisse durch den Täter dar (Begriff der strukturellen Gewalt). Dabei setzt dieser die strukturellen (auch funktionellen oder institutionellen) Verhältnisse als Nötigungsmittel für seine sexuellen Ziele ein. Vorausgesetzt wird dabei eine „Instrumentalisierung“ struktureller Gewalt, das heisst, dass die vorgefundene oder vom Täter geschaffene soziale Situation als Druckmittel eingesetzt wird. Dabei wird berücksichtigt, dass eine sexuelle Nötigung umso wirksamer ist, je empfindlicher, wehr- und hilfloser insbesondere abhängige, verletzte oder traumatisierte Opfer einem solchen Angriff ausgesetzt sind. Es hiesse, solchen Menschen einen geringeren strafrechtlichen Schutz zuzugestehen, würde dieser besonderen Verletzlichkeit, die der Täter gerade in seinen Tatplan einbezieht, bei der Beurteilung des Vorliegens einer psychischen Nötigung nicht Rechnung getragen. Es ist aber wie bei der physischen Gewalt und Drohung immer eine erhebliche Einwirkung auf die Freiheit der sexuellen Selbstbestimmung erforderlich. Der Begriff der Instrumentalisierung struktureller Gewalt darf somit nicht als Ausnützung vorbestehender gesellschaftlicher oder privater Machtverhältnisse missverstanden werden. Die blossе Ausnützung ist keine Nötigung, und eine tatsächlich bestehende strukturelle Gewalt ist als solche noch keine zurechenbare Nötigungshandlung. Es muss für die Erfüllung des Tatbestands durch den Täter eine „tatsituative Zwangssituation“ nachgewiesen sein. Das bedeutet nicht, dass der Täter diese jedes Mal wieder auf die gleiche Weise neu entstehen lassen muss. Es genügt, wenn das Opfer zunächst in dem ihm möglichen Rahmen Widerstand leistet und der Täter in der Folge den Zwang aktualisiert, so dass jede weitere sexuelle Ausbeutung nur aufgrund der strukturellen und aktualisierten Gewalterfahrung erfolgt (BGE 131 IV

A 4.2

107 E. 2.4 mit Hinweisen; zum Erfordernis der tatsituativen Zwangssituation vgl. zit. Urteil 6B_1265/2019 [nicht in BGE publ. 146 IV 153] E. 3.3.3; BGE 133 IV 49 E. 4, je mit Hinweisen).

Die Beurteilung der Zwangswirkung erfolgt nach dem sog. objektiv-individuellen Massstab. Der Täter muss bewusst Zwang auf das Opfer ausüben, um seinen (allfälligen) Widerstand zu brechen. Die Zwangssituation muss einen gewissen objektiven Grad erreichen. Dabei können räumlich und zeitlich unmittelbar mit der Zwangssituation zusammenhängende Umstände massgebend sein. Auch können psychologische Faktoren eine Rolle spielen. Bei der Frage, ob dem Opfer keine zumutbaren Selbstschutzmöglichkeiten zur Verfügung stehen, muss die Persönlichkeit des Opfers miteinbezogen werden. So wird von einer erwachsenen Person mehr Widerstand zu erwarten sein als von einem Kind. Aus der Sicht des Opfers muss vom Täter eine derartige Zwangswirkung ausgehen, dass ein Nachgeben unter den konkreten Umständen verständlich erscheint. Berücksichtigt werden müssen vorbestehende Abhängigkeiten und Notlagen des Opfers. Dass der Täter vor der Tat selber eine Zwangssituation schaffen muss, bedeutet nicht, dass er diese jedes Mal wieder auf die gleiche Weise neu entstehen lassen muss. Bei langandauernden sexuellen Ausbeutungen von Kindern beispielsweise genügt bereits eine Aktualisierung des Zwangs (BSK StGB II-Maier, 4. A., N 31 f. zu Art. 189 StGB).

bb) aaa) Die Verteidigung macht geltend, das Bundesgericht habe die Rechtsprechung zum sexuellen Missbrauch von Kindern konkretisiert, welche sich in einer Übergangsphase zwischen eindeutiger Urteilsunfähigkeit und eindeutiger Urteilsfähigkeit befänden (vgl. zit. Urteil 6B_1265/2019 bzw. BGE 146 IV 153). Sie hält dafür, dass diese Rechtsprechung nicht analog auf erwachsene Personen mit geistiger Beeinträchtigung angewendet werden könne und dürfe.

bbb) Im erwähnten Entscheid 146 IV 153 erwoog das Bundesgericht, die Anwendung der Nötigungstatbestände erfordere, dass sich das Opfer bereits einen Willen betreffend seine sexuelle Freiheit bilden könne, weil ein mangels Einsichtsfähigkeit noch nicht gebildeter Wille nicht gebrochen werden könne. Umgekehrt sei der Tatbestand der Schändung auf den Fall, in dem das Kind noch gar keinen Willen betreffend seine sexuelle Freiheit bilden könne, zugeschnitten (E. 3.5.3). Das Bundesgericht hielt weiter fest, dass bei gegebener Urteilsfähigkeit ein Täter aus dem sozialen Nahraum ein Kind auch ohne aktive Ausübung von Zwang oder Androhung von Nachteilen unter Druck setzen könne und damit die sexuellen Nötigungstatbestände erfülle. Der Täter, der dem Kind vorspiegle, die sexuellen Handlungen seien normal, eine schöne Sache oder als Gefälligkeit zu erbringen, schaffe für das Kind eine ausweglose Situation, die von diesen

Tatbeständen ebenso erfasst werde. Entscheidend sei, ob vom Kind angesichts seines Alters, seiner familiären und sozialen Situation, der Nähe des Täters, dessen Funktion in seinem Leben, seines Vertrauens in den Täter und der Art und Weise der Vornahme der sexuellen Handlungen erwartet werden könne, dass es sich dem Missbrauch eigenständig entgegensezt (E. 3.5.5; Regeste). Liessen sich Kinder im Alter wie vorliegend (achteinhalb- bis zehneinhalbjährig) ohne sich zu wehren in sexuelle Handlungen involvieren, könne daraus nicht auf eine freiwillige Mitwirkung geschlossen werden; es sei eine immer nur vermeintliche Freiwilligkeit (E. 3.5.6; Regeste). Das Bundesgericht äusserte sich im zitierten Entscheid nicht dazu, ob und allenfalls inwieweit diese Grundsätze auch bei erwachsenen Personen mit kognitiver Beeinträchtigung(en) anzuwenden wären. Es hält lediglich fest, was bis anhin schon galt, dass bei Erwachsenen psychischer Druck nur bei ungewöhnlich grosser kognitiver Unterlegenheit oder emotionaler wie sozialer Abhängigkeit in Betracht käme (E. 3.3.3). Die vom Bundesgericht entwickelten Grundsätze scheinen sich denn auch spezifisch auf in der beschriebenen Übergangsphase befindlichen Kinder und nicht auf Erwachsene zu beziehen. Zudem können kognitiv beeinträchtigte Erwachsene ebenso wie in dieser Hinsicht nicht beeinträchtigte Personen in der Lage sein, bezüglich ihrer sexuellen Freiheit einen Willen zu bilden und entsprechend danach zu handeln. Auch wenn bei geistig beeinträchtigten erwachsenen Personen bezüglich des Grades der Intelligenz oftmals Vergleiche mit jüngeren Kindern angestellt werden, bedeutet dies nicht, dass solche Menschen auch hinsichtlich ihres sexuellen Selbstbestimmungsrechts mit Kindern gleichgestellt werden können, denn sie sind trotz ihren speziellen Bedürfnissen physisch und psychisch Erwachsene. Eine analoge Anwendung dieser sich für in der vorpubertären Phase befindliche Kinder entwickelten Rechtsprechung drängt sich somit nicht auf, was aber nicht bedeutet, dass in casu bei der Beurteilung der Zwangswirkung der spezifischen Situation der jeweiligen Privatkläger nicht Rechnung zu tragen wäre.

(Urteil vom 11. Januar 2022, STK 2019 37).

4.3 Schreckung der Bevölkerung, Bevölkerungsbegriff

- *Auseinandersetzung mit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zum Bevölkerungsbegriff von Art. 258 StGB (Erw. 3.a.aa).*
- *Drohende Äusserungen gegenüber (zahlreichen) bestimmten oder bestimmbar Personen richten sich nicht gegen die Bevölkerung i.S.v. Art. 258 StGB (Erw. 3.b.aa, 3.f.aa und 3.j.aa); politisch gewählte Personen sind nicht per se Repräsentanten der Allgemeinheit im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu Art. 258 StGB (Erw. 3.j.aa).*

A 4.3

Aus den Erwägungen:

2. Anklagesachverhalt

(...). Im vorliegenden Verfahren wird dem Beschuldigten laut geänderter Anklage vom 5. November 2021 im Wesentlichen vorgeworfen, er habe im Zeitraum vom 25. September 2018 bis zum 18. November 2020 19 Nachrichten an zahlreiche Adressaten, darunter Behörden, Behördenmitglieder und Beamte, Regierungs- und Kantonsräte sowie an die Staatskanzlei, den Rechts- und Beschwerdedienst, die Rechts- und Justizkommission, die Kantonspolizei Schwyz, die Oberstaatsanwaltschaft, das Verwaltungs- und das Kantonsgericht sowie an die schweizweite Presse (z.B. die Weltwoche, 20 Minuten, den Beobachter, die Südostschweiz, die Basler Zeitung, die Berner Zeitung, den Blick, den Boten der Urschweiz, den Bund, die Luzerner Zeitung, die NZZ und den Tagesanzeiger) versandt oder diesen telefoniert. Er habe dabei mit ernsthaften Gefahren für Leib und Leben, konkret mit Tötungen und schweren Körperverletzungen, einer Vielzahl von Personen gedroht. Durch die zahlreichen Schreiben und Telefonate mit den darin enthaltenen Drohungen habe sich eine Mehrheit der angeschriebenen Mitglieder des Kantonsrates, der Staatskanzlei und der Kantonspolizei Schwyz ernsthaft bedroht und in ihrem Sicherheitsgefühl resp. im Gefühl angstfreier Daseinsgewissheit beeinträchtigt gefühlt. Sie hätten ernsthaft mit der Verwirklichung der Drohungen gerechnet und seien vom Bestehen einer erheblichen Gefahr für Leib und Leben ausgegangen, was der Beschuldigte gewusst und gewollt habe. Der Beschuldigte habe im Zeitraum vom 25. September 2018 bis zum 18. November 2020 mit der Androhung von schweren, ernsthaften Gefahren für Leib und Leben wissentlich und willentlich eine Vielzahl von Personen in Schrecken versetzt (...).

3. a.aa) Schreckung der Bevölkerung (Art. 258 StGB)

Wer die Bevölkerung durch Androhen oder Vorspiegeln einer Gefahr für Leib, Leben oder Eigentum in Schrecken versetzt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft (Art. 258 StGB). (...). Hinsichtlich des Bevölkerungsbegriffs ist die Rechtsprechung des Bundesgerichts näher zu betrachten: Im Fall eines Beschuldigten, der in einem Gespräch mit einer Sozialarbeiterin in den Räumlichkeiten der Sozialhilfebehörde angab, alle Personen, die ihm bisher nicht geholfen hätten, gehörten erschossen, führte das Bundesgericht im Urteil 6B_175/2014 vom 3. Juli 2014 zum Bevölkerungsbegriff aus, die Tötungsdrohungen seien gegenüber der Sozialarbeiterin während eines dienstlichen Gesprächs in den Räumlichkeiten der Sozialhilfe und damit öffentlich geäussert worden. Sie

hätten sich gegen eine Vielzahl von Personen gerichtet. Die Literatur bejahe die Erfüllung des Tatbestands bei Äusserungen gegenüber einer Einzelperson, jedenfalls, wenn diese als Repräsentantin einer Gruppe erscheine. Unter „Bevölkerung“ würden nach herrschender Ansicht „viele Einzelne, eine grössere, nicht genau bestimmte Anzahl von Personen bzw. ein grösserer Personenkreis“ verstanden (BGer Urteil 6B_175/2014 vom 3. Juli 2014 E. 2.3.1).

In der weniger als ein Jahr später ergangenen BGE 141 IV 215 setzte sich das Bundesgericht erneut und deutlich eingehender mit dem Bevölkerungsbegriff von Art. 258 StGB auseinander. Zu beurteilen hatte es die Äusserungen eines Beschuldigten, die er an seine rund 290 „Facebook-Freunde“ adressierte und darin im Besonderen diejenigen ansprach, die ihm nicht zum Geburtstag gratuliert hatten (BGE 141 IV 215 E. 2.3.5). Zum Bevölkerungsbegriff führte das Bundesgericht aus, den Tatbestand der Schreckung der Bevölkerung erfülle nicht schon, wer durch öffentliche Äusserungen andere Personen in Schrecken versetze. Der Tatbestand gemäss Art. 258 StGB setze vielmehr voraus, dass der Täter „die Bevölkerung (la population, la popolazione) in Schrecken“ versetze. Die Lehre nehme an, dass mit dem Begriff der „Bevölkerung“ im Sinne von Art. 258 StGB ein grösserer Personenkreis, eine unbestimmte Vielzahl von Personen gemeint sei. Es sei nicht die Gesamtheit der Einwohner eines Gebiets zu verstehen. Vielmehr reiche aus, dass eine grössere Anzahl von Personen (beispielsweise Angehörige bestimmter Konfessionen, Rassen oder Bevölkerungsschichten) betroffen sei, analog den Ausführungen in der Botschaft zum Tatbestand der Finanzierung des Terrorismus gemäss Art. 260quinquies StGB. Das österreichische Recht enthalte einen Straftatbestand, der dem Tatbestand der Schreckung der Bevölkerung gemäss Art. 258 StGB ungefähr entspreche. Nach § 275 A-StGB („Landzwang“) werde bestraft, wer die Bevölkerung oder einen grossen Personenkreis durch eine Drohung mit einem Angriff auf Leben, Gesundheit, körperliche Unversehrtheit, Freiheit oder Vermögen in Furcht und Unruhe versetze. Aus diesem Gesetzeswortlaut ergebe sich, dass ein „grosser Personenkreis“ nicht ohne Weiteres als „Bevölkerung“ zu qualifizieren sei. Nach der Rechtsprechung und Lehre zu dieser Strafbestimmung sei unter „Bevölkerung“ die Einwohnerschaft eines bestimmten Gebiets zu verstehen und somit für den Begriff primär die räumliche Verbundenheit durch Wohnen innerhalb eines bestimmten Gebiets massgebend. Demgegenüber sei ein „grosser Personenkreis“ bei einer Vielzahl von Menschen gegeben, die so erheblich sein müsse, dass deren Bedrohung eine Störung des öffentlichen Friedens bedeute (BGE 141 IV 215 E. 2.3.2 m.w.H.). Sodann führte das Bundesgericht aus, auch nach dem allgemeinen Sprachgebrauch in drei Landessprachen seien unter Bevölkerung „alle Bewohner, Einwohner

A 4.3

eines bestimmten, mehr oder weniger grossen Gebietes“ zu verstehen. „Bevölkerung“ meine die Gesamtheit aller Personen, die in einem bestimmten Gebiet leben; je nach Fragestellung könne ein solches die gesamte Erde umfassen (Weltbevölkerung) oder sehr eng eingegrenzt sein (Stadtteil; BGE 141 IV 215 E. 2.3.3 m.w.H.). Der Begriff der „Bevölkerung“ erfasse nach seinem allgemeinen Sprachgebrauch zweifellos die Gesamtheit der Bewohner eines bestimmten, mehr oder weniger grossen Gebietes. In Anbetracht der Einordnung von Art. 258 StGB bei den Delikten „gegen den öffentlichen Frieden“ sei der Begriff der „Bevölkerung“ im Sinne dieser Bestimmung aber weiter zu fassen. „Eine ‚Bevölkerung‘ in diesem Sinne bildet auch die Gesamtheit der Personen, die sich, als Repräsentanten der Allgemeinheit, eher zufällig und kurzfristig gleichzeitig an einem bestimmten Ort befinden, beispielsweise in einem Kaufhaus, in einem öffentlichen Verkehrsmittel oder in einem Sportstadion“ (BGE 141 IV 215 E. 2.3.4). Hingegen könne, so das Bundesgericht weiter, der Personenkreis, mit welchem der Urheber einer Äusserung durch Freundschaft oder Bekanntschaft im realen oder virtuellen Leben verbunden sei, nicht als „Bevölkerung“ im Sinne von Art. 258 StGB angesehen werden, zumal hier ein Bezug zu einem bestimmten Ort fehle (BGE 141 IV 215 E. 2.3.4). (...).

In Bezug auf den Bevölkerungsbegriff gemäss Art. 258 StGB ist somit schon aus diesen Gründen die in der amtlichen Sammlung publizierte und in Fünferbesetzung ergangene BGE 141 IV 215 massgebend. Im Unterschied zum älteren, nur im Internet veröffentlichten und in Dreierbesetzung ergangenen Urteil 6B_175/2014 vom 3. Juli 2014 setzte sich das Bundesgericht in BGE 141 IV 215 sodann eingehend mit dem Begriff der „Bevölkerung“ auseinander und veröffentlichte erstmals eine Definition, dies zusätzlich zu den amtlich publizierten Erwägungen auch in den Regesten. Das Bundesgericht zitierte dabei zunächst die in der Lehre teilweise vertretenen Meinungen, wonach unter „Bevölkerung“ ein grösserer Personenkreis, eine unbestimmte Vielzahl von Personen gemeint sei (E. 2.3.2 m.H.). Auch wenn das Bundesgericht das rund neun Monate zuvor ergangene Urteil 6B_175/2014 vom 3. Juli 2014 in BGE 141 IV 215 nicht erwähnte, entspricht der noch in 6B_175/2014 verwendete Bevölkerungsbegriff jenem in der früheren Lehre vertretenen und vom Bundesgericht auch in BGE 144 IV 215 zunächst wiedergegebenen, sehr weitumfassenden Begriff (vgl. E. 2.3.1 bzw. E. 2.3.2). Schon mit Verweis auf das österreichische Recht kam das Bundesgericht in BGE 141 IV 215 jedoch neu und entgegen der teilweise zitierten Lehre zum Schluss, dass der Begriff der „Bevölkerung“ nicht ohne Weiteres mit einem „grossen Personenkreis“ gleichzusetzen sei. Unter Bevölkerung sei vielmehr die Einwohnerschaft eines bestimmten Gebiets zu verstehen (BGE 141 IV 215

E. 2.3.2). In der Folge untersuchte das Bundesgericht den Begriff der „Bevölkerung“ auch nach dem allgemeinen Sprachgebrauch (BGE 141 IV 215 E. 2.3.3) und hielt fest, dass dieser mit Bevölkerung ebenso und zweifellos „die Gesamtheit der Bewohner eines bestimmten, mehr oder weniger grossen Gebietes“ erfasse (BGE 141 IV 215 E. 2.3.4). Ausgehend von diesem räumlichen Verständnis gestützt auf wohnen, und entgegen der Ansicht der Vorinstanz nicht ausgehend vom vermeintlichen Bevölkerungsbegriff gemäss nicht erwähntem BGer Urteil 6B_175/2014 vom 3. Juli 2014, führte das Bundesgericht dann aus, der Begriff der „Bevölkerung“ im Sinne von Art. 258 StGB sei in Anbetracht der Einordnung bei den Delikten gegen den öffentlichen Frieden aber „weiter zu fassen“ und eine „Bevölkerung“ bilde auch „die Gesamtheit der Personen, die sich, als Repräsentanten der Allgemeinheit, eher zufällig und kurzfristig gleichzeitig an einem bestimmten Ort befinden, beispielsweise in einem Kaufhaus, in einem öffentlichen Verkehrsmittel oder in einem Sportstadion“ (BGE 141 IV 215 E. 2.3.4). Auch nach diesem erweiterten Verständnis ist zunächst eine Gesamtheit von Personen erforderlich. Diese Gesamtheit von Personen soll nach dieser BGE immanenten Erweiterung aber auch durch Repräsentanten mit bestimmtem Ortsbezug gebildet werden können. Dies aber nicht durch irgendwelche Einzelpersonen, sondern nur durch die Gesamtheit von Repräsentanten der Allgemeinheit, die sich eher zufällig und kurzfristig gleichzeitig an einem bestimmten Ort befinden. Das Bundesgericht nennt zur weiteren Präzisierung und als Beispiele Personen in einem Kaufhaus, in einem öffentlichen Verkehrsmittel oder in einem Sportstadion. Mit anderen Worten fordert das Bundesgericht nebst dem Bezug zu einem bestimmten Ort keine bestimmten Personen, sondern eine gewisse Zufällig- oder Austauschbarkeit dieser Repräsentanten. Diese vom Bundesgericht hergeleiteten Voraussetzungen stehen denn auch im Einklang mit dem geschützten Rechtsgut, dem Vertrauen des Einzelnen darin, keinen eine unbestimmte Vielzahl von Personen betreffenden Gefährdungen ausgesetzt zu sein (vgl. E.3.a.aa hiervor). Aus BGE 141 IV 215 lässt sich entgegen den vorinstanzlichen Erwägungen indessen nicht ableiten, dass der Bevölkerungsbegriff von Art. 258 StGB auch zahlreiche Personen erfasse, die sich ohne Zufall, Kurzfristig- und Gleichzeitigkeit an einem bestimmten Ort befinden. Vielmehr berichtigt BGE 141 IV 215 die in der Lehre teilweise auch heute noch vertretene und zu weit gehende Ansicht, dass bereits ein beliebiger grösserer Personenkreis bzw. eine unbestimmte Vielzahl von Personen ohne weitere Einschränkungen als „Bevölkerung“ im Sinne von Art. 258 StGB zu betrachten sei. Auch wenn das Urteil 6B_175/2014 vom 3. Juli 2014 in BGE 141 IV 215 nicht erwähnt wurde, sind die dortigen, kurzen Ausführungen zum Bevölkerungsbegriff, die sich auf die in BGE 141 IV 215 verworfenen Lehrmeinungen stützen,

A 4.3

nicht mehr vollständig mit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung vereinbar (so auch Trechsel/Vest, a.a.O., Art. 258 StGB N 1). Über die Gründe, weshalb das Urteil 6B_175/2014 vom 3. Juli 2014 in der jüngeren BGE 141 IV 215 keine Erwähnung fand, lässt sich entgegen der Auffassung der Vorinstanz nur spekulieren, was aber angesichts der vertieften Auseinandersetzung mit dem Bevölkerungsbegriff im Sinne von Art. 258 StGB in der amtlich publizierte BGE 141 IV 215 und der Herleitung dessen Definition, die wie gesagt überdies Eingang in die Regeste des Entscheides fanden, nicht relevant ist. Der Vollständigkeit halber ist darauf hinzuweisen, dass die vorinstanzlichen Erwägungen, wonach dem BGer Urteil 6B_175/2014 vom 3. Juli 2014 und BGE 141 IV 215 „völlig unterschiedliche“ Sachverhalte zugrunde lägen und Ersteres geradezu auf die vorliegenden Sachverhalte „zugeschnitten“ sei, an der Sache vorbeigehen. Eine bundesgerichtliche, generell-abstrakte Definition eines Straftatbestandsmerkmals muss begriffsimmanent auf verschiedene Sachverhalte Anwendung finden können und eine jüngere und präzisierende Definition wäre selbst dann anzuwenden, wenn sich ein einem älteren Bundesgerichtsurteil zugrundeliegender Sachverhalt deckungsgleich wiederholen würde. Letzteres ist schon mit Blick auf die Anklage nicht der Fall. (...).

3. b) Brief vom 25. September 2018

(...).

ee) Die Äusserungen des Beschuldigten richteten sich nicht gegen die beiden Adressaten O. und N., sondern gegen die „wiederholt Beklagten“. Dabei handelt es sich um konkrete Personen, die gemäss der Darstellung des Beschuldigten für die behaupteten Missstände verantwortlich seien. So führte der Beschuldigte eine aktenkundige Liste mit dem Titel „Befangene, Beklagte, mehrfach Beklagte, mehrfach in den Ausstand gebetene seit über vier Jahren, respektive seit dem Jahr 2010“ (s. auch die Aussagen des Beschuldigten an der zweiten Berufungsverhandlung sowie das Verständnis von Kantonspolizist W.). Folglich richtete sich der Beschuldigte nicht gegen die Adressaten des Schreibens und auch nicht gegen unbestimmte Personen, die sich als Repräsentanten der Allgemeinheit eher zufällig und kurzfristig gleichzeitig an einem bestimmten Ort aufhalten, zumal dem Schreiben ohnehin kein örtliches Element entnommen werden kann und die bedrohten Personen auch nicht zufällig ausgewählt und austauschbar sind. Vielmehr richtete er sich gegen diese von ihm bestimmten und etwa anhand der Liste bestimmbar „Beklagten“, die bereits mit ihm zu tun hatten. Folglich ist nicht die „Bevölkerung“ im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu Art. 258 StGB betroffen. Zu

weit geht das politisch begründete und im Widerspruch zur Definition nach BGE 141 IV 215 stehende Verständnis der Staatsanwaltschaft, wonach der damalige bzw. zukünftige Kantonsratspräsident die Bevölkerung des Kantons Schwyz im Sinne von Art. 258 StGB repräsentieren sollen. Das Ergebnis dieser rechtlichen Würdigung deckt sich überdies mit der glaubhaften Aussage des Beschuldigten, wonach er kein Problem mit der Bevölkerung habe, sondern nur mit gewissen Behördenmitgliedern. Ferner enthält die Liste des Beschuldigten denn auch zahlreiche Personen ausserhalb des Kantons Schwyz und ohne Bezug zu diesem (so etwa Mitglieder und Personal des Bundesgerichts, der Bundesanwaltschaft und eine Inkassofirma). (...).

f) Telefongespräch vom 7. März 2019

(...).

ee) (...). Gegen wen sich die Aussage, es werde viele Gewalttaten geben, richtete, geht aus der Aktennotiz nicht eindeutig hervor. Angesichts seiner weiteren Aussagen, die sich gegen Staatsanwälte bzw. „ein paar Personen“ richteten und seiner Namensliste mit dem Titel „Befangene, Beklagte, mehrfach Beklagte, mehrfach in den Ausstand gebetene“, ist aber zugunsten des Beschuldigten davon auszugehen, dass nicht die Bevölkerung im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, also nicht die Gesamtheit der Bewohner eines bestimmten Gebietes oder eine Gesamtheit von Personen, die sich als Repräsentanten der Allgemeinheit eher zufällig und kurzfristig gleichzeitig an einem bestimmten Ort aufhalten, gemeint war, zumal ohnehin kein örtlicher Bezug gegeben ist. Die Aussage, Staatsanwälte gehörten an die Wand gestellt, richtete sich ausschliesslich gegen Staatsanwälte und nicht gegen die Bevölkerung. Es ist nicht entscheidend, dass es sich dabei um eine mehr oder weniger grosse Zahl von Personen handelt, weil es sich um eine klar umgrenzte, bestimmte Personengruppe handelt, die sich weder zufällig noch kurzfristig gleichzeitig als Repräsentanten der Allgemeinheit an einem bestimmten Ort befindet. Hinsichtlich der Erwähnung des Attentäters Leibacher ist sodann zu berücksichtigen, dass der Beschuldigte seine Aussagen relativierte, indem er sagte, Leibacher habe viele getötet, die nichts damit zu tun gehabt hätten, was nicht entschuldbar sei. Damit gab der Beschuldigte zum Ausdruck, dass sich seine Drohungen gerade nicht gegen Personen richtete, die nichts mit ihm bzw. seinen Verfahren zu tun haben bzw. die in seinen Augen unschuldig sind. Ohnehin fehlt es auch bei dieser Aussage an einem örtlichen Bezug. Hinzu kommt, dass der Beschuldigte relativierend ausführte, Gewalt sei keine Lösung, er habe keine Freude an Gewalt und

A 4.3

sei grundsätzlich gegen Gewalt. Angesichts dessen bedrohte der Beschuldigte nicht die Bevölkerung im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu Art. 258 StGB, weshalb er vom diesbezüglichen Vorwurf freizusprechen ist. (...).

j) Brief vom 22. Juni 2020 und E-Mail vom 26. Juni 2020

(...).

ee) Der Beschuldigte führte im Schreiben vom 22. Juni 2020 aus, er sei legitimiert, von seinem Notwehrrecht Gebrauch zu machen und, sollte er noch einmal von „den Beklagten“ genötigt oder wiederholt betrogen werden, würden „sie“ ihre Gesundheit riskieren, wobei er mit „sie“ die von ihm als „Beklagte“ bezeichneten Personen und Behörden meinte. Der Beschuldigte drohte folglich mit physischer Gewalt, was aus seinen Aussagen, die betreffenden Personen würden ihre Gesundheit riskieren, und ferner auch, dass es das letzte Mal sei, dass er auf ordentlichem Rechtsweg seine Rechte einfordere, unzweifelhaft hervorgeht. Indessen drohte er den von ihm als „Beklagte“ bezeichneten Personen, also den Personen, die seiner Ansicht nach in den verschiedenen Verfahren Fehler gemacht haben bzw. in den Ausstand treten sollten. Obwohl dies zahlreiche Personen sind, was nicht zuletzt aus der Aussage des Beschuldigten hervorgeht, dass es schon Personen gebe, die versuchen würden, ihre Arbeit richtig zu machen, er habe mit denen aber bis jetzt noch nichts zu tun gehabt, handelt es sich dennoch um einen klar umgrenzten Personenkreis (vgl. dazu auch die vom Beschuldigten geführte Liste). Die vom Beschuldigten bedrohten Personen waren somit weder die Gesamtheit der Bewohner eines bestimmten Gebietes noch zufällig ausgewählt oder bloss kurzfristig gleichzeitig als Repräsentanten der Allgemeinheit im Visier des Beschuldigten. Sodann fehlt es in Bezug auf die Gewaltandrohung ohnehin an einem örtlichen Bezug. Unerheblich ist, ob die bedrohten Personen teilweise als Politiker gewählte Vertreter ihrer Wähler bzw. des Volkes sind, weil diese Adressaten dadurch zwar einen Teil der Bevölkerung politisch vertreten, deshalb aber nicht auch zu Repräsentanten der Allgemeinheit im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu Art. 258 StGB werden (vgl. E. 3.a.aa hiervor). Der Beschuldigte drohte somit nicht der Bevölkerung, weshalb er vom Vorwurf der Schreckung der Bevölkerung freizusprechen ist. (...).

(Urteil vom 2. Juni 2022, STK 2022 4 = CAN 1-23 Nr. 13).

5. Strafprozessrecht

5.1 Grundsatz „ne bis in idem“, Zivildienstverweigerung

- *Bildet die bereits abgeurteilte innere Tatsache, willentlich jegliche Zivildienstaufgebote zu missachten, unabhängig von anderen tatbestandsmässigen Punkten (anderes Aufgebot) den wesentlichen Sachverhalt, liegt ein Fall von „ne bis in idem“ vor (Erw. 3.a).*
- *Der Entschluss, den Zivildienst generell zu verweigern, kann nur einmal gefasst werden, weshalb mit der Anwendung des Straftatbestands der Zivildienstverweigerung im Sinne von Art. 72 ZDG eine über das Nichtantreten einer einzelnen Zivildienstleistung hinausgehende generelle, zukünftige Zivildienstleistungen umfassende Zivildienstverweigerungsabsicht abschliessend berücksichtigt ist (Erw. 3.b).*
- *Die zur Abgrenzung der Tatbestände massgebende innere Tatsache eines definitiven Entschlusses, den Zivildienst zu verweigern, zieht alle Aufgebote dazu zu einem nicht mehr auflösbaren einheitlichen Sachverhalt zusammen (Erw. 3.c).*

Aus den Erwägungen:

3. Wer in der Schweiz rechtskräftig verurteilt oder freigesprochen wurde, darf wegen der gleichen Straftat nicht erneut verfolgt werden (Art. 11 Abs. 1 StPO). Tatidentität liegt vor, wenn dem ersten und dem zweiten Strafverfahren identische oder im Wesentlichen gleiche Tatsachen zugrunde liegen. Auf die rechtliche Qualifikation dieser Tatsachen kommt es nicht an. Das Verbot der doppelten Strafverfolgung verbietet die Wiederholung eines durch rechtskräftige Entscheidung abgeschlossenen Strafverfahrens. Es bildet mithin ein Verfahrenshindernis, das in jedem Verfahrensstadium von Amtes wegen zu berücksichtigen ist (BGE 144 IV 362 E. 1.3.2 m.H.; BGer 6B_1203/2021 vom 12. Januar 2022 E. 1.1). Wegen der sog. einfachen Tatidentität bleibt die rechtliche Qualifikation oder das Konkurrenzverhältnis zwischen den anwendbaren Strafnormen ohne Bedeutung (dazu vgl. etwa EGV-SZ 2020 A 5.1 E. 2.b m.H. = CAN 3-20 Nr. 58 sowie BEK 2021 87 vom 14. September 2021 E. 2.b/bb m.H. oder BEK 2020 86 vom 3. Dezember 2020 E. 6; BGer 6B_1136/2021 vom 7. November 2022 E. 3.2 m.H.).

A 5.1

a) In dem wegen „mehrfacher Zivildienstverweigerung“ erlassenen, rechtskräftigen Strafbefehl vom 28. Februar 2022 hielt die Staatsanwaltschaft die innere Tatsache fest, dass der zweifach wegen Zivildienstver säumnissen vorbestrafte Beschuldigte dem Vorstellungsgespräch vom 21. Mai 2021 und dem Zivildiensteinsatz vom 16. August 2021 bis zum 11. Februar 2022 unentschuldigt fernblieb und dadurch absichtlich den Zivildienst verweigerte. Das Bundesamt wendet ein, die Feststellung im Strafbefehl, der Beschuldigte sei wegen einer als wichtiger empfundenen Ausbildung nicht zum Einsatz erschienen, lasse nicht auf eine grundsätzliche Verweigerungsabsicht schliessen. Dieser Einwand lässt abgesehen von der Rechtskraft des Strafbefehls ausser Acht, dass die Staatsanwaltschaft die Verweigerungsabsicht auch mit Vorstrafen wegen Zivildienstver säumnissen und damit begründete, dass der Beschuldigte bislang keinen einzigen Dienstag leistete. Abgesehen davon ging es sowohl im Strafbefehl als auch im vorliegend eingestellten Verfahren in objektiver Hinsicht konkret um die Verweigerung des immer noch den ersten und zugleich „langen Einsatz“ (vgl. Art. 37 Abs. 1 und Art. 39a Abs. 2 ZVD) betreffenden Aufgebots.

Vorliegend soll der Beschuldigte nicht das dem Strafbefehl zugrundeliegende, sondern ein späteres Aufgebot mit abweichenden Einsatzterminen und -orten nicht befolgt haben. Ein neues Aufgebot ändert indes nichts daran, dass der Beschuldigte in unterschiedsloser Art und Weise den Zweck der definitiven Zivildienstverweigerung in der Missachtung der Aufgebote selbst verwirklicht. Daher bildet bei massgebender einfacher Tatidentität (vgl. oben vor lit. a) die bereits abgeurteilte innere Tatsache, willentlich jegliche Zivildienstaufgebote zu missachten, unabhängig von anderen tatbestandsmässigen Punkten (anderes Aufgebot) den wesentlichen Sachverhalt. Den Beschuldigten in verschiedenen, nicht zusammenhängenden, beliebig und ihn damit möglicherweise exzessiv belastenden Verfahren wiederholt wegen seines definitiven Entscheids, keinen Zivildienst zu leisten, zu bestrafen, ist daher nicht zulässig. Denn die Sanktionierungen verfolgen unter vorliegenden Umständen weder komplementäre Zwecke noch betreffen sie unterschiedliche Aspekte des Fehlverhaltens (vgl. dazu BGer 6B_1053 und 1096/2017 vom 17. Mai 2018 E. 4.1 m.H.). Somit geht die Staatsanwaltschaft zutreffend von Tatidentität und mithin einem Fall von „ne bis in idem“ aus, so dass die Beschwerde abzuweisen ist.

b) Wäre die Identitätsproblematik wie beim zivilprozessualen massgeblichen Streitgegenstandsbegriff zweigliedrig zu betrachten (vgl. dazu EGV-SZ 2020 A 5.1 E. 2.b m.H. = CAN 3-20 Nr. 58), ist beipflichtend auf die rechtlichen Ausführungen des Beschlusses des Obergerichts des Kantons

Zürich in den Akten zu verweisen (OGZH UE190189-O/U/HEI vom 29. Oktober 2019). Danach kann der Entschluss, den Zivildienst generell zu verweigern, logischerweise nur einmal gefasst werden, weshalb mit der Anwendung des Straftatbestands der Zivildienstverweigerung im Sinne von Art. 72 ZDG eine über das Nichtantreten einer einzelnen Zivildienstleistung hinausgehende generelle, zukünftige Zivildienstleistungen umfassende Zivildienstverweigerungsabsicht abschliessend berücksichtigt ist (ebd. E. 4 m.H.). Auch in dieser Betrachtungsweise würde eine erneute Aburteilung wegen einer Zivildienstverweigerung bzw. eines -versäumnisses gegen den Grundsatz „ne bis in idem“ verstossen, zumal die Absicht, den Zivildienst zu verweigern, nicht jeweils als Beweggrund, die einzelnen Aufgebote zu missachten, sondern als ein auf den definitiven Verweigerungserfolg gerichteter Vorsatz zu verstehen ist, der mit dem Strafbefehl vom 28. Februar 2022 abgeurteilt wurde (s. BGE 135 IV 6 E. 3.3).

c) Soweit in der Beschwerde der Staatsanwaltschaft Fehler in der Auslegung von Art. 72 ZDG vorgeworfen werden, gehen diese Einwände an dem im Zusammenhang mit der Einhaltung des Grundsatzes von „ne bis in idem“ massgebenden Begriff der einfachen Tatidentität (vgl. oben lit. a) vorbei. Wenn lediglich die fehlende Absicht, den Zivildienst zu verweigern, den Tatbestand des Zivildienstversäumnisses (Art. 73 ZDG) von demjenigen der Zivildienstverweigerung (Art. 72 ZDG) abgrenzt, wird vielmehr die Exklusivität des Tatbestandsmerkmals unterstrichen. Die dafür voraussetzende innere Tatsache eines definitiven Entschlusses, den Zivildienst zu verweigern, zieht alle Aufgebote dazu zu einem nicht mehr auflösbaren einheitlichen Sachverhalt mit der Folge zusammen, dass der Strafbefehl vom 28. Februar 2022 keinen wesentlichen Sachverhaltsteil (spätere Aufgebote) vernachlässigte. Schliesslich bleibt darauf hinzuweisen, dass sich das Verfahrenshindernis des Doppelbestrafungsverbots nicht aus materiellen Straftatbeständen ergibt, weshalb sich das Argument des Bundesamtes, dass dem Wortlaut von Art. 72 ZDG dahingehend nichts zu entnehmen sei, als nicht stichhaltig erweist.

(Beschluss vom 27. Dezember 2022, BEK 2022 125).

A 5.2

5.2 Einstellung

- *Die Aussagen des Beschuldigten erweisen sich nicht allein deswegen als weniger glaubhaft, weil sie sich nicht mit den Schilderungen der Straf-anzeigenerstatterin decken (Erw. 4.a).*
- *Die Einstellung liegt im Ermessen der Staatsanwaltschaft, weil keine weiteren Beweisergebnisse zu erwarten sind und aufgrund der Umstände eine Verurteilung unwahrscheinlich erscheint (Erw. 4.b und c sowie 5).*

Aus den Erwägungen:

4. Bei unvollständigen, keinen Untersuchungsabschluss im Sinne von Art. 318 StPO rechtfertigenden Beweislagen durch Einstellungen dem Gericht vorzugreifen verbietet der Grundsatz „in dubio pro duriore“ (vgl. dazu BEK 2017 183 vom 2. Mai 2018 E. 3 m.H.; vgl. auch BGE 143 IV 241 E. 2.3.2). Sachverhaltsfeststellungen sind in Berücksichtigung dieses Grundsatzes bei Einstellungen immer nur zulässig, soweit gewisse Tatsachen „klar“ bzw. „zweifelsfrei“ feststehen, so dass im Falle einer Anklage mit grosser Wahrscheinlichkeit keine abweichende Würdigung zu erwarten ist (vgl. BEK 2018 199 vom 15. Juli 2019 E. 3). Stehen sich gegensätzliche Aussagen gegenüber („Aussage gegen Aussage“-Situation) und ist es nicht möglich, die einzelnen Aussagen als glaubhafter oder weniger glaubhaft zu bewerten, ist nach dem Grundsatz „in dubio pro duriore“ in der Regel Anklage zu erheben (BGE 143 IV 241 E. 2.2.2 m.H.). Soweit sich gegensätzliche Aussagen der Beteiligten gegenüber stehen und keine objektiven Beweise vorliegen, kann in verschiedenen Fallkonstellationen dennoch auf eine Anklage verzichtet werden: Eingestellt werden kann das Verfahren etwa dann, wenn die einzelnen Aussagen nicht als mehr oder weniger glaubhaft bewertet werden können und keine weiteren Beweisergebnisse zu erwarten sind (BGer 6B_743/2013 vom 24. Juni 2014 E. 4.2), wenn der Strafkläger ein widersprüchliches Aussageverhalten offenbarte und seine Aussagen daher wenig glaubhaft sind, aber auch dann, wenn eine Verurteilung unter Einbezug der gesamten Umstände aus anderen Gründen von vornherein unwahrscheinlich erscheint (BGE 143 IV 241 E. 2.2.2 m.H.). In allen Konstellationen muss praktisch die Staatsanwaltschaft beweismässig nicht jeglichen Zweifel ausräumen, d.h. jeder Spur und jedem Hinweis nachgehen. Sie darf aber weder bei unvollständiger Beweislage die Untersuchung durch Einstellung abschliessen (BEK 2017 183 vom 2. Mai 2018 E. 3 mit Hinweisen) noch bei unklarer Beweislage die Möglichkeit eines „gerichtsverwertbaren“ Tatverlaufs verwerfen, aus-

ser gewisse Tatsachen liessen einen schlüssigen Schuldvorwurf unwahrscheinlich erscheinen (BEK 2018 96 und 98 vom 3. Dezember 2018 E. 2 mit Hinweisen; zum Ganzen BEK 2019 70 vom 16. Dezember 2019 E. 4).

a) Vorliegend erweisen sich die Aussagen der Beschwerdeführerin nicht klarerweise als unglaubhaft. Eine Einstellung ist deshalb nur zulässig, wenn keine weiteren Beweisergebnisse zu erwarten sind und eine Verurteilung unter Einbezug der gesamten Umstände unwahrscheinlich erscheint. Eine nähere Beurteilung der Aussagen der Beschwerdeführerin und des Beschuldigten nach den aussagepsychologischen Realkriterien, wie sie die Beschwerdeführerin in ihrer Beschwerdeschrift vornimmt, würde der sachrichterlichen Beurteilung vorgreifen. Doch ist allgemein auf Folgendes hinzuweisen: Daraus, dass die Beschwerdeführerin glaubhaft zu ihrer Überzeugung passend scheinende Umstände angibt, der Beschuldigte habe sie absichtlich belästigt und schmerzhaft behandelt, folgt nicht, dass sie etwas über dessen Vorstellungen weiss, in welchen er sie behandelte. Deshalb erweisen sich die Aussagen des Beschuldigten in der Untersuchung respektive gegenüber seiner als Zeugin einvernommenen ehemaligen Vorgesetzten nicht von vornherein nur als weniger glaubhaft, weil sich diese nicht mit den Schilderungen der Beschwerdeführerin decken.

b) Zum Kerngeschehen während der inkriminierten physiotherapeutischen Behandlung sind keine weiteren Beweisergebnisse zu erzielen. Die Abklärung der psychischen Auswirkungen des Vorfalles auf die Beschwerdeführerin vermag allenfalls nur bezüglich deren Glaubwürdigkeit etwas beizutragen. Ihre Aussagen zum Kerngeschehen werden hier jedoch nicht in Zweifel gezogen (vgl. oben lit. a). (...).

c) Sind keine weiteren Beweisergebnisse zu erwarten (vgl. oben lit. b), bleibt aufgrund der gesamten Umstände die Wahrscheinlichkeit einer Verurteilung zu prüfen. (...).

5. Aus diesen Gründen bleibt in unklarer Beweislage ein schlüssiger Schuldvorwurf unwahrscheinlich. Indem die Staatsanwaltschaft einen hinreichenden Tatverdacht für strafbare sexuelle Belästigungen und/oder Tätlichkeiten zu Recht verwirft, überschritt sie das ihr bezüglich des Einstellungsentscheids zukommende Ermessen nicht. Folgedessen ist die Beschwerde abzuweisen.

(Beschluss vom 30. Mai 2022, BEK 2021 207).

A 5.3

5.3 Anklageprinzip, Nichttragen einer Gesichtsmaske

- Die Einhaltung des insbesondere auch aus dem Grundsatz des rechtlichen Gehörs abgeleiteten Anklageprinzips betrifft eine im Rahmen von Art. 398 Abs. 4 StPO vollumfänglich überprüfbare Rechtsfrage (Erw. 2).
- Die vorderrichterlichen Sachverhaltsfeststellungen gehen in massgeblichen Punkten über den angeklagten Sachverhalt hinaus und verletzen daher das Anklageprinzip (Erw. 3).
- Ausführungen zum Legalitätsprinzip (Erw. 4.b) und zum Bestimmtheitsgebot (Erw. 4.c).

Aus den Erwägungen:

1. (...). Die Staatsanwaltschaft sprach den Beschuldigten unter zusätzlichem Verweis auf Art. 6 und Art. 40 EpG [Epidemiegesetz] mit Strafbefehl vom 1. Juni 2021 des Nichttragens der Gesichtsmaske im öffentlichen Raum schuldig und büsste ihn mit Fr. 100.00 bzw. einer Ersatzfreiheitsstrafe von einem Tag, weil er:

[...] am 12.12.2020, 22:30 Uhr, D. strasse yy, Bar/Container-Komplex, [...] in einer Menschenansammlung, bei welcher der erforderliche Abstand nicht eingehalten werden konnte, wissentlich und willentlich keine Gesichtsmaske trug.

Der Beschuldigte erhob gegen den Strafbefehl Einsprache, worauf ihn die Staatsanwaltschaft einvernahm und er Aussagen verweigerte. Danach überwies die Staatsanwaltschaft den Strafbefehl an den Einzelrichter am Bezirksgericht Schwyz. Dieser subsumierte die Tat rechtlich anders (Art. 344 StPO) und legte dem Schuldspruch im Urteil vom 8. September 2021 eine Widerhandlung gegen Art. 3b Abs. 1 Covid-19-VO besondere Lage zugrunde. Er büsste den Beschuldigten mit Fr. 100.00 bzw. einer Ersatzfreiheitsstrafe von einem Tag. Der Beschuldigte meldete gegen dieses Urteil rechtzeitig Berufung an. (...).

2. Der Vorderrichter büsste und verurteilte den Beschuldigten des Nichttragens der Gesichtsmaske gestützt auf Art. 83 Abs. 1 lit. j EpG i.V.m. Art. 6 EpG und Art. 40 EpG sowie Art. 3b Abs. 1 Covid-19-VO besondere Lage. Beim Schuldspruch handelt es sich um eine Übertretung, 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; vgl. auch die Rechtsmittelbelehrung des angef. Urteil). Materielle und – wie etwa

die Wahrung des Anspruchs auf rechtliches Gehör – prozessuale Rechtsfragen bleiben also mit freier Kognition prüfbar (Zimmerlin, SK-Kommentar, 3. A. 2020, Art. 398 StPO N 23), während die Prüfung der Kritik unvollständiger oder unrichtiger Sachverhaltsfeststellungen auf die Offensichtlichkeit (aktenwidrige oder willkürliche Beweiswürdigung) beschränkt ist. Beurteilt die Berufungsinstanz die tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz bzw. die Beweiswürdigung nicht als willkürlich, ist sie an diese gebunden. Die Einhaltung des insbesondere auch aus dem Grundsatz des rechtlichen Gehörs abgeleiteten Anklageprinzips (dazu etwa Niggli/Heimgartner, BSK, 2. A. 2014, Art. 9 StPO N 5, 12 ff. und 33 ff.) betrifft eine vollumfänglich überprüfbare Rechtsfrage (zum Ganzen BEK 2021 2 vom 21. Juli 2021 E. 1 m.H.; BEK 2019 85 vom 2. Dezember 2019 E. 2).

3. In den wie eben dargetan grundsätzlich unzulässigen Beweisanträgen rügt der Beschuldigte, die Verurteilung verletze seinen Anspruch auf rechtliches Gehör. Ebenfalls hält er in Bezug auf die Strafbarkeit in der Begründung fest, die im Urteil dargelegte Sachverhaltserwägung sei falsch und verletze das rechtliche Gehör. Aufgrund der besonderen Gründe, die er zu jedem Zeitpunkt hätte geltend machen können, habe er weder in einem öffentlichen Raum noch in einer öffentlich zugänglichen Einrichtung eine Maske tragen müssen.

a) Dem als Anklage überwiesenen Strafbefehl lag ein Verstoss gegen Art. 3c Abs. 2 lit. b Covid-19-VO besondere Lage (Stand 12. Dezember 2020) zugrunde. Danach muss jede Person in Bereichen des öffentlichen Raums, sobald es zu einer Konzentration von Personen kommt, bei welcher der erforderliche Abstand nicht eingehalten werden kann, eine Gesichtsmaske tragen. Der Vorderrichter liess in seinem Urteil jedoch den Nachweis des wesentlichen Teils der Anklage offen, nämlich des dem Beschuldigten vorgeworfenen Sachverhalts, in einer Menschenansammlung den erforderlichen Abstand nicht eingehalten zu haben. Er verurteilte den Beschuldigten wegen eines Verstosses gegen Art. 83 Abs. 1 lit. j EpG i.V.m. Art. 6 EpG und Art. 40 EpG sowie Art. 3b Abs. 1 Covid-19-VO besondere Lage (Stand am 12. Dezember 2020), weil dieser in einem öffentlich zugänglichen Innenraum eines Betriebs, nämlich in der Bar des Container-Komplexes keine Gesichtsmaske getragen habe.

b) Nach Art. 83 Abs. 1 lit. j EpG wird, wer sich Massnahmen gegenüber der Bevölkerung vorsätzlich widersetzt (Art. 40), mit Busse bestraft. Nach Art. 40 Abs. 1 EpG ordnen die zuständigen kantonalen Behörden Massnahmen an, um die Verbreitung übertragbarer Krankheiten in der Bevölkerung oder in bestimmten Personengruppen zu verhindern. In einer be-

A 5.3

sonderen Lage kann der Bundesrat nach Anhörung der Kantone Massnahmen gegenüber (a) einzelnen Personen und (b) der Bevölkerung anordnen (Art. 6 EpG). Nach Art. 3b Abs. 1 Covid-19-VO besondere Lage (Stand 12. Dezember 2020; in Kraft seit 9. Dezember 2020) muss jede Person in öffentlich zugänglichen Innenräumen und Aussenbereichen von Einrichtungen und Betrieben, einschliesslich Märkten, sowie in Wartebereichen von Bahn, Bus, Tram und Seilbahnen und in Bahnhöfen, Flughäfen und anderen Zugangsbereichen des öffentlichen Verkehrs eine Gesichtsmaske tragen.

c) Soweit der Vorderrichter annahm, es handle sich bei der Bar bzw. dem Container-Komplex um einen öffentlich zugänglichen Innenraum eines Betriebs, lässt sich dieser Sachverhalt dem als Anklage überwiesenen Strafbefehl nicht entnehmen. Die Anklage bezieht das Nichttragen der Gesichtsmaske gemäss der Überschrift von Art. 3c Covid-19-VO besondere Lage zwar auf den öffentlichen Raum, womit aber zur für den Tatbestand von Art. 3b Covid-19-VO besondere Lage erheblichen öffentlichen Zugänglichkeit zu wenig ausgesagt wird. Der Bezug auf den Straftatbestand ist ohnehin insofern nicht anklagerelevant, als der Richter in der Würdigung des Tatvorwurfes frei und nur an den in der Anklage umschriebenen Sachverhalt gebunden ist. Indem der Vorderrichter indes für seine Verurteilung einen Sachverhalt freier Zugänglichkeit im Sinne von Art. 3b Abs. 1 Covid-19-VO voraussetzt, ohne dass ein solcher in der Anklage beschrieben und mithin angeklagt wäre, verletzte er den Anspruch des Beschuldigten auf rechtliches Gehör. Der Beschuldigte wusste aufgrund der Anklage nicht um die Tatsachen, aufgrund welcher der Raum, den er zufolge der angeblichen Aufschrift „kein Zutritt für Unbefugte“ angeblich für privat gehalten habe, öffentlich zugänglich sein sollte. Namentlich lässt sich der Anklage kein Hinweis entnehmen, es hätten ca. 69, dem Beschuldigten nur teilweise bekannte Personen an der Party teilgenommen, wie der Vorderrichter erwägt. Ebenso wenig äussert sich die Anklage dazu, inwiefern der Beschuldigte nicht hätte annehmen dürfen, es sei eine private Veranstaltung in einem nicht öffentlich zugänglichen Bereich gewesen. Daher verstösst die angefochtene Verurteilung wegen Nichttragens einer Gesichtsmaske in einem öffentlich zugänglichen Raum gegen den Anklagegrundsatz. Die vorderrichterlichen Sachverhaltsfeststellungen gehen in massgeblichen Punkten über den angeklagten, nur auf das Nichttragen der Gesichtsmaske in einer Menschenansammlung, bei welcher der erforderliche Abstand nicht eingehalten werden konnte, gerichteten Sachverhalt hinaus. Dieser wesentliche Mangel des angefochtenen Urteils kann im Berufungsverfahren mit beschränkter Kognition (vgl. oben E. 2 bzw. Art. 398 Abs. 4

StPO) nicht geheilt werden, so dass es in Gutheissung der Berufung aufzuheben und die Sache zur Neu Beurteilung zurückzuweisen ist (Art. 409 Abs. 1 und 2 StPO).

4. Im Übrigen bleibt noch summarisch auf Folgendes hinzuweisen: (...).

b) Soweit der Beschuldigte eine Verletzung des Legalitätsprinzips (Art. 1 StGB) rügt, bleibt hier nur allgemein auf dessen Garantiefunktion hinzuweisen, wonach das strafbare Verhalten und dessen Folgen im Zeitpunkt seiner Ausübung bestimmt und für jedermann erkennbar sein müssen (Donatsch, OFK, 21. A. 2022, Art. 1 StGB N 23 m.H.). Regeln müssen, um Gültigkeit zu erlangen, veröffentlicht werden sowie eine gewisse Dauerhaftigkeit und minimale Klarheit haben, so dass sie der Bürger prospektiv als verhaltensrelevant erfassen kann; diese ihm bloss retrospektiv vorhalten zu können, genügt den Anforderungen des Prinzips nicht (vgl. Niggli, ARV 10/2021 S. 428). Das könnte für die vom Einzelrichter dem Beschuldigten vorgehaltene, damals erst seit drei Tagen geltende und erst am Tag des inkriminierten Vorfalles veröffentlichte Fassung des im Grundsatz noch keine zwei Monate geltenden Gebots von Art. 3b Abs. 1 Covid-19-VO besondere Lage nicht unproblematisch sein, stellt doch die Verordnung diese Widerhandlung selber nicht unter Strafe (vgl. Art. 13 Covid-19-VO besondere Lage [Stand 29. Oktober 2020]). In diesem Zusammenhang lässt das angefochtene Urteil ferner ungeklärt, wie es sich mit den vom Beschuldigten geltend gemachten Erläuterungen des EDI verhält, wonach auf die Pönalisierung von Privaten aufgrund des Verhältnismässigkeitsprinzips zu verzichten sei.

c) Schliesslich erscheint Art. 83 Abs. 1 lit. j EpG mit der Erfassung aller erdenklichen Massnahmen gegenüber der Bevölkerung als Blankettstrafnorm und daher als gesetzliche Grundlage zur Bestrafung von Widerhandlungen gegen erst auf der Verordnungsstufe festgelegte Massnahmen problematisch. Die Unbestimmtheit der Ermächtigungsnorm würde konkret insbesondere dann Bedenken wecken, wenn es Strafunterworfenen unzumutbar würde, die in der besonderen Pandemiesituation sich laufend verändernden Massnahmeninhalte auf Verordnungsstufe fallbezogen nachzuvollziehen. Immerhin verlangt die Gesetzesvorschrift eine vorsätzliche Widersetzung, die jedoch in dem als Anklage überwiesenen Strafbefehl situativ kaum hinreichend beschrieben zu sein scheint, was hier – wegen der Aufhebung des angefochtenen Urteils aus anderen Gründen (vgl. oben E. 3) – aber nicht weiter vertieft zu werden braucht.

(Beschluss vom 14. März 2022, BEK 2021 154; in der Folge wies der Vorderrichter den Fall zur Anklageergänzung zurück, was die Beschwerdekammer auf eine Beschwerde gegen den nachfolgenden Schuldspruch hin

A 5.4

mit Urteil vom 2. Februar 2023, BEK 2022 82, als unzulässig befand und den Beschuldigten freisprach).

5.4 Ausdehnung gutheissender Rechtsmittelentscheide

- *Beteiligte derselben Straftat, die im gleichen Zeitraum beim selben Gericht zur Anklage gebracht werden, gelten als im gleichen Verfahren behandelt (Erw. 2.a).*
- *Die Vorinstanz beurteilte den Fall in rechtlicher Hinsicht auf die Einhaltung des Anklageprinzips, weshalb die Voraussetzungen von Art. 392 StPO für eine Ausdehnung des gutheissenden Rechtsmittelentscheides nicht erfüllt sind (Erw. 2.b).*
- *Es liegen unterschiedliche Sachverhalte vor, weshalb der gutheissende Rechtsmittelentscheid nicht ausgedehnt werden kann (Erw. 2.c).*

Aus den Erwägungen:

1. D. überliess am 27. Februar 2017 dem damaligen Landesstatthalter „Aktenvorgänge zur rechtswidrigen Seegrundentsorgung (ca. 6'000 m³ kontaminiertes Material) im Vierwaldstättersee vor dem Föhnhafen“. Die Staatsanwaltschaft eröffnete am 17. Mai 2017 gegen A. und am 25. Mai 2018 auch gegen D. Strafuntersuchungen betreffend Widerhandlungen gegen das Gewässer- und das Umweltschutzgesetz sowie gegen das Planungs- und Baugesetz. (...).

a) Das Bezirksgericht Schwyz erkannte die Beschuldigten mit separaten Urteilen vom 9. Dezember 2020 in Anklageziffer 3 je der fahrlässigen Widerhandlung nach Art. 16 Abs. 2 i.V.m. Art. 8 des Bundesgesetzes über die Fischerei (BGF/SR 923.0) schuldig und stellte im Übrigen das Verfahren wegen Widerhandlungen gegen das Gewässer- bzw. Umweltschutzgesetz gemäss Anklageziffern 1 und 2 ein. Das Kantonsgericht sprach mit Urteil vom 20. September 2021 D. in Gutheissung seiner Berufung gegen das Urteil des Bezirksgerichts Schwyz vom 9. Dezember 2020 von Schuld und Strafe frei (STK 2021 9).

b) A. gelangte mit Eingabe vom 17. Februar 2022 ans Kantonsgericht und beantragt, es sei das ebenfalls gegen ihn ergangene, unbegründet gebliebene Urteil des Bezirksgerichts Schwyz aufzuheben und er sei von Schuld und Strafe unter entsprechenden Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Staates freizusprechen. (...).

2. Haben nur einzelne der im gleichen Verfahren beschuldigten oder verurteilten Personen ein Rechtsmittel ergriffen und wird dieses gutgeheissen, so wird der angefochtene Entscheid auch zugunsten jener aufgehoben oder abgeändert, die das Rechtsmittel nicht ergriffen haben, wenn (a) die Rechtsmittelinstanz den Sachverhalt anders beurteilt und (b) ihre Erwägungen auch für die anderen Beteiligten zutreffen (Art. 392 Abs. 1 StPO).

a) (...). Der Ausdruck „im gleichen Verfahren“ bezieht sich auf die Vorinstanz und setzt nicht voraus, dass die beschuldigten Personen ungetrennt mit derselben Anklageschrift angeklagt und in demselben Urteil abgeurteilt werden. Zudem ist eine Vorladung des das Urteil der Erstinstanz nicht weiterziehenden Mitbeschuldigten zur Berufungsverhandlung nicht möglich, weil das im Gesetz nicht weiter geregelte Ausdehnungsverfahren vom Ausgang des Rechtsmittelverfahrens desjenigen abhängig ist, der Berufung erklärte (dazu vgl. Ziegler/Keller, BSK, 2. A. 2014, Art. 392 StPO N 3 f.). Ein gleiches Verfahren ist daher zu bejahen, wenn es sich um Beteiligte derselben Straftat handelt, die im gleichen Zeitraum beim selben Gericht zu Anklage gebracht wurden (ebd. sowie Lieber, SK-Kommentar, Art. 392 StPO N 6). Das ist vorliegend insoweit der Fall, als der Geschworenen im gleichen Zeitraum beim selben Gericht zur Anklage gebracht und auch an der gleichen erstinstanzlichen Hauptverhandlung angehört wurde. Dass seine Verurteilung wie auch der gutheissende Berufungsentscheid STK 2021 19 inzwischen rechtskräftig geworden sind, kann daher der Anwendung von Art. 392 StPO vorbehaltlich der Voraussetzung derselben Straftat (vgl. unten lit. c) nicht entgegenstehen. Aus nachfolgenden Gründen ist hier nicht zu prüfen, ob Art. 392 StPO nur die Abänderung eines beide Beschuldigten umfassenden, begründeten Urteils zulässt (zu dieser abweichenden Auffassung vgl. Ziegler/Keller, a.a.O., FN 14 m.H.).

b) Indes kann die Berufungsinstanz vorliegend nur annehmen, aber nicht abschliessend prüfen, aufgrund welchen Sachverhalts der Geschworenen durch das Bezirksgericht verurteilt worden ist, weil er keine Berufung anmeldete und seine Verurteilung demnach nicht begründet wurde. Insofern ist nicht ersichtlich, ob die Erwägungen der Berufungsinstanz im Fall des D. auch für den Geschworenen zutreffen, ging es doch dabei gerade nicht um den Nachweis eines Sachverhalts für eine Verurteilung nach Art. 16 BGF (dazu noch unten E. 3). Vielmehr ging die Berufungsinstanz davon aus, entsprechende Nachweise liessen sich nicht auf die Anklage abstützen. Mithin beurteilte sie im Fall des D. die dem Geschworenen vom Bezirksgericht vorgehaltene Gefährdung des Fisch- oder Krebsbestandes

A 5.4

nicht in tatsächlicher, sondern nur in rechtlicher Hinsicht auf die Einhaltung des Anklageprinzips, weshalb die Voraussetzungen von Art. 392 StPO für eine Ausdehnung des gutheissenden Rechtsmittelentscheides nicht erfüllt sind.

c) Voraussetzung für die ausdehnende Wirkung ist nach dem klaren Wortlaut weiter, dass die Rechtsmittelinstanz den Sachverhalt anders beurteilt (Lieber, a.a.O., Art. 392 StPO N 3). Die Ausdehnung des gutheissenden Rechtsmittelentscheides setzt eine Anklage und Verurteilung beider Beschuldigten nicht nur im gleichen Verfahren (vgl. oben lit. a), sondern auch wegen des gleichen Sachverhalts voraus, soll doch mit der Ausdehnung eine Revision nach Art. 410 Abs. 1 lit. b StPO vermieden werden (Lieber, ebd. N 1 und N 6: „derselben Straftat“). Tatidentität besteht, wenn unabhängig von der rechtlichen Qualifikation identische oder im Wesentlichen gleiche Tatsachen vorliegen (BGE 144 IV 362 E. 1.3.2 m.H.; auch BEK 2019 155 vom 10. März 2020 E. 2.b = EGV-SZ 2020 A 5.1 = CAN 3-20 Nr. 58).

Angeklagt wurden erstinstanzlich beide Beschuldigten wegen (förmlicher) Widerhandlung gegen das kantonale Planungs- und Baugesetz (§ 92 PBG/SRSZ 400.100). Sie wurden unter anderem verdächtigt, die Baubewilligungspflicht fahrlässig missachtet zu haben. Konkret wird beiden wortgleich vorgeworfen (je Anklageziff. 3 Abs. 4):

Bei Anwendung der gebotenen Sorgfalt hätte er vor Erteilung der Anordnung zur Fahrschneisenöffnung am 28.03.2014, beispielsweise mittels Nachfrage beim Amt für Umweltschutz oder dem Rechtsdienst des Kantons Schwyz, in Erfahrung bringen können, dass die Ausbaggerung von Sedimenten bei Hafenanlagen bewilligungspflichtig ist. Entsprechend hätte er vor Erteilung der Anordnung zur Fahrschneisenöffnung ein Baubewilligungsverfahren einleiten bzw. eine Bewilligung einholen und die Seegrundaushebung im Föhhafen ohne Bewilligung verhindern oder zumindest im Nachhinein die Einleitung eines Baubewilligungsverfahrens anstossen können.

Damit wird ihnen dieselbe Unvorsichtigkeit vorgeworfen. Als Tathandlungen der „Erteilung der Anordnung zur Fahrschneisenöffnung“, die sie unvorsichtig begangen haben sollen, werden ihnen indes unterschiedliche Lebensvorgänge vorgehalten. Dem Gesuchsteller wurde vorgeworfen (ebd. Abs. 3):

Mit Schreiben vom 28.03.2014 erteilte A. dem Schiffsinspektorat Schwyz die Anordnung zur Fahrschneisenöffnung für Kursschiffe. Konkret wies er das Schiffsinspektorat an, Schwemmholzanteile und Feinsedimente derart zu verschieben, dass die Fahrschneise beim Föhhafen freigelegt wird und das Material im Sinne einer Zwischendeponie bis im Winter 2014/2015 belassen werden konnte,

um zu diesem Zeitpunkt die definitive Seegrundahebung unter Einreichung eines ordentlichen Bewilligungsverfahrens vorzunehmen.

D. wurde vorgehalten (ebd. Abs. 3):

Anschliessend erteilte D. wenige Tage vor dem 08.04.2014 der E. AG den Auftrag, die Seegrundahebung vorzunehmen und das Material im Vierwaldstättersee zu verschieben.

Es liegen mithin in zeitlicher und räumlicher Hinsicht bezüglich des gleichen Straftatbestandes (§ 92 PBG) nicht eng verknüpfte, sondern unterschiedliche Anklagesachverhalte (Anweisung an das Schiffsinspektorat sowie Auftragserteilung des D. an E. AG) zur Beurteilung vor, weshalb auf das Gesuch auf eine Ausdehnung nach Art. 392 Abs. 1 lit. a StPO nicht einzutreten ist, sogar wenn der Gesuchsteller beanspruchen könnte, dass auch bei ihm eine Verletzung des Anklageprinzips festzustellen (...).

4. Aus diesen Gründen ist auf das Gesuch nicht einzutreten. (...).
(Beschluss vom 2. Mai 2022, STK 2022 6).

6. Schuldbetreibungs- und Konkursrecht

6.1 Liquidation einer Gesellschaft wegen Organisationsmängeln

Die Vorinstanz hätte dem Konkursamt aufgrund der aufschiebenden Wirkung einer allfälligen Berufung erst nach Eintritt der Rechtskraft und der Vollstreckbarkeit eine Mitteilung betreffend die Übertragung der Liquidation der Gesellschaft machen und das Konkursamt hätte erst ab diesem Zeitpunkt tätig werden dürfen, weshalb auch eine Auflage der Kosten des Konkursamts zulasten der Berufungsführerin nicht infrage kommt.

(Verfügung vom 25. Juli 2022, ZK2 2022 35, Erw. 3).

A 6.2

6.2 Konkurseröffnung ohne vorgängige Betreuung, Zahlungseinstellung

- *Zahlungseinstellung liegt vor, wenn der Schuldner unbestrittene und fällige Forderungen nicht begleicht, Betreibungen gegen sich auflaufen lässt, systematisch Rechtsvorschlag erhebt oder selbst kleine Beträge nicht mehr bezahlt (Erw. 2.a).*
- *Die antragstellenden Gläubiger tragen für ihre Gläubigereigenschaft und den materiellen Konkursgrund die Beweislast (Erw. 2.c).*
- *Die vorinstanzliche Feststellung der Zahlungseinstellung trifft nicht zu (Erw. 4) und diese lässt sich auch im Beschwerdeverfahren nicht erstellen (Erw. 5).*

Aus den Erwägungen:

2. Die Vorderrichterin eröffnete den Konkurs ohne vorgängige Betreuung auf Ersuchen der Beschwerdegegnerinnen zufolge behaupteter Zahlungseinstellung der Schuldnerin.

a) Nach Art. 190 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG können Gläubiger die Konkurseröffnung gegen einen der Konkursbetreuung unterliegenden Schuldner, der seine Zahlungen einstellt, verlangen, sofern sie ihre Gläubigereigenschaft glaubhaft machen (Kren-Kostkiewicz, OFK, 20. A. 2020, Art. 190 SchKG N 1). Der Begriff der Zahlungseinstellung ist ein ungenauer Begriff, welcher der Konkursrichterin ein weites Ermessen einräumt (ebd. N 10). Sie liegt vor, wenn der Schuldner während längerer und auf unbestimmte Zeit einen erheblichen Anteil der laufenden und unbestrittenen Forderungen nicht bezahlt, weil er damit zeigt, dass er nicht über genügend liquide Mittel verfügt, um seinen Verpflichtungen nachzukommen (ebd. N 11 ff. m.H.; vgl. auch Brunner/Boller/Fritschi, BSK, 3. A. 2021 N 11). Bloss vorübergehende Zahlungsschwierigkeiten reichen nicht aus. Es muss in objektiver Hinsicht eine Illiquidität des Schuldners auf unbestimmte Zeit vorliegen. Nicht erforderlich ist hingegen, dass der Schuldner sämtliche Zahlungen einstellt. Vielmehr genügt, dass die Zahlungsverweigerung einen wesentlichen Teil seiner geschäftlichen Aktivitäten betrifft oder der Schuldner einen Hauptgläubiger bzw. eine bestimmte Gläubigerkategorie nicht befriedigt. Zahlungseinstellung liegt demnach vor, wenn der Schuldner unbestrittene und fällige Forderungen nicht begleicht, Betreibungen gegen sich auflaufen lässt, systematisch Rechtsvorschlag erhebt oder selbst kleine Beträge nicht mehr bezahlt (vgl. BEK 2019 134 vom 9. September 2019 E. 3.b/aa m.H.; vgl. auch Fink, Konkurseröffnung ohne vorgängige Betreuung bei Zahlungseinstellung, AJP 1/2019 S. 171). Der

Nachweis der Zahlungsunfähigkeit spielt in der Regel keine Rolle, weil die Konkursaufhebungsgründe der Zahlung und der Hinterlegung nicht denkbar sind; ebenso wenig genügt Zahlungsrenitenz, weil eine objektive, dauerhafte Illiquidität erforderlich ist; die Überschuldung ist ein eigener vorliegend nicht geltend gemachter Konkursgrund (EGV-SZ 2010 A 6.4; Brunner/Boller/Fritschi, ebd. N 11a sowie Art. 192 SchKG; Huber, KUKO, 2. A. 2014, Art. 190 SchKG N 9). (...).

c) Anwendbar ist das summarische Verfahren (Art. 251 lit. a ZPO). Es gilt der Untersuchungsgrundsatz des Art. 255 lit. a ZPO. Dennoch müssen die Parteien mitwirken und haben die erforderlichen Beweismittel zu bezeichnen. Das Konkursgericht hat ohne Beweismittelbeschränkung den Sachverhalt nur von Amtes wegen festzustellen und muss ihn nicht erforschen (Brunner/Boller/Fritschi, a.a.O., Art. 190 SchKG N 25). Die antragstellenden Gläubiger tragen für ihre Gläubigereigenschaft (dazu unten E. 3) und den materiellen Konkursgrund (E. 4 f.) die Beweislast, wobei erstere glaubhaft und letzterer zwar nicht strikt zu beweisen aber überwiegend wahrscheinlich zu machen ist (Brunner/Boller/Fritschi, a.a.O., Art. 190 SchKG N 26a f.; Huber, ebd. N 15 und 21; etwa auch OG ZH PS180152 vom 24. Oktober 2018 E. 3.4). (...).

4. Bezüglich der durch die Beschwerdegegnerinnen geltend gemachten Forderungen hielt die Vorderrichterin fest, sie seien bestritten. Die Nichtbezahlung dieser Forderungen stellt demnach kein Indiz für eine Zahlungseinstellung dar (vgl. oben E. 2.a). Hingegen hielt die Vorderrichterin der Beschwerdeführerin vor, in Bezug auf vier Forderungen anderer Gläubiger in der Höhe von rund Fr. 109'000.00 nicht überzeugend darzulegen, weshalb diese bestritten seien bzw. sie Rechtsvorschlag erhoben habe. Damit verkennt sie indes, dass nicht die Beschwerdeführerin für die behauptete Zahlungseinstellung beweisbelastet ist, sondern dies die Gesuchstellerinnen bzw. Beschwerdegegnerinnen sind (vgl. oben E. 2.c sowie BGer 5A_516/2021 vom 18. Oktober 2021 E. 3.2.1). Die aus ihrer negativen Beurteilung der Werthaltigkeit der Debitorenpositionen fliessende Folgerung, die Schuldnerin erscheine in Bezug auf die Deckung der anderen vier Forderungen als zahlungsunfähig, überzeugt indes nicht, weil sie sich mit der – im Übrigen ebenso im Beschwerdeverfahren – unbestrittenen Behauptung der Beschwerdeführerin, auch diese Forderungen seien bestritten bzw. bezahlt, nicht auseinandersetzt. Namentlich wird die Bezahlung unter anderem der zwei höchsten betriebenen Beträge von insgesamt über Fr. 3.6 Mio. nur soweit in Zweifel gezogen, als diesbezüglich der Beschwerdeführerin wiederum in unzulässiger Beweisbelastung das Fehlen eines Zahlungsbelegs angelastet wird. Abgesehen davon wird – was

A 6.2

angesichts des Forderungstotal von rund Fr. 109'000.00 nicht anzunehmen ist – nicht ausgeführt, inwiefern die vier noch von der Vorinstanz behandelten Forderungen einen wesentlichen Teil der geschäftlichen Aktivitäten der Beschwerdeführerin betreffen und durch die Beschwerdeführerin zufolge Illiquidität auf unbestimmte Zeit nicht beglichen würden. Aus diesen Gründen erweist sich die vorinstanzliche Feststellung der Zahlungseinstellung als nicht einschlägig, zumal der Beschwerdeführerin ebenso wenig konkret vorgehalten wird, Beteiligungen gegen sich aufgelaufen lassen, systematisch Rechtsvorschlag erhoben oder kleinere Beträge nicht mehr bezahlt zu haben (dazu vgl. BGer 5A_516/2021 vom 18. Oktober 2021 E. 3.2).

5. Auch im Beschwerdeverfahren lässt sich der geltend gemachte Konkursgrund nicht als hinreichend wahrscheinlich eruieren. Die Beschwerdegegnerinnen kritisieren die vorinstanzliche Qualifizierung ihrer Forderung als bestrittene, mithin für die verlangte Feststellung der Zahlungseinstellung nicht erhebliche Forderungen im Beschwerdeverfahren konkret nicht. Sie legen insbesondere ebenfalls nicht dar, was sie namentlich betreffend die einmal anerkannten Schuldanteile daran hinderte, Rechtsöffnung zu verlangen. Ferner übersehen sie, dass die Voraussetzungen von Art. 174 Abs. 2 SchKG nicht auf den vorliegenden Fall einer Konkursöffnung ohne vorgängige Beteiligungen passen, in welcher die fraglichen Forderungen vorgängig offenzulegen wären (vgl. Art. 160 Abs. 1 Ziff. 1 i.V.m. Art. 67 Abs. 1 Ziff. 3 SchKG), und daher flexibel anzuwenden sind, zumal die Zahlung oder Hinterlegung geschuldeter Beträge bestimmter Gläubiger nicht denkbar ist (vgl. oben E. 2.b). Auf ihre Behauptungen hinsichtlich der ungenügenden Sicherheitsleistungen in Bezug auf ihre Forderungen und ihre Ausführungen zur Zahlungsfähigkeit der Beschwerdeführerin ist nicht weiter einzugehen, weil die Vorinstanz in unzulässiger Beweislastverteilung die Zahlungseinstellung feststellte (vgl. oben E. 4). Daher sind hier auch die Einwände der Beschwerdegegnerinnen gegen entsprechende Darlegungen in der Beschwerde nicht weiter zu erörtern, wurde doch die Beschwerdeführerin durch die unzulässige vorinstanzliche Auferlegung der Beweislast durch die Vorinstanz zu am eigentlichen Thema der Zahlungseinstellung vorbeigehenden Darlegungen bezüglich ihrer Zahlungsfähigkeit veranlasst. Nachdem die Erstinstanz keinen Zahlungseinstellungsstatbestand schlüssig darlegt, muss respektive darf auf die Behauptungen der Beschwerdeführerin, ihre kurz- und mittelfristige Liquidität seien durch die Eingänge der letzten Monate sowie Debitoren mehr als nur gedeckt, im Beschwerdeverfahren nicht weiter eingegangen werden. Die Beschwerdeführerin muss hinsichtlich der verlangten Konkursöffnung wegen Zahlungseinstellung wie gesagt weder ihre Zahlungsfähigkeit noch Li-

quidität nachweisen. Abgesehen davon spricht die kurzfristige, Zahlungseinstellung widerlegende Hinterlegung eines hier bezüglich seiner Herkunft nicht weiter zu hinterfragenden Betrages von total Fr. 950'000.00 nicht gegen ihre Zahlungsfähigkeit.

6. Aus diesen Gründen ist keine Zahlungseinstellung im Sinne von Art. 190 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG wahrscheinlich gemacht. Die Beschwerde ist mithin gutzuheissen und die angefochtene Konkursöffnung gestützt auf Art. 174 Abs. 1 SchKG (dazu vgl. Brunner/Boller/Fritschi, a.a.O., Art. 190 SchKG N 29a m.H.) aufzuheben. (...).

(Beschluss vom 9. Mai 2022, BEK 2022 34).

6.3 Weiterziehung der Konkursöffnung

- *Umfang des im Sinne von Art. 174 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG zu hinterlegenden Betrags; Antrag um Bewilligung der Zahlung zulasten des gesperrten Geschäftskontos (Erw. 4.a).*
- *Anforderungen an die Glaubhaftmachung der Zahlungsfähigkeit im Sinne von Art. 174 Abs. 2 SchKG (Erw. 4.b).*

Aus den Erwägungen:

3. Der Nachweis der Zahlungsfähigkeit im Sinne von Art. 174 Abs. 2 SchKG ist innert der Rechtsmittelfrist von zehn Tagen (Art. 174 Abs. 1 SchKG) seit Zustellung des angefochtenen Entscheides zu erbringen (BGE 139 III 491, E. 4.4; Urteil BGer 5A_108/2021 vom 29. September 2021, E. 3; Giroud/Simoni, in: Staehelin/Bauer/Lorandi [Hrsg.], Basler Kommentar, Schuldbetreibung und Konkurs I, 3. A. 2021, Art. 174 SchKG N 11 und N 20a). (...).

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

A 6.3

a) Der im Sinne von Art. 174 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG zu hinterlegende Betrag muss die Zinsen und sämtliche Kosten decken, sodass der Gläubiger vollständig entschädigt wird. Dies beinhaltet insbesondere den Kostenvorschuss für das Konkursöffnungsverfahren und sämtliche Kosten des Konkursamtes (Urteil BGer 5A_865/2013 vom 21. Januar 2014, E. 3; Diggelmann, in: Hunkeler [Hrsg.], Kurzkommentar, Schuldbetreibung und Konkurs, 2. A. 2014, Art. 174 SchKG N 10; Konkursöffnungskosten: Urteil BGer 5A_409/2013 vom 8. Juli 2013, E. 2.1 mit Hinw. auf BGE 133 III 687, E. 2.3). Folglich ist nicht nur massgebend, welcher Betrag bei der Konkursgläubigerin noch aussteht (vgl. die Ausführungen der Gesuchsgegnerin). Die Konkursschuldnerin hat sich vielmehr beim Konkursamt über die anfallenden Kosten zu informieren (Giroud/Simoni, in: Staehelin/Bauer/Lorandi [Hrsg.], Basler Kommentar, Schuldbetreibung und Konkurs I, 3. A. 2021, Art. 174 SchKG N 21c). (...) Die erste Voraussetzung für die beantragte Konkursaufhebung im Sinne von Art. 174 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG wäre bei grosszügiger Betrachtung damit erfüllt. Der Kostenvorschuss für das Beschwerdeverfahren von Fr. 750.00 wurde jedoch nicht geleistet. Dem Einwand der Gesuchsgegnerin, ihre Konten seien blockiert, kann nicht gefolgt werden: Einerseits reichte sie keinen Bankauszug ein, der beweisen könnte, dass sich auf dem Konto wie behauptet über Fr. 10'000.00 befänden. Andererseits wäre es ihr möglich gewesen, rechtzeitig z.B. die Rechtsmittelinstanz um Bewilligung der Zahlung (vgl. Diggelmann, a.a.O., Art. 174 SchKG N 8) oder das Konkursamt um Zustimmung zur Hinterlage beim Kantonsgericht (Giroud/Simoni, a.a.O., Art. 174 SchKG N 25) zu ersuchen. Der direkt an die Gesuchstellerin zu viel bezahlte Betrag von Fr. 1'316.05 kann hierfür nicht herangezogen werden. Im Übrigen war die Ansetzung einer Nachfrist (Art. 101 Abs. 3 ZPO) zur Leistung des Kostenvorschusses an das Kantonsgericht angesichts des Verfahrensausgangs obsolet.

b) Zahlungsfähigkeit heisst, dass ausreichende liquide Mittel vorhanden sind, mit denen die Gläubiger bei Fälligkeit ihrer Forderungen befriedigt werden können. Bloss vorübergehende Zahlungsschwierigkeiten lassen einen Schuldner noch nicht zahlungsunfähig erscheinen. Die Beurteilung der Zahlungsfähigkeit beruht auf einem aufgrund der Zahlungsgewohnheiten eines Konkursiten gewonnenen Gesamteindruck (vgl. nur BGer 5A_108/2021 vom 29. September 2021 E. 2.2). Die Zahlungsfähigkeit ist bloss glaubhaft zu machen, d.h. sie muss wahrscheinlicher sein als die Zahlungsunfähigkeit. Zu strenge Anforderungen sind nicht zu stellen (vgl. nur BGer 5A_33/2021 vom 28. September 2021 E. 2.2). Ein wichtiges Dokument für das Glaubhaftmachen der Zahlungsfähigkeit ist der Auszug aus dem Betreibungsregister (Urteil BGer 5A_33/2021 vom 28. September 2021, E. 3.3).

Entgegen der Ansicht der Gesuchsgegnerin ist mit der Tilgung der Konkursforderung nicht belegt, dass sie als Gesellschaft gegenüber ihren (weiteren) Gläubigern zahlungsfähig ist. Zur Zahlungsfähigkeit macht die Gesuchsgegnerin sinngemäss geltend, sie habe seit bald 60-jähriger Tätigkeit nach Möglichkeit ihre Verpflichtungen erfüllt. Sie bezahle nebst der Mehrwertsteuer die ordentlichen Steuern. Die Mittel auf dem gesperrten Bankkonto würden die Konkursforderung bei Weitem übersteigen. Diese Ausführungen enthalten keine substantiierten Behauptungen zu den Einnahmen und Ausgaben der Gesuchsgegnerin oder deren Vermögensstand bzw. Liquidität und sind mit keinerlei Unterlagen belegt. Die Gesuchsgegnerin reichte weder einen Zwischenabschluss mit Aktiven und Passiven noch frühere Bilanzen oder Erfolgsrechnungen ein. Somit ist es nicht möglich, die aktuelle finanzielle Struktur der Gesellschaft oder deren finanzielle Entwicklung einzuschätzen. Mangels Bankauszügen ist auch der aktuelle Vermögensstand oder die Liquidität nicht beurteilbar. Selbst wenn die Eingabe vom 26. September 2022 rechtzeitig erfolgt wäre, wäre die Behauptung, das Bankkonto weise ein Guthaben von mehr als Fr. 10'000.00 aus, demnach nicht belegt. Weil den Akten kein Betreibungsregisterauszug zu entnehmen ist, ist zudem nicht ersichtlich, ob die Gesuchsgegnerin stets sämtlichen Verpflichtungen rechtzeitig nachkam. Schliesslich ist die Nichtbeanspruchung von Covid- und anderen Krediten – sofern diese Behauptung belegt wäre – für sich betrachtet nicht geeignet, die Zahlungsfähigkeit der Gesuchsgegnerin darzulegen. Ebenso wenig spielt eine Rolle, ob der Geschäftsführer und Gesellschafter persönlich zahlungsfähig ist. Massgebend sind die finanziellen Verhältnisse der Gesellschaft.

Damit konnte die Gesuchsgegnerin die Zahlungsfähigkeit nicht glaubhaft machen, sodass die zweite Voraussetzung zur Aufhebung der Konkursöffnung nach Art. 174 Abs. 2 SchKG nicht erfüllt ist.

(Beschluss vom 26. Oktober 2022, BEK 2022 140).

6.4 Anerkennung eines ausländischen Konkursdekrets

- *Ein ausländischer Gläubiger, der in der Schweiz einen Arrestbefehl erwirkte, ist nicht legitimiert, gegen die durch die Anerkennung eines ausländischen Konkurses uno actu erfolgte Eröffnung des Hilfskonkurses in der Schweiz Beschwerde zu erheben (Erw. 3).*
- *Es fehlt zudem an der Darlegung, inwiefern der Gläubiger dadurch berührt ist, dass die arrestierte Liegenschaft in die Konkursmasse fällt (Erw. 4).*

A 6.4

Aus den Erwägungen:

3. Die unmittelbare Rechtsfolge (uno actu, vgl. Berti/Mabillard, BSK, 4. A. 2021, Art. 166 IPRG N 59 m.H.) der Anerkennung eines ausländischen Konkursdekrets ist nach Art. 170 Abs. 1 IPRG die Eröffnung eines Konkursverfahrens mit der sofortigen Auslösung konkursrechtlicher Folgen des schweizerischen Rechts für das in der Schweiz gelegene Vermögen des Schuldners. Es handelt sich nicht um eine unmittelbare Erstreckung des ausländischen Konkurses auf das schweizerische Territorium, sondern um eine Form von Rechtshilfe zugunsten eines im Ausland durchgeführten Verfahrens (Bürgi, BSK, 4. A. 2021, Art. 170 IPRG N 4 m.H.; BGE 147 III 365 E. 3.2.1 f.). Nach Art. 199 Abs. 1 SchKG fallen Arrestgegenstände in die Konkursmasse (vgl. auch Hunkeler, BSK, Art. 199 SchKG 3. A. 2021, N 3; Bürgi ebd. N 8).

a) Das nach Art. 174 SchKG von Bundesrechts wegen bestehende Recht auf Weiterzug mit einer Beschwerde nach ZPO (Art. 309 lit. b Ziff. 7 ZPO i.V.m. Art. 319 ff. ZPO) ist analog anzuwenden (Berti/Mabillard, ebd., Art. 167 IPRG N 25 m.H.). Zum Weiterzug legitimiert ist neben den am erstinstanzlichen Verfahren Beteiligten jede Person, die sich dem Anerkennungsbegehren nach Art. 29 Abs. 2 IPRG widersetzen will, mithin derjenige, der ein Interesse an der Verweigerung der Anerkennung hat und dessen Rechte oder Pflichten durch die Anerkennung berührt werden. Das Interesse schweizerischer Arrestgläubiger an der Verhinderung der ihre Sicherungspositionen gefährdenden Anerkennung (vgl. Art. 199 Abs. 1 SchKG) soll ausreichen, um ihnen die Rechtsmittellegitimation zu verschaffen (Berti/Mabillard ebd. N 26 m.H.).

b) Drittgläubiger, d.h. solche, die nicht selbst das Konkursbegehren stellten, sind jedoch nicht zur Beschwerde gegen den Konkurseröffnungsentscheid legitimiert (Giroud/Theus Simoni, BSK, 3. A. 2021, Art. 174 SchKG N 14; Kren Kostkiewicz, OFK, 20. A. 2020, Art. 174 N 5). Somit ist ein schweizerischer Arrestgläubiger, der nicht selber das Konkursbegehren stellte, nicht legitimiert, gegen einen inländischen Konkurs Beschwerde zu erheben. Demnach sind keine Gründe ersichtlich, inwiefern ein ausländischer Gläubiger, der in der Schweiz einen Arrestbefehl erwirkte, gegen die Anerkennung einer russischen Bankrotterklärung auf Ersuchen einer russischen Konkursverwalterin bzw. die durch die Anerkennung uno actu erfolgte Eröffnung des Hilfskonkurses beschwerdelegitimiert sein soll.

4. Abgesehen davon legt die Beschwerdeführerin der Beschwerdeinstanz nicht dar, inwiefern die Anerkennung der russischen Bankrotterklärung ihre mit der Arrestlegung erreichte, indes nur vorläufige Sicherungsposition konkret tangieren könnte. Allein die gesetzliche Folge, dass mit der Anerkennung der Hilfskonkurs eröffnet ist und die verarrestierte Liegenschaft in die Konkursmasse fällt, lässt nicht ohne Weiteres erkennen, inwiefern schutzwürdige Interessen der Beschwerdeführerin unmittelbar durch den angefochtenen Entscheid berührt werden, da sie als Arrestgläubigerin nach Art. 281 Abs. 3 SchKG keine Vorzugsrechte hat (Reiser, BSK, 3. A. 2021, Art. 281 SchKG N 1 f.; Kren Kostkiewicz, a.a.O., Art. 281 SchKG N 13). Mithin kommt sie den Anforderungen an eine hinreichende Beschwerdebegründung hinsichtlich der Beschwerdelegitimation nicht nach, weshalb auch deswegen auf die Beschwerde nicht einzutreten ist. Soweit die Beschwerdeführerin in ihrer Stellungnahme zur Beschwerdeantwort ihre Beschwerdelegitimation in ihrer Eigenschaft als Gläubigerin des Arrestverfahrens erblickt, übersieht sie, dass der Arrest eine vorsorgliche Massnahme, aber keine Vollstreckungsmassnahme im eigentlichen Sinn ist (Kren Kostkiewicz, a.a.O., Art. 271 SchKG N 1 und 3 f.).

(Beschluss vom 24. Januar 2022, BEK 2021 159; die Eröffnung des schweizerischen Hilfskonkurses wurde mit BEK 2022 117 vom 21. November 2022 kassiert, weil der Schuldner durch ein unverschuldetes Hindernis davon abgehalten wurde, dagegen Beschwerde zu erheben).

6.5 Staatenarrest

- *Die Prozessvoraussetzung der schweizerischen Zivilgerichtsbarkeit ist von Amtes wegen zu prüfen; ist ein fremder Staat Partei, ist der Frage der Staatenimmunität und dem Erfordernis der Binnenbeziehung Rechnung zu tragen (Erw. 2.b).*
- *Staatenarrest; die Belegenheit des zu verarrestierenden Grundstücks in der Schweiz und ein in der Schweiz ergangener Schiedsentscheid allein vermögen noch keinen ausreichenden Binnenbezug zu begründen (Erw. 2c).*

Aus den Erwägungen:

2. Die Gesuchsgegnerin, die Republik Usbekistan, ist ein fremder Staat. Die Prozessvoraussetzung der schweizerischen Zivilgerichtsbarkeit, also die Frage der Immunität und das Erfordernis der Binnenbeziehung, ist von Amtes wegen zu prüfen (BGE 144 III 411 E. 6.3.3). (...).

A 6.5

b) Will der Gläubiger in der Schweiz befindliche Vermögenswerte eines fremden Staates mit Arrest belegen lassen, so kommt nach bundesgerichtlicher Praxis das Erfordernis einer genügenden „Binnenbeziehung“ ins Spiel. Davon betroffen sind Fälle, in denen der fremde Staat im Rechtsverhältnis, das der Arrestforderung zugrunde liegt, nicht hoheitlich („iure imperii“) handelte (und schon deswegen Immunität genießt), sondern als Träger privater Rechte („iure gestionis“) auftrat. In diesen Fällen setzt eine Zwangsvollstreckungsmassnahme voraus, dass das besagte Rechtsverhältnis eine hinreichende Binnenbeziehung zum schweizerischen Staatsgebiet aufweist. Es müssen Umstände vorliegen, die das Rechtsverhältnis so sehr an die Schweiz binden, dass es sich rechtfertigt, den fremden Staat vor schweizerischen Behörden zur Verantwortung zu ziehen. Diese Voraussetzung ist insbesondere dann erfüllt, wenn das Schuldverhältnis, aus dem die streitigen Arrestforderungen hergeleitet werden, in der Schweiz begründet wurde oder wenn es hier zu erfüllen ist oder wenn der fremde Staat in der Schweiz zumindest Handlungen vornahm, mit denen er in der Schweiz einen Erfüllungsort begründete. Hingegen genügt es nicht, dass Vermögenswerte des fremden Staates in der Schweiz gelegen sind oder dass ein Schiedsgericht mit Sitz in der Schweiz die Forderung zusprach (BGE 144 III 411 E. 6.3.2 mit Hinweisen auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung).

c) Unbestritten ist, dass die Gesuchsgegnerin nicht hoheitlich handelte, sondern als Trägerin privater Rechte, mithin steht die Staatenimmunität dem vorliegenden Arrestverfahren nicht entgegen. Richtig ist zwar, dass der in Zürich ergangene Schiedsentscheid vom 30. Juni 2013 zwischen der Gesuchstellerin und X, „a partly privatized state owned company and still seems to be controlled by the Ministry for Foreign Economic Relations of the Republic of Uzbekistan“) grundsätzlich noch keine ausreichende Binnenbeziehung zu begründen vermag. Dies gilt ebenso für den Umstand, dass die Gesuchsgegnerin in der Schweiz über Vermögenswerte bzw. Grundeigentum verfügt. Allerdings kommt hinzu, dass sich die Gesuchsgegnerin laut der „Schuldenerkennung bzw. Schuldübernahme“ (gegenüber der Gesuchstellerin über ihren Vertreter in der Schweiz, der, wie noch auszuführen sein wird, als hierzu ermächtigt zu betrachten ist, die Schuld aus dem fraglichen Schiedsspruch, der mit Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 7. Februar 2014 für vollstreckbar erklärt wurde, anerkannte und sich verpflichtete, diese bis „spätestens Ende 2017 zu bezahlen“ und die Parteien ausserdem Folgendes vereinbarten: „Sollte die Schuldnerin ihre Forderung bis Ende 2017 nicht vollständig bezahlt haben, so ist die Gläubigerin berechtigt, ihre Forderung auf dem Betreibungsweg einzufordern und allenfalls sogar Vermögenswerte der Schuld-

nerin in der Schweiz arrestieren zu lassen“. Demgemäss wird die Gesuchstellerin ausdrücklich für berechtigt erklärt, in der Schweiz belegene Vermögenswerte der Gesuchsgegnerin zu arrestieren und die Forderung auf dem Betreibungsweg geltend zu machen. Die Vorinstanz wertete diesen Umstand als einen von der Gesuchsgegnerin selbst geschaffenen Bezug zur Schweiz. Weshalb diese auch nach Auffassung des Kantonsgerichts zutreffende Feststellung unrichtig sein soll, macht die Gesuchsgegnerin nicht plausibel. Zudem verhält sie sich, indem sie der Gesuchstellerin im Falle der Nichtzahlung der Schuld innert Frist das in der Schweiz belegene Grundstück zunächst zur Arrestlegung anbot, nun aber argumentiert, es bestehe kein ausreichender Binnenbezug zur Schweiz, zumindest widersprüchlich. Jedenfalls bewirkt das aufgrund der „Schuldübernahme“ zwischen den Parteien geschaffene Rechtsverhältnis eine ausreichende Beziehung zur Schweiz, zumal es sich nicht in der blossen Belegenheit eines Vermögenswerts erschöpft, sondern der Gläubigerin explizit erlaubt wird, einen Arrest in Anspruch zu nehmen. Bei diesem Ergebnis nicht näher erörtert werden muss, inwiefern der Umstand, dass X anscheinend überwiegend ein Staatsbetrieb ist, somit die Gesuchsgegnerin insofern als in dem in Zürich erfolgten Schiedsverfahren involviert betrachtet werden könnte, ebenfalls bereits einen ausreichenden Binnenbezug zu begründen vermöchte. Die Vorinstanz trat folglich zu Recht auf das Arrestbegehren ein.

(Beschluss vom 9. Mai 2022, BEK 2021 100; eine Beschwerde in Zivilsachen wurde mit BGer 5A_469/2022 vom 21. März 2023 abgewiesen).

B **Verwaltungsgericht**

1. **Verfahren**

1.1 **Beschwerdelegitimation**

- *Fehlende Legitimation zur Anfechtung der Nichtaufnahme eines Gebäudes ins Kantonale Schutzinventar (KSI).*

Aus den Erwägungen:

1.2 Die Beschwerdeführer argumentieren namentlich, sie seien zu Unrecht nicht ins Verfahren einbezogen worden, nachdem sie es gewesen seien, welche in ihrer Einsprache gegen das Rückbaugesuch des Eigentümers den Antrag auf Verweigerung des Rückbaus gestellt und ein Verfahren über die Aufnahme der Objekte ins KSI beantragt hätten. Auch in ihrer Einsprache gegen die Teilnutzungsplanung hätten sie den Antrag gestellt, es sei auf den Abbruch des Gebäudes zu verzichten. Diese Anträge seien mit Denkmalschutzgedanken begründet worden. Der angefochtene RRB habe grosse Auswirkungen auf beide erwähnten Einspracheverfahren. Die Rechtsposition der Beschwerdeführer werde durch den RRB folglich geschwächt, weshalb sie von diesem besonders berührt seien und ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung hätten. Es sei damit zu rechnen, dass mangels Aufnahme des Gebäudes ins KSI dessen Abbruch bewilligt werde. (...).

2.1.1 Das Gesetz über die Denkmalpflege und Archäologie (Denkmalchutzgesetz, DSG; SRSZ 720.100) vom 6. Februar 2019 bezweckt die Erhaltung, den Schutz, die Pflege und Erforschung der Ortsbilder, der geschichtlichen Stätten, der Kulturdenkmäler und der archäologischen Funde (§ 1 Abs. 1 DSG). Als Schutzobjekte der Denkmalpflege gelten Objekte, denen ein erheblicher kultureller, geschichtlicher, kunsthistorischer oder städtebaulicher Wert zukommt (§ 3 Abs. 1 DSG). Schutzobjekte der Denkmalpflege können unter anderem Einzelbauten unter Einbezug ihrer Ausstattung und der für ihre Wirkung wesentlichen Umgebung sein (§ 3 Abs. 2 lit. b DSG). Der Kanton führt ein Inventar der geschützten Bauten und Objekte gemäss § 3 Abs. 2 lit. b DSG (§ 4 Abs. 1 DSG). (...).

2.1.2 Der Regierungsrat nimmt Objekte nach Anhörung des Eigentümers und der Standortgemeinde ins Schutzinventar auf, sofern a) das Objekt besonders schutzwürdig ist sowie einen erheblichen kulturellen, geschichtlichen, kunsthistorischen oder städtebaulichen Wert aufweist, und b) der Unterschutzstellung keine überwiegenden öffentlichen oder privaten Interessen entgegenstehen (§ 5 Abs. 1 lit. a und lit. b DSG). Der Eigentümer erhält im Rahmen der Anhörung Gelegenheit zur schriftlichen Stellungnahme. Es wird ihm ein begründeter, anfechtbarer Aufnahmeentscheid zugestellt (§ 5 Abs. 2 DSG). Für die Entlassung aus dem Schutzinventar gelten sinngemäss die Vorschriften über die Aufnahme. Der Eigentümer oder die Standortgemeinde können beim Regierungsrat die Entlassung eines Objektes aus dem Schutzinventar beantragen (§ 5 Abs. 3 DSG).

2.1.3 Der Regierungsrat beschliesst unter anderem über die Aufnahme von Objekten ins kantonale Schutzinventar wie auch über die Aufhebung des Schutzes und die Entlassung aus dem kantonalen Schutzinventar (§ 15 Abs. 1 lit. a und b DSG). Die Gemeinden und im Rahmen ihrer Zuständigkeit auch die Bezirke als Baubewilligungsbehörde können dem Regierungsrat die Aufnahme von Objekten ins Schutzinventar oder deren Entlassung beantragen (§ 16 lit. c DSG).

2.1.4 Gegen Entscheide nach dem DSG kann nach den Vorschriften des Verwaltungsrechtspflegegesetzes (VRP; SRSZ 234.110) vom 6. Juni 1974 Beschwerde geführt werden (§ 17 Abs. 1 DSG).

3.1.1 (...).

3.2 Die Vorinstanz wie der Beigeladene führen in ihren Vernehmlassungen aus, mit dem DSG sei ein eigentümergebundenes Verfahren eingeführt worden. § 5 DSG beziehe ins Verfahren den Eigentümer und die Standortgemeinde mit ein. Diese seien bei einer beabsichtigten Aufnahme eines Gebäudes ins KSI anzuhören mit der Möglichkeit einer schriftlichen Stellungnahme, und ebenso wenn der Regierungsrat eine Entlassung beabsichtige. Es habe dem Willen des Gesetzgebers entsprochen, die Stellung des Eigentümers zu verbessern, nicht aber Dritte ins Unterschutzstellungsverfahren miteinzubeziehen. (...).

Das Bildungsdepartement legt im Weiteren dar, dass § 37 VRP die Rechtsmittelbefugnis regle, während § 5 DSG die Frage, wer Partei eines Unterschutzstellungsverfahrens sei, abschliessend regle. Bei einem Unterschutzstellungsentscheid handle es sich auch nicht um eine Allgemein-

B 1.1

verfügung. Er begründe vielmehr nur Rechte und Pflichten des Grundeigentümers. Die Parteistellung von Dritten sei auch nicht deshalb zu bejahen, weil dadurch angeblich öffentliche Interessen an einer Unterschutzstellung gewahrt werden könnten. Denn primär der Regierungsrat müsse als Entscheidbehörde allfällige öffentliche Interessen an einer Unterschutzstellung wahren und in seine Abwägung miteinbeziehen. Zudem müsse davon ausgegangen werden, dass Dritte vorwiegend ihre eigenen privaten Interessen und nicht öffentliche Interessen durchsetzen wollten. Aus der Tatsache, dass den Beschwerdeführern in den Verfahren betreffend den Abbruchvorentscheid und die Teilnutzungsplanänderung Parteistellung zukomme, könnten sie nichts zu ihren Gunsten ableiten. Die Beschwerdeführer seien weder Partei des Unterschutzstellungsverfahrens gewesen, noch hätten sie dies sein müssen. (...).

3.3 Der Beurteilung der Vorinstanz und der Beigeladenen ist grundsätzlich beizupflichten.

3.3.1 Akteure im Rahmen des DSG von Gesetzes wegen sind auf der einen Seite der Regierungsrat, der über die Unterschutzstellung bzw. Aufnahme eines Gebäudes ins KSI wie auch über eine Entlassung entscheidet, auf der anderen Seite die Standortgemeinde sowie der Eigentümer, die vor der Aufnahme eines Gebäudes ins KSI anzuhören sind. Im Rahmen ihrer Zuständigkeit als Baubewilligungsbehörde können die Gemeinden und Bezirke auch die Aufnahme wie die Entlassung aus dem Schutzinventar beantragen. Obwohl im Gesetz nicht explizit erwähnt, kann auch ein Eigentümer einen Antrag auf Aufnahme ins KSI stellen (zu diesem wohl eher seltenen Fall vgl. VGE III 2016 210 vom 25.4.2017 Erw. 2.3.3 f. sowie Erw. 4.4.2 [betr. Gemeinde Arth]). Des Weiteren kommen im Rahmen des Vollzugs dem Bildungsdepartement, dem Amt für Kultur sowie der kantonalen Denkmalpflege (und betreffend Archäologie dem Staatsarchiv) Zuständigkeiten zu (vgl. § 1 bis 4 der Verordnung über die Denkmalpflege und Archäologie [Denkmalschutzverordnung, DSV; SRSZ 720.111] vom 10.12.2019). Der Einbezug Dritter ist im Gesetz nicht vorgesehen.

Nichts Anderes lässt sich den Materialien (RRB Nr. 708 vom 19.9.2017 [Bericht und Vorlage des Regierungsrats zum DSG an den Kantonsrat]) entnehmen. Zu § 5 DSG wird dargelegt (S. 9), dass damit die eigentümerverbindliche Unterschutzstellung von Kulturdenkmälern durch den Kanton festgeschrieben wird. Unterschutzstellungen seien Sache des Regierungsrates, der zuvor dem Eigentümer sowie der Standortgemeinde das rechtliche Gehör im Sinne von § 21 VRP gewährt und sie zur Unterschutzstellung anhört.

3.3.2 Des Weiteren wird im Bericht und Vorlage des Regierungsrates an den Kantonsrat dargelegt, dass bei den privaten Interessen, welche einer Unterschutzstellung entgegenstehen können, das Verhältnismässigkeitsprinzip zu berücksichtigen sei, d.h. es gehe um die Frage eines allfälligen Missverhältnisses zwischen der Schwere des Eingriffs und dem Wert des mit der Unterschutzstellung angestrebten Erfolgs. Die Prüfung sei in erster Linie aus der subjektiven Sicht des Betroffenen vorzunehmen. Dabei seien zwei Aspekte besonders zu beachten, nämlich dass die Unterschutzstellung zwar einen erheblichen Eingriff in die Verfügungsfreiheit (z.B. Abbruchverbot) des Eigentümers darstelle, dass ihm aber die wesentlichen eigentumsrechtlichen Befugnisse erhalten blieben. Rein finanzielle Interessen des Grundeigentümers an einer möglichst gewinnbringenden Ausnutzung seiner Liegenschaft überwögen das öffentliche Interesse an einer Eigentumsbeschränkung im Allgemeinen jedoch nicht.

Allfällige private Interessen beziehen sich mithin ausschliesslich auf den Eigentümer, nicht aber auf Dritte, unabhängig von deren Nähe zur vom Unterschutzstellungsverfahren betroffenen Baute. Entsprechend wird auch im Bericht und Vorlage an den Kantonsrat (S. 9 f.) nur davon gesprochen, dass sich ein Eigentümer mit dem Ergreifen eines Rechtsmittels wehren und gegen den Entscheid des Regierungsrates Verwaltungsgerichtsbeschwerde erheben kann. Ebenso kann auch wie gesagt nur der Eigentümer sowie die Standortgemeinde, nicht aber eine Drittpartei die Entlassung aus dem KSI beantragen.

3.3.3 Die Vorinstanzen haben mithin vorliegend zu Recht gefolgert, dass angesichts der klaren gesetzlichen Konzeption den Beschwerdeführern keine Teilnahme am vorinstanzlichen Verfahren zukam und auch nicht zukommen musste. Somit fehlt es an einer Voraussetzung für die Beschwerdebefugnis.

3.4.1 Darüber hinaus besteht aber in der Regel kein schutzwürdiges Individualinteresse Dritter an einer Aufnahme wie auch einer Nichtaufnahme ins KSI.

3.4.2 Der RRB Nr. 708/2017 vom 19. September 2017 (Bericht und Vorlage des Regierungsrats zum DSG an den Kantonsrat) definiert "Denkmalpflege und Archäologie als öffentliche Aufgabe" (S. 2 Ziff. 2.1.1). Als öffentliche Aufgabe steht der Denkmalschutz zweifelsohne auch im öffentlichen Interesse. (...).

B 1.1

3.4.3 Unterschutzstellungen, sofern die Voraussetzungen hierzu gegeben sind, sind mithin von allgemeinem öffentlichen Interesse; Entlassungen aus dem KSI sind umgekehrt Ausdruck eines fehlenden allgemeinen öffentlichen Interesses. Im einen wie im andern Fall ist nicht ersichtlich, welchen praktischen Vorteil im Regelfall ein Dritter aus einer Aufnahme ins KSI wie auch aus einer Entlassung unmittelbar ziehen könnte. Seine Stellung in rechtlicher wie tatsächlicher Hinsicht wird weder im einen noch im anderen Fall beeinflusst und zwar unabhängig von seiner Distanz zum Schutzobjekt. Im Ergebnis müssten entsprechende Verfahrensrechte Dritter daher auf eine "Popularlegitimation" (sei es zur Stellung von Anträgen, sei es zur Ergreifung eines Rechtsmittels) hinauslaufen. Es kann diesbezüglich auch auf die Legitimation zur Anfechtung von Bauprojekten verwiesen werden: Nicht zulässig ist das Vorbringen von Beschwerdegründen, mit denen einzig ein allgemeines öffentliches Interesse an der richtigen Anwendung des Rechts verfolgt wird, ohne dass dem Beschwerdeführer im Falle des Obsiegens ein Vorteil entsteht (vgl. BGE 141 II 50 Erw. 2.1). Eine Unterschutzstellung bzw. die diesbezüglich korrekte Anwendung des Gesetzes betrifft grundsätzlich nur die Stellung des Eigentümers.

3.5 Zum gleichen Ergebnis des Fehlens der Beschwerdelegitimation der Beschwerdeführer führt auch der Blick auf die Übergangsbestimmungen gemäss § 21 DSG. Schutzmassnahmen nach bisherigem Recht bleiben rechtsgültig (Abs. 1). Im Kantonalen Inventar für geschützte Bauten und Objekte (KIGBO) verzeichnete Objekte werden mit Inkrafttreten dieses Gesetzes ins Schutzzinventar überführt (Abs. 2). Es wird eine Inventarbereinigung durchgeführt. Der Regierungsrat regelt die Inventarbereinigung und legt den Zeitplan fest. Ist die Inventarbereinigung erfolgt, informiert das zuständige Departement die Grundeigentümer (Abs. 3). Zuständig für die Überführung und Inventarbereinigung ist die Kantonale Denkmalpflege (§ 13 Abs. 1 DSV). Die Bereinigung des KSI erfolgt gemeindeweise. Stand Januar 2020 steht die Inventarbereinigung in den beiden Pilotgemeinden Tuggen und Rothenthurm vor dem definitiven Abschluss. Im Verlaufe des Jahres 2021 wurde die Bereinigung in den Gemeinden Wollerau und Feusisberg an die Hand genommen und anfangs 2022 in den Gemeinden Ingenbohl und Lachen. Der Abschluss der Inventarbereinigung ist für das Jahr 2025 vorgesehen. Laut RRB Nr. 911/2018 vom 11. Dezember 2018 ("Stellungnahme zum Ergebnis der Kommissionsberatung zur Totalrevision des Kantonalen Natur- und Heimatschutzgesetzes [KNHG]", S. 4 Ziff. 2.6) sind 988 Objekte (Stand 12/2018) ins KSI zu überführen.

Wird bei dieser sukzessiven und systematischen Inventarbereinigung oder bei einem konkreten Bauprojekt, das die Abklärung der Schutzwürdigkeit bedingt, ein Objekt als schützenswert bestätigt, so erhält der Grundeigentümer eine schriftliche Mitteilung des BiD (...). Die betroffenen Grundeigentümer können innert 20 Tagen seit der Mitteilung beim zuständigen Departement begründet Einsprache erheben. Der Einspracheentscheid kann nach dem Verwaltungsrechtspflegegesetz beim Regierungsrat angefochten werden (§ 21 Abs. 4 DSG). Dritten wird also ebenfalls keine Einsprache bzw. Beschwerdebefugnis eingeräumt.

3.6.1 Unbesehen der fehlenden Beschwerdelegitimation im eigentlichen Unterschutzstellungsverfahren bleibt es in einem allfälligen (Gestaltungs-)Planungs- oder Baubewilligungsverfahren einsprache- und beschwerdeberechtigten Dritten unbenommen, geltend zu machen, die Unterschutzstellung eines Gebäudes sei zu Unrecht nicht geprüft bzw. die erforderlichen Abklärungen seien nicht vorgenommen worden (vgl. VGE III 2017 115+117 vom 24.11.2017, namentlich Erw. 2.1, 2.3, 4.1 ff.; VGE III 2021 161 vom 30.3.2022 Erw. 2.2 und 2.6). Die Beschwerdeführer machen vorliegend auch geltend, sowohl im Teilnutzungsplanungs- wie im Vorentscheidverfahren Einsprachen erhoben und entsprechende Anträge gestellt zu haben.

Ein allfälliges (Gestaltungs-)Planungs- oder Baubewilligungsverfahren wie auch ein Vorentscheidverfahren ist indes vom Unterschutzstellungsverfahren abzugrenzen. Dies zeigt gerade auch der vorerwähnte Umstand, dass mit dem DSG eine generelle kantonsweite Inventarbereinigung unabhängig von allfälligen Baubewilligungsverfahren durchzuführen ist.

(VGE III 2022 21 vom 28. April 2022).

1.2 Parteiwechsel

- *Rechtsmissbräuchlichkeit eines Parteiwechsels?*

Aus den Erwägungen:

2.2 Die Beschwerdeführer rügen eine Unrechtmässigkeit des Parteiwechsels. Replizierend führen sie aus, sie seien es gewesen, die das Sicherheitsdepartement am 15. Dezember 2021 auf den Verkauf der Stockwerkeigentumseinheit aufmerksam gemacht hätten.

B 1.2

2.2.1 Die Beschwerdeführer bestreiten weder die gesetzlich vorgesehene Möglichkeit des Parteiwechsels (§ 13 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes [VRP; SRSZ 234.110] vom 6.6.1974 i.V.m. Art. 83 Abs. 1 der Schweizerischen Zivilprozessordnung [Zivilprozessordnung, ZPO; SR 272] vom 19.12.2008) noch die Zulässigkeit des jederzeitigen Parteiwechsels bis zum Urteilszeitpunkt. Ebenso anerkennen sie, dass der Parteiwechsel noch vor dem Urteilszeitpunkt erfolgte und ihnen mitgeteilt wurde. Sie sehen jedoch in der Mitteilung des Parteiwechsels erst am 28. Februar 2022 und einer Veräusserung der Stockwerkeigentumseinheit bereits am 29. Juli 2021 ein rechtsmissbräuchliches Verhalten der Beschwerdegegnerin. Die Verfahrensparteien hätten ein Recht darauf, zu jedem Zeitpunkt des Verfahrens zu wissen, wer den Prozess auf der Gegenseite führe. Dieses Recht sei nicht gewährleistet gewesen, zumal L.C. noch Eingaben ans Gericht nach dem Parteiwechsel, also bei fehlender Aktivlegitimation, gemacht habe. Der Regierungsrat hätte daher das Verfahren VB 111/2021 folglich mit einer Abweisung der Beschwerde abschliessen müssen.

2.2.2 Ein Parteiwechsel kann unbestrittenermassen bis zum Urteilszeitpunkt erfolgen. Ausgeschlossen ist jedoch in jedem Fall die Wiederholung von Prozesshandlungen. Die eintretende Partei nimmt den Prozess in der Lage auf, in welcher sich dieser im Moment des Parteiwechsels befindet. Bisherige Prozesshandlungen und damit auch Versäumnisse der ausscheidenden Partei behalten somit ihre Wirkung, und die eintretende Partei kann diese nicht rückgängig machen (BSK ZPO-Graber, Art. 83 N 20 u. 23). Damit wird einer allenfalls aus prozesstaktischen Überlegungen erst verzögerten Meldung eines Parteiwechsels, was allenfalls als Rechtsmissbrauch zu qualifizieren wäre, ein Riegel geschoben.

2.2.3 Vorliegend deutet nichts darauf hin, dass L.C. und A.S. ihren Rechtsvertreter und/oder die Beschwerdeinstanz gezielt erst mit einiger Verzögerung über den Handwechsel am Stockwerkeigentum informiert hätten. Vielmehr erfuhr der Rechtsvertreter seinerseits erst durch die vorinstanzliche Sachbearbeiterin, die hierüber ihrerseits von den Beschwerdeführern informiert worden war, vom Handwechsel und hat sich hierauf auch selber um die entsprechenden Bestätigungen gekümmert. Der Rechts- und Beschwerdedienst hat hernach seinerseits am 3. März 2022 die übrigen Verfahrensbeteiligten über den Parteiwechsel informiert. Hierauf haben die Beschwerdeführer ihrerseits nicht weiter reagiert. Der angefochtene RRB erging erst knapp zwei Monate später. Ebensowenig hat die neu ins Verfahren eingetretene Beschwerdeführerin (vorliegende Beschwerdegegnerin) in der Zwischenzeit irgendwelche Prozesshandlungen vorgenommen. Ein rechtsmissbräuchliches Verhalten ist nicht erkennbar.

Die Beschwerdeführer haben auch keinen Rechtsnachteil erlitten. Wenn die Beschwerdeführer einen entsprechenden Rechtsmangel erst im verwaltungsgerichtlichen Verfahren geltend machen, müssen sie sich ihrerseits ein widersprüchliches Verhalten (*venire contra factum proprium*) vorwerfen lassen.

2.2.4 Nach einer Lehrmeinung besteht eine Möglichkeit, das Verfahren trotz Veräusserung des Streitobjekts ohne Parteiwechsel zu Ende zu führen, darin, dass die veräussernde Partei als Prozessstandschafter mit dem Einverständnis der erwerbenden Partei den Prozess zu Ende führt (vgl. Morf, in: Gehri/Jent-Sørensen/Sarbach, ZPO Kommentar, 2. Aufl., 2015, Art. 83 N 7). Insofern ist der Beschwerdegegnerin beizupflichten, dass für die Zeit bis zur Mitteilung des Parteiwechsels von einem stillschweigenden Einverständnis der Erwerblerin mit der vorläufigen Weiterführung des Verfahrens durch ihren Rechtsvorgänger ausgegangen werden darf. Insofern müsste auch die noch namens von L.C. eingereichte Eingabe vom 26. November 2021 als von der Beschwerdegegnerin genehmigt betrachtet werden. Anlass, diese Eingabe aus dem Recht zu weisen, besteht nicht. Sie so oder anders zu berücksichtigen ergibt sich grundsätzlich aus dem Untersuchungsgrundsatz. Allerdings ist auch nicht ersichtlich, dass dieser Eingabe eine Entscheidelevanz zukam.

(VGE III 2022 79 vom 7. November 2022).

1.3 Parteientschädigung

- *Parteientschädigung im Klageverfahren nach dem Bundesgesetz über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung nach Massgabe des Verwaltungsrechtspflegegesetzes.*

Aus den Erwägungen:

1.1 Auseinandersetzungen zwischen Vorsorgeeinrichtungen und Arbeitgebern über Beitragsforderungen im Sinne von Art. 73 des Bundesgesetzes über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (BVG; SR 831.40) vom 25. Juni 1982 sind vor dem Verwaltungsgericht im Klageverfahren auszutragen (Art. 73 Abs. 1 BVG i.V.m. § 4 Abs. 1 und 2 der Kantonalen Vollzugsverordnung zum BVG [VVzBVG; SRSZ 363.111] vom 27.9.1983; vgl. statt Vieler VGE 102/01 vom 18.12.2002 Erw. 1; BSK Berufliche Vorsorge-Hürzeler/Bättig-Lischer, Art. 73 N 4 ff.). Von Bundesrechts wegen haben die Kantone ein einfaches, rasches und in der

B 1.3

Regel kostenloses Verfahren vorzusehen (Art. 73 Abs. 2 erster Teilsatz BVG). Das Verfahren richtet sich nach den Vorschriften über die verwaltungsrechtliche Klage gemäss den §§ 67 bis 70 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes (VRP; SRSZ 234.110) vom 6. Juni 1974 (§ 4 Abs. 2 erster Satz VVzBVG).

1.2 (...).

3.1 Die Klägerin reicht eine Honorarnote über Fr. 19'095.20 ein. Diese setzt sich zusammen aus einem Aufwand von 50 Stunden zu Fr. 350.-- entsprechend total Fr. 17'500.-- zuzüglich Barauslagen von Fr. 230.-- (...).

Die Klägerin geht davon aus, die Parteientschädigung sei gemäss § 70 VRP i.V.m. Art. 92 der Schweizerischen Zivilprozessordnung (Zivilprozessordnung, ZPO; SR 272) vom 19. Dezember 2008 i.V.m. § 8 des Gebührentarifs für Rechtsanwälte (GebTRA; SRSZ 280.411) vom 27. Januar 1975 festzulegen. Der Streitwert (...) belaufe sich auf Fr. 659'865.96. Dies führe gemäss § 8 GebTRA zu einem Grundhonorar von Fr. 26'717.-. Allerdings sei nur ein Schriftenwechsel durchzuführen gewesen, womit sich das (Grund-)Honorar auf den konkret geltend gemachten Aufwand von Fr. 19'095.20 reduziere.

3.2.1 Der Herleitung des Grundhonorars der Klägerin kann nicht gefolgt werden. Zutreffend ist, dass § 70 Abs. 1 VRP für das (Klage-)Verfahren die §§ 9 bis 33 sowie § 60 VRP "und im Übrigen die Bestimmungen der Schweizerischen Zivilprozessordnung, insbesondere jene über die Widerklage, die Rechtshängigkeit der Klage und die Säumnis", für sinngemäss anwendbar erklärt.

3.2.2 Gemäss § 74 Abs. 1 VRP hat "im Rechtsmittelverfahren und in verwaltungsgerichtlichen Klagefällen" die unterliegende der obsiegenden Partei "eine dem Aufwand angemessene Entschädigung" auszurichten, welche die Behörde festsetzt.

Vorliegend handelt es sich um ein verwaltungsgerichtliches Klageverfahren. Hieran kann der Verweis in § 70 Abs. 1 VRP auf die sinngemässe (subsidiäre) Anwendbarkeit der ZPO nichts ändern. Der Gesetzeswortlaut von § 74 Abs. 1 VRP spricht vom "Aufwand", dem die Entschädigung angemessen sein muss. Von einem (gänzlichen oder ergänzenden) Abstellen auf den Streitwert ist nicht die Rede.

3.2.3 Die Systematik der VRP zeigt, dass sich die Kosten (und Entschädigungsregelung) auch des Klageverfahrens nach den §§ 71 ff. VRP richten. Der erste Titel der VRP regelt den Geltungsbereich und die Begriffe (§§ 1 bis 8), der zweite Titel die allgemeinen Verfahrensvorschriften (§§ 9 bis 34; worauf § 70 Abs. 1 VRP auch für das Klageverfahren - mit Ausnahme des in § 34 VRP normierten Widerrufs - verweist), der Titel IIa die Realakte (bestehend einzig aus § 34a), der dritte Titel die Rechtsmittelverfahren (§§ 35 bis 63b), der vierte Titel die Einsprache (§ 64 bis 66) und der fünfte Titel die verwaltungsgerichtliche Klage (§§ 67 bis 70).

Anschliessend normiert der sechste Titel die Kosten (und Entschädigungen; §§ 71 bis 75). Es folgen schliesslich der siebte Titel betreffend Vollstreckung (§§ 76 bis 79a) sowie der achte Titel mit den Schlussbestimmungen (§§ 80 ff.).

Diese Systematik, d.h. die Regelung der Kosten und Entschädigungen erst nach der Normierung aller Verfahren(-sarten) und Entscheid(-arten) verdeutlicht mithin, dass grundsätzlich durchwegs, allenfalls vorbehalten einer spezialgesetzlichen oder anderslautenden Regelung, die Bemessung der Kosten und Entschädigungen nach den Vorgaben der VRP zu erfolgen hat. Für eine (subsidiäre) Anwendbarkeit der ZPO besteht insofern entsprechend kein Raum.

3.2.4 In § 70 Abs. 1 VRP werden Bereiche der ZPO bezeichnet, welche im verwaltungsgerichtlichen Klageverfahren "insbesondere" zur Anwendung gelangen. Auch wenn diese Bereiche also nicht abschliessend genannt werden, so ist in der fehlenden Nennung der sinngemässen Anwendbarkeit der Regelung der Kosten und Entschädigungen nach der ZPO ein gewichtiges Indiz dafür zu sehen, dass diese Bestimmungen auf das verwaltungsgerichtliche Klageverfahren gerade nicht anwendbar sind.

3.2.5 Die Gebührenordnung für die Verwaltung und die Rechtspflege im Kanton Schwyz (GebO; SRSZ 173.111) vom 20. Januar 1975 regelt die Gebühren unter anderem für die Rechtspflege (§ 1 Abs. 1 GebO). § 25 Ziff. 29 und Ziff. 30 GebO legen für die Behandlung und den Entscheid einer Beschwerde oder einer Revision durch das Verwaltungsgericht einerseits sowie die Behandlung und den Entscheid einer Klage andererseits den gleichen Gebührenrahmen (von Fr. 100.-- bis Fr. 20'000.--) fest.

Der GebTRA normiert die Vergütung an die Rechtsanwältinnen für die Parteivertretung vor den Gerichtsbehörden des Kantons Schwyz (§ 1 Abs. 1 GebTRA). § 14 GebTRA legt für das "Verfahren vor Verwaltungsgericht" einen Honorarrahmen von Fr. 300.-- bis Fr. 8'400.-- fest. Eine Differenzierung nach Beschwerde- und Klageverfahren wird nicht vorgenommen bzw. mit dem allgemeinen Begriff "Verfahren" wird klargestellt, dass dieser

B 1.4

Rahmen sowohl für die Beschwerde- wie Klageverfahren (und allfällige weitere Verfahren, wie Revisionsverfahren) Geltung hat.

3.2.6 Selbst wenn betreffend die Kosten - entgegen der vorstehenden Erwägungen (3.2.2 ff.) - auf die Bestimmungen der ZPO abzustellen wäre, würde dies an der Anwendbarkeit der vorstehend erwähnten Normen der GebO und des GebTRA nichts ändern, da Art. 96 ZPO für die Festsetzung der Tarife für die Prozesskosten (d.h. Gerichtskosten und Parteientschädigung, vgl. Art. 95 Abs. 1 lit. a und b ZPO) die Kantone für zuständig erklärt ohne weitere Vorgaben zu machen.

3.2.7 Vorliegend ist die Parteientschädigung somit gemäss den Bestimmungen des GebTRA festzulegen. Im Sinne der vorstehenden Ausführungen kann dabei § 3 GebTRA, wonach die Vergütung, sofern der Streitwert massgebend ist, nach den Vorschriften der Schweizerischen Zivilprozessordnung ermittelt wird, keine Anwendung finden.

(VGE II 2021 121 vom 18. Januar 2022).

1.4 Verfahren (Klage-/Beschwerdeverfahren)

- *Abgrenzung von Klage- und Beschwerdeverfahren.*

Aus dem Sachverhalt:

Im Rahmen einer Überbauung in den 1980er-Jahren waren die Modalitäten der Kanalisation inklusive der Hausanschlüsse (Art der Ausführung, Kostentragung) strittig. Im Verwaltungsbeschwerdeverfahren gegen einen entsprechenden Beschluss der kommunalen Behörde wurde ein Vergleich geschlossen, der den Parteien vom den Regierungsrat instruierenden Justizdepartement unterbreitet worden war, und das Verwaltungsbeschwerdeverfahren infolge des Vergleichs abgeschlossen. Die Bauherren akzeptierten die von den Behörden vorgeschlagene Variante; im Gegenzug übernahm das Gemeinwesen laut Ziffer 5 den Unterhalt der Kanalisation (ohne Hausanschlüsse). Hierfür wurde eine vertragliche Vereinbarung vorgesehen, die jedoch nie abgeschlossen wurde. Im Frühjahr 2021 beschloss die kommunale Behörde nach Gewährung des rechtlichen Gehörs der Hauseigentümer verfügungsweise die Aufhebung von Ziffer 5 des Vergleichs. Der Regierungsrat trat auf eine Beschwerde hiergegen nicht ein und überwies die Sache ans Verwaltungsgericht, weil der Klageweg zu beschreiten sei.

Aus den Erwägungen:

2.1 Der Regierungsrat erwog im angefochtenen Beschluss, das Verwaltungsbeschwerdeverfahren im Jahr 1989 sei infolge des Vergleichs als gegenstandslos abgeschlossen worden. Dieser Vergleich sei als verwaltungsrechtlicher bzw. öffentlich-rechtlicher Vertrag zu qualifizieren, was grundsätzlich unbestritten sei. Die kommunale Behörde habe Ziff. 5 des Vergleichs im März 2021 gekündigt und darauf hingewiesen, dass gegen die Kündigung verwaltungsgerichtliche Klage gemäss § 67 Abs. 1 lit. a des Verwaltungsrechtspflegegesetzes (VRP; SRSZ 234.110) vom 6. Juni 1974 einzureichen sei. Das sei richtig und nicht zu beanstanden. Die Beschwerdeführer machten hingegen geltend, bei der Kündigung handle es sich um eine Verfügung, gegen welche Beschwerde zu erheben sei. Dieser Auffassung sei nicht zu folgen. Die Kündigung eines öffentlich-rechtlichen Vertrages stelle gemäss verwaltungsgerichtlicher Rechtsprechung (EGV-SZ 2002 B 18.2 Erw. 5 f.; EGV-SZ 1994 Nr. 1 Erw. 3.c) eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung und keine anfechtbare Verfügung im Sinne des Verwaltungsrechtspflegegesetzes dar. Im Kanton Schwyz beurteile das Verwaltungsgericht als einzige kantonale Instanz Streitigkeiten aus öffentlich-rechtlichen Verträgen. Der Regierungsrat sei also nicht zuständig.

2.2 Die Beschwerdeführer sind demgegenüber der Ansicht, dass es an der kommunalen Behörde gelegen hätte, das öffentlich-rechtliche Vertragsverhältnis mittels Aufhebungsklage beim Verwaltungsgericht zu beenden. Sie machen geltend, der Regierungsrat habe das Recht unrichtig angewendet und sein Ermessen überschritten und missbraucht. Entgegen der Auffassung des Regierungsrates stehe den Vertragsparteien öffentlich-rechtlicher Verträge das Kündigungsrecht nicht *tel quel* zu. Vielmehr bedürfe es hierzu entweder einer expliziten vertraglichen oder gesetzlichen Ermächtigung. Fehle es hieran, habe sich die Partei, welche den Vertrag auflösen möchte, diesbezüglich mittels verwaltungsgerichtlicher Klage ans Verwaltungsgericht zu wenden. Kündige der behördliche Vertragspartner den Vertrag trotz fehlender vertraglicher Befristung und trotz fehlender vertraglicher oder gesetzlicher Kündigungsregelung, handle er hoheitlich. Dieser hoheitliche Akt führe dazu, dass der hoheitliche Beschluss mittels Verwaltungsbeschwerde angefochten werden können müsse.

(...).

3.2.2 Die Qualifikation des Hoheitsaktes hängt vom Inhalt der Anordnung und nicht von der gewählten Form ab. Massgebend ist, ob die typi-

B 1.4

schen inhaltlichen Strukturelemente einer Verfügung vorliegen. Charakteristisches Merkmal einer Verfügung ist - insbesondere in Abgrenzung zu den generell-abstrakten Erlassen - deren unmittelbare Vollziehbarkeit (Wiederkehr, in: Wiederkehr/Richli, Praxis des allgemeinen Verwaltungsrechts, Bern 2012, § 6 Rz. 2143 f. mit zahlreichen Hinweisen). An einem Anfechtungsgegenstand und somit an einer Sachurteilsvoraussetzung fehlt es jedenfalls, wenn und insoweit keine Verfügung ergangen ist (siehe BGE 125 V 414 Erw. 1a mit Verweis auf BGE 119 Ib 36 Erw. 1b, BGE 118 V 313 Erw. 3b, BGE 110 V 51 Erw. 3b, je mit Hinweisen; vgl. auch BGE 123 V 324 Erw. 6c).

3.2.3 In § 51 VRP findet sich eine Auflistung darüber, was Gegenstand einer Verwaltungsgerichtsbeschwerde sein kann. Weitere verwaltungsgerichtliche Zuständigkeiten finden sich in der Spezialgesetzgebung. Grundsätzlich können Verfügungen und Entscheide verschiedenster Verwaltungsbehörden und von Organen privatrechtlicher Organisationen, die mit öffentlichen Aufgaben betraut sind, mit Beschwerde ans Verwaltungsgericht weitergezogen werden. Konkret genannt werden in § 51 lit. a VRP Verfügungen, Entscheide und die in § 36 Abs. 1 lit. b VRP erwähnten Zwischenbescheide des Regierungsrates, soweit der Weiterzug ans Verwaltungsgericht nicht durch das VRP oder einen anderen Erlass ausgeschlossen wird, sowie in § 51 lit. b VRP Verfügungen, Entscheide und die in § 36 Abs. 1 lit. b VRP erwähnten Zwischenbescheide anderer Instanzen, sofern dies durch einen Rechtssatz vorgesehen ist.

3.3 Gegenstand einer Klage, welche das Verwaltungsgericht als einzige Instanz beurteilt, sind unter anderem Streitigkeiten aus öffentlich-rechtlichen Verträgen (vgl. § 67 Abs. 1 lit. a VRP). Vor Einreichung der Klage teilt der Kläger dem Beklagten sein Begehren schriftlich mit. Der Beklagte nimmt dazu innert angemessener Frist Stellung (§ 68 Abs. 1 VRP). Kommt eine Partei dieser Pflicht nicht nach, so kann das Verwaltungsgericht darauf bei der Kostenaufgabe Rücksicht nehmen (§ 68 Abs. 2 VRP). Die Klage wird durch eine schriftliche Eingabe beim Verwaltungsgericht anhängig gemacht (§ 69 VRP).

3.4 Vorliegend stellt sich die Frage, ob der von den Parteien als öffentlich-rechtlicher Vertrag qualifizierte Vergleich bzw. die Regelung des Unterhalts der Abwasseranlage klageweise zu kündigen ist oder ob dies hoheitlich mittels Verfügung geschehen kann. Erweist sich der Klageweg als richtig, stellt sich die Frage, wem die Rolle des Klägers zukommt. Trifft die Argumentation der Beschwerdeführer zu, hat die kommunale Behörde den Klageweg zu beschreiten und erweist sich die Kündigung mittels BRB

Nr. 2021.42 vom 17. März 2021 als ungültig; andernfalls sehen sich die Beschwerdeführer in der Klägerrolle.

Ist der Vergleich aus dem Jahre 1989 bzw. die Regelung der Kosten für den Unterhalt der Abwasseranlage einer hoheitlichen, d.h. verfügungsweisen "Kündigung" (Aufhebung/Beendigung) zugänglich, hat dies zur Konsequenz, dass der Regierungsrat zu Unrecht nicht auf die Verwaltungsbeschwerde eingetreten ist.

Die Prüfung dieser Fragen bedingt vorab die Klärung der Rechtsnatur der vergleichsweisen Erledigung des Verwaltungsbeschwerdeverfahrens im Jahr 1989.

4.1 (...).

4.2.2 Der Rückzug der Begehren im erstinstanzlichen Verfahren ist einem Verzicht auf den geltend gemachten Anspruch gleichzusetzen. Der Rückzug der Begehren im Rechtsmittelverfahren hat in der Regel zur Folge, dass die angefochtene Verfügung bzw. der angefochtene Entscheid in Rechtskraft erwächst. Die Anerkennung der Begehren durch die Gegenpartei bedeutet grundsätzlich, dass die anerkannten Begehren zum Inhalt der angefochtenen Verfügung/des angefochtenen Entscheides werden. Der Widerruf einer Verfügung/eines Entscheides führt in der Regel zu einer neuen Verfügung (sofern eine solche überhaupt erforderlich ist/wird) bzw. einem neuen Entscheid.

In diesen Fällen bleibt der hoheitliche Charakter der Verfügung/des Entscheides unverändert. Wird ein Vergleich geschlossen, tritt dieser Vergleich an die Stelle der angefochtenen Verfügung. Der Vergleich lässt sich mithin durchaus mit dem Rückzug einer Beschwerde nach einem Widerruf/Neuverfügung einer angefochtenen Verfügung oder einer verfügungsweisen Anerkennung der Rechtsposition des Beschwerdeführers vergleichen. Entsprechend kann der Zustimmung der erstinstanzlich zuständigen Verwaltungsbehörde zum Vergleich die Bedeutung eines Widerrufs (mit Neuverfügung) beigemessen werden (Mächler, Vertrag und Verwaltungsrechtspflege, Zürich 2005, § 11 Rz. 139).

Dies spricht bei einer abstrakten Betrachtung wie auch angesichts der Parallelisierung der Abschreibung infolge eines Vergleichs mit den anderen drei Gründen, die gemäss § 28 VRP zu einer Verfahrensabschreibung führen (Rückzug der Beschwerde; Anerkennung der Begehren; Widerruf einer Verfügung), dafür, dass auch dem Vergleich, welcher dem Abschreibungsbeschluss zugrunde liegt, grundsätzlich hoheitliche Bedeutung zuzuschreiben ist.

B 1.4

4.2.3 Nach der (alten) Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts ist der Vergleich im vorstehend angesprochenen Sinne mit einem Beschwerderückzug zu verbinden (J. Hensler, Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde im Kanton Schwyz, Zürich 1980, S. 147 mit Hinweis in FN 12 auf VGE 578/76 vom 18.11.1976 und VGE 604/76 vom 14.9.1977; vgl. auch VGE 819/02 vom 5.2.2003 lit. E f.; VGE 604/1999 vom 14.5.1999 lit. C [mit summarischer Prüfung der Gesetzeskonformität des zwischen den Steuerpflichtigen und der Steuerkommission geschlossenen Vergleichs]). Dies ist als Stütze für die vorstehende Auffassung zu verstehen.

4.3.1 Unter der Bezeichnung "Vergleich" werden sehr unterschiedliche Erscheinungsformen einer einvernehmlichen Beendigung von Verwaltungs- und Verwaltungsrechtspflegeverfahren zusammengefasst (Mächler, a.a.O., § 11 Rz. 4). Unterschieden wird zwischen gerichtlichen und aussergerichtlichen Vergleichen (Mächler, a.a.O., § 11 Rz. 6 ff.). Bei einem gerichtlichen Vergleich (Prozessvergleich) verständigen sich die Parteien während eines Prozesses in einem erstinstanzlich gerichtlichen Verfahren oder vor einer Rechtsmittelbehörde oder unter Mitwirkung derselben, ein Verfahren der Verwaltungsrechtspflege zu beenden. Ein aussergerichtlicher Vergleich liegt demgegenüber vor, wenn sich die Parteien ausserhalb eines Verfahrens der Verwaltungsrechtspflege einigen, einen Streit zu einem Ende zu bringen oder eine Ungewissheit in einer Angelegenheit des Verwaltungsrechts auszuräumen; unerheblich ist dabei, ob ein Verfahren der Verwaltungsrechtspflege bereits eingeleitet worden ist oder nicht. Beiden Vergleichsarten gemeinsam ist, dass ein materiellrechtliches Rechtsverhältnis begründet oder abgeändert wird.

Diese in Anlehnung an die Zivil- bzw. Zivilprozessrechtslehre getroffene Differenzierung lässt sich gemäss Mächler nicht ohne weiteres auf das Verwaltungs- und das Verwaltungsprozessrecht übertragen. Auf Schwierigkeiten stosse diese Aufteilung insbesondere in Bereichen, in welchen der Verwaltung hoheitliche Befugnisse zustehen. Verständigten sich nämlich ein Verfügungsadressat, der den Rechtsweg beschritten hat, und die Verwaltungsbehörde, so könne diese die angefochtene Verfügung widerrufen und eine neue erlassen. Im Gegenzug könne der private Beschwerdeführer sein Rechtsmittel zurückziehen. Nicht wesentlich anders verhalte es sich, wenn die Parteien vor erster Verwaltungsinstanz übereinkämen, eine rechtliche oder tatsächliche Ungewissheit durch eine einvernehmliche Regelung eines Rechtsverhältnisses zu beseitigen. Auch bei dieser Konstellation verständigten sich Verwaltung und Private ausserhalb eines Verwaltungsprozesses und dennoch bestehe das Ergebnis dieses aussergerichtlichen Vergleichs in einem vollstreckbaren Hoheitsakt.

Voraussetzung für den Wechsel von einem hoheitlichen Handeln (mittels Verfügung) zu einem vertraglich fundierten Vergleich bleibt, dass das strittige Rechtsverhältnis überhaupt vertraglich geordnet werden darf (Mächler, a.a.O., § 11 Rz. 29). Der verwaltungsrechtliche Vertrag gründet in miteinander korrespondierenden Willenserklärungen mindestens zweier Personen. Er beruht demnach auf einer Willenseinigung der Parteien, während eine Verfügung einseitig von einer Verwaltungsbehörde erlassen wird (Mächler, a.a.O., § 11 Rz. 21). Die Willenseinigung kann indessen nicht das einzige Kriterium sein; vielmehr sind andere je die eine oder andere Handlungsform (Verfügung oder Vertrag) charakterisierende Eigenschaften zu suchen (Mächler, a.a.O., § 11 Rz. 24). Auch wenn die Verständigung auf ein Austauschverhältnis zwischen Verwaltung und Privaten für den verwaltungsrechtlichen Vertrag als typisch erscheinen mag, ist bei einem belastenden und zugleich begünstigenden Rechtsverhältnis nicht zwingend auf einen verwaltungsrechtlichen Vertrag zu schliessen. Da die Verwaltung einseitig in einer Verfügung auch ein Austauschverhältnis festlegen kann, kann ein solches nicht begriffsbestimmend für den verwaltungsrechtlichen Vertrag sein (Mächler, a.a.O., § 11 Rz. 39 und § 12 Rz. 50). Als weitere (Hilfs-)Kriterien, die auf einen vertraglichen Bindungswillen hindeuten, genannt werden das objektivierte Bindungsinteresse der Verwaltung wie des Einzelnen, die Zulässigkeit des Vertrages als Handlungsform und das Vorliegen eines grösseren gesetzlichen Handlungsspielraumes für die Rechtsverwirklichung (Mächler, a.a.O., § 11 Rz. 45). Da gemäss Mächler (ebenda) doch eine gewisse Vermutung gegen die Wahl eines verwaltungsrechtlichen Vertrages spricht, ist im Zweifel anzunehmen, dass die Parteien keinen solchen abschliessen wollten.

(...).

4.3.2 (Anwendung der [dogmatischen] Grundsätze auf den konkreten Fall).

4.3.4 Es kann somit festgehalten werden, dass es sich beim strittigen Vergleich um einen gerichtlichen Vergleich handelt, der vorliegend nicht nur unter Mitwirkung, sondern auf Veranlassung der Rechtsmittelbehörde zustande kam. Es ist auch anzunehmen, dass der federführende Rechtsdienst des Justizdepartements den Vergleich auf seine Übereinstimmung mit dem Kanalisationsreglement und allfälligen weiteren erschliessungsrechtlichen Bestimmungen des Bezirks sowie mit dem allfälligen zu beachtenden übergeordneten Recht hin überprüft und für rechtmässig erachtet hat. Es ist entsprechend davon auszugehen, dass der Vergleich auch zum Inhalt eines allfälligen Beschwerdeentscheides hätte gemacht werden können. Dies spricht dafür, den Vergleich mehr einer Verfügung

B 1.4

anzunähern als einem verwaltungsrechtlichen Vertrag. Dem übereinstimmenden Willen kann dabei vorliegend nur eine untergeordnete Bedeutung zugemessen werden; es macht vielmehr den Eindruck, dass der Vergleich namentlich kraft der Autorität der angerufenen Beschwerdeinstanz zustande kam und diese Autorität die Zustimmung der Parteien entscheidend beeinflusst hat. Entsprechend kann auch dem Austauschverhältnis, welches dem Vergleich innewohnt, keine für die vorliegende Beurteilung massgebliche Bedeutung beigemessen werden. Zu Gunsten eines Verfügungscharakters ist auch zu werten, dass das zu beachtende Kanalisationsreglement nur einen geringen Spielraum für ermessensweise Lösungen zulässt, von dem nur unter Beachtung der verfassungsmässigen Grundsätze wie namentlich rechtsgleiche und willkürfreie Behandlung der Rechtssubjekte sowie Wahrung der Verhältnismässigkeit Gebrauch gemacht werden darf. Ob dieser Spielraum vom Rechtsdienst des Justizdepartements bei den Beschwerdeführern zu Lasten des Bezirks eingeräumt (Gegen-)Ansprüchen noch gewahrt wurde, ist vorliegend nicht zu beurteilen.

Insgesamt kann jedenfalls nicht gesagt werden, der Vergleich habe seine (massgebende) Grundlage in den Willenserklärungen der Parteien oder (zusätzlich) in einer gesetzlichen Festlegung der Handlungsform. Der Vergleich ist mithin als Vertrag ohne qualifizierte Bindungswirkung zu betrachten. (...).

4.4.1 Wie das Bundesgericht im Urteil BGE 136 I 142 (Erw. 4.1) dargelegt hat, ist der verwaltungsrechtliche Vertrag heute als Handlungsform des Verwaltungsrechts anerkannt und weit verbreitet. Wie das Bundesgericht in diesem Urteil unter Zitierung von Rechtsprechung und Lehre dargelegt hat, müssen, um zu vermeiden, dass das Legalitätsprinzip ausgehöhlt wird, zwei Voraussetzungen kumulativ erfüllt sein. Zunächst muss eine kompetenzgemäss erlassene Rechtsnorm den Vertrag vorsehen, dafür Raum lassen oder ihn jedenfalls nicht ausdrücklich ausschliessen; eine ausdrückliche gesetzliche Ermächtigung ist nicht erforderlich. Weiter muss der Vertrag nach Sinn und Zweck der gesetzlichen Regelung, die er im Einzelfall konkretisiert, die geeignetere Handlungsform sein als die Verfügung. Der Vertragsinhalt darf nicht gegen eine gültige Rechtsnorm verstossen und muss auf einem generell-abstrakten, genügend bestimmten Rechtssatz beruhen, der in Form eines Gesetzes erlassen worden sein muss, wenn es sich um eine wichtige Regelung handelt. (...).

In besonderen Fällen kann ein verwaltungsrechtlicher Vertrag auch dann abgeschlossen werden, wenn keine Norm ausdrücklich dazu ermächtigt, und es darf eine Vertragspartei auch zu Leistungen verpflichtet werden,

die ihr die Behörde mittels Verfügung nicht auferlegen könnte; doch müssen die vertraglich vereinbarten Leistungen auf einer gesetzlichen Grundlage beruhen. Das gilt im Hinblick auf das Legalitätsprinzip im Abgaberecht umso mehr, wenn der Vertrag die Entrichtung öffentlicher Abgaben regelt. In Bezug auf Erschliessungsabgaben erscheint es zulässig, wenn Private gegenüber einer Gemeinde auf dem Vertragsweg einen höheren Beitragssatz akzeptieren als im kommunalem Reglement vorgesehen, solange sie gesamthaft nicht mehr als den voraussichtlichen Gesamtaufwand der Erschliessung übernehmen. Im Übrigen erachten Rechtsprechung und Lehre verwaltungsrechtliche Verträge über die Abgabepflicht im Hinblick auf die Erschliessung von Bauland grundsätzlich als zulässig, sofern damit keine eigentliche Abgabevergünstigung bezweckt wird.

4.4.2 (...).

4.4.3 (...).

Zwar bezeichnet das Bundesgericht verwaltungsrechtliche Verträge in Bezug auf Erschliessungsabgaben als zulässig; doch gilt dies nur, wenn Private gegenüber einer Gemeinde auf dem Vertragsweg einen höheren Beitragssatz akzeptieren als im kommunalen Reglement vorgesehen ist. Dies ist vorliegend offensichtlich nicht der Fall. Vielmehr erscheint die Übernahme der Unterhaltskosten für die Anlage (ohne Hausanschlüsse) durch den Bezirk als eine Abgabevergünstigung.

Es erweist sich somit auch nach Massgabe des zitierten Bundesgerichts-urteils, dass der strittige Vergleich weniger als Verwaltungsvertrag denn als hoheitliche Regelung zu qualifizieren ist.

4.5.1 (Rechtsvergleich). (...).

4.5.8 Rechtsvergleichend kann mithin festgestellt werden, dass vor (verwaltungsinternen) Rechtsmittelinstanzen geschlossene Vergleiche grundsätzlich nicht einen Wechsel von einem hoheitlichen Handeln (mittels Verfügung/Entscheid) zu einem (verwaltungs-)vertraglichen Handeln bedeuten, sondern am hoheitlichen Charakter der vergleichswisen Streitbeilegung grundsätzlich nichts ändern. Dies zeigt sich auch in der (sofortigen) Vollstreckbarkeit. Es ist kein überzeugender Grund erkennbar, der gesetzlichen Regelung des Vergleichs in § 28 lit. d VRP im Allgemeinen wie im konkreten Fall eine andere Rechtsfolge zuzuerkennen.

(...).

4.8 Zusammenfassend kann also festgehalten werden, dass Wortlaut wie namentlich die Systematik von § 28 VRP dafürsprechen, den in § 28

B 2.1

VRP normierten Erledigungsformen eines Verfahrens keine unterschiedliche Handlungsformen zuzuerkennen. Hiervon legt auch die originäre Rechtsprechung des hiesigen Verwaltungsgerichts Zeugnis ab, welche den Vergleich mit einem Beschwerderückzug verbunden hat. Die Auslegung des konkreten Vergleichs im Lichte der Rechtsdogmatik zur Differenzierung von hoheitlichem Verfügungshandeln und verwaltungsvertraglichem Handeln spricht ebenfalls für eine hoheitliche Streitbeilegung. Zum selben Ergebnis führt auch der Rechtsvergleich.

(VGE III 2021 133 vom 18. Februar 2022).

2. Alters- und Hinterlassenenversicherung / Invalidenversicherung / Ergänzungsleistungen

2.1 Ergänzungsleistungen

- *Anrechnung familienrechtlicher Unterhaltsbeiträge: Die Erbringung eines Naturalunterhaltes schliesst die Anrechnung eines Barunterhaltes nicht aus.*

Aus dem Sachverhalt:

Die Ausgleichskasse rechnete der minderjährigen Tochter, der eine IV-Kinderrente zur IV-Rente ihres von der erziehungsberechtigten Mutter geschiedenen Vaters zustand, einen Barunterhalt zu Lasten der Mutter an.

Aus den Erwägungen:

1.2.2 Die Beschwerdeführerin bestreitet die Rechtmässigkeit der Anrechnung eines Barunterhaltes zu Lasten der Mutter. Kindesunterhaltsbeiträge könnten dem EL-berechtigten Kind nur als Einnahmen angerechnet werden, wenn auf diese ein Rechtsanspruch bestehe. Ein allfälliger Anspruch müsste sich gegen den nicht betreuenden Vater richten (mit Verweis auf Urteil BGer 5A_727/2018 vom 22.8.2019 Erw. 4.3.2.1).

(...).

2.1 Als anrechenbare Einnahmen angerechnet werden unter anderem familienrechtliche Unterhaltsbeiträge (Art. 11 Abs. 1 lit. h des Bundesgesetzes über Ergänzungsleistungen zur Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung [ELG; SR 831.30] vom 6.10.2006). Art. 7 der Verordnung über die Ergänzungsleistung zur Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung (ELV; SR 831.301) vom 15. Januar 1971 regelt die Berechnung der EL von Kindern, die einen Anspruch auf eine Kinderrente der AHV oder IV begründen. Lebt das Kind bei einem Elternteil, der nicht rentenberechtigt ist und für den auch kein Anspruch auf eine Zusatzrente besteht, so ist die Ergänzungsleistung gesondert zu berechnen (Abs. 1 lit. c). Bei einer Berechnung nach diesem Abs. 1 lit. c ist das Einkommen der Eltern soweit zu berücksichtigen, als es deren eigenen Unterhalt und den der übrigen unterhaltsberechtigten Familienangehörigen übersteigt (Abs. 2).

2.1.1 Die Weisung über die Ergänzungsleistungen zur AHV und IV (WEL; gültig ab 1.4.2011, Stand 1.1.2022) enthält unter anderem Weisungen zur Frage der familienrechtlichen Unterhaltsbeiträge (WEL Rz. 3491 ff.).

2.1.2 Die in der WEL enthaltenen Weisungen stellen keine Rechtsnormen dar und entfalten daher gegenüber den Berechtigten auch keine verbindliche Wirkung, sondern geben vielmehr den Durchführungsorganen einen verbindlichen Rahmen, welcher der Erhöhung von Rechtssicherheit und Rechtsgleichheit dienen soll. Für die Gerichte sind derartige Weisungen von Aufsichtsbehörden nicht verbindlich (Art. 55 Satz 2 ELV). Sie sollen jedoch bei der Entscheidung mitberücksichtigt werden, sofern sie eine dem Einzelfall angepasste und gerecht werdende Auslegung der anwendbaren Bestimmungen zulassen und eine überzeugende Konkretisierung der rechtlichen Vorgaben enthalten (Carigiet/Koch, Ergänzungsleistungen zur AHV/IV, 3. Aufl., Zürich 2021, Rz. 191 ff. mit Hinweisen u.a. auf BGE 140 V 543 Erw. 3.2.2.1 und BGE 132 V 121).

2.2.1 Voll als Einnahme angerechnet werden unter anderem behördlich oder gerichtlich genehmigte oder festgelegte familienrechtliche Unterhaltsleistungen an Kinder. Dies gilt auch für nicht geleistete familienrechtliche Unterhaltsbeiträge, es sei denn, die EL-beziehende Person weist nach, dass diese vom Schuldner nicht erbracht werden können und kein Rechtsanspruch auf Alimentenbevorschussung besteht (WEL Rz. 3491.01 bis 03; vgl. Carigiet/Koch, a.a.O., Rz. 670 u. 673).

B 2.1

2.2.2 Vorliegend wurden die der Beschwerdeführerin vom Wiener Gericht zu Lasten ihres leiblichen Vaters zugesprochenen Unterhaltsleistungen bei den Einnahmen nicht angerechnet. Aus den Akten ergibt sich, dass diese vom Schuldner nachweislich nicht erbracht werden konnten/können und auch die Bemühungen um Inanspruchnahme von Alimentenbevorschussung erfolglos blieben.

2.3.1 In Rz. 3495.01 ff. enthält die WEL auch Anleitungen zur Behandlung von Unterhaltsleistungen für Kinder. Dabei wird unterschieden zwischen Unterhaltsleistungen des rentenbeziehenden Elternteils an seine Kinder (Rz. 3495.02) sowie des nicht rentenbeziehenden Elternteils (Rz. 3495.03 ff.). Diese zweite Konstellation betrifft getrennt lebende oder geschiedene Ehegatten ohne eigenen EL-Anspruch (sowie auch zusammenlebende oder getrennt lebende unverheiratete Eltern). Vorliegend ist diese Konstellation gegeben: die Mutter der Beschwerdeführerin ist geschieden und hat keinen eigenen EL-Anspruch.

2.3.2 Im Fall der erwähnten zweiten Konstellation wird grundsätzlich ein Unterhaltsbeitrag nach den folgenden Regeln berücksichtigt (WEL Rz. 3495.04 f.):

Die Unterhaltsleistungen für das Kind setzen sich zusammen aus dem Barunterhalt und dem Betreuungsunterhalt. Mit dem Barunterhalt sollen die direkten Kosten des Kindes gedeckt werden, mit dem Betreuungsunterhalt die finanziellen Auswirkungen der Betreuung, welche dem betroffenen Elternteil durch die Reduktion oder Nichtaufnahme einer Erwerbstätigkeit entstehen. In der EL-Berechnung wird der Barunterhalt als Einnahme des Kindes und der Betreuungsunterhalt als Einnahme des betreuenden Elternteils berücksichtigt.

Für die Festsetzung des Barunterhaltes für Kinder, deren Eltern sich die Obhut nicht teilen, ist bei einem Kind von 17%, bei zwei von 27% und bei drei Kindern von 35% des Nettoeinkommens abzüglich der Familienzulagen auszugehen. Davon sind die Kinderrenten der AHV, der IV und der beruflichen Vorsorge sowie allfällige Erwerbseinkommen des Kindes in Abzug zu bringen, wobei der Abzug des Erwerbseinkommens vollumfänglich zu erfolgen hat. Für die Bemessung des Erwerbseinkommens der unterhaltspflichtigen Person kann die EL-Stelle auf die Steuererklärung und -veranlagung zurückgreifen. Das betriebsrechtliche Existenzminimum der unterhaltspflichtigen Person muss in jedem Fall gewahrt bleiben.

2.3.3 WEL Rz. 3495.06 regelt die Fälle, in denen sich die Eltern die Obhut nicht teilen. In diesen Fällen entspricht der Betreuungsunterhalt

der Differenz zwischen dem Grundbedarf (in der Regel das betriebsrechtliche Existenzminimum) des betreuenden Elternteils und seinen tatsächlichen Einkünften ohne Berücksichtigung einer allfälligen EL.

2.4.1 Der (Kindes-)Unterhalt wird durch Pflege, Erziehung und Geldzahlung geleistet (Art. 276 Abs. 1 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches [ZGB; SR 210] vom 10.12.1907). Die Eltern sorgen gemeinsam, ein jeder Elternteil nach seinen Kräften, für den gebührenden Unterhalt des Kindes und tragen insbesondere die Kosten von Betreuung, Erziehung, Ausbildung und Kinderschutzmassnahmen (Art. 276 Abs. 2 ZGB). Mit diesen revidierten per 1. Januar 2017 in Kraft getretenen Bestimmungen wurde die Verknüpfung "obhutsberechtigter Elternteil: Unterhalt in natura" und "nicht obhutsberechtigter Elternteil: Unterhalt als Geldleistung" fallen gelassen (vgl. BSK ZGB I-Fountoulakis/Breitschmid, Art. 276 N 1 und N 9).

Steht das Kind unter der alleinigen Obhut des einen Elternteils, so leistet der obhutsberechtigte Elternteil seinen Unterhaltsbeitrag grundsätzlich bereits vollständig in natura, indem er dem Kind Pflege und Erziehung erweist (sog. Naturalunterhalt). Diesfalls ist der Geldunterhalt vor dem Hintergrund der Gleichwertigkeit von Geld- und Naturalunterhalt im Grundsatz vollständig vom anderen Elternteil zu tragen (BGE 147 III 265 Erw. 5.5 u. 8.1; [von der Beschwerdeführerin zitiertes] Urteil BGer 5A_727/2018 vom 22.8.2019 Erw. 4.3.2.1; je mit Hinweisen).

Zu berücksichtigen ist zusätzlich die finanzielle Leistungsfähigkeit der Eltern. Ein Elternteil gilt als leistungsfähig, wenn er mit seinem eigenen Einkommen seinen Bedarf zu decken vermag und darüber hinausgehend über einen Überschuss verfügt. Freilich führt das Vorhandensein eines Überschusses beim hauptbetreuenden Elternteil nicht ohne Weiteres zu einer Beteiligung am Barunterhalt des Kindes, ansonsten dem Prinzip der Gleichwertigkeit von Natural- und Geldunterhalt keine Nachachtung verschafft würde. Vielmehr kann das Gericht einzelfallbezogen und ermessensweise den hauptbetreuenden Elternteil dazu verpflichten, neben dem Naturalunterhalt einen Teil des Barbedarfs des Kindes zu decken. Dabei stehen die Grössenordnung des Überschusses als solcher und das Verhältnis der Leistungsfähigkeit zwischen den Eltern in einer Wechselbeziehung. Je besser die finanziellen Verhältnisse sind und entsprechend höher der Überschuss des hauptbetreuenden Elternteils ausfällt, desto eher ist eine Beteiligung desselben am Barunterhalt des Kindes in Betracht zu ziehen. Andererseits kommt eine Beteiligung des hauptbetreuenden Elternteils infrage, wenn er leistungsfähiger ist als der andere Elternteil. Ist der hauptbetreuende Elternteil sogar überproportional leistungsfähiger als der andere Elternteil, ist er am Barunterhalt des Kindes zu beteiligen (vgl. Urteil

B 2.1

BGer 5A_44/2020 vom 8.6.2021 Erw. 10.1 m.H.a. BGE 134 III 337 Erw. 2.2.2 und zit. Urteil 5A_727/2018 a.a.O.).

2.4.2 Die EL sind subsidiär im Verhältnis zu den Familienunterhaltsleistungen (vgl. Urteil BGer 5C.6/2002 vom 11.6.2002 Erw. 2.c betr. Subsidiarität der EL zur nahehelichen Unterhaltspflicht). Aus Art. 276 Abs. 1 und 2 ZGB ergibt sich, dass die (geschiedenen) Eltern - sich gegenseitig ergänzend, jeder nach seinen Möglichkeiten - den Unterhalt des Kindes sicherstellen. Die Auffassung, dass nur die in einem Unterhaltsvertrag aufgeführten Unterhaltsbeiträge EL-relevant sind, trägt der Eigenleistungskapazität der (funktionalen) Familie nicht ausreichend Rechnung (BGE 138 V 169 Erw. 3.1). Familienrechtliche Unterhaltsbeiträge werden auch als Einnahmen berücksichtigt, wenn sie nicht richterlich oder behördlich festgesetzt worden sind (Carigiet/Koch, a.a.O., Rz. 669).

2.4.3 Der Beschwerdeführerin kann also nicht gefolgt werden, wenn sie der Auffassung ist, dass ein Betreuungsunterhalt einen Barunterhalt gewissermassen im Grundsatz ausschliesst. Ebenso können entgegen ihrer Auffassung nicht nur rechtlich geschuldete Kinderunterhaltsbeiträge als Einkommen angerechnet werden. Dieser Auffassung steht allein schon die Tatsache entgegen, dass sich diese Pflicht aus dem Gesetz ergibt und daher grundsätzlich keiner richterlichen oder behördlichen Festsetzung, soweit dies unter "rechtlich geschuldet" zu verstehen wäre, bedarf. Im konkreten Fall ist der anrechenbare Barunterhalt indessen "behördlich" ermittelt worden und unterliegt der gerichtlichen Überprüfung. Die von der Beschwerdeführerin aus Anhang 11.1 der WEL zitierten Beispiele sind vorliegend insofern nicht einschlägig, als dort die betreuende Mutter die IV-Rente bezieht und nicht der (nichtbetreuende) Vater. Zudem lässt sich aus diesen Beispielen nicht ableiten, dass die Anrechnung eines Barunterhaltes zu Lasten des betreuenden Elternteils unzulässig ist. Schliesslich ist auch darauf hinzuweisen, dass der Unterhaltsbeitrag, welcher im Zusammenhang mit der Ermittlung der EL zu einer IV-Kinderrente steht, von der Berücksichtigung der Anrechnung geleisteter familienrechtlicher Unterhaltsbeiträge im Sinne von Art. 10 Abs. 3 lit. e ELG zu unterscheiden ist. Werden in diesem Fall Unterhaltszahlungen geleistet ohne richterliche, behördliche oder vertragliche Festsetzung, können sie bei der Ermittlung des EL-Anspruches nicht berücksichtigt werden (Carigiet/Koch, a.a.O., Rz. 53). Andernfalls gingen allfällige freiwillige Unterhaltszahlungen zu Lasten der EL, was nicht Sinn und Zweck der EL entspricht.

2.4.4 Vorliegend ist der Vater der Beschwerdeführerin offensichtlich nicht in der Lage, die ihm gerichtlich auferlegten Unterhaltszahlungen zu

leisten. Das den Unterhaltszahlungen von monatlich € 200.-- zugrunde gelegte Nettodurchschnittseinkommen von € 1'212.26 (inkl. Sonderzahlungen) sowie der Pfändungsverlustschein legen denn auch nahe, dass der in der Schweiz wohnhafte Vater am Existenzminimum lebt. Es kann mithin ohne weiteres davon ausgegangen werden, dass die Mutter überproportional leistungsfähiger als der Vater ist. Für das Gegenteil lassen sich weder den Akten Hinweise entnehmen, noch wird dies von der Beschwerdeführerin belegt geltend gemacht.

2.4.5 Die aktenkundigen und unbestrittenen Berechnungen des Existenzminimums der Mutter der Beschwerdeführerin zeigen, dass sie für die Jahre 2019 bis 2021 Überschüsse über das Existenzminimum (pfändbare Quoten) erzielt hat (entsprechend rund einem Drittel bis der Hälfte ihres Erwerbseinkommens). Die Anrechnung eines Barunterhaltes ist daher nicht zu beanstanden.

(VGE II 2022 48 vom 22. August 2022).

7. Bezirke und Gemeinden / politische Rechte

7.1 Gültigkeit einer Pluralinitiative

- *Eine Initiative kann als Wiederholungsinitiative selbst dann rechtsmissbräuchlich sein, wenn sie keine Wiederholung einer Abstimmung innert zwei Jahren darstellt. Vorliegend ist dies aber nicht der Fall.*
- *Eine Ausgabenbewilligung beinhaltet stets einen konkreten Betrag und ein konkretes Vorhaben; die bewilligten Mittel dürfen ausschliesslich für den bewilligten Zweck verwendet werden. Eine (Plural-)Initiative, welche sich nur zum Kredit, nicht aber zum Zweck äussert, kann unmittelbar keine neue Ausgabenbewilligung zur Folge haben und damit keine Initiative in Form eines ausgearbeiteten Entwurfs darstellen. Vielmehr handelt es sich um eine allgemeine Anregung.*
- *Eine falsche Bezeichnung der Form einer (Plural-)Initiative schadet ihrer Gültigkeit nicht.*

B 7.1

Aus den Erwägungen:

1.1 Anlässlich der Urnenabstimmung vom 27. November 2016 stimmten die Stimmberechtigten der Gemeinde Wollerau der Frage "Wollen Sie dem Neubau Dorf- und Bildungszentrum Wollerau (DBZW) und dem hierfür benötigten Verpflichtungskredit von brutto Fr. 30'722'100.00 inkl. MwSt. (indexiert, Baukostenindex Stand 01.09.2016) zustimmen?" mit 1'317 Ja (52.98%) zu 1'169 Nein (47.02%) zu (vgl. www.wollerau.ch; eingesehen am 19.5.2022).

1.2 Am 30. November 2018 wurde dem Gemeinderat Wollerau die Initiative "Stop beim Neubau Dorf- und Bildungszentrum" eingereicht mit dem Initiativbegehren, die Beschlussfassung über den Verpflichtungskredit DBZW von Fr. 30'722'100 inkl. MwSt dahingehend zu ändern, dass der Verpflichtungskredit um Fr. 29'000'000 reduziert wird. Die Initiative wurde für gültig erklärt und den Stimmberechtigten zur Abstimmung vorgelegt. Sie wurde am 19. Mai 2019 mit 1'339 Nein (51.84%) zu 1'244 Ja (48.16%) abgelehnt (vgl. www.wollerau.ch; eingesehen am 19.5.2022).

1.3.1 Mit Schreiben vom 29. November 2021 reichten die Beschwerdeführer die strittige Pluralinitiative "für ein ökologisch optimiertes und nachhaltiges Alternativprojekt DBZW mit einem Verpflichtungskredit von CHF 18 Mio." mit 444 Unterschriften (gemäss GRB 436 gültige) ein, die vom Gemeinderat mit dem angefochtenen Beschluss Nr. 2022.45 am 14. Februar 2022 als ungültig erklärt wurde.

1.3.2 Im angefochtenen Ungültigkeitsbeschluss verweist der Gemeinderat auf die formellen und materiellen Gültigkeitsvoraussetzungen einer Pluralinitiative. Die formellen Voraussetzungen beurteilte er ebenso als erfüllt wie auch explizit die Voraussetzungen nach § 10 Abs. 1 lit. a bis c des Gesetzes über die Organisation der Gemeinden und Bezirke (Gemeindeorganisationsgesetz, GOG; SRSZ 152.100) vom 25. Oktober 2017 (vgl. GRB Nr. 2022.45 vom 14.2.2022 Erw. 2 - 8). Hinsichtlich der Anforderung des nicht unmöglichen Inhalts (§ 10 Abs. 1 lit. d GOG) äussert sich der Gemeinderat nicht abschliessend, hält aber zusammenfassend fest, die Initiative erfülle die formellen und materiellen Anforderungen gemäss Gesetz (GRB Nr. 2022.45 vom 14.2.2022 Erw. 11).

Den Ungültigkeitsbeschluss begründet der Gemeinderat damit, dass die Pluralinitiative "für ein ökologisch optimiertes und nachhaltiges Alternativprojekt DBZW mit einem Verpflichtungskredit von CHF 18 Mio." als rechtsmissbräuchliche Wiederholungsinitiative gemäss Rechtsprechung

zu qualifizieren und daher als ungültig zu erklären sei (GRB Nr. 2022.45 vom 14.2.2022 Erw. 11). Zusätzlich erachtete der Gemeinderat die vorliegende Pluralinitiative in der Form eines ausgearbeiteten Entwurfs als untauglich, liess die Frage, ob sie als allgemeine Anregung entgegengenommen werden könne, jedoch offen, da sie ohnehin ungültig sei (GRB Nr. 2022.45 vom 14.2.2022 Erw. 12).

Die Beschwerdeführer bestreiten die Ungültigkeit der Pluralinitiative sowie deren Untauglichkeit als ausgearbeiteter Entwurf. Da sich die Frage der Form der Pluralinitiative bzw. deren "Tauglichkeit" nur stellt, wenn die Initiative im Übrigen gültig ist, gilt es vorab die Rechtmässigkeit der Ungültigerklärung zu prüfen.

(...).

3.1 Es ist zwischen den Parteien unbestritten, dass die Stimmberechtigten der Gemeinde Wollerau innerhalb von zwei Jahren vor Einreichung der vorliegenden Pluralinitiative (29.11.2019) nicht schon einmal ein Geschäft behandelten, als dessen Wiederholung die Initiative sich darstellt. Auch der Gemeinderat behauptet nicht, es liege ein Fall von § 10 Abs. 2 GOG vor.

3.2.1 Der Darstellung der Beschwerdeführer, wonach § 10 Abs. 2 GOG eine abschliessende kodifizierte Rechtsmissbrauchsklausel darstellt und im Übrigen Wiederholungsinitiativen, welche die normierten Kriterien nicht erfüllen, nicht als rechtsmissbräuchlich für unzulässig erklärt werden dürfen, kann in dieser Absolutheit nicht gefolgt werden.

3.2.2 Der Kanton Schwyz kennt für Initiativen auf Gemeindeebene mit § 10 Abs. 2 GOG eine Sperrfrist von zwei Jahren für Wiederholungsinitiativen. Es ist unbestritten, dass der Gemeinderat eine innert der Sperrfrist eingereichte Wiederholungsinitiative für unzulässig erklären kann.

In Kantonen, welche keine Sperrfrist kennen, gilt gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts, dass eine Initiative, welche die Wiedererwägung von bereits gefassten Beschlüssen bezweckt, im Allgemeinen dann als rechtsmissbräuchlich angesehen werden muss, wenn sie trotz vorheriger klarer Ablehnung durch die Stimmbürger innerhalb kurzer Zeit zum zweiten (oder weiteren) Male eingereicht wird, ohne dass inzwischen neue relevante Tatsachen eingetreten oder bekanntgeworden sind (BGE 100 Ia 378 Erw. 2 mit Hinweis auf BGE 99 Ia 405 f.; Kölz, Die kantonale Volksinitiative in der Rechtsprechung des Bundesgerichts; Darstellung und kritische Betrachtung, ZBI 83/1992 S. 2, 28 ff.). Weiter führt das Bundesgericht aus: "Lässt die Gesetzgebung Anträge auf Wiedererwägung ohne

B 7.1

spezielle Beschränkung zu, so kann nur in Extremfällen bei krassem Missbrauch der demokratischen Institutionen eine erneute Abstimmung untersagt werden" (BGE 100 Ia 378 Erw. 4).

Soweit eine Sperrfrist - wie mit § 10 Abs. 2 GOG - vorliegt, stellt sich die Frage der Zulässigkeit der Initiative während der Sperrfrist kaum; dem Gemeinderat steht diesbezüglich ein grosses Ermessen zu (vgl. Urteil BGer 1C_149/2012 vom 31.7.2012 Erw. 2.4 betr. alt§ 8 Abs. 2 GOG). Andererseits gilt das Rechtsmissbrauchsverbot als allgemeiner Rechtsgrundsatz in der ganzen Rechtsordnung (Urteil BGer 1C_272/2020 vom 22.1.2021 Erw. 4.4 mit Hinweis auf BGE 128 III 201 Erw. 1c) und mithin auch nach Ablauf der Sperrfrist weiterhin. Der Ablauf der Sperrfrist schliesst somit nicht aus, eine Initiative wegen Rechtsmissbrauch für ungültig zu erklären. Dabei gilt aber erst recht, dass nur in Extremfällen bei krassem Missbrauch der demokratischen Institutionen Rechtsmissbrauch zu bejahen und eine erneute Abstimmung untersagt werden kann. Dies ist vorliegend nicht der Fall.

3.2.3 Am 27. November 2016 stimmten die Stimmberechtigten dem Neubau DBZW mit dem entsprechenden Verpflichtungskredit über Fr. 30'722'100 zu.

Kurz nach Ablauf der zweijährigen Sperrfrist wurde am 30. November 2018 die Pluralinitiative "Stop beim Neubau Dorf- und Bildungszentrum" eingereicht, welche die Reduktion des Verpflichtungskredits von Fr. 30'722'100 um Fr. 29 Mio. forderte. Dass bei Gutheissung und einem um rund 94.5% reduzierten Verpflichtungskredit von rund Fr. 1.7 Mio. das DBZW nicht hätte realisiert werden können, mithin das ganze Projekt als gescheitert hätte betrachtet werden müssen, steht ausser Frage (der "Restkredit" hätte einzig ausgereicht, um bereits aufgelaufene Kosten zu begleichen). Mithin bezweckte die Initiative von 2018 eine eigentliche Wiedererwägung der Abstimmung von 2016. Die Initiative wurde indes am 19. Mai 2019 mit 1'339 Nein (51.84%) zu 1'244 Ja (48.16%) verworfen.

Weitere rund 2 ½ Jahre später, im November 2021, wurde die neue Initiative unbestrittenermassen nach Ablauf der Sperrfrist bezogen auf die Abstimmung zur ersten Initiative und rund fünf Jahre nach Gutheissung des Verpflichtungskredites DBZW eingereicht. Gegenstand bildet - wie dies auch die Beschwerdeführer bestätigen - erneut das DBZW. Neu soll der Kredit um Fr. 12'722'100 auf Fr. 18 Mio. gekürzt werden. Auch wenn wiederum das DBZW Gegenstand bildet und die Kürzung mit rund 41.4% nicht unwesentlich ist, so kann die neue Pluralinitiative dennoch nicht als eigentliche Wiederholung weder der Abstimmung von 2016 (Gutheissung DBZW und Bewilligung des dazu notwendigen Verpflichtungskredites) noch der Initiativabstimmung von 2019 (Verhinderung/Beendigung des

Projekts als solches) betrachtet werden. Angestossen wird mit der neuen Pluralinitiative eine Kreditkürzung und damit unweigerlich eine Änderung des Projektes, nicht aber dessen gänzliche Verhinderung. Dies gesteht implizit auch der Gemeinderat ein, schränkt er doch im Ungültigkeitsbeschluss die Aussage der DBZW-Verhinderung ausdrücklich ein durch die Formulierung, zumindest werde das DBZW in der geplanten Form verhindert (vgl. oben Erw. 2.1 und 2.3). Auch aus Sicht der Stimmberechtigten handelt es sich durchaus um unterschiedliche Begehren, welche je unterschiedlich beantwortet werden können. Die erste Initiative strebte unbestrittenermassen die umgehende Beendigung des Projektes DBZW an, wogegen die zweite Initiative eine Redimensionierung / Umgestaltung des DBZW mit weniger zur Verfügung stehenden Mitteln anstrebt. Es kann daher bei der Ausübung des Initiativrechts durch die Initianten nicht von einem geradezu extrem krassen Missbrauchsfall gesprochen werden, der die Ungültigkeit der Initiative wegen Rechtsmissbrauchs nach Ablauf der Sperrfrist rechtfertigen würde. Selbst wenn man die neue Initiative in gewissem Masse als "Zwängerei" beurteilen möchte, so muss doch eingestanden werden, dass es nun nicht (erneut) um die faktische Beendigung des Sachgeschäfts DBZW geht, sondern um die Reduktion des Kredits mit daran anschliessender, notwendiger inhaltlicher Anpassung des Projekts. Die Abstimmungsfragen der drei Abstimmungen (2016, 2019, neue Initiative) können durchaus unterschiedlich beantwortet werden, nämlich zuerst mit grundsätzlicher Zustimmung zum DBZW, Ablehnung der "Verhinderungsinitiative" und aber Zustimmung zu einer Reduktion des Projektes. Eine eigentliche, drittmalige Wiederholung liegt damit nicht vor.

3.2.4 Hieran ändert auch die - gemäss Gemeinderat - angebliche Fundamentalopposition des Beschwerdeführers Ziff. 1 gegen das Projekt nichts. Selbst wenn dies zutreffen würde und er die Verhinderung des Projektes anstreben würde, wäre die Pluralinitiative nicht rechtsmissbräuchlich.

Für die Beurteilung der materiellen Rechtmässigkeit einer Volksinitiative ist deren Text nach den anerkannten Interpretationsgrundsätzen auszulegen. Grundsätzlich ist vom Wortlaut der Initiative auszugehen und nicht auf den subjektiven Willen der Initianten abzustellen. Massgeblich ist bei der Auslegung des Initiativtextes, wie er von den Stimmberechtigten und späteren Adressaten vernünftigerweise verstanden werden muss (Urteil BGer 1C_440/2021 vom 28.2.2022 Erw. 2.3 m.w.H.). Damit aber kann es bei einer Pluralinitiative erst recht nicht auf den Willen eines einzelnen Initianten ankommen, selbst wenn er federführend mitwirkt. Vorliegend ist der Initiativtext klar: Anbegehrt wird die Kürzung des Verpflichtungskredites DBZW von Fr. 30'722'100 um Fr. 12'722'100 auf Fr. 18 Mio. Wie

B 7.1

zuvor ausgeführt, stellt dies keinen Wiedererwägungsantrag dar, sondern ein neues, anderes Geschäft.

3.3 Damit erweist sich die Beschwerde insoweit als begründet, als der Gemeinderat die Pluralinitiative "für ein ökologisch optimiertes und nachhaltiges Alternativprojekt DBZW mit einem Verpflichtungskredit von CHF 18 Mio." zu Unrecht als "rechtsmissbräuchliche Wiederholungsinitiative" im Sinne der Rechtsprechung qualifizierte und als ungültig erklärt hat.

4.1 Gemäss Einleitung des Initiativtextes wurde die Pluralinitiative ausdrücklich in Form eines ausgearbeiteten Entwurfs eingereicht. Der Gemeinderat erachtete die Initiative in dieser Form als untauglich (vgl. angefochtener GRB vom 14.2.2022 Erw. 12). Bei einem ausgearbeiteten Entwurf müsse bereits eine Detailprojektierung vorliegen, die im Falle der Annahme sofort vollziehbar sei. Dies erfülle die eingereichte Initiative bei weitem nicht. Es sei nicht erkennbar, wie das DBZW mit dem reduzierten Betrag realisiert werden solle, bzw. welche Ausgaben genau wegfallen sollen. Es könne sich daher nicht um einen ausgearbeiteten Entwurf handeln. Die Frage, ob die Initiative als allgemeine Anregung entgegengenommen werden könne, liess der Gemeinderat offen (da er sie ohnehin als ungültig erklärte).

(...).

4.4.1 Gemäss der neuen Kantonsverfassung § 37 Abs. 3 KV, umgesetzt in § 9 Abs. 1 GOG, kann die Initiative unabhängig ihres Gegenstandes in Form der allgemeinen Anregung oder eines ausgearbeiteten Entwurfs eingereicht werden (vgl. VGE III 2016 219 vom 31.1.2017). Gegenstand bildet vorliegend unbestrittenermassen ein Verpflichtungskredit, resp. eine Ausgabenbewilligung gemäss neuer Terminologie des Finanzhaushaltsgesetzes für die Bezirke und Gemeinden (FHG-BG; SRSZ 153.100) vom 30. Mai 2019 (§ 18 FHG-BG). Auch eine Initiative betreffend Ausgabenbewilligung kann in Form der allgemeinen Anregung oder als ausgearbeiteter Entwurf eingereicht werden.

4.4.2 Die Ausgabenbewilligung ermächtigt zum Eingehen von finanziellen Verpflichtungen für bestimmte Vorhaben bis zu einem bestimmten Betrag. Sie ist mit dem Bruttobetrag als Sachgeschäft zum Beschluss vorzulegen und in einem Bericht unter Angabe der Beiträge Dritter, der Finanzierung und der Folgekosten zu begründen (§ 18 Abs. 1 und 3 FHG-BG). Daraus erhellt, dass es sich bei der Ausgabenbewilligung nie nur um einen zu bewilligenden Frankenbetrag handelt. Vielmehr ist er stets und zwin-

gend verbunden mit einem bestimmten Vorhaben, einem konkreten Verwendungszweck. Entsprechend ist den Stimmberechtigten ein Sachgeschäfts vorzulegen, das neben der Ausgabenhöhe insbesondere auch Auskunft gibt über die Verwendung. Denn mit der Ausgabenbewilligung wird der Gemeinderat nur ermächtigt, Mittel bis zu einer bestimmten Höhe für ein bestimmtes Vorhaben auszugeben. Der Abstimmung unterliegt damit nicht nur der bestimmte Betrag, sondern ebenso der bestimmte Zweck; zusammen bilden sie die Ausgabenbewilligung.

Die Ausgabenbewilligung beinhaltet somit stets einen konkreten Betrag und ein konkretes Vorhaben; die bewilligten Mittel dürfen ausschliesslich für den bewilligten Zweck verwendet werden (vgl. § 18 Abs. 1 FHG-BG; Rüssli, in: Jaag/Rüssli/Jenni [Hrsg.], GG Kommentar zum Zürcher Gemeindegesetz, 2017, § 106 Rz. 1 f.). Die Ausgabenbewilligung ist hinsichtlich Höhe und Verwendungszweck verbindlich. Dies führt in der Konsequenz dazu, dass bei einer wesentlichen Zweckänderung eine neue Ausgabenbewilligung eingeholt werden muss. Eine wesentliche Zweckänderung liegt vor, wenn der Verwendungszweck grundlegend geändert werden soll. Dies ist sicher dann der Fall, wenn die Änderung einen Sachverhalt betrifft, der in der der Ausgabenbewilligung vorangegangenen politischen Diskussion von besonderer Bedeutung war (Rüssli, a.a.O. § 106 Fn 7 mit Verweis auf Handbuch des Rechnungswesens der öffentlichen Haushalte der Konferenz der Kantonalen Finanzdirektoren, 1981, N 1051 f.). Betrifft die Änderung einen solchen Punkt (je nach Projekt etwa Standort eines Bauprojektes, Linienführung einer Strasse, Raumprogramm eines Neubaus, Funktion eines Feuerwehrfahrzeuges, ökologischer Ausbaustandard eines Neubaus, Anzahl zu erstellender Parkplätze etc.), ist die Ausgabenbewilligung aufzuheben und eine neue Ausgabenbewilligung zu beantragen. Damit soll den Stimmberechtigten die Möglichkeit geboten werden, zum neuen bzw. wesentlich geänderten Projekt Stellung zu nehmen. Dies gilt unabhängig davon, ob der neue Kredit gleich hoch, höher oder tiefer als der ursprüngliche ist (vgl. Handbuch über den Finanzhaushalt der Zürcher Gemeinden, Kapitel 05 [Version 2022], S. 11; Kaufmann, in: Jaag/Rüssli/Jenni, a.a.O., § 108 Rz. 13). Die Zweckänderung allein verlangt nach einer neuen Vorlage. Namentlich auch wesentliche Kürzungen einer Ausgabenbewilligung dürften regelmässig nicht ohne wesentliche Zweckänderung umsetzbar sein, weshalb diesfalls eine neue Ausgabenbewilligung gemäss § 18 FHG-BG (d.h. Vorhaben und Betrag) auszuarbeiten und den Stimmberechtigten vorzulegen ist (Kaufmann, a.a.O., § 111 Rz. 6).

4.4.3 Vorliegend besteht ein Verpflichtungskredit (Ausgabenbewilligung) DBZW von 2016. Schon die Fragestellung, welche den Stimmberechtigten damals unterbreitet wurde, zeigt exemplarisch die Verbindung

B 7.1

zwischen bestimmter Ausgabenhöhe und bestimmtem Verwendungszweck (vgl. oben Erw. 1.1). In der damaligen Botschaft zur a.o. Gemeindeversammlung vom 28. September 2016 wurde das Projekt DBZW ausführlich beschrieben. Dem Projekt ging eine Machbarkeitsstudie und Definition eines Raumprogrammes voraus. Es folgte ein öffentlicher, zweistufiger Projektwettbewerb und die Finalisierung des Siegerprojektes, das den Stimmberechtigten zur Abstimmung unterbreitet wurde. Über fünf Seiten hinweg wurde das Projekt detailliert, namentlich mit konkretem Raumprogramm und Funktionalität, beschrieben. Daneben wurde die Kostenschätzung und Finanzierung aufgezeigt (vgl. Botschaft zur a.o. Gemeindeversammlung vom 28.9.2016, S. 7 ff.). Die Fr. 30'722'100 sollten verwendet werden für ein Dorf- und Bildungszentrum beim Schulhaus Dorfmatte mit Klassenzimmern und Schulverwaltung, Kinderkrippe und Kinderhort, Lernschwimmbekken (für Schule und Öffentlichkeit) sowie öffentlich zu nutzender Mediathek, Aula und Multifunktionsraum. Einbezogen wurden ebenso die Aussenräume, welche mit dem Neubau einen einladenden Charakter für alle Gemeindebewohner erhalten sollten. Mit Gutheissung des Verpflichtungskredites (der Ausgabenbewilligung) haben die Stimmberechtigten sowohl dem Kredit von Fr. 30'722'100 als auch dem konkreten Verwendungszweck, wie er in der Botschaft dargestellt wurde, zugestimmt. Nach dem zuvor Ausgeführten ist beides verbindlich und sowohl eine Änderung des Kredites als auch eine Änderung des Zwecks (unabhängig, ob sich der Kredit nach oben oder unten ändert oder gleichbleibt) bedarf einer neuen Ausgabenbewilligung.

4.4.4 Die nun vorliegende Pluralinitiative strebt die Reduktion des Verpflichtungskredites um Fr. 12'722'100 auf Fr. 18 Mio. an. Damit aber bezieht sich die Initiative nur auf einen Aspekt der Ausgabenbewilligung, nämlich auf die Ausgabenhöhe. Zum zweiten verbindlichen Punkt, dem Verwendungszweck äussert sie sich nicht. Dabei bestreiten auch die Initianten nicht, dass das 2016 bewilligte Neubauvorhaben mit den reduzierten Mitteln nicht wie vorgestellt umgesetzt werden kann. Da es sich um eine Mittelreduktion von rund 41% handelt, ist das Vorhaben nicht ohne wesentliche Zweckänderung umsetzbar. In der Beschwerde (nicht etwa im Initiativtext) schlagen die Beschwerdeführer etwa vor, mit der gekürzten Ausgabenbewilligung lasse sich ein DBZW ohne Lernschwimmbekken ausführen. Der Verzicht auf ein Lernschwimmbekken stellt aber eine wesentliche Zweckänderung dar, ist doch ein DBZW mit oder ohne auch von der Öffentlichkeit zu nutzendes Lernschwimmbekken keinesfalls das gleiche Projekt. Damit aber geht mit der Ausgabenreduktion zwingend auch eine wesentliche Zweckänderung einher, zu welcher sich die Initiative über-

haupt nicht äussert. Entgegen der Darstellung der Beschwerdeführer handelt es sich beim Verwendungszweck nicht um die Begründung der Initiative (welche nicht notwendig sei), sondern um einen zwingenden Teil der Ausgabenbewilligung (§ 18 Abs. 1 FHG-BG). Auch geht ihre Darstellung fehl, die Definition der Verwendung der reduzierten Mittel liege in der Zuständigkeit des Gemeinderates. Es ist dies Teil der Ausgabenbewilligung, wofür die Stimmberechtigten zuständig sind. Sie bestimmen mit der Ausgabenbewilligung über den bestimmten Betrag und die bestimmte Verwendung.

4.4.5 Damit aber steht fest, dass die vorliegende Pluralinitiative, welche lediglich die Höhe der Ausgabenbewilligung beschlägt, für sich allein keine neue Ausgabenbewilligung zur Folge haben kann. Es fehlt hierzu am bestimmten Verwendungszweck. Dem entsprechend kann es sich bei der vorliegenden Pluralinitiative nicht um eine solche in der Form des ausgearbeiteten Entwurfs handeln; es fehlt der bestimmte Verwendungszweck bzw. die Definition der mit der Ausgabenreduktion zwingend einhergehenden Zweckänderung.

Entgegen der Darstellung der Beschwerdeführer kann aus VGE III 2020 140 vom 2. Dezember 2020 ("Küssnachter-Fall") nichts Anderes hergeleitet werden. Mit jener Initiative wurde zum einen eine Erhöhung einer Ausgabenbewilligung (ein Zusatzkredit) anbegehrt, was nicht zwingend zu einer wesentlichen Änderung des Verwendungszweckes führen muss (weshalb der Fall für vorliegenden ohnehin nicht einschlägig ist). Zudem wurde mit jener Initiative auch weitgehend definiert, wofür die zusätzlichen Mittel zu verwenden sind (Qualitätssteigerung der flankierenden Massnahmen im Dorfzentrum durch Unterscheidung von Belagsformen und Erhöhung des Grünraums in Anzahl und Diversität; Erw. 7.1), ohne dabei dem Bezirksrat verbindliche Vorgaben für das Baubewilligungsverfahren zu machen. Den Stimmberechtigten war bei jener Initiative klar, dass die Ausgabenbewilligung für die Gestaltung des Dorfzentrums erhöht werden soll und die zusätzlichen Mittel für die Qualitätssteigerung gemäss Initiativtext zu verwenden sind (vgl. Erw. 7.4). Auch VGE III 2018 168 vom 18. Dezember 2018 ist nicht einschlägig. Mit der Initiative, die jenem Entscheid zu Grunde lag, wurde eine Reduktion der Ausgabenbewilligung von Fr. 12.66 Mio. auf Fr. 12.5 Mio. anbegehrt. Dabei ging aus der Initiative klar hervor, dass die Einsparung durch den Verzicht auf Massnahmen zur Umsetzung des Fahrverbotes (motorisierter Verkehr) auf dem Rathausplatz, d.h. Verzicht auf das Fahrverbot selbst, erreicht werden soll. D.h. angestrebt wurde die Öffnung des Rathausplatzes für den motorisierten Verkehr. Mithin war auch da die Zweckänderung bereits in der Initiative

B 7.1

definiert. Da die Festlegung von Verkehrsanordnungen aber in der Kompetenz des Gemeinderates liegen, handelte es sich bei der Forderung der Öffnung des Rathausplatzes für den motorisierten Verkehr um ein unzulässiges Initiativbegehren (Erw. 6.2) und eine Teilgültigkeit der Initiative (nur Kreditkürzung) war ausgeschlossen, weil damit kein sinnvolles Ganzes im Sinne der ursprünglichen Stossrichtung der Initiative möglich war (Erw. 6.3).

4.5 Damit steht fest, dass das Initiativbegehren im einleitenden Text zu Unrecht als Initiative in Form des ausgearbeiteten Entwurfs bezeichnet wird. Es stellt sich nun die weitere Frage der Folge dieser falschen Bezeichnung und Intention der Initianten.

4.5.1 Die Tatsache, dass die Pluralinitiative in der Einleitung zum Initiativtext als solche in Form des ausgearbeiteten Entwurfs bezeichnet wird, führt für sich allein nicht zur Ungültigkeit der Initiative. Eine falsche Bezeichnung der Form einer Initiative kann ihrer Gültigkeit nicht schaden. Ist ein Initiativbegehren trotz seiner Bezeichnung als ausgearbeiteter Entwurf eine allgemeine Anregung oder umgekehrt, so ist es durch den Gemeinderat entsprechend seiner tatsächlichen Form zu behandeln (vgl. Hangartner/Kley, Die demokratischen Rechte in Bund und Kantonen der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Zürich 2000, Rz. 2110).

4.5.2 Nach dem Gesagten kann die Abstimmung über die Pluralinitiative nicht in einem Schritt zu einer neuen Ausgabenbewilligung DBZW führen; es fehlt die Definition des Verwendungszweckes. Als allgemeine Anregung erscheint die Initiative aber nicht als untauglich und damit nicht als ungültig (vgl. auch den Grundsatz des Günstigkeitsprinzips, wonach eine Initiative gültig ist, wenn ihr ein Sinn beigemessen werden kann, der sie nicht klarerweise als unzulässig erscheinen lässt; BGE 144 I 193 Erw. 7.3.1; auch Huwyler, Recht der Volksinitiative in Bezirk und Gemeinde, EGV-SZ 1986, S. 164). Als Anregung, für ein neu zu erstellendes DBZW nur Fr. 18 Mio. (anstatt Fr. 30'722'100) zu bewilligen, wobei über den Projektinhalt später zu befinden ist, ist die vorliegende Pluralinitiative umsetzbar.

Eine solche allgemeine Anregung führt - anders als der Gemeinderat insinuiert - nicht dazu, dass (zwingend) noch vor der Abstimmung über die Initiative ein neues Projekt ausgearbeitet werden muss (dem Gemeinderat steht es zu, dies freiwillig zu tun; vgl. Huwyler, Gemeindeorganisation des Kantons Schwyz, S. 92). Vorzugehen ist gemäss § 11 GOG: Der Gemeinderat hat die Initiative mit seinem Antrag oder seinem Gegenvorschlag der

Gemeindeversammlung vorzulegen (Abs. 1). Da es sich um eine Pluralinitiative handelt, sind an der Versammlung Abänderungsanträge ausgeschlossen (Abs. 2). Wird die Initiative an der Urne angenommen, hat der Gemeinderat innert Jahresfrist eine Vorlage auszuarbeiten und den Stimmberechtigten vorzulegen (Abs. 3). Das heisst, erst wenn die Stimmberechtigten der Pluralinitiative auf Kürzung der Ausgabenbewilligung zugestimmt haben, gilt es eine Sachvorlage, d.h. ein neues Projekt DBZW mit Kreditrahmen Fr. 18 Mio. auszuarbeiten und den Stimmberechtigten vorzulegen. Und erst wenn auch diese zweite Vorlage von den Stimmberechtigten gutgeheissen ist, hat die Zweckänderung zu erfolgen, liegt eine neue Ausgabenbewilligung vor. Wird die Pluralinitiative zwar gutgeheissen, aber das danach ausgearbeitete und vorgelegte neue Projekt abgelehnt, ist die Initiative definitiv gescheitert und hat die am 27. November 2016 gutgeheissene Ausgabenbewilligung weiterhin bestand (vgl. Huwyler, a.a.O., S. 91; Gander, Die Volksinitiative im Kanton Schwyz, ZBI 91/1990 S. 378 ff., S. 390 f.).

4.5.3 Es ist nicht von der Hand zu weisen, dass eine Abstimmung allein über den Kreditrahmen, wie er von der Pluralinitiative nun angestossen ist, eine wenig Inhalt bietende Angelegenheit ist. Es wird über die Kürzung der Mittel um rund 41% abzustimmen sein, ohne dass aus der Initiative heraus nur schon Ideen über eine Projektredimensionierung präsentiert würden. Fest steht einzig, dass das entworfene, 2016 gutgeheissene und im Baubewilligungsverfahren vorgelegte Projekt so nicht umsetzbar ist. Aber wie das Projekt nach einer allfälligen Mittelkürzung umzugestalten ist, bleibt völlig offen. Dies aber ist Folge der Initiative in Form der allgemeinen Anregung und macht sie deswegen nicht ungültig. Sie zieht zwingend immer einen zweiten Schritt nach sich, welcher der konkreten Umsetzung der allgemeinen Anregung dient; vorliegend der Konkretisierung des Verwendungszweckes der reduzierten Mittel. Nachdem die Pluralinitiative keinerlei inhaltliche Vorstellungen über die Zweckänderung äussert, wird der Gemeinderat in diesem zweiten Schritt auch weitestgehend freie Hand haben, wie das Projekt redimensioniert werden soll und welches neue Projekt er den Stimmberechtigten im zweiten Schritt zur Genehmigung vorlegen wird. Eine Bindung an die Intention der Initianten entfällt, nachdem diese hinsichtlich inhaltlicher Änderung des Projektes keine Absicht äusserten (vgl. betr. Bindung an die Intention bei der allgemeinen Anregung, Gander, a.a.O., S. 405).

5. Zusammenfassend erweist sich die Beschwerde damit insoweit als begründet, als der Gemeinderat die Pluralinitiative "für ein ökologisch op-

B 8.1

timiertes und nachhaltiges Alternativprojekt DBZW mit einem Verpflichtungskredit von CHF 18 Mio." zu Unrecht als ungültig erklärt hat. Von den Initianten wurde sie jedoch zu Unrecht als ausgearbeiteter Entwurf bezeichnet. Sie ist als Initiative in Form einer allgemeinen Anregung zur Beschlussfassung einer neuen Ausgabenbewilligung DBZW mit einem auf Fr. 18 Mio. reduzierten Betrag entgegenzunehmen und im Übrigen gemäss § 11 GOG weiter zu behandeln.

(VGE III 2022 41 vom 23. Juni 2022).

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

8.1 Baubewilligung

- *Zulässigkeit eines erneuten Baugesuchs für Bauteile, auf welche in einem vorangegangenen Baubewilligungsverfahren auf Einsprache hin verzichtet wurde.*

Aus den Erwägungen:

3.1 Der Beschwerdeführer erblickt sinngemäss im Umstand, dass die Bauherrschaft i) im Zuge eines früheren Baubewilligungsverfahrens den Verzicht auf die Aussentreppe und das Geländer beim sich damals im Bau befindlichen MFH erklärt habe, ii) damit bestätigt worden sei, dass die Einsprecher zu Recht Rügen gegen die Aussentreppe und das Terrassengeländer bzw. die Dachterrasse erhoben hätten und iii) mit einem erneuten Baugesuch nun wiederum eine Baubewilligung für "die Aussentreppe und die Dachterrasse" anstrebe, eine Zwängerei bzw. Rechtsmissbrauch.

3.2.1 Ein Baugesuch kann gestützt auf die Dispositionsmaxime zurückgezogen werden, solange die Baubehörden über die Bewilligung des Vorhabens noch nicht entschieden haben (Fritzsche/Bösch/Wipf/Kunz, Zürcher Planungs- und Baurecht, 6. Aufl., 2019, S. 371). Ein neues Baugesuch mit gleichem oder ähnlichem Inhalt wie ein früheres Gesuch kann jederzeit eingereicht werden. Es ist durch die Bewilligungsbehörde zu behandeln, wenn der Gesuchsteller ein rechtlich geschütztes Interesse an dessen Behandlung hat und kein Rechtsmissbrauch vorliegt (Baumann,

in: Baumann et al., Kommentar zum Baugesetz des Kantons Aargau, Bern 2013, § 59 N 67, § 60 N 9; Zimmerlin, [altes] Baugesetz des Kantons Aargau, 2. Aufl., Aarau 1985, § 151 N 1). Ein eingereichtes Baugesuch darf im Verlaufe des Verfahrens auch aufgeteilt werden und es kann ferner auf die Bewilligung einzelner Teile (vorderhand) verzichtet werden, sofern das Bauvorhaben sachlich aufteilbar und keine Gesetzesumgehung beabsichtigt ist (Zaugg/Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 5. Aufl. 2020, Bd. 1, Art. 34/34a N 9).

Die Einsprache gilt für dasjenige Baugesuch, für das sie eingereicht worden ist. Wird das Gesuch durch ein neues ersetzt, so muss auch die Einsprache erneuert werden, damit sie zur Geltung gelangt (Baumann, a.a.O., § 60 N 88).

3.2.2 Die materielle Rechtskraft eines Urteils bewirkt insbesondere, dass die Parteien grundsätzlich mit Klagen bzw. Begehren ausgeschlossen sind, die den bereits beurteilten Streitgegenstand (*res iudicata*) betreffen (BGE 139 III 126 Erw. 3.1 mit Hinweisen). Bei der Prüfung der Identität der Begehren ist nicht ihr Wortlaut, sondern ihr Inhalt massgebend. Das neue Begehren ist deshalb trotz abweichender Umschreibung vom beurteilten nicht verschieden, wenn es in diesem bereits enthalten war oder wenn im neuen Verfahren das kontradiktorische Gegenteil zur Beurteilung gestellt wird (BGE 139 III 126 Erw. 3.2.3 mit Hinweisen; vgl. Urteil BGER 1C_673/2014 vom 7.3.2014 Erw. 5.2). Grundsätzlich gilt die Rechtsbeständigkeit eines Urteils (*res iudicata*) nur bezüglich derjenigen Parteien, die am Verfahren beteiligt waren (vgl. Rhinow/Koller/Kiss/Thurnherr/Brühl-Moser, Öffentliches Prozessrecht, 2. Aufl., Basel 2010, Rz. 955; BGE 139 III 126 Erw. 3.1).

3.2.3 Gemäss höchstrichterlicher Rechtsprechung untersagt das Rechtsmissbrauchsverbot als Teil des Grundsatzes von Treu und Glauben (Art. 5 Abs. 3 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft [BV; SR 101] vom 18.4.1999), welcher auch im öffentlichen Recht gilt, "die zweckwidrige Verwendung eines Rechtsinstitutes zur Verwirklichung von Interessen, die dieses Rechtsinstitut nicht schützen will" (BGE 110 Ib 332 Erw. 3a; Müller/Schefer, Grundrechte in der Schweiz, 4. Aufl., Bern 2008, S. 28). Ebenfalls missbräuchlich sind Verfahrensschritte, die einzig dazu dienen, die Gegenpartei zu schikanieren oder ohne Verfolgung sonstiger Interessen eine Verzögerung des Verfahrens zu erreichen. In jedem Fall muss der Rechtsmissbrauch aber offensichtlich und entsprechend nachgewiesen sein (vgl. Urteil BGER 1C_590+591+592/2013 vom 26.11.2013 Erw. 7.2 f. m.w.H., u.a. auf BGE 138 III 542 Erw. 1.3.1).

B 8.1

3.3 Die Beschwerdegegner reichten am 12. August 2019 ein Baugesuch für eine Projektänderung zum am 16. Oktober 2017 bewilligten MFH ein. Im Zuge des damals durchgeführten Baubewilligungsverfahrens erhob der vorliegende Beschwerdeführer am 11. September 2019 öffentlich-rechtliche Einsprache. Ebenfalls am 11. September 2019 reichten die Beschwerdegegner überarbeitete und bereinigte Pläne ein. Am 20. November 2019 reichte die Bauherrschaft erneut eine Projektänderung ein. In der letzteren Projektänderung vom 20. November 2019 verzichteten die Beschwerdegegner im Vergleich zum (publizierten und öffentlich aufgelegten) Baugesuch vom 12. August 2019 namentlich auf die Erstellung einer Aussentreppe aufs Attikadach als auch auf den Sitzplatz mitsamt Geländer (...).

Ein geändertes Projekt tritt betreffend die Änderungen an die Stelle des vorherigen Projekts. Insofern ersetzte die Projektänderung vom 20. November 2019 die vorangegangenen Projektänderungen (vom 12.8.2019 sowie 11.9.2019). Die früheren Projektänderungsgesuche hatten im Umfang der Änderung (soweit hier interessierend Verzicht auf Treppenaufgang aufs Attikadach, Sitzplatz auf Attikadach mitsamt Geländer) als zurückgezogen und damit gegenstandslos zu gelten (vgl. Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 32-32d N 13c, vgl. N 13; § 28 lit. a Verwaltungsrechtspflegegesetz [VRP; SRSZ 234.110] vom 6.6.1974). Entsprechend erwog der Gemeinderat, die "Einsprache hat sich dahingehend erledigt" und wies die Einsprache "im Sinne der Erwägungen" ab ohne Beurteilung der Rügen hinsichtlich der Attikadachterrasse und des Treppenzugangs mitsamt Geländer. Der Baumentscheid erfolgte explizit hinsichtlich der Baueingabe vom 20. November 2019, mit welcher von vormaligen Projektbestandteilen abgesehen worden war.

3.4.1 Es ist einerseits dem Regierungsrat beizupflichten, dass hinsichtlich der geplanten Treppe und des Sitzplatzes auf dem Attikadach mitsamt Geländer keine res iudicata vorliegt, welche einem gemeinderätlichen Eintreten auf das Baugesuch entgegengestanden wäre.

3.4.2 Andererseits kann auch nicht die Rede von einem rechtsmissbräuchlichen Verhalten der Beschwerdegegner sein. Wenn sie erneut um die Baubewilligung für die Treppe aufs Attikageschoss und den Sitzplatz auf dem Attikageschoss samt Geländer ersuchen, nachdem sie im Rahmen eines früheren Baugesuchs hierauf verzichtet haben, kann hierin keine "zweckwidrige Verwendung eines Rechtsinstitutes" erkannt werden. Hieran ändert sich nichts, wenn die Beschwerdegegner im früheren Baubewilligungsverfahren mit dem (damaligen Teil-)Rückzug festhielten, dass "die Anliegen und Interessen der Einsprecher gewahrt" seien. Auf die Erteilung

einer Bau- und Nutzungsbewilligung als Polizeibewilligung besteht ein Rechtsanspruch, sofern die gesetzlichen Voraussetzungen dafür erfüllt sind (Baumann, a.a.O., § 59 Rz. 29; Stalder/Tschirky, in: FHB Öffentliches Baurecht, Rz. 2.13-2.15, vgl. EGV-SZ 2006 C 2.1 Erw. 2.2). Dies zu prüfen ist Sache der zuständigen Baubewilligungsbehörde und hängt nicht von einem allfälligen früheren Verzicht auf ein Baugesuch oder von einem Rückzug desselben ab. Der (Teil-)Rückzug des Baugesuchs durch die Beschwerdegegner konnte auch nach Treu und Glauben nicht so verstanden werden, dass die Beschwerdegegner inskünftig darauf verzichten würden, erneut um eine entsprechende Baubewilligung zu ersuchen. Dass sich die Beschwerdegegner hierzu dem Beschwerdeführer vertraglich verpflichtet hätten, wird nicht geltend gemacht und ist auch nicht ersichtlich. (VGE III 2022 94 vom 26. Oktober 2022).

8.2 Waldabstand

- *Fehlende Bewilligungsfähigkeit von Parkplätzen im Waldabstand.*

Aus den Erwägungen:

1.1 Vier Parkplätze von je 6 m Länge und je 2.84 m Breite sind längs zur Südgrenze der Bauparzelle angeordnet. Es folgt westlich davon der Wendepplatz. Westlich an den Wendepplatz schliesst sich der fünfte Parkplatz von 5.0 m auf 2.50 m an. Der Waldabstand dieser Parkplatzanlage beträgt 6.0 m (...).

1.2.1 Das Amt für Wald und Natur (AWN; Forstrecht) hat der Unterschreitung des Waldabstandes zugestimmt. Durch die Parkplätze seien keine negativen Auswirkungen auf den Wald zu erwarten. Der nach kantonalen Rechtspraxis auch im Ausnahmefall einzuhaltende Mindestabstand bleibe gewahrt.

1.2.2 (...).

3.1 Gemäss Art. 17 des Bundesgesetzes über den Wald (Waldgesetz, WaG; SR 921.0) vom 4. Oktober 1991 sind Bauten und Anlagen in Waldnähe nur zulässig, wenn sie die Erhaltung, Pflege und Nutzung des Waldes nicht beeinträchtigen (Abs. 1). Die Kantone schreiben einen angemessenen Mindestabstand der Bauten und Anlagen vom Waldrand vor.

B 8.2

Sie berücksichtigen dabei die Lage und die zu erwartende Höhe des Bestandes (Abs. 2). Aus wichtigen Gründen können die zuständigen Behörden die Unterschreitung des Mindestabstands unter Auflagen und Bedingungen bewilligen (Abs. 3; eingefügt durch Ziff. 1 der Änderung des WaG vom 18.3.2016, in Kraft seit 1.1.2017). Laut der Botschaft vom 21. Mai 2014 (BBI 2014, S. 4924) zur Änderung des Bundesgesetzes über den Wald kann der Waldabstand im Fall von überwiegenden öffentlichen Interessen mit Bewilligung der zuständigen kantonalen Stellen jeweils ausnahmsweise unterschritten werden.

Der Mindestabstand sollte in der Regel 15 m nicht unterschreiten (...).

3.2 Im kantonalen Recht normiert § 67 Abs. 1 des Planungs- und Baugesetzes (PBG; SRSZ 400.100) vom 14. Mai 1987, dass Bauten und Anlagen gegenüber Wäldern einen Mindestabstand von 15 m ab Waldgrenze einzuhalten haben. Das kommunale Baureglement regelt den Waldabstand nicht; Anhang 9 zeigt nur eine Skizze zur Bemessung des Waldabstandes (Abstand zur Waldgrenze wie zur Stockgrenze am Schräghang). Es kommt daher der kantonale (Mindest-)Abstand zur Anwendung (vgl. § 52 PBG). Die Waldgrenze verläuft 2 m ausserhalb der im Waldfeststellungsverfahren vermessenen Stockgrenze (§ 35 Abs. 2 der Vollzugsverordnung zum Planungs- und Baugesetz [PBV; SRSZ 400.111] vom 2.12.1997).

3.3.1 Die zuständige Bewilligungsbehörde kann für Bauten oder Anlagen innerhalb der Bauzonen Ausnahmen von den im PBG oder in den Bauvorschriften der Gemeinde festgelegten Bestimmungen bewilligen, wenn und soweit besondere Verhältnisse es rechtfertigen (§ 73 Abs. 1 PBG), insbesondere wenn sonst eine unzumutbare Härte einträte (lit. a), dank der Abweichung wegen der örtlichen Gegebenheiten eine bessere Lösung erzielt werden kann (lit. b), (...).

3.3.3 Die Richtlinien des AWN vom 1. März 2018 (revidiert) betreffend die Waldabstandsvorschriften äussern sich zu den Ausnahmen von den kantonalen Waldabstandsvorschriften. Einleitend (S. 2 Ziff. 1) wird auf die "nur sehr zurückhaltend[e]" Gewährung von Ausnahmen durch den Regierungsrat und das Verwaltungsgericht hingewiesen. Als besondere Verhältnisse im Sinne von § 73 Abs. 1 PBG werden Fälle genannt (S. 5 f., Ziff. 5.1),

- in denen die Überbauung eines eingezonten und bereits parzellierten Grundstücks nicht mehr möglich ist, falls die Waldabstandsvorschriften in vollem Umfang eingehalten werden müssen,
- in denen die Mehrzahl der bestehenden umliegenden Bauten den gesetzlichen Waldabstand unterschreitet (Baulücke),

- in denen die Baute auf den Standort (in Waldnähe) angewiesen ist.

Besondere Verhältnisse werden hingegen verneint, wenn

- durch eine Reduktion des Waldabstandes die Anzahl der Häuser oder das Bauvolumen vergrößert werden kann,
- der Waldrand nicht geradlinig verläuft,
- der Wald sich an einem Steilhang befindet,
- einzelne Bauten in der Umgebung den gesetzlichen Waldabstand unterschreiten,
- im Wald eine vorübergehend unbestockte Fläche besteht oder
- durch eine Reduktion eine gute Einordnung ins Baugebiet oder eine architektonisch ansprechende Lösung ermöglicht wird.

Zudem muss die Abweichung mit den öffentlichen Interessen vereinbar sein, und dürfen keine wesentlichen nachbarlichen Interessen verletzt sein (S. 6, Ziff. 5.2 f.). Für kleine Anlagen ist in jedem Fall der Mindestabstand von 6 m ab Stockgrenze einzuhalten. Als Kleinanlagen gelten unter anderem Parkplätze (S. 6, Ziff. 6.3; vgl. Urteil BGer 1C_321/2017 vom 7.8.2018 Erw. 5.2.2 [i.Sa. S. vs. Gemeinderat Freienbach]).

In verfahrensrechtlicher Hinsicht wird von der Bauherrschaft die Begründung der Ausnahmesituation verlangt, welche beinhaltet (S. 9, Ziff. 9.4),

- inwiefern besondere Verhältnisse bestehen, welche die Einhaltung des Waldabstandes verunmöglichen,
- Informationen über geprüfte Alternativvarianten und Abklärungen sowie
- Nachweis des Bedarfs (insbesondere bei Erweiterungen bestehender Gewerbebetriebe relevant).

3.4.1 (...).

3.5.2 Weder der Gemeinderat noch die Beschwerdegegnerin oder die Beigeladene äussern sich zur Zahl der ursprünglich bewilligten Parkplätze und zu den Berechnungsgrundlagen. Unbestritten bleiben jedoch die Angaben der Beschwerdeführerin, wonach das Gewerbegebäude (...) 42 Parkplätze in der Tiefgarage sowie 12 Besucherparkplätze im EG und im 2. OG aufweist. Unbestritten ist auch die Aussage der Beschwerdeführerin, es würden sogar Parkplätze (als Ausstellfläche) extern an Dritte vermietet. Vielmehr hat dies die Beigeladene selber bestätigt. Selbst die geplanten Parkplätze sind demzufolge bereits (vor-)vermietet.

Bei dieser Sachlage kann von einer unzumutbaren Härte, falls die fünf Parkplätze nicht bewilligt werden, keine Rede sein. (...).

Die Planunterlagen vermitteln zudem - unbesehen des Bedarfs und des Verwendungszweckes der geplanten Parkplätze - den Eindruck, dass mit

B 8.2

den geplanten fünf Parkplätzen die um das Gewerbegebäude noch bestehende Freifläche optimiert genutzt werden soll. Dies ist aus ökonomischer Sicht und aus der unternehmerischen Optik ohne weiteres nachvollziehbar und verständlich und - abstrahiert von raumplanungsrechtlichen und baureglementarischen Vorgaben - an und für sich auch sinnvoll. Für die optimale Nutzung steht das gesetzliche Instrument der Ausnahmegewilligung jedoch gerade nicht zur Verfügung. (...).

3.6 Den Vorinstanzen kann auch nicht gefolgt werden, dass mit der Unterschreitung des Waldabstandes durch die fünf Parkplätze eine Abweichung vom gesetzlichen Regelfall vorliegt, dank der "wegen der örtlichen Gegebenheiten eine bessere Lösung erzielt werden" kann (§ 73 Abs. 1 lit. b PBG).

Der Gemeinderat ist der Auffassung, dass durch die Realisierung der fünf zusätzlichen Parkplätze, "was nur am geplanten Standort möglich ist", eine Verbesserung der Parkplatzsituation und damit eine bessere Lösung erzielt werden kann. Zutreffend ist, dass auf dem Grundstück der Beigeladenen ansonsten offensichtlich keine Freifläche für (fünf) Abstellplätze mehr besteht. Die örtlichen Gegebenheiten am vorgesehenen Standort werden indes namentlich von der Waldnähe geprägt, was grundsätzlich bereits für sich einer "besseren" Lösung entgegensteht. Wenn das AWN keine nachteiligen Auswirkungen auf den Wald attestiert hat, wird damit nur das Fehlen eines Negativums bescheinigt, was den Standort deswegen nicht zu einer besseren Lösung macht.

Des Weiteren ist der Gemeinderat der Ansicht, dass (ohne die fünf Parkplätze) nicht ausgeschlossen werden kann, dass sonst Fahrzeuge auf der S.strasse abgestellt würden, was es zu vermeiden gilt. Diese Argumentation ist unbehelflich. Im Strassenverkehrsrecht wird geregelt, wo, wann und unter welchen Umständen das Abstellen und Parkieren von Fahrzeugen zulässig ist bzw. nicht (vgl. Art. 37 des Strassenverkehrsgesetzes [SVG; SR 741.01] vom 19.12.1958; Art. 18 ff. der Verkehrsregelverordnung [VRV; SR 741.11] vom 13.11.1962). Widerrechtlichem Parkieren und Abstellen von (Motor-)Fahrzeugen ist mit den hierfür vorgesehenen rechtlichen Instrumenten beizukommen (vgl. namentlich SVG-Strafbestimmungen gemäss Art. 90 ff. SVG; Ordnungsbussenverordnung [OBV; SR 314.11] vom 16.1.2019; gerichtliches [Park-]Verbot gemäss Art. 258 der Schweizerischen Zivilprozessordnung [Zivilprozessordnung, ZPO; SR 272] vom 19.12.2008). Reguläre Strassen- und Parkverhältnisse sind nicht auf dem Weg von Ausnahmegewilligungen sicherzustellen. Insoweit kann eine Ausnahmegewilligung konsequenterweise keine "bessere Lösung" bilden.

(VGE III 2021 189 vom 30. März 2022).

8.3 Ausnahmegewilligung

- *Eine gute Einordnung allein stellt keine "bessere Lösung" dar, welche eine Ausnahmegewilligung rechtfertigen kann.*

Aus den Erwägungen:

2.2 Gemäss Art. 10 lit. a des Baureglements des Bezirks Einsiedeln (BauR) vom 9. Februar 2014/30. November 2014 (vom Regierungsrat genehmigt am 23.4.2014/10.2.2015) handelt es sich bei der Dorfkernzone mit speziellen Auflagen um Gebiete, die aufgrund ihrer Lage, Grösse oder ihrer Bedeutung für die Bezirksentwicklung oder das Orts- und Landschaftsbild von besonderem öffentlichen Interesse sind und daher besondere Anforderungen an Planung, Erschliessung, Nutzung und Gestaltung verlangen.

Für die Dorfkernzonen mit speziellen Auflagen erlässt der Bezirksrat gestützt auf den Kernzonenplan, das Ortsbildinventar Einsiedeln, das kantonale Inventar geschützter Bauten und Objekte (KIGBO) sowie das Bundesinventar der schützenswerten Ortsbilder der Schweiz von nationaler Bedeutung (ISOS) Leitbilder, mit Angaben zur Bestandesaufnahme und Beurteilung der bestehenden Gebäude, der Freiräume sowie der städtebaulichen Struktur, zu schützenswerten Objekten und Anlagen der anzustrebenden baulichen Entwicklung (vgl. Art. 11 Abs. 1, 2 und 4 BauR). Die im Kernzonenplan und Art. 46 festgelegten Inhalte sind grundeigentümerverbindlich. Die übrigen Bestandteile der Leitbilder haben hinweisenden Charakter und geben Projektverfassern sowie Behörden eine grundsätzliche und gestalterische Orientierungshilfe. Sie dienen als Grundlage für die Gestaltung von Bauten und Anlagen und die Beurteilung der Gesamtwirkung gemäss Art. 16 und 17 des vorliegenden Reglements (Art. 11 Abs. 3 BauR).

Nach Art. 16 BauR (Grundsatz) müssen sich Bauten, Anlagen und Terrainveränderungen so in die Umgebung eingliedern, dass sie das Landschafts-, Orts-, Quartier- und Strassenbild nicht stören (Abs. 1). Zur Verhinderung einer störenden Baugestaltung kann die Bewilligungsbehörde im Baubewilligungsverfahren Bedingungen und Auflagen verfügen oder Projektänderungen verlangen. Das Ortsbildinventar dient bei der Beurteilung als verbindliche Richtlinie (Abs. 2). Nach Art. 17 BauR (Erhöhte Anforderungen) sind in der Dorfkernzone, im Sichtbereich von künstlerisch oder geschichtlich wertvollen Stätten, Bauten und Bauteilen sowie bei Bauten, die das Strassen-, Platz- oder Landschaftsbild wesentlich beein-

B 8.3

flussen, die Bauwerke und deren Umgebung besonders sorgfältig zu gestalten und ist alles vorzukehren, um eine in ästhetischer Hinsicht befriedigende Wirkung zu erzielen (Abs. 1 lit. a - c). Der Bezirk empfiehlt zur Qualitätssicherung die Durchführung von Ideen- und Projektwettbewerbe, Studienaufträge usw. (Abs. 2 Satz 1).

2.3.1 Der Grenzabstand ist die kürzeste Verbindung zwischen Grenze und Fassade (§ 59 Abs. 1 Satz 1 des Planungs- und Baugesetzes [PBG; SRSZ 400.100] vom 14.5.1987). Für Bauten bis und mit 20 m Gebäudehöhe beträgt der Grenzabstand 50% der Gebäudehöhe, mindestens aber 3 m (§ 60 Abs. 1 PBG). (...). Im Zonenplan oder in den zugehörigen Vorschriften können die Gemeinden generell für Grenz- und Gebäudeabstände u.a. in Kernzonen sowie in begründeten Fällen für u.a. einzelne Strassen geringere Masse festlegen (§ 52 Abs. 2 PBG).

2.3.2 Hiervon hat der Bezirk Einsiedeln für die Dorfkernzone Gebrauch gemacht, welche für die Erhaltung und Gestaltung der typischen Eigenart des Dorfbildes bestimmt ist (vgl. Art. 45 Abs. 1 BauR). In der Dorfkernzone beträgt die maximale Gebäudehöhe 16 m. Bei einem Schrägdach erhöht sich dieses Mass um 1.3 m. Die maximale Firsthöhe beträgt 19 m (Art. 45 Abs. 3 BauR). Der Grenzabstand beträgt einen Drittel der Gebäudehöhe, grundsätzlich aber mindestens 3 m (...).

2.4.1 Laut dem Leitbild "Hauptstrasse-West Sternenplatz Hauptstrasse-Ost" vom 29. November 1996 (rev. 15.5.1997) sind die Strassenfassaden an der östlichen Hauptstrasse und am Sternenplatz bewusst schmuckvoll als Visitenkarte am Zugang zum Kloster ausgebildet worden. Typisch sind die unterschiedlichen Koten der Hauseingänge und die verschiedenen Gebäudehöhen. Durch die unterschiedliche Höhe passen sich die Bauten treppenartig den steilen Strassenverhältnissen an (Ziff. 2.9.1 S. 25). Diese Bauten überschreiten mehrheitlich die nach dem damaligen Baureglement (vom 4.2.1993; Art. 62) zulässige Gebäude- und Firsthöhe in der Dorfkernzone (von damals 15 m [plus 0.7 m bei Schrägdächern] und 18 m), wobei die Bauten auf der südlichen Strassenseite im Durchschnitt höher sind als jene auf der Nordseite (...).

3.1 Die Bauherrschaft beabsichtigt mit ihrem Baugesuch den Abbruch und Neubau des bestehenden Hauses. Der Neubau übernimmt die Stellung in der Häuserzeile des Altbaus und ist auf der gleichen Grundfläche vorgesehen wie der Altbau. (...). Das Bauvorhaben beansprucht als Aus-

nahmen eine Unterschreitung des Grenzabstands sowie (...). eine Überschreitung der Firsthöhe (d.h. eine Erhöhung der bestehenden Firsthöhe von 20.09 m um weitere 0.71 m) (...).

3.2 Die Beschwerdeführer machen in ihren Beschwerdeschriften geltend, es würden keine hinreichenden Gründe für die Erteilung einer Ausnahmebewilligung hinsichtlich der Firsthöhenüberschreitung bestehen.

3.3 (...).

4.3 Die Firsthöhe der geplanten Ersatzbaute von 20.80 m stimmt weder mit jener der bestehenden Bauten von 20.09 m (an der Nordfassade) überein, noch hält sie die maximal zulässige Firsthöhe von 19 m (an der Nordfassade) ein. Vielmehr überschreitet die Firsthöhe des geplanten Ersatzbaus jene der bestehenden Baute um zusätzliche 0.71 m (die regulatorische Maximalhöhe um total 1.80 m). Hierfür bedarf es einer Ausnahmebewilligung (...).

5.1 Gemäss § 73 Abs. 1 PBG kann die zuständige Bewilligungsbehörde für Bauten und Anlagen innerhalb der Bauzone Ausnahmen von den in diesem Gesetz oder in den Bauvorschriften der Gemeinden festgelegten Bestimmungen bewilligen, wenn und soweit es die Verhältnisse rechtfertigen, insbesondere wenn sonst eine unzumutbare Härte einträte (lit. a), dank der Abweichung wegen der örtlichen Gegebenheiten eine bessere Lösung erzielt werden kann (lit. b), (...).

5.3.2 Das Verwaltungsgericht hatte im Verfahren VGE III 2013 75 vom 18. Dezember 2013 einen geplanten Ersatzbau auf einem an den Klosterplatz Einsiedeln grenzenden Baugrundstück zu beurteilen, der u.a. einerseits im Bereich des Hauptbaus die gesetzlich vorgesehene Gebäudehöhe auf allen vier Seiten um 1,5 bis 2,5 m und die Firsthöhe um ca. 1 m überschritt und sich andererseits auch nicht an die - gemäss Art. 63 Abs. 7 BauR grundsätzlich zu übernehmende - bisherige Gebäude- und Firsthöhe hielt.

Das Verwaltungsgericht monierte, dass keine klar durchschlagenden Gründe für diese Abweichungen in ihrem Gesamtumfang ausgewiesen seien. Insbesondere ergebe sich aus der Stellungnahme der kantonalen Denkmalpflege nicht, dass ohne Überschreitung der zulässigen Gebäude- und Firsthöhe keine den ortsplannerischen und architektonischen Anforderungen entsprechende Überbauung errichtet werden könne. Aus Sicht der kantonalen Denkmalpflege sei die Höhe des geplanten Baus nicht problematisch und es sei dagegen nichts einzuwenden. Daraus könne aber nicht

B 8.3

geschlossen werden, die geplanten Überschreitungen der gesetzlichen Höhengvorschriften seien aus denkmalpflegerischer Sicht erforderlich. (...).

5.4.1 Diese Rechtsprechung erweist sich auch für vorliegendes Verfahren als massgeblich. Wie Art. 62 altBauR sieht auch Art. 45 Abs. 3 BauR gesetzliche Gebäude- und Firsthöhen vor und wie Art. 63 Abs. 7 altBauR verlangt auch Art. 46 Abs. 3 lit. b BauR, dass die Gebäude- und Firsthöhen der bestehenden Bauten grundsätzlich zu übernehmen sind. Damit Abweichungen hiervon bewilligt werden können, bedarf es nach wie vor besonders wichtige resp. "klar durchschlagende" Gründe. Der Umstand, dass Art. 46 Abs. 3 lit. b BauR (...) nicht nur geringfügige, sondern generell Abweichungen zulässt, ändert hieran letztlich nichts.

5.4.2 Soweit der Regierungsrat im angefochtenen RRB festhält, in der Dorfkernzone sei im Allgemeinen von "besonderen Verhältnissen" auszugehen, ist dem im Grundsatz beizupflichten. Diese "besonderen Verhältnisse" schlagen sich denn auch in verschiedenen Bestimmungen des Baureglements nieder, welche namentlich besondere Anforderungen an Planung, Erschliessung, Nutzung und Gestaltung (Art. 10 lit. a BauR), den Erlass von Leitbildern gestützt auf das kommunale Ortsbildinventar, das KIGBO und das ISOS (Art. 11 Abs. 4 BauR), den Bezug des Ortsbildinventars als verbindliche Richtlinie zur Verhinderung einer störenden Baugestaltung (Art. 16 Abs. 2) sowie eine besonders sorgfältige Gestaltung (Art. 17 und 46 BauR) verlangen.

Für sich alleine rechtfertigen diese "besonderen Verhältnisse" dagegen noch keine Abweichungen von der für die Dorfkernzone typischen, regelkonformen Bauweise. Vielmehr ist (...) zu verlangen, dass auf der Basis einer qualifizierten Auseinandersetzung mit dem relevanten Leitbild, bzw. den weiteren planerischen Grundlagen zur Ortsplanung (ISOS, Ortsbildinventar) und der Beurteilung durch die Fachstelle für Denkmalpflege (vgl. § 9 Abs. 3 Gesetz über die Denkmalpflege und Archäologie [Denkmalchutzgesetz, DSG; SRSZ 720.100] vom 6.2.2019; § 3 Abs. 3 lit. c, d und e Verordnung über die Denkmalpflege und Archäologie [Denkmalchutzverordnung, DSV; SRSZ 720.111] vom 10.12.2019) der Schluss gezogen werden kann, dass eine Erhöhung der Firsthöhe der Ersatzbaute über den Bestand und die reglementarische Höhenbeschränkung hinaus zu einer verbesserten Gesamtwirkung des Ortsbilds führt.

5.4.3 Zutreffend ist, dass sich der Regierungsrat bei der Beurteilung der Einordnung und des Ortsbildes in Zurückhaltung übt. Vorliegend steht indes nicht die Einordnung gemäss § 56 Abs. 1 PBG und Art. 16 f. BauR zur Diskussion, sondern die Rechtmässigkeit einer Ausnahmegewilligung.

Allein eine gesetzeskonforme und/oder gute Einordnung im Sinne von § 56 Abs. 1 PBG und Art. 16 BauR kann für sich alleine noch keine Ausnahmebewilligung von den reglementarischen Höhenbeschränkungen unter dem Titel einer "besseren Lösung" rechtfertigen. Dies ist vielmehr Voraussetzung einer jeden Baubewilligung (vgl. VGE III 2018 169 vom 21.1.2019 Erw. 4.3.3 mit Hinweisen auf VGE III 2014 35 vom 29.10.2014 und Häuptli-Schwaller, in: Baumann et al., Kommentar zum Baugesetz des Kantons Aargau, Bern 2013, § 41 N 17).
(...).

6.4 (...). Aus dem Umstand, dass die kantonale Denkmalpflege, welche das Bauprojekt schon früh begleitet hat, (...) in der differenzierten Höhenentwicklung um das benachbarte Haus keine wesentliche Beeinträchtigung des Ortsbildes und der benachbarten Schutzobjekte erkannt hat, lässt sich insgesamt nicht mehr entnehmen, als dass sich die geplante Ersatzbaute hinreichend (im Sinne der sog. "negativen" Ästhetikklausel von Art. 16 Abs. 1 BauR) ins Ortsbild einordnet und das benachbarte Schutzobjekt in dessen Wirkung nicht stark beeinträchtigt (vgl. dazu § 8 Abs. 1 DSV). Dass die Erhöhung der Firsthöhe über den Bestand der reglementarischen Maximalhöhe hinaus aus denkmalpflegerischer Sicht für eine verbesserte Gesamtwirkung des Ortsbilds geradezu geboten wäre - als Voraussetzung für eine Überschreitung der reglementarischen Höhenbeschränkungen unter dem Titel einer "besseren Lösung" -, ergibt sich aus den Stellungnahmen der Denkmalpflege dagegen nicht.

Eine Ausnahmesituation für die Überschreitung der zulässigen Firsthöhe ist somit vorliegend weder dargetan noch erkennbar.
(VGE III 2022 63+44 vom 19. September 2022).

8.4 Gewässerschutz

- *Ausscheidung des Gewässerraumes: Begriff des "sehr kleinen" Gewässers.*

Aus den Erwägungen:

8.1.1 Die Kantone können in bestimmten Fällen auf die Festlegung des Gewässerraums verzichten, wenn keine überwiegenden Interessen entgegenstehen (Art. 41a Abs. 5 der Gewässerschutzverordnung [GSchV; SR 814.201] vom 4.5.2011). Damit soll der Aufwand für die Festlegung des Gewässerraums begrenzt und auf jene Gewässer konzentriert werden, bei

B 8.4

denen Konflikte zwischen Schutz und Nutzung wahrscheinlich sind. Unter Vorbehalt von überwiegenden entgegenstehenden Interessen ist ein Verzicht über ein grösseres zusammenhängendes Gebiet beispielsweise denkbar in hochgelegenen Regionen, die wenig intensiv genutzt werden (z.B. Sömmerungsgebiete) oder im Wald, wo Schutz/Nutzen-Konflikte weniger oft auftreten und der Schutzzweck des Gewässerraums ohnehin durch das Bundesgesetz über den Wald (Waldgesetz, WaG; SR 921.0) vom 4. Oktober 1991 gewährleistet wird (vgl. Fritzsche, in: Kommentar GSchG/WBG N 61 ff. zu Art. 36a GSchG; BAFU/BWL/ARE/BPUK/LDK, Gewässerraum, Modulare Arbeitshilfe zur Festlegung und Nutzung des Gewässerraums in der Schweiz, 2019 [kurz: Arbeitshilfe GWR], Modul 2, Ziff. 2.6 f. S. 15 f.; Ziff. 3.1.2 S. 19).

8.1.2 Der Verzicht auf die Festlegung des Gewässerraums muss immer im Einzelfall erfolgen und verlangt eine umfassende Interessenabwägung zwischen der Nutzung und der Freihaltung des Gewässerraums von Bauten und Anlagen. Im Rahmen der Interessenabwägung müssen die verschiedenen öffentlichen Interessen als Erstes ermittelt, anschliessend gegeneinander abgewogen und schliesslich möglichst umfassend berücksichtigt werden (vgl. Art. 3 der Raumplanungsverordnung [RPV; SR 700.1] vom 28.6.2000). Dabei orientieren sich die Interessen an der Freihaltung des Gewässerraums an dessen Funktionen, und es müssen insb. die Anliegen des Hochwasserschutzes, des Natur- und Landschaftsschutzes, der Schutz vor Verbauung mit im Gewässerraum unzulässigen Anlagen und das Interesse der Öffentlichkeit an einem erleichterten Zugang zu den Gewässern i.S.v. Art. 3 Abs. 2 lit. c des Bundesgesetzes über die Raumplanung (Raumplanungsgesetz, RPG; SR 700) vom 22. Juni 1979 berücksichtigt werden. Die Interessenabwägung ist eine Rechtsfrage, die von den Gerichten geprüft wird. Sie ist fehlerhaft, d.h. von der zuständigen Behörde nicht rechtmässig durchgeführt, wenn nicht alle berührten öffentlichen Interessen ermittelt wurden oder die ermittelten Interessen nicht oder unvollständig gegeneinander abgewogen oder wenn die Interessen falsch gewichtet wurden. Für den Verzicht sind somit drei Schritte erforderlich: a) Überprüfung, ob ein Verzichtsfall vorliegt; b) Überprüfung, ob überwiegende Interessen entgegenstehen; c) Entscheid über den Verzicht (vgl. erläuternder Bericht 07.492, S. 12 f.; Arbeitshilfe GWR, Modul 1, S. 12 und Modul 2, Ziff. 2.6 S. 15 ff.).

8.2.1 Mit der Änderung der GSchV vom 22. März 2017 (Verordnungspaket Umwelt Frühling 2017) haben die Kantone sodann die Möglichkeit erhalten, bei sehr kleinen Fliessgewässern auf die Gewässerraumausschei-

derung zu verzichten, sofern keine überwiegenden Interessen dagegen sprechen (Art. 41a Abs. 5 lit. d GSchV). Ein generell-abstrakter Verzicht auf die Festlegung des Gewässerraums, z.B. für alle sehr kleinen Gewässer, ist daher unzulässig (Urteil BGer 1C_15/2019 vom 13.12.2019 Erw. 6.4 [nicht publ. in BGE 146 II 134]; Fritzsche, Kommentar GSchG/WBG N 61 zu Art. 36a GSchG; Kehrl, Gewässerraum festlegen, Worauf die Kantone in Recht und Praxis achten müssen, in: VLP-ASPAN Raum & Umwelt 4/2017, Ziff. 3.1 in fine; Arbeitshilfe GWR, Modul 2, Ziff. 3.1.2 S. 19). (...).

8.2.2 Die GSchV definiert nicht, was unter einem "sehr kleinen" Gewässer zu verstehen ist. Im Bericht des BAFU über die Ergebnisse des Vernehmlassungsverfahrens (Verordnungspaket Umwelt Frühling 2017) vom 24. Februar 2017, wurde der Wunsch von zahlreichen Vernehmlassungsteilnehmenden nach einer Präzisierung für "sehr klein" festgehalten. Erwähnt wurden etwa folgende Vorschläge (S. 21 f.):

- Referenzgrösse für "sehr klein" (wie etwa die Verwendung des "Objekts Rinnsal der amtlichen Vermessung").
- Präzisierung von sehr klein oder zumindest eine Angabe hinsichtlich einer richtungsweisenden Kartengrundlage (z.B. LK25).
- Abschliessende Festlegung der maximalen Gerinnesohlenbreite durch den Bund.
- Verzichtsmöglichkeit für die Gewässerraumausscheidung für Bäche bis und mit 2m Breite.
- Analoge Forderung mit einer Verzichtsmöglichkeit für Bäche von 1m Gerinnesohlenbreite.
- Verwendung der LK50 als Referenzkarte für sehr kleine Gewässer.
- Miteinbezug des ökologischen Potentials nebst der Gewässergrösse.
- Reduktionsmöglichkeit des Gewässerraums in Abhängigkeit der überwiegenden Interessen anstelle des generellen Verzichts.

Angesichts des Stands der Umsetzung in den Kantonen und der Schwierigkeit, sich auf eine griffige Definition von "sehr kleinen" Gewässern zu einigen, wurde beschlossen, bei der vorgeschlagenen offenen Formulierung zu bleiben. Diese schaffe für die Kantone den durch die Motion der UREK-S 15.3001 geforderten maximalen Handlungsspielraum (Erläuterungen des BAFU zum Verordnungspaket Umwelt Frühling 2017 vom 22.3.2017 [kurz: Erläuterungen GSchV-2017] S. 4; vgl. auch Iten, Die Revision der Vorschriften zum Gewässerraum in der Gewässerschutzverordnung, URP 1016 S. 800 ff., 811). In der Arbeitshilfe GWR (Modul 2, Ziff. 2.6.4 S. 18 mit Hinweisen) empfiehlt das BAFU den Kantonen, die detaillierten kantonalen Planungsgrundlagen (z.B. Bachkataster, kant. Gewässernetze usw.) beizuziehen. Sinnvollerweise seien die Gewässerräume

B 8.4

mindestens für die auf der LK 25 (Landeskarte 1:25'000) verzeichneten Gewässer festzulegen (vgl. Wasserfallen/Oberli, Landwirtschaftliche Perspektive: Juristische Fragestellungen bei der Festlegung und der Nutzung der Gewässerräume, URP 2020 S. 82 ff., 93).

8.2.3 In jedem Fall muss sichergestellt sein, dass die Gewässer ihre Funktionen gemäss Art. 36a GSchG erfüllen können. Denn auch sehr kleine Gewässer sind wichtig für die Biodiversität, die Vernetzung von Lebensräumen und den Hochwasserschutz. Vielfach sind sie stark durch Schadstoffeinträge belastet. Die Kantone müssen dies in ihre Erwägungen zu einem Verzicht auf die Ausscheidung des Gewässerraumes einfließen lassen (vgl. Erläuterungen GSchV-2017, S. 4).

8.2.4 Zur Beurteilung, ob ein Gewässer sehr klein und somit ein Verzicht überhaupt möglich ist, muss der Begriff "sehr klein" zwingend in den Kontext des gesamten Artikels 41a GSchV gesetzt und entsprechend interpretiert werden. Mit den Formulierungen in Art. 41a GSchV sind Kriterien vorhanden, die bei der Beurteilung, ob ein sehr kleines Gewässer vorliegt, beigezogen werden können (vgl. Arbeitshilfe GWR, Modul 2, Ziff. 2.6.4 S. 18).

8.3.1 (...).

8.3.2 Laut dem Umweltdepartement: Festlegung der Gewässerräume (Merkblatt vom 29.3.2018; kurz UWD-Merkblatt Festlegung GWR), Ziff. 3.1.1, gelten Gewässer, deren aktuelle Bachsohlenbreite 1.5m nicht überschreiten, als sehr kleine Fliessgewässer. Im Zweifelsfalle hat eine Verifizierung zusammen mit den Fachämtern im Rahmen einer Begehung zu erfolgen.

Im Erläuterungsbericht vom 20. Januar 2020 wurde in Ziff. 3.4 festgehalten, auf die Ausscheidung des Gewässerraumes werde i.S.v. Art. 41a Abs. 5 GSchV im Waldareal und bei den sehr kleinen Gewässern verzichtet, sofern keine überwiegenden Interessen ausgewiesen seien. Bei den Fliessgewässern nach Art. 41a Abs. 1 und Abs. 3 GSchV seien überwiegende Interessen ausgewiesen und die Gewässerräume würden in diesen Fällen auch bei sehr kleinen Gewässern ausgeschieden. In Ziff. 3.4.2 wurde auf das UWD-Merkblatt Festlegung GWR hingewiesen. Danach müssten die Gewässerräume der sehr kleinen Fliessgewässer, die eine Bachsohlenbreite von 1.5m nicht überschreiten würden, nicht festgelegt werden.

Im GRB Nr. 2020-503 (Erw. 5c) hat der Gemeinderat klargestellt, dass er im Hinblick auf die Ausscheidung der Gewässerräume gestützt auf das

UWD-Merkblatt Festlegung GWR Ziff. 2.11 auf die aktuelle (tatsächliche) Gerinnesohlenbreite abgestellt hat. (...).

8.3.4 Aufgrund der offenen Formulierung von 'sehr kleinen Gewässern' in Art. 41a Abs. 5 lit. d GSchV ist mit dem Regierungsrat zu halten, dass ein Verzicht auf die Festlegung des Gewässerraums gestützt auf Art. 41a Abs. 5 lit. d GSchV nicht nur bei Rinnsalen mit einer natürlichen Gerinnesohlenbreite von wenigen Zentimetern in Frage kommen kann (angefochtener RRB Nr. 297/2021 Erw. 3). Da der eidgenössische Verordnungsgeber bewusst zugunsten eines grösstmöglichen kantonalen Handlungsspielraumes auf eine abschliessende Festlegung der maximalen Gerinnesohlenbreite oder auf eine Referenzgrösse verzichtet hat, erweist sich die kantonale Auslegung einer maximalen Gerinnesohlenbreite von 1.5m für den Begriff "sehr klein" grundsätzlich als noch vertretbar. Dabei gilt es auch zu beachten, dass bei der Anwendung von unbestimmten Rechtsbegriffen nach herrschender Lehre unter Umständen (z.B. Technizität der Frage) eine gewisse Zurückhaltung bei der Überprüfung durch eine gerichtliche Instanz angezeigt ist (Häfelin/Müller/Uhlmann; Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl. 2020, Rz. 419 f.). (...).

8.3.5 Da der Begriff "sehr klein" im Kontext des gesamten Art. 41a GSchV zu interpretieren ist, sowie aus nachfolgenden Gründen kann dies jedoch nur für die natürliche Gerinnesohlenbreite gelten.

Die einfache, standardisierte Herleitung der natürlichen Gerinnesohlenbreite bei verbauten Fliessgewässern mittels der Korrekturfaktoren 1.5 resp. 2 (vgl. Urteile BGer 1C_453/2020 vom 21.9.2021 Erw. 5.3 f. und Erw. 6.4; 1C_15/2019 vom 13.12.2019 Erw. 2.1 [nicht publ. in BGE 146 II 134]) offenbart, dass - abstellend auf eine maximale aktuelle Gerinnesohlenbreite von 1.5m im Sinne des UWD-Merkblatts Festlegung GWR Ziff. 3.3.1 - ein Fliessgewässer selbst dann noch als "sehr klein" gelten kann, wenn dessen natürliche Gerinnesohlenbreite 2.25m oder gar 3.0m beträgt. Im Kontext von Art. 41a GSchV, insb. Abs. 1 lit. a, der in den betroffenen Schutzgebieten für Fliessgewässer von weniger als 1m natürlicher Gerinnesohlenbreite explizit einen Gewässerraum von mindestens 11m vorschreibt sowie Abs. 2 lit. a, der für Fliessgewässer von weniger als 2m natürlicher Gerinnesohlenbreite ebenfalls einen Gewässerraum von mindestens 11m verlangt, lässt sich ein Fliessgewässer mit einer hergeleiteten natürlichen Gerinnesohlenbreite von 2.25m oder gar 3.0m, dessen Gewässerraum nach den Vorschriften von Art. 41a Abs. 1 lit. b resp. Abs. 2 lit. b GSchV festzulegen ist, nicht mehr als sehr kleines Gewässer bezeichnen.

B 8.5

In diesem Zusammenhang ist auch darauf hinzuweisen, dass es das Bundesgericht im Urteil 1C_15/2019 vom 13. Dezember 2019 Erw. 6 (nicht publ. in BGE 146 II 134) bei einem auf der LK 25 verzeichneten 'Bächli' (gemäss Erw. 5: mit einer natürlichen Gerinnesohle mit ausgeprägter Breitenvariabilität von rund 0.8m) als fraglich erachtete, ob es sich bei diesem noch um ein sehr kleines Gewässer i.S.v. Art. 41a Abs. 5 lit. d GSchV handle. Das Bundesgericht konnte diese Frage jedoch offenlassen, weil es die umstrittene Ausscheidung des Gewässerraums (mit einer minimalen Gewässerraumbreite von 11m, dies auch im Bereich einer Eindolung) bei diesem 'Bächli' als "nicht zu beanstanden" beurteilte.

8.3.6 (...).

Demgemäss lässt sich auch bei verbauten und eingetieften oder begrügten Fliessgewässern mit eingeschränkter oder fehlender Breitenvariabilität, deren aktuelle Bachsohlenbreite 1.5m nicht überschreiten, die Ermittlung/Herleitung der natürlichen Breite der Gerinnesohlen nicht abstrakt vermeiden. Der bundesrechtskonforme Verzicht auf die Festlegung des Gewässerraums hat, wie die Festlegung desselben, grundsätzlich auf der Basis der natürlichen Gerinnesohlenbreite zu erfolgen.

(VGE III 2021 99 vom 23. Mai 2022).

8.5 Gewässerschutz

- Bauten im Gewässerschutzbereich können nur erteilt werden, wenn die Durchflusskapazität des Grundwassers um weniger als 10 % vermindert wird und private oder öffentliche Interessen entgegenstehende (Gewässerschutz-)Interessen überwiegen. Wird die Durchflusskapazität um mehr als 10 % vermindert, kann keine Bewilligung erteilt werden; eine Interessenabwägung erübrigt sich in diesem Fall.

Aus den Erwägungen:

5.3.2 Nach Anhang 4 Ziff. 211 Abs. 2 der Gewässerschutzverordnung (GSchV; SR 814.201) vom 28. Oktober 1998 dürfen im Gewässerschutzbereich A_v keine Anlagen erstellt werden, die unter dem mittleren Grundwasserspiegel liegen. Die Behörde kann Ausnahmen bewilligen, soweit die Durchflusskapazität des Grundwassers gegenüber dem unbeeinflussten Zustand um höchstens 10% vermindert wird. Dies steht im Einklang mit Art. 43 Abs. 4 des Bundesgesetzes über den Schutz der Gewässer

(GSchG; SR 814.20) vom 24. Januar 1991 (wonach Einbauten das Speichervolumen und den Durchfluss von nutzbaren Grundwasservorkommen nicht wesentlich und dauernd verringern dürfen) (vgl. Urteil BGer 1C_460/2020 vom 30.3.2021 i.Sa. S. vs. Gemeinderat Lachen Erw. 3.1 mit Hinweisen).

5.4 Bedarf eine Anlage oder Tätigkeit einer Bewilligung, müssen die Gesuchstellenden nachweisen, dass die Anforderungen zum Schutze der Gewässer erfüllt sind, und die dafür notwendigen Unterlagen (gegebenenfalls hydrogeologische Abklärungen) beibringen (Art. 32 Abs. 3 GSchV). Sie tragen mithin die Beweislast für die Erfüllung der gewässerschutzrechtlichen Anforderungen (vgl. Urteile BGer 1C_460/2020 vom 30.3.2021 Erw. 4.2.1; 1C_482/2012 vom 14.5.2014 Erw. 2.3).

5.5 Weder das Gesetz noch die Verordnung präzisieren die Kriterien ausdrücklich, nach denen sich die zuständige Behörde bei der Erteilung von Ausnahmbewilligungen im Sinne von Anhang 4 Ziff. 211 Abs. 2 GSchV zu richten hat. Da es sich um eine "Kann-Bestimmung" handelt, besteht im Gewässerschutzbereich A_u grundsätzlich kein Rechtsanspruch auf die Erteilung einer Bewilligung zur baulichen Unterschreitung des mittleren Grundwasserspiegels, die eine Verminderung der Durchflusskapazität mit sich bringt. Ob die Bewilligung erteilt wird, steht vielmehr im Ermessen der zuständigen Behörde (Urteil BGer 1C_460/2020 vom 30.3.2021 Erw. 4.2.2).

Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist mit Blick auf Anhang 4 Ziff. 211 Abs. 2 GSchV dabei vorab von Bedeutung, dass die Erteilung von Bewilligungen zur Verminderung der Durchflusskapazität 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. (...). 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 Durchflusskapazität die entgegenstehenden (Gewässerschutz-)Interessen überwiegen (vgl. Tschannen/Zimmerli/Müller, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl., Bern 2014, S. 430 Rz. 50). Aus gewässerschutzrechtlicher Sicht fällt dabei namentlich ins Gewicht, wie gross die Verminderung der Durchflusskapazität innerhalb der zulässigen Bandbreite von 10 Prozent tatsächlich ausfällt und ob ein unterirdisches Gewässer selbst oder bloss ein zu seinem Schutz notwendiges Randgebiet betroffen ist (vgl. Anhang 4 Ziff. 111 Abs. 1 GSchV). Aufseiten der Gesuchstellenden verdient Berücksichtigung, inwieweit die Verweigerung

B 8.5

einer Bewilligung eine sinnvolle, den übrigen (insbesondere raumplanerischen und umweltrechtlichen) Vorgaben entsprechende Nutzung ihres Grundeigentums erschweren würde (vgl. zum Ganzen Urteil BGer 1C_460/2020 vom 30.3.2021 Erw. 4.2.3 m.w.H.).

5.6 Im Kanton Schwyz ist das Amt für Umwelt und Energie (AUE) die kantonale Gewässerschutzfachstelle nach GSchG im Bereich des Grundwasserschutzes (vgl. § 15 Abs. 1 der Wasserverordnung [WRV; SRSZ 451.111] vom 23.6.2020) i.V.m. § 29 des Einführungsgesetzes zum Gewässerschutzgesetz [EGzGSchG; SRSZ 712.110] vom 19.4.2000). (...).

7.2.1 Das Gesetz (vgl. vorstehend Erw. 5.3.2) knüpft die Erteilung einer Ausnahmegewilligung ausdrücklich an eine gegenüber dem unbeeinflussten Zustand um höchstens 10 Prozent verminderte Durchflusskapazität. Mit keiner Berechnungsweise konnte eine Verminderung der Durchflusskapazität von 10% oder weniger ermittelt werden, dies sowohl für den Bereich der Etappe 2 allein wie auch im Verbund mit der Etappe 1 wie auch unter Berücksichtigung von in den Spundwänden zwecks Verbesserung des Durchflusses anzubringenden Löchern.

Damit erübrigt sich die vom Bundesgericht verlangte Interessenabwägung. Das Bundesgericht hat festgehalten (1C_460/2020 vom 30.3.2021 Erw. 4.2.3), dass für die Erteilung einer Bewilligung gemäss Anhang 4 Ziff. 211 Abs. 2 GSchV jedenfalls eine Interessenabwägung erforderlich ist. Dabei müssen die privaten und öffentlichen Interessen an einer Verminderung der Durchflusskapazität die entgegenstehenden (Gewässerschutz-)Interessen überwiegen. Aus gewässerschutzrechtlicher Sicht fällt namentlich ins Gewicht, wie gross die Verminderung der Durchflusskapazität innerhalb der zulässigen Bandbreite von 10 Prozent tatsächlich ausfällt und ob ein unterirdisches Gewässer selbst oder bloss ein zu seinem Schutz notwendiges Randgebiet betroffen ist. Dies heisst nichts anderes, als dass bei Überschreiten der Bandbreite von 10 Prozent eine - nur restriktiv zu gewährende (vgl. vorstehend Erw. 5.5) - Ausnahmegewilligung so oder anders nicht in Frage kommen kann. Soweit die Vorinstanzen (sinngemäß) die Auffassung vertreten, da die Grundwassermächtigkeit auch stärker als angenommen ausfallen könne, werde die 10 Prozent-Grenze eingehalten, greift sie zu Mutmassungen, die in den verschiedenen Berichten und Berechnungen keinen Widerhall finden.

(VGE III 2022 45 vom 22. Juli 2022).

11. Arbeitsvergaben (Submission)

11.1 Zuschlagskriterium Preis

- *Ist die für die Bewertung des Zuschlagskriteriums Preis anzuwendende Preiskurve im Zeitpunkt der Ausschreibung bekannt, ist sie mit der Ausschreibung bekannt zu geben. Erfolgt dies nicht, hat die Vergabebehörde den Beweis zu erbringen, dass die Preiskurve bereits vorlag.*
- *Wird die Preiskurve erst nachträglich festgelegt, hat dies aufgrund der effektiv eingegangenen Offerten zu geschehen.*
- *Kriterien für die korrekte Bewertung des Zuschlagskriteriums Preis.*

Aus den Erwägungen:

3.3.1 Die Zielsetzung eines jeden Preisbewertungssystems muss es sein, dafür zu sorgen, dass die zum Voraus bekannt gegebene Gewichtung des Zuschlagskriteriums Preis bei der konkreten Benotung effektiv zum Tragen kommt. Dies ist der Fall, wenn die Bewertung innerhalb der effektiven oder zumindest einer realistischen Preisspanne erfolgt. Wie bei den anderen Zuschlagskriterien ist Transparenz eine zentrale Voraussetzung dafür, dass der Anbieter erkennen kann, ob eine faire Bewertung seines (Preis-)Angebotes stattgefunden hat. Die vorgängige Gewichtung des Zuschlagskriteriums Preis ist eine notwendige, aber keine hinreichende Voraussetzung für die Gewährleistung der Transparenz (Galli/Moser/Lang/Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl., Zürich 2013, Rz. 898; VGE III 2019 72 vom 26.6.2019 Erw. 4.3.1).

Die Bedeutung des Preiskriteriums ergibt sich erst aus der prozentualen Gewichtung und der Bewertungsregel, nach welcher die eingereichten Angebote benotet werden. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts sind verschiedene Bewertungsformeln (Preiskurven) zulässig, sofern dem Preis zusammen mit der Gewichtung im Ergebnis genügend Bedeutung zukommt. Während bei der Beschaffung von standardisierten Gütern der Preis das allein massgebliche Kriterium bilden kann, kommt dem Preis zur Bestimmung des wirtschaftlich günstigsten Angebots bei der Beschaffung komplexer Werke oder Dienstleistungen regelmässig weniger Gewicht zu. Allerdings muss der Preis einer nachgesuchten Leistung auch bei komplexen Beschaffungen im Umfang von mindestens 20% Berücksichtigung finden. Zudem darf eine relativ geringe Gewichtung des Kriteriums Preis

B 11.1

durch die verwendete Bewertungsmethode nicht weiter abgeschwächt werden (vgl. BGE 143 II 553 Erw. 6.4; BGE 130 I 241 Erw. 6.1 und 6.3; BGE 129 I 313 Erw. 9.2; Urteil BGer 2P.230/2006 vom 5.3.2007 Erw. 4.1; Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 910). Ein Bewertungssystem, das den Abständen zwischen den einzelnen Preisofferten keine Rechnung trägt, erscheint willkürlich (vgl. Urteil BGer 2P.136/2006 vom 30.11.2006 Erw. 3.6). Das Transparenzgebot ist verletzt, wenn eine erst nach der Ausschreibung festgelegte flache Preiskurve zu einer starken Relativierung der Gewichtung des Preiskriteriums führt (vgl. BVR 2015 S. 564 Erw. 4.2; Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 884).

3.3.2 (Verweis auf die Rechtsprechung Urteil des BGer 2P.230/2006 vom 5. März 2007 und Urteil 2C_412/2007 vom 4. Dezember 2007).

3.3.3 Wenn das Benotungssystem nicht im Voraus bekannt gegeben wurde, darf der Anbieter nach Treu und Glauben davon ausgehen, dass die Vergabebehörde die Preiskurve nachträglich festgelegt hat. Fehlt eine vorgängige Bekanntgabe des Benotungssystems, wird indessen von der Vergabebehörde eine vorgängige Festsetzung der Preiskurve bzw. des Benotungssystems geltend gemacht, ist sie hierfür beweispflichtig. Wird die Preiskurve erst nachträglich festgelegt, hat sich die Vergabestelle grundsätzlich an die effektive Bandbreite der eingereichten Angebote zu halten. Damit wird im Normalfall erreicht, dass die festgelegte Gewichtung des Preises effektiv zum Tragen kommt (vgl. Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 901 ff.; VGE III 2019 72 vom 26.6.2019 Erw. 4.3.1; VGE III 2016 131 vom 29.8.2016 Erw. 2.6.2 erster Absatz).

In der kantonalen (schwyzerischen) Praxis wird eine lineare Beurteilung des Zuschlagskriteriums Preis empfohlen. Die Preiskurve ist dabei so festzulegen, dass sie einen realistischen Preisbereich abdeckt. Es ist also abzuschätzen, in welcher Preisspanne (Bandbreite) beim jeweiligen Projekt ernsthafte Angebote zu erwarten sind. Das preisgünstigste Angebot, das nicht offensichtlich unzulässig ist, erhält die beste Bewertung. Angebote ab dem Maximum der Bandbreite erhalten 0 Punkte respektive Negativpunkte. Es wird auch als zulässig erachtet, die Bandbreite erst nach dem Eingang der Offerten festzulegen. Alternative Preiskurven sind ebenfalls zulässig, sofern sie nachvollziehbar sind, den Geboten der Gleichbehandlung und der Nichtdiskriminierung entsprechen und die allgemeinen Grundsätze berücksichtigen (VGE III 2019 72 vom 26.6.2019 Erw. 4.3.2; VGE III 2016 131 vom 29.8.2016 Erw. 2.6.2 zweiter Absatz, je mit Hinweis auf das Handbuch öffentliches Beschaffungswesen im Kanton Schwyz Ziff. 6.4.4).

3.4.1 (...).

3.4.2 Das von der Vorinstanz gewählte Vorgehen, die mit der Formel für die Benotung der Angebotspreise gemäss dem Handbuch öffentliches Beschaffungswesen im Kanton Schwyz (Ziff. 6.4.4) berechneten Punkte innerhalb einer Skala von 1 bis 6 auf ganze Zahlen zu runden, führt einerseits dazu, dass eine Offerte, welche preislich lediglich geringfügig höher ausfällt als die günstigste Offerte (...) auf 5 Punkte (von 6 möglichen) abgerundet wird (vgl. Duplik vom 16.5.2022 Ziff. 2). Andererseits ist aber auch eine Offerte, welche gemäss der erwähnten Formel eine berechnete Punktezahl von 4.5 (von 6 möglichen) Punkten erreicht, mathematisch korrekt auf 5 Punkten aufzurunden und folglich ebenfalls mit 5 Punkten zu bewerten. Diese führt dazu, dass bei einer Preiskurve von 300%, wie sie von der Vorinstanz verwendet wurde (vgl. Erw. 3.2.5 hiervor; Erw. 3.4.3 hiernach) (...) sämtliche möglichen Angebote innerhalb einer Preisspanne zwischen 100% und 150% des günstigsten Angebots beim Kriterium Preis identisch mit jeweils 5 (von 6 möglichen) Punkten bewertet würden.

Ein Rundungsverfahren, das dazu führt, dass den Angebotspreisen und deren Abständen über eine derartige Preisspanne keinerlei Bedeutung zukommt, erweist sich als willkürlich (vgl. Urteil BGer 2P.136/2006 vom 30.11.2006 Erw. 3.6; Erw. 3.3.1 hiervor).

Anzufügen ist, dass aus dem bekannt gegebenen "leeren" Beurteilungsraster, und der dortigen Bewertungsskala (vgl. Erw. 3.1 hiervor) keineswegs zu schliessen war, dass die Bewertung der Angebotspreise - in willkürlicher Veränderung der im Voraus festgelegten Gewichtung - bei einer Skala von nur 1 bis 6 Punkten auf ganze Punkte gerundet werden würde. Der Vermerk unter dem Zuschlagskriterium Ziff. 1.2 (Kosten): "Beurteilung der Kosten (linear; gemäss kantonalen Vorgaben)" schliesst eine Rundung der linear errechneten Benotung auf ganze Zahlen bei derart enger Punkteskala vielmehr geradezu aus.

3.4.3 Die Vorinstanz hat für die Benotung der Angebotspreis eine Preiskurve von 300% gewählt, womit der Preis, bei welchem die Preiskurve den Nullpunkt schneidet, 300% des günstigsten Angebots (...) beträgt (vgl. Stellungnahme vom 30.3.2022, ad 7.2.1 S. 1 f.). Das hat zur Folge, dass die teuerste Offerte der Drittanbieterin, welche (...) rund 22% über der günstigsten liegt (falls Offerte inkl. MwSt), beim Kriterium Preis (ohne Rundung auf ganze Zahlen) noch 5.327 von 6 möglichen Punkten (gewichtet 1.6 von 1.8 möglichen Punkten) erzielt. Die (...) rund 13% teurere Offerte der Zuschlagsempfängerin erzielt beim Kriterium Preis (ohne Rundung auf ganze Zahlen) 5.604 Punkte (gewichtet 1.7 von 1.8 möglichen Punkten).

B 11.1

Es handelt sich mithin um eine extrem flache Preiskurve, mit welcher das Kriterium des Preises - dem mit 30% zum Vornherein nur ein verhältnismässig geringes Gewicht zukommt - zusätzlich stark abgeschwächt wird, was zu einer wesentlichen Relativierung und damit zu einer Verfälschung dieser bereits geringen Gewichtung führt (vgl. Erw. 3.3.1 f. hiervor; Urteil BGer 2P.230/2006 vom 5.3.2007 Erw. 4.2).

3.4.4 Gemäss den Ausführungen in der Duplik vom 16. Mai 2022 (Ziff. 2) wurde die Preiskurve im Voraus festgelegt. Ungeachtet der angeführten Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts (vgl. Erw. 3.3.3 hiervor), wonach die Vergabebehörde beweispflichtig ist, wenn sie - trotz fehlender vorgängiger Bekanntgabe des Benotungssystems - eine vorgängige Festsetzung der Preiskurve bzw. des Benotungssystems geltend macht, sowie der Aufforderung im Zwischenbescheid III 2022 44 vom 11. März 2022 Erw. 7.2.1, dem Gericht die durchgeführte Bewertung so rasch als möglich nachvollziehbar aufzuzeigen, hat sich die Vorinstanz mit der blossen Behauptung in der Duplik vom 16. Mai 2022 beschieden, die Preiskurve im Voraus festgelegt zu haben. Damit hat sie weder den erforderlichen Beweis erbracht noch in nachvollziehbarer Weise aufgezeigt, weswegen sie - insbesondere vor dem Hintergrund der relativ geringen Gewichtung des Kriteriums Preis (vgl. Erw. 3.3.1 zweiter Absatz hiervor) - eine derart ungewöhnlich flache Preiskurve gewählt und zugleich auf deren Bekanntgabe verzichtet hat (vgl. auch Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 891, wonach die Vergabebehörde ihr Ermessen überschreitet, wenn sie die Wahl einer ungewöhnlichen Preisspanne nicht plausibel begründet).

In Anbetracht der dargelegten Umstände erscheint es sowohl vor dem Hintergrund der angeführten Rechtsprechung des Bundesgerichts zur Abschwächung einer relativ geringen Gewichtung des Kriteriums Preis durch die verwendete Bewertungsmethode (vgl. Erw. 3.3.1 f.), als auch der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts, wenn das Benotungssystem nicht im Voraus bekannt gegeben wurde (vgl. Erw. 3.3.3 hiervor), in casu schlechterdings unumgänglich (vgl. Erw. 3.3.2 in finde), die von der Vergabebehörde verwendete, überaus flache Preiskurve zu korrigieren.

3.4.5 Nachdem die Vorinstanz den Beweis nicht erbracht hat, dass die nicht bekannt gegebene Preiskurve vorgängig festgesetzt wurde, muss von einer nachträglich festgelegten Preiskurve ausgegangen werden, bei welcher sich die Vergabestelle grundsätzlich an die effektive Bandbreite der eingereichten Angebote zu halten hat (Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 901 ff.; Erw. 3.3.3 hiervor). Und gerade weil die Preiskurve nicht bekannt gegeben, aber auf "kantonale Vorgaben" verwiesen wurde, durften die Anbieter nach Treu und Glauben davon ausgehen, dass die Preiskurve

anhand der Bandbreite der eingegangenen Offerten festgelegt werde. Die bewerteten Offerten bewegen sich in einer Bandbreite von Fr. (...) (Beschwerdeführerin) bis Fr. (...) (Drittanbieterin; mit Unklarheit betr. MwSt). Die Offerten der ausgeschlossenen Drittanbieter reihen sich preislich deutlich unterhalb der teuersten Offerte ein (vgl. Erw. 3.2.2 und 3.4.3 hiervor).

Kalkuliert man angesichts des Umstandes, dass die Offerte der Drittanbieterin keine Angaben bezüglich MwSt enthält, (...) noch 7.7% MwSt ein, so liegt die teuerste Offerte (...) knapp 32% über der günstigsten Offerte. Damit wäre eine realistische Preiskurve mit einem Nullpunkt im Bereich von 35% über dem tiefsten Preis sachgerecht gewesen, womit die Offerte der Zuschlagsempfängerin, welche (...) rund 13% über der günstigsten liegt, beim Kriterium Preis (ohne Rundung auf ganze Zahlen) noch 3.736 (gewichtet 1.12) Punkte erzielen würde.

Wird im Sinne einer Rechtskontrolle ohne Überprüfung der Angemessenheit, welche dem Ermessensspielraum der Vergabebehörde auch bei nachträglicher Festlegung der Preiskurve Rechnung trägt, indes von einer grösseren Bandbreite, mit einem Nullpunkt bei 50% über dem tiefsten Preis ausgegangen (vgl. dazu Urteil BGer 2C_979/2018 vom 22.1.2020 Erw. 5.1.3 und 5.3.1 [nicht publ. in BGE 146 II 276]; Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 903), so erzielt die Offerte der Zuschlagsempfängerin, welche (...) rund 13% über der günstigsten liegt, beim Kriterium Preis (ohne Rundung auf ganze Zahlen) noch 4.415 (gewichtet 1.33) Punkte.

Bereits diese Benotung des Angebotspreises der Zuschlagsempfängerin anhand einer Preiskurve - bei welcher die berücksichtigte Bandbreite noch immer relativ deutlich über der effektiven Bandbreite der eingereichten Angebote liegt - führt beim Kriterium Preis der Zuschlagsempfängerin zu einer Korrektur der gewichteten Punkte um 0.17 Punkte (1.33 statt 1.5) und zeitigt die Auswirkung, dass das Total ihrer gewichteten Punktedurchschnitte 5.43 (statt 5.6) beträgt, womit neu die Beschwerdeführerin mit 5.47 Punkten auf dem 1. Platz rangiert und die Zuschlagsempfängerin auf dem 2. Platz. Für die Drittanbieterin hat eine geringere Anzahl (gewichtete) Punkte beim Kriterium Preis keine Auswirkung auf die Rangierung.

(VGE III 2022 27 vom 23. Juni 2022).

B 11.2

11.2 Beschaffung durch mehrere Gemeinden

- Führen mehrere Gemeinden eine öffentliche Beschaffung gemeinsam durch, können sie - vorbehältlich anderslautender Regelung - nur gemeinsam verfügen, so namentlich auch über den Verfahrensabbruch.

Aus dem Sachverhalt:

Der Bezirk A. und die Gemeinden B., C. und D. als Auftraggeber schrieben gemeinsam die Kehrrechtsammlung auf ihrem Gebiet im offenen, dem Staatsvertragsbereich unterliegenden Verfahren aus. Während des Verfahrens entschied der Bezirksrat A., das Ausschreibungsverfahren von Seiten Bezirk A. abzubrechen. Gegen diesen Beschluss erhob ein Offertsteller Beschwerde.

Aus den Erwägungen:

3. Gemäss § 35 Abs. 1 der Verordnung zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (VIVöB; SRSZ 430.130) vom 15. Dezember 2004 kann die Auftraggeberin oder der Auftraggeber das Verfahren aus wichtigen Gründen abbrechen oder wiederholen, namentlich wenn:

- a) kein Angebot eingereicht wurde, das die in der Ausschreibung und in den Ausschreibungsunterlagen festgelegten Kriterien und technischen Anforderungen erfüllt;
- b) auf Grund veränderter Rahmen- oder Randbedingungen günstigere Angebote zu erwarten sind;
- c) die eingereichten Angebote keinen wirksamen Wettbewerb garantieren;
- d) eine wesentliche Änderung der nachgefragten Leistung erforderlich wurde.

Abbruch und Wiederholung des Verfahrens werden den Anbieterinnen und Anbietern gemäss § 35 Abs. 2 VIVöB mit Verfügung mitgeteilt sowie im offenen und im selektiven Verfahren nach den Vorschriften über die Ausschreibung publiziert.

Das kantonale Recht sieht nach dem Gesagten keinen abschliessenden Katalog von Gründen vor, welche einen Verfahrensabbruch zu rechtfertigen vermögen. Es setzt allerdings explizit das Vorliegen eines wichtigen Grundes voraus, was Art. 13 lit. i Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB; SRSZ 430.120.1) vom 25. November 1994/15. März 2001 ausdrücklich so verlangt (anders die revidierte

IVöB vom 15.11.2019, welche in Art. 43 für einen Abbruch neu hinreichend sachliche Gründe verlangt). Ein wichtiger Grund liegt namentlich dann vor, wenn die Umstände bei objektiver Betrachtung eine Weiterführung des Submissionsverfahrens unzumutbar erscheinen lassen (Handbuch öffentliches Beschaffungswesen im Kanton Schwyz, 2011, Kap. 9.4). (...). Da sich das Verwaltungshandeln immer nach dem öffentlichen Interesse zu richten hat (Art. 5 Abs. 2 BV), muss ein Verfahrensabbruch generell im öffentlichen Interessen liegen.

Ist das Vergabeverfahren einmal eingeleitet, so kann es nur durch Zuschlagserteilung oder Abbruch wieder beendet werden (Beyeler, Überlegungen zum Abbruch von Vergabeverfahren, AJP 2005 S. 785 m.H.).

4.1 Vorliegend stellt sich vorab - losgelöst vom Vorliegen eines wichtigen Grundes - die Frage, ob der Bezirksrat A. den Abbruch des Verfahrens alleine für sich bzw. alleine auch für die weiteren beteiligten Gemeinwesen abrechnen konnte. Entgegen der sinngemässen Ansicht des Bezirkesrates liegt bezüglich Abbruch kein übereinstimmender Beschluss vor. Die am Verfahren beteiligten Gemeinderäte B., C. und D. haben bis anhin formell keinen Abbruch des Verfahrens verfügt und sie haben sich vernehmlassend auch nicht in dieser Hinsicht geäußert.

4.2 Der Bezirk A. und die Gemeinden B., C. und D. haben 1977 einen Zusammenarbeitsvertrag abgeschlossen, welcher den Titel "Pflichtenheft der Kehrichtkommission Region A." trägt.

In Art. 1 wird festgehalten, dass die vier beteiligten Gemeinwesen eine gemeinsame Kommission unter der Bezeichnung "Kehrichtkommission Region A." bestellen.

Aufgabe dieser Kommission ist gemäss Art. 2 des Vertrages, die Kehrichtabfuhr gemeinsam zu organisieren und sie möglichst wirtschaftlich abzuwickeln. Gemäss Art. 3 Abs. 1 ist die Kommission dafür besorgt, für den Bezirk und die beteiligten Gemeinden einen Vertrag im Sinne von Art. 2 mit einer geeigneten Unternehmung auszuhandeln, welche den Anforderungen des Bezirkes und der beteiligten Gemeinden entspricht und eine reibungslose Kehrichtabfuhr gewährleistet. Gemäss Art. 3 Abs. 2 des Vertrages bedürfen die von der Kommission ausgehandelten Verträge zu ihrer Rechtsgültigkeit der Zustimmung des Bezirkesrates resp. der beteiligten Gemeinderäte.

Es ist vorliegend unbestritten, dass die Kehrichtkommission selber kein Vergabeverfahren durchführen und keinen Zuschlag für Aufträge im Zusammenhang mit der Kehrichtabfuhr erteilen kann, sondern dass die diesbezügliche Kompetenz weiterhin bei den Exekutiven der beteiligten Gemeinwesen liegt. In der Ausschreibung werden denn als Auftraggeber auch

B 11.2

korrekt der Bezirk A. sowie die Gemeinden B., C. und D. genannt. In der Ausschreibung wurde kein Vorbehalt angebracht, wonach sich allenfalls nicht alle Auftraggeber an der Beschaffung beteiligen werden. Vielmehr wurde mit der gemeinsamen Ausschreibung bezweckt, die Kehrriechtsammlung gemeinsam zu beschaffen.

4.3 Lancieren mehrere Gemeinwesen zusammen eine Beschaffung gemeinsam, so liegt diesbezüglich ein Zusammenarbeitsvertrag vor, unabhängig davon, ob dieser Vertrag durch formlose Willenskundgabe oder schriftlich vereinbart wurde.

Gemäss § 77 Abs. 1 des Gesetzes über die Organisation der Gemeinden und Bezirke (Gemeindeorganisationsgesetz, GOG; SRSZ 152.100) vom 25. Oktober 2017 erfüllen die Gemeinden ihre öffentlichen Aufgaben selbst, übertragen sie einem Dritten oder arbeiten mit anderen Gemeinden zusammen (§ 77 Abs. 1 GOG). Diesbezüglich werden sie u.a. ermächtigt, mit anderen Gemeinden die gemeinsame Aufgabenerfüllung zu vereinbaren (Zusammenarbeit, § 77 Abs. 2 lit. c GOG). Der Zusammenarbeitsvertrag zwischen verschiedenen Gemeinwesen zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben wird im kantonalen Recht nur rudimentär geregelt. Gemäss § 82 Abs. 1 GOG sind die Gemeinden befugt, durch Zusammenarbeitsvertrag die gemeinsame Erfüllung öffentlicher Aufgaben zu vereinbaren oder sie können damit eine Gemeinde mit der Erfüllung öffentlicher Aufgaben für andere Gemeinden beauftragen. Gemäss § 82 Abs. 2 GOG werden Zusammenarbeitsverträge durch die Gemeinderäte der beteiligten Gemeinden abgeschlossen. Weitere formelle Anforderungen an den Zusammenarbeitsvertrag bestehen nicht. Im Unterschied zum Zweckverband und zur gemeinsamen Einrichtung, die ebenfalls auf einer Vereinbarung zwischen zwei oder mehreren Gemeinden beruhen, wird hier die Aufgabenerfüllung nicht einem eigenen Rechtsträger übertragen (vgl. Gemeindeorganisationsgesetz: Totalrevision, Bericht und Vorlage des Regierungsrates an den Kantonsrat, RRB Nr. 495/2017 v. 27.6.2017, S. 32).

4.4 Der Zusammenarbeitsvertrag ist ein öffentlich-rechtlicher Vertrag. Die Vertragsparteien erfüllen - wie bereits erwähnt - die vereinbarte Aufgabe gemeinsam. Damit wird eine öffentlich-rechtliche einfache Gesellschaft geschaffen (Jaag, in: Jaag/Rüssli/Jenni, Kommentar zum Zürcher Gemeindegesetz, § 72 Rz. 3; Gemeindeamt Kanton Zürich, Leitfaden Zusammenarbeitsvertrag, Oktober 2018, S. 1). Vorliegend bilden die vier Gemeinwesen eine einfache Gesellschaft mit dem Zweck, die Submission der Kehrriechtsammlung gemeinsam durchzuführen und einen gemeinsamen Zuschlag zu erteilen.

Eine einfache Gesellschaft ist keine juristische Person; sie hat keine Rechtspersönlichkeit, keine Organe und kein eigenes Vermögen. Entsprechend müssen die Legislativ-, Exekutiv- und Kontrollfunktionen durch die Organe der beteiligten Gemeinden wahrgenommen werden. Soweit im Zusammenarbeitsvertrag nichts Anderes vereinbart wurde, sind die einzelnen Gesellschafter - hier also die Gemeinden - gleichberechtigte Partner, die einstimmig Beschluss fassen. Die einfache Gesellschaft, gebildet aus mehreren Gemeinden, kann nicht als solche verfügen. Eine Entscheidung kommt mithin nur zustande, wenn entsprechend den - analog anwendbaren - Vorschriften über die einfache Gesellschaft (Art. 530 ff. des Bundesgesetzes betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches [Fünfter Teil: Obligationenrecht] [OR; SR 220] vom 30.3.1911) in jeder Gemeinde das zuständige Organ zustimmt, soweit nicht im Zusammenarbeitsvertrag etwas Anderes bestimmt wird (vgl. Jaag, a.a.O., § 72 Rz. 4; Beyeler, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, Rz. 76 Fn 66 und Rz. 181; Leitfadens Zusammenarbeitsvertrag, a.a.O., S. 1 und 6). Stimmt mithin ein Gesellschafter nicht zu, kommt der Beschluss nicht zustande. Ebenso wenig kann - vorbehältlich anderslautender Vereinbarung - nur ein Gesellschafter alleine für alle beschliessen.

Das Erfordernis einstimmiger Beschlussfassung kann die Entscheidungsfindung blockieren und damit die Funktionsfähigkeit der einfachen Gesellschaft beeinträchtigen. Die Gesellschafter sind daher verpflichtet, an der Beschlussfassung mitzuwirken. Scheitern die Gesellschafter endgültig am Einstimmigkeitsprinzip, bleibt nur die Auflösung und Liquidation der Gesellschaft. Als Auflösungsgrund gilt denn u.a. auch die objektive nachträgliche Unmöglichkeit der Zweckerreichung. Unmöglichkeit ist nach Ansicht des BGer u.a. auch gegeben, wenn die Gesellschafter aufgrund interner Differenzen endgültig keinen gültigen Gesellschaftsbeschluss mehr zustande bringen (BGE 110 II 287). Weil diesfalls die Gesellschaft ohne Beschlussfassung eo ipso wegen Unmöglichkeit der Zweckerreichung aufgelöst wird, muss namentlich die Unmöglichkeit definitiv und offensichtlich sein, eine blosser Wahrscheinlichkeit genügt nicht. Dementsprechend dürften interne Differenzen fast nie zur Auflösung eo ipso führen (BSK OR II-Staehelin, Art. 545/546 N 8 mit weiteren Hinweisen). Für den Schaden, der durch eine offensichtlich gegen die Gesellschaftsinteressen gerichtete Obstruktion entsteht, können die Mitgesellschafter den Verantwortlichen haftbar machen (Müller, in: Kren Kostkiewicz/Wolf/Amstutz/Fankhauser, Kommentar OR, 2016 Art. 534 Rz. 4 m.H.).

Neben der Auflösung der Gesellschaft eo ipso infolge Zweckerreichung oder Unmöglichkeit der Zweckerreichung kann die Gesellschaft auch durch Kündigung vonseiten eines Gesellschafters erfolgen, wenn eine solche im Gesellschaftsvertrag vorbehalten oder wenn die Gesellschaft auf

B 11.2

unbestimmte Dauer oder auf Lebenszeit eines Gesellschafters eingegangen worden ist (Art. 545 Abs. 1 Ziff. 6 OR). Vorliegend haben die beteiligten vier Gemeinwesen eine öffentlich-rechtliche einfache Gesellschaft mit dem Zweck der gemeinsamen Submission der Kehrrechtsammlung auf ihrem Gebiet gebildet. Der Zweck ist mit der Zuschlagserteilung erreicht, worauf die Gesellschaft eo ipso aufgelöst wird. Diese klare Zweckdefinition kommt einer vertraglichen Mindestdauer der Gesellschaft gleich, was eine Kündigung durch einen Gesellschafter während dieser Mindestdauer ausschliesst, falls dieses Recht nicht ausdrücklich vereinbart wurde (vgl. Urteil BGer 4C.447/1999 vom 9.3.2000 Erw. 2a/aa; BSK OR II-Staehelin, Art. 545/546 N 26).

Ist die Kündigung während der Mindestdauer (d.h. bis zur Zweckerreichung) durch einen Gesellschafter ausgeschlossen, kommt für die Auflösung somit nur noch die nachträgliche Unmöglichkeit der Zweckerreichung sowie die Kündigung aus wichtigen Gründen in Frage (oder ein übereinstimmender Auflösungsbeschluss aller sowie die Klage eines Gesellschafters auf Auflösung aus wichtigem Grunde gemäss Art. 545 Abs. 1 Ziff. 7 OR, was beides unbestrittenermassen nicht vorliegt). Ist einem Gesellschafter der Verbleib in der Gesellschaft absolut nicht mehr zuzumuten, so kann er nach Staehelin die Gesellschaft, ohne dass dies im OR erwähnt wäre, gestützt auf Art. 27 Abs. 2 ZGB fristlos kündigen (vgl. BSK OR II-Staehelin, Art. 545/546 N 29; das BGer hat im Urteil 5A_679/2016 vom 17.3.2017 Erw. 8 die Frage der Zulässigkeit dieser Möglichkeit offengelassen). Bei den Gründen, welche die Unzumutbarkeit begründen, muss es sich auf jeden Fall um gravierende und dringende handeln, um Gründe, welche über das Klagerecht nach Art 545 Abs.1 Ziff. 7 OR hinausgehen.

4.5 Nach dem Gesagten ist somit sowohl für den Abbruch eines von mehreren Gemeinwesen gemeinsam durchgeführten Submissionsverfahrens als auch für den Zuschlag ein zustimmender Beschluss des zuständigen Organs jedes beteiligten Gemeinwesens erforderlich, andernfalls kommt der entsprechende Beschluss nicht zustande. Ein Gemeinwesen kann mithin nicht einzeln den Zuschlag oder den Abbruch des Verfahrens verfügen (vgl. dazu analog für die interkantonale Zusammenarbeit: Leitfaden für interkantonale Submissionen der Zentralschweizer Baudirektorenkonferenz vom 7.6.2006, Lit. C 1.3).

Entsprechend kann der Bezirksrat A. das gemeinsam eingeleitete Submissionsverfahren nicht durch individuellen Beschluss - auch nicht für sich selber - abbrechen. Dazu wäre vielmehr der einstimmige Beschluss sämtlicher an der Ausschreibung beteiligter Gemeinwesen erforderlich. Dem Bezirksrat A. kommt diesbezüglich auch nicht die Kompetenz zu, als

Stellvertreter für die übrigen Gemeindeorgane zu handeln. Entsprechendes wurde unstreitig nicht vereinbart und eine Vertretungsmacht steht den einzelnen Gesellschaftern auch von Gesetzes wegen nicht zu (vgl. Art. 543 OR; Müller, a.a.O., Art. 543 Rz. 8).

Die Beschwerdeführerin und die E. AG stellen im Übrigen zu Recht in Frage, ob eine - angeblich - fehlende Einigung über den Zuschlag einen wichtigen Grund im Sinne von § 35 VIVöB zum Abbruch des Verfahrens darstellen würde. Der Zuschlag hat, nach Klärung der Eignungskriterien, gestützt auf die festgesetzten Zuschlags- und Unterkriterien (samt Gewichtung) für die Beurteilung des wirtschaftlich günstigsten Angebots zu erfolgen: Das der Vergabestellen zustehende Ermessen bei der Bestimmung des auszuwählenden Angebots ist insoweit eingeschränkt (vgl. Galli/Moser/Lang/Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, Rz. 859). Auch der Ausschluss eines Anbietenden vom Submissionsverfahren stellt bei gegebenen Voraussetzungen grundsätzlich eine Pflicht der Vergabebehörde dar und liegt nicht in deren Ermessen (vgl. Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 435). Eignungskriterien sind im Normalfall Ausschlusskriterien, die entweder erfüllt oder nicht erfüllt sind; das Vorliegen der geforderten Eignung führt grundsätzlich zur Zulassung, deren Fehlen zum Ausschluss vom Verfahren. Erfüllt ein Bewerber die bei einem Eignungskriterium gestellten Mindestanforderungen nicht, so muss er als ungeeignet ausgeschlossen werden (Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 603; § 26 Abs. 1 lit. a VIVöB). Bei Berücksichtigung der entsprechenden rechtlichen Vorgaben drängt sich mithin in der Regel nach korrekt durchgeführter Auswertung der Angebote ein übereinstimmender Vergabebeschluss sämtlicher beteiligter Gemeinwesen auf. Von daher stellt der Umstand, dass - bis anhin - nicht alle zuständigen Organe der beteiligten Gemeinwesen einen übereinstimmenden Beschluss gefasst haben, für sich allein in der Regel keinen wichtigen Grund für den Abbruch des Verfahrens dar.

Es kommt in casu hinzu, dass eine Verfahrenswiederholung oder Neudurchführung des Submissionsverfahrens bei dieser Ausgangslage und prima vista zu keinen geänderten Verhältnissen führen würde. Es ist insbesondere nicht ersichtlich und wird auch nicht geltend gemacht, dass wesentliche Änderungen der Beschaffung erforderlich wären oder aufgrund veränderter Rahmenbedingungen mit günstigeren Angeboten zu rechnen wäre. Es ist mithin nicht ersichtlich, dass der Verfahrensabbruch im jetzigen Zeitpunkt im öffentlichen Interesse liegt.

4.6 Der Bezirk A. kann aber nicht nur den Verfahrensabbruch nicht allein beschliessen. Es ist ihm im Rahmen der auf die Mindestdauer der

B 11.2

Zweckerreichung (gemeinsame Zuschlagserteilung) geschaffenen einfachen Gesellschaft ohne explizit vereinbartem bzw. vorbehaltenem Kündigungsrecht nach dem Gesagten auch nicht möglich, den Vertrag einseitig zu kündigen. Entgegen der Darstellung des Bezirks A. kann aus den Akten - und namentlich auch aus den Eingaben der andern Vorinstanzen - auch nicht der Schluss gezogen werden, dass es unmöglich ist, gemeinsam noch eine Einigung zu finden und den Gesellschaftszweck noch zu erreichen. Mithin liegt auch - noch - keine nachträgliche Unmöglichkeit vor, den Gesellschaftszweck zu erreichen (was zur Auflösung der Gesellschaft eo ipso und damit zum Verfahrensabbruch führen würde). Ebenso wenig ist ersichtlich, dass dringliche, gravierende Gründe vorlägen, welche dem Bezirk A. eine Kündigung aus wichtigem Grunde aufdrängen würden. Allerdings hat der Bezirk mit dem angefochtenen Beschluss ohnehin nicht die Kündigung der gemeinsamen Durchführung der Submission entschieden, sondern am Beschluss zur gemeinsamen Durchführung der Beschaffung zumindest vorerst festgehalten. Der verfügte Abbruch der Submission durch ein einzelnes beteiligtes Gemeinwesen könnte mithin auch gar nicht als Kündigung der Zusammenarbeit bei der Beschaffung qualifiziert und auch unter diesem Titel nicht geschützt werden.

4.7 Damit steht zusammenfassend fest, dass der Bezirk A. nicht unilateral den Abbruch des gemeinsamen Submissionsverfahrens beschliessen konnte. Der angefochtene Beschluss Nr. 2022.48 vom 24. Februar 2022, mit welchem der Bezirksrat A. den Verfahrensabbruch beschloss ist damit antragsgemäss aufzuheben. Das strittige Submissionsverfahren ist nach wie vor hängig und durch die vier beteiligten Gemeinwesen ordentlich zum Abschluss zu bringen.

Entgegen der Ansicht des Bezirksrates A. wird der Bezirk dadurch nicht zur Durchführung einer Beschaffung gezwungen. Wie bereits erwähnt, besteht einerseits die Möglichkeit zur Auflösung des Zusammenarbeitsvertrages, sei es durch übereinstimmenden Beschluss oder sei es durch objektive Unmöglichkeit, den Zweck zu erreichen oder ggf. durch Nachweis der Unzumutbarkeit des Weiterbestandes (was alles zum Verfahrensabbruch führt). Andererseits ist die Kehrrechtsammlung eine kommunale Aufgabe, welcher der Bezirk nachzukommen hat (§ 10 Abs. 2 des Einführungsgesetzes zum Umweltschutzgesetz [EGzUSG; SRSZ 711.110] vom 24.5.2000). Auch wird die Gemeindeautonomie durch diesen Entscheid nicht betroffen. Der Bezirk A. hat sich freiwillig mit den Gemeinden B., C. und D. zur gemeinsamen Beschaffung einer öffentlichen Dienstleistung zusammengeschlossen. Bezüglich der Rechtsfolgen der in Zusammenarbeit durchgeführten Beschaffung ist der Bezirk nicht autonom.

(VGE III 2022 47 vom 29. August 2022).

18. Verschiedenes

18.1 Wegrodel

- *Betreffend Abrufung, Verlegung oder Änderung eines vom WegrodelG betroffenen Weges ist gemäss Rechtsprechung die Widerrufsregelung nach § 34 VRP analog heranzuziehen.*
- *Ob ein Privater Anspruch auf Beurteilung seines Gesuchs auf Abänderung des Wegrodels hat, richtet sich ebenfalls nach § 34 VRP.*
- *Tritt die Behörde auf das Gesuch ein (oder prüft sie eine Anpassung des Wegrodels von Amtes wegen), hat sie die Änderung vor ihrem Beschluss in der Sache zu publizieren.*
- *Lehnt die Behörde das Gesuch ohne Publikation ab, ist der Beschluss nichtig.*

Aus dem Sachverhalt:

Die Beschwerdeführer ersuchten den Bezirksrat um Änderung des Wegrodels, indem ein Weg neu als Fussweg (eventualiter Fuss- und Veloweg) und nicht mehr als Fahrweg aufzuführen sei. Der Bezirksrat trat auf das Gesuch ein und lehnte es ohne vorgängige Publikation ab.

Aus den Erwägungen:

1.1.1 Der Regierungsrat hat im angefochtenen RRB u.a. festgehalten, dass der Bezirksrat das Gesuch der Beschwerdeführerinnen vom 25. November 2020 nicht publiziert habe und damit das von § 13 Abs. 2 des Gesetzes über die öffentlichen Wege mit privater Unterhaltungspflicht (Wegrodelgesetz, WegrodelG; SRSZ 443.110) vom 26. Februar 1958 geforderte Publikations- und Einspracheverfahren nicht durchgeführt habe. Die öffentliche Publikation mit anschliessender Einsprachemöglichkeit sei jedoch erforderlich gewesen. Der Bezirksrat habe somit einen Verfahrensfehler begangen, welchen der Regierungsrat als Rechtsmittelinstanz grundsätzlich nicht beheben könne. Grundsätzlich sei die Sache zur korrekten Durchführung des Verfahrens gemäss § 13 WegrodelG an den Bezirksrat zurückzuweisen. Der Bezirksrat habe das Gesuch der Beschwerdeführerinnen um Abrufung des Fahrwegrechts in Bezug auf den Motorfahrzeugverkehr indes abgewiesen. Soweit der angefochtene Beschluss des

B 18.1

Bezirksrates inhaltlich korrekt sei, könne auf eine Rückweisung an die Vorinstanz zur korrekten Durchführung des Auflage- und Einspracheverfahrens verzichtet werden, denn dadurch entstünden den umliegenden Anstössern des D.__(Weg) keine Rechtsnachteile. Die Rückweisung an den Bezirksrat würde in diesem Fall lediglich zu einem formellen Leerlauf führen. Der Regierungsrat hat in der Folge geprüft, ob der angefochtene Bezirksratsbeschluss inhaltlich rechtens ist.
(...).

1.2 Die öffentlichen Wege mit privater Unterhaltspflicht werden im entsprechenden kantonalen Wegrodelgesetz geregelt. Als öffentliche Wege im Sinne dieses Gesetzes gelten allgemeine Fahrwege, beschränkte und unbeschränkte Viehfahrwege, Winterfahrwege, Fusswege und Reistwege, die dem Gemeingebrauch gewidmet sind und deren Unterhalt Privaten obliegt (§ 1 Abs. 2 WegrodelG). Die Widmung zum Gemeingebrauch und ihre Aufhebung steht dem Gemeinderat zu (§ 3 Abs. 1 WegrodelG). Gemäss § 12 Abs. 1 WegrodelG sind die Verzeichnisse nachzuführen, wenn öffentliche Wege mit privater Unterhaltspflicht entweder neu hinzu oder infolge Abrufung in Wegfall kommen oder in ihrem Charakter geändert werden. Gemäss § 13 Abs. 1 WegrodelG entscheidet der Gemeinderat über Abrufung oder Verlegung oder Änderung solcher Wege. Das Verfahren hat nach § 13 Abs. 2 WegrodelG zu erfolgen.

1.3 Über die Voraussetzungen für die Abrufung, Verlegung oder Änderung eines vom WegrodelG betroffenen Weges äussert sich das Gesetz nicht, weshalb gemäss ständiger Rechtsprechung die Widerrufsregelung nach § 34 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes (VRP; SRSZ 234.110) vom 6. Juni 1974 herangezogen wird (VGE III 2016 2+3 vom 26.10.2016 Erw. 4.2; VGE III 2015 33 vom 26.8.2015 Erw. 1.3.3; III 2013 27 vom 25.9.2013 Erw. 4.2 [EGV 2013 Nr. 8.11]; III 2011 68 vom 6.10.2011 Erw. 3, III 2009 84 vom 20.1.2010 Erw. 3.1, je mit Hinweisen). Danach setzt eine Abrufung voraus, dass sich die Verhältnisse geändert haben oder erhebliche öffentliche Interessen eine Abrufung erfordern und dabei der Grundsatz von Treu und Glauben nicht verletzt wird (vgl. § 34 Abs. 1 VRP). Wie beim Zusammenlegen verschiedener Wege sind analog auch bei der Abrufung die Bequemlichkeit und die Interessen der Anstösser, welche auf die Wege angewiesen sind, billig zu berücksichtigen (§ 6 Abs. 2 WegrodelG).

1.4 Wie bereits erwähnt, wird das Verfahren zur Abrufung eines öffentlichen Weges mit privater Unterhaltspflicht in § 13 Abs. 2 WegrodelG geregelt. Der Wortlaut von § 13 WegrodelG lautet wie folgt:

- 1 Über Abrufung oder Verlegung oder Änderung solcher Wege entscheidet der Gemeinderat.
- 2 Vor seinem Entscheid ist durch eine Publikation in ortsüblicher Weise eine Frist von 30 Tagen zur Geltendmachung von Einsprachen anzusetzen.
- 3 Einsprachen sind im ordentlichen Verwaltungsprozess zu erledigen.

Damit unterscheidet der Wortlaut von § 13 Abs. 2 WegrodelG nicht, ob das Abrufungsverfahren aufgrund eines Gesuchs oder von Amtes wegen durch den Gemeinderat bzw. Bezirksrat eingeleitet wurde, sondern regelt vielmehr einheitlich die Publikation der Sache vor Entscheidung. Zu Recht ist sodann unbestritten, dass ein Abrufungsverfahren auch auf Gesuch hin eröffnet werden kann. Dies entspricht auch der Widerrufsregelung nach § 34 Abs. 1 VRP, welche bereits für die Auslegung der Voraussetzungen für die Abrufung, Verlegung oder Änderung eines vom WegrodelG betroffenen Weges herangezogen werden (vgl. vorstehende Erw. 1.3 m.w.H.), und wonach Verfügungen (bzw. generelle Verwaltungsakte im vorliegenden Sinne) auf Gesuch einer Partei oder von Amtes wegen von der erlassenden Behörde abgeändert oder aufgehoben werden können.

Dem Vorbringen des Bezirksrates - wonach es nicht im Sinne des Gesetzgebers gewesen sei, dass alle belasteten Grundeigentümer ein Anrecht auf Publikation und öffentliche Diskussion der ihr Grundstück belastenden öffentlichen Wegrechte hätten - kann (wiederum unter Berücksichtigung der analog anwendbaren Widerrufsregelung, nachdem sich dem Wortlaut des Gesetzes sowie den Materialien [vgl. Kantonsratsprotokoll vom 26.2.1958 betreffend WegrodelG] keine ausdrückliche Antwort darauf entnehmen lässt) insoweit Rechnung getragen werden, als (gemäss § 34 Abs. 2 VRP) die Behörde grundsätzlich nicht verpflichtet ist, auf ein Wiedererwägungsgesuch einzutreten.

Im konkreten Fall lässt sich diese Widerrufsbestimmung jedoch insoweit nicht anwenden, als der Bezirksrat auf das Gesuch der Beschwerdeführerinnen vom 25. November 2020 eingetreten, die Sache materiell beurteilt und den Antrag der Beschwerdeführerinnen mit BRB Nr. 102 vom 24. Februar 2021 abgelehnt hat. Damit aber hätte der Bezirksrat die Sache vor Entscheidung publizieren müssen. Der Regierungsrat hat im angefochtenen RRB somit zutreffend festgehalten, dass der Bezirksrat einen Verfahrensfehler begangen hat, welchen der Regierungsrat als Rechtsmittelinstanz grundsätzlich nicht beheben kann.

1.5 Im Sinne eines Zwischenergebnisses kann damit festgehalten werden, dass im Falle der behördlich initiierten Änderung des Wegrodels eine Publikation mit Einsprachemöglichkeit immer zu erfolgen hat. Wird von privater Seite um Änderung des Wegrodels ersucht, so hat der Bezirks- bzw. Gemeinderat das Gesuch nach § 34 VRP zu prüfen. Tritt er mangels

B 18.1

Voraussetzungen auf das Gesuch nicht ein (§ 34 Abs. 2 VRP; vgl. betreffend Anspruch auf Wiedererwägung VGE III 2020 179 vom 22.2.2021; Urteil BGer 1C_428/2021 vom 28.2.2022 Erw. 5.1), hat keine Publikation zu erfolgen. Tritt er indes auf das Gesuch ein und erfolgt eine materielle Prüfung, muss das Gesuch gemäss § 13 Abs. 2 WegrodelG publiziert werden. Der Vollständigkeit halber ist sodann auf die Rechtsprechung hinzuweisen, wonach bei nicht wesentlichen Änderungen auf eine Publikation verzichtet werden kann (vgl. VGE III 2018 13 vom 17.10.2018 Erw. 4.3 f. m.w.H.).

2. Damit aber stellt sich die Frage, ob der Regierungsrat zu Recht auf die Rückweisung der Sache zur korrekten Durchführung des Verfahrens (mangels Rechtsnachteilen für die umliegenden Anstösser des D.__(Weg) und infolge formellen Leerlaufs, vgl. angefochtener RRB Erw. 2.3) verzichtet hat.

2.1.1 Fehlerhafte Entscheide werden in der Regel mit Eintritt der Rechtskraft nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist oder erfolgloser Anfechtung rechtsgültig. In seltenen Fällen bewirkt die Fehlerhaftigkeit einer Verfügung deren Nichtigkeit (Tschannen/Müller/Kern, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl., Bern 2022, Rz. 832 f. mit Hinweisen, u.a. auf BGE 139 II 243 Erw. 11.2).

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 geltend gemacht werden (vgl. Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl., Zürich 2020, Rz. 1096 mit Hinweisen, u.a. auf BGE 144 IV 362 Erw. 1.4.3).

Bei der Abgrenzung zwischen blosser Anfechtbarkeit und Nichtigkeit folgt die Rechtsprechung der so genannten Evidenztheorie. Nichtig, d.h. absolut unwirksam, sind Verfügungen demgemäss nur ausnahmsweise, wenn der ihr anhaftende Mangel besonders schwer wiegt, wenn er offensichtlich oder zumindest leicht erkennbar ist und wenn zudem die Rechtssicherheit durch die Annahme der Nichtigkeit nicht ernsthaft gefährdet wird. Inhaltliche Mängel haben nur in seltenen Ausnahmefällen die Nichtigkeit einer Verfügung zur Folge. Als Nichtigkeitsgründe fallen hauptsächlich funktionelle und sachliche Unzuständigkeit einer Behörde sowie schwerwiegende Verfahrensfehler in Betracht (Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., Rz. 1098 mit Hinweisen, u.a. auf BGE 139 II 243 Erw. 11.2; Urteil BGer 1C_62/2015 vom 9.11.2015 Erw. 3.2).

2.1.2 Die Nichtigkeit angenommen wurde u.a. bei einer Zonenplanänderung, die in Missachtung der vom Bundesrecht zwingend festgelegten und im kantonalen Recht verankerten Voraussetzungen und Garantien - ohne Veröffentlichung und folglich ohne Möglichkeit der Anfechtung - vorgenommen wurde (BGE 114 Ib 180, Pra 77 (1988) Nr. 194; Aemisegger et. al, Praxiskommentar RPG: Baubewilligung, Rechtsschutz und Verfahren, 2020, Art. 33 Rz. 36; Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., Rz. 1115). Nicht von der Nichtigkeit ausgegangen wurde hingegen bei einer fehlerhaften Publikation einer Nutzungsplanänderung (vgl. BGE 116 Ia 215).

2.2 Im konkreten Fall wurden mit dem Verzicht auf Publikation des Gesuches um Abrufung des D. (Weg) als Fahrweg kantonale Verfahrens- sowie Rechtsschutzvorschriften nicht eingehalten. Das bedeutet, dass möglichen Einsprechern nicht nur die Mitwirkung, sondern auch die Möglichkeit, ein Rechtsmittel zu ergreifen bzw. den Rechtsweg zu beschreiten, versagt wurde. Ob der Entscheid des Bezirksrates korrekt war oder nicht, hängt mitunter von allfälligen Eingaben im Rahmen der Publikation ab. Und die Möglichkeit, einen Entscheid des Bezirksrates anzufechten, ist wiederum u.a. von der Teilnahme im Einspracheverfahren abhängig. Das vorliegende Verfahren mit öffentlicher Publikation ist vergleichbar mit dem Nutzungsplanverfahren, in welchem die Publikation ebenfalls die Mitwirkung und den Rechtsschutz bezweckt. Nachdem auch im Nutzungsplanverfahren eine gänzlich ausbleibende Publikation als wesentlicher Verfahrensmangel zur Nichtigkeit führt (vgl. vorstehende Erw. 2.1.2), ist vorliegend im vergleichbaren Fall von einem schwerwiegenden Verfahrensfehler auszugehen. Der Verzicht auf Publikation stellt sodann - unter Berücksichtigung des Wortlauts der massgebenden gesetzlichen Bestimmung - einen zumindest leicht erkennbaren Mangel dar (vgl. vorstehende Erw. 1.3 f.). Dem Bezirksratsbeschluss lässt sich sodann entnehmen, dass der Bezirksrat die Publikationspflicht erkannt hat. Schliesslich ist vorliegend durch die Annahme der Nichtigkeit des Bezirksratsbeschlusses keine (ernsthafte) Gefährdung der Rechtssicherheit erkennbar.

Damit aber ist beim Verzicht auf Publikation (trotz Eintreten auf das Gesuch um Abrufung des Weges) von einem qualifizierten Fehler auszugehen, welcher zur Nichtigkeit des Bezirksratsbeschlusses führt, weshalb dieser keine Rechtswirkung entfalten kann. Nichtigkeit kann demgemäss nicht geheilt werden und ist jederzeit und von sämtlichen staatlichen Instanzen von Amtes wegen zu beachten (BGE 116 Ia 215 Erw. 2c).

2.3 Wenn aber der Bezirksratsbeschluss vom 24. Februar 2021 nichtig und dementsprechend keine Heilung möglich ist, geht es vorliegend nicht um einen verfahrensmässigen Leerlauf, den es zu vermeiden gilt. Mit der

B 18.2

Feststellung der Nichtigkeit liegt ein Verfahrensstand wie nach Einreichung des Gesuches vor. Es ist somit am Bezirksrat, das Verfahren um Abänderung des Wegrodels gemäss § 13 WegrodelG i.V.m. § 34 VRP korrekt durchzuführen. Damit hat der Regierungsrat zu Unrecht von der Feststellung der Nichtigkeit des Bezirksratsbeschlusses vom 24. Februar 2021 abgesehen, weshalb der angefochtene RRB aufzuheben ist.

(VGE III 2022 46 vom 21. Dezember 2022).

18.2 Öffentlichkeit der Verwaltung

- *Der Anspruch auf Einsichtnahme in Regierungsratsprotokolle beschränkt sich auf die Beschlüsse (Dispositive).*

Aus den Erwägungen:

2.1.1 § 6 des Gesetzes über die Öffentlichkeit der Verwaltung und den Datenschutz (ÖDSG; SRSZ 140.410) vom 23. Mai 2017 normiert die Ausnahmen vom Öffentlichkeitsprinzip. Kein Anspruch auf Zugang besteht gemäss dessen Absatz 1 für

- a) amtliche Dokumente von Administrativuntersuchungen und Disziplinarverfahren sowie von hängigen verwaltungsrechtlichen Einsprache- und Beschwerdeverfahren;
- b) amtliche Dokumente aus internen Mitberichtsverfahren;
- c) amtliche Dokumente aus nicht öffentlichen Verhandlungen. Beschlüsse sind unter Vorbehalt von Abs. 2 zugänglich.

Gemäss dem in lit. c angesprochenen zweiten Absatz wird der Zugang zu amtlichen Dokumenten aufgeschoben, eingeschränkt oder verweigert, wenn ihm überwiegende öffentliche oder private Interessen entgegenstehen. § 6 Abs. 3 ÖDSG umschreibt die überwiegenden öffentlichen Interessen, § 6 Abs. 4 ÖDSG die überwiegenden privaten Interessen.

2.1.2 Gemäss § 11 Abs. 3 des Gesetzes über die Organisation des Regierungsrates und der kantonalen Verwaltung (Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz, RVOG; SRSZ 143.110) vom 27. November 1986 sind die Sitzungen des Regierungsrates nicht öffentlich. Der Staatschreiber oder sein Stellvertreter nimmt mit beratender Stimme an den Sitzungen des Regierungsrates teil. Er führt das Protokoll und sorgt für die Ausfertigung der Beschlüsse (§ 15 Abs. 1 RVOG).

Mithin hat der Regierungsrat aufgrund dieser unmissverständlichen Vorgaben zu Recht den Schluss gezogen, dass kein Anspruch auf den Zugang,

d.h. die Einsichtnahme, in die Protokolle der nicht öffentlichen Verhandlungen des Regierungsrates besteht. Der Anspruch beschränkt sich auf die Einsichtnahme in die Beschlüsse, wobei auch dieser Anspruch unter einem Vorbehalt steht (§ 6 Abs. 2 ÖDSG). Dieser Zugang zum Beschluss (d.h. Dispositiv des RRB Nr. 666/2021 vom 21.9.2021) wurde dem Beschwerdeführer gewährt.

2.2.1 Dieser fehlende Anspruch auf Einsichtnahme in die regierungsrätlichen Protokolle aus nicht öffentlichen Verhandlungen, wie er sich aus dem Gesetzeswortlaut ergibt, entspricht dem gesetzgeberischen Willen. Dies wird im "Bericht und Vorlage" verdeutlicht, wenn kurz und bündig festgehalten wird, "kein Zugangsrecht besteht schliesslich zu amtlichen Dokumenten aus nicht öffentlichen Verhandlungen öffentlicher Organe (Bst. c), beispielsweise also zu Protokollen von kantonsrätlichen Kommissionen" (S. 8 zu § 6 Abs. 1).

Im gleichen Absatz 1 von § 6 ÖDSG werden auch die internen Mitberichte der Einsichtnahme entzogen. Hierzu wird im "Bericht und Vorlage" erklärt (S. 8 zu § 6 Abs. 1), "es würde das Kollegialitätsprinzip in Frage stellen, wenn nach dem Entscheid Mitberichte zugänglich wären und damit abweichende Auffassungen offengelegt würden". Diese Erläuterung gilt analog auch für die Protokolle der nicht öffentlichen Verhandlungen des Regierungsrates.

2.2.2 Das Kollegialitätsprinzip ist in § 57 KV verankert und verpflichtet die Regierungsräte, ihre Beschlüsse als Kollegialbehörde zu fassen und zu vertreten. Im Bericht und Vorlage der Verfassungskommission zur Schwyzer Kantonsverfassung an den Kantonsrat (von der Verfassungskommission verabschiedet am 17.12.2009) finden sich zum Kollegialitätsprinzip die folgenden Erläuterungen:

Der Regierungsrat ist ein auf dem Grundsatz der Gleichberechtigung beruhendes, der Vertraulichkeit und Solidarität verpflichtetes Kollegium. Er hat den Kanton als einheitliche Behörde zu führen sowie nach innen und ausser zu vertreten. Das Kollegialitätsprinzip wird gestärkt dadurch, dass Regierungsentscheide als Beschlüsse des Kollegiums ergehen und von den einzelnen Regierungsmitgliedern auch als solche vertreten werden. Das Kollegialitätsprinzip erlaubt es den Regierungsrätinnen und Regierungsräten zudem, sich gegenüber den anderen Staatsgewalten und parteipolitischen Interessen abzugrenzen. Sie können ihre ganz persönlichen Auffassungen ohne Rücksicht auf allfällige tagespolitische Spannungen frei äussern und offen diskutieren.

B 18.2

2.2.3 Dieses in der Kantonsverfassung verankerte Kollegialitätsprinzip entspricht dem in Art. 177 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (BV; SR 101) vom 18. April 1999 verankerten Kollegialprinzip. Der Bundesrat wird als ganzheitlich beratendes und handelndes Regierungsorgan verstanden (Ehrenzeller, St. Galler Kommentar zu Art. 77 BV, Rz. 3). Die Grundidee des Kollegialprinzips bedeutet eine Regierung, die auf dem Grundsatz der Gleichberechtigung der Mitglieder beruht, die als oberste leitende Behörde des Landes (bzw. Standes) der Vertraulichkeit und Solidarität verpflichtet sind, gerade dadurch den Ansprüchen an eine gute Regierung gerecht werden und einen hohen Integrationsgrad vermitteln können (vgl. Ehrenzeller, a.a.O., Rz. 4).

(VGE III 2021 98 vom 18. Februar 2022).

C **Regierungsrat**

2. Baurecht

2.1 Heckenrückschnitt / Strassenabstand

- *Sträucher und Lebhäge haben gegenüber öffentlichen Strassen einen Abstand von 50 % ihrer Höhe, mindestens aber einen Meter einzuhalten (Erw. 3.1-3.3).*
- *Die Sichtfelder innerhalb der Knotensichtweiten sind freizuhalten (Erw. 3.4-3.5).*

Aus den Erwägungen:

3.1 Die A-Strasse ist zweifellos und unbestrittenermassen eine öffentliche Strasse, weshalb das StraG anwendbar ist (vgl. § 2 Abs. 1 StraG). Gemäss § 3 StraG umfasst der Strassenraum die Fahrbahnen samt Rad- und Gehwegen mit den technisch notwendigen Anlagen, wie Kunstbauten, Anlagen zur Entwässerung und für den Immissionsschutz, ferner die Haltestellen für den öffentlichen Verkehr, trennende Grünstreifen und bauliche Verkehrsberuhigungsmassnahmen sowie öffentliche Parkplätze entlang der Fahrbahn. § 41 Abs. 1 StraG schreibt u. a. folgende Strassenabstände vor:

- b) für Bäume: 2.50 m;
- c) für Sträucher und Lebhäge: 50 Prozent der Höhe, mindestens aber 1.00 m;
- d) für sonstige Einfriedungen, Abschlussmauern und Böschungen: 50 % der Höhe, mindestens aber 0.50 m.

Der Abstand bezieht sich dabei gemäss § 41 Abs. 2 Bst. b StraG 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).

3.2 Die Bestimmungen von § 41 Abs. 1 Bst. b und d StraG sind vorliegend nicht einschlägig, da es sich bei der Hecke weder um einen Baum noch um eine Einfriedung, eine Abschlussmauer oder um eine Böschung

C 2.1

handelt. Bei der Eibenhecke handelt es sich um einen sog. Lebhag. Es ergibt sich somit, dass die vorliegend in Frage stehende Hecke entlang der südwestlichen Grundstücksgrenze zwischen KTN XXX und KTN XYZ gemäss § 41 Abs. 1 Bst. c StraG einen Abstand von 50 % ihrer Höhe, mindestens aber einen Meter zum Trottoirrand der A-strasse einzuhalten hat. Der Abstand bezieht sich dabei vom äusseren Rand des Trottoirs bis zur Stockgrenze der Hecke. Massgebend zur Bestimmung des Abstandes ist somit primär die Höhe der Hecke. Wenn ein Grundeigentümer nicht riskieren will, dass seine Pflanzen plötzlich einen grösseren Abstand einhalten müssen, hat er diese entsprechend unter der Schere zu halten. Andererseits lässt sich ein polizeiwidriger Zustand in diesem Fall einfach durch einen Rückschnitt wiederherstellen, sofern der Mindestabstand eingehalten ist.

3.3 Wie hoch die vorliegend in Frage stehende Hecke ist, geht aus den vorinstanzlichen Akten indes nicht hervor. Zwar hat die Vorinstanz am 19. Oktober 2020 einen Augenschein vorgenommen. Die Höhe der Hecke wurde jedoch nicht gemessen. Anhand der gemachten Fotos ist zu vermuten, dass die Hecke rund zwei Meter hoch ist. Die genaue Höhe hat die Vorinstanz allerdings noch abzuklären, da sie den Sachverhalt diesbezüglich unvollständig ermittelt hat (vgl. § 18 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 6. Juni 1974, VRP, SRSZ 234.110). Es ist auch nicht bekannt, welchen Abstand die Hecke zum Trottoirrand derzeit einhält. Aufgrund der Fotos ist davon auszugehen, dass die Hecke den Mindestabstand von einem Meter unterschreitet. Wie erwähnt, ist dabei der Abstand zwischen Trottoirrand und Stockgrenze (d. h. der Aussenseite der Stämme) massgebend. Auch in diesem Punkt hat die Vorinstanz den Sachverhalt nicht vollständig ermittelt. Es ist nicht die Aufgabe der Rechtsmittelinstanz, die von der Vorinstanz versäumten Abklärungen im Beschwerdeverfahren nachzuholen. Aufgrund dessen erübrigt sich auch die Durchführung eines Augenscheins vor der Rechtsmittelinstanz. Es lässt sich an dieser Stelle allerdings bereits festhalten, dass die Vorinstanz auf jeden Fall nicht die Entfernung der gesamten Hecke entlang der Grenze zu KTN XYZ verlangen kann. Sie kann lediglich die Rückversetzung der Hecke bzw. deren Rückschnitt verlangen, so dass der Strassenabstand wieder eingehalten ist. Dazu muss allerdings, wie bereits erwähnt, zunächst einmal die Höhe der Hecke und der Abstand zur Strasse bekannt sein.

3.4 Hinzuweisen ist sodann auch auf Art. 22 Abs. 1 des Baureglements der Gemeinde A vom 19. Oktober 2010 (BauR), wonach Ein- und Ausfahrten übersichtlich und gefahrenfrei zu gestalten und zu unterhalten sind. Dabei sind insbesondere die einschlägigen VSS-Richtlinien SN 640 050 (Grundstückzufahrten) sowie SN 640 273 bzw. neu VSS 40 273a

massgeblich. Diese Norm legt die Abmessungen der Sichtfelder fest, die in den Knoten vorhanden sein müssen, damit ein vortrittsbelastetes Fahrzeug den vortrittsberechtigten Verkehr kreuzen oder in diesen einbiegen kann. Bei einem Knoten mit Gehweg müssen Fahrzeuglenker, die auf eine Strasse mit Gehweg einmünden, immer eine Gesamtsicht des Verkehrs haben, insbesondere auch hinsichtlich der fahrzeugähnlichen Geräte auf dem Gehweg. Hierfür wird die Beobachtungsdistanz von der Hinterkante des Trottoirs gemessen (vgl. dazu auch Merkblatt zur Ergänzung Formular Z15 des kantonalen Tiefbauamtes vom 21. März 2014, Ziff. 2.2). Wenn der Gehweg hindernisfrei ist, kann das Fahrzeug dann bis zum Fahrbahnrand vorgerückt werden und sein Fahrzeuglenker kann von dort den Verkehr beobachten (vgl. VSS 40 273a, D Knoten mit signalisierter Vortrittsregelung, Ziffer 12.2). Die Sichtweiten in den Knoten mit angrenzendem Gehweg müssen je nach Längsneigung der Strasse mindestens 15 Meter betragen. Nach dem Vorrücken an den Fahrbahnrand beträgt die erforderliche Knotensichtweite je nach Zufahrtsgeschwindigkeit der vortrittsberechtigten Motorfahrzeuge zwischen 10 und 140 Meter. Nach den Angaben der Vorinstanz ist die Geschwindigkeit auf der A-strasse im betreffenden Abschnitt mit 40 km/h signalisiert. Die Knotensichtweite hat somit zwischen 35 und 50 Meter zu betragen (vgl. VSS 40 273a, Ziff. 12.1, Tabelle 1).

3.5 Innerhalb dieser Knotensichtweiten ist das Sichtfeld frei von allen Hindernissen zu halten, die ein Motorfahrzeug oder ein leichtes Zweirad verdecken könnten. Diese Anforderung gilt auch für Pflanzenwuchs, Schnee, Werbeplakate oder parkierte Fahrzeuge. In der Regel genügt es, wenn das Sichtfeld in einem Höhenbereich zwischen 0.6 m und 3.0 m über der Fahrbahn hindernisfrei ist (VSS 40 273a, Ziff. 10). Wie die Vorinstanz zutreffend festgehalten hat, ergibt sich somit, dass die Bepflanzungen der Beschwerdeführerin, welche die erforderliche Knotensichtweiten behindern, auf eine Höhe von 0.6 m über der Fahrbahn zurückzuschneiden sind, damit die Sichtfelder freigehalten werden können. Die Vorinstanz kann von der Beschwerdeführerin einen Rückschnitt der Eibenhecke entlang der A-strasse in diesem Umfang verlangen. Daraus folgt jedoch auch, dass die Vorinstanz nicht die Entfernung oder den Rückschnitt der gesamten Hecke bzw. auf der gesamten Grundstückslänge verlangen darf. Ob und inwieweit resp. auf welcher Länge die gepflanzte Eibenhecke die Sichtfelder bei der Ausfahrt in die A-strasse beeinträchtigt, ergibt sich wiederum nicht hinreichend klar aus den vorinstanzlichen Akten. Am Augenschein vom 19. Oktober 2020 hat die Vorinstanz dies offenbar ebenfalls nicht abgeklärt. Im Umgebungsplan vom 20. Dezember 2016 sind die Knotensichtweiten eingezeichnet und aufgrund einer summarischen Überprüfung auch eingehalten. Das eingezeichnete Sichtfeld verläuft

C 2.2

beidseits der Ausfahrt knapp entlang den Rändern der Eibenhecken. Ob die (östlich der Ausfahrt gepflanzte) Eibenhecke überhaupt das Sichtfeld behindert, ist somit unklar. Auch in diesem Punkt hat die Vorinstanz den Sachverhalt somit unvollständig festgestellt. Da die westlich der Ausfahrt gepflanzte Eibenhecke nicht wie im Umgebungsplan eingezeichnet gepflanzt wurde (vgl. E. 2.4), ist es durchaus möglich, dass zumindest dieser Teil der Eibenhecke die Knotensichtweite beeinträchtigt. Wie bereits erwähnt, ist allerdings auch dieser Punkt nicht hinreichend geklärt worden. (RRB Nr. 626 vom 23. August 2022).

2.2 Ausnützungsübertragung / Anrechnung einer Überdachung

- *Die Ausnützungsübertragung über eine oder mehrere Parzellen hinweg ist nach dem kommunalen Recht zulässig, sofern die Parzellen in einem zweckmässigen Zusammenhang stehen. Die Eigentümer der dazwischenliegenden Grundstücke müssen nicht ausdrücklich zustimmen (Erw. 5.1-5.3).*
- *Anrechnung der Überdachung eines die Trauflinie des Gebäudes durchbrechenden Treppenhauses an die Gebäudehöhe (Erw. 8-8.3).*

Aus den Erwägungen:

5.1 Bei den Bestimmungen über die Ausnützung und damit auch über die Ausnützungsübertragung handelt es sich um kommunales Recht, welches von der kommunalen Baubewilligungsbehörde im Rahmen einer einheitlichen Praxis und einzelfallgerecht auszulegen und anzuwenden ist. Der Regierungsrat auferlegt sich bei der Auslegung kommunaler Bauvorschriften gemäss konstanter Rechtsprechung eine gewisse Zurückhaltung in dem Sinne, als er eine sachlich vertretbare Anwendung durch die kommunalen Baubehörden nicht durch eine andere, ebenfalls vertretbare Auslegung ersetzt (vgl. RRB Nr. 69 vom 26. Januar 2016, E. 4.2).

5.2 Gemäss Art. 21 Abs. 6 BauR kann die anrechenbare Landfläche von angrenzenden oder in zweckmässigem Zusammenhang stehenden Grundstücken innerhalb der gleichen Zone durch einen Dienstbarkeitsvertrag in Abweichung von den Parzellengrenzen verlagert werden. Die Dienstbarkeit ist im Grundbuch einzutragen und kann nur mit Zustimmung des Gemeinderates gelöscht werden. Der Gesetzgeber hat die Ausnützungsübertragung über ein oder mehrere Grundstücke hinweg auf ein nicht unmittelbar angrenzendes Grundstück der gleichen Nutzungszone explizit nicht aus-

geschlossen. Er hat einzig festgelegt, dass die belastete und die begünstigte Parzelle in einem zweckmässigen Zusammenhang stehen müssen. Gemäss dem geltenden Zonenplan der Gemeinde A befinden sich die Grundstücke KTN XXX (im Eigentum der Beschwerdegegnerin) und KTN XYZ (im Eigentum der Gemeinde A) beide in der Wohnzone mit drei Geschossen (W3). Sie werden durch die (überbauten) Liegenschaften KTN YYY (inklusive Stichstrasse B) und KTN ZZZ voneinander abgetrennt, wobei die Entfernung rund 50 Meter beträgt. Das ganze Quartier wird auf vier Seiten von der Zone für öffentliche Bauten und Anlagen (ÖBA) umschlossen. Zu beachten ist, dass in diesem umgrenzten Gebiet schon mehrfach Parzellierungen und Ausnützungsübertragungen vorgenommen worden sind (dies allerdings mit dem Ergebnis, dass völlig unübersichtlich ist, welches Grundstück wieviel aBGF zur Verfügung hat bzw. wieviel darauf bereits konsumiert worden ist; vgl. oben E. 4). Die beiden an die gleiche Strasse angrenzenden Grundstücke KTN XXX und XYZ gehören der gleichen Zone an und stehen örtlich in einer angemessenen Beziehung zueinander. Sodann beabsichtigen die Beschwerdegegnerin und die Vorinstanz 1 eine Landabtretung vom Baugrundstück KTN XXX zugunsten der gemeindeeigenen Strassenparzelle KTN ... (zur Verbreiterung der C-strasse). Auch aufgrund der Kombination mit dieser für die Gemeinde A wichtigen Landabtretung kann dem umstrittenen Ausnützungstransfer die Zweckmässigkeit nicht abgesprochen werden. Im vorliegenden Fall trifft es jedenfalls nicht zu, dass die Übertragung der Ausnützung von der Parzelle KTN XYZ auf die Bauliegenschaft zu einer ungewollten Verlagerung der Baudichte über eine weite Distanz führen würde. Der Ausnützungstransfer ermöglicht eine sinnvolle Ausnützung des Baulandes, ohne die in der jeweiligen Nutzungszone insgesamt zulässige Baudichte zu erhöhen. Die Vorinstanz 1 hat den ihr zustehenden Ermessensspielraum nicht verlassen.

5.3 Entgegen den Ausführungen der Beschwerdeführer I verlangt Art. 21 Abs. 6 BauR nicht, dass die Eigentümer der dazwischenliegenden Grundstücke dem Ausnützungstransfer ausdrücklich zustimmen müssten. Zutreffend ist zwar, dass die unmittelbar angrenzenden Nachbarn des begünstigten Grundstücks am meisten vom Ausnützungstransfer betroffen sind. Die Nachbarn des empfangenden Grundstücks werden durch die Regelung in Art. 21 Abs. 6 BauR aber insofern geschützt, als eine Verlagerung der anrechenbaren Landfläche nur zwischen angrenzenden oder in einem zweckmässigen Zusammenhang stehenden Parzellen zulässig ist. Im Übrigen ist die Situation der Nachbarn nicht wesentlich anders, als wenn die Ausnützung direkt von einem angrenzenden Grundstück auf die Bauparzelle übertragen worden wäre. Das von den Beschwerdeführern I zitierte Urteil des Bundesgerichts 1C_351/2012 vom 12. Februar 2013

C 2.2

ist für den vorliegenden Fall nicht einschlägig. So waren gemäss dem damals im Kanton Zug geltenden Recht Ausnützungstransfers grundsätzlich nur zwischen angrenzenden Grundstücken zugelassen. Aus diesem Grund stellte das Bundesgericht klar, dass bei einem "indirekten" Transfer durch Kettenübertragungen die Eigentümer der dazwischenliegenden Grundstücke einer Übertragung zustimmen müssen.

(...)

8. Die Beschwerdeführer I beanstanden, dass das Bauvorhaben an der Südostfassade die maximal zulässige Gebäudehöhe überschreite. Die Vorinstanz 1 habe das angebaute Treppenhaus zu Unrecht als eine nicht an die Gebäudehöhe anzurechnende Dachaufbaute im Sinne von § 60 Abs. 3 Bst. b PBG behandelt. Infolgedessen sei der erforderliche Grenzabstand gegenüber ihrer Liegenschaft KTN YYY verletzt.

8.1 Der Grenzabstand ist die kürzeste Verbindung zwischen Grenze und Fassade. Er wird senkrecht auf die Fassade und über die Ecken mit dem kleineren Radius gemessen (§ 59 Abs. 1 PBG). Der Mindestabstand beträgt 50 % der Gebäudehöhe, mindestens drei Meter (§ 60 Abs. 2 PBG). Als Gebäudehöhe gilt das Mass vom ausgemittelten gewachsenen Boden in der Fassadenmitte bis zum Schnittpunkt der Fassade mit der Dachhaut, bei Flachdächern bis zur Oberkante des Dachabschlusses (§ 60 Abs. 2 PBG). Nicht berücksichtigt werden gemäss § 60 Abs. 3 PBG:

- a) die Höhe des Giebeldreiecks bei Giebelfassaden;
- b) Aufbauten bei Schräg- und Flachdächern, sofern sie nicht mehr als einen Drittel der Fassadenlänge einnehmen;
- c) Attikageschosse und Dachbrüstungen, sofern ihre Fassaden auf der Schmalseite innerhalb eines Giebeldreiecks von 45° liegen sowie auf der Längsseite mit Ausnahme von maximal einem Drittel dieser Fassadenlänge um das Mass ihrer Höhe von der Fassade des darunterliegenden Geschosses zurückversetzt sind.

Bei in der Höhe gestaffelten Bauten wird die Gebäudehöhe jedes Baukörpers gesondert bestimmt (§ 60 Abs. 5 PBG). Die Gebäudehöhe in der Zone W3 beträgt elf Meter (Art. 30 Abs. 2 BauR).

8.2 In der Architektur versteht man unter Dachaufbauten alle über die Grundform des Daches hinausragenden Bauteile (Dachfenster, Dacherker und Zwerchhäuser, aber auch Attiken, Balustraden, Ziergiebel, Schornsteine) und die vielgestaltigen Aufbauten auf Flachdächern, Dachterrassen oder Dachgärten. Unter Dachaufbauten sind sämtliche Bauteile zu verstehen, welche oberhalb der Dachhaut in Erscheinung treten bzw. die Dach-

fläche nach aussen durchstossen. Nach der Praxis gehören zu den Dachaufbauten auch auskragende Vordächer, Brüstungen und andere massive Bauteile. Ein die Trauflinie durchbrechender Dacherker wird ebenfalls als Dachaufbau gewürdigt (vgl. EGV-SZ 2007 C 2.2, E. 4.3.2 f. mit Hinweisen). Zu den Dachaufbauten gehören nicht nur die "reinen" Baukörper, sondern jeder Gebäudeteil, der zu einer optischen Aufblähung des Gebäudekörpers führt, also z. B. auch Vordächer (sofern sie mehr als üblich auskragen), Brüstungen und andere massive Bauteile (vgl. Fritzsche/Bösch/Wipf/Kunz, a.a.O., S. 1206; VGE III 2018 180 vom 25. März 2019, E. 2.4.1). Bei vorgelagerten Baukonstruktionen ist für die rechtliche Beurteilung entscheidend, ob der Aufbau funktionell und optisch Teil eines Vorbaus ist oder mit diesem höchstens zufällig eine optische Einheit bildet. Nur im zweiten Fall überwiegen die Elemente einer Dachaufbaute (vgl. Fritzsche/Bösch/Wipf/Kunz, a.a.O., S. 1213).

8.3 Das Treppenhaus in der Mitte der südöstlichen Fassadenseite weist eine Breite von 3.5 m auf und erstreckt sich über alle Stockwerke. Es überragt die Hauptfassade um 0.35 m. Dieser Vorbau ist mit einer Giebelgaube überdacht, welche die Trauflinie auf einer Breite von insgesamt 5.89 m durchbricht. Dies bedeutet, dass sich die Giebelgaube auf einen Teil der Hauptfassade erstreckt. Dass die Vorinstanz 1 die Überdachung des Treppenhauses als Dachaufbaute qualifiziert hat, ist unter diesen Umständen nicht zu beanstanden. Die Dachaufbaute erscheint konstruktiv nicht als baulicher Fortsatz einer Vorbaute, sondern ist im Wesentlichen auf dem Dach platziert. Dass die Aufbaute mit dem (leicht vorgelagerten) Treppenhaus visuell eine gewisse Einheit bildet, vermag daran nichts zu ändern. Entgegen den Ausführungen der Beschwerdeführer I trifft es somit nicht zu, dass die Vorinstanz 1 die Gebäudehöhe des vorgebauten Treppenhauses separat hätte ermitteln müssen (vgl. § 60 Abs. 5 PGB). Vielmehr handelt es sich bei der Giebelgaube um eine Dachaufbaute, welche nicht an die Gebäudehöhe anzurechnen ist (§ 60 Abs. 3 Bst. b PGB). Die Südostfassade des Wohn- und Geschäftshauses weist somit eine Gebäudehöhe von 9.5 m auf. Der Grenzabstand dieser Fassade zur Parzelle KTN YYY beträgt 4.75 m. Das Bauvorhaben hält sowohl die Gebäudehöhe als auch den Grenzabstand ein.

(RRB Nr. 429 vom 24. Mai 2022).

C 2.3

2.3 Verkehrskonzept

- Ein Verkehrskonzept, das die Einfahrt zum Grundstück und zur Tiefgarage über dieselbe Strasse vorsieht, welche dem benachbarten Gewerbebetrieb als Ausfahrt dient und wo keine Ausweichmöglichkeiten bestehen, hätte zwingend mit der Nachbarin koordiniert werden müssen. Diese Koordination muss die Vorinstanz sicherstellen (Erw. 3-3.3).

Aus den Erwägungen:

3. Sodann ist die Beschwerdeführerin der Auffassung, dass das im Plan-Nr. 03 "Revisionseingabe – Umgebung/Situation" sowie im verkehrstechnischen Bericht (beide datiert vom 28. April 2021) dargestellte Verkehrsregime auf der Bauliegenschaft mit einer getrennten Ein- und Ausfahrt in die bzw. von der C-Strasse gar nicht realisiert werden könne. Insbesondere sei davon auszugehen, dass sowohl die Zu- als auch die Wegfahrten hauptsächlich auf der westlichen Seite des geplanten Gewerbehauses im Grenzbereich zum Grundstück KTN XXX erfolgen würden. Demgegenüber sei zu erwarten, dass die Einfahrt auf der Ostseite nur marginal frequentiert würde. Unklar sei auch, wie der Ein-/Ausfahrtsbereich bei der Grenze zur Parzelle KTN XYZ konkret ausgestaltet werden solle.

3.1 Gemäss dem geltenden Zonenplan der Gemeinde C liegt das Grundstück KTN YYY in der Gewerbezone (G). Es ist heute mit einem zweistöckigen Gewerbehaus überbaut, in welchem bis vor kurzem eine Autowerkstatt betrieben wurde. Dieses soll abgebrochen und durch einen Neubau mit vier Vollgeschossen, einem Attikageschoss und einer Tiefgarage ersetzt werden. Die Bauparzelle grenzt gegen Osten an das Grundstück KTN XYZ, welches ebenfalls mit einem Gewerbehaus überbaut ist. Auf der westlichen Seite der Bauliegenschaft befindet sich die Liegenschaft "... " (KTN XXX, im Eigentum der Beschwerdeführerin) mit einer Selbstbedienungstankstelle sowie verschiedenen Geschäften. Die strassenmässige Erschliessung des Grundstücks KTN YYY (sowie der benachbarten Liegenschaften) erfolgt über die nördlich angrenzende C-Strasse. Strassenträger der C-Strasse ist der Kanton Schwyz (§ 5 Abs. 2 des Strassengesetzes vom 15. September 1999 [StraG, SRSZ 442.110]). Dem Plan-Nr. 03 «Revisionseingabe – Umgebung/Situation» vom 28. April 2021 ist zu entnehmen, dass die Zufahrt zum geplanten Gewerbehaus ausschliesslich über die östliche Seite des Baugrundstücks gegenüber der Parzelle KTN XYZ erfolgen soll. Die beiden Grundstücke werden bereits heute durch eine Rabatte sowie eine Kette abgetrennt. Es ist denn auch

weiterhin nicht vorgesehen, an dieser Stelle eine gemeinsame Ein-/Ausfahrt zu realisieren. Die Einfahrt in die Tiefgarage des geplanten Gewerbehouses befindet sich auf der westlichen Seite bzw. im Bereich der südwestlichen Gebäudeecke. Gemäss dem von der Beschwerdegegnerin vorgesehenen Verkehrskonzept sollen die Fahrzeuge rund um das Gebäude via die Durchfahrt entlang den Aussenparkplätzen gegenüber der C-Strasse fahren. Anschliessend ist vorgesehen, dass sie im Grenzbereich der Parzellen KTN YYY und XXX von Norden nach Süden bis zur Tiefgarage gelangen (wobei eine Teilfläche des Nachbargrundstücks beansprucht werden soll). Die Wegfahrt (inklusive Ausfahrt in die C-Strasse) erfolgt ausschliesslich auf der westlichen Seite des Grundstücks KTN YYY von Süden nach Norden (ebenfalls entlang der Grenze zur Parzelle KTN XXX).

3.2 Bei Industrie- und Gewerbebauten ist eine dem Betrieb angepasste interne Verkehrsabwicklung auszuweisen (Art. 19 Abs. 5 BauR). Die westlich an die Bauliegenschaft angrenzende Parzelle der Beschwerdeführerin (KTN XXX) ist mit einem Geschäftshaus überbaut. Auf der nördlichen Seite dieses Gebäudes befindet sich eine Selbstbedienungstankstelle mit vier (bewilligten) Tanksäulen. Bis anhin verfügten die beiden Grundstücke KTN YYY und XXX über eine gemeinsame Ausfahrt in die C-Strasse. Im Grundbuch ist denn auch ein gegenseitiges Fuss- und Fahrwegrecht entlang der Grenze zwischen den Grundstücken KTN YYY und XXX auf einer Breite von jeweils drei Metern eingetragen. Am 7. Dezember 2021 reichte die Beschwerdeführerin das (nachträgliche) Baugesuch für die Erstellung und den Betrieb von zwei zusätzlichen Zapfsäulen sowie eine Änderung des Zufahrtsregimes ein. Dieses (bereits realisierte) Bauvorhaben bildet Gegenstand des Verwaltungsbeschwerdeverfahrens VB XY. Im Bereich der gemeinsamen Grundstücksgrenze befindet sich (wie bis anhin) die Ausfahrt von der Tankstelle in die C-Strasse. Die Einfahrt zur Tankstelle erfolgt weiter westlich (ohne die Parzelle KTN YYY zu tangieren). Das geplante Bauprojekt der Beschwerdegegnerin auf dem Grundstück KTN YYY umfasst 101 Parkplätze in der Tiefgarage sowie 17 Aussenparkplätze. Gemäss dem in den Planunterlagen ausgewiesenen Verkehrskonzept sollen sowohl die Zufahrt in die Tiefgarage und zu den fünf westlichen Aussenparkplätzen als auch die Wegfahrt in die C-Strasse im Grenzbereich der beiden Liegenschaften KTN YYY und XXX erfolgen. Konkret soll der Verkehr in Fahrtrichtung Süd (Zufahrt) auf einer Breite von drei Metern über die Parzelle der Beschwerdeführerin geführt werden. Die gleiche Strecke wird allerdings von den Benutzern der Tankstelle und den Kunden des Gewerbehouses "... " auf der Parzelle KTN XXX in die Gegenrichtung (von Süden nach Norden) als Ausfahrt benutzt. Ausweichmöglichkeiten bestehen kaum, weil die Beschwerdeführerin im angrenzenden Bereich einen Warteraum für das Anstellen bei der Tankstelle ausgeschieden hat.

C 2.4

3.3 Es ist offensichtlich, dass die auf dem Baugrundstück KTN YYY geplante Verkehrsführung mit der bestehenden Situation auf der Parzelle KTN XXX nicht kompatibel ist (unabhängig von der Bewilligungsfähigkeit des dem Beschwerdeverfahren VB 97/2022 zugrundeliegenden geänderten Verkehrsregimes). Die Vorinstanz 1 liess bei der Prüfung des Bauvorhabens bzw. der internen Verkehrsabwicklung (vgl. Art. 19 Abs. 5 BauR) komplett ausser Acht, dass die beiden Grundstücke KTN XXX und YYY heute über eine gemeinsame Ausfahrt im Grenzbereich der beiden Liegenschaften (mit einem gegenseitigen Fuss- und Fahrwegrecht) verfügen. Sie hätte deshalb von der Beschwerdegegnerin verlangen müssen, dass diese ihr Verkehrskonzept mit der Beschwerdeführerin koordiniert. Sollte die Realisierung einer aufeinander abgestimmten Verkehrsführung nicht möglich sein, wird sich die Beschwerdegegnerin bei der Ausgestaltung ihres Projektes auf ihr eigenes Grundstück beschränken müssen (ohne dabei das zivilrechtliche Fuss- und Fahrwegrecht der Beschwerdeführerin in unzulässiger Weise zu beschränken). Insoweit ist die Beschwerde gutzuheissen. (RRB Nr. 880 vom 16. November 2022).

2.4 Zonenkonformität einer Erschliessungsstrasse in der Zone für öffentliche Bauten und Anlagen / Wiederaufbaurecht

- *Strassen sind grundsätzlich der jeweiligen Zone zuzuordnen, die sie erschliessen. Die fragliche Erschliessungsstrasse dient ausschliesslich privaten Zwecken und ist somit in der Zone für öffentliche Bauten und Anlagen nicht zonenkonform (Erw. 3.1-3.6).*
- *Eine Mehrbreite der Erschliessungsstrasse von 90 cm ist nicht mehr von der Bestandesgarantie gedeckt (Erw. 4.1-4.4).*

Aus den Erwägungen:

3.1 Bauten und Anlagen dürfen nur mit behördlicher Bewilligung errichtet oder geändert werden (Art. 22 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Raumplanung vom 22. Juni 1979 [RPG, SR 700]; § 75 Abs. 1 des Planungs- und Baugesetzes vom 14. Mai 1987 [PBG, SRSZ 400.100]; Art. 118 Abs. 1 des Baureglements des Bezirkes A vom 1. November 2006 [BauR]). Voraussetzung einer Baubewilligung ist u. a., dass die Bauten und Anlagen dem Zweck der Nutzungszone entsprechen (Art. 22 Abs. 2 Bst. a RPG). Zu den Bauzonen gehört u. a. die Zone für öffentliche Bauten und Anlagen (§ 18 Abs. 2 Bst. e PBG; Art. 52 BauR). Gemäss Art. 91 Abs. 1 BauR ist diese für folgende Nutzungen bestimmt: Kirchen,

Schulhäuser, Kindergärten und weitere der Öffentlichkeit dienende Anlagen.

3.2 Bauten und Anlagen sind in der Zone für öffentliche Bauten und Anlagen (Oe) zonenkonform, wenn sie im öffentlichen Interesse liegen bzw. vorwiegend der Allgemeinheit dienen (Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, Band II, 4. Auflage, Bern 2017, Art. 77 N 2). Rein privaten Interessen dienende Bauvorhaben sind unzulässig. Bereits bestehende Privatbauten sind indes in ihrem Weiterbestand solange geschützt, bis das Gemeinwesen den Boden für die im öffentlichen Interesse liegenden Zwecke beansprucht (vgl. Bernhard Waldmann/Peter Hänni, Kommentar RPG, Bern 2006, Art. 22 N 49). Bauten mit einer privaten (Neben-)Nutzung sind in dieser Zone nicht generell ausgeschlossen. Eine private Nebennutzung kann ausnahmsweise zulässig sein, wenn sie mit der öffentlichen Hauptnutzung in einem engen sachlichen Zusammenhang steht (Entscheid des Bundesgerichts vom 18. Dezember 1980, in: ZBI 1981, 82, S. 527; Daniel Gsponer, Die Zone für öffentliche Bauten und Anlagen, Diss., Zürich 2000, S. 170 ff.; EGV-SZ 2003 Nr. B.8.1).

3.3 Strassen sind grundsätzlich der jeweiligen Zone zuzuordnen, die sie erschliessen. Daneben werden sie als Sachen im Gemeingebrauch im Zonenplan auch weiss belassen bzw. dem übrigen Gemeindegebiet oder einer Spezialzone zugeordnet (Gsponer, a.a.O., S. 83 f.). Die geplante Erschliessungsstrasse dient der Erschliessung der Parzellen KTN XXX und XYZ. Beide Parzellen gehören zur WL. Damit müsste grundsätzlich auch die Erschliessungsstrasse in der WL liegen. Soweit sich die geplante Erschliessungsstrasse auf KTN XYZ und damit in der WL befindet, ist ihre Zonenkonformität nicht zu beanstanden und auch unbestritten. Anders sieht es hingegen mit dem auf KTN YYY liegenden Teil der geplanten Erschliessungsstrasse aus.

3.4 Im Grundbuch ist ein Fuss- und Fahrwegrecht zulasten von KTN XYZ und zugunsten von KTN YYY und damit zugunsten der Öffentlichkeit eingetragen (vgl. den Grundbuchauszug für KTN XYZ vom 28. September 2021, Dienstbarkeit Nr. 18107, Belege Nr. 297 und 470). Deshalb dürfte die geplante Erschliessungsstrasse von der Allgemeinheit begangen und befahren werden. Die Strasse hat jedoch keine Durchgangsfunktion, sondern endet auf dem Gestaltungsplanareal bzw. bei KTN XXX. Es besteht insoweit kein Bedarf bzw. kein Interesse der breiten Bevölkerung an einer Benützung der Strasse.

C 2.4

3.5 Das Strandbad B ist heute über die C-strasse erschlossen. Der Eingangsbereich und die Parkplätze liegen im nördlichen und im östlichen Bereich von KTN ZZZ. Auf KTN YYY befindet sich heute ein provisorischer Parkplatz für die Besucherinnen und Besucher des Strandbades. Für die geplante Strandbaderweiterung auf KTN YYY werden voraussichtlich bauliche Massnahmen erforderlich sein. Ein diesbezügliches konkretes Baugesuch oder eine Baubewilligung sind (noch) nicht vorhanden. Es gibt keine Hinweise darauf, dass im Zuge der Strandbaderweiterung der auf KTN ZZZ bestehende Eingangsbereich auf KTN YYY verlegt wird. Ebenfalls ist nicht ersichtlich, dass und weshalb auf KTN YYY ein zweiter Ein- oder Ausgangsbereich realisiert werden soll. Der Parkplatz auf KTN YYY ist direkt von der C-Strasse her erreichbar. Auch dafür muss die Erschliessungsstrasse nicht befahren werden. Somit dient die Erschliessungsstrasse nicht zur rückwärtigen Erschliessung des Strandbades B. Auch insoweit ist kein öffentliches Interesse am Befahren und Begehen der Erschliessungsstrasse auszumachen. Somit ist die geplante Erschliessungsstrasse für die Erschliessung der Parzellen KTN XXX und XYZ und damit praktisch ausschliesslich für private Zwecke vorgesehen. Bei dieser privaten Nutzung handelt es sich nicht um eine in der Oe zulässige untergeordnete Nebennutzung, weil sie mit der geplanten öffentlichen Nutzung von KTN YYY als Strandbad in keinem sachlichen Zusammenhang steht.

3.6 Der Beschwerdegegner 2 als Eigentümer von KTN YYY (bzw. die Vorinstanz 1) ist mit der vorliegend umstrittenen Verlegung der Erschliessungsstrasse einverstanden, weil diese dadurch die bestehende Badeanstalt auf KTN ZZZ und die zur Erweiterung der Badeanstalt vorgesehenen Fläche auf KTN YYY nicht mehr durchtrennt. Aus seiner Sicht ist offenbar auf KTN YYY auch mit der neuen Strasse immer noch hinreichend Platz für das erweiterte Strandbad vorhanden. Dies alleine führt aber nicht dazu, dass die neue Strasse in der Oe zonenkonform ist. Denn die Vorinstanz 1 hat KTN YYY für eine Strandbaderweiterung und damit zu öffentlichen Zwecken von der WL in die Oe umgezont und vom Beschwerdegegner 1 enteignet. Sie ist nun grundsätzlich auch verpflichtet, das gesamte Grundstück für diesen öffentlichen Zweck zu nutzen. Der Beschwerdegegner 1 wurde für die Enteignung von KTN YYY und damit auch für die darauf geplante Strassenfläche von ca. 260 m² (65 m x 4 m) angemessen entschädigt. Es kann nicht angehen, dass das Grundstück KTN YYY nun doch für die privaten Zwecke des Beschwerdegegners 1 genutzt werden darf, obwohl dieser für die Enteignung entschädigt worden ist. Die Zonenkonformität der Erschliessungsstrasse kann also auch nicht mit der Begründung bejaht werden, dass angeblich kein Bedarf an der Nutzung der Strassenfläche zu öffentlichen Zwecken vorhanden ist.

3.7 (...)

4.1 Bestehende, rechtmässig erstellte Bauten und Anlagen, die den neuen Vorschriften widersprechen, sind in ihrem Bestande garantiert (§ 72 Abs. 1 VRP). Wenn ein bestehendes Gebäude abgebrochen oder durch höhere Gewalt zerstört oder in seinem Umfang vermindert wird, so hat der Eigentümer fünf Jahre lang das Recht, es im früheren Umfang wieder aufzubauen (§ 72 Abs. 3 VRP).

4.2 Das Wiederaufbaurecht gemäss § 72 Abs. 3 PBG gilt sinngemäss auch für Anlagen. Im Kanton Schwyz ist selbst der Wiederaufbau einer freiwillig abgebrochenen Baute zulässig. 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. 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 Bestandegarantie hingegen nicht. Auch geringfügige Standortverschiebungen sind zulässig, sofern sie objektiv als geboten erscheinen. Die Ersatzbaute darf jedoch keine neuen oder zusätzlichen Widersprüche zum geltenden Baurecht schaffen, sondern muss den bestehenden Zustand vielmehr weiterführen oder sogar verbessern (vgl. Mark Gisler, Das Wiederaufbaurecht, unter besonderer Berücksichtigung der Verhältnisse im Kanton Schwyz, Diss. Zürich 2003, S. 43 ff. und S. 56 ff.).

4.3 Die heute bestehende Erschliessungsstrasse auf KTN YYY zum Einfamilienhaus auf KTN XXX ist rund 60 m lang und ca. 3.10 m breit (aus dem Plan Nr. 683-20 "Feinerschliessung D" vom 17. September 2021 von Hand herausgemessen). Im Zeitpunkt der Baubewilligung für das Einfamilienhaus und die Erschliessungsstrasse vom 29. Mai 1985 waren die beiden heutigen Baugrundstücke KTN XXX und YYY der WL zugewiesen (vgl. den Zonenplan des Bezirkes A vom 16. Juli 1984). Somit war die Erschliessungsstrasse im Bewilligungszeitpunkt zonenkonform und wurde insoweit rechtmässig erstellt. Am 13. Januar 1997 (Genehmigung durch den Regierungsrat) wurde das heutige Grundstück KTN YYY (mit Ausnahme des nordwestlichen Bereichs mit einer Grösse von 310 m²) von der WL in die Oe umgezont. Mit der Zonenplanänderung vom 22. Mai 2002

C 2.4

(Genehmigung durch den Regierungsrat) erfolgte dann auch die Umzonung dieses nordwestlichen Bereichs von der WL in die Oe. Somit wurde die heutige Erschliessungsstrasse im Jahr 1985 rechtmässig bewilligt und ist aufgrund von Zonenplanänderungen in den Jahren 1997 bzw. 2002 rechtswidrig geworden. Sie wurde am 29. Mai 1985 jedoch ausdrücklich nur als Provisorium bewilligt. Ob sie gestützt auf § 72 Abs. 3 PBG tatsächlich im bestehenden Umfang in der Oe neu gebaut werden darf, ist fraglich, kann letztlich aber offen gelassen werden, wie sich nachfolgend ergibt.

4.4 Die neue Erschliessungsstrasse wird mit einer Breite von 4 m auf KTN YYY liegen. Sie geht folglich im Umfang von ca. 90 cm Breite über das Mass der bestehenden Strasse hinaus. Zudem wird sie sich rund 25 m weiter südlich von der bestehenden Strasse entfernt befinden. Weder die Mehrbreite von 90 cm noch die Standortverschiebung werden durch Massnahmen kompensiert, die eine Verbesserung des bestehenden Zustandes bewirken würden. Bereits deshalb ist die neue Strasse nicht mehr von der Bestandesgarantie gedeckt. Wie es sich mit der Frage der Mehrnutzung bzw. der intensiveren Nutzung der geplanten Strasse im Vergleich zur bestehenden Strasse in Bezug auf die Bestandesgarantie verhält, ist schon fraglich. Denn auf dem Gestaltungsplangebiet "E" sind eine Villa am See (Baufeld A, Haus 5) sowie vier Wohnhäuser mit je zwei Wohneinheiten (Baufeld B, Häuser 1-4) geplant. Die neue Strasse erschliesst damit zehn Wohneinheiten, wohingegen die bestehende Strasse der Erschliessung nur einer Wohneinheit dient. Auch diese Frage der Mehrnutzung kann letztlich aber offen gelassen werden, weil die neue Strasse bereits wegen der erwähnten Mehrbreite nicht mehr unter die Bestandesgarantie fällt. Sodann stellt sich noch die Frage einer Ausnahmebewilligung.

(RRB Nr. 621 vom 23. August 2022).

2.5 Gebäudehöhe bei Dachaufbauten im Attikageschoss

- *Ein seitlich auskragendes Vordach auf dem Dachaufbau im Attikageschoss muss bei der Länge der Dachaufbaute mitberücksichtigt werden (Erw. 7.1-7.4.2).*
- *Wenn das Attikageschoss nicht um das Mass seiner Höhe von der darunter liegenden Fassade zurückversetzt ist, muss die nicht zurückversetzte Mehrhöhe bei der Gebäudehöhe angerechnet werden (Erw. 7.4.3).*

Aus den Erwägungen:

7. Alle drei Beschwerdeführer machen geltend, dass die Aufstockung des Gebäudes mit dem Attikageschoss nicht zulässig sei. Insbesondere sei nicht erwiesen, dass die Hangneigung innerhalb des Gebäudegrundrisses mehr als 40 % betrage.

7.1 Der Grenzabstand ist die kürzeste Verbindung zwischen Grenze und Fassade. Er wird senkrecht auf die Fassade und über die Ecken mit dem kleineren Radius gemessen (§ 59 Abs. 1 PBG). Über die Fassade vorspringende Gebäudeteile, wie Dachvorsprünge, Balkone, Erker usw. werden nur insoweit mitberechnet, als ihre Ausladung 1.50 m übersteigt (§ 59 Abs. 2 PBG). 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). Gemäss § 60 Abs. 3 PBG werden Aufbauten bei Schräg- und Flachdächern, sofern sie nicht mehr als einen Drittel der Fassadenlänge einnehmen (Bst. b), sowie Attikageschosse und Dachbrüstungen, sofern ihre Fassaden auf der Schmalseite innerhalb eines Giebeldreiecks von 45° liegen sowie auf der Längsseite mit Ausnahme von maximal einem Drittel dieser Fassadenlänge um das Mass ihrer Höhe von der Fassade des darunter liegenden Geschosses zurückversetzt sind (Bst. c), nicht berücksichtigt. Bei Dachneigungen über 45° wird das Mehrmass, das sich bei einem 45° geneigten Dach ergäbe, zur Gebäudehöhe gerechnet (§ 60 Abs. 4 PBG). Bei in der Höhe gestaffelten Bauten wird die Gebäudehöhe jedes Baukörpers gesondert bestimmt (§ 60 Abs. 5 PBG).

7.2 Die im Gesetz geregelten Messweisen sind für den Erlass kommunaler Bauvorschriften verbindlich (§ 31 Abs. 1 der Vollzugsverordnung zum Planungs- und Baugesetz vom 4. Dezember 2007 [PBV, SRSZ 400.111]). Sieht das Baureglement der Gemeinde weitere Nutzungsmasse wie Firsthöhen usw. vor, sind für deren Messweise kantonal bereits bestimmte Vorgaben (Messpunkte usw.) zu verwenden (§ 31 Abs. 2 PBV).

C 2.5

In der Wohnzone W1 ist eine Gebäudehöhe von 6.5 m und eine Firsthöhe von 9.5 m erlaubt (Art. 71 Abs. 1 BauR). Die zulässige Gebäude- und Firsthöhe darf auf keiner Gebäudeseite überschritten sein. Bei Bauten am Hang ist auf der talseitigen Fassade eine Mehrhöhe von 1 m gestattet. Als Hang gilt eine Neigung des gewachsenen Bodens, welche in der Falllinie gemessen innerhalb des Grundrisses mindestens 40 % beträgt (Art. 71 Abs. 2 BauR).

7.3 Auf dem Plan "Ansichten" vom 14. Dezember 2021 ist das heute bestehende Gebäude mit gelber Farbe sowie das umgebaute Gebäude mit dem Attikageschoss sichtbar. Zwischen den Parteien ist unbestritten, dass mit dem Um- und Ausbauvorhaben die Firsthöhen an allen vier Fassaden erhöht werden. Entgegen der Ansicht der Vorinstanz 1, des Beschwerdegegners und der Beigeladenen werden auch die Gebäudehöhen sämtlicher vier Fassaden erhöht, denn der Abschluss des Obergeschosses des umgebauten Hauses liegt überall oberhalb des bestehenden Schnittpunktes der Fassade mit der Dachhaut. Somit werden die Gebäude- und Firsthöhen mit dem Umbauvorhaben verändert. Der Beschwerdegegner und die Beigeladene können sich diesbezüglich nicht auf die Bestandesgarantie berufen. Die geltenden Gebäude- und Firsthöhen müssen eingehalten sein.

7.4 Vorab fällt auf, dass das Attikageschoss im Norden einen Vorsprung bzw. eine Aufbaute mit einem Vordach aufweist. In einem ersten Schritt wird daher geprüft, ob die geltenden Gebäude- und Firsthöhen an der Nordfassade eingehalten sind.

7.4.1 Das Attikageschoss ist 2.9 m hoch. Für die Frage der Rückversetzung des Attikageschosses um das Mass seiner Höhe spielt das leicht (um 15°) geneigte, 59 cm hohe Giebeldach, welches sich auf dem Attikageschoss befindet, keine Rolle, weil es die 45°-Linie nicht überschreitet. In diesem Fall ist es für die Frage der Gebäudehöhe belanglos, ob sich die Dachform klar unter ein Attikageschoss oder ein Schrägdach subsumieren lässt (vgl. VGE III 2018 180 vom 25. März 2019, E. 2.4.2). Das Attikageschoss wird nordseitig von einem Glasgeländer umgeben, welchem keine fassadenähnliche Wirkung zukommt. Es muss somit grundsätzlich um 2.9 m vom obersten Punkt der Nordfassade des Erdgeschosses zurückversetzt liegen. Davon ausgenommen sind Gebäudeteile, welche auf der Schmalseite innerhalb des Giebeldreiecks von 45° liegen und Dachvorsprünge mit einer Länge von maximal einem Drittel der Fassade des darunter liegenden Erdgeschosses. Die Länge der Nordfassade beträgt 14.02 m. Der nördliche Vorsprung im Attikageschoss (ohne Vordach) ist rund 4.25 m lang und macht damit nicht mehr als einen Drittel der Fassadenlänge der Westfassade aus.

7.4.2 Das gesamte Attikageschoss weist aber nordseitig ein durchgehendes Vordach mit einer Breite von 30 cm bzw. 80 cm bzw. 1 m auf. Das Vordach ragt um 80 cm über den Dachvorsprung hinaus. Zu den Dachaufbauten gehören auch auskragende Vordächer, Brüstungen und andere massive Bauteile. Eine Auskragung, d. h. ein über die Gebäudefassade hinausgehender Gebäudeteil, kann demnach grundsätzlich ebenfalls eine Dachaufbaute sein, wenn sie nicht mehr als ein Drittel der Fassadenlänge des darunter liegenden Vollgeschosses einnimmt und die Voraussetzungen von § 59 Abs. 2 PBG erfüllt (VGE III 2018 180 vom 25. März 2019, E. 2.4.1; EGV-SZ 2007, Nr. C.2.2, E. 4.3.2 ff.). Das Vordach der Dachaufbaute wäre also zulässig, wenn es nur Richtung Norden über die Dachaufbaute hinausragen würde. Das Vordach ragt aber westlich um 30 cm und östlich um 1 m über die Dachaufbaute hinaus. Die Länge der Dachaufbaute mit dem Vordach beträgt also 5.55 m und damit mehr als ein Drittel der Fassade des darunter liegenden Erdgeschosses. Somit muss die nördliche Dachaufbaute im Attikageschoss bei der Ermittlung der Gebäudehöhe berücksichtigt werden. Die Gebäudehöhe des östlichen Teils der Nordfassade beträgt zusammen mit dem Attikageschoss 7.95 m (5.05 m + 2.9 m). Die baureglementarisch festgelegte Gebäudehöhe von 6.5 m ist überschritten.

7.4.3 Westlich dieser Dachaufbaute verfügt das Attikageschoss im Norden über ein 30 cm breites Vordach. Zusammen mit diesem Vordach ist das Attikageschoss in diesem Bereich um 2.7 m und damit nicht um das Mass seiner Höhe (2.9 m) von der Fassade des darunter liegenden Erdgeschosses zurückversetzt. Diese nicht zurückversetzte Mehrhöhe von 20 cm ist (wie bei einem über 45° geneigten Dach) bei der Gebäudehöhe anzurechnen (VGE III 2021 9 vom 26. August 2021, E. 6.2.2, mit Hinweis u. a. auf EGV-SZ 2007, Nr. C 2.2, E. 4.2.3). Die Gebäudehöhe des westlichen Teils der Nordfassade beträgt 6.465 m. Unter Berücksichtigung der Mehrhöhe von 20 cm ist auch bei dieser Fassade die maximal zulässige Gebäudehöhe von 6.5 m um 16.5 cm überschritten.

(RRB Nr. 992 vom 13. Dezember 2022).

C 2.6

2.6 Einsichtsrecht in ein Gutachten der Eidgenössischen Natur- und Heimatschutzkommission

- Das Akteneinsichtsrecht kann sich auch ausserhalb oder nach Abschluss eines Verfahrens unmittelbar aus Art. 29 Abs. 2 BV ergeben (Erw. 3.1-3.2).
- Das ÖDSG ist auf Fälle ausserhalb eines hängigen Verfahrens zugeschnitten (Erw. 4).
- In einem laufenden Baubewilligungsverfahren stützt sich das Akteneinsichtsrecht der Parteien direkt auf die Grundlagen des Verwaltungspflegegesetzes (Erw. 5.1-5.5).
- Der Umstand allein, dass sich das umstrittene Gutachten auf ein privates Grundstück bezieht, begründet noch keine Geheimhaltung (Erw. 6-6.3).

Aus den Erwägungen:

3.1 Auf hängige Verfahren findet § 22 VRP mit der Überschrift "Akteneinsichtsrecht" Anwendung. Das Akteneinsichtsrecht steht Personen zu, die durch eine Anordnung berührt sind und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung haben. Die Beteiligten eines hängigen Verwaltungs- oder Rechtsmittelverfahrens haben bereits aufgrund ihrer Stellung als Verfahrensbeteiligte ein schutzwürdiges Interesse an der Einsichtnahme in die Verfahrensakten. Bei Dritten ist gestützt auf die Umstände des Einzelfalles zu entscheiden, ob sie in schutzwürdigen Interessen betroffen sind. Ein Anspruch auf Akteneinsicht besteht nicht nur in einem hängigen Verfahren, sondern unter Umständen – nach Massgabe der Betroffenheit in schutzwürdigen Interessen – auch nach Abschluss oder ausserhalb eines förmlichen Verfahrens (Alain Griffel, in: Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, VRG, 3. Auflage, Zürich 2014, § 8, N 6 f. mit Hinweis auf zwei Bundesgerichtsurteile; EGV-SZ 1993 Nr. 52).

3.2 Nach dem Gesagten kann sich das Akteneinsichtsrecht auch ausserhalb oder nach Abschluss eines Verfahrens unmittelbar aus Art. 29 Abs. 2 BV ergeben. Anders als die Parteien in einem hängigen Verfahren, deren Einsichtsinteresse sich ohne weiteres aus ihrer Parteistellung ergibt, muss das schutzwürdige Interesse ausserhalb oder nach Abschluss eines Verfahrens glaubhaft gemacht werden, soweit es um die Ausübung des Akteneinsichtsrechts geht. Ein schutzwürdiges Interesse liegt beispielsweise vor, wenn Einsichtnahme in Akten über die eigene Person verlangt wird oder wenn ein in Aussicht genommenes Verfahren nur in Kenntnis

der Akten eingeleitet werden kann. In einem zweiten Schritt muss das Interesse an der Einsichtnahme sorgfältig gegen entgegenstehende öffentliche oder private Interessen abgewogen werden (Griffel, a.a.O., § 8, N 24 f.).

4. Demgegenüber ist das ÖDSG grundsätzlich auf Fälle zugeschnitten, bei denen kein Verfahren rechtshängig ist. Unter der Herrschaft des Öffentlichkeitsprinzips hat dagegen jedermann ohne Nachweis eines speziellen Interesses das Recht auf Einsicht in amtliche Dokumente, sofern für diese keine Geheimhaltungspflicht besteht. Mit der Einführung des Öffentlichkeitsprinzips wird also die Geheimhaltung zur Ausnahme und die Information zur Regel. Auch nach Einführung des Öffentlichkeitsprinzips sind jedoch nicht alle Informationen und Akten öffentlich zugänglich. Die Geheimhaltung muss aber im Einzelfall mit überwiegenden öffentlichen oder privaten Interessen begründet werden können. Das Öffentlichkeitsprinzip macht die ausdrücklich geregelte Geheimhaltungspflicht nicht hin-fällig, berührt also etwa das Steuergeheimnis sowie die Berufs- und Geschäftsgeheimnisse nicht. Es kann aber Abwägungen zwischen Interessen an der Information einerseits sowie öffentlichen und privaten Schutzinteressen andererseits notwendig machen. Solche Interessenkonflikte treten vor allem an den Berührungspunkten von Akteneinsichtsrecht und Datenschutz auf (RRB Nr. 104 vom 23. Januar 2007, Bericht und Vorlage an den Kantonsrat zum Gesetz über die Öffentlichkeit der Verwaltung und den Datenschutz, S. 1).

5.1 Der Regierungsrat gelangte bei der Beurteilung des letzten Bauge-suches für die Parzelle KTN XXX (gegen das die Beschwerdegegner in diesem Verfahren Einsprache erhoben hatten) mit RRB Nr. 202 vom 20. März 2019 zum Ergebnis, dass für die Beurteilung der Einordnungsfrage eine Begutachtung durch die ENHK notwendig sei. Dieser Entscheid wurde vom Verwaltungsgericht mit VGE III 2019 73 und 78 vom 29. August 2019 geschützt. In der Folge holte die Vorinstanz über das Amt für Kultur das verlangte Gutachten bei der ENHK ein, in welches nun die Beschwerdegegner Akteneinsicht verlangen. Die Vorinstanz vertritt die Ansicht, da die beiden Beschwerdeverfahren vor Regierungsrat (RRB Nr. 202 vom 20. März 2019) und dem Verwaltungsgericht (VGE III 2019 73 und 78 vom 29. August 2019) in Rechtskraft erwachsen und abgeschlossen seien, sei das Akteneinsichtsgesuch nach dem ÖDSG und nicht nach der VRP zu beurteilen.

C 2.6

5.2 Mit dieser Argumentation übersieht die Vorinstanz, dass mit den erwähnten Beschwerdeentscheiden zwar die jeweiligen Beschwerdeverfahren abgeschlossen wurden, nicht aber das Baubewilligungsverfahren für das Bauprojekt auf KTN XXX und das damit zusammenhängende Einspracheverfahren. Vielmehr hat der Regierungsrat mit RRB Nr. 202 vom 20. März 2019 die angefochtene Baubewilligung aufgehoben und die Sache zur Einholung eines ENHK-Gutachtens und zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückgewiesen. Der Umstand, dass das Verwaltungsgericht mit VGE III 2019 73 und 28 vom 29. August 2019 den Entscheid des Regierungsrats bestätigt hat, ändert nichts daran. Demnach wurde das ENHK-Gutachten vom 22. September 2020 in einem laufenden bzw. hängigen Baubewilligungsverfahren eingeholt, weshalb für die Beurteilung des Akteneinsichtsgesuches der Beschwerdegegner das VRP massgebend ist. Da den Beschwerdegegnern aufgrund ihrer gegen das Bauvorhaben auf KTN XXX erhobenen Rechtsmittel immer noch Parteistellung zukommt, haben sie grundsätzlich gestützt auf § 22 VRP auch ein Akteneinsichtsrecht in das im hängigen Baubewilligungsverfahren eingeholte ENHK-Gutachten vom 22. September 2020.

5.3 Die Beschwerdeführer bringen dagegen vor, dass das Akteneinsichtsrecht erst zur Anwendung gelange, wenn das Baubewilligungsverfahren fortgesetzt werde. Die Vorinstanz habe das Baubewilligungsverfahren zu Recht noch nicht fortgesetzt, denn eine Fortsetzung mache nur Sinn, wenn dies die Bauherrschaft verlange und diese zum Gutachten Stellung nehmen konnte. Es trifft zwar zu, dass die Verfahrensleitung der zuständigen Behörde (i. c. der Vorinstanz bzw. dem instruierenden Bauamt) obliegt. Demnach wäre es grundsätzlich möglich, dass die zuständige Behörde im Rahmen der Verfahrensleitung ein eingeholtes Gutachten zuerst der Bauherrschaft zustellt unter Fristansetzung für eine allfällige Stellungnahme bzw. einen Rückzug des Baugesuches. Diese Frage stellt sich jedoch vorliegend nicht, da die Vorinstanz das ENHK-Gutachten vom 22. September 2020 den Beschwerdeführern bereits am 28. September 2020 zugestellt hat. Die Beschwerdeführer reichten bis zum 12. Mai 2021, als die Beschwerdegegner ein Akteneinsichtsgesuch stellten, weder eine Stellungnahme zum ENHK-Gutachten noch einen Rückzug des Baugesuches ein. Als die Beschwerdegegner am 12. Mai 2021 das Gesuch um Akteneinsicht stellten, war das Baubewilligungsverfahren somit noch hängig. Als Verfahrenspartei dieses hängigen Baubewilligungsverfahrens hatten die Beschwerdegegner somit zweifellos Anspruch auf Einsichtnahme in dieses Gutachten.

5.4 Nach dem Gesagten ist es somit auch unbeachtlich, dass das den beiden erwähnten Beschwerdeentscheiden zugrundeliegende Baugesuch

mit Beschluss Nr. 70 vom 21. Februar 2022 infolge Rückzug vom 7. Februar 2022 als gegenstandslos geworden abgeschrieben wurde. Denn im Zeitpunkt, als die Beschwerdegegner das Akteneinsichtsgesuch stellten, war das Baubewilligungsverfahren (B...) für das auf KTN XXX geplante Bauvorhaben noch hängig. Selbst wenn man davon ausgehen würde, dass das Baubewilligungsverfahren nun abgeschlossen sei, haben die Beschwerdegegner als einsprachebefugte Nachbarn basierend auf § 22 VRP bzw. Art. 29 Abs. 2 BV weiterhin ein schutzwürdiges Interesse für die Akteneinsicht in das umstrittene ENHK-Gutachten (vgl. dazu EGV-SZ 1993 Nr. 52).

5.5 Als Zwischenfazit ist festzuhalten, dass die Beschwerdeführer gestützt auf § 22 VRP grundsätzlich einen Anspruch auf Akteneinsicht in das ENHK-Gutachten vom 22. September 2020 haben. Soweit die Beschwerdeführer geltend machen, dass den Beschwerdegegnern für den Zugang zum Gutachten ein hinreichendes und rechtlich schützenswertes Interesse fehle, übersehen sie, dass die Beschwerdegegner als Beteiligte des im Zeitpunkt der Gesuchseinreichung hängigen Baubewilligungsverfahrens bereits aufgrund ihrer Stellung als Verfahrensbeteiligte ein schutzwürdiges Interesse an der Einsichtnahme in die Verfahrensakten haben bzw. hatten.

6. Die Beschwerdeführer machen weiter geltend, dass der Gewährung der Akteneinsicht in das ENHK-Gutachten vom 22. September 2020 gewichtige private Interessen der Beschwerdeführer entgegenstehen würden. Das Gutachten beziehe sich auf ihr privates Grundstück KTN XXX, das weder in einem öffentlichen Inventar aufgenommen worden noch öffentlich zugänglich sei. Weiter stehe kein konkretes Bauverfahren oder kein Bauentscheid an, wofür das Gutachten beigezogen und als Entscheidungsgrundlage in irgendeiner Form öffentlich gemacht werden müsse. Die Beschwerdeführer sind weiter der Auffassung, dass sie es sich nicht gefallen lassen müssen, dass die gutachterlichen Beschreibungen und Bewertungen ihres Privateigentums den Beschwerdegegnern offenbart würden.

6.1 Gemäss § 22 VRP steht den Parteien das Recht zur Akteneinsicht zu (Abs. 1). Die Behörde kann die Einsicht in die Akten verweigern, wenn schützenswerte private oder öffentliche Interessen die Geheimhaltung erfordern (Abs. 3). Wesentliche öffentliche Interessen dürfen einer Akteneinsicht nur selten entgegenstehen. Häufiger sind indessen entgegenstehende private Interessen, entweder solche einer Gegenpartei oder von Dritten, die am Verfahren nicht beteiligt sind. Im Vordergrund stehen hier der Schutz der Persönlichkeit sowie die Wahrung von Geschäfts- oder Berufsgeheimnissen. Ebenso besteht in der Regel ein schutzwürdiges Interesse,

C 2.6

die Identität von Anzeigerstattern oder Informanten geheim zu halten, um diese vor ungerechtfertigten Massnahmen zu schützen (vgl. dazu Grif-fel, a.a.O., § 9, N 9).

6.2 Der Akteneinsicht der Beschwerdegegner in das ENHK-Gutachten vom 22. September 2020 stehen keine wesentlichen öffentlichen Interessen entgegen, was zwischen den Parteien auch nicht umstritten ist. Auch die von den Beschwerdeführern geltend gemachten privaten Interessen stellen unter Berücksichtigung der vorgehenden Ausführungen keine der-art schwerwiegenden Interessen dar, welche eine Akteneinsichtnahme durch die Beschwerdegegner zu verhindern vermögen. Der Umstand, dass sich das umstrittene Gutachten auf ein privates Grundstück bezieht, be-gründet noch keine Geheimhaltung. Vielmehr handelt es sich beim Denk-malschutz um ein öffentliches Interesse, welches sich zwangsläufig auf private Grundstücke bezieht. Das ENHK Gutachten vom 22. September 2020 wurde im Zusammenhang mit einem hängigen Baubewilligungsver-fahren eingeholt, welches die Beschwerdeführerin Ziff. 1 mittlerweile zu-rückgezogen hat. Spätestens in einem neuen Baubewilligungsverfahren für das Grundstück KTN XXX werden sich die gleichen denkmalpflegerischen Fragen stellen wie bereits im vorgängigen Baubewilligungsverfahren. Für die Beantwortung dieser Fragen muss das ENHK-Gutachten vom 22. Sep-tember 2020 beigezogen werden, weshalb dieses bzw. dessen Inhalt auch für die benachbarten Beschwerdegegner massgebend ist.

6.3 Im Ergebnis ist die von der Vorinstanz gewährte Akteneinsicht dem-nach nicht zu beanstanden, auch wenn sie auf einer falschen Rechts-grundlage beruht. Die Beschwerdeführer haben gestützt auf § 22 VRP ei-nen Anspruch auf Akteneinsicht in das ENHK-Gutachten vom 22. Sep-tember 2020. Im Übrigen ist der Vorinstanz zuzustimmen, dass die Be-schwerdeführer selbst bei einem nicht hängigen Baubewilligungs- und Einspracheverfahren gestützt auf das ÖDSG Anspruch auf Einsicht in das umstrittene Gutachten hätten. Entgegen der Auffassung der Beschwerde-führer handelt es sich beim ENHK-Gutachten vom 22. September 2020 weder um ein Dokument aus einem internen Mitberichtsverfahren (§ 6 Abs. 1 Bst. b ÖDSG) noch um ein Dokument im Sinne von § 6 Abs. 2 Bst. c ÖDSG. Soweit die Beschwerdeführer der Meinung sind, dass die Vorinstanz für die Gewährung der Akteneinsicht nach ÖDSG nicht die zu-ständige Stelle sei, übersehen sie, dass diese das umstrittene Gutachten bei den zuständigen Stellen in Auftrag gegeben hat und es sich somit bei ihr um die Erstellerin im Sinne von § 27 Abs. 1 ÖDSG i.V.m. § 6 Abs. 2 der Verordnung zum Öffentlichkeits- und Datenschutzgesetz vom 28. Ok-tober 2008 (ÖDSV, SRSZ 140.411) handelt. Kommt hinzu, dass gemäss

dem Bericht und der Vorlage an den Kantonsrat zum Gesetz über die Öffentlichkeit der Verwaltung und den Datenschutz vom 23. Januar 2007 die gesuchstellende Person die Wahl hat, an wen sie sich wenden will, wenn ein Dokument bei mehreren öffentlichen Organen vorhanden ist (vgl. RRB Nr. 104 vom 23. Januar 2007, S. 15).

(RRB Nr. 492 vom 14. Juni 2022).

2.7 Akzessorische Überprüfung eines Gestaltungsplanes / Denkmalschutz

- *Akzessorische Überprüfung des Gestaltungsplanes im Baubewilligungsverfahren (Erw. 2.4-2.7).*
- *Einleitung eines Unterschutzstellungsverfahrens nach DSGVO im Rahmen eines Baugesuches (Erw. 4.5 f.).*

Aus den Erwägungen:

2.4 Am 17. Juni 2020 ersuchte u.a. die Beschwerdegegnerin um Erlass des Gestaltungsplanes "A". Das Gesuch wurde publiziert (...) und öffentlich aufgelegt. Dagegen haben die Beschwerdeführerinnen jedoch keine Einsprache erhoben. Die Vorinstanz 1 führt im angefochtenen Beschluss zutreffend aus, dass die Beschwerdeführerinnen ihre Interessen im Erlassverfahren des Gestaltungsplanes "A" hätten wahrnehmen und das zulässige Rechtsmittel ergreifen müssen, was sie jedoch unterlassen haben. Kommt hinzu, dass der Genehmigungsbeschluss des Regierungsrates (vgl. RRB Nr. 85 vom 2. Februar 2021) ebenfalls im Amtsblatt publiziert wurde (...). Die Beschwerdeführerinnen hätten spätestens zu diesem Zeitpunkt gegen den Erlass bzw. die Genehmigung des Gestaltungsplanes beim Verwaltungsgericht opponieren müssen (§ 51 Bst. a VRP; August Mächler, Justizreform des Bundes und ihre Umsetzung für die Staats- und Verwaltungsrechtspflege sowie das Verwaltungsverfahren im Kanton Schwyz, in EGV-SZ 2010, S. 201 und Fussnote 72; EGV-SZ 2009 B 8.4, E. 8). Da der Vertrauensschutz es gebietet, dass mit den Einwendungen gegen die (Sonder-)Nutzungsplanung nicht bis zu einem nachfolgenden Baubewilligungsverfahren zugewartet wird, erfolgen die Rügen gegen den Gestaltungsplan "A" grundsätzlich verspätet.

2.5 Weiter können die Beschwerdeführerinnen nicht vorbringen, dass die Tragweite der Eigentumsbeschränkung für sie nicht von Anfang an (d.h. beim Erlass des Gestaltungsplanes) erkennbar gewesen sei. Denn mit

C 2.7

der Festlegung der Baubereiche sowie den Vorgaben in den Sonderbauvorschriften wurde die Bebauung im Gestaltungsplangebiet "A" weitestgehend festgelegt. Kommt hinzu, dass beim Erlass des Gestaltungsplanes bereits ein Richtprojekt basierend auf dem Studienauftrag vom Mai 2018 bzw. dem Siegerprojekt aus dem Wettbewerb zur Veranschaulichung vorlag. Den Beschwerdeführerinnen war damit die Tragweite der möglichen Eigentumsbeschränkungen im Zeitpunkt des Gestaltungsplanerlasses bekannt.

2.6.1 Die Beschwerdeführerinnen sind der Auffassung, dass beim Erlass des Gestaltungsplanes "A" dem Bundesinventar der schützenswerten Ortsbilder der Schweiz von nationaler Bedeutung (nachfolgend: ISOS) bzw. dessen Umsetzung im kommunalen Baureglement zu wenig Beachtung geschenkt worden sei.

2.6.2 Es trifft zu, dass die Bauparzellen im ISOS inventarisiert sind (vgl. Anhang der Verordnung über das Bundesinventar der schützenswerten Ortsbilder der Schweiz vom 13. November 2019, [VISOS, SR 451.12]; siehe auch Inventar der schützenswerten Ortsbilder der Schweiz, ISOS, Bd. Kanton Schwyz, EDI 1990, S. 171 ff.). Diese Inventarisierung sowie auch deren Umsetzung in den kantonalen und kommunalen Bestimmungen (vgl. weitergehende Ausführungen in der nachfolgenden Erwägung 5) lagen bereits im Zeitpunkt des Erlasses des Gestaltungsplanes "A" vor. Es kann somit auch in diesem Punkt nicht von wesentlich veränderten Verhältnissen gesprochen werden, welche zu einer Aufhebung bzw. einer akzessorischen Überprüfung des Gestaltungsplanes "A" führen könnten. Die Inventarisierung im ISOS wurde dann sowohl von der in erster Linie für die Beurteilung des Ortsbild- und Landschaftsschutzes zuständigen Vorinstanz 1 sowie vom für die ISOS-A-Gebiete zuständigen Amt für Kultur (vgl. dazu § 9 Abs. 3 des Gesetzes über die Denkmalpflege und die Archäologie vom 6. Februar 2019 [Denkmalschutzgesetz DSG, SRSZ 720.100]) bei der Überprüfung des Gestaltungsplanes "A" berücksichtigt (siehe Beschluss Nr. 581 der Vorinstanz 1 vom 18. November 2020 sowie die Stellungnahme des Amtes für Kultur vom 23. März 2020 zur Vorprüfung des GP und der Mitbericht des Amtes für Kultur vom 29. Dezember 2020).

2.6.3 Im Zusammenhang mit dem Denkmal- oder dem Landschaftsschutz liegen somit keine wesentlich veränderten Verhältnisse vor, die eine Überprüfung und Anpassung des Gestaltungsplanes "A", geschweige denn dessen Aufhebung rechtfertigen würden. Eine Neubeurteilung fällt auch schon aus Gründen der Planbeständigkeit und des Vertrauensschutzes sowie der Rechtssicherheit ausser Betracht, zumal der Gestaltungsplan erst

rund eineinhalb Jahre in Kraft ist. Kommt hinzu, dass selbst wenn dem ISOS im Gestaltungsplanverfahren ungenügend Beachtung geschenkt worden wäre – was vorliegend nicht der Fall ist – eine akzessorische Überprüfung dieses eigentümergebundenen Planes nicht erlaubt wäre. Vielmehr ist eine solche Überprüfung nur dann angezeigt, wenn der Nutzungsplan bzw. der Sondernutzungsplan die Schutzziele des ISOS geradezu missachtet, was vorliegend verneint werden kann (vgl. dazu VGE III 2018 190-192 vom 29. August 2019, E. 5.7.4 mit weiteren Hinweisen). Ob die Vorgaben des ISOS eingehalten sind, wird nun im Rahmen des Baubewilligungsverfahrens überprüft werden müssen.

2.7 Im Ergebnis ist eine akzessorische Überprüfung des Gestaltungsplanes "A", insbesondere aufgrund von Anliegen des Denkmal- und Landschaftsschutzes, im vorliegenden Baubewilligungsverfahren nicht möglich. Soweit die Beschwerdeführerinnen der Auffassung sind, dass der Gestaltungsplan "A" (insbesondere in Bezug auf die Einordnungsbestimmungen) zu weit von der Grundordnung im Baureglement entfernt sei, übersehen sie, dass Art. 115 des Baureglements des Bezirks B vom 1. November 2006 (nachfolgend: BauR) die Möglichkeit vorsieht, dass in einem Gestaltungsplan innerhalb des Gestaltungsplangebietes unter bestimmten Bedingungen von der Grundordnung abgewichen werden kann. Die Vorinstanzen erachteten diese Bedingungen im Gestaltungsplanverfahren als erfüllt (vgl. den Beschluss Nr. 581 der Vorinstanz 1 vom 18. November 2020 sowie den Genehmigungsbeschluss Nr. 85 vom 2. Februar 2021), was grundsätzlich nicht zu beanstanden ist. Denn der Erlass eines Gestaltungsplanes bedeutet noch nicht, dass die darin festgelegten Baumasse im Baubewilligungsverfahren vollständig ausgeschöpft werden dürfen. Vielmehr haben auch die Bauten innerhalb eines Gestaltungsplangebietes nicht nur die geltende Bau- und Zonenordnung einzuhalten, sondern auch allfällige ästhetische Schutzbestimmungen. Solche Vorschriften haben gemäss der Rechtsprechung eine eigenständige Bedeutung. Sie sind nicht von vornherein eingehalten, wenn die Bauvorschriften respektiert werden, denn die Schutzbereiche der Normen decken sich nicht zwingend. Die Anwendung einer positiven Ästhetikklausel darf jedoch nicht dazu führen, das generell – etwa für die ganze Dorfkernzone – die Zonenordnung ausser Kraft gesetzt würde (Urteil BGer 1C_138/2014 vom 3. Oktober 2014, E. 8.1). Im Einzelfall kann jedoch die Anwendung einer Vorschrift zum Schutze des Ortsbildes zu einer Reduktion des nach der Zonenordnung zulässigen Bauens führen (Urteil BGer 1P.709/2004 vom 15. April 2005, E. 2.3 mit weiteren Hinweisen). Nach dem Gesagten ist nachfolgend zu prüfen, ob das umstrittene Bauvorhaben, welches auf dem Gestaltungsplan "A" basiert, die massgebenden Ästhetikvorschriften einhält.

C 2.7

(...).

4.5 Das DSG bezweckt die Erhaltung, den Schutz, die Pflege und die Erforschung der Ortsbilder, der geschichtlichen Stätten, der Kulturdenkmäler und der archäologischen Funde (§ 1 Abs. 1 DSG). Kanton, Bezirke und Gemeinden ergreifen im Rahmen ihrer Zuständigkeit Schutzmassnahmen (§ 2 DSG). Der Kanton führt ein Inventar der geschützten Bauten und Objekte (KSI; § 4 Abs. 1 DSG). Der Regierungsrat beschliesst über die Aufnahme von Objekten ins KSI (§ 5 Abs. 1 und § 15 Abs. 1 Bst. a DSG). Der Eigentümer erhält im Rahmen der Anhörung Gelegenheit zur schriftlichen Stellungnahme. Es wird ihm ein begründeter, anfechtbarer Aufnahmeentscheid zugestellt (§ 5 Abs. 2 DSG). Schutzobjekte dürfen ohne vorgängige Bewilligung des Regierungsrates nicht beseitigt werden (§ 6 Abs. 1 DSG). Die Gemeinden (und im Rahmen ihrer Zuständigkeit auch die Bezirke) als Baubewilligungsbehörde erlassen die erforderlichen Schutzmassnahmen und können in dringenden Fällen vorsorgliche Massnahmen treffen. Sie können dem Regierungsrat die Aufnahme von Objekten ins Schutzinventar oder deren Entlassung beantragen (§ 16 Bst. b und c DSG).

4.6 Für den Entscheid über eine Unterschutzstellung bzw. die Aufnahme ins KSI ist somit nicht mehr die Baubewilligungsbehörde, sondern der Regierungsrat zuständig. Ausserhalb eines Baubewilligungsverfahrens können der Eigentümer, das Amt für Kultur (bzw. die Denkmalpflege) oder die Gemeinde, in welcher sich das Gebäude befindet, die Durchführung eines Unterschutzstellungsverfahrens verlangen. Ein Nachbar kann kein solches Verfahren einleiten bzw. keinen Antrag beim Regierungsrat auf Unterschutzstellung stellen. Im Baubewilligungsverfahren hingegen kann der Einsprecher geltend machen, dass es sich beim abzubrechenden Gebäude auf dem Nachbargrundstück um ein Schutzobjekt handelt, welches unter Schutz gestellt bzw. ins KSI aufgenommen werden muss. Zu einem solchen Einwand muss sich das Amt für Kultur bzw. die kantonale Denkmalpflege in ihrem Fachbericht an die Vorinstanz 2 äussern, weil ihr Fachbereich davon betroffen ist (vgl. § 40 Abs. 1 der Vollzugsverordnung zum Planungs- und Baugesetz vom 2. Dezember 1997 [PBV, SRSZ 400.111]). Sie muss prüfen, ob Anhaltspunkte für eine Schutzwürdigkeit gegeben sind. Liegen keine solchen Anhaltspunkte vor, muss die Denkmalpflege im Fachbericht den Antrag auf Nichtdurchführung eines Unterschutzstellungsverfahrens stellen. Sobald aber Indizien vorliegen, welche für eine Schutzwürdigkeit sprechen, muss das Amt für Kultur bzw. die Denkmalpflege ein Unterschutzstellungsverfahren im Sinne von § 5 DSG einleiten.

Die Frage der Schutzwürdigkeit muss in diesem Fall in einem Unterschutzstellungsverfahren geklärt werden, bevor über das Baugesuch entschieden werden darf.

(RRB Nr. 784 vom 18. Oktober 2022; das Verwaltungsgericht hat eine gegen den Entscheid der Regierung erhobene Beschwerde mit VGE III 2022 166 vom 25. April 2023 abgewiesen).

2.8 Kostenverteilung bei der Beurteilung eines Ausstandsgesuches

- Für die Verteilung der entstandenen Kosten ist nicht § 5 GebO, sondern § 72 Abs. 2 VRP anwendbar (Erw. 3-3.3).
- Ein Ausstandsbegehren im Rahmen einer Baueinsprache gilt nicht als Teil des Einspracheverfahrens, da es nicht direkt der materiell-rechtlichen Beurteilung des Baugesuches dient (Erw. 3.4-3.5).

Aus den Erwägungen:

3. Im Kanton Schwyz sind die allgemeinen Kostenfolgen in § 71 ff. VRP geregelt. Übereinstimmend mit § 71 Abs. 1 VRP hält § 89 Abs. 1 des Planungs- und Baugesetzes vom 14. Mai 1987 (PBG, SRSZ 400.100) fest, dass die Bewilligungsbehörde für die Behandlung von Bau- und Vorentscheidgesuchen Gebühren nach der Gebührenordnung für die Verwaltung und die Rechtspflege im Kanton Schwyz erhebt. Die Gebührenordnung für die Verwaltung und die Rechtspflege im Kanton Schwyz vom 20. Januar 1975 (GebO, SRSZ 173.111) hält in § 5 Abs. 1 GebO wiederum in Übereinstimmung mit § 72 Abs. 1 VRP fest, dass derjenige die Gebühr trägt, der die öffentliche Sache oder Anstalt beansprucht oder eine Amtshandlung veranlasst hat. Die Kostenverlegung für den Erlass eines Entscheides oder Zwischenbescheides werden jedoch in § 72 Abs. 2 VRP geregelt und gemäss dieser Bestimmung in der Regel der unterliegenden Partei überbunden. Unterliegt sie nur teilweise, werden die Kosten auf die Parteien anteilmässig verteilt.

3.1 Die Beschwerdeführer stützen sich auf § 5 Abs. 1 GebO und machen geltend, dass der Bauherr gemäss § 5 Abs. 1 GebO als Verursacher des Baubewilligungsverfahrens sowohl die Kosten des Baubewilligungsverfahrens als auch sämtliche Kosten des Einspracheverfahrens zu tragen habe. Sie beziehen sich dabei auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung, wonach das Einspracheverfahren als Teil des Baubewilligungsverfahrens zu qualifizieren sei. Dadurch habe der Bauherr nach Ansicht der Beschwerdeführer auch die Kosten für ein Ausstandsverfahren, welches

C 2.8

im Rahmen des Einspracheverfahrens von den Beschwerdeführern beantragt wurde, zu übernehmen. Weiter machen die Beschwerdeführer geltend, dass die Kostenverteilung nach § 72 Abs. 2 VRP dem § 5 Abs. 1 GebO widerspreche. Da § 5 Abs. 1 GebO Kraft des Verweises von § 89 Abs. 1 PBG als Spezialregelung der allgemeinen Regelung von § 72 Abs. 2 VRP vorgehen würde, sei § 72 Abs. 2 VRP nicht anwendbar.

3.2 Den Beschwerdeführern kann zumindest insoweit gefolgt werde, als § 89 Abs. 1 PBG für die Gebühren für die Behandlung von Bau- und Vorentscheidgesuchen auf die GebO verweist. Diese Verweisung von § 89 Abs. 1 PBG bezieht sich aber zum einen nur auf die Erhebung und Höhe der Gebühr und nicht auch auf die Verteilung. Zum anderen gilt die Verweisung nur für Bau- und Vorentscheidgesuche. Vorliegend geht es jedoch um die Verteilung der Kosten für die Beurteilung eines Ausstandsgesuches. Für diese Verteilung der in einem Ausstandsverfahren entstandenen Kosten ist daher entgegen der Ansicht der Beschwerdeführer nicht § 5 Abs. 1 GebO sondern § 72 Abs. 2 VRP anwendbar. Da die Beschwerdeführer mit ihrem strittigen Ausstandsgesuch nicht durchgedrungen sind, gelten sie im Ausstandsverfahren als unterliegende Partei. Die Vorinstanz hat ihnen dementsprechend zu Recht nach § 72 Abs. 2 VRP die Verfahrenskosten im Zusammenhang mit dem Ausstandsverfahren auferlegt.

3.3 Anzumerken bleibt an dieser Stelle, dass die Verfahrenskosten im Übrigen auch nach § 5 Abs. 1 GebO den Beschwerdeführern aufzuerlegen wären. Die Beschwerdeführer haben nämlich das Ausstandsverfahren mit ihrem Ausstandsgesuch in die Wege geleitet und hätten damit auch nach dem Verursacherprinzip gemäss § 5 Abs. 1 GebO die Verfahrenskosten dafür zu übernehmen. Die von den Beschwerdeführern in diesem Zusammenhang angesprochene Rechtsprechung des Bundesgerichts ist dabei aus nachfolgenden Gründen nicht massgebend.

3.4 Im Bundesgerichtsentscheid 1C_266/2016 vom 14. Juni 2017 (als BGE 143 II 467 in der amtlichen Sammlung publiziert) hat das Bundesgericht in Erwägung gezogen, dass das Einspracheverfahren der Mitwirkung diene und auf diese Weise den vom Bauprojekt betroffenen Dritten das rechtliche Gehör gewährt werde. Das Einspracheverfahren diene damit auch der Baubewilligungsbehörde, indem es ihr erlaube, in voller Kenntnis des Falles und unter Berücksichtigung der sachlichen, rechtlichen oder Zweckmässigkeitseinwände in der Sache zu entscheiden (vgl. Bundesgerichtsentscheid 1C_266/2016 vom 14. Juni 2017, E. 2.4). Das Einspracheverfahren, welches deshalb vor der Fällung des Entscheids über das Baubewilligungsgesuch durchgeführt wird, könne demgemäss als nichtstreitiges Verfahren betrachtet werden. In diesem Sinne sei davon

auszugehen, dass sich das Einspracheverfahren akzessorisch in den Rahmen eines von einem Eigentümer eingeleiteten Baubewilligungsverfahren einfüge. Daher habe der Bauherr in der Regel die Kosten des Einspracheverfahrens zu tragen (vgl. Bundesgerichtsentscheid 1C_266/2016 vom 14. Juni 2017, E. 2.5). Die Überbindung der Kosten des Einspracheverfahrens auf die Einsprecher könnte dagegen eine abschreckende Wirkung (sogenannter "chilling effect") haben, was dazu führen könne, dass die betroffenen Dritten unter Umständen aus Kostengründen auf Einsprache verzichten würden (vgl. 1C_266/2016 vom 14. Juni 2017, E. 2.6). Anzumerken bleibt an dieser Stelle noch, dass die Kostenlosigkeit für den Einsprecher jedoch nur für das Einspracheverfahren selbst, nicht hingegen für allfällige daran anschliessende Verwaltungs- oder Gerichtsbeschwerdeverfahren gilt.

3.5 Nach dem Gesagten ist zusammenfassend festzuhalten, dass das Einspracheverfahren durch die Ausübung des rechtlichen Gehörsanspruchs bzw. durch die Mitwirkung des Einsprechers unter anderem der Baubewilligungsbehörde dient, indem diese in Kenntnis der Einwände des Einsprechers in der Sache bzw. über das Baugesuch materiell-rechtlich korrekt entscheiden kann. Das vorliegende Ausstandsgesuch dient jedoch nicht direkt der materiell-rechtlichen Beurteilung des Baugesuchs. In diesem Sinne ist deshalb davon auszugehen, dass nur das Einspracheverfahren als Teil des Baubewilligungsgesuchs zu betrachten ist. Die Kostenlosigkeit bezieht sich daher auch nur auf das Einspracheverfahren und nicht auch noch auf weitere, im Rahmen des Einspracheverfahrens eingeleiteter Verfahren, wie das vorliegende Ausstandsverfahren bzw. Ausstandsgesuch gegen einzelne Personen der urteilenden Behörde.

(RRB Nr. 117 vom 8. Februar 2022).

2.9 Verkehrssicherheit einer Hauszufahrt

- *Zur Beurteilung der Verkehrssicherheit von Strasseneinfahrten werden üblicherweise die VSS-Normen beigezogen. Diese haben allerdings nur Richtliniencharakter (Erw. 4).*
- *Die VSS-Norm 40 273a (Sichtverhältnisse in Knoten in einer Ebene) bezieht sich auf sämtliche Strassen und alle Knoten mit Grundstückszufahrten (Erw. 4.1-4.2).*
- *Der Gefahr, dass in eine Strasse auch rückwärts eingefahren wird, kann mit einer Auflage begegnet werden (Erw. 4.3).*
- *Wenn die Sichtweiten knapp nicht eingehalten werden können, ist aufgrund sämtlicher Umstände des konkreten Einzelfalls zu entscheiden (Erw. 4.4-4.7).*

C 2.9

Aus den Erwägungen:

4. Die Beschwerdeführer bringen im Zusammenhang mit der Hauszufahrt bzw. mit der Einfahrt in den A-weg diverse Sicherheitsbedenken vor. Gemäss § 47 Abs. 1 des Strassengesetzes vom 15. September 1999 (StraG, SRSZ 442.110) bedürfen das Erstellen neuer und der Aus- oder Umbau bestehender Zufahrten und privater Zugänge zu Strassen einer Bewilligung des Strassenträgers. Die Bewilligung wird verweigert, wenn der Gemeindegebrauch erheblich behindert, die Umweltschutzvorschriften nicht eingehalten oder die Verkehrssicherheit gefährdet werden (§ 48 Abs. 1 StraG). Zur Überprüfung der Verkehrssicherheit von Strasseneinfahrten wie auch zu vielen anderen Fragen des Strassen- und Verkehrswesens werden in der Praxis die allgemein anerkannten Empfehlungen des Schweizerischen Verbandes der Strassen- und Verkehrsfachleute (VSS) als Entscheidungshilfe beigezogen. Dabei gilt es zu beachten, dass den VSS-Normen nur Richtliniencharakter und dementsprechend nicht Rechtsatzcharakter zukommt. Entsprechend dürfen die VSS-Normen nicht allzu schematisch und starr gehandhabt werden (vgl. VGE III 2013 113, E. 4.6.5 mit Hinweisen). Die Behörden haben somit trotz Anwendung der VSS-Normen den konkreten Einzelfall im Lichte aller erheblichen Umstände zu beurteilen.

4.1 Die Beschwerdeführer machen konkret geltend, dass die normgemässen Sichtweiten die Verkehrssicherheit nur bei normalen Strassenverhältnissen gewährleisten würden. Da der A-weg das Naherholungsgebiet XY erschliesse, würden beim A-weg keine normalen Verhältnisse vorliegen. Es werde deutlich mehr Verkehr verursacht, als bei einer normalen Erschliessungsstrasse. Aus diesem Grund sei sogar eine Petition von den Anwohnern eingereicht worden, um das Verkehrsaufkommen zu reduzieren. Weiter behaupten die Beschwerdeführer sinngemäss, dass der C-weg speziell zur Entlastung des A-wegs erstellt worden sei.

4.2 Die Beschwerdeführer substantiieren nicht weiter, auf welche gesetzlichen Grundlagen bzw. VSS-Normen sich ihre Behauptung abstützt. Gemäss der VSS-Norm 40 050 (S. 3, Tabelle 2) sind Grundstückszufahrten nicht nur bei Quartierstrassen, sondern auch bei Quartiersammelstrassen, Lokalverbindungsstrassen und sogar bei Hauptsammel- und Hauptverkehrsstrassen zulässig. Bezüglich der Sichtweiten bei Hauszufahrten verweist die VSS-Norm 40 050 auf die Sichtweiten bei Verkehrsknoten. Diese sind in der VSS-Norm 40 273a geregelt und beziehen sich auf sämtliche Strassen und alle Knoten mit Grundstückszufahrten (vgl. VSS-Norm 40 273a, S. 3, Ziff. A.1). Die Sichtweiten hängen dabei vor allem von der

Zufahrtsgeschwindigkeit ab und nicht davon, ob auch noch ein Naherholungsgebiet über diese Strasse erschlossen wird. Die Argumentation der Beschwerdeführer überzeugt daher nicht. Dementsprechend kann auch auf die Edition der "Pediton A-weg" und des "Gestaltungsplans B" verzichtet werden. Im Übrigen ist an dieser Stelle der Vollständigkeit halber noch anzufügen, dass auch der C-weg in den A-weg einmündet, weshalb selbst eine Erschliessung des Baugrundstückst KTN XXX über den C-weg zu keiner wesentlichen Entlastung des A-weges führen würde.

4.3 Weiter behaupten die Beschwerdeführer, dass es möglich und aufgrund der engen Platzverhältnisse sogar wahrscheinlich sei, dass die Fahrzeuge nicht nur vorwärts, sondern auch rückwärts aus der Tiefgarage ausfahren. Dementsprechend müsse die Beobachtungsdistanz erhöht werden, wodurch die Sichtweiten nicht mehr eingehalten seien. Die Beschwerdegegner versichern dagegen, dass die Vorplatzbreite von 7.25 m bei weitem für ein Wendemanöver ausreichend und daher das vorwärts Ein- und Ausfahren in den A-weg gewährleistet sei. Auf den Plänen sind jedoch keine Wendelinien für die Motorfahrzeuge eingezeichnet. Zudem wird die Vorplatzbreite von 7.25 m gemäss dem Plan Nr. 1808_02 vom 12. Mai 2021 durch dünne Wände (vermutlich Garagentore) weiter eingeschränkt. Es ist daher unklar, ob die volle Breite des Vorplatzes von 7.25 m für das Wenden zur Verfügung steht. Aus diesem Grund und da die Beschwerdegegner selber ausführen, dass der vorhandene Platz bei weitem für das Wenden und daher für das vorwärts Ein- und Ausfahren reicht, wird die Baubewilligung sicherheitshalber mit einer Auflage ergänzt, wonach das Ein- und Ausfahren auf den A-weg nur vorwärts erlaubt ist. Damit dürften sämtliche Bedenken der Beschwerdeführer diesbezüglich ausgeräumt sein.

4.4 Die Beschwerdeführer rügen weiter, dass der öffentliche Abstellplatz vor dem Grundstück KTN YYY die Sichtweite in Richtung XY einschränke. Zudem seien die Beschwerdegegner bei der Berechnung der Sichtweiten fälschlicherweise von einer Beobachtungsdistanz von 2.5 m ausgegangen. Bei der korrekten Beobachtungsdistanz von 3 m würden die Sichtweiten auf den Gehweg in beide Richtungen und auf den leichten Zweiradverkehr in Richtung XY nicht ausreichen. Ebenfalls sei bei der Berechnung der Sichtweiten auf den leichten Zweiradverkehr in Richtung XY von einem seitlichen Abstand des Fahrrades zum Strassenrand von 0.75 m ausgegangen worden. Korrekt wäre jedoch ein seitlicher Abstand von 0.5 m gewesen.

4.5 Bezüglich der Sichtweiten bei der Einfahrt in den A-weg ist die VSS-Norm 40 273a zu beachten. Diese definiert die Anforderungen an die

C 2.9

Sichtverhältnisse bei Knoten und legt in diesem Zusammenhang insbesondere fest, welche Knotensichtweiten und Beobachtungsdistanzen einzuhalten sind. Als Knotensichtweite wird der Abstand zwischen der Fahrstreifenachse des vortrittsbelasteten Fahrzeugs und den vortrittsberechtigten Fahrzeugen bezeichnet. Sie ist abhängig von der Zufahrtsgeschwindigkeit der vortrittsberechtigten Fahrzeuge. Als Beobachtungsdistanz wird der Abstand zwischen dem Beobachtungspunkt aus dem vortrittsbelastenden Fahrzeug und dem nächstliegenden Rand des vortrittsberechtigten Fahrstreifens bzw. dem vorderen Rand der Halte- oder Wartelinie bezeichnet (vgl. SN 40 273a, S. 3, Ziff. B.4 f.). Die Beobachtungsdistanz muss entsprechend grösser sein als der Abstand zwischen Fahrzeuglenker und vorderem Teil des Fahrzeuges. Diese Distanz beträgt im Durchschnitt 2.35 m, weshalb sicherheitshalber von mindestens 2.5 m auszugehen ist bzw. ein Unterschreiten von 2.5 m ohne kompensierende Massnahmen nicht empfohlen wird (SN 40 273a, S. 7, Ziff. D.11). Zwar wird an der gleichen Stelle auch erwähnt, dass gewisse Fahrzeugtypen einen Abstand von bis zu 3 m zwischen Fahrzeuglenker und vorderem Teil des Fahrzeuges besitzen können, weshalb bei neuen Projekten entsprechend 3 m als Beobachtungsdistanz berücksichtigt werden sollte. Allerdings muss vorliegend in Erinnerung gerufen werden, dass diese Vorgaben für Verkehrsknoten entwickelt wurden und es sich bei der geplanten Garage um eine Einfahrt für 4 Parkplätze handelt. Angesichts der von den Beschwerdeführern behaupteten engen Verhältnissen in der Garage kann vorliegend davon ausgegangen werden, dass keine übergrossen Fahrzeuge die Ein- bzw. Ausfahrt beim Baugrundstück KTN XXX benutzen werden bzw. können, weshalb die angewendete Beobachtungsdistanz von 2.5 m ausreichend ist.

4.6 Bezüglich der einzuhaltenden Sichtweiten für Fussgänger (15 m), für Motorfahrzeuge (20 m) und leichte Zweiräder (25 m) kann auf die zutreffenden und unbestrittenen Ausführungen der Vorinstanz 1 im angefochtenen Beschluss Nr. 533 vom 3. November 2021 und in der Vernehmlassung vom 26. Januar 2022 verwiesen werden. Mit Verweis auf den Plan Nr. 1808_12a vom 13. Dezember 2021 ist vorab festzustellen, dass alle Sichtweiten selbst bei einer Beobachtungsdistanz von 3 m eingehalten wären, solange der Parkplatz auf dem A-weg vor dem Grundstück KTN YYY nicht belegt ist (vgl. mit Beschwerdeantwort vom 17. Dezember 2021 eingereichte Beilage 4). Bei der jedoch ebenfalls ausreichenden Beobachtungsdistanz von 2.5 m kann auf den Plan Nr. 10012.11-01 vom 13. Januar 2022 abgestellt werden. Gemäss diesem Plan sind bei beleg-

tem Parkplatz auf dem A-weg, mit Ausnahme der Sichtweite auf den leichten Zweiradverkehr in Richtung XY, alle notwendigen Sichtweiten eingehalten.

4.7 Umstritten ist nachfolgend einzig noch die Sichtweite auf den leichten Zweiradverkehr in Richtung XY bei belegtem Parkplatz vor dem Grundstück KTN YYY. Bei einem seitlichen Abstand des Fahrrads gegenüber dem parkierten Auto von 0.75 m beträgt diese Sichtweite 23.5 m (vgl. Plan Nr. 10012.11-01). Gemäss VSS-Norm Nr. 40 273a hat der seitliche Abstand bei leichten Zweirädern jedoch 0.5 m zu betragen (vgl. VSS-Norm Nr. 40 273a, S. 6, Ziff. C.9). Bei einem seitlichen Abstand von 0.5 m würde die Sichtweite gemäss Planabgriff noch immer ungefähr 22.3 m betragen. Damit wird die empfohlene Sichtweite von 25 m knapp nicht eingehalten. Bei der Sichtweite von 22.3 m handelt es sich jedoch um ein "Worst-Case-Szenario". Vor dem Hintergrund, dass die Sichtweite ausschliesslich bei belegtem Parkplatz eingeschränkt ist und es sehr unwahrscheinlich ist, dass ein parkiertes Auto komplett auf der südwestlichsten Ecke der Parkplatzmarkierung steht und ein Velofahrer wohl kaum mit einem seitlichen Abstand von lediglich 0.5 m (von der Mittelachse aus gerechnet) an einem parkierten Auto, dessen Rückspiegel alleine bis zu 20 cm abstehen, vorbeifährt, dürfte die tatsächliche Sichtweite in der Realität sogar mehr als 22.3 m betragen. Hinzu kommt, dass die Sichtweite durch die Motorhauben der meisten parkierten Fahrzeuge nicht vollständig eingeschränkt wird, da bei den meisten Fahrzeugen über die Motorhaube hinweggeschaut werden kann. Da es sich bei den VSS-Normen zudem nur um Richtlinien handelt, sind die Sichtweiten unter Berücksichtigung sämtlicher Umstände im vorliegenden Fall als ausreichend zu beurteilen.

(RRB Nr. 733 vom 27. September 2022).

3. Umweltschutz

3.1 Geruchsemissionen aus Mutterkuhhaltung

- *Im Bereich der Luftreinhaltung bei Landwirtschaftsbetrieben gelten die Empfehlungen über Mindestabstände von Tierhaltungsanlagen der Eidgenössischen Forschungsanstalt für Agrarwirtschaft und Landtechnik (sog. FAT-Bericht Nr. 476/1995) als verbindlich. Die Mindestabstände sind als Massnahmen der vorsorglichen Emissionsbegrenzung konzipiert (Erw. 3-3.4).*
- *Bei Einhaltung des Mindestabstandes sind keine weiteren vorsorglichen Massnahmen zur Geruchsminderung zu prüfen (Erw. 5-5.4).*

Aus den Erwägungen:

3. Die Beschwerdeführerin bemängelt, dass die Vorinstanz den einzuhaltenden Mindestabstand des Kuhstalles zu ihrem Wohnhaus anhand veralteter Richtlinien und nicht gemäss "Agroscope 2018" berechnet habe. Ausserdem habe sie die Ausbreitungsbedingungen der Kaltluft bei der Beurteilung der Geruchsprotokolle nicht berücksichtigt.

3.1 Hierzu ist zunächst festzuhalten, dass der Beschwerdegegner über eine rechtskräftige Baubewilligung verfügt. Das Baugesuch des Beschwerdegegners wurde publiziert (...) und öffentlich aufgelegt. Dagegen sind allerdings keine Einsprachen eingegangen. Die Beschwerdeführerin hätte sich mit ihren Argumenten grundsätzlich bereits im Baubewilligungsverfahren mit einer Einsprache einbringen können. Die Vorinstanz hat sich im damaligen Baubewilligungsverfahren mit den einzuhaltenden Mindestabständen des Stalles zu den nächsten Wohngebäuden auseinandergesetzt. In der angefochtenen Verfügung vom 13. Juni 2022 hat sich die Vorinstanz ebenfalls nochmals mit diesem Thema befasst. Die diesbezüglichen Ausführungen der Vorinstanz sind insgesamt nicht zu beanstanden, wie nachfolgend aufgezeigt wird.

3.2 Die Vorinstanz hat in Bezug auf den Landwirtschaftsbetrieb des Beschwerdegegners die LRV angewendet und sich dabei auf die geltenden Richtlinien abgestützt. Wie die Vorinstanz in ihrer angefochtenen Verfügung zutreffend ausgeführt hat, stellt die wissenschaftliche Publikation "Grundlagen zu Geruch und dessen Ausbreitung für die Bestimmung von

Abständen bei Tierhaltungsanlagen" der Forschungsanstalt Agroscope Reckenholz-Tänikon aus dem Jahr 2018 (kurz: Agroscope 2018) die neuesten wissenschaftlichen Erkenntnisse zur Geruchsausbreitung dar. Sie ist jedoch ausdrücklich nicht als Ersatz für die früheren FAT-Richtlinien gedacht. Der Kanton Schwyz hat in § 13 Abs. 1 VVzUSG auch ausdrücklich den FAT-Bericht Nr. 476/1995 als massgeblich erklärt. Die Mindestabstände sind als Massnahmen der vorsorglichen Emissionsbegrenzung konzipiert. Sie werden aber auch als Hilfsmittel zur Beantwortung der Frage herangezogen, ob eine Tierhaltungsanlage voraussichtlich übermässige Immissionen verursachen wird. Dies ist im Sinne einer Faustregel zu erwarten, wenn der halbe Mindestabstand unterschritten wird (FAT-Bericht Ziff. 3 S. 7; Urteil des BGer 1A.58/2001 E. 2c, in: URP 2002 S. 97), und kann verneint werden, wenn der Mindestabstand eingehalten ist (siehe auch E. 5.1).

3.3 Das Bundesgericht hat zwar anerkannt, dass der geltende FAT-Bericht nicht mehr bei allen Stallsystemen eine störungsgerechte Beurteilung erlaube (Urteil des Bundesgerichts 1C_260/2016 vom 6. Juni 2017, E. 3.4; BGE 133 II 370 E. 6.2). Dies gelte insbesondere für die Schweinehaltung mit Stallauslauf. Es hat aber auch festgehalten, dass die meisten der Änderungen die Schweinehaltung betreffen würden und bei der Rindviehhaltung die Unterschiede gering seien. Ebenfalls hat das Bundesgericht dargelegt, dass gemäss FAT-Bericht die Mindestabstände in einem dreistufigen Verfahren berechnet werden. In einem ersten Schritt wird die Geruchsbelastung nach Tierart und -zahl bestimmt. Danach wird basierend auf dieser Geruchsbelastung der Normabstand berechnet. Dieser wird schliesslich durch Einflussfaktoren des Haltungssystems, der Lüftung des Standorts und der Geruchsreduktion im Bereich der Stallluft korrigiert (Korrekturwerte) und auf diese Weise der Mindestabstand ermittelt. Dieser ist gegenüber reinen Wohnzonen einzuhalten; gegenüber bewohnten Zonen, die neben der Wohnnutzung mässig störende Gewerbebetriebe zulassen und denen deshalb ein höheres Mass an Immissionen zugemutet werden kann, sind 70% des Mindestabstandes einzuhalten. Nicht als bewohnte Zonen gelten Gewerbe-, Industrie- und Landwirtschaftszonen (Urteil des BGer 1C_260/2016 vom 6. Juni 2017, E. 2.3; FAT-Bericht S. 6 und 16; vgl. auch RRB Nr. 1374 vom 23. Oktober 2007, E. 3.4, betr. Schweinemaststall). In der Landwirtschaftszone genügt es, wenn der (reduzierte) Mindestabstand zur nächstgelegenen Wohnbaute Dritter eingehalten wird.

3.4 Die Vorinstanz hat sich auf diese bundesgerichtliche Rechtsprechung abgestützt und auch die massgebenden Richtlinien des FAT-Berichtes

C 3.1

richts angewendet und so den einzuhaltenden Mindestabstand des Stallgebäudes berechnet. Dieses Vorgehen war korrekt. Der errechnete Mindestabstand beträgt 31.4 m. Der Stall des Beschwerdegegners hält einen Abstand von 43 m zur nächstgelegenen Fassade des Gebäudes am A-weg 6 ein. Zur Fassade des Gebäudes der Beschwerdeführerin am A-weg 4 beträgt der Abstand rund 66 m. Damit ist der Mindestabstand deutlich eingehalten. Dass der Bericht Agroscope 2018 im vorliegenden Fall nicht anzuwenden ist, wurde bereits dargelegt. Zu beachten ist sodann, dass das Wohngebäude der Beschwerdeführerin auf KTN XXX – ebenso wie der Betrieb des Beschwerdegegners – in der Landwirtschaftszone liegt. Unzutreffend ist im Übrigen die Behauptung der Beschwerdeführerin, dass die Vorinstanz den Kaltluftabfluss nicht mitberücksichtigt habe. Aus der angefochtenen Verfügung der Vorinstanz geht hervor (in E. 4.6), dass die Vorinstanz die Ausbreitungsbedingungen der Kaltluft und die Geländeform mit einer Erhöhung der Korrekturwerte angemessen berücksichtigt hat.

4. (...).

5. Sodann beanstandet die Beschwerdeführerin, dass die Vorinstanz keine betrieblichen Massnahmen, wie z. B. die regelmässige Reinigung der Bewegungsflächen zur Verminderung der Geruchsemissionen, angeordnet hat.

5.1 Die Vorinstanz ging davon aus, dass bei Einhaltung des Mindestabstands gemäss FAT-Bericht keine weiteren geruchsmindernden Massnahmen anzuordnen seien. Diese Auffassung ist zutreffend und steht im Einklang mit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung. In den Anhängen 1-4 LRV wird für bestimmte Emissionen abschliessend und verbindlich festgelegt, welche vorsorglichen Begrenzungen als verhältnismässig und wirtschaftlich tragbar anzusehen sind. Nur soweit sie keine Emissionsbegrenzung festlegen oder eine bestimmte Begrenzung als nicht anwendbar erklären, kommt das generelle Vorsorgeprinzip zur Anwendung, d. h. es müssen im Einzelfall technisch und betrieblich mögliche, wirtschaftlich tragbare und verhältnismässige Massnahmen zur Emissionsbegrenzung angeordnet werden (Art. 4 Abs. 1 LRV). Die in Anhang 1 Ziff. 62 LRV enthaltenen vorsorglichen Emissionskonzentrationen von anorganischen gas- oder dampfförmigen Stoffe (wie z. B. Ammoniak) gelten nicht für die landwirtschaftliche Tierhaltung. Die Behörde legt die vorsorglichen Emissionsbegrenzungen direkt nach Art. 4 fest (Anhang 2 Ziff. 514 LRV). Die Mindestabstände gemäss FAT-Bericht sind als Massnahmen der vorsorglichen Emissionsbegrenzung konzipiert (vgl. Anhang 2 Ziff. 512 LRV). Geruchsreduzierende Massnahmen werden dabei bei der Berechnung des Mindest-

abstands mittels Korrekturfaktoren berücksichtigt. Zusätzliche geruchsreduzierende Massnahmen sind nach dieser Konzeption nur geboten, wenn der Mindestabstand nicht eingehalten werden kann. Dementsprechend sind bei Einhaltung des Mindestabstandes keine weiteren vorsorglichen Massnahmen zur Geruchsminderung zu prüfen (vgl. zum Ganzen Urteil des BGer 1C_260/2016 vom 6. Juni 2017 E. 6.1 ff.).

5.2 Das Bundesgericht hat im erwähnten Urteil 1C_260/2016 auch festgehalten, dass dieser Grundsatz nur dann gilt, solange der FAT-Bericht die nach den "anerkannten Regeln der Tierhaltung erforderlichen Mindestabstände zu bewohnten Zonen" i.S.v. Anhang 2 Ziff. 512 LRV definiert, d. h. im Sinne einer guten landwirtschaftlichen Praxis dem heutigen Stand der Technik entspricht. In gewissen Bereichen (insbesondere für die Schweinehaltung mit Auslauf) erlaube der geltende FAT-Bericht keine abschliessende Beurteilung mehr (vgl. auch vorne, E. 3.3). Im vorliegend zu beurteilenden Fall handelt es sich aber um einen Stall für die Mutterkuhhaltung. Der Stall hält den Mindestabstand zu den bewohnten Nachbargebäuden ein. Insoweit drängen sich keine weiteren emissionsbegrenzenden Massnahmen auf. Die Vorinstanz hat am Augenschein vom 16. September 2021 festgestellt, dass die Sauberkeit im Stall sehr gut ist. Von stark verschmutzten Flächen könne keine Rede sein. Die Auflage, dass die Stallflächen regelmässig gereinigt werden müssen, würde deshalb ohnehin nichts weiter bewirken. Darüber hinausgehende Massnahmen, wie der Ersatz des Lüftungssystems, hat die Vorinstanz als unverhältnismässig bzw. als wirtschaftlich nicht tragbar eingestuft.

5.3 Nach dem Gesagten ergibt sich, dass keine weiteren (vorsorglichen) emissionsreduzierenden Massnahmen zu prüfen waren, da der Stall des Beschwerdeführers den Mindestabstand gemäss FAT-Bericht 1995 zu den nächstgelegenen Gebäuden auf KTN XXX und XYZ deutlich einhält. Mit der Einhaltung des Mindestabstandes ist dem Vorsorgeprinzip gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung bereits hinreichend Rechnung getragen.

5.4 Des Weiteren ist festzuhalten, dass der Beschwerdegegner bereits freiwillig diverse Massnahmen ergriffen hat, um die Geruchsemissionen zu vermindern. So wird rund die Hälfte der Tiere jeweils auf der Alp gesömmert. Im Herbst 2020 hat er zudem ein neues Belüftungssystem im Stall eingebaut (Schlauchlüftung), damit die Fenster und Tore nicht mehr zu Lüftungszwecken geöffnet werden müssen. Zum Austausch des Belüftungssystems musste der Beschwerdegegner den Nachbarn übrigens nicht vorgängig das "rechtliche Gehör" gewähren, wie dies die Beschwerdefüh-

C 5.1

lerin behauptet. Die Futterzubereitung findet sodann im alten Stallgebäude im nördlichen Bereich von KTN YYY statt. Der Laufhof im Mutterkuhstall besteht aus einem Spaltenbodensystem, welches den raschen Abfluss von Fäkalien ermöglicht.

(RRB Nr. 790 vom 18. Oktober 2022).

5. Zivilrecht

5.1 Anerkennung einer im Ausland erfolgten Adoptionsaufhebung / Ordre Public

- *Die im Ausland ausgesprochene Aufhebung einer (ebenfalls im Ausland erfolgten) Adoption aufgrund der schwierigen Eltern-Kind-Beziehung widerspricht dem schweizerischen Ordre Public. Die Aufhebung der Adoption kann demnach nicht anerkannt werden (Erw. 5.2-5.8).*

Aus den Erwägungen:

5.2 Gemäss Art. 27 Abs. 1 IPRG wird eine im Ausland ergangene Entscheidung in der Schweiz nicht anerkannt, wenn die Anerkennung mit der schweizerischen öffentlichen Ordnung (Ordre public) offensichtlich nicht vereinbar wäre. Eine Anerkennung verstösst dann gegen den materiellen Ordre public, wenn das einheimische Rechtsgefühl durch die Anerkennung und Vollstreckung eines ausländischen Entscheides in unerträglicher Weise verletzt würde, weil dadurch grundlegende Vorschriften der schweizerischen Rechtsordnung missachtet werden. Nicht jeder Verstoß gegen das Rechtsempfinden, die Wertvorstellungen oder zwingendes Recht rechtfertigt den Eingriff mit dem Ordre public. Für die Verletzung ist vielmehr erforderlich, dass die Anerkennung und Vollstreckung des ausländischen Entscheides in der Schweiz mit den hiesigen rechtlichen und ethischen Werturteilen materiell offensichtlich unvereinbar wäre. Ob der Ordre public verletzt ist, beurteilt sich nicht abstrakt. Entscheidend sind die Auswirkungen der Anerkennung und Vollstreckung im Einzelfall. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist anzumerken, dass alleine der Umstand, dass das schweizerische Recht einen solchen Aufhebungstatbestand im Adoptionsrecht nicht kennt, nicht per se einen Verstoß gegen den schweizerischen Ordre public bedeutet, zumal die Anwendung des Ordre public-Vorbehalts nach dem Wortlaut des Gesetzes ("offensichtlich")

restriktiv anzuwenden ist (Urteil des Bundesgerichts 5A_138/2020 vom 25. August 2020 E. 3.4). Hinzu kommt, dass mit der Weigerung der Anerkennung endgültig entschiedener ausländischer Urteile hinkende Rechtsverhältnisse geschaffen werden. In diesem Sinn wird zur Vermeidung hinkender Rechtsverhältnisse das Eingreifen des Ordre public-Vorbehaltes umso mehr eine Ausnahme bleiben, je loser die Beziehungen zur Schweiz sind und je länger der Zeitraum zwischen der Ausfertigung der Urkunde oder dem Entscheid und der Prüfung ist (BGE 141 III 312 E. 4.1 m.w.H., BGE 141 III 328 E. 5.1 m.w.H., Urteil des Bundesgerichts 5A_138/2020 vom 25. August 2020 E. 3.2). Die Beurteilung dieser Voraussetzung darf nicht auf eine Nachprüfung des ausländischen Entscheids in der Sache hinauslaufen, die kraft Gesetzes ausgeschlossen ist, sondern erfolgt durch vergleichende, ergebnisbezogene Wertung (Urteil des Bundesgerichts 5P.128/2005 vom 11. Juli 2005 E. 2.1; Monika Mächler-Erne/Susanne Wolf-Mettier in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Anton K. Schnyder/Stephen V. Berti [Hrsg.], Basler Kommentar zum Internationalen Privatrecht, 3. Auflage, Basel 2013, N 20 zu Art. 17 IPRG).

5.3 Eine Verletzung des Ordre public in diesem Sinne begründen kann dabei auch die Umgehung von gesetzlichen Vorschriften der Schweiz, die um der öffentlichen Ordnung willen aufgestellt worden sind. Eine solche Gesetzesumgehung kann die Anerkennung einer ausländischen Entscheidung ausschliessen (vgl. BGE 141 III 312 E. 5.3.2 S. 322; BGE 141 III 328 E. 6.4 S. 343; BGE 97 I 151 E. 5b S. 160). Als Gesetzesumgehung bezeichnet man die Verwendung eines scheinbar legitimen Mittels, um den Zweck zu erreichen, der von einer anderen Norm verboten wird. Eine Gesetzesumgehung liegt auch dann vor, wenn eine gewählte Rechtsgestaltung als ungewöhnlich und sachwidrig erscheint und anzunehmen ist, dass diese Rechtsgestaltung lediglich gewählt worden ist, um ein rechtliches Ergebnis herbeizuführen, das ansonsten nicht eintreten würde (vgl. BGE 131 II 627 E. 5.2 S. 635 f.; BGE 107 Ib 315 E. 4 S. 322 f.). Zur Beantwortung der Umgehungsfrage ist stets eine Prüfung und Wertung aller Umstände des Einzelfalls erforderlich, wobei sich auch als Ermessensfrage stellen kann, ob im konkreten Fall eine Umgehung zu bejahen oder zu verneinen ist (BGE 125 III 257 E. 3b S. 262 mit Hinweisen). Es ist ebenfalls vor der Anerkennung einer ausländischen Adoption sicherzustellen, dass sich die ausländische Behörde beim Adoptionsentscheid am Kindeswohl orientiert hat (Urteil des Bundesgerichts 5A_604/2009 vom 9. November 2009 E. 4.1).

5.4 Nach schweizerischem Recht gilt das Prinzip der Unauflöslichkeit der Adoption. Die durchgeführte Volladoption ist grundsätzlich endgültig

C 5.1

und kann nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung auch einvernehmlich nicht mehr aufgehoben werden (BGE 137 I 154 E. 3.1). Abgesehen vom Fehlen der Zustimmung (Art. 269 ZGB) kann die Adoption nur angefochten werden, wenn sie an einem schwerwiegenden Mangel leidet (Art. 269a Abs. 1 ZGB). Schwerwiegende Mängel sind die Verletzungen gesetzlicher Vorschriften, wodurch der Wesensgehalt der Adoption berührt wird, namentlich wesentliche Unterschreitung des Mindestaltersunterschiedes, Fehlen eines echten Pflegeverhältnisses, erbrechtliche Zurücksetzung anderer Personen oder Bürgerrechtserwerb als Hauptzweck, überdies der Grundlagenirrtum. Kein schwerwiegender Mangel in diesem Sinne wären ein Irrtum bzw. enttäuschte Erwartungen der Adoptiveltern über die Entwicklung des Adoptivkindes. Entwickelt sich das Adoptivverhältnis ungünstig, sind entsprechend dem Prinzip der Volladoption – wie beim natürlichen Kindesverhältnis – Kindesschutzmassnahmen nach Art. 307 ff. ZGB der einzige Behelf (Peter Breitschmid in: Thomas Geiser/Christiana Fountoulakis [Hrsg.], Basler Kommentar zum Zivilgesetzbuch I, 6. Auflage, Basel 2018, N 1 f. zu Art. 269a ZGB). Die wichtigste Voraussetzung für die Adoption bzw. deren Aufhebung ist das Wohl des Kindes. Es ist Ziel und Rechtfertigung der Adoption überhaupt. Wird der Entscheid über die Aufhebung der Adoption gutgeheissen, wird die Adoption als aufgehoben erklärt und alle beurkundeten Wirkungen werden rückgängig gemacht.

5.5 Im Bereich des internationalen Privatrechts besteht gesetzlich viel Gestaltungsfreiheit und längst nicht alle rechtsgestaltenden Handlungen sind rechtlich relevante Rechtsumgehungen. Eine rechtlich relevante Gesetzesumgehung liegt vor, wenn die schweizerische Rechtsordnung offensichtlich um die von ihr beabsichtigte Wirkung ihrer Vorschriften gebracht werden soll. Das ukrainische Urteil weicht von der schweizerischen Rechtsordnung ab. Die Entwicklung einer zerrütteten Beziehung zwischen der Adoptivmutter und dem Kind, die ein Zusammenleben und die Erfüllung der elterlichen Pflichten unmöglich machen, stellt in der Schweiz keinen schwerwiegenden Mangel im Sinne des Adoptionsanfechtungsgrundes nach Art. 269a ZGB dar. Dagegen ist vielmehr mit Kindesschutzmassnahmen vorzugehen. Eine Aufhebung der Adoption wäre im schweizerischen Verfahren demnach mit einer solchen Begründung nicht zu erzielen.

5.6 Die Beschwerdeführerin hatte die Adoption mit der Absicht vorgenommen, einem Kind aus offensichtlich schlechteren Verhältnissen eine Chance zu geben. Dies entspricht dem Gedanken der Adoption, wonach Eltern und Kind durch Pflege und Erziehung zu einer Familie zusammenwachsen. Allerdings ist zu berücksichtigen, dass XY zum Zeitpunkt der Adoption bereits knapp 12 ½ Jahre alt und den grössten Teil ihres Lebens

auf sich selber gestellt war. Während dem Zusammenleben in der Schweiz ist XY zu einer Jugendlichen herangewachsen und es haben sich aufgrund ihrer Vergangenheit und ihres Alters erhebliche Schwierigkeiten entwickelt. Wie die Vorinstanz in ihrer Verfügung vom 6. Juli 2022 korrekt ausgeführt hat, ist es nicht ungewöhnlich, dass Kinder mit einer solch schwierigen Lebensgeschichte eher dazu neigen, rebellisch zu sein. Dies musste sich die Beschwerdeführerin bei der Adoption wohl auch bewusst gewesen sein. Nach schweizerischem Recht lässt sich eine Adoption nicht aufheben, wenn sich die Beziehung nicht so erfreulich entwickelt hat, wie sich die Adoptivmutter dies erhofft hat. Die Vorinstanz hat in der angefochtenen Verfügung zutreffend ausgeführt, dass die Aufhebung der Adoption in der Ukraine deswegen erfolgt sei, um weitere kindeschutzrechtliche Massnahmen und eventuell Kosten für eine dauerhafte Fremdplatzierung zu vermeiden. Die Beschwerdeführerin sowie ihr Ehemann wussten über allfällige Kindeschutzmassnahmen und waren nicht bereit, für die Kosten einer dauerhaften Fremdplatzierung in der Schweiz aufzukommen. Die Beschwerdeführerin hat wohl bewusst den "Umweg" über die Ukraine genommen, weil sie gewusst hat, dass eine Aufhebung der Adoption aus "finanziellen Gründen" (d. h. um die Kosten für Kindeschutzmassnahmen zu sparen) in der Schweiz absolut keine Chancen hat. Deshalb haben sie das schweizerische Rechtssystem und das Verständnis einer Adoption sowie dessen Schutzwirkung mit deren Aufhebung im Ausland bewusst umgangen. Es widerspricht der grundlegenden Rechts- und Sittenauffassung, wenn durch Rechtswahl ein Kindesverhältnis unter diesen Umständen aufgrund nachträglich eingetretenen Schwierigkeiten aufgehoben wird.

5.7 Zudem ist bei der Anerkennung der Aufhebung der ausländischen Adoption das verfassungsmässig verankerte Kindeswohl zu beachten. In der Anhörung vom 26. Oktober 2020 durch die Beigeladene habe das Adoptivkind zu Protokoll gegeben, dass die Adoptivmutter ihr gesagt habe, wenn sie sich nicht bessere, werde sie ins Heim in die Ukraine zurückgegeben, denn in der Ukraine könne man Kinder zurückgeben, wenn man mit ihnen nicht zufrieden sei. Sicher ist jedenfalls, dass der Schutz des Kindes davor, zur Ware degradiert zu werden, die man in einem Land bestellen und wieder zurückgeben kann, wenn es zu Problemen kommt, bedeutungslos wäre, wenn die Rechtsumgehung der Adoptivmutter nachträglich gültig erklärt würde. Die Adoptionsaufhebung kann dann gegen den Ordre public verstossen, wenn nicht das Wohl des Kindes im Vordergrund stand, sondern adoptionsfremde Motive. Auch wenn das Kind mehrfach den Wunsch geäussert hatte, zurück in die Ukraine zu gehen, entspricht dieser Kindeswille nicht dem Kindeswohl. Das Kindeswohl basiert auf dem Bedürfnis körperlicher Unversehrtheit und Sicherheit, nach stabilen und unterstützenden Gemeinschaften sowie nach einer sicheren Zukunft. Wie

C 7.1

die Vorinstanz in ihrer Verfügung vom 6. Juli 2022 zutreffend ausführt, ist es schlichtweg nicht mit dem Kindeswohl vereinbar, dass die Beschwerdeführerin das Kind zurück in ein bereits damals umkämpftes Gebiet in der Ukraine gebracht hat. Bereits bei der Anerkennung der Adoption brachte die Beschwerdeführerin vor, dass das Kind in der Ukraine keine Chance habe, ein normales Leben zu führen. Aufgrund der aktuellen Situation in der Ukraine muss davon ausgegangen werden, dass das Kindeswohl des Adoptivkindes akut gefährdet ist, wobei der Aufenthaltsort des Kindes im Moment unbekannt ist. Es ist der Vorinstanz beizupflichten, dass mit der Aufhebung der Adoption in der Schweiz das Kind die Schweizerische Staatsbürgerschaft verlieren würde, was gerade aufgrund des Krieges in der Ukraine mit wichtigen Vorteilen verbunden ist. Eine Anerkennung des ukrainischen Urteils ist auch unter diesem Gesichtspunkt nicht mit dem Kindeswohl zu vereinbaren. Damit ist das Ergebnis des ukrainischen Adoptionsaufhebungsurteils mit der schweizerischen Rechts- und Sittenauffassung und dem Kindeswohl nicht vereinbar. Entsprechend verstösst das ukrainische Urteil gegen den materiellen Ordre public gemäss Art. 27 Abs. 1 IPRG.

5.8 Im Übrigen würde die Verneinung der Ordre public-Widrigkeit die rechtsanwendenden Behörden zwingen, eine durch Rechtsumgehung erfolgte Aufhebung des Adoptionsverhältnisses im Ausland als vollendete Tatsache zu akzeptieren, womit das inländische Adoptionsaufhebungsrecht weitgehend wirkungslos wäre.

(RRB Nr. 1020 vom 20. Dezember 2022).

7. Sozialwesen

7.1 Wirtschaftliche Hilfe / Subsidiaritätsprinzip

- *Im Sozialhilferecht gilt das Subsidiaritätsprinzip. Von einem jungen Erwachsenen in Ausbildung kann verlangt werden, einem Erwerb nachzugehen, soweit dies mit der Ausbildung vereinbar ist (Erw. 3-3.3).*
- *Dem Beschwerdeführer ist es zumutbar, in den Semesterferien einer Arbeit nachzugehen und so einen Teil der Lebenshaltungskosten selber zu erwirtschaften. Sozialhilfebeziehende Studenten sollen nicht bessergestellt werden als andere Studierende, die für ihr Studium und ihren Lebensunterhalt selber aufkommen müssen (Erw. 4.1 f.).*

Aus den Erwägungen:

3. Nach Art. 12 der Bundesverfassung vom 18. April 1999 (BV, SR 101) hat, wer in Not gerät und nicht in der Lage ist, für sich zu sorgen, Anspruch auf Hilfe und Betreuung und auf die Mittel, die für ein menschenwürdiges Dasein unerlässlich sind. Dieses Grundrecht garantiert nicht ein Mindesteinkommen; verfassungsrechtlich geboten ist nur, was für ein menschenwürdiges Dasein unabdingbar ist und vor einer unwürdigen Bettelexistenz zu bewahren vermag. Die Formulierung "wer in Not gerät und nicht in der Lage ist, für sich zu sorgen" wurde erst in der Parlamentarischen Beratung auf Vorschlag der Verfassungskommission der eidgenössischen Räte eingefügt (BBl 1998 I 372 und 441). Sie soll klarstellen, dass für das "Recht auf Hilfe in Notlagen" der Grundsatz der Subsidiarität gilt (BGE 130 I 74 E. 4.1; vgl. weiter zur Subsidiarität BG-Urteile 2A.485/2005 vom 17.1.2006 E. 2.2 sowie 2P.169/2005 vom 8.2.2006 E. 3.2). Auch das kantonale Sozialhilfegesetz folgt diesem Grundsatz, wonach die Sozialhilfe gewährt wird, wenn die Hilfe suchende Person sich nicht selbst helfen kann und Hilfe von dritter Seite nicht oder nicht rechtzeitig erhältlich ist (§ 2 Abs. 2 ShG). Es wird mit anderen Worten verlangt, dass zunächst alle anderen Möglichkeiten der Hilfe auszuschöpfen sind, bevor staatliche Hilfeleistungen erbracht werden. Teil des Subsidiaritätsprinzips ist somit der Grundsatz der Selbsthilfe, der die Hilfe suchende Person verpflichtet, alles Zumutbare zu unternehmen, um eine Notlage aus eigenen Kräften abzuwenden oder zu beheben. In Frage kommen insbesondere der Einsatz von vorhandenem Einkommen oder Vermögen sowie der Einsatz der eigenen Arbeitskraft (Felix Wolffers, Grundriss des Sozialhilfegesetzes, 2. Auflage, Bern 1999, S. 71 f.).

3.1 Aufgrund des Subsidiaritätsprinzip hat die Finanzierung von Aus- und Weiterbildung sowie des Lebensunterhaltes grundsätzlich durch die hierfür zuständigen öffentlichen oder privaten Stellen (z. B. Stipendienstelle mit Stipendien oder Darlehen, Fonds und Stiftungen, Ausbildungsstätten und auch das Arbeitsamt) zu erfolgen. Stipendien sind keine Sozialhilfeleistungen. Derartige Leistungen sind der Sozialhilfe vorgelagert und wollen vielfach ein Abgleiten einkommensschwacher Bevölkerungskreise in die Fürsorgeabhängigkeit verhindern. Insoweit ein Anspruch auf solche Leistungen besteht, ist wegen dem Subsidiaritätsprinzip Sozialhilfeunterstützung ausgeschlossen (Wolffers, a.a.O., S. 26).

3.2 Aus den Akten geht hervor, dass der Beschwerdeführer in der Vergangenheit Stipendien erhalten hat. Bei den Berechnungen der Stipendien hat das Amt für Berufsbildung auf die Anrechnung eines Bewerberbeitra-

C 7.1

ges von jeweils Fr. 3000.-- verzichtet. Das heisst, dass der Beschwerdeführer eigentlich eine Eigenleistung von Fr. 3000.-- erbringen müsste, wenn er keine Sozialhilfe beziehen würde. Eine solche Eigenleistung kann die Vorinstanz vom Beschwerdeführer im Minimum erwarten bzw. verlangen. Denn Sozialhilfebezüger sollen im Endeffekt nicht bessergestellt werden als andere junge Erwachsene, die Stipendien erhalten, jedoch keinen Anspruch auf Sozialhilfe haben und deshalb den Bewerberbeitrag von Fr. 3000.-- durch eigene Arbeitsleistung oder mit Unterstützung von Beiträgen von Stiftungen und Fonds aufbringen müssen (vgl. dazu auch RRB 234/2021 vom 13. April 2021; VGE III 2021 80 vom 28. Juni 2021).

3.3 Des Weiteren ist zu beachten, dass die Eigenverantwortung des Kindes der Unterhaltspflicht der Eltern vorgeht. Dies gilt für ein mündiges Kind erst recht (Cyril Hegnauer, Berner Kommentar, 1997, N 92 zu Art. 277 ZGB). Diese Eigenverantwortung besteht unabhängig von der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit der Eltern. Soweit mit der Ausbildung vereinbar, hat das mündige Kind demnach alle Optionen auszuschöpfen, um den Unterhalt während der Ausbildung nach Möglichkeit selbst zu bestreiten und namentlich einem Erwerb nachzugehen (BGE 114 II 205 E. 3c). Wenn von einem mündigen Kind in Erstausbildung, das von seinen Eltern noch finanzielle Unterstützung bekommt, eine Erwerbstätigkeit verlangt werden kann, darf dies erst recht von jungen Erwachsenen verlangt werden, die von der Sozialhilfe unterstützt werden.

4. (...).

4.1 Im Zeitpunkt des Erlasses des angefochtenen Beschlusses wiederholte der Beschwerdeführer das erste Semester Wirtschaftsinformatik. Die Lehrveranstaltungen dauerten noch bis zum 24. Dezember 2021. Danach folgten Semesterferien. Im zweiten Semester begannen die Lehrveranstaltungen am 21. Februar 2022 und enden am 4. Juni 2022. Danach folgen die Semesterferien bis 19. September 2022 (vgl. www.uzh.ch, besucht am 30. März 2022). Der Beschwerdeführer hat demnach 15 Wochen Semesterferien (Vorlesungsfreie Zeit). Die Prüfungen finden unmittelbar nach dem Semester statt (Beginn der Semesterferien) und verteilen sich auf drei Wochen (vgl. <https://www.oec.uzh.ch/de/studies/general/exams/dates.html>, besucht am 30. März 2022). Für die Prüfungen, die ganz zu Beginn der Semesterferien anstehen, muss sich der Beschwerdeführer bereits während dem Semester (Vorlesungszeit) vorbereiten. Es stimmt daher nicht, dass er in den Semesterferien noch auf die Prüfungen lernen muss (ausgenommen die ersten drei Wochen). Es ist ihm daher zumutbar und aufgrund des Studiums auch möglich, in den Semesterferien einer Arbeit nachzugehen (vgl. auch BGE 114 II 205, in welchem das

Bundesgericht für Studierende eine Nebenerwerbstätigkeit von rund 20% als zumutbar erachtet). Mit dem Lohn eines Ferienjobs kann der Beschwerdeführer einen Teil der Lebensunterhaltskosten selber erwirtschaften. Die Auflage, in den Semesterferien einer Arbeit nachzugehen bzw. jeweils ab Mai bzw. ab November Arbeitssuchbemühungen nachzuweisen, ist daher nicht zu beanstanden.

4.2 Im Weiteren ist auch zu berücksichtigen, dass sozialhilfebeziehende Studenten nicht bessergestellt werden dürfen als andere Studierende, die für ihr Studium und ihren Lebensunterhalt selber aufkommen müssen (vgl. dazu auch Entscheid des VGer ZH, VB.2005.00217 vom 1. Oktober 2015, E.2.5). Der Beschwerdeführer muss aktiv werden, um eine Verbesserung seiner finanziellen Situation herbeizuführen. Denn in der Regel werden Erstausbildungen auf Tertiärstufe nicht mit wirtschaftlicher Hilfe unterstützt. Der Beschwerdeführer ist gesund und er hat gemäss § 2 ShG alles ihm Zumutbare zu unternehmen, um nicht von der Sozialhilfe abhängig zu sein. Dazu gehört neben der Aufnahme einer Arbeit während den Ferien (allenfalls auch während des Semesters) auch das Bemühen um weitere finanzielle Unterstützung (Fonds, Stiftungen, Studiendarlehen, etc.). Ein Studium bietet genügend Zeitraum für eine Erwerbstätigkeit, auch wenn aus dieser ein den Bedarf nur teilweise deckendes Zusatzeinkommen resultiert. Die Beschwerde ist daher in diesem Punkt abzuweisen.

(RRB Nr. 336 vom 12. April 2022).

7.2 Kostenübernahme für Reservationskosten in einer Kinder- und Jugendeinrichtung

- *Im Kanton Schwyz ist diejenige Gemeinde für die Leistungsabgeltung im IVSE-Bereich A zuständig, in der das Kind oder der Jugendliche seinen zivilrechtlichen Wohnsitz hat (Erw. 2-2.3).*
- *Wenn der Kanton die Reservationskosten für einen Platz in einer Kinder- und Jugendeinrichtung bevorschusst, darf er diese von der zuständigen Wohnortsgemeinde zurückfordern (Erw. 3-3.5).*

Aus den Erwägungen:

2. Die Interkantonale Vereinbarung für soziale Einrichtungen vom 13. Dezember 2002/ 14. September 2007 (IVSE, SRSZ 380.311.1) bezweckt, die Aufnahme von Personen mit besonderen Betreuungs- und Für-

C 7.2

sorgebedürfnissen in geeigneten Einrichtungen ausserhalb ihres Wohnkantons ohne Erschwernisse zu ermöglichen (Art. 1 Abs. 1 IVSE). Sie bezieht sich u. a. auf stationäre Einrichtungen, die gestützt auf eidgenössisches oder kantonales Recht Personen bis zum vollendeten 20. Altersjahr, längstens jedoch bis nach Abschluss der Erstausbildung beherbergen, sofern sie vor Erreichen der Volljährigkeit in eine Einrichtung eingetreten oder dort untergebracht worden sind (Bereich A; vgl. Art. 2 Abs. 1 IVSE).

2.1 Der Wohnkanton sichert der Einrichtung des Standortkantons mittels der Kostenübernahmegarantie die Leistungsabgeltung zu Gunsten der Person für die zu garantierende Periode zu (Art. 19 Abs. 1 IVSE). Die zahlungspflichtigen Stellen und Personen des Wohnkantons schulden der Einrichtung des Trägerkantons die Leistungsabgeltung für die Leistungsdauer (Art. 19 Abs. 2 IVSE). Der Wohnkanton ist derjenige Kanton, in dem die Person, welche Leistungen beansprucht, ihren zivilrechtlichen Wohnsitz hat (Art. 4 Bst. d IVSE). Der Standortkanton ist der Kanton, in dem die Einrichtung ihren Standort hat (Art. 4 Bst. e IVSE).

2.2 Das Gesetz über soziale Einrichtungen vom 28. März 2007 (SEG, SRSZ 380.300) regelt die Zuständigkeiten des Kantons und der Gemeinden betreffend soziale Einrichtungen (§ 1 Abs. 1 Bst. a SEG). Als soziale Einrichtungen gelten insbesondere Einrichtungen für Kinder und Jugendliche, die einer besonderen Behandlung und Betreuung bedürfen (§ 2 Abs. 1 Bst. c SEG). Für diese Einrichtungen sind die Gemeinden zuständig (§ 10 Abs. 1 SEG). Sie kommen subsidiär für die Betreuungs- und Aufenthaltskosten auf, sofern die betreuungsbedürftige Person oder die gesetzlich Verpflichteten die Kosten nicht decken können (§ 10 Abs. 2 SEG; § 20 Abs. 1 SEG). Im Kanton Schwyz ist somit diejenige Gemeinde, in welcher das Kind oder der Jugendliche seinen zivilrechtlichen Wohnsitz hat, für die Übernahme der Leistungsabgeltung im Bereich A örtlich zuständig (vgl. RRB Nr. 967 vom 29. November 2016, E. 2; RRB Nr. 110 vom 9. Februar 2021).

2.3 XY hat ihren zivilrechtlichen Wohnsitz unbestrittenermassen in der Gemeinde A. Sie war vom 18. August 2020 bis 4. Oktober 2020 in der Beobachtungsstation FoyersBasel untergebracht, wobei sie dort nur bis 13. September 2020 physisch anwesend war. Bei der Beobachtungsstation FoyersBasel handelt es sich um eine IVSE-Einrichtung Bereich A (vgl. <https://www.sodk.ch/de/ivse/ivse-datenbank/>; besucht am 28. April 2022). Vom 13. September 2020 bis 4. Oktober 2020 weilte XY aufgrund einer fürsorgerischen Unterbringung in der Kinder- und Jugendpsychiatrie Littenheid. Mit Beschluss Nr. IIA/001/41-1/2020 vom 5. Okto-

ber 2020 hat die KESB Ausserschwyz XY in der Wohngruppe des Jugendheims Lory in Münsigen untergebracht und die Unterbringung in der Beobachtungsstation FoyersBasel rückwirkend per 13. September 2020 aufgehoben. Die Beschwerdeführerin genehmigte am 1. Oktober 2020 das Gesuch um Kostenübernahmegarantie für die Unterbringung von XY in der Beobachtungsstation FoyersBasel für die Zeit vom 18. August 2020 bis 15. September 2020 sowie die Folgeplatzierung im Jugendheim Lory vom 5. Oktober 2020 bis 31. Mai 2021. Für die Zeit vom 16. September 2020 bis 4. Oktober 2020 verweigerte die Beschwerdeführerin die Abgabe der Kostenübernahmegarantie für die Unterbringung im FoyersBasel. Mit E-Mail vom 19. November 2020 teilte die Beschwerdeführerin der Vorinstanz jedoch mit, dass sie die Bezahlung für den 14. und 15. September 2020 ebenfalls ablehne, da sich XY bereits zu diesem Zeitpunkt nicht mehr in der Beobachtungsstation FoyersBasel aufhielt. Die Vorinstanz hat am 16. Juni 2021 gegenüber der IVSE-Verbindungsstelle des Kantons Basel für einen Teil des Aufenthaltes in der Beobachtungsstation FoyersBasel, nämlich für die Zeit vom 14. September 2020 bis 4. Oktober 2020 eine Kostenübernahmegarantie abgegeben. Der Kanton Schwyz hat dafür Kosten von insgesamt Fr. 12 787.-- bevorschusst. Gegenstand des vorliegenden Verfahrens ist die Frage, wer die Leistungsabgeltung dieser Heimkosten von Fr. 12 787.-- (für die Zeitspanne vom 14. September 2020 bis 4. Oktober 2020) tragen muss bzw. ob die Vorinstanz diesen Betrag zu Recht von der Beschwerdeführerin eingefordert hat.

3. Die Beschwerdeführerin ist der Ansicht, dass sie für die Unterbringungskosten in der Beobachtungsstation FoyersBasel für den Zeitraum vom 14. September 2020 bis 4. Oktober 2020 nicht aufzukommen habe, da sich XY nicht in der besagten Institution aufgehalten habe, sondern in der Klinik in Littenheid. Es sei nicht vorgesehen, dass die Gemeinde sogenannte Reservierungskosten übernehmen müsse. Im Weiteren liege für die Zeit vom 13. September 2020 bis 4. Oktober 2020 formaljuristisch gesehen kein verbindlicher behördlicher Entscheid vor, da die KESB Ausserschwyz rückwirkend die Unterbringung von XY im FoyersBasel per 13. September 2020 aufgehoben hat. Ebenso habe das FoyersBasel für Dienstleistungen (z. B. Kost, Logis, Betreuung, Abklärungen) Rechnung gestellt, die es nicht erbracht habe, da XY ja in der Klinik Littenheid war. Es könne daher nicht angehen, dass seitens des FoyersBasel die vollen Tagestaxen in Rechnung gestellt werden und die Vorinstanz diese auch noch bezahlt habe.

3.1 Gemäss Art. 314b Abs. 1 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 10. Dezember 1907 (ZGB, SR 210) gelten die Bestimmungen des

C 7.2

Erwachsenenschutzes über die fürsorgerische Unterbringung (FU) sinngemäss, wenn ein Kind in einer geschlossenen Einrichtung oder in einer psychiatrischen Klinik untergebracht werden muss. Eine ärztliche FU beruht auf psychiatrischen nicht auf sozialen Indikatoren. Die Dauer einer ärztlichen FU darf höchstens sechs Wochen betragen (Art. 429 Abs. 1 ZGB). Über die Entlassung entscheidet die Einrichtung (Art. 429 Abs. 3 ZGB).

3.2 XY wurde aufgrund einer akuten Selbstgefährdung am 13. September 2020 per ärztlicher fürsorgerischer Unterbringung in die Klinik Littenheid gebracht. Die Unterbringung beruhte auf psychiatrischen Indikatoren. Die Finanzierung des Aufenthaltes in der Klinik Littenheid erfolgte nach dem Bundesgesetz über die Krankenversicherung vom 18. März 1994 (KVG, SR 832.10). Es war nicht voraussehbar, wie lange XY in der Klinik Littenheid bleiben muss bzw. bleiben kann. Einerseits war dies abhängig von ihrem Verhalten und andererseits von ihrer Verfassung. Aus den Akten geht hervor, dass die leitende Ärztin der Abteilung Linde A der Klinik Littenheid, in welcher XY platziert war, nicht zusichern konnte, dass XY in der Klinik verbleiben könne, wenn sie etwa Suchtmittel konsumieren oder entweichen würde. Sodann war auch nicht voraussehbar, wie lange XY aufgrund ihrer Verfassung in der Klinik Littenheid verbleiben musste. Es lag in der Zuständigkeit der Klinik Littenheid, darüber zu entscheiden, wie lange sich XY in der Klinik aufhalten durfte bzw. musste (Art. 314b Abs. 1 ZGB i. V. m. Art. 429 Abs. 3 ZGB). Die KESB Ausserschwyz konnte mangels Zuständigkeit darauf keinen Einfluss nehmen. Es war demnach unabdingbar, dass eine Unterbringungsmöglichkeit für XY zur Verfügung stand, sollte sie vorzeitig die Klinik Littenheid verlassen müssen. Zudem war eine Anschlusslösung nach dem Klinikaufenthalt notwendig, da klar gewesen war, dass XY nicht zu ihren Eltern zurückkehren konnte. Aus diesen Gründen war der Platz in der Beobachtungsstation FoyersBasel während der FU für XY weiterhin reserviert bzw. freigehalten worden.

3.3 Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin kann die FU in der Klinik Littenheid nicht als Austritt aus der Beobachtungsstation FoyersBasel gewertet werden, weil die Rückkehr von XY in die Ursprungseinrichtung (FoyersBasel) im Grundsatz vorgesehen war. Von einem Austritt könnte ausgegangen werden, wenn XY aus der Beobachtungsstation entlassen worden oder in eine andere Institution eingetreten wäre, weil aufgrund der sozialen Indikatoren eine andere Unterbringung angezeigt oder eine Rückkehr zu den Eltern möglich gewesen wäre. Dies war aber vorliegend nicht der Fall. Aus diesem Grund ist der Aufenthalt in der Klinik Littenheid als medizinischen Aufenthalt zu betrachten, der nicht zum Auszug aus der Beobachtungsstation FoyersBasel führte.

3.4 Den IVSE-Bestimmungen ist nichts zu entnehmen, was für die Bezahlung der Heimkosten gilt, wenn eine Person infolge Krankheit oder Unfall abwesend ist, das heisst, vorübergehend nicht in der entsprechenden Einrichtung physisch anwesend ist, sondern sich in einer Klinik befindet. Im IVSE-Bereich A gibt es auch keine Taxordnung, die sich dazu äussert. Anders sieht dies im IVSE Bereich B (Einrichtungen für erwachsene Personen mit Behinderung) aus. Der Kanton Schwyz hat im IVSE Bereich B eine Taxordnung (nachfolgend Taxordnung 2022) erlassen (vgl. https://www.sz.ch/public/upload/assets/57793/211130_taxordnung_2022_des_kantons_schwyz.pdf?fp=1, abgerufen am 23. Mai 2022). Gemäss dieser Taxordnung sind Abwesenheiten (z. B. infolge Klinikaufenthalt) von mehr als 30 Tagen der IVSE-Verbindungsstelle schriftlich zu melden. Sodann werden begründete Abwesenheiten bis maximal 60 Tage vom Kanton mitfinanziert (vgl. Taxordnung 2022, S. 4). Weiter wird in der Taxordnung festgehalten, dass Reservationen vom Kanton Schwyz in der Regel nicht mitfinanziert werden. Als Reservationen gelten Abwesenheiten von mehr als 60 Tagen oder das Freihalten eines Platzes nach erfolgtem Austritt, weil ein Wiedereintritt erwartet wird (Taxordnung 2022, S. 4).

3.5 Zieht man nun die kantonale Taxordnung 2022 im IVSE Bereich B für den vorliegenden Fall hilfsweise bei, so kann festgehalten werden, dass XY aufgrund einer akuten Selbstgefährdung per ärztlicher FU am 13. September 2020 nachmittags in die Klinik Littenheid eingewiesen wurde. Am 4. Oktober 2020 ist sie aus der Klinik Littenheid ausgetreten. Der Klinikaufenthalt in Littenheid dauerte demzufolge 22 Tage und somit weniger als 30 Tage, weshalb der Aufenthalt in der Klinik Littenheid nicht unter die Langzeitabwesenheit i. S. der Taxordnung 2022 für den Bereich IVSE B fällt. Sodann war die Abwesenheit begründet (Aufenthalt in der Klinik Littenheid infolge einer FU), weshalb der Kanton die Abwesenheit im IVSE Bereich B mitfinanzieren würde. Im Weiteren war eine Rückkehr in die Beobachtungsstation FoyersBasel ursprünglich vorgesehen. Diese erfolgte jedoch nicht, da während des Klinikaufenthaltes von XY in Littenheid eine für sie geeignetere Institution gefunden worden ist.

(RRB Nr. 615 vom 23. August 2022; das Verwaltungsgericht hat eine gegen den Entscheid der Regierung erhobene Beschwerde mit VGE III 2022 140 vom 25. November 2022 abgewiesen).

C 7.3

7.3 Übernahme von Stromkosten / Anrechnung eines hypothetischen Mietzinses

- Die Kosten für den Energieverbrauch bzw. für die Elektrizität sind aus dem Grundbedarf für den Lebensunterhalt zu bezahlen, ausser es handle sich dabei um Wohnnebenkosten (Erw. 2-2.4).
- Soweit der Stromverbrauch für die Warmwasseraufbereitung nicht separat ausgewiesen wird, darf sich die Fürsorgebehörde auf Durchschnittswerte berufen (Erw. 2.5-2.8).
- Anrechnung eines hypothetischen Mietzinses als Einnahmen (Erw. 3.4).

Aus den Erwägungen:

2. In einem ersten Schritt wird auf die Frage eingegangen, ob die Gemeinde A. die gesamten offenen Stromkosten von Fr. 558.-- (und nicht nur Fr. 30.-- pro Monat für den Warmwasserverbrauch) bezahlen muss.

2.1 Die Beschwerdeführer haben seit dem 1. Juli 2022 Anspruch auf wirtschaftliche Hilfe. Das EWS hat ihnen die offenen Stromkosten am 19. Juli 2022 und damit zu einem Zeitpunkt, als deren Bedürftigkeit bereits gegeben war, in Rechnung gestellt. Die Rechnungen waren zahlbar bis am 18. August 2022 und wurden damit auch während der Bedürftigkeit fällig. Die Begründung der Vorinstanz, wonach die Gemeinde A. die Stromkosten nicht übernehmen müsse, weil die Beschwerdeführer in der Bezugsperiode (1. April 2022 bis 30. Juni 2022) nicht bedürftig waren, verfängt damit nicht.

2.2 Der Beigeladene begründet seinen Antrag um Übernahme der noch offenen Stromkosten von Fr. 558.-- damit, dass das Haus B-strasse 61 mit mindestens einem Elektrospeicherofen beheizt werde und die Kosten für die Warmwasseraufbereitung ebenfalls darin enthalten seien. Den Beschwerdeführern wird seit dem 1. Juli 2022 ein Grundbedarf für einen Zweipersonenhaushalt von Fr. 1539.-- ausbezahlt. Die Kosten für den Energieverbrauch und damit auch für die Elektrizität sind in diesem GBL enthalten. Die Beschwerdeführer müssen die offenen Stromkosten somit aus diesem Grundbedarf bezahlen, es sei denn, es handle sich dabei um mietrechtlich zulässige Wohnnebenkosten.

2.3 Der Mieter muss die Nebenkosten nur bezahlen, wenn er dies mit dem Vermieter besonders vereinbart hat (Art. 257a Abs. 2 des Bundesgesetzes betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Fünfter Teil: Obligationenrecht vom 30. März 1911, [OR, SR 220]). Bei

Wohn- und Geschäftsräumen sind die Nebenkosten die tatsächlichen Aufwendungen des Vermieters für Leistungen, die mit dem Gebrauch zusammenhängen, wie Heizungs-, Warmwasser- und ähnliche Betriebskosten, sowie für öffentliche Abgaben, die sich aus dem Gebrauch der Sache ergeben (Art. 257b Abs. 1 OR). Gemäss dem Mietvertrag zwischen den Beschwerdeführern und der XY GmbH für das Haus B-strasse 61 vom 16. Dezember 2019 müssen sämtliche Nebenkosten vom Mieter und damit von den Beschwerdeführern getragen werden. Ob und inwieweit es sich bei den offenen Stromkosten um Heizungs- und/oder Warmwasserkosten bzw. um Nebenkosten handelt, wird nachfolgend geprüft.

2.4 Die Beschwerdeführer beheizen das Haus B-strasse 61 mit Holz. Sie führen aus, dass sich im Haus früher nur ein Elektrospeicherofen befunden habe und dass dieser "im Jahr 2020 fachmännisch zurückgebaut und entsorgt" worden sei. Die Vorinstanz hat ihnen in der Vernehmlassung vom 2. November 2022 zugesichert, dass sie die Kosten für fünf Ster Grünholz übernehmen werde. Dieses Holz könne im Winter 2022/23 zwar noch nicht verheizt werden. Rund um das Haus B-strasse 61 sei aber noch genügend trockenes Holz vorhanden, welches sofort verheizt werden könne. Damit sind sich die Parteien einig, dass in den umstrittenen Stromkosten keine Kosten für die Beheizung des Hauses B-strasse 61 enthalten sind. Das von den Beschwerdeführern vorgebrachten Argument, es könne nicht auf den GBL gemäss den SKOS-Richtlinien abgestellt werden, weil das Haus schlecht isoliert sei und einem alten Baustandard entspreche, ist somit für die Frage der Übernahme der Stromkosten nicht relevant.

2.5 Das Haus B-strasse 61 verfügt über zwei Stromzähler, einer davon für das erste Obergeschoss und einer für das zweite Obergeschoss sowie das Dachgeschoss. Der Stromverbrauch für die Warmwasseraufbereitung wird für diese beiden Wohnungen nicht separat gemessen. Die Vorinstanz durfte die Kosten für die Warmwasseraufbereitung anhand von Durchschnittswerten errechnen. Abzugelten sind nur die Warmwasserkosten der Beschwerdeführer und nicht auch diejenige des Untermieters, welcher das Dachgeschoss mietet.

2.6 Eine Person verbraucht pro Tag durchschnittlich 40 l erwärmtes Trinkwasser. Daraus resultiert (ausgehend von einem Energiebedarf von rund 0.058 kWh für die Erwärmung von einem Liter Wasser auf 55°C) ein jährlicher Energiebedarf zwischen 600 kWh und 800 kWh für die Warmwasseraufbereitung (vgl. z. B. www.energie.ch/warmwasser; www.energielexikon.info; <https://www.hausjournal.net/durchschnittlicher-energieverbrauch-fuer-warmwasser>; alle eingesehen am 28. November 2022). Ausgehend von Fr. 0.0792 pro kWh für die Energie ($1600 \times 0.0792 =$

C 7.3

126.72), von Fr. 0.088 pro kWh für die Netznutzung ($1600 \times 0.088 = 140.8$), von Fr. 0.0125 pro kWh für Abgaben und Leistungen an Gemeinwesen ($1600 \times 0.0125 = 20$) sowie von Fr. 0.023 pro kWh für den Netzzuschlag ($1600 \times 0.023 = 36.8$) ergeben sich daraus durchschnittliche Stromkosten für die beiden Beschwerdeführer für die Warmwasseraufbereitung von Fr. 27.-- pro Monat ($[126.72 + 140.8 + 20 + 36.8] : 12$; vgl. die Detailinformationen zu den beiden umstrittenen Rechnungen des EWS vom 19. Juli 2022).

2.7 An vier Tagen pro Monat wird der Beschwerdeführer von seiner Tochter C. besucht. Der Sohn der Beschwerdeführerin D. besucht diese jedes zweite Wochenende. Dem Umstand, dass auch diese beiden Kinder während ihres Aufenthaltes bei den Beschwerdeführern Warmwasser verbrauchen, wird Rechnung getragen, indem bei der obenstehenden Berechnung vom höheren geschätzten Energiebedarf (800 kWh statt 600 kWh) sowie bei den Stromtarifen jeweils vom Hochtarif ausgegangen worden ist. Den Beschwerdeführern ist es im Sinne ihrer Schadenminderungspflicht zuzumuten, sich auch beim Warmwasserverbrauch auf das übliche, durchschnittliche Mass einzuschränken. Somit liegt es im Ermessen der Vorinstanz, dass sie den Beschwerdeführern unter Berücksichtigung der Stromtarife im Rechnungszeitpunkt (19. Juli 2022) Fr. 30.-- pro Monat für den Warmwasserverbrauch zugestanden und im Übrigen die Übernahme der noch offenen Stromkosten verneint hat. Damit kann letztlich offen bleiben, ob die umstrittenen Stromkosten des Hauses B-strasse 61 übermässig hoch sind und welche Geräte etc. den Stromverbrauch in welchem Umfang verursacht haben. Die Stromkosten des EWS haben sich bei den meisten Kunden seit Oktober 2022 im Durchschnitt verdoppelt (vgl. <https://ews.ch/news/informationen-zur-strompreiserhoehung>, eingesehen am 28. November 2022). Die Vorinstanz wird daher möglicherweise ab dem vierten Quartal des Jahres 2022 eine Neuberechnung der Kosten der Beschwerdeführer für die Warmwasseraufbereitung vornehmen müssen.

2.8 Die Vorinstanz hat den Beschwerdeführern die offenen Stromkosten von Fr. 558.-- zu Recht bevorschusst, um eine Abschaltung des Stromes für die Liegenschaft B-strasse 61 zu verhindern. Sie führt in E. 2 des angefochtenen Beschlusses vom 30. September 2022 korrekt aus, dass die Beschwerdeführer diese Kosten mit Ausnahme der Kosten für die Warmwasseraufbereitung (Fr. 90.--) und damit im Umfang von Fr. 468.-- der Gemeinde A. zurückzahlen müssen. In Dispositivziffer 3 des angefochtenen Beschlusses wird aber fälschlicherweise ein Rückzahlungsbetrag von Fr. 428.-- genannt. Dies muss korrigiert werden.

(...)

3.4 Die Vorinstanz hat die Beschwerdeführer in Dispositivziffer 10 zu Recht aufgefordert, aktiv einen Mieter oder eine Mieterin für die Wohnung im ersten Obergeschoss zu suchen. Sie wird die Beschwerdeführer diesbezüglich regelmässig zur Einreichung von Belegen (Suchbemühungen, allfälliger Untermietvertrag) auffordern müssen. Sobald diese Wohnung untervermietet ist, darf den Beschwerdeführern ein angemessener Mietzins als Einnahme angerechnet werden. Wenn sich die Beschwerdeführer nicht aktiv um einen Untermieter oder eine Untermieterin für die Wohnung im ersten Obergeschoss bemühen, darf ihnen ein hypothetischer Mietzins angerechnet und der Umfang der wirtschaftlichen Hilfe neu berechnet werden. Angesichts der Nettomiete für das gesamte Haus B-strasse 61 von Fr. 1500.-- und des Nettomietzinses von Fr. 200.-- für das Dachgeschoss ist der von der Vorinstanz angenommene Mietzins von Fr. 825.-- für die Wohnung im ersten Obergeschoss zu hoch, weil dieser mehr als die Hälfte der Nettomiete für das gesamte Haus ausmacht. Ausgehend vom Nettomietzins für das Dachgeschoss von Fr. 200.-- erscheint ein Mietzins von jeweils Fr. 650.-- ($[1500 - 200] \div 2$). für das erste und das zweite Obergeschoss angemessen. Die Aufforderung zu Suchbemühungen soll neu in Dispositivziffer 9 und die Anrechnung eines ortsüblichen, hypothetischen Mietzinses von Fr. 650.-- pro Monat bei Missachtung dieser Pflicht in Dispositivziffer 10 verankert werden.

(RRB Nr. 937 vom 6. Dezember 2022).

7.4 Kostenersatz für die (subsidiär) übernommenen Kosten für ein begleitetes Besuchsrecht

- *Eine allfällige Kostenbeteiligung der Eltern für das begleitete Besuchsrecht kann die Fürsorgebehörde nicht mittels Verfügung einfordern. Vielmehr muss sie im Streitfall eine Zivilklage beim Gericht einreichen (Erw. 6-6.3).*
- *Dies ändert allerdings nichts daran, dass die Eltern der Fürsorgebehörde ihre finanziellen Verhältnisse offenlegen müssen (Erw. 7-7.3).*

Aus den Erwägungen:

6. Bei der Anordnung von Kinderschutzmassnahmen prüft die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde (KESB) deren Notwendigkeit und Verhältnismässigkeit. Dies gilt insbesondere auch hinsichtlich der Angemessenheit der Kostenfolgen, da Kinderschutzmassnahmen für die zuständigen Wohnsitzgemeinden regelmässig mit hohen Kosten verbunden sind.

C 7.4

Die Finanzierung der von der KESB angeordneten Kinderschutzmassnahmen erfolgt subsidiär durch die zuständige Wohnsitzgemeinde. Vorliegend hat die Vorinstanz die Kostenübernahme des von der KESB verfügbaren begleiteten Besuchsrechts subsidiär für drei Monate (monatlich Fr. 1660.--) genehmigt, womit der Unterhaltsanspruch insoweit auf die Vorinstanz bzw. den Bezirk A. übergegangen ist und gegebenenfalls bei den Eltern im Rahmen der Unterhaltspflicht zurückgefordert werden kann.

6.1 Die Kosten, die bei der Ausübung des Besuchsrechts anfallen, sind grundsätzlich von demjenigen Elternteil zu tragen, welcher das Besuchsrecht ausübt. Fehlen diesem die dazu notwendigen Mittel, können die Kosten ganz oder teilweise dem obhutsberechtigten Elternteil auferlegt werden. Sind beide Elternteile nicht in der Lage, die Auslagen zu übernehmen, sind sie als situationsbedingte Leistungen zugunsten des besuchsberechtigten Elternteils zu übernehmen. Kann keine einvernehmliche Lösung gefunden werden, hat im Streitfall das Zivilgericht über die Kostentragung zu entscheiden (Schwyzer Handbuch zur Sozialhilfe, Ausgabe 2018, C.1.3, S. 5).

6.2 Die Kosten der Ausübung des persönlichen Verkehrs können den üblichen Umfang überschreiten, wenn besondere Anordnungen betreffend die Ausübung des Besuchsrechts getroffen wurden (z. B. die Anordnung eines begleiteten Besuchsrechts). Sofern die Kosten für die Nutzung eines solchen begleiteten Besuchsrechts nicht in Form von öffentlichen Subventionen getragen werden, ist im Einzelfall zu entscheiden, welcher Elternteil für diese Mehrkosten aufzukommen hat. Dabei ist zu prüfen, welcher Elternteil die Anordnung zu vertreten hat. Wurde z. B. ein begleitetes Besuchsrecht angeordnet, weil auf Seiten des besuchsberechtigten Elternteils das Kindeswohl gefährdende Verhaltensweisen oder Verdachtsmomente vorhanden sind (z. B. Entführungsgefahr, Misshandlung, sexuelle Übergriffe), hat dieser die Mehrkosten alleine zu tragen. Erfolgte die Anordnung eines begleiteten Besuchsrechts aber z. B., weil die Eltern derart zerstritten sind, dass die konfliktfreie Ausübung des Besuchsrechts ohne fremde Hilfe nicht möglich ist, rechtfertigt sich eine Beteiligung des obhutsberechtigten Elternteils an den Mehrkosten. Bei der Aufteilung der Kosten ist grundsätzlich von der jeweiligen wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit der beiden Elternteile auszugehen. Kann keine einvernehmliche Lösung gefunden werden, hat im Streitfall das Zivilgericht über die Kostentragung zu entscheiden (Schwyzer Handbuch zur Sozialhilfe, Ausgabe 2018, C.1.3, S. 5).

6.3 Aus den vorstehenden Ausführungen ergibt sich, dass eine allfällige Kostenbeteiligung der Eltern für das begleitete Besuchsrecht nicht mittels

Verfügung der Fürsorgebehörde eingefordert werden kann. Vielmehr muss die unterstützungspflichtige oder kostentragende Wohnsitzgemeinde im Streitfall eine Zivilklage bei Gericht erheben. Objekt des Beschwerdeverfahrens kann indessen nur sein, was bereits Gegenstand des Verwaltungsverfahrens war (vgl. Thomas Flückiger, in: Bernhard Waldmann/Philippe Weissenberger, Hrsg., Praxiskommentar zum Verwaltungsverfahrensgesetz, 2. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2016, Art. 7 N 18). Soweit sich die Parteien im vorliegenden Beschwerdeverfahren darüber streiten, welcher Elternteil die Anordnung des begleiteten Besuchsrechts verursacht hat und deshalb kostenpflichtig wird, bildet diese Frage nicht Gegenstand des vorliegenden Beschwerdeverfahrens, da darüber der Zivilrichter zu urteilen hat. Familienrechtliche Unterhalts- und Unterstützungspflichten sind nach den Vorschriften des Zivilgesetzbuches geltend zu machen. Kommt das Gemeinwesen für den Unterhalt des Kindes auf, so geht der Unterhaltsanspruch mit allen Rechten auf das Gemeinwesen über (Art. 289 Abs. 2 ZGB). Will die Vorinstanz von den Eltern Kostenersatz für die (subsidiär) übernommenen Kosten für das begleitete Besuchsrecht verlangen, muss sie Klage beim Zivilrichter einreichen. Auf dem Verfügungsweg kann eine Kostenbeteiligung der Eltern nicht eingefordert werden. Demgemäss ist insoweit nicht auf die Beschwerde einzutreten. Im Übrigen hat die Vorinstanz mit ihrer Verfügung vom 20. Januar 2022 auch gar keine Kostenübernahme bzw. Kostenbeteiligung für das begleitete Besuchsrecht zulasten der Beschwerdeführerin angeordnet, sondern lediglich die Offenlegung der finanziellen Verhältnisse beider Elternteile mit Blick auf eine mögliche zivilrechtliche Klage verfügt.

7. Strittig ist im vorliegenden Beschwerdeverfahren somit lediglich, ob die Vorinstanz die Beschwerdeführerin und den Beschwerdegegner zur Offenlegung ihrer finanziellen Verhältnisse hat auffordern dürfen.

7.1 Wie vorstehend bereits erwähnt, sind Verwandtenunterstützungen und Rückerstattungen von der Behörde des kostentragenden Gemeinwesens geltend zu machen (§ 26 ShG). Aus § 10 Abs. 1 der Vollziehungsverordnung zum Gesetz über die Sozialhilfe (Sozialhilfeverordnung, ShV, SRSZ 380.111) ergibt sich, dass wer um wirtschaftliche Hilfe nachsucht oder sie erhält, über seine Verhältnisse wahrheitsgetreu Auskunft zu geben, Einsicht in seine Unterlagen zu gewähren und Änderungen in seinen Verhältnissen umgehend zu melden hat. Die Fürsorgebehörde ist berechtigt, bei Dritten Auskünfte einzuholen, die sie für die Erfüllung ihrer Aufgaben benötigt, wenn Zweifel an der Richtigkeit oder Vollständigkeit der Angaben oder Unterlagen bestehen (Abs. 2). Die verfahrensrechtliche Mitwirkungspflicht ergibt sich sodann auch aus § 19 Abs. 1 VRP, wonach die

C 7.4

Parteien verpflichtet sind, an der Feststellung des Sachverhaltes mitzuwirken, soweit dies nötig und ihnen zumutbar ist. Verweigert die hilfesuchende Person trotz vorgängiger Mahnung die ihr zumutbare Mitwirkung, namentlich, wenn sie die Auskunftspflicht verletzt oder den verfügbaren Aufträgen, Bedingungen oder Weisungen zuwiderhandelt, kann die Fürsorgebehörde die wirtschaftliche Hilfe kürzen oder einstellen (§ 26a ShG).

7.2 Vorliegend hat bereits die KESB mit in Rechtskraft erwachsenem Beschluss IIA/002/35/2021 vom 30. August 2021 angeordnet, dass die Eltern der Fürsorgebehörde A. alle notwendigen Unterlagen und Informationen zur Finanzierung des begleiteten Besuchsrechts vorzulegen haben. Die Vorinstanz hat diese Anordnung in Dispositiv-Ziffer 2 ihrer Verfügung vom 20. Januar 2022 lediglich näher konkretisiert. Die Verpflichtung zur Offenlegung der finanziellen Verhältnisse ergibt sich sodann ausdrücklich und ohne Weiteres aus § 10 ShV sowie der verfahrensrechtlichen Mitwirkungspflicht gemäss § 19 VRP.

7.3 Bei der Aufteilung bzw. Festlegung der Höhe der zu tragenden Kosten ist grundsätzlich von der jeweiligen wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit der Elternteile auszugehen. Die Offenlegung der finanziellen Verhältnisse dient der Fürsorgebehörde zur Abschätzung, ob und zu welchen Teilen die Eltern gestützt auf die familienrechtliche Unterhaltspflicht in der Lage sind, für die Kosten des angeordneten Besuchsrechts aufzukommen. Ansonsten könnte die Vorinstanz die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der Eltern bzw. deren allfällige Bedürftigkeit gar nicht einschätzen. Dies würde wiederum dazu führen, dass sie ihre Kostenersatzansprüche auf dem zivilrechtlichen Klageweg nicht oder nur unter erschwerten Umständen geltend machen könnte. Die Pflicht zur Offenlegung der wirtschaftlichen Verhältnisse beruht somit auf einer ausdrücklichen gesetzlichen Grundlage und wurde im Übrigen bereits von der KESB rechtskräftig angeordnet. Die Vorinstanz hat ihrerseits in Dispositiv-Ziffer 2 ihrer Verfügung vom 20. Januar 2022 lediglich näher konkretisiert, welche Unterlagen einzureichen sind. Dies ist nicht zu beanstanden. Wer die Kosten des begleiteten Besuchsrechts in welchem Umfang letztlich zu tragen hat, muss der Zivilrichter im Rahmen eines allfälligen von der Vorinstanz anzuhebenden Klageverfahrens entscheiden. Dies ändert indessen nichts daran, dass die Eltern ihre finanziellen Verhältnisse gegenüber der Fürsorgebehörde bereits in diesem Verfahrensstadium von Gesetzes wegen offenlegen haben, da sie mit der subsidiären Kostenübernahme durch das Gemeinwesen für das begleitete Besuchsrecht bereits sozialhilferechtlichen Leistungen in Anspruch genommen haben. Wer wirtschaftliche Hilfe in Anspruch nimmt, ist gemäss § 25 ShG generell zur Rückerstattung verpflichtet, falls ihm

dies möglich und zumutbar ist. Hierzu sind im Rahmen der Mitwirkungspflicht die Vermögensverhältnisse gegenüber der Fürsorgebehörde wahrheitsgetreu offenzulegen (§ 10 ShV).

(RRB Nr. 542 vom 28. Juni 2022).

8. Bildungswesen

8.1 Schulgeldübernahme für die ausserkantonale Absolvierung der Berufsmaturitätsschule

- *Der Kanton Schwyz kann betreffend das Aufnahmeverfahren für den Besuch einer ausserkantonalen Berufsmaturitätsschule keine eigenen Regeln erlassen. Im Bereich seiner eigenen Zuständigkeit wird er durch das Bundesrecht insoweit eingeschränkt, als Personen, die in ihrem Wohnsitzkanton die Aufnahmebedingungen für die Berufsmaturität erfüllen, im Kanton Schwyz ebenfalls zugelassen werden müssen (Erw. 6-6.1).*
- *Der Kanton Schwyz übernimmt grundsätzlich das Schulgeld, wenn eine Person, die den Wohnsitz im Kanton Schwyz hat, ausserkantonale eine Berufsmaturitätsschule besuchen möchte. Die Vorinstanz hat die Schulgeldübernahme abgelehnt, weil der Beschwerdeführer keine Aufnahmeprüfung absolviert hat. Diese Regelung erweist sich als nicht sachgerecht, weil im Kanton Schwyz der entsprechende Lehrgang (und die entsprechende Aufnahmeprüfung) gar nicht angeboten wird und weil der Kanton Zürich keine Aufnahmeprüfung verlangt hat. Die Vorinstanz hat deshalb noch einmal neu zu entscheiden (Erw. 6.2-7.2).*

Aus dem Sachverhalt:

Der Beschwerdeführer hat seinen Wohnsitz im Kanton Schwyz. Er hat seine Lehre zum Detailhandelsfachmann EFZ in Zürich absolviert und im Sommer 2021 abgeschlossen. Die Berufsfachschule hat er ebenfalls im kanton Zürich besucht. Seit dem Schuljahr 2021/22 absolviert er die Berufsmaturität (BM) 2, Fachrichtung Wirtschaft und Dienstleistungen, Typ Dienstleistungen (Teilzeit), an der Berufsmaturitätsschule Zürich. Mit Verfügung vom 22. September 2022 verweigerte das Amt für Berufsbildung des Kantons Schwyz dem Beschwerdeführer die Übernahme des Schulgeldes, weil dieser keine BM-Aufnahmeprüfung absolviert hat.

C 8.1

Aus den Erwägungen:

6. Es stellt sich zunächst die Frage, ob der Kanton Schwyz überhaupt eigene Regelungen betreffend das Aufnahmeverfahren für den Besuch einer ausserkantonalen Berufsmaturitätsschule aufstellen kann. In Ziffer 2 "Geltungsbereich" der Weisungen wird nämlich ausgeführt, dass sie für Personen im Kanton Schwyz gelten, die im Kanton selber oder ausserkantonal eine BM 2 besuchen möchten. Sie würden auch gelten für Personen, die ausserkantonal ihren Wohnsitz haben und im Kanton Schwyz eine BM 2 besuchen wollen.

6.1 Diese Frage ist klar zu verneinen. Der Kanton Schwyz kann das Aufnahmeverfahren nur für Personen mit und ohne Wohnsitz im Kanton Schwyz regeln, die im Kanton Schwyz eine Berufsmaturitätsausbildung absolvieren wollen. Für die Berufsmaturitätsausbildung in anderen Kantonen kann der Kanton Schwyz keinerlei Regelungen treffen. Und selbst im Bereich seiner eigenen Zuständigkeit besteht von Bundesrechts wegen insofern eine Ausnahme, als Personen, die in ihrem Wohnsitzkanton die Aufnahmebedingungen für die Berufsmaturitätsausbildung erfüllen, im Kanton Schwyz ebenfalls zugelassen werden müssen, auch wenn der Kanton Schwyz grundsätzlich höhere Anforderungen stellt – nämlich das Bestehen einer Aufnahmeprüfung verlangt. So müssten im Kanton Schwyz z. B. auch Personen mit Wohnsitz im Kanton Zürich, die im Kanton Zürich prüfungsfrei zur Berufsmaturitätsausbildung zugelassen werden, im Kanton Schwyz gleichfalls akzeptiert werden, obwohl der Kanton Schwyz – im Gegensatz zum Kanton Zürich – fast ohne Ausnahme das Bestehen einer Aufnahmeprüfung verlangt (vgl. § 14 Abs. 3 BMV). D. h., der Kanton Schwyz kann selbst im eigenen Hoheitsgebiet die Aufnahmebedingungen für die Berufsmaturitätsausbildung nicht vollständig frei bestimmen. Für andere Kantone kann er gar keine Normen erlassen.

6.2 Grundsätzlich wäre auch im Kanton Zürich für die Aufnahme in die BM 2, Fachrichtung Wirtschaft und Dienstleistungen, Typ Dienstleistungen, das Bestehen einer Aufnahmeprüfung erforderlich gewesen, welche die Fächer Deutsch, Französisch, Englisch und Mathematik umfasst hätte. Der Bildungsrat des Kantons Zürich hat jedoch coronabedingt mit Beschluss Nr. 2020/06 vom 25. März 2020 das Reglement über die Zulassung zum Berufsmaturitätsunterricht nach der beruflichen Grundbildung (BM 2) und die Promotionsbestimmungen der Mittelschulen während der Corona-Pandemie angepasst und in Kraft gesetzt. Gemäss § 2 Abs. 1 Bst. b dieses Reglements werden Kandidatinnen und Kandidaten aller Ausrichtungen mit Ausnahme der Fachrichtung Wirtschaft und Dienstleis-

tungen, Typ Wirtschaft, prüfungsfrei in den Berufsmaturitätsunterricht zugelassen, wenn sie im Sommer 2020 das EFZ mit einer Gesamtnote von mindestens 5.0 erlangen oder ihr schulischer Notendurchschnitt mindestens 5.0 beträgt. Gemäss § 2 Abs. 2 des Reglements wird der schulische Notendurchschnitt gemäss § 1 Bst. b auf der Grundlage der Ende Herbstsemester 2019/20 vorliegenden schulischen Semesterzeugnisnoten berechnet. Die Notenberechnung erfolgt analog zum Qualifikationsverfahren zur beruflichen Grundbildung. Von diesem Bildungsratsbeschluss konnte der Beschwerdeführer profitieren, denn er erfüllte diese Voraussetzung, weshalb er prüfungsfrei zum Berufsmaturitätslehrgang der Fachrichtung Wirtschaft und Dienstleistungen, Typ Dienstleistungen, an der Berufsmaturitätsschule Zürich zugelassen wurde, wie ihm die Berufsmaturitätsschule Zürich bestätigt hat. Der Beschwerdeführer absolvierte bereits seine Lehre und die Berufsfachschule im Kanton Zürich. Der Berufsmaturitätslehrgang, Fachrichtung Wirtschaft und Dienstleistungen, Typ Dienstleistungen, ist auf Absolventen einer gewerblichen Lehre und auf Detailhandelsfachleute EFZ zugeschnitten und nicht zu verwechseln mit der Fachrichtung Wirtschaft und Dienstleistungen, Typ Wirtschaft, welcher sich an Absolventen einer kaufmännischen Lehre mit E-Profil (erweiterte Grundbildung) richtet. Der Beschwerdeführer besucht den Lehrgang berufsbegleitend als Teilzeitausbildung über zwei Jahre hinweg. Der Kanton Schwyz bietet gemäss der Liste "BM Angebot in der Ostschweiz Stand November 2018" gar keinen entsprechenden BM 2 Lehrgang, Fachrichtung Wirtschaft und Dienstleistungen, Typ Dienstleistungen, im Kanton Schwyz an. Aufgeführt sind solche Lehrgänge nur im Fürstentum Liechtenstein und in den Kantonen St. Gallen und Zürich. Insofern ist nicht nachvollziehbar, wie der Beschwerdeführer im Kanton Schwyz die Aufnahmeprüfung für die Fachrichtung Wirtschaft und Dienstleistungen, Typ Dienstleistungen, hätte absolvieren können, zumal das Formular "Berufsmaturität nach der Lehre (BM 2) Anmeldung für die Aufnahmeprüfung bei ausserkantonalem Schulbesuch" für das Jahr 2022 bei der Fachrichtung, Wirtschaft und Dienstleistungen, Typ Dienstleistungen, in einer Fussnote für den Termin der Aufnahmeprüfung explizit auf die entsprechende Schule verweist. Die vom Beschwerdeführer gewählte Schule in Zürich verlangt aber von ihm gerade keine Aufnahmeprüfung. Ob er die Aufnahmeprüfung im Kanton Zürich aus rein organisatorischen Gründen dennoch hätte absolvieren können, so dass er im Falle des Bestehens in den Genuss der Kostengutsprache des Kantons Schwyz gekommen wäre, kann offengelassen werden. Die Vorinstanz scheint, wenn sie diesen Standpunkt vertreten sollte, damit vom Beschwerdeführer etwas Unmögliches oder jedenfalls etwas Nichtsinnvolles verlangt zu haben. Vor allem hätte der Beschwerdeführer aber auch bei dieser Vorgehensweise nicht das Aufnahmeverfahren

C 8.1

des Kantons Schwyz, sondern jenes des Kantons Zürich durchlaufen. Allenfalls ist die Vorinstanz vielmehr der Auffassung, der Beschwerdeführer hätte die Aufnahmeprüfung für die Berufsmaturitätsausbildung im Kanton Schwyz absolvieren müssen, auch wenn nicht klar ist, an welcher Schule. Dann stellt sich aber wiederum die Frage, für welche im Kanton Schwyz angebotene Fachrichtung er denn die Aufnahmeprüfung hätte absolvieren müssen. In Frage käme wohl insbesondere die Fachrichtung Wirtschaft und Dienstleistungen, Typ Wirtschaft, da sie eine ähnliche Ausrichtung aufweist. Aber die letztgenannte Fachrichtung dürfte, was das erforderliche schulische Vorwissen anbelangt, niveaumässig höher einzustufen sein. Bei den Sprachen Deutsch, Französisch und Englisch sowie Wirtschaft & Gesellschaft wird auf das Lehrabschlussniveau der kaufmännischen Lehrabschlussprüfung E-Profil verwiesen (vgl. Weisungen Ziffer 12 zweiter Absatz).

(...).

7.2 Die Übernahme des Schulgeldes für den Besuch einer ausserkantonalen Berufsmaturitätsschule einzig und allein vom Kriterium eines bestandenen Aufnahmeverfahrens im Kanton Schwyz abhängig zu machen greift zu kurz und erscheint insoweit keine genügende Lösung zu sein, als weitere Umstände berücksichtigt werden müssten, bei denen die Kostengutsprache geleistet wird. Dass im Fall eines erfolgreichen Aufnahmeverfahrens im Kanton Schwyz die Kosten für den ausserkantonalen Schulbesuch übernommen werden, ist quasi der Minimalstandard, denn ansonsten würde Art. 14 Abs. 3 BMV letztlich Makulatur bleiben. Allerdings vermag diese Lösung nicht zu genügen. Grundsätzlich sollte das Aufnahmeverfahren im Kanton Schwyz und die Kriterien für die Kostengutsprache/Kostenübernahme für den Besuch einer ausserkantonalen Berufsmaturitätsschule getrennt werden. Für eine sachgerechte Lösung müssten aus Sicht der Rechtsmittelinstanz – neben dem bestandenen Aufnahmeverfahren im Kanton Schwyz – weitere Kategorien vorgesehen werden, bei welchen die Übernahme des Schulgeldes für den Besuch einer ausserkantonalen Berufsfachschule (allenfalls nur regional eingeschränkt) garantiert wird. Weitere sachgerechte Kriterien hierzu wären – bei einer restriktiven Kostenregelung – etwa auf die Absolvierung einer ausserkantonalen Lehre und/oder auf den Besuch einer ausserkantonalen Berufsfachschule abzustellen und/oder auch auf den Umstand, dass die entsprechende Fachrichtung der Berufsmaturität, welcher der Bewerber anstrebt, im Kanton Schwyz gar nicht angeboten wird. Ausserdem müsste der Bewerber selbstverständlich immer die Aufnahmevoraussetzungen der Berufsmaturitätsschule des jeweiligen anderen Kantons erfüllen. Alle diese drei sachgerechten Kriterien (sogar kumulativ) würde der Beschwerdeführer ohne weiteres erfüllen.

Er hat die Lehre im Kanton Zürich absolviert und arbeitet weiterhin dort, er hat auch die Berufsfachschule im Kanton Zürich besucht, und er möchte die Berufsmaturität, Fachrichtung Wirtschaft und Dienstleistungen, Typ Dienstleistungen, erlangen, die im Kanton Schwyz als BM 2 gar nicht angeboten wird. Insofern muss er zwingend auf einen anderen Kanton als Schwyz ausweichen.

(RRB Nr. 132 vom 15. Februar 2022).

8.2 Schulgeldübernahme bei nicht bewilligtem auswärtigen Schulbesuch

- *Für die Bewilligung des auswärtigen Schulbesuches sind besondere Gründe erforderlich. Die Angst des Kindes, an der neuen Schule gehänselt und gemobbt zu werden, stellt für sich alleine noch keinen besonders triftigen Grund dar, der einen auswärtigen Schulbesuch rechtfertigen würde (Erw. 3-3.4).*
- *Wird das Kind von den Eltern dennoch (freiwillig) an eine andere öffentliche Schule geschickt, ohne eine Bewilligung zum auswärtigen Schulbesuch vom zuständigen Schulträger einzuholen, haben die Eltern das Schulgeld selber zu bezahlen (Erw. 4-4.3).*

Aus den Erwägungen:

3. Der auswärtige Schulbesuch stellt einen Ausnahmefall dar. Die Gründe dafür müssen gewichtig sein. Der auswärtige Schulbesuch soll dem betroffenen Schüler eine wesentliche Erleichterung bringen und damit insbesondere dem schulischen Fortkommen förderlich sein. Die Ausnahmeregelung soll Härtefälle vermeiden. Sie ist nur anzuwenden, wenn sie im Einzelfall begründet ist und nicht in unbestimmt vielen Fällen ebenfalls vorkommt. Vorrangig ist das Wohl des Kindes, finanzielle Interessen des Schulträgers stehen demgegenüber im Hintergrund. Es können sachliche wie auch persönliche Gründe für einen auswärtigen Schulbesuch sprechen. Als wichtigster Grund fällt regelmässig der Schulweg ins Gewicht. Zusätzlich hat der Regierungsrat in früheren Fällen auch die emotionale, verkehrsmässige und postalische Ausrichtung einer Familie als Grund für den Schulbesuch in einem benachbarten Schulort bejaht. Zudem sind die persönlichen Verhältnisse des Schülers, die aus psychologischer und/oder pädagogischer Sicht einen auswärtigen Schulbesuch rechtfertigen können, zu berücksichtigen. Schliesslich kann das soziale Umfeld des Schülers (z. B. örtlich gebundene Freizeitbeschäftigung) ebenfalls von Bedeutung sein (vgl. Wegweiser zur Gesetzgebung der Volksschule [nachfolgend:

C 8.2

Wegweiser], Stand vom März 2022, Kapitel 1.6.4, S. 23 f.; RRB Nr. 370 vom 23. Mai 2018, E. 4.2; RRB Nr. 1034 vom 3. November 2015, E. 2.1; RRB Nr. 355 vom 21. April 2015, E. 1.3; EGV-SZ 1997, Nr. 51).

3.1 Art. 19 und Art. 62 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101) verleihen einen Anspruch auf ausreichenden und unentgeltlichen Grundschulunterricht, für den die Kantone zu sorgen haben. Daraus fliesst für den Schüler ein Rechtsanspruch, an einem für ihn nicht ungünstig gelegenen Ort den Schulunterricht besuchen zu können. Grundsätzlich haben jedoch weder Eltern noch Schüler ein Recht auf freie Wahl des Schulortes, des Schulhauses innerhalb des Schulortes oder gar der Lehrperson. Ausserdem steht den Schulträgern in Bezug auf die Organisation der Schule und die Schulplanung ein Autonomiebereich zu, der den zuständigen Behörden bei konkreten Entscheidungen ein relativ weites Ermessen einräumt. Der Regierungsrat auferlegt sich deshalb bei der Beurteilung eine gewisse Zurückhaltung und greift nur dort ein, wo eine vorinstanzliche Verfügung bzw. Praxis unhaltbar bzw. sachlich nicht vertretbar ist (vgl. RRB Nr. 1034 vom 3. November 2015, E. 2.2 mit Hinweis).

3.2 Die Beschwerdeführer stellen sich auf den Standpunkt, dass XY in der Primarschule in B. von ihren Mitschülerinnen und Mitschülern gequält, gehänselt und gemobbt worden sei. XY habe deshalb grosse Angst davor gehabt, dass sie bei einem Schulwechsel nach A. wieder auf ihre ehemaligen Mitschülerinnen und Mitschüler treffen würde. Das Mobbing an der Primarschule und die stetige Angst habe zu psychischen Problemen bei XY geführt. Eine Beschulung an der Sekundarschule in A. stehe damit ausser Frage. Zum Beweis offerieren die Beschwerdeführer die Befragung des ehemaligen Primarschullehrers von XY. Die Vorinstanz hat von sich aus einen Bericht des ehemaligen Klassenlehrers eingeholt und diesen Bericht vom 31. März 2022 zusammen mit ihrer Vernehmlassung vom 7. April 2022 eingereicht. Der ehemalige Klassenlehrer führt in seinem Bericht u. a. aus, dass XY in B. in einer "anspruchsvollen" Klasse war, die oft Probleme bereitete. XY sei jedoch nicht ganz unauffällig gewesen. Sie sei oft in Konflikte und Streitereien verwickelt und oftmals sogar der Auslöser der Konflikte gewesen. Die Beschwerdeführer haben diese Sachverhaltsdarstellungen im Beschwerdeverfahren nicht weiter kommentiert bzw. bestritten.

3.3 Ob XY in ihrer ehemaligen Klasse in B. tatsächlich gemobbt wurde, kann und muss an dieser Stelle nicht abschliessend beurteilt werden. Es ergibt sich aus den Akten jedenfalls keine besondere Schwere der Mob-

bingvorwürfe. Aus den von den Beschwerdeführern eingereichten Unterlagen und den vorinstanzlichen Akten ergibt sich zudem nicht, dass eine Beschulung von XY an der Sekundarschule "... in A. von vornherein unzumutbar und damit ausgeschlossen gewesen wäre. Dies insbesondere, da im Schulhaus ... nebst der Real- und Werkschule insgesamt acht Sekundarklassen geführt werden (d. h. je drei 1. und 2. Klassen und zwei 3. Klassen, vgl. ...; besucht am 15. Juni 2022). Zum einen ist in Betracht zu ziehen, dass sich die ehemaligen Mitschülerinnen und Mitschüler von XY persönlich weiterentwickelt haben. Andererseits ist es Aufgabe der Schulleitung, entsprechende Massnahmen zum Schutz der einzelnen Schüler zu treffen, z. B. im Rahmen der Klassenzuteilung. Ohnehin werden die Primarschüler von B. wohl auf verschiedene Sekundarklassen in A. aufgeteilt. Zu beachten ist auch, dass XY bald 16 Jahre alt wird und von ihr daher auch erwartet werden darf, dass sie mit gewissen Konfliktsituationen und unliebsamen Mitschülerinnen und Mitschülern umzugehen weiss. Lediglich die Angst davor, an der neuen Schule gemobbt zu werden, begründet für sich jedenfalls keinen besonders triftigen Grund, der einen auswärtigen Schulbesuch rechtfertigen würde (vgl. RRB Nr. 370 vom 23. Mai 2018, E. 4.5.2; vgl. auch RRB Nr. 1034 vom 3. November 2015, E. 2.4).

3.4 (...).

4. Da keine Gründe für einen auswärtigen Schulbesuch vorliegen, muss XY ihre Schulpflicht grundsätzlich im Bezirk A. erfüllen. Dennoch geht sie seit Januar 2022 in die 3. Sekundarschule an der MPS C. in D., weil der Beigeladene sie dort aufgenommen hat. Der Beigeladene hat von den Beschwerdeführern ein Schulgeld in der Höhe von Fr. 10 702.50 verlangt, welches die Beschwerdeführer bereits bezahlt haben. Es bleibt noch zu prüfen, wer dafür aufzukommen hat bzw. ob die Vorinstanz die Übernahme des Schulgeldes zu Recht abgelehnt hat.

4.1 Gemäss § 7 Abs. 2 VSG kann der Schulrat den auswärtigen Schulbesuch gestatten oder anordnen, wenn besondere Gründe es rechtfertigen. Wird der auswärtige Schulbesuch bewilligt, regeln die beteiligten Schulträger diesen durch Vereinbarung. Der Schulträger des Aufenthaltsortes kann vom entlasteten Schulträger ein Schulgeld verlangen (§ 7 Abs. 3 VSG). Der Aufenthaltsort eines Kindes befindet sich dort, wo es isst, schläft usw. In der Regel fällt dies mit dem Wohnort (der Eltern) zusammen. Kinder, die bei einer Pflegefamilie untergebracht werden, begründen an deren Wohnort einen Aufenthaltsort. Der Schulträger des Aufenthaltsortes kann ein Schulgeld von der Wohnsitzgemeinde des Kindes verlangen; nicht jedoch von den Eltern und nur im innerkantonalen Verhältnis

C 8.2

(vgl. Wegweiser, Kapitel 1.6.2, S. 22). Im vorliegenden Fall hat XY allerdings keinen Aufenthalt in C. Ihr Aufenthaltsort ist zugleich ihr Wohnort in B. und fällt damit mit ihrem Wohnsitz in A. zusammen. Die Möglichkeit, vom entlasteten Schulträger, d. h. von der Vorinstanz bzw. vom Bezirk A., ein Schulgeld zu verlangen, besteht vorliegend somit nicht.

4.2 Wie bereits in E. 3.1 erwähnt, verleihen Art. 19 und 62 BV einen Anspruch auf ausreichenden und unentgeltlichen Grundschulunterricht. Auch § 8 Abs. 1 VSG enthält den Grundsatz, dass der Unterricht an der öffentlichen Volksschule unentgeltlich ist. Lehrmittel und allgemeines Schulmaterial werden ebenfalls unentgeltlich zur Verfügung gestellt. Für Schulreisen, Exkursionen, Klassenlager, Verpflegung in der Schule usw. können von den Erziehungsberechtigten angemessene Beiträge erhoben werden (§ 8 Abs. 2 VSG). Im vorliegenden Fall ist jedoch zu berücksichtigen, dass die Beschwerdeführer ihre Tochter XY an die MPS C. in D. zur Schule geschickt haben, ohne vorgängig die für die Bewilligung des auswärtigen Schulbesuchs zuständige Vorinstanz zu benachrichtigen. Die Beschwerdeführer sind insoweit und nur in diesem speziell gelagerten Fall gleich zu behandeln, wie wenn sie ihre Tochter an eine von ihnen frei ausgewählte Privatschule geschickt hätten. In diesem konkreten Fall und ohne präjudizierende Wirkung sind die Beschwerdeführer deshalb kostenpflichtig für die Beschulung von XY an der MPS C.

4.3 Nach dem Gesagten ergibt sich, dass die Beschwerdeführer zuerst die Vorinstanz über den beabsichtigten auswärtigen Schulbesuch von XY informieren und deren Entscheid hätten abwarten müssen, bevor sie dem Beigeladenen ein Gesuch um Aufnahme an der MPS C. stellen. Der Beigeladene hätte XY nicht an der MPS C. aufnehmen dürfen, solange die Vorinstanz den auswärtigen Schulbesuch nicht bewilligt hat. Wenn die Vorinstanz den auswärtigen Schulbesuch von XY bewilligt hätte, wozu vorliegend allerdings keine Gründe bestehen, wäre dieser mittels Vereinbarung zwischen den beiden Schulträgern zu regeln gewesen. Da die Beschwerdeführer ihre Tochter XY einfach an der MPS C. angemeldet haben, sind sie gleich zu behandeln, wie wenn sie für die Beschulung eine Privatschule ausgewählt hätten. Dementsprechend haben sie für das Schulgeld für XY selber aufzukommen. Aus den von den Beschwerdeführern eingereichten Unterlagen ergibt sich, dass sie das Schulgeld von Fr. 10 702.50 bereits bezahlt haben.

(RRB Nr. 539 vom 28. Juni 2022).

8.3 Unbewilligtes Fernbleiben vom Schulunterricht / Ordnungsbusse

- *Vollstreckungsmassnahmen sind vorgängig anzudrohen unter Ansetzung einer Frist zur freiwilligen Erfüllung der Pflicht. Dies gilt auch im Verwaltungsverfahren nach dem Volksschulgesetz. Eine Busse ist dementsprechend vorgängig anzudrohen (Erw. 1-1.5).*
- *Eine Verfügung, die dieses Vorgehen missachtet, ist aus formellen Gründen aufzuheben (Erw. 2-2.4).*

Aus den Erwägungen:

1. Die Beschwerdeführer wehren sich gegen die ihnen auferlegte Ordnungsbusse in der Höhe von Fr. 3900.-- wegen des vorsätzlichen Fernhaltens ihres Sohnes XY vom Schulunterricht vom 14. Dezember 2021 bis und mit 2. Februar 2022.

1.1 Alle Kinder mit Aufenthalt im Kanton haben das Recht und die Pflicht, die öffentliche Volksschule zu besuchen. Vorbehalten bleibt der Besuch von privaten Sonderschulen, anerkannten privaten Volksschulen und bewilligtem Privatunterricht (§ 4 Abs. 1 des Volksschulgesetzes vom 19. Oktober 2005 [VSG, SRSZ 611.210]). Die Schulpflicht beginnt mit dem einjährigen Kindergarten und dauert grundsätzlich zehn Jahre, längstens jedoch bis zum Abschluss der Sekundarstufe I (§ 4 Abs. 2 VSG). Die Primarschule vermittelt den Kindern die Grundausbildung. Sie führt die Kinder zum strukturierten Lernen, fördert sie in ihrer Selbstständigkeit und Gemeinschaftsfähigkeit und bereitet sie auf den Übertritt in die Sekundarstufe I vor. Die Primarschule umfasst sechs Jahre (§ 12 Abs. 1 und 2 VSG). Schülerinnen und Schüler haben den Unterricht und die als obligatorisch erklärten Schulveranstaltungen zu besuchen (§ 38 Abs. 1 VSG).

1.2 Wer vorsätzlich oder fahrlässig ein Kind ohne Bewilligung vom Unterricht fernhält, wird mit Ordnungsbusse von Fr. 200.-- bis Fr. 5000.-- bestraft (§ 47 Bst. a VSG). Verwaltungsstrafen sind primär Mittel des Verwaltungszwanges. Sie dienen der Sanktionierung von Verstössen gegen das Verwaltungsrecht und bezwecken damit dessen Durchsetzung. Während das Strafrecht andere Rechtsgüter schützt. Repressive Massnahmen haben den Zweck, Betroffene mittels Druck dazu zu veranlassen, inskünftig ihre verwaltungsrechtlichen Pflichten einzuhalten. Zu den repressiven Massnahmen gehören auch die Ordnungsbussen (vgl. dazu Wegweiser zur Gesetzgebung der Volksschule des Amtes für Volksschule und Sport vom März 2022 [nachfolgend: Wegweiser], S. 81).

C 8.3

1.3 Es besteht eine Funktionsteilung zwischen Entscheidungs- und Vollstreckungsverfahren. Im Entscheidungsverfahren wird über den Bestand oder Nichtbestand öffentlicher Rechte und Pflichten, im Vollstreckungsverfahren über die Art und Weise der Durchsetzung entschieden. Ergebnis des Entscheidungsverfahrens ist die Sachverfügung, jenes des Vollstreckungsverfahrens die Vollstreckungsverfügung. Unter dem Oberbegriff der Vollstreckung wird zwischen Vollstreckungsandrohungen und Vollstreckungsverfügungen unterschieden. Vor der Anordnung einer Vollstreckungsmassnahme wie der Ordnungsbusse muss der Pflichtige unter Ansetzung einer Frist zur Erfüllung aufgefordert werden, wenn nicht Gefahr in Verzug ist. Bevor also zur eigentlichen Vollstreckung geschritten wird, setzt die zuständige Behörde dem Pflichtigen eine angemessene Frist zur freiwilligen Erfüllung seiner in der Sachverfügung genau umschriebenen verwaltungsrechtlichen Pflichten. Zusammen mit dieser Aufforderung zur Erfüllung teilt sie dem Pflichtigen im Sinne einer Androhung auch mit, welche Vollstreckungsmassnahme sie anordnen wird, wenn er seine Verpflichtungen überhaupt nicht oder nicht fristgerecht erfüllt (vgl. Michael Hagenbuch, Kontrolle, Vollstreckung und Vollzug von Verfügungen im Baurecht, in EGV-SZ 1998, S. 179 ff.; S. 206).

1.4 Das Verwaltungsrechtspflegegesetz vom 6. Juni 1974 (VRP, SRSZ 234.110) unterscheidet zwischen selbständigen und unselbständigen Vollstreckungsandrohungen und Vollstreckungsverfügungen (vgl. dazu § 79 Abs. 2 VRP). Die unselbständige Vollstreckungsandrohung oder Vollstreckungsverfügung erfolgt zeitgleich mit der Sachverfügung und ergeht in der Regel zusammen mit der Sachverfügung in einem einzigen Beschluss. Demgegenüber wird die selbstständige Vollstreckungsandrohung oder Vollstreckungsverfügung zeitlich nach der Sachverfügung erlassen (Hagenbuch, a.a.O., S. 206).

1.5 Das in den vorangehenden Erwägungen Gesagte ist grundsätzlich auch im Verwaltungsstrafverfahren nach dem Volksschulgesetz massgebend, da auch für dieses Verfahren das Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege zur Anwendung gelangt (§ 73 Abs. 3 VSG). Der Schulrat hat die Verletzung der Pflichten nach § 47 VSG zu untersuchen und nach Anhörung der Betroffenen einen Entscheid zu fällen. Die Busse ist dabei vorher anzudrohen, denn nur so ist sie als Mittel des Verwaltungszwangs sinnvoll. Die Eltern sollen durch diese Androhung veranlasst werden, zur Vermeidung der Busse ihre Pflichten zu erfüllen (siehe dazu Wegweiser, S. 81).

2. Die Vorinstanz hat mit Verfügung vom 3. Februar 2022 gegenüber den Beschwerdeführern eine Ordnungsbusse in der Höhe von Fr. 3900.-- verfügt. Sie begründet diese Ordnungsbusse mit dem Umstand, dass die

Beschwerdeführer ihren Sohn XY vom 14. Dezember 2021 bis und mit 2. Februar 2022 ohne Bewilligung vom Unterricht ferngehalten haben, da dieser der zu diesem Zeitpunkt geltenden Maskentragepflicht nicht nachkommen wollte. Die Vorinstanz ist der Auffassung, dass die Beschwerdeführer damit den Tatbestand von § 47 Bst. a VSG erfüllt haben. Sie hat deswegen für jeden Tag des unentschuldigten Fernbleibens für XY eine Ordnungsbusse von Fr. 200.-- und damit von insgesamt Fr. 3900.-- verfügt.

2.1 Zwischen den Parteien ist unbestritten, dass den Sohn der Beschwerdeführer eine Schulpflicht trifft. Weiter weist die Vorinstanz zu Recht darauf hin, dass im umstrittenen Zeitraum in allen Innenräumen der Schule und während der Unterrichtszeit eine Maskentragepflicht für erwachsene Personen sowie für Schülerinnen und Schüler ab der 1. Primarklasse gegolten hat (vgl. dazu Schutzkonzepte vom 7. Dezember 2021 sowie vom 19. Januar 2021). Aus den dem Regierungsrat vorliegenden Akten geht ferner hervor, dass die Beschwerdeführer sich aufgrund der Maskentragepflicht weigerten, ihren Sohn XY in den Präsenzunterricht der Primarschule Reichenburg zu schicken. Stattdessen hat er zu Hause seine Hausaufgaben erledigt und sämtliche Prüfungen in der Schule alleine in einem Schul- oder Gruppenzimmer (ohne Maske) erledigt.

2.2 Das Schutzkonzept vom 7. Dezember 2021 bzw. vom 19. Januar 2022 (Ziff. 2.3) sah zur Maskenpflicht der Schüler vor, dass Lernende, die das Maskentragen verweigern, nach Hause zu schicken sind, was als unentschuldigte Absenz gilt. Weiter äusserte das Schutzkonzept vom 19. Januar 2022 (Ziff. 2.3), dass die unentschuldigten Absenzen im Zeugnis festgehalten werden müssen. Der Sohn der Beschwerdeführer weigerte sich die von den kantonalen Schutzkonzepten vom 14. Dezember 2021 bis 2. Februar 2022 geltende Maskenpflicht in der Primarschule zu befolgen. Die Vorinstanz hat deshalb zu Recht festgestellt, dass er für den gesamten Zeitraum unentschuldigte Absenzen aufweist und in diesem Zeitraum seine Schulpflicht verletzt hat.

2.3 Nachdem die Beschwerdeführerin mit Schreiben (E-Mail) vom 13. Dezember 2021 die Schulleitung darüber informiert hat, dass sie ihren Sohn wegen der geltenden Maskentragepflicht zu Hause behalten werde, hat es die Vorinstanz jedoch unterlassen, die Beschwerdeführer auf die Schulpflicht ihres Sohnes inklusive der damals geltenden Maskenpflicht (allenfalls mit der Möglichkeit eines medizinischen Attests) hinzuweisen. Weiter hätte die Vorinstanz in der gleichen Verfügung eine Verwarnung nach § 47 VSG aussprechen und für jede weitere Pflichtverletzung

C 8.3

die Verhängung einer Ordnungsbusse androhen müssen (siehe dazu Beispiel 1 im Wegweiser, S. 81). Eine derartige Sachverfügung inklusive einer unselbständigen Vollstreckungsandrohung hat die Vorinstanz jedoch nicht erlassen. Stattdessen hat die Schulleitung am 13. Dezember 2021 gegenüber dem Sohn der Beschwerdeführer einen Schulausschluss verfügt (vgl. Beilage 5 zur Vernehmlassung der Vorinstanz vom 14. März 2022). An diesen haben sich die Beschwerdeführer gehalten. Wenn nun die Vorinstanz im Nachgang dazu eine Ordnungsbusse wegen vorsätzlichem Fernhalten vom Unterricht verhängt, verhält sie sich widersprüchlich und verletzt den Grundsatz des Vertrauensschutzes (Art. 5 Abs. 3 sowie Art. 9 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 [BV, SR 101]). Kommt hinzu, dass sie ohne die Androhung einer Ordnungsbusse mit Hinweis auf die Schulpflicht keine Ordnungsbusse erlassen darf. In diesem Sinne ist die Beschwerde bereits aus formellen Gründen gutzuheissen und der angefochtene Beschluss ersatzlos aufzuheben.

2.4 Soweit die Vorinstanz der Ansicht ist, dass das Schutzkonzept vom 7. Dezember 2021 bzw. vom 19. Januar 2022 den von ihnen vorgesehenen Schulausschluss bei Weigerung der Einhaltung der Maskentragepflicht vorsieht, versteht sie die Ausführungen in den erwähnten Schutzkonzepten falsch. Es trifft zwar zu, dass diese in Ziff. 2.3 jeweils vorsehen, dass Lernende, die das Maskentragen verweigern, nach Hause zu schicken sind und dies dann als unentschuldigte Absenz im Zeugnis einzutragen ist. Diese Vorgabe dispensiert die Vorinstanz jedoch nicht davon, das Verwaltungsstrafverfahren nach dem Volksschulgesetz einzuhalten. Die Vorinstanz ist trotz dieser Bestimmung im Schutzkonzept verpflichtet, die Eltern nach dem "nach Hause schicken" ihres Kindes auf ihre Pflichten bzw. die Schulpflicht ihres Kindes hinzuweisen und unter Androhung einer Ordnungsbusse sie zur Pflichterfüllung unter Einhaltung der Maskentragepflicht aufzufordern.

(RRB Nr. 397 vom 17. Mai 2022).

10. Raumplanung

10.1 Teilrevision Nutzungsplanung / Kostenverteilung

- *Seilbahnanlagen müssen in einer geeigneten Nutzungszone liegen. Für die Bahnanlagen zwischen den Stationen können u. a. spezielle Nichtbauzonen in Form von Seilbahnkorridoren vorgesehen werden. Diese Pflicht besteht für alle Seilbahnen im Sinne des SebG. Bei der Umsetzung von Seilbahnkorridoren in der kommunalen Nutzungsplanung handelt es sich somit um die Umsetzung von Bundesrecht (Erw. 3-3.5).*
- *Die Vorinstanz kann die Kosten für die Teilrevision der Nutzungsplanung nicht auf die Beschwerdeführerin überwälzen. Planungssachen werden von der Kostenregelung im PBG bewusst nicht erfasst. Die Nutzungsplanung gilt als staatliche Vorleistung, die aus allgemeinen Steuermitteln finanziert wird (Erw. 6-7).*

Aus den Erwägungen:

3. Zunächst stellt sich somit die Frage, ob die vorliegende Teilrevision der Nutzungsplanung betreffend Seilbahnen eine zwingende Umsetzung von bundesrechtlichen Vorgaben des RPG darstellt.

3.1 Das Merkblatt "Nutzungsplanungen bei Seilbahnvorhaben Grundsätze und Beispiele" vom 1. März 2020 des Bundesamtes für Raumentwicklung richtet sich in erster Linie an die kantonalen Fachstellen für Raumentwicklung und die kommunalen Planungsbehörden. Das Ziel besteht darin, Transparenz über die raumplanerischen Anforderungen an die Nutzungsplanung bei Seilbahnvorhaben zu schaffen. Unter das Bundesgesetz über Seilbahnen zur Personenbeförderung vom 23. Juni 2006 (Seilbahngesetz, SebG, SR 743.01) fallen Seilbahnen, die der Personenbeförderung dienen, Standseilbahnen, Skilifte sowie ähnliche Anlagen (Art. 2 Abs. 1 SebG). Gemäss Art. 3 Abs. 3 SebG müssen Seilbahnen so gebaut und betrieben werden, dass sie raumplanungskonform sind. Das SebG kennt aber keine analoge Bestimmung zu Art. 18 Abs. 4 erster Satz des Eisenbahngesetzes vom 20. Dezember 1957 (EBG, SR 742.101), wonach kantonale Bewilligungen und Pläne nicht erforderlich sind. Demnach ist eine Anpassung der kommunalen Nutzungspläne im Kanton Schwyz früher oder später erforderlich. Gemäss dem vorgenannten Merkblatt müssen Neu- und Ersatzanlagen als Voraussetzung für die Plangenehmigung,

C 10.1

die sich nach dem SebG richtet, grundsätzlich in einer geeigneten Nutzungszone liegen, welche diese Nutzung in den Vorschriften zulässt. Für Bahnanlagen zwischen den Stationen (inklusive Stützen) können u. a. nach Art. 18 RPG spezielle Nichtbauzonen in Form von Seilbahnkorridoren vorgesehen werden. Für diesen Weg der Umsetzung der nutzungsplanerischen Anforderungen des Bundes im RPG hat sich Kanton Schwyz entschieden.

3.2 Die Beschwerdeführerin Ziffer 1 ist mithin zumindest im Hinblick auf den Ersatz der Luftseilbahn durch den Neubau einer Zehnergondelbahn auf die Schaffung einer Zone Seilbahntrasse oder eine gleichwertige RPG-konforme Lösung dringend angewiesen, denn die Luftseilbahn soll aus Kostengründen sehr bald ersetzt werden, bevor die Konzession des Bundes 2034 ausläuft.

3.3 Wie aus dem vorgenannten Merkblatt weiter hervorgeht, haben zumindest die Kantone Wallis, Bern und Graubünden die raumplanerischen Vorgaben des Bundes im Zusammenhang mit Seilbahnen bereits umgesetzt, wobei der Kanton Bern offenbar im Wesentlichen die gleiche Umsetzung wie der Kanton Schwyz gewählt hat. Daher stellt sich weiter die Frage, ob der Kanton Schwyz hier zusammen mit den Standortgemeinden der Seilbahnen nicht säumig ist.

3.4 Auch für die kantonal bewilligten Skilifte und Förderbänder besteht nach dem SebG spätestens dann eine zwingende, raumplanerische Pflicht des Bundes zur Schaffung solcher Zonen, wenn sie ersetzt werden müssen. Diese Pflicht besteht für alle Seilbahnen im Sinne des SebG, also auch für die Sessellifte und Förderbänder.

3.5 Als erstes Zwischenergebnis lässt sich somit festhalten, dass es sich vorliegend im Wesentlichen um die zwingende Umsetzung von Bundesrecht (RPG) handelt.

(...).

6. Es stellt sich schliesslich die Frage, auf welcher gesetzlichen Grundlage die Vorinstanz die Kosten auf die Beschwerdeführerinnen überwälzt hat.

6.1 Die Vorinstanz stützt sich bei ihrer Argumentation vor allem auf eine Rechtsauskunft des Amtes für Raumentwicklung (E-Mail vom 6. September 2021). Diese Rechtsauskunft hält dafür, dass die Planungskosten gestützt auf §§ 71 ff. VRP und die Gebührenordnung für die Verwaltung und

die Rechtspflege im Kanton Schwyz vom 20. Januar 1975 (GebO, SRSZ 173.111) auf die Gesuchsteller überwältzt werden könnten. Im Übrigen wird unter Hinweis auf § 89 Abs. 2 PBG allgemein auf allfällige kommunale Gebührenreglemente verwiesen.

6.2 Die Kostenregelung von § 71 ff. VRP findet bei Planungssachen nur insoweit Anwendung, als es zu Beschwerden vor Regierungsrat oder Verwaltungsgericht kommt, d.h. im eigentlichen Rechtsmittelverfahren. Jedermann kann während der Auflagefrist beim Gemeinderat gegen den Entwurf (des Zonenplanes) schriftlich Einsprache erheben (§ 25 Abs. 3 Satz 1 PBG). Der Gemeinderat entscheidet über die Einsprachen (§ 26 Abs. 1 PBG). Für das Einspracheverfahren in Planungssachen gilt die Kostenregelung von § 71 ff. VRP gerade nicht (vgl. § 66 VRP). Mithin kann für die Stadien vor dem Rechtsmittelverfahren in Planungssachen die erwähnte Kostenregelung nicht als gesetzliche Grundlage herangezogen werden. Demgegenüber bestimmt jedoch die GebO was folgt: Die Gebühr trägt, wer eine öffentliche Sache oder Anstalt beansprucht oder eine Amtshandlung veranlasst hat (§ 5 Abs. 1 GebO). Nach § 1 GebO ist diese auch für die Verwaltung der Bezirke und Gemeinden anwendbar. Somit käme § 5 Abs. 1 GebO, welche das Verursacherprinzip statuiert, als mögliche gesetzliche Grundlage für die Überbindung von maximal rund der Hälfte der angefallenen Planungskosten auf die Beschwerdeführerinnen grundsätzlich in Frage.

6.3 Nach § 89 Abs. 1 PBG erhebt die Bewilligungsbehörde für die Behandlung von Bau- und Vorentscheidgesuchen Gebühren nach der Gebührenordnung für die Verwaltung und die Rechtspflege im Kanton Schwyz. Der Wortlaut dieser Bestimmung bezieht sich allerdings ausdrücklich nur auf Bau- und nicht auch auf Planungssachen. Der klare Wortlaut dieser Bestimmung bedarf grundsätzlich keiner weiteren Auslegung. Aus den Gesetzesmaterialien, d.h. aus RRB Nr. 559 vom 27. März 1984 (Erlass eines Bau- und Planungsgesetzes: Bericht und Vorlage an den Kantonsrat), den zahlreichen Kommissionsprotokollen, RRB Nr. 2113 vom 19. Dezember 1984 (Bau- und Planungsgesetz: Stellungnahme des Regierungsrates zur den Ergebnissen der ersten Lesung der kantonsrätlichen Kommission) sowie RRB Nr. 1329 vom 27. August 1985 (Planungs- und Baugesetz: Ergebnisse der Kommissionsberatungen) lassen sich zu dieser Frage keine weiteren Anhaltspunkte entnehmen, dass Planungssachen ebenfalls gemeint gewesen wären. Die Gebührenregelung gab, soweit ersichtlich, auch zu keinerlei Diskussionen Anlass und war politisch völlig unumstritten. Es kann von daher nicht davon ausgegangen werden, dass der Wortlaut der Bestimmung irrtümlich zu eng gefasst worden wäre. Planungssa-

C 10.1

chen wurden von der Kostenregelung des PBG offenbar bewusst nicht erfasst, und zwar auch in Bezug auf projektbezogene Nutzungsplanänderungen. Demnach betrachtete der Gesetzgeber die Nutzungsplanung als staatliche Vorleistung (im Verhältnis zum Baubewilligungsverfahren), die aus allgemeinen Steuermitteln finanziert wird. Von einer Gesetzeslücke, d.h. von einer planwidrigen Unvollständigkeit des PBG (vgl. Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Auflage, Zürich/St. Gallen 2020, N 213), welche die Rechtsmittelinstanzen beheben müssten, ist hier ebenfalls nicht auszugehen, und zwar aus mehreren Gründen: Erstens wurde für das Baubewilligungsverfahren mit § 89 Abs. 1 PBG eine explizite gesetzliche Grundlage geschaffen, um Gebühren zu erheben, obwohl es sich letztlich um ein Verwaltungsgebühr handelt. Mit anderen Worten wäre das Argument der Vorinstanz nur dann valide, wenn es auch für das Baubewilligungsverfahren keine ausdrückliche gesetzliche Grundlage im PBG gäbe und die Baubewilligungsgebühren praxisgemäss gestützt auf § 5 Abs. 1 GebO erhoben würden. Zweitens ist im Abgaberecht eine Lückenfüllung (zumindest was Steuern und Kausalabgaben anbelangt) zur Einführung neuer Abgaben gar nicht möglich, da für deren Erhebung eine explizite gesetzliche Grundlage erforderlich ist (vgl. Klaus A. Vallender/René Wiederkehr in: Bernhard Ehrenzeller/Rainer J. Schweizer/Benjamin Schindler/Klaus A. Vallender [Hrsg.], Die Schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. Auflage, Zürich/St. Gallen 2014, N 5 zu Art. 127 BV). Zwar handelt sich vorliegend um eine Verwaltungsgebühr. Aber diese Gebühr beläuft sich immerhin auf die beträchtliche Höhe von Fr. 43 000.--. Auch dieser Umstand rechtfertigt es, eine explizite gesetzliche Grundlage zu verlangen, wenn bei derartigen Teilrevisionen der Nutzungsplanung tatsächlich Kosten vom Gesuchsteller erhoben werden sollen. Zu bedenken ist weiter, dass projektbezogene Teilrevisionen, bei welchen die anfallenden Kosten einem oder mehreren Gesuchstellern zugeordnet werden können, nicht häufig sind und dass damit – wie hier – auch neue Abgrenzungsprobleme entstehen können – nämlich in dem Sinn, ob es sich nun wirklich um eine projektbezogene Nutzungsplanänderung oder doch um eine Umsetzung von Bundesrecht handelt. Der Normalfall der Nutzungsplanrevision ist dadurch gekennzeichnet, dass er – im Gegensatz zum Baubewilligungsverfahren – nicht einem einzelnen Gesuchsteller kostenmässig zugeordnet werden kann. Den Beschwerdeführerinnen ist daher zuzustimmen, dass es im PBG an einer gesetzlichen Grundlage für die Kostenüberbindung in Planungs-sachen fehlt. Deshalb kann das Verursacherprinzip gemäss § 5 GebO vorliegend keine Anwendung finden und den Beschwerdeführerinnen können für die Teilrevision der Nutzungsplanung auch keine Kosten überbunden werden.

7. Als Ergebnis lässt sich demnach festhalten, dass die Kosten von Fr. 41 000.-- bzw. Fr. 43 000.-- für die Teilrevision der Nutzungsplanung vollumfänglich von der Gemeinde zu tragen sind. Jede Ausgabe setzt eine Rechtsgrundlage, einen Voranschlagskredit und eine Ausgabenbewilligung voraus (§ 17 des Finanzhaushaltsgesetzes für die Bezirke und Gemeinden vom 30. Mai 2018 [FHG-BG, SRSZ 153.100]). Gemäss § 15 Abs. 1 Satz 1 PBG sind die Gemeinden verpflichtet, Zonenpläne und Erschliessungspläne samt den zugehörigen Vorschriften zu erlassen. Es trifft sie eine Planungspflicht gemäss § 2 Abs. 1 PBG bei der Umsetzung des RPG, welches für Seilbahnen eine raumplanungskonforme Lösung verlangt. Es gibt also eine gesetzliche Grundlage für Planungsausgaben in diesem Bereich. An der Budgetgemeindeversammlung wurde von den Stimmbürgern zwischenzeitlich auch ein Kredit von Fr. 41 000.-- für diese Revision der Nutzungsplanung ins Budget des Jahres 2022 aufgenommen, was zeigt, dass das Vorhaben politische Rückendeckung genießt. Somit liegt auch ein Voranschlagskredit vor. Mit der gesetzlichen Grundlage und dem Voranschlagskredit stellt sich noch die Frage nach der Ausgabenbewilligung. Darauf könnte sowohl bei gebundenen Ausgaben nach § 19 Bst. a FHG-BG als auch bei neuen Ausgaben im Rahmen des vorliegenden Betrags nach § 19 Bst. c FHG-BG verzichtet werden, sodass vorliegend keine Ausgabenbewilligung erforderlich ist. Die Frage, was ohne Voranschlagskredit zu geschehen hätte, kann an dieser Stelle offengelassen werden. (RRB Nr. 402 vom 17. Mai 2022).

16. Verwaltungsverfahren

16.1 Akteneinsichtsrecht

- *Einsichtsrecht in ein Gutachten der Eidgenössischen Natur- und Heimatschutzkommission (siehe EGV-SZ 2022, C 2.6).*

16.2 Ausstandsgesuch

- *Kostenverteilung bei der Beurteilung eines Ausstandsgesuches (siehe EGV-SZ 2022, C 2.8).*

18. Ausländerrecht

18.1 Nichtverlängerung der Aufenthaltsbewilligung (Drittstaaten) und Wegweisung

- Die Anmeldung für einen Sprachkurs stellt keinen tauglichen Nachweis für die verlangten Sprachkompetenzen dar (Erw. 4-4.6).

Aus den Erwägungen:

4. Vorliegend ist unbestritten, dass der Beschwerdeführer bis heute keinen Nachweis über seine mündlichen Sprachkompetenzen für die an seinem Wohnort gesprochene deutsche Landessprache aufgelegt hat. Weiter macht der Beschwerdeführer auch keinen wichtigen Grund für eine Ausnahme in der Form einer wesentlichen Beeinträchtigung der Fähigkeit zum Spracherwerb i.S.v. Art. 49a AIG geltend.

4.1 Der Beschwerdeführer bringt vor, dass er für den in der Türkei absolvierten Deutschkurs keine Bestätigung erhalten habe, weil der Kurs nicht vollständig durchgeführt worden sei. Spätere Deutschkurse seien wegen der Corona-Pandemie verschoben worden. Während seines bisherigen Aufenthalts in der Schweiz hätten ihn die Suche nach einer Arbeitsstelle bzw. seine Bemühungen um eine berufliche Integration zeitlich vollständig ausgelastet, weshalb er keine Möglichkeit zum Besuch eines Sprachkurses gehabt hätte. Zwischenzeitlich sei er für einen Deutschkurs des Niveaus A1 bei der Klubschule Migros in Winterthur angemeldet.

4.2 Aus dem angeblichen Besuch eines Deutschkurses in der Türkei kann der Beschwerdeführer von vornherein nichts zu seinen Gunsten ableiten, da dieser Kurs nach eigenen Angaben nicht abgeschlossen wurde und der Beschwerdeführer auch keine Unterlagen über besuchte Lektionen, Prüfungserfolge oder dergleichen vorlegen kann. Der simple Verweis auf die Corona-Pandemie stellt für sich kein entschuldbares Hindernis zum Besuch eines Deutsch-Sprachkurses dar. Gemäss Abklärungen des instruierenden Rechts- und Beschwerdedienstes bei der Migros Klubschule Rapperswil in einem früheren Verfahren hat die Migros Klubschule Rapperswil aufgrund der Corona-Pandemie im Jahr 2020 lediglich im Zeitfenster vom März bis Juni 2020 keine Deutsch-Sprachkurse angeboten. Zudem geht aus den Unterlagen der Migros Klubschule Rapperswil hervor, dass alle Sprachkurse (abgesehen von den Intensivkursen) ab bzw. nach

18.00 Uhr oder am Wochenende angeboten werden (vgl. RRB Nr. 569 vom 24. August 2021, E. 5.1). Ergänzend ist anzumerken, dass es diverse andere Anbieter von Deutsch-Sprachkursen am Abend oder ausserhalb der Arbeitszeiten gibt, wie beispielsweise das Kompetenzzentrum für Integration im Kanton Schwyz mit einem Kursstandort in Siebnen oder die Asyl-Organisation Zürich (AOZ) mit einem Kursstandort in Lachen. Schliesslich hätte der Beschwerdeführer immerhin ein Online-Angebot für einen Sprachkurs in Anspruch nehmen können, wodurch zumindest sein Wille zum Erlernen der deutschen Sprache ersichtlich wäre – was indessen für die geforderten Sprachkenntnisse nach Art. 43 Abs. 1 Bst. d AIG freilich nicht genügt. Vor diesem Hintergrund wäre es dem Beschwerdeführer trotz Corona-Pandemie und auch neben seiner Stellensuche sowie Arbeitstätigkeit ohne weiteres möglich und zumutbar gewesen, einen Deutsch-Sprachkurs – oder zumindest erste Module hiervon – zu absolvieren. Er hatte hierfür seit seiner Einreise in die Schweiz am 27. November 2020 bis zum Auslaufen seiner Aufenthaltsbewilligung am 26. November 2021 ausreichend Zeit und Möglichkeiten.

4.3 Der Beschwerdeführer verkennt sodann, dass für eine Verlängerung seiner Aufenthaltsbewilligung bzw. die hierfür geforderten Sprachkenntnisse die Anmeldung für einen Sprachkurs nicht ausreicht. Vielmehr muss der Ehegatte einer Person mit Niederlassungsbewilligung für die Verlängerung seiner Aufenthaltsbewilligung zwingend mit einem Sprachdiplom nachweisen, dass er in der am Wohnort gesprochenen Landessprache über mündliche Sprachkompetenzen mindestens auf dem Referenzniveau A1 des Referenzrahmens verfügt (Art. 73a Abs. 2 VZAE). Die von Art. 43 Abs. 1 Bst. d AIG verlangte Verständigungsmöglichkeit in der Landessprache bildet dabei eine zwingend zu erfüllende Anspruchsvoraussetzung für die Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung nach Art. 43 AIG. Die gesetzlich ermöglichte Erleichterung, wonach die Anmeldung zu einem Sprachförderungsangebot ausreicht, kann nach dem klaren Wortlaut von Art. 43 Abs. 2 AIG und Art. 73a Abs. 2 VZAE lediglich bei der (erstmaligen) Erteilung der Aufenthaltsbewilligung beansprucht werden, indessen nicht bei der Verlängerung derselben.

4.4 Folgerichtig stellt die vom Beschwerdeführer neu aufgelegte Anmeldebestätigung der Klubschule Migros Winterthur vom 20. Dezember 2021 für den Kurs Deutsch Plus, AnfängerNiveau A1 (1/3) – Semi-Intensiv, dauernd vom 8. Februar bis 24. Mai 2022 keinen tauglichen Nachweis für die verlangten Sprachkompetenzen dar. Im Übrigen handelt sich bei diesem Kurs erst um eines von drei notwendigen Kursmodulen zur Erlangung des Referenzniveaus A1. Soweit der Beschwerdeführer vorträgt, die Not-

C 18.1

wendigkeit eines Sprachzertifikats sei ihm – mangels einer Rechtsberatung – nicht bewusst gewesen, kann ihm nicht gefolgt werden. Die Vorinstanz hatte vor Erteilung der Aufenthaltsbewilligung im rechtlichen Gehör vom 17. August 2020 darauf hingewiesen, dass beim Beschwerdeführer der notwendige Nachweis der Sprachkompetenz durch ein Sprachdiplom noch ausstehend und folglich nachzureichen ist. Indessen wäre der Beschwerdeführer auch ohne einen einschlägigen Hinweis der Migrationsbehörden selber dafür verantwortlich, die notwendigen Voraussetzungen für die Verlängerung seiner Aufenthaltsbewilligung von sich aus zu erfüllen. Von ausländischen Personen wird erwartet, dass sie sich selbstständig sowie frühzeitig und ausreichend mit den für sie relevanten migrationsrechtlichen Bestimmungen auseinandersetzen und jederzeit bzw. fristgerecht einhalten.

4.5 An der strikten Einhaltung der Anforderungen nach Art. 43 Abs. 1 AIG besteht ein erhebliches öffentliches Interesse. Dieses manifestiert sich vorliegend primär in der Durchsetzung der objektiven Rechtsordnung und der Realisierung der restriktiven Migrationspolitik, was letztlich die Integrationsmöglichkeiten derjenigen Ausländer begünstigt, die gewillt sind, die geltenden Anforderungen einhalten. Entsprechend erweist sich die Massnahme der Nichtverlängerung der Aufenthaltsbewilligung des Beschwerdeführers nicht nur als geeignet, sondern auch als notwendig, um den gesetzlich klar ausformulierten Anforderungen für die Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung zum Durchbruch zu verhelfen. Eine ermessensweise Abweichung von den geforderten Nachweisen der Sprachkompetenz wäre lediglich dann in Betracht zu ziehen, wenn die Einreichung des hierfür notwendigen Sprachdiploms in naher Zukunft gesichert scheint. Hiervon ist indessen nur auszugehen, wenn bereits ein Prüfungstermin für einen Sprachtest auf der Niveaustufe A1 oder zumindest eine erfolgsversprechende Anmeldung für den Prüfungstermin vorliegt. Beides trifft auf den Beschwerdeführer klar nicht zu. Trotz seines einjährigen Aufenthalts in der Schweiz kann er keinerlei Bemühungen zum Erwerb der deutschen Sprache nachweisen. Entsprechend kommt – entgegen den Ausführungen des Beschwerdeführers – vorliegend eine ermessensweise Verlängerung seiner Aufenthaltsbewilligung bzw. eine mildere Massnahme i.S.v. Art. 96 AIG nicht in Betracht.

4.6 An den obenstehenden Ausführungen ändert nichts, dass durch ein mögliches Erwerbseinkommen des Beschwerdeführers die Ehefrau zukünftig nicht mehr auf Ergänzungsleistungen angewiesen wäre. In seiner bisherigen kurzen Anwesenheit in der Schweiz hat der Beschwerdeführer bereits mehrmals seine Stelle gewechselt bzw. verloren. Dies dürfte mit-

unter auf seine fehlenden Sprachkenntnisse zurückzuführen sein. Jedenfalls kann beim Beschwerdeführer nicht von einer beruflichen Integration gesprochen werden, weshalb sein zukünftiges Einkommen keineswegs als gesichert zu betrachten ist.

(RRB Nr. 137 vom 15. Februar 2022).

18.2 Widerruf der Niederlassungsbewilligung und Wegweisung

- Im Strafbefehlsverfahren kann keine Landesverweisung ausgesprochen werden. Bei einer Verurteilung mittels Strafbefehl kann somit auch keine Gesamtwürdigung der Landesverweisung stattfinden, die von den Migrationsbehörden zu beachten wäre (Erw. 3-3.2.3).

Aus den Erwägungen:

3. Die Niederlassungsbewilligung kann namentlich widerrufen werden, wenn die Ausländerin oder der Ausländer in schwerwiegender Weise gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung in der Schweiz oder im Ausland verstossen hat oder diese gefährdet oder die innere oder die äussere Sicherheit gefährdet (Art. 63 Abs. 1 Bst. b AIG). Einen Verstoss gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung begeht insbesondere, wer gesetzliche Bestimmungen und behördliche Verfügungen missachtet oder mutwillig öffentlich- oder privatrechtliche Verpflichtungen nicht erfüllt (vgl. Art. 77a Abs. 1 Bst. a und b der Verordnung über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit vom 24. Oktober 2007 [VZAE, SR 142.201]).

3.1 Der Beschwerdeführer rügt zunächst die ausstehende Rechtskraft des Strafbefehls vom 5. August 2019 der Staatsanwaltschaft Limmattal/Albis. Die Vorinstanz hat in der Folge die Bescheinigung der Staatsanwaltschaft Limmattal/Albis ediert, wonach deren Strafbefehl vom 5. August 2019 zwischenzeitlich rückwirkend in Rechtskraft erwachsen ist. Die Verurteilung vom 5. August 2019 ist folglich für die Prüfung des Widerrufs heranzuziehen.

3.2 Der Beschwerdeführer trägt weiter vor, im Strafbefehl der Staatsanwaltschaft des Kantons Schwyz vom 8. Juli 2021 und der dortigen Verurteilung wegen mehrfacher Hehlerei und versuchter Hehlerei sei eine (fakultative) Landesverweisung explizit geprüft worden. Gestützt auf Art. 63 Abs. 3 AIG könne diese Verurteilung daher nicht für den Widerruf der Niederlassungsbewilligung herangezogen werden. Diesen Ausführungen kann nicht gefolgt werden.

C 18.2

3.2.1 Unzulässig ist ein Widerruf, der nur damit begründet wird, dass ein Delikt begangen wurde, für das ein Strafgericht bereits eine Strafe oder Massnahme verhängt, jedoch von einer Landesverweisung abgesehen hat (Art. 63 Abs. 3 AIG). Das Schweizerische Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (StGB, SR 311.0) kennt als mögliche Massnahmen unter anderem die obligatorische Landesverweisung nach Art. 66a StGB und die nicht obligatorische Landesverweisung nach Art. 66a^{bis} StGB.

3.2.2 Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts entfällt die Kompetenz der Migrationsbehörden zum Widerruf der Niederlassungsbewilligung lediglich dann, wenn ein Strafgericht in einem Urteil für seit dem 1. Oktober 2016 begangene Taten in Anwendung von Art. 66a Abs. 2 StGB aufgrund eines Härtefalls von der obligatorischen Landesverweisung abgesehen hat und dabei im Rahmen einer Gesamtwürdigung auch die vor diesem Datum begangenen Delikte einbezogen hat. Die Migrationsbehörden bleiben indessen zuständig, wenn im Rahmen von Verurteilungen für ab dem 1. Oktober 2016 begangene Delikte eine Landesverweisung gar nicht geprüft wurde und demzufolge auch keine Härtefall-Gesamtwürdigung erfolgte (BGE 146 II 1 E. 2).

3.2.3 Bei einer Verurteilung, welche auf dem Wege des Strafbefehls ergeht, kann sodann ohnehin keine Landesverweisung erfolgen (vgl. Art. 352 Abs. 2 der Schweizerischen Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007 [Strafprozessordnung, StPO, SR 312.0] e contrario; vgl. BGer Urteile 2C/945/2019 vom 15. Januar 2020, E. 2.2.1 mit Hinweisen). Daher kann bei einer Verurteilung via Strafbefehl auch keine Gesamtwürdigung der Landesverweisung stattfinden, welche von den Migrationsbehörden zu beachten wäre. Eine Verurteilung durch einen Strafbefehl kann daher stets im Rahmen der umfassenden Prüfung des Widerrufs oder der Nichtverlängerung der Bewilligung durch die Migrationsbehörden berücksichtigt werden (vgl. Ziff. 8.4.2.3 der Weisungen und Erläuterungen des SEM zum Ausländerrecht, Weisungen AIG, Stand: Juli 2021). Hieran ändert nichts, dass der Beschwerdeführer im Rahmen der Einvernahme mit seiner bisherigen strafrechtlichen Karriere konfrontiert und dabei auf die nicht obligatorische Landesverweisung aufgrund der begangenen Straftaten (mehrfache Hehlerei und versuchte Hehlerei) angesprochen wurde. Auch die Verurteilung mittels Strafbefehl vom 8. Juli 2021 ist bei der Prüfung des Widerrufs zu berücksichtigen.

(RRB Nr. 786 vom 18. Oktober 2022).

18.3 Androhung des Widerrufs der Niederlassungsbewilligung / Dualismusverbot

- *Ein strafrechtliches Urteil, in welchem auf die Landesverweisung verzichtet wurde, hindert die Migrationsbehörde nicht daran, eine migrationsrechtliche Verwarnung auszusprechen. Ein derartiges Vorgehen widerspricht dem Dualismusverbot nicht (Erw. 3-3.3.7).*

Aus den Erwägungen:

3. Vorliegend ist unbestritten, dass der Beschwerdeführer vom Kantonsgericht Schwyz mit Urteil vom 18. Mai 2021 zu einer längerfristigen Freiheitsstrafe verurteilt wurde. Ebenfalls ist unbestritten, dass das erstinstanzliche Strafgericht explizit von einer Landesverweisung abgesehen hat (vgl. Urteil des Strafgericht Schwyz vom 28. Mai 2020, S. 16), was im Berufungsverfahren unangefochten blieb. Sodann bringt die Vorinstanz nicht vor, dass beim Beschwerdeführer zum aktuellen Zeitpunkt Integrationsdefizite ersichtlich seien, welche eine Rückstufung rechtfertigen würden.

3.1 Damit ist vorliegend die Frage zu prüfen, ob die Migrationsbehörde mittels Verwarnung den Widerruf der Niederlassungsbewilligung androhen darf, wenn das Strafgericht in seinem vorausgehenden Urteil in einer Gesamtwürdigung der Lebensumstände von einer Landesverweisung abgesehen hat (sog. Dualismusverbot).
(...).

3.3 Der Beschwerdeführer hat seinerseits zutreffend auf die Erläuterungen des SEM in dessen Weisungen zum Dualismusverbot hingewiesen. Das SEM führt im Zusammenhang mit dem Dualismusverbot und einem vorausgehenden Verzicht auf eine strafrechtliche Landesverweisung aus, dass eine Verwarnung unter den Bedingungen von Art. 96 Abs. 2 AIG weiterhin möglich sei, sofern diese nicht einzig durch die strafrechtliche Verurteilung (Gegenstand des Urteils, bei dem auf eine strafrechtliche Landesverweisung verzichtet wird) begründet sei. Lügen hingegen andere Gründe vor, sei die strafrechtliche Verurteilung im Rahmen der Prüfung der Verwarnung zu berücksichtigen (vgl. Ziff. 8.4.2.3 Weisungen AIG).

3.3.1 Die Verwaltungsjustizbehörden sind indessen bei ihrer Gesetzesauslegung nicht an die Vorgaben des SEM gebunden (vgl. BGE 141 II 103 E. 3.5). Als verwaltungsinterne Weisungen kommt diesen keine Gesetzeskraft zu; die Weisungen können zwar im Einzelfall eine einheitliche und

C 18.3

rechtsgleiche Praxis fördern, es muss jedoch unabhängig von ihnen geklärt werden, wie die betroffene gesetzliche Regelung auszulegen ist (vgl. BGE 146 I 83 E. 4.5; 119 Ib 33 E. 3a).

3.3.2 Das Dualismusverbot wurde im Rahmen der Änderungen des Schweizerischen Strafgesetzbuches vom 21. Dezember 1937 (StGB, SR 311.0) und des Militärstrafgesetzes vom 13. Juni 1927 (MStG, SR 321.0) zur Umsetzung von Art. 121 Abs. 3 – 6 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101) über die Ausschaffung krimineller Ausländerinnen und Ausländer per 1. Oktober 2016 in Art. 63 Abs. 3 AIG eingefügt. Gemäss den Voten in der Vernehmlassung habe sich in der Praxis immer wieder bestätigt, dass sich die Verwarnung positiv auf die Entwicklung straffälliger Personen auswirken könne. Deshalb solle beim Verzicht der Strafbehörden auf eine (mögliche) Landesverweisung weiterhin eine Verwarnung durch die Migrationsbehörden möglich sein (vgl. Vernehmlassungsbericht vom 19. November 2012, S. 31). Dem wurde entgegengehalten, dass ein Gerichtsverfahren, in dem eine Strafe verhängt und eine Landesverweisung geprüft werde, Verwarnung genug sei (vgl. Botschaft vom 26. Juni 2013, BBl 2013 5975 ff.). Die konkrete Regelung dieser Frage hat der Gesetzgeber schliesslich offengelassen.

3.3.3 Gesetzeszweck der migrationsrechtlichen Verwarnung ist primär, den Ausländer oder die Ausländerin darauf hinzuweisen, dass ihre Aufenthaltsrechte gefährdet sind, sollte sich ihr bisheriges Verhalten in der Zukunft wiederholen (vgl. BGer Urteil 2C_114/2012 vom 26. März 2013, E. 3.2). Dies gilt auch dann, wenn es sich bei der vorgeworfenen Handlung um ein erstmaliges strafrechtliches Ereignis handelt und nicht von einer Wiederholungsgefahr auszugehen ist, wie dies vorliegend beim Beschwerdeführer der Fall ist. Eine allfällige erneute Straffälligkeit kann auch bei untergeordneten Delikten bei einer gewissen Regelmässigkeit auf ein Integrationsdefizit i.S.v. Art. 63 Abs. 2 AIG oder auf eine Gefährdung der inneren oder äusseren Sicherheit i.S.v. Art. 63 Abs. 1 Bst. b AIG hinweisen (vgl. BGer Urteil 2C_667/2020 vom 19. Oktober 2021, E. 4.3.4). Namentlich Staatsangehörige aus EU-/EFTA-Staaten, welche durch das Freizügigkeitsabkommen über einen privilegierten Aufenthaltsstatus verfügen, dürften sich diesem Umstand nicht ohne Weiteres bewusst sein. Es erscheint zumindest fraglich, ob einem betroffenen Ausländer oder einer betroffenen Ausländerin die migrationsrechtliche Tragweite eines strafrechtlichen Urteils, in welchem auf eine Landesverweisung verzichtet wurde, ausreichend verständlich wird. Im Vergleich zur umfangreichen und komplexen strafrechtlichen Thematik und der drohenden längerfristigen Frei-

heitsstrafe dürften die abschliessenden Erwägungen zur Landesverweisung in der Regel für den betroffenen Ausländer oder die betroffene Ausländerin nicht im Vordergrund stehen.

3.3.4 Sodann hat die Androhung des Widerrufs der Niederlassungsbewilligung mit Wegweisung keine unmittelbare Auswirkung auf den Aufenthaltstitel des Ausländers. Die Verwarnung führt weder direkt noch indirekt zu einer Aufenthaltsbeendigung. Eine allfällige künftige Nichtverlängerung der Niederlassungsbewilligung (oder der Aufenthaltsbewilligung nach erfolgter Rückstufung) ist dannzumal umfassend auf ihre Verhältnismässigkeit zu prüfen. Der Verwarnung und Androhung des Widerrufs der Niederlassungsbewilligung kommt folglich keine Vorwirkung für zukünftige migrationsrechtliche Massnahmen zu. Schliesslich können sowohl der Widerruf wie die Rückstufung eigenständig mittels Verwarnung angedroht werden. Insgesamt ist der Verwarnung i.S.v. Art. 96 Abs. 2 AIG analog dem Verständnis von Widerruf und Rückstufung (vgl. vorstehende E. 3.2.1) eine unabhängige Bedeutung zuzurechnen.

3.3.5 Weiter gilt es zu beachten, dass die Strafgerichte "nur" eine Landesverweisung aussprechen oder auf eine solche verzichten können. Die Strafverfolgungsbehörden können jedoch keine migrationsrechtliche Verwarnung aussprechen. Eine migrationsrechtliche Verwarnung stellt – wie beim Aufenthaltstitel (vgl. vorstehende E. 3.3.4) – auch in diesem Punkt kein Zurückkommen auf den strafrechtlichen Entscheid dar, mit welchem dem oder der Betroffenen der weitere Verbleib in der Schweiz gestattet wurde. Der migrationsrechtliche Handlungsspielraum würde ohne koordinationsrechtliche Notwendigkeit beschnitten, wenn ein Strafurteil, in dem das Gericht von einer Landesverweisung abgesehen hat, einer migrationsrechtlichen Verwarnung entgegensteht. Andernfalls könnten Personen mit untergeordneten Delikten mittels Verwarnung und Androhung des Widerrufs auf die Gefährdung ihres Aufenthaltstitels hingewiesen werden, nicht jedoch Ausländerinnen oder Ausländer, gegen die eine längerfristige Freiheitsstrafe ausgesprochen wurde. Eine solche Beschränkung kann nicht Sinn und Zweck der migrationsrechtlichen Verwarnung i.S.v. Art. 96 Abs. 2 AIG und des Dualismusverbots sein. Die Androhung des Widerrufs der Niederlassungsbewilligung soll den Migrationsbehörden die Möglichkeit geben, niedergelassene Personen an ihre Pflicht zu gesetzestreuem Verhalten zu erinnern.

3.3.6 Der Beschwerdeführer bringt schliesslich vor, Art. 96 Abs. 2 AIG setze gemäss Wortlaut voraus, dass die angedrohte Massnahme "begründet" sei. Dies bedeute, dass die Massnahme im Zeitpunkt der Androhung

C 18.3

"rechtlich zulässig" sein müsse, jedoch aus Gründen der Verhältnismässigkeit auf diese Massnahme verzichtet werde. Dieser Auslegung kann nicht gefolgt werden, denn sie vermischt das Prinzip der Verhältnismässigkeit staatlicher Massnahmen (vgl. Art. 96 Abs. 2 AIG) mit dem Grundsatz der Ermessensausübung bzw. "Angemessenheit" bei Verwaltungshandlungen (vgl. Art. 96 Abs. 1 AIG). Nach dem Verhältnismässigkeitsprinzip soll die Androhung einer Massnahme in einem Zeitpunkt ergehen, wenn die Androhung der Massnahme selber noch nicht verhältnismässig ist, sich aber abzeichnet, dass diese Voraussetzung erfüllt sein wird, wenn die betroffene Person ihr Verhalten nicht ändert (vgl. zum Ganzen: Benjamin Schindler, in: Martina Caroni/Thomas Gächter/Daniela Thurnherr [Hrsg.], Stämpfli Handkommentar zum Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer [AuG], Bern 2010, Art. 96 N 19 ff.). Sollte eine Ausländerin oder ein Ausländer nach einer strafrechtlichen Verurteilung, in welchem auf eine Landesverweisung verzichtet wurde, erneut in vergleichbarer Weise oder durch untergeordnete Delikte mit gewisser Regelmässigkeit straffällig werden, kann ein solches Verhalten ohne weiteres die Voraussetzungen für den Widerruf der Niederlassungsbewilligung erfüllen. Entsprechend liegt es im Sinne des Verhältnismässigkeitsprinzips, den betroffenen Ausländer oder die betroffene Ausländerin mittels Verwarnung auf die mögliche und drohende Massnahme des Widerrufs der Niederlassungsbewilligung aufmerksam zu machen, bevor dessen Voraussetzungen vollständig erfüllt sind.

3.3.7 Im Sinne der vorstehenden Ausführungen ergibt sich, dass ein strafrechtliches Urteil, in welchem auf die Landesverweisung verzichtet wurde, die Migrationsbehörde nicht daran hindert, eine migrationsrechtliche Verwarnung auszusprechen. Dies gilt neben der Androhung der Rückstufung auch für die Androhung des Widerrufs der Niederlassungsbewilligung. Entgegen den Weisungen des SEM zum AIG (vgl. Ziff. 8.4.2.3 Weisungen AIG) bedarf es für die Verwarnung neben der strafrechtlichen Verurteilung (in welchem auf die Landesverweisung verzichtet wurde) keiner zusätzlichen Gründe, denn in der Androhung des Widerrufs der Niederlassungsbewilligung ist keine unzulässige Umgehung des Dualismusverbots zu erkennen.

(RRB Nr. 828 vom 2. November 2022).

D Aufsatz

Der Verweis, die Abmahnung und die Verwarnung im Personalrecht des Kantons Schwyz

RA Dr. iur. HSG Heribert Trachsel, M.B.L.-HSG, Nuolen / RA MLaw Diana Gisi, Pfäffikon

Inhalt

1. Einleitung
2. Als Einstieg: Ein kurzer, rechtsvergleichender Blick in den Kanton Schwyz und über die Kantonsgrenzen hinaus
 - 2.1 Verweis, Abmahnung und Verwarnung im Kanton Schwyz
 - 2.2 Die Verwarnung und die Mahnung im Personalrecht des Bundes
 - 2.3 Der Verweis und die Mahnung im Personalrecht des Kantons Zürich
 - 2.4 Der Verweis und die Rüge im Personalrecht des Kantons Uri
 - 2.5 Der Verweis und die Ermahnung im Personalrecht des Kantons Bern
 - 2.6 Der Verweis und die Ermahnung im Personalrecht des Kantons Basel-Stadt
 - 2.7 Fazit
3. Der Verweis im Personalrecht des Kantons Schwyz
 - 3.1 Rechtliche Grundlagen des Verweises
 - 3.2 Verantwortlichkeit der Mitarbeiter und rechtliche Einordnung des Verweises
 - 3.2.1 Die strafrechtliche Verantwortlichkeit
 - 3.2.2 Die vermögensrechtliche Verantwortlichkeit
 - 3.2.3 Die disziplinarische Verantwortlichkeit
 - 3.2.3.1 Entwicklungen im Disziplinarrecht
 - 3.2.3.2 Die disziplinarische Verantwortlichkeit gemäss StHG
 - 3.2.3.3 Die disziplinarische Verantwortlichkeit gemäss PG, PGL und Weisungen zur Weiterbildung der Volksschullehrpersonen
 - 3.3 Wesen, Funktionen und Zweck des Verweises
 - 3.4 Die Rechtsnatur des Verweises
 - 3.4.1 Gemäss Lehre und Rechtsprechung
 - 3.4.2 Gemäss Personalrecht des Bundes sowie der Kantone Zürich, Bern und Basel-Stadt
 - 3.4.3 Gemäss Personalrecht des Kantons Schwyz

D

- 3.5 Die Voraussetzungen des Verweises
 - 3.5.1 Die Arbeitspflichtverletzung
 - 3.5.2 Verschulden des Mitarbeiters
 - 3.5.3 Die Verhältnismässigkeit
- 3.6 Das Verfahren
 - 3.6.1 Die Anwendbarkeit des VRP
 - 3.6.2 Mündliches oder schriftliches Verfahren?
 - 3.6.3 Die Anwendung weiterer, einschlägiger Bestimmungen des VRP
- 3.7 Der Rechtsschutz
 - 3.7.1 Die verwaltungsgerichtliche Klage
 - 3.7.1.1 Das Klageverfahren
 - 3.7.1.2 Das anwendbare Verfahrensrecht
 - 3.7.1.3 Das Feststellungsinteresse
 - 3.7.1.4 Das Vorverfahren als verfahrensrechtliche Besonderheit
 - 3.7.2 Weiterer Rechtsschutz
 - 3.7.2.1 Klage wegen Verletzung der Persönlichkeit gemäss Art. 328 OR
 - 3.7.2.2 Die spätere Überprüfung des Verweises im Rahmen von verwaltungsgerichtlichen Klageverfahren
 - 3.7.2.3 Die Aufsichtsbeschwerde
- 4. Die Abmahnung und die Verwarnung im Personalrecht des Kantons Schwyz
 - 4.1 Wesen, Funktionen und Voraussetzungen der Abmahnung und der Verwarnung
 - 4.2 Die Rechtsnatur der Abmahnung und der Verwarnung
 - 4.3 Die Rechtsfolgen aus der Qualifikation der Abmahnung und der Verwarnung als Realakte
 - 4.4 Klage wegen Verletzung der Persönlichkeit gemäss Art. 328 OR und Art. 28 ZGB
 - 4.5 Der Datenschutz
 - 4.6 Die spätere Überprüfung der Abmahnung und der Verwarnung im Rahmen von verwaltungsgerichtlichen Klageverfahren
 - 4.7 Die Dienstaufsicht
 - 4.8 Die Aufsichtsbeschwerde
- 5. Fazit

1. Einleitung

Dem öffentlichen Personalrecht kommt in der Schweiz eine erhebliche Bedeutung zu. Das äussert sich vor allem auch in zahlenmässiger Hinsicht: Gemäss ROGER RUDOLPH gab es in der Schweiz im Jahre 2020 ca. 3.9 Mio. Arbeitsverhältnisse, davon ca. 400'000 im öffentlichen Dienst, was rund 10% des gesamten, schweizerischen Arbeitsmarktes ausmacht. Von den ca. 400'000 Arbeitsverhältnissen im öffentlichen Dienst entfielen ca. 100'000 Arbeitsverhältnisse auf den Bund, ca. 160'000 auf die Kantone und ca. 130'000 auf die Gemeinden.¹ Im Unterschied zu den privatrechtlichen Arbeitsverhältnissen, die im Wesentlichen im Bundesgesetz betr. die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht; OR) vom 30. März 1911 geregelt sind², kommen auf die rund 400'000 Arbeitsverhältnisse des öffentlichen Dienstes über 2'000 verschiedene Personalrechte zur Anwendung, nämlich im Bund das Bundespersonalgesetz und die Bundespersonalverordnungen, in den Kantonen 26 kantonale Personalgesetze und -verordnungen, in den Gemeinden rund 2'000 kommunale Gemeindeverordnungen sowie weitere Normen.³ Der vorliegende Aufsatz fokussiert auf das öffentliche Personalrecht des Kantons Schwyz und greift daraus schwergewichtig die disziplinarrechtliche Massnahme des Verweises und mit dem Ziel einer klärenden Abgrenzung davon auch die personalrechtlichen Massnahmen der Abmahnung und der Verwarnung heraus. Dieser Fokus ergibt sich aus bestimmten praktischen Erfahrungen der Autorin und des Autors dieses Aufsatzes: Ergibt sich ein Verdacht, dass ein Mitarbeiter⁴ ⁵ eine Arbeitspflicht verletzt hat, oder hat sich eine Arbeitspflichtverletzung bereits deutlich gezeigt, so kommt es öfters vor, dass sich Anstellungsbehörden und Vorgesetzte aus

¹ ROGER RUDOLPH, Öffentliches Dienstrecht, Vorlesung: Arbeitsrecht Master, Frühlingsemester 2020, S. 3.

² Art. 319 bis Art. 362 OR.

³ ROGER RUDOLPH, a.a.O., S. 4.

⁴ In diesem Aufsatz ist jeweils vom «Mitarbeiter» und von «Mitarbeitern» die Rede, was in Übereinstimmung mit der Terminologie des Personal- und Besoldungsgesetzes (Personalgesetz, PG) des Kantons Schwyz vom 26. Juni 1991 erfolgt (z.B. § 1 f. PG). Die Mitarbeiterin und die Mitarbeiterinnen sind jeweils mitgemeint. Dies entspricht der allgemeinen sprachlichen Gleichstellungsregel gemäss § 8 des Gesetzes über die amtlichen Veröffentlichungen vom 13. Mai 1987.

⁵ Wenn im Folgenden der Begriff «Mitarbeiter» verwendet wird, so ist damit die Lehrperson im Sinne des Personal- und Besoldungsgesetzes für die Lehrpersonen an der Volksschule (PGL) des Kantons Schwyz vom 27. Juni 2002 (§ 1 Abs. 1) mitgemeint, sofern die Lehrperson keine separate Erwähnung findet.

D

unterschiedlichen Gründen scheuen, rechtzeitig auf das Problem zu reagieren.⁶ So kann es bspw. sein, dass eine stark belastete Anstellungsbehörde die sachverhaltliche Abklärung der Arbeitspflichtverletzung eines Mitarbeiters vor sich her schiebt, dass der pflichtvergessene Mitarbeiter mit seinen Vorgesetzten gut bekannt oder befreundet ist, oder dass er eine in der Gemeinde geachtete und beliebte Person ist. Kommt es in solchen oder ähnlichen Fällen vor, dass Vorgesetzte und Anstellungsbehörden keine Reaktion zeigen, oder dass sie die Arbeitspflichtverletzung nur halbherzig angehen, etwa in der milden Form mehr oder weniger unverbindlicher Gespräche, so wird oft die sich aus der Arbeitspflichtverletzung ergebende Situation weiter eskalieren, etwa in der Form eines sich ausweitenden Arbeitskonfliktes, sodass sich die Anstellungsbehörde schliesslich nur noch mit einer Kündigung zu helfen weiss. Hätte die Anstellungsbehörde jedoch dem Mitarbeitenden rechtzeitig eine Verwarnung oder einen Verweis erteilt, oder ihn wenigstens abgemahnt, so hätte eine hohe Wahrscheinlichkeit dafür bestanden, dass der Konflikt hätte behoben und das Arbeitsverhältnis fortgesetzt werden können. Zu beobachten ist jedoch auch, dass die Anstellungsbehörde, wenn sie einen Mitarbeitenden abmahnt, verwarnt oder ihm einen Verweis erteilt, diesen mit einer ihm fremden Massnahme überrascht, die er nicht einordnen kann, und gegen die er sich nicht zu wehren weiss. Auf diesem Erfahrungshintergrund sollen nachstehend der Verweis als Disziplinar-massnahme des öffentlichen Personalrechts des Kantons Schwyz sowie die im Kanton Schwyz ebenfalls gebräuchlichen personalrechtlichen Massnahmen der Abmahnung und der Verwarnung hinsichtlich ihrer Rechtsnatur, ihres Wesens, ihrer Funktionen, ihrer tatsächlichen und rechtlichen Voraussetzungen, ihrer Anfechtbarkeit und ihrer verfahrensmässigen Handhabung näher beleuchtet werden.

⁶ Vgl. dazu auch Bildungsdirektion Kanton Zürich, Umsetzung Volksschulgesetz, Handreichung, Personalführung – Personalentwicklung, 1. A., Oktober 2007, <https://www.zh.ch/content/dam/zhweb/bilder-dokumente/themen/bildung/informationen-fuer-schulen/informationen-fuer-die-volksschule/fuehrung/personal-fuehren/handreichung_personalfuehrung_personalentwicklung.pdf>, S. 18 (besucht am 11.05.2023).

2. Als Einstieg: Ein kurzer, rechtsvergleichender Blick in den Kanton Schwyz und über die Kantongrenzen hinaus

2.1 Verweis, Abmahnung und Verwarnung im Kanton Schwyz

Der Verweis als Disziplinar massnahme des Personalrechts des Kantons Schwyz hat seine grundlegende Regelung in § 30a Personal- und Besoldungsgesetz (Personalgesetz, PG) vom 26. Juni 1991 erfahren. Gemäss Abs. 1 dieser Bestimmung kann die Anstellungsbehörde bei Arbeitspflichtverletzungen einen Verweis aussprechen.⁷ Im Weiteren kennt das Personalrecht des Kantons Schwyz für den Fall einer Arbeitspflichtverletzung auch die «einfachen» personal- (und nicht disziplinar-) rechtlichen Massnahmen der Abmahnung und der Verwarnung: Im Unterschied zur Abmahnung, die den pflichtvergessenen Mitarbeiter auf die Einhaltung seiner Arbeitspflichten hinweist, enthält die Verwarnung zusätzlich die Androhung von Folgen für den erneuten Fall einer Pflichtverletzung.⁸

2.2 Die Verwarnung und die Mahnung im Personalrecht des Bundes

Im Personalrecht des Bundes ist die Verwarnung als Disziplinar massnahme gemäss Art. 25 Abs. 2 lit. b Bundespersonalgesetz (BPG) vom 24. März 2000 von der sog. Mahnung, die gestützt auf Art. 10 Abs. 3 BPG ausgesprochen wird und keine Disziplinar massnahme darstellt, zu unterscheiden.⁹ Sinn und Zweck der Mahnung sind gleich wie bei der Verwarnung im Obligationenrecht: Es soll an die Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis erinnert sowie auf eine gesetzlich vorgesehene Kündigungsmöglichkeit als Sanktion hingewiesen werden.¹⁰ Selbst wenn jedoch seit der am 1. Juli 2013 in Kraft getretenen Revision des BPG den Disziplinar massnahmen nach Art. 25 BPG vermehrt eine Rüge- und Warnfunktion zukommt, so haben diese Massnahmen weiterhin den Vollzug des Arbeitsverhältnisses zu gewährleisten. Es kommt ihnen im Unterschied zur Mahnung nicht die Funktion zu, das Verhältnismässigkeitsprinzip vor der Aussprache einer ordentlichen Kündigung zu wahren. Die Disziplinar massnahmen stehen deshalb unter dem Titel «Rechte und Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis». Demgegenüber erfolgt eine Mahnung gestützt auf Art. 10

⁷ Vgl. zum Verweis als personalrechtliche Disziplinar massnahme im Kanton Schwyz einlässlich unten, Ziff. 3.

⁸ Vgl. zu den personalrechtlichen Massnahmen der Abmahnung und der Verwarnung im Kanton Schwyz einlässlich unten, Ziff. 4.

⁹ Urteil BVGer A-6699/2015 vom 21. März 2016, E. 3.1.

¹⁰ Urteil BVGer A-4464/2015 vom 23. November 2015, E. 1.1.5.

D

Abs. 3 BPG und ist deshalb dem Titel «Entstehung, Beendigung und Auflösung des Arbeitsverhältnisses» zuzuordnen. Bereits aus der Gesetzessystematik kann damit geschlossen werden, dass Disziplinar massnahmen in ihrer Zielsetzung nicht mit einer Mahnung verglichen werden können. Dem Arbeitgeber steht es frei, beim Vorliegen eines subjektiven Verschuldens sowohl disziplinarische Massnahmen zu ergreifen als auch eine Mahnung auszusprechen.¹¹ Im Unterschied zur Verwarnung, die mittels Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht angefochten werden kann, besteht hinsichtlich der Anfechtbarkeit einer Mahnung eine gefestigte Rechtsprechung des Bundesgerichtes und des Bundesverwaltungsgerichtes, wonach einer der Kündigung vorausgehenden Mahnung kein Verfügungscharakter zukommt¹² und die Mahnung keine anfechtbare Verfügung darstellt¹³.

2.3 Der Verweis und die Mahnung im Personalrecht des Kantons Zürich

Im Kanton Zürich ist der Verweis als Disziplinar massnahme in § 30 Personalgesetz (PG) vom 27. September 1998 geregelt: «Bei Arbeitspflichtverletzungen kann die Anstellungs- oder Aufsichtsbehörde einen Verweis aussprechen» (Abs. 1). Nicht jede Pflichtverletzung rechtfertigt einen Verweis. Ein Verweis erfordert ein vorwerfbares Verhalten von einiger Bedeutung.¹⁴ Im Falle eines Verweises muss zwingend eine Mitarbeiterbeurteilung durchgeführt werden.¹⁵ Demgegenüber kommt die Mahnung im Sinne einer mildereren Massnahme insbes. für Verhaltensweisen zur Anwendung, für die man keinen Verweis aussprechen will, die aber im Sinne der Rüge- und der Warnfunktion der Mahnung gerügt und unterbunden werden sollen, und die allenfalls bei erneutem Vorkommen zu weitergehenden

¹¹ Urteil BVGer A-6699/2015 vom 21. März 2016, E. 3.4. Wird eine Mahnung ausgesprochen, so bleiben die Verfahrensrechte des Arbeitnehmers insoweit gewahrt, als im Rahmen einer allfälligen Auflösung des Arbeitsverhältnisses überprüft werden kann, ob die erforderlichen sachlichen Gründe für eine ordentliche Kündigung gemäss Art. 10 Abs. 3 BPG vorgelegen haben (Urteil BVGer A-4464/2015 vom 23. November 2015, E. 1.1.5).

¹² Vgl. dazu Urteil BVGer A-6699/2015 vom 21. März 2016, E. 3.2, m.H. auf die Rechtsprechung von Bundesgericht und Bundesverwaltungsgericht.

¹³ Urteil BVGer A-6699/2015 vom 21. März 2016, E. 3.5.

¹⁴ Kanton Zürich, Handbuch Personalrecht, 1. Oktober 2022, <<https://www.zh.ch/de/arbeiten-beim-kanton/fuer-hr-profis/handbuch-personalrecht/definition/rechte-und-pflichten/treue-und-sorgfaltspflicht.html>>, «Kapitel Rechte und Pflichten, Unterkapitel Treue- und Sorgfaltspflicht, Rechtsfolgen von Pflichtverletzungen, Personalrechtliche Verantwortlichkeit, Verweis» (besucht am 11.05.2023).

¹⁵ § 30 Abs. 3 PG.

Massnahmen führen können.¹⁶ Die Mahnung wird als Dokumentation einer dienstlichen Mitteilung oder Anweisung verstanden.¹⁷

2.4 Der Verweis und die Rüge im Personalrecht des Kantons Uri

Im Kanton Uri regeln weder das kantonale noch das kommunale Personalrecht explizit, welche Massnahmen als Reaktion auf eine Arbeitspflichtverletzung in Frage kommen. Trotzdem erblickt das Obergericht des Kantons Uri im Verweis die mildeste Disziplinar-massnahme des kantonalen Rechts. Für das Obergericht deckt sich der Verweis, mit dem im Unterschied zur Verwarnung keine Konsequenzen angedroht, sondern einzig die Missbilligung des Verhaltens zum Ausdruck gebracht wird, im Wesentlichen mit der «Rüge», welche das kantonale Recht immerhin im Bereich der Aufsicht über die richterlichen Behörden vorsieht.¹⁸ Für das Obergericht ist auch unter Berücksichtigung des Verhältnismässigkeitsprinzips nicht einzusehen, weshalb die Bandbreite möglicher Disziplinar-massnahmen eng gefasst und der Verweis als im Vergleich zur Verwarnung mildere Massnahme ausgeschlossen werden sollte.¹⁹ Das Obergericht hält unter Hinweis auf die Lehre²⁰ fest, dass als Reaktion auf eine Wiederhandlung je nach der Tragweite des Verstosses ein ernstes Gespräch mit dem Arbeitnehmer oder disziplinarische Massnahmen wie bspw. eine Abmahnung oder Verwarnung mit Androhung einer Sanktion in Betracht kämen.²¹ Im Kanton Uri ist demnach auch ein erstens Gespräch als personal-, und nicht disziplinarrechtliche, Massnahme möglich. Allerdings könnte gemäss dem Obergericht ein ernstes Gespräch gegebenenfalls auch in die Kategorie des Verweises oder der Rüge als Disziplinar-massnahmen fallen,

¹⁶ Kanton Zürich, a.a.O., «Kapitel Rechte und Pflichten, Unterkapitel Treue- und Sorgfaltspflicht, Rechtsfolgen von Pflichtverletzungen, Personalrechtliche Verantwortlichkeit, Mahnung», unter Hinweis auf BGer 4C.57/2007 vom 15. Mai 2007, E. 3.2, zur Rüge- und Warnfunktion der Mahnung.

¹⁷ Kanton Zürich, a.a.O., «Kapitel Rechte und Pflichten, Unterkapitel Treue- und Sorgfaltspflicht, Rechtsfolgen von Pflichtverletzungen, Personalrechtliche Verantwortlichkeit, Mahnung», mit dem praktischen Hinweis, dass der beweissichernden Funktion der Mahnung hinsichtlich allfälliger späterer weitergehenden Massnahmen entsprechend die Mitarbeiter die Kenntnisnahme der Mahnung unterschriftlich bestätigen sollten, und dass auch die Mahnung stets Eingang ins Personaldossier zu finden habe.

¹⁸ Urteil OGer Uri OG V 21 54 vom 11. März 2022, E. 3.3, unter Hinweis auf Art. 56 Abs. 2 lit. c GOG, RB 2.3221, betreffend die im kantonalen Recht vorgesehene «Rüge».

¹⁹ Urteil OGer Uri OG V 21 54 vom 11. März 2022, E. 3.3.

²⁰ REBECCA VIONNET, Der Umgang mit Arbeitnehmern während der Corona-Krise, ex/Ante, 2021 (1), S. 13 f., <<https://ex-ante.ch/index.php/exante/article/view/137>> (besucht am 22.05.2023).

²¹ Urteil OGer Uri OG V 21 54 vom 11. März 2022, E. 3.3.

D

soweit dem ersten Gespräch «aufgrund der Umstände ähnlich formeller Charakter wie einem formellen Verweis zuzuschreiben wäre.»²²

2.5 Der Verweis und die Ermahnung im Personalrecht des Kantons Bern

Im Personalrecht des Kantons Bern gehört der Verweis zur Kategorie der Disziplinarmaßnahmen. Er beinhaltet die formelle Rüge eines bestimmten Verhaltens.²³ Infolge der zunehmenden Annäherung des öffentlichen Dienstrechts an das private Arbeitsvertragsrecht verzichtet das Personalgesetz (PG) vom 16.09.2004 auf ein eigentliches Disziplinarrecht und ist bei Dienstpflichtverletzungen ein Verweis nicht mehr vorgesehen. Auch das Gesetz über die Anstellung der Lehrkräfte (LAG) vom 20.01.1993 verzichtet analog zum PG weitgehend auf ein eigentliches Disziplinarrecht. Die einzige noch enthaltene Disziplinarmaßnahme ist der in Art. 23 Abs. 3 LAG geregelte Verweis.²⁴ Demgegenüber stellt die Ermahnung (auch Verwarnung genannt) eine informelle Rüge und keine eigentliche Disziplinarmaßnahme dar. Es handelt sich bei der Ermahnung um eine administrative Zurechtweisung von geringerer Intensität, die durch die Anstellungsbehörde oder im Falle einer Lehrperson durch die Schulleitung mündlich oder schriftlich eröffnet werden kann, und zwar formlos und nicht als Verfügung. Die Ermahnung ist weder in der Personal- noch in der Lehranstellungsgesetzgebung geregelt.²⁵

2.6 Der Verweis und die Ermahnung im Personalrecht des Kantons Basel-Stadt

Im baselstädtischen Personalrecht wurde das herkömmliche Disziplinarrecht abgeschafft, und zwar «zugunsten eines nicht mehr pönalen, sondern lenkenden Massnahmenrechts» im Personalgesetz (PG) vom 17. November 1999.²⁶ Der baselstädtische Gesetzgeber unterscheidet zwischen

²² Urteil OGer Uri OG V 21 54 vom 11. März 2022, E. 3.3.

²³ Kanton Bern, Bildungs- und Kulturdirektion des Kantons Bern, Ermahnung / Verwarnung oder Verweis, 01.09.2022, <<https://wpgl.apps.be.ch/pages/releaseview.action?pageld=46139077>>, «Bedeutung und Einordnung des Verweises» (besucht am 11.05.2023).

²⁴ Kanton Bern, Bildungs- und Kulturdirektion des Kantons Bern, a.a.O.

²⁵ Vgl. dazu Kanton Bern, Bildungs- und Kulturdirektion des Kantons Bern, a.a.O., «Bedeutung und Einordnung der Ermahnung / Verwarnung».

²⁶ Ratschlag des Regierungsrates des Kantons Basel-Stadt vom 7. September 1999 zum Erlass des Personalgesetzes, S. 17 f.

Massnahmen (§ 24 PG) und vorsorglichen Massnahmen (§ 25 PG). Als förmliche disziplinarische Massnahmen sieht § 24 Abs. 2 PG abschliessend «einen schriftlichen Verweis oder die Änderung des Aufgabengebietes am selben oder an einem anderen Arbeitsplatz» vor. Gemäss dieser Bestimmung kann die Anstellungsbehörde einen schriftlichen Verweis «verfügen». Dem schriftlichen Verweis kommt sowohl Rüge- als auch Warnfunktion zu.^{27 28} In der Praxis wird im Vorfeld oder anstelle einer förmlichen Massnahme regelmässig auf informelle Mittel oder Massnahmen, wie bspw. eine Ermahnung, zurückgegriffen, was gemäss der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts des Kantons Basel-Stadt zulässig ist.²⁹

2.7 Fazit

Abgesehen von der uneinheitlichen und mitunter sogar verwirrenden Terminologie ergibt sich dahingehend ein klares Bild, als sowohl im Bund wie auch in den ausgewählten Kantonen nicht nur der Verweis – im Bund als Verwarnung bezeichnet – als eigentliche disziplinarrechtliche Massnahme geregelt ist, sondern auch insbes. für Arbeitspflichtverletzungen von geringerer Schwere die Mahnung, die Abmahnung, die Ermahnung, die Verwarnung und das ernste Gespräch als rein personalrechtliche Massnahmen vorgesehen sind.

3. Der Verweis im Personalrecht des Kantons Schwyz

3.1 Rechtliche Grundlagen des Verweises

§ 30a PG regelt den Verweis wie folgt:

«¹ Bei Arbeitspflichtverletzungen kann die Anstellungsbehörde einen Verweis aussprechen.

² Sie klärt den Sachverhalt ab und gewährt dem Mitarbeitenden das rechtliche Gehör.

²⁷ CHRISTOPH MEYER/INES WEIHRACH/FELIX HAFNER/MARTIN REIMANN, Öffentliche Arbeitsverhältnisse im Kanton Basel-Stadt, Basel 2019, S. 185.

²⁸ Zur Anfechtbarkeit des Verweises (als Verfügung) vgl. unten, Ziff. 3.7.

²⁹ Vgl. dazu Urteil VG BS VD.2013.61 vom 30.04.2014, E. 2.3.4.2; CHRISTOPH MEYER/INES WEIHRACH/FELIX HAFNER/MARTIN REIMANN, a.a.O., S.185; Basel-Stadt, Baselstädtischer Angestellten-Verband (BAV), Baselstädtisches Personalrecht: Das Massnahmenrecht, April 2021, <<https://oeffentlichespersonal.ch/verbaende/2021/04/baselstaedtisches-personalrecht-das-massnahmenrecht>>, «Allgemeines, Abs. 5» (besucht am 11.05.2023).

D

³ Erfolgt die Anhörung des Mitarbeiters oder der Verweis mündlich, ist dies zu protokollieren.»

Abgesehen davon, dass anstelle des Mitarbeiters die Lehrperson erwähnt wird, regelt § 34 Personal- und Besoldungsgesetz für die Lehrpersonen an der Volksschule (PGL) vom 27. Juni 2002 den Verweis ebenfalls in drei Absätzen, und dies mit einem Wortlaut, der mit demjenigen von § 30a PG identisch ist. Zu erwähnen ist in diesem Zusammenhang auch § 10 lit. b der Weisungen zur Weiterbildung der Volksschullehrpersonen vom 7. April 2005, wonach gegen Lehrpersonen, die ihre Weiterbildungspflicht nicht einhalten und den Nachweis nicht erbringen, u.a. ein «Verweis des Schulträgers (§ 34 PGL)» ausgesprochen werden kann.

In der Personal- und Besoldungsverordnung (Personalverordnung, PV) vom 4. Dezember 2007 werden in § 6 Abs. 2 lit. c die Departemente für die Erteilung eines Verweises für Mitarbeiter ab Lohnband 16 zuständig erklärt, und nach § 6a lit. a PV entscheiden die Amtsvorsteher für Mitarbeiter in den Lohnbändern 1 bis 15 über die Erteilung eines Verweises.

Ferner findet der Verweis Regelungen im Gesetz über die Haftung des Gemeinwesens und die Verantwortlichkeit seiner Funktionäre (Staatshaftungsgesetz, StHG) vom 20. Februar 1970: Gemäss § 19 Abs. 1 StHG sind die Behörden befugt, ein ordnungswidriges Verhalten ihrer Mitglieder oder der ihnen untergeordneten Behörden oder Kommissionen und ihrer Mitglieder mit einem Verweis zu ahnden; gegen Funktionäre im Sinne von § 1 Abs. 2 lit. b und d StHG, mithin gegen Beamte und andere Personen, die aufgrund eines öffentlich-rechtlichen Aktes mit einer öffentlichen Aufgabe betraut sind, kann nach § 20 Abs. 1 lit. a StHG ein Verweis angeordnet werden. Gemäss § 18 Abs. 1 Satz 2 StHG können Angestellte nach § 1 Abs. 2 lit. c dieses Gesetzes, mithin Angestellte, die in einem öffentlich-rechtlichen oder privatrechtlichen Arbeitsverhältnis zum Gemeinwesen stehen, nicht aufgrund des Staatshaftungsgesetzes disziplinarisch zur Verantwortung gezogen werden, wenn sie ihre Amts- oder Dienstpflicht verletzen.

3.2 Verantwortlichkeit der Mitarbeiter und rechtliche Einordnung des Verweises

3.2.1 Die strafrechtliche Verantwortlichkeit

Die Mitarbeiter, zu denen gemäss § 2 PG Beamte, die vom Kantonsrat auf eine bestimmte Amtsdauer gewählt werden (lit. a), Angestellte (lit. b)

und nebenamtliche Mitarbeiter (lit. c) zählen, unterstehen den Strafbestimmungen des Schweizerischen Strafgesetzbuches (StGB) vom 21. Dezember 1937 sowie der Nebenstrafgesetzgebung (z.B. des Strassenverkehrsgesetzes [SVG] vom 19. Dezember 1958). Zudem enthält das StGB in den Art. 312 ff. eine Anzahl Sonderdelikte, welche strafbare Handlungen gegen die Amtspflichten wie z.B. Amtsmissbrauch (Art. 312), ungetreue Amtsführung (Art. 314), Urkundenfälschung im Amt (Art. 317), Verletzung des Amtsgeheimnisses (Art. 320), sich bestehen lassen (Art. 322^{quater}) und Vorteilsannahme (Art. 322^{sexties}) betreffen.

3.2.2 Die vermögensrechtliche Verantwortlichkeit

Gemäss § 3 StHG haftet das Gemeinwesen für den Schaden, den ein Mitarbeiter in Ausübung hoheitlicher Verrichtungen einem Dritten widerrechtlich zufügt. Nach § 6 StHG steht dem Geschädigten gegenüber dem Mitarbeiter kein Anspruch auf Schadenersatz oder Genugtuung zu. Ein Rückgriff des Gemeinwesens³⁰ ist allerdings möglich, wenn es Schadenersatz oder Genugtuung leisten musste, und wenn der Mitarbeiter «den Schaden vorsätzlich oder grobfahrlässig in Verletzung seiner Dienst- oder Amtspflicht verursacht hat» (§ 9 StHG).

3.2.3 Die disziplinarische Verantwortlichkeit

3.2.3.1 Entwicklungen im Disziplinarrecht

Mehrere Kantone (z.B. Aargau, Bern, Zug und Zürich) haben das Disziplinarrecht ganz oder weitgehend abgeschafft. Dafür sind v.a. zwei Gründe verantwortlich: Zum einen lockert der Verzicht auf die Amtsdauer die Bindung der Angestellten an das Gemeinwesen so stark, dass sich disziplinarische Sanktionen zur Durchsetzung der Ordnung in der Verwaltung und zur Wahrung ihres Ansehens weniger als früher rechtfertigen lassen.³¹ Zum andern lässt die neue Gestaltung der Dienstverhältnisse, insbes. die Künd-

³⁰ Als Gemeinwesen gelten der Kanton, die Bezirke, die Gemeinden und die übrigen juristischen Personen des kantonalen öffentlichen Rechts (§ 1 Abs. 1 StHG). Flurgenossenschaften im Sinne von Art. 703 ZGB sind dem Gesetz unterstellt, Allmeindkorporationen dagegen nicht (§ 1 Abs. 1 StHG).

³¹ ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. A., Zürich/St. Gallen 2020, Rz. 2069.

D

barkeit, disziplinarische Sanktionen mehr und mehr entbehrlich erscheinen.³² Diese Gründe gelten insbes. auch für den Kanton Schwyz. Das Arbeitsverhältnis der Angestellten des Kantons in Verwaltung, Anstalten und Gerichten im Sinne von § 2 lit. b PG i.V.m. § 1 Abs. 1 PG beruht seit 1. Juli 2000 auf einem öffentlich-rechtlichen Arbeitsvertrag³³, dasjenige der an den öffentlichen Volksschulen tätigen Lehrpersonen seit 1. Januar 2003³⁴. Das bisherige Amtsdauersystem wurde durch kündbare Arbeitsverhältnisse ersetzt. Diesen Systemwechsel vollzogen auch die sechs Schwyzer Bezirke (gleichzeitig mit dem Kanton).³⁵ Für die Gemeinden ist Art. 71 Abs. 3 des Gesetzes über die Organisation der Gemeinden und Bezirke (Gemeindeorganisationsgesetz, GOG) vom 25. Oktober 2017 zu beachten, wonach sich das Arbeitsverhältnis der Mitarbeiter der Gemeinde in Bezug auf Begründung, Dauer und Beendigung sowie allgemeine Rechte und Pflichten nach dem Personal- und Besoldungsrechts des Kantons richtet, wenn das Personal- und Besoldungsrecht der Gemeinde keine Bestimmungen enthält. In diesem Sinne gibt es im Kanton Schwyz nach wie vor zahlreiche Gemeinden, in denen mangels eigener personal- und besoldungsrechtlicher Bestimmungen das kantonale Personal- und Besoldungsrecht gilt. Mit dem Wechsel vom Amtsdauersystem auf das Kündigungssystem verlor das Disziplinarrecht v.a. insofern an Bedeutung, als im Amtsdauersystem eine disziplinarische Entlassung die Anstellung auf eine mehrjährige Amtsperiode zu durchbrechen vermochte. Seit dem Wechsel zum Kündigungssystem kann jedoch jedes Arbeitsverhältnis innerhalb relativ kurzer Frist aufgelöst werden, wenn ein sachlicher Kündigungsgrund nachgewiesen wird, sodass die disziplinarische Entlassung ihre Bedeutung verlor. Aus diesem Grunde wurden denn auch die Angestellten vom traditionellen Disziplinarrecht ausgenommen (§ 18 Abs. 1 Satz 2 StHG).³⁶

³² FRITZ LANG, Das Zürcher Personalgesetz vom 27. September 1998, in: Peter Helbling/Tomas Poledna (Hrsg.), Personalrecht des öffentlichen Dienstes, Bern 1999, S. 56 f.

³³ §§ 6 Abs. 1, 12 und 64 Abs. 3 PG.

³⁴ § 3 Abs. 1 PGL (zum Arbeitsverhältnis der Lehrpersonen auf der Grundlage von öffentlich-rechtlichen Arbeitsverträgen); § 55 PGL (zum Inkrafttreten dieses Gesetzes).

³⁵ Die Bezirke Schwyz, Einsiedeln und March haben – im Unterschied zu den Bezirken Höfe, Küssnacht und Gersau – keine eigenständigen Regelungen erlassen. Sie verweisen auf das PG. In den Gemeinden herrscht zum Teil ein Nebeneinander der Systeme (vgl. PATRICK SCHÖNBÄCHLER, Kündigungsschutz im öffentlichrechtlichen Anstellungsverhältnis im Kt. Schwyz, in: SJZ 99/2003, Nr. 19, S. 497 und Fn. 2).

³⁶ RRB Nr. 1822/1999 v. 23. November 1999, PBV, Bericht und Vorlage für den Kantonsrat, S. 12.

3.2.3.2 Die disziplinarische Verantwortlichkeit gemäss StHG

Eine disziplinarische Verantwortlichkeit gilt für Beamte gemäss § 1 Abs. 2 lit. b StHG und auch für Personen im Sinne von § 1 Abs. 2 lit. d StHG, die im Nebenamt aufgrund eines öffentlich-rechtlichen Aktes öffentliche Aufgaben erfüllen³⁷. Gegen diese Funktionäre des Gemeinwesens sind nach § 20 StHG der Verweis (Abs. 1 lit. a), eine Busse bis CHF 200.- (Abs. 1 lit. b), die Versetzung in eine andere Gehaltsklasse oder die Zuweisung einer anderen Tätigkeit (Abs. 1 lit. c), die Einstellung oder Kürzung der Besoldungserhöhung (Abs. 1 lit. d), die vorübergehende Einstellung im Amt mit Entzug der Besoldung (Abs. 1 lit. e) oder bei schwerwiegender oder wiederholter Amts- oder Dienstpflichtverletzung die fristlose Entlassung (Abs. 2) möglich. Gegen Mitglieder von Behörden und Kommissionen im Sinne von § 1 Abs. 2 lit. a StHG können als Disziplinar massnahmen gemäss § 19 StHG verhängt werden: Verweis oder Busse bis CHF 200.- (Abs. 1), bei wiederholten oder schweren Verfehlungen, insbes. im Falle einer Einleitung einer Strafuntersuchung wegen Verletzung der Amtspflicht, eine Amtseinstellung von bis zu sechs Monaten oder bis zum Abschluss des Verfahrens (Abs. 2) und gegebenenfalls eine Amtsentsetzung, die jedoch durch den Strafrichter auszusprechen ist (Abs. 3). In verfahrensmässiger Hinsicht schreibt § 21 StHG vor, dass der Beschuldigte vor der Anordnung einer Disziplinar massnahme anzuhören ist (Abs. 1), und dass die Disziplinarverfügung dem Fehlbaren schriftlich zu eröffnen ist (Abs. 2). Gemäss ausdrücklicher gesetzlicher Vorschrift ist dagegen das Rechtsmittel der Verwaltungsbeschwerde gegeben (§ 21 Abs. 2 Satz 2 StHG).

3.2.3.3 Die disziplinarische Verantwortlichkeit gemäss PG, PGL und Weisungen zur Weiterbildung der Volksschullehrpersonen

Für die Angestellten im Sinne von § 1 Abs. 2 lit. c StHG, die in einem öffentlich-rechtlichen oder privatrechtlichen Arbeitsverhältnis zum Gemeinwesen stehen, gelten wie erwähnt³⁸ die Vorschriften des StHG über die disziplinarische Verantwortlichkeit ausdrücklich nicht (§ 18 Abs. 1 Satz 2 StHG i.V.m. § 1 Abs. 2 lit. c StHG). Für diese Angestellten kommt ein reduziertes Disziplinarrecht zur Anwendung, indem die Anstellungsbehörde ihnen gemäss den bereits erwähnten Bestimmungen (§ 30a PG,

³⁷ HANS-ULRICH STOOSS, Öffentliches Personalrecht des Wirtschaftsraums Zentralschweiz, in: Urs Bürgi/Gudrun Bürgi-Schneider (Hrsg.), Handbuch Öffentliches Personalrecht, 2017, Kapitel 7, Schwyz, S. 1126 Rz. 91.

³⁸ Vgl. oben, Ziff. 3.1.

D

§ 34 PGL und § 10 lit. b Weisungen zur Weiterbildung der Volksschullehrpersonen) als Disziplinar massnahme einen Verweis erteilen kann. Ein weitergehendes Disziplinarrecht besteht für diese Angestellten – mit Ausnahme der Nichtbeförderung³⁹ – nicht. Soweit sich der vorliegende Aufsatz nachfolgend mit dem Verweis als Disziplinar massnahme beschäftigt, ist ausschliesslich der Verweis gemäss § 30a PG, § 34 PGL und § 10 lit. b Weisungen zur Weiterbildung der Volksschullehrpersonen Untersuchungsgegenstand. Der Verweis gemäss § 19 Abs. 1 StHG und § 20 Abs. 1 lit. a StHG ist in der Folge nicht mehr Gegenstand dieses Aufsatzes.

3.3 Wesen, Funktionen und Zweck des Verweises

Das Wesen des Verweises besteht darin, dass durch ihn eine Arbeitspflichtverletzung von der Anstellungsbehörde ausdrücklich und hoheitlich festgestellt, formell missbilligt und beanstandet wird.⁴⁰

Dem Verweis, der in der Regel als direkte Reaktion auf das Fehlverhalten eines Mitarbeiters ausgesprochen wird, kommt die Funktion zu, die begangene Pflichtverletzung zu missbilligen, sie dem Mitarbeiter vorzuhalten und ihn zu künftigem vertragsgemäsem Verhalten zu mahnen. Darin liegt die Rügefunktion des Verweises.⁴¹ Zudem wird der Verweis regelmässig mit der Androhung einer Sanktion bei weiteren gleichartigen Pflichtverletzungen, bspw. der Kündigung, verbunden, worin die Warnfunktion des Verweises besteht.⁴² Der Verweis soll dazu führen, dass sich der Mitarbeiter bessert, und dass er künftig seine Arbeitspflichten erfüllt. Darin besteht die Besserungsfunktion des Verweises.⁴³ Nebst diesen drei zentralen Funktionen kann dem Verweis überdies Beweisfunktion zukommen, und zwar v.a. dann, wenn sich der Mitarbeiter gegen den Verweis nicht wehrt. Diesfalls liegt im passiven Verhalten des Mitarbeiters ein Indiz dafür vor, dass die gerügte Pflichtverletzung tatsächlich erfolgt ist.⁴⁴

³⁹ Vgl. dazu HANS-ULRICH STOOSS, a.a.O., S. 1125 f. Rz. 90, m.H.a. S. 1111 Rz. 36.

⁴⁰ Urteil VGer Zürich PB.2009.00027 vom 18. November 2009, E. 3.1.

⁴¹ Urteil BVGer A-2201/2021 vom 29. Juni 2022, E. 5.4.2 f., m.w.H.

⁴² Vgl. Urteil BVGer A-2201/2021 vom 29. Juni 2022, E. 5.4.2 f.

⁴³ PETER HÄNNI, Das öffentliche Dienstrecht der Schweiz, 2. A., 2008, S. 468.

⁴⁴ Vgl. Urteil BGer 4P.151/2005 vom 20. September 2005. Dieser Entscheid äussert sich hinsichtlich der Beweisfunktion zwar zu einer Abmahnung im Rahmen eines privatrechtlichen Arbeitsverhältnisses. Was das Bundesgericht dazu aber erwogen hat, v.a. in E. 4.1, kann auch für den Verweis gelten, zumal gemäss § 6 Abs. 2 PG ohnehin ergänzend das OR gilt und gemäss § 3 Abs. 2 PGL ergänzend das PG mit den dazugehörigen Vollzugsbestimmungen und damit ebenfalls ergänzend das OR.

Der Verweis dient darüber hinaus einem präventiven Ordnungszweck: Er will – wie alle disziplinarischen Massnahmen – dem Sinn und Zweck des öffentlichen Disziplinarrechtes entsprechend den ordnungsgemässen Gang der Verwaltung sicherstellen sowie deren Vertrauenswürdigkeit und Ansehen in der Öffentlichkeit wahren.⁴⁵ Der Verweis verfolgt nicht die Bestrafung bzw. Sühne für Fehlverhalten, mithin also keine pönalen Zwecke.⁴⁶ Er ist weder straf- noch zivilrechtlicher, sondern als administrative Sanktion rein verwaltungsrechtlicher Natur.⁴⁷

Von den «normalen» personalrechtlichen Massnahmen der Abmahnung und der Verwarnung⁴⁸ unterscheidet und hebt sich der Verweis als Disziplinar-massnahme zum einen dadurch ab, dass durch ihn eine Arbeitspflichtverletzung von der Anstellungsbehörde hoheitlich und formell festgestellt und beanstandet wird, und zum andern dadurch, dass er über die Rüge-, Warn- und Besserungsfunktion hinaus einen besonderen Ordnungszweck verfolgt.

3.4 Die Rechtsnatur des Verweises

3.4.1 Gemäss Lehre und Rechtsprechung

Der klassische Verfügungsbegriff orientiert sich an der Legaldefinition von Art. 5 Abs. 1 Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG) vom 20. Dezember 1968, wonach die «Verfügung» die Anordnung einer Behörde meint, mit der im Einzelfall ein Rechtsverhältnis in einseitiger und verbindlicher Weise, gestützt auf öffentliches Recht, geregelt wird.⁴⁹ Prima vista entspricht der Verweis diesem Verfügungsbegriff insofern nicht vollständig, als er nicht eine konkrete

⁴⁵ Urteil VGer Zürich PB.2009.00027 vom 18. November 2009, E. 3.1; ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, a.a.O., Rz. 1506; PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI/MARKUS MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. A., Bern 2014, § 32 Rz. 48; THOMAS BUCHER, Die Kündigung des Anstellungsverhältnisses von Lehrpersonen der Volksschule des Kantons Zürich, in: Impulse zur praxisorientierten Rechtswissenschaft (Hrsg. von Thomas Sutter-Somm), 2016, Ziff. 3.2.3, S. 32.

⁴⁶ Urteil VGer Zürich PB.2009.00027 vom 18. November 2009, E. 3.1; THOMAS BUCHER, a.a.O.

⁴⁷ Urteil VGer Zürich PB.2009.00027 vom 18. November 2009, E. 3.1.

⁴⁸ Vgl. dazu unten, Ziff. 4.

⁴⁹ ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, a.a.O., Rz. 849 f.; PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI/MARKUS MÜLLER, a.a.O., § 28 Rz. 1 f.

D

verwaltungsrechtliche Rechtsbeziehung (kein «aussengerichtetes Rechtsverhältnis»⁵⁰) rechtsgestaltend oder feststellend⁵¹ regelt. Es stellt sich die Frage, ob der Verweis deshalb als Realakt zu qualifizieren ist. Als Realakte gelten Verwaltungshandlungen, die nicht auf einen rechtlichen, sondern einen tatsächlichen Erfolg gerichtet sind, und die nicht unmittelbar Rechte und Pflichten der Privaten begründen, jedoch mittelbar Rechtswirkungen zur Folge haben können.⁵² Zwar gehören Auskünfte, Belehrungen, Ermahnungen, Empfehlungen, Rechnungsstellungen und Warnungen gegenüber Privaten zu den Realakten.⁵³ Behörden erteilen Privaten häufig Auskünfte oder Belehrungen. Ebenso kommt es vor, dass sie unverbindliche Empfehlungen abgeben. Doch sind diese Handlungen ebenso wenig auf Rechtswirkungen ausgerichtet wie Ermahnungen, Verwarnungen oder Rechnungsstellungen. Ermahnungen, Verwarnungen und Rechnungsstellungen können aber als Verfügungen erlassen werden, wenn damit ein Fehlverhalten des Betroffenen bzw. der Rechnungsbetrag verbindlich festgelegt werden sollen.⁵⁴ So halten PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI/MARKUS MÜLLER unter Hinweis auf BGE 125 I 119 E. 2a und BVGE 2010/37 E. 2.3 fest, dass ein Verweis, eine Verwarnung, eine Androhung oder eine Missfallensäusserung einer Verfügung gleichkommen, wenn damit die Vorstufe zu einer möglichen schärferen Massnahme erreicht ist und sich die aktuelle Rechtsstellung des Privaten allein schon aufgrund des Verweises, der Verwarnung usf. verschlechtert.⁵⁵ Illustrativ ist auch BGE 103 Ib 350: Die eidgenössische Bankenkommision (heute: die Finanzmarktaufsicht) beanstandete mit Verfügung gewisse Mängel bei der Revision einer Bank und wies die bankengesetzliche Revisionsstelle an, den Mitarbeiterstab passend zur Zahl der Revisionsmandate zu verstärken; andernfalls werde die Anerkennung als bankengesetzliche Revisionsstelle entzogen. Die Revisionsstelle legte gegen die Verfügung Rekurs ein, sodass das Bundesgericht u.a. die Frage zu entscheiden hatte, ob die Androhung des Bewilligungsentzuges überhaupt Verfügungscharakter aufweise. Das Bundesgericht erwog, dass zwar die Androhung, im Weigerungsfalle werde der Entzug der Anerkennung als bankengesetzliche Revisionsstelle folgen, an sich keine neuen Pflichten zu Lasten des Betroffenen schaffe und auch keine

⁵⁰ Vgl. dazu PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI/MARKUS MÜLLER, a.a.O., § 28 Rz. 26.

⁵¹ Vgl. dazu Art. 5 Abs. 1 VwVG und ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, a.a.O., Rz. 849.

⁵² Vgl. zu den Realakten unten, Ziff. 4.2; ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, a.a.O., Rz. 1408; zu den Arten von Realakten vgl. PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI/MARKUS MÜLLER, a.a.O., § 38 Rz. 7 ff., und ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, a.a.O., Rz. 1409 ff.

⁵³ ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, a.a.O., Rz. 1413.

⁵⁴ ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, a.a.O., Rz. 1413 und Rz. 866.

⁵⁵ PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI/MARKUS MÜLLER, a.a.O., § 28 Rz. 27.

solchen feststelle. Obwohl hinsichtlich der Revisionsstelle nach BankG freilich eine derartig vorangehende Mahnung nicht vorgeschrieben sei, erleichtere die vorausgegangene Mahnung oder Androhung den späteren Entzug einer Berechtigung, der sonst möglicherweise unverhältnismässig erscheinen könnte. Daher verschlechtere sie die Rechtsstellung des Betroffenen, sodass dieser die Möglichkeit haben müsse, sie anzufechten. Deshalb sei die Androhung, wenn sie von einer zuständigen Aufsichtsbehörde ausgehe, einer Verfügung im Sinne von Art. 5 VwVG gleichzustellen.⁵⁶ Allerdings bleiben für das Bundesgericht auch Fälle vorbehalten, «in denen Verwarnungen und Androhungen innerhalb eines hierarchisch gegliederten Behördenorganismus ergehen. Hier ist die Androhung eines dienstlichen Nachteils in der Regel keine beschwerdefähige Verfügung...».⁵⁷

3.4.2 Gemäss Personalrecht des Bundes sowie der Kantone Zürich, Bern und Basel-Stadt

Das Bundespersonalrecht kennt u.a. die Verwarnung als mögliche Disziplinar-massnahme.⁵⁸ Der Arbeitgeber erlässt im Falle einer disziplinarischen Verwarnung nach Art. 25 Abs. 2 lit. b BPG eine Verfügung, falls zwischen der Vertragsparteien keine Einigung zustande kommt.⁵⁹ Im Kanton Zürich hat das Verwaltungsgericht entschieden, «dass es sich beim Verweis im Sinne von § 30 Abs. 1 PG trotz der mündlichen Form (Abs. 2) um eine Verfügung handelt, d.h. um einen an den Einzelnen gerichteten, rechtlich verbindlichen Hoheitsakt».⁶⁰ Mit dem Verweis, so das Verwaltungsgericht weiter, «wird die Pflichtverletzung des Betroffenen ausdrücklich und hoheitlich festgestellt und formell missbilligt».⁶¹ Wie zuvor schon das Bundesgericht⁶² argumentierte das Verwaltungsgericht Zürich im Rahmen seiner Qualifikation des Verweises als Verfügung ebenfalls damit, dass die Rechtsstellung des Arbeitnehmers durch den Verweis insoweit

⁵⁶ BGE 103 Ib 350, 352 f., E. 2.

⁵⁷ BGE 103 Ib 350, 353, E. 2.

⁵⁸ Art. 25 Abs. 2 lit. b BPG.

⁵⁹ Art. 25 Abs. 3 und Art. 34 Abs. 1 BPG.

⁶⁰ Urteil VGer Zürich PB.2009.00027 vom 18. November 2009, E. 1.2.

⁶¹ Urteil VGer Zürich PB.2009.00027 vom 18. November 2009, E. 1.2, m.H.a. WALTER HINTERBERGER, Disziplinarfehler und Disziplinar-massnahmen im Recht des öffentlichen Dienstes, St. Gallen 1986, S. 279.

⁶² Im bereits erwähnten BGE 103 Ib 350, 352 f., E. 2 (vgl. dazu oben, Ziff. 3.4.1 und Fn. 56).

D

verschlechtert werde, als ein solcher bei weiteren Dienstpflichtverletzungen zu schärferen Massnahmen Anlass geben könne.⁶³ Wie für das Bundesgericht⁶⁴ ist auch für das Verwaltungsgericht Zürich die Verschlechterung der Rechtsstellung des von einem Verweis betroffenen Mitarbeiters ein zentrales Element für die Qualifikation des Verweises als Verfügung⁶⁵. Im Kanton Bern ergeht der in Art. 23 Abs. 3 LAG geregelte Verweis in einem Verwaltungsverfahren und wird als anfechtbare Verfügung erlassen.⁶⁶ Im baselstädtischen Personalrecht stellt der in § 24 Abs. 2 PG geregelte Verweis gemäss ausdrücklicher Festlegung in § 40 Abs. 1 dieses Gesetzes eine mittels Rekurses bei der Personalrekurskommission anfechtbare Verfügung dar.

3.4.3 Gemäss Personalrecht des Kantons Schwyz

Im Kanton Schwyz lässt sich dem Personalrecht und insbes. dem PG, der PV, dem PGL und der Personal- und Besoldungsverordnung für die Lehrpersonen an der Volksschule (PVL) vom 10. Dezember 2002 nichts zur Rechtsnatur des Verweises entnehmen. Das gleiche gilt es hinsichtlich des Verwaltungsrechtspflegegesetzes (VRP) vom 6. Juni 1974 zu sagen. Soweit ersichtlich beschäftigen sich auch Judikatur und Literatur im Kanton Schwyz nicht mit der Rechtsnatur des Verweises. Klar ist jedoch, dass der Verweis, soweit er im StHG, und zwar in § 19 Abs. 1 und in § 20 Abs. 1 lit. a, geregelt ist, gemäss ausdrücklicher Regelung in § 21 Abs. 2 StHG mit Beschwerde gemäss dem Verwaltungsrechtspflegegesetz anfechtbar ist, was voraussetzt, dass der im StHG als Disziplinar-massnahme geregelte Verweis, der nur gegen Beamte und auch gegen Personen, die im Nebenamt aufgrund eines öffentlich-rechtlichen Aktes öffentliche Aufgaben erfüllen (§ 20 Abs. 1 lit. a StHG) sowie gegen Mitglieder von Behörden und Kommissionen (§ 19 Abs. 1 StHG) verhängt wird⁶⁷, eine Verfügung ist.

Es stellt sich die Frage, ob es sich gestützt auf die vorstehend dargelegte Rechtsprechung des Bundesgerichtes, des Bundesverwaltungsgerichtes

⁶³ Urteil VGer Zürich PB.2009.00027 vom 18. November 2009, E. 1.2., m.w.H.a. WALTER HINTERBERGER, a.a.O., und Peter Hänni, a.a.O., S, 472.

⁶⁴ BGE 103 Ib 350, 352f., E. 2. (vgl. dazu oben, Ziff. 3.4.1).

⁶⁵ Urteil VGer Zürich PB.2009.00027 vom 18. November 2009, E. 1.2.

⁶⁶ Kanton Bern, Bildungs- und Kulturdirektion des Kantons Bern, a.a.O., «Bedeutung und Einordnung des Verweises, Form des Verweises»; Art. 23 Abs. 3 und Art. 1 Abs. 2 LAG i.V.m. Art. 107 Abs. 2 lit. c PG.

⁶⁷ Vgl. dazu oben, Ziff. 3.2.3.2.

und des Verwaltungsgerichtes Zürich⁶⁸ sowie die ebenfalls vorstehend skizzierten, beispielhaften gesetzlichen Regelungen in den Kantonen Bern und Basel-Stadt⁶⁹ sagen lässt, dass dem Verweis gemäss § 30a PG, § 34 PGL und § 10 lit. b Weisungen zur Weiterbildung der Volksschullehrpersonen Verfügungscharakter zukommt. Dafür, dass der Verweis im Sinne dieser Bestimmungen mehr ist als ein Realakt wie die Abmahnung und die Verwarnung⁷⁰, sprechen mehrere Gründe: Der Verweis als an einen Einzelnen gerichteter, rechtlich verbindlicher Hoheitsakt stellt – anders als die Abmahnung und die Verwarnung – die Arbeitspflichtverletzung eines Mitarbeiters ausdrücklich hoheitlich und verbindlich fest und missbilligt sie formell.⁷¹ Im Weiteren verschlechtert der Verweis die Rechtsstellung des betroffenen Mitarbeiters – anders als bei einer Abmahnung oder Verwarnung – erheblich, und dies nicht nur, weil er im Falle einer erneuten Arbeitspflichtverletzung schärfere Massnahmen erwarten lässt, was bei einer Abmahnung oder Verwarnung ebenfalls der Fall sein kann, sondern v.a., weil der betroffene Mitarbeiter – im Unterschied zu einem abgemahnten oder verwarnten Mitarbeiter – «disziplinarisch vorbestraft» ist⁷², was einen erschwerenden Umstand darstellt, weil der Verweis in aller Regel schärfere Massnahmen erwarten lässt.⁷³ Hinzu kommt, dass der Verweis anders als die Abmahnung oder die Verwarnung im Rahmen seines präventiven Ordnungszweckes einerseits das gute Funktionieren der Verwaltung und andererseits deren Vertrauenswürdigkeit und Ansehen in der Öffentlichkeit sicherstellen soll.⁷⁴ Schliesslich sind der Verweis gemäss § 19 Abs. 1 StHG als Disziplinar-massnahme gegen Mitglieder von Behörden und Kommissionen im Sinne von § 1 Abs. 2 lit. a StHG und der Verweis gemäss § 20 Abs. 1 lit. a StHG als Disziplinar-massnahme gegen Funktionäre eines Gemeinwesens im Sinne von § 1 Abs. 2 lit. b und d StHG gemäss ausdrücklicher Regelung in § 21 Abs. 2 StHG beschwerdefähige Verfügungen, sodass nicht einzusehen wäre, weshalb die gleiche Disziplinar-massnahme, nämlich der Verweis, keine Verfügung mehr und nur noch ein Realakt sein sollte, wenn er von der Anstellungsbehörde gestützt auf § 30a PG, § 34 PGL oder § 10 lit. b Weisungen zur Weiterbildung der Volksschullehrpersonen bei Arbeitspflichtverletzungen von Angestellten erteilt wird, die in einem öffentlich-rechtlichen oder privatrechtlichen Arbeitsverhältnis zum Gemeinwesen stehen.

⁶⁸ Vgl. oben, Ziff. 3.4.1 f.

⁶⁹ Vgl. oben, Ziff. 3.4.2.

⁷⁰ Vgl. dazu unten, Ziff. 4.2.

⁷¹ Vgl. dazu oben, Ziff. 3.4.2, m.H.a. Urteil VGer Zürich PB.2009.00027 vom 18. November 2009, E. 1.2.

⁷² PETER HÄNNI, a.a.O., S. 472.

⁷³ Vgl. dazu auch oben, Ziff. 3.4.2, m.w.H.

⁷⁴ Vgl. dazu oben, Ziff. 3.3, m.w.H.

D

Gegen die Qualifikation des Verweises im Kanton Schwyz als Verfügung könnte eingewendet werden, dass Vergleiche mit dem Personalrecht anderer Gemeinwesen heikel sind. So wird bspw. im Kanton Zürich das Arbeitsverhältnis regelmässig durch Verfügung begründet⁷⁵, und nicht wie im Kanton Schwyz für die Angestellten und die Volksschullehrpersonen durch schriftlichen Vertrag⁷⁶. Allerdings entsteht auch im Personalrecht des Bundes das Arbeitsverhältnis durch den Abschluss eines Vertrages, und zwar eines schriftlichen, öffentlich-rechtlichen Arbeitsvertrages⁷⁷, und dennoch erlässt der Arbeitgeber im Falle einer disziplinarischen Verwarnung nach Art. 25 Abs. 2 lit. b BPG, wenn keine Einigung zwischen den Vertragsparteien zustande kommt, eine Verfügung⁷⁸, die direkt mit Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht angefochten werden kann⁷⁹. Die Begründung des Arbeitsverhältnisses durch Vertrag steht damit einer Qualifikation des Verweises als Verfügung nicht entgegen. Hinzuweisen ist im Weiteren darauf, dass auch im Kanton Zürich gemäss § 12 Abs. 2 PG das Arbeitsverhältnis in besonderen Fällen mit öffentlich-rechtlichem Vertrag begründet werden kann. Das ändert jedoch nichts daran, dass auch im Falle eines Arbeitsverhältnisses auf der Grundlage eines öffentlich-rechtlichen Vertrages der Verweis⁸⁰ eine (beschwerdefähige) Verfügung darstellt.⁸¹ Auch im Kanton Zürich führt die Begründung eines Arbeitsverhältnisses mit öffentlich-rechtlichem Vertrag nicht dazu, dass der Verweis seine Rechtsnatur als Verfügung verliert. Wird, wie im Kanton Schwyz in den hier interessierenden Fällen, ein Arbeitsverhältnis vertraglich begründet, so wird das vertragliche Arbeitsverhältnis vom hoheitlich konzipierten Disziplinarrecht gewissermassen überlagert.

Gegen den Verfügungscharakter des Verweises im Kanton Schwyz kann auch nicht sprechen, dass im Personalrecht des Kantons Schwyz für den Rechtsschutz grundsätzlich einzig das verwaltungsgerichtliche Klageverfahren⁸² vorgesehen ist, und nicht das ordentliche Verwaltungs- und Verwaltungsgerichtsbeschwerdeverfahren gemäss §§ 35 bis 60 VRP. Da es

⁷⁵ § 12 Abs. 1 PG (ZH).

⁷⁶ Vgl. § 12 PG für die Angestellten und § 4 PGL für die Volksschullehrpersonen. Das Arbeitsverhältnis gemäss PG ist öffentlich-rechtlich (§ 6 Abs. 1 PG), dasjenige zwischen den Schulträgern und den Lehrpersonen ebenfalls (§ 3 Abs. 1 PGL), sodass regelmässig ein öffentlich-rechtlicher Arbeitsvertrag vorliegt. Allerdings sind – ausnahmsweise – auch privatrechtliche Arbeitsverträge möglich: So wird bspw. für Lernende ein Lehrvertrag nach OR abgeschlossen (§ 21j Abs. 2 PG).

⁷⁷ Art. 8 Abs. 1 BPG.

⁷⁸ Vgl. dazu Art. 25 Abs. 3 und Art. 34 Abs. 1 BPG.

⁷⁹ Art. 36 Abs. 1 BPG.

⁸⁰ Gemäss § 30 Abs. 1 PG (ZH).

⁸¹ Urteil VGer Zürich PB.2009.00027 vom 18. November 2009, E. 1.2 und 1.3.2.

⁸² Vgl. dazu unten, Ziff. 3.7.1.1.

sich beim Verweis um an einen Einzelnen gerichteten, rechtlich verbindlichen Hoheitsakt handelt, mit dem die Arbeitspflichtverletzung des Betroffenen hoheitlich festgestellt und missbilligt wird⁸³, kommt dem Verweis als Disziplinar massnahme gemäss § 30a PG, § 34 PGL und § 10 lit. b Weisungen zur Weiterbildung der Volksschullehrpersonen unabhängig vom Rechtsschutzsystem, das im Personalrecht des Kantons Schwyz etabliert ist, Verfügungscharakter zu. Ferner ist dem möglichen Einwand zu begegnen, dass, wie das Bundesgericht in BGE 103 Ib 353 E. 2. festhält, in Fällen, «in denen Verwarnungen und Androhungen innerhalb eines hierarchisch gegliederten Behördenorganismus ergehen», die Androhung eines dienstlichen Nachteils in der Regel keine beschwerdefähige Verfügung darstellt. Gegenstand dieser bundesgerichtlichen Erwägung ist einzig und allein die Androhung eines dienstlichen Nachteils und nicht ein Verweis als Disziplinar massnahme. Das ergibt sich aus dem Wortlaut der bundesgerichtlichen Erwägung sowie auch daraus, dass das Bundesgericht unmittelbar im Anschluss an diese Erwägung folgendes festhält: «Der Verweis ist eine Verfügung, wenn er, wie z.B. in Art. 31 Abs. 1 Ziff. 1. des Bundesgesetzes über das Dienstverhältnis der Bundesbeamten (vom 30. Juni 1927, SR 172.221.10), als Disziplinarstrafe ausgestaltet ist ...»⁸⁴. Wenn es um einen Verweis im Sinne von § 30a PG, § 34 PGL oder § 10 lit. b Weisungen zur Weiterbildung der Volksschullehrpersonen geht, der alle erforderlichen materiellen⁸⁵ sowie formellen Voraussetzungen⁸⁶ erfüllt, der eine Arbeitspflichtverletzung hoheitlich feststellt und missbilligt, und der überdies den guten Gang der Verwaltung sicherstellt sowie deren Vertrauenswürdigkeit und Ansehen nach aussen wahrt, so muss diesem Verweis unabhängig davon, ob er innerhalb oder ausserhalb eines hierarchisch gegliederten Behördenorganismus erteilt wird, Verfügungscharakter zukommen. Schliesslich verfängt auch das Argument, dass der Verweis ähnlich wie eine Verwarnung im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis zu sehen sei, da die Annäherung des öffentlichen Dienstrechts an das Privatrecht gewollt sei⁸⁷, nicht. Ein Verweis ist und bleibt etwas anderes als eine privat- oder öffentlich-rechtliche Verwarnung⁸⁸, weil er – im Unterschied zu einer Verwarnung – eine eigentliche Disziplinar massnahme ist, die eine hoheitliche Missbilligung enthält und zusätzlich zu den Funktionen, die

⁸³ Urteil VGer Zürich PB.2009.00027 vom 18. November 2009, E. 1.2.

⁸⁴ BGE 103 Ib 353, E. 2.

⁸⁵ Vgl. dazu unten, Ziff. 3.5.

⁸⁶ Vgl. dazu unten, Ziff. 3.6.

⁸⁷ So STEFAN BURRI, Anfechtbarkeit eines Verweises (§ 30a Personalgesetz) vom 24.01.2014 (RB 194/2013), S. 2, letzter Absatz.

⁸⁸ Vgl. zur privatrechtlichen Verwarnung unten, Ziff. 4.1, und zur öffentlich-rechtlichen Verwarnung unten, Ziff. 4. und insbes. Ziff. 4.1 bis 4.3.

D

auch einer Verwarnung zukommen⁸⁹, einen besonderen Ordnungszweck verfolgt⁹⁰. Wenn das Personalrecht des Kantons Schwyz hinsichtlich des Verweises eine Annäherung an das Privatrecht gewollt hätte, so wären die expliziten Regelungen des Verweises in § 30a PG, § 34 PGL und § 10 lit. b Weisungen zur Weiterbildung der Volksschullehrpersonen nicht nötig gewesen, da ergänzend das OR und damit die Abmahnung und Verwarnung als ergänzendes öffentliches, kantonales Personalrecht gelten⁹¹. Überdies wurde auch im Rahmen der erst kürzlich am 01.01.2023 in Kraft gesetzten Teilrevision des PG und des PGL am Verweis als Disziplinarmassnahme festgehalten.

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass der Verweis auch im Personalrecht des Kantons Schwyz eine Verfügung darstellt.

3.5 Die Voraussetzungen des Verweises

3.5.1 Die Arbeitspflichtverletzung

Der Mitarbeiter muss fehlerhaft gehandelt, d.h. er muss eine ihm obliegende arbeitsrechtliche Pflicht verletzt haben. Zu diesen arbeitsrechtlichen Pflichten zählen einmal die allgemeinen Dienstpflichten⁹². Als Hauptpflicht ist an erster Stelle die Sorgfalts- und Treuepflicht zu nennen, die den Mitarbeiter zu persönlicher, rechtmässiger, loyaler, wirtschaftlicher und initiativer Arbeitsleistung verpflichtet (§ 30 Abs. 1 PG). Zur Sorgfalts- und Treuepflicht gehört auch, dass der Mitarbeiter die Arbeitszeit für die Aufgabenerfüllung verwendet (§ 30 Abs. 2 PG), dass er die dienstlichen und fachlichen Weisungen der Vorgesetzten befolgt (§ 30 Abs. 3 PG), dass sich die Mitarbeiter bei der Aufgabenerfüllung gegenseitig unterstützen (§ 31 Abs. 1 PG), Stellvertretungen übernehmen und vorübergehend Arbeiten ausführen, die nicht zum eigentlichen Aufgabenbereich gehören (§ 31 Abs. 2 PG), und dass sie ausnahmsweise auch zumutbare Überstunden leisten (§ 33 Abs. 1 PG). Im Weiteren haben die Mitarbeiter

⁸⁹ Vgl. zu diesen Funktionen, die dem Verweis und der Abmahnung gemeinsam sind, zum einen oben, Ziff. 3.3 (betr. den Verweis), und zum andern unten, Ziff. 4.1 (betr. die Abmahnung und Verwarnung).

⁹⁰ Vgl. zu diesem Ordnungszweck oben, Ziff. 3.3 und Ziff. 3.4.3.

⁹¹ Vgl. § 6 Abs. 2 PG, wonach ergänzend das OR gilt, was gestützt auf § 3 Abs. 2 PGL auch für dieses Gesetz Gültigkeit hat, sowie einlässlich dazu und zur Geltung des Privatrechtes kraft dieser Verweisungen als ergänzendes öffentliches Recht des Kantons Schwyz unten, Ziff. 4.1.

⁹² Zu den allgemeinen Dienstpflichten vgl. HANS-ULRICH STOOSS, a.a.O., S. 1105 ff. Rz. 13 ff.

das Amtsgeheimnis zu wahren, und dies auch nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses (§ 35 Abs. 1 PG⁹³), Wohnsitz im Kanton zu nehmen, wenn dies dienstliche Gründe erfordern (§ 38 Abs. 1 PG), wobei die Anstellungsbehörde anordnen kann, dass der Mitarbeiter einen bestimmten Wohnsitz nehmen oder eine Dienstwohnung beziehen muss (§ 38 Abs. 2 PG), im Zusammenhang mit ihrer Aufgabenerfüllung das Verbot der Geschenkkannahme zu beachten (§ 36 Abs. 1 PG), das Verbot der Ausübung von Nebenbeschäftigungen, die ihre Aufgabenerfüllung beeinträchtigen können, einzuhalten (§ 39 Abs. 1 PG) und Honorare und Besoldungsbeiträge, welche von Dritten für dienstliche Tätigkeiten und Nebenbeschäftigungen während der Arbeitszeit bezahlt werden, dem Kanton abzuliefern (§ 46 Abs. 1 PV).⁹⁴ Zu den weiteren Pflichten der Mitarbeiter gehört insbes. die Einhaltung der Arbeitszeit (§ 32 PG)⁹⁵.

Zu den Hauptaufgaben der Lehrpersonen gehören die Erfüllung eines schulischen Gesamtauftrages, «der durch die Bildungsziele, die Gesetzgebung der Volksschulen und die Leitideen des Schulträgers umschrieben wird» (§ 28 Abs. 1 PGL), die Wahrnehmung der Verantwortung für die ihnen anvertrauten Schülerinnen und Schüler, die Verbindung des Unterrichts mit Erziehung und die Anleitung der Lernenden zu verantwortungsbewusstem und selbständigem Verhalten (§ 28 Abs. 2 PGL), die gegenseitige Unterstützung bei der Aufgabenerfüllung, die Zusammenarbeit, die Beteiligung am Schulleben und die Mitwirkung an der Schulentwicklung (§ 28 Abs. 3 PGL), die Zusammenarbeit mit den Erziehungsberechtigten, Schulbehörden, Schulleitungen und Spezialdiensten sowie die Befolgung der Weisungen der Vorgesetzten (§ 28 Abs. 4 PGL). Zu den übrigen Pflichten der Lehrpersonen zu zählen sind die Einhaltung der Arbeitszeit (§ 29 PGL⁹⁶), die Erfüllung von Zusatzaufgaben (§ 30 PGL), die Beachtung des Verbotes von Nebenbeschäftigungen, welche die Aufgabenerfüllung beeinträchtigen können (§ 31 Abs. 1 PGL)⁹⁷, die Einhaltung des Berufsgeheimnisses, das auch nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses gilt (§ 32

⁹³ Zum Amtsgeheimnis vgl. auch § 35 Abs. 2 und Abs. 3 PG.

⁹⁴ Vgl. HANS-ULRICH STOOSS, a.a.O., S. 1106 Rz. 15 zu den sich aus dem Öffentlichkeitsprinzip ergebenden Pflichten für die Mitarbeiter, S. 1107 Rz. 20 zur Aus- und Weiterbildung, zur Ausstandspflicht gemäss § 4 VRP S. 1108 Rz. 23, und zu den Pflichten der Mitarbeiter im Zusammenhang mit dem Umgang mit den Informations- und Kommunikationstechnologien, insbes. zur privaten Nutzung dieser Technologien, S. 1108 Rz. 24.

⁹⁵ Vgl. zur Teilzeitarbeit und zur Pensenteilung § 34 PG und im Übrigen zur Arbeitszeit § 10 bis § 19a PV.

⁹⁶ Zur Arbeitszeit vgl. auch § 1 bis § 8b Personal- und Besoldungsverordnung für die Lehrpersonen an der Volksschule (PVL) vom 10. Dezember 2002.

⁹⁷ Zu den Nebenbeschäftigungen vgl. auch § 31 Abs. 2 und Abs. 3 PGL.

D

Abs. 1 PGL)⁹⁸ und des Verbotes der Geschenkkannahme (§ 33 PGL). Besonders hervorzuheben ist die Pflicht der Lehrpersonen zur Weiterbildung gemäss § 26 bis § 26c PGL. Die Lehrpersonen sind verpflichtet, regelmässig an Weiterbildungskursen teilzunehmen und obligatorische Kurse zu besuchen (§ 26 Abs. 1 PGL).⁹⁹

Alle arbeitsrechtlichen Pflichten können, wenn sie verletzt werden, Anlass zu einem Verweis geben. In aller Regel wird sich eine Arbeitspflichtverletzung in einer ungenügenden Leistung oder in einem nicht befriedigenden Verhalten eines Mitarbeiters manifestieren.¹⁰⁰ Zu beachten ist dabei, dass auch ausserdienstliches Verhalten eine Disziplinierung rechtfertigen kann, wenn es sich negativ auf das Arbeitsverhältnis auswirkt.¹⁰¹ Stellt die Verletzung einer arbeitsrechtlichen Pflicht gleichzeitig eine strafbare Handlung dar, welche mit der ordnungsgemässen Aufgabenerfüllung nach Treu und Glauben nicht vereinbar ist¹⁰², so wird die Anstellungsbehörde regelmässig die Auflösung des Arbeitsverhältnisses aus wichtigen Gründen ins Auge fassen¹⁰³, und wird ein Verweis nur in seltenen Ausnahmefällen in Frage kommen, etwa wenn die fragliche strafbare Handlung die ordnungsgemässe Aufgabenerfüllung nur ganz am Rande betrifft und von sehr geringer deliktischer Intensität ist. Ist der Mitarbeiter längerfristig oder dauernd verhindert, seine Aufgabe zu erfüllen¹⁰⁴, oder ist er nicht geeignet, seine Aufgabe zu erfüllen¹⁰⁵, so wird bei diesen Tatbeständen ein Verweis regelmässig deshalb nicht zum Zuge kommen, weil entweder keine Arbeitspflichtverletzung vorliegt, bspw. im Falle eines Mitarbeiters, der krankheitshalber dauernd an seiner Aufgabenerfüllung verhindert ist, oder weil bei Vorliegen einer Arbeitspflichtverletzung ein Verweis seine Funktionen (Rüge- und Warnfunktion) und seinen präventiven Ordnungszweck (Aufrechterhaltung des ordnungsgemässen Ganges der Verwaltung und Sicherung deren Vertrauenswürdigkeit und Ansehen in der Öffentlichkeit) nicht mehr erfüllen kann, etwa wenn ein Mitarbeiter mangels erforderlicher Eignung seine Aufgabe gar nicht zu erfüllen vermag.

Schliesslich ist keine Arbeitspflichtverletzung anzunehmen, wenn der Mitarbeiter einer arbeitsrechtlichen Pflicht aufgrund einer Not- oder

⁹⁸ Zum Berufsgeheimnis vgl. auch § 32 Abs. 2 und Abs. 3 PGL.

⁹⁹ Die obligatorische Weiterbildung kann gemäss § 26 Abs. 2 PGL sowohl vom Erziehungsrat als auch vom Schulrat oder vom Inspektorat angeordnet werden.

¹⁰⁰ Vgl. dazu § 21a Abs. 2 lit. b PG und § 13 Abs. 2 lit. b PGL.

¹⁰¹ Urteil BVGer A-6699/2015 vom 21. März 2016, E. 4.2.

¹⁰² § 21a Abs. 2 lit. d PG und § 13 Abs. 2 lit. d PGL.

¹⁰³ Vgl. dazu § 21c PG und § 15 PGL.

¹⁰⁴ Vgl. dazu § 21a Abs. 2 lit. a PG und § 13 Abs. 2 lit. a PGL.

¹⁰⁵ Vgl. dazu § 21a Abs. 2 lit. b PG und § 13 Abs. 2 lit. b PGL.

Zwangslage nicht nachkommen konnte. Eine Arbeitspflichtverletzung setzt stets voraus, dass der Arbeitnehmer rechts- und pflichtkonform hätte handeln können.¹⁰⁶

3.5.2 Verschulden des Mitarbeiters

Gemäss Art. 99 Bundespersonalverordnung (BPV) vom 3. Juli 2001 können bei einer fahrlässigen Verletzung arbeitsrechtlicher Pflichten als Disziplinar massnahmen eine Verwarnung ausgesprochen oder eine Änderung des Aufgabenkreises vorgenommen werden (Abs. 2), und bei einer grobfahrlässigen oder vorsätzlichen Verletzung dieser Pflichten verschiedene zusätzliche Disziplinar massnahmen (Abs. 3¹⁰⁷). Im Bundespersonalrecht setzt die Erteilung einer Verwarnung also gemäss ausdrücklicher tatbeständlicher Festlegung der BPV ein Verschulden voraus. Im Kanton Schwyz enthält der Wortlaut der entsprechenden Bestimmungen (§ 30a PG, § 34 PGL und § 10 lit. b der Weisungen zur Weiterbildung der Volksschullehrpersonen) keinen Hinweis auf ein Verschuldenserfordernis. In der Praxis liegt den Arbeitspflichtverletzungen durch Mitarbeiter regelmässig ein Verschulden zugrunde, oft leichte oder mittlere Fahrlässigkeit und weniger häufig Grobfahrlässigkeit¹⁰⁸ und Vorsatz. Verschuldete Arbeitspflichtverletzungen liegen im Falle von Lehrpersonen bspw. regelmässig dann vor, wenn sie ihre Arbeit im Unterricht nicht pflichtgemäss erfüllen, Beschlüsse des Erziehungsrates oder des Schulrates missachten, Weisungen des Schulrates oder der Schulleitung nicht befolgen, die Arbeitszeiten nicht einhalten (insbes. zu spätes Erscheinen zum Unterricht), Übergriffe gegenüber Kolleginnen oder Kollegen begehen oder die psychische und physische Integrität von Kindern verletzen.¹⁰⁹

Es gibt Disziplinar massnahmen, die unabhängig von einem subjektiven Fehlverhalten geeignet sein können, das ordnungsgemässe Funktionieren von Verwaltung und Volksschule zu gewährleisten sowie deren Vertrauenswürdigkeit und Ansehen in der Öffentlichkeit zu erhalten. Solche Disziplinar massnahmen stehen bei einer ungenügenden Leistungserfüllung im Vordergrund. Es geht dabei um Disziplinar massnahmen wie die Versetzung

¹⁰⁶ Urteil BVGer A-6699/2015 vom 21. März 2016, E. 4.2.

¹⁰⁷ Diese Bestimmung sieht eine Lohnkürzung von höchstens 10 Prozent während längstens eines Jahres (lit. a.), eine Busse bis zu 3000 Franken (lit. b.), die Änderung der Arbeitszeit (lit. c.) und die Änderung des Arbeitsortes (lit. d.) vor.

¹⁰⁸ Vgl. zu den Abstufungen der Fahrlässigkeit PETER GAUCH/WALTER SCHLUEP/JÖRG SCHMID, OR AT I, Rz. 1677.

¹⁰⁹ Vgl. Bildungsdirektion Kanton Zürich, a.a.O.

D

in eine tiefere Gehaltsklasse oder die Zuweisung einer anderen Tätigkeit¹¹⁰. Diese Massnahmen sind zwar auch bei schuldhaftem Verhalten als Disziplinarsanktion möglich, sie setzen jedoch nicht zwangsläufig ein schuldhaftes Fehlverhalten voraus.¹¹¹ Anders sieht es bei der Disziplinar-massnahme des Verweises aus: Ein Verweis setzt voraus, dass der Betroffene Einsicht in die Pflichtwidrigkeit seines Verhaltens hat und durch die Anordnung der Massnahme veranlasst wird, künftiges Fehlverhalten zu unterlassen. Ein Verweis kann nicht ohne Prüfung des Verschuldens und ohne Beurteilung der subjektiven Gesichtspunkte des Fehlverhaltens und einer von diesen subjektiven Aspekten abhängigen Prognose über das künftige Fehlverhalten des fehlbaren Mitarbeiters angeordnet werden. Ist ein Mitarbeiter nämlich nicht fähig, künftiges Fehlverhalten zu unterlassen, kann ein Verweis seine Rüge- und Warnfunktion¹¹² nicht erfüllen und erweist er sich als Massnahme mit Besserungsfunktion als unzweckmässig und damit als untauglich. Ein Verweis setzt deshalb stets ein Verschulden an einem Fehlverhalten voraus, weil er sonst weder seine Rüge-, noch seine Warn-, noch seine Besserungsfunktion erfüllen kann.¹¹³ Zu beachten ist, dass ein Verweis jedoch auch dann eine ungeeignete Disziplinar-massnahme darstellt, wenn einen Mitarbeiter zwar ein Verschulden an seiner Arbeitspflichtverletzung trifft, dieser Mitarbeiter aber durch sein schuldhaftes Verhalten Eigenschaften gezeigt hat, die ihn objektiv für seine Arbeit als ungeeignet erscheinen lassen.¹¹⁴ In einem solchen Fall ist also an eine andere, geeignete (disziplinar- oder rein personalrechtliche) Massnahme zu denken, insbes. an eine Kündigung gemäss § 21a Abs. 2 lit. b PG und § 13 Abs. 2 lit. b PGL.

3.5.3 Die Verhältnismässigkeit

Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit (Art. 5 Abs. 2 Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft [BV] vom 18. April 1999 umfasst drei Voraussetzungen, die kumulativ erfüllt sein müssen: Eine staatliche Massnahme ist dann verhältnismässig, wenn sie zur Verwirklichung der im öffentlichen Interesse liegenden Ziele geeignet, erforderlich und zumutbar

¹¹⁰ § 20 Abs. 1 lit. c StHG.

¹¹¹ PETER HÄNNI, a.a.O., S. 469.

¹¹² Vgl. dazu oben, Ziff. 3.3.

¹¹³ PETER HÄNNI, a.a.O., S. 468 f.; vgl. auch Urteil BVGer A-6699/2015 vom 21. März 2016, E. 4.2.

¹¹⁴ HERMANN SCHROFF/DAVID GERBER, Die Beendigung der Dienstverhältnisse in Bund und Kantonen, St. Gallen 1985, S. 49, N 40, m.H.a. BGE 100 Ib 25, E. 1b und auf weitere (unveröffentlichte) Bundesgerichtsentscheide; vgl. dazu auch PETER HÄNNI, a.a.O., S. 467 f.

ist. Damit sie geeignet ist, müssen mit ihr die angestrebten Ziele erreicht werden können (sog. Zwecktauglichkeit). Die Erforderlichkeit ist gegeben, wenn der angestrebte Erfolg nicht mit einer gleichermassen geeigneten, aber für den Betroffenen weniger einschneidenden Massnahme ebenso erreicht werden kann. Gerechtfertigt ist die Massnahme schliesslich nur dann, wenn eine angemessene Zweck-Mittel-Relation (sog. Zumutbarkeit) besteht, mithin wenn der damit verbundene Eingriff in die Rechtsstellung des Betroffenen im Vergleich zur Bedeutung der verfolgten öffentlichen Interessen nicht unvertretbar schwerer wiegt.¹¹⁵ Dementsprechend muss der Verweis geeignet sein, die Erfüllung der Arbeitspflicht sowie das gute Funktionieren und die Vertrauenswürdigkeit der Verwaltungsbehörden sicherzustellen. Der Anstellungsbehörde steht bei der Wahl der zur Erreichung dieses Zwecks erforderlichen Massnahme ein gewisses Ermessen zu. Sie hat dabei sowohl objektive als auch subjektive Elemente zu berücksichtigen und kann auch ganz auf die Erteilung eines Verweises verzichten, wenn sie zum Schluss kommt, der Zweck des Disziplinarrechts verlange keine Sanktion. Stets hat die Disziplinar-massnahme in einem angemessenen Verhältnis zur Pflichtverletzung zu stehen.¹¹⁶ Dieses angemessene Verhältnis zwischen einer Arbeitspflichtverletzung und einem Verweis bedeutet regelmässig, dass für einen Verweis eine Arbeitspflichtverletzung von einiger Bedeutung vorliegt. Nicht jede Pflichtverletzung rechtfertigt einen Verweis.¹¹⁷ Allerdings kann ein Verweis auch bei einer eher geringfügigen Arbeitspflichtverletzung möglich sein, dies v.a. dann, wenn das betreffende Verhalten wiederholt vorgekommen ist, wenn z.B. ein Mitarbeiter sein Auto zum wiederholten Male nicht auf dem dafür vorgesehenen Parkplatz, sondern unmittelbar vor dem Verwaltungsgebäude parkiert.

Im Rahmen der Erteilung eines Verweises führt in der Praxis die Prüfung der Erforderlichkeit dieser Disziplinar-massnahme als grundlegende Voraussetzung der Verhältnismässigkeit oft dazu, dass zuerst andere personalrechtliche Massnahmen ergriffen werden müssen, bevor ein Verweis er-

¹¹⁵ Vgl. dazu Urteil BVGer A-6699/2015 vom 21. März 2016, E. 6.3, sowie statt vieler BGE 136 I 29, E. 4.2; vgl. zur Verhältnismässigkeit auch PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI/MARKUS MÜLLER, a.a.O., § 21, und Kanton Bern, Bildungs- und Kulturdirektion des Kantons Bern, a.a.O., «Bedeutung und Einordnung des Verweises, Verhältnismässigkeit des Verweises».

¹¹⁶ Kanton Bern, Bildungs- und Kulturdirektion des Kantons Bern, a.a.O., «Bedeutung und Einordnung des Verweises, Verhältnismässigkeit des Verweises».

¹¹⁷ Vgl. dazu Kanton Zürich, a.a.O., «Kapitel Rechte und Pflichten, Unterkapitel Treue- und Sorgfaltspflicht, Rechtsfolgen von Pflichtverletzungen, Personalrechtliche Verantwortlichkeit, Verweis».

D

teilt werden kann. An welche Massnahmen ist zu denken? Das Verwaltungsgericht des Kantons Schwyz hat in einem anderen Zusammenhang, nämlich bei Konflikten am Arbeitsplatz, erwogen, dass als geeignete Massnahmen im Sinne von Art. 328 Abs. 2 OR Befragungen, Aussprachen, die Durchführung von Einzel- und Gruppengesprächen mit den Konfliktbeteiligten, Teamsitzungen, das Erteilen von konkreten Verhaltensanweisungen, das Vorsehen von Zielvorgaben, das Unterbreiten von Vorschlägen zur endgültigen Beilegung des Streits und Verwarnungen gelten.¹¹⁸ Weiter können gemäss dem Verwaltungsgericht als geeignete Massnahmen der Beizug von Coaches, Mediatoren, einer Vertrauensstelle oder einer externen Beratungsunternehmung zwecks Teamcoaching, die Umorganisation der Arbeitsabläufe und interne Versetzungen in Frage kommen.¹¹⁹ Diese zum Teil sehr weitgehenden Massnahmen wie etwa der Beizug einer externen Beratungsunternehmung zwecks Teamcoaching, die Umorganisation von Arbeitsabläufen oder interne Versetzungen ergeben sich aus der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers gemäss Art. 328 Abs. 2 OR in der speziellen Situation von Konflikten am Arbeitsplatz. Diese Situation ist nicht vergleichbar mit dem Fall einer Arbeitspflichtverletzung, welche von der Anstellungsbehörde die Prüfung der Erteilung eines Verweises verlangt. Gewisse, vom Verwaltungsgericht in seinem Urteil vom 1. Februar 2021 für den Fall von Konflikten am Arbeitsplatz aufgezeigte Massnahmen¹²⁰ können aber durchaus als personalrechtliche Massnahmen geeignet und einem Verweis als Disziplinar-massnahme vorzuziehen sein, dies allerdings nicht aufgrund von Art. 328 Abs. 2 OR, sondern als Folge des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit. Wenn nämlich bspw. bereits eine Befragung, eine Aussprache, das Erteilen von konkreten Verhaltensanweisungen oder die Vorgabe von Zielen als mildere, aber gleich geeignete Massnahmen für den angestrebten Erfolg ausreichen, ist ein disziplinarischer Verweis unverhältnismässig. Dies kann v.a. bei kleineren, unbedeutenden Arbeitspflichtverletzungen der Fall sein, wobei der Grundsatz der Verhältnismässigkeit stets der Prüfung im Einzelfall bedarf. Je gravierender eine Arbeitspflichtverletzung jedoch ist, desto eher wird die Erteilung eines Verweises verhältnismässig sein.

¹¹⁸ Urteil VGE III 2020 40 vom 1. Februar 2021, E. 9.3.1, m.H.a. Urteil BGer 4A_384/2014 vom 12.11.2014, E. 4.2.2, m.H.

¹¹⁹ Urteil VGE III 2020 40 vom 1. Februar 2021, E. 9.3.1; vgl. auch § 7 Verordnung über die Pädagogische Hochschule Schwyz (PHSZ) vom 22. August 2012: Die PHSZ bietet Dienstleistungen an für Lehrpersonen, Schulträger, kantonale Stellen und Dritte. Solche Dienstleistungen sind namentlich Beratung, Gutachten, Evaluationen, Führen von Informationsstellen, Projektbegleitungen.

¹²⁰ VGE III 2020 40 vom 1. Februar 2021, E. 9.3.1.

Zu beachten ist auch, dass die Erteilung eines Verweises auch in Bezug auf die Möglichkeiten einer personalrechtlichen Verwarnung oder Abmahnung¹²¹ auf die Einhaltung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes zu prüfen ist, und dass dieser Grundsatz auch im Verhältnis zwischen einer Abmahnung und einer Verwarnung zum Tragen kommt. Stets ist im Einzelfall bei einer Arbeitspflichtverletzung aufgrund der Schwere und der Auswirkungen einer Pflichtverletzung, von Verschuldensformen und -graden¹²² und einer Prognose¹²³ über das künftige Verhalten des fehlbaren Mitarbeiters zu prüfen, ob und welche der möglichen personalrechtlichen Massnahmen, wie insbes. Befragung, Aussprache, ernstes Gespräch, Verhaltensanweisung, Zielvorgabe, eine Abmahnung oder Verwarnung verhältnismässig sind, oder ob ein disziplinarischer Verweis dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit entspricht.

3.6 Das Verfahren

3.6.1 Die Anwendbarkeit des VRP

§ 1 VRP regelt den Geltungsbereich dieses Gesetzes, und zwar dessen «Volle Geltung»¹²⁴. Gemäss § 1 lit. a VRP ordnet dieses Gesetz mit voller Geltung – also unter Anwendbarkeit des gesamten Gesetzes – das Verfahren für den Erlass, die Abänderung oder die Aufhebung von Verfügungen und Entscheiden, die von den Verwaltungsbehörden der Gemeinden, der Bezirke und des Kantons, ihrer Anstalten und der von ihnen gegründeten Zweckverbände getroffen werden. Da der Verweis eine Verfügung – und nicht «nur» ein Realakt gemäss § 34a VRP – ist, findet das VRP umfassend Anwendung, wenn im Falle einer Arbeitspflichtverletzung ein Verweis zu erteilen ist. Dabei ordnet das VRP das gesamte Verfahren der Erteilung eines Verweises, das hier als «Verweisverfahren» bezeichnet wird, d.h. das

¹²¹ Vgl. zur Abmahnung und zur Verwarnung unten, Ziff. 4.

¹²² Vgl. dazu ALFRED KOLLER, OR AT, Band I, Handbuch des Allgemeinen Teils des Obligationenrechts, 5. A., Bern 2023, Rz. 48.43 ff., der unter Hinweis auf Art. 100 Abs. 2 OR und Art. 44 Abs. 2 OR darlegt, dass Absicht und grobe Fahrlässigkeit das grobe Verschulden ausmachen, das leichte Verschulden gleichbedeutend mit der leichten Fahrlässigkeit ist und die Lehre noch den Begriff der mittleren Fahrlässigkeit eingeführt hat (ALFRED KOLLER, a.a.O., Rz. 48.44).

¹²³ Eine Prognose über das künftige Verhalten eines fehlbaren Mitarbeiters ist auch im Zusammenhang mit der Ansetzung einer Bewährungsfrist insofern erforderlich, als gemäss § 21 Abs. 3 PG und § 12 Abs. 3 PGL auf die Ansetzung einer Bewährungsfrist verzichtet werden kann, wenn diese ihren Zweck nicht erfüllen kann.

¹²⁴ In § 1 VRP findet sich unter dem Titel «1. Geltungsbereich» der Untertitel «a) Volle Geltung».

D

Verfahren von der Feststellung einer Arbeitspflichtverletzung durch die Anstellungsbehörde über die Erteilung eines Verweises bis hin zu einem allfälligen innerkantonalen Rechtsmittelzug.

3.6.2 Mündliches oder schriftliches Verfahren?

§ 17 VRP hält fest, dass das Verfahren vor den Verwaltungsbehörden, den selbständigen Rekurskommission und dem Verwaltungsgericht unter Vorbehalt abweichender Vorschriften schriftlich ist (Abs. 1), und dass die Behörde auf Antrag einer Partei oder von Amtes wegen eine mündliche Verhandlung anordnen kann (Abs. 2). Gemäss dem VRP gilt also der Grundsatz der Schriftlichkeit des Verfahrens. Währenddem gemäss § 30a Abs. 2 PG und § 34 Abs. 2 PGL in der alten, bis 31.12.2022 gültigen Fassung der Verweis mündlich nach Abklärung des Sachverhaltes und Anhörung des betroffenen Mitarbeiters bzw. der betroffenen Lehrpersonen erfolgte und zusammen mit der Stellungnahme des Mitarbeiters bzw. der Lehrperson zu protokollieren war, gilt aufgrund entsprechender Gesetzesrevisionen gemäss § 30a Abs. 3 PG (neu) und § 34 Abs. 3 PGL (neu) seit dem 01.01.2023, dass im Falle einer mündlichen Anhörung des Mitarbeiters bzw. der Lehrperson oder eines mündlich erteilten Verweises eine Protokollpflicht hinsichtlich der Anhörung und des Verweises besteht. Währenddem also bis 31.12.2022 der Verweis zwingend mündlich auszusprechen war, ist es seit dem 01.01.2023 der Anstellungsbehörde überlassen, ob sie das Verfahren mündlich oder schriftlich durchführen will. Damit ist in § 30a Abs. 3 PG und § 34 Abs. 3 PGL in Übereinstimmung mit § 17 Abs. 1 VRP unter Ausschöpfung des Vorbehaltes abweichender Vorschriften insofern vom Grundsatz der Schriftlichkeit des Verfahrens abgewichen worden, als das Verweisverfahren alternativ weiterhin mündlich durchgeführt werden kann.

In der Praxis stellt sich im Falle einer Arbeitspflichtverletzung eines Mitarbeiters, für welche die Erteilung eines Verweises zu prüfen ist, im Rahmen des zu bestimmenden Vorgehens regelmässig die Frage, ob das Verweisverfahren schriftlich oder mündlich durchzuführen ist. V.a. bei komplexeren Verweissachverhalten wird die Anstellungsbehörde in der Regel das schriftliche Verfahren vorziehen, weil es sich für sie einfacher gestaltet, dem pflichtvergessenen Mitarbeiter den Verweissachverhalt schriftlich zu unterbreiten und ihm Gelegenheit zu einer schriftlichen Stellungnahme zu geben, als ihm den Sachverhalt mündlich zu eröffnen und dessen mündliche Stellungnahme einzuholen. Im Falle eines schriftlichen Verweisverfahrens sind dem betroffenen Mitarbeiter der Verweissachverhalt, die gegen ihn erhobenen Vorwürfe, der in Aussicht stehende Verweis und

die allenfalls in Aussicht stehende Androhung weitergehender Massnahmen im Falle einer erneuten Pflichtverletzung zur schriftlichen Stellungnahme zukommen zu lassen. Erteilt die Anstellungsbehörde am Ende einen schriftlichen Verweis, so ist eine überzeugende Begründung von Nöten, die nicht nur eine auf der Grundlage des durchgeführten Beweisverfahrens stringente Beweiswürdigung zu enthalten hat, sondern auch eine Auseinandersetzung mit der Stellungnahme des Mitarbeiters unter Würdigung seiner Äusserungen¹²⁵, was ebenfalls in die Beweiswürdigung einzufließen hat. Verzichtet die Anstellungsbehörde nach eingeholter Stellungnahme des Betroffenen und durchgeführtem Beweisverfahren auf die Erteilung eines Verweises, so ist dies dem Betroffenen mittels begründeter, schriftlicher Verfügung mitzuteilen. Möglich bleiben auch in diesem Fall unter den gegebenen Voraussetzungen¹²⁶ eine Abmahnung oder eine Verwarnung¹²⁷.

Wird das Verweisverfahren mündlich durchgeführt, was v.a. bei einfacheren Sachverhalten in Betracht kommt, so empfiehlt sich folgendes Vorgehen:

- Nach erfolgter Abklärung des Sachverhalts durch die Anstellungsbehörde gibt diese dem fehlbaren Mitarbeiter Gelegenheit, zum Sachverhalt, zu den gegen ihn erhobenen Vorwürfen, dem in Aussicht stehenden Verweis und der allenfalls in Aussicht stehenden Androhung weitergehender Massnahmen für den Fall einer erneuten Pflichtverletzung mündlich Stellung zu nehmen. Fraglich ist, ob dieser Vorhalt schriftlich oder mündlich zu erfolgen hat. Wird auf den Wortlaut von § 30a Abs. 3 PG und § 34 Abs. 3 PGL abgestellt, so ist der Vorhalt nicht vom Mündlichkeitsvorbehalt erfasst, sodass der Grundsatz der Schriftlichkeit des Verfahrens gemäss § 17 Abs. 1 VRP zum Tragen kommen müsste. Gegenüber dieser strengen grammatikalischen Auslegung ist allerdings der teleologische Auslegung der Vorzug zu geben.¹²⁸ Sinn und Zweck von § 30a Abs. 3 PG und § 34 Abs. 3 PGL bestehen darin, dass der Anstellungsbehörde durch die mündliche Anhörung des Mitarbeiters eine Vereinfachung des Verfahrens ermöglicht wird. Wenn aber die Verfahrensvereinfachung im Vordergrund steht, soll auch der Vorhalt mündlich erfolgen können. Sowohl der Wortlaut als auch Sinn und Zweck von § 30a Abs. 3 PG und § 34 Abs. 3 PGL sprechen allerdings

¹²⁵ Vgl. dazu § 21 Abs. 2 VRP.

¹²⁶ Vgl. dazu unten, Ziff. 4.1.

¹²⁷ Vgl. dazu unten, Ziff. 4.1 bis Ziff. 4.3.

¹²⁸ Vgl. zu den Auslegungsmethoden im Verwaltungsrecht statt vieler Ulrich HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, a.a.O., Rz. 177 ff.

D

nicht dagegen, dass der Mitarbeiter, dem Gelegenheit für eine mündliche Anhörung gewährt wird, verlangen kann, anstelle einer mündlichen Stellungnahme innert anzusetzender Frist eine schriftliche Stellungnahme abgeben zu können. Aus den gleichen Gründen sollte auch das Umgekehrte möglich sein: Ist dem Mitarbeiter eine Frist für eine schriftliche Stellungnahme angesetzt worden, so soll er eine mündliche Anhörung verlangen können. D.h., dass die Behörde die Form des Verfahrens nicht allein bestimmen kann. Die mündliche Stellungnahme ist gemäss § 30a Abs. 3 PG und § 34 Abs. 3 PGL zu protokollieren, was bedeutet, dass in analoger Anwendung von § 141 Justizgesetz (JG) vom 18. November 2009 insbes. die Anträge des Mitarbeiters, seine wesentlichen mündlichen Ausführungen und die auf sein Verlangen wörtlich ins Protokoll aufzunehmenden Äusserungen (Abs. 2 lit. b) sowie der Verweis auf Eingaben, Urkunden und andere Akten (Abs. 2 lit. c) ins Protokoll aufzunehmen sind.

- Prüfung durch die Anstellungsbehörde, ob sich aufgrund des rechtlichen Gehörs eine andere Beurteilung ergibt und Entscheid dieser Behörde, ob ein Verweis erteilt werden soll.
- Entscheidet die Anstellungsbehörde, dass ein Verweis zu erteilen ist, so ist dieser dem Mitarbeiter von der Anstellungsbehörde bzw. ihren Vertretern mündlich zu eröffnen. Diese mündliche Eröffnung des Verweises hat im Einzelnen zu enthalten:
 - Zusammenfassung des rechtserheblichen Sachverhaltes, der Vorwürfe der Anstellungsbehörde an die Adresse des Mitarbeiters und der Stellungnahme des Mitarbeiters dazu.
 - Begründung unter Würdigung der Stellungnahme des Mitarbeiters¹²⁹, weshalb der Verweis trotz einer allfälligen Stellungnahme des Mitarbeiters notwendig erscheint. Falls der Verweis aufgrund neuer Tatsachen ausgesprochen werden soll, ist dem Mitarbeiter in erneuerter Gewährung des rechtlichen Gehörs Gelegenheit zu einer weiteren schriftlichen oder mündlichen Stellungnahme zu geben, diesmal allerdings nur noch zu den neuen Tatsachen.
 - Die Anstellungsbehörde oder deren Vertreter sprechen den Verweis gegenüber dem Mitarbeiter aus.

¹²⁹ Vgl. dazu § 21 Abs. 2 VRP.

- Nebst der Androhung von weitergehenden Massnahmen im Falle einer erneuten Pflichtverletzung, was je nach Schwere der dem Verweis zugrunde liegenden Arbeitspflichtverletzung bis hin zur Androhung der jederzeitigen Auflösung des Arbeitsverhältnisses aus wichtigen Gründen gemäss § 21c PG oder § 15 PGL gehen kann, ist mit der Erteilung des Verweises auch die Ansetzung einer Bewährungsfrist gemäss § 21 Abs. 3 PG oder gemäss § 12 Abs. 3 PGL möglich und regelmässig wohl auch empfehlenswert.
- In analoger Anwendung von § 141 Abs. 2 lit. a bis lit. e JG ist all dies zu protokollieren, insbes. sind die wesentlichen mündlichen Äusserungen der Parteien (Abs. 2 lit. b), die Beweiserhebungen und deren Ergebnisse (Abs. 2 lit. d) sowie der Verweis mit allfälliger Androhung und allfälliger Ansetzung einer Bewährungsfrist im Dispositiv (Abs. 2 lit. e) protokollarisch festzuhalten.
- Entscheidet sich die Anstellungsbehörde nach erfolgter mündlicher Stellungnahme des Mitarbeiters gegen die Erteilung eines Verweises, so ist dieser Entscheid dem Mitarbeiter ebenfalls mündlich mitzuteilen und zu protokollieren.^{130 131}
- Aufgrund der Protokollpflicht kommt es im Ergebnis sowohl bei der mündlichen Aussprache eines Verweises als auch bei der mündlichen Mitteilung, dass kein Verweis erteilt wird, zu einem schriftlichen Aktenstück.¹³²

3.6.3 Die Anwendung weiterer, einschlägiger Bestimmungen des VRP

In Beachtung der einschlägigen Vorschriften des VRP, insbes. der allgemeinen Verfahrensvorschriften gemäss §§ 9 ff., hat sich die Anstellungsbehörde bzw. die im Rahmen des Verweisverfahrens für die Disziplinar-massnahme zuständige Behörde bei der von ihr von Amtes wegen vorzunehmenden Sachverhaltsabklärung der einschlägigen Beweismittel ge-

¹³⁰ § 141 Abs. 2 lit. a bis lit. e JG analog.

¹³¹ Vgl. zum Vorgehen im Einzelnen im Falle eines mündlichen Verweisverfahrens Kanton Zürich, a.a.O., «Kapitel Rechte und Pflichten, Unterkapitel Treue- und Sorgfaltspflicht, Rechtsfolgen von Pflichtverletzungen, Personalrechtliche Verantwortlichkeit, Verweis».

¹³² THOMAS BUCHER, a.a.O., m.w.H. auf die besondere Situation der Lehrpersonen im Kanton Zürich: Falls gegen eine Lehrperson ein Verweis ausgesprochen wird, muss gestützt auf § 30 Abs. 3 PG i.V.m. § 11b LPG innerhalb eines Jahres eine erneute Mitarbeiterbeurteilung oder ein gleichwertiges Verfahren durchgeführt werden.

D

mäss § 24 Abs. 1 VRP zu bedienen. Als Beweismittel im Sinne dieser Bestimmung kommen insbes. Urkunden (lit. c), die Befragung des Mitarbeiters (lit. f), Auskünfte von Drittpersonen (lit. b) und Auskunftsbereiche anderer Behörden und Amtsstellen (lit. a) in Frage. Auch die Einvernahme von Zeugen ist gemäss § 24 Abs. 2 VRP zulässig, wenn sich der Sachverhalt nicht mit den in § 24 Abs. 1 VRP genannten Beweismitteln genügend abklären lässt. Zu beachten sind in diesem Zusammenhang auch der Untersuchungsgrundsatz mit der Pflicht der Parteien zur Mitwirkung an der Feststellung des Sachverhaltes (§ 18 bis § 20 VRP). Stets sind die Vorschriften der Schweizerischen Zivilprozessordnung (Zivilprozessordnung, ZPO) vom 19. Dezember 2008 über die Beweisabnahme und die Beweissicherung analog anwendbar (§ 24 Abs. 3 VRP). Das rechtliche Gehör ist im Einzelnen nach Massgabe von § 21 f. VRP zu gewähren. Dazu gehört zum einen, den Mitarbeiter gemäss § 21 VRP anzuhören, d.h. ihm das Recht einzuräumen, sich zum Verweissachverhalt zu äussern und an Beweisabnahmen (z.B. an einer Zeugenbefragung) teilzunehmen (Abs. 1), sowie seine Äusserungen zu würdigen (Abs. 2). Zum andern umfasst der Anspruch auf rechtliches Gehör auch das Akteneinsichtsrecht nach Massgabe von § 22 VRP, wonach dem Mitarbeiter das Recht zur Akteneinsicht zusteht (Abs. 1), es sei denn, dass schützenswerte private oder öffentliche Interessen die Geheimhaltung erfordern (Abs. 3). Zu beachten ist v.a. auch, dass die Anstellungsbehörde, wenn sie ein Aktenstück geheim hält, insbes. ein Aktenstück aus dem Personaldossier, dieses als Beweismittel zum Nachteil des Mitarbeiters nur berücksichtigen darf, wenn dieser vom wesentlichen Inhalt Kenntnis erhalten und Gelegenheit hatte, sich dazu zu äussern (Abs. 4). Einzuhalten sind schliesslich die Bestimmungen über das Entscheidungsverfahren (§ 27 bis § 33 VRP). In inhaltlicher Hinsicht hat der Verweis den gesetzlichen Anforderungen zu genügen (§ 31 Abs. 1 VRP), und unter anderem nebst einer Begründung (§ 31 Abs. 1 lit. e VRP) auch eine Rechtsmittelbelehrung (§ 31 Abs. 1 lit. g VRP) zu enthalten. Die Rechtsmittelbelehrung hat auf das zulässige Rechtsmittel, die zuständige kantonale Rechtsmittelinstanz und die Rechtsmittelfrist hinzuweisen (§ 32 Abs. 1 VRP), im Falle eines Verweises auf das verwaltungsgerichtliche Klageverfahren nach Massgabe von § 67 bis § 70 VRP¹³³. Wird gegen einen Verweis keine verwaltungsgerichtliche Klage eingereicht, so erwächst der Verweis als Verfügung mit Ablauf der ordentlichen Verjährungsfrist von fünf Jahren gemäss § 63 PG bzw. gemäss § 50 PGL in formelle Rechtskraft. Von der formellen Rechtskraft, die dann eintritt, wenn die Verfügung von den Betroffenen nicht mehr mit ordentlichen Rechtsmitteln

¹³³ Vgl. dazu unten, Ziff. 3.7.1.

angefochten werden kann¹³⁴, ist die materielle Rechtskraft zu unterscheiden. Eine Verfügung wird i.d.R. nicht materiell rechtskräftig, d.h. inhaltlich unabänderbar und für die Behörden verbindlich¹³⁵, da sie nach Massgabe von § 34 VRP widerrufen, d.h. abgeändert oder aufgehoben werden können, «wenn sich die Verhältnisse geändert haben oder erhebliche Interessen es erfordern und dabei der Grundsatz von Treu und Glauben nicht verletzt wird». Allerdings kennt die Praxis bestimmte Konstellationen, in denen Verfügungen auch materiell rechtskräftig werden und nicht mehr abgeändert werden können. Dazu zählen Verfügungen, die auf einem eingehenden Ermittlungs- und Einspracheverfahren beruhen und Verfügungen, über die ein Gericht materiell entschieden hat.¹³⁶ Von einem Verweis lässt sich durchaus sagen, dass er eine Verfügung darstellt, die auf einem eingehenden Ermittlungs- und Einspracheverfahren beruht. Zu dieser Fallgruppe von Verfügungen zählen zwar insbes. Baubewilligungen und Steuerveranlagungen¹³⁷, doch kann ein Verweis mit solchen Verfügungen verglichen werden. Denn auch im Falle eines Verweises wird der Sachverhalt von Amtes wegen abgeklärt (§ 18 Abs. 1 VRP). Im Weiteren wird dem betroffenen Mitarbeiter das rechtliche Gehör gewährt, welches zum einen das Akteneinsichtsrecht umfasst (§ 22 VRP) und zum andern das Recht auf Anhörung, d.h. das Recht, sich zu den für den Verweis massgebenden Tatsachen zu äussern und an allfälligen Beweisabnahmen teilzunehmen (§ 21 Abs. 1 VRP) sowie das Recht auf Würdigung der Äusserungen des Mitarbeiters durch die Anstellungsbehörde (§ 21 Abs. 2 VRP). Schliesslich ist auch im Fall eines Verweises gegen dessen Erteilung ein Rechtsmittel möglich. Auch im Falle eines Verweises findet also eine eingehende Sachverhaltsermittlung unter umfassender Gewährung des rechtlichen Gehörs statt, sodass nicht ersichtlich ist, weshalb der Verweis anders als eine Baubewilligung oder eine Steuerveranlagung zu behandeln wäre. Was die Fallgruppe der Verfügungen betrifft, über die ein Gericht materiell entschieden hat, so liegt auf der Hand, dass ein Verweis, über den das Verwaltungsgericht des Kantons Schwyz entschieden hat¹³⁸, in dem Sinne materiell rechtskräftig wird, als das Verfahren unter Vorbehalt der Revision gemäss §§ 61 ff. VRP nicht wiederaufgenommen werden kann.¹³⁹

¹³⁴ Vgl. zur formellen Rechtskraft einer Verfügung statt vieler: PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI/MARKUS MÜLLER, a.a.O., § 31 Rz. 5 ff.

¹³⁵ Vgl. zur materiellen Rechtskraft einer Verfügung statt vieler: ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, a.a.O., Rz. 1093 ff.

¹³⁶ ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, a.a.O., Rz. 1095, Rz. 1250 f. und Rz. 1261 f.

¹³⁷ ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, a.a.O., Rz. 1250.

¹³⁸ Vgl. zur verwaltungsgerichtlichen Klage unten, Ziff. 3.7.1.

¹³⁹ ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, a.a.O., Rz. 1261, m.H.a. MAX IMBODEN/RENÉ RHINOW, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, 6. A., 1986, Bd. I, S. 254 f.

D

3.7 Der Rechtsschutz

3.7.1 Die verwaltungsgerichtliche Klage

3.7.1.1 Das Klageverfahren

Im Kanton Schwyz ist im Personalrecht für den Rechtsschutz grundsätzlich einzig das verwaltungsgerichtliche Klageverfahren vorgesehen: Gemäss § 62 Abs. 1 PG entscheidet das Verwaltungsgericht «im Klageverfahren über die Verletzung von gesetzlichen oder vertraglichen Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis zwischen dem Kanton und den Mitarbeitern». § 49 Abs. 1 PGL sieht vor, dass «über die Verletzung von gesetzlichen oder vertraglichen Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis zwischen den Schulträgern und den Lehrpersonen und Stellvertretungen» ebenfalls das Verwaltungsgericht im Klageverfahren entscheidet.¹⁴⁰ Zur Anwendung gelangen §§ 67 ff. VRP.¹⁴¹ Im Abschnitt «V. Verwaltungsgerichtliche Klage» regelt § 67 Abs. 1 lit. d VRP, dass das Verwaltungsgericht als einzige Instanz «Streitigkeiten über Ansprüche aus einem dem öffentlichen Recht unterstellten Arbeitsverhältnis, ...» beurteilt. Damit ist für alle Mitarbeiter des Kantons, der Bezirke und Gemeinden, die in einem öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnis stehen, für den Schutz in personalrechtlichen Angelegenheiten das verwaltungsgerichtliche Klageverfahren vorgesehen, und zwar unabhängig davon, ob das PG, das PGL oder eigenes Personal- und Besoldungsrecht von Gemeinden anwendbar ist.

Eine Ausnahme vom Grundsatz, dass für den Rechtsschutz in personalrechtlichen Angelegenheiten das verwaltungsgerichtliche Klageverfahren zur Verfügung steht, ist in der PV vorgesehen: Gemäss § 49 Abs. 2 PV kann ein Mitarbeiter, der mit der Beurteilung durch seinen Vorgesetzten nicht einverstanden ist, beim nächsthöheren Vorgesetzten eine Überprüfung verlangen. Diese Möglichkeit ist im Personalrecht des Kantons Schwyz nur für die Mitarbeiterbeurteilung ausdrücklich vorgesehen, nicht jedoch für einen Verweis.

¹⁴⁰ Mit den «Lehrpersonen» sind im Sinne von § 1 Abs. 1 PGL diejenigen Lehrpersonen gemeint, die an den öffentlichen Volksschulen tätig sind.

¹⁴¹ Allerdings mit der Besonderheit, dass das Vorverfahren gemäss § 68 VRP als zwingend und eine Vernehmlassungsfrist von 60 Tagen vorgesehen wird (§ 62 Abs. 2 PG und § 49 Abs. 2 PGL).

3.7.1.2 Das anwendbare Verfahrensrecht

Gemäss § 70 Abs. 1 VRP sind für das verwaltungsgerichtliche Klageverfahren die Bestimmungen der Schweizerischen Zivilprozessordnung analog anwendbar. Damit ist auch Art. 88 ZPO (analog) anwendbar, wonach die klagende Partei mit der Feststellungsklage die gerichtliche Feststellung verlangen kann, dass ein Recht oder Rechtsverhältnis besteht oder nicht besteht. Die sinngemässe Anwendung von Art. 88 ZPO bedeutet im vorliegenden Kontext, dass die klagende Partei mit einer negativen Feststellungsklage die Feststellung des Verwaltungsgerichtes verlangen kann, dass ein Verweis mangels der erforderlichen Voraussetzungen nicht zulässig ist und keinen Bestand hat. Die Analogie ist eine doppelte: Zum einen wird Art. 88 ZPO als zivilprozessuale Vorschrift analog im verwaltungsgerichtlichen Klageverfahren angewendet, und zum andern soll nicht ein Recht oder Rechtsverhältnis gemäss Art. 88 ZPO beurteilt werden, sondern analog dazu ein Verweis, mithin eine Verfügung. Gegen diese doppelte Analogie spricht nichts. Wenn schon das VRP selbst die analoge Anwendung der ZPO und damit auch von Art. 88 vorschreibt, so soll auch ein Verweis als Streitgegenstand in Frage kommen können, obwohl das verwaltungsgerichtliche Klageverfahren grundsätzlich nicht an eine umstrittene Verfügung anknüpft, sondern an umstrittene Ansprüche aus einem dem öffentlichen Recht unterstellten Arbeitsverhältnis¹⁴². Da ein Verweis jedoch die Rechtsstellung des Mitarbeiters verschlechtert, weil er bei weiteren Verletzungen von Arbeitspflichten zu schärferen Massnahmen Anlass geben kann¹⁴³, und weil der Mitarbeiter bei einer späteren Pflichtverletzung als disziplinarisch vorbestraft gilt¹⁴⁴, verhält es sich für den betroffenen Mitarbeiter wertungsmässig nicht anders, als wenn er in einem ihm zustehenden Recht eingeschränkt worden wäre und in diesem Fall – bei Bestehen der erforderlichen Voraussetzungen – ohne weiteres auf Feststellung der Unrechtmässigkeit der Einschränkung seines Rechts bzw. des vollumfänglichen Bestehens seines Rechtes klagen könnte. Diese Gleichwertigkeit der Tatbestände rechtfertigt auch die zweite Analogie, also die analoge Anwendung von Art. 88 ZPO auf einen Verweis als Verfügung.¹⁴⁵

¹⁴² § 67 Abs. 1 lit. d VRP.

¹⁴³ Vgl. oben, Ziff. 3.4; Urteil VGer Zürich PB.2009.00027 vom 18. November 2009, E. 1.2; BGE 103 Ib 350, 352 f., E. 2.

¹⁴⁴ PETER HÄNNI, a.a.O., S. 472.

¹⁴⁵ Zum Analogieschluss im öffentlichen Recht vgl. ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, a.a.O., Rz. 186 ff., m.w.H.

D

3.7.1.3 Das Feststellungsinteresse

Liegt ein sog. Feststellungsinteresse vor, so kann mit einer negativen Feststellungsklage auf die Feststellung geklagt werden, dass es an einer materiellen Voraussetzung für einen Verweis fehlt, weil keine Arbeitspflichtverletzung vorliegt¹⁴⁶, gegenüber dem Mitarbeiter kein Verschuldensvorwurf erhoben werden kann¹⁴⁷ oder der Grundsatz der Verhältnismässigkeit missachtet wurde¹⁴⁸, oder dass formelle Voraussetzungen nicht erfüllt sind¹⁴⁹, etwa weil das rechtliche Gehör nicht vollständig oder, was allerdings kaum vorkommen dürfte, gar nicht gewährt wurde¹⁵⁰. So kann auf die Feststellung geklagt werden, dass die Erteilung eines Verweises nicht zulässig war und der Verweis keinen Bestand hat.¹⁵¹ Für eine Feststellungsklage ist allerdings ein sog. Feststellungsinteresse erforderlich, das kumulativ

- (erstens) die Ungewissheit, Unsicherheit oder Gefährdung der Rechtsstellung der klagenden Partei,
- (zweitens) die Unzumutbarkeit der Fortdauer dieser Rechtsungewissheit
- und (drittens) die Unmöglichkeit der Behebung der Ungewissheit auf andere Weise, insbes. durch Leistungs- oder Gestaltungsklage, voraussetzt.¹⁵²

Ob das erforderliche Feststellungsinteresse vorliegt, ist stets im Einzelfall sorgfältig anhand dieser drei Voraussetzungen zu prüfen.

Wie bereits ausgeführt, verschlechtert der Verweis die Rechtsstellung des betroffenen Mitarbeiters erheblich, weil der Mitarbeiter in Folge des Verweises disziplinarisch vorbestraft ist und für den Fall einer erneuten

¹⁴⁶ Vgl. zur Voraussetzung der Arbeitspflichtverletzung oben, Ziff. 3.5.1.

¹⁴⁷ Vgl. zur Voraussetzung des Verschuldens oben, Ziff. 3.5.2.

¹⁴⁸ Vgl. zur Voraussetzung der Verhältnismässigkeit oben, Ziff. 3.5.3.

¹⁴⁹ Vgl. zu den formellen Voraussetzungen oben, Ziff. 3.6.

¹⁵⁰ Vgl. zur Voraussetzung des rechtlichen Gehörs oben, Ziff. 3.6.3.

¹⁵¹ Vgl. zur Feststellungsklage generell BSK ZPO-MARC WEBER, Art. 88 N 1 bis N 8.

¹⁵² Zum Feststellungsinteresse vgl. insbes. KARL SPÜHLER/ANETTE DOLGE/MYRIAM GEHRI, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 9. A., Bern 2010, S. 111 f., und BALTHASAR BESSE-NICH/LUKAS BOPP, in: Thomas Sutter-Somm/Franz Hasenböhler/Christoph Leuenberger (Hrsg.), ZPO Komm., 3. A., Art. 88 N 7.

Arbeitspflichtverletzung in aller Regel von schärferen Massnahmen ausgehen muss.¹⁵³ Es liegt auf der Hand, dass dadurch die Rechtsstellung des Mitarbeiters ungewiss und unsicher sowie gefährdet wird, womit die erste Voraussetzung erfüllt ist. Im Weiteren entsteht für den betroffenen Mitarbeiter aufgrund der Verschlechterung seiner Rechtsstellung eine Rechtsungewissheit, deren Fortdauer unzumutbar ist, weil er nicht weiss, ob gegen ihn eine weitere Massnahme und gegebenenfalls welche ergriffen wird, was das Vertrauen in seine eigene Arbeitstätigkeit schwächt, ihm so die Erfüllung seiner Arbeitspflichten erschwert und ihn in seiner Bewegungsfreiheit behindert. Die zweite Voraussetzung ist damit ebenfalls erfüllt. Diese beiden Voraussetzungen werden im Übrigen umso klarer zu bejahen sein, desto schwerwiegender die dem betroffenen Mitarbeiter im Verweis vorgeworfene Arbeitspflichtverletzung ist. Zu bejahen werden diese Voraussetzungen insbes. auch dann sein, wenn der ausgesprochene Verweis nicht der erste ist.

Es fragt sich, ob auch die Unmöglichkeit der Behebung der Ungewissheit auf andere Weise, insbes. durch Leistungs- oder Gestaltungsklage, als dritte Voraussetzung für die Annahme eines Feststellungsinteresses erfüllt ist. Zuerst ist zu klären, ob eine Leistungs- oder eine Gestaltungsklage möglich ist. Denkbar wäre eine Leistungsklage auf der Grundlage eines Anspruchs auf Entfernung eines unzulässigen Verweises aus dem Personaldossier unter vorfrageweiser Klärung der Zulässigkeit des Verweises. Zwar kann gemäss § 26 Abs. 1 des Gesetzes über die Öffentlichkeit der Verwaltung und den Datenschutz (ÖDSG) vom 23. Mai 2007 jede betroffene Person vom verantwortlichen öffentlichen Organ verlangen, dass unrichtige Personendaten berichtigt (lit. a), und dass die Folgen unbefugter Bearbeitung von Personendaten beseitigt werden (lit. d). Allerdings gewähren § 26 Abs. 1 lit. a und lit. d ÖDSG dem betroffenen Mitarbeiter keine Ansprüche, die er im verwaltungsgerichtlichen Klageverfahren mit einer Leistungsklage geltend machen könnte. Gemäss § 26 Abs. 1 ÖDSG kann eine von einem Verweis betroffene Person ihre datenschutzrechtlichen Ansprüche gemäss § 26 Abs. 1 lit. a bis lit. d ÖDSG einzig beim verantwortlichen öffentlichen Organ, also der Anstellungsbehörde, geltend machen, die im dafür vorgesehenen Verfahren, wenn keine Schlichtung zustande kommt, mit einer anfechtbaren Verfügung über das Gesuch zu entscheiden hat. Fraglich könnte im Weiteren sein, ob ein Mitarbeiter, gegen den ein Verweis ausgesprochen wurde, gegebenenfalls wegen Verletzung des Schutzes der Persönlichkeit gemäss Art. 328 OR eine verwaltungsgerichtliche Klage erheben und bei Vorliegen der erforderlichen Vo-

¹⁵³ Vgl. dazu oben, Ziff. 3.4.3 und Ziff. 3.7.1.2.

D

raussetzungen Schadenersatz- und Genugtuungsansprüche geltend machen könnte.¹⁵⁴ Da der Mitarbeiter jedoch durch die Erteilung eines Verweises noch keinen Schaden im Rechtssinne erleidet, jedenfalls nicht im Zeitpunkt der Erteilung des Verweises¹⁵⁵, und da die strengen Voraussetzungen für Genugtuungsansprüche im Falle von Persönlichkeitsverletzungen kaum je erfüllt sein dürften¹⁵⁶, werden entsprechende verwaltungsgerichtliche Klagen kaum je in Frage kommen. Leistungsklagen, mit denen die Rechtsungewissheit beseitigt werden könnte, dürften dem von einem Verweis betroffenen Mitarbeiter demnach in der Regel nicht zur Verfügung stehen. Dass die Rechtsungewissheit auf dem Wege einer Gestaltungs- klage beseitigt werden könnte, ist nicht ersichtlich.

Es stellt sich schliesslich noch die Frage, ob im Falle eines von einem Verweis betroffenen Mitarbeiters, dem weder eine Leistungs- noch eine Gestaltungs- klage zur Verfügung steht, die Rechtsungewissheit auch «auf andere Weise»¹⁵⁷ als durch eine Leistungs- oder Gestaltungs- klage behoben werden kann, wie dies Rechtsprechung und Lehre als grundsätzliche Möglichkeit annehmen¹⁵⁸. Angesprochen ist damit der Datenschutz. Kann die Beseitigung der Rechtsungewissheit «auf andere Weise» bedeuten, dass der betroffene Mitarbeiter die Ungewissheit auch mittels Geltendmachung seiner datenschutzrechtlichen Ansprüche auf Berichtigung unrichtiger Personendaten und Entfernung des Verweises aus dem Personaldossier beheben kann? Zur Klarstellung ist anzufügen, dass zu den datenschutzrechtlich relevanten Personendaten gemäss § 4 lit. c ÖDSG, § 28 PG und § 24 PGL auch Angaben über Verweise gemäss § 30a PG, § 34 PGL und § 10 lit. b der Weisungen zur Weiterbildung der Volksschullehrpersonen zählen.¹⁵⁹ Gegenstand von datenschutzrechtlichen Ansprüchen

¹⁵⁴ Vgl. zur Klage wegen Verletzung des Schutzes der Persönlichkeit gemäss Art. 328 OR unten, Ziff. 3.7.2.1.

¹⁵⁵ Vgl. dazu unten, Ziff. 3.7.2.1.

¹⁵⁶ Vgl. dazu unten, Ziff. 3.7.2.1.

¹⁵⁷ KARL SPÜHLER/ANETTE DOLGE/MYRIAM GEHRI, a.a.O., S. 112.

¹⁵⁸ BGE 123 III 51; BALTHASAR BESENICH/LUKAS BOPP, a.a.O., m.w.H. auf Literatur und Rechtsprechung.

¹⁵⁹ Gemäss expliziter Regelung im Bundesgesetz über den Datenschutz (DSG) vom 19. Juni 1992 zählen zu den besonders schützenswerten Personendaten auch Angaben über «administrative oder strafrechtliche Verfolgungen und Sanktionen» (Art. 3 lit. c Ziff. 4), und damit auch Angaben über Disziplinar-massnahmen (BEAT RUDIN, in: Bruno Baeriswyl/Kurt Pärli [Hrsg.], Stämpflis Handkommentar zum DSG, 2015, Art. 3 N 28). Im totalrevidierten DSG, welches auf den 01.09.2023 in Kraft gesetzt wurde, ist diese Regelung neu in Art. 5 lit. c. Ziff. 5. enthalten, wo neu von «Daten über verwaltungs- oder strafrechtliche Verfolgungen und Sanktionen» als besonders schützenswerte Personendaten die Rede ist. Gemäss BEAT RUDIN gehören dazu auch weiterhin Disziplinar-massnahmen (BEAT RUDIN, in: Bruno Baeriswyl/Kurt Pärli/Dominika Blonski [Hrsg.], Stämpflis Handkommentar zum DSG, 2. A., Art. 5 N 32). Eine entsprechende ausdrückliche Regelung für Angaben

gemäss § 26 Abs. 1 lit. a – lit. d ÖDSG, § 28 PG und § 24 PGL können allerdings nur Angaben über Verweise sein, und nicht der Verweis selbst. Im datenschutzrechtlichen Verfahren gemäss §§ 27 ff. ÖDSG können also die materiellen und formellen Voraussetzungen und damit die Zulässigkeit eines Verweises nicht überprüft werden.

Zu beachten ist ferner, dass der von einem Verweis betroffene Mitarbeiter nach ÖDSG keine Feststellungsklage gemäss Art. 28a Abs. 1 Ziff. 3 Schweizerisches Zivilgesetzbuch (ZGB) vom 10. Dezember 1907 erheben kann, wie dies im Bundesrecht gemäss Art. 15 Abs. 1 Bundesgesetz über den Datenschutz (DSG) vom 19. Juni 1992 ausdrücklich vorgesehen ist, weil zum einen das DSG gemäss Art. 2 Abs. 1 nur für das Bearbeiten von Daten natürlicher und juristischer Personen durch private Personen (lit. a) und durch Bundesorgane (lit. b) vorgesehen ist, und weil zum andern gegen Staaten und andere Körperschaften des öffentlichen Rechts, die im Rahmen ihrer hoheitlichen Befugnisse handeln, was bei der Erteilung eines Verweises als Disziplinar massnahme der Fall ist, Klagen gemäss Art. 28 ZGB wegen Verletzung der Persönlichkeit nicht zulässig sind.¹⁶⁰

Aus diesen Gründen ist im Falle eines von einem Verweis betroffenen Mitarbeiters das für eine Feststellungsklage erforderliche Feststellungsinteresse auch hinsichtlich der dritten Voraussetzung, nämlich der Unmöglichkeit der Behebung der Ungewissheit auf andere Weise, zu bejahen und die verwaltungsgerichtliche Feststellungsklage zuzulassen, sofern dem betroffenen Mitarbeiter weder eine Leistungs- noch eine Gestaltungs klage zur Behebung der Ungewissheit zur Verfügung steht und für ihn auch keine andere Möglichkeit besteht, diese Ungewissheit zu beheben, wovon i.d.R. auszugehen sein wird.

Der Vollständigkeit halber sie erwähnt, dass im Falle von privatrechtlichen Arbeitsverhältnissen zwischen dem Kanton, einem Bezirk oder einer Gemeinde und einem von einem Verweis betroffenen Mitarbeiter unter den gleichen Voraussetzungen ein Feststellungsinteresse zu bejahen ist, das ein Vorgehen des Mitarbeiters auf dem Zivilweg mittels einer negativen Feststellungsklage von Art. 88 ZPO erlaubt.

über administrative Sanktionen und damit insbes. über Disziplinar massnahmen als besonders schützenswerte Personendaten fehlt allerdings in § 4 lit. d (und insbes. in Ziff. 6.) ÖDSG, sodass disziplinarische Massnahmen, wenn sie nicht mehr wie im DSG als besonders schützenswerte Personendaten qualifiziert sind, jedenfalls als «normale» Personendaten im Sinne von § 4 lit. c ÖDSG, § 28 PG und § 24 PGL zu gelten haben.

¹⁶⁰ Vgl. dazu unten, Ziff. 3.7.2.1.

D

Wählt der betroffene Mitarbeiter den Weg der verwaltungsgerichtlichen Klage, so kann er, wenn das Feststellungsurteil des Verwaltungsgerichtes, das die Unzulässigkeit des Verweises bestätigt, einmal rechtskräftig vorliegt, ohne Weiteres von der Anstellungsbehörde gemäss § 26 Abs. 1 lit. d ÖDSG die Entfernung des Verweises aus dem Dossier verlangen, weil zum Bearbeiten von Personendaten gemäss § 4 lit. f ÖDSG u.a. auch das Aufbewahren von Personendaten gehört und damit eine unbefugte Datenbearbeitung im Sinne von § 26 Abs. 1 lit. d ÖDSG vorliegt, wenn ein Verweis, dessen Unzulässigkeit vom Verwaltungsgericht rechtskräftig festgestellt wurde, weiterhin im Dossier aufbewahrt wird.

3.7.1.4 Das Vorverfahren als verfahrensrechtliche Besonderheit

Im verwaltungsgerichtlichen Klageverfahren regelt § 68 VRP das Vorverfahren: Der Kläger teilt dem Beklagten vor Einreichung der Klage sein Begehren schriftlich mit und der Beklagte nimmt dazu innert angemessener Frist Stellung (Abs. 1). Falls eine Partei dieser Pflicht nicht nachkommt, kann das Verwaltungsgericht darauf bei der Kostenaufgabe Rücksicht nehmen (Abs. 2). Nach § 62 Abs. 2 PG hat der Kläger dem Beklagten seine Forderung schriftlich anzumelden, bevor die Klage beim Verwaltungsgericht eingereicht wird. Der Beklagte hat dazu innert 60 Tagen Stellung zu nehmen. Auf die Klage tritt das Verwaltungsgericht nur ein, wenn dieses Vorverfahren durchgeführt oder auf seine Veranlassung nachgeholt wurde und wenn der Beklagte die Forderung nicht anerkennt. Genau gleich und ebenfalls als *lex specialis* gegenüber § 68 VRP regelt § 49 Abs. 2 PGL das Vorverfahren für Volksschullehrpersonen, die beim Verwaltungsgericht Klage einreichen wollen. Nach § 62 Abs. 2 PG und § 49 Abs. 2 PGL ist die Durchführung des Vorverfahrens also – im Unterschied zu § 68 VRP, wonach ein nicht durchgeführtes Vorverfahren lediglich Auswirkungen auf die Kostenaufgabe haben kann – eine Entscheidungsvoraussetzung, sofern der Beklagte die Forderung nicht anerkennt.

Das Vorverfahren bietet den Parteien die Möglichkeit, sich im Hinblick auf einen erteilten Verweis doch noch vergleichsweise zu einigen, sodass das eigentliche Klageverfahren unterbleiben kann. Eine Vergleichslösung könnte insbes. darin bestehen, dass ein Verweis zu einer Verwarnung oder Abmahnung herabgemindert wird. Je sorgfältiger jedoch die Anstellungsbehörde das Verweisverfahren durchgeführt hat und je klarer die Voraussetzungen für die Erteilung eines Verweises erfüllt sind, desto geringer dürften die Chancen für eine solche Vergleichslösung sein.

3.7.2 Weiterer Rechtsschutz

3.7.2.1 Klage wegen Verletzung der Persönlichkeit gemäss Art. 328 OR

Da Art. 328 OR, der in grundlegender Weise im privaten Arbeitsrecht die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers regelt, auch als ergänzendes, öffentliches kantonales Personalrecht zur Anwendung kommt¹⁶¹, stellt sich die Frage, ob ein von einem Verweis betroffener Mitarbeiter wegen Verletzung der Fürsorgepflicht durch die Anstellungsbehörde eine verwaltungsgerichtliche Klage anstrengen könnte. Dies würde voraussetzen, dass eine Verletzung des Mitarbeiters in seiner Persönlichkeit vorliegt, und zwar durch die Erteilung eines Verweises. Eine solche Persönlichkeitsverletzung könnte etwa dann vorliegen, wenn der Verweis aufgrund eines Verhaltens ausgesprochen wird, das der Mitarbeiter in Wahrheit (so) nicht gezeigt hat¹⁶², oder, in besonders klarer Weise, wenn ein Verweisverfahren aus Schikane gegenüber dem Mitarbeiter durchgeführt wurde, was jedoch kaum vorkommen dürfte. In solchen Fällen könnte der Mitarbeiter, falls er durch die Erteilung eines Verweises in seiner Persönlichkeit verletzt wurde, gegen den Kanton, einen Bezirk oder eine Gemeinde aufgrund der Verletzung der Fürsorgepflicht durch die Anstellungsbehörde verwaltungsgerichtliche Klage erheben und dabei gegebenenfalls Schadenersatz- (Art. 97 Abs. 1 OR) und Genugtuungsansprüche (Art. 99 Abs. 3 OR i.V.m. Art. 49 OR) geltend machen. Allerdings dürfte es hinsichtlich eines Schadenersatzanspruches eines von einem Verweis betroffenen Mitarbeiters regelmässig am Erfordernis des Schadens im Rechtssinne fehlen; jedenfalls ist der Mitarbeiter im Zeitpunkt der Erteilung des Verweises (noch) nicht geschädigt, da die Verweiserteilung selbst im Vermögen des Mitarbeiters nicht zu einer unfreiwilligen Verminderung im Sinne einer Verminderung der Aktiven, einer Vermehrung der Passiven oder von entgangenem Gewinn als Differenz zwischen dem gegenwärtigen Vermögensstand und dem Stand, den das Vermögen ohne den erteilten Verweis hätte¹⁶³, führt. Was allfällige Genugtuungsansprüche des betroffenen Mitarbeiters betrifft, so dürften solche Ansprüche eher theoretischer Natur sein, weil das Vorliegen einer Persönlichkeitsverletzung allein noch keinen Genugtuungsanspruch nach Art. 49 OR begründet, sondern zusätzlich objektiv eine gewisse Schwere

¹⁶¹ Vgl. zum OR als ergänzendes, öffentliches kantonales Recht unten, Ziff. 4.1.

¹⁶² PHILIP SCHNEITER, Brief Aargauische Industrie- und Handelskammer, Nr. 35.10 vom 19. Mai 2010.

¹⁶³ Vgl. zum Begriff des Schadens im Sinne der klassischen Differenzhypothese statt vieler PETER GAUCH/WALTER R. SCHLUEP/SUSAN EMMENEGGER, OR AT, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band II, 11. A., 2020, Rz. 2848, m.H.a. die bundesgerichtliche Rechtsprechung.

D

und subjektiv beim Arbeitnehmer eine ausreichend starke moralische Unbill voraussetzt, die es als legitim erscheinen lässt, dass sich der betroffene Arbeitnehmer unter diesen Umständen an den Richter wendet, um eine Genugtuung zu erhalten.¹⁶⁴

Zu beachten ist im vorliegenden Zusammenhang, dass dem – privatrechtlich angestellten – Arbeitnehmer im Falle einer Verletzung von Art. 328 OR neben den soeben erwähnten vertraglichen Ansprüchen alle Rechtsbehelfe des Art. 28a ZGB einschliesslich des Feststellungsanspruches nach Art. 28a Abs. 1 Ziff. 3 ZGB zustehen.¹⁶⁵ Wurde einem – auf der Basis eines öffentlich-rechtlichen Vertrages angestellten – Mitarbeiter jedoch ein Verweis erteilt, so kann er nicht gestützt auf Art. 28 ZGB wegen Verletzung der Persönlichkeit gegen Staaten und andere Körperschaften des öffentlichen Rechts, die im Rahmen ihrer hoheitlichen Befugnisse handeln, wie dies bei der Erteilung eines Verweises der Fall ist, klagen¹⁶⁶. Die Persönlichkeitsrechte gemäss Art. 28 ZGB regeln grundsätzlich die Beziehungen unter Privaten.¹⁶⁷ Es steht dem betroffenen Mitarbeiter also insbes. der Feststellungsanspruch gemäss Art. 28a Abs. 1 Ziff. 3 ZGB nicht zu.

3.7.2.2 Die spätere Überprüfung des Verweises im Rahmen von verwaltungsgerichtlichen Klageverfahren

Zu denken ist an folgende Fälle, in denen einem Mitarbeiter wegen einer Arbeitspflichtverletzung ein Verweis erteilt wurde, der Auswirkungen auf spätere Verfahren hat, und den der betroffene Mitarbeiter im Rahmen dieser Verfahren noch überprüfen lassen kann, weil der Verweis noch nicht formell und materiell rechtskräftig geworden ist:

- Einem Mitarbeiter bzw. einer Lehrperson ist gekündigt worden, weil die Leistung oder das Verhalten des Mitarbeiters bzw. der Lehrperson nicht befriedigen¹⁶⁸, oder weil der Mitarbeiter bzw. die Lehrperson Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis schwer oder wiederholt verletzt hat¹⁶⁹. Macht

¹⁶⁴ ULLIN STREIFF/ADRIAN VON KAENEL/ROGER RUDOLPH, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319 - 362 OR, 7. A., 2012, N 19 zu Art. 328 OR, m.H. auf BGE 4A_128/2007 vom 9.7.2007, E. 2.3.

¹⁶⁵ ULLIN STREIFF/ADRIAN VON KAENEL/ROGER RUDOLPH, a.a.O.

¹⁶⁶ BSK ZGB I-ANDREAS MEILI, Art. 28 N 37 a.E., m.w.H.; vgl. dazu bereits oben, Ziff. 3.7.1.3.

¹⁶⁷ BSK ZGB I-ANDREAS MEILI, a.a.O.

¹⁶⁸ § 21a Abs. 2 lit. b PG und § 13 Abs. 2 lit. b PGL.

¹⁶⁹ § 21a Abs. 2 lit. c PG und § 13 Abs. 2 lit. c PGL.

der Mitarbeiter bzw. die Lehrperson im Rahmen eines verwaltungsgerichtlichen Klageverfahrens eine Abfindung und eine Entschädigung gemäss § 21g Abs. 3 PG bzw. gemäss § 19 Abs. 3 PGL geltend, weil die Kündigung ohne sachlich zureichenden Grund nach § 21a Abs. 2 PG bzw. nach § 13 Abs. 2 PGL erfolgte, und ist von der Anstellungsbehörde zur Begründung der Kündigung ein früher erteilter Verweis herangezogen worden, so kann der Mitarbeiter bzw. die Lehrperson den Verweis im Rahmen des verwaltungsgerichtlichen Klageverfahrens gerichtlich überprüfen lassen.

- Die individuelle Lohnentwicklung eines Mitarbeiters erfolgt u.a. gemäss § 47 lit. a PG anhand der Leistung und des Verhaltens. Unterbleibt eine aus Sicht des Mitarbeiters fällige Lohnerhöhung mit der Begründung einer ungenügenden Leistung oder eines unbefriedigenden Verhaltens des Mitarbeiters, und stützt sich die Anstellungsbehörde im Rahmen ihrer Begründung ganz oder teilweise auf einen zuvor erteilten Verweis wegen ungenügender Leistung oder unbefriedigenden Verhaltens ab, so kann der Mitarbeiter den ihm seiner Meinung nach zu Unrecht vorenthaltenen Lohn einklagen und dabei die Zulässigkeit des Verweises im entsprechenden verwaltungsgerichtlichen Klageverfahren überprüfen lassen.
- § 36 PGL regelt den Lohnanstieg der Lehrpersonen, der vom Minimum zum Maximum in insgesamt 18 Lohnstufen von je 3 Prozent erfolgt (Abs. 1).¹⁷⁰ Diesen Lohnanstieg kann die Anstellungsbehörde aussetzen, wenn der Lehrperson eine Bewährungsfrist im Sinne von § 12 Abs. 3 PGL angesetzt worden ist (Abs. 4). Wird gemäss § 12 Abs. 3 PGL einer Lehrperson, deren Leistung oder Verhalten nicht befriedigen, eine Bewährungsfrist angesetzt, und wird zur Begründung der ungenügenden Leistung oder des unbefriedigenden Verhaltens ein früher erteilter Verweise herangezogen, so kann die Lehrperson den ihr zufolge des ausgesetzten Lohnanstiegs entgangenen Lohn mit verwaltungsgerichtlicher Klage geltend machen und dabei den Verweis gerichtlich überprüfen lassen.¹⁷¹
- Fliessen ein Verweis in massgeblicher Weise in eine gemäss § 49 Abs. 1 PV jährlich stattfindende Mitarbeiterbeurteilung ein, so kann der Mitarbeiter nach § 49 Abs. 2 PV beim nächsthöheren Vorgesetzten eine

¹⁷⁰ Näheres zu diesem Lohnanstieg in § 36 Abs. 1 bis 3 PGL.

¹⁷¹ Vgl. dazu STEFAN BURRI, a.a.O., S. 2, Ziff. 2. Abs. 2.

D

Überprüfung der Beurteilung verlangen und dabei versuchen, den Verweis zu entkräften.¹⁷²

Gerade in denjenigen Fällen, in denen nach einem erteilten Verweis am Ende die Kündigung erfolgt und dabei zur Begründung der Verweis herangezogen wird, zeigt sich, dass für den von einem Verweis betroffenen Mitarbeiter die negative Feststellungsklage zur Feststellung, dass die Arbeitspflichten nicht verletzt wurden, die Erteilung des Verweises nicht zulässig war und der Verweis keinen Bestand hat, von entscheidender Bedeutung sein kann. Denn wenn der betroffene Mitarbeiter das Arbeitsverhältnis frei von einem Verweis und der damit verbundenen negativen Beurteilung der Erfüllung seiner Arbeitspflichten fortsetzen möchte, nützt ihm die Möglichkeit der nachträglichen Überprüfung des Verweises im Rahmen einer späteren Abfindungs- und Entschädigungsklage im Hinblick auf die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nichts mehr, denn die einmal ausgesprochene Kündigung beendet das Arbeitsverhältnis auch dann, wenn die Kündigung ohne sachlich zureichenden Grund erfolgte. Auch in den anderen Fällen einer späteren Überprüfung des Verweises im Rahmen von verwaltungsgerichtlichen Klageverfahren wäre dem von einem Verweis Betroffenen weit mehr gedient, wenn er sich sofort mit einer negativen Feststellungsklage gegen einen für ihn unzulässigen Verweis zur Wehr setzen könnte. Der Mitarbeiter, dessen fällige Lohnerhöhung gestützt auf den Verweis unterbleibt und die Lehrperson, in deren Fall der Lohnanstieg infolge eines Verweises ausgesetzt wird, können das Unterbleiben der fälligen Lohnerhöhung bzw. die Aussetzung des Lohnanstiegs verhindern, wenn sie gegen den Verweis unmittelbar nach seiner Erteilung mit einer negativen Feststellungsklage vorgehen können und dabei erfolgreich sind. Sie müssen diesfalls nicht das Unterbleiben der fälligen Lohnerhöhung bzw. die Aussetzung des Lohnanstiegs wehrlos hinnehmen und darauf hoffen, dass sie den Verweis noch in einem späteren, verwaltungsgerichtlichen Klageverfahren überprüfen lassen können. So bringt die Möglichkeit einer negativen Feststellungsklage im Rahmen des verwaltungsgerichtlichen Klageverfahrens für die von einem Verweis betroffenen Mitarbeiter im Verhältnis zur nachträglichen Überprüfung von Verweisen im Rahmen späterer, verwaltungsgerichtlicher Klageverfahren klare Vorteile.

3.7.2.3 Die Aufsichtsbeschwerde

Die Aufsichtsbeschwerde als blosser Rechtsbehelf hat gegenüber der Erhebung von Rechtsmitteln nur subsidiären Charakter. Zuerst muss der

¹⁷² Vgl. STEFAN BURRI, a.a.O., S. 2, Ziff. 3.

Rechtssuchende deshalb die ordentlichen und ausserordentlichen Rechtsmittel ausschöpfen, bevor er zum Rechtsbehelf der Aufsichtsbeschwerde greifen kann. Es entspricht gängiger Praxis, einer Aufsichtsbeschwerde keine Folge zu leisten, wenn es dem Anzeiger zuzumuten und möglich ist, die behaupteten Rechtsverletzungen oder Verfahrensmängel mit einem förmlichen administrativen Rechtsmittel geltend zu machen, und wenn die öffentlichen Interessen nicht als gefährdet erscheinen.¹⁷³ Es besteht zudem kein Anspruch auf eine förmliche Behandlung und Erledigung der Aufsichtsbeschwerde.¹⁷⁴ Die Aufsichtsbeschwerde ist zwar nicht an bestimmte Fristen gebunden, doch schreitet die Aufsichtsbehörde und insbes. der Regierungsrat nach ständiger Rechtsprechung und Lehre nur dann aufsichtsrechtlich ein, wenn das beanstandete Behördenverhalten qualifiziert rechtswidrig ist.¹⁷⁵

Solange also im Rahmen des verwaltungsgerichtlichen Klageverfahrens eine negative Feststellungsklage oder im datenschutzrechtlichen Verfahren ein Gesuch an das verantwortliche öffentliche Organ¹⁷⁶ (Anstellungsbehörde) um Berichtigung unrichtiger Personendaten und Entfernung des Verweises aus dem Personaldossier möglich ist, kommt eine Aufsichtsbeschwerde nicht in Frage.

4. Die Abmahnung und die Verwarnung im Personalrecht des Kantons Schwyz
- 4.1 Wesen, Funktionen und Voraussetzungen der Abmahnung und der Verwarnung

Wie bereits erwähnt¹⁷⁷, kennt auch das Personalrecht des Kantons Schwyz bei Arbeitspflichtverletzungen eines Mitarbeiters oder einer Lehrperson – nebst dem gesetzlich geregelten Verweis¹⁷⁸ – die Abmahnung und

¹⁷³ Beschluss des Regierungsrates des Kantons Schwyz Nr. 31/2022 vom 18. Januar 2022, E. 1.3, m.H.a. ATTILIO R. GADOLA, Das verwaltungsinterne Beschwerdeverfahren, 1991, S. 156 f., und MARTIN BERTSCHI, in: Alain Griffel (Hrsg.), Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, VRG, 3. A., 2014, Vorbemerkungen zu §§ 19-28a, N 61 und N 65.

¹⁷⁴ Beschluss des Regierungsrates des Kantons Schwyz Nr. 31/2022 vom 18. Januar 2022, E. 1.2, m.H.a. ATTILIO R. GADOLA, a.a.O., S. 156 ff., und MARTIN BERTSCHI, a.a.O., Vorbemerkungen zu §§ 19-28a N 62.

¹⁷⁵ Beschluss des Regierungsrates des Kantons Schwyz Nr. 31/2022 vom 18. Januar 2022, E. 1.2.

¹⁷⁶ Vgl. dazu § 26 Abs. 1 ÖDSG.

¹⁷⁷ Vgl. dazu oben, Ziff. 2.1.

¹⁷⁸ Vgl. dazu oben, Ziff. 3.1.

D

die Verwarnung. Im Personalrecht des Kantons Schwyz sind diese beiden Massnahmen nicht ausdrücklich vorgesehen. Allerdings hält § 6 Abs. 2 PG fest, dass ergänzend das OR gilt, wenn diesem Gesetz oder seinen Vollzugserlassen keine Vorschrift entnommen werden kann. Dies gilt auch für das PGL, welches in § 3 Abs. 2 auf das PG als ergänzendes Recht und damit auch auf § 6 Abs. 2 PG verweist. Indem diese Bestimmung das OR ergänzend anwendbar erklärt, sofern die kantonale Personalgesetzgebung keine eigene Regelung enthält, wird das Privatrecht kraft Verweisung zum öffentlichen Recht des Kantons Schwyz. Es muss nach dessen Regeln angewendet und ausgelegt werden. Die übernommenen Bestimmungen des OR gelten diesfalls nicht als Bundesprivatrecht, sondern als subsidiäres kantonales Recht.¹⁷⁹ Im OR sind die Abmahnung und die Verwarnung jedoch ebenfalls nicht geregelt. Lehre und Rechtsprechung unterscheiden im privaten Arbeitsrecht zwischen einem Verweis und einer Verwarnung. Mit einem Verweis oder einer Verwarnung rügt die Arbeitgeberin den Arbeitnehmer wegen einer erfolgten Pflichtverletzung, erinnert diesen an seine Pflichten und ermahnt ihn, sich inskünftig pflichtgemäss zu verhalten. Sowohl dem Verweis als auch der Verwarnung kommt damit eine Rügefunktion zu. Im Gegensatz zu einem Verweis wird eine Verwarnung unter Androhung von Folgen für den erneuten Fall einer Pflichtverletzung erteilt, wobei v.a. an die Androhung einer ordentlichen oder sogar fristlosen Kündigung zu denken ist. Anders als die Abmahnung hat die Verwarnung also auch eine Warnfunktion.¹⁸⁰ Im Weiteren haben sowohl die Abmahnung als auch die Verwarnung – gleich wie der Verweis – eine Besserungs- und eine Beweisfunktion.¹⁸¹ Nach ULLIN STREIFF/ADRIAN VON KAENEL/ROGER RUDOLPH liegt eine Verwarnung im technischen Sinn vor, «wenn für den Fall erneuter Vertragsverletzung in verständlicher Form, also nicht notwendigerweise ausdrücklich, die fristlose Entlassung angedroht wird».¹⁸² Im privaten Arbeitsrecht wird zwischen den allgemeinen Disziplinar massnahmen des Verweises, der Verwarnung, der Schadenersatzforderung und der ordentlichen oder fristlosen Kündigung einerseits sowie den besonderen Disziplinar massnahmen der sog. Betriebsjustiz, wie insbes. Geldbussen,

¹⁷⁹ Urteil BGer 8C_275/2020 vom 6. August 2020, E. 3.2; vgl. auch teilweise abweichend HANS- ULRICH STOOSS, a.a.O., S. 1102 f. Rz. 1 und 5; zur Verweisung des Verwaltungsrechts auf Normen des Privatrechts vgl. insbes. ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, a.a.O., Rz. 248 ff., und PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI/MARKUS MÜLLER, a.a.O., § 48 Rz. 8 Ziff. 3.

¹⁸⁰ Vgl. dazu PHILIP SCHNEITER, a.a.O., S. 1 ff.

¹⁸¹ Vgl. dazu oben, Ziff. 3.3 (betr. den Verweis).

¹⁸² ULLIN STREIFF/ADRIAN VON KAENEL/ROGER RUDOLPH, a.a.O., N 13 zu Art. 337 OR, m.w.H. auf Literatur und Judikatur. Ebenso MARTIN FARNER, in: FHB Arbeitsrecht, N 12.52.

Nacharbeit und Versetzung¹⁸³, andererseits unterschieden.¹⁸⁴ Die Verwarnung wird zutreffend als eine Kombination aus Verweis und Drohung umschrieben.¹⁸⁵ Der Verweis und die Verwarnung als Massnahmen des privaten Arbeitsrechts stehen im Kanton Schwyz der Anstellungsbehörde unter den gegebenen Voraussetzungen somit als Massnahmen des ergänzenden, öffentlichen Personalrechts nebst dem Verweis als eigentliche Disziplinar-massnahme des öffentlichen Personalrechts zur Verfügung. Um Verwechslungen mit dem Verweis als Disziplinar-massnahme auszuschliessen, wird der Verweis im Sinne des privaten Arbeitsrechts als Abmahnung bezeichnet.

Es steht der Anstellungsbehörde im Kanton Schwyz also frei, im Falle einer Arbeitspflichtverletzung durch einen Mitarbeiter oder eine Lehrperson – unter Wahrung des Verhältnismässigkeitsprinzips¹⁸⁶ – eine Abmahnung oder eine Verwarnung zu erteilen. Dabei hat die Verwarnung als schärfere Massnahme zu gelten, da sie im Unterschied zur Abmahnung bereits weitergehendere Massnahmen für den erneuten Fall einer Pflichtverletzung androht. Dementsprechend kann im Sinne einer Faustregel gelten: Je geringer die Arbeitspflichtverletzung, desto eher dürfte eine Abmahnung angezeigt sein, je erheblicher die Pflichtverletzung, desto eher ist eine Verwarnung in Betracht zu ziehen. Auch bei kleineren, wiederholten Pflichtverletzungen wird oft eine Verwarnung angezeigt sein. Insgesamt betrachtet werden aber sowohl die Abmahnung als auch die Verwarnung – im Unterschied zum Verweis – in erster Linie bei weniger gravierenden Arbeitspflichtverletzungen Anwendung finden.

Was die Voraussetzungen einer Abmahnung oder einer Verwarnung betrifft, so sind eine Arbeitspflichtverletzung, ein Verschulden des Mitarbeiters sowie die Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit erforderlich.¹⁸⁷

¹⁸³ Diese besonderen Disziplinar-massnahmen bedürfen einer separaten Rechtsgrundlage in der Betriebsordnung (vgl. dazu Art. 37 ff. ArG).

¹⁸⁴ THOMAS GEISER/ROLAND MÜLLER/KURT PÄRLI, Arbeitsrecht in der Schweiz, 4. A., Bern 2019, Rz. 343 und 345.

¹⁸⁵ So THOMAS GEISER/ROLAND MÜLLER/KURT PÄRLI, a.a.O., Rz. 343 Fn. 597, m.H. auf ROLAND MÜLLER, Betriebliches Disziplinarwesen, in: SSA 21, Bern 1983, S. 75.

¹⁸⁶ Vgl. dazu oben, Ziff. 3.5.3.

¹⁸⁷ Es kann dazu auf die Ausführungen oben, Ziff. 3.5.1. bis 3.5.3. verwiesen werden, wo diese Voraussetzungen bereits als Voraussetzungen für einen Verweis erörtert worden sind. Die dortigen Ausführungen gelten sinngemäss auch im vorliegenden Kontext einer Abmahnung oder einer Verwarnung.

D

4.2 Die Rechtsnatur der Abmahnung und der Verwarnung

Im Unterschied zum Verweis als Disziplinar massnahme, der eine Verfügung darstellt¹⁸⁸, stellen die Abmahnung und die Verwarnung keine Hoheitsakte dar, mit denen die Arbeitspflichtverletzung eines Mitarbeiters oder einer Lehrperson hoheitlich festgestellt und formell missbilligt werden. Auch wird – anders als bei einem Verweis – durch eine Abmahnung oder eine Verwarnung die Rechtsstellung des Mitarbeiters gemäss der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts nicht verschlechtert, weil im Falle von späteren, weitergehenden Massnahmen, insbes. bei einer allfälligen Kündigung des Arbeitsverhältnisses, die Verfahrensrechte des Mitarbeiters gewahrt bleiben und überprüft werden kann, ob eine Abmahnung oder Verwarnung begründet war oder nicht¹⁸⁹, und weil der Mitarbeiter bei einer späteren Pflichtverletzung nicht als disziplinarisch vorbestraft gilt¹⁹⁰, und er deshalb – im Unterschied zur Situation bei einem Verweis – bei einer erneuten Pflichtverletzung nicht in aller Regel von schärferen Massnahmen ausgehen muss. Gemäss Rechtsprechung und Lehre kommt der Abmahnung und der Verwarnung kein Verfügungscharakter zu.¹⁹¹ Sie sind den Realakten zuzuordnen, zählen also zu den Verwaltungshandlungen, die nicht auf einen rechtlichen, sondern einen tatsächlichen Erfolg gerichtet sind, und die nicht unmittelbar Rechte und Pflichten der Privaten begründen, jedoch mittelbar Rechtswirkungen zur Folge haben können.¹⁹²

4.3 Die Rechtsfolgen aus der Qualifikation der Abmahnung und der Verwarnung als Realakte

§ 34a VRP ist der bundesrechtlichen Regelung gemäss § 25a VwVG nachgebildet, verwirklicht auf kantonaler Ebene die Rechtsweggarantie¹⁹³

¹⁸⁸ Vgl. dazu oben, Ziff. 3.4.

¹⁸⁹ Urteil BVGer A-4464/2015 vom 23. November 2015, E. 1.1.5; Urteil BVGer A-2201/2021 vom 29. Juni 2022, E. 6.5.

¹⁹⁰ PETER HÄNNI, a.a.O.

¹⁹¹ Vgl. in verwandtem Zusammenhang zur Mahnung im Bundespersonalrecht gemäss Art. 10 Abs. 3 BPG, der – wie dargelegt (vgl. oben, Ziff. 2.2) – ebenfalls kein Verfügungscharakter zukommt, Urteil BVGer A-4464/2015 vom 23. November 2015, E. 1.1.4, m.w.H. auf die Rechtsprechung des Bundesgerichtes, des Bundesverwaltungsgerichtes und der eidgenössischen Personalrekurskommission.

¹⁹² Vgl. zu den Realakten bereits oben, Ziff. 3.4; ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, a.a.O., Rz. 1408; zu den Arten von Realakten vgl. PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI/MARKUS MÜLLER, a.a.O., § 38 Rz. 7 ff. und ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, a.a.O., Rz. 1409 ff.

¹⁹³ Art. 29a BV; vgl. dazu auch ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, a.a.O., Rz. 1428a und 1429.

und hält folgendes fest: Personen, die ein schutzwürdiges Interesse haben, können von der Behörde, welche für Handlungen zuständig ist, die sich auf öffentliches Recht stützen und Rechte oder Pflichten berühren, verlangen, dass sie widerrechtliche Handlungen unterlässt, einstellt oder widerruft (Abs. 1 lit. a), die Folgen von widerrechtlichen Handlungen beseitigt (Abs. 1 lit. b) oder die Widerrechtlichkeit von Handlungen feststellt (Abs. 1 lit. c); die Behörde entscheidet durch eine Verfügung (Abs. 2).

Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichtes ist einer Person, die von einer gestützt auf Art. 10 Abs. 3 BPG ausgesprochenen, der Kündigung vorausgehenden Mahnung betroffen ist, das von Art. 25a VwVG geforderte schutzwürdige Interesse für den Erlass einer anfechtbaren Verfügung abzusprechen. Einer solchen Mahnung kommt nach gefestigter Rechtsprechung des Bundesgerichts und des Bundesverwaltungsgerichtes kein Verfügungscharakter zu, weshalb sie nicht anfechtbar ist.¹⁹⁴ Wird eine Mahnung ausgesprochen, bleiben gemäss Bundesverwaltungsgericht die Verfahrensrechte des Arbeitnehmers insoweit gewahrt, als bei einer allfälligen Auflösung des Arbeitsverhältnisses überprüft werden kann, ob genügend sachliche Gründe für eine ordentliche Kündigung gemäss Art. 10 Abs. 3 BPG vorlagen. Ein Rechtsschutzdefizit liegt insofern nicht vor.¹⁹⁵ Mit dieser Begründung lässt sich auch für die personalrechtliche Abmahnung und Verwarnung im Kanton Schwyz festhalten, dass es einer von einer Abmahnung oder einer Verwarnung betroffenen Person am schutzwürdigen Interesse gemäss § 34a Abs. 1 VRP fehlt, wenn im Rahmen eines späteren, verwaltungsgerichtlichen Klageverfahrens die Frage geklärt werden kann, ob ein sachlich zureichender Grund nach § 21a Abs. 2 PG oder nach § 13 Abs. 2 PGL vorlag und dabei eine Abmahnung oder eine Verwarnung überprüft werden muss, weil sich die kündigende Anstellungsbehörde darauf abstützte. Es besteht auch im Kanton Schwyz kein Rechtsschutzdefizit.

Eine Abmahnung oder Verwarnung kann also nicht zum Erlass einer anfechtbaren Verfügung führen. Die fehlende Anfechtbarkeit einer Abmahnung oder einer Verwarnung widerspricht auch nicht Sinn und Zweck der Abmahnung bzw. der Verwarnung, an die Pflichten aus dem Arbeitsver-

¹⁹⁴ Urteil BGer 8C_358/2009 vom 8. März 2010, E. 4.3; Urteile BVGer A-2201/2021 vom 29. Juni 2022, E. 5.4.2 und E. 6.5, A-6699/2015 vom 21. März 2016, E. 3.2, und A-4464/2015 vom 23. November 2015, E. 1.1.4.

¹⁹⁵ Urteile BVGer A-2201/2021 vom 29. Juni 2022, E. 6.5, A-5189/2019 vom 1. April 2020, E. 6.6.4, und A-6699/2015 vom 21. März 2016, E. 3.4.

D

hältnis zu erinnern sowie – im Falle der Verwarnung – auf mögliche Sanktionen im Falle erneuter Pflichtverletzungen hinzuweisen.¹⁹⁶ Damit ist die Ausgangslage dieselbe wie im OR, wo die Möglichkeit, sich über eine Mahnung oder eine Verwarnung, unabhängig von einem Kündigungsverfahren, zu beschweren, ebenfalls fehlt.¹⁹⁷

Die gleichen Gründe, die dazu führen, das schutzwürdige Interesse einer von einer Abmahnung oder einer Verwarnung betroffenen Person für den Erlass einer anfechtbaren Verfügung zu verneinen, sprechen auch dafür, der betroffenen Person das für eine verwaltungsgerichtliche Feststellungsklage erforderliche Feststellungsinteresse abzusprechen: Eine blosser Abmahnung bedeutet noch keine Gefährdung der Rechtsstellung der klagenden Partei, eine Verwarnung hat allenfalls ansatzweise eine Gefährdung dieser Rechtsstellung zur Folge, sodass nebst der ersten Voraussetzung des Feststellungsinteresses auch die zweite Voraussetzung nicht gegeben ist, nämlich die Unzumutbarkeit der Fortdauer der Rechtsungewissheit.¹⁹⁸ Dieses Ergebnis ist auch insofern folgerichtig, als nicht auf der einen Seite einem von einer Abmahnung oder einer Verwarnung betroffenen Mitarbeiter mangels Rechtsschutzdefizit das schutzwürdige Interesse gemäss Art. 34a VwVG abgesprochen und auf der anderen Seite gleichzeitig hinsichtlich einer verwaltungsgerichtlichen Feststellungsklage (zur Feststellung der Unzulässigkeit einer Abmahnung oder Verwarnung) das Feststellungsinteresse bejaht werden kann.

4.4 Klage wegen Verletzung der Persönlichkeit gemäss Art. 328 OR und Art. 28 ZGB

Was oben zur Möglichkeit einer verwaltungsgerichtlichen Klage eines von einem Verweis betroffenen Mitarbeiters wegen Verletzung der Persönlichkeit gemäss Art. 328 OR ausgeführt wurde¹⁹⁹, gilt sinngemäss auch für die Zulässigkeit einer solchen Klage eines Mitarbeiters, der wegen Verletzung seiner Persönlichkeit durch eine Abmahnung oder eine Verwarnung gestützt auf Art. 328 OR im verwaltungsgerichtlichen Klageverfahren klagen möchte.

¹⁹⁶ Urteil BVGer A-2201/2021 vom 29. Juni 2022, E. 6.5, m.H. auf Urteile des BVGer A-4464/2015 vom 23. November 2015, E. 1.1.5, und A-692/2014 vom 17. Juli 2014, E. 3.2.

¹⁹⁷ So Urteil BVGer A-2201/2021 vom 29. Juni 2022, E. 6.5, m.H. wie in Fn. 194.

¹⁹⁸ Vgl. zum Feststellungsinteresse oben, Ziff. 3.7.1.3.

¹⁹⁹ Vgl. dazu oben, Ziff. 3.7.2.1.

Es stellt sich die Frage, ob einem von einer Abmahnung oder Verwarnung betroffenen Mitarbeiter, der in seiner Persönlichkeit verletzt wird, die Rechtsbehelfe des Art. 28a ZGB zustehen, und ob dieser Mitarbeiter die entsprechenden Ansprüche, insbes. den Feststellungsanspruch (Feststellung der Widerrechtlichkeit einer Verletzung) nach Art. 28a Abs. 1 Ziff. 3 ZGB, im verwaltungsgerichtlichen Klageverfahren geltend machen kann. Immerhin entfällt die Einschränkung, dass keine Klagemöglichkeit betr. Ansprüche aus Art. 28a ZGB im Falle von Klagen wegen Verletzung der Persönlichkeit gegen Staaten und andere Körperschaften des öffentlichen Rechts, die im Rahmen ihrer hoheitlichen Befugnisse handeln²⁰⁰, besteht, weil Abmahnungen und Verwarnungen nicht kraft hoheitlicher Disziplinarbefugnisse erteilt werden, sondern aufgrund des Arbeitsvertrages. Allerdings gilt der Grundsatz, dass die Persönlichkeitsrechte ausschliesslich die Beziehungen unter Privaten regeln, während die Grundrechte das Verhältnis des Einzelnen zum Staat normieren.²⁰¹ Doch gibt es Ausnahmen von diesem Grundsatz. So ist u.a. in Analogie zu Art. 61 Abs. 2 OR eine direkte Anwendbarkeit von Art. 28 ZGB denkbar bei Klagen von Privaten, die den Staat ins Recht ziehen, wenn zwischen dem Verursacher der Verletzung und dem Verletzten ein privatrechtlich beherrschtes Rechtsverhältnis vorliegt.²⁰² Gemäss ausdrücklicher Normierung beruht das Arbeitsverhältnis der Angestellten des Kantons in Verwaltung, Anstalten und Gerichten im Sinne von § 2 lit. b PG i.V.m. § 1 Abs. 1 PG seit 1. Juli 2000 auf einem öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnis, dasjenige der an den öffentlichen Volksschulen tätigen Lehrpersonen seit 1. Januar 2003.²⁰³ Dieses System gilt auch in den sechs Schwyzer Bezirken und in zahlreichen Gemeinden. Liegt jedoch ein öffentlich-rechtlicher Arbeitsvertrag vor, kann nicht von einem privatrechtlich beherrschten Rechtsverhältnis ausgegangen werden. Dem von einer Abmahnung oder Verwarnung betroffenen Mitarbeiter stehen diesfalls die Rechtsbehelfe gemäss Art. 28a ZGB nicht zur Verfügung. Besteht jedoch zwischen dem Kanton, einem Bezirk oder einer Gemeinde und einem Mitarbeiter ein privatrechtliches Arbeitsverhältnis, was im Kanton bei Lernenden der Fall ist, für die ein Lehrvertrag nach OR abgeschlossen wird²⁰⁴, so stehen dem Mitarbeiter bzw. dem Lernenden die Rechtsbehelfe gemäss Art. 28a ZGB zu.

²⁰⁰ Vgl. zu dieser Einschränkung BSK ZGB I-ANDREAS MEILI, a.a.O., und bereits oben, Ziff. 3.7.2.1.

²⁰¹ BSK ZGB I-ANDREAS MEILI, a.a.O.; Urteil BGer 2C.37/2018 vom 15. August 2018, E. 8, m.H.a. BGE 134 I 229, E. 3.1; vgl. dazu auch bereits oben, Ziff. 3.7.2.1.

²⁰² BSK ZGB I-ANDREAS MEILI, a.a.O.; BGE 134 I 229, E. 3.1.

²⁰³ Vgl. dazu oben, Ziff. 3.2.3.1 und Fn 33 und 34.

²⁰⁴ Vgl. § 21j Abs. 2 PG.

D

4.5 Der Datenschutz

Zu den datenschutzrechtlich relevanten Personendaten gemäss § 4 lit. c ÖDSG, § 28 PG und § 24 PGL gehören auch Angaben über Abmahnungen und Verwarnungen.²⁰⁵ Die oben zum Datenschutz bei Verweisen erfolgten Ausführungen²⁰⁶ gelten sinngemäss auch hinsichtlich des Datenschutzes im Falle einer Abmahnung oder Verwarnung. Die datenschutzrechtlichen Ansprüche gemäss § 26 ÖDSG, § 28 PG und § 24 PGL betreffen nur Angaben über Abmahnungen und Verwarnungen. Das Verfahren gemäss §§ 27 ff. ÖDSG steht nur zur Überprüfung solcher Angaben zur Verfügung, nicht aber zur Überprüfung des Inhaltes einer Abmahnung oder Verwarnung. Stets ist dem von einer Abmahnung oder Verwarnung betroffenen Mitarbeiter deshalb aus Beweisgründen, insbes. im Hinblick auf allfällige spätere, weitere Massnahmen, zu empfehlen, der Anstellungsbehörde zur Abmahnung oder zur Verwarnung eine begründete und nach Möglichkeit auch mit Beweismitteln²⁰⁷ versehene Stellungnahme einzureichen.

4.6 Die spätere Überprüfung der Abmahnung und der Verwarnung im Rahmen von verwaltungsgerichtlichen Klageverfahren

Ist einem Mitarbeiter bzw. einer Lehrperson gekündigt worden, weil die Leistung oder das Verhalten des Mitarbeiters bzw. der Lehrperson nicht befriedigen, oder weil der Mitarbeiter bzw. die Lehrperson Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis schwer und wiederholt verletzt hat, so kann der Mitarbeiter bzw. die Lehrperson im Rahmen eines verwaltungsgerichtlichen Klageverfahrens eine Abfindungs- und Entschädigungsklage erheben und geltend machen, dass die Kündigung ohne sachlich zureichenden Grund erfolgte. Ist von der Anstellungsbehörde zur Begründung der Kündigung eine früher ausgesprochene Abmahnung oder Verwarnung beigezogen worden, so kann der Mitarbeiter bzw. die Lehrperson die Abmahnung oder Verwarnung – gleich wie im Falle eines Verweises – im Rahmen eines verwaltungsgerichtlichen Klageverfahrens gerichtlich überprüfen lassen.²⁰⁸

²⁰⁵ Vgl. dazu oben, Ziff. 3.7.1.3, und die Ausführungen in Fn. 159, die im vorliegenden Zusammenhang sinngemäss gelten.

²⁰⁶ Vgl. oben, Ziff. 3.7.1.3.

²⁰⁷ In Frage kommen Auskunftsberichte anderer Behörden und Amtsstellen (§ 24 Abs. 1 lit. a VRP), Auskünfte der Parteien und von Drittpersonen (§ 24 Abs. 1 lit. b VRP), Urkunden (§ 24 Abs. 1 lit. c VRP) und Gutachten von Sachverständigen (§ 24 Abs. 1 lit. e VRP).

²⁰⁸ Vgl. dazu im Einzelnen oben, Ziff. 3.7.2.2.

Unterbleibt eine aus Sicht des Mitarbeiters fällige Lohnerhöhung mit der Begründung einer ungenügenden Leistung oder eines unbefriedigenden Verhaltens des Mitarbeiters, und stellt die Anstellungsbehörde im Rahmen ihrer Begründung ganz oder teilweise auf eine zuvor erteilte Abmahnung oder Verwarnung wegen ungenügender Leistung oder unbefriedigenden Verhaltens ab, oder wird im Falle einer Lehrperson der gesetzlich geregelte Lohnanstieg ausgesetzt, weil der Lehrperson, deren Leistung oder Verhalten nicht befriedigen sollen, mit dieser Begründung auf der Grundlage einer früheren Abmahnung oder Verwarnung eine Bewährungsfrist angesetzt wird, so kann der Mitarbeiter bzw. die Lehrperson den ihr entgangenen Lohn mit verwaltungsgerichtlicher Klage geltend machen und dabei die Abmahnung oder Verwarnung – wie im Falle eines erteilten Verweises²⁰⁹ – gerichtlich überprüfen lassen.

4.7 Die Dienstaufsicht

Erwähnt werden soll die Dienstaufsicht, gemäss welcher die übergeordnete Verwaltungsbehörde die Befolgung der Gesetze und Verordnungen und die Einhaltung ihrer Dienstbefehle und Weisungen zu überwachen hat.²¹⁰ Die Dienstaufsicht entfaltet sich innerhalb des einzelnen Verwaltungsträgers (innerhalb der Zentralverwaltung oder innerhalb eines Trägers der dezentralen Verwaltung). Sie bedingt eine hierarchische Organisation des Verwaltungsträgers.²¹¹ Obwohl das Personalrecht des Kantons Schwyz in § 49 Abs. 2 PV einzig für die Mitarbeiterbeurteilung vorsieht, dass ein Mitarbeiter, der mit der Beurteilung durch seinen Vorgesetzten nicht einverstanden ist, beim nächsthöheren Vorgesetzten eine Überprüfung verlangen kann²¹², muss es möglich sein, dass der von einer Abmahnung oder Verwarnung betroffene Mitarbeiter die Überprüfung der Abmahnung oder Verwarnung durch den nächsthöheren Vorgesetzten, z.B. durch den Departementsvorsteher, einfordern kann. Zu diesem Ergebnis gelangt man, indem man in einem ersten Schritt auf dem Wege der Auslegung der PV zum Schluss gelangt, dass eine echte Verordnungslücke vorliegt, weil sich die Regelung der PV als unvollständig erweist.²¹³ In einem zweiten Schritt

²⁰⁹ Vgl. dazu im Einzelnen oben, Ziff. 3.7.2.2.

²¹⁰ ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, a.a.O., Rz. 1576.

²¹¹ PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI/MARKUS MÜLLER, a.a.O., § 5 Rz. 32.

²¹² Vgl. § 49 Abs. 2 PV; gemäss § 3 Abs. 2 PGL gilt diese Regelung auch für die Volksschullehrpersonen.

²¹³ Zur Lückenfüllung im Verwaltungsrecht vgl. statt vieler ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, a.a.O., Rz. 201 ff., und PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI/MARKUS MÜLLER, a.a.O., § 25 Rz. 7 ff.

D

ist die Lücke per analogiam²¹⁴ zu füllen, indem die für die Mitarbeiterbeurteilung in § 49 Abs. 2 PV vorgesehene Regelung der Prüfung durch den nächsthöheren Vorgesetzten auch auf Abmahnungen und Verwarnungen angewendet wird.

Auf den Verweis kann die in § 49 Abs. 2 PV für die Mitarbeiterbeurteilung vorgesehene Regelung allerdings nicht analog angewendet werden. Es fehlt an einer echten Verordnungslücke, da im Falle eines Verweises, der eine Verfügung ist²¹⁵, die unter Einhaltung der entsprechenden Verfahrensvorschriften der VRP²¹⁶, und insbes. unter Gewährung des rechtlichen Gehörs²¹⁷, erlassen wird, eine Überprüfung dieses Verweises bzw. dieser Verfügung durch den nächsthöheren Vorgesetzten den Rahmen der Dienstaufsicht sprengen würde. Die Dienstaufsicht kann nicht dazu führen, dass der nächsthöhere Vorgesetzte zu einer Rechtsmittelinstanz wird, bei der Verweise bzw. Verfügungen angefochten und deren Überprüfung verlangt werden könnten.

4.8 Die Aufsichtsbeschwerde

Eine Aufsichtsbeschwerde als blossen und subsidiären Rechtsbehelf kann der von einer Abmahnung oder Verwarnung betroffene Mitarbeiter nur erheben, wenn er nicht über die Möglichkeit verfügt, Klage im verwaltungsgerichtlichen Klageverfahren wegen Verletzung des Schutzes seiner Persönlichkeit gemäss Art. 328 OR und Art. 28 ZGB zu erheben²¹⁸ oder ein datenschutzrechtliches Verfahren gemäss ÖDSG einzuleiten^{219, 220}.

5. Fazit

Der Verweis als Disziplinar massnahme gemäss § 30a PG, § 34 PGL und § 10 lit. b der Weisungen zur Weiterbildung der Volksschullehrpersonen ist eine Verfügung, und kein Realakt. Dies hat erhebliche Konsequenzen:

²¹⁴ Vgl. zum Analogieschluss im Verwaltungsrecht ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, a.a.O., Rz. 186 ff.

²¹⁵ Vgl. dazu oben, Ziff. 3.4 und insbes. Ziff. 3.4.3.

²¹⁶ Vgl. dazu oben, Ziff. 3.6.

²¹⁷ Vgl. dazu oben, Ziff. 3.6.3.

²¹⁸ Vgl. dazu oben, Ziff. 4.4.

²¹⁹ Vgl. dazu oben, Ziff. 4.5.

²²⁰ Vgl. dazu ausführlicher oben, Ziff. 3.7.2.3 (die dortigen Ausführungen gelten sinngemäss auch im vorliegenden Zusammenhang).

Soll einem Mitarbeiter ein Verweis erteilt werden, so sind die verfahrensmässigen Vorgaben des VRP einzuhalten. Insbes. hat die Anstellungsbehörde den Verweissachverhalt von Amtes wegen abzuklären und dem Mitarbeiter das rechtliche Gehör zu gewähren, zu welchem vor allem gehört, dass der Mitarbeiter angehört wird und einen Anspruch darauf hat, dass seine Äusserungen gewürdigt werden. Als Verfügung kann der Verweis in formelle und materielle Rechtskraft erwachsen.

Dem Verweis kommt insofern eine besondere Bedeutung zu, als er nicht nur regelmässig unter Androhung von weitergehenden Massnahmen für den Fall einer erneuten Pflichtverletzung die Ermahnung des pflichtvergessenen Mitarbeiters zu künftigem vertragsgemäsem Verhalten bezweckt, was auch Sinn und Zweck einer Abmahnung bzw. Verwarnung entspricht, sondern dass er darüber hinaus auch einen präventiven Ordnungszweck verfolgt, indem Sinn und Zweck des öffentlich-rechtlichen Disziplinarrechtes entsprechend der Verweis dazu beitragen soll, den ordnungsgemässen Gang der Verwaltung und deren Vertrauenswürdigkeit und Ansehen in der Öffentlichkeit zu sichern und zu erhalten.

Stets hat die Anstellungsbehörde im Rahmen eines Verweisverfahrens sorgfältig zu prüfen, ob die Voraussetzungen, welche für die Erteilung eines Verweises erforderlich sind, gegeben sind, d.h. ob eine Arbeitspflichtverletzung und ein Verschulden des Mitarbeiters vorliegen, und ob der Grundsatz der Verhältnismässigkeit gewahrt wird. In der Praxis kommt der Voraussetzung der Verhältnismässigkeit eine erhebliche Bedeutung zu: Im Einzelfall ist bei einer Arbeitspflichtverletzung aufgrund der Schwere und der Auswirkungen der jeweiligen Pflichtverletzung, von Verschuldensformen und -graden und einer Prognose über das künftige Verhalten des pflichtvergessenen Mitarbeiters zu prüfen, ob und welche der möglichen personalrechtlichen Massnahmen wie namentlich Befragung, Aussprache, ernstes Gespräch, Verhaltensanweisung, Zielvorgabe, Abmahnung, Verwarnung oder disziplinarischer Verweis dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit entsprechen. In diesem Zusammenhang ist es für die Anstellungsbehörden wichtig, sich die einzelnen Instrumente Abmahnung, Verwarnung und Verweis als Disziplinar-massnahme mit ihren unterschiedlichen Voraussetzungen sowie charakteristischen Funktionen und Zielen vor Augen zu führen und sich in jedem einzelnen Fall einer Arbeitspflichtverletzung darüber Rechenschaft zu geben, welche Massnahme die geeignete ist.

Der Verweis hat Gewicht: Er verschlechtert die Rechtsstellung des betroffenen Mitarbeiters deutlich und definitiv, denn ein Mitarbeiter, dem ein Verweis erteilt wurde, kann für den Fall einer erneuten Arbeitspflichtverletzung in aller Regel von weitergehenden Massnahmen, insbes. oft von

D

einer Kündigung, ausgehen, und gilt überdies als disziplinarisch vorbestraft. Deshalb stellt sich auch die Frage des Rechtsschutzes eines von einem Verweis betroffenen Mitarbeiters. Das Personalrecht des Kantons Schwyz sieht gegen die Erteilung eines Verweises kein Rechtsmittel vor. Im Falle von dem öffentlichen Recht unterstellten Arbeitsverhältnissen kann der Rechtsschutz im Kanton Schwyz einzig im verwaltungsgerichtlichen Klageverfahren gewährt werden. Der von einem Verweis betroffene Mitarbeiter soll im Rahmen des verwaltungsgerichtlichen Klageverfahrens beim Verwaltungsgericht eine negative Feststellungsklage einreichen können, mit welcher er die gerichtliche Feststellung anbegehren kann, dass ein Verweis mangels der erforderlichen Voraussetzungen nicht zulässig ist und keinen Bestand hat. Aufgrund der negativen Auswirkungen eines Verweises auf die Rechtsstellung des Betroffenen ist das für eine Feststellungsklage erforderliche Feststellungsinteresse zu bejahen.

Obwohl im Personalrecht des Kantons Schwyz nicht ausdrücklich geregelt, sind die Abmahnung und die Verwarnung in ergänzender Anwendung des OR gemäss § 6 Abs. 2 PG auch im Kanton Schwyz geläufig und weit verbreitet. Diese personalrechtlichen Massnahmen kommen hauptsächlich eher bei geringeren Arbeitspflichtverletzungen zum Zuge, wobei die Verwarnung als schärfere Massnahme zu gelten hat, da mit ihr im Unterschied zur Abmahnung bereits weitergehende Massnahmen für den erneuten Fall einer Pflichtverletzung androht werden und sie deshalb desto eher angezeigt ist, je gravierender die Pflichtverletzung ist. Auch im Falle von wiederholten kleineren Pflichtverletzungen dürfte die Verwarnung oft die richtige Massnahme sein. Allerdings besteht im Falle einer Abmahnung oder Verwarnung, die nicht Verfügungen sind, sondern Realakte, keine Möglichkeit der Anfechtung als Verfügung. Auch entfällt ein Rechtsschutz im verwaltungsgerichtlichen Klageverfahren, denn es fehlt am erforderlichen Feststellungsinteresse für eine negative Feststellungsklage, da eine «blosse» Abmahnung oder auch eine Verwarnung in der Regel noch keine reelle Gefährdung bzw. erhebliche Verschlechterung der Rechtsstellung des Betroffenen zur Folge haben. Allerdings kann der Betroffene im Rahmen der Dienstaufsicht die Überprüfung einer Abmahnung oder Verwarnung durch den nächsthöheren Vorgesetzten verlangen.

Richtig und v.a. verhältnismässig eingesetzt sind der Verweis, die Abmahnung und die Verwarnung Massnahmen, die erheblich dazu beitragen, dass fehlerhafte Mitarbeiter zu vertragsgemässen Leistungen und Verhaltensweisen zurückfinden, und dass im Falle eines Verweises der ordnungsgemässe Gang der Verwaltung und deren Ansehen in der Öffentlichkeit gewährleistet bleiben. Die Erfahrungen in der Praxis zeigen auch, dass diese

drei personalrechtlichen Massnahmen ihre Wirkung i.d.R. nicht verfehlen, wenn sie mit Augenmass und sorgfältig begründet eingesetzt werden.

Sachregister

(Die Zahlenangaben beziehen sich auf die Entscheid-Nummern)

A

Anerkennung	
- einer Adoptionsaufhebung	C 5.1
- eines ausländischen Konkursdekrets	A 6.4
Anklageprinzip	A 5.3
Anträge	A 3.3
Arbeitsvergabe	
- Beschaffung durch mehrere Gemeinden	B 11.2
- Verfahrensabbruch	B 11.2
- Zuschlagskriterium Preis	B 11.1
Aufenthaltsbewilligung (Nichtverlängerung)	C 18.1
Auslegung (Vertrag)	A 2.1
Aussagen (Glaubhaftigkeit)	A 5.2
Auswärtiger Schulbesuch	C 8.2

B

Berufliche Vorsorge	
- Parteientschädigung im Klageverfahren	B 1.3
Berufsmaturitätsschule	C 8.1
Bestimmtheitsgebot	A 5.3
Betriebsgefahr	A 2.3
Bevölkerung (Begriff)	A 4.3
Beweismittel	A 4.2

C

Covid-19	
- Nichttragen der Gesichtsmaske	A 5.3

D

Denkmalschutz	
- Beschwerdelegitimation	B 1.1
- Einleitung eines Unterschutzstellungsverfahrens	C 2.7

E

Einstellung	A 5.2
Ergänzungsleistungen	
- Familienrechtliche Unterhaltsbeiträge	B 2.1

G

Geruchsemissionen	C 3.1
Gestaltungsplan	C 2.7
Gewässerschutz	
- Bauten im Gewässerschutzbereich	B 8.5
- Begriff des "sehr kleinen" Gewässers	B 8.4
Glaubhaftigkeit (Aussagen)	A 5.2

H

Haftpflichtrecht	A 2.3
Heckenrückschnitt	C 2.1
Hundehalteverbot (mietvertragliches)	A 2.2

I

Internationales Zivilrecht	C 5.1
----------------------------	-------

K

Kognition (kleine Berufung)	A 5.3	
Konkurseröffnung	A 6.2	A 6.3
Kostenübernahme		C 7.2
Kostenverteilung	C 2.8	C 10.1

L

Landesverweisung	C 18.2
Legalitätsprinzip	A 5.3
Liquidation	A 6.1
Luftreinhalteverordnung	C 3.1

N

Ne bis in idem	A 5.1
Niederlassungsbewilligung (Widerruf)	C 18.2
Nutzungsplanung (siehe Planungs- und Baurecht)	

O

Ordnungsbusse	C 8.3
Ordre public	C 5.1
Organisationsmängel	A 3.2 A 6.1

P

Planungs- und Baurecht	
- Abstände (Sträucher und Lebhäge)	C 2.1
- Ausnahmegewilligung	B 8.3
- Ausnützungsübertragung	C 2.2
- Baugewilligung	B 8.1
- Baugesuch, Wiedereinreichung nach Rückzug	B 8.1
- Bestandesgarantie	C 2.4
- Bewilligungsfähigkeit (Parkplätze im Waldabstand)	B 8.2
- Denkmalschutz	C 2.7
- Erschliessung (Verkehrskonzept)	C 2.3
- Gebäudehöhe	C 2.2 C 2.5
- Gestaltungsplan	C 2.7
- Sichtfelder	C 2.1
- Verkehrssicherheit	C 2.9
- Waldabstand	B 8.2
- Zonenkonformität (Erschliessungsstrasse)	C 2.4
Politische Rechte	
- Ausgabenbewilligung	B 7.1
- Pluralinitiative, Gültigkeit	B 7.1

R

Raumplanung	C 10.1
Rechtsmittel	
- Ausdehnung gutheissender Rechtsmittelentscheide	A 5.4
- Berufungsanträge	A 3.3
- kleine Berufung (Kognition)	A 5.3

- Weiterziehung der Konkursöffnung A 6.3

S

Schreckung der Bevölkerung A 4.3

Schuldbetreibungs- und Konkursrecht

- Anerkennung eines ausländischen Konkursdekrets A 6.4

- Konkursöffnung ohne vorgängige Betreuung A 6.2

- Liquidation einer Gesellschaft A 6.1

- Staatenarrest A 6.5

- Weiterziehung der Konkursöffnung A 6.3

- Zahlungseinstellung A 6.2

Schuldübernahme C 8.1 C 8.2

Schulunterricht (unbewilligtes Fernbleiben) C 8.3

Seilbahnkorridor C 10.1

Sozialwesen C 7.1 C 7.2 C 7.3 C 7.4

Staatenarrest A 6.5

Strafprozessrecht

- Abnahme von Beweismitteln A 4.2

- Anklageprinzip A 5.3

- Ausdehnung gutheissender Rechtsmittelentscheide A 5.4

- Einstellung A 5.2

- Grundsatz "ne bis in idem" A 5.1

- kleine Berufung (Kognition) A 5.3

Strafrecht

- psychische, sexuelle Nötigung A 4.2

- Schreckung der Bevölkerung A 4.3

- Tätigkeitsverbot A 4.1

Submission (siehe Arbeitsvergabe)

T

Tätigkeitsverbot A 4.1

Teilrevision Nutzungsplanung C 10.1

U

Umweltschutz C 3.1

Unterstützungswohnsitz C 7.1

V

Verfahren

- Abgrenzung Klage-/Beschwerdeverfahren B 1.4
 - Akteneinsichtsrecht C 2.6
 - Ausstandsgesuch (Kostenverteilung) C 2.8
 - Beschwerdelegitimation B 1.1
 - Parteientschädigung B 1.3
 - Parteiwechsel B 1.2
- Vertrauensprinzip A 2.1
- Verwaltung
- Öffentlichkeit der Verwaltung B 18.2
 - Einsichtnahme in Regierungsratsprotokolle B 18.2

W

Wegrodel

- Anspruch auf Abrufung B 18.1
- Publikation einer Änderung B 18.1

Wegweisung

C 18.2

Widerruf (Androhung)

C 18.2 C 18.3

Z

Zahlungseinstellung

A 6.2

Zivilprozessrecht

- Berufungsanträge A 3.3
- örtliche Zuständigkeit A 3.1
- Verfahren bei Organisationsmängeln A 3.2

Zivildienstverweigerung

A 5.1

Zivilrecht

- Haftpflichtrecht, Betriebsgefahr A 2.3
- mietvertragliches Hundehalteverbot A 2.2
- Vertragsauslegung A 2.1

Zonenkonformität (siehe Planungs- und Baurecht)

Zuständigkeit, örtliche

A 3.1

