



Entscheide

der Gerichts- und
Verwaltungsbehörden
des Kantons Schwyz

EGV-SZ 2002

INHALTSVERZEICHNIS

A. ZIVIL- UND STRAFGERICHTE

1. Gerichtsordnung	–
2. Zivilrecht	2.1–2.2
3. Zivilprozessrecht	3.1
4. Strafrecht	4.1
5. Strafprozessrecht	5.1–5.3
6. Schuldbetreibungs- und Konkursrecht	6.1–6.5
7. Beurkundung und Beglaubigung	–
8. Anwaltsrecht	8.1
9. Verschiedenes	–

B. VERWALTUNGSGERICHT

1. Verfahren	1.1–1.7
2. Alters- und Hinterlassenenversicherung/ Invalidenversicherung/Ergänzungsleistungen	2.1
3. Arbeitslosenversicherung/Berufliche Vorsorge/ Kranken- und Unfallversicherung	3.1
4. Kantonales Steuergesetz/direkte Bundessteuer/ Handänderungssteuer	4.1–4.4
5. Kausalabgaben	5.1–5.2
6. Flurgenossenschaft/Wuhrkorporation	–
7. Bezirke und Gemeinden/politische Rechte	7.1
8. Planungs- und Baurecht; Natur-, Landschafts- und Heimatschutz	8.1
9. Enteignungsrecht	(vgl. 1.2)
10. Schule, Gastgewerbe, Gesundheit, Jagd/Fischerei, Landwirtschaft	10.1–10.2
11. Arbeitsvergebung (Submission)	11.1
12. Strassenverkehrsrecht	–
13. Sozialhilfe	13.1–13.2
14. Staatshaftung	14.1
15. Ausländerrecht	–
16. ZGB und EG ZGB	–
17. Vollstreckungsrecht/Vollzug von Strafen und Massnahmen	17.1
18. Verschiedenes	18.1–18.2

C. REGIERUNGSRAT

1. Gemeinwesen	–
2. Baurecht	2.1–2.6
3. Umweltschutz	–
4. Abgaben	–
5. Zivilrecht	–
6. Vormundschaftsrecht	–
7. Sozialwesen	7.1
8. Erziehungswesen	8.1–8.2
9. Strassenwesen	–
10. Raumplanung	10.1
11. Forst- und Jagdpolizei	–
12. Landwirtschaft	12.1
13. Wasserbau	–
14. Arbeitsvergebung	14.1
15. Gesundheitswesen	–
16. Verwaltungsverfahren	–
17. Verkehrs- und Polizeiwesen	17.1
18. Ausländerrecht	18.1
19. Verschiedenes	–

D. AUFSATZ

Seite 233

Das Antragsrecht der Stimmberechtigten bei der Behandlung des Vorschlages in der Gemeindeversammlung, von PD Dr. August Mächler, Pfäffikon

SACHREGISTER

Seite 246

Die Entscheide der Gerichts- und Verwaltungsbehörden des Kantons Schwyz werden wiederum nach einem feststehenden Raster publiziert. Dieser Einteilung folgen nicht nur die in der Buchform veröffentlichten Entscheidungen, sondern ebenfalls die im Laufe des Jahres auf der Homepage des Kantons Schwyz aufgeschalteten Entscheide (www.sz.ch, Rubrik: Entscheide). Dadurch soll ermöglicht werden, dass die im Internet aufgeschalteten Entscheide gleich zitiert werden können wie jene später in der Buchform erscheinenden (z.B. Entscheid des Verwaltungsgerichtes, VGE 892/02 vom 30. Oktober 2002, EGV-SZ 2002, B. 7.1). Die im Internet laufend aufgeschalteten Entscheidungen werden inhaltlich unverändert in das Sammelbändchen aufgenommen. Der Band als Gesamter wird schliesslich wiederum auf der Homepage des Kantons Schwyz einsehbar sein. Die steuerrechtlichen Entscheide des Verwaltungsgerichtes werden weiterhin mehrheitlich in der «Steuerpraxis des Kantons Schwyz», Zeitschrift für schwyzerisches und Bundessteuerrecht, veröffentlicht.

A. ZIVIL- UND STRAFGERICHTE

2. Zivilrecht

2.1 Aufsicht über Willensvollstrecker

– *Säumnisfolgen in einem Aufsichtsbeschwerdeverfahren gegen einen Willensvollstrecker.*

Aus dem Sachverhalt:

A. Am 3. Oktober 1999 verstarb L. Als Willensvollstrecker hatte er lic. iur. Z. eingesetzt, welcher das Mandat angenommen hat. Die einzigen Erben sind Frau L. (Ehefrau des Erblassers) und Dr. L. (Sohn des Erblassers).

Die beiden Erben schlossen am 17. August 2001 eine partielle Teilungsvereinbarung ab und haben diese dem Willensvollstrecker zukommen lassen.

Da der Willensvollstrecker weder auf die erwähnte Teilungsvereinbarung noch auf das Erinnerungsschreiben vom 5. September 2001 geantwortet hat, erhob Dr. L. mit Eingabe vom 18. September 2001 Beschwerde gegen den Willensvollstrecker mit folgendem Antrag:

«Der Beschwerdegegner sei anzuweisen, innert einer von der Aufsichtsbehörde anzusetzenden kurzen Frist folgende Vermögenswerte auf die beiden Erben des am 3. Oktober 1999 verstorbenen L. wie folgt zu übertragen:
.....»

Der Beschwerdegegner liess keine Beschwerdeantwort einreichen.

Mit Verfügung vom 12. November 2000 (recte: 2001) hiess der Einzelrichter die Beschwerde teilweise gut und wies den Willensvollstrecker an, innert einer Frist von 7 Tagen seit Eintritt der Rechtskraft dieser Verfügung den Erben Mitteilung zu machen, ob und innert welcher Frist den Anträgen gemäss Schreiben vom 17. August 2001 Folge geleistet wird, bzw. die Gründe für die Ablehnung der Begehren zu eröffnen.

B. Gegen diese Verfügung erhob Dr. L. mit Eingabe vom 4. Dezember 2001 Rekurs mit folgendem Antrag:

«Der Rekursgegner sei anzuweisen, innert einer von der Aufsichtsbehörde anzusetzenden kurzen Frist folgende Vermögenswerte auf die beiden Erben des am 3. Oktober 1999 verstorbenen L. wie folgt zu übertragen:
...»

A. 2.1

Aus den Erwägungen:

2. Der Beschwerdeführer rügt die nur teilweise Gutheissung seiner Aufsichtsbeschwerde und verlangt die Übertragung von bestimmten Vermögenswerten an ihn und seine Mutter. Zur Begründung führt er im Wesentlichen aus, der Einzelrichter habe dem Beschwerdegegner für den Fall des Säumnisses der Beschwerdeantwort angedroht, es werde Anerkennung der Sachdarstellung des Beschwerdeführers und Verzicht auf Einreden angenommen. Da der Beschwerdegegner säumig geblieben sei, hätten die Anträge des Beschwerdeführers geschützt werden müssen.

a) Mit Verfügung vom 21. September 2001 räumte der Einzelrichter dem Beschwerdegegner zur Einreichung der Beschwerdeantwort Frist bis spätestens 5. Oktober 2001 ein mit der Androhung, dass bei Säumnis Anerkennung der Sachdarstellung des Beschwerdeführers und Verzicht auf Einrede angenommen werde (vorinstanzl. act. 3, Dispositivziffer 3 mit Verweis auf § 169 ZPO).

Da der Beschwerdegegner säumig geblieben ist, ist androhungsgemäss zu verfahren. Der Beschwerdegegner ist so zu behandeln, als hätte er die in der Beschwerdebegründung vorgebrachten Tatsachen anerkannt und auf Einreden verzichtet. Der Ausschluss des Beschwerdeführers gilt nicht nur für die erste Instanz, sondern grundsätzlich, unter Vorbehalt des gestrafften Novenrechts, auch analog im Rekursverfahren (vgl. Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 1997, N 1 und 1b zu § 131 ZPO ZH i.V.m. N 2 zu § 208 ZPO ZH). Der Prozess kann indessen nicht wegen Klageanerkennung oder Gegenstandslosigkeit erledigt werden. Der Richter hat vielmehr einen auf die klägerische Sachdarstellung aufbauenden Entscheid zu fällen. Rechtfertigt diese das Klagebegehren, so ist danach zu erkennen; andernfalls ist die Klage abzuweisen. Bei dieser dem Richter obliegenden Prüfung sind auch rechtshindernde, rechtsaufhebende und rechtshemmende Tatsachen zu berücksichtigen, wenn der Kläger sie selbst angeführt hat, nicht aber Gegenrechte, da der Beklagte durch sein Ausbleiben auf Einreden verzichtet hat (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 2 zu § 131 ZPO ZH i.V.m. N 2 zu § 208 ZPO ZH).

b) Vorliegend muss dem Umstand Rechnung getragen werden, dass der Beschwerdeführer *aufsichtsrechtlich* die Anweisung des Beschwerdegegners zur Übertragung bestimmter Vermögenswerte auf die beiden Erben beantragt hat.

Für den Erbschaftsliquidator ist die Behördenaufsicht in Art. 595 Abs. 3 ZGB ausdrücklich geregelt; diese ist auf den Willensvollstrecker analog anzuwenden (Karrer, in Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch II, 1998, N 97 zu Art. 518 ZGB und N 20 zu Art. 595 ZGB).

Die Kognitionsbefugnis der Aufsichtsbehörde ist beschränkt und erstreckt sich auf das formelle Vorgehen des Willensvollstreckers wie etwa

auf den Mangel an Initiative bzw. Untätigkeit. Die Aufsichtsbehörde prüft somit die Einhaltung der dem Willensvollstrecker obliegenden Sorgfaltspflicht, nicht aber die Richtigkeit von Entscheidungen, die der Willensvollstrecker im Rahmen seines pflichtgemässen Ermessens erlassen hat. Die Aufsichtsbehörde hat nicht reformatorische, sondern kassatorische Aufgaben. Sie hat keine Kognitionsbefugnis hinsichtlich materieller Rechtsfragen, die in endgültiger und dauernder Weise ein zwischen den Parteien streitiges zivilrechtliches Verhältnis regeln; diese fallen in die Zuständigkeit des ordentlichen Einzelrichters (Karrer, a.a.O., N 98 zu Art. 518 ZGB und N 22 zu Art. 595 ZGB).

Die Aufsichtsbehörde kann dem Willensvollstrecker seine Ermessensentscheide nicht abnehmen und sollte daher Weisungen nur in Ausnahmefällen erteilen (Karrer, a.a.O., N 101 zu Art. 518 ZGB und N 27 zu Art. 595 ZGB). Wie der Einzelrichter zutreffend ausführt, müssen die Sanktionen angemessen sein. Prävention hat vor Sanktion, mildere hat vor schärferer Anordnung zu erfolgen. Unverbindliche Empfehlungen und verbindlich, mit Fristansetzung verbundene Weisungen zum weiteren Vorgehen stellen präventive Anordnungen dar. Durch die Weisung kann der Willensvollstrecker zu einem Tun gegenüber den Erben verpflichtet werden; sie kann auch mit einer Fristansetzung verbunden werden.

Das Beschwerdeverfahren stellt eine quasiadministrative Untersuchung kraft Aufsichts- und Disziplinarrecht dar und nicht ein Prozess mit urteilsmässiger Feststellung zivilrechtlicher Rechtsverhältnisse. Das Verfahren wird von der Officialmaxime beherrscht; die Aufsichtsbehörde ist weder an die Parteianträge noch an die Sachdarstellung der Parteien gebunden, sondern hat den Sachverhalt soweit erforderlich von Amtes wegen zu ermitteln und aus eigenem Ermessen die nötigen Massnahmen zu treffen (Karrer, a.a.O., N 108 zu Art. 518 ZGB und N 33 zu Art. 595 ZGB). Säumnis des Beschwerdegegners führt deshalb nicht zur Klageanerkennung, sondern lediglich zur Anerkennung des Sachverhalts (vgl. E. 2a vorne). Gestützt auf den anerkannten Sachverhalt hat der Richter die rechtliche Würdigung vorzunehmen.

c) Der Beschwerdeführer beantragt, der Beschwerdegegner sei anzuweisen, mehrere Liegenschaften und Konten an den Beschwerdeführer und seine Mutter zu übertragen. Der Beschwerdeführer verlangt von der Aufsichtsbehörde eine materielle Beurteilung von Ansprüchen bzw. einen verbindlichen Entscheid darüber, welcher Erbe welche Vermögenswerte erhalten soll. Damit verkennt der Beschwerdeführer, dass die Aufsichtsbehörde bei Untätigkeit des Willensvollstreckers nur aufsichtsrechtlich einschreiten kann. Da die Aufsichtsbehörde dem Beschwerdegegner nicht vorschreiben kann, wie er zu handeln hat, steht ihr nicht zu, den Willensvollstrecker verbindlich anzuweisen, welcher Vermögenswert auf welchen Erben zu verteilen ist. Vielmehr ist der Beschwerdegegner – wie dies der Einzelrichter getan hat – lediglich anzuweisen, innert einer Frist von 7 Tagen seit Eintritt der Rechtskraft der angefochtenen Verfügung den

A. 2.2

Erben mitzuteilen, ob dem Antrag der Erben gemäss Schreiben vom 17. August 2001 Folge geleistet wird, sofern dies zwischenzeitlich noch nicht geschehen ist, oder aus welchen Gründen die Übertragung der Liegenschaften bzw. Konten verweigert wird. Dabei hat die Mitteilung *schriftlich* zu erfolgen.

Der Beschwerdegegner ist überdies im Sinne einer disziplinarischen Massregel (vgl. Karrer, a.a.O., N 102 zu Art. 518 ZGB und N 30 zu Art. 595 ZGB) zu ermahnen, die gehörige Sorgfalt anzuwenden und auf die Anfragen des Beschwerdeführers zu reagieren bzw. seine Schreiben nicht einfach unbeantwortet zu lassen, welches Verhalten der Beschwerdegegner auch im Rekursverfahren an den Tag gelegt hat. (Beschluss vom 21. Mai 2002; KG 516/01 RK 1).

2.2 Beweislastverteilung bei fristlosen Entlassungen

– Art. 337b OR: Hier gelten im Gegensatz zu Art. 337d OR die normalen Beweisregeln.

Aus den Erwägungen:

Der Einzelrichter hat der Beklagten verrechnungsweise eine Pauschalentschädigung von einem Viertel eines Monatslohnes nach Massgabe von Art. 337d OR zugesprochen, ihre weitergehende Schadenersatzforderung jedoch mit der Begründung abgelehnt, dass sie ihren geltend gemachten Schaden in der Höhe von Fr. 130000.– nicht rechtsgenügend substantiiert und urkundenmässig belegt habe. Appellando hält die Beklagte an der die Pauschalentschädigung von Fr. 1087.50 übersteigenden Schadenersatzforderung nicht mehr fest. Zu prüfen bleibt deshalb, ob der Beklagten eine Pauschalentschädigung nach Art. 337d OR zu Lasten des Klägers zusteht.

Die Beklagte hat den Kläger am 20. März 2000 aus wichtigem Grund fristlos entlassen. Die Folgen der gerechtfertigten fristlosen Auflösung des Arbeitsvertrages regelt Art. 337b OR. Die sich vertragswidrig verhaltene Vertragspartei (hier der Arbeitnehmer) hat danach vollen Schadenersatz zu leisten, wobei die normalen Beweisregeln gelten (also Beweis des Schadens und der dazugehörigen Voraussetzungen durch den Geschädigten). Im Gegensatz zur Bestimmung von Art. 337d OR hat der Gesetzgeber im Falle von Art. 337b OR keine Pauschalentschädigung mit Beweislastumkehr vorgesehen. Art. 337d Abs. 1 OR sieht die Pauschalentschädigung nicht für den Fall einer durch den Arbeitgeber gerechtfertigten fristlosen Entlassung vor, sondern nur für den Fall, wenn der Arbeitnehmer ohne wichtigen Grund die Arbeitsstelle nicht antritt oder er sie fristlos verlässt. Entgegen der Auffassung der Kommentatoren (Rehbinder, a.a.O., N 2 zu Art. 337b OR; Staehelin/Vischer, a.a.O., N 8 zu Art. 337b OR) ist es im Falle der begründeten fristlosen Entlassung durch den Arbeitgeber nicht gerechtfertigt, wider den Wortlaut der Bestimmung von

Art. 337b OR dem Arbeitgeber ohne Nachweis des Schadens eine Pauschalentschädigung von einem Lohnviertel (in Analogie zu Art. 337d OR) zuzusprechen. Konkret welche Gründe den Gesetzgeber veranlassten, im Falle von Art. 337d OR eine Pauschalentschädigung zu Gunsten des Arbeitgebers ohne konkreten Schadensbeweis vorzusehen, im Fall der gerechtfertigten fristlosen Entlassung den Arbeitgeber aber auf den ordentlichen Schadensbeweis zu verweisen, kann dahingestellt bleiben. Zu behaupten wäre eine Pauschalentschädigung allerdings dann, wenn der Arbeitnehmer die Stelle nicht antritt oder sie verlässt und der Arbeitgeber – überflüssigerweise – noch die fristlose Entlassung ausspricht. Dieser Fall, der hier aber nicht gegeben ist, wäre in Zustimmung zur Auffassung von Staehelin/Vischer unter Art. 337d OR zu subsumieren. Ohne gesetzliche Grundlage kann dem Arbeitgeber dagegen nicht einfach eine Pauschalentschädigung zugesprochen werden, wenn er aus einem anderen vom Arbeitnehmer verschuldeten Grund (wie hier die Verweigerung eines neu zugewiesenen Aufgabenbereichs) die fristlose Entlassung ausspricht. Eine analoge Anwendung und damit Lückenfüllung des Gesetzes verbietet sich in diesem Fall, weil die Regelung in Art. 337b OR nicht unhaltbar oder unbefriedigend ist, sondern im Gegenteil dem Normalfall entspricht, wonach die geschädigte Partei den Schaden und die weiteren Voraussetzungen zu beweisen hat und sie nicht eine Schadensvermutung von der Beweispflicht entlastet.

(Urteil vom 29. Januar 2002; KG 319/01 ZK).

3. Zivilprozessrecht

3.1 Unentgeltliche Rechtspflege

– *Effektivitätsgrundsatz bezüglich Einkommen und Vermögen bei der Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege.*

Aus den Erwägungen:

Gemäss § 74 Abs. 1 ZPO wird Parteien, denen die Mittel fehlen, um neben dem Lebensunterhalt für sich und ihre Familie die Gerichtskosten aufzubringen, auf Gesuch hin die unentgeltliche Prozessführung bewilligt, sofern der Prozess nicht als aussichtslos erscheint. Sind die Voraussetzungen der unentgeltlichen Prozessführung vorhanden, kann das Gericht einer Partei einen unentgeltlichen Rechtsvertreter bestellen (§ 77 ZPO). Das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege kann verweigert werden, falls der Gesuchsteller die verlangten Auskünfte nicht erteilt oder verlangte Ausweise nicht beibringt (Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl., N 23a zu § 84 ZPO ZH unter Verweis auf § 154 i.V.m. § 148 ZPO ZH). Das Ge-

A. 4.1

richt würdigt die Weigerung der Mitwirkung nach freier Überzeugung (§ 124 ZPO).

Bedürftig ist ein Gesuchsteller, der die Leistung der erforderlichen Prozess- und Parteikosten nur erbringen kann, wenn er die Mittel angreift, deren er zur Deckung des Grundbedarfs für sich und seine Familie bedarf. Zur Prüfung der Bedürftigkeit sind sämtliche Umstände, d.h. die gesamte wirtschaftliche Situation im Zeitpunkt der Einreichung des Gesuches zu würdigen. Zudem ist auch zu berücksichtigen, welche Mittel binnen welcher Frist aufzubringen sind. Es ist also einerseits sämtlichen finanziellen Verpflichtungen des Gesuchstellers Rechnung zu tragen, und es sind andererseits nicht nur die Einkünfte, sondern auch die Vermögenslage des Gesuchstellers beachtlich (BGE 120 Ia 181 E. 3a). Dabei gilt der Effektivitätsgrundsatz, d.h., das zu berücksichtigende Einkommen und Vermögen muss im Zeitpunkt der Entscheidungsfindung effektiv vorhanden und verfügbar oder wenigstens realisierbar sein. Demnach ist jede hypothetische Einkommens- oder Vermögensaufrechnung unzulässig, und zwar auch unter dem Gesichtspunkt des Selbstverschuldens des Gesuchstellers an seiner Bedürftigkeit sowie des Verzichts auf Einkommen oder Vermögen. Vorbehalten bleiben Fälle von Rechtsmissbrauch, wenn auf Einkünfte verzichtet oder Vermögen ohne adäquate Gegenleistung veräussert wird in der Absicht, dadurch in den Genuss der unentgeltlichen Rechtspflege zu gelangen (Alfred Bühler, Die Prozessarmut, in: Christian Schöbi [Hrsg.], Gerichtskosten, Parteikosten, Prozesskaution, unentgeltliche Prozessführung, Bern 2001, S. 137f.). (Beschluss vom 28. Oktober 2002; KG 449/01 RK 1).

4. Strafrecht

4.1 Fahrlässige Tötung

– *Verantwortung des Betreibers von Wintersportanlagen.*

Aus dem Sachverhalt:

A. Am 15. Februar 1999 fuhr Y. zusammen mit einer Kollegin um ca. 15.30 Uhr mit den Skis auf der an diesem Tag geöffneten Abfahrtsroute Rigi Klösterli–Fruttli nach der Brücke beim «Malchus» in direkter Linie auf die Fruttli-Brücke zu. Y. verpasste die Einfahrt, stürzte links der Brücke in das steilabfallende Tobel der Rigiaa und verletzte sich dabei derart schwer, dass sie am 27. Februar 1999 im Spital starb.

B. Das Bezirksamt Schwyz erhob aufgrund dieses Skiunfalles am 4. Oktober 2000 beim Bezirksgericht Schwyz gegen X. wegen fahrlässiger Tötung (Art. 117 StGB) Anklage, weil er

«am Montag, 15. Februar 1999, und zuvor, als verantwortlicher Dienstchef der Winteranlagen der A. AG es unterliess, die Abfahrtsroute Rigi Klösterli-Fruttl in der Gemeinde Arth vorschriftsgemäss zu markieren, Sicherungseinrichtungen gegen Absturzgefahr zu errichten oder die Abfahrtsroute zu sperren, sodass in der Folge die Skifahrerin Y., am Montag, 15. Februar 1999, ca. 15.30 Uhr auf ihrer Talfahrt von Rigi Klösterli in Richtung Goldau, links neben der völlig verschneiten und ungesicherten Fruttli-Brücke in die Schlucht stürzte, dabei schwere Verletzungen erlitt, an deren Folgen sie am 27.2.1999 verstarb.»

Neben X. klagte das Bezirksamt auch den Pistenchef-Stellvertreter Z. wegen fahrlässiger Tötung beim Bezirksgericht Schwyz an. Am 3. Dezember 2000 ergänzte das Bezirksamt Schwyz im Hinblick auf die auf den 6. Dezember 2000 angesetzte Hauptverhandlung die Anklage und warf X. zusätzlich vor, auch unterlassen zu haben, «ein ausreichendes Sicherheitsdispositiv mit einer lückenlosen Verantwortlichkeitsregelung aufzustellen».

C. Das Bezirksgericht Schwyz hat X. mit Urteil vom 6. Dezember 2000 von Schuld und Strafe freigesprochen. Mit Berufung vom 2. April 2001 beantragt die Staatsanwaltschaft dem Kantonsgericht die Aufhebung dieses Urteils, der Angeklagte sei der fahrlässigen Tötung im Sinne von Art. 117 StGB schuldig zu sprechen und unter Kostenfolgen zu Lasten des Angeklagten mit einer Busse von Fr. 1500.– zu bestrafen.

Aus den Erwägungen:

1. Wer fahrlässig den Tod eines Menschen verursacht, wird mit Gefängnis oder mit Busse bestraft (Art. 117 StGB). Nach Art. 18 Abs. 3 StGB liegt eine fahrlässige Tatbegehung vor, wenn der Täter die Folge seines Verhaltens aus pflichtwidriger Unvorsichtigkeit nicht bedacht oder darauf nicht Rücksicht genommen hat. Pflichtwidrig ist die Unvorsichtigkeit, wenn der Täter die Vorsicht nicht beobachtet, zu der er nach den Umständen und nach seinen persönlichen Verhältnissen verpflichtet ist.

a) Unbestritten ist vorliegend die Erfüllung des objektiven Tatbestandes, des Eintritts des Todes als Folge des Absturzes von Y. in das Tobel der Rigiaa. Dem Angeklagten wird vorgeworfen, durch pflichtwidriges unvorsichtiges Verhalten den Tod der Skifahrerin unvorsätzlich bewirkt zu haben.

b) Das Bezirksgericht Schwyz ersah im Verhalten des Angeklagten keine Sorgfaltspflichtwidrigkeiten und hat ihn deshalb freigesprochen. Die Begründung des freisprechenden Urteils handelt den Vorwurf der Sorgfaltspflichtverletzung anhand von vier Aspekten ab, nämlich der Markierung und Sicherung der Abfahrtsroute, der Verantwortlichkeit für die nicht sichtbare Fruttli-Brücke und schliesslich der Dienstabwesenheit des Angeklagten am Unfalltag. Damit werden aber die Punkte, welche von der Anklage aufgeworfen werden, nur ungenügend abgedeckt. Die Anklage wirft dem Angeklagten nämlich vor, erstens die Abfahrtsroute nicht

A. 4.1

vorschriftsgemäss markiert, zweitens keine Sicherheitseinrichtungen gegen die Absturzgefahr errichtet, drittens die Abfahrtsroute nicht gesperrt und schliesslich viertens – mit der Anklageergänzung – kein ausreichendes Sicherheitsdispositiv mit einer lückenlosen Verantwortlichkeitsregelung aufgestellt zu haben. Die beiden letzten Anklagepunkte werden im angefochtenen Urteil explizit nicht behandelt. Schon daher erweist sich deshalb das angefochtene Urteil als unvollständig. Es wäre aufzuheben und die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen. Davon ist vorliegend abzusehen, weil aufgrund der nachfolgenden Erwägungen das Kantonsgericht zu einem Schuldspruch gelangt.

2. Bei der Beurteilung der Einhaltung der für die Fahrlässigkeit des Verhaltens des Angeklagten erheblichen Sorgfaltspflichten ist anerkanntemassen auf die Richtlinien der Schweizerischen Kommission für Unfallverhütung auf Skiabfahrten und Loipen (SKUS) und die Richtlinien und Erläuterungen des Schweizerischen Verbandes für Seilbahnunternehmen über die Versicherungspflicht für Skiabfahrten (SVS) abzustellen. Dass die A.-Bahnen verpflichtet sind, die für die Benutzer der von ihr angebotenen Skiabfahrten erforderlichen Vorsichtsmassnahmen zu treffen (sog. Verkehrssicherungspflicht), ist ebenso unbestritten, wie die Tatsache, dass der Angeklagte als Chef Winterdienst und sein Stellvertreter Z. die für die Erfüllung dieser Pflicht verantwortlichen Personen waren und der Angeklagte zugestandenermassen eine Garantenstellung dafür innehatte, dass die Abfahrten verlässlich und gut hergerichtet werden, wie das die Verteidigung an der heutigen Berufungsverhandlung formulierte.

3. Beim Anklagepunkt der Unterlassung einer vorschriftsgemässen *Markierung* ist das Bezirksgericht Schwyz zur Auffassung gelangt, dass die Abfahrtsroute, was der Angeklagte grundsätzlich als Dienstchef Winteranlagen zu verantworten habe, nur ungenügend markiert gewesen wäre. Dass Y. sel. die direkte Linie auf die Fruttli-Brücke zu gewählt habe, führte die Vorinstanz aber zutreffend nicht auf die ungenügende Markierung, sondern darauf zurück, dass die verunglückte Skifahrerin die Abfahrtsstrecke gut kannte. Den Kausalzusammenhang zwischen der ungenügenden Markierung und dem Tod der Skifahrerin hat die Vorinstanz mit dieser Begründung verneinen dürfen.

Dennoch ist an dieser Stelle teilweise die Begründung der Vorinstanz repetierend klar festzuhalten, dass zwar dem Angeklagten, welcher nicht der Geschäftsleitung angehörte, nicht angelastet werden kann, dass die Abfahrtsroute Rigi Klösterli-Fruttli wegen der im SVS-Expertenbericht im Jahre 1995 abgesprochenen Anerkennung nicht geschlossen worden ist. Dass, wie im nach dem tödlichen Unfall erstatteten Expertenbericht aus dem Jahre 1999 festgestellt wurde, die laut Bericht 1995 einen unkontrollierten Eindruck hinterlassende Situation im Markierungsbereich unverändert belassen wurde, ist dem Angeklagten von der Vorinstanz aber durchaus zu Recht zum Vorwurf gemacht worden. In diesem Zusammen-

hang bleibt insbesondere nicht nachvollziehbar, dass das Tobel der Rigiaa als Gefahrenstelle nicht nur nicht besser abgesichert worden ist (dazu unten E. 4), sondern – was die Anklage aber vom Markieren zu wenig klar differenziert – nicht deutlicher *signalisiert* (z.B. mit Tafeln «Allgemeine Gefahr» bzw. «Engpass» SKUS Nr. 41f.) worden ist (vgl. in E. 4 unten zitierte SKUS Nr. 32 = SVS Rz. 133f.). Wenn die Skiabfahrtenbetreiberin, wie dies deren Verantwortliche und Angestellte teilweise in der Strafuntersuchung geltend zu machen versuchten, effektiv der Meinung gewesen sein sollte, dass die Benutzer der Abfahrtsroute nach der Brücke beim «Malchus» nicht die direkte Linie auf die Fruttli-Brücke zu hätten wählen dürfen, hätte sich nach der Brücke beim «Malchus» eine entsprechende Signalisation mit der Tafel «Achtung – Hier keine markierte und kontrollierte Skiabfahrt» oder mit einem Sperrsignal (SKUS Nr. 43f.) aufgedrängt. Ausfahrten zu regelmässig befahrenen wilden «Pisten» und Varianten sind dauernd mit einer entsprechenden Warntafel zu kennzeichnen (SKUS Nr. 30 Abs. 2); denn sonst war einem Benutzer der Abfahrtsroute nicht ersichtlich, dass an dieser Stelle die kontrollierte und markierte Route auf den mit einem Pistenfahrzeug ausgestossenen Wanderweg beschränkt war. Offenbar gingen aber selbst im Bereich Winterdienst angestellte Personen der A.-Bahnen davon aus, dass die direkte Zufahrt auf die Fruttli-Brücke Bestandteil der Abfahrtsroute war. Auch der Angeklagte hat in seiner ersten Befragung bei der Polizei ausgeführt, dass Skifahrer dort eine kurze Abkürzung nehmen können, auch wenn er weiter unten wieder meint, dass sie dann quasi im freien Skigelände die Verantwortung für sich hätte übernehmen müssen. Solche Signalisationen hätten sich vorliegend um so mehr aufgedrängt, als die ebenfalls ortskundige Kollegin von Y. aussagte, dass niemandem an dieser Stelle bewusst sei, dass das Tobel so tief sei, auch ihnen nicht, die ja so oft dort hinunterfahren. Zutreffend meint deshalb die Staatsanwaltschaft an der Beruungsverhandlung, dass weder die Anlage der Skiabfahrt noch die Signalisation den Skifahrer veranlassen, dem Winterwanderweg folgend eine weite Wegkurve zu fahren, um dann zu wenig Tempo für die Bewältigung des nach der Fruttli-Brücke ansteigenden Streckenteils zu haben, und auf die geländemässig günstige direkte Zufahrt auf die Fruttli-Brücke zu verzichten.

4. Den Anklagepunkt der *fehlenden Sicherheitseinrichtungen* gegen die Absturzgefahr hat die Vorinstanz unter zwei Gesichtspunkten behandelt. Erstens verneinte sie das Bestehen einer Pflicht des Angeklagten, das direkte Hinunterfahren zur Brücke mittels einer Abschränkung zu verunmöglichen. Dem kann an sich unter Vorbehalt der oben erwähnten Bedenken zur fehlenden Signalisation zugestimmt werden. Zweitens bejahte das Bezirksgericht die Frage, dass im Bereich der Brücke hätten Sicherheitseinrichtungen zur Eliminierung der dort bestehenden Absturzgefahr in die tiefe Schlucht der Rigiaa angebracht werden müssen, und befand auch, dass der Angeklagte dafür an sich einzustehen habe. Es verneinte

A. 4.1

jedoch die Kausalität zwischen der festgestellten Sorgfaltspflichtverletzung und dem Tod der ins Tobel der Rigiaa abgestürzten Skifahrerin, weil es fand, dass der Absturzort im Nachhinein nicht mehr festgestellt werden könne.

Zunächst ist auf die Frage einzugehen, ob dem Angeklagten zum Vorwurf gemacht werden kann, die Fruttli-Brücke überhaupt, d.h. für die ganze Saison, nicht genügend gesichert zu haben.

a) Dass der Angeklagte als Chef Winterdienst die primäre Verantwortung für das Fehlen entsprechender Sicherheitseinrichtungen grundsätzlich zu tragen hätte, wird seitens des Angeklagten anlässlich der Befragung an der Berufungsverhandlung ausdrücklich zugestanden. Sein Verteidiger hat sogar in seinem Plädoyer angetönt, dass der unmittelbare Nahbereich der Brücke hätte gesichert werden müssen, um die Skifahrer auf die Brücke zu bringen. Er vertritt dann aber doch wieder die Auffassung, dass die Brücke durch die Brückengeländer hinreichend gesichert gewesen wäre. Der Umstand, dass die Brücke eingeschneit und deshalb schlecht sichtbar gewesen sei, hätte aber nicht der Angeklagte, der im Bewusstsein dieser Gefahr den Auftrag zur Ausfräsung der Brücke erteilt habe, zu verantworten.

b) Betreffend Brücken gibt es explizit folgende Bestimmung (SKUS Nr. 33 = SVS Rz. 135):

«Felsgalerien, Brücken, Übergänge und ähnliche zur Erleichterung des Abfahrens geschaffene Einrichtungen sind mit soliden Abschränkungen zu versehen, die auch bei hoher Schneelage wirksamen Schutz vor Absturzgefahr bieten.»

Möchte man aufgrund des Wortlautes meinen, dass dieser Vorschrift mit der Anbringung der eigentlichen Brückengeländer Genüge getan wird, ergibt sich die Pflicht, Skifahrer vor dem Absturz in das von einer Brücke überspannte, steilabfallende Tobel links und rechts der Einfahrt zur Brücke zu sichern zum einen aus den weiteren zur Absturzgefahr aufgestellten Vorschriften (SKUS Nr. 32 = SVS Rz. 133f.):

«Felsabbrüche, steile Querspangen usw. sind deutlich zu signalisieren. Zusätzlich sind die Skiabfahrtsbenützer durch solide Geländer, Auffangnetze und ähnliche Einrichtungen vor Absturzgefahr zu sichern, soweit nicht durch die Anlage der Pisten und Abfahrtsrouten und durch die Signalisation eine Absturzgefahr vermieden werden kann.»

Zum andern ist zu bemerken, dass auch der allgemeine Gefahrensatz für die Beurteilung der Sorgfaltspflichten von Bedeutung ist, worauf die Vorinstanz schon zu Recht hingewiesen hat (Trechsel, StGB-Kurzkommentar, 2. Aufl. Zürich 1997, Art. 18 Rz. 29). Zu den unvermeidbaren Gefahren des Skifahrens, mit denen jederzeit zu rechnen ist, gehört, dass der Skifahrer stürzen und danach weitergleiten kann, ohne wirksam bremsen oder steuern zu können. Das Bundesgericht hat es deshalb zur Vermeidung von Verletzungen nach solchen Stürzen als zumutbar erachtet, ver-

einzel am Pistenrand stehende Hindernisse wie Masten oder Bäume (nicht aber einen ganzen Waldrand) zu sichern, wenn sie eine erhebliche bzw. besondere Gefahrenquelle darstellen (BGE 121 III 361 mit Hinweisen).

c) Die Fruttli-Brücke stellt eine besondere Gefahrenstelle dar, und zwar nach Auffassung des Kantonsgerichtes unabhängig davon, ob man dem Wanderweg folgt oder wie die Verunfallte nach der Brücke beim «Malchus» direkt auf die Fruttli-Brücke zufährt. Stürzt ein Skifahrer vor der Fruttli-Brücke, besteht die von der Vorinstanz zu Recht angenommene Absturzgefahr ins Tobel der Rigiaa, da damit zu rechnen ist, dass die gestürzte Person weitergleitet, ohne bremsen oder steuern zu können. In einem solchen Fall können auch sichtbare (nicht eingeschnellte) Brückengeländer den Absturz links oder rechts der Einfahrt in die Brücke nicht verhindern. Zutreffend meint auch die Staatsanwaltschaft, dass die vorhandenen, auf den erst am 3. März 1999 von der Polizei erstellten Photos teilweise ersichtlichen Lattenzäune dieser Gefahr, namentlich je nach Schneehöhe, nicht wirksam begegnen zu vermögen.

Dass diese Stelle gefährlich ist, hat Z. denn auch vor dem Untersuchungsrichter auf die Frage, ob er der Meinung sei, die Unfallstelle sei unter jenen Schneebedingungen als gefährlich zu bezeichnen, bestätigt:

«Sie kann gefährlich sein, wenn die Skifahrer mit zu hoher Geschwindigkeit kommen. Ich weiss, wie schnell die Skifahrer dort jeweils kommen. Vor der Brücke hat es eine Mulde, wenn die Skifahrer dort schnell gefahren kommen, ist es möglich, dass es sie abhebt, und wenn sie dann wieder landen, reicht es nicht mehr, um auf die Brücke einzuspuren.»

Besteht aber bei der Einfahrt auf die Fruttli-Brücke nicht nur das Risiko eines Sturzes, sondern, wie die Staatsanwaltschaft gestützt auf die Angaben von Z. zutreffend meint, das zusätzliche Gefahrenmoment einer Mulde, welche es Skifahrern im hohen Tempo verunmöglichen kann, noch rechtzeitig auf die Brücke einzuspuren, ist es durchaus angebracht, mit der Staatsanwaltschaft von einer Falle zu sprechen. Die Skifahrer, denen die Gefährlichkeit des Tobels der Rigi-Aa erst zu spät erkennbar ist, wollen mit hohem Tempo auf die Brücke fahren, um die nach der Brücke ansteigende Strecke bewältigen zu können. Die Mulde vor der Brücke könnte denn auch konkret durchaus eine Rolle gespielt haben, weil die hinter der Verunglückten herfahrende Kollegin aussagt, dass Y. ohne zu stürzen oder sich zu verheddern einfach über den Rand hinunter gefahren und verschwunden sei.

Abgesehen von diesem zusätzlichen Gefahrenelement der Mulde stellt das Passieren der Fruttli-Brücke im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung jedenfalls eine besondere Gefahr dar – nicht nur für jene Skifahrer, die die direkte Zufahrt wählen, sondern bei den damals herrschenden Schneeverhältnissen auch für dem Wanderweg folgende Personen, dies insbesondere auch bei schlechteren Witterungsverhältnissen (z.B. Nebel) als sie am Unfalltag selber herrschten. Der Wanderweg, wel-

A. 4.1

cher vor allem von Familien mit Kindern benützt wird, kreuzt sich im Bereich der Einfahrt zur Fruttli-Brücke mit der direkten Zufahrt, und ein Absturz in das nicht gesicherte Tobel kann mithin zudem auch Folge eines Ausweichmanövers oder einer Kollision zwischen zwei Personen sein. Schliesslich hat der Angeklagte selber nicht verneint, dass diese Brücke ein Gefahrenpotential in sich berge und bei der Kontrolle dieser Abfahrtsrouten nicht speziell nach absturzgefährdeten Stellen gesucht wurde.

Unter all diesen Umständen hätte die Brücke links und rechts vor der Absturzgefahr gesichert werden müssen.

d) In welcher Länge diese Sicherungseinrichtungen im Voraus hätten errichtet werden müssen, kann vorliegend offen gelassen werden. Entgegen der Begründung des angefochtenen Urteils ergibt sich aus den Akten eindeutig, dass Y. sel. – wie das der Angeklagte in seinem Bericht an die Rigi-Bahnen am 18. Februar 1999 selber festgehalten hat – links ca. 2 m an der Brücke vorbeigefahren ist (...). Dies ist auch auf den am Unfalltag erstellten Photos deutlich erkennbar (...) und deckt sich mit den Ergebnissen der polizeilichen Ermittlungen (...). Es mag zwar sein, dass die Distanz zur Brücke nicht ganz präzise feststeht. Dass Y. sel. aber in einem Bereich abgestürzt ist, welcher hätte mit Sicherheitseinrichtungen versehen sein müssen, ist aufgrund des erwähnten Berichtes des Angeklagten und der Photodokumentation des Skiunfalles ohne weiteres als nachgewiesen anzusehen. Im Bereich der Absturzstelle, ca. 2 m links der Brücke, hätte eine Sicherungseinrichtung jedenfalls hingehört – und den Absturz der verstorbenen Y. verhindert.

e) Aufgrund der bisherigen Erwägungen ist davon auszugehen, dass die Fruttli-Brücke nicht nur mit den Geländern an der Brücke, sondern auch links und rechts neben der Brücke, zumindest auch in dem Bereich, wo Y. sel. abgestürzt ist, hätte mit auch bei wechselnden Schneehöhen wirksamen Sicherheitseinrichtungen gesichert werden müssen. Die Ausführungen im angefochtenen Urteil und der Verteidigung im Berufungsverfahren zu den Fragen der Dienstabwesenheit am Unfalltag und zur Verantwortlichkeit für die nicht sichtbare Fruttli-Brücke bzw. zum angeblich vom Angeklagten erteilten Auftrag, die Fruttli-Brücke auszuschleudern, spielen deshalb soweit keine Rolle. Unabhängig davon ist dem Angeklagten als Sorgfaltswidrigkeit nämlich zur Last zu legen, dass er die Fruttli-Brücke überhaupt (für die ganze Saison) nicht genügend vor der Absturzgefahr gesichert hatte, welche auch bestanden hätte, wenn die Brückengeländer und die Lattenzäune neben der Brücke am Unfalltag besser sichtbar gewesen wären.

5. Die Anklagepunkte, dass der Angeklagte es unterlassen habe, die Abfahrtsroute zu sperren und ein ausreichendes Sicherheitsdispositiv mit einer lückenlosen Verantwortlichkeitsregelung aufzustellen, lassen sich unter dem Stichwort mangelhafte Organisation zusammenfassend be-

trachten. Auch diesbezüglich ist dem Angeklagten eine Sorgfaltspflichtverletzung vorzuwerfen, nämlich es unterlassen zu haben, durch die Ausarbeitung eines hinreichenden Sicherheitsdispositives sicherzustellen, dass am Unglückstag die richtigen Massnahmen zur Verhinderung des Unfalls getroffen bzw. die Abfahrtsroute Rigi Klösterli–Fruttli nicht geöffnet wird, solange diese Massnahmen nicht durchgeführt werden konnten.

a) Seilbahnunternehmungen sind verpflichtet, für die Sicherheit der von ihnen betriebenen Skiabfahrten zu sorgen. Dazu gehört insbesondere die Pflicht, ein ausreichendes Sicherheitsdispositiv aufzustellen. Dazu gehört die Bestimmung der Person, die für die Sicherheit der Piste zuständig und verantwortlich ist. Eine solche Person ist insbesondere auch für den Fall zu bezeichnen, dass die primär Verantwortlichen abwesend sind. Es ist vom Bundesgericht ausdrücklich als mangelhaft bezeichnet worden, sich darauf zu verlassen, dass in einem solchen Fall andere erfahrene Mitarbeiter von sich aus die Verantwortung übernehmen und das Notwendige vorkehren. Damit die verantwortliche Person die Sicherheitsvorkehrungen treffen kann, muss sie über die notwendigen Informationen verfügen. Zu einem ausreichenden Sicherheitsdispositiv gehört, dass diese Informationen laufend aufgezeichnet, gesammelt, soweit nötig ausgewertet und weitergegeben werden. Selbstverständlich – so das Bundesgericht wörtlich – muss schliesslich klar geregelt sein, dass Skipisten nur geöffnet werden dürfen, wenn ihre Sicherheit hinreichend abgeklärt werden kann und auch abgeklärt worden ist (BGE 125 IV 12f. mit Hinweisen).

b) Das Erstellen des Sicherheitsdispositivs lag vorliegend in der Verantwortung des Angeklagten und war hier entgegen der Auffassung des Verteidigers nicht Sache der Direktion. Der Angeklagte ist der Verantwortliche für die Markierungen und die Signalisationen und auch für die Schliessung von Skiabfahrten, z.B. bei Lawinengefahr, und kann als Chef Winteranlagen grösstenteils selbständig walten und schalten, und es ist so, dass wenn er sagt, diese Piste muss gesperrt werden, dann wird seitens seines Vorgesetzten und stellvertretenden Direktors nicht daran gezweifelt. In seinen Aufgabenbereich als Leiter der Winteranlagen fallen die technischen Anlagen (Skilifte, Pistenfahrzeuge usw.) und er hat – so umschreibt es der Angeklagte vor der Vorinstanz in groben Zügen – die Verantwortung für den Rettungsdienst und das Personal. Anlässlich der Berufungsverhandlung hat der Angeklagte ohne Umschweife seine Kompetenzen damit umschrieben, dass er auch im Pistenbereich das Ganze auf einen zeitgerechten Stand zu bringen hatte. An seiner Verantwortlichkeit für die vorübergehende Schliessung bzw. Öffnung von Skiabfahrten ändert nichts, dass für die definitive Schliessung einer Skiabfahrt die Direktion zuständig ist und er bei dieser darauf gedrängt hatte, die Abfahrtsroute Rigi Klösterli–Goldau aus dem Angebot zu nehmen, da er schon länger gesehen hatte, dass diese früher oder später zu Problemen mit den

A. 4.1

Anforderungen betr. der Verkehrssicherungspflicht führt. Aufgrund der klaren Regelung, dass er oder sein Stellvertreter Z. vor Ort und Stelle sein mussten, zeigt sich auch, dass der stellvertretende Direktor R. (anders als im Rothorn-Entscheid BGE 125 IV 9ff., auf welchen sich ein Bleistiftvermerk betreffend Nichteröffnung im Polizeirapport abstützen scheint; (...) kein eigentlicher Entscheidungsträger bezüglich der vorübergehenden Schliessung bzw. Öffnung von Skiabfahrten war. Ob durch das Unterlassen einer definitiven Schliessung der fraglichen Abfahrtsroute auch Personen der Geschäftsleitung ein unvorsichtiges Handeln vorgeworfen werden könnte, das sich mit dem Tod von Y. in strafrechtlich relevanter Weise in Verbindung setzen liesse, ist nicht Gegenstand dieses Berufungsverfahrens.

c) Geltend gemacht wird von der Verteidigung im Berufungsverfahren im Wesentlichen, dass der Stellvertreter des Angeklagten nach klarer eindeutiger Absprache und Plan Dienst gehabt, diesen Dienst aber, ohne den Angeklagten zu informieren, mit einem ihnen untergeordneten Patrouilleur F. getauscht habe, mit der Folge, dass keiner der beiden direkt Verantwortlichen zur Zeit des Unfalles auf der Rigi war. Dazu ist hier schon einmal anzufügen, dass dieser dem Angeklagten nicht bekannte Abtausch durch Z. auch zur Folge hatte, dass am Morgen des Unfalltages die Abfahrtsroute Rigi Klösterli–Fruttli in Abwesenheit der beiden direkt Verantwortlichen geöffnet worden ist, ohne dass in der Strafuntersuchung festgestellt werden konnte, auf wessen Anweisung die Öffnung überhaupt vorgenommen wurde. Den Wechsel des Täfelchens der Orientierungstafel auf dem Perron Rigi Klösterli auf «offen» bzw. von rot auf grün hat nach Aussagen des Stationsvorstehers Rigi Klösterli offenbar F. vorgenommen, woran sich dieser, der mit Z. den Dienst abgetauscht hat, nicht mehr erinnern kann. Dass Z. den Dienst abgetauscht hat, ohne den Angeklagten zu informieren, ist durchaus als Fehler Z.s aufzufassen. Zweifel am Genügen eines Sicherheitsdispositivs, welches einen derartigen Abtausch ohne Rücksprache mit dem Chef zulässt, sind daher schon angebracht. Das Ungenügen des Sicherheitsdispositivs bzw. der ganzen Organisation des Winterdienstes zeigt sich jedoch offensichtlich. Dazu Folgendes:

Am Sonntag, einen Tag vor dem Unfalltag, war die Abfahrtsroute noch geschlossen. In den Tagen zuvor war, was nicht bestritten und von der Verteidigung als «Schneenot» beschrieben wird, ein aussergewöhnlicher Schneezuwachs zu verzeichnen. Der Angeklagte hatte deshalb B. den Auftrag erteilt, die Fruttli-Brücke auszufräsen. Ausserdem schickte er am Sonntag Z. mit der Pistenmaschine hinunter, um nachzuschauen, wie die Verhältnisse sind. Der Angeklagte wusste am Sonntagabend, dass er am Montag nach Plan erst ab 16.00 Uhr auf der Rigi anwesend sein musste, vorher aber sein Stellvertreter Z. Dienst hatte und sich deshalb diesem am Montagmorgen die Frage stellte, ob die Abfahrtsroute Rigi Klösterli–Goldau geöffnet werden könnte. Der Angeklagte hat auch ausgesagt, dass er selber sicher keinen Auftrag zur Öffnung einer Abfahrtsroute erteile,

ohne klare Meldung über die Sicherheit der Abfahrtsroute zu haben. Am Sonntag hatte er einmal via Funk gehört, dass es nicht gut sei bzw. dass die Route nicht in einem für eine Öffnung erforderlichen Zustand gewesen wäre (...). An ein Telefongespräch mit Z. will er sich nicht mehr erinnern können (...).

Mangels klarer positiver Rückmeldungen musste der Angeklagte am Sonntagabend davon ausgehen, dass die Voraussetzungen zur Öffnung der Abfahrtsroute noch nicht gegeben waren. Angesichts der ausserordentlichen Schneeverhältnisse wäre es deshalb unabdingbar gewesen, sich zu diesem Zeitpunkt mit seinem Stellvertreter, welcher nach Dienstplan am anderen Tag Dienst und damit die Verantwortung für eine allfällige Öffnung der Abfahrtsroute hatte, klar darüber abzusprechen, welche Sicherungsmassnahmen bisher angeordnet worden und noch durchzuführen waren, um die Route in den Zustand zu bringen, der eine Öffnung zulies. Eine solche klare Absprache und Information über alle zur Einschätzung der Gefahrensituation notwendigen Umstände, ist vorliegend unterblieben. Hätte sich der Angeklagte mit Z. im erwähnten Sinn insbesondere über die von ihm in Auftrag gegebenen Sicherheitsmassnahmen abgesprochen, hätte im Übrigen wohl nicht nur dessen Dienstabtausch mit F., sondern auch die am Sonntagabend erfolgte Abänderung des vom Angeklagten B. erteilten Auftrages durch Z., nämlich nicht mehr bis zur Fruttli-Brücke, sondern nur noch die Station und Weichen beim Fruttli aususchleudern zu müssen, ans Licht kommen müssen bzw. verhindert werden können.

Ein Winterdienst, der so organisiert ist, dass ohne Wissen des Chefs Dienste abgetauscht werden, die Erfüllung von für die Sicherheit der Skiabfahrten unabdingbaren Aufträgen nicht rückgemeldet werden müssen und sogar vom Chef erteilte Aufträge zurückgenommen werden können, ohne dass dieser darüber orientiert wird, verfügt nicht über ein ausreichendes Sicherheitsdispositiv. Wichtige Informationen werden weder aufgezeichnet, gesammelt, ausgewertet noch weitergegeben, sondern es wird – eben fahrlässig – einfach davon ausgegangen, dass die anderen schon das Notwendige vorkehren bzw. kontrollieren. Dazu passt, dass der Angeklagte nicht einmal im Nachhinein weiss, wer die Öffnung der Abfahrtsroute konkret veranlasst bzw. vor der Öffnung die Route kontrolliert hatte. Es war nicht einmal sichergestellt, dass der Angeklagte am Morgen des Unfalltages, als sich herausstellte, dass kein Entscheidsträger anwesend war, darüber informiert worden und wegen der Öffnung der Abfahrtsroute Rigi Klösterli–Goldau von anderen Mitarbeitern vor Ort angefragt worden ist. Der Angeklagte hat diese Mängel als Chef des Winterdienstes zu verantworten, und es ist ihm die Unterlassung vorzuwerfen, durch die Ausarbeitung eines hinreichenden Sicherheitsdispositivs sicherzustellen, dass am Unglückstag eine verantwortliche Person an Ort und Stelle war und die richtigen Massnahmen zur Verhinderung des Unfalls getroffen werden konnten (BGE 125 IV 13). Es wird ihm deshalb neben

A. 4.1

dem Fehlen von geeigneten Sicherheitseinrichtungen bei der Einfahrt der Fruttli-Brücke als Sorgfaltspflichtverletzung in der Anklage und den Ausführungen der Staatsanwaltschaft an der Berufungsverhandlung zu Recht auch der Umstand angeklagt, dass am Unfalltag die Verantwortlichkeiten aufgrund eines ungenügenden Sicherheitsdispositives unklar und lückenhaft waren.

6. Neben den Sorgfaltspflichtverletzungen durch den Angeklagten (oben E. 4 und 5) sind die weiteren Voraussetzungen gegeben, dass dem Angeklagten fahrlässige Tötung im Sinne von Art. 117 StGB vorzuwerfen ist.

a) Das Fehlen der Sicherheitseinrichtungen bei der Fruttli-Brücke ist als ursächlich für den Tod von Y. anzusehen; denn wären neben der Brücke z.B. Auffangnetze angebracht gewesen, wäre Y. nicht in das Tobel abgestürzt.

Die Kausalität zwischen dem sorgfaltswidrigen Verhalten (fehlende Sicherheitseinrichtungen gegen die Absturzgefahr ins Tobel der Rigiabfahrt bei der Fruttli-Brücke) und dem Skiunfall kann wie gezeigt (vgl. oben E. 4 lit. d) nicht damit verneint werden, der genaue Absturzort der Verunfallten sei nicht bekannt.

b) Ebenso sind die Mängel in der Organisation insbesondere das Fehlen eines hinreichenden Sicherheitsdispositivs für den Tod von Y. als kausal anzusehen. Sie führten dazu, dass die Abfahrtsroute Rigi Klösterli-Goldau am Unfalltag geöffnet war, obwohl sie sich noch nicht in einem hierzu geeigneten Zustand befand. Wäre sie gesperrt geblieben, hätten Y. und ihre Kollegin wie zwei Tage vorher, als sie noch gesperrt war, höchstwahrscheinlich die Route nicht benutzt, und es wäre nicht zum tödlichen Unfall gekommen. Durch ein genügendes Sicherheitsdispositiv mit organisierter Weitergabe aller relevanten Informationen wäre der Unfall also vermieden worden (BGE 125 IV 13).

c) Der gegebene Kausalzusammenhang wird vorliegend in strafrechtlicher Hinsicht – zivilrechtlich mag die Gegenüberstellung des Verschuldens des Angeklagten mit dem Mitverschulden des Opfers anders beurteilt werden – auch nicht durch ein allfälliges Mitverschulden der tödlich Verunfallten unterbrochen, welche, so der Vorwurf des Angeklagten, zu schnell und nicht auf Sicht gefahren sein soll (vgl. Trechsel, StGB-Kurzkommentar, 2. Aufl., Zürich 1997, Art. 18 Rz. 27 mit Hinweisen). Deren Fahrverhalten war nicht derart ungewöhnlich, dass damit nicht hätte gerechnet werden müssen. Ein Fahrfehler und ein Sturz sind auch bei einer erfahrenen Skifahrerin nichts Aussergewöhnliches, und die Gefahr eines Absturzes als Folge davon liegt an Ort und Stelle auf der Hand. Dass eine Skifahrerin im schnellen Tempo direkt auf die Fruttli-Brücke zufahren könnte, war für den Angeklagten als für die Erfüllung der Verkehrssicherungspflicht Verantwortlichen der Rigi-Bahnen voraussehbar. Er wusste, dass beinahe alle Skifahrer nach der Brücke beim «Malchus» die direkte

Linie auf die Fruttli-Brücke zu wählen, um im hohen Tempo die nach der Brücke ansteigende Strecke hinauffahren zu können.

d) Fehl geht auch die Auffassung der Verteidigung, dass der Unfall vermieden worden wäre, wenn die Brücke gemäss dem vom Angeklagten erteilten Auftrag ausgeschleudert worden und damit besser sichtbar gewesen wäre. Damit wird die Relevanz seines sorgfaltswidrigen Verhaltens für den Tod der in das Tobel der Rigiaa abgestürzten Skifahrerin angesprochen.

Der vom Angeklagten erteilte Auftrag, «den Stationsbereich im Fruttli und den Weg von der Station bis zur neuen Brücke, inkl. Brücke mit der Schneeschleuder freizuschleudern», enthält weder den Hinweis, dass es um die Sichtbarkeit der Fruttli-Brücke für den Skifahrer gehe, noch die – wenn überhaupt praktisch durchführbare – konkrete Anordnung, auch den Einfahrtsbereich der Brücke so auszuschleudern, dass die Absturzgefahr in das Tobel der Rigiaa beseitigt sei. Aufgrund dieses Auftrages konnte der Angeklagte nicht annehmen, dass die neben der Brückeneinfahrt lauernde Gefahr eines Absturzes in das Tobel der Rigiaa hinreichend behoben werden könnte.

Dass der Angeklagte B. gesagt haben will, dass er den Schnee bis auf 10 bis 20 cm hinunter ausfräsen soll, damit die Brückenführung klar erkennbar und die Sicherheit gewährleistet wäre, ist nicht glaubhaft. Zum einen ist von einer solchen Formulierung in der vom Verteidiger eingereichten Aktennotiz des Angeklagten nicht die Rede (...) und zum andern hat der Zeuge B. dies vehement bestritten. Dieser spricht nur von einem Ausfräsen bis Ende der Brücke, was mit den Angaben des Angeklagten anlässlich der vorinstanzlichen Befragung übereinstimmt (...). Wenn auch noch von einem Ausfräsen bis auf 10 bis 20 cm hinunter und einer Erkennbarmachung der Brückenführung gesprochen worden wäre, wäre damit gegen die Absturzgefahr in das Tobel der Rigiaa noch zu wenig vorgekehrt worden, da auch eine besser erkennbare Brücke diese Gefahr nicht beseitigt hätte (vgl. oben E. 4), solange nicht der Einfahrtsbereich, und zwar auch im Bereich der Absturzstelle von Y. sel., so ausgeschleudert worden wäre, dass Schneewälle einen Absturz verhindern hätten können. Einen derartigen Auftrag hat der Angeklagte aber nie erteilt.

Schliesslich ist es für den Tod der verunglückten Skifahrerin als relevant anzusehen, dass sich der Angeklagte um die Durchführung der von ihm erteilten Aufträge nur ungenügend gekümmert hat. Dazu hätte bei dem B. erteilten Auftrag um so mehr Anlass bestanden, als B. nicht zum Personal des Winterdienstes gehörte und mit dessen Abläufen damit also nicht so vertraut war. Das führte dazu, dass die Abfahrtsroute am Unfalltag geöffnet werden konnte, ohne dass deren korrekte Kontrolle gewährleistet war.

e) Aus all diesen Gründen ist die Staatsanwaltschaft zu Recht der Auffassung, dass der Angeklagte wegen fahrlässiger Tötung zu verurteilen ist. (Urteil vom 23. Juli 2002; KG 175/01 SK).

5. Strafprozessrecht

5.1 Untersuchungshaft

– *Konkretisierung der Haftgründe; Akteneinsicht.*

Aus den Erwägungen:

3. Die Untersuchungshaft darf nur angeordnet oder aufrechterhalten werden, wenn und solange neben dem allgemeinen Haftgrund des dringenden Tatverdachts auch ein spezieller Haftgrund (Kollusionsgefahr, Fluchtgefahr, Fortsetzungsgefahr) vorliegt.

a) Der dringende Tatverdacht der Beteiligung an den eingangs umschriebenen Straftaten ist nicht bestritten und ergibt sich aus den Zügen des Inhaftierten anlässlich der polizeilichen Einvernahmen sowie, was der Haftrichter anhand der ihm zur Verfügung gestellten Akten des Verhöramtes feststellen kann, tatsächlich auch aus den Angaben weiterer Beteiligter. Auf die Begründung des dringenden Tatverdachts muss aufgrund der nachfolgenden Erwägungen aber nicht mehr näher eingegangen werden. Wie die polizeilichen Einvernahmeprotokolle zu würdigen sind, welche ein Polizeibeamter in Deutsch aufgrund einer französisch geführten Befragung niedergeschrieben hat und diese dann zur Unterzeichnung dem Angeschuldigten wieder ins Französische übersetzt, braucht vorliegend den Haftrichter nicht weiter zu beschäftigen. Dies wird Sache des Strafrichters sein.

b) Mit dem alleinigen Hinweis auf die noch zu tätigen Ermittlungsvorhaben kann Kollusionsgefahr nicht begründet werden, auch nicht mit der theoretisch immer bestehenden abstrakten Möglichkeit, dass der Angeschuldigte die Sachverhaltsabklärungen zu seinen Gunsten beeinflussen könnte. Von der Kollusionsgefahr kann erst ausgegangen werden, wenn konkrete Anhaltspunkte bestehen, welche eine derartige Gefahr wahrscheinlich erscheinen bzw. vermuten lassen (Donatsch, Kommentar zur ZH-StPO, § 58 Rz. 39 mit Hinweisen). Das Leugnen der Tat, das Verweigern der Auskunft oder wahrheitswidriges Abstreiten von Indizien ist kein Verdunkelungsgrund (Hauser/Schweri, § 68 Rz. 13).

Was die Untersuchungsrichterin in der angefochtenen Verfügung zur Kollusionsgefahr ausführt, erschöpft sich in der Darlegung abstrakter Absprache- und Beeinflussungsmöglichkeiten. Sie bezeichnet keine konkreten, für die Annahme der Kollusionsgefahr sprechenden Indizien und nennt insbesondere auch keine Personen mit Namen, bei denen zu vermuten wäre, dass sie vom Angeschuldigten, sofern er aus der Haft entlassen würde, beeinflusst bzw. unter Druck gesetzt werden könnten. Soweit die Untersuchungsrichterin an der Anhörung konkret 19 Fälle auflistet, in welchen sie eine Tatbeteiligung des Inhaftierten für nachgewiesen hält,

und in deren Zusammenhang nun die Namen mehrerer Personen aufdeckt, mit welchen der Beschwerdeführer nach ihrer Vermutung kolludieren könnte, werden damit Tatsachen nachgeschoben, die ihr bereits vor ihrer Ablehnung des Haftentlassungsgesuches bekannt waren. Nicht anders verhält es sich mit der ebenfalls erst an der Anhörung bekannt gegebenen Befürchtung, der Inhaftierte könnte in Freiheit, unrechtmässig erworbene Gelder beseitigen. Ein solches Verhalten der Strafverfolgungsbehörden ist mit dem Anspruch des Inhaftierten, nicht nur über den ihm gegenüber erhobenen Tatvorwürfen, sondern auch über die geltend gemachten Haftgründe unterrichtet zu werden, nicht zu vereinbaren (vgl. Donatsch, a.a.O., § 59 Rz. 11). Ob unter diesen Aspekten die Kollusionsgefahr überhaupt als gegeben erachtet werden kann, ist in allgemeiner Hinsicht zumindest sehr fraglich und vorliegend abzulehnen, weil die Untersuchungsrichterin das Nachschieben von Fakten, welche den Strafverfolgungsbehörden schon länger bekannt sind, nicht ansatzweise zu begründen vermochte.

c) Es kommt hinzu, dass die Untersuchungsrichterin den Angeschuldigten erst einmal einvernommen hat, und ihm als Haftgrund bloss die Abprache mit bekannten und derzeit noch unbekanntem Mittätern vorgehalten hat, und seither die Einvernahmen des Angeschuldigten der Polizei überlassen hat. Der mit Verfügung vom 6. November 2001 bestellte amtliche Verteidiger ist zu den polizeilichen Einvernahmen nie eingeladen worden. Er macht heute, anlässlich der Anhörung wie schon im Haftentlassungsgesuch geltend, seine Teilnahme an diesen Einvernahmen sowie Akteneinsicht nicht verlangt zu haben, weil er davon ausgegangen sei, dass diesen Ersuchen im Stadium der polizeilichen Ermittlungen nicht stattgegeben werde, und stellt fest, dass die Untersuchungsrichterin sich nie dahingehend geäussert hätte, dass er an diesen Einvernahmen teilnehmen und wenigstens teilweise Akteneinsicht erhalten könne. Wie es sich damit verhält, kann vorliegend offen gelassen werden, da der vorliegende als Haftrichter angerufene Kantonsgerichtspräsident nicht über die Teilnahme- und Akteneinsichtsrechte zu entscheiden hat. Immerhin kann festgehalten werden, dass die Untersuchungsrichterin in der angefochtenen Verfügung, die Feststellung des amtlichen Verteidigers im Haftentlassungsgesuch, wonach der anwaltschaftlich bestellte Vertreter des Untersuchungshäftlings im polizeilichen Ermittlungsverfahren bekanntlich keinen Anspruch auf Akteneinsicht sowie ebenfalls keinen Anspruch auf Teilnahme bei den polizeilichen Befragungen habe, bloss wiedergibt, aber mit keinem Wort darauf eingeht und es vermeidet, auf konkrete Tatsachen und Akten Bezug zu nehmen, welche dem amtlichen Verteidiger die Stellung eines Akteneinsichtsgesuches hätten aufdrängen können.

Der Angeschuldigte und die Verteidigung haben ausser dem Anspruch auf die Bekanntgabe der Tatvorwürfe und der Haftgründe auch einen Anspruch darauf, dass ihnen diejenigen Akten zur Kenntnis gebracht werden, die in Bezug auf die Frage der Untersuchungshaft entscheidend sind

A. 5.1

und ihm so erlauben, die behördlichen Vorbringen mit dem notwendigen Wissen im Haftprüfungsverfahren zu bestreiten (KG 97/153 v. 16.4.1997 mit Hinweis auf Praxis 1990, Nr. 214, S. 762f.). Erscheint die Haft nur aufgrund solcher Akten oder Untersuchungsergebnisse, die der Verteidigung nicht zur Kenntnis gebracht wurden, begründbar, so ist – was der Kantonsgerichtspräsident im eben zitierten Entscheid schon festgehalten und folgedessen die Haftgründe nur aufgrund von der Verteidigung bekannten Tatsachen geprüft hat – die Rechtmässigkeit der Haft zu verneinen. Die Untersuchungsrichterin hat nicht bestritten, dass dem amtlichen Verteidiger bisher keine Einsicht in die Akten, mithin auch in die für die Frage der Untersuchungshaft ausschlaggebenden Akten gegeben worden ist. Damit wurde ihm und mithin dem Angeschuldigten die zur Bestreitung der Annahme des dringenden Tatverdachts und der Kollisionsgefahr erforderlichen Tatsachen nicht bekannt gegeben. Spätestens mit der Ablehnung des Haftentlassungsgesuches, in welchem der amtliche Verteidiger die Dauer der polizeilichen Ermittlungstätigkeit unter Ausschluss der Verteidigung im Hinblick auf Sinn und Zweck der Untersuchungshaft als nicht mehr rechters monierte, hätte sich die Untersuchungsrichterin veranlasst sehen müssen, die für die Aufrechterhaltung der Haft ausschlaggebenden Fakten in der angefochtenen Verfügung konkret zu nennen und dem amtlichen Verteidiger in die entsprechenden Akten Einsicht geben müssen. Da die Untersuchungsrichterin es aber unterlassen hat, überhaupt solche Fakten konkret zu nennen, erweist sich die weitere Aufrechterhaltung der Haft im heutigen Zeitpunkt als unrechtmässig, weil damit dem Anspruch des Angeschuldigten, dass ihm die Tatvorwürfe und die Haftgründe konkret bekannt gegeben werden, verletzt und ihm ein auf Waffengleichheit basierendes, effektiv kontradiktorisches Verfahren betreffend Anordnung der Haft (vgl. Donatsch, a.a.O., § 60 Rz. 25; Pra 1990, S. 762) nicht gewährleistet worden ist.

d) Es kommen zwei weitere Belange hinzu, welche zwar nicht unmittelbar mit den vorliegend zu beurteilenden Haftgründen zu tun haben, aber in Bezug auf die Aufrechterhaltung der Untersuchungshaft nicht unbeachtlich sind. Erstens obliegt der Untersuchungsrichterin die Leitung der Strafuntersuchung. Es scheint unter diesem Aspekt sehr problematisch zu sein, die Befragung eines Angeschuldigten während drei Monaten einfach der Meinung der Polizei zu überlassen, der Angeschuldigte erzähle ohnehin nur Lügendgeschichten, ohne sich mit den jeweils erzielten Ergebnissen auseinander zu setzen, wie dies offenbar im vorliegenden Fall geschehen ist, mit der Folge, dass die Untersuchungsrichterin nicht in der Lage war, das Haftentlassungsgesuch unverzüglich hinreichend zu begründen und konkrete Anhaltspunkte für die Haftgründe aufzuführen. Zweitens mutet es doch eigenartig an, dass eine Strafuntersuchung, welche mit erheblichem Aufwand verbunden ist, geführt wird, ohne dass man sich der örtlichen Zuständigkeit wirklich gewiss zu sein scheint. Es überzeugt jedenfalls nicht, dass die Untersuchungsrichterin anlässlich der An-

hörung auf die Frage nach der Zuständigkeit des Kantons Schwyz, nur auf offenbar im Kanton Schwyz begangene Handlungen eines anderen mutmasslichen Tatbeteiligten, welche Gegenstand einer früher geführten Strafuntersuchung gewesen seien, hinzuweisen weiss.

4. Die Beschwerde ist aus all diesen Gründen gutzuheissen und die angefochtene Verfügung aufzuheben. Auch wenn die angefochtene Verfügung vorliegend vorwiegend aus förmlichen Gründen aufzuheben ist, erachtet der Kantonsgerichtspräsident angesichts der angetönten Mängel der Strafuntersuchung, deren korrekten Behebung wiederum einige Zeit beanspruchen würde, und des Umstandes, dass Mängel in der Organisation der Strafverfolgung bei der Haftdauer nicht berücksichtigt werden dürfen, eine weitere Aufrechterhaltung der Untersuchungshaft vorliegend als unangemessen.

(Verfügung vom 22. Januar 2002; KG 32/02 GP).

5.2 Entsiegelung

– *Entsiegelung im Verhältnis zur Beschlagnahme.*

Aus den Erwägungen:

1. Der Regierungsrat des Kantons Schwyz entzog X. mit Beschluss vom 13. März 2001 die Bewilligung zur selbständigen Berufsausübung als Zahnarzt im Kanton Schwyz für die Dauer von 5 Jahren bis 12. April 2006 und ordnete u.a. unter Androhung einer Ordnungsbusse von Fr. 500.– für jeden Tag und Ersatzvornahme sowie der Bestrafung nach Art. 292 StGB an, dass der Betrieb der Zahnarztpraxis bis am 12. April 2001 einzustellen ist. Das Verwaltungsgericht hat eine Beschwerde gegen diese Anordnungen mit Entscheid vom 20. April 2001 abgewiesen und den Beginn der Entzugsdauer und den Termin für die Einstellung des Betriebes auf den 1. Juni 2001 festgelegt. Nachdem das Bundesgericht am 17. Juli 2001 eine hiergegen erhobene staatsrechtliche Beschwerde abgewiesen hatte, soweit darauf einzutreten war, setzte das Departement des Innern X. am 23. Juli 2001 den Beginn der Entzugsdauer und die Frist für die Einstellung des Betriebes neu auf den 27. August 2001 fest und beauftragte am 24. August 2001 die Kantonspolizei, die Einstellung des Betriebes zu kontrollieren. Das Bezirksamt, welches damals in einer anderen Strafsache, welche inzwischen an die Untersuchungsbehörden des Kantons Solothurn abgetreten und dort eingestellt worden ist, gegen X. ermittelte, führte mit der vom Departement des Innern verlangten Kontrolle durch die Polizei zugleich einen Augenschein im Zahnarztbetrieb durch, zu welcher die Polizei zur photographischen Dokumentation der Räumlichkeiten aufgeboten worden war. Am 18. Dezember 2001 wurden diese Räumlichkeiten ein zweites Mal aufgrund eines wegen Verdachts der qualifizierten Verun-

A. 5.2

treuung erlassenen Hausdurchsuchungsbefehls der Solothurner Untersuchungsbehörden vom 6. Dezember 2001 rechtshilfeweise durchsucht. Anlässlich dieser Durchsuchung fand ein Polizist einen Ordner mit Zahnarztrechnungen, die ihn auf zahnärztliche Behandlungen nach dem vom Departement des Innern angesetzten Termins vom 27. August 2001 schliessen liessen, weshalb der Ordner zusammen mit anderen für die Solothurner Strafuntersuchung interessanten Gegenständen beschlagnahmt und versiegelt wurde. Mit Urteil vom 7. März 2002 hat sich die Strafkammer des Solothurner Obergerichts für die Beurteilung der Frage der Rechtmässigkeit der Beschlagnahme und dessen Verwertbarkeit in dem vom Bezirksamt geführten Strafverfahren als nicht zuständig erachtet und erkannt, dass dieser Ordner wieder zu versiegeln und den Behörden des Kantons Schwyz zuzustellen sei. Der Ordner ist dem Amt für Gesundheit und Soziales, das dessen Edition angebeht hatte, versiegelt zugestellt worden und befindet sich nun offenbar im Büro des das Departement des Innern in Rechtsfragen beratenden Juristen des Departementssekretariates des Justizdepartementes.

2. Das Bezirksamt, welches eine Strafuntersuchung gegen X. wegen Ungehorsam gegen eine amtliche Verfügung (Art. 292 StGB) sowie wegen Berufsausübung trotz entzogener Bewilligung (§ 25 Kant. Strafrecht) führt, ersucht am 3. Juli 2002, die Entsiegelung des Ordners mit Zahnarztrechnungen zu bewilligen, eventualiter sei der unterzeichneten Untersuchungsrichterin zu bewilligen, den Kantonsarzt mit der Durchsicht und anschliessenden Berichterstattung zu beauftragen, ob nach dem 27. August 2001 noch zahnärztliche Behandlungen durchgeführt worden seien, für welche allenfalls und in welchem Betrag Rechnung gestellt worden sei, subeventualiter sei die Öffnung des Siegels durch das Kantonsgericht vorzunehmen und der Ordner mit anonymisierten Patientennamen dem Bezirksamt zur Durchsuchung zuzustellen.

X. wurde am 10. Juli 2002 zur Stellungnahme zum Entsiegelungsgesuch eingeladen. Nach Erstreckung der angesetzten Frist besteht dessen Anwalt mit Schreiben vom 20. August 2002 darauf, dass eine ausführliche Stellungnahme nicht möglich sei, da er nicht alle zum heutigen Zeitpunkt vorhandenen Strafakten kenne und ersucht um die Zustellung der vollständigen Strafakten und um neue Fristansetzung. Ausserdem wird beantragt, weder der Untersuchungsrichterin noch in deren Auftrag dem Kantonszahnarzt die Durchsuchung des versiegelten Ordners zu bewilligen und dieser sei unverzüglich herauszugeben. Ebenfalls sei die Öffnung des Siegels auch nicht durch das Kantonsgericht vorzunehmen. Diese Anträge will der Gesuchsgegner ausdrücklich nur vorläufig begründet wissen. Er hält dafür, dass die Beschlagnahme des Ordners ohne gesetzliche Grundlage erfolgt und deshalb sofort und ungeöffnet zurückzugeben sei. Er bestreitet ausserdem im Wesentlichen, dass bereits vor der Hausdurchsuchung aufgrund des Durchsuchungsbefehles vom 6. Dezember 2001 der dringende Tatverdacht bestanden habe, dass er sich nicht an das

rechtskräftig verfügte Berufsausübungsverbot gehalten habe, andernfalls man ja einen entsprechenden Durchsuchungsbefehl hätte verhängen können. Von einem Zufallsfund könne nicht die Rede sein, weil die anwesenden Polizeibeamten ausdrücklich und gewollt nach Patientendaten gesucht hätten.

3. Bis zur Anklage entscheidet der Kantonsgerichtspräsident, ob die Durchsuchung von versiegelten Schriftstücken zulässig ist (§ 40 Abs. 1 StPO). Dem Entsiegelungsgesuch kann aus folgenden Gründen zurzeit nicht stattgegeben werden.

a) Erhebt der Inhaber von Schriftstücken gegen deren Durchsuchung Einsprache, werden diese versiegelt und verwahrt (§ 40 Abs. 1 StPO). Beschlagnahmte Gegenstände, die für das Strafverfahren nicht mehr benötigt werden und weder der Einziehung unterliegen noch dem Staat verfallen, sind dem Berechtigten zurückzugeben (§ 42 Abs. 2 StPO).

b) Bei der rechtshilfewise für die Solothurner Strafverfolgungsbehörden durchgeführten Hausdurchsuchung vom 18. Dezember 2001 hat der Gesuchsgegner die Versiegelung des sichergestellten Ordners mit den Zahnarztrechnungen verlangt. Diesen Ordner benötigen die Solothurner Behörden in der von ihnen geführten Strafuntersuchung wegen Veruntreuung aber nicht, weshalb dessen Herausgabe angeordnet worden ist. Der Ordner wurde deshalb versiegelt und dem Amt für Gesundheit und Soziales des Kantons Schwyz zugestellt. Der Ordner befindet sich somit zurzeit nicht in Gewahrsam der Strafverfolgungsbehörden und kann in der vom Bezirksamt geführten Strafuntersuchung zurzeit weder als sichergestellt noch beschlagnahmt gelten. Er ist mithin nicht in Verwahrung im Sinne von § 40 Abs. 1 StPO.

c) In der untersuchungsrichterlichen Einvernahme vom 25. April 2002 hat der Gesuchsgegner die Ansicht vertreten, dass der Ordner nicht rechtmässig beschlagnahmt worden sei und verlangte deshalb dessen Aussonderung bzw. Rückgabe und verweigerte mithin die freiwillige Zustimmung zur Herausgabe bzw. Durchsicht des Ordners. Diese Ansicht vertritt der Gesuchsgegner mit guten Gründen, denn bis anhin ist in der im Kanton Schwyz geführten Strafuntersuchung der fragliche Ordner wie bereits gesagt weder in polizeiliche Verwahrung genommen noch beschlagnahmt worden. Es ist denn auch in rechtlicher Hinsicht nicht nachvollziehbar, warum sich dieser versiegelte Ordner zurzeit bei den Gesundheitsbehörden befindet. Die Untersuchungsrichterin wird deshalb zunächst eine entsprechende beschwerdefähige Verfügung erlassen müssen, wenn sie nach wie vor davon ausgeht, dass die im Ordner befindlichen Schriftstücke für die von ihr geführte Strafuntersuchung als Beweismittel von Bedeutung sind. Erst wenn der versiegelte Ordner sich rechtmässig in Verwahrung der Polizei bzw. des Bezirksamtes befindet, kann über dessen Entsiegelung entschieden werden.

A. 5.3

d) Daran, dass der von den Solothurner Strafverfolgungsbehörden herausgegebene Ordner nicht entsiegelt werden kann, bevor er sich in polizeilicher oder untersuchungsrichterlicher Verwahrung befindet, ändert die Auffassung der Untersuchungsrichterin, es handle sich um einen verwertbaren Zufallsfund nichts. Auch die Sicherstellung eines Zufallsfundes ist eine strafprozessuale, in die Freiheits- und Eigentumsrechte des Betroffenen eingreifende Zwangsmassnahme, die einer korrekten, anfechtbaren Anordnung bedarf. Es kommt des Weiteren hinzu, dass es nicht angeht, dass der Kantonsgerichtspräsident im Entsiegelungsverfahren quasi vorgefrageweise über die Rechtmässigkeit einer solchen Zwangsmassnahme einzelrichterlich entscheidet und damit die übliche funktionelle Zuständigkeitsordnung (§ 140 StPO, Beschwerdemöglichkeiten in erster Instanz an die Staatsanwaltschaft und zweiter Instanz an das Kantonsgericht) ausgeschaltet würde.

5. Aus diesen Gründen ist dem Entsiegelungsgesuch des Bezirksamtes zurzeit nicht stattzugeben.
(Verfügung vom 10. Oktober 2002; KG 323/02 GP).

5.3 Revision

– *Revisionsgrund nach § 157 lit. c StPO (widersprüchliche Entscheide).*

Aus den Erwägungen:

1.a) Mit Strafverfügung vom 19. April 2001 verurteilte der Jugendanwalt des Kantons Schwyz, Kreis III, X. wegen Sachbeschädigung im Sinne von Art. 144 Abs. 1 StGB sowie wegen Erwerb und Besitz von Betäubungsmitteln im Sinne von Art. 19a Ziff. 1 BetmG zu einer Busse von insgesamt Fr. 100.– und auferlegte ihm Kosten von Fr. 340.–. X. wurde u.a. vorgeworfen, am Sonntag, den 18. März 2001, zwischen ca. 14.15 Uhr und 16.00 Uhr zusammen mit Y. und Z. beim Primarschulhaus ... mehrere Sachbeschädigungen zum Nachteil der Gemeinde verübt zu haben, indem er zusammen mit den beiden Genannten an der Hausfassade, am Boden und an einer Sitzbank mit mehrheitlich wasserfesten Filzstiften Schriftzüge angebracht habe. Die Gemeinde als Geschädigte hatte am 21. März 2001 einen Strafantrag gestellt. Die Strafverfügung blieb in der Folge unanfechtet und erwuchs in Rechtskraft.

b) Im Zusammenhang mit dem Vorfall vom 18. März 2001 wurde Y. mit Strafbefehl des Bezirksamtes vom 7. Juni 2001 wegen Sachbeschädigung im Sinne von Art. 144 Abs. 1 StGB mit einer Busse von Fr. 1000.–, bedingt löschbar bei einer Probezeit von 2 Jahren, bestraft. Gegen diesen Strafbefehl erhob Y. fristgerecht Einsprache. Mit Urteil vom 24. August 2001 sprach der Einzelrichter des Bezirkes ihn betreffend den Vorfall vom

18. März 2001 von der Anklage der Widerhandlung gegen Art. 144 Abs. 1 StGB frei. Gegen dieses Urteil erklärte die öffentliche Anklägerin am 5. November 2001 beim Kantonsgericht Berufung.

Mit Urteil vom 7. Mai 2002 (KG 475/01 SK) erkannte das Kantonsgericht Schwyz was folgt:

- «1. In Abweisung der Berufung wird das angefochtene Urteil des Einzelrichters des Bezirks Höfe vom 24. August 2001 bestätigt.
- 2. Die Kosten des Berufungsverfahrens, bestehend aus:
 - a) den Gebühren von Fr. 1446.80,
 - b) den Kosten der Anklagevertretung von Fr. 318.30,
 - c) den Auslagen von Fr. 66.90,
 gehen zu Lasten der Staatskasse.
- 3. [Rechtsmittel]
- 4. [Zustellung]».

Das Urteil erwuchs unangefochten in Rechtskraft.

c) Mit Eingabe vom 21. Oktober 2002 (...) reichte die Staatsanwaltschaft Schwyz dem Kantonsgericht ein Revisionsgesuch mit folgenden Anträgen ein:

- «1. Die Strafverfügung sei in Bezug auf die Verurteilung wegen Sachbeschädigung aufzuheben, X. sei diesbezüglich freizusprechen, und die anteilmässigen Verfahrenskosten im Betrag von Fr. 270.– seien auf die Staatskasse zu nehmen.
- 2. Die für die Widerhandlung wegen Sachbeschädigung und Erwerb und Konsum von Betäubungsmitteln ausgefallte Gesamtstrafe von Fr. 100.– sei auf Fr. 50.– zu reduzieren.
- 3. Unter Kostenfolge zu Lasten des Staates.»

d) Mit Vernehmlassung vom 30. Oktober 2002 (...) schloss sich der Jugendanwalt des Kantons Schwyz, Kreis III, dem Revisionsbegehren der Staatsanwaltschaft an.

2. Nach § 157 lit. c StPO kann ein rechtskräftig erledigtes Strafverfahren zugunsten des Verurteilten jederzeit wieder aufgenommen werden, wenn seit Erlass des Entscheides ein anderer ausgefällt wurde, der mit dem früheren unvereinbar ist. Das Revisionsgesuch ist beim Kantonsgericht einzureichen (§ 157c Abs. 1 StPO). Betrifft es einen Strafbefehl oder eine Strafverfügung, entscheidet der Kantonsgerichtspräsident über das Gesuch (§ 157f Abs. 2 StPO). Sofern die Revision zugunsten des Verurteilten erfolgt, kann das Urteil sofort gefällt werden, ohne dass die Sache an die Untersuchungsbehörde oder zur neuen Hauptverhandlung an das erstinstanzliche Gericht zu weisen ist (§ 157g und 157h StPO).

3.a) Berechtigt ein Revisionsgesuch zu stellen ist neben dem Verurteilten die Staatsanwaltschaft und der Jugendanwalt (§ 157a StPO). Es könnte sich daher die Frage stellen, ob der Gesetzgeber nicht das Recht zur Stellung des Revisionsbegehrens in Fällen der Jugendanwaltschaft dem

A. 5.3

Jugendanwalt vorbehalten wollte. Die Frage kann indessen offen bleiben, nachdem sich der zuständige Jugendanwalt dem Revisionsgesuch ausdrücklich angeschlossen hat. Zudem zeigt gerade der vorliegende Fall, dass praktische Gründe für das eingeschlagene Verfahren sprechen, denn die Jugendanwaltschaft hat nicht den erforderlichen Überblick über alle Strafverfahren und hatte in concreto gar keine Kenntnis vom Urteil des Kantonsgerichtes vom 7. Mai 2002 erhalten.

b) Die Staatsanwaltschaft begründet ihr Revisionsbegehren damit, dass mit Urteil vom 7. Mai 2002 (KG 475/01 SK) Y. vom Vorwurf der Sachbeschädigung freigesprochen wurde. Da das Kantonsgericht im Urteil ausdrücklich festgehalten habe, dass zwischen den Dreien grundsätzlich Mitäterschaft erstellt sei, seien mithin alle drei Täter für die gesamte Tat strafrechtlich verantwortlich oder nicht. Die beiden Entscheide würden mit Schuld- bzw. Freispruch in einem vollständigen Widerspruch stehen, womit der geltend gemachte Revisionsgrund erfüllt sei.

c) Anlässlich der polizeilichen Befragungen vom 18. März 2001 gaben sowohl X. als auch Y. und Z. den ihnen vorgeworfenen Sachverhalt zu. Y. und Z. erklärten jedoch bei den untersuchungsrichterlichen Einvernahmen vom 4. Mai 2001, sie hätten am selben Abend des 18. März 2001 alles wieder gereinigt, was dem erkennenden Jugendanwalt des Kantons Schwyz, Kreis III, im Verfahren gegen X. im Zeitpunkt des Erlasses der Strafverfügung am 19. April 2001 nicht bekannt war. Im Urteil vom 7. Mai 2002 hielt das Kantonsgericht im Berufungsverfahren gegen Y. fest, dass eine Veränderung des Erscheinungsbildes grundsätzlich erst dann als Sachbeschädigung zu qualifizieren sei, wenn es sich nicht bloss um eine so genannte leicht behebbare Beeinträchtigung handelt. Das Kantonsgericht ging zugunsten von Y. davon aus, dass die Schriftzüge an der Betonwand von ihm restlos entfernt worden waren. Es kam in Würdigung der Akten- und Beweislage zum Schluss, dass die Tathandlung des Y. als eine leicht behebbare Beeinträchtigung der Ansehnlichkeit zu qualifizieren ist, weshalb der objektive Tatbestand von Art. 144 Abs. 1 StGB zu verneinen und Y. freizusprechen ist.

d) Der Revisionsgrund nach § 157 lit. c StPO ist erfüllt, wenn in der gleichen Sache später ein Urteil ergeht, welches mit dem früheren in derart unverträglichem Widerspruch steht, dass eines von ihnen notwendigerweise falsch sein muss. Dies ist u.a. dann der Fall, wenn das Gericht von mehreren Teilnehmern an der gleichen Tat die einen verurteilt und später andere freispricht, weil es die strafbare Handlung überhaupt nicht für erfüllt oder erwiesen hält (Hauser/Schweri, Schweizerisches Strafprozessrecht, 5. A., § 102 Rz. 28; mit Hinweis auf ZR 49 [1950] Nr. 165, S. 285). Im Urteil vom 7. Mai 2002, S. 6, erachtete das Kantonsgericht im vorliegenden Fall die gemeinsame Tatbegehung von X., Y. und Z. als gegeben. Der Staatsanwaltschaft ist somit insoweit beizupflichten, als bei mehreren Teilnehmern an demselben Delikt der Freispruch von Y. in einem unverträglichem Widerspruch steht zur Verurteilung des Mittäters X.

e) Nachdem zugunsten von X. davon auszugehen ist, dass der objektive Tatbestand der Sachbeschädigung nach Art. 144 Abs. 1 StGB in casu zu verneinen ist, erweist sich die Verurteilung von X. wegen Verstosses gegen Art. 144 Abs. 1 StGB als ungerechtfertigt und ist aufzuheben.

4.a) Die Revision ist demzufolge gutzuheissen, die Strafverfügung des Jugendanwalts des Kantons Schwyz, Kreis III, vom 19. April 2001 teilweise aufzuheben und X. vom Vorwurf der Sachbeschädigung gemäss Art. 144 Abs. 1 StGB freizusprechen.

(Urteil vom 12. November 2002; KG 456/02 GP).

6. Schuldbetreibungs- und Konkursrecht

6.1 Betreuungsort

- *Bei einer Einzelfirma ist nicht das Geschäftsdomizil, sondern der Wohnsitz der die Einzelfirma innehabenden Schuldners Betreuungsort (Erw. 1–3).*
- *Anzeige auf Feststellung der Nichtigkeit von Betreibungshandlungen (Erw. 4).*

Aus den Erwägungen:

1. X. führt eine Einzelfirma namens D. mit Sitz in Arth SZ. Der Inhaber der Einzelfirma wohnt in Rohrbach BE.

Z. betrieb X. beim Betreibungsamt Arth für eine Forderung von Fr. 1266.70 nebst Zins und Kosten. Das Betreibungsamt Arth stellte den Zahlungsbefehl aus und auf Fortsetzungsbegehren hin am 14. September 2001 die Konkursandrohung (...).

Auf Begehren des Betreibungsgläubigers Z. eröffnete der Einzelrichter am 26. März 2002, 9.00 Uhr, über X. antragsgemäss den Konkurs, nachdem der Schuldner die Konkursforderung nicht tilgte und nach Auffassung des Konkursrichters kein anderweitiger Grund vorlag, das Begehren abzuweisen.

2. Mit Eingabe vom 5. April 2002 erhebt das Konkursamt Goldau beim Kantonsgericht Beschwerde mit dem Antrag, der Konkurs sei aufzuheben und es sei dem Rechtsmittel aufschiebende Wirkung zu erteilen, unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten des Klägers Z.

Am 8. April 2002 wird dem Rechtsmittel gegen die Konkursöffnung aufschiebende Wirkung zuerkannt – dies unabhängig von der Frage, welcher Rechtsbehelf gegen die Konkursöffnung gegeben ist.

A. 6.1

Dem Gläubiger Z. sowie dem Schuldner X. wurde Gelegenheit gegeben, zur Eingabe des Konkursamtes Stellung zu nehmen. Mit Eingabe vom 3. Mai 2002 nimmt der Gläubiger, vertreten durch Rechtsanwalt Y. zur Beschwerde des Konkursamtes Goldau Stellung und beantragt, auf die Beschwerde sei nicht einzutreten, eventuell sei sie abzuweisen. Der Schuldner X. reicht keine Stellungnahme ein.

3. X. ist als Inhaber der im Handelsregister eingetragenen Einzelfirma D. mit Sitz in Arth, in 4938 Rohrbach, Kanton Bern, wohnhaft. Das Konkursamt Goldau legt die Wohnsitz-Bescheinigung der Gemeinde Rohrbach vom 28. März 2002 ins Recht, woraus sich ergibt, dass X. seit Zuzug vom 24. März 1976 seinen Wohnsitz in Rohrbach hat (siehe auch Eintrag im Rationenbuch 2002, S. 361). Bei der Einwohnerkontrolle in Arth ist er nach Erkundigung des Konkursbeamten nicht gemeldet.

Bei einer Einzelfirma ist nicht das Geschäftsdomizil, sondern der Wohnsitz des die Einzelfirma innehabenden Schuldners Betreibungsort. Der Inhaber einer Einzelfirma ist deshalb auch für Schulden aus dem Betrieb der Einzelfirma an seinem Wohnort zu betreiben, auch wenn die Firma an einem anderen Ort im Handelsregister eingetragen ist (E. Schmid, SchKG-Kommentar, Art. 46 N 53). Aufgrund der vorgelegten Wohnsitz-Bestätigung der Gemeinde Rohrbach und mangels anderweitiger Anhaltspunkte ist davon auszugehen, dass sich der Mittelpunkt der persönlichen Lebensbeziehungen und damit der Wohnsitz des Schuldners in Rohrbach BE und nicht am Sitz der Einzelfirma in Arth befinden. X. hätte deshalb die Betreibung in Rohrbach verlangen müssen bzw. der Betreibungsbeamte von Arth hätte den Zahlungsbefehl sowie die Konkursandrohung aus diesem Grund zurückweisen müssen. Schliesslich hätte der Konkursrichter in Anwendung von Art. 173 Abs. 2 SchKG den Entscheid aussetzen und der Aufsichtsbehörde zur Entscheidung über die Frage der Nichtigkeit der Konkursandrohung überweisen müssen, um erst dann über das Konkursbegehren zu entscheiden (uneinheitlich beantwortet wird die Frage, ob sich der Konkursrichter bei offenkundiger örtlicher Unzuständigkeit – ohne Umweg über die Aufsichtsbehörde – für unzuständig erklären kann; Giroud, SchKG-Kommentar, N 6 zu Art. 173 SchKG; BGE 96 III 33 = Praxis 1970, Nr. 85, E. 2).

Die von einem örtlich unzuständigen Betreibungsamt ausgestellte Konkursandrohung ist absolut nichtig. Die Vorschriften über die örtliche Zuständigkeit und damit auch über die Zuständigkeit für die Eröffnung und Durchführung des Konkurses liegen nicht nur im Interesse des Schuldners, sondern sie schützen auch die Interessen von Dritten und der Gläubiger. Sie sind deshalb von Amtes wegen zu beachten, und die Nichtigkeit kann jederzeit von der zuständigen Aufsichtsbehörde festgestellt werden (BGE 96 III 33 = Praxis 1970, Nr. 85, E. 2; BGE 118 III 3 = Praxis 1995, Nr. 46, E.2a; F. Lorandi, Betreibungsrechtliche Beschwerde und Nichtigkeit, N 72 zu Art. 22 SchKG; F. Cometta, SchKG-Kommentar, N 13 zu Art. 22 SchKG). Der vom Betreibungsgläubiger in diesem Zusammen-

hang erwähnte Bundesgerichtsentscheid BGE 105 III 61 ist nicht einschlägig: das Bundesgericht verneinte die Nichtigkeit eines Verlustscheines im Nachgang einer Pfändung, die von einem örtlich unzuständigen Betreibungsamt vollzogen worden war, nur deshalb, weil keine Drittin-teressen im Spiel waren, d.h. ein Pfändungsanschluss Dritter zum vorn-herlein nicht möglich war. Dagegen sind in einem Konkursverfahren klarerweise die Interessen Dritter, namentlich diejenigen von Gläubigern des Gemeinschuldners, betroffen.

4. Vorliegend erhebt das Konkursamt Goldau Beschwerde gegen die Konkurseröffnung des Einzelrichters Schwyz. Das Konkursamt bezeichnet seine Eingabe ausdrücklich als Beschwerde im Sinne von Art. 17 SchKG. Im Antrag wird die Aufhebung des <Konkurses> (d.h. wohl Konkurseröffnung) verlangt.

a) Das Konkurserkenntnis kann nicht im Rahmen eines Beschwerdeverfahrens vor den Aufsichtsbehörden nach Art. 17 SchKG überprüft werden. Die Aufsichtsbehörden sind nicht kompetent und befugt, den Entscheid des Konkursrichters zu beurteilen. Die Verantwortung für die Konkurseröffnung trägt der Richter, und das Kantonsgericht ist nur im Rahmen der Weiterziehung nach Art. 174 SchKG als Rekursinstanz befugt, das Konkurserkenntnis zu prüfen und allenfalls aufzuheben (Fritzsche/Walder, Schuldbetreibungs- und Konkursrecht nach schweizerischem Recht, Bd. II, § 44 Anm. 1; siehe auch BGE 100 III 22). Als Rekurs im Sinne von Art. 174 SchKG andererseits bezeichnet das Konkursamt Goldau seine Eingabe zu Recht nicht. Die Legitimation zur Anfechtung des Konkurserkenntnisses wäre denn auch nach BGE 123 III 403 auf die Parteien des erstinstanzlichen Verfahrens beschränkt, wozu das Konkursamt nicht zählt (uneinheitliche Praxis zur Legitimation eines Konkursamtes nach altem Recht: Giroud, SchKG-Kommentar, N 14 zu Art. 174 SchKG).

b) Die Eingabe des Konkursamtes ist jedoch als Anzeige im Sinne von Art. 22 SchKG aufzufassen, nachdem geltend gemacht wird, dass die er-gangenen Betreibungshandlungen (Zahlungsbefehl und Konkursandrohung) infolge örtlicher Unzuständigkeit nichtig seien. Eine Parteistellung des Anzeigers – wie hier des Konkursamtes – ist nicht erforderlich, da sich jedermann auf die Nichtigkeit einer Betreibungshandlung berufen kann und die Aufsichtsbehörden unabhängig davon, ob Beschwerde geführt worden ist, von Amtes wegen die Nichtigkeit einer Verfügung feststellen (Art. 22 Abs. 1 SchKG). Zuständig für die Entgegennahme und Prüfung dieser Anzeige ist jedoch nicht das Kantonsgericht als obere, sondern der Bezirksgerichtspräsident Schwyz als untere Aufsichtsbehörde in Schuld-betreibung und Konkurs. In funktioneller Hinsicht ist nämlich – gleich wie im Beschwerdeverfahren – auch für den Entscheid über die Nichtigkeit einer Betreibungshandlung die hierarchische Zuständigkeitsordnung der Aufsichtsbehörden zu beachten. Die unmittelbare Aufsichtsfunktion über den Betreibungsbeamten, der die möglicherweise nichtigen Betreibungs-

A. 6.2

handlungen vorgenommen hat, obliegt der unteren Aufsichtsbehörde (Lorandi, a.a.O., N 139 zu Art. 22 SchKG mit Hinweisen; BGE 113 III 114f.).

c) Die vorliegende Eingabe ist demzufolge als Anzeige auf Feststellung der Nichtigkeit von Betreibungshandlungen an die untere Aufsichtsbehörde zu überweisen. Aufgrund der obigen Erwägungen Ziff. 3 sprechen gute Gründe für die Nichtigkeit der Konkursandrohung sowie des vorangegangenen Zahlungsbefehls in der Betreibung Nr. 2013116. Andererseits stellt sich die Frage, ob noch ein aktuelles Feststellungsinteresse besteht, nachdem der Konkursöffnungsentscheid seitens der Betreibungsparteien unangefochten geblieben ist (Lorandi, a.a.O., N 172 zu Art. 22 SchKG). Im Falle der Nichtigkeit der vorangegangenen Betreibungshandlungen stellte sich die Frage, inwieweit diese das Konkursverfahren tangiert und das Konkursamt befugt wäre, die Durchführung des Konkurses abzulehnen (siehe dazu: BGE 100 III 22f. unter Hinweis auf die frühere Praxis; ZR 82, Nr. 41; Giroud, a.a.O., N 8 zu Art. 171 SchKG; Fritzsche/Walder, a.a.O., § 44 Anm. 1). Eine Ablehnung des Vollzugs käme nach BGE 100 III 23 auf jeden Fall dann nicht mehr in Frage, wenn das Konkursamt die Durchführung des Konkurses bereits an die Hand genommen hätte, was hier nach Darstellung des Konkursamtes Goldau jedoch nicht der Fall ist (mit Ausnahme der Wohnsitznachforschung).

d) Auf die Beschwerde ist deshalb nicht einzutreten, und die Eingabe des Konkursamtes Goldau vom 5. April 2002 ist als Anzeige im Sinne von Art. 22 SchKG an den Bezirksgerichtspräsidenten Schwyz als untere Aufsichtsbehörde in Schuldbetreibung und Konkurs, der zugleich unmittelbare Aufsichtsbehörde über das Konkursamt ist, zu überweisen. Nachdem das Kantonsgericht den Parteien des Betreibungsverfahrens bereits das rechtliche Gehör gewährt hat, ist eine nochmalige Anhörung nicht erforderlich und die untere Aufsichtsbehörde kann umgehend die Anzeige des Konkursamtes prüfen und nötigenfalls einen Feststellungsentscheid treffen.

(Beschluss vom 3. Juli 2003; KG 158/02 RK 2).

6.2 SchKG-Beschwerde

– Stellung der Gegenpartei im Betreibungsverfahren.

Die betreibungsrechtliche Beschwerde richtet sich immer gegen das Organ, von dem die anzufechtende Verfügung ausgegangen ist oder von dem sie erwartet wird. Beschwerdegegner – Cometta, SchKG-Kommentar, N 41 zu Art. 17 SchKG nennt es <die verfügende Instanz> – ist damit immer das Vollstreckungsorgan im Betreibungsverfahren, geht es doch bei der Beschwerde allein um die Prüfung der Rechtmässigkeit und Angemessenheit der Verfahrenstätigkeit der SchKG-Vollstreckungsorgane.

Eine eigentliche ‹Gegenpartei› wie im Zivilprozess kennt dieses Verfahren, das als verwaltungsrechtliches Institut ausgebildet ist, nicht. Die Gegenpartei im Betreibungsverfahren – wie hier die Betreibungsgläubigerin – hat allenfalls das Recht auf Anhörung, ist aber nicht wie in einem zivilrechtlichen Rechtsmittelverfahren eigentliche Gegenpartei des Beschwerdeverfahrens. Freilich ist sie in der Regel befugt, einen gegen ihre Interessen zuwiderlaufenden Entscheid an die nächst höhere Aufsichtsinstanz weiterzuziehen (insofern ist die Gegenpartei des Betreibungsverfahrens ebenso beschwerdebefugt oder legitimiert, wenn ihre Interessenlage tangiert wird; siehe Cometta, a.a.O., N 45 zu Art. 17 SchKG). Daraus ergibt sich dann aber ein neues Verfahren mit neuem Streitgegenstand (Fritzsche/Walder, Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht, Bd. I, § 8, Rz. 17; siehe zum Ganzen auch: F. Lorandi, Betreibungsrechtliche Beschwerde und Nichtigkeit, N 222 zu Art. 17 SchKG; EGV 1999, Nr. 37).
(Beschluss vom 27. April 2002; KG 105/02 RK 2).

6.3 Rechtsstillstand

– *Wirkungen von Betreibungshandlungen während des Rechtsstillstands.*

Aus den Erwägungen:

a) Der Pfändungsvollzug, die Aufnahme des Pfändungsprotokolls in Anwesenheit des Schuldners und die Nachpfändung sind Betreibungshandlungen (vgl. SchKG-Bauer, Art. 56, Rz. 25ff. insbes. 33). Sie dürfen mithin nicht gegen einen Schuldner vorgenommen werden, dem wegen schwerer Erkrankung der Rechtsstillstand im Sinne von Art. 56 Ziff. 3 i.V.m. Art. 61 SchKG gewährt worden ist.

b) Vorliegend ist auch die untere Aufsichtsbehörde zu Recht nicht davon ausgegangen, dass die Pfändung vom 23. April 2002 den ebenfalls an diesem Tag dem Beschwerdeführer wegen schwerer Erkrankung gewährten Rechtsstillstand nicht tangierte. Daran ändert auch nichts, dass die Verfügung vom 23. April 2002, mit welcher die untere Aufsichtsbehörde dem Beschwerdeführer Rechtsstillstand gewährt hat, erst am 24. April versandt worden ist. Die tatsächliche Behinderung des Schuldners durch seine schwere Krankheit als Voraussetzung eines Rechtsstillstandes nach Art. 61 SchKG hat die untere kantonale Behörde am 23. April als gegeben erachtet. Der Rechtsstillstand muss deshalb ab diesem Datum wirken, mit der Folge, dass die vom Betreibungsamt an diesem Tag durchgeführte Nachpfändung nicht hätte vorgenommen werden dürfen. Auf den Zeitpunkt der Eröffnung der Verfügung der unteren Aufsichtsbehörde kann es wegen des Schutzgedankens von Art. 61 SchKG (vgl. dazu auch noch unten E. 4) dagegen nicht ankommen.

A. 6.3

Zu prüfen ist mithin zunächst, ob die Auffassung der unteren Aufsichtsbehörde haltbar ist, dass die Zuwiderhandlung gegen den Rechtsstillstand weder nichtig noch anfechtbar sei.

4. Die Folgen von Zuwiderhandlungen gegen das Verbot, während den in Art. 56 SchKG umschriebenen Zeiten Betreibungshandlungen vorzunehmen, sind im Gesetz nicht geregelt und werden in der Lehre und Rechtsprechung uneinheitlich gehandhabt (SchKG-Bauer, Art. 56, Rz. 51).

a) In der älteren Praxis wird eine Unterscheidung zwischen Betreibungshandlungen, die in den geschlossenen Zeiten oder den Betreibungsferien vorgenommen werden, und Betreibungshandlungen während eines Rechtsstillstandes getroffen. Bei ersteren wird eine suspensive Gültigkeit in dem Sinne angenommen, dass die Betreibungshandlung einfach keine Wirkung entfaltet, sondern erst nach Ablauf des Betreibungsstillstandes wirksam wird. Während eines Rechtsstillstandes vorgenommene Betreibungshandlungen werden dagegen zumindest als anfechtbar, überwiegend als nichtig angenommen (vgl. Killer, Betreibungsferien und Rechtsstillstand in BLSchK 1966, S. 12ff.). Auf der Linie dieser Unterscheidung liegt die bundesgerichtliche Rechtsprechung, die bei einer Pfändung «in der geschlossenen Zeit» (damals nach 19.00 Uhr) bloss bis zum nächsten Tag aufgeschobene Wirksamkeit angenommen hat (BGE 79 III 152). In der neueren Literatur wird es abgelehnt, bei Betreibungshandlungen, deren Wirkung über die blosser Auslösung einer Frist hinausgeht und mit erheblichen Eingriffen in die Rechtspositionen des Schuldners verbunden sind, namentlich bei einer Pfändung, mit deren Vollzug der Schuldner seine Verfügungs- und Verwaltungsbefugnis über die gepfändeten Gegenstände verliert, bloss bis nach Ablauf des Betreibungsstillstandes aufgeschobene Wirksamkeit anzunehmen (so etwa: SchKG-Bauer, Art. 56, Rz. 56; Jaeger/Walder/Kull/Kottmann, SchKG, 4. Aufl. 1997, Art. 56, Rz. 7).

b) Im vorliegenden Fall sind die, während des wegen schwerer Erkrankung gewährten Rechtsstillstandes vorgenommenen Pfändungshandlungen zumindest als anfechtbar zu erachten. Der Schutzzweck des Rechtsstillstandes nach Art. 61 SchKG, einer tatsächlichen Behinderung des Schuldners durch schwere Krankheit Rechnung zu tragen (Amonn/Gasser, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, Bern 1997, § 11, Rz. 57), wäre belanglos, wenn die Wirkung einer während des Rechtsstillstandes durchgeführten Pfändung bloss bis zum Ablauf der gewährten Schonfrist aufgeschoben würde und nicht anfechtbar wäre (vgl. betr. Zweck des Rechtsstillstandes bei Militärdienst und schwerer Krankheit Fritzsche/Walder, Schuldbetreibung und Konkurs nach schweiz. Recht, Bd. I, Zürich 1984, § 13, Rz. 23, die sogar Nichtigkeit annehmen). Bei schwerer Krankheit des Schuldners ist dessen Bedürfnis auf Schonung jedenfalls von einer ganz anderen Dringlichkeit als im erwähnten, vom Bundesgericht beurteilten Fall (BGE 79 III 152), wo ein gesunder Schuld-

ner kurz nach Beginn der täglichen Sperrfristen noch gepfändet worden ist. Aus diesen Gründen ist der vorliegende Fall auch nicht mit dem Sachverhalt, welcher dem von der Vorinstanz zitierten Bundesgerichtsentscheid zu Grunde lag, vergleichbar, wo das Bundesgericht in erstaunlich allgemein gehaltener Formulierung die Anfechtbarkeit von in den Betreibungsferien vorgenommenen Betreibungshandlungen verneint und die vorinstanzliche Auffassung, dass die Fristen eines in den Betreibungsferien zugestellten Zahlungsbefehls erst nach den Betreibungsferien zu laufen begonnen haben, als bundesrechtskonform bezeichnet hat (BGE 121 III 284).

c) Anders wäre vielleicht der vom Beschwerdeführer gerügte Umstand zu beurteilen, dass die Pfändungsurkunden entgegen dem entsprechenden Versandvermerk (21.05.2002) vorher versandt und ihm bereits während des Rechtsstillstandes schon am 18. Mai 2002 eingegangen sein sollen. Obwohl – sofern die Behauptung des Beschwerdeführers zutreffend ist – in diesem Fall auch der infolge schwerer Erkrankung gewährte Rechtsstillstand verletzt wurde, liesse sich hier eventuell entgegen der Unterscheidung in der älteren Praxis die Annahme einer bis nach Ablauf des Rechtsstillstandes bloss aufgeschobene Wirksamkeit vertreten. ... (Beschluss vom 11. Dezember 2002; KG 461/02 RK 2).

6.4 Ausseramtliche Konkursverwaltung

– *Entschädigung der ausseramtlichen Konkursverwaltung.*

Aus den Erwägungen:

3. Die Gebühren für die Aufwendungen der amtlichen wie der ausseramtlichen Konkursverwaltung sind in Art. 44–46 GebV SchKG festgelegt (Art. 43 GebV SchKG). Darüber hinaus setzt die Aufsichtsbehörde nach Art. 47 Abs. 1 GebV SchKG für Verfahren, die besondere Abklärungen des Sachverhaltes oder von Rechtsfragen erfordern, das Entgelt für die amtliche und die ausseramtliche Konkursverwaltung fest, wobei sie namentlich die Schwierigkeit und die Bedeutung der Sache, den Umfang der Bemühungen sowie den Zeitaufwand berücksichtigt. § 4 Abs. 2 der kantonalen Einführungsverordnung zum SchKG bestimmt, dass die Entschädigung für ausserordentliche Konkursbeamte vom Bezirksrat in einem Tarif festgelegt werden. Solche Tarife sind in den Bezirken bis heute nicht erlassen worden.

Gemäss BGE 108 III 68 kommt den kantonalen Aufsichtsbehörden bei der Prüfung der Frage, ob über die ordentlichen Gebühren der amtlichen oder ausseramtlichen Konkursverwaltung hinaus eine Pauschalgebühr festzusetzen ist, ein weiter Ermessensspielraum zu (Entscheid zur früheren anlogenen Bestimmung Art. 49a GebT SchKG). Nach Auffassung des Bundesgerichts ist die Aufsichtsbehörde aber nicht völlig frei, sondern sie

A. 6.4

hat zu beachten, dass die Gebührenordnung des Tarifs auf sozialen Überlegungen beruht und dass nicht unbegrenzt hohe Forderungen der Konkursmasse belastet werden dürfen (unter Hinweis BGE 103 III 66ff.). Diese Kriterien sind auch bei der Festsetzung der Entschädigungshöhe zu beachten, wenn grundsätzlich ein Anspruch auf ein zusätzliches Entgelt für ein anspruchsvolles Verfahren nach Art. 47 Abs. 1 GebV SchKG besteht. In diesem Zusammenhang hat die untere Aufsichtsbehörde zu Recht darauf hingewiesen, dass sich die Ansätze der ausseramtlichen Konkursverwaltung auch auf den Grundsatz einer wirtschaftlichen Mandatsführung auszurichten hätten.

4. Die ausseramtliche Konkursverwaltung begründet ihre Beschwerde im Wesentlichen wie folgt: ihre Leistungen seien bisher von anderen Gerichten im Kanton Schwyz wie auch in anderen Kantonen zu den von ihr geltend gemachten Stundenansätzen genehmigt worden. Zudem hätten sie in ihrer Offerte zu Händen des Konkursamtes eine Gebührenerhöhung um 150% in Betracht gezogen und aufgrund des günstigeren Verlaufs des Verfahrens könne sie sich auf eine Tarifierhöhung um 120% beschränken. In der Kategorie Sachbearbeiter «Stufe Experte» seien ausschliesslich Leistungen von Dr. F. (dipl. Steuerexperte, anerkannter Wirtschaftsprüfer, Firmeninhaber), Dr. W. (Rechtsanwalt und Urkundsperson), B. (dipl. Wirtschaftsprüfer), M. (Konkursbeamter des Amtes X., pat. Sachwalter, dipl. Steuerexperte) und R. (dipl. Wirtschaftsprüfer) erfasst. Für diese Funktionen sei nur ein Stundenansatz von Fr. 170.– eingesetzt worden, obwohl die untere Aufsichtsbehörde festhalte, dass für Juristen, Bücherexperten, Notare und Ökonomen ein Satz von Fr. 200.– einem Drittvergleich standhalte. In den Stundenansätzen sind nach Darlegung der Beschwerdeführerin sämtliche Spesen wie Porti, Telefon, Kopien, Autokilometer etc. enthalten. Die Beschwerdeführerin erachtet die angefallenen Gebühren der Konkursverwaltung von ca. Fr. 230 000.– in Anbetracht der Veräusserungserlöse verwerteter Aktiven von über Fr. 5.5 Mio. insgesamt nicht als überrissen. Sie führt in ihrer Eingabe zudem weitere Ursachen für den relativ grossen Anteil der Expertenstunden ins Feld ...

5. Im Grundsatz kann sich die Rekurskammer den Erwägungen der unteren Aufsichtsbehörde anschliessen, wonach einerseits ein Zuschlag zu den normalen Konkursgebühren gerechtfertigt ist, andererseits aber gewisse Aufwendungen, welche die Konkursverwaltung als sehr schwierig qualifiziert, zu den Routinegeschäften einer Konkursverwaltung zählen. Richtigerweise hat die untere Aufsichtsbehörde auch auf den Grundsatz der wirtschaftlichen Mandatsführung gepocht und befunden, dass bei der Festsetzung der Entschädigung auch stets den Interessen der Gläubiger Rechnung zu tragen ist. Ausschlaggebend dürfen nicht allein marktconforme Stundenansätze sein.

Die untere Aufsichtsbehörde hat sich bei der Festsetzung der Stundenansätze von der Praxis am Bezirksgericht Einsiedeln leiten lassen, wonach

für Juristen, Bücherexperten, Notare und Ökonomen Fr. 200.–, für Sachbearbeiter mit Erfahrung Fr. 140.– und für das Sekretariat Fr. 75.– bewilligt werden. Vorliegend ist dem Einwand der Beschwerdeführerin insofern Rechnung zu tragen, als sie (soweit ersichtlich erstmals) vorbringt, dass auf der Sachbearbeiterstufe «Experte» Personen in der Funktion als Wirtschaftsprüfer, dipl. Steuerexperte oder Rechtsanwalt tätig waren. Im konkreten Fall rechtfertigt sich bezüglich dieser Kategorie eine Erhöhung der bewilligten Stundenansätze von Fr. 170.– auf Fr. 190.–, also im beantragten Stundenansatz gemäss Eingabe der Beschwerdeführerin vom 29. November 2001. Zu beachten ist in diesem Zusammenhang, dass die Beschwerdeführerin im Beschwerdeantrag ausdrücklich die Festsetzung der Stundenansätze gemäss Eingabe vom 29. November 2001 beantragt, wozu der in der Beschwerdebegründung wiederholt genannte Ansatz von Fr. 200.– für diese Mitarbeiter in offenkundigem Widerspruch steht.

Gegen die übrigen Stundenansätze erhebt die Beschwerdeführerin – abgesehen vom Pauschalhinweis auf die fehlende Marktkonformität beim Satz für Sekretariatsarbeiten – keine begründeten Einwände. Ein Einschreiten in das der unteren Aufsichtsbehörde zustehende Ermessen rechtfertigt sich deshalb hinsichtlich der weiteren Stundenansätze nicht. (Beschluss vom 30. April 2002; KG 561/01 RK 2).

6.5 Sicherstellungsverfügung der Steuerbehörden

- *Die steuerrechtliche Sicherstellungsverfügung kann unmittelbar als Arrestbefehl eingesetzt werden und ist vom zuständigen Betreibungsamt zu vollziehen.*

Aus den Erwägungen:

Der Beschwerdeführer stellt sich auf den Standpunkt, das Gemeindekassieramt S. habe einen nichtigen Arrestbefehl erlassen, weil zum Erlass von Arrestbefehlen nach Art. 272 Abs. 1 SchKG nur eine richterliche Behörde befugt sei. Daran ändere nichts, dass Art. 78 StHG die kantonale Sicherstellungsverfügung als Arrestbefehl gelten lasse. Die Bestimmungen im Steuerharmonisierungsgesetz seien am 1. Januar 1993 in Kraft getreten, wogegen die Revision des SchKG und insbesondere Art. 272 auf den 1. Januar 1997 revidiert worden sei und deshalb das SchKG als jüngeres Gesetz dem älteren vorgehe.

a) Gemäss Art. 78 StHG können die Kantone Sicherstellungsverfügungen der zuständigen kantonalen Steuerbehörden den Arrestbefehlen nach Artikel 274 des Schuldbetreibungs- und Konkursgesetzes (SchKG) gleichstellen. Der Arrest wird vom zuständigen Betreibungsamt vollzogen. Schliesslich bestimmt Art. 78 StHG, dass die Arrestaufhebungsklage nach

A. 6.5

Artikel 279 SchKG nicht zulässig ist. Diese Gleichstellung erfolgte durch den schwyzerischen Gesetzgeber mit dem neuen Steuergesetz vom 9. Februar 2000 in § 196 StG (SRSZ 172.200; in Kraft per 1.1.2001). Danach gilt die Sicherstellungsverfügung als Arrestbefehl nach Art. 274 SchKG. Absatz 2 bestimmt, dass die Einsprache gegen den Arrestbefehl nach Art. 278 SchKG nicht zulässig ist.

b) Der Bundesgesetzgeber hat mit Art. 78 StHG die Kantone ermächtigt, ihre Verfügungen zur Sicherstellung von Steuerforderungen den Arrestbefehlen gleichzustellen. Der Bundesgesetzgeber hat mit dieser Regelung ausdrücklich die vom kantonalen Recht zur Anordnung von Sicherstellungsverfügungen als zuständig erklärte Behörde – neben dem Arrestrichter gemäss Art. 272 SchKG – zum Erlass von Arrestbefehlen ermächtigt. An dieser bundesrechtlichen Ermächtigung änderte die Revision des Schuldbetreibungs- und Konkursgesetzes nichts. Eine Änderung trat nur insofern ein, als nach dem revidierten Recht eine Einsprachemöglichkeit gegen den Arrestbefehl, die an Stelle der Arrestaufhebungsklage trat, gegeben ist. Mithin schliesst Art. 78 StHG nicht mehr die frühere Arrestaufhebungsklage aus, sondern die Einsprache nach Art. 278 SchKG. In diesem Sinne wurde § 196 Abs. 2 StG legiferiert. Die Sicherstellungsverfügung kann unmittelbar als Arrestbefehl eingesetzt werden und ist vom zuständigen Betreibungsamt zu vollziehen. Eine Überprüfung des Arrestbefehls durch das zuständige Betreibungsamt ist nicht zulässig (die Sicherstellungsverfügung ist mittels Beschwerde beim Verwaltungsgericht anfechtbar; § 195 Abs. 3 StG). Es ist jedoch befugt, den Vollzug nichtiger Arrestbefehle zu verweigern und korrigierend einzugreifen, wenn der Arrestbefehl zufolge gravierender Mängel nicht vollzogen werden kann. Der Steuerschuldner, der den Vollzug des Steuerarrestes beanstanden will, hat seine Beschwerde deshalb an die Aufsichtsbehörde des den Arrest vollziehenden Betreibungsamtes zu richten (siehe: Zweifel/Athanas, Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht, I/1, N 2, 14, 17, 20, 21, 23, 24 zu Art. 78 StHG).

c) Die untere Aufsichtsbehörde ist demzufolge zu Recht auf die Beschwerde nicht eingetreten. Die SchKG-Aufsichtsbehörden sind sachlich nicht zuständig zur Beaufsichtigung der Steuerbezugsbehörde und zur Prüfung derer Sicherstellungsverfügungen und Arrestbefehlen. Ebenso sind vorliegend die schwyzerischen SchKG-Aufsichtsbehörden örtlich nicht zuständig, Beschwerden gegen das Betreibungsamt X., Kt. St. Gallen, zu beurteilen. Den Akten ist im Übrigen zu entnehmen, dass gegen den Vollzug des Arrestbefehls bei der Aufsichtsbehörde des Betreibungsamtes X. Beschwerde geführt wurde.
(Beschluss vom 14. Oktober 2002; KG 399/02 RK 2).

8. Anwaltsrecht

8.1 Vollmacht

– *Anwaltschaftliche Vertretung bei Haftentlassungsgesuch.*

Aus den Erwägungen:

1. Am 27. Mai 2002 stellte RA X. für den inhaftierten N. ein Gesuch um Haftentlassung. Dem Gesuch wurde eine Kopie eines Schreibens an den Inhaftierten beigelegt, womit der Anwalt den Inhaftierten um Unterzeichnung und Rücksendung einer Vollmacht aufforderte. Mit Verfügung vom 29. Mai 2002 ist das Verhöramt auf das Haftentlassungsgesuch nicht eingetreten mit der Begründung, dass der Anwalt nicht rechtsgenüchlich bevollmächtigt sei. Dagegen erhebt RA X. namens und auftrags des Inhaftierten Beschwerde und beantragt:

- «1. Die Verfügung des Verhöramtes Schwyz vom 29. Mai 2002 sei aufzuheben.
2. Der Beschwerdeführer sei ohne Verzug aus der Untersuchungshaft zu entlassen.
3. Eventuell sei das Verhöramt anzuweisen, den Beschwerdeführer unverzüglich aus der Untersuchungshaft zu entlassen.
4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge.»

2. Der Nichteintretensentscheid des Verhöramtes beinhaltet die Rechtsmittelbelehrung, dass gegen die Verfügung innert 10 Tagen Beschwerde bei der Staatsanwaltschaft erhoben werden könne (§ 140 StPO). Das Nichteintreten kommt vorliegend einer Verweigerung der Haftentlassung aus formellen Gründen gleich, weshalb dagegen Beschwerde beim Kantonsgerichtspräsidenten nach § 28 Abs. 1 StPO geführt werden kann.

3. Vorliegend ist überhaupt nicht nachvollziehbar, wieso das Verhöramt ohne weitere Abklärungen davon ausgegangen ist, dass RA X. nicht rechtsgenüchlich bevollmächtigt gewesen sein soll. Dies umso weniger, als der Rechtsanwalt in seinem Haftentlassungsgesuch noch ausdrücklich darauf verwiesen hat, dass er dem Beschwerdeführer wegen der förmlichen Vollmachterteilung geschrieben habe. Dass es das Verhöramt unter diesen Umständen unterliess, mit einer Rücksprache beim Beschwerdeführer abzuklären, ob dieser RA X. als seinen Verteidiger bestellt haben will bzw. schon hat und sich mit einem blossen Nichteintretensentscheid begnügte, verletzt das Verbot des überspitzten Formalismus. Gerade an Haftentlassungsgesuche dürfen keine allzu hohen formellen Anforderungen gestellt werden, da die Untersuchungshaft ein äusserst schwerwiegender Eingriff in die Grundrechte des Inhaftierten darstellt und dieser deshalb des besonderen Schutzes bedarf. Das Recht, ein Haftentlassungsgesuch zu stellen, beinhaltet grundsätzlich den Anspruch auf Behandlung

A. 8.1

dieses Gesuches, sodass auf ein namens und auftrags eines Inhaftierten eingereichtes Haftentlassungsgesuch nur nicht eingetreten werden dürfte, wenn dieser den gesuchstellenden Anwalt nachgewiesenermassen mit der Stellung eines solchen Ersuchens nicht beauftragt haben will (analog zu § 34 Abs. 1 ZPO). Dies ist vorliegend nicht der Fall.

Im Übrigen wäre auch auf ein namens und auftrags eines Inhaftierten eingereichtes Haftentlassungsgesuch eines Anwaltes einzutreten, wenn diesem die Weiterführung des Mandates aufgrund eines Interessenkonfliktes nicht möglich wäre, wenn der Wille des Inhaftierten, aus der Haft entlassen zu werden, hinreichend deutlich gemacht worden ist.

Der Nichteintretensentscheid ist mithin in teilweiser Gutheissung der Beschwerde aufzuheben.

4. Soweit das Verhöramt im Nichteintretensentscheid ausführt, dass auch bei einem allfälligen Eintreten das Haftentlassungsgesuch abzuweisen wäre, kann der angefochtenen Verfügung diesbezüglich keine nachvollziehbare Begründung entnommen werden, weil die Haftgründe nicht ausgeführt werden. Da die Haftgründe nicht bekannt sind, kann über eine sofortige Haftentlassung bzw. eine entsprechende Anweisung hiezu entgegen der Auffassung des Verteidigers nicht entschieden werden. Deshalb ist das Verhöramt anzuweisen, umgehend unter Darlegung der Haftgründe über das Haftentlassungsgesuch in der Sache zu entscheiden, sofern der Angeschuldigte nicht aus der Haft entlassen wird.

(Verfügung vom 11. Juni 2002; KG 268/02 GP).

B. VERWALTUNGSGERICHT

1. Verfahren

1.1 Verwaltungsgerichtsbeschwerde (§ 54a VRP)

- *Die Verweigerung der Genehmigung einer Einzonung ist eine Streitigkeit über zivilrechtliche Ansprüche im Sinne der EMRK, welche mit kantonaler Verwaltungsgerichtsbeschwerde angefochten werden kann.*

Aus dem Sachverhalt:

Das Stimmvolk einer Gemeinde hatte einer Revision des kommunalen Zonenplans zugestimmt. Der Regierungsrat genehmigte die meisten Zonenplanänderungen, nicht aber eine bestimmte W1-Zone. Dagegen erhoben die von der Nichteinzonung betroffenen Grundeigentümer beim Verwaltungsgericht Beschwerde.

Aus den Erwägungen:

1.a) Vor Erlass eines Entscheides prüft das Gericht von Amtes wegen, ob die Voraussetzungen für einen Sachentscheid erfüllt sind. Es prüft u.a. insbesondere die Zulässigkeit des Rechtsmittels (vgl. § 27 Abs. 1 lit. e der Verordnung über die Verwaltungsrechtspflege vom 6. Juni 1974, SRSZ 234.110, VRP).

Nach § 54 lit. a VRP ist die Verwaltungsgerichtsbeschwerde unzulässig gegen Verfügungen und Entscheide, die sich auf die Genehmigung von Erlassen und Plänen beziehen. Soweit das Bundesrecht eine gerichtliche Beurteilung durch eine kantonale Gerichtsinstanz zwingend verlangt, gelten die Ausschlussgründe gemäss § 53 und § 54 VRP nicht (vgl. § 54a VRP).

b) Das Justizdepartement begründet seinen Nichteintretensantrag in seiner Vernehmlassung wie folgt:

«§ 54 Bst. a VRP schliesst die Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen die Genehmigung von Erlassen und Plänen aus. Diese Bestimmung bezieht sich auch auf die Nichtgenehmigung (Josef Hensler, Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde im Kanton Schwyz, Zürich 1980, S. 91). Aus diesem Grund ist auf die Beschwerde nicht einzutreten.

Die Beschwerdeführerin stützt sich des Weiteren auf § 54a VRP und argumentiert damit, bei der Nichtgenehmigung sei sie in ihren «civil rights» gemäss Art. 6 EMRK betroffen. Zu Unrecht.

B. 1.1

Vorerst ist klar festzuhalten, dass sich mit dem Nichtgenehmigungsentscheid des Regierungsrates an der bisherigen Rechts- und Grundeigentümerposition der Beschwerdeführerin nichts ändert. Ihr Grundeigentum war schon bisher der Landwirtschaftszone zugeteilt und wird es auch weiterhin sein. Sie behält die gleichen ihr aus dem Eigentum zustehenden Rechte und Pflichten. Ihr werden mit dem Nichtgenehmigungsbeschluss keine bisherigen Eigentümerbefugnisse oder Rechte entzogen bzw. beschränkt. Ist sie aber weder in ihrer faktischen noch in ihrer rechtlichen Position überhaupt berührt, so kann kein *«civil right»* nach Art. 6 EMRK betroffen sein.

Kommt hinzu, dass die Beschwerdeführerin nach konstanter bundesgerichtlicher Rechtsprechung weder einen Anspruch auf Einzonung hat noch Anspruch darauf hätte, dass ihr Land auch im Rahmen einer revidierten Nutzungsplanung in der Bauzone verbleiben würde. Dies hat das Bundesgericht wiederholt festgehalten (vgl. BGE 119 Ia 372). Besteht aber kein Rechtsanspruch auf Einzonung bzw. Verbleib in einer Bauzone, so kann in der Nichtgenehmigung des Zonenplans auch keine Verletzung eines *«civil rights»* nach Art. 6 EMRK erblickt werden, das mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde gerügt werden könnte.

Zudem übersieht die Beschwerdeführerin, dass noch gar kein verbindlicher Beschluss – sei es des Bezirksrates oder der Stimmbürgerschaft – vorlag, aus dem sie Rechte ableiten könnte. Nach Art. 26 Abs.3 RPG bzw. § 28 Abs.1 PBG werden die Nutzungspläne erst mit der Genehmigung der kantonalen Behörde, d.h. des Regierungsrates, verbindlich. Mangels Genehmigung bestand bisher gar keine Verbindlichkeit und deshalb auch keine Rechtswirkung, aus denen die Beschwerdeführerin irgendwelche Rechte ableiten könnte.

Des Weiteren wird auch nicht geltend gemacht, mit der Nichtgenehmigung drohe eine materielle Enteignung. Denn weder behauptet die Beschwerdeführerin noch weist sie nach, dass eine *voraussehbare künftige Nutzung* untersagt oder besonders stark eingeschränkt wird.

Fehlt es nach dem Gesagten an einem *«civil right»* im Sinne von Art. 6 EMRK, so greift der Ausschlussgrund von § 54 Bst. a VRP, und § 54a VRP ist nicht anwendbar.»

c) aa) Nach Art. 6 Ziff.1 EMRK hat jedermann Anspruch darauf, dass seine Sache in billiger Weise öffentlich und innerhalb einer angemessenen Frist gehört wird, und zwar von einem unabhängigen und unparteiischen, auf Gesetz beruhenden Gericht, das über zivilrechtliche Ansprüche und Verpflichtungen (sog. *«civil right»*) zu entscheiden hat. Diese richterliche Kontrolle umfasst eine freie Prüfung aller Rechts- und Sachverhaltsfragen, nicht aber die freie Prüfung von Ermessensfragen (vgl. Aemisegger/Haag, Kommentar zum Bundesgesetz über die Raumplanung, Zürich 1999, N.70 zu Art. 33 RPG, mit Hinweisen).

bb) Die Europäischen Menschenrechtsorgane haben den Geltungsbereich von Art. 6 Ziff.1 EMRK in einer reichen Kasuistik näher umschrieben und im Laufe der Zeit erweitert. Diese Rechtsprechung hat auch in der bundesgerichtlichen Praxis ihren Niederschlag gefunden. Verfahren über zivilrechtliche Ansprüche im Sinne der EMRK sind im hier interessierenden Zusammenhang insbesondere:

- Verfahren über das Vorlegen eines Einzonungsgebots im Rahmen der kommunalen Nutzungsplanung;
- Festsetzung bzw. Genehmigung von Nutzungsplänen für ein konkretes Projekt, mit deren Genehmigung zugleich das Enteignungsrecht verliehen wird.

(vgl. Aemisegger/Haag, a.a.O. N 71 zu Art. 33 RPG, mit Hinweisen, v.a. auf BGE 122 I 294 i.Sa. Einwohnergemeinde Muri).

cc) Die Nutzungsplanung ist ein Koordinationsinstrument, welches die verschiedenen raumrelevanten Anliegen und Tätigkeiten aufeinander abstimmt. Bundesrechtlich vorgeschrieben ist eine zweifache Überprüfungs-möglichkeit von (kommunalen) Nutzungsplänen: Einerseits unterliegen diese der Genehmigung durch eine kantonale Behörde (Art. 26 RPG; gemäss § 28 Abs. 1 des kantonalen Planungs- und Baugesetzes, PBG, SRSZ 400.100, bedürfen die Pläne und die zugehörigen Vorschriften zu ihrer Verbindlichkeit der Genehmigung des Regierungsrates). Andererseits müssen die Nutzungspläne mit einem Rechtsmittel angefochten werden können (vgl. Art. 33 RPG). Genehmigung und Anfechtung haben unterschiedliche Funktionen: Die Genehmigung muss von Amtes wegen eingeholt werden. Sie ist eine gesamtheitliche Beurteilung der Planung auf ihre Übereinstimmung mit übergeordnetem Recht sowie mit der Richtplanung. Ein Anfechtungsverfahren findet hingegen nur statt, wenn jemand ein Rechtsmittel ergreift. Es ist häufig punktuell: Die Beschwerdeführer können sich auf die Anfechtung bestimmter, für sie wesentlicher Punkte beschränken. Entsprechend diesen unterschiedlichen Funktionen verlangt das Bundesrecht keine Identität von Rechtsmittel- und Genehmigungsbehörde (vgl. BGE 1P.222/2000 und 1P.224/2000 vom 22. Nov. 2000, publ. in ZBI 7/2001, S. 383ff., S. 388, Erw. 3e, mit Hinweisen).

dd) Im zitierten BGE 122 I 294 ging es darum, dass die Stimmberechtigten der Einwohnergemeinde Muri im Rahmen der zweiten Etappe der Ortsplanungsrevision eine im Eigentum der Erbgemeinschaft M. stehende Fläche im Gebiet Aarwil einer Bauzone mit der Bezeichnung «Zone mit Planungspflicht Aarwil» zugeordnet hatten, was am 20. Juli 1994 vom kantonalen Amt für Gemeinden und Raumordnung genehmigt worden war (wobei gleichzeitig eine Einsprache der benachbarten Grundeigentümerin H. abgewiesen wurde). Gegen diese Plangenehmigung wehrte sich die benachbarte Grundeigentümerin H. mit Erfolg bei der Justiz-, Gemeinde- und Kirchendirektion des Kantons Bern, welche deren Beschwerde guthiess und der erwähnten Einzonung die Genehmigung verweigerte. Das Verwaltungsgericht des Kt. Bern trat auf die Beschwerde der Erbgemeinschaft M. gegen den Nichtgenehmigungsentscheid der Justiz-, Gemeinde- und Kirchendirektion mit Urteil vom 6. Febr. 1996 nicht ein mit der Begründung, es handle sich bei der umstrittenen Nichteinzonung nicht um einen Fall, für welchen Art. 6 Ziff.1 EMRK die Beurteilung durch ein unabhängiges Gericht verlange. Eine gegen dieses Urteil erhobene staatsrechtliche Beschwerde der Erbgemeinschaft M. wurde vom Bundesgericht gutgeheissen. In der Begründung führte das Bundesgericht u.a. was folgt aus:

«(...) Soweit über die Einzonung oder Nichteinzonung von Land in eine Bauzone befunden wird, liegt darin nach dem Gesagten auch ein Entscheid über den Anspruch des

B. 1.1

Grundeigentümers auf bauliche Nutzungsmöglichkeiten. Insofern werden somit bereits im Planungsentscheid zivilrechtliche Ansprüche des Grundeigentümers im Sinne von Art. 6 Ziff. 1 EMRK beurteilt. Dass im Anschluss an die Planfestsetzung bzw. -genehmigung in gewissen Fällen ein Anspruch auf Entschädigung wegen materieller Enteignung besteht, ändert nichts am Umstand, dass bereits mit dem Entscheid über die Genehmigung bzw. Nichtgenehmigung der Nutzungsplanung die zulässige Grundstücksnutzung festgelegt und damit auch über ein allfälliges planungsrechtliches Einzonungsgebot entschieden wird. Dies gilt insbesondere in Fällen wie dem vorliegenden, in welchem ein vom kommunalen Planungsträger und der erstinstanzlichen Plangenehmigungsbehörde anerkanntes, planungsrechtliches Einzonungsgebot umstritten ist. (...)

Soweit es in der dem vorliegenden Verfahren zugrunde liegenden Auseinandersetzung darum geht, gestützt auf planungsrechtlich relevante Normen eine Beeinträchtigung des von den Beschwerdeführern behaupteten Einzonungsanspruchs zu vermeiden, ist das Vorliegen einer Streitigkeit über zivilrechtliche Ansprüche im Sinne von Art. 6 Ziff. 1 EMRK zu bejahen. Ob sich die Beschwerdeführer zu Recht auf einen Einzonungsanspruch berufen, ist im Rahmen der materiellen Prüfung der Angelegenheit zu beurteilen.

b) Es ergibt sich somit, dass die vorliegende Auseinandersetzung über das Einzonungsgebot betreffend die «Zone mit Planungspflicht Aarwil» einer gerichtlichen Überprüfung im Sinne von Art. 6 Ziff. 1 EMRK bedarf. Die bernische Rechtsordnung sieht einen gerichtlichen Rechtsschutz auf kantonaler Ebene vor, wenn in Anwendung der EMRK eine Anrufung des Richters ermöglicht werden muss (...).»

(vgl. BGE 122 I 301 und 302)

ee) Aus diesem BGE leitete die Beschwerdeführerin zu Recht ab, dass die Verweigerung der Genehmigung einer Einzonung eine Streitigkeit über zivilrechtliche Ansprüche im Sinne der EMRK ist, welche mit kantonaler Verwaltungsgerichtsbeschwerde angefochten werden kann. Denn auch im konkreten Fall machte die Grundeigentümerin sinngemäss einen Anspruch auf Einzonung ihrer Grundstücke geltend, welcher vom kommunalen Planungsträger geschützt und durch die Zustimmung des Stimmvolks an der Urnenabstimmung bestätigt wurde. Hinzu kommt, dass auch die schwyzerische Rechtsordnung einen gerichtlichen Rechtsschutz auf kantonaler Ebene vorsieht, wenn in Anwendung der EMRK eine Anrufung des Richters ermöglicht werden muss (vgl. § 54a VRP).

Für das gleiche Ergebnis, wonach hier eine Beschwerdemöglichkeit ans Verwaltungsgericht zuzulassen ist, sprechen auch die nachfolgenden Ausführungen in Erwägung 1d.

d) Der Bundesgesetzgeber hat in Art. 33 Abs.2 RPG vorgeschrieben, das kantonale Recht habe *wenigstens ein Rechtsmittel* gegen Verfügungen und Nutzungspläne vorzusehen, die sich auf das RPG und seine kantonalen und eidgenössischen Ausführungsbestimmungen stützen. Gemäss Art. 33 Abs. 3 lit. b RPG hat das kantonale Recht *die volle Überprüfung durch wenigstens eine Beschwerdebehörde* zu gewährleisten. Nach der höchstgerichtlichen Rechtsprechung muss die Beschwerdebehörde eine übergeordnete, von der planfestsetzenden Behörde unabhängige Instanz sein (vgl. Schürmann/Hänni, Planungs-, Bau- und besonderes Umweltschutzrecht, Bern 1995, S. 422, mit Hinweisen, u.a. auf BGE vom 3.4.1992, in:

ZBI 1993, S. 43). Die in den §§ 25 und 26 PBG vorgesehene Möglichkeit, wonach gegen Zonen- und Erschliessungsplanentwürfe Einsprache und gegen die jeweiligen Einspracheentscheide zunächst eine Verwaltungsbeschwerde und anschliessend Beschwerde an das kantonale Verwaltungsgericht erhoben werden kann, erfüllt grundsätzlich die bundesrechtlichen Anforderungen an einen hinreichenden (kantonalen) Rechtsschutz im Sinne von Art. 33 Abs. 2 und 3 RPG. *Der Rechtsweg an das Verwaltungsgericht* wäre somit der Beschwerdeführerin ohne weiteres offen gestanden, wenn der erste Planungsträger (hier Bezirksrat) das Einzonungsbegehren der Beschwerdeführerin im aufgelegten Teilzonenplanentwurf ganz oder teilweise abgelehnt hätte, die betroffene Grundeigentümerin dagegen erfolglos Einsprache erhoben sowie den Einspracheentscheid mit einer Verwaltungsbeschwerde angefochten hätte, und dann der Regierungsrat diese Verwaltungsbeschwerde und damit das Einzonungsbegehren abgewiesen hätte. In einem solchen Fall hätte die Grundeigentümerin gegen die vom Regierungsrat bestätigte Nichteinzonung des betreffenden Gebietes offenkundig Beschwerde an das Verwaltungsgericht erheben können (vgl. dazu beispielsweise 591/92 vom 26. Aug. 1992 sowie 592/92 vom 26. Aug. 1992 betr. Ortsplanung Einsiedeln).

Nicht anders verhält es sich, wenn der erste Planungsträger dem Einzonungsbegehren der Grundeigentümerin stattgibt und erst die Genehmigungsbehörde mit einer Planänderung dieser Einzonung die Zustimmung verweigert. Es macht für die betroffenen Grundeigentümer keinen Unterschied, ob die Planänderung vom Regierungsrat in seiner Eigenschaft als Beschwerdeinstanz oder in seiner Eigenschaft als Genehmigungsbehörde vorgenommen wird. In diesem Sinne muss – ausgehend von den erwähnten bundesrechtlichen Mindestanforderungen gemäss Art. 33 RPG – auch bei Planänderungen im Genehmigungsverfahren grundsätzlich eine Weiterzugsmöglichkeit an eine kantonale Rechtsmittelbehörde bestehen. Mangels einer andern vom kantonalen Recht getroffenen Regelung kommt hier einzig das Verwaltungsgericht als Beschwerdeinstanz in Frage. Wollte man anders entscheiden, wäre es der Grundeigentümerin entgegen dem bundesrechtlichen Grundanliegen verwehrt, einen ihr nicht genehmen Nutzungsplanentscheid von mindestens einer kantonalen Beschwerdeinstanz überprüfen lassen zu können. Diesen Rechtsanspruch zu verwehren käme einer Verletzung von Art. 33 RPG und Art. 49 Abs. 1 BV gleich (zum Grundsatz der derogatorischen Kraft des Bundesrechts vgl. beispielsweise BGE 127 I 68, Erw. 4a, mit Hinweisen; vgl. auch BGE 118 Ia 335, wonach das Bundesgericht in Anwendung von Art. 33 RPG das Verwaltungsgericht Luzern verpflichtet hat, auf Beschwerden gegen vom Regierungsrat festgesetzte Nutzungsplanungen einzutreten, obwohl die Luzerner Baugesetzgebung Planungen von der Kontrolle durch das Verwaltungsgericht ausdrücklich ausnimmt; vgl. zum Ganzen auch Attilio R. Gadola, *Der Genehmigungsentscheid als Anfechtungsobjekt in der Staats- und Verwaltungsrechtspflege*, publ. in AJP 3/1993, S. 290ff., v.a.

B. 1.1

S. 301, wo ausgeführt wird: «Nimmt die zuständige Genehmigungsbehörde im betreffenden Verfahren Änderungen an einem Nutzungsplan vor, so wird, falls sich das kantonale Verwaltungsgericht weigert, auf eine bei ihm dagegen eingereichte Beschwerde einzutreten, Art. 33 Abs. 2 RPG verletzt, der bestimmt, dass das kantonale Recht wenigstens ein Rechtsmittel gegen Verfügungen und Nutzungspläne vorzusehen hat.»).

e) Im Übrigen weist die Beschwerdeführerin zutreffend auf die Materialien zu § 54a VRP hin. Im RRB Nr. 1215 vom 4. Juli 1995 (= Bericht und Vorlage an den Kantonsrat betreffend Anpassung kantonaler Rechtspflegeerlasse) führte der Regierungsrat im Zusammenhang mit § 54a VRP was folgt aus:

«§ 54a (neu) VRP

Nach Art. 6 Abs. 1 EMRK unterliegen «zivilrechtliche Ansprüche und Verpflichtungen» der gerichtlichen Beurteilung. Diese so genannten «civil-rights» müssen ohne Einschränkung durch eine unabhängige und unparteiische Gerichtsstanz beurteilt werden. Der Anwendungsbereich von Art. 6 Abs. 1 EMRK geht über eigentliche Zivilrechtsstreitigkeiten hinaus, denn der Begriff «zivilrechtliche Ansprüche und Verpflichtungen» beschlägt auch Bereiche, die nach schweizerischem Rechtsverständnis dem öffentlichen Recht zugeordnet werden. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hat es bis anhin abgelehnt, eine abstrakte Definition des Begriffs zu formulieren. Aus der bisherigen Rechtsprechung lässt sich immerhin eine weite Auslegung erkennen. So hat der Gerichtshof beispielsweise als «civil-rights» anerkannt: Behördliche Genehmigung für Grundstücksverkauf; Entzug der ärztlichen Berufsausübungsbewilligung; Entschädigungsverfahren wegen Belästigung durch Fluglärm; Sozialversicherungsrechtliche Streitigkeiten wegen einer Hinterbliebenenrente infolge Unfalls; Lohnfortzahlung bei Krankheit; Pensionsansprüche; Invalidenhilfe; Staatshaftungsfälle; Güterzusammenlegungen und diesbezügliche Entschädigung an die Eigentümer; Widerruf einer Lizenz zum Ausschank von Alkohol; Einzonung eines Grundstücks in ein Naturschutzgebiet und damit verbundene Einschränkung des Nutzungsrechts. In diesen und weiteren Angelegenheiten (vgl. zum Ganzen Andreas Kley-Struller, Art. 6 EMRK als Rechtsschutzgarantie gegen die öffentliche Gewalt, Zürich 1993, S. 38ff.) ist also die Möglichkeit einer gerichtlichen Beurteilung zu öffnen. Es sind nun Fälle denkbar, bei welchen beispielsweise der Regierungsrat über «zivilrechtliche Ansprüche und Verpflichtungen» im Sinne von Art. 6 Abs. 1 EMRK zu befinden hat und welche gestützt auf die Ausschlussgründe gemäss § 53 und § 54 VRP an sich nicht ans Verwaltungsgericht weitergezogen werden könnten. *Zu denken ist vorab an die Genehmigung von Zonenplänen (§ 54 lit. a VRP)*, wobei das Bundesgericht bislang die Frage offen liess, ob es sich dabei um eine «Streitigkeit über zivilrechtliche Ansprüche und Verpflichtungen» handelt (vgl. ZBI 1995, S. 92).»

(vgl. Bf-act. 8, S. 11, Kursivdruck nicht im Original)

Mithin ging auch der kantonale Gesetzgeber davon aus, dass er hinsichtlich der Genehmigung von Zonenplänen einen (verwaltungs)gerichtlichen Rechtsschutz sicherzustellen hat. Anzuführen ist, dass im Zeitpunkt, als die genannte Vorlage (mit Bericht) an den Kantonsrat ging (4. Juli 1995), der bereits genannte BGE 122 I 294ff. (vom 27. Sept. 1996) noch nicht vorlag.

f) Im Einklang mit dem vorliegenden Ergebnis, wonach eine Beschwerdemöglichkeit ans Verwaltungsgericht zuzulassen ist, steht auch die

Rechtsprechung in anderen Kantonen. So hat das Verwaltungsgericht Zürich im Urteil VB 98.00036 + 00040 vom 29. Mai 1998 entschieden, dass der Kanton Zürich von Bundesrechts wegen gegen Genehmigungsentscheide in Planungssachen unabhängig von ihrem Inhalt das gleiche Rechtsmittel wie gegen den Planungsakt selber zur Verfügung zu stellen hat (vgl. BEZ 2/1998, Nr. 9, S. 9 oben). Analog entschied auch das Verwaltungsgericht Luzern, dass dann, wenn der Regierungsrat im Genehmigungsverfahren Änderungen am Zonenplan vornimmt, der betroffene Grundeigentümer zwar nicht aufgrund des kantonalen Rechts, aber gestützt auf Art. 33 Abs. 2 RPG befugt ist, dagegen Verwaltungsgerichtsbeschwerde einzureichen (vgl. LGVE 1991 II, Nr. 1, S. 123ff.).

g) Zusammenfassend ist in Fällen der vorliegenden Art, in welchen der Regierungsrat im Rahmen des Genehmigungsverfahrens nach § 28 PBG im Vergleich zu der vom Stimmbürger angenommenen Zonenplanung eine Planänderung vorgenommen hat, aufgrund des zwingenden Bundesrechts davon auszugehen, dass das Verwaltungsgericht als Beschwerdeinstanz im Sinne des Art. 33 RPG (i.V.m. mit § 54a VRP) fungiert. Dies bedeutet, dass hinsichtlich der vom Regierungsrat im Genehmigungsverfahren getroffenen Planänderung («Nichtgenehmigung der Wohnzone W1 ...») der dadurch betroffenen Grundeigentümerin der Beschwerdeweg ans Verwaltungsgericht offen steht.

(...)

Aus all diesen Gründen ist auf die vorliegende Beschwerde einzutreten. (Zwischenbescheid 891/02Z vom 20. Dezember 2002).

1.2 Ausstand

- *Einsetzen einer Schätzungskommission bei Ausstand sämtlicher oder einer Mehrheit der Mitglieder einer Kommission. Fehlende gesetzliche Regelung. Echte Gesetzeslücke (Erw. 1).*
- *Analoge Anwendung von § 60 Abs. 2 GO. Frage der zuständigen Aufsichtsbehörde über die Schätzungskommissionen (Erw. 2).*
- *Qualifizierung der Schätzungskommissionen als Spezialverwaltungsgerichte (Erw. 3).*
- *Regelungsbedarf und Konsequenzen de lege ferenda (Erw. 4).*

Aus dem Sachverhalt:

Im Hinblick auf den Erlass eines Schätzungsentscheides traten drei Mitglieder der vierköpfigen (inkl. Ersatzmitglied) Schätzungskommission des Bezirks Schwyz in den Ausstand. Die Schätzungskommission konnte sich deshalb nicht mehr selber ergänzen. Für den Fall, dass sich ein Ge-

B. 1.2

richt nicht mehr durch Zuzug von Ersatzrichtern ergänzen kann, hat gemäss § 60 Abs. 2 GO die Aufsichtsbehörde die Streitsache einem anderen Gericht zu überweisen. Indessen fehlt im Gesetz eine Regelung bzgl. Aufsichtsbehörde über die Schatzungskommissionen. In der Folge erwog die Schatzungskommission des Bezirks Schwyz, dass das Verwaltungsgericht am ehesten als Aufsichtsbehörde in Frage kommen dürfte, und ersuchte das Verwaltungsgericht, den Fall an eine andere Schatzungskommission zu überweisen. Nach einem Meinungs austausch mit dem Rechts- und Beschwerdedienst des Justizdepartements des Kantons Schwyz be traute das Verwaltungsgericht eine kantonale Schatzungskommission mit dem Schätzungsentscheid.

Aus den Erwägungen:

1.a) Eine Lücke des Gesetzes liegt vor, wenn sich eine gesetzliche Regelung als unvollständig erweist, weil sie auf eine bestimmte Frage keine (befriedigende) Antwort gibt (vgl. BGE 125 V 8, Erw. 3). Bevor eine ausfüllungsbedürftige Lücke angenommen werden darf, ist durch Auslegung zu ermitteln, ob das Fehlen einer ausdrücklichen Anordnung nicht eine bewusst negative Antwort des Gesetzgebers, ein sog. qualifiziertes Schweigen darstellt. Ist dies zu verneinen, bleibt zu prüfen, ob sich mit Hilfe der Auslegungsregeln dem Gesetz eine stillschweigende Anordnung entnehmen lässt. Erst nach Verneinung dieser Frage kann von einer Lücke gesprochen werden (vgl. Häfelin/Müller, Grundriss des Allgemeinen Verwaltungsrechts, 3. Aufl., S. 46, Rz. 192ff.). Herrschende Lehre und bundesgerichtliche Rechtsprechung unterscheiden echte und unechte Lücken (vgl. Häfelin/Müller, a.a.O., S. 46, Rz. 195ff.; Knapp, Précis de droit administratif, 4. Aufl., S. 93, Nr. 441; Häfelin, Zur Lückenfüllung im öffentlichen Recht, in: Festschrift zum 70. Geburtstag von Hans Nef, S.91 ff., alle mit Hinweisen).

Eine echte Gesetzeslücke liegt nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts dann vor, wenn der Gesetzgeber etwas zu regeln unterlassen hat, was er hätte regeln sollen, und dem Gesetz weder nach seinem Wortlaut noch nach dem durch Auslegung zu ermittelnden Inhalt eine Vorschrift entnommen werden kann. Von einer unechten oder rechtspolitischen Lücke ist demgegenüber die Rede, wenn dem Gesetz zwar eine Antwort, aber keine befriedigende, zu entnehmen ist, namentlich, wenn die vom klaren Wortlaut geforderte Subsumtion eines Sachverhalts in der Rechtsanwendung teleologisch als unhaltbar erscheint. Echte Lücken zu füllen, ist dem Richter aufgegeben, unechte zu korrigieren, ist ihm nach traditioneller Auffassung grundsätzlich verwehrt, es sei denn, die Berufung auf den als massgeblich erachteten Wortsinn der Norm stelle einen Rechtsmissbrauch dar (BGE 128 I 34, Erw. 3b). Bei der Lückenfüllung im öffentlichen Recht wird praxisgemäss danach Ausschau gehalten, ob sich in verwandten Rechtsgebieten eine Regelung der offenen Frage findet, und

es wird dann diese Regelung analog angewendet (vgl. VGE 128/00 vom 18. April 2001, Erw. 3.a).

b) Nachdem sich drei Mitglieder der vierköpfigen Schatzungskommission für Expropriationen des Bezirks X. im Ausstand befinden, stellt sich die Frage, wie bzw. durch wen ein entsprechendes Ersatzgremium zu bestellen ist. Dem Gesetz – weder dem Expropriationsgesetz des Kantons Schwyz vom 1. Dezember 1870 (SRSZ 470.100; ExprG) noch einem anderen Erlass – ist für diesen Fall eine Regelung zu entnehmen. Insbesondere findet sich im kantonalen Expropriationsgesetz keine Regelung über die Aufsicht über die 6 Schatzungskommissionen der Bezirke und die 2 kantonalen Schatzungskommissionen (§ 10 ExprG). Das Gesetz erweist sich in diesem Punkt demzufolge als lückenhaft im Sinne einer echten Lücke.

2. Für den Fall, dass sich ein Gericht in derselben Lage wie vorliegend die Schatzungskommission des Bezirks X. befindet, lässt sich der Gerichtsordnung vom 10. Mai 1974 (SRSZ 231.110; GO) folgende Regelung in § 60 Abs. 2 entnehmen:

«Kann sich ein Gericht nicht mehr durch Zuzug von Ersatzrichtern ergänzen, so überweist die Aufsichtsbehörde die Streitsache einem anderen Gericht.»

Ist ein Gericht infolge Ausstandes einer Grosszahl seiner Richter nicht mehr entscheidungsfähig, hat gemäss dieser Regelung die entsprechende Aufsichtsbehörde die Streitsache einem anderen Gericht zu überweisen.

Es stellt sich vorliegend die Frage nach der analogen Anwendbarkeit dieser Bestimmung.

b) Die zitierte Bestimmung wurde offensichtlich mit Blick auf die Aufsichtsfunktion des Kantonsgerichts formuliert, welches in zahlreichen Fällen vom Gesetzgeber als Aufsichtsbehörde eingesetzt wurde.

Gemäss § 48 GO steht der Staatsanwalt unter der Aufsicht des Kantonsgerichtes und hat diesem alljährlich Bericht über seine Tätigkeit und über die Tätigkeit der von ihm beaufsichtigten Ämter zu erstatten. Dadurch, dass die Bezirksämter (§ 41 GO), das Verhöramt (§ 45 GO) und auch die Jugendanwaltschaft (§ 51 GO) unter der Aufsicht der Staatsanwaltschaft stehen, übt das Kantonsgericht gewissermassen eine Oberaufsicht über diese aus.

Das Kantonsgericht beaufsichtigt auch die ihm unterstellten Gerichte und mittelbar oder unmittelbar die der Aufsicht der Bezirksgerichte und der Bezirksgerichtspräsidenten unterstehenden Ämter (§ 63 GO). Die unterstellten Gerichte haben dem Kantonsgericht jährlich Bericht zu erstatten (§ 64 GO).

Das Kantonsgericht übt weiter gemäss § 13 des Einführungsgesetzes zum schweizerischen Zivilgesetzbuch vom 14. September 1978 (SRSZ 210.100) auch die Aufsicht aus über Beurkundungs- und Beglaubigungspersonen. Ebenso obliegt dem Kantonsgericht die Fachaufsicht über die

B. 1.2

Notare (die Dienstaufsicht liegt beim Bezirksrat), sowie die Fach- und Dienstaufsicht über den Grundbuchinspektor (§ 86 EGZGB). Nach § 10 der Einführungsverordnung zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs vom 25. Oktober 1974 (SRSZ 270.110) ist der Bezirksgerichtspräsident untere Aufsichtsbehörde, das Kantonsgericht obere Aufsichtsbehörde über die Betreibungs- und Konkursbeamten.

c) Im Gegensatz zu diesen Beispielen, in denen dem Kantonsgericht in der Gerichtsordnung oder in anderen Erlassen eine Aufsichtsfunktion zugewiesen wird, ist von Gesetzes wegen weder in der Gerichtsordnung noch in der Verordnung über die Verwaltungsrechtspflege vom 6. Juni 1974 (SRSZ 234.110; VRP) noch in einem anderen Erlass eine aufsichtsrechtliche Funktion des Verwaltungsgerichts vorgesehen.

In Analogie zu den aufsichtsrechtlichen Funktionen des Kantonsgerichts ergibt sich indes ohne weiteres, dass auch dem Verwaltungsgericht als kantonalem (letztinstanzlichem) Gericht grundsätzlich aufsichtsrechtliche Funktionen zukommen könnten, insbesondere über allfällige mit verwaltungsjustiziellen Befugnissen ausgestattete Gremien. Damit ist indes noch nicht gesagt, dass dies im vorliegenden Fall bzgl. der Schatzungskommissionen der Bezirke und des Kantons zutreffen muss, was es nachstehend zu prüfen gilt.

3.a) Bei der Prüfung der Frage, wer vorliegend als Aufsichtsbehörde einspringen soll, hat das Verwaltungsgericht dann Hemmungen, diese Funktion wahrzunehmen, wenn die Schatzungskommissionen in Enteignungssachen als Verwaltungsorgane anzusprechen sind; denn die Aufsicht über die Verwaltung besorgt die hierarchisch übergeordnete Verwaltung, und dementsprechend tritt das Verwaltungsgericht in konstanter Praxis nicht auf Aufsichtsbeschwerden ein, weil es nicht Aufsichtsbehörde über die Verwaltung ist (reichhaltige Praxis zu dieser Thematik, z.B. VGE 705/01 vom 31. August 2001; VGE 1027/00 vom 27. September 2000; VGE 537/96 vom 20. Februar 1997).

b) Als Aufsichtsbehörde über die Schatzungskommissionen kommen in Frage die Wahlbehörden (gemäss § 10 ExprG Bezirksrat bzw. Regierungsrat) oder das Verwaltungsgericht, an welches die Entscheide der Expropriationskommission klageweise weitergezogen werden können (§ 3 der Vollzugsverordnung zum Enteignungsrecht vom 23. Dezember 1974; SRSZ 470.111). Die ausserordentliche Stellvertretung infolge Ausstand beschlägt die Fachaufsicht und dürfte deshalb aus sachlicher Optik eher bei jener Behörde liegen, welche die übrigen Entscheide der Expropriationskommissionen überprüft, mithin beim Verwaltungsgericht.

c) Von der Sache her sollten die Schatzungskommissionen über eine richterliche Unabhängigkeit verfügen. Sie werden in einem Klageverfahren angegangen, wenn zwischen den Parteien eine vertragliche Regelung für die Entschädigung infolge Expropriation nicht gefunden werden kann.

te (vgl. § 8 ExprG), wobei die Rollenverteilung offen ist. Meist übernimmt die Expropriatin die Klägerrolle; vorliegend ist es allerdings umgekehrt, geklagt hat die Expropriatin. Das schwyzerische Expropriationsrecht sieht keinerlei Weisungsbefugnis beispielsweise des Bezirksrates oder des Regierungsrates vor. Dies wäre auch widersinnig, sind es doch vorwiegend die öffentlichen Gemeinwesen, die in der Parteirolle als Expropriaten vor die Schatzungskommissionen treten (§ 1 ExprG). Etwas fragwürdig ist in diesem Zusammenhang allerdings, dass die Wahl der Schatzungskommissionen durch den Bezirksrat bzw. den Regierungsrat erfolgt (§ 10 ExprG; Revisionsbedarf de lege ferenda), wobei verschiedene Bezirksräte zudem ausschliesslich aktive Bezirksräte in diese Kommission wählen.

d) Hilfreich und aufschlussreich bezüglich der Frage der Qualifizierung der Schatzungskommissionen als Verwaltungsorgane oder als Spezialgerichte ist der Blick auf die rechtsgeschichtliche Entwicklung der Schatzungskommission im Kanton Schwyz.

aa) Gemäss der alten Vollziehungsverordnung zum Gesetz über die Expropriation vom 22. März 1871 (Reichlin, Schwyzer Rechtsbuch, Nr. 332) galt die Schatzung als Expertenbefund (§ 12). Dabei ging man davon aus, dass diese gemäss § 10 der Vollziehungsverordnung beim zuständigen Bezirksgericht angefochten werden konnte.

bb) In diesem Zusammenhang ist auch die aufgehobene Regelung in § 9 des Expropriationsgesetzes für die Erstellung von grösseren Wasserwerkenanlagen vom 12. März 1908 (Reichlin, Schwyzer Rechtsbuch, Nr. 333) von Interesse. Danach wurde für diese Art der Expropriation eine besondere Schatzungskommission eingesetzt, die vom Kantonsgericht, vom Regierungsrat sowie vom Bezirksrat, in dessen Bezirk expropriert werden sollte, gewählt wurde. Diese Schatzungskommission unterstand dabei explizit der Aufsicht der Justizkommission (§ 9 Abs. 6). Diese Kommission hat nichts mit der heutigen kantonsrätlichen Rechts- und Justizkommission zu tun. Vielmehr handelte es sich bei dieser Justizkommission gemäss § 61 i.V. mit § 67 aKV um einen Ausschuss des Kantonsgerichtes, der Aufsichts- und Rechtspflegefunktionen zukam.

Aus einer historischen Betrachtungsweise erweist sich die Schatzungskommission im Sinne des Expropriationsgesetzes somit eher als ein Spezial(verwaltungs-)gericht denn als Verwaltungsorgan.

e) Als Spezialverwaltungsgerichte werden die Schatzungskommissionen in Enteignungssachen auch in anderen Kantonen wie auch im Bund betrachtet bzw. haben als solche ihre gesetzliche Regelung gefunden.

aa) Nach Kölz/Bosshart/Röhl (Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, Zürich 2. A. 1999, N 87 zu § 19) sind im Kanton Zürich die Schatzungskommissionen in Enteignungssachen Spezialverwaltungsgerichte, die über richterliche Unabhängigkeit verfügen. Das Verwaltungsgericht ist auch Wahl- und Aufsichtsbehörde (§ 34 u. 35

B. 1.2

des zürcherischen Gesetzes betreffend die Abtretung von Privatrechten vom 30. November 1879, LS 781, AbtrG). Nach Jaag (Verwaltungsrecht des Kantons Zürich, Zürich 1997, S. 229) kann das Verwaltungsgericht gegenüber der Schätzungskommission allgemeine Weisungen erlassen und das Verfahren regeln. Das Verhältnis sei vergleichbar mit demjenigen zwischen Obergericht und Bezirksgericht (vgl. vorstehend Erw. 2b) sowie zwischen Bundesgericht und kantonalen Behörden in SchKG-Sachen.

bb) Der Kanton Solothurn nimmt an, dass seine Schätzungskommissionen eine Behörde mit richterlicher Unabhängigkeit im Sinne von Art. 15 der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 25. November 1994 (SR 172.056.4) bzw. Art. 9 Abs. 2 des Bundesgesetzes über den Binnenmarkt vom 6. Oktober 1995 (SR 943.02) seien. Der Kanton Solothurn hat deshalb die kantonale Schätzungskommission als Rechtsmittelbehörde in Arbeitsvergebungssachen eingesetzt (§ 31 des Gesetzes über öffentliche Beschaffungen [Submissionsgesetz] vom 22. September 1996).

cc) Ebenfalls eine verwaltungsunabhängige Justizbehörde ist die Enteignungsschätzungskommission gemäss der bernischen Verwaltungsrechtspflege (Merkli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zum Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege im Kanton Bern, Bern 1997, N 1 zu Art. 85 und N 1 zu Art. 89). Die Enteignungsschätzungskommission urteilt nach Art. 54 Abs. 1 des Enteignungsgesetzes vom 3. Oktober 1996 (BSG 711) i.V.m. Art. 136 Abs. 1 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege vom 23. Mai 1989 (BSG 155.21) ausschliesslich im Klageverfahren.

dd) Die eidgenössischen Schätzungskommissionen hat der Gesetzgeber «als richterliche Spezialinstanzen primär für die erstinstanzliche Beurteilung von Ansprüchen auf dem Gebiet der formellen Enteignung geschaffen (vgl. Art. 59 und 64 des Bundesgesetzes über die Enteignungen [EntG] vom 20. Juni 1930; SR 711)» (vgl. BGE 112 Ib E. 2; vgl. BGE 119 Ib 447, Erw. 1: «<richterliche Behörden> im Sinne von Art. 105 Abs. 2 OG»).

Der Tatsache, dass die eidgenössischen Schätzungskommissionen nach Art. 59 Abs. 1 EntG zum grösseren Teil vom Bundesrat und von den Kantonsregierungen derjenigen Kantone, deren Gebiet zum Schätzungskreis gehört (während der Präsident und zwei Stellvertreter gemäss Art. 59 Abs. 1 lit. a EntG vom Bundesgericht gewählt werden), gewählt werden, darf demzufolge kein allzu grosses Gewicht beigemessen werden. Denn auch die Mitglieder der (unabhängigen) Eidgenössischen Rekurs- und Schiedskommissionen werden gemäss Art. 71b des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (SR 172.021; VwVG) vom Bundesrat gewählt.

In Art. 71c VwVG wird die Unabhängigkeit der Mitglieder der Eidgenössischen Rekurs- und Schiedskommissionen und ihre ausschliessliche Unterwerfung unter das Gesetz auch normativ verankert (Abs. 1). Diese

Unabhängigkeit äussert sich ebenfalls in der Unvereinbarkeit dieser Rekurs- und Schiedskommissionstätigkeiten mit einer Stellung innerhalb der Bundesverwaltung (Abs. 2).

Dem Wesen eines Spezialverwaltungsgerichts entsprechend sollen die vom Bundesrat und von den Kantonsregierungen gewählten Mitglieder der eidgenössischen Schätzungskommission verschiedenen Berufsgruppen angehören und die für die Schätzung nötigen Fachkenntnisse besitzen (Art. 59 Abs. 2 EntG).

Vor allem aber steht die Geschäftsführung der Schätzungskommission und ihres Präsidenten unter der Aufsicht des Bundesgerichts (Art. 63 EntG). Das Bundesgericht bestimmt durch eine Verordnung das Verfahren, soweit es nicht im Enteignungsgesetz geregelt ist. Es kann dem Präsidenten und der Kommission allgemeine Weisungen erteilen und von ihnen einzelne oder wiederkehrende Berichte einfordern. Nach Art. 65 Abs. 2 EntG kann das Bundesgericht ausnahmsweise auf Antrag einer Partei oder des Präsidenten einer Schätzungskommission die Beurteilung von Enteignungen ausserhalb ihres Kreises übertragen, um eine einheitliche Schätzung oder eine Kostenersparnis zu erzielen.

f) Die kantonal-historische wie auch die rechtsvergleichende Würdigung der Funktion der Schätzungskommissionen ergibt somit vorab, dass die Schätzungskommissionen auch im Kanton Schwyz als Spezialverwaltungsgerichte zu betrachten sind. Diesem Ergebnis widerspricht die im Kanton Schwyz anzutreffende Praxis, wonach Schätzungskommissionen (zum grossen Teil) aus Mitgliedern des Bezirksrates als gleichzeitigem Wahlorgan (§ 10 Abs. 1 ExprG) rekrutiert werden. Mit dem Grundsatz der Gewaltentrennung ist es nicht zu vereinbaren, dass Regierungs-, Bezirks- und Gemeinderäte etc. (entsprechend der Unvereinbarkeitsbestimmung von § 1 Abs. 3 GO) in Schätzungskommissionen gewählt werden. Des Weiteren wird de lege ferenda zu beachten sein, dass der Qualifikation der Schätzungskommission als Spezialverwaltungsgericht entsprechend die Mitglieder nach Möglichkeiten verschiedenen Berufsgruppen angehören und über die für eine Schätzung nötigen Fachkenntnisse verfügen sollten, wobei diese beiden Voraussetzungen kumulativ zu verstehen sind.

Unabhängig von einer allfälligen, im Sinne vorstehender Ausführungen die derzeitige Rechtslage erhellenden Legiferierung werden die für die Bestellung der Schätzungskommissionen auf Kantons- wie auf Bezirksebene zuständigen Organe angehalten, inskünftig dem Postulat der Gewaltentrennung in personeller Hinsicht bei der Wahl der Mitglieder der Schätzungskommissionen Rechnung zu tragen.

4.a) Die Aufsicht über die Schätzungskommission kann folglich nicht bei einer Verwaltungsbehörde (Wahlorgan o.ä.) liegen, sondern fällt in die Kompetenz des übergeordneten Verwaltungsgerichts. Dass diese Aufsichtsfunktion ohne gesetzliche Grundlage jedenfalls nicht dem Bezirksrat

B. 1.3

zukommen kann, ergibt sich mit Blick auf die Überweisung an eine vom Regierungsrat gewählte Schatzungskommission aus dem Kompetenzartikel § 81 KV, wonach die Bezirke die ihnen durch das kantonale Recht übertragenen Aufgaben zu erfüllen haben (und nicht umgekehrt), und mit Blick auf die Überweisung an eine andere Bezirks-Schatzungskommission aus der Bezirksautonomie (§ 70 KV), was bedeutet, dass im Voraus zumindest das Einverständnis des jeweiligen Bezirkes eingeholt werden müsste.

In analoger Anwendung von § 60 Abs. 2 GO hat das Verwaltungsgericht somit eine andere Schatzungskommission zu bestellen.

Zu ergänzen gilt, dass sich aus dieser Analogie nicht ohne weiteres auch die Konsequenz ergibt, dass die Schatzungskommissionen analog zu § 64 GO dem Verwaltungsgericht jährlich Rechenschaft abzulegen oder Bericht zu erstatten hätten. Dies ist durch die vorliegend auf dem Wege rechtshistorischer Betrachtung sowie Rechtsvergleichung vorgenommene Lückenfüllung bzgl. aufsichtsrechtliche Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts im Sinne von § 60 Abs. 2 GO über die Schatzungskommissionen nicht abgedeckt und bedürfte einer ausdrücklichen gesetzlichen Regelung.

b) In analoger Anwendung von § 60 Abs. 2 GO betraut das Verwaltungsgericht hiermit die kantonale Schatzungskommission Y. Diese Schatzungskommission scheint aufgrund ihrer personellen Zusammensetzung einerseits für grösstmögliche Unabhängigkeit im vorliegenden Schätzungsverfahren zu bürgen und dürfte andererseits auch über das erforderliche Mittelzeug für eine kompetente und für beide Parteien gleichermaßen annehmbare Bestimmung des Kaufpreises für die Übernahme verfügen.

(VGE 879/02 vom 2. August 2002).

1.3 Ausstand

– *Vorliegen des Ablehnungsgrundes der Voreingenommenheit in casu bei Gerichtspersonen verneint, welche sich im Rahmen des Steuerveranlagungsverfahrens mit einer Sache befasst hatten und sich im Rahmen des anschliessenden Steuerbezugsverfahrens mit dieser Sache nochmals zu befassen haben.*

2. Der Beschwerdeführer (X.) begründet sein Ausstands- bzw. Ablehnungsbegehren damit, dass die genannten Richter und der genannte Gerichtsschreiber sich in den bisherigen Verfahren wiederholt in der Beurteilung der sich stellenden Rechtsfragen festgelegt hätten. Er verweist diesbezüglich auf die Entscheide vom 31. März 1999 (VGE 619/98) und vom 20. Dezember 2001 (VGE 609/01) sowie auf die Vernehmlassung des Verwaltungsgerichts vom 9. Juni 1999 ans Bundesgericht im staatsrechtli-

chen Beschwerdeverfahren gegen den Entscheid 619/98. Damit stünde die Beurteilung der vorliegenden Beschwerde zum vornherein fest, und die gebotene Unvoreingenommenheit wäre nicht gewährleistet. In der Vernehmlassung vom 9. Juni 1999 ans Bundesgericht habe sich die Gerichtskammer mit besonderem Nachdruck zu den Steuerhaftungsfragen geäußert, weshalb der objektive Anschein einer Vorbefassung bestehe. Es bestünden daher ernsthafte Gründe für eine mögliche Befangenheit, wobei der Beschwerdeführer in Klammern anmerkte, dass die persönliche Integrität der Gerichtsmitglieder ansonsten nicht in Frage stünde.

Der Beschwerdeführer beruft sich damit auf den Ablehnungsgrund der Befangenheit im Sinne von § 53 lit. d GO, wonach ein Richter oder Gerichtsschreiber abgelehnt werden oder selber den Ausstand verlangen kann, wenn andere als die im Gesetz ausdrücklich vorgesehenen Gründe (insbesondere persönliche Interessen am Ausgang des Verfahrens und Verwandtschaftsverhältnisse) vorliegen, welche sie als befangen erscheinen lassen.

a) Das vorliegende Verfahren bezieht sich auf die Verfügung des Kant. Steueramtes vom 14. August 2000, in welcher der Beschwerdeführer als *solidarisch haftbar* für die im Zusammenhang mit der Veräusserung des Grundstücks KTN ... noch offene Grundstücksgewinnsteuer von Fr. ... zusätzlich Zins (nach Massgabe des vom Regierungsrat festgesetzten Zinssatzes) bezeichnet und zur sofortigen Zahlung verpflichtet wird.

Bereits im Verfahren VGE 619/98 wurde materiell über den steuerpflichtigen Grundstücksgewinn aus der Veräusserung des Grundstücks KTN ... durch den Beschwerdeführer und Y. ... entschieden und der Entscheid der Steuerbehörden, mit welchem die beiden Veräusserer zur Entrichtung der Grundstücksgewinnsteuer in Höhe von Fr. ... plus Verzugszins ab 20. Januar 1987 (...) verpflichtet wurden, wurde bestätigt, (...). Dieser Entscheid ist in Rechtskraft erwachsen.

Im Verfahren VGE 609/01 ging es um die von der Kant. Finanzverwaltung gegenüber dem Beschwerdeführer erlassene Sicherstellungsverfügung, mit welcher dieser verpflichtet wurde, zur Deckung der Grundstücksgewinnsteuer für das Jahr 1986 Fr. ... nebst Zins von 4% seit 16. Aug. 2000 ... sicherzustellen.

Aus dem Gesagten ergibt sich, dass die Steuerleistungspflicht des Beschwerdeführers grundsätzlich im Verfahren 619/98 (bzw. mit dem den Entscheid bestätigenden Bundesgerichtsurteil) letztinstanzlich festgelegt wurde. Der Beschwerdeführer leistete in der Folge keine Zahlungen zur Begleichung der Steuerschuld, weshalb zur Vollstreckung die Schuldbeitreibung eingeleitet wurde. Die vom Einzelrichter des Bezirkes ... erteilte definitive Rechtsöffnung wurde vom Kantonsgericht dann mit Urteil vom 3. Mai 2001 wieder aufgehoben mit – zusammenfassend – folgender Begründung:

- Erstens lasse sich dem Steuergesetz nicht die Berechtigung des Kantons entnehmen, als Gläubiger in eigenem Namen den ganzen Steu-

B. 1.3

erbetrag inkl. Anteile der berechtigten kantonalen Gemeinwesen betreiben zu können.

- Zweitens sei der Kanton in den als Rechtsöffnungstitel ins Recht gelegten Entscheiden nicht als Gläubiger bezeichnet. Diesen Entscheiden lasse sich auch nicht entnehmen, wem die veranlagte Grundstückgewinnsteuer zu bezahlen sei, so dass die Zahlungsverpflichtung als unvollständig angesehen werden müsse.
- Drittens sei X. nicht durch Verfügung verpflichtet worden, solidarisch haftend den ganzen Steuerbetrag zu bezahlen.

Gestützt auf diesen Entscheid sah sich die Kantonale Steuerverwaltung gezwungen, die Verfügung vom 14. August 2000 zu erlassen, in welcher ausdrücklich die solidarische Haftung des Beschwerdeführers und die Steuerbezugsberechtigung bzw. die Gläubigerstellung des Kantons bezeichnet wurden. Diese Feststellungen sind Gegenstand des Verfahrens 608/02.

b) Nach Art. 30 Abs. 1 BV hat der Einzelne Anspruch darauf, dass seine Sache durch einen unabhängigen und unparteiischen Richter beurteilt wird. Damit soll garantiert werden, dass keine Umstände, welche ausserhalb des Prozesses liegen, in sachwidriger Weise zugunsten oder zulasten einer Partei auf das Urteil einwirken; es soll verhindert werden, dass jemand als Richter tätig wird, der unter solchen Einflüssen steht und deshalb kein «rechter Mittler» mehr sein kann. Voreingenommenheit in diesem Sinne ist nach der Rechtsprechung anzunehmen, wenn Umstände vorliegen, die bei objektiver Betrachtung geeignet sind, Misstrauen in die Unparteilichkeit eines Richters zu erwecken. Solche Umstände können entweder in einem bestimmten Verhalten des betreffenden Richters oder in gewissen äusseren Gegebenheiten, wozu auch funktionelle oder organisatorische Aspekte gehören, begründet sein (Pra 1997, Nr. 3, Erw. 2b m.H.).

Eine gewisse Besorgnis der Voreingenommenheit und damit Misstrauen in das Gericht kann immer dann entstehen, wenn sich der Richter bereits in einem früheren Zeitpunkt mit der konkreten Streitsache in amtlicher Funktion befasste. Das Bundesgericht hat zu solchen, als sog. Vorbefassung bezeichneten Fällen ausgeführt, es könne nicht generell gesagt werden, in welchen Konstellationen unter dem Gesichtswinkel von Art. 58 Abs. 1 aBV (bzw. Art. 30 Abs. 1 nBV) eine erneute Befassung der konkreten Streitsache durch denselben Richter zulässig oder aber unzulässig sei (BGE 114 Ia 50, Erw. 3d und Erw. 5a; Pra 1997, Nr. 3, Erw. 2b).

Die Vorbefassung stellt grundsätzlich immer dann einen Ausstandsgrund dar, wenn eine Gerichtsperson bereits an einem Entscheid unterer Instanz mitgewirkt hat. Sie darf in diesem Fall keinen Einfluss auf die Überprüfung in oberer Instanz ausüben (vgl. § 52 Abs. 1 lit. d GO).

Der Umstand, dass ein Behördenmitglied sich bereits früher mit einer bestimmten Angelegenheit befasst hat, begründet aber nicht in jedem Fall

eine Ausstandspflicht. In erster Linie ist darauf abzustellen, ob es im Rahmen der Vorbefassung eine ähnliche oder qualitativ gleiche Frage geprüft hat. Dies ist so lange nicht zu beanstanden, als ein Verfahren in Bezug auf den konkreten Sachverhalt und die konkret zu beurteilenden Fragen trotzdem als offen und nicht vorbestimmt erscheint (BGE 120 Ia 187; 117 Ia 157).

Keine unstatthafte Vorbefassung liegt des Weiteren dann vor, wenn nach Aufhebung eines Entscheids der Vorinstanz und Rückweisung an diese die Neuurteilung der Sache durch dieselben Personen erfolgt oder wenn sich die beanstandete Mitwirkung auf ein früheres Verfahren bei der gleichen Behörde mit anderem Gegenstand oder derselben Fragestellung bezieht (Kölz/Bosshart/Röhl, Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 2. A., § 5a N 12; BGE 114 Ia 58 m.H.).

Gemäss ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts und des Verwaltungsgerichts stellt zudem der Umstand, dass die genannten Gerichtspersonen bereits früher an anderen Fällen beteiligt waren, welche denselben Beschwerdeführer betrafen, keinen Ausstandsgrund dar (VGE 929/01 v. 29.11.2001, Erw. 4c; VGE 617/97 v. 27.6.1997, Erw. 1d m.H.; BGE 114 Ia 279; BGE 2P.337/1994 v. 10.4.1996; BGE 5P.169/2002 v. 6.5.2002).

c) In der diesem Verfahren zugrunde liegenden Verfügung geht es grundsätzlich nurmehr um die Frage der Solidarhaftung sowie um die Frage der Gläubigerstellung bzw. der Steuerbezugsberechtigung des Kantons. Dass diese Fragen Gegenstand eines neuen Verfahrens sein würden, hatten ursprünglich weder das Verwaltungsgericht noch die Vorinstanz angenommen. Die Solidarhaftung bei der Grundstückgewinnsteuer ist in § 48 StG (vom 28. Okt. 1958) statuiert. Auf diese Bestimmung wurde in den Erwägungen des Grundentscheides VGE 619/98 verwiesen. Was die Steuerbezugsberechtigung bzw. die Gläubigerstellung bezüglich der Grundstückgewinnsteuern anbelangt, so war es für die Steuerjustizbehörden bis anhin immer klar, dass diese dem Kanton zukommt; diesbezüglich konnten sie auf § 55 Abs. 2 aStG und auf die Verordnung über den Einzug der Steuern vom 21. Oktober 1968 abstellen (vgl. VGE 609/01 v. 20. Dez. 2001, Erw. 5b/c). Ein ausdrücklicher Hinweis auf die Gläubigerstellung und auf die Bezugsberechtigung fehlte daher in den Grundentscheiden. Die Aufhebung der Rechtsöffnung durch das Kantonsgericht im Vollstreckungsverfahren ist bei der vorliegenden Konstellation im Effekt vergleichbar mit einem Rückweisungsentscheid. Dies auch deshalb, weil das Gemeinwesen grundsätzlich *verpflichtet* ist, seine steuerrechtlichen Ansprüche durchzusetzen; dies ergibt sich aus dem Gesetzmässigkeitsprinzip, aber auch aus dem Grundsatz der Rechtsgleichheit. Ein Erlass ist nur ausnahmsweise und nach Durchführung des entsprechenden Verfahrens möglich. Anders als ein privater Gläubiger konnte das anspruchsberechtigte Gemeinwesen nach Aufhebung der definitiven Rechtsöffnung nicht einfach auf seinen Anspruch verzichten, sondern es hatte entsprechend dem im Kantonsgerichtsurteil vorgegebenen Weg zu handeln und dem-

B. 1.4 1.5 1.6 1.7

gemäss die vorliegend angefochtene Verfügung vom 14. August 2000 erlassen. Nachdem das vorliegende Verfahren Teilaspekte der bereits im Grundverfahren 619/98 entschiedenen Sache betrifft und im Endeffekt mit dem Verfahren nach Rückweisung einer Sache an die Vorinstanz vergleichbar ist, ist auch die Ausstandsfrage analog der Praxis bei Rückweisungsverfahren zu beurteilen. Demgemäss ist in Übereinstimmung mit ob zitierter Rechtsprechung und Lehre das Vorliegen eines Ausstands- oder Ablehnungsgrundes für die genannten Gerichtspersonen zu verneinen. (VGE 608/02Z v. 28. Juni 2002; eine dagegen erhobene staatsrechtliche Beschwerde wurde vom Schweizerischen Bundesgericht mit Urteil 2P.203/2002 vom 11. Oktober 2002 abgewiesen.).

1.4 Beschwerdebefugnis

(Vgl. EGV-SZ 2002, B. 4.4 und B. 10.1).

1.5 Kostenvorschuss

– *Die Kostenvorschusspflicht kann nicht durch Verrechnung mit einer gegenüber einem Gemeinwesen eingeklagten Forderung erfüllt werden.*

Aus den Erwägungen:

3. (...) Wie bereits in der Mahnung vom 21. Juni 2002 erwähnt, kann der Kostenvorschuss nicht mit der gegenüber der Beklagten geltend gemachten Forderung verrechnet werden (...). Zum einen handelt es sich um Forderungen verschiedener Gemeinwesen (Kanton/Bezirk ...). Zum anderen könnte damit unzulässigerweise die Kostenvorschusspflicht umgangen werden, nämlich in dem Falle, in welchem sich die zur Verrechnung gebrachte Forderung in der anschliessenden Klagebeurteilung als unbegründet erweisen sollte. Von der Konzeption des Kostenvorschusses her, welche statt eines durchsetzbaren Inkassos des Vorschusses prozessuale Konsequenzen vorsieht, ist vielmehr davon auszugehen, dass die Verrechenbarkeit mit im gleichen Verfahren zu beurteilenden Forderungen ausgeschlossen ist.

(VGE 1013/02 vom 31. Juli 2002).

1.6 Rechtliches Gehör

(Vgl. EGV-SZ 2002, B. 5.1).

1.7 Verwaltungsgerichtliches Klageverfahren

(Vgl. EGV-SZ 2002, B. 18.1).

2. Alters- und Hinterlassenenversicherung/ Invalidenversicherung/Ergänzungsleistungen

2.1 Ergänzungsleistungen (Diätkosten)

- *Ausgewiesene Mehrkosten für vom Arzt verordnete lebensnotwendige Diät von Personen, die weder in einem Heim noch Spital leben, gelten als Krankheitskosten; diese Diätkosten gehören nicht zu den anerkannten Ausgaben, sondern sind als Krankheitskosten separat zu vergüten.*

Aus den Erwägungen:

1. Die Ergänzungsleistungen bestehen aus der jährlichen Ergänzungsleistung, welche monatlich ausbezahlt wird (Art. 3 lit. a Bundesgesetz über die Ergänzungsleistungen zur Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung, ELG) und der Vergütung von Krankheits- und Behinderungskosten (Art. 3 lit. b ELG). Die jährliche Ergänzungsleistung hat, vorbehaltlich der gesetzlichen Höchstbeträge, demjenigen Betrag zu entsprechen, um den die anerkannten Ausgaben die anrechenbaren Einnahmen übersteigen (Art. 3a Abs.1 ELG).

Bezüger von jährlichen Ergänzungsleistungen erhalten einen Gesamtbetrag (Ergänzungsleistung und Differenzbetrag zur Prämienverbilligung), der mindestens der Höhe der Prämienverbilligung entspricht, auf die sie Anspruch haben (Art. 26 Verordnung über die Ergänzungsleistungen zur AHV/IV, ELV i.V. mit Art. 3a Abs.7 lit. i ELG; vgl. auch § 7 Abs.3 VV zum Gesetz über die Prämienverbilligung in der Krankenpflegeversicherung, SRSZ 361.111).

2.a) Im Falle des Beschwerdeführers resultierte bei der Gegenüberstellung der anerkannten Ausgaben (Fr. 42756.–) mit den anrechenbaren Einnahmen (Fr. 41874.–) ein Übersteigen der Ausgaben um Fr. 882.–. Aufgrund der Mindesthöhe der jährlichen Ergänzungsleistung (Art.26 ELV) wurde ihm dann aber eine jährliche Ergänzungsleistung von Fr. 4632.– (2 x kantonale Krankenkassenrichtprämie von Fr. 2316.– für den Beschwerdeführer und seine Ehefrau) zugesprochen.

b) Bezüger einer jährlichen Ergänzungsleistung ist ein Anspruch einzuräumen auf die Vergütung von ausgewiesenen, im laufenden Jahr entstandenen Kosten, welche u.a. für Diät aufgewendet werden müssen (vgl. Art. 3d Abs.1 lit. c ELG). Diese Kosten fallen unter die Kategorie Krankheits- und Behinderungskosten (vgl. Marginale zu Art. 3d ELG). Art. 9 der Verordnung über die Vergütung von Krankheits- und Behinderungskosten bei den Ergänzungsleistungen (ELKV) normiert, dass ausgewiesene Mehrkosten für vom Arzt verordnete lebensnotwendige Diät von Personen, die weder in einem Heim noch Spital leben, als Krankheitskosten gelten, wobei ein jährlicher Pauschalbetrag von 2100 Franken zu vergüten ist.

B. 2.1

c) Laut einer Bestätigung von Dr. med. ... leidet der Beschwerdeführer an Diabetes mellitus Typ II sowie Hypercholesterinämie, und es wurde ihm lebensnotwendige Diät verschrieben, welche zu einem Mehraufwand der Lebenshaltungskosten führt. Die Vorinstanz anerkennt Diätkosten im Umfang des Pauschalbetrages von Fr. 2100.– gemäss ELKV. Sie hat diese aber nicht separat unter dem Titel «Vergütung von Krankheits- und Behinderungskosten» vergütet, sondern sie hat diesen Diätaufwand in die Berechnung der jährlichen Ergänzungsleistungen unter den anerkannten Ausgaben einbezogen. Dieses Vorgehen hat zur Folge, dass die Differenz zwischen den anerkannten Ausgaben und den anrechenbaren Einnahmen von Fr. 882.– auf Fr. 2982.– anstieg und der Beschwerdeführer trotz der neu hinzugekommenen Krankheitskosten einen gleich bleibenden EL-Anspruch hat.

Das vorinstanzliche Vorgehen ist indessen nicht rechtens; denn wie aus der Gesetzessystematik hervorgeht, sind die anerkannten Ausgaben, welche bei der Ermittlung der jährlichen Ergänzungsleistungen Berücksichtigung finden dürfen, in Art. 3b ELG *abschliessend* aufgezählt (BGE P 10/01 v. 18.12.2001, S. 2; Carigiet/Koch, Ergänzungsleistungen zur AHV/IV, Supplement, Zürich 2000, S. 83). Krankheits- und Behinderungskosten finden sich aber nicht in der abschliessenden Enumeration von Art. 3b ELG, sondern unter den Krankheits- und Behinderungskosten in Art. 3d ELG. Sie gehören somit nicht zu den anerkannten Ausgaben, sondern sie sind unter dem Titel Krankheits- und Behinderungskosten separat zu vergüten und beeinflussen die Höhe der jährlichen Ergänzungsleistungen nicht. Die Beschwerde ist dementsprechend gutzuheissen, und die Vorinstanz ist anzuweisen, dem Beschwerdeführer die Diätkosten im pauschalierten Betrage von Fr. 2100.– für das Jahr 2002 und die Folgejahre, soweit weiterhin ausgewiesene Mehrkosten für vom Arzt verordnete lebensnotwendige Diät bestehen, zu vergüten.

d) Die Mitberücksichtigung der Diätkostenpauschale bei der Ermittlung der jährlichen Ergänzungsleistung ist allenfalls aus Praktikabilitätsgründen dann tolerierbar (weil es zu keinem andern Anspruchsergebnis führt), wenn auch ohne die Diätkostenpauschale die Differenz zwischen den anerkannten Ausgaben und den anrechenbaren Einnahmen die Mindesthöhe der jährlichen Ergänzungsleistung gemäss Art. 26 ELV erreicht bzw. übersteigt. Anders verhält es sich aber vorliegend, wo die Miterfassung der Diätkosten bei den anerkannten Ausgaben der jährlichen Ergänzungsleistung faktisch zur Verweigerung des Vergütungsanspruchs für die Diätkosten führt. Abgesehen von der Systemwidrigkeit würde die Tolerierung dieses Vorgehens auch zu einer rechtungleichen Benachteiligung führen zwischen EL-Bezügern, denen Diätkosten entstehen, im Vergleich zu jenen, denen anderweitige vom Gesetz anerkannte Krankheits- und Behinderungskosten entstehen.

e) Die Krankheits- und Behinderungskosten werden separat vergütet, in der Regel einmal jährlich. Nach Carigiet/Koch, a.a.O., S. 121 ist für den

Fall, dass die Kosten im Voraus bekannt sind und regelmässig anfallen, wie dies insbesondere bei der Diätkostenpauschale der Fall ist, eine monatliche Auszahlung angezeigt. Dies bedeutet allerdings nicht, dass die Diätkostenpauschale bei der Ermittlung der jährlichen Ergänzungsleistungen berücksichtigt werden darf.

(VGE 79/02 vom 18. Dezember 2002).

3. Arbeitslosenversicherung/Berufliche Vorsorge/ Kranken- und Unfallversicherung

3.1 Unfallversicherung

– *Vorliegen eines Unfalles verneint bei Kompressionsschäden (Muskelnekrose) herbeigeführt durch zwei- bis dreitägiges Liegen auf Unterarm nach der Einnahme von verschiedenen Drogen.*

Aus den Erwägungen:

1. Der Unfallversicherer hat Versicherungsleistungen bei Berufsunfällen, Nichtberufsunfällen und Berufskrankheiten zu gewähren, soweit es das UVG nicht anders bestimmt (Art. 6 Abs. 1 UVG). Als Unfall gilt die plötzliche, nicht beabsichtigte schädigende Einwirkung eines ungewöhnlichen äusseren Faktors auf den menschlichen Körper (Art. 9 Abs. 1 UVV).

Der Versicherte macht geltend, die verbliebene Schädigung des rechten Unterarms sei als Unfallfolge zu qualifizieren. Der mehrtägige Dauerschlaf bzw. schlafähnliche Zustand (der zur irreversiblen Kompression des rechten Unterarms führte) sei durch die versehentliche Einnahme von Methadon verursacht worden. Im Kühlschrank seiner drogenabhängigen Mutter habe sich eine in einer Cola-Petflasche abgefüllte Mischung aus Methadon und Waldbeersirup befunden. Er sei fälschlicherweise davon ausgegangen, dass sich in der Petflasche Sirup befände und habe die ganze Flasche (3 dl) ausgetrunken. Danach könne er sich an nichts mehr erinnern (...).

Die SUVA verneint demgegenüber das Vorliegen eines Unfalles mit der Begründung, es sei nicht wahrscheinlich, dass der Versicherte das Methadon irrtümlich konsumiert habe.

2.a) Der äussere Faktor ist ungewöhnlich, wenn er den Rahmen des im jeweiligen Lebensbereich Alltäglichen oder Üblichen überschreitet. Die Ungewöhnlichkeit bezieht sich auf den Faktor selbst und nicht auf dessen Wirkungen auf den menschlichen Körper. Ohne Belang für die Prüfung der Ungewöhnlichkeit ist somit, ob der äussere Faktor allenfalls schwerwiegende, unerwartete Folgen nach sich zieht (vgl. Rumo-Jungo, Recht-

B. 3.1

sprechung des Bundesgerichts zum UVG, 2. A., S. 21; RKUV 2000, S. 176). Unerheblich ist somit im vorliegenden Fall, ob die Drogeneinnahme allenfalls zu Gesundheitsschädigungen führte, welche vom Versicherten nicht erwartet wurden und nicht erwartet werden konnten.

b) Wie von der Vorinstanz richtig dargelegt, stellt der Konsum von illegalen Drogen an sich im vorliegenden Fall keinen ungewöhnlichen äusseren Faktor dar. Es ist unbestritten, dass der Beschwerdeführer ein regelmässiger Drogenkonsument war. (...). Der Konsum von Drogen – auch verschiedener Arten gleichzeitig – war somit für den Beschwerdeführer nicht ungewöhnlich und überschritt den Rahmen des für ihn Üblichen nicht. Anders zu entscheiden wäre dann, wenn der Beschwerdeführer – wie er geltend macht – nur irrtümlich das in einer Colaflasche aufbewahrte und für die Mutter bestimmte Methadon eingenommen hat, weil er davon ausging, es handle sich um Sirup. Denn die Nahrungsaufnahme erfüllt ausnahmsweise dann das Element der Ungewöhnlichkeit eines äusseren Faktors im Sinne von Art. 9 Abs. 1 UVV, wenn nicht essbare (ihrer Natur nach giftige) Stoffe anstelle von essbaren Stoffen eingenommen werden, d.h. bei Irrtum über die Sache selbst, z.B. bei Verwechslung von giftigen Pilzen mit essbaren, von Tollkirschen mit Heidelbeeren oder von Arsen mit Zucker. Dagegen fehlt das Merkmal der Ungewöhnlichkeit, wenn Speisen und Getränke trotz selbstverschuldeten oder erkennbaren Qualitätsmangels eingenommen werden (Rumo-Jungo, Rechtsprechung des Bundesgerichts zum UVG, 2.A., S. 23f.).

Ob der Beschwerdeführer das Methadon seiner Mutter tatsächlich irrtümlich eingenommen hat, spielt nur dann eine Rolle, wenn das Methadon für den anschliessenden soporösen Zustand, während dem der Beschwerdeführer auf seinem rechten Arm lag und offenbar kein oder nurmehr ein vermindertes Schmerzempfinden hatte, verantwortlich war. Diesbezüglich weist die Vorinstanz zu Recht darauf hin, dass die bei Eintritt ins Stadtsptial Waid entnommene Urinprobe nicht nur Spuren von Methadon, sondern auch Spuren von Heroin, Kokain und Cannabis zeigte (SUVA-act. 23). Welche Rolle diese Drogen dabei spielten, dass der Versicherte in einen soporösen/komatösen Zustand fiel, ist aus den Akten nicht ersichtlich. Diesbezügliche Abklärungen fehlen. Nicht ersichtlich ist auch, in welchen Mengen Heroin, Kokain und Cannabis konsumiert wurde bzw. welche Rückschlüsse die Urinproben auf den Konsum dieser Drogen (Menge, Zeitpunkt) zulassen. Für die Bejahung des natürlichen Kausalzusammenhanges genügt es jedoch, dass der Unfall für eine bestimmte gesundheitliche Störung eine *Teilursache* bildet (BGE 117 V 377). Eine mindestens Teilursächlichkeit des Konsums von zwei allenfalls drei Tagesdosen Methadon für den Eintritt des soporösen/ komatösen Zustandes wird gestützt auf die vorhandenen Akten auch bei einem vorangehenden oder gleichzeitigen Konsum verschiedener anderer Drogen nicht definitiv ausgeschlossen werden können. Allein der Umstand, dass beim Versicherten bei der Einweisung ins Spital auch der Konsum von anderen Dro-

gen im Urin nachgewiesen werden konnte, lässt in Berücksichtigung der vorhandenen Akten den Schluss noch nicht zu, dass keine Leistungspflicht des Unfallversicherers besteht.

3. Bei der dargelegten Sachlage gilt es zu beurteilen, ob vorliegend die Einnahme des Methadons auf einen Irrtum zurückgeführt werden kann und die Einnahme des Methadons damit als ungewöhnlichen äusseren Faktor im Sinne von Art. 9 Abs. 1 UVV qualifiziert werden kann.

a) Die Verwaltung als verfügende Instanz und – im Beschwerdefall – der Richter dürfen eine Tatsache nur dann als bewiesen annehmen, wenn sie von ihrem Bestehen überzeugt sind. Im Sozialversicherungsrecht hat der Richter seinen Entscheid, sofern das Gesetz nicht etwas Abweichendes vorsieht, nach dem Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit zu fällen. Die blossе Möglichkeit eines bestimmten Sachverhalts genügt den Beweisanforderungen nicht. Der Richter hat vielmehr jener Sachverhaltsdarstellung zu folgen, die er von allen möglichen Geschehensabläufen als die Wahrscheinlichste würdigt (BGE 121 V 47, E. 2a).

b) Der Sozialversicherungsprozess ist vom Untersuchungsgrundsatz beherrscht. Danach hat der Richter von Amtes wegen für die richtige und vollständige Abklärung des rechtserheblichen Sachverhaltes zu sorgen. Dieser Grundsatz gilt indessen nicht uneingeschränkt; er findet sein Korrelat in der Mitwirkungspflicht der Parteien (BGE 121 V 210, E. 6c m.H.).

Der Untersuchungsgrundsatz schliesst die Beweislast im Sinne einer Beweisführungslast begriffsnotwendig aus. Im Sozialversicherungsprozess tragen mithin die Parteien in der Regel eine Beweislast nur insofern, als im Falle der Beweislosigkeit der Entscheid zu Ungunsten jener Partei ausfällt, die aus dem unbewiesen gebliebenen Sachverhalt Rechte ableiten wollte. Diese Beweisregel greift allerdings erst Platz, wenn es sich als unmöglich erweist, im Rahmen des Untersuchungsgrundsatzes aufgrund einer Beweiswürdigung einen Sachverhalt zu ermitteln, der zumindest die Wahrscheinlichkeit für sich hat, der Wirklichkeit zu entsprechen (SVR 1997, UV Nr. 80, E. 2a; BGE 117 V 264, E. 3b).

c) Da der Versicherte aus dem Vorliegen eines Unfalles Leistungsansprüche ableitet, trägt er die Beweislast, falls der Nachweis einer unfallbedingten Gesundheitsschädigung im Rahmen der durch den Untersuchungsgrundsatz gebotenen und durch die Mitwirkung des Leistungsansprechers ergänzten Sachverhaltsabklärung scheitert. Die diesfalls gegebene Beweislosigkeit schlägt zu Ungunsten des Versicherten aus (BGE 116 V 140, E. 4b m.H.).

Praxisgemäss sind die einzelnen Umstände des Unfallgeschehens vom Leistungsansprecher glaubhaft zu machen. Allerdings reicht hiefür nicht aus, dass er lediglich einen Körperschaden geltend macht, der möglicherweise auf irgendein Unfallereignis zurückzuführen ist. Erforderlich ist vielmehr, dass über das konkrete Unfallgeschehen wahre, genaue und wenn möglich ins Einzelne gehende Daten namhaft gemacht werden, auf-

B. 3.1

grund derer der Unfallversicherer in die Lage versetzt wird, sich über die Tatumstände ein Bild zu machen. Kommt der Leistungsansprecher dieser Forderung nicht nach, indem er unvollständige, ungenaue oder widersprüchliche Angaben macht, die das Bestehen eines unfallmässigen Schadens als unglaubwürdig erscheinen lassen, ist der Unfallversicherer nicht leistungspflichtig. Er darf diesfalls gleich wie im Beschwerdefall der Sozialversicherungsrichter zu Ungunsten des beweisbelasteten Versicherten entscheiden und das Leistungsbegehren mangels Nachweises eines anspruchsbegründenden Unfallsachverhalts abweisen (U 187/97 Ca v. 20.7.1998 i.S. H.; RKUV 1990, S. 50 m.H.).

Unter Umständen kann auch der medizinische Befund einen Beweis dafür bilden, dass eine Schädigung auf eine ungewöhnliche äussere Einwirkung, also auf ein Unfallereignis, zurückzuführen ist. Der mangelnde Nachweis eines Unfalls lässt sich aber selten durch medizinische Feststellungen ersetzen. Diese dienen aber mitunter als Indizien im Beweise für oder gegen das Vorliegen eines Unfalles (RKUV 1990, S. 51 m.H.).

4. Streitig ist im vorliegenden Fall – wie bereits dargelegt – ob der Beschwerdeführer nicht erkannte und auch nicht erkennen konnte, dass sich in der fraglichen Petflasche kein Sirup, sondern eine Droge bzw. ein Medikament befand und er das Methadon irrtümlich eingenommen hat.

Für die Annahme eines Irrtums spricht der Umstand, dass das Methadon unstreitig in einer Cola-Flasche, vermischt mit Sirup, aufbewahrt wurde und nicht als Methadon gekennzeichnet war. Im Weiteren wusste der Versicherte gemäss Angaben seiner Mutter nicht, dass sie Methadon in Cola-Petflaschen, vermischt mit Sirup, aufbewahrt. Bei einer im Kühlschrank gelagerten Getränkeflasche muss man im Normalfall nicht davon ausgehen, dass darin Drogen aufbewahrt werden.

Andererseits sprechen verschiedene Umstände gegen die Annahme eines Irrtums. Der Versicherte ist den Umgang mit Drogen gewohnt, und er hat Erfahrung mit verschiedensten, insbesondere auch harten Drogen (Heroin, Kokain). Im Zeitraum, in welchem er das Methadon konsumiert hat, hat er auch andere Drogen konsumiert (vgl. ...); es wurde denn auch keine Methadon-Intoxikation diagnostiziert, sondern eine Mischintoxikation. Der Versicherte wusste, dass seine Mutter Methadon nahm (...). Im Weiteren zeigt der Umstand, dass der Versicherte gegenüber der SUVA aussagte, während den der Spitaleinweisung vorangehenden Ferien in Italien, auf der Rückreise und nach der Ankunft in der Schweiz keine Drogen – ausser Hasch – konsumiert zu haben, dass seine Angaben mit Vorsicht zu geniessen sind, denn die Urinanalyse nach Einlieferung ins Spital W. liess erkennen, dass vorgängig neben Methadon und Hasch auch Benzodiazepine, Heroin und Kokain konsumiert wurden. Letztendlich ist zu berücksichtigen, dass Methadon einen sehr bitteren Geschmack hat. Dies war auch der Grund dafür, weshalb die Mutter des Versicherten die zwei bis drei für das Wochenende bezogenen Dosen Methadon mit Sirup vermischt hat (vgl. SUVA-act. 69, S. 2 und 5), wobei nicht ganz klar ist, ob

sich auch noch ein Teil Cola in der Flasche befand; die diesbezüglichen Aussagen sind widersprüchlich (vgl. Aussage Vers.: «Geschmack wie Himbeersirup» ...; Aussage Mutter gem. ...: das Getränk bestand aus Methadon und Waldbeerensirup; gem. SUVA-act. 69, S. 6: «Das Methadon wird in kleinen Fläschchen abgegeben und ist bereits mit etwas Sirup versetzt. Trotzdem schmeckt es noch sehr bitter. Zuhause gebe ich noch etwas Waldbeerensirup ... bei. Dann nehme ich eine kleine Flasche Coca-Cola, trinke daraus einen Schluck und fülle den Inhalt des Methadonfläschchens ein. Das Getränk schmeckt dann nach Coca-Cola.»). Der starke bittere Geschmack des Methadons wird – zumindest dann, wenn mehrere Tagesdosen in einer 3-dl-Flasche aufbewahrt werden – auch bei einer Mischung mit Sirup einen bitteren Nachgeschmack hinterlassen. Spätestens nach dem ersten Schluck muss es für den Versicherten erkennbar gewesen sein, dass es sich beim Inhalt der Cola-Flasche nicht um ein einwandfreies Getränk handelte. Es ist deshalb nicht glaubhaft, dass der Versicherte keine Ahnung vom Inhalt der Flasche hatte, zumal es mehr als ungewöhnlich ist, dass man angemachten Sirup in einer 3-dl-Petflasche im Kühlschrank aufbewahrt. Sirup ist derart einfach und schnell frisch (und kühl) zubereitet, dass es keinen Sinn macht, ihn angemacht im Kühlschrank in einer Menge von 3 dl aufzubewahren.

Bei diesem Sachverhalt ist nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz das Leistungsbegehren mangels Nachweises eines anspruchsbegründenden Unfallsachverhalts abgewiesen hat. Erhebliche Zweifel an der Darstellung des Beschwerdeführers, das Methadon irrtümlich eingenommen zu haben, sind begründet. Der Nachweis eines ungewöhnlichen äusseren Faktors als Unfallbegriffsmerkmal ist in diesem Sinne nicht mit dem erforderlichen Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit erbracht. Weitere Sachverhaltsabklärungen würden in Bezug auf die Frage eines Irrtums bei der Methadoneinnahme keine zusätzlichen Erkenntnisse bringen, da im Wesentlichen innere Vorgänge und nicht äussere Abläufe dafür entscheidend sind und weitere Beweisabnahmen diese inneren Vorgänge nicht näher zu durchleuchten vermöchten. (VGE 473/01 vom 17. April 2002).

Der Verwaltungsgerichtsentscheid wurde bestätigt durch das Urteil des Eidg. Versicherungsgerichts U 178/02 vom 7. Februar 2003; aus den Erwägungen des EVG:

Erw. 3.2 (...). Als Drogenkonsument und als zeitweiliger Mitbewohner bei seiner Mutter wusste der Beschwerdeführer, dass Methadon mit Sirup versetzt abgegeben wird. Nach der allgemeinen Lebenserfahrung ist die Wahrscheinlichkeit, dass er es in Kauf genommen hatte, in dieser Flasche könnten – weitere – Drogen sein, genau so gross, wie seine eigene Sachverhaltsdarstellung einer irrtümlichen Einnahme. Irgendwelche weiteren Beweismassnahmen können an diesem Resultat nichts ändern. Der Vor-

B. 4.1

schlag, die vom Beschwerdeführer getrunkene Mischung mit einer Zweitagesration Methadon sei in einem Blindversuch verschiedenen Personen zu verabreichen, damit sich diese über deren Geschmack äussern können, ist geradezu als absurd zu bezeichnen. Auch kann ein Glaubwürdigkeitsgutachten in Bezug auf die beschwerdeführerischen Aussagen zu keinen neuen Erkenntnissen führen. Aus dem Protokoll vom 11. Januar 2001 über die am Vortag stattgefundene Besprechung zwischen der SUVA und dem Beschwerdeführer (...) geht insbesondere eindeutig hervor, dass sich der Beschwerdeführer einfach nicht mehr an das erinnern kann, was am Wochenende vom ... geschehen war. Das ist angesichts der bei der Spital-einlieferung ... festgestellten Mischintoxikation auch nicht weiter verwunderlich. In der Befragung gab er denn auch an, dass er einzig noch das Bild der Cola-Flasche vor Augen habe. Seine Mutter habe ihm auch gesagt, dass er aus dieser Flasche getrunken habe. Damit ist es zwar möglich, dass er keine Ahnung vom Inhalt der Flasche hatte und diesen im Sinne einer «ungewöhnlichen äusseren Einwirkung» zu sich nahm. Dieser Sachverhalt ist indessen nicht überwiegend wahrscheinlich und kann auch nicht überzeugend bewiesen werden. Es muss bei der vorinstanzlichen Erkenntnis der Beweislosigkeit und deren Folgen sein Bewenden haben.

Dies gilt nicht nur für die Einnahme des Methadon an sich. Im Weiteren müsste auch noch bewiesen werden, dass der Beschwerdeführer die Substanz innert relativ kurzer Frist zu sich genommen hatte, um dem Kriterium der Plötzlichkeit zu genügen. Die Mutter des Beschwerdeführers sah die leere Cola-Flasche erst am Samstagabend leer im Bett ihres Sohnes liegen. In welchem Zeitraum der Inhalt konsumiert wurde, lässt sich überhaupt nicht mehr beweisen, was ebenfalls zu Lasten des anspruchsbahauptenden Beschwerdeführers geht.

4. Kantonales Steuergesetz/Direkte Bundessteuer/ Handänderungssteuer

4.1 Handänderungssteuer

- *Die Mehrwertsteuer (auf dem optiertem Teil) einer geschäftlich genutzten Liegenschaft unterliegt nicht der Handänderungssteuer.*

Aus dem Sachverhalt:

Die Käuferschaft einer teils geschäftlich genutzten Liegenschaft verpflichtete sich, die «optierten Flächen weiter zu optieren» (d.h. gemäss Art. 26, 38 Abs. 2 lit. c MwStG: zwecks Wahrung der Wettbewerbsneutralität oder zur Vereinfachung der Steuererhebung freiwillig der Mehrwertsteuerpflicht zu unterstellen mit entsprechender Vorsteuerabzugsbe-

rechtiung). Das zuständige Grundbuchamt setzte bei der vorläufigen Einschätzung den Handänderungswert ohne Miteinbezug der gezahlten Mehrwertsteuer fest, während nach Ansicht des Gemeinderates auch die Mehrwertsteuer zum Handänderungswert zu zählen war.

Aus den Erwägungen:

1.a) Der Handänderungswert entspricht dem Gegenwert für den Erwerb des Grundstückes bzw. dem im Kaufrecht oder Rückkaufsrecht vereinbarten Preis. Er umfasst alle vermögenswerten Leistungen, welche der Erwerber zu erbringen hat, einschliesslich der für die Übertragung von Kauf- oder Kaufvorverträgen bzw. Kauf- oder Rückkaufsrechte entrichteten Entschädigungen (§ 8 Abs. 1 HStG). Der Ermittlung des Handänderungswertes ist die vom Veräusserer und vom Erwerber vereinbarte Gegenleistung zu Grunde zu legen (§ 11 Abs. 1 HStG).

Grundsätzlich sind zum Handänderungswert alle Leistungen hinzuzuzählen, welche mit der Handänderung in einem kausalen Zusammenhang stehen (EGV-SZ 1985, Nr. 20, S. 71, Erw. 4b; Richner/Frei/Kaufmann; Kommentar zum harmonisierten Steuergesetz, N 4 zu § 230). Wem diese Leistungen letztlich zufließen, ist nicht entscheidend (siehe auch LGVE 1998 II, Nr. 32, Erw. 2). Die Handänderungssteuer ist eine Rechtsverkehrssteuer. Im Gegensatz zur Grundstückgewinnsteuer bedarf es keiner Gewinnrealisierung (Richner/Frei/Kaufmann, a.a.O., N 4 zu § 227).

b) Die Mehrwertsteuer steht in einem ursächlichen Zusammenhang mit der Veräusserung der Liegenschaft Kat. Nr. 3248. Insofern ist abzuklären, ob dieser Bestandteil des Gesamtkaufpreises der Handänderungssteuer unterworfen ist.

2.a) Die Beschwerdeführerin wendet ein, es entspreche einem allgemeinen Grundsatz des Steuerrechts, dass auf einer Steuer (Mehrwertsteuer) keine Steuer (Handänderungssteuer) erhoben werde.

Was Gegenstand der Mehrwertsteuer ist, dürfen Kantone und Gemeinden nicht mit gleichartigen Steuern belasten (Art. 134 BV). Gemäss Art. 2 MwStG (SR 641.20) gelten Billettsteuern und Handänderungssteuern nicht als gleichartig, was die Beschwerdeführerin richtigerweise denn auch nicht behauptet. Aufgrund dieser Bestimmungen ist aber auch zu folgern, dass weder der Bundesverfassungs- noch der Bundesgesetzgeber den Kantonen und Kommunen untersagt, die dem Erwerber überbundenen Mehrwertsteuern der Handänderungssteuer zu unterwerfen. Vielmehr bestimmt sich die Bemessung dieser Steuer nach dem kantonalen Recht (vgl. oben Erw. 1 a/b; vgl. auch Ruf, Handänderungsabgaberecht (BE), N 18 zu Art. 7, S. 175, wo die vertragliche Übernahme der Grundstückgewinnsteuer durch den Erwerber aufgerechnet wird).

b) Die Beschwerdeführerin lehnt eine Anlehnung an das Vorgehen bei der Grundstückgewinnbesteuerung ab. Bei der Grundstückgewinnsteuer

B. 4.1

sei als Veräusserungserlös der «Verkaufspreis mit allen weiteren Leistungen» massgebend, während bei der Handänderungssteuer einzig auf «den Gegenwert des für den Erwerb des Grundstückes» vereinbarten Preises (= Marktpreis) abgestellt werde. Dass die Grundstückgewinnsteuer miteinbezogen werden könnte, ergebe sich einzig aus dem «Korrelat, dass die während der Besitzdauer bezahlten Mehrwertsteuern (unabhängig davon, ob sie zum Vorsteuerabzug zugelassen wurden) bei den Anlagekosten – mit Ausnahme der Eigenverbrauchssteuer – zu berücksichtigen sind». Bei der Handänderungssteuer gehe es weder um Anlagekosten noch um die buchhalterische Erfassung der Mehrwertsteuer, sondern einzig und allein um den Marktpreis des Wirtschaftsgutes. Die von der Vorinstanz zitierte Literaturstelle (Richner/Frei/Kaufmann, a.a.O., N 46 zu § 220) beziehe sich ausschliesslich auf die Grundstückgewinnsteuer.

Die Beschwerdeführerin zieht bei ihrer Argumentation nicht in Betracht, dass der Gesetzgeber bei der Handänderungssteuer nicht nur vom Gegenwert spricht, sondern anschliessend unmissverständlich definiert, der Handänderungswert «umfasse alle vermögenswerten Leistungen, welche der Erwerber zu erbringen habe» (§ 8 Abs. 1 HStG). Es erstaunt deshalb nicht, dass die bereits zitierten Kommentatoren Richner/Frei/Kaufmann mit Bezug auf das von den Parteien vergleichsweise herangezogene Zürcher Grundstückgewinn- und Handänderungssteuerrecht von identischen Begriffen ausgehen und – was bei der beschwerdeführerischen Argumentation ebenfalls nicht zum Ausdruck gelangt – beim Handänderungswert vorbehaltlos auf die Ausführungen bei der Grundstückgewinnsteuer verweisen (Richner/Frei/Kaufmann, a.a.O., N 4 zu § 230). Das oben erwähnte Korrelat bei der Grundstückgewinnbesteuerung kann zwar ebenfalls bei Richner/Frei/Kaufmann nachgelesen werden (Richner/Frei/Kaufmann, a.a.O., N 46 zu § 220). Aus dieser Zitatstelle ist jedoch nicht zu entnehmen, dass der Miteinbezug der Mehrwertsteuer beim Erwerbspreis einzig wegen des Anlagekostencharakters zulässig ist (Richner/Frei/Kaufmann, a.a.O., N 47 zu § 220).

c) Auch wenn die Begründung der Beschwerdeführerin, wie gezeigt, nicht stichhaltig ist, so ist die Erhebung der Handänderungssteuer auf dem Kaufpreis zzgl. Mehrwertsteuer vorliegend aus einem anderen Grunde abzulehnen. Der Entscheid der Kantonalen Steuerkommission Schwyz vom 14. Februar 2000, i.S. Konsortium T. betr. Grundstückgewinnsteuer (StR 2/2001, S. 128ff.) im Zusammenhang mit dem Verkauf eines Einfamilienhauses durch ein mehrwertsteuerpflichtiges Konsortium, die Eigenverbrauchssteuer nicht als anrechenbaren Aufwand zuzulassen bzw. nicht als zu den mit dem Immobilienverkauf unmittelbar zusammenhängenden Kosten zu zählen, ist in der Steuerliteratur auf berechtigte Kritik gestossen (Leber S./Schumacher R., Berücksichtigung der MwSt. bei der Bemessung der Grundstückgewinnsteuer, ST 3/02, S. 249ff.; vgl. Schumacher R., Die Berücksichtigung der MwSt. bei der Bewertung von Aktiven, ST 10/01, S. 1010ff.).

Kritisiert wird u.a., dass der Mehrwertsteuer durch eine Berücksichtigung bei der Bemessung der Grundstückgewinnsteuer fälschlicherweise der Charakter einer wertvermehrenden Aufwendung zugeschrieben wird, dies selbst wenn die Mehrwertsteuer zum Vorabzug gebracht wurde, wovon auch Richner/Frei/Kaufmann, a.a.O., § 221, Rz. 17 ausgehen. Diese Betrachtungsweise muss indes als steuersystematisch verfehlt betrachtet werden. Denn soweit einem steuerpflichtigen Verkäufer der volle oder teilweise Vorsteuerabzug zustand, sind diese MwSt.-Betreffnisse nie zu effektiven Aufwendungen geworden und waren auch nie aktivierungsfähig (Leber/Schumacher, a.a.O., S. 251, 3. Spalte).

Vor allem aber wird eine Berücksichtigung der Mehrwertsteuer bei der Bemessung der Grundstückgewinnsteuer – wie auch der Handänderungssteuer – dem Charakter der MwSt. als einer Verbrauchssteuer, welche immer durch den Endverbraucher zu tragen ist und daher bis zu ihm überwälzt werden kann, nicht gerecht. Was für bewegliche Güter gilt, muss auch seine Gültigkeit mit Bezug auf Liegenschaften haben, soweit für sie gemäss Art. 26 Abs. 1 Bst. b MwStG optiert wurde. Wird erstmals optiert, so erfolgt eine Einlageentsteuerung, welche grundsätzlich zu einer Verminderung des Buchwertes der Immobilie und nicht zu einem erfolgswirksamen Ertrag führt, womit auch die mit der Veräusserung zusammenhängende Gewinn- und/oder Grundstückgewinnsteuer beeinflusst wird (Schumacher, a.a.O., S. 1012, 3. Spalte). Für die Versteuerung des Immobilienumsatzes kann die Option zugelassen werden, soweit dieser nachweislich gegenüber Steuerpflichtigen erbracht wird (Leber/Schumacher, a.a.O., S. 253, 1. Spalte).

Es ergibt sich, dass in diesen Fällen die Mehrwertsteuer bei der Bemessungsgrundlage der Grundstückgewinnsteuer nicht zu berücksichtigen ist. Gründe, bei der Bemessungsgrundlage für die Handänderungssteuer von einer anderen Betrachtungsweise auszugehen, sind jedoch nicht ersichtlich.

d) Vorliegend sind sowohl Verkäuferin wie Käuferin mehrwertsteuerpflichtig und haben für die Nutzung des Kaufobjektes (teilweise) optiert ...

Was die Mehrwertsteuer anbelangt, ergibt sich aufgrund der Mehrwertsteuerpflicht beider Vertragsparteien sowie der Option für die verkaufte Immobilie folgender Ablauf: Die Verkäuferschaft hatte die Mehrwertsteuer zu entrichten; die Käuferin ihrerseits, welche diesen Betrag zusätzlich zum Kaufpreis von Fr. der Verkäuferschaft zu entrichten hatte, konnte die Mehrwertsteuer als Vorsteuerabzug geltend machen. Es resultiert somit gewissermassen ein «Nullsummenspiel»; der Mehrwertsteuerbetrag machte einen «Durchlauf» vom Käufer über den Verkäufer und wieder zurück zum Käufer.

Bei dieser zutreffenden Betrachtungsweise kann nicht mehr davon gesprochen werden, der auf die Mehrwertsteuer entfallende Betrag bilde Teil des Gegenwertes des für den Erwerb des Grundstückes vereinbarten Preises (= Marktpreis).

B. 4.2

e) Allerdings gilt es daran zu erinnern, dass gemäss Art. 26 Abs. 3 MwSt. eine Option für mindestens fünf Jahre Gültigkeit haben muss. Ob und allenfalls welche Folgen sich für den Fall einer Beendigung dieser Option der Käuferschaft mit Blick auf die Handänderungssteuer ergeben, braucht hier nicht weiter geprüft zu werden. (VGE 718/01 vom 22. März 2002).

4.2 Handänderungssteuer

– *Handänderungswert (§ 8 Handänderungssteuergesetz, SRSZ 172.500). Innere Einheit zwischen Kauf- und Werkvertrag, wenn Landveräusserer und Generalunternehmer nicht identisch sind.*

Aus den Erwägungen:

3.a) Die Handänderungssteuer beträgt ein Prozent des Handänderungswertes (vgl. § 7 HStG). Der Handänderungswert entspricht dem Gegenwert für den Erwerb des Grundstückes. Er umfasst alle vermögenswerten Leistungen, welche der Erwerber zu erbringen hat (vgl. § 8 Abs. 1 HStG). Hat der Erwerber zeitlich wiederkehrende Leistungen zu erbringen, entspricht der Handänderungswert dem Barwert dieser Leistungen (vgl. § 7 Abs. 2 Satz 1 HStG).

b) Das Verwaltungsgericht setzt für die Aufrechnung von Werkvertragspreisen eine innere Einheit zwischen Kauf- und Werkvertrag voraus und nimmt dies an, wenn der eine Teil des Vertrages nicht ohne den anderen abgeschlossen worden wäre (EGV-SZ 1985, Nr. 20). Sind Landveräusserer und Generalunternehmerin – wie im vorliegenden Falle – nicht dieselbe Person, so ist in Anlehnung an die Zürcher Praxis eine Zusammenrechnung nur statthaft, wenn zwischen diesen beiden Personen eine enge wirtschaftliche Beziehung besteht, so dass sie dem Erwerber als zusammengehörend, als wirtschaftlich identisch erscheinen. Bloss unbestimmte Abreden zwischen Veräusserer und Werkunternehmer vermögen allerdings eine solche Beziehung nicht zu begründen. Vielmehr erfolgt erst dann eine Zusammenrechnung, wenn Landveräusserer und Werkunternehmer wenigstens eine einfache Gesellschaft vereinbart haben mit dem Zweck, auf dem Grundstück des Veräusserers geplante oder weitgehend vollendete Bauten gemeinsam zu verkaufen. In diesen Fällen sind neben dem Landpreis der Pauschalwerklohn und allfällige wegen Sonderwünschen des Erwerbers eingetretene Mehrkosten als Handänderungswert zu qualifizieren (Richner/Frei/Kaufmann, Kommentar zum harmonisierten Zürcher Steuergesetz, Rz. 14ff. zu § 230, S. 1526f.). Ob die Voraussetzungen für die Anwendung einer Zusammenrechnung von Werkpreis und Kaufpreis erfüllt sind, muss auf Grund aller besonderen Umstände

des Einzelfalls beurteilt werden (Richner/Frei/Kaufmann, a.a.O., Rz. 7 zu § 181, S. 866; VGE 724/98 v. 27.5.99, Erw. 3a/b).

c) Das Bundesgericht hat zur Anwendung dieser Rechtsprechung im Lichte des schwyzerischen Handänderungssteuerrechts in seinem Urteil vom 5. September 2000 u.a. festgehalten:

«3.b) Die in § 8 Abs. 1 HStG gebotene Bemessung der Handänderungssteuer aufgrund aller vermögenswerten Leistungen, welche der Erwerber als Gegenwert für den Erwerb des Grundstückes zu erbringen hat, ist eine wirtschaftliche Vorschrift, deren Auslegung aufgrund wirtschaftlicher Gesichtspunkte vorzunehmen ist. Schon aus dieser Sicht kann gegen eine zivilrechtlich orientierte Würdigung der hinsichtlich der grundsätzlichen Steuerpflicht massgebenden Umstände einerseits (z.B. hinsichtlich des Begriffs des Grundstückes von § 3 HStG oder des zivilrechtlichen Erwerbs von § 4 lit. a HStG) und eine wirtschaftlich orientierte Auslegung des für die Bemessung der Handänderungssteuer massgebenden Faktors andererseits nichts eingewendet werden. Es liegt daher insoweit kein unzulässiger Methodendualismus vor (unveröffentlichtes Urteil des Bundesgerichts vom 26. November 1996, 2P.159/1994 und 2P.405/1994, E. 8b). In diesem Licht betrachtet ist es nicht willkürlich, darauf abzustellen, was wirtschaftlich gesehen zwischen den Beteiligten nach deren wirklichen Willen verkauft und zum Gegenstand der vertraglichen Preisbestimmung gemacht worden ist. Hat der Grundstückserwerber dem Veräusserer aufgrund eines (Generalunternehmer-)Werkvertrages die Erstellung, den Umbau oder die Vollendung einer Baute auf dem Kaufgrundstück übertragen, sind ferner Kauf- und Werkvertrag derart miteinander verbunden, dass es ohne den einen nicht zum Abschluss des anderen gekommen wäre, und kommt schliesslich das Geschäft überdies als Ganzes im Ergebnis dem Verkauf eines fertigen bzw. umgebauten Hauses gleich, so ist es nicht sachwidrig, die Summe von Kaufpreis und Liegenschaft und Werkpreis «alle(n) vermögenswerten Leistungen, welche der Erwerber zu erbringen hat», gleichzusetzen und als Bemessungsgrundlage für die Handänderungssteuer heranzuziehen. Die entsprechende Praxis in andern Kantonen, etwa in Zürich und Bern, hat das Bundesgericht in zahlreichen Entscheiden als verfassungsmässig bzw. nicht verfassungswidrig bezeichnet (vgl. die unveröffentlichten Urteile vom 25. Juli 2000, 2P.47/1998, und 26. November 1996, E 7b; ZBI 82/1981, S. 166ff.; ASA 44, S. 61ff., 50 S. 445ff.; StR 33, S. 166ff.; BGE 88 I 217ff.; 91 I 173ff.).

Das Bundesgericht hat im erwähnten unveröffentlichten Urteil vom 26. November 1996 des Weiteren erkannt, dass es im Licht des Willkürverbots von Art. 4 aBV zulässig sei, für die Beurteilung der Frage, ob Landpreis und Werklohn zur Steuerbemessung zusammenzurechnen seien, auch einen am Kaufvertrag über das Grundstück nicht beteiligten Werkunternehmer einzubeziehen, sofern dieser mit einer der Vertragsparteien derart zusammengewirkt habe, dass wirtschaftlich betrachtet deren gemeinsamer Wille auf den Verkauf der Liegenschaft und Abschluss eines Werkvertrages gerichtet gewesen sei (E. 8c).

...

3.d) Die Beschwerdeführerin (= Baurechtsnehmerin) hat am 30. Juni 1997 mit der D. Generalunternehmung AG einen Generalunternehmervertrag für die Erstellung des Mehrfamilienhauses ... auf dem Grundstück KTN in ... abgeschlossen. Dabei hat der Werkpreis von Fr. auch Baurechtszinsen bis Ende 1998 im Betrag von Fr. enthalten. Das alles ist somit zu einem Zeitpunkt vereinbart worden, als die Beschwerdeführerin das Baurecht auf dem erwähnten Grundstück noch gar nicht erworben hatte; denn der Baurechtsvertrag mit A. datiert vom 3. Juli 1997.

Allein schon diese von der Beschwerdeführerin nicht bestrittenen und durch die Akten belegten Umstände lassen den Schluss des Verwaltungsgerichts, Kauf- und Generalunternehmervertrag hätten einen inneren Zusammenhang aufgewiesen, indem es ohne den einen nicht zum Abschluss des andern gekommen wäre, und es komme das Geschäft im Ergebnis dem Verkauf einer schlüsselfertigen Wohnbaute gleich, nicht als

B. 4.2

willkürlich erscheinen. Es widerspräche jeder Vernunft und Lebenserfahrung, dass die Beschwerdeführerin den Generalunternehmervertrag über die Erstellung eines schlüsselfertigen Mehrfamilienhauses über den Betrag von rund Fr. ... Mio. mit der D. Generalunternehmung AG abgeschlossen hätte, wenn nicht schon zu diesem Zeitpunkt festgestanden hätte, dass ihr A. als Grundeigentümerin das Baurecht an der betreffenden Baulandparzelle einräumen werde. Dafür spricht auch die im Generalunternehmervertrag enthaltene genaue Bezeichnung der Landparzelle und der Hinweis, im Werkpreis sei der für das Baurecht zu erlegende Baurechtszins bis Ende 1998 enthalten, sowie die Feststellung im kurze Zeit später abgeschlossenen Baurechtsvertrag, wonach der Baurechtszins 1997 bereits, d.h. offenkundig mit dem Werkpreis, bezahlt worden sei. Hinzu kommt, dass sich A. verpflichtete, Baurechtsverträge mit den neuen Baurechtsnehmern unter Mitwirkung der früheren Baurechtsnehmerin, also der C. AG, abzuschliessen, die mit der D. Generalunternehmung AG über denselben beherrschenden Aktionär wirtschaftlich verbunden ist. Infolgedessen kann ohne Willkür gesagt werden, die Beteiligten hätten derart eng zusammengewirkt, dass wirtschaftlich betrachtet deren gemeinsamer Wille im Sinne einer stillschweigend geschlossenen einfachen Gesellschaft auf die Übertragung eines selbständigen und dauernden Baurechts an einer Landparzelle und Abschluss eines Generalunternehmer(werk)vertrags bzw. auf den Erwerb eines schlüsselfertigen Mehrfamilienhauses gerichtet gewesen sei.»

4.a) Die im vorliegenden Fall aktenkundigen Fakten lassen ebenfalls auf eine derart enge Zusammenwirkung zwischen dem Veräusserer der Miteigentumsanteile (Grundeigentümer) und der Generalunternehmerin schliessen, dass sie den Erwerber als zusammengehörend, als wirtschaftlich identisch erscheinen mussten. Ihr gesamtes Verhalten war auf die Veräusserung von schlüsselfertigen Eigentumswohnungen ausgerichtet, was sich bei gesamthafter Betrachtung insbesondere aufgrund folgender einzelner Vorkehrungen manifestiert:

- Die Generalunternehmerin hat mit Zustimmung des Grundeigentümers ein Baugesuch eingereicht und am 22. Dezember 1997 die Bewilligung für den Abbruch des bestehenden Wohnhauses und Neubau des Mehrfamilienhauses erhalten.
- Anschliessend begründete der Grundeigentümer am 9. April 1998 vor Erstellung des Mehrfamilienhauses Stockwerkeigentum: Zugleich wurde das Nutzungs- und Verwaltungsreglement der Stockwerkeigentümergeinschaft erlassen und angemerkt.
- Mit den einzelnen Interessenten für den Kauf einer Eigentumswohnung schloss die Generalunternehmerin (sich als «Verkäuferin» bezeichnend) eine Reservationsvereinbarung ab. Als Reservationsobjekt wurden eine konkrete Wohnung sowie ein Autoabstellplatz mit Hinweis auf die entsprechenden Miteigentumsanteile umschrieben. Explizit ersuchte der Käufer die «Verkäuferin» (= Generalunternehmerin!), das erwähnte Objekt bis zum Datum der Eigentumsübertragung zu reservieren. Eine solche Reservierungsverpflichtung durch die Generalunternehmerin ohne Auftreten und Erwähnung des Grundeigentümers war nur möglich, weil offenkundig Grundeigentümer und Generalunternehmerin eng zusammenwirkten und ihr Vorgehen gegenseitig abstimmen. Die durch die Stockwerkeigentumsbegründung des Grundeigentümers einerseits und die Einholung der Baubewilligung durch die

Generalunternehmerin andererseits geschaffene gegenseitige Abhängigkeit liess etwas anderes auch gar nicht zu. Als Kaufpreise wurden konsequenterweise pauschale runde Preise festgesetzt (665 000.–, 490 000.–, 455 000.–, 450 000.–), die sich sowohl aus dem Preis für den Miteigentumsanteil als auch aus dem Werkpreis zusammensetzten. Die Reservationszahlung von Fr. 20 000.– war zur Verrechnung mit dem (Gesamt)Kaufpreis vorgesehen. Im Nichtkaufsfall verfielen Fr. 10 000.– «als pauschale Entschädigung für Verkaufsbemühungen und Umtriebe, welche nicht näher zu bezeichnen sind». Auch diese Modalitäten belegen unmissverständlich, dass Grundeigentümer und Generalunternehmerin eng zusammenwirkten.

- Die öffentliche Beurkundung des Kaufvertrages mit dem Grundeigentümer und der Abschluss des Werkvertrages mit der Generalunternehmerin erfolgten koordiniert am gleichen Tag (mit Ausnahme im Verfahren 716/01, wo der Abschluss des Werkvertrages sogar wenige Tage vor der öffentlichen Beurkundung des Kaufvertrages erfolgte).
- Ein Hinweis auf den Abschluss des Werkvertrages wird im Kaufvertrag zwar geflissentlich vermieden. Es wird auch nicht explizit festgehalten, ob die Baute, an welcher Miteigentumsanteile mit klar umschriebenen Sonderrechten erworben werden, bereits oder allenfalls wieweit erstellt ist. Gemäss Ziffer 4.11 erteilte der Käufer jedoch dem Verkäufer «Vollmacht mit Substitutionsbefugnis, dem ausdrücklichen Recht zur Selbstkontrahierung und Doppelvertretung, zusätzliche Grunddienstbarkeiten, die sich im Laufe der Bauausführung als notwendig oder zweckmässig erweisen, zugunsten und/oder zulasten der gemeinschaftlichen Liegenschaften im Grundbuch eintragen zu lassen.» Der Grundeigentümer liess sich mithin von der Käuferschaft Kompetenzen einräumen, um im Bedarfsfall die Bauausführung und damit die Realisierung der Werkverträge zu gewährleisten. Im Übrigen wird die Käuferschaft auf die ihr bekannte «öffentliche Urkunde über die Begründung von Stockwerkeigentum, die Aufteilungspläne, das angemerkte Nutzungs- und Verwaltungsreglement und die diesen Urkunden und den allfälligen Beschlüssen der Miteigentümersammlung zukommende rechtliche Verbindlichkeit für künftige Eigentümer» hingewiesen (Ziffer 4.11). Diese vom Grundeigentümer veranlassten Verbindlichkeiten korrespondieren mit dem zur Ausführung gelangten Bauobjekt und dienen der Realisierung der Werkverträge bzw. der Erstellung der gekauften Eigentumswohnungen.
- Die gleichzeitig mit dem Kaufvertrag (oder in einem Fall kurz zuvor) abgeschlossenen Werkverträge nehmen ebenfalls keinen Bezug auf den Kaufvertrag. Der inhaltliche Zusammenhang ist indes offenkundig. Es geht um die schlüsselfertige Realisierung des rechtskräftig bewilligten Mehrfamilienhauses (Ziffer 1, 2.1.2, 2.2), auf welcher Basis der Grundeigentümer das Stockwerkeigentum begründete und den einzelnen Erwerberrn veräusserte. Als Fertigstellungs- bzw. Bezugstermin wurde

B. 4.2

der 1. Juli 1999 festgesetzt (Ziffer 3). Für Änderungswünsche der einzelnen Erwerber wurde grundsätzlich vorausgesetzt, dass deswegen der Baufortschritt nicht gehemmt und die Bauarbeiten nicht beeinträchtigt werden dürfen (Ziffer 6.1). Bauausführung und Arbeitsvergabe erfolgten durch die Generalunternehmerin (Ziffer 8.1), welche auch die Erwerber (Besteller) gegenüber Amtsstellen und Behörden vertrat (Ziffer 8.2), allfällige Bauhandwerkerpfandrechte sofort und auf eigene Kosten löschen musste (Ziffer 12), eine Bauwesen- und Bauherrenhaftpflichtversicherung sowie für die Dauer der Bauarbeiten eine progressive Gebäudeversicherung abschloss (Ziffer 14), wobei die Prämien und Kosten ebenfalls im Werkpreis inbegriffen waren, und die fachgemäße Ausführung sämtlicher Arbeiten und die Verwendung einwandfreien Materials garantierte (Ziffer 13.1). Der pauschale Werkpreis war für die schlüsselfertige Erstellung der als Vertragsgegenstand umschriebenen Wohnung bestimmt (Ziffer 4) und musste in Tranchen auf das Baukreditkonto der Generalunternehmerin bezahlt werden (Ziffer 11.1). Die Möglichkeit einer Verrechnung gegenüber Forderungen der Generalunternehmerin und ein Zahlungsrückbehalt von Seiten der Erwerber (Besteller) wurden wegbedungen (Ziffer 11.3/4).

b) Die Beschwerdeführer halten dem im Wesentlichen entgegen:

- es sei ihre Absicht gewesen, Wohneigentum für den Eigengebrauch zu erstellen und zu erhalten, und sie hätten zusammen mit den übrigen Erwerbern die Generalunternehmerin für eine gemeinsame Überbauung beauftragt;
- eine enge wirtschaftliche Beziehung zwischen dem Grundeigentümer und der Generalunternehmerin hätten sie nie wahrnehmen können, da sie auch nicht vorhanden gewesen sei;
- der Nachweis einer einfachen Gesellschaft fehle vollständig;
- die Generalunternehmerin sei nur aus Bonitätsgründen bei der Reservationsvereinbarung aufgetreten, nicht jedoch als Verkäuferschaft der beiden Vertragsobjekte;
- es treffe nicht zu, dass man nur schlüsselfertige Bauten habe erwerben können, jedenfalls habe der veräußernde Grundeigentümer nichts damit zu tun;
- es handle sich um getrennte Phasen, weshalb es an einem qualifizierten inneren Zusammenhang der beiden relevanten Verträge mangle;
- das Verwaltungsgericht habe in einem vergleichbaren Fall ausgeführt (VGE 703/97 v. 28.4.1997), es müsse beim Kaufpreis als Handänderungswert (also ohne Aufrechnung des Werkpreises) sein Bewenden haben, «falls sich herausstellen sollte, dass der Veräußerer für die Finanzierung, Projektierung und Errichtung der betreffenden Gebäudeteile in keiner Weise verantwortlich zeichne, noch irgendwelche Risiken trage, sondern diese Pflichten allein vom Beschwerdeführer getragen würden»;

- der veräussernde Grundeigentümer habe die Verantwortung und die Risikotragung gänzlich aus der Hand gegeben, und es sei Sache der Erwerber gewesen, mit der Generalunternehmerin einig zu werden und die Vereinbarung abzuschliessen;
- die Beschwerdeführer hätten das Risiko der Überbauung grundsätzlich selbst zu tragen, jedenfalls habe der Veräusserer keine Garantie übernommen;
- sie hätten jederzeit ihr Stockwerkeigentum weiterveräussern können;
- aus der Notwendigkeit des Zusammengehens von mehreren Stockwerkeigentümern dürfe kein steuerlicher Nachteil oder eine rechtsungleiche Behandlung gegenüber dem Alleinbauenden erwachsen;
- die Unterzeichnung des Kaufvertrages und des Generalunternehmervertrages am gleichen Tag sei irrelevant;
- die Beschwerdeführer hätten die Werterhöhung selbst herbeigeführt, es sei irrelevant, dass sie sich vorab der Leistungen der Generalunternehmerin bedienten.

c) Dass sich die Beschwerdeführer mit dem Kauf der Miteigentumsanteile wirtschaftlich betrachtet zu einer (gemeinsamen) Bauherrschaft mit entsprechenden Verantwortlichkeiten und Risikotragung zusammenschlossen und die Werkausführung einer Generalunternehmerin übertragen hätten, kann aufgrund der vorliegenden Akten nicht gefolgert werden. Das ganze in Erw. 4a dargelegte Vorgehen lässt vernünftigerweise nur einen Schluss zu: die Beschwerdeführer haben vor oder während der Baurealisierung eine schlüsselfertige Eigentumswohnung mit Abstellplatz gekauft. Sie haben zu diesem Zweck gleichzeitig zwei Verträge mit zwei verschiedenen Personen abgeschlossen, die – auch wenn dies aus dem Vertragswortlaut nicht explizit hervorgeht – voneinander derart abhängig waren, dass es ohne den einen Vertrag nicht zum Abschluss des anderen gekommen wäre. Diese gegenseitige Abhängigkeit musste sich zwingend auf das Zusammenwirken von Grundeigentümer und Generalunternehmerin, welche die Baubewilligung einholte, und für den Verkauf der Wohnungen offensichtlich federführend war, in dem Sinne ausgewirkt haben, als wirtschaftlich betrachtet deren gemeinsamer Wille im Sinne einer allenfalls stillschweigend geschlossenen einfachen Gesellschaft auf die Übertragung des Stockwerkeigentums und Abschluss eines Generalunternehmervertrages bzw. auf der Seite der Beschwerdeführer auf den Erwerb einer Eigentumswohnung ausgerichtet war. Bis auf das Zugestehen von Projektänderungen in engen Schranken (vgl. oben Erw. 4a) haben der veräussernde Grundeigentümer und die Generalunternehmerin den künftigen Wohnungseigentümern praktisch alle wichtigen Entscheidungen und Weichenstellungen durch die Projektierung und Einholung der Baubewilligung sowie die Stockwerkeigentumsbegründung vorweggenommen. Der Grundeigentümer liess sich beim Verkauf zudem auch folgerichtig Kompetenzen einräumen, um bei Bedarf noch zusätzliche notwendige oder

B. 4.2

zweckmässige Grunddienstbarkeiten eintragen zu lassen, während sich die Generalunternehmerin mittels den einheitlichen Werkverträgen in eine rechtliche Situation versetzen liess, die für eine ungehinderte und termingerechte Bauverwirklichung im Sinne der rechtskräftigen Baubewilligung notwendig war (vgl. oben Erw. 4 b). Von einer Verlagerung aller Verantwortlichkeiten für die Finanzierung, Projektierung und Errichtung der betreffenden Gebäudeteile sowie der Risikotragung vom Veräusserer auf die Erwerber kann jedenfalls nicht ausgegangen werden (vgl. z.B. die Pflicht der Generalunternehmerin, für die Lösung allfälliger Bauhandwerkerpfandrechte umgehend und auf eigene Kosten besorgt zu sein). Vielmehr weisen die festgelegten Verkaufs-, Baurealisierungs- und Zahlungsmodalitäten darauf hin, dass die Erwerber de facto nicht als Bauherrschafft, sondern als Erwerber schlüsselfertiger Eigentumswohnungen aufgetreten sind. Inwieweit eine Verlagerung der Verbindlichkeiten und Risikotragung vom Veräusserer auf die Generalunternehmerin stattgefunden hat, ist nicht relevant (vgl. auch die in Erw. 3b/c zitierten Entscheide VGE 724/98 v. 27.5.98 und BGer-Urteil v. 2.9.2000, worin der Baurechtsgeberin bei der Baurealisierung selbst keine massgebende Rolle zukam, wohl aber beim koordinierten Zusammengehen mit der Generalunternehmerin, damit das eingeräumte Baurecht zwecks Erstellung des Mehrfamilienhauses durch die Generalunternehmerin zum Tragen kam und insofern eine stillschweigend geschlossene einfache Gesellschaft vorgelegen hatte). Entscheidend ist, dass ihr enges Zusammenwirken auf die Veräusserung von schlüsselfertigen Eigentumswohnungen ausgerichtet war. Dass der Grundeigentümer für die Veräusserung der Miteigentumsanteile und die Generalunternehmerin für die Baurealisierung verantwortlich zeichnete, liegt in der Sache begründet und ist nichts Aussergewöhnliches. Jedenfalls sind darin keine getrennten Phasen zu erblicken, die einen engen inneren Zusammenhang der beiden Verträge ausschliessen könnten. Vielmehr weist dies auf ein koordiniertes Vorgehen von Grundeigentümer und Generalunternehmerin hin.

Eine Benachteiligung im Vergleich zu «Alleinbauenden» ist im Weiteren nicht zu erkennen. Auch hier wäre eine Aufrechnung des Werkpreises vorzunehmen, wenn die Voraussetzungen erfüllt sind. Andererseits könnten sich Bauwillige zusammentun, Land erwerben und in eigener Verantwortung eine Baute erstellen lassen und daran Stockwerkeigentum begründen, so dass nur der Landpreis zum Handänderungswert zu zählen ist.

Es geht im Übrigen nicht an, aufgrund einer bloss förmlichen Betrachtungsweise der beiden Verträge anzunehmen, die Beschwerdeführer hätten die Werterhöhung selbst herbeigeführt. (VGE 714–717/01 vom 31. Januar 2002).

4.3 Handänderungssteuer

- *Tauschvertrag. Motiv des Tauschvertrages ist für die Erhebung der Rechtsverkehrssteuer unbeachtlich.*

Aus den Erwägungen:

1. Die Handänderungssteuer knüpft an die Übertragung von Grundeigentum an und hat als Rechtsverkehrssteuer die Besteuerung des Grundstückverkehrs zum Gegenstand. Sie ist eine Objektsteuer, weshalb es unerheblich ist, ob aus der Veräusserung ein Gewinn erzielt wird. Die Besteuerung wird grundsätzlich bei jeder Handänderung ausgelöst, es sei denn, das Gesetz sehe die Steuerbefreiung ausdrücklich vor. Die Steuerbefreiungsgründe sind restriktiv auszulegen (VGE 717/99 v. 14.1.2000, Erw. 5f, Prot. S. 18).

2.a) Unbestritten ist, dass der Tausch steuerrechtlich eine doppelte Handänderung darstellt (Huwyler, Die Handänderungssteuer im Kanton Schwyz, in EGV-SZ 1993, S. 219). In diesem Sinne wird der Beschwerdeführer Ziffer 1 für den Erwerb von GBBl. B und die Beschwerdeführerin Ziffer 2 für den Erwerber von GBBl. A für steuerpflichtig erklärt. Ihre jeweilige Steuerpflicht stellen die Beschwerdeführer vor Verwaltungsgericht in Abrede, wozu sie legitimiert sind.

b) Die Beschwerdeführer berufen sich nicht auf einen der im Gesetz abschliessend aufgezählten (Huwyler, a.a.O., S. 214;) Steuerbefreiungsgründe.

c) Die Höhe des veranlagten Handänderungswertes wird für sich allein nicht in Frage gestellt.

3.a) Die Beschwerdeführer begründen die fehlende Steuerpflicht damit, dass der fragliche Tauschvertrag «lediglich einer Praxislösung des Notariates, um einen Fehler zu beheben», entspreche. Es sei lediglich darum gegangen, einen «Kanzleifehler zu korrigieren, nicht aber um einen Tausch abzuschliessen». «Die doppelte Eintreibung der Handänderungssteuer allein aufgrund einer falschen Bezeichnung» sei indessen nicht gerechtfertigt. Eine Handänderung könne nur gegeben sein «für den Fall des Kaufs bzw. Tauschs einer Liegenschaft, nicht aber als Folge einer notariell notwendig werdenden Korrektur».

b) Eine Steuerpflicht ist dann nicht entstanden, wenn ein rückwirkender Wegfall des Eigentumsüberganges (ex tunc) vorliegt. Erfolgt ein Grundbucheintrag ohne oder aufgrund eines unverbindlichen Rechtsgrundes, so ist die Eintragung ungerechtfertigt und verschafft dem zu Unrecht Eingetragenen kein Eigentum. Eine förmliche Rückübertragung an den wahren Eigentümer erübrigt sich. Unter Vorbehalt gutgläubiger Drit-

B. 4.4

ter hat lediglich eine Grundbuchberichtigung stattzufinden (Ruf, Handänderungsabgaberecht (BE), N 13 zu Art. 5; Art. 974f ZGB; vgl. auch Richner/Frei/Kaufmann, Kommentar zum harmonisierten Zürcher Steuergesetz, Rz. 16 zu § 216).

c) Im vorliegenden Fall ist der Eigentumsübergang aufgrund des am 26. Juni 2001 öffentlich beurkundeten Kaufvertrages nicht rückwirkend (ex tunc) weggefallen. Diese zivilrechtliche Tatsache, verbunden mit dem Charakter der Handänderungssteuer als Rechtsverkehrssteuer, gebietet es, die Rückübertragung von GBBL. B an die Beschwerdeführerin Ziffer 2 und den Erwerb von GBBL. A durch den Beschwerdeführer Ziffer 1 der Handänderungsbesteuerung zu unterwerfen.

In VGE 313/83 vom 4.11.1983 (= EGV-SZ 1983, Nr. 14) hat das Verwaltungsgericht die Besteuerung einer Rückübertragung bestätigt. Soweit aus dieser Begründung abzuleiten ist, dass bei Nachweis eines unverbindlichen oder nichtigen Rechtsgrundes von einer Besteuerung abzusehen ist, auch wenn de jure kein rückwirkender Wegfall des Eigentumsüberganges vorliegt (ex tunc), so könnte aus den dargelegten Gründen daran nicht festgehalten werden. Jeder Eigentumsübergang ist zu besteuern, es sei denn, ein Steuerbefreiungsgrund liege vor. (VGE 726/01 vom 31. Januar 2002).

4.4 Handänderungssteuer

– *Beschwerdebefugnis. Der Veräusserer ist nicht zur Beschwerde befugt.*

Aus den Erwägungen:

1.a) Gemäss klarem Wortlaut im Gesetz über die Erhebung der Handänderungssteuer (HStG, SRSZ 172.500) ist (nur) der Erwerber des Grundstückes steuerpflichtig (§ 2 Abs. 1 HStG). Diese Steuerpflicht kann nicht auf vertraglichem Wege abgeändert werden. Einer gegenteiligen Abrede zwischen Veräusserer und Erwerber kommt ausschliesslich vertragsinterne Bedeutung zu (EGV-SZ 1982, Nr. 11, S. 43; VGE 301/87 v. 23.10.1987, E. 11, Prot. S. 714; VGE 304/96 v. 20.6.96, E. 4, Prot. S. 245). Im Gegensatz zum Kanton Zürich (§ 228 Abs. 1 ZH-StG) ist bei der schwyzerischen Handänderungssteuer zudem zwischen Veräusserer und Erwerber keine Solidarhaftung vorgesehen. Die in den Kaufverträgen (Ziffer III 5.) gewählte Formulierung, die Parteien wüssten, dass sie für die Handänderungssteuer solidarisch haften würden, geht deshalb von einer falschen gesetzlichen Regelung aus.

b) Der Beschwerdeführer ist unbestrittenermassen der Veräusserer und nicht der Erwerber der fraglichen Liegenschaften. Er unterliegt damit keiner Handänderungssteuerpflicht.

2. Zur Einreichung eines Rechtsmittels sind Parteien und beiladungsberechtigte Dritte des vorinstanzlichen Verfahrens befugt, die an der Aufhebung oder Änderung einer Verfügung oder eines Entscheides ein eigenes, unmittelbares und schützenswertes Interesse dartun (§ 37 lit. a VRP).

a) Der Veräusserer nimmt im Handänderungssteuerveranlagungsverfahren als nicht steuerpflichtige Person keine Parteistellung ein. Dies ergibt sich zusätzlich explizit aus § 13 Abs. 2 HStG, gemäss welcher Bestimmung die vorläufige Einschätzung rechtskräftig wird, wenn der Steuerpflichtige oder die Gemeinde nicht innert 20 Tagen nach ihrer Zustimmung eine Einschätzung des Gemeinderates verlangen (betreffend allgemeine Steuern siehe § 151 Abs. 1 und § 166 Abs. 1 StG). Die Beschwerdebefugnis scheidet somit bereits am Erfordernis der vorinstanzlichen Teilnahme. Daran ändert der Umstand nichts, dass das Grundbuchamt den Steuerbezug gemäss der vertraglichen Vereinbarung vornahm und dementsprechend auch gegenüber dem Veräusserer dessen (Teil)zahlung quittierte. In dieser Bezugshandlung ist keine vorinstanzliche Teilnahme am Veranlagungsverfahren zu erblicken, selbst wenn sich auf dem gleichen Blatt die vorläufige Einschätzung mit der Rechtsmittelbelehrung befindet. Die Rechtsmittelbelehrung gibt zutreffend § 13 Abs. 2 HStG wieder und der Begriff «der Steuerpflichtige» wird zusätzlich mit dem Klammervermerk «[Erwerber]» erläutert.

b) Auch am Erfordernis des schützwürdigen Interesses mangelt es. In VGE 321/82 v. 31.12.1982 (= EGV-SZ 1982, Nr. 11) hat das Verwaltungsgericht in Anlehnung an die höchstrichterliche Rechtsprechung zu Art. 103 lit. a OG die Beschwerdebefugnis eines Veräusserers verneint, der nur mittelbar aufgrund der vertraglichen Vereinbarung an einem Beschwerdeerfolg mitpartizipieren würde. Der Anspruch des Beschwerdeführers (= Veräusserer) auf allfällige Rückerstattung der Handänderungssteuer lasse sich allein aus der vertraglichen Abrede ableiten, welche zivilrechtlicher Natur sei und den Beschwerdeführer nicht zum Streitsubjekt auf den hälftigen Steueranteil werden liess. Nur in diesem Fall hätte der Beschwerdeführer ein unmittelbares Interesse als Steuersubjekt, seine Ansprüche aus dem Handänderungssteuerrechtsverhältnis direkt gegenüber der Gemeinde geltend zu machen. Nachdem das Schwyzer Handänderungssteuergesetz den Erwerber vorbehaltlos steuerpflichtig erkläre, sei allein dieser befugt, die wegen angeblicher Unverbindlichkeit des ursprünglichen Kaufvertrages verlangte Rückerstattung der Handänderungssteuer geltend zu machen. Die abweichende Vereinbarung der Parteien habe keine externe Wirkung auf das Steuerrechtsverhältnis und mache den Beschwerdeführer nicht zum Steuersubjekt. An dieser Rechtsprechung ist festzuhalten.

c) Aufgrund dieser Erwägungen ergibt sich ohne weiteres, dass der Veräusserer auch nicht beiladungsberechtigt ist. Entscheide im Zusammenhang mit der Handänderungsbesteuerung erzielen gegenüber ihm keine

B. 4.4

Rechtswirkung, weshalb auch die Gewährung des rechtlichen Gehörs, als dessen Ausfluss die Institution der Beiladung zu sehen ist, nicht geboten erscheint (§ 14 Abs. 3 VRP).

d) Die Vorinstanz ist mithin zu Recht auf die Einsprache des Beschwerdeführers nicht eingetreten, weshalb auf die materiellen Ausführungen von Vorinstanz und Beschwerdeführer nicht einzugehen ist.

3. An diesem Beschwerdeergebnis vermögen die vor Verwaltungsgericht erhobenen Einwände des Beschwerdeführers nichts zu ändern.

a) Der Beschwerdeführer geht von einer gegenüber dem Beschwerdeführer vorgenommenen vorläufigen Veranlagung aus. Er beruft sich dabei auf die Einladungen des Notariates und des Grundbuchamtes ..., worin der Beschwerdeführer gebeten wird, zur Grundbuchanmeldung je den hälftigen Anteil der Notariats- und Grundbuchgebühren sowie der Handänderungssteuer mitzubringen. Darin ist keine gegenüber dem Beschwerdeführer vorgenommene vorläufige Einschätzung zu erblicken, sondern eine blossere Vorbereitungshandlung für den Bezug der Handänderungssteuer, welcher grundsätzlich (aber nicht zwingend, siehe § 14 HStG) zusammen mit der vorläufigen Einschätzung bei der Handänderung zu erfolgen hat (§ 13 Abs. 1, § 14 HStG). Es musste dem Beschwerdeführer klar sein, dass das Grundbuchamt ihn aufgrund der vertraglichen Vereinbarung als Bezahler der hälftigen Handänderungssteuer ansprach und nicht aufgrund einer falschen Annahme der gesetzlichen Regelung. Dies umso mehr, als im Kaufvertrag ausdrücklich festgehalten wird, anlässlich der Grundbuchanmeldung für den Eigentumsübergang seien u.a. auch die Handänderungssteuern dem Grundbuchamt als Inkassostelle zu entrichten. Gegen diese Zahlungsmodalität, welche vom Grundbuchamt offenkundig im Sinne einer Dienstleistung gemäss der vertraglichen Vereinbarung vorgenommen wird, hat der Beschwerdeführer nicht remonstriert (was konsequenterweise zur Folge hätte, dass sich das Grundbuchamt beim Bezug nur an den steuerpflichtigen Erwerber halten könnte und dieser den Veräusserer aufgrund der vertraglichen Vereinbarung zur Rückerstattung des hälftigen Anteils belangen müsste).

b) Im Weiteren bezieht sich der Beschwerdeführer auf das Schreiben seines Rechtsvertreters vom ... an das Notariat/Grundbuchamt. In diesem Schreiben setzt sich der Rechtsvertreter mit der Tatsache auseinander, dass das Grundbuchamt offensichtlich davon ausgehe, für die Bemessung sei der Preis für den Landanteil mit dem Werkpreis zusammenzurechnen. Vor Verwaltungsgericht macht der Beschwerdeführer nun geltend, mit dem Hinweis auf die Möglichkeit, eine definitive Einschätzung durch den Gemeinderat zu verlangen, habe das Grundbuchamt an der «vorläufigen Einschätzung» festgehalten. Gleichzeitig sei der Rechtsvertreter mündlich auf § 14 HStG hingewiesen worden, wonach die Steuer anlässlich der Handänderung sofort zu bezahlen oder aber sicherzustellen sei. Auch dieser Vorgang vermag indes keine vorläufige Einschätzung gegenüber dem

Veräusserer zu belegen. Vielmehr hat das Grundbuchamt offenbar in mündlicher Form daran festgehalten, dass es bei der vorläufigen Einschätzung den Werkpreis miteinberechnen werde, was es dann mit den Veranlagungen vom ... wie angekündigt auch tat. Massgeblich ist nun, dass der beanwaltete Beschwerdeführer aufgrund der richtigen Rechtsmittelbelehrung ohne weiteres erkennen konnte, dass – nebst der Gemeinde – nur der Erwerber zur Einsprache legitimiert ist. Er beruft sich vor Verwaltungsgericht deshalb zu Recht nicht auf den Vertrauensschutz. Es ist keinerlei vertrauenbegründendes Verhalten des Grundbuchamtes aktenkundig, welches den Beschwerdeführer zu einer nachteiligen Disposition bzw. Unterlassung (z.B. betr. Ersuchen gegenüber dem Erwerber, eine Einsprache zu erheben) veranlasst haben könnte.

(...)

d) Schliesslich verlangt der Beschwerdeführer, die rechtsgrundlos bezogene Handänderungssteuer sei ihm zurückzuerstatten. Die vorläufige Einschätzung des Grundbuchamtes habe dazu geführt, dass er die Handänderungssteuer zu entrichten hatte, sonst hätte er die Verweigerung des Handänderungsvollzuges zu gewärtigen gehabt. Dass der Handänderungsvollzug bei einer allfälligen Opposition des Beschwerdeführers an der gewählten, an die vertragliche Vereinbarung anlehnenen Zahlungsmodalität nicht gescheitert wäre, ergibt sich aus den bisherigen Erwägungen (vgl. oben Erw. 3a in fine). Im Weiteren zeigen die Erwägungen auf, dass der Beschwerdeführer gestützt auf eine vertragliche Vereinbarung, welche er vor Verwaltungsgericht nicht in Frage stellt, eine Steuerschuld des Erwerbers bezahlte, weshalb eine Rückerstattung dieser Zahlung unbegründet ist.

(VGE 702/02 vom 20. Juni 2002).

5. Kausalabgaben

5.1 Vorteilsabgabe gemäss § 58 der kantonalen Strassenverordnung

– *Rechtliches Gehör: Vor Erlass einer Vorteilsabgabeverfügung ist der bei Bewilligungserteilung abgabepflichtigen Person die Möglichkeit einzuräumen, zum von der Güterschatzungskommission beigezogenen Schätzungswert und zu den weiteren Berechnungsparametern Stellung zu nehmen (Erw. 3).*

Aus den Erwägungen:

3.a) Soweit der Beschwerdeführer den von der Güterschatzungskommission ermittelten Verkehrswert von Fr. 400.–/m² bemängelt, drängen sich folgende Bemerkungen auf.

B. 5.1

b) Gemäss § 58 Abs. 3 wird bei der Ermittlung der Vorteilsabgabe an den *Verkehrswert* der massgebenden Fläche (effektiv bebaute Nutzfläche, aber ohne die Fläche der Zugänge und Zufahrten) angeknüpft. In § 28 VVStrV wird in Absatz 4 normiert, dass der Verkehrswert aufgrund einer Schätzung der kantonalen Güterschätzungskommission festgelegt wird. Diese Regelung basiert auf folgenden Überlegungen des Verordnungsgebers:

«Die Abgabe wird bei der Erteilung eines Näherbaurechts oder im Zeitpunkt der Bewilligung der Baute, die direkt erschlossen werden soll (Zufahrt), festgesetzt. In diesem Zeitpunkt fehlt in der Regel eine rechtsgültige Steuerschätzung, die allenfalls über den Verkehrswert Auskunft geben könnte. Kommt dazu, dass die Steuerschätzung nicht in jedem Fall dem Verkehrswert entsprechen muss. Für die Bestimmung der Vorteilsabgeltung ist somit im Einzelfall bei der Güterschätzungskommission des Kantons eine Schätzung des Verkehrswerts einzufordern. Die Schätzung wird Grundlage der Verfügung sein; sie ist in diesem Sinn *nicht selbständig anfechtbar*. Die Übertragung der Ermittlung des Verkehrswertes wird zu einer zusätzlichen Belastung der Güterschätzungskommission führen, wurden doch vom Baudepartement in den letzten Jahren rund 130 bis 150 Zufahrts- oder Näherbaubewilligungen erteilt. (...)»

(vgl. RRB Nr. 70/2000 vom 18. Jan. 2000, S. 12, Kursivdruck nicht im Original)

c) Im konkreten Fall wurde die kantonale Güterschätzungskommission von der Vorinstanz beauftragt, den Verkehrswert der Nutzfläche im Sinne von § 58 Abs. 3 lit. b StrV i.V.m. § 28 Abs. 4 VVStrV zu ermitteln. In der Verkehrswertschätzung vom 15. Juli 2002 legte die Güterschätzungskommission den Verkehrswert auf Fr. 400.–/m² fest, wobei der an die Vorinstanz abgelieferten Verkehrswertschätzung nicht zu entnehmen ist, wie der Verkehrswert im Einzelnen (unter Berücksichtigung welcher Faktoren) ermittelt wurde und ob allenfalls auch ein Augenschein durchgeführt wurde (...). Der Beschwerdeführer konnte sich nach den vorliegenden Akten erst in der vorliegenden Beschwerde zu den Bemessungsfaktoren der von der Vorinstanz veranlagten Vorteilsabgabe materiell äussern.

d) Nach Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung vom 18. April 1999 (BV) haben die Parteien *Anspruch auf rechtliches Gehör*. Die unter der Marginalie «Allgemeine Verfahrensgarantien» stehende Regelung des Art. 29 BV bezweckt namentlich, verschiedene durch die bundesgerichtliche Rechtsprechung zu Art. 4 der Bundesverfassung vom 29. Mai 1874 (aBV) konkretisierte Teilaspekte des Verbots der formellen Rechtsverweigerung in einem Verfassungsartikel zusammenzufassen. Hinsichtlich des in Art. 29 Abs. 2 BV nicht näher umschriebenen Anspruchs auf rechtliches Gehör ergibt sich daraus, dass die unter der Herrschaft der aBV hiezu ergangene Rechtsprechung (z.B. BGE 124 I 51) nach wie vor massgebend ist. Die BV bringt insoweit keine materiellen Neuerungen, sondern eine Anpassung an die Verfassungswirklichkeit (vgl. BGE 126 V 130f. mit Hinweisen).

Der Grundsatz des rechtlichen Gehörs stellt eine fundamentale Garantie für ein rechtsstaatliches Verfahren dar (vgl. Kötz/Bosshart/Röhl, Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kt.ZH, 2.A., § 8 N 2 mit Verweis auf Häfelin/Haller, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 4. A., N 1590). Der Anspruch auf rechtliches Gehör umfasst die Rechte der Parteien auf Teilnahme am Verfahren und auf Einflussnahme auf den Prozess der Entscheidungsfindung. *Bevor die Behörde einen Entscheid trifft, der in die Rechtsstellung des Einzelnen eingreift, hat sie ihn davon in Kenntnis zu setzen und ihm Gelegenheit zu geben, sich vorgängig zu äussern* (vgl. BGE 126 V, Erw. 2b 131f. mit Verweis auf BGE 120 Ib 383). Die Gewährung des rechtlichen Gehörs dient einerseits der *Sachaufklärung* und trägt dazu bei, nachträgliche Rechtsmittelverfahren zu vermeiden und die materielle Richtigkeit auch jener Anordnungen zu verbessern, die nicht angefochten werden. Andererseits stellt das rechtliche Gehör ein *persönlichkeitsbezogenes Mitwirkungsrecht* der Verfahrensbeteiligten dar, das sicherstellt, dass der Einzelne im Verfahren stets als Subjekt und nicht bloss als Objekt wahrgenommen wird (vgl. Kötz/Bosshart/Röhl, a.a.O., § 8 N 2 mit Hinweisen, u.a. auf BGE 124 I 51).

Das Recht, angehört zu werden, ist formeller Natur. Die Verletzung des rechtlichen Gehörs führt ungeachtet der Erfolgsaussichten der Beschwerde in der Sache selbst grundsätzlich zur Aufhebung der angefochtenen Verfügung. Es kommt nicht darauf an, ob die Anhörung im konkreten Fall für den Ausgang der materiellen Streitentscheidung von Bedeutung ist, d.h. die Behörde zu einer Änderung ihres Entscheides veranlasst wird oder nicht (vgl. BGE 125 I 118). Nach der Rechtsprechung kann eine – nicht besonders schwer wiegende – Verletzung des rechtlichen Gehörs als geheilt gelten, wenn die betroffene Person die Möglichkeit erhält, sich vor einer Beschwerdeinstanz zu äussern, die sowohl den Sachverhalt wie die Rechtslage frei überprüfen kann. Die Heilung eines – allfälligen – Mangels soll aber die Ausnahme bleiben (vgl. BGE 126 V 132, mit Hinweisen).

e) Der Grundsatz des rechtlichen Gehörs beherrscht als verfassungsrechtliches Prinzip die *gesamte* Rechtsordnung, also auch jede Verfahrensordnung. Er gilt für alle Rechtsanwendungsverfahren in allen Rechtsbereichen (vgl. Kötz/Bosshart/Röhl, a.a.O., § 8 N 4). In verschiedenen gesetzlichen Bestimmungen wird der Anspruch auf vorgängige Anhörung ausdrücklich festgehalten. *So schreibt § 21 Abs.1 VRP vor, dass die Behörden den Parteien das Recht einräumt, sich zu den für die Verfügung oder den Entscheid massgebenden Tatsachen zu äussern und an den Beweisabnahmen teilzunehmen* (indessen wird in § 21 Abs. 3 lit. c VRP relativiert, dass eine Anhörungspflicht bei Veranlagungsverfügungen im öffentlichen Abgaberecht nicht besteht, vgl. dazu nachfolgend). Eine ähnliche Regelung enthält auch Art. 30 Abs.1 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren («Die Behörde hört die Parteien an, bevor sie verfügt»). Im Sozialversicherungsrecht gilt beispielsweise bei der Invalidenversiche-

B. 5.1

rung seit dem 1. Juli 1987 ein Vorbescheidverfahren, welches ausdrücklich eine Anhörungspflicht vor Verfügungserlass statuiert (vgl. BGE 119 V 434, mit Verweis auf Art. 73^{bis} IVV; vgl. auch EVGE I 565/01 vom 18. April 2002 i.Sa. D., Erw. 1b/aa; BGE 125 V 404). Nach der Rechtsprechung des EVG ist im Arbeitslosenversicherungsrecht einer versicherten Person vor Erlass einer Einstellungsverfügung das rechtliche Gehör zu gewähren (vgl. BGE 126 V 133). Analog wird auch im Strassenverkehrsrecht einem Lenker, welchem eine SVG-Administrativmassnahme droht, praxisgemäss Gelegenheit gegeben, sich zur ins Auge gefassten Massnahme (z.B. Führerausweisentzug für einen Monat usw.) äussern zu können.

f) Im vorliegenden Fall hatte der Beschwerdeführer im Stadium vor Erlass der Verfügung, mit welcher die Vorteilsabgabe festgesetzt wurde, keine Gelegenheit, sich zu dem von der Verfügungsinstanz beigezogenen Schätzungswert der kantonalen Güterschätzungskommission und zu den einzelnen Berechnungsparametern (Nutzfläche usw.) äussern zu können. Um dazu erstmals Stellung nehmen zu können, war der Beschwerdeführer gezwungen, Beschwerde zu erheben. Ein solcher Verfahrensablauf bei Vorteilsabgaben (ohne vorgängige Anhörung vor Verfügungserlass) präsentiert sich nicht als Einzelfall (vgl. die Parallelverfahren 711/02 und 719/02). Mithin verhält es sich so, dass bauwillige Personen, welche zur Realisierung ihres Bauvorhabens eine Bewilligung nach § 47 StrV benötigen und der Vorteilsabgabepflicht nach § 58 StrV unterstehen, sich nach der aktuellen Verwaltungspraxis zur Höhe bzw. Ermittlung der Vorteilsabgabe erst nach Erlass der Vorteilsabgabeverfügung äussern können, indem sie dagegen Beschwerde ergreifen. Eine solche Verwaltungspraxis vermag dem oben dargelegten, verfassungsmässigen Anspruch auf rechtliches Gehör nicht zu genügen. Dies gilt erst recht, als die Ermittlung der Vorteilsabgabe auf einer Schätzung beruht, bei welcher naturgemäss verschiedene Teilaspekte und namentlich die lokalen Verhältnisse eine erhebliche Rolle spielen können. Ein Verfahrensablauf, welcher dem dargelegten Gehörsanspruch zu genügen vermag, muss bereits auf Verwaltungsstufe so organisiert sein, dass die betroffene Person noch vor dem Verfügungszeitpunkt Gelegenheit erhält, zum Beweisergebnis Stellung nehmen zu können, allfällige entlastende Aspekte einbringen oder auf spezifische Gegebenheiten einer konkreten Situation hinweisen zu können. Den Gehörsanspruch grundsätzlich erst auf der Rechtsmittelstufe zu gewähren (wobei der Regierungsrat konstant von der Sprungbeschwerdemöglichkeit gemäss § 52 VRP Gebrauch macht), entspricht weder den oben dargelegten Prinzipien noch ist ein solches Vorgehen sinnvoll, da diesfalls die betroffene Person zur Wahrung ihres Gehörsanspruchs regelmässig gezwungen wäre, Beschwerde zu erheben (was zu einer Flut von Beschwerdeverfahren führen könnte, vgl. dazu die Aussage des Verordnungsgebers in RRB Nr. 70/2000 vom 18. Jan. 2000, wonach in den Vorjahren rund 130 bis 150 solcher Bewilligungen erteilt wurden,

welche seit dem Inkrafttreten der neuen Strassenverordnung grundsätzlich der Vorteilsabgabepflicht unterstehen). Anzuführen ist, dass die Einwände der von der Vorteilsabgabe betroffenen Person, welche beispielsweise auf besondere lokale Verhältnisse Bezug nehmen (z.B. Immissionsverhältnisse, namentlich Strassenlärm, welcher sich auf den Verkehrswert auswirken kann), unter Umständen von der Vorinstanz aufgrund ihrer Ortskenntnis besser gewürdigt werden können, als von der Güterschätzungskommission, zumal wenn letztere lediglich aufgrund der Akten entscheidet und keinen Augenschein durchgeführt hat (was in casu unklar ist). Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass § 21 Abs.3 lit.c VRP nicht auf den vorliegenden Fall zugeschnitten ist (denn der dort enthaltene Verzicht auf eine vorgängige Anhörung ist im Zusammenhang damit zu sehen, dass bei Veranlagungsverfügungen im öffentlichen Abgaberecht im Regelfall eine Deklaration des Pflichtigen vorausgeht, mithin der Pflichtige im Rahmen der Deklaration seinen Standpunkt einbringen kann; im konkreten Fall liegt keine solche vor Erlass der Veranlagungsverfügung erfolgte Deklaration vor; vgl. dazu auch Kölz/Bosshart/Röhl, a.a.O., § 8 N 26, wonach u.a. bei Selbstdeklarationen geringere Anforderungen an die Äusserungs- und Anhörungsmöglichkeiten gelten).

g) Aus diesen dargelegten Gründen ist zum Gehörsanspruch im Zusammenhang mit Vorteilsabgaben im Sinne von § 58 StrV Folgendes festzuhalten: Diejenige Instanz, welche die Vorteilsabgabe verfügt, hat *jeweils vor Erlass dieser Verfügung* der bei Bewilligungserteilung abgabepflichtigen Person *die Möglichkeit einzuräumen, zum von der Güterschätzungskommission beigezogenen Schätzungswert und zu den weiteren Berechnungsparametern (Nutzfläche etc.) Stellung zu nehmen*. Um dieser Person eine Stellungnahme zu ermöglichen, hat ihr die Verwaltungsbehörde den voraussichtlichen Inhalt oder zumindest die wesentlichen Elemente der zu treffenden Anordnung bekannt zu geben (vgl. Kölz/Bosshart/Röhl, a.a.O. § 8 N 18). Falls diese Person das ihr eingeräumte rechtliche Gehör wahrnimmt und Einwände vorbringt, hat die verfügende Instanz sich damit materiell auseinander zu setzen und in der anschliessenden Verfügung (allenfalls unter Einbezug von weiteren Beweismassnahmen wie ergänzende Abklärungen, Augenschein unter Beizug der Güterschätzungskommission, weitere Stellungnahme der Güterschätzungskommission usw.) darzulegen, aus welchen Gründen diese Einwände ganz, teilweise oder überhaupt nicht berücksichtigt werden (können). Ein solches Vorgehen mit Anhörung vor Erlass der entsprechenden Verfügung bringt es mit sich, dass allfällige Einwände bereits auf Verwaltungsstufe behandelt und unter Umständen ausgeräumt werden können, wodurch nachträgliche Rechtsmittelverfahren vermieden werden können. Abgesehen davon steht die vorgängige Anhörung im Dienste einer umfassenden und zuverlässigen Sachverhaltsabklärung (vgl. VPB 1995, 59.55 mit Hinweisen, u.a. auf Rhinow/Krähenmann, Schweiz. Verwaltungsrechtsprechung, Ergänzungsband 1990, Nr. 81). Sie dient auch dazu, die materielle Richtigkeit

B. 5.2

auch jener zu treffenden Verfügungen zu verbessern, die nicht angefochten werden (vgl. Kölz/Bosshart/Röhl, a.a.O., § 8 N 2). Sollte durch dieses Anhörungsverfahren die beförderliche Behandlung des Baugesuches gemäss § 81 PBG in Frage gestellt werden, ist die Festsetzung der Vorteilsabgabe in ein separates Verfahren zuzuweisen, welches im Zusammenhang mit einer bewilligten Strassenabstandsunterschreitung oder einer Zufahrtsbewilligung ausdrücklich vorzubehalten ist. (VGE 715/02 vom 12. Dezember 2002).

5.2 Wasser- und Kanalisationsanschlussgebühren/Klärbeiträge

- *Die Rechtskraft einer Gebäudeschätzung als Grundlage der definitiven Anschlussgebühren hat zur Folge, dass diese rechtskräftige Schätzung im Kausalabgabeverfahren zwar Bemessungsgrundlage ist, nicht aber überprüfbarer Verfahrensgegenstand (Erw. 1e; 2b).*
- *Als (Haupt)Schuldner der Anschlussgebühren bleibt der Bauherr gemäss dem anwendbaren kommunalen Reglement auch nach Veräusserung der (Neu-)Bauten Adressat der Verfügung bzgl. der definitiven Anschlussgebühren. Es liegt an ihm, (vertraglich) sicherzustellen, dass er allfällig höhere Anschlussgebühren als veranschlagt auf die Käufer / Eigentümer der (Neu-)Bauten überwälzen kann (Erw. 3b; 4c).*
- *Aufhebung provisorisch verfügbarer ergänzender Akonto-Zahlungen, da einerseits in den Reglementen nicht vorgesehen und anderseits Abwarten der definitiven Gebäudeschätzung zumutbar ist (Erw. 5).*

Aus dem Sachverhalt:

Im Zusammenhang mit der Realisierung einer Wohnüberbauung mit zehn Familienhäusern und Unterniveaugarage hatte die Gemeinde die provisorischen Kanalisations- und Klärbeiträge festgesetzt und in Rechnung gestellt. Noch im Rahmen der Realisierung erfolgte der Handwechsel dieser Familienhäuser von der Bauherrschaft an die jeweiligen Eigentümer. Gestützt auf rechtskräftige Schätzungsverfügungen wurden der Bauherrschaft für fünf Häuser die definitiven Wasser- und Kanalisationsanschlussgebühren sowie Klärbeiträge in Rechnung gestellt; für die fünf weiteren Häuser wurden der Bauherrschaft mit provisorischer Verfügung weitere Akonto-Zahlungen angekündigt. Gegen diese Verfügungen erhob die Bauherrschaft Beschwerde mit den Anträgen, die Objekte seien nach ihrer verschiedenen Grösse und Fläche zu unterscheiden und neu einzuschätzen, die Gebühregrundlagen seien zu überprüfen (Neubau- und Zeitbauwerte) und nach den Richtlinien der Gebäudeversicherungen auszurichten, und die Anschlussgebühren seien entsprechend anzupassen. Der Bauherr focht die Beschwerdeabweisung beim Regierungsrat an, welcher sie zur Beurteilung ans Verwaltungsgericht überwies. Der Bauherr

macht geltend, die Gebäudeschätzungen als Grundlage für die Berechnung der definitiven Anschlussgebühren hätten ihm zugesandt werden müssen.

Aus den Erwägungen:

1.a) ... Nach §§ 31ff. der kantonalen Verordnung zum Bundesgesetz über den Schutz der Gewässer vom 19. April 2000 (VoGSchG, SRSZ 712.110) ist die Finanzierung aller durch Massnahmen zum Schutz der Gewässer entstehenden Kosten in der Regel durch den Verursacher zu tragen. Die Gemeinden decken die Aufwendungen für die Siedlungsentwässerung durch Anschlussgebühren, Benutzungsgebühren sowie Abgeltungen und Beiträge von Bund und Kantonen (§ 32 Abs. 1 VoGSchG). Die Grundsätze der Finanzierung der Abwasseranlagen und der Abwasserbeseitigung sind von den Gemeinden in einem Reglement über die Siedlungsentwässerung festzusetzen (§ 9 VoGSchG). ... Die Gemeinde X. ist dieser legislatorischen Pflicht mit dem Erlass des Wasserversorgungsreglementes (WVR) sowie des Kanalisationsreglementes (KR) nachgekommen.

b) Art. 24 des kommunalen Kanalisationsreglementes 2000 der Gemeinde X. (KR) ... regelt die (einmalig zu leistende) Gebühr für den Anschluss an die öffentliche Abwasseranlage wie folgt:

«1) Für bestehende Gebäude und Neubauten (einschliesslich An- und Umbauten) haben die Grundeigentümer an die Erstellung, den Unterhalt und die Benützung der Abwasseranlage eine einmalige Anschlussgebühr in Promillen des Gebäudewertes exkl. Umgebung zu leisten. Beim Anschluss von Neubauten ist der Neubauwert für die Berechnung massgebend. ... Für die Berechnung des Neubauwertes bzw. Zeitbauwertes ist der Schätzungswert des Kantonalen Schätzungsamtes massgebend.

...

2) Der Bewilligungsnehmer hat die von der Werkkommission, gestützt auf die Anschlussbewilligung mutmasslich festgelegten Anschlussgebühren bei Baubeginn zu bezahlen. Die definitive Gebühr wird nach Vorliegen der rechtskräftigen Gebäudeschätzung ermittelt und in Rechnung gestellt. Ein allfälliger Differenzbetrag ist durch den Bewilligungsnehmer nachzuzahlen bzw. durch das Kassieramt zurückzuerstatten.

....

5) Bei Änderungen in der Art der Überbauung eines angeschlossenen Grundstückes sowie bei Wiederaufbau sind die Gebühren neu zu berechnen. Die früher bezahlte Anschlussgebühr ist in Abzug zu bringen.»

Schuldner der Anschlussgebühr ist gemäss Art. 22 Abs. 5 KR (Fassung 1992 wie Fassung 2000)

«wer im Zeitpunkt der Fälligkeit Eigentümer bzw. Baurechtsberechtigter der angeschlossenen Liegenschaft war. Veräussert der Eigentümer sein Grundstück bevor aufgelaufene oder gestundete Beiträge oder Gebühren getilgt sind, haftet der Erwerber neben dem bisherigen Eigentümer für die Beitrags- und Gebührenaussände.»

c) Die Erhebung der Gebühren für den Anschluss an die Wasserversorgungsanlage ist in Art. 55 des kommunalen Wasserversorgungsreglementes (WVR, Fassung 1992 wie Fassung 2000) geregelt: ...

B. 5.2

Vom Beschwerdeführer wird nicht bestritten, dass diese beiden Regelungen eine genügende gesetzliche Grundlage für die Erhebung der Anschlussgebühren bilden.

d/aa) Der kommunale Gesetzgeber stellt für die definitive Festsetzung der Gebühren für den Anschluss sowohl an die Kanalisation wie auch an die Wasserversorgung auf den rechtskräftigen Schätzwert des Kantonalen Schätzungsamtes ab. Wann eine steueramtliche Schätzung vorzunehmen ist, ergibt sich aus § 1 Abs. 1 der Verordnung über die steueramtliche Schätzung von Grundstücken vom 17. April 1984 (SRSZ 172.113). Gemäss dieser Bestimmung erfolgt eine steueramtliche Schätzung im Hinblick auf die Ermittlung der Vermögenssteuerwerte (§ 28 StG), des Eigenmietwertes (§ 19 Abs. 1 lit. g StG) sowie zur Bestimmung der im Rahmen der Veranlagung notwendigen Verkehrswerte. Wie vorzugehen ist, wenn steuerrechtlich keine Gebäudeschätzung erforderlich ist, kann hier offen bleiben, da dies in casu offensichtlich nicht der Fall ist.

bb) Ein Abstellen auf den Gebäudeversicherungswert ist nur bei bestehenden Gebäuden vorgesehen und nur mit Blick auf die Erhebung der mutmasslichen (= provisorischen) Gebühren. Auch bei bestehenden Gebäuden erfolgt die definitive Gebührenerhebung gemäss der (steueramtlichen) Schätzung des Zeitbauwertes durch das Kantonale Schätzungsamt.

cc) Die mutmasslichen Anschlussgebühren sind bei Baubeginn zu entrichten unter Vorbehalt der definitiven Rechnungsstellung nach Vollenendung des Baus bzw. Vorliegen der rechtskräftigen Gebäudeschätzung, d.h., die Fälligkeit der Anschlussgebühren fällt auf den Baubeginn (vgl. Entscheid der II. Öffentlichrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom 6. Dezember 1996, i.S. S., Erw. 4c). Schuldner einer allfälligen Nachzahlung bzw. Gläubiger der allfälligen Rückzahlung eines Differenzbetrages ist der Bewilligungsnehmer. Für eine allfällige Nachzahlung haftet indes ein Erwerber neben dem Bewilligungsnehmer.

e/aa) Die gesetzgeberische Vorgabe der rechtskräftigen Gebäudeschätzung als Grundlage der definitiven Anschlussgebühren hat zur Folge, dass diese rechtskräftige Schätzung im Kausalabgabeverfahren zwar Bemessungsgrundlage ist, nicht aber überprüfbarer Verfahrensgegenstand. Alle Einwände gegen die steuerrechtliche Gebäudeschätzung sind mithin nur im steuerrechtlichen Verfahren zu hören. Dies gilt auch für allfällige Verfahrensverletzungen gegenüber Dritten, wobei auch die diesbezügliche Prüfung stets nur unter steuerrechtlichen Gesichtspunkten zu erfolgen hat.

Im Kausalabgabeverfahren kann hinsichtlich der Steuerschätzung vor allem eingewendet werden, es liege keine rechtskräftige Gebäudeschätzung vor, die Schätzung sei nichtig, sie betreffe ein anderes Objekt, der Neubauwert in der Gebührenverordnung sei falsch aus der Schätzungsverfügung abgeschrieben worden usw.

bb) Diese Rechtslage hat zur Folge, dass ein abgabepflichtiger Bauherr, der nicht mehr Eigentümer oder Baurechtsnehmer ist, im steuerrechtlichen Kausalabgabeverfahren nicht mehr gehört wird und somit im Kausalabgabeverfahren mit einem rechtskräftigen Schätzungsergebnis konfrontiert wird, auf das er keinen unmittelbaren Einfluss mehr ausüben kann. Der Beschwerdeführer geht deshalb fehl, wenn er rügt, die Schätzungsverfügungen hätten ihm zugestellt werden müssen.

Dieser Umstand erlaubt indes nicht, abweichend vom Normalfall im Kausalabgabeverfahren eine Überprüfung der rechtskräftigen Schätzungsverfügung durchzuführen (mit Ausnahme der vorstehend erwähnten möglichen Einwendungen) und dann die rechtskräftige Bemessungsgrundlage für den konkreten Fall abzuändern. Dies ist vom Gesetzgeber nicht vorgesehen.

Folglich ist nachstehend zu prüfen, welche Rügen des Beschwerdeführers im Lichte dieser Rechtslage allenfalls zu hören sind.

2.a) Unbestritten ist, dass vorliegend der Beschwerdeführer Schuldner der Kanalisations- und Wasserversorgungsanschlussgebühren (unter solidarischer Mithaftung seiner Rechtsnachfolger) und somit rechtmässiger Adressat der angefochtenen Verfügungen im Sinne des vorstehend zitierten kommunalen Kanalisations- und Wasserversorgungsreglementes ist.

b) Der Beschwerdeführer rügt Sein Anspruch auf rechtliches Gehör sei dadurch verletzt worden, dass ihm die Gebäudeschätzungen als Grundlage für die Berechnung der (definitiven) Anschlussgebühren nicht zugestellt worden seien, weshalb ihm – sinngemäss – deren Rechtskraft nicht entgegengehalten werden könne. Aufgrund der ersten Verfügung vom ... ergäbe sich jedoch, dass er Adressat der definitiven Rechnung sei, weshalb ihm auch die Schätzungsverfügungen als diesbezügliche Grundlagen zur Stellungnahme hätten zugestellt werden müssen. Mithin macht der Beschwerdeführer Parteistellung bezüglich der Schätzungsverfügungen vom ... geltend.

Im Lichte der vorstehenden Erw. 1.e ist jedoch eine Überprüfung der Verletzung des rechtlichen Gehörs im steuerrechtlichen Gebäudeschätzungsverfahren im vorliegenden Kausalabgabeverfahren nicht möglich. Ebenso wenig ist vorliegend eine allfällige Parteistellung des Beschwerdeführers im steuerrechtlichen Gebäudeschätzungsverfahren Verfahrensgegenstand. Im vorliegenden Verfahren, in welchem dem Beschwerdeführer hingegen Parteistellung zukommt, sind bzgl. der rechtskräftigen Gebäudeschätzung nur noch wenig Einwände möglich (vgl. vorstehende Erw. 1.e/aa).

3.b/aa) Damit musste dem Beschwerdeführer – insbesondere auch in seiner Eigenschaft als gewerbmässiger Liegenschaftenhändler – hinreichend bekannt sein, dass sich für den Fall einer Veräusserung der neuerstellten Bauten vor Bauvollendung bzw. vor Schätzung durch das kanto-

B. 5.2

nale Schätzungsamt eine Divergenz der Adressaten allfälliger Verfügungen ergeben könnte. Als (Haupt)Schuldner der Anschlussgebühren bleibt der Beschwerdeführer weiterhin Adressat der Verfügung bzgl. der definitiven Anschlussgebühren. Konsequenterweise moniert der Beschwerdeführer auch nicht, dass die angefochtenen Verfügungen vom ... nur ihm und nicht auch den Erwerbenden der Liegenschaften zugestellt wurden, obwohl diese infolge des Erwerbes mit ihm zusammen für die Gebühren haften.

bb) Die neuen Eigentümer hingegen (in ihrer Eigenschaft als Steuerpflichtige für Vermögen und Einkommen aus Liegenschaftenbesitz) werden zu Adressaten der Schätzungsverfügung. Gemäss § 26 VO über die steueramtliche Schätzung von Grundstücken ist denn auch der Grundeigentümer einerseits verpflichtet, die Vornahme der Schätzung zu ermöglichen, alle erforderlichen Auskünfte zu erteilen und alle für die Schätzung relevanten Unterlagen vorzuweisen, und andererseits berechtigt, der Schätzung beizuwohnen. Die Ergebnisse der Schätzung sind durch Verfügung dem Steuerpflichtigen, d.h. dem Eigentümer, zu eröffnen (§ 27 Abs.2 VO über die steueramtliche Schätzung von Grundstücken).

cc) Der Bauherr hatte es demzufolge in der Hand, sicherzustellen, dass infolge dieser Divergenz der Verfügungsadressaten allenfalls mögliche (Rechts-)Nachteile vermieden werden. Beispielsweise hätte der Beschwerdeführer die Erwerber anhalten können, ihn über deren Eingang und die laufende Rechtsmittelfrist zu orientieren sowie insbesondere eine allfällig nachteilige Verfügung anzufechten unter Vorbehalt eines Regresses auf die Erwerber für den Schadenfall.

c) Weiter ist auch darauf hinzuweisen, dass gerade rechtskräftige steueramtliche Verfügungen in verschiedenen Bereichen als Bemessungsgrundlagen dienen, ohne dass ein Betroffener im Zeitpunkt des Erlasses der Verfügung diese Bereiche im Auge hat und dass bezüglich des jeweiligen Verwendungszweckes eine (zusätzliche) vorfrageweise Überprüfung möglich wäre (z.B. gilt das bundessteuerpflichtige Reineinkommen als Bemessungsgrundlage für das anrechenbare Einkommen mit Blick auf die Prämienverbilligung gemäss § 6 Abs. 2 des kantonalen Gesetzes über die Prämienverbilligung in der Krankenpflegeversicherung (SRSZ 361.100); die rechtskräftige Steuerveranlagung bildet die Grundlage für die Erhebung der Ersatzabgabe gemäss § 10 Abs. 2 der Vollzugsverordnung zur Verordnung über die Schadenwehr (SRSZ 530.111); im Sozialversicherungsbereich wird für die Bemessung des anrechenbaren Einkommens verschiedentlich auf die Steuerveranlagung verwiesen).

Auch ein Erwerber einer Liegenschaft, welche bereits rechtskräftig eingeschätzt wurde, kann regelmässig weder geltend machen, ihm sei keine Einspruchsmöglichkeit gegen die Schätzungsverfügung offen gestanden, noch wird eine Neuschätzung vorgenommen, sofern nicht mit dem Erwerb eine wesentliche Änderung in Bestand, Qualität oder in der Nut-

zung des Grundstückes eingetreten ist (vgl. § 9 VO über die steueramtliche Schätzung von Grundstücken) oder eine Neuschätzung aus anderen Gründen vorzunehmen ist.

4.c/bb) Weiter wendet der Beschwerdeführer ein, viele Einrichtungen und Arbeiten seien nicht über sein Baumanagement und somit nicht über seine Kontrolle abgelaufen (vgl. vorstehend Erw. 3.d), weshalb ihn auch keine bauliche oder finanzielle Verantwortung treffen könne. Wer was organisiert und bezahlt hat, ist mit Blick auf die Gebäudeschätzung irrelevant. Entscheidend ist, dass diese Zusatzleistungen im Rahmen der Erstellung der Gebäude als Neubauten – und dies offensichtlich mit dem Wissen und dem Einverständnis des Beschwerdeführers – und nicht erst nach Vollendung und Abnahme der Bauten im Sinne von anschlussgebührenpflichtigen Wertverbesserungen an bestehenden Bauten erfolgten. Ebenso musste der Beschwerdeführer um die diesbezüglichen Auswirkungen auf die Höhe des steueramtlichen Schätzungswertes der Gebäude und somit auf die Höhe der Anschlussgebühren wissen (vgl. Erw. 3). Wenn er diese (Mehr-)kosten nicht vertraglich den Erwerbfern überband, sondern allenfalls selbst dafür aufzukommen hat, hat er dies selbst zu vertreten.

5. Die Vorinstanz führt bzgl. der fünf provisorischen Anschlussgebühren aus, es stünde der Baubehörde jederzeit frei, bis zum Vorliegen der definitiven Schlussabrechnung Akontozahlungen bis zu 100% der mutmasslichen Baukosten zu verlangen, wenn bekannt werde, dass die Baukosten stark von den Angaben in der Baueingabe abwichen. Dieser Argumentation kann nicht gefolgt werden.

Zum einen lässt sich den eingangs zitierten Reglementen nicht entnehmen, dass bei Neubauten bei einem starken Ansteigen der Baukosten gegenüber der Baueingabe eine ergänzende Akontozahlung erhoben werden kann.

Zum andern ist die Überbauung realisiert und haben sämtliche Häuser neue Eigentümer. Die Realisierung erfolgte in vier Etappen mit Baubeginn zwischen ... und

Es ist deshalb nicht ersichtlich, weshalb die Vorinstanz nicht die definitive Schätzung auch dieser fünf Bauten, deren Anschlussgebühren nach wie vor provisorisch veranlagt sind, abwarten oder allenfalls veranlassen und dann gestützt auf diese definitiven Schätzungen auch die definitiven Anschlussgebühren veranlagern kann.

Insofern sind diese fünf provisorischen Verfügungen aufzuheben und mit der Verfügung der definitiven Anschlussgebühren für die betreffenden fünf Liegenschaften zuzuwarten bis die definitiven Schätzungsverfügungen vorliegen.

(VGE 703/02 vom 20. Juni 2002).

7. Bezirke und Gemeinden/Politische Rechte

7.1 Initiativrecht

– § 8 Abs. 2 GOG; *Unzulässigerklärung einer Wiederholungsinitiative.*

Aus dem Sachverhalt:

In einem am 23. Okt. 2001 eingereichten Initiativbegehren wurde verlangt, dass analog zum bereits vorliegenden gemeinderätlichen Entwurf das Kehrichtreglement in gewissen Punkten zu ändern sei. Falls der Gemeinderat an seinem Entwurf des Kehrichtreglementes festhalte, wurde beantragt, dass die Abstimmung vom 2. Dez. 2001 verschoben werde, damit gleichzeitig über den bisherigen wie den neu auszuarbeitenden Entwurf im Sinne eines Gegenvorschlages abgestimmt werden könne.

Die in der Initiative verlangten Änderungen wurden an der Gemeindeversammlung vom 7. Nov. 2001 vorgetragen. Über diese Änderungen wurde einzeln abgestimmt, sie wurden indessen alle abgelehnt. An der kommunalen Abstimmung vom 2. Dez. 2001 wurde das neue Kehrichtreglement abgelehnt. Daraufhin teilten die Initianten mit Schreiben vom 6. Dez. 2001 mit, dass an der Initiative festgehalten werde. Mit Beschluss vom 24. Juni 2002 qualifizierte der Gemeinderat die Initiative als Wiederholungsinitiative im Sinne von § 8 Abs.2 GOG und erklärte sie als unzulässig. Eine dagegen erhobene Beschwerde wurde vom Verwaltungsgericht u.a. aus folgenden Gründen abgewiesen.

Aus den Erwägungen:

2. Ein Initiativbegehren auf Gemeindestufe kann sich gemäss § 73 Abs. 2 KV auf den Erlass, die Abänderung oder die Aufhebung einer Verordnung oder eines Verwaltungsaktes beziehen. Wird der Erlass oder die Abänderung einer Verordnung angebeht, *so kann das Begehren nur in der Form der allgemeinen Anregung gestellt werden.*

Nach § 8 Abs. 2 GOG kann der Gemeinderat ein Initiativbegehren als unzulässig erklären, *wenn es sich als Wiederholung eines innert zwei Jahren von der Gemeindeversammlung behandelten Geschäftes darstellt und keine neuen Tatsachen vorliegen, die eine nochmalige Behandlung rechtfertigen.* § 8 Abs.2 GOG lässt dem Gemeinderat einen Ermessensspielraum, er «kann» eine Wiederholungsinitiative als unzulässig erklären, muss dies jedoch nicht. Mithin können politische Opportunitätsüberlegungen bei der Beurteilung eine Rolle spielen. Eine Karenzfrist (Sperrfrist) für Initiativen gibt es auch in anderen Kantonen, z.B. Zürich, Freiburg, Graubünden, St. Gallen oder Glarus (vgl. dazu Hangartner/Kley, Die demokratischen Rechte in Bund und Kantonen der Schweizerischen

Eidgenossenschaft, Zürich 2000, § 33, 3. Sperrfristen, Rz. 2065ff., S. 822ff., v.a. Fussnote 107; ZBl 2001, S. 180f.).

3. Der Gemeinderat qualifizierte die Initiative vom 23. Oktober 2001 als Wiederholungsinitiative im Sinne von § 8 Abs. 2 GOG. Zur Begründung führt er im angefochtenen Beschluss aus:

« (...)

Die Sperrwirkung tritt ein, wenn der frühere Beschluss und das Begehren identisch sind, d.h., wenn beide Zielsetzungen gleich sind. Ob Identität vorliegt, ist weit auszulegen. Identität ist insbesondere auch dann anzunehmen, wenn der Initiant das zum Gegenstand der Initiative gemachte Anliegen durch Abänderung des ersten Geschäftes ebenfalls hätte erreichen können. Der Initiant hatte dazu Gelegenheit an der Gemeindeversammlung vom 7.11.2001. Der Verschiebungsantrag wurde vom Gemeindepräsidenten abgelehnt, die Anliegen des Initianten wurden jedoch als Änderungsanträge zugelassen und wie erwähnt, von den anwesenden Stimmbürgerinnen und Stimmbürgern abgelehnt. Es ist davon auszugehen, dass die Initiative mit dem am 2.12.2001 zur Abstimmung gebrachten Geschäft identisch ist. Damit liegt die Sperrwirkung gemäss § 8 Abs. 2 GOG vor, da es sich um eine Wiederholungsinitiative handelt.»

4.a) Die Beschwerdeführer wenden gegen die Qualifizierung als Wiederholungsinitiative unter anderem ein:

- Ein Geschäft gelte nur dann als von der Gemeindeversammlung «behandelt», wenn die Gemeindeversammlung *vor* Einreichung der Initiative in der gleichen Frage einen abschliessenden Sachentscheid getroffen habe. Vorliegend sei aber die Initiative am 23. Oktober 2001 und somit lange vor dem Datum der Urnenabstimmung vom 2. Dezember 2001 über das Kehrrechtreglement eingereicht worden.
- Wohl habe der Beschwerdeführer 1 anlässlich der Gemeindeversammlung vom 7. November 2001 neben einem Verschiebungsantrag auch Abänderungsanträge zum gemeinderätlichen Entwurf des Kehrrechtreglementes vom 7. November 2001 gestellt. Daraus aber die Identität der Initiative mit dem am 2. Dezember 2001 zur Abstimmung gebrachten Geschäft herleiten zu wollen, sei verfehlt. Die Abänderungsanträge an der Gemeindeversammlung seien mit der Initiative nicht deckungsgleich gewesen, und das Initiativrecht sei auch umfassender als das Recht zur Stellung von Abänderungsanträgen zu gemeinderätlichen Vorlagen.
- Dem Stimmbürger stehe sowohl das Recht auf Stellung von Anträgen an der Gemeindeversammlung als auch das Recht zur Einreichung von Initiativbegehren zu. Es sei nirgends gesetzlich festgehalten, dass die Stellung von Anträgen an der Gemeindeversammlung, die mit einem hängigen Initiativbegehren in irgendeiner Weise korrespondierten, zur Unzulässigkeit der Initiative führen würden.
- Es wäre der Vorinstanz möglich gewesen, das Initiativbegehren an der Gemeindeversammlung vom 7. November 2001 zu beraten.
- Selbst wenn § 8 Abs. 2 GOG auf den vorliegenden Sachverhalt anwendbar wäre, habe die Vorinstanz durch die Unzulässigerklärung einen Ermessensfehler begangen bzw. Ermessensmissbrauch oder -über-

B. 7.1

schreitung begangen. Die Stimmbürger hätten durch die Verwerfung des Kehrichtreglements angenommen, dass damit der gemeinderätliche Entwurf vom Tisch sei. Indes sei genau dieses abgelehnte Reglement vom Regierungsrat aufoktroiyert worden, sodass davon auszugehen sei, dass die Initiative jetzt gute Chancen zur Annahme hätte.

- Der Grundsatz «in dubio pro populo» sei analog auch auf die Wiederholungsinitiative anzuwenden.

b) Die Vorinstanz wendet u.a. ein:

- Informationen in Bezug auf den Inhalt des Entwurfs des gemeinderätlichen Abfallreglements seien seit Mai 2001 bekannt gewesen.
- Für die Qualifizierung als Wiederholungsinitiative könne es nicht auf den Zeitpunkt der Einreichung einer Initiative ankommen, andernfalls ein Bürger am Vorabend (im wahrsten Sinne des Wortes) ein Initiativbegehren einreichen könnte, um für den Fall, dass die Abstimmung nicht nach seinem Gusto ausgehe, eine nochmalige Abstimmung zum genau gleichen Sachverhalt erzwingen zu können, ohne dass dies verhindert werden könnte.
- Ob Identität vorliege, sei grundsätzlich weit auszulegen.
- Die vom Beschwerdeführer Ziffer 1 an der Gemeindeversammlung gestellten Anträge seien genau dieselben, wie sie der Initiativtext fordere. Einzig Ziffer 1 der Initiative sei anlässlich der Gemeindeversammlung nicht diskutiert worden. Dies betreffe aber die Ausgestaltung der anzuwendenden Spezialfinanzierung und sei ohnehin bereits im kantonalen Gesetz über den Finanzhaushalt der Bezirke und Gemeinden abschliessend geregelt. Überdies hätten die Initianten im Rahmen der Einreichung der Initiative erklärt, dass die Initiative zur Untermauerung des an der Gemeindeversammlung präsentierten Gegenvorschlags diene.
- Es treffe nicht zu, dass die Stimmbürger im Falle der Ablehnung des gemeinderätlichen Entwurfs darauf vertrauen konnten, dass dieser vom Tisch sei. Vielmehr sei in der Botschaft darauf hingewiesen worden, dass im Falle der erneuten Ablehnung eine regierungsrätliche Ersatzvornahme drohe, und in der Lokalpresse sei zum Ausdruck gebracht worden, dass im Falle der Ablehnung das von den Exekutiven der Höfner Gemeinden ausgearbeitete Reglement dennoch zum Zuge kommen werde.
- Das alte Kehrichtreglement sei mit dem Legalitätsprinzip nicht vereinbar gewesen (Blankodelegation an den Gemeinderat). Als der Gemeinderat Ende 2001 das neue Abfallreglement den Stimmbürgern vorgelegt habe, sei er nicht nur unter dem Termindruck des Umweltschutzgesetzes gestanden, sondern auch aufgrund der Widerrechtlichkeit des bestehenden Reglements sei er verpflichtet gewesen, endlich einen gesetzmässigen Zustand herzustellen. Die Beschwerdeführer vermittelten ein völlig falsches Bild, wenn sie geltend machten, die Ge-

meinde habe noch bis zum 1. Januar 2004 Zeit gehabt, ein neues Reglement einzuführen.

- Der Grundsatz «in dubio pro populo» beinhalte auch die Verpflichtung, dem Stimmvolk unsinnige (und teure) Urnengänge zu ersparen.

5.a) Der Gesetzestext von § 8 Abs.2 GOG enthält keine klare Antwort auf die Frage, an welchen Termin für Beginn und Ende der Zweijahresfrist anzuknüpfen ist. Insbesondere lässt sich die Rechtsauffassung der Beschwerdeführer, wonach eine Wiederholungsinitiative nur vorliege, wenn die Gemeindeversammlung *innert zwei Jahren vor der Einreichung* der Initiative die Frage behandelt hat, nicht aus dem GOG ablesen.

b) Nach der teleologischen Auslegungsmethode, welche nach der Rechtsprechung oft im Vordergrund steht, ist grundsätzlich auf den *Sinn und Zweck* (ratio legis) bzw. auf die Wertungen, die einer Gesetzesbestimmung zugrunde liegen, abzustellen (vgl. VGE 943/01 vom 30. August 2002, Erw. 3d; Häfelin/Müller, Grundriss des Allgemeinen Verwaltungsrechts, 3. A., Rz. 177 mit Hinweisen, u.a. auf BGE 118 Ib 187, 193ff.). Der *Sinn von § 8 Abs. 2 GOG* besteht darin, das Stimmvolk nicht innert kurzer Frist zweimal zu gleichen Fragen an die Gemeindeversammlung bzw. an die Urne zu rufen. Es soll administrativer und finanzieller Aufwand gespart werden und der «politischen Zwängerei» entgegengewirkt werden (vgl. auch Hangartner/Kley, a.a.O., S. 823, Rz. 2069, wonach die Sperrfrist als Einrichtung gegen den Missbrauch des Initiativrechts gesehen wird; Friedli, Kommentar zum bernischen Gemeindegesetz, Bern 1999, S. 131, Rz. 17 zu Art. 17, wonach Sperrfristen dazu bestimmt sind, «die Stimmberechtigten davor zu bewahren, sich in kurzen Zeitabständen erneut mit demselben Anliegen herumschlagen zu müssen»; vgl. auch Thalmann, Kommentar zum Zürcher Gemeindegesetz, Zürich 1987, S. 163 zur Ungültigerklärung von Wiedererwägungsinitiativen: «Wiedererwägungsanträgen haftet oftmals der Makel der Zwängerei und des mangelnden Respekts für einen demokratischen Entscheid an; es besteht deshalb die *Möglichkeit, behördlicherseits eine Denkpause zu verordnen ...*», Kursivdruck nicht im Original).

Diese dargelegte ratio legis spricht für die Auffassung der Vorinstanz, wonach sich die vorliegende Initiative als Wiederholung eines innert zwei Jahren von der Gemeindeversammlung behandelten Geschäftes darstellt. Denn wenn die Initiative (betreffend Abänderung eines kommunalen Abfallreglements) kurz vor der beratenden Gemeindeversammlung (ebenefalls betreffend Änderung des kommunalen Abfallreglements) eingereicht wird, gelangt das gemeinderätliche Sachgeschäft zwingend zeitlich vor der Initiative an die beratende Gemeindeversammlung und an die Urnenabstimmung, so dass sich die Initiative dann eben als Wiederholung präsentiert (andere Meinung, aber ohne Bezugnahme auf die hier gegebene Konstellation offenbar: Gander, a.a.O., Ziff. 2.4, S. 401).

Das Vorliegen einer Wiederholungsinitiative ist umso mehr zu bejahen, wenn wie hier erstens die Initiative kurz vor der beratenden Gemeinde-

B. 7.1

versammlung eingereicht wurde und zweitens die Anliegen der Initiative an der beratenden Gemeindeversammlung als Abänderungsanträge zum gemeinderätlichen Vorschlag vorgebracht sowie in der anschliessenden Abstimmung abgelehnt wurden. Die Gemeindeversammlung hat sich somit im konkreten Fall bereits mit den in der Initiative enthaltenen Begehren befasst (wenn auch nur materiell und nicht formell, sowie nur in der Form der beratenden Gemeindeversammlung).

c) Dafür, dass die Vorinstanz vom Vorliegen einer Wiederholungsinitiative ausgehen durfte, sprechen auch die folgenden Aspekte. Zu beachten ist, dass die Kantonsverfassung eine Rechtsetzungsinitiative (d.h. eine Initiative zum Erlass von Rechtssätzen) nur in der *Form der allgemeinen Anregung* zulässt (vgl. § 73 Abs.2 KV). Die «allgemeine Anregung» auf Gemeindeebene ist das an die Gemeindeorgane gerichtete Begehren, in bestimmter Weise tätig zu werden (vgl. auch Hangartner/Kley, a.a.O., S.155, Rz.366). Dabei kommt ein *zweistufiges Verfahren* zum Zug: In der 1. Stufe haben die Stimmbürger über das Initiativbegehren auf Erlass oder Abänderung einer Verordnung zu beraten und darüber abzustimmen. Falls eine Mehrheit dem Begehren zustimmt, kommt es zur 2. Stufe, in welcher der Gemeinderat eine dem Anliegen entsprechende (detaillierte) Vorlage auszuarbeiten und der Gemeindeversammlung zu unterbreiten hat (vgl. § 8 Abs. 5 GOG; F. Huwyler, *Das Recht der Volksinitiative in den Bezirken und Gemeinden des Kantons Schwyz*, publ. in EGV-SZ 1986, S. 157ff., S. 169; vgl. auch ZBI 1990, S. 403f.). Aus dieser von der Kantonsverfassung vorgegebenen Regelung, welche ein Initiativbegehren zur Abänderung des kommunalen Abfallreglements nur in der Form der allgemeinen Anregung zulässt, ist ohne weiteres abzuleiten, dass bei der Frage, ob eine *Wiederholung eines innert zwei Jahren von der Gemeindeversammlung behandelten Geschäftes* vorliegt, nur zu prüfen ist, *ob es um die gleiche Sache (Materie) geht* (vgl. auch Gander, a.a.O., S. 401: «Initiative in derselben Sache»; vgl. auch Huwyler, a.a.O., S. 167: «dann muss er auf eine die gleiche Materie beschlagende Initiative nicht eintreten»). Entgegen der sinngemässen Meinung der Beschwerdeführer ist nicht darauf abzustellen, ob und inwiefern das Initiativbegehren von der an der betreffenden Gemeindeversammlung vorgelegten Sachvorlage in einzelnen Punkten abweicht, da die Initiative nur in der Form der allgemeinen Anregung möglich ist. Mithin sollen mit einem Initiativbegehren die Gemeindeorgane verpflichtet werden, in einer bestimmten Sache tätig zu werden. Dabei handelt es sich beim vorliegenden Initiativbegehren um Änderungen hinsichtlich des kommunalen Abfallreglements, eine Thematik, welche offenkundig bereits Gegenstand des Sachgeschäftes Nr. 1 der Gemeindeversammlung vom 7. November 2001 bildete. In diesem Zusammenhang rechtfertigt es sich grundsätzlich, bei der Behandlung der Frage, was als Wiederholung eines Geschäftes zu betrachten ist, jedenfalls dann einen *weiten Massstab* anzuwenden, wenn ein bestimmtes Initiativbegehren (betreffend Änderung des kommunalen Abfallregle-

ments) kurz vor einer Gemeindeversammlung eingereicht wird, welches auf eine an der bevorstehenden Gemeindeversammlung traktandierten Sachvorlage Bezug nimmt und dabei die gleiche Materie betrifft.

Des Weiteren ist zu berücksichtigen, dass § 8 Abs. 2 GOG dem Gemeinderat einen Ermessensspielraum belässt (vgl. oben, Erw.2). Dieser Beurteilungsspielraum wird hier entgegen der Auffassung der Beschwerdeführer nicht verletzt.

Aus den dargelegten Gründen ist im konkreten Fall nicht zu beanstanden, dass der Gemeinderat das kurz vor einer Gemeindeversammlung eingereichte, auf Abänderung des kommunalen Abfallreglements abzielende Initiativbegehren, welches auf eine an der bevorstehenden Gemeindeversammlung traktandirierte Sachvorlage Bezug nahm und die gleiche Materie betraf (ebenfalls Änderung des Abfallreglements), als Wiederholungsinitiative qualifiziert hat.

d) In der Folge ist noch zu prüfen, ob der Gemeinderat im angefochtenen Beschluss zu Recht annehmen durfte, es lägen keine neuen Tatsachen vor, die eine nochmalige Behandlung rechtfertigen. Neue Tatsachen sind nicht nur solche, die als Revisionsgründe in Betracht fallen, sondern auch und vor allem *Tatsachen, die sich erst nach der Beschlussfassung durch die Gemeindeversammlung verwirklicht haben* (vgl. Gander, a.a.O., S. 402 oben, mit Hinweisen auf § 61 lit. b VRP und § 34 VRP, wobei an dieser Stelle zutreffend festgehalten wurde, dass Umstände wie z.B. ein knappes Abstimmungsergebnis, eine schlechte Stimmbeteiligung oder ein behaupteter Wandel in der öffentlichen Meinung für sich allein nicht als Rechtfertigungsgründe für eine nochmalige Behandlung gelten).

Solche neuen Tatsachen, die eine nochmalige Behandlung rechtfertigen, sind hier nicht ersichtlich. Entgegen der sinngemässen Meinung der Beschwerdeführer ist darin, dass der Regierungsrat am 5. Februar 2002 und damit mehrere Monate nach der Einreichung des Initiativbegehrens eine aufsichtsrechtliche Massnahme getroffen hat, keine neue Tatsache zu erblicken, welche eine nochmalige Behandlung im Sinne von § 8 Abs. 2 letzter Teilsatz GOG rechtfertigt.

e) Zusammenfassend durfte der Gemeinderat ... nach Massgabe von § 8 Abs. 2 GOG das vorliegende Initiativbegehren als Wiederholung eines innert zwei Jahren von der Gemeindeversammlung behandelten Geschäftes betrachten, und er durfte davon ausgehen, dass keine neuen Tatsachen vorliegen, welche eine nochmalige Behandlung rechtfertigen. An diesem Ergebnis vermögen die weiteren Vorbringen der Beschwerdeführer nichts zu ändern. Unbehelflich ist namentlich auch das Argument, im Zweifel sei nach dem Grundsatz «in dubio pro populo» zu verfahren. Denn diese Auffassung übersieht, dass der kantonale Gesetzgeber ausdrücklich dem Gemeinderat die Möglichkeit eingeräumt hat, in bestimmten Fällen davon abzusehen, in kurzen Zeitabständen die gleiche Thematik den Stimmberechtigten vorzulegen. Eine solche ausdrücklich im Ge-

B. 8.1

setz vorgesehene Möglichkeit steht durchaus auch im Interesse des Stimmvolkes (pro populo), zumal eine vom Gemeinderat gestützt auf § 8 Abs. 2 GOG angeordnete Ungültigerklärung einer Initiative als befristete Denkpause in einer bestimmten Materie zu verstehen ist. In diesem Sinne hilft das Kürzel «in dubio pro populo» (vgl. dazu VGE 651 + 654/92 vom 24. Nov. 1992, Erw. 3a mit Verweis auf ZBl 1989, S. 269) hier nicht weiter. (VGE 892/02 vom 30. Oktober 2002).

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

8.1 Planungs- und Baurecht

- *Erschliessungshilfe (§ 41 PBG).*
- *Zweck, Umfang und Zumutbarkeit der Erschliessungshilfe.*
- *Zweistufiges Verfahren (1. Stufe: Duldungsverpflichtung; 2. Stufe: Festlegung der Entschädigungssumme).*

Aus den Erwägungen:

1. Der Gemeinderat kann die Eigentümer und direkten Anstösser bestehender privater Erschliessungsanlagen verpflichten, die Mitbenützung und den Ausbau durch Dritte gegen volle Entschädigung zu dulden, sofern dies zumutbar und für eine landsparende oder zweckmässige technische Lösung notwendig ist. Können sich die Beteiligten nicht einigen, enteignet der Gemeinderat die erforderlichen Rechte zugunsten des interessierten Dritten und veranlasst nach Bezahlung der Entschädigung die Eintragung im Grundbuch. Die Entschädigung wird, sofern sich die Beteiligten darauf nicht einigen können, auf Begehren des Enteigneten, des Dritten oder der Gemeinde von der nach dem Enteignungsrecht zuständigen Schätzungskommission festgesetzt. Sie legt auch den Beitrag des Dritten an die Kosten des Unterhalts fest (§ 41 PBG).

2. Die Beschwerdeführer machen im Wesentlichen geltend, die Erschliessungshilfe gemäss § 41 PBG dürfe «nur in echten Notsituationen zur Anwendung kommen». Im konkreten Fall heisse dies, der Beschwerdegegner müsse sich «aufgrund der den Beschwerdeführern zustehenden Eigentumsgarantie mit dem zufrieden geben, was ihm das bestehende Wegrecht ermöglicht.» Das sei immerhin noch die Errichtung eines Einfamilienhauses. Das Wesen der Erschliessungshilfe impliziere «nicht automatisch die Ermöglichung einer maximalen Ausnützung des zu erschliessenden Grundstückes.» Die zulässige Nutzung müsse fallbezogen unter Berücksichtigung der Interessen beider privaten Parteien ermittelt wer-

den. Die Erschliessungshilfe dürfe nur soweit eingeräumt werden, als es für den zu enteignenden Nachbarn zumutbar sei. Wegen des Aussichts- entzuges sei vorliegend die Erschliessungshilfe unzumutbar. Mit dem Kri- terium der Zumutbarkeit werde die Berücksichtigung aller relevanten In- teressen der von der Enteignung betroffenen Grundeigentümer verlangt. Dazu gehörten selbstverständlich auch die Nachteile, die sich für diese aus der beabsichtigten Baute ergeben. Wörtlich:

«Etwas «schlaumeierhaft» wirkt das Argument des Regierungsrates, wonach die Frage des Aussichts- entzuges im Baubewilligungsverfahren zu prüfen sei. Jeder, der mit dem öffentlichen Baurecht nur einigermaßen vertraut ist, weiss, dass die Nachbarn im Bau- bewilligungsverfahren kein Recht auf Aussicht haben, sondern nur einen Anspruch auf Einhaltung der Grenz- und der Gebäudeabstände sowie der zulässigen Ausnützungsziffer. Darum können die Nachbarn im Baubewilligungsverfahren gar nicht mehr geltend machen, ihnen werde durch das Bauvorhaben, welches erst durch die Enteignung ihrer Rechte ermöglicht wurde, die Aussicht entzogen. Insgesamt verlangt das Zumutbarkeitskriterium, dass die Frage, ob durch die Er- schliessungshilfe resp. die dadurch ermöglichte bauliche Nutzung sich ein für die Be- schwerdeführer nicht hinzunehmender Aussichts- entzug ergibt, schon im Erschlies- sungsverfahren zu prüfen ist. Die Interessenabwägung, die im Rahmen der Erschlies- sungshilfe vorgenommen werden muss, ist durchaus mit jener vergleichbar, die bei der Erteilung der Ausnahmegewilligungen stattfinden. Ausnahmegewilligungen sind nur zu erteilen, wenn diese für die Nachbarn nicht mit «ins Gewicht fallenden rechtlichen oder tatsächlichen Nachteilen verbunden ist» (EGV 1986, S. 137). Ein Entzug von Aussicht (...) ist aber gemäss gängiger und richtiger Praxis und Lehre ein ins «Gewicht fallender Nachteil», welchen die Beschwerdeführer nicht hinzunehmen haben. Der Umstand, ob eine Liegenschaft Aussicht auf (...) hat, ist denn auch in (...) ein erheblicher kommer- zieller Faktor geworden und vermindert oder erhöht den Wert von Liegenschaften er- heblich.»

3.a) Die Erschliessungshilfe nach § 41 PBG setzt voraus, dass sie zur Schaffung einer hinreichenden Erschliessung und mithin zur Herbei- führung der Baureife für ein Drittgrundstück erforderlich ist. Die durch die Zonenvorschriften eröffneten Überbaumungsmöglichkeiten setzen den entsprechenden Rahmen für die hinreichende Erschliessung. Zusätzlich ist von der erwarteten Gesamtbeanspruchung der Erschliessungsstrasse unter Einschluss der Nachbarschaft und der Allgemeinheit auszugehen. Das Gericht hat im Zusammenhang mit der Ermittlung dieser zu erwar- tenden Gesamtbeanspruchung aber entschieden, dass grundsätzlich nur fahrwegberechtigte Grundstücke miteinzubeziehen sind (EGV-SZ 1999, Nr. 11, S. 31).

b) Daraus ist zunächst zu folgern, dass die Argumentation, aufgrund der bestehenden Wegdienstbarkeit für ein Einfamilienhaus (vgl. unten Erw. 3d) komme die Erschliessungshilfe für eine maximale zonenkonfor- me Überbauung nicht mehr in Frage, unzutreffend ist. Was an einer zo- nenkonformen Überbauung möglich ist (und mithin auch an einer maxi- malen, welche evtl. sogar mit einer Ausnahmegewilligung verbunden ist), kann die Erschliessungshilfe nach § 41 PBG beanspruchen, sofern alle Voraussetzungen, insbesondere auch die der Zumutbarkeit, erfüllt sind. Andernfalls würde der Zweck der Erschliessungshilfe, nämlich die zonen-

B. 8.1

konforme Nutzung, zum vornherein in unzulässiger Weise eingeschränkt. Anders wäre es, wenn der Geschwister von sich aus auf eine maximale (aber immer noch zonenkonforme) Nutzung im Rahmen der nachgesuchten Erschliessungshilfe verbindlich verzichtet (ohne damit aber mit Blick auf benachbarte Liegenschaften die Gesamtbeanspruchungspraxis zu verletzen). Dies könnte unter Umständen für die Beurteilung der Zumutbarkeitsvoraussetzung (vgl. EGV-SZ 1999, Nr. 12, S. 38), aber auch für die Entschädigungshöhe (was hier nicht zu beurteilen ist) von Bedeutung sein. Liegt indes kein solcher Verzicht vor, ist bei der Beurteilung der Erschliessungshilfe von einer maximalen Nutzung und mithin von einer generellen Sicherstellung der Erschliessung auszugehen. Steht das Mass der zu erschliessenden Nutzung im dargelegten Sinne fest, muss sich die Erschliessungshilfe auf das Erforderliche beschränken. Das Gericht hat deshalb entschieden, dass ein Liegenschaftseigentümer nicht eine komfortablere Erschliessung für eine bestehende, hinreichend erschlossene Baute über § 41 PBG beanspruchen kann (EGV-SZ 1998, Nr. 9). Wird dagegen eine überbaute, hinreichend erschlossene Liegenschaft im Rahmen der Zonenvorschriften erweitert, würde die Erschliessungshilfe im Rahmen des Erforderlichen grundsätzlich zur Verfügung stehen, soweit die übrigen Voraussetzungen erfüllt sind.

c) Vor Verwaltungsgericht ist von Seiten der Parteien unbestritten, dass auf der fraglichen Liegenschaft KTN A aus Sicht des öffentlichen Baurechts eine Terrassenüberbauung in den Ausmassen des mit dem Gesuch eingereichten möglichen Bauprojektes grundsätzlich möglich ist (Art. 37 Abs. 2 BauR). Darüber ist in casu aber nicht verbindlich zu entscheiden. Der daraus zu erwartende Mehrverkehr (neun Abstell- oder Garagenplätze) wird ebenfalls nicht in Frage gestellt. Dieser Mehrverkehr entspricht einer maximalen Nutzung auf KTN A.

d) Unbestritten ist auch, dass zu Gunsten von KTN A anlässlich des Kaufvertrages (...) folgende Dienstbarkeit neu begründet wurde:

«Fuss- und Fahrwegrecht zu Lasten Kat.-Nr. B Baukonsortium entlang der südlichen Grenze, und im Abstand von 4 Metern entlang der östlichen Grenze, alles gemäss Plan vom (...) rot eingezeichnet. Die Unterhalts- und Wartungspflicht wird im Verhältnis 12:1 zu Lasten Kat.-Nr. B Baukonsortium und A Kaufparzelle verteilt. Für den Bau eines Hauses auf Kat.-Nr. A Kaufparzelle kann das Fahrwegrecht auch mit Lastwagen und Baumaschinen benützt werden, wobei die Strasse nach Abschluss der Bauarbeiten wieder in Stand gestellt werden muss und wobei die Zufahrten zu den Garagen auf Kat.-Nr. B Baukonsortium immer frei bleiben müssen. Betreffend Erstellung der Strasse, siehe Ziffer III.»

Unter Ziffer III 7 wurde die Dienstbarkeit wie folgt ergänzt:

«Die Strasse wird vom Baukonsortium bis und mit Grenze des unter Ziffer 6 erwähnten Autoabstellplatzes auf eigene Kosten erstellt.»

Die damals erstellte Strasse präsentiert sich als Vorplatz zu den beiden bestehenden Terrassenhäusern. Eine Fahrbahnfläche ist optisch nicht ausgetrennt. Die Situierung und Ausbaubreite der bestehenden und im östli-

chen Bereich über eine kurze Strecke noch zu erstellenden Erschliessungsfläche ergibt sich somit anhand des der Dienstbarkeitsbegründung zugrunde liegenden Planes, der unbestrittenermassen ein Fuss- und Fahrwegrecht auf einer Breite von 3 m einräumt. Die gewährte Erschliessungshilfe stützt sich auf diese Dienstbarkeit. Der Gemeinderat erachtet mit anderen Worten in Anbetracht des geringen Mehrverkehrsaufkommens eine Verbreiterung für nicht notwendig. Diese Beurteilung wird vor Verwaltungsgericht grundsätzlich ebenfalls nicht in Frage gestellt. Ob im Bereich der zu erstellenden Rampe eine allfällige Reduzierung der eigentlichen Fahrbahnfläche auf ca. 2,7 m (wegen des Urteils des Einzelrichters des Bezirks ...) den Anforderungen einer hinreichenden Erschliessung noch zu genügen vermöchte, ist im vorliegenden Verfahren nicht verbindlich zu entscheiden, sondern wird Gegenstand des ausstehenden Baubewilligungsverfahrens sein. Der Rechtsvertreter des Gemeinderates wies in diesem Zusammenhang anlässlich der Augenscheinverhandlung jedoch mit Recht darauf hin, dass es sich um den letzten Abschnitt der Erschliessung der Bauliegenschaft KTN A handeln würde (was als Hinweis auf die geringfügige Bedeutung dieser möglichen Fahrbahnflächenversmälnerung zu verstehen ist).

Die Beschwerdeführer und Beschwerdegegner sind sich im Übrigen soweit einig, dass die vorhandene Wegdienstbarkeit für die hinreichende Erschliessung der KTN A bei maximaler Ausnützung der baureglementarischen Möglichkeiten nicht greift (...).

e) Es wird nicht geltend gemacht, weitere (Bau)Liegenschaften seien berechtigt, den bestehenden Fahr- und Fussweg auf KTN B zu benutzen, oder weitere Erschliessungshilfen zu Lasten von KTN B stünden in Aussicht. Es steht mithin nur der aus der Überbauung der Liegenschaft KTN A zu erwartende Mehrverkehr zur Diskussion.

f) Zieht man in Betracht

- dass über KTN B eine Erschliessung an das öffentliche Strassennetz bereits besteht,
- dass die beschwerdegegnerische Liegenschaft KTN A über keinen Direktanschluss an die ...strasse verfügt, wohl aber über das Recht, ein Einfamilienhaus über den bestehenden Weg auf KTN B zu erschliessen,
- dass aufgrund der örtlichen und topographischen Begebenheiten nur eine Erschliessung über die ...strasse in Frage kommt,
- dass eine alternative Erschliessung über die (überbaute, der Bauliegenschaft vorgelagerte) Nachbarliegenschaft KTN C schon an der mangelnden Einfahrtbewilligung scheitern würde (Augenscheinprotokoll, S. 3), ganz abgesehen davon, dass der Beschwerdegegner über keinerlei Erschliessungsrechte verfügt und sich die Zumutbarkeitsfrage im Rahmen von § 41 PBG aufgrund der bestehenden Überbauung auf KTN C wesentlich anders stellen würde,

B. 8.1

kann nicht zweifelhaft sein, dass die angefochtene Gewährung der Erschliessungshilfe für eine Land sparende und zweckmässige technische Lösung notwendig ist.

g) Zu prüfen bleibt mithin noch die Frage der Zumutbarkeit. Diese Voraussetzung bezieht sich auf die Auswirkungen der Erschliessungsmittelbenutzung, also auf die Frage, ob das zusätzliche Verkehrs- und Fussgänger-aufkommen für die Beschwerdeführer zumutbar ist. Diese Frage ist klar zu bejahen. Die Erschliessungshilfe bezieht sich auf einen (zum grössten Teil) bestehenden Weg. Es bedarf keiner Wegverbreiterung (vgl. auch Baureglement, Anhang D). Das zusätzliche Verkehrs- und Fussgänger-aufkommen für die Überbauung der ... m² grossen Liegenschaft in der Zone W2 bei einer Ausnützungsziffer von 0,45 verursacht mit ca. 4 Wohneinheiten und 9 Abstellplätzen (vgl. Art. 19 BauR) nur einen geringfügigen und mithin zweifelsfrei zumutbaren Mehrverkehr.

Die Kritik der Beschwerdeführer richtet sich denn auch nicht gegen die Auswirkungen des Mehrverkehrs, sondern gegen den Aussichtsentszug des geplanten Terrassenhauses. Die Beschwerdeführer wollen mit anderen Worten über das Kriterium der Zumutbarkeit das in Frage stellen, was mit der Erschliessungshilfe gerade erreicht werden soll, nämlich die Baureife der beschwerdegegnerschen Liegenschaft. Dass die Liegenschaft KTN B überbaut werden kann, und zwar auch in der Weise, dass den Beschwerdeführern Aussicht entzogen wird, ist letztlich nicht in der Tatsache begründet, dass die Erschliessungshilfe gewährt wird, sondern darin, dass der Gemeindegouverän in Beachtung übergeordneten Rechts dem Nutzungsplan und den Bauvorschriften, die diese Überbauung erst ermöglichen, zustimmten. Müsste der Beschwerdegegner die Erschliessungshilfe nicht beanspruchen, stünden den Beschwerdeführern auch nur Einwendungen im Baueinspracheverfahren zur Verfügung. Die Zumutbarkeitsvoraussetzung über die unmittelbaren Auswirkungen der Erschliessungsmittelbenutzung hinaus auszudehnen, widerspricht dem Zweck der Erschliessungshilfe, die vom Souverän festgelegte Raumordnung umzusetzen. Inwiefern diese Raumordnung im vorliegenden Fall die Eigentumsgarantie verletzen soll, ist nicht nachvollziehbar. Es muss deshalb genügen, wenn die unmittelbaren Auswirkungen der Erschliessungsmittelbenutzung, also der Mehrverkehr, unter dem Titel der Zumutbarkeit in Betracht gezogen werden.

Unbehelflich ist in diesem Zusammenhang mithin auch die Argumentation, dass analog zur Ausnahmegewilligung eine Interessenabwägung vorzunehmen sei. Bei der Ausnahmegewilligung wird eine Baute in (teilweiser) Abweichung der Bauvorschriften erstellt, was die spezielle Berücksichtigung der privaten Interessen rechtfertigt. In casu steht eine solche Abweichung nicht zur Diskussion. Sie wäre abgesehen davon im Baubewilligungsverfahren zu beurteilen.

Soweit eine privatrechtliche Baubeschränkung vorliegen sollte, wäre darüber ebenfalls nicht im vorliegenden Verfahren zu befinden. Höchs-

tens in klaren Fällen könnte es aus verfahrensökonomischen Gründen sinnvoll sein, diesen Aspekt auch im Verfahren nach § 41 PBG mitzuberechnen, damit nicht Rechte enteignet werden, solange die privatrechtlichen Voraussetzungen für eine Überbauung gar nicht gegeben sind. Eine solche Situation ist in casu aufgrund der vorliegenden Akten nicht anzunehmen. Jedenfalls ist in der fraglichen Wegdienstbarkeit keine Baubeschränkung zu erkennen.

h) Aufgrund der vorliegenden Erwägungen erweist sich somit die Beschwerde als unbegründet. Daran vermögen die weiteren Einwände der Beschwerdeführer nichts zu ändern. Insbesondere ist in der Nichtdurchführung eines Augenscheins durch den Regierungsrat kein Rechtsfehler zu erkennen, zumal zur Hauptsache Rechtsfragen umstritten sind. Im Übrigen wird die Zulässigkeit des Verfahrens nach § 41 PBG ohne konkretes Baugesuch nicht mehr in Frage gestellt. Zu Recht, wie aufgrund der oben gemachten Darlegungen ohne weiteres zu folgern ist. Dass der Arealüberbauungsplan im Baureglement 1993 aufgehoben wurde, ist ebenfalls unbestritten.

Auch der erstmals anlässlich der Augenscheinsverhandlung vorgetragene Einwand, die vom Gemeinderat ... gewährte Erschliessungshilfe leide an formellen Mängeln, weil die Unterhaltungspflicht des Wegberechtigten, die Kosten der Rampe und die Entschädigungsfrage nicht gleichzeitig geregelt würden, vermag nicht zu greifen. Im kantonalen Recht wird unmissverständlich festgehalten, dass die mit der Erschliessungshilfe belasteten Eigentümer «die Mitbenützung und den Ausbau durch Dritte gegen volle Entschädigung zu dulden haben» (§ 41 PBG). Damit ergibt sich zunächst ex lege, dass der Ausbau (in casu die Verlängerung des bestehenden Weges) der Dritte (= der Grundeigentümer, dem die Erschliessungshilfe gewährt wird) auf eigene Kosten zu erstellen hat. Er hat zudem auch die Einräumung des Wegrechtes voll zu entschädigen (soweit das Recht nicht bereits eingeräumt ist). Schliesslich muss er sich auch angemessen am Unterhalt beteiligen (§ 41 Abs. 3 letzter Satz PBG). Im Falle einer vorzeitigen Besitzeinweisung ist übergangsweise eine Unterhaltsregelung zu treffen (§ 28 Abs. 1 VVzPBG). Daraus ergibt sich, dass die das Gesuch gutheissende Verwaltungsbehörde zusätzlich und fallbezogen insbesondere noch die Art des einzuräumenden Rechts (in casu unbeschränktes Fuss- und Fahrwegrecht) sowie die Situierung und Ausdehnung der belasteten (bestehenden und/oder künftigen) Erschliessungsfläche (in casu Verweis auf beigehefteten Plan) festzulegen hat (vgl. auch EGV-SZ 1999, Nr. 12, S. 36). Mit diesen Angaben können die belasteten Grundeigentümer absehen, welche Folgen die gewährte Erschliessungshilfe für sie zeitigen wird. Eine weitergehende Konkretisierung im Sinne einer Festlegung der Entschädigungssumme und des Unterhaltskostenverteilens widerspricht der gesetzlichen Regelung gemäss § 41 PBG (vgl. auch zweistufiges Verfahren bei anderen Enteignungen, EGV-SZ 1999, Nr. 14) und ist im vorliegenden Verfahrensstadium auch wenig sinnvoll.

B. 10.1

Nach der grundsätzlichen Duldungsverpflichtung gemäss Absatz 1 (im Sinne einer suspensiv-bedingten Enteignungsverfügung) hat der Gemeinderat vielmehr den Beteiligten die Gelegenheit einzuräumen, sich zu einigen (§ 41 Abs. 2, 1 Satzteil PBG; EGV-SZ 1993, Nr. 14, S. 36). Wenn einmal feststeht, dass eine Duldungsverpflichtung besteht, ist es durchaus möglich, dass sich die Parteien auf der Basis der behördlichen Verpflichtung einigen können. Dieser Zwischenschritt dient mithin einerseits der Befriedung nachbarlicher Differenzen und anderseits der Vermeidung unnützen Aufwands (siehe auch EGV-SZ 1999, Nr. 14, S. 47). Für den Fall, dass keine Einigung möglich wird, kommt die suspensiv-bedingte Enteignung zum Tragen. Anschliessend ist die Entschädigung festzusetzen (§ 41 Abs. 3 PBG). Nach Bezahlung der Entschädigung veranlasst der Gemeinderat die Eintragung im Grundbuch (§ 41 Abs. 2 PBG). Eine vorzeitige Mitbenützung der Erschliessungsanlage und die Besitzeseinweisung bewilligt die zuständige Schätzungskommission, wenn die Enteignungsverfügung des Gemeinderates rechtskräftig ist und die mutmassliche Entschädigungssumme hinterlegt oder sichergestellt wird sowie die erforderlichen Beweise erhoben sind (§ 28 Abs. 1 VVzPBG). (VGE 1024/01 vom 15. Februar 2002).

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

10.1 Landwirtschaft

- *Wer mit dem Mieter einer landwirtschaftlichen Liegenschaft einen Pachtvertrag abgeschlossen hat, ist nicht Partei im Sinne von Art. 83 BGGB und damit nicht Partei im Beschwerdeverfahren betr. die Bewilligung des Erwerbs einer landwirtschaftlichen Liegenschaft durch einen Nichtselbstbewirtschafter (Art. 64 BGGB) (Erw. 3).*
- *Ein allfälliges Vorkaufsrecht des Pächters muss nicht im Bewilligungsverfahren nach Art. 64 BGGB geltend gemacht werden. Der zivilrechtliche Rechtsschutz genügt der Interessenwahrung des Vorkaufsberechtigten (Erw. 4).*

Aus dem Sachverhalt:

A. ist Eigentümerin zweier landwirtschaftlicher Grundstücke mit nicht-landwirtschaftlichen Wohnbauten in der Gemeinde X. Die beiden Grundstücke sind an die Gemeinde X. vermietet. Die Gemeinde X. hat für das eine Grundstück mit dem Landwirt N.N. im Jahre 1992 einen Pachtvertrag zur landwirtschaftlichen Nutzung des Umgeländes der Wohnbauten abge-

schlossen. Mit Kaufvertrag vom x.x.2001 veräusserte A. die landwirtschaftlichen Grundstücke an die Genossame Z. Das Volkswirtschaftsdepartement verweigerte jedoch in der Folge die Erteilung einer Bewilligung zum Erwerb der beiden Grundstücke durch die Genossame. Eine von der Genossame dagegen erhobene Beschwerde hiess das Verwaltungsgericht mit Entscheid 872/01 vom 30. Oktober 2001 insofern gut, als dass das Vorliegen eines wichtigen Grundes für eine Ausnahme vom Selbstbewirtschafterprinzip bejaht wurde, die angefochtene Verfügung aufgehoben und die Sache zur Prüfung der Frage, ob ein Verweigerungsgrund nach Art. 63 Abs. 1 lit. b BGG vorliegt (übersetzter Preis), ans Volkswirtschaftsdepartement zurückgewiesen wurde. Daraufhin stimmte das Volkswirtschaftsdepartement mit Verfügung vom 12. Dez. 2001 dem Erwerb der Grundstücke durch die Genossame unter Auflagen zu. Diese Verfügung hat das Volkswirtschaftsdepartement auch N.N. zugestellt. Mit Eingabe vom 14. März 2002 liess N.N. beim Verwaltungsgericht ein Revisionsbegehren einreichen mit dem Antrag, der Entscheid 872/01 vom 30. Okt. 2001 sei aufzuheben und die Sache betreffend BGG (Bewilligung zum Erwerb landwirtschaftlicher Grundstücke) nach Beiladung des Gesuchstellers und vollumfänglicher Gewährung dessen rechtlichen Gehörs neu zu beurteilen.

Aus den Erwägungen:

3. In § 61 VRP werden die *Parteien* als Gesuchsteller für die Durchführung einer Revision bezeichnet, d.h., das Revisionsbegehren kann durch eine am früheren Verfahren beteiligte Partei gestellt werden. In casu war der Gesuchsteller unstreitig nicht Partei des ursprünglichen Verfahrens. Es ist jedoch gerechtfertigt, neben den Parteien zumindest auch denjenigen Personen die Befugnis zur Einreichung eines Revisionsbegehrens zu gewähren, welche im ursprünglichen Verfahren zu Unrecht nicht zugelassen wurden und denen damit das rechtliche Gehör verweigert wurde. Es stellt sich damit die Frage, ob dem Gesuchsteller im Beschwerdeverfahren vor Verwaltungsgericht zu Unrecht keine Parteistellung eingeräumt wurde bzw. ob das Gericht ihn im Beschwerdeverfahren von sich aus (und ohne Antrag von Seiten des Gesuchstellers) hätte ins Verfahren beiladen und ihm dadurch Parteistellung zuerkennen müssen.

a) Die kantonale Bewilligungsbehörde hat ihren Entscheid über Ablehnung oder Gutheissung eines Gesuches um Erwerb eines landwirtschaftlichen Grundstückes den Vertragsparteien, dem Grundbuchverwalter, der kantonalen Aufsichtsbehörde, dem Pächter sowie Kaufs-, Vorkaufs- oder Zuweisungsberechtigten mitzuteilen (Art. 83 Abs. 2 BGG). Gegen die Verweigerung der Bewilligung können die Vertragsparteien, gegen die Erteilung der Bewilligung die kantonale Aufsichtsbehörde, der Pächter sowie Kaufs-, Vorkaufs- oder Zuweisungsberechtigte bei der kantonalen Beschwerdeinstanz Beschwerde führen (Art. 83 Abs. 3 BGG).

B. 10.1

Indem das Volkswirtschaftsdepartement die entsprechenden Verfügungen vorliegend dem Gesuchsteller zugestellt hat, kann ihm unstreitig keine Verletzung dieser Bestimmung vorgeworfen werden.

In Bezug auf das Verfahren vor der kantonalen Beschwerdeinstanz enthält das BGGB nur insofern eine Verfahrensregelung, als dass in Art. 88 Abs. 2 BGGB die Mitteilung letztinstanzlicher kantonalen Entscheide an das Eidg. Justiz- und Polizeidepartement verlangt wird. Art. 83 BGGB hat jedoch insofern Reflexwirkung auf Art. 88 BGGB bzw. auf das kantonale Beschwerdeverfahren, als dass die Legitimationsvoraussetzungen nach Art. 83 BGGB auch im kantonalen Beschwerdeverfahren gelten (vgl. Stalder in Kommentar BGGB, Art. 83 N 3).

Die Mitteilungspflicht an den Pächter und andere Dritte im Sinne von Art. 83 Abs. 2 BGGB regelt grundsätzlich noch nicht die Stellung dieser Dritten im Bewilligungsverfahren. Nachdem die Beschwerdebefugnis jedoch nur dann wahrgenommen werden kann, wenn der Berechtigte Kenntnis vom Entscheid hat, muss aus der Mitteilungspflicht und der Beschwerdebefugnis auch auf die Parteistellung im Bewilligungs- und im anschliessenden Beschwerdeverfahren geschlossen werden.

Wenn dem Pächter somit ausgehend von Art. 83 und Art. 88 BGGB Parteistellung im Bewilligungsverfahren zuzuerkennen ist, so ist seine Legitimation auch im vorliegenden Revisionsverfahren anzuerkennen. Es stellt sich damit die Frage nach der Parteistellung des Gesuchstellers im Bewilligungsverfahren.

b) Der Gesuchsteller leitet seine Parteistellung aus dem Umstand ab, dass er mit der Gemeinde ... einen Pachtvertrag abgeschlossen hatte.

Die Gemeinde ... hat die gesamte streitige Liegenschaft per 1992 von der Eigentümerin gemietet, und sie nutzt sie seitdem für die Unterbringung von Asylbewerbern. Die Liegenschaft verfügt – wie bereits erwähnt – über grosszügiges Umgelände, welches in früheren Jahren noch der Selbstversorgung und als Erholungsraum (Gemüsegarten, Obstgarten, Spielflächen) diente, spätestens aber seit der Aufgabe des Wohnheimes von den Bewohnern der Liegenschaft nurmehr teilweise genutzt wird. Zur Nutzung und Pflege dieses Umgeländes hat die Gemeinde ... mit dem Gesuchsteller am 26. März 1992 einen Pachtvertrag abgeschlossen, von welchem die Eigentümerin – wie sie anlässlich des Augenscheins vom 24. August 2001 darlegte – erst nach Abschluss des Kaufvertrages Kenntnis erhielt. Diese Sachverhaltsdarstellung wird von der Genossame ... im vorliegenden Verfahren in der Vernehmlassung vom 13. Juni 2002 wiederholt und blieb unbestritten.

Es stellt sich die Frage, ob der Gesuchsteller aufgrund des Pachtvertrages mit der Gemeinde ... als Pächter im Sinne von Art. 83 BGGB zu qualifizieren ist.

Durch den Pachtvertrag verpflichtet sich der Verpächter, dem Pächter eine nutzbare Sache oder ein nutzbares Recht zum Gebrauch und zum Bezug der Früchte oder Erträge zu überlassen, und der Pächter, dafür

einen Pachtzins zu leisten (Art. 275 OR). Verpächter ist in der Regel der Eigentümer des Pachtobjektes; aber auch der Nutzniesser oder der Pächter können Verpächter sein (vgl. Studer/Hofer, Das landwirtschaftliche Pachtrecht, S. 52). Die Gemeinde ... war weder Eigentümerin noch dinglich berechnigte Nutzniesserin des Pachtobjektes. Sie hat – soweit ersichtlich – mit der Eigentümerin auch keinen Pachtvertrag abgeschlossen, so dass sie grundsätzlich auch nicht als Pächterin bezeichnet werden kann. Indem ihr mit der Miete der Liegenschaft auch das ausgedehnte Umgelände überlassen wurde und dieses mindestens insofern regelmässig genutzt werden muss, als dies der normale Unterhalt der Mietsache erfordert, kann der Mieterin dennoch die Stellung einer Pächterin zuerkannt werden, auch wenn für sie bei der Nutzung des Umgeländes nicht der Nutzen an sich, sondern vielmehr die Landschaftspflege im Vordergrund steht. Von daher ist es angebracht, beim Verhältnis zwischen der Gemeinde und dem Gesuchsteller von einem Unterpachtverhältnis zu sprechen. Unstreitig *kein* Pachtverhältnis besteht jedoch zwischen der Eigentümerin und dem Gesuchsteller. Auch wenn der Gesuchsteller offenbar bereits vor der Übernahme der Liegenschaft durch die Gemeinde das Grasland der Liegenschaft bewirtschaften konnte (in den Parallelverfahren 819/02 und 820/02 wird geltend gemacht, dass von 1985 bis Ende 1991 ein mündlicher Pachtvertrag mit der Eigentümerin bestand, und es sind Pachtzinszahlungen für die Jahre 1985, 1986 und 1988 belegt), so ist doch unbestritten, dass seit mindestens Anfang 1992 kein Pachtverhältnis zwischen dem Gesuchsteller und der Grundeigentümerin mehr besteht. Spätestens ab diesem Zeitpunkt hat der Gesuchsteller der Grundeigentümerin auch keinen Pachtzins mehr bezahlt. Ob allenfalls vor der mietweisen Übernahme der Liegenschaft durch die Gemeinde ein Pachtvertrag zwischen der Grundeigentümerin und dem Gesuchsteller bestand, kann vorliegend offen bleiben, da auch der Gesuchsteller davon ausgeht, dass mit der Übernahme der Liegenschaft durch die Gemeinde als Mieterin ein allfälliges Pachtverhältnis einvernehmlich beendet wurde. Besteht nun aber kein Pachtverhältnis zwischen Grundeigentümerin und Gesuchsteller, sondern lediglich ein Vertragsverhältnis zwischen der Mieterin der Liegenschaft und dem Gesuchsteller, so kann daraus unmittelbar aus Art. 83 bzw. 88 BGGB noch keine Parteistellung abgeleitet werden.

c) Der Unterpächter wird in Art. 83 BGGB nicht als Verfügungsadressat und beschwerdelegitimiert bezeichnet. Es ist zwar nicht zu verkennen, dass auch der Unterpächter von der Veräusserung des von ihm gepachteten Grundstückes betroffen sein kann. Dies genügt jedoch für die Anerkennung der Parteistellung nicht. Der Kreis der Beschwerdeberechtigten ist in Art. 83 Abs. 3 BGGB enger gefasst als in den allgemeinen Vorschriften von Art. 103 lit. a OG und von Art. 48 lit. a VwVG. Bei der Bestimmung von Art. 83 Abs. 3 BGGB ging es dem Gesetzgeber gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung namentlich darum, die Nachbarn, die Umwelt- und Naturschutzorganisationen sowie die landwirtschaftlichen

B. 10.1

Berufsorganisationen als Beschwerdelegitimierte auszuschliessen. Daraus hat das Bundesgericht geschlossen, dass Art. 83 Abs. 3 BGG – entgegen dem, was die verwendete Formulierung vermuten lassen könnte – nicht derart verstanden werden dürfe, dass er eine abschliessende Aufzählung derjenigen Personen enthalte, die berechtigt seien, gegen die Erteilung der Bewilligung Beschwerde zu führen (Praxis 2000, Nr. 156). In diesem Sinne wurde die Legitimation eines vertraglichen (freihändigen) Erwerbers eines landwirtschaftlichen Grundstückes im Verfahren gegen die Erwerbsbewilligung eines Vorkaufsberechtigten bejaht (Praxis 2000, Nr. 156). Hingegen wurde die Legitimation des Bewirtschafters eines Grundstückes, welcher nicht Pächter ist, in ständiger Rechtsprechung verneint (ZBGR 2001, S. 106f; ZBGR 1998, S. 86).

Auch wenn der Gesuchsteller vorliegend über einen Pachtvertrag mit der Mieterin der Liegenschaft verfügt, so kann er daraus doch keine unmittelbaren Rechte gegenüber der Grundeigentümerin ableiten. Weder kommt ihm ein Vorkaufsrecht zu (Art. 47 BGG) noch bestehen aus Pachtvertrag Rechtsbeziehungen zur Grundeigentümerin. Rechte (und Pflichten) aus dem Pachtvertrag kommen ihm einzig gegenüber der Gemeinde zu. Es rechtfertigt sich von daher nicht, ihm im Bewilligungsverfahren eine andere Stellung zukommen zu lassen, als dem blossen Bewirtschaftler, der gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung keine Beschwerdebefugnis im Bewilligungsverfahren hat.

Vorliegend kommt hinzu, dass die Unterpacht gemäss Art. 291 Abs. 1 OR nur zulässig ist, wenn der Verpächter (d.h. der Grundeigentümer) ihr zustimmt. Eine solche Zustimmung hat die Grundeigentümerin nie gegeben, was sich aus der Tatsache ergibt, dass die Grundeigentümerin gemäss eigenen, unbestrittenen Sachverhaltsdarstellungen erst nach dem Abschluss des Kaufvertrages vom Pachtvertrag zwischen der Gemeinde und dem Gesuchsteller Kenntnis erhalten hat.

d) Nachdem der Gesuchsteller nicht als Partei des Bewilligungsverfahrens zu qualifizieren ist, kommt ihm auch keine Parteistellung im Sinne von § 61 VRP zu, und auf sein Revisionsgesuch ist nicht einzutreten.

4. Wenn der Gesuchsteller – wie er geltend macht – von einer Vorkaufsberechtigung seinerseits ausgeht, wäre es ihm ohnehin möglich bzw. möglich gewesen, durch Ausübung dieses Rechts das landwirtschaftliche Grundstück direkt und ausserhalb des Bewilligungs- und Beschwerdeverfahrens an sich zu ziehen. Gestützt auf Art. 216e OR und Art. 681a ZGB ist das gesetzliche Vorkaufsrecht innert 3 Monaten seit *Kenntnis* des Berechtigten vom Vertrag auszuüben; dies auch nach erfolgter Bewilligung und noch bis 2 Jahre nach dem Eintrag des neuen Eigentümers im Grundbuch. Seiner Beschwerdeführung gegen die Erwerbsbewilligung eines Dritten bedurfte es hierfür nicht (vgl. Stalder, Kommentar BGG, Art. 83 Rz. 15).

Das gesetzliche Vorkaufsrecht gewährt in diesem Sinne dem Berechtigten einen Rechtsschutz, der es ihm auch ohne Beteiligung am Bewilligungsverfahren erlaubt, seine Interessen zu wahren. Unter diesem Gesichtspunkt stellte sich auch bei Anerkennung der Beschwerdelegitimation des Gesuchstellers im Bewilligungsverfahren die Frage, ob das Rechtsschutzbedürfnis im Revisionsverfahren bejaht werden könnte, nachdem den Rechtsschutzinteressen auch im Rahmen der ordentlichen Ausübung der Rechte Genüge getan werden kann. (VGE 842/02 vom 19. Juli 2002).

10.2 Landwirtschaft

- *Genossame gilt nicht als Selbstbewirtschafterin im Sinne des BGGB (Erw. 1).*
- *Wann liegt ein wichtiger Grund im Sinne von Art. 64 BGGB für die Bewilligung zum Erwerb von landwirtschaftlichen Grundstücken trotz fehlender Selbstbewirtschaftung vor? Zusammenfassung der Rechtsprechung (Erw. 2).*

Aus den Erwägungen:

1.b) Die Vorinstanz hat vorliegend die Erwerbsbewilligung mit der Begründung verweigert, die Genossame ... sei nicht Selbstbewirtschafterin im Sinne des BGGB und es liege damit ein Verweigerungsgrund im Sinne von Art. 63 Abs. 1 lit. a vor. Die Beschwerdeführerin macht demgegenüber geltend, ihr käme sehr wohl die Stellung einer Selbstbewirtschafterin zu. Sie sei eine öffentlich-rechtliche Körperschaft, deren Zweck seit Jahrhunderten in der Bewirtschaftung von landwirtschaftlichem Boden liege und sie lasse auch heute noch eine Vielzahl von landwirtschaftlichen Grundstücken bewirtschaften.

c) Gemäss Art. 9 Abs. 1 BGGB ist Selbstbewirtschafter, wer den landwirtschaftlichen Boden *selber* bearbeitet und das landwirtschaftliche Gewerbe *persönlich* leitet. Es wird damit der Einsatz der eigenen Arbeitskraft verlangt. Öffentlich-rechtliche Körperschaften können klarerweise nicht Selbstbewirtschafter sein, denn sie können den landwirtschaftlichen Boden nicht selber bearbeiten und das landwirtschaftliche Gewerbe nicht selber leiten (vgl. Hofer, Kommentar BGGB, Art. 9, Rz. 22; Zimmerli, Das neue bäuerliche Bodenrecht – Die Grundzüge der Gesetzesrevision, ZBGR 73, S. 150). Davon geht auch das Bundesgericht in dem von der Beschwerdeführerin zitierten Entscheid BGE 122 III 287ff. aus, in welchem der Erwerb eines landwirtschaftlichen Grundstückes durch eine Korporation unter dem Gesichtspunkt des Erwerbs durch einen Nichtselbstbewirtschafter geprüft wurde.

2.a) Für den Fall, dass eine Qualifizierung als Selbstbewirtschafterin verneint wird, macht die Beschwerdeführerin geltend, es könne eine Ausnahme vom Prinzip der Selbstbewirtschaftung anerkannt werden.

B. 10.2

Gemäss Art. 64 Abs. 1 BGG ist die Bewilligung zum Erwerb von landwirtschaftlichen Grundstücken trotz fehlender Selbstbewirtschaftung zu erteilen, wenn der Erwerber einen *wichtigen Grund* nachweist. Als wichtige Gründe werden im Gesetz erwähnt:

- der Erwerb dient dazu, ein Gewerbe, das seit langem als Ganzes verpachtet ist, als Pachtbetrieb zu erhalten, einen Pachtbetrieb strukturell zu verbessern oder einen Versuchs- oder Schulbetrieb zu errichten oder zu erhalten (lit. a);
- der Erwerber verfügt über eine rechtskräftige Bewilligung für eine nach Art. 24 RPG zulässige nichtlandwirtschaftliche Nutzung (lit. b);
- der Erwerb erfolgt im Hinblick auf einen nach dem Raumplanungsrecht zulässigen Abbau von Bodenschätzen, und die Fläche ist nicht grösser, als es der Bedarf des Unternehmens an einer sinnvollen Rohstoffreserve oder an Realersatzland für eine Fläche im Abbaubereich, je für längstens 15 Jahre, erkennen lässt (lit. c);
- das landwirtschaftliche Gewerbe oder Grundstück liegt in einer Schutzzone, und der Erwerber erwirbt diesen Boden zum Zwecke dieses Schutzes (lit. d);
- mit dem Erwerb soll die schutzwürdige Umgebung einer historischen Stätte, Baute oder Anlage oder ein Objekt des Naturschutzes erhalten werden (lit. e);
- es liegt trotz öffentlicher Ausschreibung zu einem nicht übersetzten Preis (Art. 66) kein Angebot eines Selbstbewirtschafters vor (lit. f);
- ein Gläubiger, der ein Pfandrecht am Gewerbe oder am Grundstück hat, erwirbt dieses in einem Zwangsvollstreckungsverfahren (lit. g).

Vorliegend liegt unstreitig keiner der im Gesetz nicht abschliessend erwähnten wichtigen Gründe vor. Es stellt sich damit die Frage, ob sich die Beschwerdeführerin auf einen anderen wichtigen Grund berufen kann.

Die Beschwerdeführerin beruft sich diesbezüglich in erster Linie auf BGE 122 III 287ff. und macht geltend, sie biete als Allmeindkorporation beste Gewähr für eine langfristige landwirtschaftliche Nutzung des Bodens, das Grundstück stehe zurzeit nicht im Eigentum eines Selbstbewirtschafters, und ein seit 2001 bestehender Pachtvertrag über das Kaufobjekt stehe der Selbstbewirtschaftung durch einen Neuerwerber ohnehin entgegen.

b) Das Bundesgericht hatte sich bis anhin – soweit ersichtlich – in einem Fall zum Vorliegen von wichtigen Gründen im Sinne von Art. 64 BGG geäussert. (*Hinweis auf BGE 122 III 289ff.*)

(...).

Im zitierten Entscheid ging es um ein Landtauschgeschäft zwischen einer Korporation und einer (nichtlandwirtschaftlichen) AG, wobei die Korporation ca. 7000 m² (Bauerwartungsland) und die AG ca. 23000 m² Landwirtschaftsland ins Tauschgeschäft einbrachten. Das Bundesgericht erachtete das Vorliegen eines wichtigen Grundes als gegeben, weil das Rechts-

geschäft zu keiner Benachteiligung von Selbstbewirtschaftern führe und keine Änderung in Bezug auf Bestand und Umfang von Boden, der Selbst- und Nichtselbstbewirtschaftern gehöre, mit sich bringe und weil insgesamt der Tausch zu einem erheblichen Zuwachs an landwirtschaftlichem Boden für die Korporation führe und dieser Boden letztendlich wieder Selbstbewirtschaftern zur Verfügung stehe.

Das Verwaltungsgericht hat in einem neueren Entscheid (VGE 872/01 v. 30.10.01) zu dieser bundesgerichtlichen Rechtsprechung festgehalten, dass die Anwendung von Art. 64 BGGB sehr grosszügig erfolgte und die als wichtigen Grund für eine Ausnahme vom Selbstbewirtschaftersprinzip anerkannten Umstände grundsätzlich auch einen anderen Schluss zuliesse. So wurde dem Argument, das Erwerbsgeschäft führe zu keiner Änderung in Bezug auf Bestand und Umfang von Boden von Selbst- und Nichtselbstbewirtschaftern, entgegengehalten, dass sich landwirtschaftlich genutzte Grundstücke – auch wenn sie im Eigentum von Nichtselbstbewirtschaftern stehen – zumeist direkt oder indirekt in der Hand von Selbstbewirtschaftern befinden und das BGGB die Stärkung aller Selbstbewirtschafters, d.h. auch diejenige des Pächters, bezweckt (Art. 1 Abs. 1 lit. b BGGB; Studer, AJP 1996, S. 1300). Letztendlich könnten mit dieser Argumentation sämtliche Veräusserungen von Nichtselbstbewirtschaftern an Nichtselbstbewirtschafters vom Selbstbewirtschaftersprinzip ausgenommen werden. In Bezug auf den Hinweis, der Boden der Korporation stehe letztendlich wieder Selbstbewirtschaftern zur Verfügung, wurde festgehalten, dass diese Folgerung wohl zutreffe, aber auch zu berücksichtigen sei, dass die Korporationen – zumindest im Kanton Schwyz – ihre Tätigkeit seit langem schon auf den nichtlandwirtschaftlichen Immobilienbereich ausgedehnt haben und sie demgemäss ein erhebliches Interesse am Besitz und Erwerb von Bauerwartungsland haben. In Berücksichtigung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung hat das Verwaltungsgericht im zitierten Fall jedoch die Veräusserung einer in der Landwirtschaftszone gelegenen Liegenschaft von einem Nichtselbstbewirtschafters an eine Korporation als bewilligungsfähig anerkannt, wobei neben den oberwähnten Umständen in Betracht gezogen wurde, dass es sich um ein kleines landwirtschaftliches Grundstück (insgesamt ca. 10 000 m², wobei ca. 6 000 m² landwirtschaftlich genutzt) handelte, dass das Grundstück nur begrenzt landwirtschaftlich genutzt wurde (mit einem Wohnheim überbaut) und dass die Eigentümerin infolge der besonderen Situierung des Grundstückes ein erhebliches Interesse daran hatte, das Grundstück als Einheit zu veräussern und andererseits auch ein Erwerber, dem es in erster Linie um das Wohnheim geht, ein erhebliches Interesse daran hat, dass das Grundstück nicht aufgeteilt wird.

Im Entscheid VGE 845/02 vom 28. Juni 2002 hat das Verwaltungsgericht im Weiteren festgehalten, dass der Umstand, dass bereits der Veräusserer Nichtselbstbewirtschafters ist, für sich allein noch keinen wichtigen Grund im Sinne von Art. 64 BGGB darstelle. Im Sinne der in VGE

B. 10.2

872/01 wiedergegebenen Rechtsprechung stelle der Verkauf eines Nichtselbstbewirtschafters an einen Nichtselbstbewirtschaftler nur zusammen mit anderen Umständen, die insgesamt dem privaten Interesse am Erwerb durch einen Nichtselbstbewirtschaftler grösseres Gewicht geben als dem öffentlichen Interesse an der Durchsetzung des Selbstbewirtschaftlerprinzips, einen wichtigen Grund im Sinne von Art. 64 BGG dar. Dabei komme es auch darauf an, ob beim nichtselbstbewirtschaftenden *Erwerber* solche wichtigen Gründe vorlägen (vgl. Bandli/Stalder, a.a.O., Art. 64 N 5).

c) Vorliegend sind keine wichtigen Gründe ersichtlich, welche eine Ausnahme vom Selbstbewirtschaftlerprinzip rechtfertigen würden.

Zunächst ist fraglich, ob vorliegend – wie die Beschwerdeführerin geltend macht – von einer Übertragung der Liegenschaft von einem Nichtselbstbewirtschaftler an einen Nichtselbstbewirtschaftler gesprochen werde. Der bisherige Eigentümer, (...), hat die Liegenschaft bis und mit dem Jahr 2000 unstrittig selber landwirtschaftlich bewirtschaftet. Erst im Jahr 2001 hat er die Liegenschaft an einen Dritten (soweit ersichtlich an den Schwager) verpachtet. D.h. die Verpachtung erfolgte erst zu einem Zeitpunkt, als zumindest der überwiegende Teil der Forderungen, welche zu den Betreibungen und schlussendlich zur Versteigerung führte, entstanden und die Versteigerung wohl absehbar war. Bei dieser Sachlage und in Berücksichtigung des kurzen Zeitraums zwischen Aufgabe der Selbstbewirtschaftung und Versteigerung ist es nicht gerechtfertigt, von einer Veräusserung durch einen Nichtselbstbewirtschaftler zu sprechen.

Aus dem Argument, die Korporation bilde beste Gewähr für eine langfristige landwirtschaftliche Nutzung des Bodens, kann die Beschwerdeführerin ebenfalls nichts zu ihren Gunsten ableiten. Ein landwirtschaftliches Grundstück kann von jedem Eigentümer grundsätzlich nur landwirtschaftlich genutzt werden. Eine andere Nutzung wäre schon vom Raumplanungsrecht her nicht möglich. Indem die Beschwerdeführerin geltend macht, sie sei bereit, das Grundstück weiterhin an einen Selbstbewirtschaftler zu verpachten, beruft sie sich im Übrigen gerade auf die Wahrung des Selbstbewirtschaftlerprinzips, von dem sie eine Ausnahme verlangt und welchem durch die Übertragung des Grundstückes an einen Selbstbewirtschaftler klarerweise besser Rechnung getragen werden kann.

Soweit die Beschwerdeführerin auf den bestehenden Pachtvertrag verweist, der einer Selbstbewirtschaftung durch einen Neuerwerber entgegenstehe, ist zunächst darauf hinzuweisen, dass gemäss den Akten offenbar auch der Pächter am Erwerb der Liegenschaft interessiert war und an der Steigerung mit Angeboten mitgewirkt hat (Vi-act. 8). Bei einem Erwerb durch den Pächter steht der Pachtvertrag der Selbstbewirtschaftung klarerweise nicht entgegen. Aber auch bei einem Erwerb durch einen anderen Selbstbewirtschaftler kann der bestehende Pachtvertrag nicht als wichtiger Grund für die Ausnahme vom Selbstbewirtschaftlerprinzip herangezogen werden. Andernfalls könnte das Selbstbewirtschaftlerprinzip durch den Abschluss eines Pachtvertrages kurz vor der Veräusserung

eines landwirtschaftlichen Grundstückes praktisch vollends ausgeschaltet werden. Der Erwerber, der den Pachtgegenstand zur Selbstbewirtschaftung erwirbt, kann im Übrigen den Pachtvertrag auflösen (Art. 15 Abs. 1 LPG). Der Erwerber wird aus der vorzeitigen Beendigung der Pacht zwar schadenersatzpflichtig (Art. 15 Abs. 4 LPG), dies bedeutet aber nicht, dass eine Selbstbewirtschaftung schlichtweg unmöglich ist. Zudem weist die Vorinstanz zu Recht darauf hin, dass auch ein (zeitlich befristet) verpachtetes Grundstück die wirtschaftliche Existenz des Eigentümers langfristig stärkt. Der Pachtvertrag kann auf jeden Fall auf Ablauf der gesetzlichen Mindestdauer von 6 Jahren hin ordentlich und ohne Schadenersatzfolgen gekündigt werden (Art. 7 Abs. 1 i.V.m. Art. 16 LPG).

Letztendlich kann die Beschwerdeführerin auch aus dem obzitierten Verwaltungsgerichtsentscheid 872/01 nichts zu ihren Gunsten ableiten. Wie die Vorinstanz richtig festhält, weicht der vorliegende Sachverhalt erheblich vom dort zu beurteilenden Sachverhalt ab. Im Entscheid VGE 872/01 ging es um ein Grundstück gemischter Nutzung, dessen Wert sowohl für den Eigentümer als auch für einen Erwerber im darauf befindlichen Wohnheim und damit in der Wohnnutzung lag und dessen landwirtschaftliche Nutzfläche mehr als sechsmal kleiner war als im vorliegenden Fall. Des Weiteren musste im obzitierten Fall bei der Abwägung zwischen öffentlichem Interesse am Selbstbewirtschaftungsprinzip und privatem Interesse an der Verhinderung einer Zerstückelung des Grundstückes der besonderen Situierung des Grundstückes Rechnung getragen werden.

Zusammenfassend ist somit ein wichtiger Grund im Sinne von Art. 64 BGG für eine Ausnahme vom Selbstbewirtschaftungsprinzip nicht gegeben und die vorinstanzliche Verfügung ist zu bestätigen.

(VGE 862/02 vom 19. Juli 2002; bestätigt durch Urteil des Bundesgerichts 5A.22/2002 vom 7. Februar 2003).

11. Arbeitsvergebung (Submission)

11.1 Arbeitsvergebung

– *Abbruch des Vergabeverfahrens/Widerruf eines unter Vorbehalt erteilten Zuschlages.*

Aus dem Sachverhalt:

Der Regierungsrat hatte verschiedene Arbeiten für den Neubau «Sicherheitsstützpunkt Biberbrugg» unter Vorbehalt vergeben. Der Vorbehalt betraf die rechtskräftige Genehmigung der «Änderung des Gesetzes über den Sicherheitsstützpunkt Biberbrugg» durch den Kantonsrat.

B. 11.1

Ca. drei Monate später hat der Regierungsrat diese Arbeitsvergebungen widerrufen und das Vergabeverfahren abgebrochen. Drei Anbieterinnen bzw. Anbietergemeinschaften reichten dagegen Beschwerde ein, welche das Verwaltungsgericht in separaten, jedoch grösstenteils gleich lautenden Entscheiden abwies.

Aus den Erwägungen:

2.a) Der Regierungsrat begründet den Zuschlagswiderruf und den Abbruch des Vergabeverfahrens einerseits mit dem Nichteintreten der in der rechtskräftigen Vergabeverfügung enthaltenen Suspensivbedingung (rechtskräftige Genehmigung der Gesetzesänderung bzw. der «Änderung des Gesetzes für den Sicherheitsstützpunkt Biberbrugg» durch den Kantonsrat), anderseits mit dem Nichteinhalten der Ausschreibungsbedingungen infolge Veränderung der zeitlichen Rahmenbedingungen zur Auftragserteilung. Er beruft sich konkret auf § 31 und § 32 Abs. 2 lit. b und c VVzIVöB (SRSZ 430.121).

b) Die Beschwerdeführerinnen bemängeln an diesem Vorgehen im Wesentlichen,

- dass der Grundsatz der Vertraulichkeit verletzt werde (die Mitbewerber hätten nun Kenntnis vom Angebotspreis der Beschwerdeführerinnen),
- dass die Voraussetzungen für den Zuschlagswiderruf gemäss § 31 IVöB nicht erfüllt seien,
- dass nicht gleichzeitig ein Zuschlag widerrufen und das Vergabeverfahren abgebrochen werden könne,
- dass nach dem rechtskräftigen Zuschlag in öffentlich-rechtlicher Hinsicht nicht mehr von einem laufenden Vergabeverfahren gesprochen werden könne,
- dass die Voraussetzungen für einen Abbruch aufgrund veränderter Rahmen- oder Randbedingungen weder behauptet noch vorhanden seien,
- dass in den Offertunterlagen keine «Genehmigung durch den Kantonsrat» als Voraussetzung für die Gültigkeit eines Zuschlags erwähnt werde,
- dass nicht davon auszugehen sei, dass die vergebende Behörde bereits am 27. Mai 2002 genau gewusst habe, dass das Volk über einen Nachtragskredit werde abstimmen müssen, ansonsten die Vergabe mehr als fragwürdig gewesen wäre,
- dass eine zeitliche Verzögerung von etwa einem halben Jahr in der Norm liege und keinen Verfahrensabbruch rechtfertige,
- dass der Verfahrensabbruch zwei Monate vor der Volksabstimmung absolut falsch sei,
- dass in keiner Weise feststehe, ob eine wesentliche Änderung des Projektes tatsächlich erforderlich werde.

c) Vernehmlassend weist das instruierende Baudepartement vor allem darauf hin, dass die Vergabe durch das Anbringen des Vorbehaltes bzw. der Suspensivbedingung «in einen noch vertretbaren und absehbaren Zeitrahmen gesetzt» wurde (S. 3 oben). Die Bedingung sei nicht eingetreten, weshalb der Zuschlag von sich aus dahinfalle (S. 4). Auch wenn nicht von einer Suspensivbedingung auszugehen wäre, würde trotzdem ein Widerrufs- und Abbruchgrund vorliegen. Mit dem Ergreifen des Referendums würden sich die Ausführungstermine umfassend und wesentlich verzögern, und zwar der Baubeginn um mindestens 9 Monate auf frühestens März 2003 (statt Juni 2002). Ebenso würden sich Fertigstellung der Bauarbeiten (April 2005 statt Juli 2004) und Inbetriebnahme (Oktober 2005 statt Dezember 2004) verzögern. Diese grosse zeitliche Verzögerung stelle für sich allein schon eine wesentliche Änderung der Ausschreibungsbedingungen bzw. des Projektes dar. Sie müsse auch auf dem Hintergrund der bis Bauende fixierten Preise als zusätzliche wesentliche Änderung der Randbedingungen angesehen werden. Zwischen der Offerteingabe und dem neuen frühestmöglichen Baubeginn würden nun mindestens 15 Monate (statt wie geplant 6 Monate) liegen (S. 4).

3. Die Chronologie des geplanten Sicherheitsstützpunktes und des damit verbundenen Vergabeverfahrens ist – auf die wesentlichen Eckdaten beschränkt – folgende:

a) Am 13. Juni 1999 nahm der Schwyzer Soverän das Gesetz über den kantonalen Sicherheitsstützpunkt Biberbrugg an (SRSZ 250.110). In § 2 Abs. 1 dieses Gesetzes wurde dem Regierungsrat ein Verpflichtungskredit von 26,5 Mio. Franken eingeräumt, welcher sich um allfällige teuerungsbedingte Mehrkosten erhöht. Der Kantonsrat ist befugt, dieses Gesetz unter Vorbehalt des fakultativen Referendums im Sinne von § 31 der Kantonsverfassung abzuändern (§ 8).

b) Die Ausschreibung für BKP ... erfolgte im Amtsblatt Nr.

c) Aus den Offertunterlagen sind folgende Termine zu entnehmen (S. 16, Ziffer 4.6):
Baubeginn Juni 2002, Bezug Juli 2004.

Des Weiteren ist eine Verbindlichkeit des Angebotes für 3 Monate nach Eingabetermin und eine Preisbindefrist für Material- und Lohnpreise sowie Teuerungszuschlag bis Bauvollendung stipuliert (S. 9, Ziff. 2.8 und 2.9).

Die Offerten waren bis zum 4. Dezember 2001 einzureichen.

d) Die Offerentinnen stimmten einer Verlängerung der Offertbindung bis Ende Mai 2002 zu.

e) Am 22. Mai 2002 verabschiedete der Regierungsrat mit RRB Nr. 639/02 Bericht und Vorlage an den Kantonsrat für eine Änderung des Gesetzes über den Sicherheitsstützpunkt Biberbrugg. Der Regierungsrat

B. 11.1

beantragte damit dem Kantonsrat, den ursprünglichen Kredit von 26.5 Mio. Franken auf 34.96 Mio. Franken zu erhöhen (Zürcher Baukostenindex vom 1. April 2001). Gemäss detailliertem Kostenvoranschlag vom 8. März 2001 (Bauprojektstand 24. Januar 2002) schlugen sich Mehrleistungen und Projektoptimierungen im Vergleich zum Referenzobjekt mit Fr. 5.87 Mio. zu Buche (effektive Mehrkosten). Diese Mehrkosten setzten sich im Wesentlichen wie folgt zusammen:

bauliche Massnahmen Sicherheit	Fr. 2.15 Mio.
Anpassung Raumprogramm	Fr. 1.25 Mio.
Verkehrssicherheit	Fr. 0.491 Mio.
Ausstattung	Fr. 0.773 Mio.
Sonstiges (MwSt., NK, 100% Pfählung usw.)	Fr. 1.206 Mio.

Unter dem Titel «Weiteres Vorgehen und Termine» führte der Regierungsrat aus, die Ausführungsplanung und die Ausschreibungen seien so weit fortgeschritten, dass im Juli 2002 mit den Bauarbeiten begonnen werden könne. Die ersten Arbeitsvergebungen müssten bei diesem Zeitplan «unter dem Vorbehalt der Zustimmung des Kantonsrates zur vorgeschlagenen Gesetzesänderung erfolgen». Als Baubeginn wird alsdann der August 2002 erwähnt.

f) Gleichzeitig mit der Verabschiedung von Bericht und Antrag an den Kantonsrat betreffend die Gesetzesänderung vergab der Regierungsrat am 22. Mai 2002 zwölf Arbeitsgattungen, darunter ..., am 28. Mai 2002 drei weitere Arbeitsgattungen.

Der Arbeitsvergabe ... ist im Zusammenhang mit dem angebrachten Vorbehalt (vgl. oben Ingress lit. a) folgende Begründung zu entnehmen (RRB Nr. 644/2002 v. 22.5.02):

«Für das Bauvorhaben weist der Kostenvoranschlag des Architekten gegenüber dem bewilligten Verpflichtungskredit einen höheren Kostenbedarf aus, der vom Kantonsrat noch nicht bewilligt ist. Die Vorlage zur diesbezüglichen Änderung des Gesetzes für den Sicherheitsstützpunkt Biberbrugg wird dem Kantonsrat an seiner Juni-Session zur Beschlussfassung unterbreitet. Solange dieser Beschluss nicht rechtskräftig vorliegt, kann mit den Bauarbeiten nicht begonnen werden. Die Vergabe der Arbeiten hat deshalb unter dem Vorbehalt der rechtskräftigen Genehmigung der Gesetzesänderung durch den Kantonsrat zu erfolgen.»

g) Am 27. Juni 2002 hat der Kantonsrat der Gesetzesänderung zugestimmt (Abl-SZ Nr. 27 vom 5. Juli 2002, S. 1090f.).

h) Am 13. August 2002 stellte der Regierungsrat fest, dass das Referendum gegen die Gesetzesänderung zustande gekommen ist. Er setzte die Volksabstimmung auf den 24. November 2002 an (Abl-SZ Nr. 34 v. 23. August 2002, S. 1378).

i) Am 20. August 2002 hat der Regierungsrat mit RRB Nr. 1050/2002 die im Jahre 2002 beschlossenen Arbeitsvergaben für den Bau des Sicherheitsstützpunktes widerrufen und das Vergabeverfahren abgebrochen. Er begründet diesen Beschluss wie folgt:

«Der bevorstehende Volksentscheid zu dieser Gesetzesänderung verzögert den Beginn der Bauarbeiten um mindestens acht Monate und ist mit der Ungewissheit über dessen Ausgang verbunden. Für die Angebote waren in den Ausschreibungsunterlagen Fixpreise bis Bauende verlangt worden. Die dreimonatige Gültigkeitsdauer der Angebote wurde bereits einmal um drei Monate verlängert.

Einerseits wurde nun durch die Referendumsergreifung die Bedingung für die Vergabe, nämlich die rechtskräftige Genehmigung durch den Kantonsrat, nicht erfüllt. Andererseits haben sich die zeitlichen Rahmenbedingungen zur Auftragserteilung dergestalt verändert, dass sie nicht mehr den Ausschreibungsbedingungen entsprechen.

Die Aufrechterhaltung des Zuschlages bzw. der Submission ist aus diesen submissionsrechtlichen Gründen nicht in Betracht zu ziehen. Auch aus vertraglichen Gründen ist von der Aufrechterhaltung des Zuschlages abzusehen. Aufgrund der zeitlichen Verzögerung wären nämlich vertragsrechtliche Auseinandersetzungen hinsichtlich des Teuerungsausgleichs zu erwarten.

Der Zuschlag bzw. das Vergabeverfahren ist deshalb gestützt auf § 31 und § 32 Abs. 2 lit. b und c Vollzugsverordnung zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 25. Juni 1996 (VVzIVöB, SRSZ 430.121) zu widerrufen bzw. abzubrechen. Das Vergabeverfahren ist nach positivem Ablauf der Volksabstimmung zu wiederholen.»

4.a) Die mit dem Vorbehalt der rechtskräftigen Genehmigung des Kantonsrates versehene Arbeitsvergabe vom 22. Mai 2002 ist unangefochten in Rechtskraft erwachsen. Auf den Vorbehalt dürfte mithin nur dann nicht abgestellt werden, wenn er nichtig wäre, wobei sich dann noch die Frage stellen würde, ob von einer Teilnichtigkeit auszugehen oder die gesamte Verfügung nichtig wäre. Bei letzterem wäre der Widerruf zum vornherein obsolet und das vom Regierungsrat mit dem Widerruf angestrebte Ziel bereits eingetreten. Es würde sich nurmehr die Frage des Verfahrensabbruches stellen.

b) Der angebrachte Vorbehalt stellt eine sog. Nebenbestimmung dar. Nebenbestimmungen sind vor allem bei der Erteilung von Baubewilligungen von grosser Bedeutung. Statt einen Bauabschlag zu verfügen, kann die Baubewilligung unter Auflagen und Bedingungen erteilt werden (Häfelin/Müller, Grundriss des Allgemeinen Verwaltungsrechts, 1998, 3. A., Rz. 720).

Nebenbestimmungen sind grundsätzlich aber auch in anderen Sachbereichen zulässig, wenn sie das Legalitätsprinzip beachten. Bei Fehlen einer ausdrücklichen Norm muss sich eine Nebenbestimmung auf den Zweck des Gesetzes bzw. die mit der Hauptanordnung in Sachzusammenhang stehenden öffentlichen Interessen abstützen können (Rhinow/Krähenmann, Verwaltungsrechtsprechung, Ergänzungsband, Nr. 39 B IIIb).

Eine Nebenbestimmung in Form einer Bedingung liegt vor, wenn die Rechtswirksamkeit einer Verfügung von einem künftigen ungewissen Ereignis abhängig gemacht wird. Wenn die Rechtswirksamkeit einer Verfügung erst eintritt, wenn die Bedingung erfüllt ist, spricht man von einer Suspensivbedingung. Endigt dagegen die Rechtswirksamkeit der Verfügung mit Eintritt der Bedingung, liegt eine Resolutivbedingung vor.

B. 11.1

c) Im vorliegenden Fall qualifiziert die Vorinstanz den fraglichen Vorbehalt zutreffend als Suspensivbedingung (Vernehmlassung v. 24.9.02, S. 4 oben). Von einer Resolutivbedingung könnte man allenfalls dann sprechen, wenn die Verfügung insoweit schon rechtswirksam wurde, als bereits die Werkverträge abgeschlossen werden konnten und der Vorbehalt sich mithin als sog. Widerrufsvorbehalt darstellt (Häfelin/Müller, a.a.O., Rz. 727.). Eine solche Auslegung der Zuschlagsverfügung wird indes weder geltend gemacht noch sprechen hiefür – bis auf den in der angefochtenen Verfügung verwendeten Terminus «Widerruf» – aktenkundige Fakten. Unbesehen davon ist es für die vorliegende Beurteilung letztlich auch nicht von Belang, ob der verfügte Zuschlag wegen des Nichteintretens einer Suspensivbedingung (eine rechtskräftige Genehmigung der Gesetzesänderung durch den Kantonsrat) oder wegen des Eintretens einer Resolutivbedingung (keine rechtskräftige Genehmigung der Gesetzesänderung durch den Kantonsrat) definitiv nicht rechtswirksam bzw. dessen (Teil)Wirksamkeit aufgehoben wurde.

d) Die Suspensivbedingung war des Weiteren offensichtlich zulässig. Nichtigkeit ist jedenfalls in keiner Weise erkennbar.

Am 22. Mai 2002, im Zeitpunkt als der Regierungsrat verschiedene Arbeiten unter Vorbehalt vergab, waren aufgrund der in Erwägung Ziffer 3 dargelegten Sachlage verschiedene Szenarien vorstellbar. Die Vergabebehörde hätte beispielsweise von den Offerenten eine zweite Verlängerung der Offertbindung verlangen oder dann den Abbruch des Vergabeverfahrens in Betracht ziehen können. Nicht in Frage kam aber damals eine vorbehaltlose Arbeitsvergabe.

Die nochmalige Verlängerung der Offertbindung um weitere drei Monate bis Ende Juli 2002 hätte den Nachteil gehabt, dass bei Annahme des Kantonsratsbeschlusses ohne Referendumsergreifung anfangs August 2002 zunächst noch verschiedene Arbeiten hätten vergeben werden müssen und sich der Baubeginn somit weiter verzögert hätte. Damit hätte sich auch die Frage zugespitzt, ob und wie lange eine Ausdehnung der Festpreisbindung zulässig gewesen wäre. Vorteil dieses Vorgehens wäre gewesen, dass die Arbeiten, sofern kein Referendum ergriffen worden wäre, später vorbehaltlos hätten vergeben werden können.

Für den Abbruch des Vergabeverfahrens Ende Mai 2002 hätte – unbesehen der Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen bereits damals ein Abbruch zulässig gewesen wäre – gesprochen, dass klare Verhältnisse geschaffen, keine Vergaben unter Vorbehalt erforderlich und keine Zuspitzung der Festpreisbindungsproblematik bewirkt worden wären. Andererseits hätte der Verfahrensabbruch bei positivem Kantonsratsbeschluss ohne Referendumsergreifung dem Kanton die Möglichkeit genommen, rasch mit dem Bau des Sicherheitsstützpunktes zu beginnen.

Statt sich nun die Möglichkeit eines raschen Baubeginns zu verbauen (im Falle des Verfahrensabbruchs und bei einer raschen Nachtragskreditgenehmigung ohne Referendumsergreifung) oder die Festpreisbindungs-

problematik zu strapazieren (im Falle einer weiteren Offertpreisbindung) bot sich deshalb als sinnvolle und rechtmässige Zwischenlösung eine Arbeitsvergabe unter Vorbehalt der Genehmigung durch den Kantonsrat an (siehe oben Erw. 3 lit. e in fine). Dieses Vorgehen vermag sich auf den Zweck des öffentlichen Beschaffungsrechts bzw. die mit der Hauptanordnung in Sachzusammenhang stehenden öffentlichen Interessen abzustützen. Insbesondere hat die Vergabebehörde damit versucht, dem Gebot der wirtschaftlichen Verwendung öffentlicher Mittel nachzuleben (keine bzw. nur geringe Bauverzögerung; keine zugespitzte Festpreisbindungsproblematik) (Art. 1 Abs. 2 lit. d IVöB). Aus damaliger Sicht bestand durchaus die Hoffnung, dass nicht nur der Kantonsrat den Nachtragskredit genehmigen, sondern auch das fakultative Referendum nicht ergriffen werden wird. Dass sich diese Hoffnung nicht erfüllte, macht das Vorgehen nachträglich nicht rechtswidrig.

e) Zu prüfen bleibt, welches künftige ungewisse Ereignis mit «dem Vorbehalt der rechtskräftigen Genehmigung der Gesetzesänderung durch den Kantonsrat» umschrieben wurde. Verstand man darunter allein die Zustimmung des Kantonsrates mit unbenützt abgelaufener Referendumsfrist (Standpunkt Vorinstanz) oder die Zustimmung des Kantonsrates mit unbenützt abgelaufener Referendumsfrist bzw. bei Referendumsergreifung mit zusätzlich positiver Volksabstimmung? Allein von der gewählten Terminologie her lässt sich nicht zwingend auf eine der beiden Varianten schliessen.

aa) Der Umstand, dass nur vom Kantonsrat die Rede ist, spricht für die erstere Variante. In Bericht und Vorlage an den Kantonsrat führt denn auch der Regierungsrat aus, die ersten Arbeitsvergaben müssten beim vorliegenden Zeitplan «unter dem Vorbehalt der Zustimmung des Kantonsrates zur vorgeschlagenen Gesetzesänderung erfolgen» (RRB Nr. 639/2002 v. 22. Mai 2002; vgl. oben Erw. 3 lit. e in fine). Wenn in der Arbeitsvergabe dann von der «rechtskräftigen» Genehmigung gesprochen wird, so ist anzunehmen, dass der Regierungsrat damit vor allem verhindern wollte, dass unmittelbar mit der Genehmigung der Gesetzesänderung durch den Kantonsrat der Eintritt der Suspensivbedingung erfolgt, dass mit anderen Worten nach der kantonsrätlichen Genehmigung die Referendumsfrist abgewartet werden muss und die Suspensivbedingung erst nach unbenützlichem Ablauf dieser Referendumsfrist eintritt. Diese Vermutung findet indirekt ihre Bestätigung im anlässlich der Arbeitsvergabe aktuellen Terminplan, nach welchem der Baubeginn im August 2002 vorgesehen war (vgl. oben Erw. 3 lit. e in fine). Die Referendumsfrist ist am 4. August 2002 abgelaufen, so dass der angestrebte Baubeginn im August 2002 bei Nichtergreifung des Referendums und nur in diesem Falle realistisch gewesen wäre. Im Weiteren gilt es zu bedenken, dass dieser Terminplan im Konnex mit der Festpreisbindung zu sehen ist, welche insbesondere die Vergabebehörde veranlasste, den Zuschlag «in einen noch vertretbaren und absehbaren Zeitrahmen zu setzen» (vgl. oben Erw. 2c).

B. 11.1

bb) Allerdings ist nicht zu verkennen, dass die verwendete Terminologie für sich allein auch zur Annahme verleiten könnte, mit der rechtskräftigen Genehmigung durch den Kantonsrat sei im Falle der Referendumsergreifung auch die positive Volksabstimmung miteinbezogen, dass mit anderen Worten die Suspensivbedingung erst eintritt, wenn bei kantonsrätlicher Genehmigung entweder kein Referendum ergriffen wird oder bei Referendumsergreifung das Volk der Gesetzesänderung zustimmt. Massgebend ist aber nicht allein der Wortlaut, sondern wie der fragliche Vorbehalt im Gesamtzusammenhang und Lichte des öffentlichen Beschaffungsrechts verstanden werden muss (siehe oben lit. e/aa; Gygi, Verwaltungsrecht, 1986, 129). Dafür, dass als Suspensivbedingung die kantonsrätliche Genehmigung mit unbenütztem Ablauf der Referendumsfrist gemeint ist, spricht zusätzlich auch nachfolgende Erwägung.

cc) Der wohl in Anlehnung an das Verwaltungsverfahren verwendete Begriff der «rechtskräftigen Genehmigung durch den Kantonsrat» ist – soweit überblickbar – im Gesetzgebungsverfahren nicht üblich. Huwyler spricht im Zusammenhang mit fakultativen Ordnungsreferenden vielmehr von Rechtsverbindlichkeit (Huwyler, Gesetz und Verordnung im Kanton Schwyz, S. 130f.). Er führt konkret aus:

«Mit Giacometti ist anzunehmen, dass bis zum Ablauf dieser Referendumsfrist die normative Rechtsverbindlichkeit der Verordnung suspensiv bedingt ist und erst nach unbenütztem Ablauf diese Frist eine unbedingte wird. Wird dagegen das Referendum ergriffen, dann fällt die (suspensiv) bedingte Rechtsverbindlichkeit einer Vorlage dahin.»

Der gleiche Autor verwendet beim obligatorischen Gesetzesreferendum auch den Begriff der «Rechtsgültigkeit». Er differenziert zudem, eine Annahme der Vorlage habe zumindest zur Folge, dass sie «virtuell rechtsverbindlich» sei. Sie erhalte dadurch in der Regel formelle Gesetzeskraft. Werde über die «aktuelle Rechtsverbindlichkeit» im Erlass nichts ausgesagt, trete sie mit der Inkraftsetzung durch den Regierungsrat ein (Huwyler, a.a.O., S. 86).

Ersetzt man nun den Begriff «rechtskräftig» mit «rechtsverbindlich» und ist man sich gewahr, dass mit dem Ergreifen des Referendums die suspensiv bedingte Rechtsverbindlichkeit nicht andauert, sondern dahinfällt, so kann es in diesem Falle gar keine rechtsverbindliche Genehmigung der Gesetzesänderung durch den Kantonsrat mehr geben. Vielmehr ist es nunmehr Sache des Volkes, ob eine rechtsverbindliche Gesetzesänderung zustande kommt oder nicht. Einen Vorbehalt der rechtsverbindlichen Genehmigung der Gesetzesänderung durch das Volk enthält die fragliche Arbeitsvergabe aber nicht. Mit anderen Worten ist mit der Referendumsergreifung der Eintritt der Suspensivbedingung nicht mehr möglich, weshalb die Arbeitsvergabe dahinfällt. Dem verfügten Widerruf kommt in diesem Sinne nur deklaratorische Bedeutung zu.

Wie die Suspensivbedingung mit Blick auf die virtuelle Rechtsverbindlichkeit und die Inkraftsetzung (aktuelle Rechtsverbindlichkeit) auszule-

gen wäre, kann bei diesem Beurteilungsergebnis offen bleiben, zumal auch zu vermuten ist, dass der Regierungsrat im vorliegenden Fall die Infrasetzung bei unbenütztem Ablauf der Referendumsfrist umgehend angeordnet hätte.

f) Die Beschwerdeführerinnen berufen sich im Zusammenhang mit dem nicht genau formulierten Vorbehalt (vgl. oben Erw. 4e) zu Recht nicht auf den Vertrauensschutz. Selbst wenn man annehmen wollte, sie hätten bei in jeder Hinsicht verständlicher Umschreibung der Suspensivbedingung die Arbeitsvergabe vom 22. Juni 2002 beim Verwaltungsgericht mit dem Begehren angefochten, der Vorbehalt sei auf eine allfällige Referendumsabstimmung auszudehnen (welche Hypothese jedoch als unwahrscheinlich erscheint), wäre dieses Ansinnen ohne Erfolg geblieben, denn die auf die kantonsrätliche Genehmigung und den unbenützten Ablauf der Referendumsfrist beschränkte Suspensivbedingung war, wie bereits dargelegt, zulässig (vgl. oben Erw. 4d).

Soweit die Beschwerdeführerinnen sinngemäss behaupten, sie hätten nicht gewusst, der in der Vergabemitteilung erwähnte Vorbehalt stehe im Zusammenhang mit einem Nachtragskreditbegehren, so können sie daraus nichts zu ihren Gunsten ableiten. Entscheidend ist, dass die Vergabemitteilung unmissverständlich «eine rechtskräftige Genehmigung der <Änderung des Gesetzes über den Sicherheitsstützpunkt Biberbrugg> durch den Kantonsrat» vorbehalten hatte. Falls die Beschwerdeführerinnen zu diesem Zeitpunkt tatsächlich nicht gewusst haben sollten, dass damit ein Nachtragskreditbegehren gemeint war (der Bericht und die Vorlage an den Kantonsrat vom 22. Mai 2002 wurde gemäss Verteiler weit gestreut und die Traktandierung für den Kantonsrat erfolgte bereits im Amtsblatt vom 7. Juni 2002) und diese Kenntnis für sie aber wegen eines allfälligen Weiterzugs der suspensivbedingten Arbeitsvergabe von entscheidender Bedeutung gewesen war (was sie indes vor Verwaltungsgericht nicht geltend machen), so hätten sie sich über den genauen Inhalt des Vorbehalts beim Regierungsrat bzw. Baudepartement kundig machen müssen. Jedenfalls ginge es nicht an, mit einem entsprechenden Einwand bis zur Aufhebung der Arbeitsvergabe wegen Eintritts der Suspensivbedingung zuzuwarten.

g) Offensichtlich unbehelflich ist der sinngemässe Einwand der Beschwerdeführerinnen, es gehe nicht an, dass der Kantonsrat einer Arbeitsvergabe zustimmen müsse. Solches verlangte die Vorinstanz nicht, wie dies die Beschwerdeführerinnen anhand der ins Recht gelegten Mitteilungen des Baudepartementes vom 27. Mai 2002 und 26. August 2002 ohne weiteres erkennen konnten (...). Die Vorinstanz machte vielmehr in zulässigerweise die Rechtswirksamkeit der Arbeitsvergabe von der Genehmigung der Gesetzesänderung durch den Kantonsrat mit unbenütztem Ablauf der Referendumsfrist abhängig.

5. Ist somit die Arbeitsvergabe wegen Nichteintritts der Suspensivbedingung hinfällig geworden und zieht man in Betracht, dass die Einhal-

B. 11.1

tung der zeitlichen Rahmenbedingungen insbesondere mit Blick auf die Festpreisbindung bei der Anordnung dieser Suspensivbedingung zu Recht von massgeblicher Bedeutung war, so ist der Abbruch des Vergabeverfahrens die weitere logische Konsequenz und ebenfalls rechtmässig. Mit einer späteren Neuausschreibung können die Unternehmer in zeitlicher Hinsicht die Preise auf eine neue Basis stellen (teuerungs- und marktbedingte Anpassungen) und der Kanton vermeidet allfällige Auseinandersetzungen wegen der durch die Bauverzögerung strapazierten Festpreisbindung. Andererseits ermöglicht die Neuausschreibung auf eine allenfalls veränderte Verfügbarkeit der in Frage kommenden Unternehmen zu reagieren, was sowohl im Interesse des Auftraggebers wie auch der Unternehmer liegt. Dass den Mitbewerbern nunmehr der Zuschlagspreis der Beschwerdeführerinnen bekannt ist, ist als systemimmanent hinzunehmen. Jede Beschwerdegutheissung, welche eine Neuausschreibung bedingt, verursacht diese Folgen ebenfalls. Deswegen ist weder die Möglichkeit der Rechtsmittelerhebung noch des Verfahrensabbruches in Frage gestellt.

Nicht Gegenstand des Verfahrens ist, was der Regierungsrat nach der Volksabstimmung genau vorzukehren gedenkt. Hiezu muss er sich im jetzigen Verfahrensstadium nicht verbindlich festlegen.

6. Erweist sich die angefochtene Verfügung im Sinne der Erwägungen und gestützt auf den in der Arbeitsvergabe vom 22. Mai 2002 gemachten Vorbehalt als rechters, braucht nicht geprüft zu werden, ob der Entscheid des Regierungsrates, die Arbeitsvergaben zu widerrufen und das Vergabeverfahren abzubrechen, auch ohne den fraglichen Vorbehalt rechtmässig gewesen wäre. Immerhin ist aber darauf hinzuweisen, dass der Widerruf eines rechtskräftigen Zuschlages grundsätzlich gestützt auf die allgemeinen Grundsätze des Widerrufs auch ausserhalb der in § 23 i.V.m. 31 VVzIVöB aufgezählten, in der Person des Bewerbers liegenden Abschlussgründe möglich sein muss (§ 34 VRP). Zu denken ist etwa an einen Verzicht auf die Projektausführung, an wesentliche Projektänderungen und/oder erhebliche Verschiebungen der zeitlichen Rahmenbedingungen. Aufgrund des konkreten Widerrufsgrundes wäre dann zu beurteilen, ob konsequenterweise auch das Vergabeverfahren abzubrechen ist.

(VGE 1031/02 vom 30. Oktober 2002).

13. Sozialhilfe

13.1 Kostentragung nach Sozialhilfegesetz, interkantonale Heimvereinbarung und Verordnung über die Verteilung der Kosten der Sonderschulung

- Die Interkantonale Heimvereinbarung (IHV) unterscheidet zwischen Kostgeld, dessen Kostenträger sich aufgrund des Bundesgesetzes über die Zuständigkeit für die Unterstützung Bedürftiger vom 24. Juni 1977 (ZUG) bestimmt, und Restdefizit, für welches der Unterbringerkanton aufzukommen hat (Erw. 1).
- Der «Unterbringerkanton» gemäss der interkantonalen Heimvereinbarung richtet sich nach dem zivilrechtlichen Wohnsitz (Erw. 2a–c).
- Abgrenzung der IHV vom ZUG (Erw. 2d).
- Mit dem Wohnsitzwechsel wechselt auch die Kompetenz zur Anordnung von Kinderschutzmassnahmen, womit es die Wohnsitzgemeinde in der Hand hat, eine Kinderschutzmassnahme auf ihre Angemessenheit zu überprüfen und allenfalls eine kostengünstigere Lösung vorzusehen (Erw. 2.e).
- Das Sozialhilfegesetz als kantonales Gesetz kann nur innerkantonale Anwendung finden (Erw. 3d).
- Unterschiedliche Kostenträger je nach Grund (fürsorgerisch, schulisch), der zur Heimeinweisung führte (Erw. 5).
- Kostenverteilung im konkreten Fall (Erw. 6).

Aus dem Sachverhalt:

R. wurde von der Stadt W. aus fürsorge- und kinderschuttrechtlichen Gründen im Kinderheim L. fremdplatziert. Zu diesem Zeitpunkt hatte die Mutter und Inhaberin der elterlichen Sorge von R. Wohnsitz in W. Im Verlaufe des Jahres 2000 nahm die Mutter Wohnsitz in S. Das Kinderheim L. ersuchte in der Folge über die zuständigen kantonalen Verbindungsstellen um Kostengutsprache für den Heimaufenthalt. Das Gesuch wurde an die Gemeinde S. weitergeleitet, da es sich um eine fürsorgerische Massnahme handle. Die Fürsorgebehörde S. beschloss Ablehnung des Gesuches um Übernahme der Unterbringungskosten.

Eine vom Kinderheim L. gegen diesen Beschluss erhobene Beschwerde hiess der Regierungsrat gut unter Verpflichtung der Fürsorgebehörde zur Übernahme des Restdefizites des Aufenthaltes von R. im Kinderheim L. Gegen diesen Entscheid erhob die Fürsorgebehörde S. Beschwerde beim Verwaltungsgericht.

Aus den Erwägungen:

1.a) Die Interkantonale Vereinbarung über Vergütungen an Betriebsdefizite und die Zusammenarbeit zugunsten von Kinder- und Jugendhei-

B. 13.1

men sowie von Behinderteneinrichtungen (Heimvereinbarung IHV; SRSZ 380.311.1), die seit dem 1. Januar 1987 in Kraft ist und deren Anwendbarkeit vorliegend unbestritten ist, bezweckt die Erleichterung der Unterbringung Betreuungsbefürftigter in einem Heim oder einer Einrichtung ausserhalb des Kantons unter bestimmten Voraussetzungen (Art. 2). Mit Ausnahme der Kantone Graubünden und Schaffhausen sind ihr alle Kantone beigetreten; die Kantone Zürich, Schwyz, Aargau und Genf nur mit Bezug auf Kinder- und Jugendheime, nicht jedoch für die Erwachsenen-Einrichtungen. Die Vereinbarungskantone vergüten einander die Betriebsdefizite für in einem Heim oder in einer Einrichtung ausserhalb des Kantons Untergebrachte anteilmässig nach den Bestimmungen der Vereinbarung. Die Wohnsitznahme eines mündigen Behinderten am Standort der Einrichtung hebt die Vergütungspflicht nicht auf (Art. 3). Die Bemessung des Anteils am Betriebsdefizit unterscheidet nach IV-Bezüglern und Nicht-IV-Bezüglern. Für Nicht-IV-Bezüglern bemisst sich der Anteil am Betriebsdefizit nach den Netto-Tageskosten abzüglich des Kostgeldes (= Versorgerbeitrag) und allfälliger anderer Leistungen an die individuellen Netto-Tageskosten (Art. 14 lit. b). Dieses Betriebsdefizit ist allein Gegenstand der Heimvereinbarung. Das Kostgeld (resp. der Versorger- oder der Elternbeitrag) wird, soweit nicht durch den Inhaber der elterlichen Gewalt bzw. Sorge bezahlt, der Fürsorgerechnung zugeführt und kann gemäss dem Bundesgesetz über die Zuständigkeit für die Unterstützung Befürftigter vom 24. Juni 1977 (Zuständigkeitsgesetz, ZUG SR 851.1) der Gemeinde, wo sich der Unterstützungswohnsitz befindet, belastet und allenfalls dem Heimatkanton weiterverrechnet werden (Rundschreiben der Konferenz der kantonalen Fürsorgedirektoren vom 1. Februar 1994 an die kantonalen Verbindungsstellenleiter und -leiterinnen; Vi-act. blaues Dossier). Gemäss Art. 5 IHV bezeichnet jeder Kanton zur Anwendung der Vereinbarung eine Verbindungsstelle, die mit den Verbindungsstellen der anderen Kantone verkehrt. Diese Aufgabe der kantonalen Verbindungsstelle kommt im Kanton Schwyz dem Amt für Gesundheit und Soziales zu (RRB Nr. 1107 vom 26. Juni 1990; ...).

b) Vorliegend ist unbestritten, dass das Kostgeld als Unterstützung im Sinne von Art. 3 Abs. 1 ZUG gilt und sich demzufolge die Übernahme des Kostgeldes nach dem ZUG richtet. Unbestritten ist, dass R. weiterhin im Sinne von Art. 7 Abs. 3 lit. c ZUG (fürsorgerechtlichen) Unterstützungswohnsitz in W. hat. ...

c) Bestritten wird von der Beschwerdeführerin hingegen ihre Kostentragungspflicht für das Restdefizit, welches den Löwenanteil ausmacht. Unzutreffend sei die Auffassung, dass sich die Übernahme der Heimdefizitbeiträge, welche Subventionscharakter aufwiesen, nach dem zivilrechtlichen Wohnsitz bestimmen lasse. Unterbringerkanton gemäss Art. 15 Abs. 1 IHV sei (und bleibe) der Kanton, dessen Gemeinde den Betreuungsbefürftigten im ausserkantonalen Heim unterbringe, was in casu der Kanton Z. sei, da W. die Unterbringung veranlasst habe.

Mithin stellt sich vorliegend vorab die Frage nach der Definition des Unterbringerkantons, bzw. ob mit dem Wohnsitzwechsel der Mutter vom Kanton Z. in den Kanton Schwyz, Gemeinde S., auch ein Wechsel des Unterbringerkantons nach Art. 15 IHV einhergeht oder nicht.

2.a/aa) Welcher Kanton der Unterbringerkanton ist, wird von der IHV nicht definiert. Art. 15 Abs. 1 IHV hält nur fest, dass vor einer Unterbringung bei der Verbindungsstelle des Unterbringerkantons die Gutssprache für den Betriebsdefizit-Anteil einzuholen ist. Die Verbindungsstelle des Unterbringerkantons hat auch für die Überweisung des Betriebsdefizit-Anteils, für den Gutsprache erteilt wurde, zu sorgen (Art. 16 Abs. 1 IHV). In der Praxis wird für die Bestimmung des Unterbringerkantons der zivilrechtliche Wohnsitz herangezogen (vgl. SGGVP 1999, Nr. 88, Erw. 2.e). Schon in einem Kreisschreiben der Konferenz der kantonalen Fürsorgedirektoren an die kantonalen Verbindungsstellenleiter und -leiterinnen vom 1. Februar 1994 zur «Revision Artikel 7 Absatz 3 Buchstabe c ZUG – Zusammenhang zur Interkantonalen Heimvereinbarung (IHV)» wurde u.a. ausgeführt (Vi-act. blaues Dossier):

«... Das dauernd fremdplatzierte Kind hat also einen eigenen Unterstützungswohnsitz. Ein Beschwerdeentscheid des EJPD vom 5. Mai 1993 (i.e. VPB 1994/58, Nr. 84)... hat diese Auffassung bestätigt.

...

Die IHV beruht auf der Anwendung des *zivilrechtlichen Wohnsitzes*, soweit es sich nicht um jugendstrafrechtliche Fälle handelt, der sich im behandelten Falle vom Unterstützungswohnsitz unterscheidet. Dies bedeutet, dass sich die Nettokosten für einen Heimaufenthalt *in einen Teil mit Subventionscharakter* (hier gilt der zivilrechtliche Wohnsitz) und *einen Teil mit Unterstützungscharakter* (hier gilt der Unterstützungswohnsitz) aufteilen. Damit kommt es vor, dass ein Kanton den Unterstützungsteil (= Kostgeld), ein anderer den subventionierten Teil (= Restdefizit) zu tragen hat.

... Wir bitten Sie, dieser Rechtslage im zwischenkantonalen Verkehr Rechnung zu tragen, damit künftig zeitaufwendige Differenzbeilegungen zwischen den Kantonen vermieden werden können.»

(Typographische Hervorhebung gemäss Original)

bb) An der Richtigkeit dieser Lösung gibt es keine Zweifel. Bereits die als «Kommentar zur Heimvereinbarung» überschriebenen Erläuterungen, ohne Autoren-, Erscheinungsort- und Datumsangabe (Vi-act. blaues Dossier), weisen darauf hin, dass in strafrechtlichen Fällen der Urteilskanton als Unterbringerkanton gilt, der bei Kindern und Jugendlichen in der Regel mit dem Wohnsitzkanton zusammenfällt (Art. 372 u. 374 StGB). In den übrigen Fällen sei – unter Verweis auf Art. 315 ZGB – ohnehin der Wohnsitzkanton auch Unterbringerkanton.

cc) Ein Indiz für die Richtigkeit dieser Lösung lässt sich auch der Regelung der Vergütung in Art. 3 Abs. 2 IHV entnehmen. Nach dieser Bestimmung hebt die Wohnsitznahme eines mündigen Behinderten am Standort der Einrichtung die Vergütungspflicht des unterbringenden vormaligen Wohnsitzkantons nicht auf. Im Rahmen einer Lückenfüllung wurde

B. 13.1

diese Bestimmung mit SGGVP 1999, Nr. 88, Erw. 3.c auch auf Kinder ausgedehnt, die gestützt auf Art. 25 Abs. 1 zweiter Satz ZGB (in Kraft seit dem 1. Januar 1988, d.h. erst nach Inkrafttreten der IHV) am Aufenthaltsort, d.h. am Heimort, zivilrechtlichen Wohnsitz begründen. Diese Bestimmung bzw. Lückenfüllung wäre zum einen nicht erforderlich, wenn der Unterbringerkanton ein für alle Mal vergütungspflichtig bliebe, zum andern ergibt sich daraus gleichzeitig im Sinne eines qualifizierten Schweigens, dass die Wohnsitznahme in einem Drittkanton zur Beendigung der Vergütungspflicht des früheren Wohnsitz- (und Unterbringer-)kantons bzw. zum Übergang der Vergütungspflicht auf den Drittkanton führt. Dies steht auch im Einklang mit der Zielsetzung der IHV, nämlich diejenigen Kantone von der Tragung des Betriebsdefizits zu entlasten, welche über Heiminstitutionen verfügen, welche im Unterbringerkanton entweder in quantitativer oder qualitativer Hinsicht (vgl. Art. 2 IHV) nicht vorhanden sind. Umgekehrt kann eine Sonderbelastung einzelner Drittkantone ausgeschlossen werden, darf doch ohne weiteres davon ausgegangen werden, dass sich die Wohnsitzwechsel von Drittkantonen (Unterbringerkantone) zu Drittkantonen insgesamt ausgleichen.

b) Der zivilrechtliche Wohnsitz von Unmündigen bestimmt sich nach Art. 25 ZGB. Bei nicht bevormundeten Kindern wird er grundsätzlich vom Wohnsitz der Eltern oder eines Elternteils abgeleitet (Art. 25 Abs. 1 erster Satz ZGB). Da verbeiständete Personen – im Gegensatz zu Bevormundeten – ebenfalls einen selbständigen Wohnsitz zu begründen vermögen, richtet sich auch der zivilrechtliche Wohnsitz eines verbeiständeten Kindes nach dem zivilrechtlichen Wohnsitz der Eltern / des Elternteils, solange diesen/diesem die elterliche Sorge nicht entzogen ist (BGE 109 Ib 76, Erw. 1). Ein Wechsel des zivilrechtlichen Wohnsitzes ist bei nicht bevormundeten Unmündigen aufgrund des abgeleiteten Wohnsitzes folglich jederzeit möglich.

c) In casu sind die Eltern von R. geschieden. Die elterliche Sorge liegt bei seiner Mutter R. Trotz der Verbeiständung R.s richtet sich sein Wohnsitz nach demjenigen seiner Mutter. Damit ist auch von einem Wechsel der Unterbringergemeinde bzw. des Unterbringerkantons auszugehen. Der zivilrechtliche Wohnsitz und somit die Unterbringergemeinde von R. richtet sich demzufolge nach demjenigen seiner Mutter,

d/aa) Der Beschwerdeführerin kann demgegenüber nicht gefolgt werden, wenn sie vorbringt, der Regierungsrat verweise bereits mit RRB Nr. 1452 vom 22. August 1984 «auf Parallelen mit dem ZUG» und lege «die Interkantonale Heimvereinbarung richtigerweise im Einklang mit dem ZUG aus». Die Bezugnahmen auf das ZUG im erwähnten RRB betreffen nicht die Auslegung des Begriffes des Unterbringerkantons. Sie beziehen sich zum einen nur auf den Verzicht gemäss Art. 3 Abs. 3 IHV, Kostenersatzansprüche gegenüber dem Heimatkanton im Sinne von Art. 16 ZUG geltend zu machen. Zum andern betreffen sie die Qualifi-

kation der Defizitbeiträge als «Beiträge mit Subventionscharakter» im Sinne von Art. 3 Abs. 2 lit. a ZUG. Da Subventionen indes gerade nicht als «Unterstützungen» im Sinne des ZUG gelten (Art. 3 Abs. 1 ZUG), mithin nicht unter das ZUG fallen, zeigt sich, dass die Argumentation der Beschwerdeführerin geradezu im Widerspruch zum erwähnten RRB steht.

bb) Die Beschwerdeführerin kann auch aus dem Bundesgerichtsentscheid vom 9. März 2000 i.S. Kanton Thurgau (BGE 2A.504/1999/bol) nichts zu ihren Gunsten herleiten. Der jenem Urteil zugrunde liegende Sachverhalt ist mit dem vorliegenden Sachverhalt deshalb nicht vergleichbar, weil dort die Frage der Auswirkung auf die Kostentragung im Zusammenhang mit einem Wohnsitzwechsel vom unterbringenden Drittkanton in den Heimkanton (bzw. Wohnsitzkanton der Pflegefamilie) zu beurteilen war, während es vorliegend um die Auswirkungen eines Wohnsitzwechsels vom unterbringenden Drittkanton in einen (anderen) Drittkanton geht.

cc) Die Inkaufnahme eines Kostensplittings, das die Beschwerdeführerin vermeiden möchte, ist aufgrund des Betriebsdefizits von Heimen als einzigem Regelgegenstand ohnehin der IHV geradezu systemimmanent.

e) Die Argumentation der Beschwerdeführerin geht weiter auch von einer zu engen Auffassung des Begriffes «vor der Unterbringung» in Art. 15 Abs. 1 IHV aus, welcher die Gleichsetzung «einmal untergebracht – immer untergebracht» zu Grunde liegt. Diesbezüglich drängen sich folgende Anmerkungen auf.

aa) Die Fremdplatzierung von R. erfolgte gemäss Schreiben der Direktion des Kinderheimes L. an die Beschwerdeführerin vom ... «durch die Amtsvormundschaft W., im Einvernehmen mit der Schule und auf Empfehlung des Schulpsychologischen Dienstes W.», mithin als Kinderschutzmassnahme. Das Schreiben verweist auf die tragische Leidensgeschichte des Kindes und begründet die Heimeinweisung im Endeffekt wie folgt Weiter nimmt dieses Schreiben Bezug auf Aussagen des dortigen Fachpersonals von Schule und Erziehung, wonach R. im Kinderheim L. richtig platziert sei und weiterhin Hilfe im schulischen und ausserschulischen Bereich benötige. Um eine einvernehmliche Finanzierung mit W. wird er sucht, «damit die schulische und persönliche Entwicklung von Marco weiter gefördert werden kann». Weiter wird an die «schwere Verantwortung» der Beschwerdeführerin appelliert.

bb) Es liegt nahe und wird gerade auch durch dieses Schreiben sowie die jährlichen Gesuche um Kostengutsprachen klar gemacht, dass die Notwendigkeit einer einmal getroffenen Kinderschutzmassnahme einer periodischen Kontrolle bedarf und einer (begründeten) Änderung oder Aufhebung ohne weiteres zugänglich ist. Es stellt sich folglich die Frage, in wessen Kompetenz diese Kontrolle fällt.

B. 13.1

cc) Die Anordnung von Kindesschutzmassnahmen fällt gemäss Art. 315 Abs. 1 ZGB in die Kompetenz der vormundschaftlichen Behörden am Wohnsitz des Kindes. In die Kompetenz der Vormundschaftsbehörde fällt ebenso die Änderung und Aufhebung der Kindesschutzmassnahmen gemäss Art. 307–310, 312 ZGB. Von einer über ein Kind im Rahmen von Kindesschutzmassnahmen angeordneten Erziehungsbeistandschaft bleibt die Wohnsitzwahlfreiheit der Eltern unbetroffen. Wechseln die Eltern ihren Wohnsitz, so ist der Vollzug der angeordneten Kindesschutzmassnahmen auf die Vormundschaftsbehörde des neuen Wohnsitzes zu übertragen (Schnyder/Murer, N. 121 zu Art. 377 ZGB; Hegnauer, Kindesrecht, 5. A., Bern 1999, § 27.61). Die Übertragung kann unterbleiben, wenn die Dauer der Massnahme von vornherein begrenzt ist. Im Übrigen ist der Zuständigkeit am Wohnsitz nur die Zuständigkeit am Aufenthaltsort rechtlich gleichwertig, wobei der Vorrang der Behörde desjenigen Ortes gehört, mit welcher der Fall enger zusammenhängt, welche mit den Verhältnissen mehr vertraut ist und den Schutz des Kindes besser wahrnehmen kann. Anders gestaltet sich die Lage nur, wenn den Eltern/dem Elternteil die elterliche Sorge entzogen wurde. Diesfalls berührt der Wohnsitzwechsel der Eltern/des Elternteils die Führung der Vormundschaft über das Kind nicht.

dd) Vorliegend deutet nichts darauf hin, dass die Überwachung der Kindesschutzmassnahmen, insbesondere unter dem Blickwinkel deren Gebotenheit, im Sinne der gesetzlichen Vorgaben von der Vormundschaftsbehörde W. an die Vormundschaftsbehörde S. als Wohnsitzgemeinde oder L. als Aufenthaltsgemeinde übergegangen ist. Gründe für diese Unterlassung sind nicht ersichtlich. Ebenso ist nicht ersichtlich, dass sich die Gemeinde (Vormundschaftsbehörde) S. um eine Übertragung der Beistandschaft auf sie selber bemüht hat, um dadurch die Möglichkeit zu erhalten, die Notwendigkeit des Heimaufenthaltes von R. zu überprüfen. ... Ebenfalls ist den Akten kein Hinweis zu entnehmen, dass die Heimeinweisung von R. von vornherein begrenzt war, womit ein Verbleib der Beistandschaft bei der Amtsvormundschaft W. hätte gerechtfertigt werden können. Um Kostengutsprache wurde vielmehr wie gesagt Jahr für Jahr erneut ersucht. Mit anderen Worten: die Beschwerdeführerin hätte es ab dem Zeitpunkt der Wohnsitznahme von R. in ihrer Gemeinde in den Händen gehabt, durch Übernahme der Beistandschaft, wie es vom Gesetz geboten ist, eine allenfalls kostengünstigere Lösung zu suchen, zumal auch R.s Mutter R. von der öffentlichen Fürsorge der Gemeinde S. unterstützt werden muss(te). ... Diesfalls würde indessen klarerweise der Kanton Schwyz zum Unterbringerkanton. Die Beschwerdeführerin hat indessen nie angezweifelt – jedenfalls geht nichts Diesbezügliches aus den Akten hervor –, dass die Unterbringung R.s im Kinderheim L. nicht eine sachgerechte und angemessene Lösung ist bzw. dass sie eine andere Lösung vorziehen würde. ...

Zusammenfassend kann gefolgert werden, dass mit dem – vorliegend zwar nicht vollzogenen – gesetzlichen Übergang der Beistandschaft infolge zivilrechtlichen Wohnsitzwechsels grundsätzlich auch die Kompetenz zur Anordnung der erforderlichen Massnahmen, in concreto zur Unterbringung, mithin auch der Status des «Unterbringerkantons» bzw. der «Unterbringergemeinde» mitübertragen wird. Auch insofern erweist sich die Gleichsetzung des zivilrechtlichen Wohnsitzes mit dem unterbringenden Gemeinwesen im vorliegenden Fall als adäquate Lösung.

...

3.d) Unbehelflich ist auch der Einwand der Beschwerdeführerin, gemäss § 18 ShG seien Sozialhilfeleistungen durch die Fürsorgebehörden am Unterstützungswohnsitz und somit in Winterthur zu leisten (...). Das Sozialhilfegesetz regelt nur die innerkantonalen Zuständigkeiten, was auch durch § 18 Abs. 2 ShG insofern deutlich gemacht wird, als abweichende Bestimmungen über den Unterstützungswohnsitz gemäss Bundesrecht auch für das *innerkantonale* Verhältnis als anwendbar bezeichnet werden. Ob innerkantonale der IHV überhaupt der Rang von Bundesrecht im Sinne von § 18 Abs. 2 ShG zukommt, und bei einem Wohnsitzwechsel innerhalb des Kantons zu berücksichtigen wäre, kann daher offen bleiben, ist indes aufgrund ihres Regelgegenstandes (Bestimmung des für die Übernahme des Betriebsdefizits kostenpflichtigen Kantons) eher auszuschliessen.

4. Unbestritten ist, dass R. im Kinderheim L. auch seine Schulpflicht erfüllt.

a) Gemäss § 2 Abs. 1 der Verordnung über die Volksschulen vom 25. Januar 1973 (VsV; SRSZ 611.210) sind Träger der öffentlichen Schulen die Gemeinden, die Bezirke und die Kantone. Die Volksschule umfasst die Primarstufe mit Primarschule und Kleinklasse (je 1. bis 6. Schuljahr) sowie Einführungsklasse, die Sekundarstufe I mit Orientierungsschulen sowie Berufsvorbereitungsschulen und schliesslich auch die heilpädagogische Tagesschule (§ 8 Abs. 1 VsV). Träger der Primarschulen sind die Gemeinden (§ 11 VsV), Träger der Schulen der Sekundarstufe I sind die Bezirke (§ 13 Abs. 1 und § 13 Abs. 3 VsV).

Träger der heilpädagogischen Tagesschule (Sonderschule), welche die Ausbildung körperlich und geistig behinderter sowie verhaltensgestörter Kinder bezweckt, ist der Kanton (§ 15 u. 16 Abs. 1 VsV). Sonderschulen befinden sich in Schwyz (Sonderschule Innerschwyz) und in Freienbach (Sonderschule Ausserschwyz). Koordinationsstelle für alle Sonderschulmassnahmen von Sonderschulbedürftigen ist gemäss § 7 der Verordnung über die Verteilung der Kosten der Sonderschulung vom 21. April 1998 (SRSZ 611.411) das Amt für Schuldienste. Es bereitet die Einweisung in eine Sonderschule oder in ein Heim in Zusammenarbeit mit den Eltern und der Schulbehörde vor und legt die geeignete Institution fest. Auch die Durchführung von Aufnahme- und Kontrolluntersuchungen sowie die

B. 13.1

Vorbereitung allfälliger Umplatzierungen im Bereich der Sonderschulen obliegen dem Amt für Schuldienst, das den Schulen auch für Beratung zur Verfügung steht (§ 16 der Weisungen zur Führung und Verwaltung der kantonalen Sonderschulen Schwyz und Freienbach vom 5. September 1978).

b) Der angefochtene Entscheid (Ziff. 6.2 letzter Absatz) erachtet den Kanton auch nicht gestützt auf § 16 VsV als leistungspflichtiges Gemeinwesen, da die Heimunterbringung von R. vornehmlich aus vormundschaftsrechtlichen und nicht aus schulischen Gründen erfolgte. Mithin bestreitet die Vorinstanz in ihrer Begründung nicht – und ebenso wenig in ihrer Vernehmlassung (Ziff. 7) –, dass den Kanton eine Kostenpflicht trifft, falls eine Einweisung (auch) aus schulischen Gründen erfolgte.

Die Beschwerdeführerin weist demgegenüber unter Verweis auf die Homepage des Kinderheimes L. darauf hin, dass es sich bei dieser Institution um eine Sonderschule handle mit dem Zweck, Knaben und Mädchen im Schulalter, die dem Unterricht an der Volksschule wegen Verhaltens- und Lernstörungen nicht folgen können, zu fördern und schlussendlich wieder in die Volksschule einzugliedern.

Nachstehend gilt es deshalb die Frage zu prüfen, welche Gründe zur Einweisung von R. ins Kinderheim L. geführt haben.

(...)

d) Aufgrund dieser Aktenlage ist erstellt, dass für die Heimeinweisung R.s neben den fürsorgerischen Gründen auch schulisch/pädagogische Argumente sprachen. Nicht mangels intellektueller – gemäss Bericht des SPD W. weist er einen im mittleren Bereich liegenden IQ von 95 auf – oder persönlicher Ressourcen als vielmehr infolge seiner Verhaltensstörungen vermochte/vermag R. dem Volksschulunterricht in einer Regelklasse nicht zu folgen. Dieses Unvermögen steht aufgrund seiner Lebensgeschichte in enger Wechselwirkung mit seiner sozialen Entwicklung und Lage. Sowohl gemäss dem Bericht des SPD W. wie auch gemäss der Neubeurteilung des Amtes für Schuldienste des Kantons Schwyz war eine Sonderschulung auf jeden Fall geboten. Das Amt für Schuldienste schliesst nicht aus, dass R. eine adäquate Schulung im öffentlichen Schulsystem des Kantons Schwyz nicht zur Verfügung stehen würde. Da indessen der Kanton Hoheitsträger und auch Kostenträger der kantonalen Sonderschulen und das Erfordernis einer Sonderschulung von R. unbestritten ist, hat diese Frage ohnehin nur zweitrangige Bedeutung.

Aufgrund der dargelegten Rechts- und Sachlage hat sich der Kanton an den Kosten des Aufenthalts bzw. der Schulung von R. im Kinderheim L. zu beteiligen. Diese Kostenbeteiligung erweist sich auch deshalb als sachgerecht, weil im Bereich der Schulbildung der Schutz des Kindes an und für sich den Schulbehörden obliegt (Hegnauer, Kindesrecht 5.A., Bern 1999, § 27.06a mit Verweisen) und nicht der Fürsorgebehörde, und Träger der Sonderschulen im Kanton Schwyz der Kanton und nicht die Gemein-

den oder Bezirke sind. Zudem widerspricht es nicht dem Gesetz, wenn nicht im Sinne einer Präponderanz, je nachdem welcher Aspekt überwiegt, der fürsorgerische oder der andersschulische – wobei diese Frage häufig nicht eindeutig zu beantworten sein dürfte –, die Kosten einseitig nur dem einen oder dem anderen Gemeinwesen/Kostenträger überbürdet werden. Dies ergibt sich allein schon aus der kantonalgesetzlichen Regelung betreffend Kostentragung der Sonderschulen (dazu die nachstehende Erwägung), woraus sich gleichzeitig auch ergibt, dass die Rüge der Beschwerdeführerin, ein Kostensplitting sei zu vermeiden, durch das Gesetz selbst widerlegt wird.

Nachstehend ist noch die Frage einer vorliegend sachgerechten Kostenverteilung zu überprüfen.

5.a) Die Verordnung über die Verteilung der Kosten der Sonderschulung vom 21. April 1998 (SRSZ 611.411) bezieht sich auf alle Sonderschulmassnahmen von Sonderschulbedürftigen. Sie erfasst die Schulung IV-berechtigter und nicht IV-berechtigter Sonderschulbedürftiger (§ 1 VO). Diese Verordnung ist vorliegend zur Bestimmung der vom Kanton zu tragenden Kosten heranzuziehen.

b) Gemäss dem in § 2 der Verordnung geregelten Grundsatz leisten Kanton, Gemeinden und Eltern Beiträge.

Der Kanton leistet pro Schüler einen jährlichen Pauschalbeitrag von Fr. 12000.– und übernimmt gemäss Art. 14 IHV das Defizit der Schulung nach Abzug aller Beiträge inklusive Betriebsbeitrag der Invalidenversicherung. Im Pauschalbeitrag des Kantons ist auch der Gemeindebeitrag enthalten (§ 3 VO).

Die Höhe und Bemessung des Gemeindebeitrages ist in § 4 der Verordnung geregelt. Die Wohnsitzgemeinde hat einen Beitrag entsprechend den Aufwendungen für die Schulung eines nicht invaliden Schulkindes zu leisten, wobei dieser Beitrag dem arithmetischen Mittel der Aufwendungen aller Gemeinden im Kanton entspricht und jährlich vom Regierungsrat festgelegt wird. Gemäss Schreiben des Amtes für Schuldienste an die Fürsorgebehörde S. beträgt der Gemeindebeitrag Fr. 9338.–.

c) Das Amt für Schuldienste als Koordinationsstelle für die Sonderschulung versieht auch die Aufgabe der Rechnungsstelle (§ 7 Abs. 4 VO). Als Rechnungsstelle stellt das Amt jährlich Rechnung an die Gemeinden für die Beiträge nach § 4 der Verordnung (§ 7 Abs. 4 lit. a VO), kontrolliert die Rechnungen der verschiedenen Sonderschulen und Heime und zahlt die entsprechenden Beiträge aus (lit. b) und zieht die Beiträge der Eltern ein, sofern sie nicht direkt der Schule oder dem Heim entrichtet werden (lit. c).

d) Das Amt für Schuldienste wird in seiner Funktion als Rechnungsstelle im Sinne der vorstehend dargelegten gesetzlichen Bestimmungen den betragsmässigen Anteil der im Kinderheim L. anfallenden Kosten für

B. 13.2

die Sonderschulung R.s am gesamten, von den drei Kostenträgern Stadt W., Kanton Schwyz und Gemeinde (Fürsorgebehörde) S. zu tragenden Aufwand festzustellen haben. Diese Sonderschulungskosten sind vom Kanton zu tragen, wobei die Gemeinde S. dem Kanton an diese Kosten der Sonderschulung den Gemeindebeitrag gemäss § 4 der Verordnung zu leisten hat.

Der verbleibende Restbetrag (Restdefizit minus Sonderschulungskosten) entspricht den Kosten für die Heimunterbringung R.s aus fürsorglichen Gründen und ist von der Gemeinde S. zu tragen. Zu berücksichtigen ist, dass der von der Stadt W. zu erbringende Kostgeldbeitrag von Fr. 30.– pro Tag diesen Kosten zuzuordnen ist. Ebenfalls diesen Kosten zuzuordnen und für deren Begleichung zu verwenden ist eine allfällige Alimentenbevorschussung.
(VGE 900/02 vom 30. Oktober 2002).

13.2 Rückerstattung Sozialhilfe

- *Abgrenzung der Soforthilfe gemäss Opferhilfegesetz von der Notfallhilfe des Sozialhilfegesetzes (Erw. 2) und Anwendung auf den konkreten Fall (Erw. 3).*
- *Begriff des Notfalles nach ShG und ZUG (Erw. 4).*

Aus dem Sachverhalt:

Das Amt für Gesundheit und Soziales übernahm gestützt auf das Opferhilfegesetz die Kosten des Aufenthaltes von N., welche zusammen mit ihrer Tochter nach wiederholten Drohungen den ehelichen Haushalt verlassen hatte, im Frauenhaus in W. Die Gemeinde X. wies auf ein Gesuch des Frauenhauses verfügungsweise eine Kostengutsprache ab mit der Begründung, N. habe beim Eintritt ins Frauenhaus keinen Wohnsitz in ihrer Gemeinde gehabt. Daraufhin gewährte der Kanton Y. für die Frauenhauskosten Notfallunterstützung gemäss Art. 30 des Bundesgesetzes über die Zuständigkeit für die Unterstützung Bedürftiger (ZUG). Der Kanton Y. zeigte dem Kanton Schwyz die Notfallunterstützung an (Unterstützungsanzeige) und beantragte Rückerstattung. Das Amt für Gesundheit und Soziales leitete das Unterstützungsgesuch des Kantons Y. an die Gemeinde X. weiter, welche erklärte, ihre eine Kostengutsprache abweisende Verfügung sei mittlerweile in Rechtskraft erwachsen. In der Folge erhob die Gemeinde X. beim Amt für Gesundheit und Soziales «vorsorglich Einsprache» gegen die Unterstützungsanzeige, worauf das Amt für Gesundheit und Soziales seinerseits beim Kanton Y. «Einsprache gemäss Art. 33 ZUG» einreichte und zur Begründung auf die Abweisungsverfügung der Gemeinde X. verwies. Der Kanton Y. erachtete die Einsprache

des Amtes für Gesundheit und Soziales als verspätet und bezeichnete die Abweisungsverfügung der Gemeinde X. als unbeachtlich, da sie nicht im Zusammenhang mit dem Verfahren nach ZUG stehe. Darauf zog das Amt für Gesundheit und Soziales seine Einsprache zurück und verpflichtete die Gemeinde X. zur Übernahme der Kosten des Frauenhausaufenthaltes von N., welche das Frauenhaus zwischenzeitlich wieder verlassen hatte. Der Regierungsrat wies eine gegen diese Verfügung erhobene Beschwerde der Gemeinde X. ab. Dagegen erhob die Gemeinde X. Beschwerde beim Verwaltungsgericht.

Aus den Erwägungen:

2.a/aa) Gemäss Art. 124 BV (Art. 64^{ter} aBV) sorgen Bund und Kanton dafür, dass Personen, die durch eine Straftat in ihrer körperlichen, psychischen oder sexuellen Unversehrtheit beeinträchtigt worden sind, Hilfe erhalten und angemessen entschädigt werden, wenn sie durch die Straftat in wirtschaftliche Schwierigkeiten geraten. Gestützt auf diesen Verfassungsartikel wurde das Bundesgesetz über die Hilfe an Opfer von Straftaten vom 4. Oktober 1991 (Opferhilfegesetz, OHG; SR 312.5) erlassen. Mit dem Opferhilfegesetz soll den Opfern von Straftaten wirksame Hilfe geleistet und ihre Rechtsstellung verbessert werden (Art. 1 Abs. 1 OHG). Die Hilfe umfasst neben Beratung (Art. 1 Abs. 2 lit. a OHG) sowie Schutz des Opfers und Wahrung seiner Rechte im Strafverfahren (lit. b) auch Entschädigung und Genugtuung (lit. c). Opfer im Sinne von Art. 2 Abs. 1 OHG ist jede Person, die durch eine Straftat in ihrer körperlichen, sexuellen oder psychischen Integrität unmittelbar beeinträchtigt worden ist, unabhängig davon, ob der Täter ermittelt worden ist und ob er sich schuldhaft verhalten hat. Der Begriff der Straftat ist im Opferhilfegesetz grundsätzlich gleich wie im Strafgesetzbuch definiert. Man versteht darunter ein tatbestandsmässiges und rechtswidriges Verhalten; eine schuldhaft Tatbegehung ist jedoch ausdrücklich nicht vorausgesetzt (BGE 122 II 211, Erw. 3.b mit Hinweisen auf Botschaft des Bundesrates zum Opferhilfegesetz, BBl 1990 II, S. 977; Botschaft des Bundesrates zu Art. 64^{ter} BV, BBl 1983 III, S. 893f.; Gomm/Stein/Zehntner, Kommentar zum OHG, Bern 1995, N. 18 zu Art. 2).

bb) Die in Art. 3 OHG vorgesehene Beratung und weitere Hilfe (gemäss Abs. 2 lit. a: medizinische, psychologische, soziale, materielle und juristische Hilfe) muss sofort erfolgen, um wirksam zu sein. Die Rechtsstellung der Opfer soll dadurch verbessert werden, dass sie über die ihnen zustehenden Ansprüche informiert und ihnen die nötige Hilfe zu deren Durchsetzung gewährt werden. Wenn nötig ist diese Hilfe auch während längerer Zeit zu leisten.

Der vierte Abschnitt des OHG mit den Art. 11 bis 17 konkretisiert die Ansprüche auf Entschädigung und Genugtuung sowie ihre Voraussetzungen. Das Opfer und die ihm nach Art. 2 Abs. 2 OHG gleichgestellten An-

B. 13.2

gehörigen erhalten die Entschädigung und Genugtuung vom Staat. Diese staatlichen Leistungen sind subsidiär im Verhältnis zu Ansprüchen des Opfers gegenüber Dritten (Art. 14). Aufgrund einer summarischen Prüfung des Entschädigungsgesuches wird ein Vorschuss gewährt, wenn das Opfer sofortige finanzielle Hilfe benötigt, oder wenn die Folgen der Straftat kurzfristig nicht mit hinreichender Sicherheit festzustellen sind (Art. 15 lit. a und b). Die Kantone haben zur Geltendmachung solcher Entschädigungs- und Genugtuungsleistungen ein einfaches, rasches und kostenloses Verfahren vorzusehen und den Sachverhalt von Amtes wegen festzustellen (Art. 16 Abs. 1 und 2). Das Opfer muss die Gesuche um Entschädigung und Genugtuung innert zwei Jahren nach der Straftat bei der Behörde einreichen; andernfalls verwirkt es seine Ansprüche (Art. 16 Abs. 3).

Für die Beanspruchung von Hilfen nach Art. 3 OHG muss nicht endgültig feststehen, ob ein tatbestandsmässiges und rechtswidriges Verhalten des Täters zu bejahen ist oder nicht. Die Soforthilfen müssen, damit sie ihren Zweck erfüllen können, gewährt werden, bevor endgültig feststeht, ob ein tatbestandsmässiges und rechtswidriges Verhalten des Täters zu bejahen ist oder nicht (vgl. BGE 122 II 211, E. 3c und d). Dabei können die Anforderungen an den Nachweis, dass eine Straftat in Betracht fällt, je nach dem Zeitpunkt sowie der Art und dem Umfang der beanspruchten Hilfe unterschiedlich hoch sein (vgl. BGE 122 II 315, E. 3d).

cc) Die Beratungsstelle kann die materielle Hilfe in Form von Geldzahlungen erbringen oder aber beispielsweise durch die Bereitstellung von Wohnraum (Gomm/Stein/Zehntner, Kommentar zum Opferhilfegesetz, Bern 1995, Art. 3 N 21).

Soforthilfe in diesem Sinne ist u.a. geboten, wenn einem Verletzten und/oder einem von weiteren Verletzungen bedrohten Familienangehörigen nicht mehr zugemutet werden kann, am bisherigen Wohnort zu verbleiben und eine neue Unterkunft zu suchen. In einem derartigen Fall geht es um das Eingreifen innert Stunden oder weniger Tage. Materielle Soforthilfe ist vonnöten, wenn seitens der Sozialversicherung Lücken bestehen oder wegen Verzögerungen materielle Hilfe zur Überbrückung geleistet werden muss (Gomm et al., a.a.O., Art. 3 N 28). Muss ein Opfer infolge der Straftat in einer geeigneten Institution betreut werden, so wird die Beratungsstelle diese Aufgabe in der Regel nicht selber wahrnehmen können, sondern Dritthilfe vermitteln und Kostengutsprache leisten (vgl. BGE 125 II 230, E. 3.a).

dd) Längerfristige Hilfe unter dem Titel der Soforthilfe ist von den Beratungsstellen u.a. dann zu leisten, wenn eine langfristige Behandlung zur Überwindung der Verbrechensfolgen oder Lebenshilfe und Laufbahnberatung erforderlich ist, wenn das Opfer der Vermittlung einer Familienberatungsstelle oder einer Selbsthilfegruppe bedarf oder zum Inkasso des geschuldeten Schadenersatzes beim Täter (Gomm et al., a.a.O., Art. 3 N 31

mit Verweis auf die Botschaft zum OHG, S. 979). Diese (materielle) Soforthilfe, welche i.d.R. von der Beratungsstelle geleistet wird, ist im Gegensatz zum Vorschuss gemäss Art. 15 OHG, der unter den Voraussetzungen nach Art. 5 der Verordnung vom 18. November 1992 über die Hilfe an Opfer von Straftaten (OHV; SR 312.51) zurückgefordert werden kann, à fonds perdu bezahlt (Gomm et al., a.a.O., Art. 15 N 12). Sie findet keine Anrechnung auf die Maximalentschädigung von Fr. 100 000.– gemäss Art. 4 OHV (Gomm et al., a.a.O., Art. 13 N 40, Art. 15 N 11).

ee) In zeitlicher Hinsicht ist für die Qualifizierung einer Vorkehr als Soforthilfe nicht der zeitliche Abstand der Hilfeleistung von der Straftat massgebend, sondern die zeitliche Dringlichkeit. Sieht sich ein Opfer vor ein Problem gestellt, dessen Lösung keinen Aufschub erträgt, so handelt es sich um einen Fall von Soforthilfe.

ff) Gemäss § 1 Abs. 1 der Vollzugsverordnung zum Bundesgesetz über die Hilfe an Opfer von Straftaten vom 12. August 1998 (VvOHG; SRSZ 381.111) gewährt der Kanton den Opfern von Straftaten wirksame Hilfe im Sinne des Opferhilfegesetzes. Für die Soforthilfe Dritter steht gemäss § 8 VvOHG den kantonalen Beratungsstellen ein Betrag von Fr. 5000.– pro Fall zur Verfügung. Weitergehende Soforthilfe wird nur auf Kostengutsprache des Amtes für Gesundheit und Soziales hin übernommen (vgl. § 4 Abs. 2 lit. c VvOHG).

gg) Es ergibt sich, dass die Gleichung der Beschwerdeführerin «einmal Opfer – immer Opfer» vor dem Opferhilfegesetz im Allgemeinen allein schon aufgrund der Maximalentschädigung von Fr. 100 000.– gemäss Art. 4 OHV nicht haltbar ist. Die Soforthilfe nach Art. 3 OHG im Speziellen erweist sich als Sofortmassnahme zur Überbrückung einer materiellen Notlage einer Person, der (aufgrund einer Prima-Vista-Beurteilung) Opferqualität zukommt, ohne dass indessen ein tatbestandmässiges und rechtswidriges Verhalten des Täters erstellt sein muss. Kann die Notlage durch die Soforthilfe entschärft und eine Verletzung oder eine drohende Verletzung dadurch gelindert bzw. abgewendet werden, erfüllt sich gleichzeitig auch der Zweck des OHG, nämlich die Leistung einer wirksamen Hilfe (Art. 1 Abs. 1 OHG). Die Hilfeleistung wird gerade durch die Wiedererlangung der Eigenständigkeit des Opfers im Bereich der beratenden und therapeutischen Hilfeleistung einerseits und durch die wirtschaftliche Situation des Opfers nach der Straftat im Bereich der finanziellen Unterstützung andererseits begrenzt (Gomm et al., a.a.O., Art. 1 N 10).

b) Das kantonale Gesetz über die Sozialhilfe vom 18. Mai 1983 (ShG; SRSZ 380.100) regelt die öffentliche Sozialhilfe für Personen aller Altersstufen und für Familien (§ 1 Abs. 1 ShG). Die Sozialhilfe wird in besonderen Lebenslagen gewährt; sie vermittelt und umfasst insbesondere wirtschaftliche und persönliche Hilfe (§ 1 Abs. 2 ShG). Die öffentliche Sozialhilfe ist subsidiär gegenüber der privaten Hilfe (§ 2 ShG). Diese Subsidiarität beschlägt in erster Linie die Möglichkeiten der Selbsthilfe, da-

B. 13.2

neben Leistungsverpflichtungen Dritter sowie freiwillige Leistungen Dritter (vgl. F. Wolfers, Grundriss des Sozialhilferechts, Bern 1993, S. 71f.).

Die Sozialhilfe bezweckt u.a. die Abwendung einer drohenden Notlage und ist deshalb rechtzeitig zu gewähren (§ 3 Abs. 1 ShG). Träger der öffentlichen Sozialhilfe sind primär die Gemeinden; die Zuständigkeit liegt grundsätzlich bei der Wohnsitzgemeinde (§ 6 ShG), die als Unterstützungswohnsitz regelmässig mit dem zivilrechtlichen Wohnsitz im Sinne von Art. 23ff. ZGB zusammenfällt (§ 18 Abs. 1 ShG). Bei unaufschiebbarer Hilfe obliegt die Pflicht zur Hilfe allerdings derjenigen Gemeinde, auf deren Gebiet die Hilfsbedürftigkeit eingetreten ist unter dem Vorbehalt des Rückgriffes auf das zahlungspflichtige Gemeinwesen (§ 21 ShG «Notfallgemeinde»).

[3.a) Sachverhalt]

3.b/aa) Aus diesem Sachverhalt ergibt sich einerseits, dass die Einweisung von N. ins Frauenhaus W. im Sinne der Soforthilfe und einer vorübergehenden Notlösung erfolgte. Die zeitliche Dringlichkeit schien am ... gegeben. Die Darstellung von N. war glaubhaft, die Unzumutbarkeit des weiteren Verbleibs in der gemeinsamen Wohnung bei ihrem Ehegatten erstellt. In Anbetracht der akuten und glaubhaft gemachten Notsituation war es unmöglich, innert nützlicher Frist eine alternative Wohnungslösung für N. zu finden. Zudem war infolge der Drohungen ein gewisser physischer Schutz und möglicherweise auch eine gewisse (psychologische) Betreuung von N. erforderlich in Anbetracht ihrer Herkunft aus einem soziokulturellen Umfeld, in welchem eine Trennung/Scheidung und der Schritt in die Selbständigkeit einer verheirateten bzw. geschiedenen Frau – und mit diesem Gedanken trug sich N. – nicht mit der hiesigen Selbstverständlichkeit erfolgt.

Andererseits zeigte sich, dass allein eine gewisse räumliche Trennung der Eheleute N. zu einer Entspannung der Situation führen konnte und offensichtlich auch führte. ...

bb) Insofern ist es richtig, dass die erste Zeit dieses Schrittes, da diese Periode noch im Zeichen der durch die Drohungen und Tätlichkeiten des Ehemannes ausgelösten Ängste stand, mittels der materiellen Soforthilfe gestützt auf das Opferhilfegesetz überbrückt wurde.

Sobald aber die Gefährdungssituation und mithin eine Opferqualität nicht mehr festzustellen ist, entfällt auch der Grund für eine Leistung von Soforthilfe gestützt auf das Opferhilfegesetz. Weitergehende Ansprüche aus Opferhilfegesetz (Vorschuss nach Art. 15 OHG, Schadenersatz oder Genugtuung) wurden indessen weder von N. noch vom Frauenhaus W., das ihre Interessen vertrat, geltend gemacht, woraus sich ableiten lässt, dass weder N. noch die zuständigen Betreuerinnen des Frauenhauses W. eine weiterdauernde Opfersituation als gegeben erachteten. Ebenso wenig hat die Beschwerdeführerin darauf hingewirkt, dass diesbezügliche weitere Ansprüche geltend gemacht wurden.

c/aa) Das kantonale Amt für Gesundheit und Soziales hat am ... eine Soforthilfe nach OHG für .. Tage zusätzlich einmalige Nebenkosten gutgesprochen. In Ziff. 3 der Erwägungen wird ausgeführt:

«Das Amt für Gesundheit und Soziales hat aufgrund der schriftlichen Eingabe des Frauenhauses W. zu entscheiden. Polizeiprotokolle oder ärztliche Bestätigungen sind nicht eingereicht worden. Mit dem Gesuch an das Amt für Gesundheit und Soziales hat das Frauenhaus W. gleichzeitig ein Gesuch um Kostengutsprache an die Fürsorgebehörde X. gestellt. Diese hat mit Beschluss vom ... die Kostengutsprache abgewiesen. Über die vorsorgerechtliche Zuständigkeit der Kostenersatzpflicht gegenüber dem Frauenhaus W. wird im vorliegenden Verfahren nicht zu entscheiden sein.»

bb) Dieser Erwägung ist dreierlei zu entnehmen.

Zum einen hat das Amt für Gesundheit und Soziales eine Kostengutsprache für .. Tage gestützt auf das OHG allein aufgrund des Gesuchs des Frauenhauses W. ohne weitere Abklärungen gutgeheissen, obwohl dieses Gesuch auf die sich bei der Polizei befindenden Unterlagen verwiesen hatte. Eine Begründung für die Befristung der Kostengutsprache auf .. Tage ist der Verfügung nicht zu entnehmen. Eine zeitliche Begrenzung der Soforthilfe ist grundsätzlich nicht zu beanstanden. Denn nach Art. 1 Abs. 1 OHG soll den Opfern von Straftaten zwar wirksame Hilfe geleistet und ihre Rechtsstellung verbessert werden. Soweit wirksame Hilfe durch andere Institutionen geleistet wird, kann es jedoch nicht dem Zweck des Opferhilfegesetzes entsprechen, diese Leistungen zurückzudrängen. Indessen haftet vorliegend dieser unbegründeten Bemessung auf Kostengutsprache für .. Tage unweigerlich etwas Willkürliches an. Sollte es sich dabei um eine praxisgemässe Dauer der Kostengutsprache unter dem Titel der Soforthilfe handeln, birgt diese Praxis die Gefahr in sich, dem individuellen Fall nur ungenügend gerecht zu werden und käme insofern einer unzulässigen Selbstbeschränkung des Ermessens gleich.

Zum andern hatte das Amt für Gesundheit und Soziales Kenntnis vom Parallelgesuch an die Fürsorgebehörde X. und deren abschlägigem Beschluss vom ... gestützt auf § 16ff. ShG. Mit der Unterstützungsanzeige vom .. äusserte die Direktion für Soziales und Sicherheit des Kantons Y. dem kantonalen Amt für Gesundheit und Soziales gegenüber auch sogleich ihre Auffassung bzgl. nach wie vor bestehender Zuständigkeit der Gemeinde X.

Schliesslich war es dem Amt für Gesundheit und Soziales auch klar, dass sich (früher oder später) die Frage betr. der Kostenpflicht für die restliche Aufenthaltsdauer von N. im Frauenhaus W. stellen würde.

cc) Bei dieser Sachlage war klarerweise ein Zuständigkeitskonflikt bzgl. der bereits entstandenen bzw. noch entstehenden Kosten aus dem Frauenhausaufenthalt von N. zwischen Kanton und Gemeinde X. absehbar. Bekannt war auch, dass sich diese Kosten auf monatlich rund Fr. 6000.– belaufen würden, was in etwa dem doppelten sozialen Existenzminimum gemäss SKOS-Richtlinien für einen Mutter-Kind-Haushalt (2-Personen-Haushalt Fr. 1545.– Grundbedarf; Wohnungskosten geschätzt ca. Fr. 1000.–,

B. 13.2

weitere Auslagen ca. Fr. 500.–) entspricht. Es wäre deshalb ein Gebot der Stunde gewesen, dass die zuständige kantonale und kommunale Behörde die Frage des kostenpflichtigen Gemeinwesens zurückgestellt und sich vorab im Sinne der Schadenminderung um eine kostengünstigere alternative Lösung bemüht hätten. Die kantonalen und kommunalen Behörden liessen es demgegenüber bei einer schriftlichen Korrespondenz bewenden, wobei diese Korrespondenz nicht einmal mit der der Situation adäquaten Beförderlichkeit erfolgte.

dd) Anzuführen ist, dass die Vorinstanz zu Unrecht infolge der Rechtskraft der Verfügung vom ... das Verfahren nach Opferhilfegesetz als abgeschlossen bezeichnet. Dem steht allein schon die Tatsache entgegen, dass einem Opfer gemäss Art. 16 Abs. 3 OHG eine Frist von zwei Jahren seit der Straftat zusteht, um weitergehende Ansprüche (Entschädigung und Genugtuung) geltend zu machen. Abgesehen davon bedeutet die Rechtskraft einer Verfügung bzgl. Kostengutsprache für eine bestimmte Dauer nicht zwingend, dass in einer zweiten Verfügung für eine weitere Dauer auch unter dem Titel der Soforthilfe eine zweite (ergänzende) Kostengutsprache bewilligt werden kann. Genau dies wird häufig der Fall sein, wenn eine einlässlichere Prüfung der Situation zeigt, dass sich längerfristige Sofortmassnahmen (vgl. vorstehende Erw. 2.a/dd) aufdrängen. Wie gezeigt erfolgte vorliegend die befristete Kostengutsprache ohne Prüfung jeglicher Unterlagen.

d) Vorliegend rechtfertigt es sich aufgrund der gesamten Umstände, die Kosten des Frauenhausaufenthaltes über den ... hinaus je hälftig auf den Kanton als Kostenpflichtigem aus Soforthilfe aus OHG einerseits und auf die Gemeinde X. als Kostenpflichtige aus ShG andererseits zu verlegen, und zwar im Sinne der vorstehenden Erwägungen sowie aus folgenden Gründen:

aa) Neben der materiellen Soforthilfe obliegt dem Kanton gemäss Art. 3 Abs. 2 lit. a OHG auch die Vermittlung psychologischer und sozialer Hilfe. Die Zuweisung eines Opfers an ein ausserkantonales Heim mangels entsprechender kantonaler Einrichtungen weist demgegenüber den Charakter eines Surrogats materiell-finanzieller Hilfe auf und kann nicht von der Vermittlung weiterer Hilfe entbinden, sofern erforderlich. Falls diese Vermittlung nicht durch eine eigene Opferberatungsstelle oder eine entsprechend befähigte und beauftragte Institution erfolgt, ist sie anderweitig sicherzustellen. Dies hat insbesondere für den Fall zu gelten, wenn die Inanspruchnahme ausserkantonaler Institutionen mit höheren Kosten verbunden ist als kantonsinterne Lösungen.

bb) Vorliegend erfolgte die Zuweisung von N. in ein ausserkantonales Frauenhaus durch die Kantonspolizei. Das Amt für Gesundheit und Soziales beschäftigte sich in der Folge nur mit der Regelung der Kostenfrage. Anderweitige Lösungen wurden in keiner Phase ins Auge gefasst. Aus der Kostengutsprache von .. Tagen des kant. Amt für Gesundheit und So-

ziales ergibt sich implizit, dass diese Amtsstelle eine Notlage/Opferstatus von N. im Sinne von Art. 3 OHG mindestens für die entsprechende Dauer anerkannte. Jedoch wurden weder während dieser Zeitspanne noch in der nachfolgenden Zeit weder die Bedrohungslage noch alternative Lösungsmöglichkeiten in Erwägung gezogen und/oder geprüft. Selbst wenn dies der Fall gewesen wäre, muss offen bleiben, ob eine Lösung nach Ablauf dieser .. Tage am ... bereits spruchreif gewesen wäre. Abgesehen davon hätte eine alternative Lösung frühestens in dem Zeitpunkt greifen können, in welchem keine Bedrohungssituation mehr vorhanden gewesen war.

cc) Die Gemeinde X. ihrerseits hat sich hartnäckig unter Verweis auf ihre Verfügung vom ... aus der Verantwortung ziehen wollen, obwohl sie sich zumindest bewusst war, dass N. im Zeitpunkt der Einweisung ins Frauenhaus W. Wohnsitz im Kanton Schwyz hatte ...

4. Die Argumentation der Beschwerdeführerin vermag im Übrigen keinerlei weitergehende Kostenpflicht des Kantons gestützt auf das OHG zu begründen.

a) Die Ausführungen der Beschwerdeführerin zum Begriff des «Notfalles» gestützt auf dessen angebliche Verwendungsweise im ZUG sind in diesem Zusammenhang unbehelflich. Der Notfall im Sinne des Sozialhilfegesetzes und insbesondere im Sinne der Voraussetzungen von § 21 ShG erfordert eine Dringlichkeit in zeitlicher und in sachlicher Hinsicht. Diese beiden Voraussetzungen entsprechen auch der Regelung in Art. 2 Abs. 1 ZUG, wonach bedürftig ist, wer für seinen Lebensunterhalt nicht hinreichend oder nicht rechtzeitig aus eigenen Mitteln aufkommen kann. Dies trifft auf die wohnungs- und mittellose N. denn auch zu, wie aus dem Sachverhalt gemäss vorstehender Erw. 3a ohne weiteres hervorgeht. Die relevante Notlage kann zwar nur momentan bestehen, jedoch auch über längere Zeit andauern (J.P. Müller, Grundrechte in der Schweiz, Bern 1999, S. 170). Im Übrigen bleibt es dem notfallhilfeleistenden Kanton überlassen, was er als sofortige Hilfe betrachtet und was nicht (vgl. Thomet, a.a.O., Rz. 186), ohne dass dies Konsequenzen auf den Rückerstattungsanspruch des kostenpflichtigen Gemeinwesens hat.

b) Abgesehen davon ist diese Frage des Notfallbegriffes vorliegend deshalb irrelevant, weil N. entgegen der Auffassung der Vorinstanz (Erw. 3 angefochtener Entscheid) im Zeitpunkt ihrer Zuweisung ins Frauenhaus W. ihren Unterstützungswohnsitz nach wie vor in der Gemeinde X. hatte. Der Wohnsitz bestimmt sich durch ein objektives (Aufenthalt) wie auch subjektives (Absicht dauernden Verweilens) Element, die untrennbar miteinander verbunden sind (vgl. Thomet W., Kommentar zum Bundesgesetz über die Zuständigkeit für die Unterstützung Bedürftiger [ZUG], Zürich 1994, Rz. 95). Nicht entscheidend ist Dauer und Art des Aufenthalts. (...). (VGE 901/02 vom 14. Oktober 2002).

14. Staatshaftung

14.1 Staatshaftung nach Art. 429a ZGB (Fürsorgerische Freiheitsentziehung FFE)

- *Haftungsvoraussetzungen; haftbarer Personenkreis, Verjährung, kein Konnex zur gerichtlichen Beurteilung der fürsorgerischen Freiheitsentziehung gemäss Art. 397d ZGB (Erw.1).*
- *Voraussetzungen für FFE-Einweisung; Zulässigkeit einer Einweisung zum Zweck einer medizinischen Abklärung (Erw. 3a).*
- *Umstände der Einweisung; keine Diagnose erforderlich (Erw. 3b).*
- *Beurteilung der Notwendigkeit einer FFE-Einweisung nach Massgabe eines besonnenen Menschen (Erw. 3c).*

Aus den Erwägungen:

1.a) Wer durch eine widerrechtliche Freiheitsentziehung verletzt wird, hat Anspruch auf Schadenersatz und, wo die Schwere der Verletzung es rechtfertigt, auf Genugtuung (Art. 429a Abs. 1 ZGB). Haftbar ist der Kanton unter Vorbehalt des Rückgriffs gegen die Personen, welche die Verletzung absichtlich oder grobfahrlässig verursacht haben (Art. 429a Abs. 2 ZGB).

b) Art. 429a Abs. 1 ZGB gewährt somit jenem, der durch widerrechtliche Freiheitsentziehung verletzt worden ist, einen Anspruch auf Schadenersatz und, wo die Schwere der Verletzung es rechtfertigt, auf Genugtuung. Diese Bestimmung beinhaltet bundesrechtlich eine staatliche Kausalhaftung (vgl. Stefan Mattmann, Die Verantwortlichkeit bei der fürsorgerischen Freiheitsentziehung, Diss. FR 1988, S. 60/2. und 62/II mit Hinweisen). Haftungsvoraussetzungen sind folglich:

- Widerrechtlichkeit des fürsorgerischen Freiheitsentzuges
- Verursachung eines Schadens durch einen widerrechtlichen fürsorgerischen Freiheitsentzug
- Kausalität zwischen Widerrechtlichkeit bzw. widerrechtlichem Verhalten der im Rahmen der FFE tätigen Personen einerseits und dem Schaden anderseits.

c/aa) Die staatliche Kausalhaftung betrifft auch Handlungen der vom kantonalen Recht als «geeignete Stelle» (Art. 397b Abs. 2 ZGB) bezeichneten Personen, welche hoheitliche Verrichtungen ausüben (Mattmann, a.a.O., S. 86/4. mit Hinweisen). «Geeignete Stelle» im Sinne von Art. 397b Abs. 2 ZGB umfasst Behörden und Nichtbehörden (BBl Nr. 39 vom 26. September 1977, S. 31). Mit der Wahl dieses neutralen Ausdrucks sollte es den Kantonen ermöglicht werden, die ihren Verhältnissen entsprechende Lösung zu finden (BBl Nr. 39, a.a.O.). Als «geeignete Stelle»

in Frage kommen insbesondere auch freipraktizierende Ärzte und Amtsärzte (Gross in Basler Kommentar N 3 zu Art. 429a ZGB). Im Kanton Schwyz ist gemäss § 36b Abs. 1 des Einführungsgesetzes zum schweizerischen Zivilgesetzbuch vom 14. September 1978 (SRSZ 210.100; EGZGB) jeder in der Schweiz zur selbständigen Berufsausübung zugelassene Arzt befugt, die fürsorgerische Freiheitsentziehung im Sinne von Art. 397b Abs. 2 ZGB (wie auch Art. 314a Abs. 3 ZGB) anzuordnen.

bb) Widerrechtlichkeit des Freiheitsentzugs als deren erste Voraussetzung ist bei jedem Verstoß gegen Normen des Bundesrechts einschliesslich der EMRK und des kantonalen Rechts gegeben, soweit diese Bestimmungen die Voraussetzungen, die Zuständigkeit und das Verfahren zur fürsorgerischen Freiheitsentziehung regeln (Mattmann, a.a.O., S. 103ff.). Widerrechtlich ist somit insbesondere die Missachtung der Verfahrensrechte des Betroffenen, des rechtlichen Gehörs und der Verfahrensgarantien von Art. 6 Ziff. 1 EMRK.

cc) Entsprechend der Ausgestaltung als Kausalhaftung wird kein Schuldvorwurf vorausgesetzt. Ein Verschulden ist nur hinsichtlich des Rückgriffes des Staates auf die schadensverursachende Person von Relevanz. Allerdings ist zu beachten, dass das Bundesgericht im Staatshaftungsrecht die Widerrechtlichkeit im Sinne von Amtspflichtwidrigkeit versteht, d.h. als Verletzung einer objektiv gegebenen Verhaltens- oder Sorgfaltspflicht. Die verschuldensunabhängige Widerrechtlichkeitshaftung des Staates nähert sich somit doch wieder stark einer objektivierten Verschuldenshaftung im Sinne der ausservertraglichen Schädigung (Art. 41ff. OR) an (Gross in Basler Kommentar N 7 zu Art. 429a ZGB). Demgemäss ist eine fürsorgerische Freiheitsentziehung nur dann widerrechtlich, wenn sie im Zeitpunkt ihrer Vornahme aus der Sicht der verantwortlichen Organe objektiv amtpflichtwidrig erscheint. Dies ist dann nicht der Fall, wenn die Massnahme sich erst nachträglich als ungerechtfertigt erweist, z.B. aufgrund einer neuen Diagnosestellung bei einem psychischen Kranken. Die Widerrechtlichkeit darf deshalb grundsätzlich nicht retrospektiv aus der Sicht später eingetretener Entwicklungen beurteilt werden (Gross, a.a.O.).

dd) Die Verjährung der Verantwortlichkeitsklage gemäss Art. 429a ZGB richtet sich nach Art. 454 Abs. 2 ZGB und verjährt mit Ablauf eines Jahres, nachdem sie erhoben werden konnte. Die Verantwortlichkeitsklage ist unabhängig von der gerichtlichen Beurteilung einer FFE gemäss Art. 397d ZGB. Mit der gerichtlichen Beurteilung gemäss Art. 397d ZGB wird geprüft, ob die Voraussetzungen für eine Unterbringung oder Zurückbehaltung einer in eine Anstalt eingewiesenen Person (noch) gegeben sind oder nicht. Entsprechend der Dringlichkeit der Beurteilung dieser Frage hat der Richter in einem einfachen und raschen Verfahren zu entscheiden (Art. 397f Abs. 1 ZGB). Die Frage der Widerrechtlichkeit im Sinne von Amtspflichtwidrigkeit, wie vorstehend dargestellt, ist nicht Ge-

B. 14.1

genstand der gerichtlichen Beurteilung nach Art. 397d ZGB. Träfe die Ansicht der Beklagten zu (Klageantwort Ziff. 1.1 und Duplik Ziff. 1), müsste jede gerichtliche Aufhebung einer FFE der Feststellung der Widerrechtlichkeit der FFE gleichkommen, und würden damit die Haftungsfolgen gemäss Art. 429a ZGB ausgelöst, womit die Verantwortlichkeitsklage obsolet würde. Das Gericht tritt konsequenterweise nach Entlassung eines Patienten aus der FFE mangels fehlendem aktuellem Rechtsschutzinteresse nicht auf Begehren betreffend Feststellung der Rechtmässigkeit bzw. Unrechtmässigkeit eines FFE ein (vgl. 822/02 2. Teilentscheid vom 22. März 2002, Erw. 2.a; VGE 815/02 vom 31. Januar 2002, Erw. 2).

Die Rechtskraft bzw. das Unterlassen der Anfechtung der Einweisungsverfügung durch den Kläger kann ihm folglich nicht entgegeng gehalten werden. Auf seine Klage ist einzutreten.

2. Der Kläger 1 macht eine Verletzung von Art. 397a Abs. 1 ZGB geltend. Nur bei Erfüllung der Voraussetzungen gemäss dieser Gesetzesbestimmung sei die Rechtmässigkeit und Zulässigkeit eines FFE auch im Sinne von Art. 5 Ziff. 1 lit. e EMRK gegeben. Dr. med. X.Y. habe jedoch ohne eigene Diagnose zu stellen und ohne bei seiner Entscheidung den zur klägerischen Erregung führenden konkreten Hintergrund der Auseinandersetzung betreffend Vollstreckung des Entscheides auf dem Grundstück des Klägers in rechtlich korrekter Art und Weise mitzuberücksichtigen, den Kläger vorschnell «in den FFE» eingewiesen. Der einweisende Arzt hätte erkennen müssen, dass die klägerische Erregung nur gerade im Zusammenhang mit der Entscheidvollstreckung auftrat. Der behandelnde Klinikarzt habe weder eine Geisteskrankheit noch eine Geistesschwäche beim Kläger 1 diagnostizieren können, weshalb die Entlassung bereits wieder am 2001 erfolgte.

Ebenso hätte die erforderliche persönliche Fürsorge durch die E. sowie die T. erbracht werden können. Auch in dieser Hinsicht habe sich der einweisende Arzt pflichtwidrig verhalten, wenn er es nicht für nötig hielt, in seiner Einweisungsverfügung zu diesem Punkt etwas zu erwähnen.

3.a/aa) Nach Art. 397a Abs. 1 ZGB darf eine mündige oder entmündigte Person wegen Geisteskrankheit, Geistesschwäche, Trunksucht, anderen Suchterkrankungen oder schwerer Verwahrlosung in einer geeigneten Anstalt untergebracht oder zurückbehalten werden, wenn ihr die nötige persönliche Fürsorge nicht anders erwiesen werden kann. Dabei ist auch die Belastung zu berücksichtigen, welche die Person für ihre Umgebung bedeutet (Art. 397 Abs. 2 ZGB). Die betroffene Person muss entlassen werden, sobald ihr Zustand es erlaubt (Art. 397a Abs. 3 ZGB).

Das ZGB stellt somit zwei separate Voraussetzungen für die Anstaltseinweisung bzw. Zurückbehaltung in der Anstalt auf. Die erste Voraussetzung bezieht sich auf den körperlichen und geistigen Zustand des Betroffenen. Nur wenn einer der in Art. 397a Abs. 1 ZGB abschliessend aufgezählten Schwächezustände vorliegt, kommt eine zwangsweise An-

staltseinweisung oder eine zwangsweise Zurückbehaltung in der Anstalt in Frage.

bb) Unter den Begriff der Geisteskrankheit fallen alle Fälle, bei denen psychische Symptome oder Verlaufsweisen auftreten, die einen stark auffallenden Charakter haben und auf einen besonnenen Laien den Eindruck uneinfühlbarer, qualitativ tiefgehend abwegiger, grob befremdender Störungszeichen machen (Schnyder/Murer, N 26f. zu Art. 369 ZGB mit Hinweisen; vgl. BGE 118 II 254, Erw. 4.a; Marianne Caviezel-Jost, Die materiellen Voraussetzungen der fürsorgerischen Freiheitsentziehung, Diss. Freiburg, Stans 1988, S. 142). Der Rechtsbegriff der Geisteskrankheit gemäss EMRK (Art. 5 Ziff. 1 lit. e) geht in seiner Bedeutung weiter als derjenige von Art. 397a ZGB, der dem Vormundschaftsrecht (Art. 369 ZGB) entnommen worden ist. Er umfasst somit jeden wie auch immer gearteten abnormalen Geisteszustand dauernder Natur (BBl 1977 III, S. 23/212.1 mit Hinweisen; BGE 85 II 460, E. 3 mit Hinweisen; Schnyder/Murer, N 42f. zu Art. 369 ZGB mit Hinweisen).

Geistesschwäche liegt vor, wenn bei einem Menschen psychische Störungen auftreten, die dem besonnenen Laien (u.U. sehr stark) auffallen, die er jedoch nicht mehr als Krankheit erachtet, weil sie noch einfühlbar erscheinen und nach aussen nur quantitativ vom «Normalen» abweichen (Caviezel-Jost, a.a.O., S. 147). Der medizinischen Klassifizierung kommt nur eine untergeordnete Bedeutung zu. Das Schwergewicht für den Entscheid, ob eine Geisteskrankheit oder Geistesschwäche vorliegt oder nicht, liegt auf der Beurteilung des Verhaltens einer Person durch einen medizinischen Laien. Die medizinische Einordnung durch den Psychiater mit einem gemäss Art. 397e Ziff. 5 für die Einweisung psychisch Kranker verlangten Gutachten ist somit nicht ausschlaggebend für das Vorliegen eines Einweisungsgrundes, sondern allenfalls für die Frage der Dauer der psychischen Störung, ihres Verlaufs, ihrer Auswirkungen, der notwendigen Behandlung etc. (Caviezel-Jost, a.a.O., S. 143; vgl. Klageantwort Ziff. 3). Die gegenteilige Ansicht zu vertreten hiesse, die Möglichkeit der Anordnung einer FFE durch die Vormundschaftsbehörde als Laienbehörde zu negieren.

cc) Die zweite Voraussetzung bezieht sich auf die Auswirkungen des Schwächezustandes. Nur wenn die durch den Schwächezustand bewirkte Fürsorgebedürftigkeit dermassen ist, dass dem Betroffenen nicht anderweitig geholfen werden kann, ist die zwangsweise Anstaltsunterbringung haltbar (VGE 524/85 v. 14.3.85, E. 3, Prot. 194 mit Hinweisen; 570/86, 577/86 v. 10.7.86, E. 4 u.a.). Die Fürsorgebedürftigkeit braucht indes nicht von langer Dauer zu sein (Marianne Caviezel-Jost, a.a.O., S. 271ff.). Dass bei der fürsorgerischen Freiheitsentziehung (FFE) die Verhältnismässigkeit gewahrt werden muss, drückt Art. 397a ZGB mit den Worten aus, dass die zwangsweise Einweisung dann erfolgen darf, wenn der betroffenen Person die nötige persönliche Fürsorge nicht anders erwiesen werden

B. 14.1

kann. Die Versorgung muss ultima ratio bleiben (E. Spirig, Kommentar, N. 257ff. zu Art. 397a ZGB). Die FFE ist nur zulässig, wenn keine leichtere Massnahme der betroffenen Person genügend Schutz bietet. Dabei kommen den kant. Vormassnahmen und der freiwilligen Sozialhilfe sowie der ambulanten Betreuung entscheidende Bedeutung zu. Es ist aber nicht notwendig, dass zuerst alle leichteren Massnahmen angeordnet wurden und diese sich als unwirksam erwiesen haben. Wenn weniger weitreichende Massnahmen von vorneherein als ungenügend erscheinen, darf eine FFE angeordnet werden (Geiser, in Basler Kommentar, N 13 zu Art. 397a ZGB).

dd) Nicht aus dem Gesetzeswortlaut, wohl aber aus der Entstehungsgeschichte ergibt sich, dass die Einweisung in eine Klinik zum Zweck einer medizinischen Abklärung zulässig ist (Geiser, a.a.O., N 16 mit Verweis auf AmtlBull Nr. 1978, 755, Votum Furgler; ZK-Spirig, N 114ff.). Die in Art. 397a ZGB enthaltenen Voraussetzungen bedeuten diesfalls allerdings, dass die Untersuchung beispielsweise die Frage betreffen muss, ob wegen eines in dieser Bestimmung aufgezählten Schwächezustandes eine FFE notwendig ist. Dem entspricht auch die Strassburger Praxis, wonach eine Unterbringung auch nur vorübergehend zur Abklärung einer etwaigen Krankheit erfolgen kann. Ebenso kann in Notfällen sowie bei offensichtlicher Krankheit die allfällige Feststellung einer Geisteskrankheit auch im nachhinein vorgenommen werden (Mark Villiger, Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention unter besonderer Berücksichtigung der schweizerischen Rechtslage, 2. A. Zürich 1999, Rz. 337; Arthur Haefliger, Die Europäische Menschenrechtskonvention und die Schweiz, Bern 1993, S. 82).

b) Der fürsorgerische Freiheitsentzug des Klägers wurde von X.Y. am 2001 verfüngsweise angeordnet (...). Gemäss dem vom Sozialpsychiatrischen Dienst des Kantons Schwyz üblicherweise verwendeten, vom kantonalen Justizdepartement ausgearbeiteten Formular begründete er seine Anordnung unter «Umstände und Gründe der Einweisung (*keine* Diagnose); Notwendigkeit der Klinikbehandlung; Einwände der betroffenen Person; Dringlichkeit» folgendermassen:

«Bei H. trat am 1.10.2001 ein unkontrollierter Erregungszustand mit Bedrohung der B. mit einer Eisenstange auf. In diesem Sinne ist von einer erheblichen Fremd- und allenfalls auch latenten Selbstgefährdung auszugehen. Eine Klinik-Einweisung ist z.Z. unumgänglich, da weitere Erregungszustände keinesfalls auszuschliessen sind.»

Das vom Folgetag, 2001, datierende Einweisungszeugnis des gleichen Arztes sowie von S., hält u.a. fest:

c/aa) Es ist zwar richtig (Klage Ziff. 2.3.A.I), dass die Einweisungsverfügung vom 2001 keine Diagnose formuliert. Wie bereits vorstehend dargelegt, ist eine Diagnosestellung im medizinischen Sinn indes auch nicht erforderlich. Dieses Vorgehen steht im Einklang mit den (undatier-

ten) «Hinweisen und Anregungen» einer durch das Eidg. Justiz- und Polizeidepartement eingesetzten Arbeitsgruppe, (S. 31). Das kantonale Departement des Inneren hat in Zusammenarbeit mit dem kantonalen Justizdepartement mit Rundschreiben vom 31. Januar 1984 «Hinweise für die Ärzte zur fürsorgerischen Freiheitsentziehung» gegeben. Darin wird explizit festgehalten (S. 4), dass die Begründung der Massnahme nicht in einer medizinischen Diagnose bestehen müsse, sondern vielmehr kurz den Sachverhalt wiedergeben und auf die Umstände, die auf Selbst- oder Drittgefährdung oder anders gelagerte Fürsorgebedürftigkeit schliessen lassen, hinweisen solle. Dieses Rundschreiben enthält im Anhang auch das vorerwähnte Formular.

bb) Abgesehen davon lag vorliegend im Moment der Einweisung entgegen der Darstellung des Klägers 1 bereits eine erste Diagnose einer medizinischen Fachperson vor. Die diesbezüglichen Erstabklärungen waren von S. am ... 2001 vorgenommen worden mit der Diagnose eines «psychischen Ausnahmezustandes». Diese Diagnose wurde denn auch am Folgetag formuliert und der ... zugestellt. Der Kläger hat dieses Einweisungszeugnis nicht zur Einsicht verlangt. Die Beklagte weist zu Recht darauf hin, dass Art. 397e ZGB nur verlangt, dass die betroffene Person über die Gründe der Klinikeinweisung zu unterrichten ist, wobei an die Begründung keine hohen Anforderungen gestellt werden dürfen und es genügt, wenn ein Entscheid mündlich erläutert wird (Geiser, in Basler Kommentar N 4 zu Art. 397e ZGB).

cc) ...

dd) Dem Kläger kann auch nicht gefolgt werden, wenn er geltend macht, bzgl. der Einweisungsverfügung hätte der konkrete Hintergrund berücksichtigt werden müssen. Eine solche Beurteilung ist dem Arzt, insbesondere wenn höchste Dringlichkeit geboten ist, nicht möglich, und für die Frage der Beurteilung des konkreten psychischen Zustandes bzw. des Gefährdungspotentials auch unerheblich (...). Ein einweisender Arzt befindet sich in der gleichen Situation wie ein Notfallarzt, der über die (notfallmässige) Spitaleinweisung eines körperlich versehrten Menschen, z.B. bei einem Unfall o.ä., zu befinden hat, ohne dessen Krankheitsgeschichte zu kennen oder erst noch in Erfahrung bringen zu können, selbst wenn sich eine Einweisung (oder andere vergleichbare Massnahme) im Nachhinein als (medizinisch) unnötig herausstellen sollte.

ee) Eine (psychiatrisch-)medizinischen Ansprüchen genügende Diagnose bedarf regelmässig eines gewissen Beobachtungszeitraumes, der Eigen- und Fremdanamnese eines Patienten usw. Eine Mehrzahl der psychischen Störungen gemäss der von der Weltgesundheitsorganisation erstellten «Internationalen Klassifikation psychischer Störungen» (vgl. Internationalen Klassifikation psychischer Störungen: ICD-10, Kapitel V (F); klinisch-diagnostische Leitlinien; übers. und hrsg. von H. Dilling u.a.,

B. 14.1

2. korr. Aufl., Bern 1993) lässt sich denn ohne längerfristige Beobachtungen und ohne differential-diagnostisches Vorgehen nicht exakt diagnostizieren.

ff) In einem solchen wie im vorliegenden Fall ist es evident, dass auch die erforderliche Fürsorge in keiner anderen – weder geeignete(re)n noch verhältnismässig(er)en – Weise erbracht werden kann. Ein gegenteiliges Handeln würde einen (Notfall-)arzt erst recht dem Haftungsrisiko aussetzen.

gg) Zudem ist mit Blick auf die vom Kläger geltend gemachte Vorgeschichte sein «Ausrasten» nach der Massgabe eines besonnenen Laien erst recht nicht mehr nachvollziehbar und berechtigte ohne weiteres zur Annahme eines hochgradig psychotischen Zustandes.

hh) Weiter gilt es zu berücksichtigen, dass zu jenem Zeitpunkt die Behörden und die Öffentlichkeit aufgrund des Zuger Attentates in höchstem Masse bzgl. psychischer Ausnahmesituationen sensibilisiert waren und einer möglichen Drittgefährdung im Rahmen der Interessenabwägung mit Blick auf eine Einweisung eine hohe Gewichtung zukam. Gerade die Amokläufer der jüngsten Vergangenheit im In- und Ausland haben gezeigt, dass der Nachahmerproblematik eine kaum zu unterschätzende Bedeutung zuzumessen ist.

d) Unbehelflich ist auch der Einwand des Klägers, die persönliche Fürsorge sei jederzeit durch E. resp. T. gewährleistet gewesen. Offensichtlich konnten sie dem Kläger indes nicht die erforderliche Fürsorge angedeihen lassen und ihn von seinem Vorhaben und Tun abhalten. ...

Objektiverweise durfte der einweisende Arzt davon ausgehen, dass gerade aus Gründen der nötigen persönlichen Fürsorge für den Kläger, die insbesondere in einer medizinisch-psychiatrischen Beobachtung/Abklärung des Klägers bestand, keine andere Lösung als eine FFE in Erwägung gezogen werden konnte. Das Verhalten (Ausrasten) des Klägers war auch in Anbetracht ... völlig unverständlich und für einen besonnenen Laien nicht nachvollziehbar. Ausserdem liegt in dieser coram publico offenbaren Neigung zur Gewalttätigkeit – und entgegen seiner Ansicht nicht im FFE – ein seinen Ruf ... allfällig beeinträchtigendes Potential begründet.

f) Insgesamt kann zusammenfassend festgehalten werden, dass die Einweisung des Klägers 1 in die P. am ... 2001 in vertretbarer Würdigung der gesamten Umstände und nach der Massgabe der Optik eines besonnenen Menschen keineswegs in widerrechtlicher Weise erfolgt ist. Eine weniger weit reichende oder eine leichtere Massnahme erschien in jenem fraglichen Zeitpunkt des 2001 sowohl als ungenügend wie auch als unwirksam. Daran ändert auch die Tatsache nichts, dass sich in der Folge nach zweitägigem Aufenthalt des Klägers 1 in P. der Verdacht auf eine Geisteskrankheit oder Geistesschwäche als unbegründet herausstellte,

braucht doch auch die Fürsorgebedürftigkeit nicht von langer Dauer zu sein.

Bei dieser Rechts- und Sachlage ist die Klage mangels Widerrechtlichkeit der FFE abzuweisen.

(...)

5. Fehlt es an der Widerrechtlichkeit der Einweisungsverfügung vom ... 2001, entfällt auch die Ausrichtung einer Genugtuung gemäss Art. 429a Abs. 1 ZGB (vgl. Erw. 1.b; Klageantwort Ziff. 3.1) an den Kläger 1 und erst recht an die von der Einweisungsverfügung nicht unmittelbar tangierten weiteren Kläger.

(VGE 827/02 vom 9. August 2002).

17. Vollstreckungsrecht/Vollzug von Strafen und Massnahmen

17.1 Kosten vorsorglicher jugendanwaltschaftlicher Massnahmen

- *Die Anordnung von Kinderschutzmassnahmen obliegt grundsätzlich der Vormundschaftsbehörde (Erw. 4b).*
- *Wann ist Jugendanwalt zuständig für Einweisung in ein Jugendheim (Erw. 4h)?*
- *In casu ist Heimeinweisung nicht als vorzeitiger Massnahmeantritt, sondern als Abklärung zu qualifizieren; für die Verlegung solcher Beobachtungsaufenthaltskosten ist das Justizdepartement nicht zuständig (Erw. 5).*
- *StPO-Revision von 1988: Mit dem in § 165 Abs. 1 Satz 3 StPO enthaltenen Vorbehalt bei der Haftung der Kosten für Massnahmen ist weiterhin gemeint, dass die Haftung des Jugendlichen bzw. seiner Eltern vom Vorliegen von günstigen wirtschaftlichen Verhältnissen abhängt; dabei kommt die SKOS-Richtlinie F4 zur Anwendung (Erw. 6).*

Aus dem Sachverhalt:

Beim zuständigen Jugendanwalt gingen im Jahr 1999 wiederholt Anzeigen gegen X. (Jahrgang 1983) ein (betr. Diebstahl/Einbruchdiebstahl). In der Folge wurde X. in einem Jugendheim platziert, wobei die kommunale Fürsorgebehörde Y. Kostengutsprache erteilte. Nachdem die Fürsorgebehörde nicht mehr länger bereit war, die Kosten des Heimaufenthaltes zu übernehmen, verfügte der Jugendanwalt am 27. März 2000, dass X. in Fortführung der bisherigen Massnahme in Anwendung von § 117 Abs. 1

B. 17.1

StPO ins Jugendheim A. eingewiesen werde. Zudem wurde das Jugendheim angewiesen, über das Verhalten des Jugendlichen, dessen erzieherische Betreuung und insbesondere über die Massnahmebedürftigkeit Bericht zu erstatten. Mit Urteil vom 16. Februar 2001 hat das kantonale Jugendgericht X. im Sinne der Anlage u.a. des bandenmässigen Diebstahls usw. schuldig gesprochen und ihn in ein Erziehungsheim eingewiesen. Mit Schreiben vom 19. September 2001 teilte das Justizdepartement der Fürsorgebehörde Y. mit, dass gemäss den Abklärungen weder X. noch seine Eltern in der Lage sein dürften, einen wesentlichen Beitrag an die vom Kanton vorgeschossenen Massnahmekosten zu leisten. Zudem erhielt die Fürsorgebehörde Y. Gelegenheit, zur vorgesehenen Kostenaufteilung zwischen Kanton und Gemeinde Stellung zu nehmen. Nachdem die Fürsorgebehörde Y. gegen die Höhe der vom Justizdepartement angekündigten Rückforderung von jugendanwaltschaftlichen Massnahmekosten opponiert und kritisiert hatte, dass die Eltern nicht zur Zahlung eines angemessenen Beitrages an die Massnahmekosten herangezogen worden seien, verfügte das Justizdepartement am 4. Januar 2002, dass auf eine Rückforderung dem Massnahmeempfänger und seinen Eltern gegenüber durch das Justizdepartement verzichtet werde. Zudem wurde die Gemeinde Y. verpflichtet, dem Kanton für den Heimaufenthalt vom 9. März 2000 bis zum 31. Dezember 2000 einen bestimmten Betrag zurückzuerstatten (für den Heimaufenthalt vom 1. Januar 2001 bis zum 15. Februar als letzten Tag vor dem Urteil des Jugendgerichts hatte die Gemeinde Y. bereits bezahlt). Gegen diese Verfügung vom 4. Januar 2002 liess die Gemeinde Y. am 17. Januar 2002 Beschwerde erheben.

Aus den Erwägungen:

2.a) Nach Art. 373 des schweizerischen Strafgesetzbuches (*StGB*, SR 311.0) bestimmen die Kantone, unter Vorbehalt der Unterstützungspflicht der Verwandten, wer die Kosten der gegen Kinder und Jugendliche angeordneten Massnahmen und Strafen zu tragen hat, wenn weder der Versorgte noch die Eltern die Kosten bestreiten können.

Für die Kosten der Massnahmen haftet die Person, gegen welche sich die Massnahme richtet (vgl. § 165 Abs. 1 Satz 1 der Verordnung über den Strafprozess im Kanton Schwyz, Strafprozessordnung, *StPO*, SRSZ 233.110). Ist sie unmündig, haften auch ihre Eltern. Vorbehalten bleibt § 164 Abs. 1 *StPO* (vgl. § 165 Abs. 1 Satz 2 und 3 *StPO*). Nach § 164 Abs. 1 Satz 1 *StPO* trägt der Staat die Kosten des Vollzugs einer Freiheitsstrafe. Die Strafvollzugsbehörde kann den Verurteilten bei günstigen wirtschaftlichen Verhältnissen ganz oder teilweise zum Ersatz der Vollzugskosten verpflichten (§ 164 Abs. 2 *StPO*).

Können die Kosten (der Massnahmen) nicht eingebracht werden, kommt dafür das unterstützungspflichtige Gemeinwesen nach den Vorschriften über die öffentliche Fürsorge auf (vgl. § 165 Abs. 2 *StPO*).

b) Gemäss *Art. 276 Abs. 1 ZGB* haben die Eltern für den Unterhalt des Kindes aufzukommen, inbegriffen die Kosten von Erziehung, Ausbildung und Kindesschutzmassnahmen. Die Unterhaltspflicht der Eltern dauert bis zur Mündigkeit des Kindes (*Art. 277 Abs. 1 ZGB*). Hat es dann noch keine angemessene Ausbildung, so haben die Eltern, soweit es ihnen nach den gesamten Umständen zugemutet werden darf, für seinen Unterhalt aufzukommen, bis eine entsprechende Ausbildung ordentlicherweise abgeschlossen werden kann (vgl. *Art. 277 Abs. 2 ZGB*). Als Folge der elterlichen Unterhaltspflicht nach *Art. 276 Abs. 1 ZGB* können die Eltern zur Übernahme von Massnahmekosten verpflichtet werden. Massnahmevollzugskosten des Jugendstrafrechts gehören grundsätzlich zum Unterhalt des Kindes im Sinne von *Art. 276 Abs. 1 ZGB* (vgl. VGE 911/98 vom 26. März 1999, Erw. 6a mit Hinweisen, u.a. auf C. Hegnauer, Berner Kommentar zum schweiz. Privatrecht, Bern 1997, N 37 zu *Art. 276 ZGB*).

Art. 293 Abs. 1 ZGB lautet folgendermassen: Das öffentliche Recht bestimmt, unter Vorbehalt der Unterstützungspflicht der Verwandten, wer die Kosten des Unterhaltes zu tragen hat, wenn weder die Eltern noch das Kind sie bestreiten können. Das kantonale Gesetz über die Sozialhilfe (*Sozialhilfegesetz, ShG, SRSZ 380.100*) normiert in § 15 *ShG*, dass, wer für seinen Lebensunterhalt und den seiner Familienangehörigen mit gleichem Wohnsitz nicht hinreichend oder rechtzeitig aus eigenen Mitteln aufkommen kann, Anspruch auf wirtschaftliche Hilfe hat. Für die Leistung von Sozialhilfe ist grundsätzlich die Wohnsitzgemeinde zuständig (vgl. § 6 i.V.m. § 19 *ShG*).

c) Wie in der angefochtenen Verfügung (S. 2) zutreffend darauf hingewiesen wurde, sind im Zusammenhang mit strafrechtlichen Verfahren gegen Jugendliche grundsätzlich *Verfahrenskosten im engeren und im weiteren Sinne* zu unterscheiden. Zu den Kosten im engeren Sinne gehören Kosten von amtlichen Verrichtungen insbesondere auch die Kosten einer Begutachtung oder eines Beobachtungsaufenthaltes in einem Jugendheim. Es geht dabei um Untersuchungsmassnahmen im Sinne von *Art. 83 bzw. Art. 90 StGB*, über deren Kostenfolgen der *Strafrichter* entscheidet. Kommt es zur Anklage vor dem Jugendgericht, ist dieses Gericht zuständig, über *Verfahrenskosten im engeren Sinne* (inkl. Beobachtungsaufenthalts- und Begutachtungskosten) zu befinden und gegebenenfalls solche Kosten auf die Staatskasse zu nehmen (vgl. dazu VGE 633 + 634/95 vom 23. Mai 1996, Erw. 4b, Prot. S. 567 unten, mit Hinweisen, u.a. auf § 50 Abs. 2 StPO, wonach eine Kostenbefreiung beispielsweise angebracht sein kann aus Resozialisierungsgründen und um jahrelange Rückzahlungsverpflichtungen der Eltern zu vermeiden, welche das oft schon belastete Klima zwischen Eltern und Jugendlichen vergiften können; vgl. auch VGE 870/98 vom 22. Okt. 1998, Erw. 1, Prot. S. 1034 unter Hinweis auf die §§ 50ff. StPO; EVG-SZ 1995, Nr. 39).

Demgegenüber stehen die *Verfahrenskosten im weiteren Sinne*, zu welchen auch die Strafvollzugskosten gerechnet werden (vgl. VGE 870/98

B. 17.1

vom 22. Okt. 1998, Erw. 1, Prot. S. 1034). Geht es um den Vollzug von rechtskräftigen Entscheidungen des kantonalen Jugendgerichtes oder des Jugendanwaltes, ist nach § 159 Abs. 2 StPO das Justizdepartement zuständig, über die Verlegung von Vollzugskosten (Verfahrenskosten im weiteren Sinne) zu entscheiden.

3.a) Im vorliegenden Fall geht es um die Kosten für folgende vom Jugendanwalt angeordnete Platzierungen des Beschwerdegegners I (...).

b) Die Kosten der Gefängnisaufenthalte in Schwyz im Juni, Juli und September 2000 (160.– + 140.– + 140.–, Total: Fr. 2240.–) werden gemäss geltender Praxis dann zu den Vollzugskosten (Verfahrenskosten im weiteren Sinne) gezählt, wenn die Untersuchungshaft an das Strafmass angerechnet wird. Demgegenüber gelten die Kosten der «nichtangerechneten» Untersuchungs- und Sicherheitshaft als Verfahrenskosten im engeren Sinne (vgl. Beschluss des Kantonsgerichts KG 456/94 vom 16. Jan. 1995, publ. in EGV-SZ 1995, Nr. 39, S. 98 unten).

Was die Frage anbelangt, ob und inwiefern die vorgenannten Gefängnisaufenthalte als Untersuchungshaft an das Strafmass angerechnet wurden, ist dem Urteil des Jugendgerichtes vom 16. Februar 2001 Folgendes zu entnehmen. Zwar wurde in der Dispositiv-Ziffer 3 dieses Urteils bei der Festlegung des Strafmasses lediglich die Einweisung in ein Erziehungsheim erwähnt. Hingegen hielt das Jugendgericht in der Dispositiv-Ziffer 5 des gleichen Urteils bei der Ermittlung der Verfahrenskosten (i.e.S.) bzw. konkret der Untersuchungs- und Anklagekosten fest: «ohne Kosten der angerechneten Haft». Daraus ist abzuleiten, dass das Jugendgericht die vorgenannten Gefängnisaufenthalte grundsätzlich beim Strafmass angerechnet und die Kosten dieser Gefängnisaufenthalte den Vollzugskosten zugerechnet hat. Bei dieser Sachlage ist im Ergebnis nicht zu beanstanden, dass die Kosten dieser Gefängnisaufenthalte des Beschwerdegegners I im Betrage von Fr. 2240.– in der angefochtenen Verfügung als Vollzugskosten (Verfahrenskosten im weiteren Sinne) behandelt wurden (vgl. dazu nachfolgend Erw. 5).

4.a) Werden *Massnahmen rein vorsorglich getroffen*, um z.B. den Jugendlichen wegen Selbstgefährdung, Drogensucht/Verwahrlosung oder Gefahr weiterer Delinquenz anderweitig unterbringen zu können, gilt für die Kosten eines solchen Heimaufenthaltes eines Jugendlichen was folgt:

b) Die *Anordnung von Kindesschutzmassnahmen* obliegt nicht in erster Linie der Jugendanwaltschaft, sondern der *Vormundschaftsbehörde* (vgl. zit. Beschluss des Kantonsgerichts KG 456/94 vom 16. Jan. 1995, EGV-SZ 1995, Nr. 39, S. 100 oben, Erw. 4b mit Hinweisen auf Art. 307f. und Art. 310 ZGB; § 24 EGzZGB und § 16 ShG). Für die von der Vormundschaftsbehörde angeordneten Kindesschutzmassnahmen hat subsidiär das unterstützungspflichtige Gemeinwesen aufzukommen (vgl. §§ 15 und 19 ShG).

c) Die Strafrechtspflege gegen die Jugendlichen üben der Jugendanwalt, das kantonale Jugendgericht und der Einzelrichter in Jugendstrafsachen aus (vgl. § 128 StPO). § 131 StPO mit der Überschrift «Fürsorgliche Massnahmen» lautet folgendermassen:

«¹ Ergibt sich bei der Einstellung des Verfahrens, dass der Jugendliche erzieherischer oder fürsorglicher Massnahmen oder einer besonderen Behandlung bedarf, übermittelt der Jugendanwalt die Akten der zuständigen Vormundschaftsbehörde mit einem Antrag über die zu treffende Massnahme.

² Dem Jugendanwalt steht das Recht zu, gegen die Beschlüsse der Vormundschaftsbehörden Beschwerde beim Regierungsrat zu erheben.»

Nach § 132 Abs. 1 StPO erlässt der Jugendanwalt eine Strafverfügung mit Begründung, wenn er einen Verweis, die Verpflichtung zu einer Arbeitsleistung, eine Busse von nicht mehr als Fr. 1000.– oder eine Einschliessung von nicht mehr als 30 Tagen für angemessen hält. Der Jugendanwalt kann einen Aufschub des Entscheides nach Art. 97 StGB verfügen (vgl. § 132 Abs. 2 StPO). In den übrigen Fällen erhebt der Jugendanwalt beim kantonalen Jugendgericht oder beim Einzelrichter in Jugendstrafsachen Anklage (§ 132 Abs. 3 StPO).

Die Kinder und Jugendlichen können, wenn es ihr Interesse erfordert, aus der bisherigen Umgebung entfernt und anderswo, in einer Anstalt oder Familie, untergebracht werden (§ 117 Abs. 1 StPO). Dies kann auch an Stelle der Untersuchungshaft angeordnet werden (§ 117 Abs. 2 StPO).

d) In der Vernehmlassung der Beschwerdegegnerin III (= Mutter von X.) vom 8. April 2002 wird u.a. eingewendet,

- dass sich der Jugendanwalt formellrechtlich explizit auf seine Kompetenzen gemäss § 117 StPO stützte,
- dass gemäss § 117 Abs. 1 StPO unter der Marginalie «Vorsorgliche Massnahmen» Jugendliche aus der bisherigen Umgebung entfernt und anderswo, in einer Anstalt untergebracht werden können, «wenn es ihr Interesse erfordert»,
- dass gemäss § 117 Abs. 2 StPO eine solche vorsorgliche Massnahme «auch an Stelle der Untersuchungshaft angeordnet werden kann»,
- dass materiellrechtlich gesehen der Entscheid des Jugendanwaltes sich wohl eher auf seine Kompetenz qua Art. 90 StGB (Untersuchungsmassnahmen) und nicht auf Art. 91 Ziff. 1 StGB (Erziehungsmassnahmen) stützte,
- dass Erziehungsmassnahmen nach Art. 91 Ziff. 1 StGB nur von der urteilenden Behörde (Jugendgericht), nicht aber von einem Jugendanwalt angeordnet werden dürfen,
- dass der Jugendanwalt im Rahmen des Untersuchungszweckes nur aufgrund von Art. 90 StGB «vorsorgliche Massnahmen» nach § 117 StPO erlassen konnte, ihm aber die Anordnung von eigentlichen «Erziehungsmassnahmen» gemäss Art. 91 Ziff. 1 StGB nicht zustand,
- dass nicht von einem allfälligen «vorzeitigen Massnahmeantritt» zu sprechen sei, sondern vielmehr von einer vorsorglich angeordneten

B. 17.1

«Beobachtung des Jugendlichen während einer gewissen Zeit» (Art. 90, 3. Satz StGB),

- dass die vom Jugendanwalt ausgesprochene vorsorgliche Massnahme (zumindest bis zum Zeitpunkt der Urteilsfällung durch das Jugendgericht am 16. Februar 2001 vor allem den Charakter einer (klassischen) Untersuchungshandlung hatte, die im Prinzip einer Untersuchungshaft ähnlichen Strafe (wie in Art. 117 Abs. 2 StPO sogar wörtlich festgehalten) gleichkomme,
- und dass nach ständiger Rechtsprechung die Vollzugskosten für eine Untersuchungshaft bzw. eine der Untersuchungshaft ähnlichen Strafe wie die Vollzugskosten einer Freiheitsstrafe grundsätzlich vom Staat zu tragen seien (§ 164 Abs. 1 Satz 1 StPO).

e) Diese Vorbringen der Beschwerdegegnerin III betreffen eine Thematik, die vom Kantonsgericht bereits im publizierten Urteil KG 456/94 vom 16. Januar 1995 (EGV-SZ 1995, Nr. 39) aufgeworfen wurde. In diesem Urteil ging es um eine vorsorglich angeordnete Massnahme im Sinne von Art. 91 Ziff. 1 Abs. 1 StGB, die vom Jugendanwalt gestützt auf § 117 Abs. 1 StPO angeordnet worden war. Das Kantonsgericht stellte in diesem Zusammenhang die Frage, ob eine derart extensive Auslegung von § 117 StPO mit dem Bundesstrafrecht vereinbar sei, welches die Anordnung von Erziehungsmassnahmen ausschliesslich der urteilenden Behörde vorbehalten (Art. 91 StGB), während dem Jugendanwalt nur Kompetenzen im Rahmen des Untersuchungszwecks vorbehalten seien (Art. 90 StGB). Im Ergebnis liess das Kantonsgericht diese Frage offen, da im konkreten Fall *die Einweisung in das Jugendheim im Einvernehmen mit dem Jugendlichen und dessen Eltern angeordnet worden war* und somit als «vorzeitiger Massnahmeantritt» verstanden werden konnte (vgl. EGV-SZ 1995, Nr. 39, S. 99, Erw. 4a).

f) Art. 90 StGB lautet folgendermassen:

«Die zuständige Behörde stellt den Sachverhalt fest. Soweit die Beurteilung des Jugendlichen es erfordert, macht sie Erhebungen über das Verhalten, die Erziehung und die Lebensverhältnisse des Jugendlichen und zieht Berichte und Gutachten über dessen körperlichen und geistigen Zustand ein. Sie kann auch die Beobachtung des Jugendlichen während einer gewissen Zeit anordnen.»

In Art. 91 StGB hat der Gesetzgeber Folgendes normiert:

«1. Bedarf der Jugendliche einer besondern erzieherischen Betreuung, namentlich wenn er schwererziehbar, verwahrlost oder erheblich gefährdet ist, so wird von der *urteilenden Behörde* die Erziehungshilfe, die Unterbringung in einer geeigneten Familie oder in einem Erziehungsheim angeordnet.

Mit der Erziehungshilfe kann Einschliessung bis zu 14 Tagen oder Busse verbunden werden.

Dem Jugendlichen können jederzeit bestimmte Weisungen erteilt werden, insbesondere über Erlernung eines Berufes, Aufenthalt, Verzicht auf alkoholische Getränke und Ersatz des Schadens innert bestimmter Frist.

Durch die Erziehungshilfe ist dafür zu sorgen, dass der Jugendliche angemessen gepflegt, erzogen, unterrichtet und beruflich ausgebildet wird, dass er regelmässig arbeitet und seine Freizeit und seinen Verdienst angemessen verwendet.

2. Ist der Jugendliche besonders verdorben oder hat er ein Verbrechen oder ein schweres Vergehen verübt, das einen hohen Grad der Gefährlichkeit oder Schwererziehbarkeit bekundet, so wird von der *urteilenden Behörde* seine Einweisung in ein Erziehungsheim für eine Mindestdauer von zwei Jahren angeordnet.»

(Kursivdruck nicht im Original)

g) Aus diesen Vorgaben des Bundesrechts ergibt sich unmissverständlich, dass die Unterbringung in einem Erziehungsheim als Erziehungsmassnahme im Sinne von Art. 91 StGB grundsätzlich nur von der *urteilenden Behörde* angeordnet werden darf. Nach § 132 Abs. 1 StPO steht dem Jugendanwalt dann die Funktion einer urteilenden Behörde zu, wenn er bei strafbaren Handlungen eines Jugendlichen als Bestrafung einen Verweis, die Verpflichtung zu einer Arbeitsleistung, eine Busse von nicht mehr als Fr. 1000.– oder eine Einschliessung von nicht mehr als 30 Tagen für angemessen hält. In den übrigen Fällen erhebt der Jugendanwalt beim kantonalen Jugendgericht oder beim Einzelrichter in Jugendstrafsachen Anklage (§ 132 Abs. 3 StPO). In diesen übrigen Fällen hat der Jugendanwalt grundsätzlich nur die Kompetenzen einer untersuchenden Behörde (dazu gehört auch die Möglichkeit zur Anordnung einer stationären Beobachtung des Jugendlichen während einer gewissen Zeit, vgl. Art. 90 Satz 3 StGB).

Diese dargelegte Zuständigkeitsregelung wurde im zitierten Urteil des Kantonsgerichts vom 16. Januar 1995 dahingehend ergänzt, dass sinngemäss eine vom Jugendanwalt gestützt auf § 117 Abs. 1 StPO angeordnete vorsorgliche Einweisung in ein Jugendheim (bei welcher nicht die Untersuchung, sondern fürsorgerische und erzieherische Aspekte im Vordergrund standen) dann zulässig ist, wenn die Einweisung *im Einvernehmen mit dem Jugendlichen und dessen Eltern* verfügt wurde und somit als «vorzeitiger Massnahmeantritt» verstanden werden kann (vgl. EGV-SZ 1995, Nr. 39, S. 99 unten). Den Entscheid über die Auferlegung und den Bezug solcher Vollzugskosten (welche einen vorzeitigen Massnahmeantritt betreffen) ordnete das Kantonsgericht im erwähnten Präjudiz der zuständigen Strafvollzugsbehörde (Justizdepartement) zu (vgl. EGV-SZ 1995, Nr. 39, S. 101).

Gestützt auf dieses Urteil des Kantonsgerichts kam das Verwaltungsgericht in seiner anschliessenden Rechtsprechung zum Ergebnis, dass dann, wenn es sich beim angeordneten Heimaufenthalt um eine rein vorsorgliche Massnahme handelt, die bereits als vorzeitiger Urteilsvollzug angesehen werden kann und durch einen rechtskräftigen Entscheid als Verfahrensabschluss im Wesentlichen bestätigt wird, diese Heimkosten zu den Vollzugskosten gehören, welche vom Justizdepartement zu verlegen sind (vgl. dazu VGE 870/98 vom 22. Okt. 1998, Erw. 1 mit Hinweisen, Prot. S. 1034f.). Anzuführen ist, dass sich das Verwaltungsgericht in den bisher-

B. 17.1

gen Entscheiden, welche die Kostenverlegung vorsorglicher jugendanwaltschaftlicher Massnahmen betreffen, mit der vom Bundesrecht in den Art. 90/91 StGB vorgegebenen Zuständigkeitsregelung und deren Auswirkungen auf die Kompetenzen des Jugendanwaltes nicht näher zu befassen hatte. Im Gegensatz dazu wird diese Thematik im vorliegenden Beschwerdeverfahren von der Beschwerdegegnerin III ausdrücklich vorgebracht.

h) Der vorliegende Fall unterscheidet sich vom genannten Präjudiz (EGV-SZ 1995, Nr. 39) insbesondere dadurch, dass in diesem Präjudiz die Einweisung in das Jugendheim *im Einvernehmen mit dem Jugendlichen und dessen Eltern* angeordnet wurde, während hier weder eine ausdrückliche Zustimmung der Eltern (bzw. des die elterliche Sorge ausübenden Elternteils) aktenkundig ist, noch von einer Zustimmung des Jugendlichen ausgegangen werden kann, ist er doch beispielsweise am 19. Mai 2000 nicht mehr in das Jugendheim A. zurückgekehrt. Zudem sprechen auch die genannten Gefängnisaufenthalte (welche von der Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung, S. 2 unten, als überbrückende Inhaftierung im Gefängnis Schwyz bezeichnet wurden) eindeutig dafür, dass der Jugendliche damals nicht freiwillig bereit war, in das jeweilige Jugendheim einzutreten (andernfalls darauf hätte verzichtet werden können, den Jugendlichen zur Überbrückung im Gefängnis unterzubringen). Mangelt es somit an der Zustimmung zu einem vorzeitigen Massnahmeantritt, kann die Einweisung in ein Jugendheim nicht als vorzeitiger Massnahmeantritt qualifiziert werden. Liegt aber kein vorzeitiger Massnahmeantritt vor, können die *vor* dem Urteil des Jugendgerichtes angefallenen Heimaufenthaltskosten nicht als Vollzugskosten (des erst später gefällten Urteils) betrachtet werden.

Was die Kompetenzen des Jugendanwaltes anbelangt, wenn eine Zustimmung zu einem vorzeitigen Massnahmeantritt fehlt, ist aus den oben zitierten Art. 90/91 StGB (i.V.m. §§ 131/132 StPO) abzuleiten, dass der (für die Untersuchung zuständige) Jugendanwalt eine Einweisung in ein Jugendheim *als Abklärungs-/Beobachtungsmassnahme* (vgl. Art. 90 Satz 3 StGB) anordnen kann. Zudem kann er (als mit der Untersuchung von Straftaten Jugendlicher betraute Instanz) *an Stelle der Untersuchungshaft*, welche nur ausnahmsweise in Frage kommt (vgl. § 118 StPO), eine Unterbringung in einer Anstalt anordnen (vgl. § 117 Abs. 1 StPO). Soll aber eine Einweisung in ein Jugendheim weder als Abklärungs-/Beobachtungsmassnahme, noch an Stelle einer Untersuchungshaft, sondern *als reine Erziehungsmassnahme* erfolgen, steht zum einen Art. 91 StGB einer Zuständigkeit des (als Untersuchungsorgan tätigen) Jugendanwaltes (für reine Erziehungsmassnahmen) entgegen. Zum andern ist auf die oben erläuterte Zuständigkeitsregelung hinzuweisen, wonach die Anordnung von Kinderschutzmassnahmen (wozu auch reine Erziehungsmassnahmen gehören) der Vormundschaftsbehörde obliegt (vgl. oben, Erw. 4b). Mit anderen Worten ist nach Massgabe von Art. 91 StGB dann, wenn bereits

Anklage erhoben wurde, grundsätzlich die urteilende Behörde (Jugendgericht) für die Anordnung von allfälligen vorsorglichen Massnahmen (z.B. Einweisung in ein Jugendheim) zuständig. Wurde noch keine Anklage erhoben, hat der für die Untersuchung zuständige Jugendanwalt, *falls er eine reine Erziehungsmassnahme (fürsorgerische Massnahme) als nötig erachtet, in Analogie zu § 131 StPO die Akten der zuständigen Vormundschaftsbehörde zu überweisen mit einem Antrag über die zu treffende Massnahme.* Dabei steht dem Jugendanwalt das Recht zu, gegen die Beschlüsse der Vormundschaftsbehörden allenfalls Beschwerde beim Regierungsrat zu erheben (vgl. § 131 Abs. 2 StPO).

Zusammenfassend gilt, dass der Jugendanwalt (in der Funktion als Untersuchungsorgan) *in folgenden Fällen zuständig ist für eine Einweisung in ein Jugendheim:*

- wenn es sich um eine *Abklärungs-/Beobachtungsmassnahme* im Sinne von Art. 90 Satz 3 StGB handelt,
- wenn es um eine Unterbringung in einer Anstalt *an Stelle der Untersuchungshaft* geht (vgl. § 117 Abs. 2 StPO),
- *nicht aber, wenn es um eine Unterbringung in einem Jugendheim als reine Erziehungsmassnahme geht* (diesfalls sind die Vormundschaftsbehörde oder konkurrierend das Jugendgericht zuständig, falls bei letzterem bereits Anklage erhoben wurde),

es sei denn die Einweisung ins Jugendheim erfolge ausdrücklich im Einvernehmen mit dem Jugendlichen und dessen Eltern bzw. dem die elterliche Sorge ausübenden Elternteil (in diesem zuletzt genannten Sonderfall, welcher hier nicht vorliegt, ist grundsätzlich von einem vorzeitigen Massnahmeantritt auszugehen, vgl. EGV-SZ 1995, Nr. 39, S. 99 unten).

i) Verhält es sich nach dem Gesagten so, dass der Jugendanwalt (in der Funktion als Untersuchungsorgan) grundsätzlich nur dann für eine Einweisung in ein Jugendheim zuständig ist, wenn es um eine Abklärungs-/Beobachtungsmassnahme geht oder die Unterbringung im Heim an Stelle einer Untersuchungshaft beabsichtigt ist, drängt sich die Annahme auf, dass es dem Jugendanwalt mit den vorliegenden Heimplatzierungen um einen Abklärungs-/Beobachtungsaufenthalt ging (allenfalls um eine Heimunterbringung an Stelle einer Untersuchungshaft), zumal hier kein Fall einer ausdrücklichen Zustimmung des Jugendlichen und dessen Eltern vorliegt.

Für das gleiche Ergebnis, wonach die vorliegend zu beurteilenden Heimaufenthalte in massgeblicher Weise der Beobachtung/Begutachtung dienen, sprechen auch die folgenden Gründe. (...)

5. Zusammenfassend ergibt eine Würdigung des vorliegenden Falles, dass unter Einbezug der vom Bundesrecht vorgegebenen Zuständigkeitsregelung (vgl. Erw. 4b i.V.m. Art. 307f. ZGB und Art. 310 ZGB; Art. 90/91 StGB) und in Abwägung aller konkreten Umstände die gewichtigeren Argumente für den sinngemässen Standpunkt der Beschwer-

B. 17.1

degegnerin III sprechen, wonach bei den vorliegend zu beurteilenden Heimeinweisungen des Jugendanwaltes nicht von einem vorzeitigen Massnahmeantritt, sondern vielmehr von einer vorsorglich angeordneten Beobachtung des Jugendlichen (im Sinne von Art. 90 Satz 3 StGB) auszugehen ist. Dies bedeutet, dass die Kosten dieser Heimaufenthalte (als Beobachtungsaufenthaltskosten) zu den Verfahrenskosten im engeren Sinne gehören. Für die Verlegung solcher Verfahrenskosten im engeren Sinne ist das Justizdepartement nicht zuständig (vgl. oben Erwägung 2c und § 159 StPO, wonach das Justizdepartement nur Vollzugskosten verlegen kann). Was schliesslich die Kosten für die Gefängnisaufenthalte anbelangt (vgl. Erw. 3b: Fr. 2240.–), fallen diese als Vollzugskosten nach Massgabe von § 164 Abs. 1 StPO zu Lasten des Staates, zumal nach den vorliegenden Akten eine Verpflichtung zum Ersatz der Vollzugskosten im Sinne von § 164 Abs. 2 StPO hier nicht in Frage kommt. Bei dieser Sachlage ist die in der Dispositiv-Ziffer 2 der angefochtenen Verfügung des Justizdepartementes gegenüber der Gemeinde Y. sinngemäss festgelegte Restforderung von Fr. ... ersatzlos aufzuheben.

6.a) Dem vorliegenden Ergebnis entsprechend ist es an sich nicht nötig, die von der Beschwerdeführerin aufgeworfene Hauptfrage abschliessend zu behandeln. Der Vollständigkeit halber drängen sich indessen noch folgende Bemerkungen auf.

b) Ausgangspunkt bildet, dass die Eltern grundsätzlich (als Ausfluss der elterlichen Unterhaltspflicht nach Art. 276 Abs. 1 ZGB) zur Übernahme von Massnahmekosten verpflichtet werden können.

Der kantonale Gesetzgeber hat in § 165 Abs. 1 StPO normiert, für die Kosten der Massnahmen haftet die Person, gegen welche sich die Massnahme richtet. Ist sie unmündig, haften auch ihre Eltern. Vorbehalten bleibt § 164 Abs. 1 StPO (wonach die Kosten des Vollzugs einer Freiheitsstrafe der Staat trägt). Können die Kosten nicht eingebracht werden, kommt dafür das unterstützungspflichtige Gemeinwesen nach den Vorschriften über die öffentliche Fürsorge auf (§ 165 Abs. 2 StPO).

c) Wann von einer fehlenden Einbringbarkeit im Sinne von § 165 Abs. 2 StPO auszugehen ist, wurde vom Gesetzgeber in dieser Bestimmung nicht ausdrücklich festgehalten.

Die Vorinstanz argumentierte sinngemäss, dass in diesem Zusammenhang bei der Revision der StPO im Jahre 1988 ein Versehen aufgetreten sei. Denn der Vorbehalt von § 165 Abs. 1 Satz 3 StPO beziehe sich auf § 164 Abs. 1 StPO in der ursprünglichen Fassung (wie sie vor der Revision von 1988 galt).

d) In der Tat verhält es sich so, dass der oben zitierte Absatz 1 von § 165 Abs. 1 StPO seit dem Inkrafttreten der Strafprozessordnung vom 28. August 1974 keine Änderungen erfahren hat (vgl. GS 16, S. 537 i.V.m. SRSZ 233.110, § 165). Mithin verwies der Vorbehalt in diesem Absatz (Satz 3) auf folgende gesetzliche Bestimmung:

«Die Kosten des Vollzugs einer Freiheitsstrafe hat der Verurteilte selbst zu bezahlen, sofern er Vermögen oder ausreichendes Einkommen besitzt und damit den ordentlichen Lebensunterhalt seiner Unterstützungsberechtigten nicht beeinträchtigt.»

(vgl. § 164 Abs. 1 StPO in der ursprünglichen Fassung vom 28. Aug. 1974, Kursivdruck nicht im Original)

In Absatz 2 von § 164 StPO in der ursprünglichen Fassung vom 28. Aug. 1974 hatte der Gesetzgeber normiert, dass dann, soweit der Verurteilte die Kosten nicht selbst bezahlen kann, sie der Kanton trägt, wenn der Vollzug dem Justizdepartement obliegt, sonst der Bezirk.

Aus den vorinstanzlichen Akten ist zu entnehmen, dass es bei der StPO-Revision von 1988 im Zusammenhang mit § 164 StPO einzig darum ging, ob der Grundsatz, wonach der Verurteilte die Vollzugskosten zu bezahlen hat, insofern geändert werden solle, als der Staat die Kosten übernimmt und nur dann auf den Verurteilten zurückgreift, wenn sich dieser in günstigen wirtschaftlichen Verhältnissen befindet. Diese Umkehr des Grundsatzes (wer primär die Kosten des Vollzugs einer Freiheitsstrafe zu bezahlen hat) erfolgte in Angleichung an die in den meisten anderen Kantonen geltende Kostenträgerspflicht beim Vollzug von Freiheitsstrafen. Bei den Beratungen dieser Änderung wurde einzig noch der Vorbehalt der Verordnung über den Vollzug kurzer Freiheitsstrafen als Ergänzung eingefügt, da bei Halbgefangenschaft und tageweisem Vollzug in der Regel ein Kostenvorschuss zu leisten ist. Hingegen ist diesen Gesetzesmaterialien nirgends zu entnehmen, dass mit der revidierten Fassung von § 164 StPO gleichzeitig noch der in § 165 Abs. 1 StPO enthaltene Vorbehalt (Verweis auf die Regelung von § 164 Abs. 1 in der ursprünglichen Fassung) geändert bzw. strenger gefasst werden sollte (vgl. dazu Vi-act. 1–4 = Protokolle der Vorberat. Kantonsratskommission, RRB Nr. 235 v. 17.2.1988 betr. Ergebnisse der Kommissionsberatungen sowie Auszug aus Kantonsratsprotokoll vom 16./17. März 1988).

Im Gegenteil macht – nachdem mit der Revision von 1988 in § 164 StPO (und der darin enthaltenen, oben erläuterten Umkehr der Kostenträgerspflicht) die Klausel der «günstigen wirtschaftlichen Verhältnisse» vom Absatz 1 in den Abs. 2 verschoben wurde, der in § 165 Abs. 1 StPO unverändert gebliebene Verweis auf § 164 Abs. 1 StPO an sich keinen Sinn mehr. Von entscheidender Bedeutung ist in diesem Zusammenhang, dass der Gesetzgeber gemäss den Gesetzesmaterialien bei der Revision von 1988 hinsichtlich § 165 StPO offenkundig keine Änderungen in der bisherigen Regelung vornehmen wollte.

e) Zusammenfassend ist der vorinstanzlichen Argumentation beizupflichten, dass dem kantonalen Gesetzgeber bei der Revision von 1988 ein Versehen unterlaufen ist und mit dem in § 165 Abs. 1 Satz 3 StPO enthaltenen Vorbehalt bei der Haftung der Kosten für Massnahmen weiterhin gemeint ist, dass die Haftung des Jugendlichen bzw. seiner Eltern vom Vorliegen von günstigen wirtschaftlichen Verhältnissen abhängt. Für dieses Ergebnis sprechen schliesslich auch folgende Überlegungen: Die Kan-

B. 18.1

tone sind zwar (nach Art. 373 StGB) befugt, aber nicht verpflichtet, die vom Gemeinwesen finanzierten Vollzugskosten vom Unmündigen, seinen Eltern oder Verwandten zurückzufordern. Um das Verhältnis der Eltern zum Täter nicht zu belasten und seine Wiedereingliederung nicht zu gefährden ist Zurückhaltung am Platz (vgl. Hegnauer, a.a.O., N. 38 zu Art. 276 ZGB, mit Hinweis).

Dass die Vorinstanz hinsichtlich der Frage, wann (im Hinblick auf die Haftung der Eltern) von günstigen wirtschaftlichen Verhältnissen auszugehen ist, auf die SKOS-Richtlinie F4 abgestellt hat, gibt im Übrigen keinen Anlass zur Beanstandung. Soweit sich die Beschwerdeführerin auf die Unterhaltspflicht der Eltern gemäss ZGB beruft, übersieht sie, dass die zivilrechtliche Ausgestaltung der Unterhaltspflicht zwischen Eltern und Kind sowie die öffentlich-rechtliche Haftungsregelung für Massnahmenkosten nach § 165 StPO nicht deckungsgleich sein muss. (...) (VGE 812/02 vom 28. Juni 2002).

18. Verschiedenes

18.1 Arbeitszeugnis

– *Der Arbeitgeber kann nicht verpflichtet werden, im Arbeitszeugnis bei der Beurteilung der Arbeitsleistungen eine ganz bestimmte Formulierung zu verwenden.*

Aus dem Sachverhalt:

Nachdem eine Mitarbeiterin das unbefristete öffentlich-rechtliche Arbeitsverhältnis mit dem Kanton beendet und ein Arbeitszeugnis erhalten hatte, forderte sie einige Änderungen im Arbeitszeugnis. In der Folge erklärte sich der Amtsvorsteher mit gewissen Präzisierungen bzw. Berichtigungen einverstanden, ohne aber sämtliche vorgebrachten Formulierungsvorschläge zu übernehmen. Die von der ehemaligen Mitarbeiterin am 10. Mai 2002 erhobene Klage wurde vom Verwaltungsgericht u.a. aus folgenden Gründen abgewiesen.

Aus den Erwägungen:

2.a) Gemäss § 29 Abs. 1 PBV kann die Mitarbeiterin jederzeit ein Arbeitszeugnis verlangen. Dieses hat sich über *Art und Dauer des Dienstverhältnisses* sowie über *Leistung und Verhalten* auszusprechen (sog. *qualifiziertes Zeugnis*). Die Angaben haben sich auf die Art und Dauer des Dienstverhältnisses zu beschränken, wenn es die Mitarbeiterin verlangt (§ 29 Abs. 2 PBV; sog. *einfaches Zeugnis*).

b) Nachdem sich das kantonale Personalrecht zu rechtlichen Detailfragen in Bezug auf Arbeitszeugnisse (abgesehen von § 29 PBV) nicht weiter äussert und zudem auch bei anderen Arbeitsverhältnissen gleichartige Probleme auftreten können, rechtfertigt es sich, die Rechtsprechung zu Art. 330a des Obligationenrechts (OR) heranzuziehen und analog anzuwenden (vgl. dazu auch § 6 Abs. 2 PBV). Aber auch die Praxis bei Dienstzeugnissen von Angestellten des Bundes kann ergänzend zu Rate gezogen werden.

c) Der Anspruch auf ein Arbeitszeugnis steht im Zusammenhang mit der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers. Das Zeugnis hat grundsätzlich das Fortkommen des Arbeitnehmers zu fördern, sollte also wohlwollend formuliert werden, doch findet das Wohlwollen eine Grenze an der Wahrheitspflicht. Der Anspruch der Arbeitnehmerin geht nicht auf ein gutes, sondern ein objektiv wahres Zeugnis (vgl. Präsidentialentscheid der Eidg. Personalrekurskommission vom 31. Mai 2001, publ. in VPB 2001, 65.95, mit Verweis auf Manfred Reh binder, Berner Kommentar, Bern 1995, Art. 330a OR N 14). So dürfen im Vollzeugnis auch negative Dinge stehen, wenn sie wahr und für das Zeugnis relevant sind (vgl. VPB 2001, S. 1059, mit Verweis auf Susanne Janssen, Die Zeugnis pflicht des Arbeitgebers, Bern 1996, S. 75). Kleinliche Korrekturwünsche an einem an sich zutreffenden Zeugnis werden vom Richter zurückgewiesen; der Arbeitnehmer hat grundsätzlich keinen Anspruch darauf, dass der Arbeitgeber bestimmte Formulierungen wählt (vgl. VPB 2001, S. 1059f. mit Hinweisen auf: Streiff/von Kaenel, Leit faden zum Arbeitsvertragsrecht, 5. A., Art. 330a OR N 3 und 5; Peter Münch, Von der Kündigung und ihren Wirkungen, in: Handbücher für die Anwaltspraxis, Stellenwechsel und Entlassung, Basel 1997, Rz. 1.87 und 1.95).

Den Werturteilen sind verkehrsübliche Massstäbe zugrunde zu legen, und es ist pflichtgemässes Ermessen anzuwenden, wobei dem Arbeitgeber ein gewisser Spielraum zusteht. Ein Ermessens Fehlgebrauch liegt erst dann vor, wenn einem Werturteil objektiv falsche Tatsachen zugrunde gelegt oder andere als verkehrsübliche Massstäbe herangezogen werden (vgl. Entscheid der Eidg. Personalrekurskommission vom 6. Okt. 2000 i.Sa. E., publ. in VPB 2001, 65.44, S. 507 mit Hinweisen; vgl. auch Manfred Reh binder in: Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Hrsg. Honsell/Vogt/Wiegand, Basel 1996, Art. 330a OR N 2; Entscheid des Rates der ETH vom 28. Jan. 1998, publ. in VPB 1999, 63.65, S. 621, wonach bei Werturteilen für die objektive Richtigkeit ein Ermessensspielraum des Arbeitgebers zu berücksichtigen ist; vgl. auch Schönenberger/Staehelin, Zürcher Kommentar, Zürich 1996, Art. 330a OR N 10, wonach ein Werturteil immer eine gewisse subjektive Färbung aufweist, indessen in guten Treuen, im Rahmen des pflichtgemässen Ermessens und der Verkehrssitte gefällt sein muss). In diesem Sinne kann der Arbeitgeber grundsätzlich nicht dazu verpflichtet werden, ein ganz bestimmtes Werturteil abzugeben, denn die Beurteilung des Arbeitnehmers ist eine persönliche Ange-

B. 18.1

legenheit des Arbeitgebers, in die sich der Richter nicht einzumischen hat (vgl. Schönenberger/Staehelin, a.a.O., N. 21 mit Hinweisen). Dafür spricht, dass der Richter – im Gegensatz zum Arbeitgeber (bzw. Vorgesetzten) – die betreffende Person nicht selber bei der Arbeit erlebt hat und somit keine eigenen Erfahrungen im Umgang mit dieser Person machen konnte.

3. Die erste Fassung des vom Arbeitgeber ausgestellten Arbeitszeugnisses datiert vom (...). Dieses Arbeitszeugnis wurde auf Begehren der Klägerin vom Arbeitgeber noch dreimal ergänzt bzw. präzisiert, und zwar (...).

Gegenstand des vorliegenden Klageverfahrens bildet die 3. Fassung vom ... mit dem Änderungsvorschlag vom (...).

4.a) Soweit die Klägerin die vorgenannten Ergänzungen im Satz 1 und 2 («vielseitig und flexibel einsetzbar», «... stets zu unserer vollen Zufriedenheit ausgeführt») im Wesentlichen damit begründet, dass das Arbeitszeugnis ohne eine Qualifizierung ihrer Leistungen unvollständig sei, übersieht sie, dass der Arbeitgeber in seinem Arbeitszeugnis nicht nur die Tätigkeitsgebiete der Klägerin umschrieben, sondern auch zu den Leistungen der Klägerin in diesen Tätigkeitsgebieten wie folgt Stellung genommen hat:

(...)

Eine solche Beurteilung der Leistungen der Arbeitnehmerin, welche als solche von der Klägerin nicht bemängelt wird, ist ausreichend. Damit wird den Anforderungen an eine Qualifizierung der Arbeitsleistungen Genüge getan (zur Umschreibung «selbstbewusst» vgl. nachfolgend Erw. 4c). Wie bereits in Erwägung 2c dargelegt wurde, kann der Beklagte nicht dazu verpflichtet werden, eine ganz bestimmte Formulierung bei der Beurteilung der Arbeitsleistungen zu verwenden. Die Klägerin hat keinen Anspruch darauf, dass ein aus einer früheren Mitarbeiterbeurteilung entnommener Satz oder Satzteil tel quel ins Arbeitszeugnis aufgenommen wird. Dies gilt erst recht, wenn wie hier die erste Mitarbeiterbeurteilung am ... 1998 sowie die zweite am ... 1999 stattfand, derweil das hier umstrittene Arbeitszeugnis insbesondere auch noch den Zeitraum vom ... bis zum ... 2000 abzudecken hat.

b) Soweit die Klägerin bemängelt, ihr Verhalten gegenüber Vorgesetzten, Mitarbeitern und Kunden sei nicht hinreichend qualifiziert worden, übersieht sie den Änderungsvorschlag des Beklagten vom 20. Juli 2001, wonach ihr persönliches Verhalten gegenüber Mitarbeitern als kollegial beurteilt wurde, während beim Verhalten gegenüber Vorgesetzten und Kunden festgehalten wurde, dass zwischen der Klägerin und dem Amtsvorsteher unterschiedliche Auffassungen bestanden (vgl. BB 25). Dass solche unterschiedliche Auffassungen tatsächlich bestanden, ist aus folgenden Umständen abzuleiten:

(...)

Alle diese Angaben sprechen für die Feststellung des Beklagten, wonach beim Amtsvorsteher und bei der Klägerin unterschiedliche Auffassungen hinsichtlich des Verhaltens gegenüber Vorgesetzten und Kunden bestanden. Ausschlaggebend für dieses Ergebnis ist nicht ein einzelner der vorgenannten Umstände, sondern die Summe (Kette) all dieser Aspekte (vgl. auch VGE 862/99 vom 16. Sept. 1999; VGE 446/01 vom 20. Febr. 2002, Erw. 4). Trifft es mithin zu, dass solche unterschiedliche Auffassungen objektivermassen bestanden, ist nicht ersichtlich, weshalb der Formulierungsvorschlag des Beklagten vom 20. Juli 2001 nicht haltbar sein sollte. Dies gilt erst recht, als es der Klägerin freisteht, auf die Ergänzung vom 20. Juli 2001 (4. Fassung) zu verzichten und damit die 3. Fassung des Beklagten vorzuziehen.

c) Zu prüfen bleibt noch der im Arbeitszeugnis enthaltene Zusatz «selbstbewusst» in folgendem Kontext: «Wir haben sie als verantwortungsvolle, selbstbewusste und fachkundige Mitarbeiterin kennen gelernt». Aus dieser Umschreibung ist entgegen der Meinung der Klägerin kein «arrogantes und uneinsichtiges Verhalten» abzuleiten, da das Arbeitszeugnis ausdrücklich den Vermerk enthält: «... verfasst keine codierten Arbeitszeugnisse». Vielmehr ist im dargelegten Kontext (verantwortungsvoll und fachkundig) die umstrittene Umschreibung dahingehend zu verstehen, dass der Klägerin kein gehemmtes Auftreten attestiert wurde. Zudem ist zu beachten, dass dem Arbeitgeber bei der Abfassung des Arbeitszeugnisses ein gewisser Beurteilungsspielraum einzuräumen ist, welcher vorliegend nicht verletzt wurde. Abgesehen davon verhält es sich nicht so, dass die umstrittene Formulierung des Arbeitszeugnisses das berufliche Fortkommen der Klägerin beeinträchtigt haben könnte, da die Klägerin nach ihren eigenen Angaben von ihrer aktuellen Arbeitgeberin (...) eine sehr gute Beurteilung und aufgrund der erbrachten Leistungen eine Lohnerhöhung erhalten hat (...).

d) Zusammenfassend erweist sich die Klage als unbegründet, weshalb sie abgewiesen wird.
(VGE 861/02 vom 20. Dezember 2002).

18.2 Kantonale Personal- und Besoldungsverordnung

- *Die (fristlose) Kündigung ist keine anfechtbare Verfügung; der Rechtsschutz wird im Klageverfahren gewährt.*
- *Das beamtete Dienstverhältnis (Amtsdauersystem) wurde rechtmässig in ein unbefristetes öffentlich-rechtliches Arbeitsverhältnis (Vertragsmodell) überführt.*

Aus dem Sachverhalt:

Der Regierungsrat hat ein Arbeitsverhältnis mit sofortiger Wirkung fristlos aufgelöst und die Lohnzahlungen per Ende des laufenden Monats

B. 18.2

eingestellt. Gegen diesen Beschluss erhob der betroffene Mitarbeiter beim Verwaltungsgericht Beschwerde. Er verlangte die Aufhebung des regierungsrätlichen Beschlusses. Das Verwaltungsgericht trat auf die Beschwerde nicht ein.

Aus den Erwägungen:

2. Vor Erlass eines Entscheides prüft das Gericht u.a., ob die Zulässigkeit des Rechtsmittels gegeben ist (§ 27 Abs. 1 lit. e VRP). Ist eine der Sachentscheidvoraussetzungen nicht erfüllt, trifft das Gericht einen Nicht-eintretensentscheid (§ 27 Abs. 2 VRP).

3. Mit der Verwaltungsgerichtsbeschwerde können beim Verwaltungsgericht u.a. Verfügungen, Entscheide und die in § 36 Abs. 1 lit. b erwähnten Zwischenbescheide des Regierungsrates angefochten werden, soweit nicht durch diese Verordnung oder einen andern Erlass der Weiterzug an das Verwaltungsgericht ausgeschlossen wird (§ 51 lit. a VRP). Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde ist unzulässig gegen Verfügungen und Entscheide, die sich auf andere Sachgebiete beziehen, für welche die Verwaltungsgerichtsbeschwerde durch einen besonderen Erlass ausgeschlossen ist (§ 54 lit. f VRP). Für die Beurteilung von Streitigkeiten aus öffentlich-rechtlichen Verträgen sind die §§ 60–70 VRP anwendbar (§ 2 Abs. 2 VRP). Das Verwaltungsgericht beurteilt als einzige Instanz u.a. Streitigkeiten über Ansprüche aus einem dem öffentlichen Recht unterstellten Arbeitsverhältnis, einschliesslich Streitigkeiten über Ansprüche gegenüber der Versicherungskasse des Kantons Schwyz (§ 67 Abs. 1 lit. d VRP).

4. Die Personal- und Besoldungsverordnung vom 26. Juni 1991 (SRSZ 145.110, PBV) sieht in der aktuellen Fassung was folgt vor:

Die Mitarbeiter des Kantons werden in Beamte (die vom Kantonsrat auf eine feste Amtsdauer gewählt werden), Angestellte und nebenamtliche Mitarbeiter (die ohne Begründung eines Arbeitsverhältnisses ausserhalb der engeren Verwaltungs-, Anstalts- und Gerichtsorganisation tätig sind) unterschieden (§ 2 PBV). Das Arbeitsverhältnis ist öffentlich-rechtlich (§ 6 Abs. 1 PBV). Als ergänzendes Recht ist das Obligationenrecht heranzuziehen (§ 6 Abs. 2 PBV). Das Arbeitsverhältnis der Angestellten wird durch schriftlichen Vertrag begründet (§ 12 PBV). Die bis Ende der Amtsperiode 1996–2000 gewählten Beamten gelten ab 1. Juli 2000 als unbefristet angestellt, ohne dass ein schriftlicher Vertrag abgeschlossen werden muss (§ 64 Abs. 3 1. Satz PBV). Der Regierungsrat und die Gerichte stellen die Angestellten an, die in einem unbefristeten Arbeitsverhältnis und während mindestens der Hälfte der Normalarbeitszeit tätig sind (§ 13 Abs. 1 PBV). Die Begründung eines Arbeitsverhältnisses setzt die fachliche und persönliche Eignung für die Stelle voraus (§ 14 Abs. 1 PBV). Das Arbeitsverhältnis der Angestellten ist in der Regel unbefristet (§ 15 PBV). Die Anstellungsbehörde und der Mitarbeiter können das Arbeitsverhältnis im gegenseitigen Einvernehmen auf jeden Zeitpunkt ändern

oder beenden (§ 18 Abs. 1 PBV). Das Arbeitsverhältnis endet durch Kündigung, Auflösung aus wichtigen Gründen oder vorzeitiger Pensionierung (§ 18 Abs. 2 PBV). Will die Anstellungsbehörde einem Mitarbeiter kündigen, hat sie ihm zuerst das rechtliche Gehör zu gewähren. Die Kündigung ist schriftlich zu begründen. Nach Ablauf der Probezeit sind dem Mitarbeiter die Beanstandungen durch eine Mitarbeiterbeurteilung vorzuhalten und es ist ihm eine Bewährungsfrist von mindestens drei Monaten anzusetzen (§ 21 PBV). Die Kündigung durch die Anstellungsbehörde darf nicht missbräuchlich nach den Bestimmungen des Obligationenrechts sein und setzt einen sachlich zureichenden Grund voraus (§ 21a PBV). Nach Ablauf der Probezeit untersteht das Arbeitsverhältnis auch einem zeitlichen Kündigungsschutz (§ 21b PBV). Das Arbeitsverhältnis kann aus wichtigen Gründen jederzeit aufgelöst werden. Die Auflösung hat schriftlich und mit Begründung zu erfolgen. Als wichtiger Grund gilt jeder Umstand, bei dessen Vorhandensein nach Treu und Glauben die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht zumutbar ist (§ 21c PBV). Eine Kündigung, die während einer Sperrfrist nach § 21b PBV ausgesprochen wird, ist nichtig und entfaltet keine Rechtswirkung (§ 21f Abs. 1 PBV). Ist eine Kündigung missbräuchlich nach OR, ohne sachlich zureichenden Grund nach § 21a Abs. 2 PBV oder in Missachtung der Verfahrensvorschriften nach § 21 PBV ausgesprochen worden oder ist eine fristlose Entlassung nach § 21c ohne wichtigen Grund erfolgt, entstehen finanzielle Ansprüche nach § 21g, sofern der betroffene Mitarbeiter nicht wiederingestellt wird. Hingegen kann in diesen Fällen kein Anspruch auf die Fortführung des Arbeitsverhältnisses abgeleitet werden (§ 21f Abs. 2 PBV). Die finanziellen Ansprüche bestehen einerseits in einer Abfindung von höchstens dem letzten Jahreslohn, welche vom Regierungsrat nach den Umständen des Einzelfalles festgesetzt wird (§ 21g Abs. 2 PBV) und andererseits in einer zusätzlichen Entschädigung, die höchstens dem letzten halben Jahreslohn entspricht (§ 21g Abs. 3 PBV). Unter dem Titel Rechtsschutz bestimmt der Gesetzgeber:

§ 62 Verwaltungsergerichtliche Klage

¹ Das Verwaltungsgericht entscheidet im Klageverfahren über die Verletzung von gesetzlichen oder vertraglichen Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis zwischen dem Kanton und Mitarbeitern. Der Kanton wird im Verfahren durch die Anstellungsbehörde vertreten.

² Bevor die Klage beim Verwaltungsgericht eingereicht wird, hat der Kläger dem Beklagten seine Forderung schriftlich anzumelden. Der Beklagte hat dazu innert 60 Tagen Stellung zu nehmen. Das Verwaltungsgericht tritt auf die Klage nur ein, wenn dieses Vorverfahren durchgeführt oder auf seine Veranlassung nachgeholt wurde und wenn der Beklagte die Forderung nicht anerkennt.

³ Für Streitigkeiten bis zu einem Streitwert von Fr. 30 000.– werden den Parteien keine Kosten auferlegt.

§ 63 Verjährung

Forderungen aus dem Arbeitsverhältnis zwischen dem Kanton und den Mitarbeitern verjähren mit Ablauf von fünf Jahren.

B. 18.2

Vor dem 1. Januar 2000, also unter dem Regime des damals noch geltenden Beamtenstatus, konnten personalrechtliche Verfügungen (Auflösung des Dienstverhältnisses nach einer Rückversetzung ins Probeverhältnis, zufolge Arbeitsunfähigkeit oder zufolge Aufhebung der Stelle) mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde beim Verwaltungsgericht angefochten werden. Hielt das Verwaltungsgericht die angefochtene personalrechtliche Verfügung für unzulässig, so erliess es einen entsprechenden Feststellungsentscheid. Änderte die Vorinstanz die personalrechtliche Verfügung dennoch nicht, so hatte der betroffene Mitarbeiter Anspruch auf eine Abfindung, welche er nötigenfalls mit verwaltungsgerichtlicher Klage durchsetzen konnte (§ 62f. PBV in der ursprünglichen Fassung v. 26. Juni 1991).

5.a) Aufgrund der kantonalen Normen des Personalrechts und der Verwaltungsrechtspflege ergibt sich somit, dass seit der Aufgabe des Beamtenstatus bzw. seit dem Wechsel vom Amtsdauer- zum Kündigungssystem (Vertragsmodell) der Rechtsschutz nurmehr im Rahmen des Klageverfahrens gewährt wird.

b) Daran vermögen die Einwände des Beschwerdeführers nichts zu ändern. Dieser macht geltend, die Kündigung eines öffentlich-rechtlichen Angestelltenverhältnisses sei in der Form einer Verfügung auszusprechen. Es handle sich vorliegend um eine rechtsaufhebende Verfügung (§ 6 Abs. 1 lit. a VRP). Die Bestimmungen von § 2 Abs. 2, § 54 lit. f, §§ 60–70 VRP und § 62 PBV seien nicht anwendbar. RRB Nr. 1184/2001 sei Gegenstand einer verwaltungsgerichtlichen Beschwerde.

Dem hält der Regierungsrat in seiner Stellungnahme vom 4. Dezember 2001 im Wesentlichen entgegen, beim RRB Nr. 1184/2001 handle es sich um keine Verfügung, sondern um eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung. Selbst wenn es sich bei der Kündigung dogmatisch um eine Verfügung handeln würde, so ändere diese nichts am Umstand, dass der Rechtsschutz ausschliesslich über das verwaltungsgerichtliche Klageverfahren gemäss § 62 PBV i.V.m. § 67ff. VRP gewährt werde.

Im Rahmen der Stellungnahme zum regierungsrätlichen Nichteintretensantrag beharrt der Beschwerdeführer unter Hinweis auf seine Ausführungen in der Beschwerdeschrift auf seinem Standpunkt. Es sei dem Verwaltungsgericht ohne zusätzliche Erläuterungen möglich, die Ausführungen des Regierungsrates zu überprüfen, insbesondere sei es ihm möglich, die Frage der rechtmässigen Überführung der Beamtung auf öffentlich-rechtliche Dienstverhältnisse, insbesondere in Bezug auf den Beschwerdeführer zu überprüfen und die Frage zu beantworten, ob es rechtmässig sein könne, den Beschwerdeführer ohne weiteres ohne schriftlich fixierten Anstellungsvertrag zu belassen. Der Beschwerdeführer sei zu keinem Zeitpunkt über die Verordnungsänderung persönlich angeschrieben worden, noch sei ihm ein schriftlicher, öffentlich-rechtlicher Dienstvertrag offeriert oder mit ihm zum Abschluss gebracht worden.

c) Die nach Aufgabe des Beamtenstatus eingeführte und heute aktuelle Rechtslage betreffend öffentlich-rechtliches Arbeitsverhältnis auf vertraglicher Basis und Rechtsschutz (Klageweg) wurde bereits dargelegt (oben Erw. 4). Die vom Gesetzgeber damit verfolgten Absichten werden in den aktenkundigen Materialien nachdrücklich festgehalten:

aa) Der Gesetzgeber hat die Umgestaltung der bestehenden Dienstverhältnisse in zwei Schritten vorbereitet bzw. vorgenommen. Zunächst wurde mit § 64 Abs. 3 PBV (siehe unten Erw. 5 d/bb) die grundsätzliche Abschaffung des Beamtenstatus beschlossen. «Absicht dieser Revision ist es, flexible Anstellungsbedingungen in Bezug auf den Bestand, die Aufgabenstellung und die Dauer der Dienstverhältnisse zu schaffen. Sie sind eine Voraussetzung dafür, dass die Kantonsverwaltung wirkungsorientiert geführt wird und ihre Dienstleistungen für die Bevölkerung effizient erbringen kann.» (RRB Nr. 96 v. 21.1.1998, Bericht und Vorlage für den Kantonsrat; S. 1).

bb) Nach dem Grundsatzentscheid legte der Gesetzgeber die Modalitäten der Umwandlung und der Neugestaltung der Dienstverhältnisse fest. In RRB Nr. 1822/1999 vom 23.11.1999, dem «Bericht und Vorlage an den Kantonsrat», wird u.a. nochmals festgehalten, dass der eigentliche Schwerpunkt der Vorlage der Wechsel vom Amtsdauer- zum Kündigungssystem sei. Die bisherige Wahl auf eine vierjährige Amtsdauer oder der Beamtenstatus, der für rund zwei Drittel der Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter des Kantons massgebend war, soll durch unbefristete und kündbare Arbeitsverhältnisse abgelöst werden (S. 2). Wörtlich (S. 3; Hervorhebungen nicht im Original):

«Das unbefristete und kündbare Arbeitsverhältnis, das im Mittelpunkt des Revisionskonzeptes steht, soll zwischen dem Kanton und den Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern auf Vertragsbasis eingegangen werden. Das Arbeitsverhältnis ist ein klassischer Fall eines zweiseitigen Rechtsverhältnisses, in dem die Parteien einander Austauschleistungen in Form von Arbeit und Lohn versprechen. Es haben sich bereits der Bund sowie die Kantone Obwalden, Nidwalden, Zug, Appenzell Innerrhoden und Basel-Landschaft generell für vertragliche Arbeitsverhältnisse entschieden. *Das Vertragsmodell erleichtert die Annäherung an das Privatrecht, das denn auch nach § 6 Abs. 2 der Personal- und Besoldungsverordnung als ergänzendes Recht beigezogen wird. Das Obligationenrecht wird auch insofern beachtet, als dessen Mindestgarantien zu Gunsten der Arbeitnehmer eingehalten werden. Die Vertragsbindung entspricht dem Gedanken der Kooperation zwischen Kanton und Personal, wenn auch einzuräumen ist, dass die Ausgestaltung der Arbeitsverhältnisse einstweilen noch weitgehend gesetzlich normiert wird (Rechte und Pflichten, Lohn, Arbeitszeit, Ferien, Versicherungsschutz). Dagegen wird mit dieser Teilrevision bereits der Weg beschritten, dass gesetzliche und vertragliche Ansprüche klageweise vor dem Verwaltungsgericht durchgesetzt werden können.*»

cc) Im Weiteren wird im zitierten Bericht u.a. angeführt,

- die Auflösung des Arbeitsverhältnisses aus wichtigen Gründen lehne sich an die Formulierung im Obligationenrecht an (Art. 337 OR);
- im Unterschied zur Kündigungsfreiheit im privaten Arbeitsrecht sei der Kanton als öffentlicher Arbeitgeber an das Willkürverbot und an den

B. 18.2

Verhältnismässigkeitsgrundsatz gebunden, weshalb eine Kündigung nur gestützt auf sachliche Gründe ausgesprochen werden könne und diese Gründe dem Betroffenen bekannt gegeben werden müssen;

- die im Verwaltungsrecht geltende Untersuchungsmaxime besage, dass die Behörde einen rechtserheblichen Sachverhalt abklären müsse und mithin der Kanton für eine Kündigung die Beweisführungslast trage;
- es werde ausdrücklich geregelt, dass kein Anspruch auf die Fortführung des Arbeitsverhältnisses geltend gemacht werden könne. Damit werde die Lösung des Obligationenrechts und der meisten neuen kantonalen Personalgesetze übernommen. Könnten als unzulässig qualifizierte Kündigungen von der Rechtsmittelinstanz aufgehoben werden, wäre der Kanton gezwungen, den Betroffenen wieder in den Dienst aufzunehmen und weiterzubeschäftigen. Eine Weiter- oder Wiederbeschäftigung gegen den Willen des Kantons als Partei wäre aber kaum realisierbar. Nach einem Rechtsstreit mit einem Angestellten wäre das Vertrauensverhältnis gestört. Eine tragfähige Zusammenarbeit wäre kaum mehr möglich. Weil der Kanton Schwyz eine schlanke Verwaltung kenne, wäre es auch schwierig, für einen zu Unrecht entlassenen Angestellten eine andere, zumutbare Personalstelle zu finden. Aus diesen Überlegungen soll der Kündigungsschutz auf finanzielle Rechtsfolgen beschränkt werden, die präventiv wirken;

dd) Schliesslich wird – nachdem schon an anderer Stelle hervorgehoben wird, das Klageverfahren vor Verwaltungsgericht garantiere einen konsequenten Rechtsschutz (S. 6) – unter dem Titel «Rechtsschutz» wörtlich ausgeführt (S. 13f.; Hervorhebungen nicht im Original):

«Weil für die kündbaren Arbeitsverhältnisse der Angestellten das Vertragsmodell gewählt wird (§ 12), soll neu auch ein entsprechendes Rechtsschutzsystem zum Zug kommen (§ 62). *Es entspricht dem neuen Vertragsverhältnis zwischen Kanton und Angestellten am besten, wenn Streitigkeiten aus dem Arbeitsverhältnis im Rahmen eines eigentlichen Zweiparteienprozesses ausgetragen werden. Damit sind die Parteien in prozessualer Hinsicht gleichgestellt. Wie in einem Zivilprozess hat diejenige Partei die Klägerrolle zu übernehmen, welche Ansprüche geltend macht. Für diese Lösung bietet sich das Rechtsmittel der Klage vor dem Verwaltungsgericht an (§ 62 Abs. 1).*

Damit die Gegenpartei in einem Klageverfahren zuerst Gelegenheit erhält, zu einem Anspruch Stellung zu nehmen und ihn allenfalls sogar ganz oder teilweise zu anerkennen, ist ein Vorverfahren durchzuführen (§ 62 Abs. 2). Das Verwaltungsgericht tritt auf eine Klage erst ein, wenn der Beklagte innert einer Frist von 60 Tagen die Klage nicht anerkennt. Es ist denkbar, dass in diesem vorprozessualen Stadium Einigung gefunden und aufwändige Prozesse vermieden werden können. Ähnlich wie im privaten Arbeitsrecht sollen für Streitigkeiten bis zu einem Streitwert von Fr. 30000.– den Parteien keine Kosten auferlegt werden (§ 62 Abs. 3).

Bisher fehlte eine Regelung über die Verjährung von öffentlich-rechtlichen Forderungen aus einem Arbeitsverhältnis. Diese Lücke wird mit § 63 geschlossen, der wie im Privatrecht eine fünfjährige Verjährungsfrist vorsieht.

Das Klageverfahren für Streitigkeiten aus einem öffentlichen Recht unterstellten Arbeitsverhältnis führt zu einer Änderung der Verordnung über die Verwaltungsrechtspflege (§ 67 Abs. 1 Buchstabe d), die unter den Übergangs- und Schlussbestimmungen der Vorlage beantragt wird. Gleichzeitig werden auch Begriffsänderungen in diese Verordnung eingefügt (§ 3 Buchstabe c).»

ee) Es kann mithin kein Zweifel darüber bestehen, dass das kantonale Personalrecht ab 1. Juli 2000 nurmehr – mit einigen wenigen, hier nicht interessierenden Ausnahmen – öffentlich-rechtliche Arbeitsverhältnisse auf Vertragsbasis vorsieht mit entsprechendem Rechtsschutz auf dem verwaltungsgerichtlichen Klageweg. Inwiefern diese gesetzgeberische Lösung übergeordnetem Recht widersprechen könnte, ist weder geltend gemacht noch sonstwie ersichtlich. Die kantonale Verfassung (§ 17 KV) erlaubt dem Kanton (wie auch den Bezirken und Gemeinden) nebst dem Amtsdauersystem (Behördenmitglieder/Beamte) auch das Kündigungssystem (öffentlich-rechtliche Arbeitsverhältnisse auf Vertragsbasis) einzuführen, wie dies der Regierungsrat in seinem Bericht an den Kantonsrat vom 21. Januar 1998 zutreffend festhielt (RRB Nr. 96/1998 v. 21.1.1998, S. 4f.).

d) Für den Beschwerdeführer, welcher mit RRB vom ... gewählt worden ist (regierungsrätliche Vernehmlassung, S. 4), wurde das massgebliche Wiederwahl- bzw. Umgestaltungsprozedere im kantonalen Amtsblatt – nebst der auch in den Medien thematisierten Abschaffung des Beamtenstatus – wie folgt kommuniziert:

aa) Abl vom 5. Juli 1996, S. 968:

«Der Regierungsrat hat die im Sinne von § 7 der Personal- und Besoldungsverordnung vom 26. Juni 1991 gewählten Beamten des Kantons und seiner Anstalten in der Funktion, die sie am Ende der Amtsperiode 1992–1996 eingenommen haben, für die neue Amtsperiode 1996–2000 wiedergewählt. Vorbehalten bleiben:

- a) abweichende Einzelbeschlüsse des Regierungsrates, die einen Verzicht auf die Wiederwahl oder eine Umgestaltung des Dienstverhältnisses enthalten und die den betroffenen Beamten schriftlich zugestellt worden sind;
- b) das Probeverhältnis, das am Ende der Amtsperiode 1992–1996 noch nicht beendet ist und in der neuen Amtsperiode 1996–2000 noch anhält;
- c) das Erreichen der Altersgrenze während der neuen Amtsperiode 1996–2000;
- d) die Änderung von Verfassung, Gesetzen und Verordnungen.»

In Verbindung mit dem damaligen u.a. gestützt auf alt§ 20 PBV erlassenen Personal- und Besoldungsreglement für die Lehrkräfte an Mittel- und Berufsschulen vom 7. Juli 1992 dauerte die Amtsdauer mithin – unter Beachtung der oben zitierten Vorbehalte – bis 31. Juli 2000 (§ 8 Abs. 1).

bb) Abl vom 22. Mai 1998, S. 688:

«Personal- und Besoldungsverordnung (Änderung vom 13. Mai 1998)

...

§ 64 Abs. 3 (neu)

Die Beamten, die vom Regierungsrat oder von den Gerichten gewählt worden sind, werden nach Ablauf der Amtsperiode 1996–2000 nicht wiedergewählt. Ihr Dienstverhältnis wird in eine Anstellung mit öffentlich-rechtlichem Vertrag umgestaltet, sofern es durch die Mitarbeiter oder die Wahlbehörde nicht aufgelöst wird. Soll das Dienstverhältnis auf diesen Zeitpunkt hin aufgelöst werden, haben die Mitarbeiter § 15 Abs. 1 und die Wahlbehörden § 16 Abs. 2 einzuhalten.

...»

B. 18.2

Nach unbenütztem Ablauf der Referendumsfrist wurde diese Verordnungsänderung auf den 1. Januar 1999 in Kraft gesetzt (Abl 1998, S. 1290).

cc) Abl vom 31. März 2000, S. 473ff.:

«Personal- und Besoldungsverordnung (Änderung vom 22. März 2000)

....

§ 74 (recte: 64) Abs. 3 (neu)

Die bis Ende der Amtsperiode 1996–2000 gewählten Beamten gelten ab 1. Juli 2000 als unbefristet angestellt, ohne dass ein schriftlicher Vertrag abgeschlossen werden muss. Vorbehalten bleibt die Auflösung des Dienstverhältnisses vor oder auf diesen Zeitpunkt nach bisherigem Recht.

....»

Nach unbenütztem Ablauf der Referendumsfrist wurde diese Verordnungsänderung am 23. Mai 2000 auf den 1. Juli 2000 in Kraft gesetzt (Abl 2000, S. 819).

Der Gesetzgeber hat mit dieser Verordnungsänderung auch die kantonalen Beamtenverhältnisse mit den Lehrern per Ende Juni 2000 für beendet erklärt, womit der bei der Wiederwahl gemachte Vorbehalt gemäss lit. d zum Tragen kam (vgl. oben, Erw. 5 d/aa). Selbst wenn dieses Vorgehen hinsichtlich Juli 2000, des aufgrund der Wiederwahl im Jahre 1996 letzten Monates der Amtsdauer (vgl. oben, Erw. 5d/aa), nicht zulässig gewesen wäre, hätte dies auf die vorliegende Beurteilung keinen Einfluss. Der Beschwerdeführer war in jedem Falle ab 1. August 2000 nicht wiedergewählt. Er hat zudem das Dienstverhältnis mit dem Kanton nicht aufgelöst, sondern mehr als ein Jahr als ... weitergearbeitet.

e) Nachdem der Gesetzgeber die Abschaffung des Beamtenstatus beschlossen hatte, blieb dem einzelnen Beamten, welcher keinen Anspruch auf eine Wiederwahl hatte (§ 16 aPBV), mithin nichts anderes übrig, als sich mit der neuen gesetzlichen Ausgangslage anzufreunden und das unbefristete öffentlich-rechtliche Arbeitsverhältnis zu akzeptieren oder auf eine Weiterbeschäftigung beim Kanton zu verzichten. Dass bei dieser Ausgangslage der Gesetzgeber davon absah, gegenüber dem einzelnen Beamten die gesetzlich vorgeschriebene Änderung des Rechtsverhältnisses zusätzlich separat mit schriftlichen Vertrag zu besiegeln (zumal einstweilen die Ausgestaltung der Arbeitsverhältnisse noch weitgehend gesetzlich normiert wird), ist nicht zu beanstanden und lehnt im Übrigen an die bisher geübte pauschale Wiederwahl der Beamten an. In diesem Vorgehen ist auch keine Verletzung von übergeordnetem Recht zu erkennen (§ 26 VRP). Der Beschwerdeführer macht solches zudem nicht explizit geltend. Die Berufung auf eine mangelhafte Überführung des beamteten Dienstverhältnisses in ein unbefristetes öffentlich-rechtliches Arbeitsverhältnis ist deshalb unbegründet. Sie würde zudem Treu und Glauben widersprechen, nachdem der Beschwerdeführer offenkundig über ein Jahr lang dagegen nicht remonstrierte, sondern vielmehr konkludent in das unbefristete öffentlich-rechtliche Arbeitsverhältnis einwilligte. Schliesslich

könnte sich der Beschwerdeführer auch nicht auf Rechtsunkenntnis berufen, ganz abgesehen davon, dass ein Nichtwahrnehmen dieser in den Medien aufgegriffenen wichtigen Rechtsänderung sehr unwahrscheinlich ist.

f) Es ist mithin davon auszugehen, dass im Zeitpunkt der fristlosen Entlassung zwischen dem Kanton und dem Beschwerdeführer ein öffentlich-rechtliches Arbeitsverhältnis auf Vertragsbasis bestand, welches mittels einer einseitigen empfangsbedürftigen Willenserklärung in Form von RRB ... durch den Kanton aufgelöst wurde. Der hier angefochtene Regierungsratsbeschluss stellt deshalb nicht eine anfechtbare Verfügung im Sinne der Verwaltungsrechtspflegeverordnung dar, weshalb auf die Beschwerde nicht eingetreten werden kann. Selbst wenn von einer Verfügung auszugehen wäre, müsste aufgrund der Personal- und Besoldungsverordnung und der Materialien klarerweise von einer spezialgesetzlichen Regelung (§ 54 lit. f VRP) ausgegangen werden, die – im Gegensatz zur früheren Regelung – nur «im Klageverfahren über die Verletzung von gesetzlichen oder vertraglichen Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis zwischen dem Kanton und den Mitarbeitern» eine Entscheidung erlaubt. Diese neue Regelung des Rechtsschutzes käme sogar zur Anwendung, wenn – was indes nicht zutrifft – die Überführung des Dienstverhältnisses auf eine vertragliche Basis mangelhaft gewesen wäre, denn einerseits ist die bisherige Rechtsschutzregelung per Ende Juni 2000 aufgehoben worden und die fristlose Entlassung erfolgte erst nach diesem Zeitpunkt, und andererseits gewährt die neue Regelung inhaltlich einen gleichwertigen Rechtsschutz.

(VGE 1028/01 vom 14. März 2002).

C. REGIERUNGSRAT

2. Baurecht

2.1 Mobilfunkantenne

- *Praxisänderung zur Rechtsmittelbefugnis in Verfahren wegen Mobilfunkantennen: Übernahme der Berner Praxis (Erw. 1.2–1.4).*
- *Balkone und Dachterrassen sind keine Orte mit empfindlicher Nutzung im Sinne von Art. 3 Abs. 3 NISV (Erw. 2.1–2.2).*
- *Berechnung der Strahlung, soweit die Anlage noch nicht erstellt ist (Erw. 2.3–2.5).*

Aus den Erwägungen:

1.2 Die Beschwerdelegitimation im kantonalen Verfahren ist gemäss Art. 98a Abs. 3 OG (Bundesgesetz vom 16. Dezember 1943 über die Organisation der Bundesrechtspflege, SR 173.110) im gleichen Rahmen zu gewährleisten wie im bundesgerichtlichen Verwaltungsgerichtsbeschwerdeverfahren (BGE 1A.196/2001 vom 8. April 2002). Das Bundesgericht beurteilt die Legitimation bei der Anfechtung geplanter Mobilfunkanlagen in seiner jüngsten Rechtsprechung abstrakt, unter Zugrundelegung einer von der Berner Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion (BVE) vorgeschlagenen Berechnungsformel (BGE 1A.142/2001 vom 25. Februar 2002 = 128 II 168, E. 2.3; zur Formel vgl. Entscheid der BVE vom 12. Dezember 2000, BVR 2001 252, E. 2, S. 257ff.; Irene Graf/Jean-Luc Niklaus, Mobilfunkanlagen – Beschwerderecht der Nachbarn, KGP-Bulletin 1/2001, S. 29ff., insbes. S. 34ff.). Diese Formel lautet: $d = (70 \times \sqrt{\text{ERP}}) : \text{AGW}$.

In dieser Formel entspricht der Begriff ERP der äquivalenten Strahlungsleistung in Watt (Art. 3 Abs. 9 Verordnung vom 23. Dezember 1999 über den Schutz vor nichtionisierender Strahlung, NISV, SR 814.710). Entsprechend berücksichtigt die Berechnung ausschliesslich die maximal in der Hauptstrahlungsrichtung zu erwartende Strahlung. Aus diesem Hauptstrahl ergibt sich ein Radius d , welcher einen Perimeter beschreibt, ausserhalb dessen in jedem Fall ein tieferer Effektivwert der elektrischen Feldstärke als 10% des Anlagegrenzwerts (AGW) erzeugt wird. Alle Personen innerhalb dieses Radius werden zur Einsprache bzw. zur Beschwerde zugelassen, auch wenn die konkrete Strahlung auf ihrem Grundstück, unter Berücksichtigung der Leistungsabschwächung gegenüber der Hauptstrahlrichtung (in vertikaler und horizontaler Richtung), weniger als 10% des Anlagegrenzwertes beträgt.

1.3 Die geplante Mobilfunkanlage soll im Frequenzbereich von 1800/2140 MHz senden; der Anlagegrenzwert beträgt somit 6 V/m (vgl. Anhang 1 Ziff. 64 lit. b NISV). Die drei vorgesehenen Dualbandantennen verfügen über eine äquivalente Strahlungsleistung (ERP) von je 1350 W (vgl. Standortdatenblatt, Zusatzblatt 1). Damit beträgt der Radius d bzw. der für die Legitimation massgebliche Abstand zirka 428 m:

$$d = (70 \times \sqrt{\text{ERP}}) : \text{AGW} = (70 \times \sqrt{1350}) : 6 = 428.66$$

Der Beschwerdeführer wohnt nach den unbestrittenen Angaben der Vorinstanz 75 m von der geplanten Mobilfunkanlage entfernt (...). Da seine Rechtsmittelbefugnis daher zu bejahen ist, wird auf die Beschwerde eingetreten.

1.4 In seiner bisherigen Rechtsprechung zur Frage des Kreises der Beschwerdelegitimierten bezeichnete der Regierungsrat stets die Zürcher Praxis als Richtschnur. Nachdem das Bundesgericht in seinen jüngsten Entscheiden nunmehr die von der Berner Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion entwickelte Berechnungsformel als massgebend erklärt hat, kann an der bisherigen regierungsrätlichen Praxis nicht länger festgehalten werden.

2. Der Beschwerdeführer beanstandet, dass für das Haus K. bzw. seine Wohnung und auf diversen Terrassen in der näheren Umgebung der geplanten Mobilfunkanlage keine Messung der Strahlung vorgenommen worden sei. Insbesondere rügt er, dass die Strahlung der Richtfunkverbindung von der geplanten Antennenanlage zur Anlage an der L-strasse, die über dem Haus K. verlaufe, nicht gemessen worden sei.

2.1 Unter anderem gestützt auf Art. 12 Abs. 2 und Art. 13 Abs. 1 USG (Bundesgesetz über den Umweltschutz vom 7. Oktober 1983, SR 814.01) hat der Bundesrat zum Schutze des Menschen vor schädlicher oder lästiger nichtionisierender Strahlung am 23. Dezember 1999 die Verordnung über den Schutz vor nichtionisierender Strahlung (NISV) erlassen. Diese Verordnung regelt den Bereich der elektrischen und magnetischen Felder, die bei der Übertragung und Anwendung von elektrischem Strom und bei Sendeanlagen entstehen (Frequenzbereich 0 Hz bis 300 GHz) (vgl. BUWAL, Erläuternder Bericht zur Verordnung über den Schutz vor nichtionisierender Strahlung vom 23. Dezember 1999, S. 3).

Der Schutz vor den wissenschaftlich erhärteten thermischen Wirkungen der nichtionisierenden Strahlung wird durch Immissionsgrenzwerte (Anhang 2 NISV) gewährleistet, die überall eingehalten werden müssen, wo sich Menschen aufhalten können (Art. 13 Abs. 1 NISV). Zusätzlich hat der Verordnungsgeber vorsorgliche Emissionsbegrenzungen angeordnet (Art. 4 NISV), die das Risiko schädlicher Wirkungen, die zum Teil erst vermutet werden und noch nicht absehbar sind, möglichst gering halten sollen (vgl. BUWAL, Erläuternder Bericht, S. 6). Mobilfunkanlagen müssen so erstellt und betrieben werden, dass die von ihnen verursachten Strahlen an Orten mit empfindlicher Nutzung den Anlagegrenzwert einhalten (vgl. Art. 4 Abs. 1 i.V.m. Anhang 1 Ziff. 65 NISV).

C. 2.1

2.2 Als Orte mit empfindlicher Nutzung gelten insbesondere Räume in Gebäuden, in denen sich Personen regelmässig während längerer Zeit aufhalten (vgl. Art. 3 Abs. 3 lit. a NISV).

Der Kanton Genf hat in einer Ausführungsbestimmung zu Art. 3 Abs. 3 NISV Balkone und private Dachterrassen ausdrücklich zu Orten mit empfindlicher Nutzung erklärt. Das Bundesgericht hat in einem neueren Entscheid (BGE 1A.264/2000 vom 24. September 2002, in URP 2002/8, S. 769ff.) jedoch festgehalten, dass diese kantonale Bestimmung in einem Fall, welcher den Kanton Zürich betreffe, nicht anwendbar sei und das Bundesgericht bei der Auslegung von Art. 3 Abs. 3 NISV nicht binde. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung sind Balkone und Dachterrassen nach dem üblichen Sprachgebrauch keine «Räume in Gebäuden», da sie nicht von Wänden umschlossen sind, sondern dem Aufenthalt im Freien dienen. Sie seien von ihrer Funktion her mit privaten Gärten vergleichbar, die eindeutig nicht unter Art. 3 Abs. 3 NISV fallen (vgl. Erläuternder Bericht des BUWAL zur NISV vom 23. September 1999, S. 10). Hinzu komme, dass die Nutzung von Balkonen und Dachterrassen vom Wetter abhängig sei und deshalb nicht regelmässig, sondern vor allem an schönen Sommertagen und -nächten erfolge. Schliesslich sei auch die Aufenthaltsdauer auf Balkonen und Dachterrassen regelmässig kürzer als in Wohn-, Schlaf- und Arbeitsräumen, Schulräumen oder Patientenzimmern in Spitälern oder Altersheimen (so die Beispiele im Erläuternden Bericht des BUWAL, S. 10). Dies spreche dafür, Balkone und Dachterrassen nicht zu den Orten mit empfindlicher Nutzung gemäss Art. 3 Abs. 3 lit. a NISV zu zählen (so auch Vollzugsempfehlung Ziff. 2.1.3). Dieses Ergebnis werde durch einen Blick auf die parallele Regelung in Art. 2 Abs. 6 LSV (Lärm-schutz-Verordnung vom 15. Dezember 1986, SR 814.41) unterstützt (zur Heranziehung dieser Bestimmung zur Handhabung von Art. 3 Abs. 3 NISV vgl. Urs Walker, Baubewilligung für Mobilfunkantennen; bundesrechtliche Grundlagen und ausgewählte Fragen, BR 2000, S. 3ff., Fn 27). Danach seien lärmempfindliche Räume «Räume in Wohnungen» und «Räume in Betrieben», in denen sich Personen regelmässig während längerer Zeit aufhalten; Dachterrassen und Balkone werden also nicht berücksichtigt. Diese Auslegung widerspreche Art. 1 und 11 USG nicht. Es stand laut Bundesgericht im Ermessen des Ordnungsgebers, aus Gründen der Rechtssicherheit und der Praktikabilität die Einhaltung der Anlagegrenzwerte auf die eigentlichen Wohn-, Schlaf- und Arbeitsräume zu begrenzen. Im Kanton Schwyz existiert keine Ausführungsbestimmung zur NISV, die Balkone und Dachterrassen ausdrücklich als Orte mit empfindlicher Nutzung definiert. Es ist deshalb der bundesgerichtlichen Auslegung von Art. 3 Abs. 3 NISV zu folgen, welche Balkone und Dachterrassen nicht zu den Orten mit empfindlicher Nutzung zählt.

2.3 Ist – wie im vorliegenden Fall – die Anlage noch nicht errichtet worden, kann die Einhaltung der Immissions- und der Anlagegrenzwerte nicht gemessen werden, sondern sie wird berechnet. Grundlage der Berechnung

ist das vom Inhaber der geplanten Anlage gemäss Art. 11 NISV eingereichte Standortdatenblatt, das die für die Erzeugung von Strahlung massgeblichen technischen und betrieblichen Daten der Anlage, den massgebenden Betriebszustand sowie Angaben über die von der Anlage erzeugte Strahlung an den nach der Verordnung massgeblichen Orten enthält (vgl. BGE 1A.264/2000 vom 24. September 2002 in URP 2002/8, S. 769ff., E. 2.3). Insbesondere muss das Standortdatenblatt die Strahlung an dem für Menschen zugänglichen Ort angeben, an dem die Strahlung am stärksten ist; weiter an drei Orten mit empfindlicher Nutzung, an denen diese Strahlung am höchsten ist und schliesslich an allen Orten mit empfindlicher Nutzung, an denen der Anlagegrenzwert nach Anhang 1 überschritten ist (vgl. Art. 11 Abs. 2 lit. c Ziff. 1–3 NISV).

2.4 Gemäss Fachbericht des Amts für Umweltschutz vom 28. Juni 2002 besteht die geplante Anlage aus drei Dualbandantennen mit GSM 1800/UMTS und vier Richtfunkantennen, die in der Höhe von zirka 26 bis 28 m an einem Masten montiert werden sollen. Im Umkreis von 200 m befinden sich mehrere Gebäude mit empfindlichen Nutzungen.

Sendeanlagen für Mobilfunk, die wie die geplante Anlage mit Frequenzen ab 1800 MHz senden, müssen einen Immissionsgrenzwert von zirka 58 V/m einhalten. Der vorsorgliche Emissionsgrenzwert beträgt bei solchen Anlagen 6 V/m (vgl. Fachbericht AfU und Anhang 1 Ziff. 64 lit. b NISV).

Das Standortdatenblatt beinhaltet Berechnungen der Strahlung auf dem Dach bei den Antennenmasten (Ort für den kurzfristigen Aufenthalt von Personen) und an zehn Standorten mit empfindlicher Nutzung in der näheren Umgebung der geplanten Sendeanlage. Dabei können nach Aussagen des AfU sowohl die Immissions- als auch die vorsorglichen Emissionsgrenzwerte knapp eingehalten werden. Der vorsorgliche Emissionsgrenzwert führt für die Anlage im Extremfall (direkt im Hauptstrahl) zu einem Minimalabstand von zirka 45 m. Da sich die für den Entscheid wesentlichen Grundlagen somit bereits aus den Akten und den Parteieingaben ergeben, kann darauf verzichtet werden, das AfU beizuladen bzw. einen weiteren Fachbericht einzuholen.

2.5 Für die massgeblichen Standorte gemäss Art. 11 Abs. 2 NISV sind demnach die vorgeschriebenen Berechnungen vorgenommen worden. Die Grenzwerte der NISV können prognostisch an sämtlichen Orten, wenn zum Teil auch knapp, eingehalten werden. Zur Kontrolle der Einhaltung der Grenzwerte wird in der Baubewilligung mittels Auflage eine Abnahmemessung an diversen Punkten vorgeschrieben (...). Zusätzliche Berechnungen für weitere Standorte sind nicht erforderlich. Insbesondere erübrigen sich Berechnungen für die Balkone und Dachterrassen in der näheren Umgebung der geplanten Mobilfunkanlage, zumal diese nicht als Orte mit empfindlicher Nutzung gelten. Im Übrigen ist an der Einhaltung des Anlagegrenzwerts beim Haus bzw. der Wohnung des Beschwerdeführers auf KTN 873 nicht zu zweifeln, weil die Orte mit empfindlicher Nutzung, für

C. 2.2

welche die Anlagegrenzwerte konkret berechnet worden sind (...), weniger weit von der geplanten Mobilfunkanlage entfernt und damit höheren Immissionen ausgesetzt sind.

Die Meldepflicht gemäss Art. 11 NISV (Pflicht zur Einreichung eines Standortdatenblattes) bezieht sich zudem nur auf Anlagen, für die Anhang 1 NISV Emissionsbegrenzungen festlegt (vgl. Art. 11 Abs. 1 NISV). Richtfunkanlagen, welche die Verbindung von der Basisstation einer Mobilfunkanlage zur Zentrale sicherstellen, fallen nach Anhang 1 Ziff. 61 Abs. 2 NISV nicht in den Geltungsbereich der Anlagegrenzwerte für Sendeanlagen für Mobilfunk gemäss NISV. Die Beschwerdegegnerin ist daher nicht zur Berechnung der Strahlung der Richtfunkantennen verpflichtet. Ausserdem ist anzumerken, dass Richtstrahlantennen die Strahlung extrem stark in einem eng begrenzten Strahl konzentrieren; die Streustrahlung ausserhalb des Strahls ist unbedeutend (Internet: <http://www.umweltschweiz.ch/buwal/de/fachgebiete/fg_nis/quellen/mobilfunk/fragen/index.html>, besucht am 21. Januar 2003). Davon ist auch bezüglich der Richtfunkverbindung, die nach Angaben des Beschwerdeführers über dem Haus K. verläuft, auszugehen. (RRB Nr. 120/2003 vom 28. Januar 2003).

2.2 Festlegung einer künftigen Nutzung

- *Umschreibung der Zweckbestimmung bei einer gewerblichen Nutzung in den Plänen (Erw. 3/4).*
- *Bestimmung der Hauptwohnseite (Erw. 5).*

Aus den Erwägungen:

3. Die Beschwerdeführer machen geltend, dass die Baugesuchsunterlagen unvollständig seien, weil darin keine konkreten Angaben über die geplante gewerbliche Nutzung enthalten sind.

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). Die Bewilligung wird im Melde-, vereinfachten oder ordentlichen Verfahren erteilt (§ 75 Abs. 1 PBG, 2. Satz).

3.2 Das Baubewilligungsverfahren wird durch die Einreichung eines Baugesuchs in Gang gesetzt. Das Bewilligungsgesuch für Bauten und Anlagen ist bei der Gemeinde einzureichen. Es muss eine Beschreibung des Vorhabens, Situations- und Baupläne, einen Katasterplan, Angaben über die Grundeigentumsverhältnisse und den Zweck der Baute sowie die Unterschrift des Bauherrn enthalten (§ 77 Abs. 1 PBG). Sofern erforderlich,

kann die Bewilligungsbehörde weitere Unterlagen verlangen (§ 77 Abs. 2 PBG).

3.3 Massgebend ist vorliegend das Baugesuch vom 17. November 2000 mit den Änderungen vom 6. Juni 2001. Den bewilligten Plänen lässt sich die Zweckbestimmung der verschiedenen Räume entnehmen. Im Erdgeschoss sind hauptsächlich zwei Werkhallen von je zirka 152 m² Fläche vorgesehen (...). Im 1. Obergeschoss sollen zwei Büros von 122 m² und 25 m² Fläche sowie eine Wohnung (4^{1/2} Zimmer) entstehen, im 2. Obergeschoss ein zusätzlicher Büroraum von 25 m² und zwei weitere Wohnungen (...). Gemäss den Angaben im generellen Baubeschrieb vom 17. November 2000 beträgt die gewerblich genutzte Fläche total 485.50 m² und die zu Wohnzwecken genutzte Fläche 418 m². Daraus geht die Zweckbestimmung der geplanten Räume mit hinreichender Klarheit hervor. Insbesondere ist gemäss diesen Angaben klar, welche Räume zu Wohnzwecken und welche Teile zu gewerblichen Zwecken bestimmt sind.

4. Nach Ansicht der Beschwerdeführer genügt es nicht, wenn in den Baugesuchsunterlagen nur angegeben ist, dass ein Raum für gewerbliche Zwecke genutzt wird. Sie sind der Auffassung, dass bereits im Zeitpunkt des Baugesuches die Nutzung der gewerblichen Flächen exakt definiert und gesagt werden muss, welches Gewerbe in den jeweiligen gewerblich genutzten Räumen betrieben wird.

4.1 Bei Wohnbauten bzw. Wohnräumen ist die bestimmungsgemässe Nutzung klar. Diese dürfen nur zu Wohnzwecken genutzt werden. Lediglich die Anzahl der Bewohner sowie deren Charakterzüge können gewissen Schwankungen unterliegen. Werden Wohnräume in Abweichung von der bewilligten Zweckbestimmung nicht zu Wohnzwecken, sondern als Büros genutzt, liegt eine bewilligungspflichtige Zweckänderung vor (§ 75 Abs. 1 und 2 PBG).

4.2 In Gewerbebauten bzw. Gewerberäumen sind hingegen die unterschiedlichsten Nutzungen möglich. Darin können stille oder stark störende Gewerbebetriebe tätig sein. Bei grossen Gewerbebauten steht bei der Einreichung des Baugesuches meist noch gar nicht fest, welche Art von Betrieben sich in diesen Räumen einmieten werden. Folglich ist es auch nicht möglich, im Zeitpunkt des Baugesuches genaue Angaben über die zukünftige Nutzung eines jeden Raumes zu machen. Deshalb muss es genügen, wenn das Baugesuch Angaben über die Zweckbestimmung der einzelnen Räume enthält. Sobald die Nutzung dann definitiv feststeht, ist ein weiteres Baubewilligungsverfahren erforderlich. Zu Recht hat deshalb die Vorinstanz von den Beschwerdegegnern die Einreichung eines neuen Baugesuches verlangt, wenn die konkrete Nutzung bekannt ist. Wird für die konkrete Nutzung ein zusätzliches Baubewilligungsverfahren durchgeführt, so müssen in diesem Verfahren die Anforderungen von Art. 34 der Lärm-schutz-Verordnung vom 15. Dezember 1986 (LSV, SR 814.41) beachtet und Angaben über die konkrete Nutzung der Gewerberäume gemacht werden.

C. 2.2

4.3 Die Bandbreite möglicher gewerblicher Nutzungen ist gross. Die Auswirkungen eines Gewerbebetriebes auf die Umwelt können deshalb erst anhand der konkreten Nutzung geprüft werden. Somit müssen im Rahmen des zweiten Baubewilligungsverfahrens die mit der konkreten Nutzung zusammenhängenden Fragen geprüft und insbesondere abgeklärt werden, ob der Gewerbebetrieb zonenkonform ist und die Vorschriften über den Umweltschutz einhält. Bei dieser Vorgehensweise gehen die Beschwerdegegner das Risiko ein, dass bestimmte Gewerbebetriebe in den bereits erstellten Räumen nicht bewilligt werden können, weil die Nutzung nicht zonenkonform ist oder die massgebenden Grenzwerte für die Empfindlichkeitsstufe III überschritten sind.

4.4 Zusammenfassend ist festzuhalten, dass das Vorgehen der Vorinstanz in diesem Punkt nicht zu beanstanden ist. Die generelle Ausscheidung von Wohnflächen und gewerblich genutzten Flächen genügt, um beurteilen zu können, ob beispielsweise ein Ausnützungsbonus (vgl. Art. 45, Fussnote 6, des Baureglementes der Gemeinde Tuggen vom 22. Oktober 1995, nachstehend: BauR) gewährt werden kann. Steht die genaue Nutzung im Zeitpunkt der Einreichung des Baugesuchs für die geplante Baute noch nicht fest, so muss in einem zweiten Baubewilligungsverfahren geprüft werden, ob ein Gewerbebetrieb zonenkonform ist und den Umweltschutzvorschriften entspricht. Die Vorinstanz wird dazu nötigenfalls auch eine neue Beurteilung des Arbeitsinspektorates einholen müssen. Auch die Anzahl der erforderlichen Parkplätze kann erst in diesem Stadium anhand der konkreten Nutzung definitiv festgelegt werden. Auf jeden Fall muss die Vorinstanz darauf achten, dass die Parteirechte der Anwohner gewahrt werden.

5. Die Beschwerdeführer beanstanden, dass die Vorinstanz die massgebenden Grenzabstandsvorschriften falsch angewendet habe.

5.1 In Bezug auf die Grenzabstände unterscheidet das Baureglement der Gemeinde Tuggen zwischen dem grossen und kleinen Grenzabstand. Der grosse Grenzabstand gilt in der Regel gegenüber derjenigen Gebäudeseite, die am meisten Wohnräume aufweist (Hauptwohnseite), der kleine gegenüber allen anderen Gebäudeseiten. Bei annähernd gleichwertiger Süd- und Westfassade kann der Gemeinderat die Aufteilung der Summe des grossen und kleinen Grenzabstandes unter Beachtung der Nachbarrechte je hälftig auf beide Fassaden gestatten (Art. 29 lit. a BauR).

5.2 Gemäss Art. 36 BauR sind in den Wohngewerbezone reine Wohnbauten und reine Gewerbebauten, aber auch gemischte Bauten zulässig.

5.3 In der Wohngewerbezone WG3 beträgt der kleine Grenzabstand 5 m, wobei die kantonalen Mindestgrenzabstände vorbehalten bleiben (Art. 45 BauR mit Fussnote 2). Der grosse Grenzabstand beträgt 10 m, wobei diesbezüglich Art. 36 BauR ausdrücklich vorbehalten wird (Art. 45 BauR mit Fussnote 7). Art. 36 Abs. 3 BauR sieht als Ausnahme vor, dass reine Gewerbebauten allseitig nur den kleinen Grenzabstand einhalten müssen.

Dies ist insoweit konsequent, als reine Gewerbebauten gar keine Hauptwohnseite aufweisen (vgl. Art. 29 lit. a BauR). Wohnungen, welche nachträglich bei einer reinen Gewerbebaute auf- oder eingebaut werden, müssen jedoch den grossen Grenzabstand wahren. Wenn also auf eine bestehende Gewerbebaute, die allseitig nur den kleinen Grenzabstand (oder den kantonalen Mindestabstand) einhält, eine neue Wohnung erstellt wird, muss diese auf die Hauptwohnseite den grossen Grenzabstand einhalten und ist somit von der entsprechenden Fassade des darunter liegenden Gewerbetraktes zurückversetzt.

5.4 Legt man die in Art. 45 BauR festgehaltenen Grenzabstandsvorschriften für die Wohngewerbezone WG3 strikte aus, so müssten bei gemischten Wohn- und Gewerbebauten nicht nur die Wohnungen den grossen Grenzabstand einhalten, sondern auch die gewerblich genutzten Gebäudeteile. Angesichts der in Art. 36 Abs. 3 BauR enthaltenen Ausnahmeregelung macht es indes keinen Sinn, Art. 45 BauR derart streng zu handhaben. Mit einer strengen Auslegung würde man den Baugesuchsteller faktisch auf den in Art. 36 Abs. 3 BauR umschriebenen Weg zwingen, um die in Art. 45 BauR für die Wohngewerbezone WG3 festgelegten Grenzabstände zu umgehen. In einem ersten Schritt würde der Bauherr dann eine reine Gewerbebaute erstellen, welche allseitig nur den kleinen Grenzabstand einhalten muss. Anschliessend würde er unter Beachtung des grossen Grenzabstandes auf die Hauptwohnseite hin ein Baugesuch für den Bau einer Wohnung auf der bestehenden Gewerbebaute einreichen. Dieses zweistufige Verfahren würde letztlich zu demselben Ergebnis führen, wie wenn der Bauherr gleich von Anfang an in einem einzigen Baugesuch eine Gewerbebaute mit aufgebauter Wohnung (welche auf die Hauptwohnseite den grossen Grenzabstand einhält) einreichen würde.

5.5 Die Hauptwohnseite der geplanten Wohnungen ist wohl die Südseite. Zwar weist auch die Nordseite Wohnräume auf (3 Zimmer). Die Tatsache, dass sich aber auf der Südseite der Wohn- und Essbereich sowie die Dachterrasse befinden, spricht doch eher für die Annahme, dass die Südseite die Hauptwohnseite ist. Gegen Süden beträgt der Grenzabstand der Gewerbehalle im Erdgeschoss zwischen 8.78 m (im Osten) und 8.95 m (im Westen), der Grenzabstand der Wohnung bzw. des Büroraumes im 1. Obergeschoss hingegen zwischen 12 m (im Osten) und 12.17 m (im Westen). Gegen Süden bzw. die Hauptwohnseite hin halten die geplanten Wohnungen somit den grossen Grenzabstand von 10 m ein. Es ist somit nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz das Bauvorhaben unter diesem Gesichtspunkt als bewilligungsfähig beurteilt hat. Bei einer allfälligen Revision des Baureglementes wird die Vorinstanz aber darauf achten müssen, die bestehenden Unklarheiten bzw. Widersprüche zu eliminieren. (RRB Nr. 1582/2002 vom 10. Dezember 2002).

C. 2.3

2.3 Wohnungen in der Industriezone

- *Die zulässige Nutzung in der Industriezone bestimmt sich in erster Linie nach kommunalem Recht (Erw. 2.1–2.4).*
- *Anzahl der Wohnungen, die in der Industriezone zugelassen sind, wenn in einer Industriebaute mehrere Betriebe eingemietet sind (Erw. 3 und 4).*

Aus den Erwägungen:

1.3 Gegenstand des Vorentscheidgesuchs ist die Frage, ob und inwieweit Wohnungen auf dem in der Industriezone der Gemeinde Wangen liegenden Grundstück KTN ... zonenkonform sind und vom Gemeinderat bewilligt werden können. Konkret kann festgehalten werden, dass das Vorentscheidgesuch eine Betriebsleiterwohnung, ein Studio für den Geschäftsführer sowie zwei Zimmer für den technischen Leiter umfasst und dass die Zonenkonformität dieser Räume zu beurteilen ist.

2.1 Bauten und Anlagen dürfen nur mit behördlicher Bewilligung errichtet oder geändert werden. Voraussetzung einer Bewilligung ist, dass die Bauten und Anlagen dem Zweck der Nutzungszone entsprechen (Art. 22 Abs. 1 und Abs. 2 lit. a des Bundesgesetzes über die Raumplanung vom 22. Juni 1979, RPG, SR 700). Nutzungspläne ordnen die zulässige Nutzung des Bodens. Sie unterscheiden vorab Bau-, Landwirtschafts- und Schutzzonen (Art. 14 RPG).

2.2 Die Gemeinden sind verpflichtet, kommunale Nutzungspläne und insbesondere Zonenpläne samt den zugehörigen Vorschriften zu erlassen (§ 15 Abs. 1 PBG). Die Gemeinde scheidet im Zonenplan die erforderlichen Bau-, Landwirtschafts- und Schutzzonen aus (§ 17 Abs. 1 PBG). Bauzonen können namentlich auch Industriezonen umfassen (§ 18 Abs. 2 lit. d PBG). Das Baureglement enthält Bestimmungen, die den Zonenplan näher umschreiben. Es muss mindestens Vorschriften enthalten über die Bauweise, die Nutzungsart und das Ausmass der Nutzung in den einzelnen Bauzonen (§ 21 Abs. 1 und Abs. 2 lit. a PBG).

2.3 Gemäss dem rechtskräftigen Zonenplan der Gemeinde Wangen liegt das Grundstück der Beschwerdeführerin (...) in der Industriezone. Die Industriezone ist für gewerbliche und industrielle Bauten bestimmt, namentlich für solche, die in den andern Bauzonen unzulässig sind. Wohnungen sind nur für betriebsnotwendig an den Standort gebundenes Personal und für Betriebsinhaber gestattet (Art. 47 Abs. 1 und 2 des Baureglementes der Gemeinde Wangen vom 4. Dezember 1994, BauR).

2.4 Weder das Bundesrecht noch das kantonale Recht enthalten Bestimmungen, welche die zulässige Nutzung von Industriezonen näher umschreiben. Wo das kantonale Recht für eine Materie keine abschliessende Ordnung trifft, sondern diese ganz oder teilweise der Gemeinde zur Regelung überlässt und ihr dabei eine erhebliche Entscheidungsfreiheit ein-

räumt (vgl. § 52 PBG), dort genießt die Gemeinde den Autonomieschutz. Demnach bestimmt vorliegend das kommunale Baureglement, was in der Industriezone als zonenkonforme Nutzung zulässig ist. Der Regierungsrat auferlegt sich bei der Anwendung bzw. Auslegung autonomen kommunalen Baurechts regelmässig eine gewisse Zurückhaltung (§ 46 Abs. 2 der Verordnung über die Verwaltungsrechtspflege vom 6. Juni 1974, VRP, SRSZ 234.110). Diese Zurückhaltung geht jedoch nur so weit, als das Gemeinwesen den ihm zustehenden Ermessensspielraum nicht verlässt.

3.1 Der Zweck der Industriezone liegt darin, einerseits Wohnzonen vor Immissionen zu schützen, anderseits Industriebetrieben eine möglichst ungehinderte Entfaltung bei intensiver baulicher Ausnutzung zu gewährleisten. Es besteht aufgrund dieser Zweckbestimmung der Industriezone ein öffentliches Interesse, die Anzahl Wohnungen in der Industriezone zu beschränken. Einerseits gilt es zu verhindern, Menschen unnötigerweise Lärm, Gerüchen, Erschütterungen und anderen Immissionen, wie sie in Industriezonen entstehen, auszusetzen. Andererseits sollen sich die gewerblichen Betriebe ungehindert entfalten können (VGE 639/94 vom 22. Dezember 1994, E. 1a mit Hinweisen).

3.2 Die Industriezone ist also in erster Linie für gewerbliche und industrielle Bauten bestimmt (Art. 47 Abs. 1 BauR). In diesem Sinne ist die in Art. 47 Abs. 2 BauR vorgesehene Möglichkeit, in der Industriezone auch Wohnungen zu erstellen, eine gesetzlich vorgesehene Ausnahme. Soweit der kommunale Gesetzgeber Wohnungen in der Industriezone ausnahmsweise zulässt, ist an die Prüfung der Zulässigkeit ein strenger Massstab zu legen, da es sich um eine zonenwidrige Nutzung handelt (VGE 639/93 vom 22. Dezember 1994, E. 1b). Für die Bewilligung von Wohnungen in der Industriezone rechtfertigt sich somit grundsätzlich eine restriktive Praxis.

4.1 Die Beschwerdeführerin ist Eigentümerin des in der Industriezone liegenden Grundstückes KTN ... Darauf steht ein Gebäude, das an der Westgrenze mit dem Gebäude auf der benachbarten Parzelle KTN ... zusammengebaut ist. Im östlichen Teil des Gebäudes auf KTN ... sind insgesamt fünf Betriebe eingemietet. Gemäss den Angaben der Beschwerdeführerin ist auf diesem Gebäudeteil bereits eine Wohnung für den Hausmeister aufgebaut. Der westliche Teil des Gebäudes auf KTN ... (der an das Gebäude auf KTN ... angebaut ist) ist zurzeit der D. AG vermietet. Die Beschwerdeführerin möchte nun an und auf diesem der D. AG vermieteten Gebäudeteil eine Wohnung für deren Betriebsinhaber, ein Studio für deren Geschäftsleiter sowie zusätzlich zwei Zimmer für deren technischen Leiter erstellen.

4.2 Die Beschwerdeführerin ist der Ansicht, dass die geplanten zusätzlichen Wohnräume an und auf dem von der D. AG genutzten Gebäudeteil bewilligt werden können, obschon auf dem westlichen Teil des Gebäudes bereits eine Wohnung für den Hausabwart vorhanden ist. Die Vorinstanz

C. 2.3

erachtet dagegen eine zweite Wohnung auf dem Gebäude auf KTN ... als nicht mehr rechtmässig. Es ist somit zu prüfen, ob diese Wohnräume gestützt auf Art. 47 Abs. 2 BauR bewilligt werden können. Dabei ist umstritten, wie die Ausnahmeregelung von Art. 47 Abs. 2 BauR auszulegen ist.

4.3 Gemäss dem Wortlaut von Art. 47 Abs. 2 BauR sind Wohnungen für betriebsnotwendig an den Standort gebundenes Personal und für Betriebsinhaber gestattet. Es stellt sich dabei die Frage, ob mit dieser Formulierung grundsätzlich zwei Wohnungen, d.h. eine Wohnung für das betriebsnotwendig an den Standort gebundene Personal sowie eine Wohnung für den Betriebsinhaber erstellt werden können.

4.3.1 Art. 47 Abs. 2 BauR der Gemeinde Wangen ist dahingehend auszulegen, dass Wohnungen in der Industriezone grundsätzlich nur für das betriebsnotwendig an den Standort gebundene Personal zulässig sind. Eine derartige Regelung, wonach in Industriezonen ausschliesslich standortgebundene bzw. betriebsnotwendige Wohnbauten zulässig sind, ist in zahlreichen kommunalen Baureglementen enthalten (Art. 44 Abs. 2 BauR Galgenen; Art. 43 Abs. 2 BauR Altendorf; Art. 22 Abs. 1 BauR Lachen; Art. 49 Abs. 2 BauR Ingenbohl; Art. 35 Abs. 1 BauR Arth; Art. 32 Abs. 2 BauR Schwyz). Gemäss Art. 47 Abs. 2 BauR der Gemeinde Wangen wird indes der Betriebsinhaber privilegiert, indem er von diesem Grundsatz abweichend selbst dann eine Wohnung bei seinem Betrieb erstellen kann, wenn eine solche unter dem Gesichtspunkt der Betriebsnotwendigkeit nicht erforderlich wäre.

4.3.2 Wurde dem Betriebsinhaber die Erstellung einer Wohnung bei seinem Betrieb bewilligt, so sind die Voraussetzungen für den Bau einer zusätzlichen Wohnung für das betriebsnotwendig an den Standort gebundene Personal nur in Ausnahmefällen erfüllt. In der Regel kann nämlich dann der Betriebsinhaber die entsprechenden Aufgaben erfüllen, für welche Personal am Standort des Betriebes notwendig wäre, so dass eine zusätzliche Wohnung für das betriebsnotwendig an den Standort gebundene Personal gar nicht mehr nötig ist.

Somit bleibt festzuhalten, dass trotz der Formulierung von Art. 47 Abs. 2 BauR nur entweder eine Wohnung für den Betriebsinhaber oder dann (so weit dies betriebsnotwendig ist) eine solche für Personal möglich ist.

4.4.1 Art. 47 Abs. 2 BauR geht vom Normalfall aus, wonach ein bestimmtes Gebäude in der Industriezone auch nur von einem einzigen Betrieb genutzt wird. Bei dieser Konstellation ist es gerechtfertigt, wenn für diesen einen Betrieb eine Wohnung für den Betriebsinhaber oder für das betriebsnotwendige Personal erstellt wird.

4.4.2 Anders zu beurteilen ist die Frage nach der Anzahl der in der Industriezone zulässigen Wohnungen dann, wenn in einem Gebäude verschiedene Betriebe eingemietet sind. Die vorliegend zu beurteilende Situation weicht vom geschilderten Normalfall erheblich ab, sind doch in dem auf

KTN ... liegenden Gebäude insgesamt sechs verschiedene Betriebe eingemietet. Es liegt auf der Hand, dass in diesem Fall nicht für jeden eingemieteten Betrieb eine Wohnung für den Betriebsinhaber oder das für diesen betriebsnotwendige Personal erstellt werden kann. Wäre für jeden noch so kleinen Betrieb eine Wohnung zulässig, könnten mit dieser Begründung zahlreiche Wohnungen in der Industriezone erstellt und diese damit zweckentfremdet werden. Eine grössere Zahl von Wohnungen in einer Industriezone mit hohen Immissionen ist unter wohnhygienischen Gründen kaum zu begrüssen. Zudem würde die ungehinderte Entfaltung der Betriebe, für welche die Industriezone ja gerade ist, durch diese Wohnungen in erheblichem Masse eingeschränkt.

4.4.3 Zusammenfassend bedeutet dies, dass für das Gebäude auf KTN ... lediglich eine einzige Wohnung erstellt werden kann, obschon in diesem Gebäude verschiedene Betriebe eingemietet sind. Aus den oben dargelegten Gründen gilt dies grundsätzlich selbst dann, wenn der von der D. AG gemietete Teil bau- und brandschutztechnisch vom restlichen Teil des Gebäudes auf KTN ... vollständig getrennt ist. (RRB Nr. 1004/2002 vom 13. August 2002).

2.4 Grenzüberschreitende Bauvorhaben

- *Anwendbares Recht und Bestimmung der zuständigen Behörden bei die Gemeindegrenzen überschreitenden Bauvorhaben (Erw. 5).*
- *Koordinationsfunktion der Aufsichtsbehörde (Erw. 6).*

Aus den Erwägungen:

5. Im konkreten Fall geht es um die Bewilligungsverlängerung für ein Kiesabbauvorhaben sowie die Wiederauffüllung und Rekultivierung des entsprechenden Gebietes (im Folgenden der Einfachheit halber: Abbauvorhaben), welches sich über das Gebiet der beiden Gemeinden Wangen und Tuggen erstreckt. Es ist deshalb vorab auch auf die Frage des anwendbaren Rechts sowie die Frage der Zuständigkeit der Gemeinwesen einzugehen.

5.1 Da Bundesrecht oder kantonales Recht gleichermassen unabhängig vom Gemeindegebiet gilt, ist die Frage des anwendbaren Rechts nur in Bezug auf das kommunale Recht zu prüfen. Nach dem Territorialitätsprinzip verlangt das öffentliche Recht an sich zwingend seine Anwendung auf dem Gebiet, das vom örtlichen Geltungsbereich erfasst wird. Dies legt es nahe, dass das Recht jener Gemeinde zur Anwendung gebracht wird, auf deren Gebiet ein bestimmter Teil einer Baute oder Anlage errichtet werden soll. Eine derartige Anwendung des Gemeinderechts auf dem Territorium der einzelnen betroffenen Gemeinde ist selbstverständlich nur möglich, wenn

C. 2.4

die Bau- oder Anlageteile klar zugeordnet werden können. Können Bau- oder Anlageteile nicht ohne weiteres dem Territorium der einen oder anderen Gemeinde zugerechnet werden, oder sind Gesamtauswirkungen zu beurteilen, so ist – soweit im kommunalen Recht Widersprüche bestehen – von einer angenäherten Mittellösung auszugehen (vgl. Imboden/Rhinow, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, 5. Aufl., Basel/Stuttgart 1976, Nr. 18/B/III/a). Stellt zudem das eine Recht strengere Anforderungen in verfahrensrechtlicher Hinsicht, so ist wohl insgesamt vom strengeren Recht auszugehen.

5.2 Die Frage, welche Gemeinde bei grenzüberschreitenden Bauvorhaben zuständige Baubewilligungsbehörde ist, ist im Gesetz nicht ausdrücklich geregelt. Offenbar finden die Gemeinden in diesen eher seltenen Fällen jeweils auf pragmatischem Wege eine Entscheidung. Am nahe liegendsten ist es, dass die Zuständigkeit dem anwendbaren materiellen Recht folgt, d.h., jeder Gemeinderat befindet in Anwendung des eigenen Rechts über den auf seinem Gemeindegebiet gelegenen Teil der Baute oder Anlage sowie im selben Umfang auch über allfällige Einsprachen, wobei eine vorgängige Verständigung bzw. Koordination zwischen den Behörden natürlich von Vorteil ist. Das Vorhaben ist dabei nur dann bewilligt, wenn die betroffenen Gemeinderäte, die je gesondert beschliessen, übereinstimmende Baubewilligungsbeschlüsse erlassen, welche zudem gleichzeitig und koordiniert eröffnet werden müssen. Auf jeden Fall dürfen sich Unklarheiten in der Kompetenzzuordnung nicht zum Nachteil des Bürgers auswirken (vgl. Christian Mäder, Das Baubewilligungsverfahren, Diss. Zürich 1991, N 131).

5.3 Nach dem Gesagten waren der GR Wangen und der GR Tuggen zwar zuständig, um über die Verlängerung der Abbaubewilligung, soweit das Abbauvorhaben ihr eigenes Gemeindegebiet betrifft, zu entscheiden. Hingegen waren sie örtlich nicht zuständig, in ihren Beschlüssen spezielle Anordnungen – insbesondere bezüglich der Erschliessung des Abbaugebietes – zu treffen, welche das Gemeindegebiet der benachbarten Gemeinde nachteilig betreffen. Insofern haben beide Gemeinden ihre Kompetenzen überschritten bzw. waren beide Gemeinden örtlich unzuständig; der GR Wangen, indem er die Errichtung einer Pfortneranlage vorschreibt, welche ab einem gewissen Zeitpunkt die Verlagerung des Lastwagenverkehrs auf das Gemeindegebiet Tuggen zur Folge hat, und der GR Tuggen, indem er vorschreibt, dass der Abbau, die Sanierung und die Rekultivierung der Kiesgruben Bachtellen und Rütihof ausschliesslich über Nuolen zu erfolgen habe. Das Gleiche trifft in Bezug auf die Festlegung der Dauer der Bewilligungsverlängerung zu. Der GR Wangen hat die Abbaubewilligung auf dem Gebiet Wangen nur bis zum 31. Dezember 2010 verlängert, was unweigerlich Auswirkungen auf das Abbaugebiet in Tuggen hat und damit einen Eingriff in den Hoheitsbereich der Gemeinde Tuggen darstellt. Der GR Tuggen ordnet, sogar auf beide Gemeindegebiete bezogen, eine Bewil-

ligungsverlängerung bis Ende 2020 an, womit offensichtlich in den Hoheitsbereich der Gemeinde Wangen eingegriffen wird.

Die örtliche Unzuständigkeit bildet in der Regel keinen Nichtigkeits-, sondern lediglich einen Anfechtungsgrund. Nichtigkeit wird dagegen dann angenommen, wenn eine Behörde in den Hoheitsbereich einer anderen eingreift und deren Entscheid deswegen keine Wirkung zeitigen kann (vgl. Attilio R. Gadola, Das verwaltungsinterne Beschwerdeverfahren, Diss. Zürich 1991, S. 185; Kölz/Bosshart/Röhl, Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 2. Aufl., Zürich 1999). Letzteres könnte mit Bezug auf den vorliegenden Fall angenommen werden. Unabhängig von der Frage, ob Nichtigkeit oder blosser Anfechtbarkeit vorliegt, sind die entsprechenden Anordnungen der beiden Gemeinderäte betreffend Erschliessung sowie Verlängerungsdauer, welche sich widersprechen, fehl am Platz, zumal unter den konkreten Umständen nur ein gemeinsamer, koordinierter und gleich lautender Entscheid beider Gemeinderäte zu einem vernünftigen Ergebnis führen kann. Somit sind Dispositivziffer 1 Abs. 1 betreffend Verlängerungsdauer und Dispositivziffer 1.2 betreffend Pflörtneranlage und Zeitraum der Wiederauffüllung des angefochtenen Beschlusses des GR Wangen sowie Dispositivziffer 2 betreffend Verlängerungsdauer und Dispositivziffer 2.1 (Erschliessung) des angefochtenen Beschlusses des GR Tuggen – diese aufsichtsrechtlich – aufzuheben.

6. Dass die Abbaubewilligung der KIBAG verlängert werden soll, darüber sind sich die Parteien einig. Unterschiedliche Ansichten bestehen jedoch insbesondere bezüglich der künftigen Erschliessung des Abbaugebietes sowie bezüglich der Verlängerungsdauer der Abbaubewilligung. Die teilweise Aufhebung der angefochtenen Beschlüsse bzw. der Anordnungen zur Erschliessung, bzw. das Nichteintreten auf zwei der vier Beschwerden hilft insgesamt nicht weiter. Der KIBAG als Bauherrin soll nämlich durch den Kompetenzkonflikt und die ganze verworrene Situation letztlich kein Nachteil entstehen (vgl. Mäder, a.a.O., N 131). Es liegt deshalb am Regierungsrat als Aufsichtsbehörde über die Bezirke und Gemeinden (soweit dies nicht im Rahmen des Verfahrens I möglich ist), den Weg für eine vernünftige Lösung zu ebnen. (...)

(RRB Nr. 367/2002 vom 12. März 2002).

2.5 Kleintierstall in der Wohnzone

- *Bedeutung und Zulässigkeit von Immissionsvorschriften im kommunalen Recht (Erw. 4).*
- *Tierhaltung gilt in der Wohnzone als zonengerecht, soweit von den Tieren keine störenden Immissionen verursacht werden. Zugelassen ist in der Regel das Halten von Hunden, Katzen, Kanarienvögeln, Meerschweinchen, Hamstern und Goldfischen, nicht jedoch von Ziegen und Ziegenböcken sowie Hühnern und Hähnen (Erw. 5.1–5.7).*

C. 2.5

- *Autonomie der Gemeinde (Erw. 5.8).*
- *Anspruch auf Gleichbehandlung im Verhältnis zu einer anderen Gemeinde (Erw. 5.9).*

Aus den Erwägungen:

2. Auf dem Grundstück KTN 1497 (Fläche 80 m²) der Wohnzone W2 der Gemeinde X. hat die Beschwerdeführerin formell widerrechtlich (d.h. ohne Baubewilligung) einen Kleintierstall errichtet. Sie hält darin derzeit zumindest eine Zwergziege, einen Zwergziegenbock und ausserdem zwei Hühner und einen Hahn.

3. Mit dem eingereichten Baubewilligungsgesuch wird nicht um eine nachträgliche Baubewilligung für den bestehenden, widerrechtlich erstellten Kleintierstall ersucht, sondern es soll auf dem Baugrundstück unmittelbar an der Grenze zur Liegenschaft KTN 1496 ein neuer Kleintierstall mit der Breite von 2 m, der Länge von 5 m sowie einer Gebäudehöhe von 2.30 m und einer Firsthöhe von 3.80 m errichtet werden, der die widerrechtliche Baute ersetzen soll. Die Vorinstanz hat im angefochtenen Gemeinderatsbeschluss diese Baubewilligung mangels Zonenkonformität verweigert. Die Vorinstanz hält insbesondere die Geruchs- und Lärmimmissionen der Tiere für unzumutbar.

4. Der Schutz der Menschen vor schädlichen oder lästigen Einwirkungen wird vom Bundesgesetz über den Umweltschutz vom 7. Oktober 1983 (USG; SR 814.01) geregelt (Art. 1 Abs. 1 USG). Mit dem Inkrafttreten der Umweltschutzgesetzgebung des Bundes hat das kantonale Recht seine selbstständige Bedeutung verloren, soweit sich sein materieller Gehalt mit dem Bundesrecht deckt oder weniger weit geht als dieses; es hat sie dort behalten, wo es die bundesrechtlichen Normen ergänzt oder – soweit erlaubt – verschärft (Art. 65 USG). In diesem Sinne haben kantonale oder kommunale immissionsbeschränkende Nutzungsvorschriften weitgehend ihre selbstständige Bedeutung verloren. Soweit jedoch Bau- und Zonenvorschriften festlegen, ob aus raumplanerischen Gründen eine bestimmte Nutzung bzw. ein bestimmtes Bauvorhaben in einer gewissen Zone zulässig ist, haben das kantonale und kommunale Recht weiterhin selbstständige Bedeutung. So hat das Bundesgericht festgestellt, dass die für den Charakter eines Quartiers wesentlichen Vorschriften bezüglich Nutzungsart und -intensität weiterhin auf Stufe Kanton und Gemeinden geregelt werden können, wobei diese Vorschriften mittelbar ebenfalls dem Schutze der Nachbarschaft vor Übelständen verschiedenster Art dienen. So können etwa Bauten und Betriebe, die mit dem Charakter einer Wohnzone unvereinbar sind, untersagt werden, auch wenn allfällige Emissionen, zu denen sie führen, bundesrechtliche Schranken nicht überschreiten, sofern die Unzulässigkeit nicht einzig z.B. mit der konkreten Lärmbelästigung begründet wird. Auch erfasst das Umweltschutzrecht des Bundes nicht alle denkbaren Auswirkungen, die eine Baute oder Anlage mit sich bringt, so z.B. die sog.

Sekundärmissionen wie Gefährdung von Fussgängern, Parkprobleme, Nachtruhestörungen usw. (RRB Nr. 650 vom 4. April 1995, Erw. 2a; BGE 118 Ia 114f. mit Hinweisen; BVR 1994, S. 232 mit Hinweisen; Aldo Zaugg, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern vom 9. Juni 1985, Bern 1995, N 9 Art. 24; EGV-SZ 1996, Nr. 52, Erw. 5a).

5. Das Bauvorhaben ist somit unter dem planungs- und baurechtlichen Blickwinkel zu prüfen. Es ist mit anderen Worten eine funktionelle Prüfung der Zonenverträglichkeit des geplanten Kleintierstalles in der Wohnzone W2 der Gemeinde X. vorzunehmen. Die Vorinstanz hat die Baubewilligung mit dem Argument der mangelnden Zonenkonformität verweigert. Dem hält die Beschwerdeführerin im Wesentlichen entgegen, dass die hobby-mässige Tierhaltung mit dem Zweck der Wohnzone nach Lehre und Rechtsprechung durchaus vereinbar sei.

5.1 Bauten und Anlagen dürfen nur mit behördlicher Bewilligung errichtet oder geändert werden. Voraussetzung einer Bewilligung ist, dass die Bauten und Anlagen dem Zweck der Nutzungszone entsprechen (Art. 22 Abs. 1 und 2 Bst. a des Bundesgesetzes über die Raumplanung vom 22. Juni 1979, RPG, SR 700). Nach Art. 90 Abs. 1 Baureglement der Gemeinde X. (BauR) sollen in der Wohnzone ruhige und gesunde Wohnverhältnisse gewährleistet werden. Es sind nur nichtstörende Dienstleistungs- und Gewerbebetriebe zugelassen. In der Wohnzone 2 Geschosse (W2) sind allein stehende Ein- und Zweifamilienhäuser mit Klein- und Einliegerwohnungen sowie zusammengebaute Einfamilienhäuser gestattet (Art. 90 Abs. 2 Bst. b BauR). Bauten und Anlagen sind so auszuführen, anzupassen und zu unterhalten, dass sie so wenig Lärm, Dünste, Gerüche, Erschütterungen und andere Emissionen erzeugen, wie dies technisch und betrieblich möglich und wirtschaftlich tragbar ist (§ 55 Abs. 1 Planungs- und Baugesetz vom 14. Mai 1987, PBG, SRSZ 400.100; Art. 36 Abs. 1 BauR). Die Baubewilligung ist zu verweigern, wenn der bestimmungsgemässe Gebrauch einer Baute oder Anlage für die Nachbarschaft nach Lage und Ortsgebrauch übermässige Einwirkungen zu Folge hätte (§ 55 Abs. 2 PBG; Art. 36 Abs. 2 BauR). Erstrangige Voraussetzung der Erteilung einer Baubewilligung ist, dass die Bauten und Anlagen dem Zweck der Nutzungszone, in der sie sich befinden, entsprechen. Es ist Sache des kantonalen und kommunalen Rechts, die in den einzelnen Zonen zugelassenen Nutzungen zu umschreiben (Alexander Ruch, Kommentar zum Bundesgesetz über die Raumplanung, Zürich 1999, N 70 zu Art. 22). Unabhängig von bundesrechtlichen Lärmschutznormen können die Kantone und Gemeinden störende Gewerbe in Wohnzonen nach ortsplannerischen Gesichtspunkten für zulässig bzw. unzulässig erklären (Ruch, a.a.O., N 75 zu Art. 22; Leo Schürmann/Peter Hänni, Planungs- und Baurecht und besonderes Umweltschutzrecht, Bern 1995, S. 137; Walter Haller/Peter Karlen, Raumplanungs-, Bau- und Umweltrecht, Band I, Zürich 1999, N 551). Dabei kommt es für die Beurteilung der Zulässigkeit einer Nutzung nicht darauf an, ob im konkreten Fall

C. 2.5

tatsächlich Immissionen verursacht werden, sondern darauf, ob mit der betreffenden Nutzung typischerweise Belästigungen verbunden sind, die über das hinausgehen, was normalerweise mit dem Wohnen verbunden ist. Abzustellen ist mithin auf eine abstrakte Immissionsbeurteilung, auf durchschnittlich objektivierte Bedingungen. Hingegen ist unerheblich, ob sich die fragliche Nutzung im konkreten Fall störend auswirken würde (ZBI 2000, S. 425 mit weiteren Hinweisen).

5.2 Tierhaltung gilt in der Wohnzone so lange als zonengerecht, als von den Tieren keine störenden Immissionen verursacht werden (Schürmann/Hänni, a.a.O., S. 138; Zaugg, a.a.O., N 31c zu Art. 24). Die Wohnnutzung besteht in erster Linie aus Erholung, Schlafen, Heimarbeit, Essen, Freizeitgestaltung usw. und bedingt eine Umgebung, die möglichst frei ist von Lärm, Gerüchen und anderen, das übliche, durch das Wohnen selbst bedingte Mass übersteigenden Immissionen. Diese Anforderungen bestehen vor allem ausserhalb, in etwas vermindertem Umfang aber auch während der Arbeitszeit (Erich Zimmerlin, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Aargau, Aargau 1985, S. 306).

5.3 Vorliegend will die Beschwerdeführerin einen Kleintierstall für die Haltung von Zwergziegen und Hühnern errichten. Tierställe, auch Kleintierställe dienen offensichtlich nicht unmittelbar der Wohnnutzung. Sie gehören demnach grundsätzlich nicht in die Wohnzone, denn jede Tierhaltung, die ein minimales Ausmass übersteigt, bringt unweigerlich unerwünschte Immissionen wie Lärm, üble Gerüche usw. mit sich und ist daher mit dem eigentlichen Zweck der Wohnzone nur in sehr beschränktem Ausmass vereinbar. Im Gefolge dieser Tierhaltung treten auch vermehrt Ungeziefer wie Fliegen, Mücken usw. auf, was zu einer zusätzlichen Belästigung der Nachbarn führt und auch deren Gesundheit latent gefährdet. Die von der Vorinstanz mit der Verweigerung der Baubewilligung zum Ausdruck gebrachten Bedenken sind im Ergebnis nicht von der Hand zu weisen. Entscheidend sind die raumplanerischen Intentionen der Vorinstanz: Würden viele (im Extremfall alle) Grundstückseigentümer in der Wohnzone Kleintierställe errichten, um darin hobbymässig Nutztiere – wie Ziegen, Schafe, Kühe, Schweine, Hühner, Gänse usw. – zu halten, so veränderte sich der Charakter der Wohnzone in grundlegender Weise. Das Recht, Tiere in diesem Umfang zu halten, müsste aus Gründen der Rechtsgleichheit aber allen Grundstückseigentümern im gleichen Umfang zugestanden werden, wenn die Vorinstanz hierfür in einem Fall eine Bewilligung erteilte. Die Wohnzone verkäme bei einer solchen Entwicklung allmählich immer mehr zu einer Kleintierlandwirtschaftszone, was aus raumplanerischen Gründen gerade nicht erwünscht ist. Sollen solche Kleintierställe und die damit einhergehende hobbymässige Tierhaltung im anbegehrten Umfang generell zugelassen werden, so müsste planungsrechtlich eine entsprechende Spezialzone (Tierhaltungszone) vom Gesetzgeber ausgeschieden werden. Dort wäre der geplante Kleintierstall sodann zonenkonform.

5.4 Die hobbymässige Haltung von Haustieren – wie Hunde, Katzen, Kanarienvögel, Meerschweinchen, Hamster oder Goldfische – verursacht zumeist nur sehr geringfügige Emissionen und ist mit der Wohnnutzung deshalb grundsätzlich vereinbar. Schlaf, Erholung und Wohlbefinden der Nachbarn werden dadurch praktisch nicht beeinträchtigt. Für diese Tiere werden denn in der Regel auch keine speziellen Kleintierställe oder Bauten benötigt, deren Errichtung eine Baubewilligung voraussetzen würde. Vielmehr teilen sich diese Tiere den Wohnraum mit ihren Besitzern. Zwar erscheint die Unterscheidung Haustier/Nutztier grundsätzlich als wenig zweckmässig (Zaugg, a.a.O., N 31c zu Art. 24), dennoch gehen von eigentlichen Haustieren, wie sie vorstehend aufgezählt werden, in der Regel deutlich geringere Immissionen auf die Nachbargrundstücke aus als von eigentlichen Nutztieren. Der Eindruck von Landwirtschaft entsteht zudem erst bei der Haltung von (mehreren) Nutztieren auf einem separaten Grundstück, nicht aber bei der üblichen Haustierhaltung. Nutztiere werden (bzw. müssen) zudem, wie das vorliegende Beispiel zeigt, auch in grösserer Anzahl gehalten (werden) als Haustiere, denn es handelt sich zum Teil um Herdentiere.

5.5 Die Beschwerdeführerin hält nach eigenen Angaben im illegal errichteten Stall zurzeit eine Zwergziege und einen Zwergziegenbock sowie zwei Hühner und einen Hahn. Die Beschwerdegegner 4 teilten demgegenüber mit Schreiben vom 13. März 2002 mit, es würden auf dem fraglichen Grundstück bereits vier Ziegen gehalten.

Gemäss dem Parteigutachten von Dr. W. vom 26. Dezember 2001, welches die Beschwerdeführerin eingereicht hat, sind Zwergziegen eine Unterart der Milchziegen. Dabei gehören insbesondere die Zwergziegenböcke zu den Rassen mit besonders starkem Geruch, wobei ein älterer Ziegenbock einen stärkeren Geruch verbreitet. Da Zwergziegen Herdentiere sind, sollen sie immer in Gruppen von mindestens zwei Tieren gehalten werden. Wird ein Zwergziegenbock mit einer Zwergziege zusammen in einem Gehege gehalten, so kann es zu Rankkämpfen kommen. Die Tiere benötigen einen minimalen Auslauf von 10 m² pro Tier, und es muss ihnen immer frisches Wasser zur Verfügung stehen. Pro Zwergziege fällt zudem täglich bis zu 2 kg Mist an, sodass ein vorschriftsgemäss angelegter Misthaufen bestehen muss. Zurzeit der Deckbereitschaft geben vor allem weibliche Tiere Lautäusserungen als Lockruf von sich. Insbesondere die Feststellung im Gutachten, dass Zwergziegen und insbesondere Zwergziegenböcke einen starken Geruch verbreiten, ist allgemein bekannt. Auch deswegen braucht kein Augenschein durchgeführt zu werden.

5.6 Die Haltung von mindestens einem Zwergziegenbock, einer Zwergziege, zwei Hühnern und einem Hahn auf KTN 1497 verursacht offensichtlich beträchtliche Immissionen auf die Nachbargrundstücke. Mit dieser Art der Grundstücksnutzung, d.h. mit der Errichtung eines Kleintierstalles bzw. mit der zugehörigen Tierhaltung sind typischerweise Belästigungen ver-

C. 2.5

bunden, die weit über das hinausgehen, was normalerweise mit der Haltung von Haustieren und mithin dem Wohnen mittelbar verbunden ist. Hält jemand einen Hund oder eine Katze, so werden die Nachbarn dadurch meistens nur in sehr geringfügiger Weise belästigt. Anders verhält es sich freilich im vorliegenden Fall: Die hobbymässige Haltung eines Zwergziegenbockes und einer Zwergziege erreicht, was die Belästigung der Nachbarn anbelangt, ein viel stärkeres Ausmass, zumal bei der Haltung von Ziegen, da es sich um Herdentiere handelt, immer mindestens zwei, besser noch mehr Exemplare angeschafft werden müssen. Zur Geruchsbelästigung durch die Zwergziegen hält das Parteigutachten von Dr. W. ausdrücklich fest: «Wie oben beschrieben, ist die Geruchsemission von vielen verschiedenen Faktoren abhängig und wird individuell als subjektive Empfindung von jedem Menschen unterschiedlich wahrgenommen und mehr oder weniger unangenehm empfunden. Sie variiert von wenigen Metern bei kleiner Anzahl weiblicher oder kastrierter männlicher Tiere bis zu mehreren hundert Metern bei einem sexuell aktiven Bock in der Brunst mit Windunterstützung.» Einerseits steht damit fest, dass diese Geruchsbelästigung von allen Menschen als unangenehm empfunden wird und dass sie somit nicht lediglich der subjektiven Empfindlichkeit der Beschwerdegegner zuzuschreiben ist. Andererseits ist offensichtlich, dass die intensive Geruchsbelästigung über mehrere hundert Meter hinweg durch den auf dem Grundstück KTN 1497 gehaltenen, nicht kastrierten Ziegenbock innerhalb einer eng überbauten Wohnzone für die Bewohner des Quartiers unzumutbar ist. Hinzu kommt im vorliegenden Fall auch noch die Lärmbelästigung durch das Hahnengeschrei, welches das für die Nachbarn tolerierbare Mass an Belästigung ebenfalls überschreitet. Dies alles ist in einer Wohnzone W2, wo Dünste, Gerüche, Lärm usw. so gering als möglich zu halten sind, nicht zonenkonform. Zu Recht hat die Vorinstanz daher dem Bauvorhaben die Zonenkonformität abgesprochen und die Baubewilligung für die neue Stallbaute bzw. die nachträgliche Baubewilligung für die widerrechtlich errichtete Baute verweigert.

5.7.1 Die Beschwerdeführerin macht schliesslich geltend, die Vorinstanz habe unverhältnismässig entschieden, denn sie habe die Erteilung der Baubewilligung mit Auflagen und Bedingungen nicht genügend geprüft. Als Auflagen baulicher und betrieblicher Art käme die Beschränkung der Anzahl Zwergziegen, das Verbot des Haltens unkastrierter Ziegenböcke und die Anordnung einer sauberen und trockenen Haltung der Tiere in Frage. Mit Bezug auf die Haltung des Hahnes wird eine Auflage vorgeschlagen, nach welcher der Hahn nur während bestimmter Zeiten im Freien gehalten werden dürfte.

5.7.2 Zunächst liesse sich mit den von der Beschwerdeführerin vorgeschlagenen Massnahmen nicht verhindern, dass sich der Charakter der Wohnzone mit dem Bau von Kleintierställen grundsätzlich ändern würde, wenn viele Grundstückseigentümer beginnen würden, Kleintierställe zu

bauen, um darin Nutztiere zu halten. Diesem raumplanungsrechtlichen Zielkonflikt kann nur mittels Ausscheidung einer speziellen Nutzungszone angemessen Rechnung getragen werden (vgl. vorstehend Erw. 5.3). Auflagen und Bedingungen bei einem konkreten Bauprojekt vermögen diesfalls nicht zu genügen. Bedingungen und Auflagen müssen in einem engen sachlichen Zusammenhang mit dem Bauvorhaben stehen, verhältnismässig und durchsetzbar sein (Zaugg, a.a.O., N 15 zu Art. 38/39). In höchstem Masse fraglich ist daher, ob die Baubewilligung für einen Kleintierstall überhaupt mit dermassen weit reichenden, nicht unmittelbar mit der Baute selbst zusammenhängenden Auflagen oder Bedingungen verbunden werden dürfte, was die Tierhaltung anbelangt. Selbst eine Redimensionierung des Bauprojekts würde vorliegend nicht ausreichen. Seitens der Beschwerdeführerin bedürfte es hierfür zudem einer Projektänderung. Eine solche hat die Beschwerdeführerin bis heute jedoch nicht eingereicht. Ferner wären die Auflagen oder Bedingungen, wie sie die Beschwerdeführerin vorschlägt, in der Praxis nur sehr schwer durchsetzbar, nachdem der Kleintierstall einmal errichtet worden ist. Diese Frage braucht hier jedoch nicht abschliessend geklärt zu werden, denn massgebend für die Beurteilung ist die Tierhaltung so, wie sie heute im illegal errichteten Stall bereits besteht. Es ist denn auch in erster Linie Sache eines Baugesuchstellers, ein Baugesuch einzureichen, das in allen Belangen den gesetzlichen Vorgaben entspricht.

5.8 Hinzu kommt weiter, dass der Vorinstanz bei der Auslegung des kommunalen Baureglements eine gewisse Autonomie zukommt, die im Verwaltungsbeschwerdeverfahren gesetzlichen Schutz genießt (§ 46 Abs. 2 VRP; EGV-SZ 1996, Nr. 52, Erw. 5c). Auf diesen Autonomiebereich kann sich die Vorinstanz selbstverständlich auch dann berufen, wenn sie teilweise die Bestimmungen des kantonalen Musterbaureglements in ihr eigenes kommunales Baureglement übernommen haben sollte, ändert dieser Umstand doch nichts daran, dass es sich um ein geltendes kommunales Baureglement handelt. Darüber hinaus auferlegt sich der Regierungsrat praxisgemäss in Fällen, bei denen die Vorinstanz in fachlicher, sachlicher oder örtlicher Beziehung näher beim zu regelnden Sachverhalt steht, generell eine gewisse Zurückhaltung (EGV-SZ 1992, Nr. 51, Erw. 3 b). Die Vorinstanz kann die Situation vor Ort zweifellos besser beurteilen als der Regierungsrat in seiner Funktion als Rechtsmittelinstanz.

5.9 Aus dem Umstand, dass in der Nachbargemeinde Y. die Haltung von zwei Pferden in der Landhauszone vom Gemeinderat für zonenkonform erachtet wurde (VGE 586/95 vom 20. Juli 1995), kann die Beschwerdeführerin nichts zu ihren Gunsten ableiten. Auf den Grundsatz der Gleichbehandlung könnte sich die Beschwerdeführerin selbst dann nicht berufen, wenn die Vorinstanz die Haltung zweier Pferde in der Wohnzone bewilligt hätte. Dies trifft jedoch nicht zu. Der Gleichbehandlungsgrundsatz gelangt im Verhältnis zu einer Nachbargemeinde bei der Anwendung eines kommunalen Reglements gerade nicht zur Anwendung. (RRB Nr. 895/2002 vom 2. Juli 2002).

2.6 Ausnahmegewilligungen ausserhalb der Bauzonen

Leitsätze zu Rechtsmittelentscheiden, in welchen Ausnahmegewilligungen nach Art. 24ff. des Bundesgesetzes über die Raumplanung für Bauvorhaben im Kanton Schwyz beurteilt worden sind: *Bestehende Bauten ausserhalb der Bauzone (Ziff. 1); Zonenkonformität (Ziff. 2); Standortgebundenheit (Ziff. 3,4); Wiederherstellung (Ziff. 5).*

1. Die Überdachung einer bisher offenen Pergola führt dazu, dass die betreffende Fläche zur Nutzfläche hinzugerechnet werden muss. Da das zulässige Maximalmass bereits aufgrund früherer Erweiterungen ausgeschöpft ist, kann die Bewilligung nicht erteilt werden (RRB Nr. 896 vom 2. Juli 2002).
2. Eine landwirtschaftliche Bodenverbesserung ist grundsätzlich zonenkonform. Der ohne Bewilligung vorgenommenen Uferverbauung stehen jedoch überwiegende Interessen der Gewässerökologie und des Hochwasserschutzes entgegen (RRB Nr. 1634 vom 17. Dezember 2002).
3. Die Voraussetzungen für eine Ausnahmegewilligung und die Bewilligung einer Rodung für eine neue Schiessanlage im Wald liegen nicht vor (RRB Nr. 789 vom 18. Juni 2002).
4. Die Anlage einer Langlaufloipe ist standortgebunden. Entgegenstehende Interessen des Naturschutzes (Wildeinstandsgebiet und Habitat von seltenen Vogelarten) sprechen gegen die Erteilung einer Ausnahmegewilligung (RRB Nr. 1126 vom 10. September 2002).
5. Eine unzulässige Erweiterung der Nutzungsfläche um 175 m² stellt keine geringfügige Missachtung der gesetzlichen Vorschriften mehr dar. Das Interesse an der Wiederherstellung ist entsprechend stark zu gewichten. Die entgegenstehenden Vermögensinteressen wiegen nicht leicht, doch werden sie von den öffentlichen, für den Abbruch und die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes sprechenden Interessen bei weitem übertroffen. Der Beschwerdeführer hat mit dem umstrittenen Kellerbau eines der wichtigsten Prinzipien des Raumplanungsrechtes verletzt, nämlich den Grundsatz der Trennung zwischen Baugebiet und Nichtbaugebiet. Mit den vorgeschlagenen Massnahmen (Zumauern, Ausschäumen des Raums) ist nicht gewährleistet, dass der Keller im Nachhinein nicht doch einer rechtswidrigen Nutzung zugeführt wird. Insbesondere kann auch hinter zugemauerten Wänden ein Boden eingezo-gen werden, ohne dass die Behörde etwas davon merkt. Die vom Beschwerdeführer bevorzugten Lösungen würden eine ständige baupolizeiliche Kontrolle bedingen, um sicherzustellen, dass die widerrechtliche Nutzung des diesfalls noch immer vorhandenen Raumes unterbleibt. Das einzig geeignete Mittel, um dem rechtswidrigen Zustand wirkungsvoll ein Ende zu setzen, ist der Abbruch (BGE 1A. 119/2002 vom 26. September 2002).

7. Sozialwesen

7.1 Wohnsitz von Jugendlichen

- *Aufsichtsbefugnisse des Regierungsrates im Bereiche der Sozialhilfe (Erw. 1).*
- *Unterstützungswohnsitz eines unter elterlicher Sorge stehenden Jugendlichen (Erw. 2).*

Aus dem Sachverhalt:

A. A., geboren 29. April 1985, stand unter der elterlichen Sorge seines Vaters, wohnhaft in X. Mit Beschluss vom 25. Januar 2001 übertrug die Vormundschaftsbehörde X. in Anwendung von Art. 134 Abs. 3 ZGB die elterliche Sorge für A. an dessen Mutter, wohnhaft in der Gemeinde Y. Nach Eintritt der Rechtskraft des Beschlusses wurden die Schriften von A. am 15. Februar 2001 an die Gemeinde Y. weitergeleitet. Mit Verfügung vom 20. Februar 2001 der Vormundschaftspräsidentin der Vormundschaftsbehörde X. wurde A. gestützt auf Art. 310 Abs. 2 ZGB zur Pflege, Erziehung und Ausbildung für die Dauer der sozialen Notwendigkeit im Jugendheim Z. untergebracht. Der Heimeintritt erfolgte am 21. Februar 2001. Mitte Mai 2001 trat A. aus dem Jugendheim Z. aus.

B. Mit Beschluss vom 23. April 2001 genehmigte die Vormundschaftsbehörde X. die präsidial erlassene Verfügung. Gleichzeitig übertrug sie die am 8. November 2000 für A. nach Massgabe von Art. 308 ZGB errichtete Erziehungsbeistandschaft zur Weiterführung an die Vormundschaftsbehörde Y. Mit Beschluss vom 1. Mai 2001 übernahm die Vormundschaftsbehörde Y. die Erziehungsbeistandschaft für A.

C. Am 20. September 2001 fasste die Fürsorgebehörde X. den Beschluss, die Kostenübernahme durch die Gemeinde X. für den Heimaufenthalt von A. im Jugendheim Z. von Februar bis Mai 2001 abzulehnen. Das Kostengutsprache gesuch des Jugendheims Z. werde zuständigkeitshalber zur Weiterbearbeitung an die Vormundschaftsbehörde Y. retourniert.

D. Gegen diesen Beschluss der Fürsorgebehörde X. erhob die Fürsorgebehörde Y. Aufsichtsbeschwerde beim Regierungsrat.

Aus den Erwägungen:

1.1 Weder die Verordnung über die Verwaltungsrechtspflege vom 6. Juni 1974 (VRP, SRSZ 234.110) noch ein anderer Erlass regeln den Rechtsbehelf der Aufsichtsbeschwerde ausdrücklich. Es entspricht indessen allgemein anerkannter Auffassung, dass jedermann eine Aufsichtsbehörde angehen kann, wenn eine untergeordnete Behörde pflichtwidrig handelt oder untätig ist.

C. 7.1

1.1.1 Die Fürsorgebehörde X. ist unter Hinweis auf § 2 Abs. 2 des Gesetzes über die Sozialhilfe vom 18. Mai 1983 (ShG, SRSZ 380.100) der Ansicht, dass der Regierungsrat nicht Aufsichtsbehörde im Bereich der öffentlichen Sozialhilfe der Gemeinden sei, sondern dass diese Aufgabe dem zuständigen Departement obliege. Der Regierungsrat übe nur die Oberaufsicht aus. Aufgrund dieser Rechtslage bestehe für den Regierungsrat kein Raum, die Aufsichtsbeschwerde an die Hand zu nehmen beziehungsweise ihr Folge zu leisten.

1.1.2 Der Regierungsrat hatte sich erst vor kurzem in einem Beschwerdeverfahren mit der Tragweite von § 2 Abs. 2 ShG zu befassen (RRB Nr. 236/2002 vom 19. Februar 2002). Er ging dabei davon aus, dass nach § 53 der Verfassung des eidgenössischen Standes Schwyz vom 23. Oktober 1898 (SRSZ 100.000) der Regierungsrat die Aufsicht über die Verwaltung der Bezirke und Gemeinden ausübe. Eine gleichlautende Zuständigkeitsnorm enthalte § 88 Abs. 1 des Gesetzes über die Organisation der Gemeinden und Bezirke vom 29. Oktober 1969 (SRSZ 152.100, GOG). Nach § 88 Abs. 2 GOG sei es denn auch Sache des Regierungsrates, die ihm nötig scheinenden Weisungen an die Gemeinde- und Bezirksräte über den richtigen Vollzug von Rechtssätzen des Bundes und des Kantons zu erlassen und für den Vollzug seiner Verfügungen zu sorgen. Dem Regierungsrat sei es zwar unbenommen, die Aufsichtstätigkeit untergeordneten Stellen zu delegieren. Hievon habe er in § 5 lit. c der Vollzugsverordnung über die Aufgaben und die Gliederung der Departemente und der Staatskanzlei vom 16. Juni 1992 (SRSZ 143.111) Gebrauch gemacht und die Aufgabe der Aufsicht über die Gemeinden dem Justizdepartement übertragen. Dem Justizdepartement und den anderen beauftragten Departementen komme jedoch keine Kompetenz zur Sacherledigung zu. Soweit ein aufsichtsrechtliches Einschreiten als notwendig erachtet werde, habe die Vorbereitungsbehörde dem Regierungsrat Antrag zu stellen. Anders verhalte es sich nur, wenn einem Departement in einem Rechtserlass ausdrücklich aufsichtsrechtliche Kompetenzen erteilt würden (Adrian Kennel, Die Autonomie der Gemeinden und Bezirke im Kanton Schwyz, Zürich 1989, S. 316). § 10 Bst. a ShG räume indessen dem Departement des Innern keine umfassende Aufsichtskompetenz ein. Vielmehr sei das Departement des Innern nach § 2 Abs. 2 Vollziehungsverordnung zum Gesetz über die Sozialhilfe vom 30. Oktober 1984 (ShV, SRSZ 380.111) lediglich befugt, administrative Weisungen und Richtlinien über den Vollzug des Gesetzes zu erlassen. Weitergehende aufsichtsrechtliche Interventionsmittel stünden dem Departement nicht zu. Auf diesem Hintergrund ist der Regierungsrat im Bereich der Sozialhilfe durchaus zur Behandlung einer Aufsichtsbeschwerde zuständig.

1.1.3 Gemäss § 37 ShG kann überdies gegen Verfügungen der Fürsorgebehörde Beschwerde an den Regierungsrat erhoben werden. § 9 Abs. 1 ShG bestimmt zudem, dass der Regierungsrat die Oberaufsicht über die öffentliche Sozialhilfe ausübt. Da vorliegend die Aufsichtsbeschwerde statt

der grundsätzlich zulässigen Verwaltungsbeschwerde an den Regierungsrat erhoben worden ist, erweist es sich als nahe liegend, dass der Regierungsrat die vorliegende Anzeige behandelt (vgl. auch Alfred Kölz/Jürg Bosshart/Martin Röhl, Kommentar zur Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 2. Aufl., Zürich 1999, N 37 zu Vorbemerkungen zu den §§ 19–28 VRG-ZH, wonach eine Aufsichtsbeschwerde auch an eine übergeordnete Aufsichtsinstanz gerichtet werden kann.).

1.2.1 Der Regierungsrat sieht sich regelmässig nur dann zu einem aufsichtsrechtlichen Einschreiten veranlasst, wenn das Verhalten der Behörde, das beanstandet wird, qualifiziert rechtswidrig ist, was dann zutrifft, wenn klares Recht, wesentliche Verfahrensvorschriften oder öffentliche Interessen offensichtlich missachtet worden sind (vgl. EGV-SZ 1986, S. 112).

Als selbstverständlich erweist sich, dass der Regierungsrat in jenen Fällen keine Veranlassung hat, aufsichtsrechtlich einzuschreiten, in denen ein ordentliches Rechtsmittel zur Verfügung steht.

1.2.2 Vorliegend stellt sich zunächst die Frage, ob die Anordnung der Fürsorgebehörde X. nicht mittels Verwaltungsbeschwerde hätte angefochten werden können (§ 37 ShG). Ein zulässiges Anfechtungsobjekt ist auf alle Fälle vorhanden. Auf eine Beschwerde von A. bzw. der Inhaberin der elterlichen Sorge wäre ohne weiteres einzutreten. Zur Beschwerdeführung zugelassen wäre nach der Praxis des Regierungsrates auch der Träger der sozialen Einrichtung, der um Kostenübernahme ersucht hat (RRB Nr. 849 vom 25. Juni 2002). Zugelassen hat der Regierungsrat ferner die Beschwerde einer Fürsorgebehörde gegen eine Anordnung des Departementes des Innern, in welcher die Gemeinde zu bestimmten Leistungen verpflichtet worden ist (RRB Nr. 850 vom 25. Juni 2002). Nicht eingetreten ist der Regierungsrat dagegen auf eine Beschwerde der Fürsorgebehörde einer benachbarten Gemeinde, die – nach einem negativen Kostenübernahmeentscheid – mit der Erhebung von Kosten durch eine Krankenkasse rechnen musste (RRB Nr. 893 vom 14. Juni 2000). Der Regierungsrat ging dabei davon aus, dass die beschwerdeführende Gemeinde von der Verfügung bestenfalls mittelbar betroffen sei, zumal sie durch die Nichtübernahme der Kosten durch die Nachbargemeinde selbst zu keinerlei Leistungen verpflichtet werde. Ähnlich verhält es sich im vorliegenden Fall. Die beschwerdeführende Gemeinde Y. wird in der Verfügung der Fürsorgebehörde X. zu nichts verpflichtet. Es ist ihr – allenfalls nicht materiell – frei gestellt, ein bei ihr eingereichtes Gesuch abzulehnen. Folglich ist die Gemeinde Y. bzw. deren Fürsorgebehörde nicht zur Erhebung einer Verwaltungsbeschwerde legitimiert.

1.2.3 Es stellt sich weiter die Frage, ob der Regierungsrat deshalb nicht auf die Aufsichtsbeschwerde eintreten darf, weil verwaltungsgerichtliche Klage erhoben werden kann. Zunächst ist unklar, ob vorliegend überhaupt geklagt werden kann. Der weite Wortlaut von § 67 Abs. 1 lit. f VVP spricht an sich für die Zulässigkeit einer Klage. Umgekehrt steht im Streit zwischen

C. 7.1

den beiden Gemeinden nicht eine Leistungspflicht der einen gegen die andere zur Diskussion. Damit wäre eine Leistungsklage ausgeschlossen. Ob das Gericht auf eine Feststellungsklage eintreten würde, ist höchst ungewiss. Ausserdem ist die Klage immer dann ausgeschlossen, wenn eine andere Behörde erstinstanzlich oder in einem Rechtsmittelverfahren zuständig ist (§ 67 Abs. 2 VRP). Dieser Vorbehalt kommt zum Tragen, wenn eine Fürsorgebehörde erstinstanzlich die Kostentragung ablehnt und auch dann, wenn im Anschluss an die erstinstanzliche Anordnung das Anfechtungsverfahren beschritten wird. In diesen Fällen ist neben der Fürsorgebehörde auch der Regierungsrat zur Entscheidungsfindung zuständig. Wenn somit der Regierungsrat aufsichtsrechtlich über das zuständige Gemeinwesen befindet, nimmt er damit eine Kompetenz wahr, die ihm bei einer prozessual leicht veränderten Lage durchaus zukommt. Der Regierungsrat kann sich für eine Entscheidung des bestehenden negativen Kompetenzkonfliktes aber auch auf § 5 Abs. 1 Bst. b der Gerichtsordnung vom 10. Mai 1974 (SRSZ 231.110, GO) stützen. Danach entscheidet der Regierungsrat über Kompetenzkonflikte unter Verwaltungsbehörden. Aufsichtsrechtlich mit der Angelegenheit befassen muss sich der Regierungsrat aber auch deshalb, weil an sich unbestritten ist, dass eine Schwyzer Gemeinde als Kostenträger in Betracht kommt. Da die Fürsorgebehörden auch bei der zweiten Gemeinde ablehnend entscheiden könnten, besteht die Gefahr einer andauernden Rechtsunsicherheit. Aus der Sicht der Aufsichtsbehörde kann ein solcher Zustand der Rechtsunsicherheit vor allem auch deshalb nicht hingenommen werden, weil ein ausserkantonaler Leistungserbringer auf die Bezahlung wartet.

1.2.4 Fragen kann man sich noch, ob der Regierungsrat abwarten müsste, bis die Fürsorgebehörde Y. über das Kostengutsprachege such des Jugendheimes Z. entschieden hat. Ein negativer Entscheid könnte vom Jugendheim Z. sowie von der Inhaberin der elterlichen Sorge von A. angefochten werden. Alsdann käme der Regierungsrat als Rechtsmittelinstanz zum Zuge. Da der Inhalt eines solchen Beschlusses aufgrund der vorliegenden Akten feststeht, die beiden Fürsorgebehörden sich hinlänglich äussern konnten und für das Jugendheim Z. sowie für A. bzw. seine Mutter im Grunde genommen irrelevant ist, welche Gemeinde die Kosten tragen muss, würde das Abwarten einer Beschwerde einem prozessualen Leerlauf gleichkommen. Der Regierungsrat hat sich daher mit der Aufsichtsbeschwerde zu befassen.

2.1 Als Wohnsitz des Kindes unter elterlicher Sorge gilt der Wohnsitz der Eltern oder, wenn die Eltern keinen gemeinsamen Wohnsitz haben, der Wohnsitz des Elternteils, unter dessen Obhut das Kind steht; in den übrigen Fällen gilt sein Aufenthaltsort als Wohnsitz (Art. 25 Abs. 1 Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 [ZGB, SR 210]). Gemäss § 18 ShG fällt der Unterstützungswohnsitz in der Regel mit dem zivilrechtlichen Wohnsitz im Sinne von Art. 23 ff. ZGB zusammen (Abs. 1). Abweichende

Bestimmungen über den Unterstützungswohnsitz (Beginn und Beendigung, Heim- und Anstaltsaufenthalt, Wohnsitz von Familienangehörigen usw.) gemäss Bundesrecht sind auch im innerkantonalen Verhältnis anwendbar (Abs. 2). Das unmündige Kind teilt in der Regel, unabhängig von seinem Aufenthaltsort, den Unterstützungswohnsitz seiner Eltern oder jenes Elternteils, unter dessen Sorge es steht (Art. 7 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Zuständigkeit für die Unterstützung Bedürftiger vom 24. Juni 1977 [ZUG, SR 851.1]). Es hat einen eigenen Unterstützungswohnsitz, wenn es dauernd nicht bei den Eltern oder einem Elternteil wohnt (Art. 7 Abs. 3 lit. c ZUG).

2.2 Nach Art. 276 Abs. 1 ZGB haben die Eltern für den Unterhalt der Kinder aufzukommen. Dieser besteht in der Regel in Pflege und Erziehung, er kann aber auch, wenn das Kind nicht unter der Obhut der Eltern steht, in Geldzahlungen wie den Kosten für die Unterbringung bei einer Pflegefamilie bestehen (Art. 276 Abs. 1 und 2 ZGB; EGV-SZ 1986, Nr. 36; EGV-SZ 1981, Nr. 47). Die Unterhaltspflicht der Eltern dauert in der Regel bis zur Mündigkeit des Kindes. Befindet es sich dann noch in Ausbildung, so haben die Eltern, soweit es ihnen nach den gesamten Umständen zugemutet werden darf, für seinen Unterhalt auch weiterhin aufzukommen, bis diese Ausbildung ordentlicherweise abgeschlossen ist (Art. 277 Abs. 1 und 2 ZGB). Kommt das Gemeinwesen für den Unterhalt auf, so geht der Unterhaltsanspruch mit allen Rechten auf das Gemeinwesen über (Art. 289 Abs. 2 ZGB i.V.m. Art. 329 Abs. 3 ZGB). Können die Eltern beziehungsweise der zuständige Elternteil diese Kosten wegen eigener Sozialhilfeabhängigkeit nicht übernehmen, sind diese dem Unterstützungswohnsitz des Kindes in Rechnung zu stellen.

2.3 A. wurde von der Vormundschaftsbehörde X. im Jugendheim Z. aus kinderschutzrechtlichen Gründen fremdplatziert. Zu diesem Zeitpunkt hatte die Mutter und Inhaberin der elterlichen Sorge Wohnsitz in der Gemeinde Y. Da sich der zivilrechtliche Wohnsitz von A. von seiner Mutter ableitet, war dieser somit im Zeitpunkt der Fremdplatzierung auch in der Gemeinde Y. Ebenso befindet sich sein Unterstützungswohnsitz in der Gemeinde Y., da kein Fall von Art. 7 Abs. 3 lit. c ZUG vorliegt.

2.4 Es mag für die Behörden der Gemeinde Y. auf erstes Hinsehen als stossend erscheinen, dass die Gemeinde für Massnahmen einzustehen hat, die von einer Nachbargemeinde angeordnet worden sind. Bei einem Wohnortwechsel von Personen, gegen die eine vormundschaftliche Massnahme angeordnet worden ist, kann dies aber immer geschehen. Für das moderne Sozialhilferecht, das sich relativ streng am Wohnortsprinzip orientiert, ist dies eine unausweichliche Konsequenz. Im Übrigen sind die Fälle, dass eine Gemeinde die Unterstützungskosten zu tragen hat, die aus Anordnungen der Organe einer anderen Gemeinde entstanden sind, gar nicht so selten. Die Ersatzpflichten für eigene Bürger können auch dann entstehen, wenn die Wohnsitzgemeinde wirtschaftliche Hilfe zugesprochen hat

C. 8.1

(Art. 15f. ZUG; § 21 h ShG). Im vorliegenden Fall haben die Behörden der Gemeinde X. jene von Y. immerhin frühzeitig und umfassend informiert.

3. Zusammenfassend ist demnach festzuhalten, dass die Fürsorgebehörde X. zu Recht die Zahlungspflicht abgelehnt hat. Die Gemeinde Y. ist das unterstützungspflichtige Gemeinwesen. (RRB Nr. 1109/2002 vom 3. September 2002).

8. Erziehungswesen

8.1 Schulrecht

- *Voraussetzungen für eine zwangsweise vorzeitige Entlassung aus der Schulpflicht (Erw. 1.1).*
- *Eine vorzeitige Entlassung aus der Schulpflicht ohne Ersatzmassnahme kommt nur als letzte Massnahme und lediglich im letzten Jahr der Schulpflicht in Betracht (Erw. 1.2).*
- *Das Verhalten des Schülers A., der in massiver Weise den Schulbetrieb stört, rechtfertigt eine vorzeitige Entlassung aus der Schulpflicht (Erw. 2.1 –2.6).*
- *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit gebietet es, dass vor einer endgültigen Entlassung aus der obligatorischen Schule eine Unterbringung in anderen Klassen, Schulhäusern oder Schulorten geprüft wird (Erw. 3).*

Aus den Erwägungen:

1.1 Gemäss § 28 der Verordnung über die Volksschulen vom 25. Januar 1973 (SRSZ 611.210, VSV) entscheidet das Erziehungsdepartement über die gänzliche oder teilweise Befreiung von der Schulpflicht. Möglich ist auch eine erzwungene Befreiung bzw. eine vorzeitige Entlassung aus der Schulpflicht. Wie das Erziehungsdepartement richtig ausführt, ist eine solche Massnahme jedoch nur zulässig, wenn wichtige Gründe vorliegen. Dies ist etwa dann der Fall, wenn ein weiterer Schulbesuch an der öffentlichen Volksschule aus irgendwelchen Gründen sinnlos und die Unterbringung in einem Heim nicht möglich oder nicht angebracht ist, oder wenn das Verhalten eines Schülers derart schwere Störungen des Schulbetriebes mit sich bringt, dass sein Verbleiben in der Schule sowohl für die Mitschüler als auch für die Lehrpersonen nicht weiter zumutbar ist (Herbert Plotke, Schweizerisches Schulrecht, Bern und Stuttgart 1979, S. 149 und S. 313f.; EGV-SZ 1991, Nr. 45, S. 172f.; RRB Nr. 749/1999 vom 11. Mai 1999, Ziff. 2).

1.2 Zu beachten ist aber, dass jeder Schüler während seiner Schulpflicht, die neun Jahre beträgt (§ 26 Abs. 1 VSV), einen verfassungsmässigen Anspruch auf einen ausreichenden und unentgeltlichen Grundschulunterricht

hat (Art. 19 der Bundesverfassung vom 18. April 1999 [SR 101, BV], der Art. 27 Abs. 2 der alten BV entspricht). Das Gemeinwesen hat deshalb grundsätzlich diesen Ausbildungsauftrag zu erfüllen, wozu es verschiedene Schulungsmöglichkeiten und Schularten zur Verfügung stellen muss (§ 8 VSV). Das Gemeinwesen entscheidet dabei, in welchen Ausbildungsgang ein Schüler je nach seiner intellektuellen, physischen, psychischen und charakterlichen Befähigung eingeschult wird (EGV-SZ 1991, Nr. 45, S. 169f. mit Hinweisen). Bevor ein Schüler deshalb definitiv aus der Schulpflicht entlassen wird, muss abgeklärt werden, ob ihm eine andere Ausbildungsmöglichkeit angeboten werden kann, denn auch verhaltensgestörte Kinder haben Anspruch auf eine angemessene Ausbildung im Rahmen der obligatorischen Schulzeit (Plotke, a.a.O., S. 313; EGV-SZ 1991, Nr. 45, S. 172f.; RRB Nr. 749/1999 vom 11. Mai 1999, Ziff. 2.3.1).

Im Weiteren kann eine definitive vorzeitige Entlassung aus der Schulpflicht ohne Ersatzmassnahme in der Regel nur als letzte Massnahme und höchstens im letzten Jahr der Schulpflicht angeordnet werden (EGV-SZ 1991, Nr. 45, S. 170; Plotke, a.a.O., S. 149; Thurgauische Verwaltungsrechtssprechung TVR 2000, Nr. 17, S. 93 mit dem Hinweis auf Broghi, Kommentar zur Schweizerischen Bundesverfassung, Basel/Zürich/Bern 1988, Rz. 48 zu Art. 27 Abs. 2 aBV, der einen Schulausschluss sogar als verfassungswidrig bezeichnet).

Wie im konkreten Einzelfall zu entscheiden ist, ergibt sich innerhalb des aufgezeigten rechtlichen Rahmens im Wesentlichen aus einer Güterabwägung. Den Interessen an einem weiteren Schulbesuch sind die Gründe, die für eine Fernhaltung sprechen, gegenüberzustellen. Dabei ist dem Verhältnismässigkeitsgrundsatz Rechnung zu tragen.

2.1 Die Vorinstanzen sprechen dem Beschwerdeführer die Klassen- und Schulfähigkeit (in der Realschulstufe) ab, weil er aufgrund seines Benehmens in der Schule, seiner Drohungen, Provokationen und massiven Gewaltanwendung andern Schülern gegenüber sowie wegen seiner mangelhaften Arbeitseinstellung für den ordentlichen Schulbetrieb nicht mehr tragbar sei. Die verschiedensten ergriffenen Massnahmen (Einzelgespräche, Elterngespräche, Verweis mit Androhung des Schulausschlusses) hätten keine nachhaltige Besserung gebracht.

2.2 Es ist unbestritten, dass A. (...) und zwei Kollegen einen Mitschüler der 3. Klasse und einen Schüler der 1. Realklasse bedroht, beleidigt und schliesslich derart zusammengeschlagen haben, dass letzterer der Spitalpflege bedurfte (Operation der gebrochenen Nase). Zuvor hatte er bereits gleichentags einen Verweis erhalten, weil er durch aggressives und provokatives Verhalten und hohe Gewaltbereitschaft aufgefallen war, andere Schülerinnen und Schüler massiv bedroht, beleidigt und zusammengeschlagen sowie die Lehrpersonen belogen hatte. Weitere Verstösse gegen die Schulordnung (u.a. §§ 33ff. der Weisungen über die Rechte und Pflichten der Lehrer und Schüler an der Volksschule vom 21. Juni 1976 [Schul-

C. 8.1

reglement; SRSZ 611.212]) sowie Verfehlungen gegen allgemein gültige Verhaltens- und Anstandsregeln sind aktenmässig dokumentiert: Stören des Schulunterrichts, Hausaufgaben nicht gemacht, freches Benehmen gegenüber Lehrpersonen und Abwart, Rauchen, Sachbeschädigungen. Schliesslich ist auch seine Arbeitseinstellung mangelhaft, was sich in einer Verschlechterung seiner schulischen Leistungen niedergeschlagen hatte.

2.3 Dieser ganze Katalog von Verfehlungen des Beschwerdeführers, die von ihm selbst nicht in Abrede gestellt werden, ist (im negativen Sinne) beeindruckend. Ein ausserordentlicher Fall, der eine vorzeitige Entlassung aus der Schulpflicht grundsätzlich rechtfertigt, muss vorliegend bejaht werden.

Mit dem schwer wiegenden Vorfall vom 18. September 2001 war es mit der Geduld der Lehrpersonen, der Schulleitung und Schulbehörden endgültig vorbei. Sie erachteten es für Mitschüler und Lehrpersonen als nicht mehr zumutbar, dass A. weiterhin die bisherige Schule besucht. Dies auch deshalb, weil gerade an jenem Tag ein Projekttag zum Thema «Gewaltprävention in der Schule» durchgeführt worden war. A. wurde deshalb, wie seine beiden andern Kollegen auch, mit sofortiger Wirkung vom Schulunterricht dispensiert und mit einem Hausverbot belegt. Jenes Vorkommnis war somit für die verantwortlichen Personen lediglich der Auslöser dafür, nun zur angedrohten härtesten Massnahme zu greifen. Diese stützt sich keineswegs nur auf dieses Einzelereignis ab, sondern auf das seit längerer Zeit andauernde Fehlverhalten des Beschwerdeführers, das für Lehrpersonen und Mitschüler nicht mehr weiter zumutbar war. Wenn ein Schüler seine Pflichten andauernd vergisst bzw. ignoriert und trotz zahlreichen Zurechtweisungen, Ermahnungen, persönlichen Einzelgesprächen, Elterngesprächen, schriftlichem Verweis mit der Androhung des Ausschlusses von der Schule, nicht bessert, beseitigt er selbst jeden Zweifel darüber, dass er als uneinsichtiger und unverbesserlicher Störfaktor in der Schule, zumindest in der Normalklasse, nicht weiter tragbar ist. Es ist nicht tolerierbar, dass ein Schüler durch sein Verhalten ständig und immer wieder den Unterricht stört und die Mitschüler an ihrem schulischen Fortkommen hindert. Auch gilt es zu vermeiden, dass sich Lehrpersonen übermässig mit einem Schüler bzw. mit dessen Disziplinierung beschäftigen müssen, mit der Folge, dass die restlichen Schüler in ihrer schulischen Förderung vernachlässigt werden.

Die Mitschüler sind zudem auch vor der verbalen und körperlichen Gewalt des Beschwerdeführers zu schützen, der als ständige Bedrohung empfunden wird und dadurch den schulischen Alltag quasi permanent stört. Schliesslich ist es auch für den Mitschüler, der Opfer des tätlichen Angriffs wurde, aber ebenfalls für die andern vom Beschwerdeführer bedrohten Schüler, nicht mehr zumutbar, mit dem Peiniger in einem Klassenverband zu sein. Die Mitschüler sollen frei von ständiger Angst vor Gewalt, Bedrohungen und Beleidigungen den Schulunterricht besuchen und sich auf das Schulische konzentrieren können.

2.4 Mit der Tat hat der Beschwerdeführer (zusammen mit seinen beiden Kollegen) aber auch die Lehrerschaft desavouiert. Am besagten Tag hat sich die Klasse intensiv mit dem Thema Gewalt und Gewaltprävention an der Schule auseinandergesetzt. Der Beschwerdeführer hat an diesem Unterricht teilgenommen. Dennoch ist er bereits während des Tages mit Drohungen, Beleidigungen und Tätlichkeiten gegenüber den Mitschülern aufgefallen. Mit dem brutalen Angriff nach Schulleide hat er seine Missachtung der Lehrer und ihres Unterrichts offen kundgetan. Dies kann nicht geduldet werden und auch nicht mit einer angeblichen «Dekomensation», wie der Beschwerdeführer geltend macht, entschuldigt werden.

2.5 Schliesslich ist auch die Glaubwürdigkeit der Schulleitung tangiert. Diese hat im April 2001 veranlasst, dass dem Beschwerdeführer durch den Bezirksschulrat ein Verweis erteilt wurde. Zugleich wurde ihm ausdrücklich der Schulausschluss angedroht für den Fall, dass er sich nicht wohlverhalten werde. Mit den erschreckenden Handlungen am (...) hat er die Schulleitung gezwungen zu handeln. Dem Beschwerdeführer mussten zudem die Konsequenzen weiterer Verstösse gegen die Grundregeln des Verhaltens in der Gemeinschaft bekannt sein. Er kann sich daher nicht darauf berufen, er habe die Tragweite seines Verhaltens nicht abschätzen können, wie er in der Beschwerdeschrift nunmehr vortragen lässt. Überdies gilt es der Gefahr vorzubeugen, dass der Beschwerdeführer in der Klasse oder an der Schule Nachahmer findet und sich etwas ähnlich Schlimmes wiederholt. Auf der andern Seite kann der Beschwerdeführer nicht behaupten, man habe mit ihm keine Geduld gehabt. Sowohl Lehrpersonen als auch die Schulleitung haben sich während längerer Zeit in Einzel- und Elterngesprächen um ihn bemüht und ihn zur Änderung seines Verhaltens angehalten. Auch Bewährungsmöglichkeiten wurden ihm mehrfach und ausreichend eingeräumt. Anscheinend konnten (oder wollten) auch die Eltern trotz ihrer vorrangigen Erziehungspflicht keinen wirkungsvollen Beitrag leisten. Der Beschwerdeführer erscheint deshalb uneinsichtig und erweckt vielmehr den Eindruck, dass er sich gar nicht einordnen will. Daran vermag auch das unter dem Eindruck dieses Verfahrens verfasste Schriftstück, das Entschuldigungen und Besserungsabsichten beinhaltet, nichts zu ändern. Solche schriftlichen Versprechungen, Abmachungen und Entschuldigungen hatte der Beschwerdeführer bereits früher mehrmals abgegeben, ohne daraus die notwendigen Konsequenzen zu ziehen. Seine Beteuerungen können nicht mehr ernst genommen werden.

2.6 Zusammenfassend ergibt sich, dass vorliegend im Interesse und zum Schutze der Mitschüler und der Lehrpersonen, aber auch im Interesse des Ausbildungsziels, dessen Erreichen letztlich ebenfalls durch einen derart gestörten Schulbetrieb auf dem Spiel steht, die Voraussetzungen für eine Entlassung aus der Schulpflicht grundsätzlich erfüllt sind, zumal sich der Beschwerdeführer im letzten Schulpflichtjahr befindet. Es stellt sich allerdings die Frage, ob diese Massnahme auch verhältnismässig ist, was dann

C. 8.1

nicht der Fall ist, wenn eine Ersatzmassnahme zur Verfügung steht. Dies ist im Folgenden zu prüfen.

3. Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit (Art. 5 Abs. 2 BV) umfasst kumulativ drei Teilgehalte, nämlich die Eignung (Geeignetheit), die Erforderlichkeit (geringstmöglicher Eingriff) und die Verhältnismässigkeit im engeren Sinne (Abwägung vom öffentlichen Interesse und betroffenem Privatinteresse) des staatlichen Eingriffs (Ulrich Häfelin/Walter Haller, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 5. Auflage, Zürich 2001, Rz. 320ff.; RRB Nr. 749/1999 vom 11. Mai 1999, Ziff. 2.3.2 mit Hinweis).

3.1 Die Entlassung des Beschwerdeführers ist sicher geeignet, in der 3. Realklasse an der Mittelpunktschule X. wieder einen geordneten und ungestörten Schulbetrieb einkehren zu lassen und aufrecht erhalten zu können, was sich auf das Schulklima, das schulische Fortkommen der Schüler, das Erreichen des Lernziels und die Lehrtätigkeit der Lehrpersonen positiv auswirken wird.

3.2 Eine Massnahme muss sodann im Hinblick auf das angestrebte Ziel erforderlich sein. Sie hat zu unterbleiben, wenn eine gleich geeignete, aber mildere Massnahme für den angestrebten Erfolg ebenfalls ausreichen würde. Die Massnahme darf in sachlicher, räumlicher, zeitlicher und personeller Hinsicht nicht über das Notwendige hinausgehen (Häfelin/Haller, a.a.O., Rz. 322; s. vorstehend Ziff. 1.2).

3.2.1 Unter diesem Aspekt wäre allenfalls die Versetzung in eine andere Klasse, eventuell zusätzlich in ein anderes Schulhaus, wozu sich der Beschwerdeführer bereit erklärt hat, in Betracht zu ziehen. Den Vorinstanzen ist jedoch zuzustimmen, wenn sie dies im vorliegenden Fall für nicht gerechtfertigt erachten, und zwar aus folgenden Gründen:

Der Beschwerdeführer hat nicht mit einer bestimmten Lehrperson oder mit bestimmten Mitschülern seiner jetzigen Klasse besondere Probleme. Sein Verhalten ist nicht personenbezogen. Insofern sind alle Personen im unmittelbaren Umfeld der Schule, in dem er sich aufhält, von seinem Fehlverhalten betroffen. So haben sich denn auch andere Lehrpersonen (und nicht nur der Klassenlehrer), wie auch der Abwart, über ihn beklagt. Ebenso hat er Schüler anderer Klassen belästigt. Ein Klassen- bzw. Schulortswechsel würde deshalb kaum etwas bringen. Der Beschwerdeführer würde das schulische Umfeld auch in einem andern Schulhaus stören und verunsichern. Das Problem liegt offensichtlich alleine bei ihm, auch wenn es in der Gruppe zum besagten Gewaltexzess kam. Der Beschwerdeführer war jedoch keineswegs nur Mitläufer, sondern selbst aktiv. Er will sich offensichtlich prinzipiell nicht in den Schulbetrieb einordnen. Bewährungschancen hatte er zur Genüge. Seine Einstellung blieb uneinsichtig, gleichgültig und unverbesserlich. Wäre sie anders, hätte er die zahlreichen ernst gemeinten und unmissverständlichen, mündlichen wie schriftlichen Warnungen verstehen und daraus die entsprechenden Lehren ziehen müssen. Von

einem 15-jährigen Jugendlichen muss dies auch erwartet werden. Er fiel jedoch jeweils nach kurzfristigen punktuellen Besserungen immer wieder ins alte Fahrwasser zurück. Die jetzt bekundete Reue und Entschuldigung wirken deshalb unter dem Eindruck der angeordneten Entlassung aus der Schule wenig glaubwürdig. Er hätte sich die Folgen seines Tuns früher überlegen müssen (RRB Nr. 749/1999 vom 11. Mai 1999, Ziff. 2.3.2.2). Eine Versetzung in eine andere Realschulklasse am bisherigen oder einem andern Schulort kommt deshalb nicht mehr in Frage. Soweit der Beschwerdeführer beantragt, wieder in eine 3. Realschulklasse aufgenommen zu werden, ist die Beschwerde deshalb abzuweisen, zumal auch das öffentliche Interesse an dieser Massnahme die negativen Auswirkungen für den Beschwerdeführer überwiegt (s. nachstehend Ziff. 3.3).

Dasselbe gilt auch für die Werkschule. Ein Wechsel dorthin fällt ebenfalls ausser Betracht, denn der Beschwerdeführer sollte leistungsmässig in der Realschule bestehen können; überdies steht sein Fehlverhalten in keinem Zusammenhang mit den bestehenden Schulungsmöglichkeiten an der Oberstufenschule bzw. Orientierungsstufe (§ 8 Abs. 1 lit. c VSV). Der Beschwerdeführer ist in keiner Normalklasse der Oberstufe mehr tragbar.

3.2.2 Als letzte mögliche Erzsatzmassnahme verbliebe die ebenfalls zum staatlichen Ausbildungsauftrag (bzw. zur Volksschule) gehörende Sonderschulung (§ 8 Abs. 1 lit. e VSV; s. vorstehend Ziff. 1.2; TVR 2000 Nr. 17, EGV-SZ 1991, Nr. 45). Da dies jedoch nicht Gegenstand des vorinstanzlichen Verfahrens war, kann diese Frage in diesem Beschwerdeverfahren offen bleiben. Der Beschwerdeführer selbst stellt zudem keinen entsprechenden Antrag, sodass es ihm bzw. seinen Eltern oder auch den Schulbehörden obliegt, zu prüfen, ob diese Frage noch näher abgeklärt werden soll.

3.2.3 Nach § 15 VSV sind nebst körperlich und geistig behinderten Kindern auch verhaltensgestörte in einer Sonderschule auszubilden. Als solche können Schüler gelten, die zwar intellektuell dem Ausbildungsgang in der Normalklasse zu folgen vermögen, die jedoch Mühe haben, sich in die Ordnung und in den Rahmen, der für einen tragbaren und sinnvollen Schulbetrieb notwendig ist, einzuordnen, wofür verschiedene Gründe, wie z.B. psychische, charakterliche, verantwortlich sein können. Sie stören den Unterricht und stellen das Erreichen des Lernzieles für sich und die Mitschüler in Frage. Sie erfordern zudem so viel individuelle Betreuung und Aufmerksamkeit, die ihnen in der Normalklasse nicht geboten werden kann. Da ein verhaltensgestörtes Kind jedoch ebenfalls einen verfassungsmässigen Anspruch auf angemessene Ausbildung und auf Erfüllung seiner Schulpflicht hat, muss ihm dieser Anspruch auf andere Weise gewährt werden, bevor die Entlassung aus der Schulpflicht als letzte Massnahme verfügt wird (EGV-SZ 1991, Nr. 45, S. 170 mit Hinweisen; s. vorstehend Ziff. 1.2).

3.2.4 Ob beim Beschwerdeführer eine Sonderschulbedürftigkeit vorliegt und zusätzlich eine (allenfalls interne) Sonderschulung überhaupt (noch) in

C. 8.1

Frage kommt, müsste erst noch näher abgeklärt werden, jedoch nicht in diesem Beschwerdeverfahren. Gemäss § 27 Abs. 1 VSV hätte der schulpsychologische Beratungsdienst den Schüler zu begutachten; über die Zuweisung müsste der Schulrat entscheiden, wobei die Eltern vorgängig anzuhören wären. Die Sonderschulungsmöglichkeit in einer ausserkantonalen Internatsschule müsste zudem bei fehlendem Einverständnis der Eltern von der Vormundschaftsbehörde im Rahmen des Kindesschutzes (Art. 307ff. ZGB; Aufhebung der elterlichen Obhut, Fremdplatzierung gemäss Art. 310 ZGB) angeordnet werden (EGV-SZ 1991, Nr. 45, S. 173f.).

Ob solche Abklärungen vorgenommen werden sollen, ist dem Bezirksschulrat bzw. den Eltern des Beschwerdeführers überlassen. Allerdings dürfte sich die Frage stellen, ob eine Sonderschulung des Beschwerdeführers für die restliche, relativ kurze Zeit seiner Schulpflicht überhaupt noch möglich und sinnvoll ist, zumal die Abklärungen in Bezug auf die Sonderschulbedürftigkeit und Sonderschulungsmöglichkeit sowie Platzierung zuerst noch getätigt werden müssten. Falls deshalb weitere diesbezügliche Schritte in die Wege geleitet werden sollen, würde sich vorgängig beim Beschwerdeführer und dessen Eltern die Anfrage aufdrängen, ob für sie die Beendigung des letzten Schulpflichtjahres als Sonderschüler überhaupt in Frage käme. Möglicherweise würde der Beschwerdeführer unter diesen Umständen eher darauf verzichten und es vorziehen, sofort eine berufliche Ausbildung anzustreben.

3.3 Der definitive Ausschluss von der Realschule muss schliesslich noch in einem vernünftigen Verhältnis zwischen dem Eingriff und dem gesteckten Ziel stehen, d.h. die negativen Auswirkungen dürfen im konkreten Fall nicht schwerer ins Gewicht fallen als das öffentliche Interesse an der getroffenen Anordnung (Häfelin/Haller, a.a.O., Rz. 323).

Dass das öffentliche Interesse an der Aufrechterhaltung eines geordneten Schulbetriebes im vorliegenden Fall das Interesse des Beschwerdeführers, die dritte Realschulklasse im letzten Schuljahr seiner Schulpflicht weiterhin besuchen zu können, überwiegt, ergibt sich bereits aus den vorstehenden Erwägungen (insbesondere Ziff. 2 und Ziff. 3.2.1). Hinzu kommt, dass sich die Schule und ihre Organe nicht alles bieten lassen müssen. Es liegt deshalb auch im öffentlichen Interesse, dass die öffentliche Schule ihre Glaubwürdigkeit bewahrt, was konsequentes Handeln voraussetzt, vor allem dann, wenn alle Hilfen und Bewährungschancen vergeblich waren. Wer Verhaltensregeln aufstellt und gleichzeitig für deren Missachtung entsprechende Konsequenzen androht, kann nicht darauf verzichten, diese auch umzusetzen, ohne das Gesicht und damit die Glaubwürdigkeit zu verlieren. Deshalb muss sich die öffentliche Schule im Interesse der ganzen Schülergemeinschaft gegenüber untragbaren Elementen, die den Schulbetrieb stören, Respekt verschaffen, was nicht zuletzt auch nützliche Präventivwirkung zeitigen kann und soll. Die Schule kann nicht zulassen, dass sie ihren Bildungsauftrag gegenüber der Gesamtheit der Schulpflichtigen vernachlässigt, indem sie einzelne Störfaktoren duldet. Das Einzelinteresse

hat deshalb in solchen Fällen den Gesamtinteressen zu weichen. Der Ausschluss des Beschwerdeführers von der Orientierungsstufe ist auch deshalb nicht zu beanstanden.

Schliesslich wird dem Beschwerdeführer damit auch nicht, wie dieser offenbar befürchtet, jegliche berufliche Ausbildung verunmöglicht. Wie die Vorinstanzen ausführen, bestehen auch mit zwei Jahren Realschulbildung Möglichkeiten einer Berufslehre. Allerdings muss er hierfür seine Lebenseinstellung grundlegend ändern, andernfalls seine Zukunftsperspektiven düster aussehen. Über seine beruflichen Möglichkeiten kann er sich beim das Amt für Berufsbildung näher informieren. (RRB Nr. 98 vom 22. Januar 2002).

Bemerkungen:

Das Bundesgericht hat in zwei neuen Urteilen den Rahmen für einen disziplinarischen Schulausschluss abgesteckt (BGE 129 I 12; 129 I 35).

8.2 Gemeindebeitrag an Sonderschulen

- *Voraussetzung für einen Anspruch auf Sonderschulung (Erw. 2).*
- *Der Entscheid über die Sonderschulbedürftigkeit als invaliditätsmässige Voraussetzung für den Anspruch auf Sonderschulbeiträge fällt in die Kompetenz der IV-Stelle und nicht in jene der für (Sonder-)Schulfragen zuständigen kantonalen und kommunalen Behörden (Erw. 3/4).*

Aus den Erwägungen:

1. Der Schulrat X. ist der Ansicht, ein weiteres Jahr Sonderschulung sei für C. weder aufgrund ihrer Sehschwäche noch auf Grund ihrer psychischen Entwicklung gerechtfertigt. Sie habe zudem ihre Schulpflicht erfüllt. Der finanzielle Beitrag der Gemeinde gemäss § 4 der Verordnung über die Verteilung der Kosten der Sonderschulung vom 21. April 1998 (SRSZ 611.411, SonderschulkostenV) an diese Sonderschulmassnahme werde deshalb verweigert. Ob dieser Standpunkt rechtmässig ist, ist im Folgenden zu beurteilen.

2.1 Nach Art. 19 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Invalidenversicherung vom 19. Juni 1959 (SR 831.20; IVG) werden an die Sonderschulung bildungsfähiger Minderjähriger, die das 20. Altersjahr noch nicht vollendet haben und denen infolge Invalidität der Besuch der Volksschule nicht möglich oder nicht zumutbar ist, Beiträge gewährt. Gemäss Abs. 2 lit. a dieser Bestimmung umfassen die Beiträge (u.a.) ein Schulgeld, bei dessen Festsetzung eine Beteiligung der Kantone und Gemeinden entsprechend ihren Aufwendungen für die Schulung eines nicht invaliden Versicherten vor dem vollendeten 20. Altersjahr zu berücksichtigen ist. Gestützt auf Art. 19 Abs. 3 IVG hat der Bundesrat in Art. 8 der Verordnung über die Invalidenversicherung vom 17. Januar 1961 (SR 831.201; IVV) die Sonderschulbedürftig-

C. 8.2

keit und damit die Voraussetzungen für den Schulgeldbeitrag näher umschrieben. Gemäss Art. 8 Abs. 2 IVV beginnt der Sonderschulunterricht mit der Kindergartenstufe und kann über das ordentliche Schulalter hinaus bis längstens zur Vollendung des 20. Altersjahres fortgesetzt werden. Geleistet wird der Schulgeldbeitrag gemäss Art. 8 Abs. 4 IVV (u.a.) für blinde und sehbehinderte Versicherte mit einer korrigierten Sehschärfe von weniger als 0.3 bei beidäugigem Sehen (lit. b), aber auch für Versicherte, bei denen die für die einzelnen Gesundheitsschäden erforderlichen Voraussetzungen nach den Buchstaben a–f nicht vollumfänglich erfüllt sind, die aber infolge der Kumulation von Gesundheitsschäden dem Unterricht in der Volksschule nicht zu folgen vermögen (lit. g).

2.2 Die alternativ erforderlichen Voraussetzungen des Art. 8 IVV für den Anspruch auf Sonderschulung unterteilen sich in zwei Gruppen: Die Voraussetzungen, welche in Abs. 4 lit. a–e aufgeführt sind (geistige Behinderung, Sehbehinderung, Hörbehinderung, körperliche Behinderung, Sprachbehinderung), lassen sich durch Mess- oder Grenzwerte oder durch eine klare Umschreibung des rechtserheblichen Gesundheitsschadens so definieren, dass ihre Feststellung in der Praxis verhältnismässig leicht und ermessensunabhängig vorgenommen werden kann. Demgegenüber erfordern die Voraussetzungen des Abs. 4 lit. f–g (Verhaltensstörung, Kumulation von Gesundheitsschäden) eine vorsichtige Gewichtung und Abwägung, die sich auf die nötigen fachtechnischen Abklärungen stützen muss. Diese Abklärungen sollen unter zwei verschiedenen Aspekten erfolgen: einerseits durch den Arzt und andererseits durch die für Schulfragen kompetenten Stellen der Gemeinden oder Kantone. Dem Arzt obliegt im Wesentlichen die Feststellung bzw. Beurteilung der Gesundheitsschädigung und der gesundheitlichen Auswirkungen des Besuchs einer (öffentlichen) Volksschule; die für schulische Belange kompetente Behörde hat demgegenüber im Wesentlichen zu Fragen der geeigneten Schulung bzw. des geeigneten Schultyps Stellung zu nehmen. Ein solches abgestimmtes Vorgehen der verschiedenen Fachleute gibt Gewähr dafür, dass alle Umstände, die im Einzelfall von medizinischer, pädagogischer oder therapeutischer Bedeutung sein können, bestmöglich festgestellt werden (Ulrich Meyer-Blaser, Rechtsprechung des Bundesgerichts zum IVG, 1997, S. 145f.; BGE 109 V 13; EGV-SZ 1984, Nr. 18, S. 71 mit Hinweisen).

Ist ein Leiden der ersten Gruppe diagnostiziert (Art. 8 Abs. 4 lit. a–e IVV), knüpft sich daran die Vermutung der Sonderschulbedürftigkeit; demgegenüber ist bei Beeinträchtigungen der zweiten Gruppe (Art. 8 Abs. 4 lit. f–g) ein besonderes Abklärungsverfahren durchzuführen. Die Sonderschulbedürftigkeit kann zudem auf jedem Niveau der Volksschule gegeben sein, somit auch noch auf der Sekundarschulstufe (Meyer-Blaser, a.a.O., S. 141f.).

3. Der Schulrat X. verweigert den Gemeindebeitrag für die Verlängerung der Sonderschulung von C., indem er ihr die Sonderschulbedürftigkeit ab-

spricht. Eine weitere Sonderschulung sei weder aufgrund der Sehschwäche noch aufgrund der psychischen Entwicklung der Schülerin notwendig. Die Leistungspflicht der Gemeinde wird nicht grundsätzlich in Abrede gestellt. Eine solche besteht denn auch von Gesetzes wegen. Denn nach Art. 19 Abs. 2 lit. a IVG ist bei der Festsetzung des Schulgeldbeitrages eine Beteiligung der Kantone und Gemeinden zu berücksichtigen. § 16 der Verordnung über die Volksschulen vom 25. Januar 1973 (SRSZ 611.210; VSV) behält im Weiteren für die Regelung der kantonalen Sonderschulen die Bestimmungen des Bundesgesetzes über die Invalidenversicherung, wonach sich der Kanton und die Gemeinden an den Kosten beteiligen, ausdrücklich vor. Schliesslich bestimmt § 4 SonderschulkostenV, dass die Wohnsitzgemeinde einen Beitrag an die Schulung IV-berechtigter und nicht IV-berechtigter Sonderschulbedürftiger (§ 1) entsprechend den Aufwendungen für die Schulung eines nicht invaliden Schulkindes zu leisten hat (Abs. 1); dieser Betrag wird jährlich vom Regierungsrat festgelegt (Abs. 2).

Nicht umstritten ist im vorliegenden Fall auch die Geeignetheit des Internats (...) für die Sonderschulmassnahme.

Zu prüfen ist demnach, ob die Vorinstanz die Sonderschulbedürftigkeit der C. zu Recht in Frage stellt.

4.1 Der Entscheid über die Sonderschulbedürftigkeit als invaliditätsmässige Voraussetzung für den Anspruch auf Sonderschulbeiträge fällt in die Kompetenz der IV-Stelle und nicht in jene der für (Sonder-)Schulfragen zuständigen kantonalen oder kommunalen Behörden (Art. 57 Abs. 1 IVG, Art. 69 und Art. 74ff. IVV). Die Sonderschulbedürftigkeit ist ein durch Art. 19 IVG i.V.m. Art. 8 IVV bundesrechtlich normierter Begriff, und zwar in dem Sinne, als die kantonalen (Sonder-)Schulbehörden für den Beitragsanspruch gegenüber der IV nicht weiter gehende Voraussetzungen nach kantonalem Recht aufstellen dürfen. Dies ändert aber nichts daran, dass die invaliditätsmässige Leistungsvoraussetzung des Art. 19 IVG, d.h. die gebrechensbedingte Unmöglichkeit oder Unzumutbarkeit, die Volksschule unter Einschluss von Sonder-, Hilfs- und Förderklassen zu besuchen (Art. 8 Abs. 2 und 3 IVV), bis zu einem gewissen Grad vom Stand der Schulgesetzgebung des jeweiligen Kantons abhängt. Es ist deshalb möglich, dass Kantone die Volksschule so organisiert haben, dass sie materiell sonderschulischen Charakter aufweist, weil sie entsprechende Massnahmen für sonderschulbedürftige Schüler selbst anbietet. In diesem Fall würde ein Beitragsanspruch gegenüber der IV nach Art. 19 IVG entfallen, weil die IV nur den Sonderschulunterricht ausserhalb der Volksschule mitträgt (Meyer-Blaser, a.a.O., S. 140 und S. 145f.; BGE 122 V 206; Praxis 1991, Nr. 169).

4.2 Für die Feststellung der Sonderschulbedürftigkeit ist eine Gewichtung und Abwägung der wechselseitigen Auswirkungen zwischen der bestehenden Behinderung und dem Volksschulbesuch erforderlich. Die hierfür nötigen fachtechnischen Abklärungen werden einerseits durch den

C. 8.2

Arzt und andererseits durch die für Schulfragen zuständigen Stellen der Gemeinden und der Kantone vorgenommen. Dem Arzt obliegt im Wesentlichen die medizinische Diagnose und die Beurteilung der Gesundheitsschädigung sowie der gesundheitlichen Auswirkungen des Besuchs der öffentlichen Volksschule. Die für schulische Belange zuständigen Behörden des Kantons und/oder der Gemeinde haben demgegenüber die Geeignetheit der Schulung und des Schultyps zu prüfen und dazu Stellung zu nehmen. Die Fragen der Invaliditätsmässigen Leistungsvoraussetzung und der geeigneten Schulung sind deshalb klar zu unterscheiden. Was erstere anbelangt, fallen sowohl die Abklärung als auch der Entscheid über die Leistungspflicht in den Aufgabenbereich der IV-Stelle (Art. 57 Abs. 1 IVG, Art. 69 und Art. 74ff. IVV). Sprechen sich Schulbehörden und Kanton zur Frage der Sonderschulbedürftigkeit aus, kommt solchen Angaben zwar der Wert von Meinungsäusserungen zu, ohne jedoch für die IV-Stelle verbindlich zu sein (Meyer-Blaser, a.a.O., S. 146 mit Hinweisen; Praxis 1991, Nr. 169, S. 750).

4.3 C. leidet an einer angeborenen Sehschwäche (Geburtsgebrechen Nr. 417 und Nr. 425 gemäss Liste im Anhang zur Verordnung über die Geburtsgebrechen vom 9. Dezember 1985 [SR 831.232.21, GgV]: angeborener Nystagmus, angeborene Refraktionsanomalien mit Visusverminderung an beiden Augen auf 0,4 oder weniger). Hiefür wurden seit 1989 von der IV die notwendigen medizinischen Massnahmen zur Behandlung der Geburtsgebrechen einschliesslich ärztlich verordnete Behandlungsgeräte finanziert (...). Nachdem C. im Jahre 2000 nicht in die 3. Sekundarschulklasse aufsteigen konnte, wurde eine Sonderschulung in Erwägung gezogen. Auf Antrag des Amtes für Schuldienste vom 25. September 2000 sprach die IV-Stelle Schwyz C. finanzielle Leistungen für ein Jahr interne Sonderschulung zu (...), und zwar gestützt auf die ärztliche Diagnose (congenitaler Nystagmus, hyperoper Astigmatismus, diskreter Albinismus fundi, bilaterale ametropie Amblyopie; bei beidseitig korrigiertem Visus von 0,4) sowie aufgrund des Berichtes des Amtes für Schuldienste, wonach das Kind zusätzlich wegen seines reduzierten Selbstvertrauens das schulische Potenzial an der Volksschule nicht habe ausschöpfen können. Die Leistungszusprache für diese Sonderschulmassnahme wurde von der IV-Stelle Schwyz vor Abschluss des Schuljahres bis am 31. Juli 2002 verlängert (...), und zwar wiederum auf Antrag des Amtes für Schuldienste (...). Dabei wurde die für die ursprüngliche Leistungszusprache massgebliche Diagnose ergänzt und festgehalten, dass der Visus, der rechts und links ohne Korrektur 0,4 betrage, mit Korrektur etwas besser sei, dass die Schülerin aber zusätzlich an einem Augenzittern leide, das rasch zu einer Ermüdung führe und die Arbeitsweise verlangsame, im Weiteren seien die psychischen Blockaden des Kindes mit zu berücksichtigen.

4.4 Diese Verlängerung erachtete der Schulrat X. für nicht mehr gerechtfertigt. Als kommunale Schulbehörde ist es ihm zwar unbenommen,

der Sonderschulbedürftigkeit der Tochter des Beschwerdeführers mit Skepsis zu begegnen, darüber und damit auch über die IV-rechtliche Leistungspflicht (mit)zuentcheiden, steht ihm hingegen nicht zu (s. vorstehend Ziff. 4.1–4.2). Hat die hierfür allein zuständige IV-Stelle einen positiven Entscheid gefällt, haben die Schulbehörden dies zu akzeptieren, auch wenn dadurch gesetzliche Beitragspflichten ausgelöst werden. Das heisst aber nicht, dass der Schulrat in Sonderschulfragen überhaupt nichts zu sagen hätte, auch wenn er insbesondere im Bereich der IV-berechtigten Schulung praktisch nur seine Meinung äussern, jedoch nicht darüber mitentscheiden kann, ob ein Sonderschulunterricht im konkreten Einzelfall notwendig ist.

Gemäss § 27 Abs. 1 VSV entscheidet zwar der Schulrat über die Zuweisung in die Sonderschule (Kleinklasse und Werkschule) nach Begutachtung durch den schulpädagogischen (Beratungs)Dienst (SBS) und nach Anhören der Eltern oder des Lehrers (vgl. auch § 8 Abs. 1 der Weisungen für die Schulräte der Volksschulen vom 18. Februar 1976 [SRSZ 611.213; Weisungen für Schulräte], wobei gemäss Abs. 2 ebenfalls besondere Weisungen der Invalidenversicherung [und des Erziehungsrates] bei der Einweisung in Sonderschulen vorbehalten bleiben). Nach § 7 Abs. 2 SonderschulkostenV bereitet zudem das Amt für Schuldienste die Einweisung in eine Sonderschule oder in ein Heim in Zusammenarbeit mit den Eltern und der Schulbehörde vor und legt die geeignete Institution fest.

Daraus ergibt sich, dass der für die Einweisung zuständige kommunale Schulrat in Sonderschulfragen praktisch wenig Einfluss hat, was insofern verständlich ist, als primär medizinische und pädagogische Fachleute abklären und beurteilen müssen, ob eine Sonderschulbedürftigkeit vorliegt und wie man dieser im konkreten Einzelfall unterrichtsmässig gerecht werden kann. Immerhin hat der Schulrat nach den Vorbereitungen durch das Amt für Schuldienste, das auch die Übernahme entsprechender Versicherungsleistungen bei der IV zu beantragen hat (§ 7 Abs. 3 SonderschulkostenV), die eigentliche Einweisung zu verfügen. Er kann diese jedoch nicht wegen fehlender Sonderschulbedürftigkeit verweigern.

4.5 Auch wenn im vorliegenden Fall der Schulrat X. von diesem Entscheidungsprozess anfänglich ausgeschaltet blieb (s. nachstehend Ziff. 5.1), ändert dies nichts am Umstand, dass der Gemeindebeitrag an die Sonderschulung von C. auch für das Schuljahr 2001/02 geleistet werden muss, weil die IV-berechtigte Sonderschulbedürftigkeit von den zuständigen Fachstellen bejaht wurde und die gebrechensbedingte Leistungszusprache durch die allein zuständige IV-Stelle erfolgt ist. Da die Vorinstanz den Gemeindebeitrag und damit sinngemäss die Verlängerung der Sonderschulung um ein Jahr wegen ihrer Meinung nach fehlenden Sonderschulbedürftigkeit verweigert hat, diese Frage jedoch von den zuständigen Instanzen anders entschieden wurde, was die Beitragspflicht der Gemeinde von Gesetzes wegen auslöste, ist in Gutheissung der Beschwerde die Gemeinde zu verpflichten, ihrer Beitragspflicht ebenfalls nachzukommen. (RRB Nr. 178/2002 vom 5. Februar 2002).

10. Raumplanung

10.1 Gestaltungsplan

- *Nochmalige Publikation von Gestaltungsplanänderungen nach Überarbeitung, sofern verbindlicher Inhalt betroffen ist (Erw. 2).*
- *In einem Gestaltungsplan müssen unter anderem zwingend das gewachsene Terrain sowie die Höhenbegrenzungslinien eingetragen sein (Erw. 3).*

Aus den Erwägungen:

2. Der Gestaltungsplan X. wurde im Amtsblatt publiziert. Er wurde in der Folge mehrfach überarbeitet. Es stellt sich mithin die Frage, ob aufgrund der Überarbeitungen eine nochmalige Publikation erforderlich gewesen wäre.

2.1 § 30 Abs. 2 PBG schreibt vor, dass der Entwurf von Gestaltungsplänen samt Sonderbauvorschriften unter Bekanntgabe im Amtsblatt und in den örtlichen Publikationsorganen während 30 Tagen öffentlich aufzulegen ist.

Bezüglich nochmaliger Publikation von Gestaltungsplänen ist vom Grundsatz auszugehen, dass zum Einen nur Planänderungen, welche eine Änderung des verbindlichen Planinhaltes wie den Gestaltungsplanperimeter oder die Baubegrenzungslinien zur Folge haben, vor der Genehmigung noch einmal aufzulegen sind. Hier ist immerhin einzuschränken, dass bei Änderungen, die ein «Minus» darstellen und keinerlei Auswirkungen auf Dritte zeitigen (z.B. Verkleinerung eines Baubereiches), eine nochmalige Publikation wohl entbehrlich ist. Zum Andern sollen Änderungen nur dann zu einer zweiten Auflage führen, wenn sie derart einschneidende Auswirkungen auf den orientierenden Planinhalt haben, dass einer oder mehrere mit dem Gestaltungsplan verbundene Vorteile entfallen oder zumindest beeinträchtigt werden (vgl. RRB Nr. 626/1998 vom 21. April 1998; ZBl 101/2000, S. 400).

2.2 Der zur Diskussion stehende, abgeänderte Gestaltungsplan vom 6. August 2001 weist gegenüber dem am 8. September 2000 aufgelegten Gestaltungsplan vom 4. September 2000 folgende Abweichungen auf: Der Gestaltungsplanperimeter wurde im südwestlichen Eckbereich, unter gleichzeitiger Verkleinerung einer Spielfläche, abgeändert; der Baubereich «Haus Süd» wurde in dessen östlichem Bereich vergrössert; die Baubereiche «Haus Mitte» und «Haus Nord» (inklusive Zwischenbereich) wurden in deren östlichen Bereichen verkleinert; die Spielflächen, welche neu dem verbindlichen Planinhalt zugewiesen sind, wurden neu angeordnet; die Anordnung eines grossen Teils der oberirdischen Parklätze, welche neu ebenfalls dem verbindlichen Inhalt zugewiesen werden, hat geändert; der Einfahrtbereich in die Tiefgarage hat geändert.

Da es sich bei der obigen Aufzählung um eingreifende Änderungen handelt, die zum Teil verbindlichen Gestaltungsplaninhalt, ja sogar den Gestaltungsplanperimeter, betreffen, hätte auf jeden Fall eine nochmalige Publikation erfolgen müssen, um allen potenziellen Einsprechern – nicht nur dem Beschwerdeführer – die Gelegenheit zu geben, sich gegen die Änderungen zur Wehr zu setzen. Eine solche ist zu Unrecht unterblieben. Die Beschwerde ist bereits aus diesem Grund gutzuheissen und die Angelegenheit zur nochmaligen Publikation an die Vorinstanz zurückzuweisen.

3. Eine Rückweisung ist zusätzlich aus weiteren Gründen angezeigt.

3.1 Das Planungs- und Baugesetz enthält keine ausdrücklichen Anforderungen an den Planinhalt von Gestaltungsplänen. In § 24 Abs. 1 PBG ist lediglich von «Sonderbestimmungen, die in der Regel auf einem Plan und in Vorschriften festgehalten werden» die Rede. Demgegenüber ist der Gestaltungsplaninhalt in einem Grossteil der kommunalen Baureglemente, mehr oder weniger detailliert, geregelt. Er bestimmt sich im Grunde nur durch die Zweckmässigkeit. Dabei sollten jedoch regelmässig folgende Elemente zum minimalen Inhalt eines Gestaltungsplanes gehören: die Baubereiche (Darstellung mittels Baubegrenzungslinien), aus welchen die Lage, die maximale horizontale Ausdehnung sowie die internen und externen Abstände der künftigen Bauten ersichtlich sind; die vertikale Ausdehnung der Bauten (Darstellung mittels Höhenbegrenzungslinien), welcher die maximalen Gebäudehöhen und die Dachform der Bauten entnommen werden kann; Angaben über die Gliederung und Gestaltung der Bauten; die Frei-, Spiel- und Grünflächen; die interne Erschliessung durch Fusswege und Strassen sowie die ober- und unterirdische Parkierung. Die aufgezählten Planelemente sind dem verbindlichen, und nicht bloss dem orientierenden Planinhalt zuzuordnen (ZBI 101/2000, S. 405f.).

In Art. 54 Abs. 1 lit. b des Baureglementes der Gemeinde Y. vom 4.7.1993/8.6.1997 (BauR) wird betreffend Inhalt des Gestaltungsplanes verlangt, dass dieser einen Plan mit den Baulinien bzw. den Baubegrenzung- und Höhenbegrenzungslinien sowie den generellen Grundrissen der Bauten zu enthalten hat.

3.2 Der zur Diskussion stehende Gestaltungsplan enthält, entgegen der klaren Anforderung in Art. 54 Abs. 1 lit. b BauR, keine Höhenbegrenzungslinien. Auch ist diesem nicht exakt zu entnehmen, wie das gewachsene Terrain verläuft. Diesbezüglich genügt die blosser Eintragung von Höhenkurven im Gestaltungsplan nicht. Der Regierungsrat hielt bezüglich Eintragung des gewachsenen Terrains in einem Beschwerdeentscheid (RRB Nr. 1417/2001 vom 13. November 2001, S. 4) unlängst fest: «Es ist unbestritten, dass die Angabe des gewachsenen Terrains im fraglichen Gestaltungsplan fehlt (vgl.). Dies stellt nach dem Gesagten einen klaren Mangel dar. Es geht nicht an, einfach «auf die bestehenden, im Höhenverlauf bekannten Strassenzüge und abzustellen». Nur durch eine Angabe des gewachsenen Terrains kann, in Anwendung der verbind-

C. 10.1

lichen kantonalen Messweise, die effektive Höhe der geplanten Baukörper bestimmt werden (vgl. EGV-SZ 1999, Nr. 44). Dies ist zum Einen Voraussetzung, um festzustellen, ob die gemäss Baureglement vorgesehenen maximalen Höhen (Gebäude- und Firsthöhe) eingehalten werden, oder ob diese Abweichungen von der Grundordnung darstellen und dafür Ausnahmen beanspruchen (vgl.). Zum Andern ist die genaue Feststellung der Gebäudehöhe auch wichtig, um feststellen zu können, ob die internen Gebäudeabstände eingehalten sind, oder ob für deren Unterschreitung Ausnahmen geltend gemacht werden. Dabei ist auch von Bedeutung, wie stark allfällige Abweichungen von den Bauvorschriften sind, da Ausnahmen nur in einem angemessenen Verhältnis zu den ausgewiesenen Vorteilen gewährt werden dürfen (vgl.). Alsdann ist die richtige Bestimmung der Gebäudehöhe unerlässliche Voraussetzung für die Beurteilung, ob die externen Grenzabstände, von welchen keine Ausnahmen bewilligt werden dürfen, eingehalten sind.»

Im konkreten Fall fehlt es sowohl an der Eintragung des gewachsenen Terrains als auch an der Festlegung der maximalen Höhen mittels Höhenbegrenzungslinien. Damit ist ein elementarer, dem verbindlichen Inhalt zuzurechnenden Bestandteil des Gestaltungsplanes nicht vorhanden. Mangels klarer höhenmässiger Begrenzung, welcher auch die Dachform der Bauten entnommen werden könnte, besteht kein entsprechender Gestaltungsspielraum. Es geht nicht an, diesbezüglich einfach auf die Bestimmungen des Baureglementes zu verweisen. Im Gegensatz zu einem konkreten Bauvorhaben ist der Gestaltungsplan ein Planungsinstrument. Der Plan muss gewissen minimalen Anforderungen genügen und hat zudem einen Gestaltungsspielraum zu gewähren. Im konkreten Fall kann mangels Höhenbegrenzungslinien und fehlender Eintragung des gewachsenen Terrains nicht geprüft werden, ob externe oder interne Abstände unterschritten werden. Dies ist ein offensichtlicher Mangel.

3.3 Der Beschwerdeführer bemängelte bereits in seiner Einsprache, auf dem Grundstück KTN 127 seien Aufschüttungen erfolgt. Die Vorinstanz bejaht das Vorliegen von Geländeaufschüttungen, wobei diese jedoch geringfügig seien und seit über zehn Jahren beständen (angefochtener Beschluss, S. 9; Vernehmlassung Vorinstanz, S. 7).

Liegt eine Geländeänderung unter freiem Himmel schon längere Zeit zurück (d.h. zehn Jahre oder länger) und ist sie dem umgebenden, benachbarten Geländeverlauf angepasst, dann kann sie als gewachsenes Terrain gelten, weil nach einer solch langen Periode der ursprüngliche Verlauf kaum mehr im Detail eruiert werden kann. Aus dieser Definition geht hervor, dass im Einzelfall nicht starr auf die 10-Jahres-Frist abzustellen ist, sondern dass in der Regel erst dann angepasstes Terrain als gewachsenes zu qualifizieren ist, wenn der ursprüngliche Verlauf kaum mehr im Detail eruiert werden kann. Es ist also jeweils zu versuchen, den ursprünglichen Verlauf auf Grund der unmittelbaren Umgebung ausfindig zu machen, wobei auch allfällige planerische und/oder geometrische Daten herangezogen

werden dürfen. Ist der ursprüngliche Verlauf rekonstruierbar, genügt somit eine Zeitdauer von zehn Jahren sowie die Anpasstheit einer Aufschüttung an die benachbarte Umgebung für die Annahme eines gewachsenen Terrains nicht ohne weiteres (vgl. EGV-SZ 1999, S. 138; EGV-SZ 1987, S. 42f.).

Aus den Aussagen der Vorinstanz ist zu schliessen, dass keine Anstrengungen unternommen wurden, um das gewachsene Terrain bzw. das Ausmass der Aufschüttungen zu eruieren. Der Hinweis bezüglich der Geländeaufschüttungen auf S. 7 der vorinstanzlichen Vernehmlassung: «Die Geringfügigkeit kann anhand der Topografie und den angrenzenden Grundstücken, welche während des Baues der T8/A8 unverändert geblieben sind, leicht nachvollzogen werden» legt immerhin den Schluss nahe, dass es im gegebenen Fall möglich sein sollte, das ursprüngliche gewachsene Terrain festzustellen. Diese Unterlassung stellt eine mangelnde Sachverhaltsabklärung dar, die es ebenfalls rechtfertigt, die Angelegenheit an die Vorinstanz zurückzuweisen.

3.4 Somit ist die Beschwerde bereits aus formellen Gründen im Sinne der Erwägungen gutzuheissen. Die Angelegenheit ist zur Ergänzung des Sachverhalts, zur Planvervollständigung sowie zur nochmaligen Publikation des Gestaltungsplanes X. an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Inwieweit die vorzunehmenden Anpassungen des Gestaltungsplanes einen Einfluss auf das bereits eingereichte Baugesuch haben, ist der Prüfung der Beschwerdegegner überlassen. Der vorliegende Fall zeigt dabei einmal mehr, dass es grundsätzlich nicht sinnvoll ist, das Baugesuch gleichzeitig mit dem Gestaltungsplan einzureichen.

4. Um allfälligen Weiterungen in der Sache die Spitze zu brechen, ist trotzdem, jedoch ohne Anspruch auf abschliessende Beurteilung, kurz auf die wichtigsten materiellrechtlichen Aspekte einzugehen.

4.1 Entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers geht es nicht an, im Gestaltungsplanverfahren die Zonenzuweisung von KTN 127 grundsätzlich in Frage zu stellen. Das Grundstück befindet sich in der Kernzone B., welche die Erweiterung des historischen Ortskerns von bezweckt und Bauten mit zentrumsbildender Funktion zulässt (Art. 42 Abs. 1 BauR). Hingegen müssen die geplanten Bauten mit den für die Empfindlichkeitsstufe III geltende Lärmschutzvorschriften vereinbar sein.

Der revidierte Lärmschutznachweis des Büros Remund + Kuster vom 27. Juli 2001 kommt auf S. 10 zum Schluss, dass der Immissionsgrenzwert der Empfindlichkeitsstufe III für Wohn- und Gewerberäume bezüglich Strassenlärm eingehalten ist, wobei die Beurteilungspegel teilweise hoch seien. Dieser Lärmschutznachweis ist nachvollziehbar.

Eine heikle Frage ergibt sich aufgrund der Stellungnahme des Amtes für Umweltschutz vom 24. September 2001. Darin wird davon ausgegangen, dass vorliegend nicht der Immissionsgrenzwert, sondern der Planungswert der Empfindlichkeitsstufe III anzuwenden sei, da das Grundstück KTN 127

C. 10.1

(gemäss den dem AfU zur Verfügung stehenden Unterlagen) im Jahre 1987 noch nicht erschlossen gewesen sei (vgl. Art. 30 Lärmschutz-Verordnung vom 15. Dezember 1986, LSV, SR 814.41; Art. 24 Abs. 2 Bundesgesetz über den Umweltschutz vom 7. Oktober 1983, USG, SR 814.01). Gemäss dem für den konkreten Fall einschlägigen BGE 117 Ib, 308ff./314 ist dabei von einer vollständigen Erschliessung im Sinne von Art. 19 des Bundesgesetzes über die Raumplanung vom 22. Juni 1979 (RPG, SR 700) auszugehen.

Die aufgeworfene Frage wird von der Vorinstanz im Rahmen eines erneuten Beschlusses, allenfalls unter Rücksprache mit dem Amt für Umweltschutz, zu klären sein. Sofern davon ausgegangen wird, KTN 127 sei bereits 1987 erschlossen gewesen und damit der Immissionsgrenzwert anwendbar, hat die Vorinstanz dies zu begründen bzw. zu belegen.

4.2 Bezüglich Verkehrssicherheit ist darauf hinzuweisen, dass im nördlichen Gestaltungsplanareal keine Lärmschutzwand geplant ist und dass zudem im Einmündungsbereich der Einfahrt zur neuen Dorfstrasse gemäss Auflage der Vorinstanz drei Parkplätze weggelassen werden müssen. Inwieweit Beeinträchtigungen der Sicht vorhanden sein sollen, ist nicht ersichtlich.

4.3 Die Einwände des Beschwerdeführers bezüglich verkehrsmässiger Erschliessung von KTN 127 wirken etwas konstruiert. Diesbezüglich kann auf die Ausführungen der Vorinstanz und der Beschwerdegegner in ihren Vernehmlassungen verwiesen werden.

4.4 Ob die externen Grenzabstände eingehalten sind, kann mangels Eintragung des gewachsenen Terrains bzw. mangels Höhenbegrenzungslinien nicht beurteilt werden. Unzutreffend ist die Feststellung des Beschwerdeführers, im Norden reiche die Baubegrenzungslinie bis 4.20 m an die Strasse heran. Er verkennt, dass nicht die Grundstücksgrenze, sondern die weiter entfernte, gestrichelte Linie den Strassenrand darstellt (vgl. Gestaltungsplan). Soweit ersichtlich sind die Baubereiche überall mindestens 6 m vom Strassenrand entfernt. Zudem ist darauf hinzuweisen, dass dort, wo die Strassengrenze mit der Grundstücksgrenze zusammenfällt, der grössere Abstand vorgeht (§ 68 Abs. 3 PBG). Im südwestlichen Baubereich dürfte demnach die maximale Gebäudehöhe nur 12 m betragen, da dort die Strassengrenze mit der Grundstücksgrenze zusammenfällt und nur ein Abstand von 6 m besteht.

4.5 Ein Gestaltungsplan muss zwingend einen gewissen Gestaltungsspielraum offen lassen. Es kann deshalb im Gestaltungsplanverfahren noch nicht abschliessend beurteilt werden, ob genügend Parkplätze ausgewiesen sind. Gerade bei Änderungen der Anteile von Wohn- und Gewerbenutzung können Differenzen entstehen. Es muss deshalb genügen, wenn die ober- und unterirdischen Parkplätze aufgrund der möglichen Überbauung plausibel ausgewiesen werden. Die detaillierte Anzahl kann jedoch erst im konkreten Baubewilligungsverfahren bestimmt werden.

4.6 Schliesslich noch ergänzende Bemerkungen zu Ziff. 5.2 der Sonderbauvorschriften (SBV). Nach dieser Bestimmung dürfen Vordächer, Balkone, Aussentreppen und eingeschossige Nebenbauten wie Abstellräume, Geräteräume und Garagen die Mantellinie gemäss § 59 PBG (1.50 m) überschreiten. Gemäss § 59 Abs. 2 PBG dürfen nur über die Fassade vorspringende Gebäudeteile um 1.50 m in den Grenzabstand hineinragen. Demgegenüber haben Nebenbauten einen Grenzabstand von mindestens 2.50 m einzuhalten (§ 61 Abs. 1 PBG). Da im westlichen Bereich die Baubegrenzungslinien zum Teil lediglich einen Abstand von 3 m zur Grundstücksgrenze zu KTN 126 aufweisen, und die Nebenbauten nach Ziff. 5.2 SBV die Baubegrenzungslinien um 1.50 m überschreiten dürfen, kann der externe Grenzabstand zu KTN 126 durch Nebenbauten um 1 m unterschritten werden. Die Gewährung einer solchen Ausnahme von einer externen Abstandsvorschrift ist gemäss Literatur und Rechtsprechung klar unzulässig (ZBI 101/2000, S. 409; RRB Nr. 1417/2001 vom 13. November 2001).

5. Zusammenfassend ist die Beschwerde im Sinne der Erwägungen gutzuheissen. Der vorinstanzliche Beschluss vom 23. August 2001 ist aufzuheben und die Angelegenheit zur Ergänzung des Sachverhalts, zur Planvervollständigung sowie zur nochmaligen Publikation des Gestaltungsplanes X. an die Vorinstanz zurückzuweisen. (RRB Nr. 674/2002 vom 22. Mai 2002).

12. Landwirtschaft

12.1 Verwaltungskostenabzug für Direktzahlungen

- *Ausrichtung von Direktzahlungen und Ökobeiträgen (Erw. 1).*
- *Kantonale Gebührenregelung (Erw. 2).*
- *Der Verwaltungskostenbeitrag wird nicht nur für die Kontrolle des ökologischen Leistungsausweises, sondern für die gesamten Aufwendungen der Verwaltung im Bereiche der Direktzahlungen einverlangt (Erw. 3).*
- *Die Verwaltungskostenbeiträge sind bei weitem nicht kostendeckend (Erw. 4).*

Aus den Erwägungen:

1. Gemäss Art. 70 des Bundesgesetzes über die Landwirtschaft vom 29. April 1998 (Landwirtschaftsgesetz, LWG; SR 910.1) richtet der Bund Bewirtschaftern und Bewirtschafterinnen von bodenbewirtschaftenden bäuerlichen Betrieben unter der Voraussetzung des ökologischen Leistungsnachweises allgemeine Direktzahlungen und Ökobeiträge aus (Abs. 1). In der vom Bundesrat erlassenen Verordnung über die Direktzahlungen an die Landwirtschaft vom 7. Dezember 1998 (Direktzahlungsverordnung,

C. 12.1

DZV; SR 910.13) wird das Verfahren für die Ausrichtung von Direktzahlungen geregelt (Gesucheinreichung, Fristen, Angaben und Kontrollen, Abrechnung, Auszahlung usw.). Unter anderem ist vorgeschrieben, dass der Kanton die vom Bewirtschafter oder der Bewirtschafterin eingereichten Angaben, die Einhaltung der Bedingungen und Auflagen und die Beitragsberechtigung überprüft (Art. 66 Abs. 3 DZV). Keine Regelung enthält die bundesrätliche Verordnung in Bezug auf die Erhebung von Verwaltungsgebühren. Es wird den Kantonen überlassen, ob sie für die Verwaltungstätigkeiten eine Gebühr erheben wollen.

2.1 Gemäss § 150 Abs. 3 der Gerichtsordnung vom 10. Mai 1974 (GO, SRSZ 231.110) erlässt der Regierungsrat die Gebührenordnung für die Verwaltung und die Rechtspflege im Kanton Schwyz sowie die Gebührentarife. Die Gebührenordnung für die Verwaltung und die Rechtspflege im Kanton Schwyz vom 20. Januar 1975 (GebO, SRSZ 173.111) regelt die Gebühren für die Verwaltung des Kantons, der Bezirke und der Gemeinden und für die Rechtspflege, soweit nicht durch Bundesrecht, Staatsverträge oder besondere Erlasse des Kantons und, im Rahmen ihrer Autonomie, der Bezirke und der Gemeinden eine abweichende Regelung gilt (§ 1 Abs. 1 GebO). Der Regierungsrat erlässt einen Gebühren-Tarif (§ 1 Abs. 2 GebO). Dem Gebührentarif vom 19. Dezember 2000 (ABl vom 29. Dezember 2000, Nr. 52) ist unter dem Titel Landwirtschaftsamt Ziffer 23 Folgendes zu entnehmen: «Verwaltungskostenabzug im Bereich Direktzahlungen und Sömmerungsbeiträge inkl. Kontrollmassnahmen 4‰ mind. 50».

2.2 Gestützt auf diese gesetzliche Grundlage nahm das Landwirtschaftsamt bei den Direktzahlungen der Beschwerdeführer einen Abzug von Fr. 408.40 vor (0.4% von Fr. 102 097.-).

3. Die Beschwerdeführer beantragen, dass anstelle des neu eingeführten Verwaltungskostenabzuges von 0.4% der gesamten Direktzahlungen nur der effektive Kostenaufwand für die Kontrolle des ökologischen Leistungsnachweises (ÖLN) verrechnet werde.

3.1 Die Direktzahlungen umfassen allgemeine Direktzahlungen und Ökobeiträge (Art. 1 Abs. 1 DZV). Direktzahlungen werden nur auf schriftliches Gesuch hin ausgerichtet. Das Gesuch ist an die vom Wohnsitzkanton bezeichnete Behörde zu richten (Art. 63 DZV). Die Kantone überprüfen die vom Bewirtschafter oder der Bewirtschafterin eingereichten Angaben, die Einhaltung der Bedingungen und Auflagen und die Beitragsberechtigung (Art. 66 Abs. 3 DZV). Das Bundesamt kontrolliert die Auszahlungsliste des Kantons und überweist diesem den bewilligten Gesamtbetrag (Art. 68 Abs. 1 DZV). Der Kanton zahlt die Beiträge an die Gesuchsteller oder Gesuchstellerin aus (Art. 68 Abs. 2 DZV).

3.2 Wie aus Erwägung 3.1 hervorgeht, liegt die Hauptaufgabe beim Vollzug der Direktzahlungsverordnung beim Kanton. Im Abzug von 0.4% ist

nicht nur der Kontrollaufwand für den ökologischen Leistungsnachweis enthalten, sondern auch der übrige Aufwand für einen korrekten Vollzug der gesamten Regelungen der Direktzahlungsbeiträge inklusive Konformitätsbewertung auf den Landwirtschaftsbetrieben. Nebst der ÖLN-Kontrolle fallen unter anderem als Aufwände das Erstellen von Nährstoffbilanzen, die Organisation der Viehzählung, die Erfassung der Viehzählungsdaten, die Erhebung von Flächenmutationen (teilweise vor Ort auf dem Betrieb), die Verwaltung und Nachführung der Flächendateien, der Berechnungsaufwand für die einzelnen Beitragsarten wie Flächenbeitrag, Beitrag für raufutterverzehrende Nutztiere, Beitrag unter erschwerten Produktionsbedingungen usw., das Genehmigen von Hofdüngerabnahmeverträgen, Aufnahme und Kontrolle von ökologischen Ausgleichsflächen und Flächen nach der Ökoqualitätsverordnung und weiteres mehr an.

3.3 Der Verwaltungskostenabzug wird vom Gesamtbetrag der Direktzahlungen vorgenommen. Damit werden alle Bezüger von Direktzahlungen betroffen. Denn in jedem Bereich der Direktzahlungen sind Arbeiten und Kontrollen zu verrichten. In den einen Teilen ist dieser Verwaltungsaufwand etwas grösser als in den anderen. Würden nur die Kosten für die Kontrolle des ökologischen Leistungsnachweises verrechnet, würden die Bezüger von Flächenbeiträgen bevorzugt. Umgekehrt, wenn ein Verwaltungskostenabzug nur auf dem Flächenbeitrag vorgenommen würde, wie dies die Beschwerdeführer eventualiter beantragen, würden Bewirtschafter und Bewirtschafterinnen mit grossen Flächen benachteiligt. Es gibt wohl kein Kriterium, welches den effektiven einzelbetrieblichen Aufwand genau zu erfassen vermag, ausser man würde für jeden Landwirtschaftsbetrieb genau Buch führen und berechnen, wie viele Stunden man für die Administration und Kontrolle benötigt und dann den Aufwand nach einem Stundenansatz von höchstens Fr. 150.– verrechnen (§ 3 Abs. 2 GebO). Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass bei der Festlegung von Verwaltungsgebühren eine gewisse Pauschalisierung und Schematisierung durchaus zulässig ist (Vgl. VGE 717/00 vom 20. Februar 2001).

3.4 Die Beschwerdeführer übersehen, dass es beim Verwaltungskostenabzug nicht um die Kosten der Kontrolle geht, sondern um die Beanspruchung der Verwaltung insgesamt. Jedes Jahr müssen Daten nachgetragen oder neu erfasst werden. Jedes Gesuch um Direktzahlungen ist mit Aufwand verbunden. Es rechtfertigt sich, dass das Landwirtschaftsamts einen Teil der Verwaltungskosten den Bezüger von Direktzahlungen in Rechnung stellt.

4. Im Weiteren wird durch den Abzug von 0.4% das Kostendeckungs- und Äquivalenzprinzip eingehalten. Das Kostendeckungsprinzip bedeutet, dass der Gesamtertrag der Gebühren die gesamten Kosten des betreffenden Verwaltungszweiges nicht übersteigen darf. Das Globalbudget 2002 des Landwirtschaftsamtes weist bei der Produktgruppe Direktzahlungen Kosten von Fr. 2 086 400.– und einen Erlös von Fr. 205 000.– aus. Die Kosten

C. 14.1

machen demzufolge rund das Zehnfache des Erlöses aus. Nach dem Äquivalenzprinzip muss die Höhe der Gebühr im Einzelfall in einem vernünftigen Verhältnis stehen zum Wert, den die staatliche Leistung für den Abgabepflichtigen hat. Die Beiträge, welche der Beschwerdeführer erhält, sind 250 Mal höher als die für die Administration, Kontrolle und Vergütung erhobene Verwaltungsgebühr. (RRB Nr. 1583/2002 vom 10. Dezember 2002).

14. Arbeitsvergebungen

14.1 Gesamtofferte für verschiedene Arbeitsgattungen

- *Hat eine Behörde verschiedene Arbeitsgattungen gesondert ausgeschrieben, so kann eine Bewerberin nicht den Zuschlag für eine zusammenfassende Gesamtofferte verlangen (Erw. 5).*

Aus den Erwägungen:

5.1. Nach § 5 Abs. 3 Verordnung über die Vergebung von Arbeiten und Lieferungen vom 6. Februar 1976 (Submissionsverordnung, SubmV, SRSZ 430.110) ist bei der Ausschreibung eine Aufteilung der Arbeiten und Lieferungen nach den verschiedenen Berufsarten und Arbeitsgattungen nach Möglichkeit vorzusehen. Diese Vorschrift war in der Vorlage des Regierungsrates nicht enthalten, sondern wurde in der parlamentarischen Beratung eingefügt. Erreicht werden sollte damit, dass öffentliche Aufträge möglichst breit gestreut werden (vgl. Protokoll der vorberatenden Kommission des Kantonsrates vom 15. Januar 1976, S. 2). Der Bezirksrat der Höfe hat dieser Bestimmung nachgelebt, wenn er die Arbeitsgattungen BKP 293 (Elektroplanung), 294 (HLK-Planung) und 295 (Sanitär-Planung inklusive Gesamtleitung und fachtechnische Koordination der Haustechnikplaner) neben den Bauingenieurarbeiten und den Landschaftsarchitekturaufgaben je separat ausgeschrieben und vergeben hat. Die beschwerdeführenden Bewerber dagegen sind von dieser Wettbewerbsbedingung abgewichen, indem sie die erwähnten Planungen zusammengefasst und ein Gesamtangebot unterbreitet haben. Damit entspricht ihr Angebot nicht den Bedingungen der Ausschreibung, was nach § 18 Al. 1 SubmV den Abschluss aus dem Wettbewerb zur Folge hat.

5.2 Nach der Praxis von Verwaltungsgericht und Regierungsrat darf allerdings ein Mangel bei einem Angebot dann nicht zu einem Wettbewerbsausschluss führen, wenn der Mangel von geringerer Bedeutung ist. Von einem Ausschluss ist namentlich abzusehen, wenn ein Mangel sich leicht beheben lässt und daraus keine Wettbewerbsverzerrungen entstehen (VGE

586/85 vom 10. Oktober 1985, EGV-SZ 1985, Nr. 16; RRB Nr. 155 vom 18. November 1997, EGV-SZ 1997, Nr. 56; RRB Nr. 304 vom 29. Februar 2000). Gesamtangebote (für verschiedene Spezialplanungen) und Angebote für einzelne Spezialplanungen lassen sich nun allerdings nicht vergleichen und können auch nicht vergleichbar gemacht werden. So haben die beschwerdeführenden Unternehmen ein Gesamtangebot unterbreitet und wollen dieses explizit auch so verstanden wissen. Sie haben selbst eine Auftrennung ihres Angebotes ausgeschlossen (Schreiben vom 11. Januar 2002). Auf diese Weise scheidet auf alle Fälle ein Direktvergleich aus. Aber auch eine Betrachtung über die gesamte Planung gestattet keinen objektiven und fairen Vergleich. In einem solchen Fall müsste die vergebende Behörde die Angebote verschiedener Planungsbüros, die eben nicht ein Gesamtangebot unterbreitet haben, zusammenfassen und dem Gesamtangebot der Beschwerdeführer gegenüberstellen. In einem solchen Fall müsste beispielsweise ein Elektroplaner, der nota bene den Wettbewerbsbedingungen entsprechend ein «Teilangebot» eingereicht hatte, es sich gefallen lassen, dass ihm ein beliebiger anderer Partner mit seinen Stärken und Schwächen beigeordnet und sein Angebot aufgerechnet würde, was sicherlich nicht ohne Beeinträchtigung des Fairnessgebotes möglich ist.

5.3 Auszuschliessen ist aber auch, im Angebot der Beschwerdeführer auf eine zulässige Variante im Sinne von § 7 Abs. 2 SubmV zu schliessen. Entgegen der Meinung der Beschwerdeführer könnte zwar in der Zusammenfassung aller Spezialplanungen unter einer einheitlichen Leitung eine «zweckmässiger und vorteilhaftere Ausführung» gesehen werden. § 7 Abs. 2 SubmV verlangt jedoch ausdrücklich, dass solche Varianten in einem separaten Angebot zu unterbreiten sind. Nach der Praxis werden Angebote in der Form von Varianten aus dem Wettbewerb ausgeschlossen, wenn nicht auch die primäre Wettbewerbsaufgabe offeriert wird (vgl. ebenso Peter Galli/Daniel Lehmann/Peter Rechsteiner, *Das öffentliche Beschaffungswesen in der Schweiz*, Zürich 1996, Rz. 288). Bewerber, die eine Variante offerieren, haben ausserdem zwar einen Anspruch darauf, dass ihre Angebote objektiv vergleichbar gemacht werden (§ 13 Abs. 2 SubmV; Peter Galli, *Die Submission der öffentlichen Hand im Bauwesen*, Diss., Zürich 1981, S. 64). Ob der Auftraggeber alsdann eine Variante akzeptieren will, liegt in weitem Masse in dessen Ermessen. Denn: Für die Beschaffung trägt eben der Besteller und nicht ein privater Anbieter die Verantwortung. Der Entscheidungsprimat steht eindeutig den demokratisch gewählten Behörden und nicht den privaten Anbietern zu.

5.4 Weicht das Angebot der beschwerdeführenden Unternehmungen in erheblichem Masse von der gestellten Wettbewerbsaufgabe ab und kann dieses nicht vergleichbar gemacht werden, so ist deren Angebot zu Recht nicht weiter berücksichtigt worden. In diesem Sinne ist die Beschwerde abzuweisen.

(RRB Nr. 897/2002 vom 2. Juli 2002).

17. Verkehrs- und Polizeiwesen

17.1 Autofreier Kurort

- *Voraussetzungen für Verkehrsbeschränkungen nach Art. 3 Abs. 4 SVG (Erw. 3).*
- *Die angeordneten Verkehrsbeschränkungen dienen dem Schutze der Stoosbewohner, Feriengäste und Erholungssuchenden vor Lärm sowie Luftverschmutzung und sind damit zulässig (Erw. 4a–d).*
- *Die Verkehrsbeschränkungen verstossen auch nicht gegen die persönliche Freiheit (Erw. 4e), das Verhältnismässigkeitsprinzip (Erw. 4f), die Rechtsgleichheit (Erw. 4g), die Wirtschaftsfreiheit (Erw. 4h) und den Grundsatz der Gebührenfreiheit öffentlicher Strassen im Sinne von Art. 82 Abs. 3 BV (Erw. 4i).*

Aus dem Sachverhalt:

A. Mit Beschluss vom 13. Januar 1998 erliess der Gemeinderat Morschach für die Stooswaldstrasse und die Ringstrasse mehrere Verkehrsbeschränkungen, die im Wesentlichen die Aufhebung aller bisherigen Fahrverbote auf der Stooswaldstrasse und die Einführung eines Fahrverbotes für Motorwagen, Motorräder und Motorfahrräder (mit einem separaten Reglement, detailliert festgehaltenen Regelungen und Ausnahmegewilligungen) auf den beiden Strassen zum Inhalt haben. Das Baudepartement des Kantons Schwyz genehmigte die Verkehrsbeschränkungen mit Verfügung vom 3. März 1998.

B. Gegen diese Verkehrsbeschränkungen erhoben zahlreiche Gewerbetreibende und Bewohner des Stooses Beschwerde beim Regierungsrat des Kantons Schwyz. Aufgrund der Beschwerden nahm der Gemeinderat Morschach verschiedene Änderungen und Ergänzungen im angefochtenen Reglement vor. Mit einer Ausnahme hielten die Beschwerdeführer an ihren Beschwerden fest. Der Regierungsrat wies die Beschwerden mit Entscheidung vom 15. Februar 2000 ab, soweit diese nicht gegenstandslos geworden waren.

C. Den Entscheid des Regierungsrates fochten die Beschwerdeführer beim Bundesrat an. Der Bundesrat hat die Beschwerden mit Entscheidung vom 26. März 2003 abgewiesen, soweit er auf diese eingetreten ist.

Aus den Erwägungen

3. Nach Artikel 3 Absatz 4 des Strassenverkehrsgesetzes vom 19. Dezember 1958 (SVG; SR 741.01) können Beschränkungen und Anordnungen erlassen werden, soweit der Schutz der Bewohner oder gleichermassen Betroffener vor Lärm und Luftverschmutzung, die Sicherheit, die Erleichterung oder die Regelung des Verkehrs, der Schutz der Strasse oder ande-

re in den örtlichen Verhältnissen liegende Gründe dies erfordern. Dabei ist die Massnahme zu wählen, die den Zweck mit den geringsten Einschränkungen erreicht (Art. 107 Abs. 5 der Signalisationsverordnung; SSV; SR 741.21).

4. Die strittigen Fahrverbote bezwecken, den motorisierten Verkehr auf der Zufahrtstrasse ab Morschach sowie auf dem Stoos einzuschränken. Damit sollen die Stoosbewohner, Feriengäste und Erholungssuchenden vor Lärm und Luftverschmutzung geschützt werden. Zu gewissen Zeiten, während derer sich zahlreiche Wanderer und Wintertouristen auf der Stooswald- und Ringstrasse aufhalten, sollen diese Strassen von Motorfahrzeugen möglichst freigehalten werden. Zudem geht es generell um die Wahrung der Interessen des Tourismus, insbesondere um die Wahrung des Ortes Stoos als autoarmer Ferienort. Diese Begründung leuchtet – entgegen der Ansicht der Beschwerdeführer – durchaus ein und ist mit Artikel 3 Absatz 4 SVG vereinbar. Die von den Beschwerdeführern geäusserte Ansicht, die Verkehrsbeschränkungen hätten zum Ziel, die Stoosbewohner in ihrer freien und wirtschaftlichen Entfaltungsmöglichkeit einzuschränken, ist hingegen offensichtlich unzutreffend.

a) Vor der Vorinstanz waren mehrere Verfahren anhängig gemacht worden. Dabei wurden zahlreiche Anträge mit unterschiedlichsten Stossrichtungen gestellt. Aufgrund der Beschwerden und auf der Suche nach einem konsensfähigen Kompromiss nahm der Gemeinderat Morschach am 27. Mai 1998 verschiedene Änderungen und Ergänzungen des Reglements vor. Nach einem Augenschein und einer Aussprache mit mehreren Beschwerdeführern erging schliesslich der vorinstanzliche Entscheid.

Die Vorinstanz hält darin im Wesentlichen fest, die Verkehrsanordnungen lägen im öffentlichen Interesse, zumal es sich bei der Ortschaft Stoos und dessen Umgebung um ein reizvolles und unberührtes Erholungs- und Wandergebiet handle, das vor den negativen Folgen des motorisierten Verkehrs geschützt werden müsse. Die Massnahmen seien insgesamt geeignet und notwendig, um das zu verwirklichende Ziel zu erreichen. Sie seien zudem in einem vernünftigen Verhältnis zu den geringen Freiheitsbeschränkungen, die in Kauf genommen werden müssten.

b) Demgegenüber bringen die Beschwerdeführer in ihrer Beschwerde an den Bundesrat insbesondere vor, die Feststellung des Regierungsrates, den Einschränkungen für ganzjährige Stoosbewohner und ortsansässige Gewerbetreibende komme nur geringes Gewicht zu, sei unzutreffend. Die Verkehrsmassnahmen hinderten die Stoosbewohner und die Gewerbetreibenden auf dem Stoos in ihrem wirtschaftlichen und persönlichen Fortkommen; ihnen drohe mit den Verkehrsbeschränkungen der wirtschaftliche Ruin. Die Massnahme sei daher sehr einschneidend. Zudem verletze die angefochtene Massnahme das Gebot der Rechtsgleichheit nach Artikel 8 BV. Für Anstösser stellten sich die Verhältnisse anders dar als für den

C. 17.1

Durchgangsverkehr, da die Strasse für Anstösser Erschliessungsfunktion habe. Dieser Ungleichheit müsse daher entsprechend Rechnung getragen werden.

Die Massnahme verletze auch das Verhältnismässigkeitsprinzip nach Artikel 107 Absatz 5 SSV. Die unhaltbaren Fahrbeschränkungen kämen für lediglich knapp ein Dutzend Haushalte bzw. Betriebe zur Anwendung. Es sei kein Zweck erfindlich, weshalb die Fahrberechtigung der Beschwerdeführer von einer Fahrbewilligung und ihre gewerbliche Fahrten von einer Verknüpfung mit den Stoosbahnen abhängig gemacht würden. In der Massnahme sei überdies eine Protektion der Bahnen zu erblicken, was wiederum gegen das Gebot der Gleichbehandlung der Gewerbetreibenden verstosse.

Insgesamt verletze die angefochtene Massnahme zahlreiche weitere in der Bundesverfassung festgehaltene Grundrechte. Betroffen seien der Schutz vor Willkür und die Wahrung von Treu und Glauben (Art. 9 BV), die persönliche Freiheit (Art. 10 Abs. 2 BV) und die Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV).

c) Der Bundesrat kann sich den Ausführungen der Vorinstanz im Ergebnis anschliessen. Die Beschwerdeführer bringen dagegen nichts Neues vor, das einen andern Schluss erlauben würde.

Bei der Stooswaldstrasse handelt es sich um eine Nebenstrasse der Kategorie II, die der Erschliessung des Stoos ab Morschach dient. Es ist grundsätzlich eine öffentliche Strasse, deren Unterhalt aber der Flurgenossenschaft Stooswaldstrasse obliegt. Wie der Gemeinderat Morschach in einem Protokollauszug vom 13. Januar 1998 festhält (...), hatte die Flurgenossenschaft Stooswaldstrasse bis anhin Fahrbewilligungen für das Befahren der mit einem Fahrverbot belegten Strasse erteilt. Nach altem Recht wurden die Verkehrsbeschränkungen auf der Stooswaldstrasse und Ausnahmen davon noch vom Regierungsrat beschlossen. Nachdem nun aber nach geändertem und heute gültigem Recht der Gemeinderat Morschach für den Erlass von Verkehrsbeschränkungen zuständig wurde, ersuchte u. a. die Flurgenossenschaft Stooswaldstrasse den Gemeinderat um Erlass eines entsprechenden Verbots für alle motorisierten Fahrzeuge (mit gewissen Ausnahmen für forst- und landwirtschaftliche Fahrzeuge).

Die Stooswaldstrasse mündet auf dem Stoos in die Ringstrasse. Bei der Ringstrasse handelt es sich ebenfalls um eine öffentliche Strasse. Sie führt auf rund 1300 m ü. M. ovalförmig um den Balmsberg herum und dient Fussgängern und Fahrzeugen zur Erschliessung der Liegenschaften auf dem Stoos. Sie steht im Eigentum der Flurgenossenschaft Ringstrasse, welche auch den Unterhalt besorgt. Gemäss § 2 der Statuten dieser Flurgenossenschaft soll grundsätzlich der Motorfahrzeugverkehr auf der Ringstrasse untersagt sein. Für die Ringstrasse hatte daher der Einzelrichter des Bezirkes Schwyz am 24. November 1981 ein Fahrverbot im Sinne von § 179 ZPO erlassen. Mit Beschluss vom 22. Mai 1996 hat das Kantonsgericht des Kantons Schwyz allerdings eine Busse wegen Missachtung des durch den Einzel-

richter verfügten allgemeinen Fahrverbots auf der Ringstrasse aufgehoben. Begründet wurde dies damit, dass bei öffentlichen Strassen Fahrverbote nur von den zuständigen Behörden gemäss Strassenverkehrsgesetzgebung erlassen werden dürfen. Auch die Flurgenosenschaft Ringstrasse ersuchte hierauf den Gemeinderat Morschach, eine entsprechende Verkehrsbeschränkung auf der Ringstrasse anzuordnen. Die nun vorliegenden Verkehrsbeschränkungen und das vom Gemeinderat Morschach ausgearbeitete Reglement halten grundsätzlich am bisherigen, allgemeinen Fahrverbot auf den beiden Strassen fest, so dass wie bis anhin auswärtige Dritte vom Befahren der Stooswaldstrasse und der Ringstrasse abgehalten werden (...). Die neue Regelung ermöglicht jedoch – dies als einzige Neuerung gegenüber den früheren Fahrbewilligungen, die einzelfallweise ausgestellt wurden – allen Stoosbewohnern, denen ein entsprechendes, ausgewiesenes Bedürfnis zugebilligt wird, unter klaren Voraussetzungen zu gewissen Zeiten die Zu- und Wegfahrt zu ihren Liegenschaften.

d) Die Beschwerdeführer räumen zunächst selber ein, dass der Zweck der Fahrverbote, den Kreis der Benützungsberechtigten auf die Anwohner und Gewerbebetriebe von Stoos zu beschränken, insoweit unangefochten sei, weil ansonsten mit einer starken Zunahme des Verkehrs zu rechnen wäre, was zu einer Störung des Gebietes führen würde (...). Damit anerkennen die Beschwerdeführer, dass diese Zielsetzung, die insbesondere dem Umweltschutz dient, durch Artikel 3 Absatz 4 SVG gedeckt ist.

Was die übrigen Vorbringen angeht, kann im Wesentlichen auf die Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden: Der Regierungsrat des Kantons Schwyz hat im Einzelnen zutreffend dargelegt, dass die Verkehrsanordnung insgesamt ein geeignetes und notwendiges Mittel darstellt, um die Erholungsfunktion von Stoos zu wahren. Die Notwendigkeit der Verkehrsanordnung ergibt sich aber auch aus dem geringen Ausbaustandard der Strassen und der geringen Breite. Namentlich die in diesem Erholungsgebiet zeitweise zahlreichen Fussgänger, Wanderer und Touristen würden bei einer weniger restriktiven Anordnung durch den motorisierten Verkehr zusätzlich gefährdet und das Erholungsgebiet in seiner eigentlichen Funktion beeinträchtigt. Im Rahmen der Prüfung der Verhältnismässigkeit im engeren Sinn hat der Regierungsrat überzeugend nachgewiesen, dass zwischen dem angestrebten Ziel und dem Eingriff für die Betroffenen ein vernünftiges Verhältnis besteht.

Es trifft zwar zu, dass die ganzjährigen Stoosbewohner, die Gewerbetreibenden sowie die Betreiber von Land-, Alp- und Forstwirtschaft durch die Verkehrsbeschränkungen in ihrer individuellen Mobilität und in der Wahl ihres Verkehrsmittels eingeschränkt werden. Allerdings wird ihren Interessen umfassend und gebührend Rechnung getragen, indem das entsprechende Reglement bewilligungsfreie Fahrten und die Erteilung von Fahrbewilligungen vorsieht.

Die Einschränkungen der Fahrbewilligungen, namentlich während der Zeiten des Betriebs von Skiliftanlagen auf dem Stoos und während der

C. 17.1

Sonntage der Monate Juli bis Oktober, sind zur Erreichung des angestrebten Ziels notwendig und geeignet, zumal gerade zu diesen Zeiten zahlreiche Gruppen von schwächeren Verkehrsteilnehmern und Erholungssuchenden auf der Ringstrasse unterwegs sind. Die Einschränkungen erscheinen auch deshalb verhältnismässig, weil die Zufahrtsmöglichkeiten nicht generell verboten, sondern lediglich zu gewissen Zeiten eingeschränkt werden. Die zuständige Behörde hat insgesamt auch eine sachgerechte Differenzierung vorgenommen zwischen denjenigen Personen, die aufgrund ihres Wohn- oder Arbeitsortes auf dem Stoos auf Fahrmöglichkeiten angewiesen sind, und übrigen Verkehrsteilnehmern, denen das Befahren der Stooswaldstrasse und der Ringstrasse grundsätzlich untersagt ist. Nicht zu beanstanden sind unter diesem Aspekt auch, dass gewisse Fahrzeuge die Strassen ohne Fahrbewilligung benützen dürfen (namentlich Kehrriechtabfuhr, Post, Strassenunterhalt, Feuerwehr, Notfalldienst und Polizei). Eine Verletzung des Gebotes der Rechtsgleichheit liegt nicht vor.

Die frühere Praxis der beiden Flurgenossenschaften bezüglich der Erteilung von Fahrbewilligungen ist nicht im Detail bekannt und geht auch aus den Akten nicht hervor. Der Gemeinderat Morschach hält aber in seinem Protokollauszug (...) fest, dass mit der neuen Regelung gegenüber der früheren Praxis keine spürbare Änderung betreffend Befahren der Ringstrasse mit Motorfahrzeugen erfolgen werde. Diese Auffassung erscheint zutreffend, zumal die bisherigen Fahrverbote unverändert weiter bestehen, das neu erarbeitete Reglement nun aber Rücksicht auf die besonderen Gegebenheiten auf dem Stoos nimmt. Hinzu kommt, dass die neue, klare und transparente Regelung namentlich auch der rechtsgleichen Anwendung der Bestimmungen dient, von der alle Stoosbewohner profitieren können.

e) Die Beschwerdeführer können ebenso wenig eine Verletzung des Grundrechts auf persönliche Freiheit geltend machen, da nicht jeder Eingriff in den persönlichen Bereich des Bürgers die Berufung auf dieses Grundrecht rechtfertigt (vgl. dazu den Entscheid des Bundesgerichtes vom 17. April 2000 i. S. A. Y. und Mitbeteiligte gegen das Verwaltungsgericht des Kantons Graubünden; 2P. 113/1999). Die persönliche Freiheit hat nicht die Funktion einer allgemeinen Handlungsfreiheit, auf die sich der Einzelne gegenüber jedem staatlichen Akt, der sich auf seine Lebensgestaltung auswirkt, berufen kann. Im vorliegenden Fall bilden die Einschränkungen für gewerbliche Transporte während des (ansonsten grundsätzlich unbestrittenen) Winterfahrverbotes und die Einschränkung der Fahrbewilligungen an Sonntagen der Monate Juli bis Oktober keine elementaren Erscheinungen der Persönlichkeitsentfaltung. Daraus folgt, dass die hier umstrittenen Verkehrsbeschränkungen den Schutzbereich der persönlichen Freiheit nicht tangieren.

f) Das Vorbringen der Rekurrenten, die Einschränkungen beträfen vergleichsweise wenige Personen auf dem Stoos, ist unbestritten. Allerdings ist nicht ersichtlich, was die Beschwerdeführer daraus zu ihren Gunsten ablei-

ten wollen. Das Verhältnismässigkeitsprinzip nach Artikel 107 Absatz 5 SSV verlangt lediglich, dass die Massnahme gewählt wird, die den Zweck mit den geringsten Einschränkungen erreicht. Der Umfang der betroffenen Verkehrsteilnehmer spielt jedenfalls in diesem Zusammenhang keine Rolle. Im Übrigen hat der Bundesrat schon wiederholt festgehalten, dass Verkehrsmassnahmen auch gegen den Willen (eines Teils) der Bevölkerung erlassen werden können, sofern – wie hier – die sachlichen Voraussetzungen von Artikel 3 Absatz 4 SVG erfüllt sind.

g) Eine von den Beschwerdeführern geltend gemachte Protektion der Bahnbetriebe ist nicht ersichtlich. Die vom Schlattli und von Morschach her führenden Bahnen ermöglichen eine ganzjährige Erschliessung von Stoos. Deren Benützung erscheint zumutbar, zumal auch dadurch sichergestellt wird, dass die Bewohner durch die Verkehrsbeschränkungen auf der Stooswaldstrasse und der Ringstrasse kaum eingeschränkt werden. Hinzu kommt, dass die steile und enge Stooswaldstrasse für gewerbliche Transporte von Personen und Material schlechterdings ungeeignet ist. Für die verbleibenden Einschränkungen bestehen überwiegende öffentliche Interessen, namentlich der Schutz der Stoosbewohner und der Feriengäste vor Lärm und Luftverschmutzung und die Gewährleistung der Verkehrssicherheit, so dass der Grundsatz der Verhältnismässigkeit insgesamt gewahrt bleibt.

Ein Verstoss gegen das Gebot der Gleichbehandlung von Gewerbebetrieben ist ebenfalls nicht erkennbar. Die auf dem Stoos angesiedelten Gewerbebetriebe unterliegen alle gleichermaßen den Verkehrsbeschränkungen. Zudem bestehen auf dem Stoos offensichtlich keine Gewerbebetriebe, die ausserhalb tätig wären und damit im Vergleich mit anderen Betrieben benachteiligt wären. Damit entsteht auch keine Situation, die den Wettbewerb unter den direkten Konkurrenten in unzulässiger Weise verzerren würde oder nicht wettbewerbsneutral wäre (vgl. dazu BGE 125 I 431).

h) Eine Verletzung der Wirtschaftsfreiheit ist nicht erkennbar. Es lässt sich weder auf der Eigentumsgarantie noch aus der Wirtschaftsfreiheit ein Anspruch auf ungehinderte Zufahrt ableiten (vgl. dazu Roger M. Meier, Verkehrsberuhigungsmassnahmen nach dem Recht des Bundes und des Kantons Zürich, Zürich 1989, S. 135, 184; Tobias Jaag, Verkehrsberuhigung im Rechtsstaat, ZBl 87/1986, S. 309; Kommentar Lendi zu Art. 37^{bis} aBV, N 21), zumal nach herrschender Lehre und Rechtsprechung den Anstössern öffentlicher Strassen kein besseres Recht zusteht als jedem anderen Strassenbenützer. Immerhin ist bei der Anordnung von Verkehrsbeschränkungen auf die Interessen der Anlieger billig Rücksicht zu nehmen. Dies haben die zuständigen Behörden denn auch getan, indem sie im detailliert ausgearbeiteten Reglement sachgerechte Ausnahmebestimmungen zu Gunsten der Anlieger getroffen haben.

i) Schliesslich dringt der Einwand, die im Reglement festgehaltenen Gebühren verletzen die in der Bundesverfassung festgehaltene Gebühren-

C. 17.1

freiheit für die Benützung öffentlicher Strassen (Art. 82 Abs. 3 der Bundesverfassung vom 18. April 1999 der Schweizerischen Eidgenossenschaft; BV, SR 101), nicht durch. Nach Artikel 8 Absatz 8 des Reglementes kann für die Erteilung einer allgemeinen Fahrbewilligung eine Gebühr von maximal Fr. 50.– erhoben werden. Artikel 9 Absatz 5 des Reglements regelt die Erteilung einer Einzelbewilligung und die Kostenfolge je nach Inhalt und Dauer der Bewilligung.

Die Mehrheit der Beschwerdeführer sind Stoosbewohner und haben als solche Anspruch auf eine allgemeine Fahrbewilligung mit einer Gültigkeitsdauer von drei Jahren. Dafür haben sie eine Gebühr von maximal Fr. 50.– zu entrichten. Bei diesem Betrag ist der Charakter einer Kanzleigebühr offensichtlich: sie ist zum objektiven Wert der Leistung nicht in einem Missverhältnis und deckt die administrativen Umtriebe und die Kosten für den Kontrollaufwand. Den im Zusammenhang mit Kanzleigebühen insbesondere massgeblichen Ansprüchen des Äquivalenzprinzips und des Kostendeckungsprinzips wird damit Genüge getan. Diese Kanzleigebühen für die Erteilung einer Fahrbewilligung sind daher nicht zu beanstanden und stellen keine Verletzung von Artikel 82 Absatz 3 BV dar.

Zusammenfassend ist deshalb festzuhalten, dass die Vorinstanz Bundesrecht, namentlich Artikel 3 Absatz 4 SVG und den Verhältnismässigkeitsgrundsatz, nicht verletzt. Aus diesen Gründen ist die Beschwerde abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann.

(Entscheid des Bundesrates vom 26. März 2003).

Bemerkungen:

Im Rahmen einer Teilrevision des Strassenverkehrsgesetzes vom 19. Dezember 1958 (SVG; SR 741.01) wurde auf den 1. Januar 2003 der Beschwerdeweg bei örtlichen Verkehrsmassnahmen abgeändert, die sich auf Artikel 3 Absatz 4 SVG stützen. Ab diesem Zeitpunkt kann gegen letztinstanzliche kantonale Entscheide über solche Massnahmen Verwaltungsgerichtsbeschwerde beim Bundesgericht geführt werden. Damit entfällt für nach dem 1. Januar 2003 eingereichte Beschwerden der Bundesrat als letzte Rechtsmittelinstanz. Für den Kanton Schwyz bedeutet dies, dass Beschwerdeentscheide betreffend Verkehrsanordnungen im Sinne von Artikel 3 Absatz 4 SVG beim Verwaltungsgericht anzufechten sind (Art. 98a OG; § 51 Bst. a in Verbindung mit § 53 Bst. b der Verordnung über die Verwaltungsrechtspflege vom 6. Juni 1974 [SRSZ 234.110]).

18. Ausländerrecht

18.1 Familiennachzug

- *Bedeutung der Richtlinien für die Bewilligung des Familiennachzuges von Jahresaufenthaltern (Erw. 1).*
- *Voraussetzungen für einen Familiennachzug (Erw. 2).*
- *Berechnung der finanziellen Mittel für den Unterhalt der Familie (Erw. 3).*
- *Ein ausländischer Ehegatte kann trotz Erfüllung der Mindestvoraussetzungen nach Art. 39 BVO nicht nachgezogen werden, solange die Ehe kinderlos ist oder seit der Eheschliessung noch nicht zwei Jahre vergangen sind (Erw. 4).*

Aus dem Sachverhalt:

S., geboren 21. Mai 1979, mazedonischer Staatsangehöriger, kam im April 1995 im Rahmen des Familiennachzugs zu seinen Eltern in die Schweiz. Er ist im Besitze einer Jahresaufenthaltsbewilligung. Am 9. August 2001 heiratete er in der Heimat A., geboren 23. August 1984. Am 6. September 2001 ersuchte S. die Fremdenpolizei um Bewilligung des Nachzugs seiner Ehegattin. Die Vorinstanz wies das Gesuch mit Verfügung vom 20. November 2001 ab. Aus den Erwägungen ergibt sich, dass der Beschwerdeführer zwar die Bewilligungsvoraussetzungen gemäss Begrenzungsverordnung erfülle, hingegen sei die zweijährige Wartefrist für kinderlose Ehepaare gemäss den regierungsrätlichen Richtlinien noch nicht abgelaufen.

Aus den Erwägungen:

1.1 Gemäss Art. 4 des Bundesgesetzes über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer vom 25. März 1931 (SR 142.20; ANAG) entscheidet die Behörde im Rahmen der gesetzlichen Vorschriften und Verträge mit dem Ausland nach freiem Ermessen über die Bewilligung von Aufenthalt und Niederlassung. Der Bund kann aber Vorschriften erlassen, welche die Kantone beachten müssen, bevor sie eine Bewilligung erteilen. Insofern ist ihr Ermessen eingeschränkt. Der Bundesrat hat solche bundesrechtlichen Mindestvoraussetzungen für den Familiennachzug der Jahresaufenthalter in der Verordnung über die Begrenzung der Zahl der Ausländer vom 6. Oktober 1986 (SR 823.21; BVO) aufgestellt. Die Erfüllung der Voraussetzungen von Art. 38 und 39 BVO begründet jedoch keinen Rechtsanspruch auf Familiennachzug, werden doch in der Begrenzungsverordnung lediglich Vorschriften aufgestellt, welche die Kantone in ihrer Freiheit zur Erteilung von Aufenthaltsbewilligungen einschränken, nicht aber sie zur Erteilung von Bewilligungen verpflichten (Peter Kottusch, Zur rechtlichen Regelung des Familiennachzugs von Ausländern, ZBI 1989, S. 332; Praxis 1995, Nr. 28,

C. 18.1

S. 101; BGE 119 Ib 86, 115 Ib 3; EGV-SZ 1997, Nr. 59, E. 1a; RRB Nr. 477 vom 9. April 2002, Ziff. 1.1 mit Hinweisen).

1.2 Die Begrenzungsverordnung verleiht dem Ausländer auch deshalb keinen Rechtsanspruch auf Bewilligung, weil ein solcher nicht auf dem Verordnungswege eingeführt werden kann. Bei Art. 38 und 39 BVO handelt es sich denn auch lediglich um sog. Kann-Vorschriften, die den Ermessensspielraum der kantonalen Bewilligungsbehörde zwar einschränken, jedoch nicht völlig aufheben. Besteht demnach kein Rechtsanspruch auf Familiennachzug, öffnet sich, wenn die Mindestvoraussetzungen gemäss Art. 38 und 39 BVO erfüllt sind, für die kantonalen Fremdenpolizeibehörden Raum für die Ermessensbetätigung nach Art. 4 ANAG. Mit andern Worten können die Kantone die Bewilligungserteilung von weiteren Voraussetzungen abhängig machen, die nicht in Form von Rechtssätzen gekleidet sein müssen, um so einer geänderten Ausländerpolitik des Bundes Rechnung zu tragen. Die Behörde kann somit eine Bewilligungspraxis verfolgen, die sich direkt auf Art. 4 ANAG abstützt, allerdings im Rahmen des Gesetzes und der verfassungsmässigen Grundsätze (Peter Kottusch, Das Ermessen der kantonalen Fremdenpolizei und seine Schranken, ZBl 1990, S. 168; Toni Pfanner, Die Jahresaufenthaltsbewilligung des erwerbstätigen Ausländers, St. Gallen 1985, S. 70 und S. 94f.; Marc Spescha, Handbuch zum Ausländerrecht, Bern 1999, S. 186; BGE 111 Ib 3; EGV-SZ 1997, Nr. 59, E. 1c; VGE 1001 vom 26. Februar 1999, E. 2c; RRB Nr. 771 vom 23. Mai 2000, Ziff. 1.2 mit weiteren Hinweisen). Diese Praxis hat das Verwaltungsgericht schon mehrfach bestätigt (VGE 1021 vom 25. Juni 1999, E. 2c und 3a).

In diesem Sinne hat der Regierungsrat mit RRB Nr. 32 vom 8. Januar 2001 die «Richtlinien für die Bewilligung des Familiennachzugs von Jahresaufenthaltern» (im Folgenden kurz kantonale Richtlinien) erlassen. Danach richtet sich seit anfangs 2001 die kantonale Bewilligungspraxis für Familiennachzugsgesuche von Jahresaufenthaltern. Das Verwaltungsgericht hat diese Richtlinien im Hinblick auf eine rechtsgleiche Ausübung des Ermessens bei der Beurteilung von Familiennachzugsgesuchen ausdrücklich begrüsst (VGE 1002 vom 30. März 2001, E. 3b).

2.1 Der Beschwerdeführer verfügt als Jahresaufenthalter nach ständiger Rechtsprechung über kein gefestigtes Anwesenheitsrecht, das ihm nach Art. 13 Abs. 1 der Bundesverfassung vom 18. April 1999 (SR 101, BV) bzw. Art. 8 Ziff. 1 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK; Recht auf Familienleben) oder nach Art. 17 Abs. 2 ANAG einen Rechtsanspruch auf Familiennachzug verleihen würde; auch ein entsprechender Staatsvertrag besteht nicht (VGE 1002/01 vom 30. März 2001, E. 2b/c mit Hinweisen; BGE 122 II 4f. mit Hinweisen; Kottusch, a.a.O., ZBl 1989, S. 329ff.; RRB Nr. 477 vom 9. April 2002, Ziff. 1.2 mit Hinweisen).

2.2 Der Beschwerdeführer muss demnach die Mindestvoraussetzungen nach Art. 38 und 39 BVO erfüllen. Gemäss Art. 38 Abs. 1 BVO kann dem Ausländer der Nachzug des Ehegatten und der ledigen Kinder unter 18 Jah-

ren, für die er zu sorgen hat, bewilligt werden, wenn gemäss Art. 39 Abs. 1 BVO sein Aufenthalt und gegebenenfalls seine Erwerbstätigkeit gefestigt erscheinen (lit. a), die Familie zusammen wohnen wird und eine angemessene Wohnung hat (lit. b), der Ausländer genügend finanzielle Mittel für den Unterhalt seiner Familie hat (lit. c) und die Betreuung der Kinder, die noch der elterlichen Obhut bedürfen, gesichert ist (lit. d). Gemäss Art. 39 Abs. 2 BVO ist die Wohnung angemessen, wenn sie den Anforderungen entspricht, die für Schweizer Bürger in der gleichen Gegend gelten.

Vorinstanz und Beschwerdeführer gehen davon aus, dass diese Mindestvoraussetzungen für den Nachzug der Ehefrau des Beschwerdeführers erfüllt sind. Ob dies jedoch auf jene nach lit. c zutrifft, erscheint fraglich, wie im Folgenden zu zeigen sein wird.

3.1 Ziff. 2.3 der kantonalen Richtlinien verweist für die Berechnung des Finanzbedarfs einer Familie nach Art. 39 Abs. 1 lit. c BVO auf die Richtsätze für die Ausgestaltung und Bemessung der Sozialhilfe der Schweizerischen Konferenz für Sozialhilfe (SKOS-Richtlinien), wie dies jahrelanger Praxis entspricht (RRB Nr. 477 vom 9. April 2002, Ziff. 4.2 und 4.3 mit Hinweisen). In einem Punkt weichen die kantonalen Richtlinien allerdings von den SKOS-Richtlinien ab, indem nicht mehr auf den effektiven, sondern auf einen Norm-Mietzins abgestellt wird. Dieser Norm-Mietzins entspricht dem durchschnittlichen Mietpreis im Kanton Schwyz für eine angemessen grosse Wohnung (nach Ziff. 2.2 der kantonalen Richtlinien wäre dies für den Beschwerdeführer und seine Ehefrau eine 2-Zimmer-Wohnung mit einer minimalen Nettowohnfläche von 50 m²) gemäss der Mietpreis-Strukturhebung 1996 des Bundesamtes für Statistik, zuzüglich der seither eingetretenen Teuerung der Wohnungsmieten gemäss Landesindex der Konsumentenpreise (Basis Mai 1993 = 100; Indexstand Februar 2002: 109.0). Dazugeschlagen werden für Heizung und Warmwasser sowie für weitere Wohn-Nebenkosten monatliche Pauschal-Zuschläge in Franken je nach Wohnungsgrösse.

Diese Abweichung von den SKOS-Richtlinien wird damit begründet, dass der Ausländer nicht mehr wie bis anhin vorgängig den Nachweis einer angemessenen Wohnung für seine Familie erbringen muss. Er hat somit auch keinen Mietvertrag mehr abzuschliessen, bevor er überhaupt weiss, ob sein Gesuch bewilligt wird. Ebenfalls kann auf diese Weise dem Abschluss von Scheingeschäften vorgebeugt werden. Die Bewilligungsaufgabe, dass der Ausländer eine Wohnung mit der notwendigen Zimmerzahl und Wohnfläche gemäss Ziff. 2.2 der kantonalen Richtlinien zu mieten hat, erleichtert schliesslich den Fremdenpolizeibehörden ein repressives Einschreiten (RRB Nr. 32 vom 8. Januar 2001, Ziff. 2.1.3).

3.2 Die Vorinstanz hat in ihrer Berechnung des Fürsorgerisikos vom 27. September 2001 fälschlicherweise auf die effektiven Mietkosten (Fr. 400.–) gemäss Mietvertrag abgestellt. Massgebend ist der vorerwähnte Norm-Mietpreis. Dieser betrug für eine 2-Zimmer-Wohnung im Kanton

C. 18.1

Schwyz im Jahre 1996 Fr. 865.– bei einem durchschnittlichen Indexstand von 102.2 Punkten im selben Jahr (Basis Mai 1993 = 100). Heute beträgt der Landesindex für Wohnungsmieten 109.0 Punkte (Stand Februar 2002). Der Norm-Mietpreis beträgt somit heute rund Fr. 920.–. Dazu kommt ein monatlicher Nebenkosten-Zuschlag von Fr. 90.– (gemäss Ziff. 2.3 der kantonalen Richtlinien). Die Vorinstanz hat demnach bei den Wohnungskosten rund Fr. 600.– zu wenig eingesetzt. Nach der vorinstanzlichen Berechnung beträgt der monatliche Unterhaltsbedarf für den Beschwerdeführer und seine Ehefrau somit rund Fr. 3200.– (Fr. 2585.– plus die vorerwähnten Mehrkosten für die Wohnungsmiete). Mit dem im September 2001 berechneten Netto-Einkommen von Fr. 2936.05 im Monat verfügt der Beschwerdeführer demnach nicht über ausreichend finanzielle Mittel für den Unterhalt der Familie. Er erfüllt damit die Bewilligungsvoraussetzung gemäss Art. 39 Abs. 1 lit. c BVO nicht. Allerdings müsste auf das aktuelle Einkommen abgestellt werden. Eine nähere Abklärung der jetzigen Lohnverhältnisse erübrigt sich jedoch, da dem Beschwerdeführer aus einem weiteren Grund der Nachzug nicht bewilligt werden kann.

4.1 Gemäss Ziff. 4 der kantonalen Richtlinien kann ein ausländischer Ehegatte trotz Erfüllung der Mindestvoraussetzungen nach Art. 39 BVO nicht nachgezogen werden, solange die Ehe kinderlos ist oder seit der Eheschliessung noch nicht zwei Jahre vergangen sind. Diese Voraussetzungen erfüllt das Ehepaar unbestrittenermassen nicht.

Mit dieser Wartefrist wollte man vor allem verhindern, dass Scheinehen eingegangen werden, um eine Aufenthaltsbewilligung zu erhalten. Was der Beschwerdeführer hiegegen vorbringt, vermag nicht zu überzeugen.

4.2 Vorab ist festzuhalten, dass die Fremdenpolizeibehörden nach Art. 4 ANAG im freien und pflichtgemässen Ermessen über den Aufenthalt eines Ausländers in der Schweiz entscheiden. Im Rahmen dieses weitgehenden Ermessens hat der Regierungsrat die erwähnten kantonalen Richtlinien erlassen und dabei den öffentlichen und privaten Interessen Rechnung getragen (s. vorstehend Ziff. 1.2). Insbesondere war beabsichtigt, eine rechtsgleiche und vor allem berechenbare Bewilligungspraxis einzuläuten, da die frühere mit der Interessensabwägung und starken Gewichtung der öffentlichen Interessen nicht immer zu befriedigen vermochte (RRB Nr. 32 vom 8. Januar 2001, Ziff. 1.1.1). Überdies soll die Integration gefördert werden, indem die ausländischen Kinder möglichst früh in der Schweiz eingeschult werden und nicht erst im schwierigeren Jugendlichenalter, wenn sie in die Schweiz kommen, weil die Eltern in der Zwischenzeit als Niedergelassene einen Rechtsanspruch auf Familiennachzug geltend machen können (RRB Nr. 32 vom 8. Januar 2001, Ziff. 1.2 und Ziff. 2.2).

Im Rahmen dieses weitgehenden Ermessens ist es sachlich vertretbar, wenn kinderlosen Ehepaaren eine solche Einschränkung zugemutet wird, damit möglichst verhindert werden kann, dass das Aufenthaltsrecht missbräuchlich in Anspruch genommen wird. Es liegt zudem im öffentlichen

Interesse, dass eine gegenüber früher grosszügigere Nachzugsbewilligungspraxis nicht durch schnelles Heiraten unterwandert werden kann, denn nicht der Aufenthalt in der Schweiz, sondern die Absicht, eine Familie zu gründen und die Kinder in der Schweiz zu integrieren, soll beim Familiennachzug im Vordergrund stehen. Nach einer zweijährigen Wartezeit kann vermutet werden, dass in erster Linie die Gründung einer Lebensgemeinschaft beabsichtigt war und nicht die Erlangung der Aufenthaltsberechtigung in der Schweiz.

Zu beachten ist im Weiteren, dass nach der bisherigen Praxis die Interessensabwägung im vorliegenden Fall in Anbetracht des erst 7-jährigen Aufenthaltes in der Schweiz, der fehlenden Entfremdung von der Heimat, der aufrechterhaltenen Kontakte in die Heimat, des noch jungen Lebensalters, des Lebensmittelpunktes der Ehegattin in der Heimat und der nicht sehr engen Beziehung zur Schweiz, der Unmassgeblichkeit von wirtschaftlichen Gründen für einen Nachzug sowie der Zumutbarkeit der Rückreise in die Heimat zur Verwirklichung des Familien- bzw. Ehelebens, eindeutig zu Ungunsten des Beschwerdeführers ausschlagen würde (RRB Nr. 1338 vom 5. September 2000, Ziff. 6). Der Beschwerdeführer wird demnach nicht schlechter behandelt als nach der früheren Bewilligungspraxis.

4.3 Die angefochtene Verfügung erweist sich weder als willkürlich, ermessensmissbräuchlich, gesetzeswidrig noch als unverhältnismässig, wie der Beschwerdeführer geltend macht.

Wie bereits erwähnt, halten sich die kantonalen Richtlinien und damit auch die angefochtene Verfügung an den Rahmen des pflichtgemässen Ermessens, das Art. 4 ANAG den Bewilligungsbehörden einräumt. Bei der den kinderlosen Ehepaaren auferlegten Wartezeit geht es zudem nicht darum, dem Ausländer rechtsmissbräuchliches Eingehen einer Ehe zu unterstellen, sondern ein solches Verhalten möglichst zu verhindern. Aus Gründen der Rechtsgleichheit, aber auch wegen der Einfachheit der Handhabung, ist es zudem erforderlich, dass die Wartezeit generell und unabhängig von konkreten Anhaltspunkten für alle gesuchstellenden Ehepaare zur Anwendung kommt, zumal der Nachweis einer Scheinehe praktisch nur sehr schwer erbracht werden könnte.

Die Wartezeit von zwei Jahren ist auch zumutbar. Der Vergleich, den der Beschwerdeführer hier mit der Verlängerung der Untersuchungshaft im Strafverfahren, die nur aufgrund konkreter Indizien für den Missbrauch der Freiheit möglich sei, anstellt, hinkt. Denn dem ausländischen Gesuchsteller werden keine Kontakte zum Ehepartner in der Heimat untersagt; jener kann ihn auch im Rahmen des bewilligungsfreien Aufenthaltes jederzeit besuchen. Insofern werden seine Freiheitsrechte nicht übermässig tangiert. Als Vergleich ist vielmehr auf das neue Scheidungsrecht hinzuweisen, wo der Gesetzgeber in Art. 114 ZGB die Klage auf Scheidung erst nach einer vierjährigen Trennung zulässt und damit die gesetzliche Vermutung aufstellt, dass erst nach Ablauf dieser Frist das endgültige Scheitern der Ehe angenommen werden kann. Es ist demzufolge keineswegs unver-

C. 18.1

hältnismässig, von ausländischen Ehegatten aus fremdenpolizeilichen Gründen mit der zweijährigen Wartefrist den Tatbeweis erbringen zu lassen, dass sie sich nicht vordergründig wegen der Aufenthaltsberechtigung in der Schweiz verheiratet haben. Die Vermutung des Beschwerdeführers, dass dieses Erschwernis nur für Staatsbürger aus Ex-Jugoslawien gilt, trifft selbstverständlich nicht zu. Der Regierungsrat hat die kantonalen Richtlinien für alle Jahresaufenthalter unabhängig von ihrer Staatsbürgerschaft erlassen.

(RRB Nr. 580/2002 vom 7. Mai 2002).

D. AUFSATZ

Das Antragsrecht der Stimmberechtigten bei der Behandlung des Voranschlages in der Gemeindeversammlung

Von PD Dr. August Mächler, Pfäffikon¹

Inhaltsverzeichnis	Seite
1. Einleitung	233
2. Rechtsnatur und Tragweite eines Budgetbeschlusses	234
3. Anträge bei der Behandlung des Voranschlages im Überblick	236
4. Abänderungsanträge im Besonderen	238
5. Formulierung der Anträge	245

1. Einleitung

[1] Die Zulässigkeit von Anträgen der Stimmberechtigten in der Gemeindeversammlung gibt immer wieder Anlass zu teils heftigen Diskussionen. Heftig sind die Diskussionen vor allem dann, wenn Bürgerinnen und Bürger, deren Anträge nicht entgegengenommen und der Abstimmung unterbreitet werden, sich um ihre politischen Rechte gebracht fühlen. Ausgelöst werden Auseinandersetzungen oftmals auch, weil die Gemeindepräsidenten über die Zulässigkeit von Anträgen in der Versammlung selbst sehr rasch entscheiden müssen und sich kaum beraten lassen können². Festgestellt werden muss aber ebenfalls, dass die Abgrenzung zwischen zulässigen und unzulässigen Anträgen in der Gemeindeversammlung auch ohne Zeitdruck und mit rechtlicher Beratung nicht durchwegs leicht fällt. Auf diesem Hintergrund verwundert es nicht, dass

¹ Der Autor ist Vorsteher des Rechts- und Beschwerdedienstes im Justizdepartement des Kantons Schwyz. Er vertritt in der vorliegenden Abhandlung seinen persönlichen Standpunkt.

² Vgl. dazu Friedrich Huwiler, Das Gemeindeorganisationsgesetz, Vervielf. Referat 1977, S. 30f.; ferner Patrick Schönbächler, Das Verfahren der Gemeindeversammlung im Kanton Schwyz, EGV-SZ 1999, S. 191 ff., 205.

sich das Verwaltungsgericht immer wieder mit Fragen um die Zulässigkeit von Anträgen in der Gemeindeversammlung zu befassen hat: Ist beispielsweise ein Streichungsantrag bei der Behandlung des Voranschlages unzulässig, weil es sich um eine gebundene oder eine vom Gemeinderat in eigener Kompetenz zu bewilligende Ausgabe handelt³? In welcher Reihenfolge ist über Rückweisungs-, Abänderungs- und Hauptanträge abzustimmen⁴? Wird mit einem Rückweisungsantrag das Verbot, beim Urnensystem Nichteintretens- oder Ablehnungsanträge zu stellen, umgangen⁵? Anlässlich der Gemeindeversammlung in der Gemeinde Schwyz vom 5. Dezember 2001 wurden bei der Behandlung des Voranschlages mehrere Abänderungsanträge gestellt. Wie der Berichterstattung in der Presse entnommen werden konnte, traten dazu erhebliche Unsicherheiten auf⁶. Gegenstand der Kontroverse waren vor allem zwei Anträge aus der Versammlungsmitte, die auf die Bewilligung eines Gemeindebeitrages für den Aufbau von Strukturen für familienergänzende Kinderbetreuung auf dem Budgetweg abzielten.

[2] In einem nächsten Abschnitt soll vorweg kurz auf die rechtliche Bedeutung und Tragweite des Voranschlages eingegangen werden. Unter Ziff. 3 soll alsdann geprüft werden, welche Anträge neben den Abänderungsanträgen von den Stimmberechtigten bei der Behandlung des Budgets in der Gemeindeversammlung gestellt werden dürfen. Der vierte Abschnitt und somit der Hauptteil gilt der Erörterung der zulässigen Abänderungsanträge bei der Behandlung des Voranschlages: Dürfen Anträge nur zu im Voranschlag bereits eingestellten Ausgaben gestellt werden? Darf die Aufnahme eines neuen Kontos beantragt werden? Darf der Antrag gestellt werden, zu Lasten eines Sammelkontos einen weiteren Beitrag für eine Organisation oder einen bestimmten Zweck aufzunehmen? Schliesslich soll unter Ziff. 5 noch kurz auf die Anforderungen an Inhalt und Formulierung von Anträgen bei der Behandlung des Voranschlages eingegangen werden.

2. Rechtsnatur und Tragweite eines Budgetbeschlusses

[3] In der schweizerischen Lehre und Rechtsprechung wird im Voranschlag «in erster Linie eine blosse übersichtliche Darstellung der Einnahmen und Ausgaben, die für die massgebende Periode zu erwarten sind»,

³ VGE 696/93 vom 20. April 1994, EGV-SZ 1994, Nr. 14.

⁴ VGE 650/96 vom 17. Januar 1997, EGV-SZ 1997, Nr. 11.

⁵ VGE 566/567/568/96 vom 21. Juni 1996, EGV-SZ 1996, Nr. 9.

⁶ Schwyzer Zeitung Nr. 282 vom 6. Dezember 2001, S. 28 sowie Nr. 285 vom 11. Dezember 2001, S. 26.

gesehen⁷. Budgetbeschlüsse haben danach nicht den Charakter von Rechtsätzen oder gar von Gesetzen. Der Voranschlag entfaltet nur interne Wirkung im Verhältnis zwischen dem Parlament – bzw. auf der Stufe der Gemeinde, der Gemeindeversammlung – und der Exekutive (Gemeinderat). Das Budget allein beinhaltet damit weder eine Rechtsgrundlage für die Belastung mit Abgaben noch eine gesetzliche Grundlage für die Ausrichtung von Staatsbeiträgen oder die Vornahme einer irgendwie gearteten Staatstätigkeit.

[4] Welches nun aber genau die mit dem Erlass des Voranschlags eintretenden Wirkungen sind, ist nicht in allen Teilen klar. Als gesichert angenommen werden kann immerhin, dass mit der Einräumung eines Voranschlagskredits die Exekutive (Gemeinderat) ermächtigt wird, die Rechnung bis zum bewilligten Betrag zu belasten⁸. Aus der bloss internen Wirkung des Voranschlags, aber auch aus dem Grundsatz der Gesetzmässigkeit der Verwaltung darf im Weiteren hergeleitet werden, dass Bürgerinnen und Bürger aus einem bewilligten Voranschlagskredit allein keinen Anspruch auf staatliche Leistungen erheben können. Ebenso wenig kann ihnen eine staatliche Leistung mit dem Fehlen bewilligter Mittel verweigert werden, sofern in der Gesetzgebung ein Anspruch eingeräumt wird⁹. Gebunden wird die Exekutive jedoch durch einen Voranschlagskredit, indem dieser den Rahmen der Ausgabenbewilligung in qualitativer, quantitativer und zeitlicher Hinsicht absteckt¹⁰. Darüber, ob die Exekutive durch einen Voranschlagskredit verpflichtet werden kann, Ausgaben auch tatsächlich zu vollziehen, besteht keine einhellige Auffassung in der Lehre¹¹. Überwiegend wird angenommen, dass aus dem Voranschlag kei-

⁷ Vgl. dazu und zum Nachfolgenden Max Imboden/René A. Rhinow, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, 5. Aufl., Basel/Stuttgart 1976, Nr. 156/B/I, sowie René A. Rhinow/Beat Krähenmann, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Ergänzungsband, Basel/Frankfurt am Main 1990, Nr. 156/B/i/IV; ferner weiter zur Rechtsnatur des Voranschlags Thomas Fleiner-Gerster, Grundzüge des allgemeinen und schweizerischen Verwaltungsrechts, 2. Aufl., Zürich 1980, 49/12ff.; Heinrich Koller, Der öffentliche Haushalt als Instrument der Staats- und Wirtschaftslenkung, Diss., Basel/Frankfurt am Main 1983, S. 453ff.; derselbe, Budget und Norm, in: Juristische Fakultät der Universität Basel (Hrsg.), Festgabe zum Schweiz. Juristentag 1973, Basel/Stuttgart 1973, S. 89ff.; Klaus A. Vallender, Finanzhaushaltsrecht, Bund – Kantone – Gemeinden, Bern/Stuttgart 1983, S.52ff.; Erich Wolf, Der Voranschlag in der Gemeinde, in: Solothurnischer Juristenverein (Hrsg.), Festgabe Max Obrecht, Solothurn 1961, S. 83ff., 87f.; BGE 110 Ib 148, 156; Entscheid des Verwaltungsgerichts Basel-Landschaft vom 7. April 1982, BLVGE 1982, S. 20.

⁸ So ausdrücklich § 35 Abs. 1 Gesetz über den Finanzhaushalt der Bezirke und Gemeinden vom 27. Januar 1994, SRSZ 153.100/FHG; ferner Art. 27 Mustergesetz für den Finanzhaushalt der Kantone, in: Konferenz der kantonalen Finanzdirektoren (Hrsg.), Handbuch des Rechnungswesens der öffentlichen Haushalte, Bd. I, Bern 1981, S. 122ff.

⁹ Das Organ mit der Budgethoheit ist daher verpflichtet, eine Ausgabe im Voranschlag einzustellen, soweit eine gesetzliche Leistungspflicht des Staates besteht: BGE 110 Ib 148, 156.

¹⁰ § 9 Abs. 2 FHG.

¹¹ Vgl. zum Stand der Lehre die Hinweise bei Koller, Haushalt (Anm. 7), S. 374ff., 383ff.

ne unbedingten Handlungspflichten der Exekutive erwachsen. Der Gemeinderat kann somit beim Ausgabenvollzug – immer für den Fall, dass nicht ohnehin eine gesetzliche Verpflichtung besteht – auf alle Fälle Überlegungen über den wirtschaftlichen Einsatz staatlicher Gelder, über eine rechtsgleiche Mittelverwendung und dergleichen in die Entscheidungsfindung einbeziehen. Auch der Wortlaut von § 35 FHG legt zudem die Annahme nahe, dass der Gemeinderat mit der Bewilligung von Ausgaben durch die Gemeindeversammlung nicht zum Ausgabenvollzug verpflichtet wird¹². Diesen Hintergrund gilt es im Auge zu behalten, wenn in einer Gemeindeversammlung überraschend Anträge auf Aufstockung von oder die Aufnahme neuer Budgetpositionen gestellt werden¹³. Der Umstand, dass gewissermassen hinter der Gemeindeversammlung dem Gemeinderat noch einmal eine Prüfungspflicht obliegt, spricht dafür, bei der Zulassung von Abänderungsanträgen nicht allzu restriktiv zu sein.

3. Anträge bei der Behandlung des Voranschlages im Überblick

[5] Das Gesetz über die Organisation der Gemeinden und Bezirke vom 29. Oktober 1969¹⁴ lässt Anträge auf Rückweisung, Verschiebung, Trennung des Geschäfts, Eintreten oder Nichteintreten, Abänderung sowie Zustimmung und Ablehnung zu¹⁵. Während die Rückweisungs-, Verschiebungs- und Trennungsanträge den formellen Anträgen zugerechnet werden, gehören Eintretens-, Abänderungs- und Ablehnungsanträge zu den Sachanträgen¹⁶. Weder im Gemeindeorganisationsgesetz noch im Finanzhaushaltsgesetz für die Bezirke und Gemeinden werden für den Voranschlag, über den nicht in der Urnenabstimmung Beschluss gefasst werden darf, einzelne Auftragsarten ausgeschlossen¹⁷. Zu prüfen ist, ob es dennoch aufgrund des besonderen Gegenstandes für die Behandlung des Vor-

¹² In diesem Sinne auch RRB Nr. 1673 vom 28. September 1993: Der Regierungsrat ging in diesem Aufsichtsbeschwerdeentscheid davon aus, dass eine von der Gemeindeversammlung vorgenommene Aufstockung der Position Lehrergehälter die Schulbehörden nicht verpflichte, eine zusätzliche Klasse zu führen. Der Regierungsrat betonte, dass der Gemeinderat als Vollzugsbehörde nach den Grundsätzen der Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit nicht gehalten sei, das Budget auszuschöpfen. – Ähnlich Entscheid des Verwaltungsgerichts Basel-Landschaft vom 7. April 1982, BLVGE 1982, S. 20.

¹³ Mit einer gezielten Aktion einer Interessengruppierung ist es in der Regel in schlecht besuchten Gemeindeversammlungen ohne weiteres möglich, für partikuläre Interessen kleiner Gruppen Ausgaben bewilligen zu lassen.

¹⁴ SRSZ 152.100/GOG.

¹⁵ § 26 in Verbindung mit § 12 GOG.

¹⁶ Vgl. dazu Schönbächler (Anm. 2), S. 205 ff.; VGE 566/567/568/96 vom 21. Juni 1996, EGV-SZ 1996, Nr. 9.

¹⁷ Von der grundsätzlichen Zulässigkeit der gesamten Palette der Anträge bei der Behandlung des Voranschlages geht auch VGE 886/97 vom 21. November 1997, EGV-SZ 1997, Nr. 10, aus.

anschlages Einschränkungen hinsichtlich der Zulassung von Anträgen gibt.

- Zulässig sind zunächst Rückweisungsanträge. Wird einem solchen zugestimmt, so geht der Voranschlag an den Gemeinderat zurück, der das Geschäft einer nochmaligen Prüfung zu unterziehen hat¹⁸. Letztlich ebenfalls auf eine Rückweisung hinaus läuft es, wenn die Stimmberechtigten einem Nichteintretens- oder einem Ablehnungsantrag zustimmen. Die Gemeindeversammlung ist nämlich grundsätzlich verpflichtet, einen Voranschlag zu verabschieden. Der Gemeinderat kann somit nicht davon absehen, erneut der Gemeindeversammlung ein Budget zu unterbreiten, wenn die Gemeindeversammlung auf frühere Vorlagen nicht eingetreten oder diese abgelehnt hat. Der Gemeinderat kann zwar auch ohne gültig verabschiedeten Voranschlag die für die Verwaltungstätigkeit unerlässlichen Ausgaben vornehmen¹⁹. Bei der Einforderung der dafür benötigten Steuern geht es ohne Voranschlag nicht mehr. Gelingt auch nach mehreren Anläufen die Festsetzung des Voranschlages nicht, und ist das Rechnungsjahr schon weit fortgeschritten, so muss die Aufsichtsbehörde auf dem Wege der Ersatzvornahme ein Minimalbudget erlassen²⁰. Ausgeschlossen sind Rückweisungs-, Nichteintretens- und Ablehnungsanträge dennoch nicht, da die Gemeindeversammlung nicht gezwungen ist, einem vom Gemeinderat vorgelegten Voranschlag zuzustimmen.
- Als klar unzulässig erscheint der Antrag auf Trennung des Geschäfts. Die Bestimmungen in den §§ 25ff. FHG gehen davon aus, dass der Voranschlag die gesamte Laufende Rechnung und die Investitionsrechnung umfasst. Die bewilligten Ausgaben sind untrennbar mit den Einnahmen, insbesondere dem Steuerfuss als Masseinheit für die bewilligten allgemeinen Abgaben, verbunden. Der Steuerfuss ist inhaltlich auf den Voranschlag abzustimmen²¹. Gegen die Zulassung einer Trennung sprechen auch die Integrations- und Koordinationsfunktion des Voranschlages²².
- Ob Verschiebungsanträge zulässig sind, ist schwieriger zu beurteilen. Zulässig dürften sie sein, soweit die Frist von § 27 Abs. 1 FHG noch ein-

¹⁸ VGE 566/567/568/96 vom 21. Juni 1996, EGV-SZ 1996, Nr. 9. – In VGE 650/96 vom 17. Januar 1997, EGV-SZ 1997, Nr. 11, wird von der Zulässigkeit von Rückweisungsanträgen zum Voranschlag ausgegangen, indem festgehalten wird, dass über einen Rückweisungsantrag vor den Abänderungsanträgen abzustimmen sei.

¹⁹ § 27 Abs. 2 FHG.

²⁰ Fleiner/Gerster (Anm. 7), 49/17.

²¹ Vgl. Peter Friedli, Kommentar zum Gemeindegesetz des Kantons Bern, Bern 1999, N 18f. zu Art. 23 GG-BE.

²² Andreas Baumann, Die Kompetenzordnung im aargauischen Gemeinderecht, Aarau 2001, S. 350.

gehalten werden kann²³. Dies setzt voraus, dass das vorgelagerte Einladungsverfahren (Bereitstellung der Unterlagen; Einladungsfrist; vorausgehende Beschlussfassung durch den Gemeinderat) noch ordnungsgemäss abgewickelt werden kann. Praktisch führt dies dazu, dass die Beschlussfassung über den Voranschlag nur verschoben werden darf, wenn noch wenigstens zehn Tage bis Mitte Dezember verbleiben. Dem steht nicht entgegen, dass das Finanzhaushaltsgesetz selbst davon ausgeht, dass unter Umständen eine Gemeinde zu Beginn eines Rechnungsjahres noch keinen genehmigten Voranschlag besitzt²⁴. Bis Mitte Dezember muss sich die Gemeindeversammlung mit dem Voranschlag befassen, ihn auch innert dieser Frist anzunehmen, ist sie nicht verpflichtet.

- Der vom Gemeinderat vorgelegte Voranschlag darf – was an sich unbestritten ist – in der Gemeindeversammlung abgeändert werden. Darauf soll im nächsten Abschnitt gesondert eingegangen werden.

4. Abänderungsanträge im Besonderen

[6] Nach § 25 Abs. 1 FHG ist für jedes Kalenderjahr ein Voranschlag zu erstellen. Der Voranschlag ist nach den Aufgaben zu gliedern und auf der Basis des schweizerischen Kontenrahmens aufzubauen²⁵. Während die Laufende Rechnung die Konsumausgaben und die Einnahmen umfasst, sind in der Investitionsrechnung die Finanzvorfälle, die bedeutende eigene oder subventionierte Vermögenswerte Dritter mit mehrjähriger Nutzungsdauer schaffen, einzustellen²⁶. Mitenthalten im Voranschlag ist die Festlegung des Steuerfusses. Der Steuerfuss ist dabei so anzusetzen, dass der budgetierte Deckungserfolg der Laufenden Rechnung erreicht werden kann²⁷. Der Umstand, dass sich der Voranschlag aus verschiedenen Teilen und einer grossen Zahl von Einzelpositionen zusammensetzt, ruft naturgemäss nach einer differenzierten Beurteilung der Zulässigkeit von Abänderungsanträgen. Je nach Teil des Voranschlages und nach Einzelposition beurteilt sich die Zulässigkeit eines solchen Antrages wieder an-

²³ Hans Rudolf Thalman, Kommentar zum Zürcher Gemeindegesetz, 3. Aufl., Wädenswil 2000, S. 138, hält fest, dass nur eine kurzfristige Vertagung zulässig sei. Der zuständige Bezirksammann hat in dem in VGE 886/97 vom 21. November 1997, EGV-SZ 1997, Nr. 10, berichteten Fall einen Verschiebungsantrag entgegengenommen, der dann allerdings verworfen wurde.

²⁴ § 27 Abs. 2 FHG.

²⁵ § 26 Abs. 1 FHG; §§ 7ff. Vollzugsverordnung zum Gesetz über den Finanzhaushalt der Bezirke und Gemeinden vom 19. Dezember 1995, SRSZ 153.111/VVFG.

²⁶ §§ 17 und 20 FHG sowie §§ 8 und 11 VVFG.

²⁷ § 25 Abs. 3 FHG.

ders. Die Schranken für Abänderungsanträge ergeben sich zunächst aus den Grenzen der Zuständigkeit der beratenden Gemeindeversammlung²⁸:

- Nicht zulässig sind Abänderungsanträge, wenn sie absolut gebundene Ausgaben betreffen²⁹. Bei einer solchen Position wird streng genommen auch gar keine Ausgabe bewilligt; die Aufwandposition wird nur der Vollständigkeit halber im Voranschlag geführt. Ebenfalls nicht entgegenzunehmen ist ein Antrag, wenn derselbe einen unmöglichen Inhalt aufweist.
- Unzulässig sind ausserdem Anträge, die auf die Vornahme einer Ausgabe abzielen, die entweder einen rechtswidrigen Erfolg herbeiführen sollen oder einen Gegenstand betreffen, dessen Regelung nicht in den Zuständigkeitsbereich der Gemeinden fällt. Stellt beispielsweise ein Stimmberechtigter einen Antrag, Mittel für die Aussenpolitik bereit zu stellen, für deren Besorgung der Bund zuständig ist, so ist der Antrag unzulässig³⁰.
- Nur unter dem Vorbehalt, dass einem Verpflichtungskredit zugestimmt wird, darf ein Antrag auf Bewilligung einer Ausgabe, die die Limiten von § 31 Bst. c und d FHG überschreitet oder die überjährig anfällt, entgegengenommen werden. Ebenfalls nur unter Vorbehalt angenommen werden darf ein Antrag zu einer Ausgabe, für die eine gesetzliche Grundlage fehlt, obschon es einer solchen bedarf³¹.
- Schwieriger zu beurteilen ist sodann, inwiefern Abänderungsanträge zulässig sind, die nur relativ gebundene Ausgaben, d.h. solche hinsichtlich des Finanzreferendums als gebunden zu bezeichnende Ausgaben (z.B. für den Unterhalt einer Liegenschaft im Verwaltungsvermögen), betreffen. Nach dem Finanzhaushaltsgesetz und auch nach der herrschenden Lehre dürfen solche Ausgabenpositionen im Budgetprozess

²⁸ Zum Begriff der beratenden Gemeindeversammlung s. § 12 GOG sowie Friedrich Huwyler, Die Beratungspflicht der Gemeindeversammlung, EGV-SZ 1972, S. 119ff.

²⁹ § 32 FHG. VGE 886/97 vom 21. November 1997, EGV-SZ 1997, Nr. 10.

³⁰ Zu einem Antrag, der nicht in die Zuständigkeit der Gemeindeversammlung fiel, Departement des Innern des Kt. Aargau vom 9. März 1989, AGVE 1989, S. 444ff.; allgemein Thalman (Anm. 23), S. 138.

³¹ § 35 Abs. 3 FHG. – Zum Erfordernis einer gesetzlichen Grundlegung für Ausgaben der Schwyzer Gemeinden, s. Urteil des Bundesgerichts vom 22. Januar 1988, ZBl 91/1990, S. 27ff. – Rhinow/Krähenmann (Anm. 7), Nr. 156/B/1/b/2 regen an, Budgetpositionen, denen es an der nötigen gesetzlichen Grundlage oder wo ein Verpflichtungskredit fehlt, besonders zu kennzeichnen. Im Kanton Schwyz wird in diesem Zusammenhang oftmals auch von einem «Sternchenkredit» gesprochen, weil mittels Stern darauf hingewiesen wird, dass die Bewilligung eines Verpflichtungskredits oder die Schaffung einer gesetzlichen Grundlage vorbehalten bleibt.

sowohl erhöht wie auch reduziert werden³². Nicht mehr gestrichen werden dürfen allerdings solche Positionen, wenn sie eigentliche Notausgaben zur Gefahrenabwehr oder zur unaufschiebbaren Schadensbehebung betreffen³³. Sowohl *Escher* wie auch *Hungerbühler* betonen, dass eine scharfe Grenzziehung zwischen den verschiedenen Stufen einer Bindung nicht möglich ist.

[7] Auch aus der Vorgabe, dass Geschäfte an der Gemeindeversammlung ordnungsgemäss traktandiert und damit angekündigt werden müssen, hat die Praxis hergeleitet, dass Abänderungsanträge nicht einen beliebigen Inhalt aufweisen dürfen. Verlangt wird, dass solche Anträge in einem gewissen Zusammenhang mit dem zur Beratung vorgeschlagenen Geschäft bleiben müssen. In Anlehnung an die bereits von der früheren Kassationsbehörde entwickelte Rechtsprechung nimmt *Huwyl*er an, dass «dieser Zusammenhang eng sein muss und neue oder selbständige Anträge, die keinen oder nur einen losen Zusammenhang mit der Vorlage aufweisen, die mehr als eine blosser Ergänzung oder Abänderung eines von der Gemeindeversammlung aufgelegten Antrages sind», nicht gestellt werden dürfen³⁴. Der erwähnte Autor räumt allerdings ein, dass der Entscheid darüber, wann ein echter Abänderungsantrag vorliege und wann ein unzulässiger neuer oder selbständiger Antrag gestellt werde, im Einzelfall schwierig sein könne. An anderer Stelle hebt *Huwyl*er hervor, dass die erwähnten Beschränkungen selbstverständlich auch bei der Beratung des Voranschlages gelten würden, «indem nicht eine neue, bisher im Budget nicht vorgesehene Ausgabe vorgeschlagen werden» dürfe³⁵. Als nicht zulässig erachtet *Karl Appert*³⁶ einen Antrag auf «Einführung neuer Ausgaben durch die Schaffung eines neuen oder durch die wesentliche Erhöhung eines alten Budgetpostens». In Übereinstimmung damit will eine ältere Rechtsprechung Abänderungsanträge zum vom Gemeinderat vorgelegten Voranschlag nur zulassen, wenn diese zu einer im Voranschlag

³² Vgl. Felix Escher, Finanzrecht, in: Kurt Eichenberger u. a. (Hrsg.), Handbuch des Staats- und Verwaltungsrechts des Kantons Basel-Stadt, Basel 1984, S. 453ff., 462f.; Adrian Hungerbühler, Zum Verhältnis zwischen grossrätlicher Budgetkompetenz und regierungsrätlicher Verordnungs-kompetenz, in: Festschrift für Dr. Kurt Eichenberger, alt Oberrichter, Beinwil am See, Aarau 1990, S. 259ff. 260f.; Tobias Jaag, Die Ausgabenbewilligung im zürcherischen Gemeinderecht, ZBl 94/1993, S. 68ff., 73f.

³³ § 32 Abs. 1 Bst. c FHG.

³⁴ Vgl. *Huwyl*er (Anm. 28), S. 119ff., 124. Zum Versuch, die Grenzen der Zulässigkeit von Abänderungsanträgen zu umschreiben, siehe auch Ernst Moor, Verfahrensfragen der Gemeindeversammlung im Kanton Zürich, ZBl 52/1951, S. 57ff., 62; Wolf (Anm. 7), S. 89f. Ferner VGE 886/97 vom 21. November 1997, EGV-SZ 1997, Nr. 10, dem allerdings ein Abänderungsantrag des Bezirksrates zu Grunde lag.

³⁵ *Huwyl*er (Anm. 2), S. 35.

³⁶ Die Volksbeschlüsse in den Gemeinden des Kantons Schwyz, Diss. Fribourg, Schwyz 1965, S. 135.

enthaltenen Position gestellt werden³⁷. In der neueren Literatur und Rechtsprechung trifft man auf weniger einschränkende Umschreibungen bei der Zulässigkeit von Abänderungsanträgen bei der Behandlung des Voranschlages. Das Verwaltungsgericht des Kantons Schwyz hat in einem Entscheid vom 20. April 1994 festgehalten, dass die Gemeindeversammlung das Budget berate und verabschiede, wobei «Modifikationen über Abänderungsanträge eingebracht werden können, sei es im Sinne von Erhöhungen, Verminderungen, zusätzlichen Ausgabenpositionen und Streichungen»³⁸. Das Standardwerk zum Gemeinderecht von *Hans Rudolf Thalmann*³⁹ schränkt sodann die Zulassung von Abänderungsanträgen nicht auf Budgetpositionen ein, zu denen in der Vorlage des Gemeinderates eine Kontonummer vergeben worden ist.

[8] In der Gemeindeversammlung sind sowohl die der Urnenabstimmung unterstehenden wie auch die übrigen Geschäfte zu beraten. Unabhängig von der Form der Beschlussfassung sind die Stimmberechtigten zur Gemeindeversammlung mit Angabe von Ort, Zeit und Geschäftsverzeichnis einzuladen⁴⁰. Behandelt werden dürfen nur Geschäfte, die ordnungsgemäss angekündigt und auf die Geschäftsliste gesetzt wurden. Die an sich unbestrittene Vorgabe, dass an einer Gemeindeversammlung nur über ordnungsgemäss traktandierbare Geschäfte verhandelt und abgestimmt werden darf, soll sicherstellen, dass sich die Stimmberechtigten auf die Behandlung des Geschäftes vorbereiten können. Es soll damit gewährleistet werden, dass die Willensbildung frei und die Stimmabgabe unverfälscht vorgenommen werden können⁴¹. Der Stimmbürger soll zunächst sich darüber Rechenschaft geben können, ob er überhaupt an der Gemeindeversammlung teilnehmen will. Ferner soll damit eine Barriere gegen «Überrumplungsmanöver» aufgestellt werden. Die Traktandierungs-

³⁷ In diesem Sinne unter Hinweis auf die ältere Rechtsprechung und Literatur Max Mettler/Hans Rudolf Thalmann, Das Zürcher Gemeindegesetz, 3. Aufl., Wädenswil 1977, S. 152f.; Entscheid des Departementes des Innern des Kantons Aargau vom 14. Februar 1984, AGVE 1984, S. 629ff.; Entscheid des Departementes des Innern des Kantons Aargau vom 27. Februar 1986, AGVE 1986, S. 487ff. – Einschränkend in der Zulassung von «Ergänzungsanträgen» auch Peter Gander, Die Volksinitiative im Kanton Schwyz, ZBl 91/1990, S. 378ff., 408, der «die Wiedereinführung eines Antragsrechts zuhanden der Budgetgemeinde für kleinere, im Budgetentwurf nicht vorgesehene Ausgaben» für «erwägenswert» hält und damit davon ausgeht, dass solche unter geltendem Recht nicht zulässig sind.

³⁸ VGE 646/93 vom 20. April 1994, EGV-SZ 1994, Nr. 14. Ferner VGE 886/97 vom 21. November 1997, EGV-SZ 1997, Nr. 10.

³⁹ (Anm. 23), S. 134ff.

⁴⁰ § 18 GOG. Allgemein zur Bedeutung der Traktandierungspflicht Entscheid des Verwaltungsgerichts Graubünden vom 1. Juni 1994, GVP-GR 1994, Nr. 2; Entscheid des Verwaltungsgerichts Basel-Landschaft vom 21. Februar 1996, BLVGE 1998, Ziff. 2.1.1.; VGE 886/97 vom 21. November 1997, EGV-SZ 1997, Nr. 10.

⁴¹ Art. 34 Abs. 2 BV; Entscheid des Verwaltungsgerichts Graubünden vom 3. Oktober 1995, GVP-GR 1995, Nr. 5.

pflicht soll zudem dem Bürger ermöglichen, sich inhaltlich mit einer Vorlage zu befassen. Die Traktandierungspflicht bewirkt ausserdem, dass sich der Gemeinderat vorgängig mit einem Geschäft befassen kann und auch muss. Damit ist das Geschäft besser vorbereitet. Ferner dürfte eine strenge Handhabung des Traktandierungsgebots auch einem Beitrag zu einem sparsamen Haushalt leisten. Aus all diesen Gründen tritt *Huwyl*⁴² unter Bezugnahme auf die Praxis der seit längerem aufgehobenen Kassationsbehörde für eine sehr zurückhaltende Zulassung von Abänderungsanträgen ein⁴³.

[9] Mit einer eng verstandenen Traktandierungspflicht wäre demnach die Forderung verbunden, dass Abänderungsanträge zum Voranschlag nur zulässig sind, wenn sie auf die Änderung einer im Entwurf des Gemeinderates bereits eingestellten Ausgabenposition ausgerichtet sind. Fehlt es im Entwurf an einer Position, oder ist in einem Sammelkonto für einen genau bestimmten Zweck kein Betrag aufgenommen worden, so wäre nach dieser strengen Auffassung das «Geschäft» nicht traktandiert, womit es nicht geändert werden kann und entsprechende Anträge nicht zuzulassen sind. Ob aufgrund des Traktandierungsgebots das Recht der Versammlungsteilnehmer, Änderungsanträge zu stellen, derart stark eingeschränkt werden darf, ist fraglich. Genährt wird dieser Zweifel zunächst durch zwei Bestimmungen im Gemeindeorganisationsgesetz. Hinzuweisen ist vorab auf § 26 GOG, der Abänderungsanträge in der Gemeindeversammlung ohne Einschränkungen, namentlich für die Budgetberatungen, zulässt. Aus dem möglicherweise etwas zu weiten Wortlaut von § 12 Abs. 4 GOG müsste sodann der Schluss gezogen werden, dass Änderungsanträge gar wesentliche Teile einer Vorlage betreffen dürfen. In der erwähnten Vorschrift wird nämlich dem Gemeinderat die Befugnis eingeräumt, ein Geschäft zurückzuziehen, wenn eine Vorlage in den Beratungen derart in wesentlichen Teilen verändert wird, dass der damit angestrebte Zweck offensichtlich nicht mehr verwirklicht werden kann. In der Tat wäre es merkwürdig, wenn ein traktandierter Antrag inhaltlich derart weitgehend abgeändert werden darf, im Voranschlag, der durchaus ebenfalls auf der Geschäftsliste steht, indessen Ergänzungen weitgehend ausgeschlossen wären. Gerade beim Voranschlag ist zudem nicht immer so klar, was eigentlich Antrag und was schon Begründung ist. Wie bereits erwähnt, beschlägt der Voranschlag die Finanzierung des gesamten Finanzhaushalts. Wird dies als Ausgangspunkt genommen, so müssten eigentlich Anträge auch zum gesamten Haushalt zugelassen werden. Ausserdem besteht bei der Budgetierung für die Kontenzuweisung durchaus ein gewisser Spielraum, obschon den Bezirken und Gemeinden vom Kanton ein

⁴² (Anm. 28), 124f.

⁴³ Vgl. auch Friedli (Anm. 21), N 12 zu Art. 12 GG-BE; Thalmann (Anm. 23), S. 135f.

fester Kontenrahmen vorgegeben wird⁴⁴. Insbesondere dürfen die Bezirke und Gemeinden Einzelkonti nach ausgewiesenem Bedarf unterteilen⁴⁵. Damit verbunden ist die Frage, ob der Budgetierungsstil eines Gemeinderates für die Grenzen des Antragsrechts mitmassgebend sein kann.

[10] Die unter dem Abschnitt Ziff. 8 aufgezeigten Motive für das Traktandierungsgebot sprechen dafür, Abänderungsanträge⁴⁶ nur sehr zurückhaltend zuzulassen. In diese Richtung weist auch das verfassungsrechtlich garantierte Initiativrecht⁴⁷. Die geringen Anforderungen an die Ausübung dieses Rechts lassen sich ebenfalls gegen eine grosszügige Zulassung von Abänderungsanträgen an der Budgetgemeinde anführen. Umgekehrt liefern weder das Gemeindeorganisationsgesetz noch die Praxis dazu Anhaltspunkte dafür, dass Abänderungsanträge bei der Behandlung des Voranschlages fast vollständig ausgeschlossen wären. Zudem steht das Stimmrecht zur Diskussion. Ein weitgehender Ausschluss von Abänderungsanträgen würde ausserdem die Attraktivität der beratenden Gemeindeversammlung noch mehr mindern. Wie Rechtsprechung und Literatur zeigen, fällt eine generelle Umschreibung der noch zulässigen Abänderungsanträge ausserordentlich schwer. Erfolg versprechender ist es, vom konkreten Einzelfall auszugehen⁴⁸. Darin liegt nicht einmal in erster Linie eine Kapitulation vor dem Unvermögen, eine taugliche Formel für eine Grenzziehung zu finden. Vielmehr kann damit auch besser der Vielgestaltigkeit des Voranschlages Rechnung getragen werden. Über die unter Ziff. 6 festgestellten Grenzen hinaus lassen sich aus der Traktandierungspflicht folgende Aussagen hinsichtlich zulässiger Abänderungsanträge machen:

- Kaum Einschränkungen bestehen, soweit die Kürzung einer Voranschlagsposition beantragt wird. Das entspricht der Faustregel, wonach Streichungen von Teilen einer Vorlage grundsätzlich als Änderung beantragt werden dürfen, wogegen Erweiterungen und Ergänzungen eher zurückhaltend zu beurteilen sind⁴⁹.

⁴⁴ § 26 Abs. 1 FHG; Handbuch über das Rechnungswesen für die Bezirke und Gemeinden des Kantons Schwyz, Reg. 7.

⁴⁵ Weisungen des Regierungsrates zum Handbuch über das öffentliche Rechnungswesen für die Bezirke und Gemeinden des Kantons Schwyz vom 18. Februar 1997, RRB Nr. 266, S. 4.

⁴⁶ Thalmann (Anm. 23), S. 134ff. spricht im Zusammenhang mit dem Antragsrecht der Stimmberechtigten in der beratenden Gemeindeversammlung von einem unselbständigen oder akzessorischen Antragsrecht. Das Antragsrecht setzt voraus, dass entweder der Gemeinderat ein Geschäft in die Gemeindeversammlung einbringt oder eine Einzel- oder eine Pluralinitiative zur Behandlung ansteht.

⁴⁷ § 73 KV.

⁴⁸ Ebenfalls für eine Betrachtung des Einzelfalles Thalmann (Anm. 23), S. 136ff.; Wolf (Anm. 7), S. 89.

⁴⁹ Thalmann (Anm. 23), S. 136. Ebenso VGE 886/97 vom 21. November 1997, EGV-SZ 1997, Nr. 10.

- Abänderungsanträge zu den in der Investitionsrechnung eingestellten Jahrestanchen sind grundsätzlich zulässig. Dazu besteht ein Verpflichtungskredit, dem die Stimmberechtigten bereits zugestimmt haben und dem eine Planung des Gemeinderates zugrunde liegt. Grenzen können sich insoweit einstellen, als für eine praktische Umsetzung etwa in personeller Hinsicht Kapazitätsengpässe entstehen können.
- Zulässig sind sodann Anträge auf Erhöhung von Konsumausgaben⁵⁰ und Aufwendungen für den Unterhalt. Einschränkend gilt allerdings, dass solche Erhöhungen nur zulässig sind, soweit sie entweder bescheiden sind oder auf einer vom Gemeinderat erstellten Planung und Kostenberechnung beruhen. Nur unter diesen Voraussetzungen ist gewährleistet, dass ein verfassungskonformer Willensbildungsprozess stattfinden kann⁵¹.
- Für die Bewilligung von Ausgaben für eine neue Aufgabe einer Gemeinde ist zunächst eine Rechtsgrundlage zu schaffen⁵². Bedarf die Ausgabe keiner gesetzlichen Grundlage⁵³ und auch keines Verpflichtungskredites, so kann sie ausnahmsweise allein in Form eines konstitutiven Budgetbeschlusses bewilligt werden⁵⁴. Neu in der Budgetgemeinde in den Voranschlag aufgenommen werden darf ein solcher Beschluss lediglich dann, wenn er von der Tragweite her leicht überblickt werden kann. Dies ist nur der Fall, wenn er einen bescheidenen Umfang ausmacht. Was noch bescheiden ist, hat die Rechtsprechung bislang nicht entschieden und kann auch der Literatur nicht entnommen werden. Ein praktikabler Ansatz könnte darin bestehen, dafür eine Grenze von 10% der für den konstitutiven Budgetbeschlusses gesetzlich festgelegten Limiten anzunehmen. Je nach Gemeindegrösse ergibt sich daraus ein unterschiedlich hoher Ansatz für einmalige Ausgaben zwischen

⁵⁰ Z.B. Anschaffung von Büromaterial.

⁵¹ Art. 34 Abs. 2 BV

⁵² Eine solche Rechtsgrundlage besteht in der Regel in einem eidgenössischen oder kantonalen Gesetz bzw. einem kompetenzgemäss erlassenen Reglement der Gemeinde. Ausnahmsweise reicht dafür ein Verpflichtungskredit aus (§ 3 FHG; vgl. oben Ziff. 6). Hans Nawiasky, *Rechtliche Bedeutung und rechtliche Wirkung des Voranschlages*, ZBl 46/1945, S. 153ff., 156, geht von einer im schweizerischen Recht befolgten Regel aus, wonach alle Ausgaben von namhafter Bedeutung nicht einfach im Voranschlag, sondern in einem getrennten Willensakt des zuständigen Organs beschlossen werden.

⁵³ Dies ist namentlich der Fall, wenn die Aufgabenerfüllung und damit die Mittelverwendung nicht zahlreiche Personen direkt betrifft (fehlende Interessen an der Vorhersehbarkeit des staatlichen Handelns und an der Sicherstellung einer rechtsgleichen Behandlung [dazu Thomas Cottier, *Die Verfassung und das Erfordernis der gesetzlichen Grundlage*, 2. Aufl., Diss., Chur/Zürich 1991, S. 189ff.]) oder insgesamt von beschränkter finanzieller Auswirkung ist (vgl. dazu Urteil des Bundesgerichts vom 22. Januar 1988, ZBl 91/1990, S. 27ff.).

⁵⁴ § 31 Bst. c und d FHG.

7500 Franken für kleinere Gemeinden bis etwa 15000 Franken bei einer mittleren Gemeinde⁵⁵.

- Schliesslich stellt sich die Frage, ob in den Voranschlag auf Antrag der Stimmbürger Beiträge an Dritte aufzunehmen sind. Ich neige zur Annahme, dass solche Anträge nach den Kriterien für neue Aufgaben bzw. Ausgaben zu beurteilen sind⁵⁶. Auch bei Beiträgen an Dritte ist nach meiner Meinung nicht ausschlaggebend, ob dafür im gedruckten Voranschlag ein Konto existiert oder nicht. Denn dies hängt häufig von Zufällen ab⁵⁷.

[11] Generell lässt sich somit sagen, dass Abänderungsanträge zum Voranschlag eher zulässig sind, wenn:

- sie auf eine Kürzung einer Position abzielen;
- dafür bereits eine Planung (Grundlagen) besteht;
- sich auf eine im gedruckten Voranschlag enthaltene (inhaltliche Vergleichbarkeit) Position beziehen;
- sie insgesamt im Umfang bescheiden sind.

5. Formulierung der Anträge

[12] Wie sich aus verschiedenen Bestimmungen des Gemeindeorganisationsgesetzes ergibt, haben die Stimmberechtigten an der Gemeindeversammlung das Recht, Anträge zu stellen⁵⁸. Damit die Bürgerinnen und Bürger von ihrem Recht auch tatsächlich Gebrauch machen können, darf zum einen an die Formulierung der gestellten Anträge nicht zu hohe Anforderungen gestellt werden. Ist es für die Durchführung einer ordnungsgemässen Abstimmung erforderlich, so hat der Gemeindepräsident als Versammlungsleiter für eine Klarstellung in Bezug auf die gestellten Anträge zu sorgen⁵⁹. Gerade bei einem relativ komplizierten Geschäft wie bei

⁵⁵ Ein Extremwert von 65000 Franken auf der Grundlage der Rechnung 2002 ergibt sich für Freienbach (VGE 869/03 vom 20. August 2003). Wegen der aussergewöhnlichen Steuerkraft dieser Gemeinde muss allenfalls für sie auf einen geringeren Prozentsatz geschlossen werden.

⁵⁶ Vgl. vorangehender Abschnitt.

⁵⁷ Ob Huwyler (Anm. 2), S. 35, einen Abänderungsantrag nur zulassen wollte, wenn sich dieser auf ein Konto im gedruckten Voranschlag bezieht, wie dies an der Gemeindeversammlung vom 5. Dezember 2001 in Schwyz behauptet worden ist, lässt sich der Textstelle nicht klar entnehmen.

⁵⁸ §§ 12, 26 GOG.

⁵⁹ § 26 Abs. 1 GOG, wonach der Gemeindepräsident den Abstimmungsvorgang erläutert und damit auch festhalten muss, über welche Anträge genau und in welcher Reihenfolge abgestimmt wird.

einem Voranschlag kann kaum erwartet werden, dass der einzelne Bürger anlässlich der Gemeindeversammlung aus dem Stand ein angepasstes Budget präsentiert. Ergeben sich aus der Behandlung des Voranschlages derartige Veränderungen, dass die Vorgaben des Finanzhaushaltsgesetzes nicht mehr eingehalten werden können, so wird der Gemeinderat letztlich nicht darum herum kommen, das Geschäft im Sinne von § 12 Abs. 4 GOG zurückzuziehen und den Voranschlag zu überarbeiten.

SACHREGISTER

(Die Zahlenangaben beziehen sich auf die Entscheid-Nummern)

A

Anwaltsrecht	
– Vollmacht	A 8.1
Arbeitsvergebung	
– Abbruch des Vergabeverfahrens	B 11.1
– Ausschluss aus dem Wettbewerb	C 14.1
– Ausschreibung	C 14.1
– Gesamtangebot	C 14.1
Arbeitsrecht	A 2.2
Arbeitszeugnis	B 18.1
Aufsichtsbeschwerde	A 6.1, C 7.1
Ausländerrecht	
– Familiennachzug	C 18.1
Ausstand	
– sämtlicher Mitglieder einer Kommission	B 1.2
– Voreingenommenheit (keine unstatthafte Vorbefassung, wenn es um andere Fragen geht)	B 1.3

B

Baurecht siehe unter Planungs- und Baurecht
Beschwerdebefugnis siehe unter Verfahren

D

Disziplinarrecht	C 8.1
------------------	-------

E

Ergänzungsleistungen (Diätkosten)	B 2.1
Ermessen	C 18.1
Erschliessungshilfe (§ 41 PBG)	B 8.1

F

Fürsorgerische Freiheitsentziehung siehe unter Staatshaftung

G

Gebühr

- Grundlage, gesetzliche C 12.1
- Kostendeckungsprinzip C 12.1
- Gebührenfreiheit i.S. von Art. 82 Abs. 3 BV C 17.1
- Gemeindeautonomie C 2.3, C 2.5
- Gemeindeorganisationsgesetz (§ 8 Abs. 2 GOG) B 7.1
- Gesetzeslücke B 1.2
- Grundschulunterricht, Anspruch auf C 8.1

H

Haftung siehe unter Staatshaftung

Handänderungssteuer

- Beschwerdebefugnis (fehlt bei Veräußerer) B 4.4
- geschäftlich genutzte Liegenschaft: Mehrwertsteuer unterliegt nicht Handänderungssteuer B 4.1
- Handänderungswert (innere Einheit zwischen Kauf- und Werkvertrag) B 4.2
- Tauschvertrag B 4.3

I

Initiativrecht siehe unter politische Rechte

IV-Stelle C 8.2

J

Jugendanwaltschaftliche Massnahmen

- Wann ist Jugendanwalt zuständig für Einweisung eines Jugendlichen in ein Heim B 17.1
- Kosten solcher Heimaufenthalte B 17.1

K

Kausalabgaberecht:

- Vorteilsabgabe: vor Verfügungserlass ist rechtliches Gehör zu gewähren B 5.1
- Wasser-/Kanalisationsanschlussgebühren: in casu ungeachtet Veräußerung Bauherr abgabepflichtig, Gebäudeschätzung als Bemessungsgrundlage B 5.2
- Kostenvorschusspflicht (Verrechnung mit Forderung gegenüber Gemeinwesen unzulässig) B 1.5
- Kosten vorsorglicher jugendanwaltschaftlicher Massnahmen
 - In casu gilt Heimeinweisung nicht als vorzeitiger Massnahmeantritt, sondern als Abklärung; Justizdepartement für Kostenverlegung nicht zuständig B 17.1
 - Haftung des Jugendlichen bzw. seiner Eltern nur bei günstigen wirtschaftlichen Verhältnissen B 17.1

L

Landwirtschaft

- Direktzahlungen C 12.1
- Genossame gilt nicht als Selbstbewirtschafterin B 10.2
- Parteistellung im Sinne von Art. 83 BGG B 10.1
- Vorkaufsrecht des Pächters B 10.1
- Wichtiger Grund im Sinne von Art. 64 BGG B 10.2

M

Mobilfunkantenne C 2.1

N

Nichtigkeit A 6.1, A 6.4

O

Opferhilfegesetz siehe unter Sozialhilfe

P

Personal- und Besoldungsverordnung	
– Arbeitszeugnis	B 18.1
– Die Kündigung ist keine anfechtbare Verfügung, Rechtsschutz wird im Klageverfahren gewährt	B 18.2
– Überführung des beamteten Dienstverhältnisses in ein unbefristetes öffentl.-rechtl. Arbeitsverhältnis	B 18.2
Persönliche Freiheit	C 17.1
Planungs- und Baurecht	
– Abstände	C 2.2
– Ausnahmegewilligung	C 2.6
– Baubewilligungsbehörde	C 2.4
– Baute, widerrechtliche	C 2.6
– Erschliessungshilfe (§ 41 PBG)	B 8.1
– Gestaltungsplan	C 10.1
– Industriezone	C 2.3
– NISV	C 2.1
– Nutzung	C 2.2
– örtlich anwendbares Recht	C 2.4
– Plan	C 2.2, C 10.1
– Publikation	C 10.1
– Terrain, gewachsenes	C 10.1
– Zonenkonformität in Wohnzone	C 2.5
Politische Rechte	
– Unzulässigerklärung einer Wiederholungsinitiative	B 7.1

R

Rechtliches Gehör (bei Vorteilsabgaben)	B 5.1
Rechtsgleichheit	C 2.5, C 17.1

S

Sachbeschädigung	A 5.3
Schatzungskommission als Spezialverwaltungsgericht	B 1.2
Schuldbetreibung und Konkurs	
– Anzeige	A 6.1
– Arrestaufhebungsklage	A 6.4
– Arrestbefehl	A 6.4
– ausseramtliche Konkursverwaltung, Entschädigung	A 6.4
– Beschwerde	A 6.1, A 6.2

– Betreibungsart	A 6.1
– Einsprache	A 6.4
– Fehlerfolgen für Betreibungshandlungen	A 6.3
– Legitimation	A 6.1
– Rechtsstillstand	A 6.3
– Sicherstellungsverfügung der Steuerbehörden	A 6.4
Schulrecht	
– Entlassung aus der Schulpflicht	C 8.1
– Sonderschulung, Kompetenzen	C 8.2
Skiunfall	A 4.1
Sozialhilfe	
– Abgrenzung der Soforthilfe nach Opferhilfegesetz von der Notfallhilfe des Sozialhilfegesetzes	B 13.2
– Aufsicht	C 7.1
– Kostentragung nach Sozialhilfegesetz, interkantonaler Heimvereinbarung und Verordnung über die Verteilung der Kosten der Sonderschulung	B 13.1
– Wohnsitz	C 7.1
Staatshaftung (nach Art. 429a ZGB, bei FFE)	B 14.1
Strafprozessrecht	
– Akteneinsicht	A 5.1
– Beschlagnahme	A 5.2
– Entsigelung	A 5.2
– Haftentlassung	A 8.1
– Haftgründe, ausreichende Konkretisierung	A 5.1
– Kollusionsgefahr	A 5.1
– Revision	A 5.3
– Vollmacht	A 8.1
Submission siehe unter Arbeitsvergebung	

T

Territorialitätsprinzip	C 2.4
Tötung, fahrlässige	A 4.1

U

Überspitzter Formalismus	A 8.1
Umweltschutz	
– Strahlenschutz	C 2.1

Unfallversicherung

- Unfallbegriff (nicht erfüllt bei Methadonkonsum mit anschliessenden Kompressionschäden) B 3.1

V

Verfahren

- Beschwerdebefugnis B 4.4, B 10.1
 - <Civil right> nach Art. 6 Ziff. 1 EMRK B 1.1
 - Kostenvorschusspflicht (keine Verrechnung) B 1.5
 - Rechtliches Gehör (bei Vorteilsabgaben) B 5.1
 - Verwaltungsgerichtsbeschwerde (zulässig bei Verweigerung der Einzonungsgenehmigung) B 1.1
- Verhältnismässigkeit C 17.1
- Verkehrsbeschränkung C 17.1
- Verwaltungsverordnung C 18.1
- Vollstreckung C 2.6
- Vormundschaftsbehörde
- Anordnung von Kinderschutzmassnahmen (wann ist Jugendanwalt für Heimeinweisung zuständig?) B 17.1
- Vorteilsabgaben siehe unter Kausalabgaberecht

W

- Wald C 2.6
- Wasseranschlussgebühren siehe unter Kausalabgaberecht
- Willensvollstrecker
- Aufsicht A 2.1
- Wirtschaftsfreiheit C 17.1

Z

Zivilprozessrecht

- Beweislastverteilung A 2.2
- Säumnisfolgen in einem Aufsichtsbeschwerdeverfahren A 2.1
- unentgeltliche Rechtspflege A 3.1