

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungen.....	7
<i>Obergericht / Handelsgericht</i>	
I. Zivilrecht	
A. Erbrecht	23
B. Registerrecht	25
II. Schuldbetreibungs- und Konkursrecht	29
III. Zivilprozessrecht	
A. Zivilprozessordnung	31
B. Anwaltsrecht	39
IV. Strafrecht	55
<i>Versicherungsgericht.....</i>	59
<i>Verwaltungsgericht</i>	
I. Abgaben.....	71
II. Kantonale Steuern.....	75
III. Bau-, Raumplanungs- und Umweltschutzrecht.....	105
IV. Submissionen.....	153
V. Fürsorgerische Freiheitsentziehung	177
VI. Sozialhilfe	191
VII. Waffenrecht	203
VIII. Verwaltungsrechtspflege.....	211
<i>Steuerrekursgericht</i>	
I. Kantonale Steuern	
A. Steuergesetz (StG) vom 15. Dezember 1998	239
<i>Landwirtschaftliche Rekurskommission</i>	
I. Direktzahlungen.....	277
II. Bäuerliches Bodenrecht	281

Schätzungskommission nach Baugesetz

I. Enteignungsrecht	293
II. Umlegungsrecht	297
III. Erschliessungsabgaben	299

Rekursgericht im Ausländerrecht

I. Zwangsmassnahmen im Ausländerrecht	313
II. Beschwerden gegen Einspracheentscheide des Migrationsamts	331

Personalrekursgericht

I. Auflösung Anstellungsverhältnis	355
II. Besoldung	369
III. Aus-/Weiterbildung	393

Verwaltungsbehörden

I. Bau-, Raumplanungs- und Umweltschutzrecht	399
II. Schulrecht	457
III. Gemeinderecht	465

Sachregister

Sachregister	479
--------------------	-----

Gesetzesregister

Gesetzesregister	499
------------------------	-----

Abkürzungen

ABauV	Allgemeine Verordnung zum Baugesetz vom 23. Februar 1994 (SAR 713.111)
ABBV	Verordnung über Flächen- und Verarbeitungsbeiträge im Ackerbau (Ackerbaubeitragsverordnung) vom 7. Dezember 1998 (SR 910.17)
AGS	Aargauische Gesetzessammlung
AGSchKG	Ausführungsgesetz zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs vom 13. Oktober 1964 (SAR 231.100)
AGSchV	Allgemeine Gewässerschutzverordnung vom 19. Juni 1972 (SR 814.201)
AGVA	Aargauische Gebäudeversicherungsanstalt
AGVE	Aargauische Gerichts- und Verwaltungsentscheide
AHI	AHI-Praxis
AHVG	Bundesgesetz über die Alters- und Hinterlassenenversicherung vom 20. Dezember 1946 (SR 831.10)
AHVV	Verordnung über die Alters- und Hinterlassenenversicherung vom 31. Oktober 1947 (SR 831.101)
AJP/PJA	Aktuelle Juristische Praxis
AJV	Aargauischer Juristenverein
AIVK	Arbeitslosenversicherungskasse
Amtl. Bull.	Amtliches Bulletin
ANAG	Bundesgesetz über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer vom 26. März 1931 (SR 142.20)
ANAV	Vollziehungsverordnung zum Bundesgesetz über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer vom 1. März 1949 (SR 142.201)
AnwD	Dekret über den Fähigkeitsausweis und die Bewilligung zur Berufsausübung für Anwälte (Anwaltsdekret) vom 27. Oktober 1987 (SAR 291.100)
AnwG	Anwaltsgesetz (Gesetz über die Ausübung des Anwaltsberufes) vom 18. Dezember 1984 (SAR 291.100)
AnwT	Dekret über die Entschädigung der Anwälte (Anwaltstarif) vom 10. November 1987 (SAR 291.150)
AR	Abwasserreglement
ArG	Bundesgesetz über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel (Arbeitsgesetz) vom 13. März 1964 (SR 822.11)
ARGE	Arbeitsgemeinschaft
AS	Amtliche Sammlung der Bundesgesetze und Verordnungen (Eidg. Gesetzessammlung); ab 1948: Sammlung der eidgenössischen Gesetze
ASA	Archiv für Schweizerisches Abgaberecht
aAsylG	Asylgesetz vom 5. Oktober 1979

AsylG	Asylgesetz vom 26. Juni 1998 (SR 142.31)
ATSG	Bundesgesetz vom 6. Oktober 2000 über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (SR 830.1)
AVA	Aargauisches Versicherungsamt
AVG	Bundesgesetz über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih (Arbeitsvermittlungsgesetz) vom 6. Oktober 1989 (SR 823.11)
AVIG	Bundesgesetz über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung vom 25. Juni 1982 (SR 837.0)
AVIV	Verordnung über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung vom 31. August 1983 (SR 837.02)
AWA	Amt für Wirtschaft und Arbeit des Kantons Aargau
AWaD	Dekret zum Waldgesetz des Kantons Aargau (Walddekret) vom 3. November 1998 (SAR 931.110)
AWaG	Waldgesetz des Kantons Aargau vom 1. Juli 1997 (SAR 931.100)
aBau G	Baugesetz des Kantons Aargau vom 2. Februar 1971
BauG	Gesetz über Raumplanung, Umweltschutz und Bauwesen (Baugesetz) vom 19. Januar 1993 (SAR 713.100)
BAV	Verordnung über Bau und Ausrüstung der Strassenfahrzeuge vom 27. August 1969
BB	Bundesbeschluss
BBG	Bundesgesetz über die Berufsbildung vom 19. April 1978 (SR 412.1)
BBl	Bundesblatt
BBV	Verordnung über den Vollzug der Berufsbildungsgesetzgebung (Berufsbildungsverordnung) vom 23. Dezember 1985 (SAR 422.111)
BD	Dekret über das Dienstverhältnis und die Besoldung der Staatsbeamten vom 24. November 1971
BdBSt	Bundsratsbeschluss über die Erhebung einer direkten Bundessteuer vom 9. Dezember 1940
BDE	Entscheid des Baudepartements
BetmG	Bundesgesetz über die Betäubungsmittel und die psychotropen Stoffe vom 3. Oktober 1951 (SR 812.121)
BFA	Bundesamt für Ausländerfragen
BFF	Bundesamt für Flüchtlinge
BG	Bundesgesetz
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBB	Bundesgesetz über das bäuerliche Bodenrecht vom 4. Oktober 1991 (SR 211.412.11)
BGBM	Bundesgesetz über den Binnenmarkt (Binnenmarktgesetz) vom 6. Oktober 1995 (SR 943.02)
BGE	Bundesgerichtliche Entscheide, amtliche Sammlung
BGFA	Bundesgesetz vom 23. Juni 2000 über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte (Anwaltsgesetz) (SR 935.61)
BGr	Bundesgericht
BIGA	Bundesamt für Industrie, Gewerbe und Arbeit

BJM	Basler Juristische Mitteilungen
BKS	Departement Bildung, Kultur und Sport
BISchK	Blätter für Schuldbetreibung und Konkurs
BLU	Baulandumlegung
BNO	Bau- und Nutzungsordnung
BO	Bauordnung
BoeB	Bundesgesetz vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (SR 172.056.1)
BR	Baurecht: Mitteilungen des Seminars für Schweizerisches Baurecht
BRB	Bundesratsbeschluss
BSG	Gesetz über den vorbeugenden Brandschutz (Brandschutzgesetz) vom 21. Februar 1989 (SAR 585.100)
BStP	Bundesgesetz über die Bundesstrafrechtspflege vom 15. Juni 1934 (SR 312.0)
BSV	Brandschutzverordnung vom 7. Januar 1991 (SAR 585.111)
BSV	Bundesamt für Sozialversicherung
BTS	Besonders tierfreundliches Stallhaltungssystem gemäss BTS-Verordnung vom 7. Dezember 1998 (SR 910.132.4)
BüG	Bundesgesetz über Erwerb und Verlust des Schweizer Bürgerrechts vom 29. September 1952 (SR 141.0)
aBV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874 (SR 101)
BV	Bundesverfassung vom 18. April 1999 (SR 101)
BVD	Dekret über Bodenverbesserungen vom 5. Mai 1970 (SAR 913.710)
BVG	Bundesgesetz über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge vom 25. Juni 1982 (SR 831.40)
BVG	Bodenverbesserungsgenossenschaft
BVO	Verordnung über die Begrenzung der Zahl der Ausländer vom 6. Oktober 1986 (SR 823.21)
BVR	Bernische Verwaltungsrechtsprechung
BVU	Departement Bau, Verkehr und Umwelt
BzGr	Bezirksgericht
BZP	Bundesgesetz über den Bundeszivilprozess vom 4. Dezember 1947 (SR 273)
DBG	Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer vom 14. Dezember 1990 (SR 642.11)
DSD	Dekret über den Schutz von Kulturdenkmälern (Denkmalschutzdekret) vom 14. Oktober 1975 (SAR 497.110)
DZV	Verordnung über die Direktzahlungen an die Landwirtschaft (Direktzahlungsverordnung) vom 7. Dezember 1998 (SR 910.13)
EBG	Eisenbahngesetz vom 20. Dezember 1957
EFTA	European Free Trade Association (Europäische Freihandelsassoziation)
EG	Einführungsgesetz
EG BBG	Einführungsgesetz zum Bundesgesetz über die Berufsbildung vom 8. November 1983 (SAR 422.100)

EG GSchG	Einführungsgesetz zum eidgenössischen Gewässerschutzgesetz vom 11. Januar 1977 (SAR 761.100)
EG KVG	Einführungsgesetz zum Bundesgesetz über die Krankenversicherung vom 5. September 1995 (SAR 837.100)
EGAR	Einführungsgesetz zum Ausländerrecht vom 14. Januar 1997 (SAR 122.500)
EGG	Bundesgesetz über die Erhaltung des bäuerlichen Grundbesitzes vom 12. Juni 1951
EGOR	Einführungsgesetz zum Schweizerischen Obligationenrecht vom 27. Dezember 1911 (SAR 210.200)
EGZGB	Einführungsgesetz zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch vom 27. März 1911 (SAR 210.100)
ELG	Bundesgesetz über Ergänzungsleistungen zur Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung vom 19. März 1965 (SR 831.30)
ELV	Verordnung über die Ergänzungsleistungen zur Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung vom 15. Januar 1971 (SR 831.301)
EMRK	Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (SR 0.101)
ER	Reglement über die Finanzierung von Erschliessungsabgaben
Erw.	Erwägung(en)
EStV	Eidgenössische Steuerverwaltung
EU	Europäische Union
EUeR	Europäisches Übereinkommen über die Rechtshilfe in Strafsachen vom 20. April 1959 (SR 0.351.1)
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuGRZ	Europäische Grundrechte-Zeitschrift
EVG	Eidgenössisches Versicherungsgericht
EVGE	Entscheidungen des Eidgenössischen Versicherungsgerichts, amtliche Sammlung
EVRPG	Verordnung über die Einführung des Bundesgesetzes über die Raumplanung vom 7. Juli 1986
EWaG	Entwurf gemäss Botschaft zum Bundesgesetz über Walderhaltung und Schutz vor Naturereignissen vom 29. Juni 1988 (BBl 1988 III 173 ff.)
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
FAT	Eidgenössische Forschungsanstalt für Betriebswirtschaft und Landtechnik
FFE	Fürsorgerische Freiheitsentziehung
FG	Gesetz über das Feuerwehrwesen vom 23. März 1971 (SAR 581.100)
FIG	Flurgesetz vom 27. März 1912
FLG	Bundesgesetz über die Familienzulagen für landwirtschaftliche Arbeitnehmer und Kleinbauern vom 20. Juni 1952 (SR 836.1)
FN	Fussnote

FoV	Verordnung über den Begriff des Waldes sowie die Verfahren betreffend Waldfeststellung und Rodungsbewilligung (Forstverordnung) vom 16. Februar 1994 (SAR 931.113)
FPolG	Bundesgesetz betreffend die eidgenössische Oberaufsicht über die Forstpolizei vom 11. Oktober 1902
FPolV	Vollziehungsverordnung zum Bundesgesetz betreffend die eidgenössische Oberaufsicht über die Forstpolizei vom 1. Oktober 1965
FS	Festschrift
FwG	Feuerwehrgesetz vom 23. März 1971 (SAR 581.100)
FwV	Verordnung zum Feuerwehrgesetz vom 4. Dezember 1996 (SAR 581.111)
FZA	Abkommen vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit (SR 0.142.112.681)
FZG	Bundesgesetz über die Freizügigkeit in der beruflichen Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (Freizügigkeitsgesetz) vom 17. Dezember 1993
GAL	Gesetz über die Anstellung von Lehrpersonen vom 17. Dezember 2002 (SAR 411.200)
GAT III	Gesetz III zur Aufgabenteilung zwischen Kanton und Gemeinden
GBAG	Gesetz über die Grundbuchabgaben vom 7. Mai 1980 (SAR 725.100)
GBV	Verordnung des Bundesrates betreffend das Grundbuch vom 22. Februar 1910 (SR 211.432.1)
GebV SchKG	Gebührenverordnung vom 7. Juli 1971 zum SchKG (SR 281.35)
GebVG	Gesetz über die Gebäudeversicherung (Gebäudeversicherungsgesetz) vom 15. Januar 1934 (SR 673.100)
GebVV	Verordnung zum Gesetz über die Gebäudeversicherung vom 4. Dezember 1996 (SR 673.111)
GEP	Genereller Entwässerungsplan
GesG	Gesundheitsgesetz vom 10. November 1987
GG	Gesetz über die Einwohnergemeinden (Gemeindegesezt) vom 19. Dezember 1978 (SAR 171.100)
GIG	Bundesgesetz über die Gleichstellung von Mann und Frau vom 24. März 1995 (SR 151.1)
GKP	Generelles Kanalisationsprojekt
GND	Gebührendeekret zum Gesetz über die Nutzung der öffentlichen Gewässer vom 15. Mai 1990 (SAR 763.250)
GNG	Gesetz über die Nutzung (und den Schutz) der öffentlichen Gewässer vom 22. März 1954 (SAR 763.200)
GNV	Verordnung zum Gesetz über die Nutzung der öffentlichen Gewässer vom 24. Dezember 1954 (SAR 763.211)

GOD	Dekret über die Organisation des Obergerichts, des Handelsgerichts, des Versicherungsgerichts und des Verwaltungsgerichts vom 23. Juni 1987 (SAR 155.110)
GOG	Gerichtsorganisationsgesetz (Gesetz über die Organisation der ordentlichen richterlichen Behörden) vom 11. Dezember 1984 (SAR 155.100)
GPA	Government Procurement Agreement (=GATT/WTO-Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen) vom 15. April 1994 (SR 0.632.231.422)
GPR	Gesetz über die politischen Rechte vom 10. März 1992 (SAR 131.100)
GSchG	Bundesgesetz über den Schutz der Gewässer (Gewässerschutzgesetz) vom 24. Januar 1991 (SR 814.2)
GSK	Grundstückschätzungskommission
GStA	Gemeindesteueramts
GVS	Gesetz über den Vollzug des Strassenverkehrsrechtes vom 6. März 1984 (SAR 991.100)
GWVV	Verordnung über die Gebäudewasserversicherung vom 13. November 1996 (SAR 673.151)
HMG	Bundesgesetz vom 15. Dezember 2000 über Arzneimittel und Medizinprodukte (Heilmittelgesetz) (SR 812.21)
HRAG	Bundesgesetz über das Anstellungsverhältnis der Handelsreisenden vom 13. Juni 1941
HRegV	Verordnung des Bundesrates über das Handelsregister vom 7. Juni 1937 (SR 221.411)
HRG	Bundesgesetz über die Handelsreisenden vom 4. Oktober 1930 (SR 943.1)
i.V.m.	in Verbindung mit
IBG	Bundesgesetz über Investitionskredite und Betriebshilfe in der Landwirtschaft vom 23. März 1962 (SR 914.1)
IBV	Verordnung über Investitionskredite und Betriebshilfe in der Landwirtschaft vom 15. November 1972 (SR 914.11)
IKSt	Interkantonale Kommission für den Strassenverkehr
IP	Integrierte Produktion
IPR	Internationales Privatrecht
IPRG	Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht vom 18. Dezember 1987 (SR 291)
IRSG	Bundesgesetz über internationale Rechtshilfe in Strafsachen vom 20. März 1981 (SR 351.1)
IVG	Bundesgesetz über die Invalidenversicherung vom 19. Juni 1959 (SR 831.20)
IVK	Invalidenversicherungskommission
IVöB	Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 25. November 1994 (SAR 150.970)
IVV	Verordnung über die Invalidenversicherung vom 17. Januar 1961 (SR 831.201)

JdT	Journal des tribunaux
JG	Gesetz über Wildschutz, Vogelschutz und Jagd (Jagdgesetz) vom 25. Februar 1969 (SAR 933.100)
JSG	Bundesgesetz über die Jagd und den Schutz wildlebender Säugetiere und Vögel (Jagdgesetz) vom 20. Juni 1986 (SR 922.0)
JStrV	Verordnung über die Jugendstrafrechtspflege vom 27. Oktober 1959 (SAR 251.130)
KF	Kontrollierte Freilandhaltung
KIGA	Industrie-, Gewerbe- und Arbeitsamt des Kantons Aargau
KR	Kanalisationsreglement
KS	Kreisschreiben
KSD	Kantonaler Sozialdienst
KSG	Konkordat über die Schiedsgerichtsbarkeit vom 27. August 1969 (SAR 220.300)
KSSIG	Kreisschreibensammlung des Obergerichts
KStA	Kantonales Steueramt
KV	Kantonsverfassung vom 25. Juni 1980 (SAR 110.000)
KVG	Bundesgesetz vom 18. August 1994 über die Krankenversicherung (SR 832.10)
KZG	Gesetz über Kinderzulagen für Arbeitnehmer vom 23. Dezember 1963 (SAR 815.100)
KZV	Vollziehungsverordnung zum Gesetz über Kinderzulagen für Arbeitnehmer vom 23. Juli 1964 (SAR 815.111)
LBD I	Dekret über das Dienstverhältnis und die Besoldung der Lehrer an öffentlichen Schulen (Lehrerbesoldungsdekret I) vom 24. November 1971 (SAR 411.110)
LBD II	Dekret über das Dienstverhältnis und die Besoldungen der Fachlehrer, Lehrbeauftragten und Stellvertreter, die Entschädigung für die Schulämter, den freiwilligen Schulsport und die Überstunden an öffentlichen Schulen (Lehrerbesoldungsdekret II) vom 5. November 1991 (SAR 411.120)
LD	Dekret über die Löhne des kantonalen Personals (Lohndekret) vom 30. November 1999 (SAR 165.130)
LDLP	Dekret über die Löhne der Lehrpersonen vom 24. August 2004 (SR 411.210)
LEG	Bundesgesetz über die Entschuldung landwirtschaftlicher Heimwesen vom 12. Dezember 1940
LEV	Verordnung über Landumlegung, Grenzbereinigung und Enteignung (LEV; SAR 713.112) vom 23. Februar 1994
LFG	Bundesgesetz über die Luftfahrt vom 21. Dezember 1948 (SR 748.0)
LFV	Verordnung über die Luftfahrt (Luftfahrtverordnung) vom 14. November 1973 (SR 748.01)
LG	Bundesgesetz betreffend die Lotterien und gewerbsmässigen Wetten vom 8. Juni 1923 (SR 935.51)
LGVE	Luzernische Gerichts- und Verwaltungsentscheide
LKE	Entscheid der Landwirtschaftlichen Rekurskommission

LMG	Bundesgesetz vom 9. Oktober 1992 über Lebensmittel und Gebrauchsgegenstände (Lebensmittelgesetz) (SR 817.0)
LMV	Lebensmittelverordnung vom 1. März 1995 (SR.817.02)
LPG	Bundesgesetz über die Landwirtschaftliche Pacht vom 4. Oktober 1985 (SR 221.213.2)
LRK	Landwirtschaftliche Rekurskommission
LRV	Luftreinhalte-Verordnung vom 16. Dezember 1985 (SR 814.318.142.1)
LSG	Gesetz über den Ladenschluss vom 14. Februar 1940 (SAR 950.200)
LSV	Lärmschutzverordnung vom 15. Dezember 1986 (SR 814.41)
LwG-AG	Gesetz über die Erhaltung und Förderung der Landwirtschaft (Landwirtschaftsgesetz) vom 11. November 1980 (SAR 910.100)
LwG-CH	Bundesgesetz über die Landwirtschaft (Landwirtschaftsgesetz) vom 29. April 1998 (SR 910.1)
LwG-CH-1951	Bundesgesetz über die Förderung der Landwirtschaft und die Erhaltung des Bauernstandes (Landwirtschaftsgesetz) vom 3. Oktober 1951 (SR 910.1)
m.w.H.	mit weiteren Hinweisen
MBVR	Monatsschrift für bernisches Verwaltungsrecht und Notariatswesen
MepV	Medizinprodukteverordnung vom 17. Oktober 2001 (SR 812.213)
MKG	Militärkassationsgericht
MKGE	Entscheide des Militärkassationsgerichts
MKV	Verordnung über die Kontingentierung der Milchproduktion (Milchkontingentierungsverordnung) vom 7. Dezember 1998 (SR 916.350.1)
MMG	Bundesgesetz betreffend die gewerblichen Muster und Modelle vom 30. März 1900 (SR 232.12)
MO	Militärorganisation der Schweiz. Eidgenossenschaft vom 12. April 1907
mp	mietrechtspraxis: Zeitschrift für schweizerisches Mietrecht
MPG	Bundesgesetz über den Militärflichtersatz vom 12. Juni 1959 (SR 661)
MPV	Verordnung über den Militärflichtersatz vom 20. Dezember 1971
MSchG	Bundesgesetz betreffend den Schutz der Fabrik- und Handelsmarken, der Herkunftsbezeichnungen von Waren und der gewerblichen Auszeichnungen vom 26. September 1890
MWSt	Mehrwertsteuer
MWStV	Verordnung über die Mehrwertsteuer vom 22. Juni 1994 (SR 641.201)
N	Note
NAG	Bundesgesetz betreffend die zivilrechtlichen Verhältnisse der Niedergelassenen und Aufenthalter vom 25. Juni 1891
NaR	Nationalrat
NBO	Normalbauordnung
NHG	Bundesgesetz über den Natur- und Heimatschutz vom 1. Juli 1966 (SR 451)

NHV	Verordnung über den Natur- und Heimatschutz vom 16. Januar 1991 (SR 451.1)
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NLD	Dekret über den Natur- und Landschaftsschutz vom 26. Februar 1985 (SAR 785.110)
NO	Notariatsordnung vom 28. Dezember 1911 (SAR 295.110)
NR	Nationalrat
NSV	Verordnung über den Schutz der einheimischen Pflanzen- und Tierwelt und ihrer Lebensräume (Naturschutzverordnung) vom 17. September 1990 (SAR 785.131)
OBE	Entscheid der Oberschätzungsbehörde
OeBV	Verordnung über Beiträge für besondere Leistungen im Bereiche der Ökologie und der Nutztierhaltung in der Landwirtschaft (Öko-Beitragsverordnung) vom 24. Januar 1996 (SR 910.132)
OeBV-1993	Verordnung über Beiträge für besondere ökologische Leistungen in der Landwirtschaft (Oeko-Beitragsverordnung; OeBV) vom 26. April 1993 (SR 910.132)
ÖLN	Ökologischer Leistungsnachweis
ÖVD	Dekret über die Beteiligung von Kanton und Gemeinden an den Kosten des öffentlichen Verkehrs vom 11. März 1997 (SAR 995.150)
ÖVG	Gesetz über den öffentlichen Verkehr vom 2. September 1975, mit Änderungen vom 5. März 1996 (SAR 995.100)
OG	Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege (Bundesrechtspflegegesetz) vom 16. Dezember 1943 (SR 173.110)
OGE	Entscheid des Obergerichts
OGJ	Obergerichtliche Jahresberichte
OGr	Obergericht
OHG	Bundesgesetz über die Hilfe an Opfer von Straftaten (Opferhilfegesetz) vom 4. Oktober 1991 (SR 312.5)
OHV	Verordnung über die Hilfe an Opfer von Straftaten vom 18. November 1992 (SR 312.51)
OR	Obligationenrecht vom 30. März 1911 (SR 220)
OrgG	Gesetz über die Organisation des Regierungsrates und der kantonalen Verwaltung (Organisationsgesetz) vom 26. März 1985 (SAR 153.100)
Parz.	Parzelle(n)
PatG	Bundesgesetz betreffend die Erfindungspatente vom 25. Juni 1954 (SR 232.14)
PD	Dekret über die Rechte und Pflichten der Krankenhauspatienten (Patientendekret) vom 21. August 1990 (SAR 333.110)
PersG	Gesetz über die Grundzüge des Personalrechts vom 16. Mai 2000 (SAR 165.100)
PKK	Psychiatrische Klinik Königsfelden
PLV	Personal- und Lohnverordnung vom 25. September 2000 (SAR 165.111)

PO	Promotionsordnung für die Volksschulen vom 16. Juli 1990 (SAR 421.351)
PR	Polizeireglement
Pra	Praxis des Bundesgerichts
PRGE	Entscheid des Personalrekursgerichts
PVG	Praxis des Verwaltungsgerichtes des Kantons Graubünden
PZV	Verordnung über die Bemessung des landwirtschaftlichen Pachtzinses (Pachtzinsverordnung, PZV) vom 11. Februar 1987 (SR 221.213.221)
RAUS	Regelmässiger Auslauf von Nutztieren im Freien gemäss RAUS-Verordnung vom 7. Dezember 1998 (SR 910.132.5)
RB	Rechenschaftsbericht
REKO/EVD	Rekurskommission des Eidgenössischen Volkswirtschaftsdepartementes
RG	Gesetz über die Besteuerung und Verbot von Reklamen (Reklamengesetz) vom 4. Dezember 1908
RGE	Entscheid des kantonalen Steuerrekursgerichts (seit 1. 1. 85)
RKE	Entscheid der kantonalen Steuerrekurskommission (bis 31. 12. 84)
RL	Richtlinie
RPG	Bundesgesetz über die Raumplanung vom 22. Juni 1979 (SR 700)
RPV	Verordnung über die Raumplanung vom 2. Oktober 1989 (SR 700.1)
RPV	Raumplanungsverordnung vom 28. Juni 2000 (SR 700.1)
RRB	Regierungsratsbeschluss
RStrS	Rechtsprechung in Strafsachen, herausgegeben von der Schweizerischen Kriminalistischen Gesellschaft
RVOG	Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz (SR 172.010) vom 21. März 1997
Rz.	Randziffer
SAG	Schweizerische Aktiengesellschaft, Zeitschrift für Handels- und Wirtschaftsrecht
SAR	Systematische Sammlung des aargauischen Rechts
Schätzungs- reglement	Baugesetz des Kantons Aargau vom 2. Februar 1971
Schätzungs- reglement	Reglement über die Einschätzung und Schadenerledigung bei Gebäuden vom 25. Oktober 1996 (SAR 673.351)
SchKG	Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs vom 11. April 1889 (SR 281.1)
SchulG	Schulgesetz vom 17. März 1981 (SAR 401.100)
SHAB	Schweizerisches Handelsamtsblatt
SHG	Sozialhilfegesetz vom 2. März 1982 (SAR 851.100)
SHV	Sozialhilfeverordnung vom 18. April 1983 (SAR 851.111)
SJK	Schweizerische Juristische Kartothek
SJZ	Schweizerische Juristenzeitung
SKE	Entscheid der Schätzungskommission nach Baugesetz

SKöF	Schweizerische Konferenz für öffentliche Fürsorge; Herausgeberin der Richtlinien für die Bemessung der Sozialhilfe.
SMI	Schweizerische Mitteilungen über Immaterialgüterrecht Zürich (bis 1984 = Mitt.)
SOG	Solothurnische Gerichtspraxis
SPG	Gesetz über die öffentliche Sozialhilfe und die soziale Prävention vom 6. März 2001 (SAR 851.200)
SPV	Sozialhilfe- und Präventionsverordnung vom 28. August 2002 (SAR 851.211)
SR	Systematische Rechtsammlung des Bundes
SSV	Verordnung des Bundesrates über die Strassensignalisation vom 5. September 1979 (SR 741.21)
StE	Der Steuerentscheid (Fachzeitschrift)
aStG	Gesetz über die direkten Staats- und Gemeindesteuern und über den direkten Finanzausgleich unter den Einwohnergemeinden vom 17. Mai 1966
aStG	Steuergesetz (Gesetz über die Steuern auf Einkommen, Vermögen, Grundstückgewinnen, Erbschaften und Schenkungen) vom 13. Dezember 1983
StG	Steuergesetz vom 15. Dezember 1998 (SAR 651.100)
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (SR 311.0)
aStGV	Vollziehungsverordnung zum aStG vom 5. Januar 1967
aStGV	Verordnung zum Steuergesetz vom 13. Juli 1984
StGV	Verordnung zum Steuergesetz vom 11. September 2000 (SAR 651.111)
StHG	Bundesgesetz über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden vom 14. Dezember 1990 (SR 642.14)
StipV	Stipendienverordnung vom 3. April 1969 (SAR 471.111)
StK	Steuerkommission
StPO	Gesetz über die Strafrechtspflege (Strafprozessordnung) vom 11. November 1958 (SAR 251.100)
StR	Ständerat
StRG	Steuerrekursgericht (ab 1. 1. 85)
StRK	Steuerrekurskommission (bis 31. 12. 84)
SubmD	Submissionsdekret vom 26. November 1996 (SAR 150.910)
SubVO	Verordnung über die Vergabe öffentlicher Arbeiten und Lieferungen (Submissionsverordnung) vom 16. Juli 1940
SuG	Bundesgesetz über Finanzhilfen und Abgeltungen (Subventionsgesetz, SuG) vom 5. Oktober 1990 (SR 616.1)
SVG	Bundesgesetz über den Strassenverkehr vom 19. Dezember 1958 (SR 741.01)
SVV	Strukturverbesserungsverordnung vom 7. Dezember 1998 (SR 913.1)

SZIER	Schweizerische Zeitschrift für internationales und europäisches Recht (vormals Schweizerisches Jahrbuch für internationales Recht [SJIR])
SZS	Schweizerische Zeitschrift für Sozialversicherung und berufliche Vorsorge
TaxiR	Taxireglement
TSchG	Eidgenössisches Tierschutzgesetz vom 9. März 1978 (SR 455)
TSchV	Eidgenössische Tierschutzverordnung vom 27. Mai 1981 (SR 455.1)
TVAV	Technische Verordnung über die amtliche Vermessung vom 10. Juni 1994 (SR 211.432.21)
UD	Dekret über das Verfahren bei Landumlegungen und Grenzberichtigungen in Baugebieten (Umlegungsdekret) vom 9. Oktober 1974
URP	Umweltrecht in der Praxis
USD	Dekret über den Vollzug des Umweltschutzrechts (Umweltschutzdekret) vom 13. März 1990 (SAR 781.110)
USG	Bundesgesetz über den Umweltschutz (Umweltschutzgesetz) vom 7. Oktober 1983 (SR 814.01)
UWG	Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb vom 19. Dezember 1986 (SR 241)
V	Verordnung
VAE	Verordnung über die Abwassereinleitungen vom 8. Dezember 1975
VAG	Bundesgesetz betreffend die Aufsicht über die privaten Versicherungseinrichtungen vom 23. Juni 1978 (SR 961.01)
VALL	Verordnung über die Anstellung und Löhne der Lehrpersonen (SR 411.211)
VASStG	Verordnung zum Aktiensteuergesetz vom 27. März 1972
VAV	Verordnung über die amtliche Vermessung vom 18. November 1992 (SR 211.432.2)
VBB	Verordnung über das bäuerliche Bodenrecht vom 4. Oktober 1993 (SR 211.412.110)
VBG	Verordnung über die Bewertung der Grundstücke vom 4. November 1985 (SAR 651.212)
VBLN	Verordnung über das Bundesinventar der Landschaften und Naturdenkmäler vom 10. August 1977 (SR 451.11)
VBVO	Kantonale Verordnung über den Vollzug der Bundesvorschriften über die Begrenzung der Zahl der Ausländer vom 22. Juni 1987 (SAR 122.363)
VEA	Verordnung über Einreise und Anmeldung von Ausländerinnen und Ausländern vom 14. Januar 1998 (SR 142.211)
VEB	Verwaltungsentscheide der Bundesbehörden (heute: VPB)
VEGGSchG	Verordnung zum Einführungsgesetz zum eidgenössischen Gewässerschutzgesetz vom 16. Januar 1978
VFG	Verordnung über das Feuerwehrewesen vom 18. Dezember 1972

VG	Gesetz über die Verantwortlichkeit der öffentlichen Beamten und Angestellten und über die Haftung des Staates und der Gemeinden für ihre Beamten (Verantwortlichkeitsgesetz) vom 21. Dezember 1939 (SAR 150.100)
VGE	Entscheid des Verwaltungsgerichts
VJS	Vierteljahresschrift für aargauische Rechtsprechung
VKD	Dekret über die Verfahrenskosten (Verfahrenskostendekret) vom 24. November 1987 (SAR 221.150)
VO	Verordnung
VO Einreihung	Verordnung zum Einreihungsplan vom 25. Oktober 2000 (SAR 165.131)
VO-ZAS	Verordnung über die Zusicherung der Aufenthaltsbewilligung zum Stellenantritt vom 19. Januar 1965 (SR 142.261)
VoLPG	Verordnung zum LPG vom 29. September 1986 (SAR 913.331)
VPB	Verwaltungspraxis der Bundesbehörden (früher: VEB)
VRPG	Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege (Verwaltungsrechtspflegegesetz, VRPG) vom 9. Juli 1968 (SAR 271.100)
VRV	Verordnung des Bundesrates über die Strassenverkehrsregeln vom 13. November 1962 (SR 741.11)
VSS	Normen der Vereinigung Schweizerischer Strassenfachleute
VStG	Bundesgesetz über die Verrechnungssteuer vom 13. Oktober 1965 (SR 642.21)
VStRK	Verordnung über die Organisation der kantonalen Steuerrekurskommission und das Rekursverfahren vom 25. Juli 1968 (SAR 271.161)
VStrR	Bundesgesetz über das Verwaltungsstrafrecht vom 22. März 1974 (SR 313.0)
VV	Vollziehungsverordnung
VVaStG	Vollziehungsverordnung zum Gesetz über die direkten Staats- und Gemeindesteuern und über den direkten Finanzausgleich unter den Einwohnergemeinden vom 5. Januar 1967
VVBauG	Vollziehungsverordnung zum Baugesetz des Kantons Aargau vom 17. April 1972
VVEGZGB	Vollziehungsverordnung zu den §§ 103-116 des Einführungsgesetzes zum ZGB über Bauvorschriften der Gemeinden vom 21. Januar 1949
VVFGA	Verordnung über den Vollzug von kurzen Freiheitsstrafen in der Form der gemeinnützigen Arbeit vom 20. Dezember 1995
VVG	Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag vom 2. April 1908 (SR 22.229.1)
VVGIG	Vollziehungsverordnung zum Bundesgesetz über die Gleichstellung von Frau und Mann vom 3. Juli 1996 (SAR 221.171)
VVGNG	Vollziehungsverordnung zum Gesetz über die Nutzung (und den Schutz) der öffentlichen Gewässer vom 24. Dezember 1954

VVOR	Vollziehungsverordnung zum Bundesgesetz über die Änderung des Obligationenrechts (Miete und Pacht) vom 25. Juni 1990/31. März 1993 (SAR 210.221)
VVV	Verordnung des Bundesrates über Haftpflicht und Versicherungen im Strassenverkehr vom 20. November 1959
VWEG	Verordnung zum Wohnbau- und Eigentumsförderungsgesetz vom 30. November 1981 (SR 843.1)
VWF	Verordnung über den Schutz der Gewässer vor wassergefährdenden Flüssigkeiten vom 28. September 1981 (SR 814.226.21)
VWG	Verordnung zum Wirtschaftsgesetz vom 16. August 1976 (SAR 971.111)
VwVG	Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (SR 172.021)
VZG	Verordnung des Bundesgerichts über die Zwangsverwertung von Grundstücken vom 23. April 1920 (SR 281.42)
VZV	Verordnung über die Zulassung von Personen und Fahrzeugen zum Strassenverkehr vom 27. Oktober 1976 (SR 741.51)
WaG	Bundesgesetz über den Wald vom 4. Oktober 1991 (SR 921.0)
WaV	Verordnung über den Wald vom 30. November 1992 (SR 921.01)
WEG	Wohnbau- und Eigentumsförderungsgesetz vom 4. Oktober 1974 (SR 843)
WG	Gesetz über das Wirtschaftswesen und den Handel mit geistigen Getränken (Wirtschaftsgesetz) vom 2. März 1903 (SAR 971.100)
WRG	Bundesgesetz über die Nutzbarmachung der Wasserkräfte vom 22. Dezember 1916 (SR 721.80)
ZAK	Monatsschrift über die AHV, IV, EO, herausgegeben vom Bundesamt für Sozialversicherung (früher: «Zeitschrift für die Ausgleichskassen»)
ZBGR	Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins
ZBI	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210)
ZO	Zonenordnung
ZPO	Zivilrechtspflegegesetz (Zivilprozessordnung) vom 18. Dezember 1984 (SAR 221.100)
ZR	Blätter für Zürcherische Rechtsprechung
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht
ZStR	Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht
ZStV	Verordnung des Bundesrates über das Zivilstandswesen (Zivilstandsverordnung) vom 1. Juni 1953 (SR 211.112.1)
ZVW	Zeitschrift für Vormundschaftswesen

Obergericht / Handelsgericht

I. Zivilrecht

A. Erbrecht

1 Art. 570 ZGB; Erbrecht

Der für die Protokollierung der Ausschlagungserklärung zuständige Richter hat nicht festzustellen, ob die Erbschaft - ohne ausdrückliche Annahmeerklärung - als angenommen oder zufolge amtlich festgestellter oder offensichtlicher Überschuldung als ausgeschlagen zu gelten hat.

Aus dem Entscheid des Obergerichts, 3. Zivilkammer, vom 29. Oktober 2007 i.S. H.H., T.H.

Aus den Erwägungen

2.2. Gemäss Art. 566 Abs. 2 ZGB wird die Ausschlagung der Erbschaft vermutet, d.h. bis zum Beweis des Gegenteils als gegeben angenommen, wenn die Zahlungsunfähigkeit des Erblassers im Zeitpunkt des Todes amtlich festgestellt oder offenkundig ist. Erklärt der Erbe nicht innert der für die Ausschlagung vorgesehenen Frist (Art. 567 ZGB) die Annahme, ist von der Nichtannahme auszugehen, es sei denn der Erbe habe der Vermutung von Art. 566 Abs. 2 ZGB z.B. durch Einmischung (Art. 571 ZGB) die Grundlage entzogen (Schwander, Basler Kommentar, Basel/Genf/München 2003, 2. A., N 8 zu Art. 566 ZGB; Tuor/Picenoni, Berner Kommentar, Bern 1964, N 11 f. zu Art. 566 ZGB; Escher, Zürcher Kommentar, Zürich 1960, N 12 ff. zu Art. 566 ZGB).

2.3. Die Ausschlagungs- und wohl auch die Annahmeerklärungen im Sinne der Art. 566 Abs. 2 ZGB, 574 ZGB und 575 ZGB sind von der nach kantonalem Recht zuständigen Behörde zu protokollieren (Art. 570 Abs. 3 ZGB; Schwander, a.a.O., N 12 zu Art. 570 ZGB). Das Protokoll verfolgt Informationszwecke und dient als Beweis für die Abgabe und den Zeitpunkt der Ausschlagungs- bzw. Annahmeerklärung. Nicht zu den Aufgaben des für die Protokollierung

zuständigen Richters gehört indes festzustellen, ob die Erbschaft - ohne ausdrückliche Annahmeerklärung - angenommen sei oder ob sie zufolge amtlich festgestellter oder offensichtlicher Überschuldung als ausgeschlagen zu gelten habe (ZR 96 [1997] S. 81).

B. Registerrecht

2 Kenntnis der eigenen Abstammung

Der verfassungsrechtliche Anspruch auf Kenntnis der eigenen Abstammung ist beschränkt auf die Angaben, welche registerrechtlich erfasst sind.

Urteil des Obergerichts, 3. Zivilkammer, vom 12. März 2007 i.S. I.B.

Aus den Erwägungen

1.

1.1. Die Beschwerdeführerin macht geltend, sie verlange Kenntnis über die Person ihres Erzeugers, D. sel., der gemäss altem Kindesrecht als Zahlvater bezeichnet werde. Sie beantrage, dass ihr in Anerkennung ihres rechtmässigen Anspruches auf Kenntnis ihrer eigenen Abstammung bezüglich ihres verstorbenen leiblichen Vaters Zugang zu denjenigen Informationen zu gewähren sei, welche ihr ermöglichen, sich ein Bild von ihrem Erzeuger zu machen. Dazu gehöre für sie auch, dass sie sich ein Bild von dessen äusserer Erscheinung machen könne, weshalb sie eine Fotografie von ihm verlange. Da eine solche wohl kaum in den Zivilstandsakten vorhanden sei, verlange sie die Kenntnisgabe allfälliger Nachkommen oder der letzten Ehefrau ihres Vaters. Da ihr leiblicher Vater bereits 1982 verstorben sei und er offenbar Nachkommen und eine Witwe hinterlassen habe, seien diese Personen als Rechtsnachfolger des gesuchten leiblichen Vaters durch die zuständige Behörde anzufragen, ob sie mit der Bekanntgabe ihrer Adresse an sie - die Beschwerdeführerin - einverstanden seien, damit sie den gewünschten Kontakt zu den Angehörigen ihres verstorbenen Vaters herstellen könne. Zudem beantrage sie die Angabe seiner letzten Ruhestätte.

1.2. Nach Art. 119 Abs. 2 lit. g BV hat jede Person Zugang zu den Daten über ihre Abstammung. Dieser grundrechtliche Anspruch

auf Kenntnis der eigenen Abstammung wurde im Zusammenhang mit der Regelung der künstlichen Fortpflanzung mit Keimzellenspende in der Bundesverfassung verankert, gilt indes nicht nur für das mittels Samenspende gezeugte Kind, sondern für jedes Kind, unabhängig von der Art seiner Zeugung (Schweizer, in: Kommentar zur schweizerischen Bundesverfassung, Stand Mai 1995, N 101 ff. zu Art. 24 novies aBV; Reusser/Schweizer, Das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung aus völker- und landesrechtlicher Sicht [Abstammung], in: ZBJV 2000, S. 619 f.; Besson, Das Grundrecht auf Kenntnis der eigenen Abstammung - Wege und Auswirkungen der Konkretisierung eines Grundrechts, Jusletter vom 15. März 2005 [www.weblaw.ch], S. 3 und 5; BGE 128 I 63 ff.). Das Zugangsrecht beschränkt sich dabei auf die Daten der Abstammung; ein Recht auf persönlichen Verkehr gibt es nicht (Schweizer, a.a.O., N 101 zu Art. 24 novies aBV; Reusser/Schweizer, in: Ehrenzeller/Mastronardi/Schweizer/Vallender [Hrsg.], Die schweizerische Bundesverfassung [BV], Zürich 2002, N 37 zu Art. 119 BV).

1.3. Im Rahmen der Fortpflanzungsmedizin sind die Daten der Abstammung vom behandelnden Arzt zu dokumentieren und dem Eidgenössischen Amt für Zivilstandswesen zu übermitteln (Art. 24 f. FMedG). Die Daten umfassen neben der Angabe von Name, Vorname, Geburtstag, Geburtsort, Wohnort, Heimatort oder Nationalität, Beruf und Ausbildung u.a. auch Angaben zur äusseren Erscheinung des Samenspenders (Art. 24 Abs. 2 lit. a und d FMedG). Sie sind dem Kind, welches das 18. Lebensjahr vollendet hat, ohne weiteren Interessennachweis - so wie sie vom Arzt oder der Ärztin gemeldet und beim Eidgenössischen Amt für Zivilstandswesen registriert worden sind - bekannt zu geben (Art. 27 Abs. 1 FMedG; Reusser/Schweizer, Abstammung, a.a.O., S. 628). Das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung wird im Rahmen einer gesetzgeberischen Interessenabwägung dabei auf die Bekanntgabe der im Register erfassten Daten des Spenders beschränkt.

Ähnliches gilt für die Bekanntgabe der leiblichen Eltern eines adoptierten Kindes. Gemäss Art. 268c Abs. 1 ZGB kann das Kind, welches das 18. Lebensjahr vollendet hat, jederzeit Auskunft über die Personalien seiner leiblichen Eltern verlangen. Das Recht des Adop-

tivkindes, seine leiblichen Eltern zu kennen, umfasst gegenüber dem Zivilstandsamt einzig den Anspruch des Adoptivkindes auf Zugang zu den überdeckten Eintragungen betreffend seine Abstammung (BGE 128 I 72 und 77), d.h. den Anspruch auf Ausstellung eines Registerauszuges mit den daraus ersichtlichen Daten seiner leiblichen Eltern. Mitzuteilen sind dem Adoptierten die aktualisierten Daten, d.h. Familiennamen, Vornamen, Heimatort bzw. Staatsangehörigkeit und - sofern die leiblichen Eltern den Kontakt mit dem Kind nicht ablehnen - deren Adresse (Kreisschreiben des Eidgenössischen Amtes für das Zivilstandswesen vom 21. März 2003 N 3.5.1. und 3.5.2.). Über diese vorhandenen Daten hinaus hat das Zivilstandsamt keine weiteren Angaben z.B. über das Aussehen der leiblichen Eltern oder deren Angehörige zu sammeln bzw. dem Geschwister bekannt zu geben.

1.4. Nach dem Gesagten hat der Verfassungsgeber zwar einen Anspruch auf Kenntnis der eigenen Abstammung verankert. Die Modalitäten der Rechtsausübung werden indes durch die gesetzlichen Bestimmungen geregelt und gegenüber dem Zivilstandsamt (Adoption) bzw. dem Eidgenössischen Amt für Zivilstandswesen (Fortpflanzungsmedizin) auf die Bekanntgabe der registerrechtlich erfassten Personalien der leiblichen Eltern bzw. des Samenspenders beschränkt. Ein Anspruch auf Bekanntgabe von Angehörigen eines leiblichen Elternteils oder auf Beschaffung von weiteren Informationen über diesen besteht nicht. Soweit dem ausserhalb einer Ehe geborenen Kind oder dem Ehebruchskind ein verfassungsrechtlicher Anspruch auf Kenntnis der eigenen Abstammung zukommt, kann er in Bezug auf die Auskunftserteilung durch das Zivilstandsamt nicht darüber hinausgehen, was registerrechtlich überhaupt vermerkt ist. Gemäss Art. 7 Abs. 2 lit. 1 und m ZStV werden die Angaben über Kindesverhältnis und Adoption erfasst; eine Aufnahme von Daten über die altrechtliche Zahlvaterschaft, mit welcher die biologische Vaterschaft nicht im rechtlichen Sinne anerkannt und kein Kindesverhältnis begründet wurde (Tuor/Schnyder, Das schweizerische Zivilgesetzbuch, 9.A., Zürich 1975, S. 258), ist nicht vorgesehen.

Eine Bekanntgabe von Personalien des mutmasslichen biologischen Vaters der Beschwerdeführerin, zu welchem offenbar lediglich eine Zahlvaterschaft besteht, kann daher nicht mittels Ausstellung eines entsprechenden Registerauszuges erfolgen. Ebenso wenig kann das Zivilstandsamt verpflichtet werden, der Beschwerdeführerin Zugang zu Daten allfälliger Nachkommen bzw. der Ehefrau ihres mutmasslichen leiblichen Vaters zu gewähren oder von diesen eine Fotografie und Angaben über dessen Grabstätte zu verlangen. Die Beschwerde ist damit abzuweisen.

II. Schuldbetreibungs- und Konkursrecht

3 § 80 ff. SchKG; Rechtsöffnung

Der Rechtsöffnungsrichter darf nur dann von einer ordnungsgemässen Eröffnung des dem Rechtsöffnungsverfahren zugrundeliegenden Entscheides ausgehen, wenn nicht Umstände vorliegen, welche die Annahme einer solchen ausschliessen. Massgebend ist dabei der rechtzeitig eingebrachte Sachverhalt.

Aus dem Entscheid des Obergerichts, 3. Zivilkammer, vom 18. Dezember 2006, i.S. A., E.E. ca. A.P.

Aus den Erwägungen

2.1. (...) Ist der Beklagte mit der Antwort im erstinstanzlichen Verfahren säumig, stellt sich die Frage, wie der Rechtsöffnungsrichter dieses Verhalten prozessrechtlich zu würdigen hat und welche Konsequenzen sich daraus insbesondere für die Frage der ordnungsgemässen Eröffnung des der Rechtsöffnung zugrundeliegenden Entscheides ergeben. Die Folgen der Säumnis richten sich dabei nach kantonalem Prozessrecht (Stücheli, Die Rechtsöffnung, Zürich 2000, S. 141). Nach § 296 ZPO (§ 301 ZPO i.V.m. § 23 EG SchKG) ist grundsätzlich anzunehmen, dass der Beklagte die Sachdarstellung des Klägers anerkennt und auf Einreden verzichtet. Voraussetzung für den Eintritt der Säumnisfolgen ist, dass diese dem Beklagten angedroht wurden. Die Säumnisfolge besteht sodann nicht etwa darin, dass das Begehren des Klägers unbesehen zugesprochen wird; die Rechtsanwendung erfolgt von Amtes wegen (Bühler/Edelmann/Killer, Kommentar zur Aargauischen Zivilprozessordnung, Aarau 1998, N 1 zu § 296 ZPO). Der Rechtsöffnungsrichter hat daher von Amtes wegen das Vorliegen eines tauglichen Titels zu prüfen (Stücheli, a.a.O., S. 141). Er darf bei Säumigkeit des Beklagten nur dann

von der ordnungsgemässen Eröffnung des Entscheides ausgehen, wenn nicht Umstände vorliegen, welche die Annahme einer solchen ausschliessen.

2.2. Mit Verfügung vom 22. August 2006, die dem Beklagten am 24. August 2006 zugegangen ist, wurde dieser im vorinstanzlichen Verfahren aufgefordert, innert zehn Tagen eine schriftliche Stellungnahme zum Rechtsöffnungsbegehren einzureichen mit der Androhung, dass im Falle der Säumnis Anerkennung der Sachdarstellung des Klägers und Verzicht auf Einreden angenommen werde. Der Beklagte liess sich erst mit am 6. September 2006 der Post übergebener Eingabe vom 4. September 2006 und damit verspätet vernehmen. In seiner Stellungnahme machte er geltend, die Steuerveranlagung 2003, für welche die Kläger vorliegend Rechtsöffnung verlangen, sei weder ihm noch seinem Steuervertreter zugestellt worden.

Der Einwand des Beklagten, die Steuerveranlagung 2003 sei ihm nicht zugestellt worden, erfolgte verspätet und kann nicht mehr berücksichtigt werden. Die Vorinstanz durfte bei dieser Sachlage davon ausgehen, die Zustellung sei erfolgt, nachdem aus dem rechtzeitig eingebrachten Sachverhalt keine Umstände ersichtlich sind, welche auf eine mangelhafte Eröffnung des Entscheides schliessen lassen.

III. Zivilprozessrecht

A. Zivilprozessordnung

- 4 § 105 lit. b ZPO. Sicherstellung der Parteikosten.
Für die Beurteilung der Zahlungs(un)fähigkeit der klagenden Partei ist (auch bei einer klägerischen Konkursmasse) auf den Zeitpunkt des Gesuchs um Sicherstellung der Parteikosten abzustellen.

Aus dem Entscheid der 4. Zivilkammer des Obergerichts vom 6. Juni 2007 in Sachen G. AG im Konkurs gegen G.B. et al.

Aus den Erwägungen

2. Die Beklagten werfen der Vorinstanz vor, der angefochtene Entscheid widerspreche der Praxis des Obergerichts des Kantons Aargau, da er für die Feststellung der Zahlungsunfähigkeit der Konkursmasse auf deren jetzige ökonomische Situation und nicht darauf abstelle, wie sich diese nach Abschluss des Konkursverfahrens darstelle. Sie vertreten die Auffassung, Zahlungsunfähigkeit liege vor, wenn nach Abzug aller möglichen vorab zu tilgenden Massschulden, zu denen auch Prozessentschädigungen gehörten, von den Konkursaktiven kein Überschuss mehr verbleibe (Appellation S. 5), und stützen sich dabei auf den Entscheid in den AGVE 2001 Nr. 12 S. 53 ff. bzw. auf den darin zitierten Entscheid in den LGVE 1998 I Nr. 27 S. 56 ff.

2.1. Vor Obergericht unbestritten ist, dass der klägerischen Konkursmasse grundsätzlich eine Parteikostensicherstellung auferlegt werden kann, dass dies aber nicht bereits deshalb geschehen darf, weil gegen den Konkursiten ein (summarisches) Konkursverfahren hängig ist, sondern erst dann, wenn die Konkursmasse aus anderen Gründen zahlungsunfähig erscheint (§ 105 lit. b ZPO; Bühler/Edelmann/Killer, a.a.O., N 13a zu § 105; AGVE 2001 Nr. 12 S. 53).

2.2. Bereits aufgrund des Gesetzeswortlauts von § 105 lit. b ZPO ist für die Beurteilung der Zahlungs(un)fähigkeit der klagenden Partei auf den Zeitpunkt des Gesuchs um Sicherheitsleistung für die Parteikosten und nicht auf einen zukünftigen Zeitpunkt abzustellen. Dies muss auch deshalb so sein, weil nur der aktuelle Stand der finanziellen Situation der klagenden Partei und nicht ein mutmasslicher zukünftiger mit hinreichender Sicherheit festgestellt werden kann. Schliesslich folgt das auch aus der Definition der Zahlungsunfähigkeit. Zahlungsunfähig ist, wer weder über die Mittel verfügt, fällige Verbindlichkeiten zu erfüllen, noch über den erforderlichen Kredit, sich diese Mittel nötigenfalls zu beschaffen (Bühler/Edelmann/Killer, a.a.O., N 14 zu § 105 mit Hinweisen). Da diese Definition der Zahlungsunfähigkeit auf den Begriff der Fälligkeit abstellt, ergibt sich ohne weiteres, dass zur Feststellung der Zahlungsunfähigkeit allein die derzeitige ökonomische Lage der klägerischen Partei von Belang sein und es nicht darauf ankommen kann, ob sie nach Prozessbeendigung bzw. nach Abschluss des Konkursverfahrens mutmasslich in der Lage sein wird, die Parteikostenersatzforderung der Gegenpartei zu bezahlen (Bühler/Edelmann/Killer, a.a.O.). Entgegen der Meinung der Beklagten lässt sich aus dem Entscheid in den AGVE 2001 Nr. 12 S. 53 nichts Gegenteiliges im Sinne einer neuen Praxis des Obergerichts ableiten. Die Zahlungsunfähigkeit wird in diesem Entscheid genau gleich definiert wie allgemein üblich und wenn ausgeführt wird, eine Zahlungsunfähigkeit der Konkursmasse im vorstehenden Sinn könne gegeben sein, wenn diese vermutlich nicht über genügend Aktiven verfüge, um die Prozesskosten zu decken, kann dies deshalb nicht bedeuten, dass auch mutmasslich anfallende zukünftige Massschulden bei der Beurteilung der Zahlungsunfähigkeit der Konkursmasse zu berücksichtigen sind. Das lässt sich auch nicht auf den in diesem Entscheid gemachten Hinweis auf den Entscheid in den LGVE 1998 I Nr. 27 stützen. Das Zitat steht nach der Definition einer Zahlungsunfähigkeit der Konkursmasse und bezieht sich daher ganz offensichtlich auf die Definition der Zahlungsunfähigkeit im zitierten Entscheid, wo ausgeführt wird, gemäss feststehender Praxis des Obergerichts des Kantons Luzern gelte eine Partei als zahlungsunfähig im Sinne der Bestimmung über die

Kostensicherungspflicht, wenn ihre Aktiven wahrscheinlich nicht ausreichen werden, die Gegenpartei gemäss Urteilspruch zu entschädigen, und kann nicht als Übernahme der Rechtsprechung des Obergerichts des Kantons Luzern aufgefasst werden, wonach eine Partei zahlungsunfähig ist, wenn nach Abzug aller möglichen vorab zu tilgenden Massschulden, zu denen auch Prozessentschädigungen gehören, kein Überschuss übrig bleibt, zumal mit dem Ausdruck "alle möglichen, vorab zu tilgenden Massschulden" nicht mit Sicherheit das gemeint ist, was die Beklagten daraus entnehmen wollen, nämlich alle möglichen "mutmasslichen" Massschulden. Vor allem aber wird in dem in den AGVE 2001 Nr. 12 S. 53 ff. publizierten Entscheid nicht nur der Entscheid in den LGVE 1998 I Nr. 27, sondern auch der Entscheid in den RBOG 1991 Nr. 23 S. 110 ff. zitiert, welcher die Auffassung der Beklagten nicht stützt. Dort wird im Gegenteil und zu Recht ausgeführt, der Begriff der sonstigen Zahlungsunfähigkeit dürfe nicht extensiv ausgelegt werden, vielmehr bedürfe es konkreter Hinweise darauf, dass es der zu kautonierenden Partei in letzter Zeit effektiv nicht möglich gewesen wäre, eine Schuld vollumfänglich zu decken.

2.3. Zahlungsunfähigkeit bedeutet somit die Unfähigkeit, fällige Verbindlichkeiten zu erfüllen, und der Nachweis, dass die Klägerin dazu nicht in der Lage ist, kann nicht dadurch erbracht werden, dass zu beweisen versucht wird, dass deren Aktiven dereinst nach Abschluss des Prozesses bzw. des Konkursverfahrens nicht zur Deckung der Prozesskosten bzw. Massaverbindlichkeiten ausreichen werden. Es lässt sich zur Zeit noch gar nicht abschätzen, wie hoch die Aktiven der Klägerin bzw. die Massaverbindlichkeiten dann sein werden. Obsiegt die Klägerin etwa im vorliegenden Prozess gegen die Beklagten, werden ihre Aktiven zunehmen und Prozesskosten bei ihr nicht anfallen. Es darf mit anderen Worten nicht von einem zukünftigen rein hypothetischen Zustand ausgegangen und von diesem auf die Gegenwart geschlossen werden (SJZ 1981 Nr. 33 S. 200 Erw. 4), sondern es müssen konkrete Anhaltspunkte vorgelegt werden, dass die klagende Partei zahlungsunfähig, das heisst derzeit nicht in der Lage ist, fällige Verbindlichkeiten zu erfüllen (Entscheid der 4. Zivilkammer des Obergerichts vom 23. Oktober 2006

[ZOR.2006.93] Erw. 2.4). Da durch die Sicherstellungspflicht der Zugang zu den Gerichten nicht unnötig erschwert werden soll, darf Zahlungsunfähigkeit nicht leichthin angenommen werden (Bühler/Edelmann/Killer, a.a.O., N 14 zu § 105). Es ist vielmehr in jedem Fall der konkrete Nachweis der Zahlungsunfähigkeit nötig, welcher von jener Partei zu erbringen ist, welche die Sicherheit von der Gegenpartei verlangt (Bühler/Edelmann/Killer, a.a.O., N 2 zu § 109). Die Beklagten haben also den konkreten Nachweis zu erbringen, dass die Klägerin derzeit nicht in der Lage ist, fällige Verbindlichkeiten der Masse zu erfüllen.

5 § 321 Abs. 1 ZPO, Art. 84 Abs. 2 SchKG. Novenrecht im Rechtsöffnungsverfahren.

Auch im summarischen Rechtsöffnungsverfahren kann vom Gläubiger nicht verlangt werden, zu Einwendungen des Schuldners, mit welchen er nicht rechnen konnte bzw. musste, bereits im Rechtsöffnungsbegehren Stellung zu nehmen, und es ist ihm daher im Beschwerdeverfahren Gelegenheit dazu zu geben, sofern er dies nicht schon mit Replik im erstinstanzlichen Verfahren tun konnte.

Aus dem Entscheid des Obergerichts, 4. Zivilkammer, vom 21. August 2007 in Sachen S.H.-H. gegen G.J.H.-H.

Aus den Erwägungen

1.1 Gemäss Art. 84 Abs. 2 SchKG gibt der Richter des Betreibungsorts, welcher über Gesuche um Rechtsöffnung entscheidet, dem Betriebenen sofort nach Eingang des Gesuchs Gelegenheit zur mündlichen oder schriftlichen Stellungnahme und eröffnet danach innert fünf Tagen seinen Entscheid. Die Parteien haben deshalb ihre Behauptungen und Beweismittel mit dem Rechtsöffnungsbegehren bzw. der Stellungnahme vorzubringen und sind damit im Beschwerdeverfahren ausgeschlossen, sofern sie nicht darlegen, dass sie diese

im erstinstanzlichen Verfahren nicht mehr vorbringen konnten (§ 321 Abs. 1 ZPO).

1.2 Die Klägerin stellte in ihrer Beschwerde verschiedene neue Behauptungen auf und legte neue Beweismittel ins Recht. Der Beklagte nahm zu diesen neuen Behauptungen der Klägerin in seiner Beschwerdeantwort Stellung, doch kann bei ihm als juristischem Laien nicht von einem konkludenten Einverständnis, auf die Einhaltung des Novenverbots zu verzichten, ausgegangen werden (Entscheidung der 4. Zivilkammer vom 27. April 1999 [ZSU.1999.129] Erw. 2c). Umgekehrt kann von der Klägerin nicht verlangt werden, Einwendungen des Beklagten, mit welchen sie nicht rechnen konnte oder musste, bereits in ihrer Rechtsöffnungsklage zu widerlegen. Soweit sie Kenntnis hatte von dem, was der Beklagte gegen ihr Rechtsöffnungsbegehren vorbrachte (Anrechnung von Steuerschulden, Nebenkosten und eines Kontos auf den Namen von R.), äusserte sie sich in der Klageschrift. Hingegen konnte und musste sie die weiteren Einwendungen des Beklagten (Anrechnung der Direktzahlungen der IV und der Banküberweisung vom 27. Dezember 2006) nicht voraussehen und dazu bereits im Rechtsöffnungsbegehren vor Vorinstanz Stellung nehmen. Sie ist daher mit diesen neuen Behauptungen und Beweismitteln zuzulassen.

- 6 **Das Handelsgericht des Kantons Aargau ist zur Entgegennahme einer Schutzschrift dann zuständig, wenn es in einem vorsorglichen Massnahmeverfahren der Gesuchsgegnerin gegen die Gesuchstellerin zuständig wäre. Erfüllt die eingereichte Schutzschrift die formellen Anforderungen, hat der Richter sie entgegenzunehmen. Der Gesuchsgegnerin ist vom Eingang einer Schutzschrift Kenntnis zu geben, nicht aber von deren Inhalt.**

Aus dem Entscheid des Handelsgerichts, 2. Kammer, vom 11. Juni 2007 in Sachen M.P. AG und M. AG gegen M. & Co. Inc., I.G. S.p.A., M.S. & D.C. AG und M.S. & D.M.

Aus den Erwägungen

2.

2.1. Das Handelsgericht des Kantons Aargau ist zur Entgegennahme der Schutzschrift dann zuständig, wenn es in einem vorsorglichen Massnahmeverfahren einer der Gesuchsgegnerinnen gegen eine der Gesuchstellerinnen zuständig wäre (vgl. GÜNGERICH, Die Schutzschrift im schweizerischen Zivilprozessrecht, Bern 2000, S. 143).

2.2.

(2.2.1. - 2.2.3. Bejahung der örtlichen Zuständigkeit...)

2.2.4. Die sachliche Zuständigkeit des Instruktionsrichters des Handelsgerichts ergibt sich aus § 417 i.V.m. § 404 Abs. 1 lit. b Ziff. 1 ZPO.

3. Die eingereichte Schutzschrift erfüllt die formellen Anforderungen (vgl. LEUPOLD, Die Schutzschrift - Grundsätzliches und prozessuale Fragen, AJP 1998, S. 1082). Der Richter hat sie daher entgegenzunehmen. Die Aufbewahrungsfrist ist auf sechs Monate anzusetzen.

4.

4.1. Es ist zu prüfen, inwieweit den Gesuchsgegnerinnen vom Eingang der Schutzschrift Kenntnis zu geben oder ob diese gar förmlich zuzustellen ist, insbesondere, ob eine Nichtkenntnisgabe den

verfassungsmässigen Gehörsanspruch gemäss Art. 29 Abs. 2 BV verletzt. Die Lehre ist diesbezüglich unterschiedlicher Auffassung (vgl. GÜNGERICH, a.a.O., S. 145 ff.; LEUPOLD, a.a.O. S. 1083; LUSTENBERGER/RITSCHER, Die Schutzschrift - zulässiges Verteidigungsmittel oder verpönte Einflussnahme? AJP 1997, S. 517; BERTI, Der Erlass vorsorglicher Massnahmen [...], in: Binsenwahrheiten des Immaterialgüterrechts, FS Lucas David, Zürich 1996, S. 269).

4.2. Der Zweck des Schutzschriftverfahrens beschränkt sich darauf, der Gesuchstellerin zu ermöglichen, Vorkehren dafür zu treffen, dass in einem allfällig nachfolgenden vorsorglichen Rechtsschutzverfahren ihr Gehörsanspruch so gut als möglich gewahrt bleibt (LEUPOLD, a.a.O., S. 1082). Entsprechend wird die Schutzschrift vom Instruktionsrichter lediglich entgegen genommen, über einen gewissen Zeitraum aufbewahrt und im Falle der Einreichung eines Gesuchs um Erlass superprovisorischer Massnahmen durch den Richter gewürdigt. Nachteile rechtlicher Natur können der Gesuchsgegnerin dabei nicht entstehen. Eine Kenntnissgabe des Inhalts der Schutzschrift würde der Gesuchsgegnerin die einseitige Möglichkeit geben, bereits in einem Gesuch um superprovisorische Massnahmen auf Argumente der Gesuchstellerin eingehen zu können. Das rechtliche Gehör und der Grundsatz der Waffengleichheit werden nicht verletzt, da beide Seiten in Unkenntnis der Argumente der Gegenseite ihren Standpunkt darlegen (vgl. GÜNGERICH, a.a.O., S. 147 f.; LUSTENBERGER/RITSCHER, a.a.O., S. 517).

4.3. Indessen ist der Gesuchsgegnerin von dieser Verfügung Kenntnis zu geben. Da alles richterliche Handeln in formalisierten, von allen Beteiligten überblick- und kontrollierbaren Abläufen zu erfolgen hat, wäre es stossend, wenn das Schutzschriftverfahren als eigentliches Geheimverfahren durchgeführt würde, mit der Konsequenz, dass eine Rechtsschrift, die bestimmte Parteien und einen bestimmten Streitgegenstand betrifft, von einem Gericht entgegengenommen und aufbewahrt wird, ohne dass die potentielle Gegenpartei davon weiss (vgl. LEUPOLD, a.a.O., S. 1083).

5. Die Kosten des vorliegenden Schutzschriftverfahrens sind von der Gesuchstellerin zu tragen. Für den Fall, dass ein vorsorgliches Massnahmeverfahren eingeleitet und durchgeführt wird, ist die

Wiedererwägung des Kostenentscheids vorzubehalten (LEUPOLD, a.a.O., S. 1084). Die Kostenaufgabe ist mit einer Säumnisandrohung zu verbinden.

B. Anwaltsrecht

- 7 § 3 Abs. 1 lit. d AnwT, Art. 122 bis 124 ZGB; Anwaltsentschädigung
Die Anwaltsentschädigung in Streitigkeiten betreffend Art. 122 bis 124
ZGB richtet sich nach § 3 Abs. 1 lit. d AnwT

Aus dem Entscheid des Obergerichts, 1. Zivilkammer, vom 21. August 2007, in Sachen H.H. gegen. R.H.-M.

Aus den Erwägungen

9.2.

9.2.1

Wie die Beklagte zutreffend ausführt, bezeichnet das Bundesgericht *im Zusammenhang mit der Zulässigkeit von Rechtsmitteln* Verfahren betreffend Teilung der Austrittsleistung bzw. Entschädigung nach Art. 124 ZGB als Zivilsachen mit Vermögenswert (BGE 5C.212/2004 Erw. 1; BGE 5C.159/2002 Erw. 1.1). Gleich hält es das Bundesgericht auch mit Verfahren, die den nachehelichen Unterhaltsanspruch betreffen (BGE 5C.49/2005 Erw. 1.1). Auch nach aargauischem Prozessrecht gelten Abänderungsklagen betreffend familienrechtliche Unterhaltspflichten *im Zusammenhang mit der Frage der sachlichen Zuständigkeit* als vermögensrechtliche Streitigkeiten (Bühler/Edelmann/Killer, Kommentar zur aargauischen Zivilprozessordnung, 2. A., Aarau/Frankfurt am Main/Salzburg 1998, N 7 Vorbemerkungen zu §§ 10 – 22 ZPO). § 3 Abs. 1 lit. d AnwT legt nun aber *für den Bereich des Anwaltstarifs* ausdrücklich fest, dass „die Festsetzung familienrechtlicher Unterhalts- und Unterstützungsbeiträge (...) als nicht vermögensrechtliche Streitsache“ gilt. Dabei präzisiert die nämliche Bestimmung wiederum klar, dass Verfahren über güterrechtliche Ansprüche bezüglich Anwaltstarif als vermögensrechtliche Streitsachen gelten. Der Anwaltstarif definiert

im Bereich des Familienrechts also die „vermögensrechtlichen Streit-sachen“ autonom. Die Praxis behandelt denn auch Verfahren betreffend Abänderung von Unterhaltsbeiträgen bei der Anwendung des Anwaltstarifs folgerichtig als nicht vermögensrechtliche Streitsachen (AGVE 1992 S. 104 ff.).

9.2.2.

9.2.2.1.

Die Botschaft des Regierungsrates an den Grossen Rat vom 7. September 1987 zum Anwaltstarif enthält zu § 3 Abs. 1 lit. d AnwT unter anderem folgende Erläuterung:

"Für nicht vermögensrechtliche Streitsachen ist ein Grundsatzrahmen vorgesehen, da sich in diesem Bereich keine allgemeinen objektiven Anhaltspunkte für eine Differenzierung finden lassen. Als nicht vermögensrechtliche Streitigkeit wird nun neu, allgemein und ausnahmslos auch die Festsetzung familienrechtlicher Unterhalts- und Unterstützungsbeiträge erklärt (dem Grundsatz nach galt diese Regelung schon im geltenden Recht, doch konnten Streitwertzuschläge ausnahmsweise gewährt werden, wenn ganz besondere Umstände des Einzelfalles dies rechtfertigten) (vgl. Kreisschreiben des Obergerichts vom 23.11.1956 in AGVE 1957, S. 166). Mit dieser klaren Regelung wird verschiedenen Anregungen aus dem Vernehmlassungsverfahren Rechnung getragen. In güterrechtlichen Streitigkeiten bleiben indessen wie bisher Streitwertzuschläge zulässig."

§ 3 Abs. 1 lit. d AnwT wurde auf Anregung der Konferenz der Aargauischen Gerichtspräsidenten in ihrer Vernehmlassung vom 20. März 1987 in die Gesetzesvorlage aufgenommen. Es war darin Folgendes ausgeführt:

„In der Praxis sind die Ehescheidungsverfahren die weitaus häufigsten Zivilsachen. Gerade für diese Verfahren enthält der Entwurf indessen keine Regelung darüber, wie das Grundhonorar zu bemessen sei. Es wird nicht gesagt, ob beispielsweise die Unterhaltsbeiträge zu kapitalisieren und dann als ‚Streitwert‘ zu betrachten seien, ob güterrechtli-

che Ansprüche ebenfalls mit dem vollen Betrag als Streitwert einzusetzen seien usw.

Im geltenden Recht ist die Frage mindestens einigermaßen geregelt. So hat das Gesamtbergericht in einem Kreisschreiben vom 23. November 1956 (AGVE 1957, 166) festgehalten, Kinderrenten seien keine ‚vermögensrechtlichen Nebenfolgen‘ im Sinn von § 16 Abs. 2 Satz 2 AnwT. Hingegen könne für solche Renten in analoger Anwendung von § 16 Abs. 2 Satz 1 AnwT ein Streitwertzuschlag gewährt und nach Billigkeit bemessen werden, wenn es in einem bestimmten Fall vom Umfang der Streitsache und der Schwierigkeit dieser Rentenansprüche oder von den persönlichen Verhältnissen der Parteien her gerechtfertigt erscheine.

Hingegen hat das Obergericht im gleichen Kreisschreiben zu erkennen gegeben, dass güterrechtliche Ansprüche im Sinne von Art. 154 ZGB sehr wohl als ‚vermögensrechtliche Nebenfolgen‘ gemäss § 16 Abs. 2 AnwT zu verstehen seien.

Bei Abänderungsverfahren im Sinne von Art. 157 ZGB hält das Obergericht für Rentenansprüche – insbesondere auch Kinderrenten – einen vollen Streitwertzuschlag nach §§ 11 und 12 AnwT für zulässig. Massgebend sei der Barwert der ins Recht gesetzten Unterhaltsbeiträge (vgl. AGVE 1971, 69).

Wünschbar wäre nun, dass mindestens in den Erläuterungen zum Dekretsentwurf festgehalten würde, wie weit Unterhaltsbeiträge (im Ehescheidungsverfahren wie auch im Abänderungsverfahren) sowie güterrechtliche Ansprüche im Ehescheidungsverfahren bei der Berechnung des Grundhonorars zu berücksichtigen seien. Andernfalls wäre es wohl Aufgabe des Obergerichts, hier möglichst bald nach Inkrafttreten des neuen Anwaltstarifes mit einem Kreisschreiben Klarheit zu schaffen.“

Es lässt sich somit feststellen, dass § 3 Abs. 1 lit. d AnwT bei seiner Schaffung eine direkte Antwort dieses Dekrets auf die von den Gerichtspräsidenten aufgeworfenen Fragen darstellte. Die Fragestellung, welche Ausgangspunkt für die strittige Bestimmung war, geht davon aus, dass es zumindest unklar war, ob sich das Honorar hinsichtlich Unterhalts- und Güterrechtsfolgen einer Ehescheidung nach

Streitwert bemesse oder nicht. Die Tatsache, dass in § 3 Abs. 1 lit. d AnwT ausdrücklich gesagt wird, für güterrechtliche Ansprüche gälten die lit. a und c, d.h. sie seien als vermögensrechtliche Streitsachen zu behandeln, zeigt, dass mit dieser Bestimmung nicht in erster Linie die Festsetzung familienrechtlicher Unterhalts- und Unterstützungsbeiträge von den vermögensrechtlichen Streitsachen ausgenommen werden sollten. Es lässt sich vielmehr die Auffassung vertreten, mit dieser Bestimmung solle für familienrechtliche Verfahren, die grundsätzlich nicht vermögensrechtlicher Natur sind, definiert werden, welche vermögensrechtlichen Scheidungsfolgen im Rahmen des Anwaltstarifs zu einer Anwaltsentschädigung nach Streitwert berechtigten und welche nicht.

9.2.2.2.

Im Zeitpunkt des Erlasses des Anwaltstarifs (im Jahr 1987) wurden Vorsorgeansprüche der Eheleute, soweit die Zeit nach Auflösung der Ehe betroffen war, in Scheidungsverfahren einzig im Rahmen des scheidungsrechtlichen Entschädigungs- oder Unterhaltsanspruchs gemäss aArt. 151 und 152 ZGB berücksichtigt (Walser, Basler Kommentar, 3. A., 2006, N 1 zu Art. 122 ZGB). Die Frage, ob im Scheidungsverfahren beurteilte Ansprüche betreffend berufliche Vorsorge gemäss Art. 122 ff. ZGB zu einer nach Streitwert bemessenen Anwaltsentschädigung berechtigen, ist von § 3 Abs. 1 lit. d AnwT also nicht geregelt. Die Regelung im Anwaltstarif ist somit planwidrig unvollständig bzw. aufgrund der Rechtsentwicklung unvollständig geworden, d.h. es liegt eine Rechtslücke vor (Honsell, Basler Kommentar, 3. A., 2006, N 27 zu Art. 1 ZGB). Das Gericht hat nach der Regel zu entscheiden, die es als Gesetzgeber aufstellen würde (Art. 1 Abs. 2 ZGB). Grundsätzlich ist davon auszugehen, dass familienrechtliche Streitigkeiten solche nicht vermögensrechtlicher Art sind. Der Dekretsgeber hat diese Qualifikation auch für die familienrechtlichen Unterhalts- und Unterstützungsbeiträge ausdrücklich festgeschrieben. Mit den entsprechenden aArt. 151 und 152 ZGB wurde ein breites Feld von scheidungsbedingten Nachteilen geregelt. Insbesondere Vorsorgefragen wurden auch von diesen Regeln erfasst. Nachdem der Dekretsgeber von den Scheidungsfolgen ausdrücklich und speziell die güterrechtlichen Ansprüche lit. a und c von § 3 Abs. 1 AnwT

unterstellt hat, ist davon auszugehen, dass er die nicht in diesen Bereich, sondern in den Bereich der „familienrechtlichen Unterhalts- und Unterstützungsbeiträge“ fallenden Vorsorgeansprüche ebenfalls als nicht vermögensrechtliche Streitsache bezeichnet hätte. Dies erscheint auch unter folgendem Gesichtspunkt gerechtfertigt: Kommt zwischen den Parteien eines Scheidungsverfahrens betreffend die berufliche Vorsorge keine Vereinbarung zustande, so entscheidet das Gericht über das Verhältnis, in welchem die Austrittsleistungen zu teilen sind (Art. 142 Abs. 1 ZGB). Das Sozialversicherungsgericht legt dann fest, welcher Betrag per Saldo als Austrittsleistung welchem Ehegatten zusteht (Art. 142 Abs. 2 ZGB; Walser, a.a.O., N 6 zu Art. 142 ZGB). In Verfahren vor kantonalem Versicherungsgericht hat die obsiegende Partei zwar Anspruch auf Ersatz der Parteikosten. Diese werden vom Versicherungsgericht aber ohne Rücksicht auf den Streitwert nach der Bedeutung der Streitsache und nach der Schwierigkeit des Prozesses bemessen und festgesetzt (Art. 61 lit. g ATSG; § 5 Abs. 1 AnwT). Unter Berücksichtigung dieser Regel und nachdem es sich von selbst versteht, dass die Festsetzung des Verhältnisses, in welchem die Austrittsleistungen den Ehegatten zustehen, kein Verfahren ist, das eine Anwaltsentschädigung nach Streitwert rechtfertigt, erschiene es nicht legitim, im Verfahren nach Art. 124 ZGB eine Parteientschädigung nach Streitwert zuzusprechen. Eine solche Regelung stünde nicht im Einklang mit den Intentionen des Dekretsgebers.

8 Art. 12 lit. a BGFA

Verpasste Rechtsmittelfrist ist, wenn sie auf unsorgfältige Geschäftsführung zurückzuführen ist, disziplinarrechtlich relevant

Entscheid der Anwaltskommission vom 7. Dezember 2007 i.S. M. S.

Aus den Erwägungen

2.2.

Gemäss Art. 12 lit. a BGFA übt der Anwalt seinen Beruf sorgfältig und gewissenhaft aus. Diese Pflicht gebietet ihm, die Interessen des Auftraggebers nach besten Kräften zu wahren und alles zu unterlassen, was diese Interessen schädigen könnte. Disziplinarrechtlich relevant sind aber nur grobe Verstösse gegen diese mandatsrechtliche Treuepflicht. Das Berufsrecht soll sicherstellen, dass der Anwalt seine Aufgabe nicht wissentlich unrichtig oder grobfahrlässig fehlerhaft erfüllt. Verpasst ein Anwalt versehentlich eine Frist, ist dies disziplinarrechtlich grundsätzlich nicht von Bedeutung. Die Aufsichtsbehörde hat hierbei nur einzuschreiten, wenn erschwerende Umstände vorliegen, die auf eine unverantwortliche Berufsausübung schliessen lassen (FELLMANN in: WALTER FELLMANN / GAUDENZ G. ZINDEL [Hrsg.], Kommentar zum Anwaltsgesetz, Zürich 2005, N 26 zur Art. 12 [zit. NAME, BGFA-Kommentar]). Das versehentliche Verpassen einer Frist kann auch einem gewissenhaften Anwalt gelegentlich einmal unterlaufen. Von einer disziplinarisch relevanten Verletzung der Berufspflicht kann erst dann gesprochen werden, wenn ein Anwalt die üblichen Vorsichtsmassnahmen zur Vermeidung solcher Fehlleistungen unterlässt. Ohne weiteres dürfte ein Disziplinaratbestand sodann auch dann vorliegen, wenn ein Anwalt eine Fristeinhaltung aus böswilliger Absicht zum Nachteil seines Mandanten unterlässt. Eine Fristversäumnis fällt beispielsweise disziplinarisch dann nicht ins Gewicht, wenn in Bezug auf die Postaufgabe die Sekretärin irrtümlicherweise annahm, der Anwalt selbst habe das fristgerecht niedergeschriebene Fristerstreckungsgesuch auf die nahe Post gebracht, was er aber krankheitsbedingt nicht tat (GIOVANNI ANDREA

TESTA, Die zivil- und standesrechtlichen Pflichten des Rechtsanwaltes gegenüber dem Klienten, Zürich 2001, S. 87 ff.; vgl. auch ZR 1995, Bd. 94, Nr. 33, 105ff.).

2.3.

2.3.1.

[...]

2.3.2.

Die Eintragung einer Frist in der internen Kontrolle im falschen Monat stellt ein grobes Fehlverhalten seitens des beanzeigten Anwaltes dar. Es ist von einem Anwalt zu erwarten, dass er eine Frist sorgfältig und mit Bedacht richtig in seiner Agenda einträgt. Es sind auch keine Anhaltspunkte ersichtlich, die den beanzeigten Anwalt im Sinne des unter Ziffer 2.2. angeführten Beispiels entlasten könnten. Solche werden vom beanzeigten Anwalt auch nicht vorgebracht. Schliesslich lässt nichts darauf schliessen, dass der beanzeigte Anwalt entsprechende Vorsichtsmassnahmen vorgenommen hat, die eine solche Fehlleistung verhindern könnten. Das Verpassen der Frist ist somit grobfahrlässig und unverantwortlich und lässt auf eine unsorgfältige Geschäftsführung schliessen, welche mit dem Erfordernis einer gewissenhaften Berufsausübung nicht zu vereinbaren ist. Das Verschulden liegt voll und ganz beim beanzeigten Anwalt. Es liegen demnach erschwerende Umstände vor, weshalb der beanzeigte Anwalt mit seinem Verhalten die Berufsregel von Art. 12 lit. a BGFA verletzt hat.

9 Art. 8 Abs. 1 lit. d BGFA
Registereintrag: Voraussetzungen zur Gewährleistung der Unabhängigkeit bei Tätigkeit im Anstellungsverhältnis neben der Anwaltstätigkeit

Entscheid der Anwaltskommission vom 26. Juni 2007 i.S. S. P.

Aus den Erwägungen

4.

4.1.

Ein Anwalt, der neben seiner Anwaltstätigkeit bei einem nicht im Register eingetragenen Arbeitgeber angestellt ist, muss im Hinblick auf Art. 8 Abs. 1 lit. d BGFA vollständige Angaben über sein Arbeitsverhältnis beibringen, soweit sie für die Unabhängigkeitsfrage von Belang sein können. Der Registereintrag darf zudem davon abhängig gemacht werden, dass der Anwalt die von ihm getroffenen Vorkehrungen aufzeigt, die ihm die Wahrung seines Berufsgeheimnisses trotz seiner Anstellung erlauben. Er muss insgesamt für klare Verhältnisse sorgen (BGE 130 II 87 E. 6.1). So ist ein Arbeitsvertrag vorzulegen, aus dem insbesondere hervorgeht, dass

1. der Arbeitgeber über die nebenberufliche selbständige Anwaltstätigkeit seines Angestellten orientiert und damit einverstanden ist,
2. der Arbeitgeber keinen Einfluss auf diese Anwaltstätigkeit nehmen kann, beispielsweise aufgrund eines Weisungs- oder Einsichtsrechts,
3. weder der Arbeitgeber oder ihm nahe stehende Unternehmungen noch seine Kunden oder sonstige Geschäftspartner, sofern die Art der Beziehung dieser Personen zum Arbeitgeber für die Unabhängigkeit der Mandatsführung nicht zum Vornherein irrelevant erscheint, die anwaltlichen Dienstleistungen des Angestellten in Anspruch nehmen können,

4. die allfällige Führung von Mandaten gegen den Arbeitgeber oder dessen Kunden ausgeschlossen ist,
5. dem Arbeitgeber gegenüber keine Verpflichtungen (z.B. eine Auskunftspflicht) bestehen, die den Anwalt daran hindern könnten, den anwaltlichen Berufspflichten vollumfänglich nachzukommen und v.a. das Anwaltsgeheimnis zu wahren,
6. in Bezug auf das Verhältnis zum übrigen Personal des Arbeitgebers zumindest implizit ausgeschlossen wird, dass vom Arbeitgeber angestelltes und entlohntes Personal Anwaltskanzleiarbeiten für den Anwalt ausübt (BGE 130 II 87 E. 6.3.1).

Neben der Ausgestaltung des Arbeitsvertrags erachtet das Bundesgericht weitere Punkte als bedeutsam. Es handelt sich dabei um organisatorische Vorkehrungen, die der Anwalt zu treffen hat; er muss namentlich den Nachweis erbringen für

7. die strikte Trennung von Vermögenswerten der Klienten, sowohl vom eigenen Vermögen des Anwalts als auch vom Vermögen des Arbeitgebers,
8. die Möglichkeit der gesonderten und für Organe, Vertreter oder Angestellte des Arbeitgebers unzugänglichen Aufbewahrung der Anwaltsakten,
9. eine in der räumlichen Organisation zum Ausdruck kommende Trennung von unselbständiger und selbständiger Tätigkeit, d.h. die Geschäftsadresse des Anwalts muss sich in einem anderen Lokal befinden als die Räumlichkeiten seines Arbeitgebers (BGE 130 II 87 E. 6.3.2; vgl. zu diesem gesamten Kontext auch HESS, Unabhängigkeit angestellter Register-Anwälte, in: Anwaltsrevue 3/2004, S. 94 f., Umsetzung des Bundesgesetzes über die Freizügigkeit von Anwältinnen und Anwälte [BGFA] durch die Kantone, in: SJZ 98 [2002] Nr. 20, S. 489 ff.; NATER / BAUMBERGER, Praktische Auswirkungen der neuen bundesgerichtlichen Praxis zur

Unabhängigkeit angestellter Anwältinnen und Anwälte,
in: SJZ 100 [2004] Nr. 16, S. 391 ff.).

4.2.

Zu beachten ist im Zusammenhang mit der Unabhängigkeit Folgendes: Es geht bei der Eintragungsvoraussetzung gemäss Art. 8 Abs. 1 lit. d BGFA um die so genannte „institutionelle Unabhängigkeit“. Das Fehlen der institutionell verstandenen Unabhängigkeit ist zu vermuten bei Mandaten, die in irgendeinem Zusammenhang mit einer Anstellung stehen (BGE 130 II 87 E. 5.2). Nicht gemeint ist hier dagegen die Unabhängigkeit im konkreten Einzelfall, welche von Art. 12 lit. b (Unabhängigkeit) und lit. c BGFA (Verbot der Interessenkollision) erfasst wird und bei der Frage der Einhaltung der Berufsregeln Bedeutung erlangt (ERNST STAEHELIN / CHRISTIAN OETIKER in: WALTER FELLMANN / GAUDENZ G. ZINDEL [Hrsg.], Kommentar zum Anwaltsgesetz, Zürich 2005, Art. 8 N 31).

Beim Eintragungsgesuch hat der Anwalt zwar darzulegen, dass unter Berücksichtigung seiner persönlichen Situation (z.B. als Teilzeitangestellter) die Gefahr des Auftretens von Interessenkollisionen in Einzelfällen minimiert wird. Er kann dies insbesondere tun, indem er sich eben verpflichtet, keinerlei Mandate für seinen Arbeitgeber oder dessen Kunden zu übernehmen. Die übernommenen Mandate dürfen in keinem Zusammenhang mit seiner Anstellung stehen, die Anwaltstätigkeit muss klar ausserhalb des Angestelltenverhältnisses ausgeübt werden und die Mandate müssen klar ausserhalb des Tätigkeitsbereichs des Arbeitgebers liegen (vgl. BGE 130 II 87, E. 5.2).

Ein Anwalt muss aber im Zusammenhang mit seinem Eintragungsgesuch nicht beweisen, dass für die Zukunft jegliche denkbare Konstellation ausgeschlossen ist, welche zu einem Interessenkonflikt führen könnte - diesen Beweis wird auch ein rein freiberuflich tätiger Anwalt gar nicht erbringen können. Es darf kein Nachweis verlangt werden, dass jede künftige Beeinträchtigung der Unabhängigkeit ausgeschlossen ist. Hingegen hat jeder Anwalt bei späterem Auftreten einer fragwürdigen oder kritischen Situation bezüglich Unabhängigkeit und Interessenkollision im Zweifelsfall die Mandatsübernahme eher abzulehnen, ansonsten er Gefahr läuft, gegen die Berufsre-

geln von Art. 12 lit. b oder c BGFA zu verstossen (BGE 130 II 87, E. 5.2).

[...]

4.7.

Gemäss Bundesgericht spricht weder eine Teilzeit- noch gar eine Vollzeitanstellung gegen einen Eintrag im Anwaltsregister und damit eine anwaltliche teil- oder freizeitliche Tätigkeit (BGE 130 II 87, E. 6.2). Der Anwalt ist zur unabhängigen, sorgfältigen und gewissenhaften, allein im Interesse der Klienten liegenden Berufsausübung verpflichtet. Dabei spielt letztlich auch die zeitliche Verfügbarkeit des Anwalts eine Rolle. Allerdings ist diese auch bei rein freierwerbenden Anwälten nicht schon per se gewährleistet, denn auch sie können sich durch Übernahme von zu vielen Fällen in eine für den einzelnen Klienten unbefriedigende, wenn nicht gar problematische Situation manövrieren. Es liegt in der Verantwortung des Anwaltes, sein Kundensegment entsprechend zu wählen und unpraktikable Mandate abzulehnen.

Der Gesuchsteller arbeitet nicht alleine, sondern schliesst sich der bestehenden Kanzlei B. & F. Rechtsanwälte, A., an. Die Erreichbarkeit und Stellvertretung dürfte somit auch während seiner 80% - Tätigkeit in den N.S.A. gewährleistet sein. Für seine eigene Organisation bezüglich Gerichts- und Anwaltstätigkeit ist er grundsätzlich selber zuständig, wobei zu vermuten ist, dass er auf die bestehende Infrastruktur der Kanzlei B. & F. Rechtsanwälte zurückgreifen kann. Deshalb ergeben sich selbst bei einem 20%-Pensum keine Einwände gegen die Ausübung des Anwaltsberufes. Auch die Fristwahrung für seine Klienten sollte möglich sein, zumal Fristen in der Regel nicht von einem Tag auf den anderen angesetzt werden respektive zeitkritische Mandate nicht angenommen werden müssen.

Im vorliegenden Fall stellt die teilzeitliche Anwaltstätigkeit folglich keinen Hinderungsgrund für eine Registereintragung dar.

10 Art. 12 lit. c BGFA

Tätigkeit als Notar bei Grundstückkaufvertrag und anschliessend als Parteivertreter einer der Parteien des Kaufvertrages in einem Streit ge-

gen die andere Partei: Abgrenzung der Zuständigkeit der Anwaltskommission gegenüber der Notariatskommission; Interessenskollision

Entscheid der Anwaltskommission vom 14. November 2007 i.S. M. S.

Aus den Erwägungen

1.

1.1.

Im vorliegenden Fall ist der beanzeigte Anwalt ebenfalls Notar, und der erhobene Vorwurf ergibt sich aus der Kombination beider Tätigkeiten. Da die Anwaltskommission Aufsichtsbehörde über die Anwälte und die Notariatskommission / der Regierungsrat Aufsichtsbehörde über die Notare ist, stellt sich vorab die Frage der aufsichtsrechtlichen Zuständigkeit.

Nachdem keine Bestimmung für solche Sachverhalte ein gemeinsam durchzuführendes Verfahren oder allenfalls die Kompetenzattraktion bei der einen Behörde vorsieht, bedarf es einer Abgrenzung. Abgrenzungskriterium ist, zu welchen Berufspflichten (Anwalt oder Notar) die nähere sachliche Beziehung besteht (AGVE 2002, Nr. 86, S. 371).

1.2.

[...]

1.3.

[...]

1.4.

Die Streitigkeit zwischen den Käufern (Anzeiger) und dem ehemaligen Verkäufer hinsichtlich der Stützmauer ist nicht gestützt auf den vom beanzeigten Anwalt beurkundeten Vertrag (Kaufvertrag betreffend Parzelle 4291, vgl. Beilage zur Eingabe vom 23. März 2007 des beanzeigten Anwaltes [Kaufvertrag]) entstanden. So wurde weder die Gültigkeit des Kaufvertrages bestritten, noch geht es um den Inhalt oder die Folgen dieses Vertrages. Gegenstand des Beschwerdeverfahrens betreffend Baubewilligung und Beseitigung,

in welchem der beanzeigte Anwalt den damaligen Verkäufer vertreten hat, war die Terrinaufschüttung und die Grenzmauer auf der Nachbarparzelle Nr. 4289/4290 (Beilage 1 zur Stellungnahme vom 13. März 2007).

Damit kann festgehalten werden, dass die Streitigkeit zwischen Käufer und Verkäufer nicht den beurkundeten Vertrag und auch nicht die Vertragsfolgen betroffen haben, weshalb vorliegend auch nicht die Unabhängigkeitspflicht des Notars tangiert wird. Demzufolge besteht bezüglich der Frage einer allfälligen Interessenkollision die nähere sachliche Beziehung nicht zu den Berufspflichten des Notars, sondern zu denjenigen des Anwaltes, weshalb die Überprüfung einer allfälligen Berufsregelverletzung in die Zuständigkeit der Anwaltskommission fällt.

[...]

3.

3.1.

3.1.1.

[...]

3.1.2.

Auch wenn sich das BGFA nicht über eine Treuepflicht des Anwaltes gegenüber Klienten, die er zuerst als Notar betreut hatte, ausspricht, so wurde mit der Mandatsübernahme für den ehemaligen Verkäufer eine Situation geschaffen, in der der beanzeigte Anwalt unter Umständen gegen die Interessen der Käufer Kenntnisse aus dem früheren Notariatsmandat zur Ausübung des neuen Mandates hätte verwenden können (vgl. auch MARTIN STERCHI, Kommentar zum bernischen Fürsprechergesetz, Bern 1992, N 4 zu Art. 13: Verbot der Vertretung entgegengesetzter Interessen trifft alle in einer Bürogemeinschaft stehende Anwälte auch hinsichtlich der Notariatsgeschäfte eines Kollegen). Es besteht somit ein enger Zusammenhang zwischen der Tätigkeit als Urkundsperson und dem Rechtsanwaltsberuf, weshalb vorliegend zu prüfen ist, ob der beanzeigte Anwalt durch sein Verhalten als Notar und dann als Anwalt das Verbot der Interessenkollision verletzt hat.

3.2.

3.2.1.

Gegenstand des vom beanzeigten Anwalt beurkundeten Kaufvertrages vom 14. Dezember 2001 war das Kaufobjekt „Grundbuch E. Nr. 3604, Kat. Plan 44, Parzelle 4291. Im Kaufpreis von Fr. 629'000.-- waren der Kaufpreis für die Parzelle 4291 und das schlüsselfertige Wohnhaus sowie die Garage enthalten. Des Weiteren wurde im Kaufvertrag unter der Rubrik „Dienstbarkeiten und Grundlasten“ ein Näherbaurecht mit Parz. 4290 und ein Grenzbaurecht mit Parz. 4292 vereinbart. Im Weiteren enthält der Kaufvertrag verschiedene Vertragsbestimmungen, welche u.a. Besitzantritt, Leistungsumfang des Verkäufers betreffend die schlüsselfertige Erstellung eines Wohnhauses, Garantiansprüche etc. regeln.

3.2.2.

Der Rechtsstreit zwischen den Anzeigern und dem ehemaligen Verkäufer (im Verfahren vor Verwaltungsgericht des Kantons Aargau Baukonsortium O. als Beschwerdeführer 1) bezog sich auf die Umgebungsgestaltung (Terrainaufschüttung und Stützmauer) auf der Parzelle 4290 (Eigentümer: J.).

[...] Dem Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Aargau ist Folgendes zu entnehmen: „Gegenstand des vorliegenden Verfahrens ist somit ausschliesslich die Stützmauer auf der Parzelle Nr. 4290, welche entlang der südöstlichen Parzellengrenze verläuft.“ Die Beschwerdegegner (Anzeiger) verneinten die Rechtmässigkeit der Stützmauer, weil der erforderliche Grenzabstand nicht eingehalten worden sei.

Im Entscheid wurden u.a. die Fragen der Höhe der Mauer und des Abstandes zur Nachbarsgrenze nach den gesetzlichen Grundlagen geprüft. Das Verwaltungsgericht stellte u.a. fest, dass die Stützmauer nicht im Sinne des Umgebungsplans, sondern – entsprechend ihrem Mehrmass – bloss mit einem vom Mauerfuss aus gemessenen Grenzabstand von 60 cm hätte genehmigt werden dürfen. Das Verwaltungsgericht hat schliesslich mit Entscheid vom 6. Juni 2006 den Umgebungsplan für die Umgebungsgestaltung auf den Parzellen 4289 und 4290 mit einer Änderung betreffend die Stützmauer (diese muss gemäss Entscheid zurückversetzt werden) genehmigt.

3.3.

3.3.1.

Aus dem Gesagten lässt sich schliessen, dass die Streitigkeit, in welcher der beanzeigte Anwalt den ehemaligen Verkäufer der Anzeiger vertreten hat, in keinem engen Zusammenhang mit dem damaligen notariellen Mandat (beurkundeter Vertrag) steht. Es handelte sich um eine Streitigkeit, die nicht den beurkundeten Kaufvertrag (und auch nicht Folgen daraus), sondern eine Stützmauer auf der Parzelle 4290 betroffen hat. Den beurkundeten Vertrag vom 14. Dezember 2001 hat das Verwaltungsgericht in seinem Entscheid nicht erwähnt, und er war nicht Gegenstand des Verfahrens. Dem Kaufvertrag ist insbesondere auch keine Regelung betreffend eine allfällige Stützmauer auf Parzelle 4290 zu entnehmen. Das Verfahren betreffend die Stützmauer tangiert somit die im beurkundeten Vertrag abgehandelten Tatsachen und Rechtsfragen nicht.

3.3.2.

[...]

3.3.3.

Es ist somit kein Sachzusammenhang zwischen dem notariellen Mandat und der Mandatsübernahme für den Verkäufer hinsichtlich der Streitigkeit betreffend die Stützmauer ersichtlich. Dass der beanzeigte Anwalt seine erlangten Kenntnisse bezüglich des beurkundeten Vertrages in der Streitigkeit betreffend die Stützmauer auf dem Nachbargrundstück verwertet oder erörtert hätte, kann ausgeschlossen werden. Die Anzeiger behaupten auch nicht, der beanzeigte Anwalt habe als ihr Notar Erkenntnisse gewonnen, die er beim späteren Verfahren betreffend die Stützmauer gegen sie ausgewertet hätte. Es lag somit kein verbotener Parteiwechsel vor.

11 Art. 12 lit. a und i BGFA

Wird vom Klienten keine detaillierte Rechnung verlangt, reicht es aus, wenn der Anwalt eine Schlussabrechnung ohne Details erstellt.

Detaillierte Rechnungstellung erst eineinhalb oder zwei Monate, nachdem diese verlangt wurde, verletzt Art. 12 lit. i BGFA; Verzögerungen sind nur ausnahmsweise gerechtfertigt.

Die Herausgabe von Akten nach Abschluss eines Verfahrens sollte auf Verlangen innerhalb von ca. 10 Tagen erfolgen; eine mehrwöchige Verspätung verstösst gegen Art. 12 lit. a BGFA.

Entscheid der Anwaltskommission vom 18. Dezember 2007 i.S. M. H.

IV. Strafrecht

12 § 37 Schulgesetz

Die Eltern, welche gemeinsam als Mittäter eine Widerhandlung gegen das Schulgesetz (hier: § 37 Abs. 3 Schulgesetz) begehen, sind je einzeln zu bestrafen und bei der Strafzumessung kommt für jeden der beiden Elternteile der dafür vorgesehene gesetzliche Strafrahmen zur Anwendung.

Aus dem Entscheid des Obergerichts, 2. Strafkammer, vom 13. Juni 2007
i.S. R.G und T.G.

Versicherungsgericht

13 Art. 6, 13, 16, 49 BVG; § 25 des Reglements der Aargauischen Pensionskasse

Obwohl im Obligatoriumsbereich der beruflichen Vorsorge eine Versicherungs- und damit Beitragspflicht bis zur Vollendung des 65. Altersjahres vorgesehen ist, ist es zulässig, reglementarisch das ordentliche Rentenalter auf 63 Jahre festzulegen und bei Weiterbeschäftigung des Versicherten den Arbeitgeber von der Beitragspflicht zu befreien. Dies sofern die reglementarischen Leistungen vor dem Günstigkeitsprinzip standhalten und die Leistungen nach BVG-Obligatorium übersteigen.

Aus dem Entscheid des Versicherungsgerichts, 3. Kammer vom 18. September 2007 in Sachen B.St. gegen Aargauische Pensionskasse APK und Kanton Aargau.

Aus den Erwägungen

4.4.

Die Versicherungsbedingungen der Aargauischen Pensionskasse APK (Beklagte 1) sehen für die Entstehung des Anspruchs auf Altersleistungen das vollendete 63. Altersjahr vor (§ 25 Abs. 2 VB). Ab diesem Zeitpunkt entfällt die Beitragspflicht (§ 25 Abs. 5 Satz 1 VB und § 2 Abs. 3 VB). Dementsprechend besteht eine Abweichung der reglementarischen von den gesetzlichen Bestimmungen. Während Art. 13 Abs. 1 lit. a BVG das 65. Altersjahr für den Leistungsanspruch festlegt und bis dahin Altersgutschriften in Lohnprozenten bestimmt (Art. 16 BVG), sieht die Beklagte 1 als eine im Leistungsprimat organisierte Vorsorgeeinrichtung die Ausrichtung einer vollen Altersrente und das Ende der Beitragszahlungen ab einem früheren Zeitpunkt vor. Zu prüfen ist daher, ob in den abweichenden Reglementsbestimmungen eine Gesetzverletzung zu erblicken ist.

4.5.

Gestützt auf § 25 VB ist die Finanzierung der Beklagten 1 auf das vollendete 63. Altersjahr ausgerichtet. In diesem Zeitpunkt ist das notwendige Deckungskapital zur Ausrichtung der vollen reglementarischen Altersleistung für die Versicherten geäufnet. Erfolgt nun kein Altersrücktritt im Alter von 63 Jahren, so werden keine weiteren Beiträge mehr abgeführt, da die maximale reglementarische Leistung bereits erreicht ist. Indes stellt sich die Frage, ob zumindest für den Obligatoriumsbereich das Altersguthaben entsprechend den gesetzlichen Bestimmungen und abweichend vom Vorsorgereglement weiter aufgebaut werden muss. Aufgrund des Charakters des BVG als Minimalgesetz mit Mindestvorschriften ist dies aber zu verneinen, solange die reglementarischen Leistungen vor dem Günstigkeitsprinzip standhalten und die Leistungen nach BVG-Obligatorium übersteigen (Art. 6 und 49 BVG). Es muss mittels Schattenrechnung ermittelt werden, ob das reglementarisch erworbene Altersguthaben höher als das BVG-Altersguthaben im Alter von 65 Jahren ist, welches gestützt auf den gesetzlich koordinierten Lohn und unter Anwendung der in Art. 16 BVG enthaltenen Beitragsstaffelung erzielt worden wäre (vgl. dazu ausführlich: Hans-Ulrich Stauffer, Obligatorium und Überobligatorium, in: Schaffhauser/Stauffer [Hrsg.], Berufliche Vorsorge 2006, Aktuelle Fragen, Lösungen und Perspektiven, St. Gallen 2006). Da vorliegend der Vergleich der reglementarischen Altersleistungen im Alter von 63 Jahren mit den Leistungen gemäss BVG-Obligatorium im Alter von 65 Jahren deutlich höhere reglementarische Altersleistungen ergibt (vgl. Leistungsblatt per 30. November 2006 [Klageantwortbeilage 2 der Beklagten 1] sowie Berechnungsblatt der obligatorischen BVG-Altersleistungen [Klageantwortbeilage 3 der Beklagten 1]), ist folglich in der Nichtentrichtung von Beiträgen ab dem 63. Altersjahr keine Gesetzesverletzung zu erblicken. In Beachtung des Günstigkeitsprinzips und der Tatsache, dass die Vorsorgeeinrichtungen im Rahmen der BVG-Bestimmungen in der Gestaltung der Leistungen, der Finanzierung und der Organisation frei sind (Art. 49 BVG), wird durch das Vorsorgereglement der Beklagten 1 den Mindestvorschriften des BVG genüge getan. Dafür spricht weiter, dass die Beklagte 1 als Leistungsprimats-

kasse ihre Finanzierung auf das kollektive Äquivalenzprinzip ausrichtet. Somit entsprechen die Altersleistungen nicht notwendigerweise den individuell geleisteten Beiträgen. Das Gleichgewicht zwischen Leistungen und Beiträgen wird vielmehr im Rahmen des jeweiligen versicherten Kollektivs hergestellt. Eine Weiterentrichtung der Beiträge hätte keine höheren Altersleistungen zur Folge, sondern wäre als Solidaritätsleistung gegenüber jüngeren Versicherten zu betrachten. Unter diesem Blickwinkel macht eine reglementswidrige Weiterentrichtung der Beiträge für den Kläger keinen Sinn. Die von ihm vorgebrachte steuerliche Mehrbelastung wird durch den höheren Nettolohn ausgeglichen. Schliesslich stellt auch eine allfällige Steuerbegünstigung keine Leistung gemäss BVG dar, weshalb die entfallenden Abzüge nicht als Verstoss gegen das Obligatorium gewertet werden können (BGE 121 V 107 Erw. 4c).

4.6.

Zusammengefasst hat der Beklagte 2 ab vollendetem 63. Altersjahr des Klägers zu Recht keine BVG-Arbeitgeber- und Arbeitnehmerbeiträge an die Beklagte 1 entrichtet. Das Vorgehen der Beklagten erweist sich weder als willkürlich, noch als rechtswidrig.

14 Art. 22 FZG; Art. 124, 148 Abs. 2 ZGB

Ist der Vorsorgefall nach Rechtshängigkeit des Scheidungsverfahrens und noch vor Erlass des Scheidungsurteils eingetreten, muss vom Scheidungsrichter eine Entschädigung i.S.v. Art. 124 ZGB festgelegt werden. Die Teilung der Freizügigkeitsleistungen ist diesfalls nicht mehr möglich und das Versicherungsgericht zur Festsetzung der Entschädigung nicht befugt.

Aus dem Entscheid des Versicherungsgerichts, 3. Kammer, vom 16. Oktober 2007 i.S. T.

Aus den Erwägungen

2.2.

Ist bei einem oder beiden Ehegatten vor Rechtskraft des Scheidungsurteils ein Vorsorgefall eingetreten, ist eine Teilung der Aus-

trittsleistung unmöglich. Diesfalls ist eine angemessene Entschädigung geschuldet (Art. 124 Abs. 1 ZGB; Ueli Kieser, Ehescheidung und Eintritt des Vorsorgefalles der beruflichen Vorsorge - Hinweise für die Praxis, AJP 2001 157 f.). Die Höhe der Entschädigung ist vom Scheidungsrichter festzusetzen (unpubl. Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts [EVG] vom 23. Februar 2006 [B 131/04], Erw. 3.3 = SZS 2007 163).

Der Vorsorgefall Invalidität gilt in dem Zeitpunkt als eingetreten, in welchem erstmals ein Anspruch auf eine Rentenleistung erhoben werden kann; nicht massgebend ist somit der Beginn der Arbeitsunfähigkeit (unpubl. Urteil des EVG vom 30. März 2005 [B 107/03] = SZS 2006 S. 141; Kieser, a.a.O., S. 157).

3.

3.1.

Im vorliegenden Fall wurde das Scheidungsverfahren von den Parteien beim Bezirksgericht X. am 2. Juni 2004 anhängig gemacht. Das Scheidungsurteil wurde am 26. Januar 2006 gesprochen und ist am 18. Dezember 2006 in Rechtskraft erwachsen. Bezüglich Teilung der Guthaben der beruflichen Vorsorge kam im Scheidungsverfahren keine Einigung der Parteien zustande, sodass das Bezirksgericht das Teilungsverhältnis festlegte und die Sache sodann gemäss Art. 142 ZGB zur betragsmässigen Festsetzung der zu teilenden Austrittsleistung an das Versicherungsgericht überwies.

Gemäss Vorbescheid der IV-Stelle Bern vom 24. Mai 2007 meldete sich der Beklagte am 21. Juni 2005 zum Bezug von IV-Leistungen an. Das Gesuch wurde in dem Sinne behandelt, als eine ganze Invalidenrente für die Zeit vom 1. August 2005 bis 28. Februar 2007 zugesprochen wurde. Der Vorsorgefall i.S.v. Art. 124 ZGB trat somit am 1. August 2005 ein (vgl. Erw. 2.2. vorstehend). Zu diesem Zeitpunkt war das Scheidungsverfahren bereits hängig, jedoch noch kein Scheidungsurteil ergangen. (...)

3.2.

Ist der Vorsorgefall nach Rechtshängigkeit des Scheidungsverfahrens eingetreten, das Scheidungsurteil bei Zusprechung der Rentenleistungen aber bezüglich der Teilung der Austrittsleistungen bereits formell rechtskräftig, so kann gestützt auf Art. 148 Abs. 2 ZGB

die Revision des entsprechenden Teils des Scheidungsurteils verlangt werden (Sutter/Freiburghaus, Kommentar zum neuen Scheidungsrecht, Zürich 1999, N 6 zu Art. 124 ZGB). Wurde die Teilung der Austrittsleistungen im Scheidungsverfahren nicht mittels Vereinbarung zwischen den Parteien festgelegt sondern liegt nur eine vom Gericht autoritativ bestimmte Teilungsverhältnis vor, fehlt es an einem formell rechtskräftigen Urteil betreffend einer zahlenmässigen Teilung der Austrittsleistungen, so dass die Prozessüberweisung an das Versicherungsgericht nötig wird (Art. 122 und 141 f. ZGB). Ist der Vorsorgefall vor Erlass des Scheidungsurteils eingetreten, so fehlte es im Grunde genommen an der Voraussetzung für eine Prozessüberweisung. Wäre der Eintritt des Vorsorgefalls im Zeitpunkt des Scheidungsverfahrens bereits sicher gewesen, so hätte von Amtes wegen eine angemessene Entschädigung nach Art. 124 Abs. 1 ZGB festgesetzt werden müssen. Somit ist davon auszugehen, dass die Prozessüberweisung hinfällig wird und über die angemessene Entschädigung ein Nachverfahren vor dem nach Art. 135 Abs. 1 ZGB zuständigen Gericht durchzuführen ist (Sutter/Freiburghaus, a.a.O., N 10 zu Art. 124 ZGB).

3.3.

Gemäss den vorstehenden Erwägungen ist die Vornahme der Teilung der Austrittsleistung aufgrund des beim Beklagten am 1. August 2005 eingetretenen Vorsorgefalles unmöglich. Auf telefonische Nachfrage teilte die Pensionskasse Y. mit, das Freizügigkeitskonto des Beklagten sei nunmehr gesperrt und es könne keine Auszahlung mehr vorgenommen, d.h. keine Durchführbarkeitserklärung abgegeben werden; dies unbesehen davon, dass die IV eine befristete Invalidenrente zugesprochen habe.

Da der Vorsorgefall nach Rechtshängigkeit des Scheidungsverfahrens und noch vor Erlass des Scheidungsurteils eingetreten ist, obliegt es dem Scheidungsrichter, über die Entschädigung i.S.v. Art. 124 ZGB zu befinden; das Versicherungsgericht ist hiezu nicht befugt (vgl. unpubl. Urteil des EVG vom 23. Februar 2006 [B 131/03], Erw. 3.3.). (...) Da die Teilung unmöglich geworden ist, d.h. vom Versicherungsgericht nicht vorgenommen werden kann, ist die Klage abzuweisen.

**15 Art. 50 ATSG; Art. 22, 25a FZG; Art. 141 ZGB
Im Verfahren vor Versicherungsgericht betreffend Teilung der Freizügigkeitsleistungen nach Ehescheidung ist ein Vergleichsabschluss zulässig.**

Aus dem Entscheid des Versicherungsgerichts, 3. Kammer, vom 23. Januar 2007 in Sachen F.

Aus den Erwägungen

3.2.

Streitigkeiten über sozialversicherungsrechtliche Leistungen können durch Vergleich erledigt werden (Art. 50 Abs. 1 ATSG). Die Bestimmungen des ATSG sind in der beruflichen Vorsorge grundsätzlich nicht anwendbar, in der Literatur wird indessen einhellig die analoge Anwendbarkeit postuliert (Ueli Kieser, ATSG-Kommentar, Zürich 2003, Art. 2 Rz. 18 bis 20 mit Hinw.).

Das EVG hat sich zur Zulässigkeit von Vergleichen bei der Teilung der Freizügigkeitsleistungen im versicherungsgerichtlichen Verfahren in BGE 132 V 337 ff. geäußert. Danach folgt aus Art. 141 Abs. 1 ZGB, dass den Parteien im Rahmen der Teilung der Austrittsleistung ein gewisser inhaltlicher Spielraum zukommt, da ihnen die Möglichkeit einer Einigung zugestanden wird. Jedoch besteht dieser Spielraum nach der Konzeption des Gesetzes primär im Rahmen des Scheidungsverfahrens, denn Art. 141 Abs. 1 in fine ZGB legt klar fest, dass die Genehmigung der Vereinbarung über die Teilung der Austrittsleistungen und die Art der Durchführung dieser Teilung durch das Gericht zu erfolgen hat. Die Bestimmung des Verhältnisses, in welchem die Austrittsleistungen zu teilen sind, hat deshalb zwingend im Rahmen des Scheidungsverfahrens zu erfolgen (Erw. 2.3). Die Notwendigkeit der Teilung vor dem Scheidungsgericht ändert jedoch nichts an der Möglichkeit der beteiligten Parteien, sich - mindestens in einem gewissen Rahmen und unter Zugrundelegung des verbindlichen Teilungsschlüssels - im Verfahren vor dem Sozialversicherungsgericht über die Durchführung der Teilung der Austrittsleistung zu einigen. Eine solche Einigung der Parteien stellt

prozessual einen Vergleich dar. Da das ATSG im Bereich der beruflichen Vorsorge nicht anwendbar ist, kann die den Vergleich betreffende Bestimmung des Art. 50 ATSG nicht massgebend sein. Die Zulässigkeit eines gerichtlichen Vergleichs ergibt sich für das letztinstanzliche Verfahren jedoch aus Art. 40 und Art. 135 OG i.V.m. Art. 73 BZP, woraus sich auch die Möglichkeit zum Vergleichsabschluss für das kantonale Verfahren ergibt (vgl. auch Art. 73 BVG). Falls der Inhalt des Vergleichs dem öffentlichen Recht untersteht und der Disposition der Parteien entzogen ist, hat das Gericht einen Vergleich als übereinstimmenden Antrag der Parteien zu betrachten und diesen auf seine Übereinstimmung mit Tatbestand und Gesetz zu überprüfen. Die Genehmigung eines solchen Vergleichs setzt voraus, dass das kantonale Versicherungsgericht dafür sachlich zuständig ist (Erw. 2.4 mit Hinw.).

3.3.

Die von den Parteien abgeschlossene Vereinbarung respektiert den Grundsatz der hälftigen Teilung und trägt somit Art. 122 ZGB sowie dem Teilungsentscheid des Bezirksgerichts Brugg als Scheidungsgericht Rechnung. Die Teilung der beidseitigen Freizügigkeitsguthaben erfolgt grundsätzlich per Rechtskraftdatum des Scheidungsurteils. (...) Für das sachlich zuständige Versicherungsgericht (vgl. Erw. 1) besteht kein Anlass, den Vergleich nicht zu genehmigen, da er sich im Rahmen der gesetzlichen Vorgaben bewegt und dem übereinstimmenden Parteiwillen entspricht.

16 Art. 122, 124, 135 Abs. 1 ZGB

Untersteht das Ganze oder ein Teil des Vorsorgeguthabens eines Ehegatten ausländischem Recht, entsteht Teilungsunmöglichkeit, weshalb der Scheidungsrichter anstelle der Teilung der Freizügigkeitsleistungen eine angemessene Entschädigung an den berechtigten Ehegatten festzulegen hat. Das Versicherungsgericht ist zur Festsetzung der Entschädigung sachlich nicht zuständig.

Aus dem Entscheid des Versicherungsgerichts, 3. Kammer, vom 9. Januar 2007 i.S. St. gegen M.

Aus den Erwägungen

1.

Vorliegend liegen auf Klägerseite ein ausländischer und schweizerischer Vorsorgeträger vor, während von Seiten der Beklagten kein schweizerischer, sondern gemäss Angaben des Klägers ein deutscher Vorsorgeträger vorliegt.

1.1.

Die Anwendung von Art. 122 ZGB setzt voraus, dass eine Teilung der Austrittsleistung technisch möglich ist. Ist z.B. bereits ein Vorsorgefall eingetreten, besteht kein Anspruch mehr auf eine Austrittsleistung. Auf Grund der Gegenseitigkeit der in den Art. 122 ff. ZGB festgesetzten Ansprüche kann nach der starren, in Art. 122 ZGB vorgesehenen Regel schon dann nicht mehr vorgegangen werden, wenn bloss bei einem Ehegatten die Teilungsmöglichkeit entfallen ist. Untersteht eine Vorsorgeeinrichtung ausländischem Recht, sind die Regeln des schweizerischen Scheidungsrechts über die Teilung der beruflichen Vorsorge nicht anwendbar. Der Versorgungsausgleich untersteht dem auf die Vorsorgeeinrichtung anwendbaren Recht. Das bedeutet aber, dass auf die Vorsorge jedes Ehegatten ein anderes Recht Anwendung finden kann. Die Altersvorsorge des einen Ehegatten untersteht ausländischem Recht (hier die der Beklagten und zum Teil auch diejenige des Klägers), jene des anderen (Teil der Vorsorgegelder, die Kläger in der Schweiz erworben hat) den Art. 122 ff. ZGB. Weil Art. 122 ZGB von einer starren Aufteilung der Ansprüche beider Ehegatten ausgeht, kann diese Bestimmung dann auch auf die dem schweizerischen Recht unterstehende Altersvorsorge (hier: Vorsorgegelder, die der Kläger in der Schweiz erworben hat) nicht angewendet werden. In diesem Fall ist für die dem schweizerischen Recht unterstehende Vorsorgeeinrichtung ebenfalls auf Art. 124 ZGB zurückzugreifen (Thomas Geiser, Berufliche Vorsorge im neuen Scheidungsrecht, in: Vom alten zum neuen Scheidungsrecht, Bern 1999, Note 2.99). Gleicher Ansicht ist Thomas Sutter-Somm: Eine direkte Anwendung des schweizerischen Rechts (Art. 122 ZGB; Art. 22 ff. FZG) auf den ausländischen Vorsorgeträger ist von der Sache her aus diversen Gründen in der Regel unmög-

lich: Das Recht des betreffenden ausländischen Staates wird es kaum zulassen, dass der möglicherweise rein öffentlich-rechtlich organisierte Vorsorgeträger (z.B. deutsche Bundesversicherungsanstalt) am schweizerischen Verfahren teilnehmen und noch viel weniger sich später dem schweizerischen Urteil unterziehen muss. Als Lösung im Vordergrund steht die Festlegung einer angemessenen Entschädigung durch das Scheidungsgericht in Anwendung von Art. 124 ZGB wegen der fehlenden Teilungsmöglichkeit. Damit die Angemessenheit beurteilt werden kann, ist eine Rückfrage beim ausländischen Vorsorgeträger über den Wert der dort vorhandenen Vorsorge nötig. Damit ist es zugleich unerheblich, ob sich die Parteien einig sind oder nicht. Es findet keine Prozessüberweisung im Sinne von Art. 142 ZGB an ein schweizerisches Sozialversicherungsgericht oder an ein ausländisches Gericht für den Vorsorgeausgleich statt, sondern das Scheidungsgericht bleibt umfassend zuständig. Das hat erstens den Vorteil, dass der Verfahrensgrundsatz der Einheit des Scheidungsurteils zum Tragen kommt. Zweitens stellt sich nicht die Frage, inwiefern das Urteil gegen die nicht am Verfahren beteiligte ausländische Einrichtung Rechtskraftwirkung entfaltet. Dieses Vorgehen ist der einzig gangbare Weg, wenn zugleich in der Schweiz (oder in einem Drittstaat) Vorsorgegelder vorhanden sind (Thomas Sutter-Somm, *Ausgewählte Verfahrensfragen im neuen Scheidungsrecht bei internationalen Verhältnissen*, insbesondere bei der beruflichen Vorsorge, in: *Aktuelle Probleme des nationalen und internationalen Zivilprozessrechts*, Zürich 2000, S. 95 f.; Vetterli/Keel, *Die Aufteilung der beruflichen Vorsorge in der Scheidung*, AJP 1999 S. 1619). Vetterli/Keel sehen alternativ die Beschränkung auf die hälftige Teilung der in der Schweiz erworbenen Austrittsleistungen vor, sofern das Recht des Staates, in dem ein Ehepartner während der Ehezeit Vorsorgeansprüche begründete, ausnahmsweise einen echten und vollständigen Ausgleich kenne wie z.B. Deutschland. Der Versorgungsausgleich könne dann im betreffenden Land auf Antrag eines Ehegatten nachgeholt werden (Vetterli/Keel, a.a.O., S. 1619). Die erstgenannte Lösung erscheint sachgerechter, da durch die Anwendung von Art. 124 ZGB vermieden wird, dass ein Ehegatte mit der schlechteren Vorsorge dennoch die in der Schweiz erworbenen Aus-

trittsleistungen zu teilen hat und unter Umständen in der Folge kein Ausgleich im Ausland mehr stattfindet.

1.2.

(...) Die Beklagte hat ausschliesslich in Deutschland gearbeitet und war demzufolge bei einem ausländischen Vorsorgeträger versichert. Da sie gemäss Angaben des Klägers zu 100 % gearbeitet hat, ist davon auszugehen, dass Alters-Vorsorgebeiträge geäufnet wurden. Bei der Beklagten liegt demzufolge Teilungsmöglichkeit vor, weshalb nicht mehr nach Art. 122 ZGB geteilt werden kann, sondern dem anspruchsberechtigten Ehegatten eine angemessene Entschädigung nach Art. 124 Abs. 1 ZGB zuzusprechen ist.

1.3.

Somit liegt bei dieser Fallkonstellation die sachliche Zuständigkeit zur Festsetzung einer angemessenen Entschädigung nach Art. 124 ZGB beim nach Art. 135 Abs. 1 ZGB zuständigen Zivilgericht und nicht beim Sozialversicherungsgericht, auch wenn sich die Parteien nicht einig sind (Sutter-Somm, a.a.O., S. 95). Eine solche Zuständigkeitsordnung ist auch deshalb sinnvoll, weil bei der Bestimmung des angemessenen Ausgleichsanspruches nach Art. 124 Abs. 1 ZGB dem Ergebnis der güterrechtlichen Auseinandersetzung sowie den übrigen wirtschaftlichen Verhältnissen der Parteien gebührend Rechnung getragen werden muss (BGE 127 III 439 Erw. 3), was einzig das Zivilgericht im Rahmen eines umfassenden Scheidungsverfahrens tun kann. Es ergibt sich, dass das angerufene Sozialversicherungsgericht zur Beurteilung der ihm unterbreiteten Angelegenheit sachlich nicht zuständig ist. (...)

Verwaltungsgericht

I. Abgaben

17 **Stromgebühren.**

- **Der Einzug verfallener Stromgebühren durch Erhöhung des Tarifs für den aktuellen Strombezug ist bundesrechtswidrig.**

Entscheid des Verwaltungsgerichts, 2. Kammer, vom 23. Oktober 2007 in Sachen Einwohnergemeinde R. gegen Schätzungskommission nach Baugesetz und K.B. (WBE.2007.160).

Aus den Erwägungen

1. Zur Beurteilung steht vorliegend allein, ob die vom Gemeinderat R. angeordnete Erhöhung des Münzzähler-Tarifs über den gewöhnlichen Bezugspreis hinaus zur Tilgung offener Stromrechnungen zu Recht erfolgte. Dies hängt davon ab, ob die dafür angerufene Grundlage von Art 12.1 des Elektra-Reglements der Gemeinde R. rechtmässig ist oder gegen höherrangiges Recht verstösst.

2./2.1. Art 12.1 Elektra-Reglement lautet wie folgt (Hervorhebung beigelegt):

"Die Rechnungsstellung an die Bezüger erfolgt in regelmässigen, von der ER (sc. Elektra der Gemeinde R.) bestimmten Zeitabständen. Die ER behält sich vor, zwischen den Zählerablesungen Teilrechnungen im Rahmen des voraussichtlichen Bezuges zu stellen. Die ER ist berechtigt, Vorauszahlungen oder Sicherstellungen zu verlangen, Zahlautomaten einzubauen oder wöchentlich Rechnung zu stellen. Zahlautomaten können von der ER so eingestellt werden, dass ein Teil des einzugebenden Betrages zur Tilgung bestehender Forderungen aus Strombezug verwendet wird. Die Kosten für Ein- und Ausbau sowie für zusätzliche Aufwendungen gehen zu Lasten des Kunden."

2.2. Nach § 2 Abs. 2 VRPG sind die Erlasse der Gemeinden, öffentlich-rechtlichen Körperschaften und Anstalten für die Behörden nur insoweit verbindlich, als sie dem eidgenössischen und kantonalen Recht entsprechen. Mit dieser Bestimmung wird die Verpflichtung der kantonalen (und Gemeinde-) Behörden statuiert, Gemeindeerlasse im Rahmen eines Beschwerdeverfahrens inzident zu überprüfen. Die inzidente Normenkontrolle besteht in der vorfrageweisen Überprüfung eines anzuwendenden generellen Rechtsatzes unterer Stufe im Zusammenhang mit einem konkreten Rechtsanwendungsakt auf die Übereinstimmung mit Normen höherer Stufe. Widerspricht die geprüfte Bestimmung einer massgeblichen höheren Norm, so wird sie nicht aufgehoben, sondern es ist ihr im konkreten Einzelfall die Anwendung zu versagen (§ 95 Abs. 2 KV; AGVE 2002, S. 164 f. mit Hinweisen).

2.3. Nach Art. 38 SchKG sind Zwangsvollstreckungen, die auf eine Geldzahlung (oder eine Sicherheitsleistung) gerichtet sind, auf dem Wege der Schuldbetreibung durchzuführen. Auch wenn es diese Bestimmung nicht mit der wünschbaren Deutlichkeit zum Ausdruck bringt, ist in Rechtsprechung und Lehre unbestritten, dass das SchKG die Vollstreckung von Ansprüchen auf Geldzahlung - vorbehaltlich der vorliegend nicht einschlägigen Ausnahmen in Art. 30, 44 und 45 SchKG - abschliessend regelt und zwar gleichgültig, ob sie ihren Rechtsgrund im privaten oder öffentlichen Recht haben (BGE 125 V 328 f.; Häfelin/Müller/Uhlmann, Grundriss des Allgemeinen Verwaltungsrechts, 5. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2006, Rz. 1152; Domenico Acocella, in: Basler Kommentar, SchKG I, Basel 1998, Art. 38 N 4, 7, je mit Hinweisen; Kurt Amonn/Fridolin Walther, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 7. Aufl., Bern 2003, S. 3, 58). Ein kantonales Vollstreckungsverfahren zur Eintreibung einer Geldzahlung ist in diesem Bereich ausgeschlossen (BGE 86 II 295; 85 II 196). Entsprechend sieht § 75 VRPG ausdrücklich vor, dass auf Geldzahlung oder Sicherheitsleistung lautende Verfügungen und Entscheide nach den Vorschriften des SchKG vollstreckt werden.

Die Beschwerdeführerin hat es trotz entsprechender Aufforderung unterlassen, zu dieser Problematik Stellung zu nehmen, und be-

gnügt sich damit, auf ihre Praxis und diejenige anderer Gemeinden bzw. die für die AEW Energie AG geltende Regelung (Art. 3.4.2 des Reglements des Verwaltungsrats AEW über die Lieferung elektrischer Energie aus dem Niederspannungsnetz des Aargauischen Elektrizitätswerkes vom 23. März 1994 [SAR 773.533]) hinzuweisen. Dass eine (rechtswidrige) kommunale Praxis oder das Reglement einer Elektrizitätsgesellschaft, selbst wenn der Kanton daran beteiligt ist und sie einen Leistungsauftrag zu erfüllen hat, höher-rangigem Bundesrecht zu weichen hat, bedarf keiner weiteren Erörterung. Eine solche Praxis hätte ganz im Gegenteil eine im SchKG nicht vorgesehene Privilegierung der Elektrizitätsgesellschaften gegenüber anderen Gläubigern zur Folge, da sie ohne vorgängige Durchführung des Betreibungsverfahrens (Art. 67 ff. SchKG), bzw. im Falle eines Konkurses im Widerspruch zu Art. 219 SchKG, vor den anderen Gläubigern Befriedigung erlangen könnten. Soweit die Regelung in Art. 12.1 Elektra-Reglement Bundesrecht widerspricht, ist der Argumentation der Minderheit der Schätzungskommission, dass selbst weitergehende Sanktionen, bis hin zur Verweigerung von Stromlieferungen, zulässig seien, von vornherein der Boden entzogen.

3. Art. 12.1 Elektra-Reglement widerspricht damit dem übergeordneten Bundesrecht, soweit er über den gewöhnlichen Bezugspreis hinaus zwecks Tilgung bestehender Schulden aus Strombezug die Möglichkeit der Erhöhung der Stromgebühren vorsieht. Die Verfügung des Gemeinderates vom 23. Oktober 2006 entbehrt damit einer gültigen gesetzlichen Grundlage und wurde deshalb von der Vorinstanz zu Recht aufgehoben. Dies führt zur Abweisung der Beschwerde.

18 Beschwerdelegitimation. Grundbuchabgaben.

- **Kein schutzwürdiges Interesse - als Voraussetzung der Beschwerdelegitimation -, soweit es lediglich um die theoretische Klärung einer Rechtsfrage geht.**
- **Richtiges Vorgehen, wenn eine Befreiung von der Abgabe zufolge Arrondierung (§ 2 Abs. 1 GBAG) beansprucht wird.**

- **Kostenverlegung, wenn wesentliche Vorbringen erst verspätet (im Beschwerdeverfahren) erfolgen.**

vgl. AGVE 2007 49 214

II. Kantonale Steuern

19 Steuerbare Nebeneinkünfte.

- **Nebeneinkünfte des Arbeitnehmers stellen auch dann steuerbares Einkommen dar, wenn sie nicht von der Arbeitgeberfirma, sondern von deren Alleinaktionär stammen, aber in einem unmittelbaren wirtschaftlichen Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis stehen.**

Entscheid des Verwaltungsgerichts, 2. Kammer, vom 29. März 2007 in Sachen Kantonales Steueramt gegen Steuerrekursgericht und P.H. (WBE.2006.172). Zur Publikation vorgesehen in StE 2008.

Sachverhalt

Der Steuerpflichtige konnte von S., dem Alleinaktionär seiner Arbeitgeberfirma X. AG, Aktien (der X. AG) zu einem Vorzugspreis erwerben.

Aus den Erwägungen

1./1.1. Steuerbar ist das gesamte Einkommen jeder Art, insbesondere "das Arbeitsentgelt mit sämtlichen Lohnzulagen und die Nebenbezüge jeder Art wie Entschädigungen für Sonderleistungen, Dienstaltersgeschenke des Arbeitgebers, Provisionen, Gratifikationen, Tantiemen, Trinkgelder und ähnliche Zuwendungen" (§ 22 Abs. 1 lit. a aStG).

1.2. Nebenleistungen unterliegen beim Empfänger auch dann der Einkommensbesteuerung, wenn sie nicht auf Grund einer vertraglichen Verpflichtung, sondern freiwillig erfolgten (AGVE 2000, S. 134). Entscheidend für die manchmal schwierige Unterscheidung ist, ob sich beim Leistenden ein vom Arbeitsverhältnis unabhängiger

Schenkungs-wille manifestiert, seine Leistung also nicht (sei es auch freiwillig und ohne rechtliche Verpflichtung) eine Leistung des unselbstständig Erwerbenden abgelten soll und in diesem Sinne wirklich "unentgeltlich" ist (vgl. dazu auch StE 1989, B 21.3 Nr. 2, Erw. 2/a [Verwaltungsgericht Zürich]).

Bei den steuerbaren Nebeneinkünften handelt es sich - mit Ausnahme der im Gesetz ausdrücklich erwähnten Trinkgelder - in aller Regel um solche, die vom Arbeitgeber ausgerichtet werden (AGVE 2000, S. 133 f.; VGE II/118 vom 25. August 1995 [BE.94.00318], S. 9). Dies stellt aber keine unabdingbare Voraussetzung dar; ausnahmsweise fallen auch Leistungen Dritter darunter, sofern sie einem unselbstständig Erwerbenden im (unmittelbaren wirtschaftlichen) Zusammenhang mit seiner beruflichen Tätigkeit, also auf Grund des Arbeitsverhältnisses, erbracht werden (Peter Locher, Kommentar zum DBG, Teil I, Therwil/Basel, 2001, Art. 17 N 20 ff. mit zahlreichen Hinweisen; Martin Plüss, in: Kommentar zum Aargauer Steuergesetz, 2. Aufl., Muri/Bern 2004, § 26 N 27).

1.3. Dagegen vermögen die systematischen Einwände der Beschwerdegegner nicht aufzukommen. Auszugehen ist von der Regelung des Steuergesetzes, wonach das gesamte Einkommen jeder Art zu versteuern ist. Ob es sich um eigentlichen Lohn, um vereinbarte oder um freiwillige Nebenleistungen des Arbeitgebers oder um Leistungen Dritter handelt: ein genügend enger Konnex zur Arbeitstätigkeit reicht für sich alleine aus, damit steuerpflichtiges Einkommen zu bejahen ist. Die Motive beim leistenden Dritten spielen ausschliesslich insoweit eine Rolle, als daraus auf den (bestehenden oder eben auch fehlenden) Konnex zur Arbeitstätigkeit geschlossen werden kann. Angesichts der vielen denkbaren Konstellationen liegt es auf der Hand, dass nicht jede durch Dritte erfolgende (reine oder gemischte) Schenkung von Aktien an einen Arbeitnehmer der AG zu identischen Steuerfolgen führt. Es ist im weiteren nicht systematisch zwingend, dass der Besteuerung als Einkommen beim Empfänger die steuerliche Abzugsfähigkeit beim Leistenden gegenüber steht, was sich schon aus der ausdrücklichen Nennung der Trinkgelder in § 22 Abs. 1 lit. a aStG ergibt. Die Rückgriffe auf die Steuerfreiheit von privaten Kapitalgewinnen (§ 23 lit. i aStG) schlagen nicht durch, da

es vorliegend ausschliesslich um die Frage geht, ob der Beschwerdegegner durch den Erwerb des Aktienpakets zum Vorzugspreis steuerbares Einkommen erzielte, nicht darum, was er danach mit den Aktien machte und ob er sie mit Gewinn oder mit Verlust veräussern konnte.

2. Im vorliegenden Fall war der Beschwerdegegner seit 1990 Geschäftsführer und Delegierter des Verwaltungsrats der X. AG. Mitte 2000, als er vom Alleinaktionär S. das Aktienpaket erhielt, "war - unausgesprochen - klar, dass in ein paar Jahren eine Nachfolgeregelung realisiert werden musste"; dies schloss die Möglichkeit eines Verkaufs der Gesellschaft zumindest mit ein; tatsächlich stand ein solcher im Vordergrund. Der Alleinaktionär konnte damit den Beschwerdegegner, der massgeblich zum Geschäftserfolg beigetragen hatte, in dieser wichtigen Phase weiterhin an das Geschäft binden, was für den Geschäftsgang im Hinblick auf Verkaufsverhandlungen wichtig war; zudem mochte die Geste dazu dienen, sich die Loyalität des Beschwerdegegners zu sichern, für den sonst ein hoher Verkaufspreis für die Aktien viel weniger wichtig gewesen wäre als die Möglichkeit, in seiner gut bezahlten Stellung bei der X. AG zu bleiben, und auch die zukünftige Tätigkeit des Beschwerdegegners (positiv) zu beeinflussen. Obwohl somit auch persönliche Interessen des Alleinaktionärs erkennbar sind, ist der Bezug zur Firma doch sehr eng, zumal die erwähnten Interessen des Alleinaktionärs die erfolgreiche Weiterarbeit des Beschwerdegegners in der Firma zum Inhalt hatten und ausserdem eine besondere Anerkennung für die bisher geleisteten Dienste in dieser Situation ebenfalls nahe lag (nach den Aussagen des Beschwerdegegners war seine Beteiligung an der Firma schon seit längerer Zeit vorgesehen; ob dafür der übliche Weg einer Mitarbeiterbeteiligung durch die X. AG selber für S. steuerlich günstiger gekommen wäre, wie die Beschwerdegegner geltend machen, kann keine Rolle spielen). Auch wenn der Fall für die Abgrenzung zwischen Einkommens- und Schenkungssteuer nicht ganz eindeutig liegen mag, ist für das Verwaltungsgericht der Konnex zur Tätigkeit (auch der künftigen) des Beschwerdegegners für seine Arbeitgeberfirma X. AG eng genug, um den Verkauf von Aktien zum

Vorzugspreis als steuerbare Nebenleistung im Sinne von § 22 Abs. 1 lit. a aStG zu behandeln.

20 Ausserordentliche Einkünfte (§ 263 Abs. 2 StG).

- **Dividenden. Kriterium für die Qualifikation von Dividenden als ausserordentliche Einkünfte ist die Aussergewöhnlichkeit der Dividende, nicht deren Besteuerungswürdigkeit (Erw. 3).**
- **Beurteilung der Aussergewöhnlichkeit bei einer jungen Firma, die noch gar keine klare Dividendenpolitik haben konnte: Berücksichtigung der Dividendenpolitik der folgenden (mindestens) zwei Geschäftsjahre (Erw. 3.5, 4).**

Entscheid des Verwaltungsgerichts, 2. Kammer, vom 23. August 2007 in Sachen D.B. gegen Steuerrekursgericht (WBE.2006.207). Zur Publikation vorgesehen in StE 2008.

Sachverhalt

Die S AG, an welcher der Steuerpflichtige zur Hälfte beteiligt ist, wurde Mitte 1996 gegründet. Die Geschäftsjahre dauern von Juli bis Juni. Der Geschäftserfolg und die Dividendenausschüttungen entwickelten sich wie folgt:

Geschäftsjahr	Ergebnis Fr.	Dividende Fr.	in % des Ergebnisses	Fälligkeit	Vortrag auf neue Rechnung
1996/97	94'680	-			44'680 *
1997/98	7'198	6'000	83,36 %	1999	45'878
1998/99	312'369	300'000	96,04 %	2000	58'246
1999/00	333'418	300'000	89,98 %	2001	91'665
2000/01	579'680	500'000	86,25 %	2002	371'344
2001/02	198'150	-			369'495

* (Fr. 50'000.-- Zuweisung an die gesetzlichen Reserven)

Aus den Erwägungen

3./3.1. Das Bundesgericht bezeichnet Einkünfte als ausserordentlich, wenn sie "im Lichte des Prinzips der Besteuerung nach der Leistungsfähigkeit zu keiner adäquaten Steuerbelastung führen. ... Es handelt sich um Einkünfte, die im Lückenjahr nicht unbesteuert gelassen werden können, weil sich sonst eine Disparität zwischen Leistungsfähigkeit und effektiver Steuerbelastung ergäbe. Ihr Merkmal ist, dass die steuerpflichtige Person ihr Einkommen gewöhnlich nicht oder nicht in dieser Weise schöpft." (BGE vom 5. September 2006 [2A.75/2006], Erw. 3.2; siehe auch, noch etwas ausführlicher, BGE vom 28. April 2006 [2A.301/2005], Erw. 3.2). Im Normalfall seien Dividenden periodische Leistungen, indessen könnten auch in Dividendenzahlungen aperiodische Vermögenserträge enthalten sein, so namentlich bei Substanzdividenden oder auch, wenn zwar nur der Vorjahresgewinn ausgeschüttet werde, aber die AG ihre Dividendepolitik gerade in der Bemessungslücke zugunsten höherer Ausschüttungen ändere (a.a.O., Erw. 3.3).

Im Übrigen verweist das Bundesgericht regelmässig auf das Kreisschreiben der Eidgenössischen Steuerverwaltung vom 20. August 1999 (ASA 68/1999-2000, S. 384 ff.), ohne sich aber allzu eng an die dort erwähnten Indizien für die Ausserordentlichkeit des Einkommens zu halten. Im Kreisschreiben wird ausgeführt, im Zusammenhang mit dem Systemwechsel könne die Ausserordentlichkeit des Einkommens namentlich herrühren aus der Einmaligkeit einer Leistung (z.B. Liquidationsgewinn), aus der aussergewöhnlichen Höhe eines an sich regelmässigen Einkommens (z.B. ausserordentliche Dividende), aus der Änderung der Verbuchungsmethode; bei der Beurteilung könne dem Umstand Rechnung getragen werden, dass der Steuerpflichtige die Umstände der Ausrichtung seines Einkommens beeinflussen könne.

3.2. Gestützt auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung hat das Verwaltungsgericht zur steuerlichen Erfassung von in der Bemessungslücke ausgerichteten Dividenden ausgeführt:

(Zitat von StE 2005, B 65.4 Nr. 19, Erw. 4/b = AGVE 2004, S. 141)

Seither hat das Verwaltungsgericht hieran festgehalten (VGE II/48 vom 9. Mai 2007 [WBE.2006.301], S. 5 ff.).

3.3./3.3.1. Die vorliegend zur Beurteilung stehende, im Jahr 2000 ausgerichtete Dividende von Fr. 300'000.-- konnte vollumfänglich durch den Reingewinn des vorangehenden Geschäftsjahres 1998/99 finanziert werden. Es handelt sich nicht um eine Substanzdividende.

3.3.2. Die S AG wurde Mitte 1996 gegründet. Vor den Bemessungslückenjahren 1999 und 2000 hatte sie nur gerade zwei Geschäftsjahre abgeschlossen und im ersten Jahr auf eine Ausschüttung verzichtet, im zweiten - das bereits für die im ersten Lückenjahr fließende Ausschüttung massgeblich war - eine geringe Dividende (entsprechend dem geringen ausgewiesenen Gewinn) beschlossen. Eine konstante Dividendenpolitik ist hieraus nicht erkennbar. Vielmehr handelt es sich um einen der Fälle, wo bis zu den Lückenjahren noch gar keine (konstante) Dividendenpolitik möglich war.

3.3.3. Damit erweisen sich die Kriterien, die das Verwaltungsgericht in seiner bisherigen Rechtsprechung verwenden konnte, als unanwendbar. Es stellt sich die Frage, worauf beim vorliegenden Sachverhalt abzustellen ist, um die Ausserordentlichkeit der Einkünfte zu beurteilen.

3.4./3.4.1. Stellt man mit dem Bundesgericht die Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit (Art. 127 Abs. 2 BV) ins Zentrum der Überlegungen, so spricht dies dafür, Dividendenzahlungen, mit denen in einem Lückenjahr begonnen wurde, von Anfang an zu besteuern, auch wenn es sich nicht um die Folge einer geänderten Dividendenpolitik handelt. In diesem Zusammenhang mag die Höhe der Dividende eine Rolle spielen (zu diesem Kriterium siehe BGE vom 8. Februar 2006 [2P.181/2005, 2A.438/2005], Erw. 2.2). Im Ergebnis läuft auch der angefochtene Entscheid hierauf hinaus.

3.4.2. Ausser den verfassungsmässigen Besteuerungsgrundsätzen gilt es aber auch die konkrete Ausgestaltung in Art. 69 StHG zu beachten (Art. 190 BV). Das ursprünglich vorgeschriebene Differenzsteuerverfahren beim Wechsel der zeitlichen Bemessung wurde durch die Revision vom 9. Oktober 1998 aufgegeben zugunsten der

jetzt geltenden Regelung (siehe Dieter Weber, in: Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht, Bd. I/1 [StHG], 2. Aufl., Basel/Genf/München 2002, Art. 69 N 1 ff.). Während dem Differenzsteuerverfahren eine bestimmte Anschauung über die Besteuerungswürdigkeit zugrunde lag, lässt sich die *Ausserordentlichkeit* der Einkünfte, auf die es nun nach Art. 69 Abs. 2 und 3 StHG und § 263 Abs. 2 StG ankommt, schwerlich über die Besteuerungswürdigkeit definieren. Als ausserordentlich erscheinen im Bereich der Dividendenausschüttungen neben den Substanzdividenden vielmehr diejenigen, die abweichend von der bisherigen Praxis oder abweichend von einem vernünftigen, rational begründbaren Geschäftsverhalten erfolgten (vgl. VGE II/20 vom 21. April 2005 [BE.2004.00176], S. 13 f.) und von daher als aussergewöhnlich erscheinen. Soweit es darum geht, das Ausnützen der Bemessungslücke durch eine "konstruierte" Dividendenpolitik zu verhindern - ein Hauptziel der Regelung in Art. 69 StHG/§ 263 StG, soweit sie die Dividenden betrifft (StE 2005, B 65.4 Nr. 18, Erw. 3/c/dd) -, entspricht diese Auslegung dem Gesetzeszweck am unmittelbarsten.

3.4.3. Diese doch recht klaren Vorgaben des Gesetzgebers legen es nahe, auf das Kriterium des Aussergewöhnlichen (dem zudem klarere Konturen gegeben werden können) abzustellen statt auf dasjenige der Besteuerungswürdigkeit.

3.5. Bei der Prüfung der Ausserordentlichkeit einer Dividendenausschüttung sind die gesamten Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen (erwähnter BGE vom 28. April 2006, Erw. 3.2). Dies gilt ganz besonders, wenn auf die Aussergewöhnlichkeit des Vorgehens, auf das ungewöhnliche Geschäftsgebaren abgestellt wird. Wenn es darum geht, unter diesen Gesichtspunkten zu prüfen, ob bei einer erst vor kurzem gegründeten Gesellschaft die Dividendenausschüttung als ausserordentlich zu qualifizieren ist, stellt sich die Frage, ob auch auf die Verhältnisse in den folgenden Jahren abzustellen ist. Das Verwaltungsgericht hat es bisher in Anlehnung an die Rechtsprechung des Bundesgerichts (StE 2002, B 65.4 Nr. 11, Erw. 3.1; BGE vom 4. Oktober 2002 [2A.92/2002, 2A.103/2002], Erw. 3.3.1) abgelehnt, die Folgejahre mit zu berücksichtigen (AGVE 2004, S. 141 = StE 2005, B 65.4 Nr. 18, Erw. 6/a; VGE II/81 vom 19.

November 2003 [BE.2003.00029], Erw. 3/c/cc), jedoch eingeräumt, dass sich dies möglicherweise nicht vermeiden lasse, wenn ein Vergleich mit den Vorjahren unmöglich sei (StE 2005, B 65.4 Nr. 19, Erw. 4/b/bb; siehe auch VGE II/93 vom 7. Dezember 2004 [BE.2004.00113], S. 8). Bei einer neu gegründeten Aktiengesellschaft kann es sich in der Tat aufdrängen, auch die Folgejahre zu beachten, wenn dies für eine ausreichend abgestützte Bewertung des Geschäftsgebarens erforderlich ist.

4. Dass vom Ergebnis des ersten Geschäftsjahres Fr. 50'000.-- den Reserven zugewiesen und die restlichen rund Fr. 45'000.-- auf die neue Rechnung vorgetragen wurden, ist nicht auffällig. Am Anfang der Geschäftstätigkeit gewisse Reserven anzulegen, entspricht solider Geschäftspolitik. Im zweiten Geschäftsjahr war der Gewinn so minim, dass seine Verwendung nichts aussagt, doch in den folgenden drei Geschäftsjahren wurde jeweils ein grosser Teil des Ergebnisses als Dividende ausgeschüttet, der Rest auf die neue Rechnung vorgetragen; die etwas unterschiedlichen Prozentzahlen sind auf die runden Beträge für die Ausschüttung zurückzuführen. In diesem Zeitraum wurde eine Dividendenpolitik begründet, die konstant erscheint und der auch sonst nichts Auffälliges anhaftet (dies gilt insbesondere bei einem Kleinbetrieb, der trotz der äusseren Form einer AG eigentlich das Geschäft des einen bzw. der wenigen Inhaber darstellt). Erst im Geschäftsjahr 2001/02 wurde davon abgewichen und trotz rund Fr. 200'000.-- Gewinn auf die Ausschüttung einer Dividende verzichtet. Die dafür gegebene Begründung bevorstehender grösserer Investitionen im Zusammenhang mit ..., ist nicht ungläubwürdig, sodass nicht von einem "Bruch" in der Dividendenpolitik gesprochen werden kann. Jedenfalls behielt die S AG die im Bemessungslückenzjahr 2000 begonnene Ausschüttung des Grossteils des erzielten Gewinns auch in den zwei Jahren nach der Bemessungslücke und damit innerhalb des Zeitraumes bei, der auf jeden Fall gegeben sein muss, um verlässlich prüfen zu können, ob von einer Konstanz in der Dividendenpolitik auszugehen ist.

Da keine anderen Argumente ersichtlich sind, welche die im Jahr 2000 erfolgte Ausschüttung als ausserordentlich erscheinen lassen, erweist sich die Erfassung mit einer gesonderten Jahressteuer als

unzulässig. Dies führt zur vollumfänglichen Gutheissung der Beschwerde.

21 Selbstständige Erwerbstätigkeit.

- **Gewerbmässiger Wertschriftenhandel als selbstständige (Neben-) Erwerbstätigkeit kann ausnahmsweise selbst bei einer einzigen Wertschriftentransaktion vorliegen.**

Entscheid des Verwaltungsgerichts, 2. Kammer, vom 9. Mai 2007 in Sachen Gemeinderat X. gegen Steuerrekursgericht und M.A. (WBE.2006.47). Zur Publikation vorgesehen in StE 2008.

22 Privatentnahme.

- **Privatentnahme mittels entsprechender, unzweideutiger, der Steuerbehörde klar bekannt gegebener Behandlung in der Buchhaltung.**

Entscheid des Verwaltungsgerichts, 2. Kammer, vom 7. Dezember 2007 in Sachen Erben des S. gegen Steuerrekursgericht (WBE.2007.142). Zur Publikation vorgesehen in StE 2008.

Aus den Erwägungen

3.2./3.2.1. (S. betrieb im Rahmen einer Einzelfirma ein Architekturbüro sowie gewerbmässigen Liegenschaftenhandel.) Bis 1986 stellte die Liegenschaft x klarerweise Geschäftsvermögen dar. S. nahm zwar alle Liegenschaften in seine Buchhaltung auf, doch wurden die Privatliegenschaften separat unter eigenem Titel aufgeführt und damit unmissverständlich als solche bezeichnet; für diese war im Gegensatz zu den Geschäftsliegenschaften kein Buch-, sondern lediglich der Steuerwert angegeben. Die Liegenschaft x figurierte nicht unter den Privatliegenschaften. Für die Steuerbehörden erkennbare Indizien ausserhalb der buchhalterischen Behandlung, die für eine Qualifikation als Privatliegenschaft gesprochen hätten, fehlten, zumal S. ihnen nicht bekannt gegeben hatte, dass er seiner Ehefrau die Nutzniessung an der Liegenschaft zugewendet hatte.

3.2.2. Ab 1987 wurde die Buchhaltung durch T. erstellt. Damit verbunden waren Wechsel in der Darstellung. Unter den Aktiven und Passiven im Abschluss war die Liegenschaft x nicht mehr enthalten; im Liegenschaftsverzeichnis per Ende 1988 figurierte sie unter den "privaten Liegenschaften". Aufwand und Ertrag der Geschäftsliegenschaften (ohne Käufe/Verkäufe) wurde im Geschäftsabschluss 1987 als "ausserordentlicher Aufwand und Ertrag" ausgewiesen, Aufwand und Ertrag der Privatliegenschaften (übereinstimmend mit der Auflistung im Liegenschaftsverzeichnis) dagegen unter "Liegenschaftsrechnung" (bzw. ab Geschäftsabschluss 1988 unter "private Liegenschaften"), wobei deren Saldo zudem ausdrücklich die Bezeichnung "Liegenschaftsgewinn (Privat)" trug. Da mit der Privatentnahme kein Buchgewinn erzielt wurde, war in der Buchhaltung nur die Ausbuchung aus dem Geschäftsvermögen, nicht aber ein dabei erzielter Kapitalgewinn auszuweisen (die Besteuerung eines Kapitalgewinns beruht ausschliesslich auf steuersystematischen Gründen). Somit ist festzuhalten, dass sich die buchhalterische Überführung der Liegenschaft x ins Privatvermögen aus den eingereichten Unterlagen mit Klarheit ergab. Auch in der Steuererklärung wurde der Wechsel ersichtlich gemacht, indem der Ertragsüberschuss aus der "Liegenschaftsrechnung" (die sich ausschliesslich auf die Privatliegenschaften, einschliesslich Liegenschaft x, bezog) im Unterschied zu vorher neu unter Ziff. 8 (Einkünfte aus Liegenschaften) der Steuererklärung deklariert wurde.

Bei der Vorbereitung der Veranlagung prüfte das Gemeindesteueramt erkennbar ("Häkchen", Notizen, Korrekturen) aufgrund des Liegenschaftsverzeichnisses die Zu- und Abgänge bei den Liegenschaften sowie deren Steuerwerte; ebenso wurden auf dem Steuererklärungsformular die einzelnen Positionen der Einkünfte überprüft. Formelle Korrespondenz im Rahmen des Veranlagungsverfahrens ist aus den Akten nicht ersichtlich (was die Behauptung der Beschwerdeführer, der neue Buchhalter habe damals die Umbuchung ins Privatvermögen mit dem Vorsteher des Gemeindesteueramtes besprochen, durchaus glaubhaft erscheinen lässt, denn anders wären diese erheblichen Änderungen wohl nicht ohne Rückfrage durchgegangen). Es muss daher offen bleiben, aus welchen Gründen der

Frage, ob sich bei der Privatentnahme der Liegenschaft x ein steuerbarer Kapitalgewinn ergeben habe, anscheinend nicht weiter nachgegangen wurde, und mit welcher Überlegung die geänderte Darstellung der Einkünfte für richtig befunden wurde. Naheliegend ist die Annahme, dass die Qualifikation der Liegenschaft x als richtig - oder zumindest vertretbar - erachtet wurde, ohne dass die sich aufdrängende Konsequenz (Erfassung des Überführungsgewinns [Differenz zwischen Verkehrs- und Buchwert] als steuerbares Einkommen) erkannt worden wäre.

Wirtschaftlich lag die Qualifikation als Privatvermögen nahe. Die schon 1978 erfolgte Einräumung der lebenslänglichen Nutzniessung zugunsten der Ehefrau machte die Liegenschaft zum Verkauf unattraktiv und als Anlagevermögen ungeeignet.

Im jetzigen Einspracheentscheid der Steuerkommission wird angedeutet, mit dem Wechsel in der Buchführung sei eine übermässige Verschiebung von Liegenschaften ins Privatvermögen einhergegangen. Inwiefern dies relevant sein soll, ist nicht recht ersichtlich. Wenn die Steuerkommission die Qualifikation als Geschäftsvermögen für (weiterhin) zutreffend erachtete, hatte sie die Möglichkeit einer entsprechenden Feststellungsverfügung, und andernfalls konnte sie an eine Überführung ins Privatvermögen die vorgesehenen steuerlichen Folgen knüpfen.

3.2.3. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass 1987 buchhalterisch die Überführung ins Privatvermögen erfolgte, dass S. dies der Steuerbehörde klar und unzweideutig bekannt gab, ohne etwas Wesentliches zu verschweigen oder zu vertuschen (was beispielsweise dann der Fall wäre, wenn buchhalterisch ein Kapitalgewinn hätte ausgewiesen werden müssen und dies unterblieben wäre). Die Steuerkommission wäre damals in der Lage und damit auch gehalten gewesen, den sich aus diesem Sachverhalt ergebenden steuerlichen Kapitalgewinn zu veranlagern.

4. Daraus folgt, dass die am 24. März 1998 erfolgte Schenkung der Liegenschaft x von S. an seine Ehefrau Privatvermögen betraf und deshalb einkommenssteuerrechtlich keine Auswirkungen zeitigte.

23 Mehrkosten auswärtiger Verpflegung.

- **Die Jahrespauschale von Fr. 3'000.-- stellt den maximal zulässigen Abzug dar, selbst wenn der Steuerpflichtige während mehr als 220 Tagen auswärts arbeitet.**

Entscheid des Verwaltungsgerichts, 2. Kammer, vom 5. März 2007 in Sachen Kantonales Steueramt gegen Steuerrekursgericht und R.W. (WBE.2006.350).

24 Anschlussbeschwerde. Abzug von Beiträgen zum Einkauf in BVG-Leistungen.

- **Eine Anschlussbeschwerde ist im verwaltungsgerichtlichen Beschwerdeverfahren unzulässig (Erw. I/4).**
- **Bei der Berechnung des maximal zulässigen Einkaufs sind die bei einer Vorsorgeeinrichtung gestützt auf Art. 13 Abs. 2 FZG liegenden Beträge zu berücksichtigen (Erw. II/3).**

Entscheid des Verwaltungsgerichts, 2. Kammer, vom 7. Dezember 2007 in Sachen Kantonales Steueramt gegen Steuerrekursgericht und R.W. (WBE.2007.61). Zur Publikation vorgesehen in StE 2008.

Sachverhalt

R.W. war im Jahr 2001 bei verschiedenen Arbeitgebern in unselbstständiger Erwerbstätigkeit beschäftigt: Bis zum 31. Januar 2001 arbeitete er für die A. AG in leitender Stellung, vom 1. Juli bis zum 31. Dezember 2001 im Nebenerwerb für deren Schwestergesellschaft B. AG; zudem war er während des gesamten Kalenderjahres 2001 für die von ihm und seiner Frau beherrschte C. AG tätig. Daneben führte er als Unternehmensberater in selbstständiger Erwerbstätigkeit eine Einzelfirma.

Nach der Beendigung seines Arbeitsverhältnisses bei der A. AG wurde sein Freizügigkeitsguthaben in Höhe von Fr. 750'205.-- vollumfänglich auf sein Vorsorgekonto bei der Vorsorgeeinrichtung der B. AG übertragen, für das dortige neue Arbeitsverhältnis bestand

indessen bis Ende 2001 ein Einkaufsbedarf von lediglich Fr. 129'600.--. Bei der Vorsorgeeinrichtung der C. AG kaufte sich W. am 27. Dezember 2001 mit Fr. 1'200'000.-- ein, wobei er das Freizügigkeitsguthaben bei der Vorsorgeeinrichtung der B. AG unangetastet liess.

Der Steuerpflichtige beantragte, der Einkaufsbetrag in die 2. Säule von Fr. 1'200'000.-- sei vollumfänglich vom steuerbaren Einkommen in Abzug zu bringen. Das Steuerrekursgericht anerkannte, in teilweiser Gutheissung des gegen den Einspracheentscheid der Steuerkommission erhobenen Rekurses, unter diesem Titel lediglich Fr. 307'409.--. Gegen den Rekursentscheid führte das KStA Verwaltungsgerichtsbeschwerde.

Aus den Erwägungen

I/4. Die Vernehmlassung eröffnet der Vorinstanz sowie weiteren am Verfahren beteiligten Parteien die Möglichkeit, innerhalb des durch die Beschwerdebegehren begrenzten Verfahrens Anträge zu stellen, berechtigt aber nicht zu weitergehenden, selbständigen Anträgen (§ 43 Abs. 2 VRPG). Eine Anschlussbeschwerde ist im VRPG nicht vorgesehen und deshalb unzulässig (AGVE 1981, S. 278). Der Entscheidungsspielraum des Gerichts ist auf der einen Seite durch das Ergebnis im angefochtenen Entscheid, andererseits durch den Beschwerdeantrag begrenzt; es darf nicht über die Anträge des Beschwerdeführers hinausgehen, noch darf es den angefochtenen Entscheid zum Nachteil des Beschwerdeführers abändern.

In ihrer - nach Ablauf der Beschwerdefrist eingereichten - Vernehmlassung beantragten die Beschwerdegegner, der Einkaufsbeitrag in die Vorsorgeeinrichtung der C. AG in Höhe von Fr. 1'200'000.-- sei vollständig zum Abzug zuzulassen. Damit verlangen sie eine Herabsetzung des steuerbaren Einkommens, also eine Änderung des angefochtenen Entscheids zum Nachteil des beschwerdeführenden KStA, was eine unzulässige Anschlussbeschwerde darstellt. Soweit die Beschwerdegegner mehr verlangen als die Abweisung der Beschwerde, ist auf ihre Anträge nicht einzutreten. Dies schliesst allerdings nicht aus, dass auf ihre Begründungen einzugehen ist, soweit diese auch geeignet sind, zur Abweisung der Beschwerde zu führen.

II/1. Gemäss § 40 lit. d StG können die gemäss Gesetz, Statut und Reglement geleisteten Einlagen, Prämien und Beiträge zum Erwerb von Ansprüchen aus der Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung und aus Einrichtungen der beruflichen Vorsorge von den Einkünften abgezogen werden. Aufgrund der Verweisung auf das Gesetz gilt für die Abzugsfähigkeit von Leistungen an die berufliche Vorsorge ... die Begrenzung des Umfangs bei Beiträgen für Einkäufe von Lohnerhöhungen und von Beitragsjahren in Einrichtungen der beruflichen Vorsorge gemäss Art. 79a BVG in der Fassung vom 19. März 1999, in Kraft seit dem 1. Januar 2001 (seither wurde sie im Rahmen der 1. BVG-Revision mit Wirkung ab 1. Januar 2006 wieder geändert). Dazu gibt es das Kreisschreiben der ESTV Nr. 3 vom 22. Dezember 2000 "Die Begrenzung des Einkaufs für die berufliche Vorsorge nach dem Bundesgesetz vom 19. März 1999 über das Stabilisierungsprogramm 1998" (publiziert in ASA 69/2001-2002, S 703 ff.; in der Folge: Kreisschreiben ESTV). Die Leistungen, in die sich der Versicherte einkaufen kann, werden auf den oberen Grenzbetrag nach Art. 8 Abs. 1 BVG, multipliziert mit der Anzahl Jahre bis zum Erreichen des reglementarischen Rücktrittsalters, begrenzt (Art. 79a Abs. 2 BVG). Es darf nur die im Einzelfall effektiv benötigte Einkaufssumme (Finanzierungsbedarf) geleistet werden (Kreisschreiben ESTV, S. 2). Gleicherweise wird steuerlich nur der zulässige Höchstbetrag des Einkaufs zum Abzug zugelassen.

2./2.1. Die maximale zulässige Einkaufssumme entspricht der Differenz zwischen der reglementarisch benötigten Eintrittsleistung (unter Berücksichtigung der Begrenzung gemäss Art. 79a Abs. 2 BVG) und der zur Verfügung stehenden Eintrittsleistung (Art. 79a Abs. 3 BVG; vgl. Kreisschreiben ESTV, S. 2). Die zulässige Einkaufssumme wird für jedes Ereignis, das zu einem Einkauf führt, gesondert festgesetzt (Art. 60a Abs. 1 lit. c BVV 2); bei einem Verdienst, welcher bei mehreren Vorsorgeeinrichtungen versichert ist, gilt die maximal zulässige Einkaufssumme insgesamt für alle Einkäufe, die auf dasselbe Ereignis zurückzuführen sind (Art. 60a Abs. 1 lit. d BVV 2; Kreisschreiben ESTV, S. 4). Steht der Versicherte im Dienste mehrerer voneinander unabhängiger Arbeitgeber und ist deshalb bei verschiedenen Vorsorgeeinrichtungen versichert, sind die

höchstzulässigen Einkaufssummen gesondert zu ermitteln, weil der Einkauf nicht auf dasselbe Ereignis zurückgeführt werden kann (Kreisschreiben ESTV, S. 4).

2.2. Das Bundesgesetz über die Freizügigkeit in der beruflichen Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge vom 17. Dezember 1993 (Freizügigkeitsgesetz; FZG) regelt die Behandlung der BVG-Ansprüche beim Austritt aus einer und beim Eintritt in eine andere Vorsorgeeinrichtung. Wer die Vorsorgeeinrichtung verlässt, hat Anspruch auf eine Austrittsleistung (Art. 2 Abs. 1 FZG). Diese ist an die neue Vorsorgeeinrichtung zu überweisen (Art. 3 Abs. 1 FZG). Ist dies nicht möglich, weil der Versicherte nicht in eine andere Vorsorgeeinrichtung eintritt, hat grundsätzlich die Überweisung an eine Freizügigkeitseinrichtung zu erfolgen (Art. 4 FZG; Art. 10 der Verordnung über die Freizügigkeit in der beruflichen Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge vom 3. Oktober 1994 [Freizügigkeitsverordnung; FZV]). Kann die Austrittsleistung nicht vollumfänglich zum Einkauf in die reglementarischen Leistungen der neuen Vorsorgeeinrichtung benützt werden, weil sie höher ist als die benötigte Eintrittsleistung, so kann sie einer Freizügigkeitseinrichtung überwiesen werden (Art. 13 Abs. 1 FZG) oder der Versicherte kann damit bei der neuen Vorsorgeeinrichtung "künftige reglementarisch höhere Leistungen erwerben" (Art. 13 Abs. 2 FZG), also den künftigen Einkauf in allfällige Erhöhungen der reglementarischen Leistungen (Art. 6 Abs. 2 FZG spricht von Erhöhungsbeiträgen infolge einer Leistungsverbesserung) im Voraus sicherstellen. In beiden Fällen des Art. 13 FZG bleibt das Geld dem Vorsorgezweck verhaftet und wird gleichsam "parkiert", weil es zur Zeit nicht zum Erwerb von Leistungen benötigt wird.

Mit dem Stabilisierungsprogramm 1998 wurden gleichzeitig Änderungen am FZG (Art. 4 Abs. 2^{bis}, Art. 11 Abs. 2) vorgenommen mit dem Zweck, die Überweisung des gesamten Vorsorgekapitals (Austrittsleistungen; Kapital bei Freizügigkeitseinrichtungen) an die neue Vorsorgeeinrichtung sicherzustellen.

3./3.1. Die von der X. als Vorsorgeeinrichtung der C. AG erstellte Berechnung der maximal zulässigen Einkaufssumme weist als höchstmögliches Spar- oder Deckungskapital im Zeitpunkt des Ein-

kaufsbegehrens Fr. 1'428'013.90 aus. Nach Abzug des bei der X. bereits zur Verfügung stehenden Spar- oder Deckungskapitals in Höhe von Fr. 86'552.70 ergibt sich die maximal zulässige Einkaufssumme (Finanzierungsbedarf) in Höhe von Fr. 1'341'461.20.

3.2. Die Vorinstanz nahm die Berechnung des maximal zulässigen und steuerlich abzugsfähigen Einkaufsbetrages wie folgt vor:

Total gemäss Reglement	Fr. 1'428'014.--
./. WEF-Vorbezug	Fr. 500'000.--
./. aus freiwilliger Übertragung	Fr. <u>620'605.--</u>
Total möglicher Einkauf	Fr. 307'409.--

Die Fr. 500'000.-- betreffen einen im Jahr 2000 getätigten Vorbezug für Wohneigentumsförderung (WEF), der anzurechnen ist (angefochtener Entscheid, S. 11 mit Hinweisen). Die Fr. 620'605.-- stellen die betraglich unbestrittene Differenz zwischen der auf die Vorsorgeeinrichtung der B. AG übertragenen Freizügigkeitsleistung und dem Einkaufsbedarf dar.

3.3./3.3.1. Das Steuerrekursgericht hat übersehen, dass bei der Vorsorgeeinrichtung der C. AG im Zeitpunkt des Einkaufsbegehrens bereits ein Kapital von Fr. 86'552.70 vorhanden war, sodass der Einkauf nur für die Differenz zwischen dem höchstmöglichen und dem bereits vorhandenen Spar- und Deckungskapital zu erfolgen hatte.

3.3.2./3.3.2.1. Mit dem Stabilisierungsprogramm 1998 wurden die steuerbefreiten BVG-Einkäufe betraglich begrenzt. Dazu war es erforderlich, bereits vorhandenes BVG-Kapital, das nicht (mehr) der Deckung von Vorsorgeleistungen dient - also "Gelder, die sich schon im 'Vorsorgekreislauf' befinden und steuerlich bereits zum Abzug gebracht worden sind" (Kreisschreiben ESTV, S. 2) - in die neue Versicherungseinrichtung (in welche der Einkauf erfolgen sollte) überzuführen. Auch für den Fall, dass dies nicht geschah, war den steuerlichen Folgen eine solche Überführung zugrunde zu legen, um die Begrenzung der steuerbefreiten BVG-Einkäufe auch tatsächlich durchsetzen zu können. Wie bereits ausgeführt (vorne Erw. 2.2), besteht kein sachlicher Unterschied zwischen den gemäss Art. 13 Abs. 1 FZG bei einer Freizügigkeitseinrichtung und den gemäss Art. 13 Abs. 2 FZG bei einer Vorsorgeeinrichtung für künftige Einkäufe "parkierten" Beträgen. Selbst wenn lediglich die Überweisung des

bei Freizügigkeitseinrichtungen vorhandenen Kapitals vorgeschrieben ist (Art. 4 Abs. 2^{bis} FZG), ist somit bei beiden Tatbeständen eine identische steuerliche Behandlung sachlich geboten. Wenn es um die Höhe des zulässigen Einkaufs in eine andere Vorsorgeeinrichtung geht, ist alles gestützt auf Art. 13 Abs. 1 und 2 FZG vorhandene Kapital als bereits zur Verfügung stehendes Spar- oder Deckungskapital zu behandeln. Daran ändert Art. 60a Abs. 1 lit. c BVV 2, wonach die zulässige Einkaufssumme für jedes Ereignis, das zu einem Einkauf führt, gesondert festzusetzen ist, nichts; diese Bestimmung besagt nichts über die Anrechenbarkeit des vorhandenen BVG-Kapitals.

3.3.2.2. Die bei der Vorsorgeeinrichtung der B. AG gemäss Art. 13 Abs. 2 FZG vorhandenen Fr. 620'605.-- sind somit entgegen den Darlegungen der Beschwerdegegner in die Berechnung einzubeziehen.

3.3.2.3. Bei dieser Auslegung ist es konsequent, spätere Einkäufe in die Vorsorgeeinrichtung, bei der das Kapital nach Art. 13 Abs. 2 FZG nach wie vor liegt, selbst dann steuerlich vollumfänglich anzuerkennen, wenn der Einkauf mit diesem Kapital finanziert wird. Beim Beschwerdegegner spielt dies allerdings keine Rolle, da sich schon nach kurzer Zeit ergab, dass sich die (behauptungsweise) vorgesehene Aufstockung seines Engagements bei der B. AG, die zu einem höheren Gehalt und damit verbunden zu einem Einkauf in die höheren Vorsorgeleistungen (zu finanzieren mit dem bei der Vorsorgeeinrichtung der B. AG liegenden Art. 13 Abs. 2 FZG-Kapital) geführt hätte, nicht verwirklichte.

25 Allgemeine Abzüge.

- **Zuwendungen an die steuerbefreiten politischen Parteien sind abzugsfähig.**

Entscheid des Verwaltungsgerichts, 2. Kammer, vom 7. Februar 2007 in Sachen Kantonales Steueramt gegen Steuerrekursgericht und E.T. (WBE.2006.208). Publiziert in StE 2007, B 27.4 Nr. 18.

(Hinweis: das Bundesgericht hat später entgegengesetzt entschieden: Urteil 2A.647/2005 = StE 2007, A 23.14)

- 26 **Nachweis des Vertretungsverhältnisses. Fristwiederherstellung.**
- **Die Bekanntgabe eines Vertretungsverhältnisses für eine bestimmte Steuerperiode bezieht sich nicht auch auf frühere Steuerperioden (Erw. 1.1).**
 - **Voraussetzungen der Fristwiederherstellung (Erw. 2).**

vgl. AGVE 2007 48 211

- 27 **Treu und Glauben. Anspruch auf Veranlagung gemäss einer zuvor erhaltenen unrichtigen Auskunft?**
- **Voraussetzungen für die Verbindlichkeit einer unrichtigen Auskunft.**
 - **Nachweis nachteiliger Dispositionen, wenn diese in (behaupteten) Unterlassungen bestehen.**

vgl. AGVE 2007 51 217

- 28 **"Ordnungsbusse" wegen Verletzung von Verfahrenspflichten im Steuerrecht (§ 235 StG).**
- **Verfahren. Aufgaben des Kantonalen Steueramtes als Anklagebehörde (Erw. 2-4).**
 - **Rückweisung des Verfahrens durch das Steuerrekursgericht an die Anklagebehörde (Erw. 5-6).**

Entscheid des Verwaltungsgerichts, 2. Kammer, vom 2. Mai 2007 in Sachen Kantonales Steueramt gegen Steuerrekursgericht und I.M. (WBE.2006.321).

Aus den Erwägungen

1. Wer trotz Mahnung einer Verfahrenspflicht nach StG vorsätzlich oder fahrlässig nicht nachkommt, namentlich die Steuererklärung oder die dazu verlangten Beilagen nicht einreicht, wird mit Busse bis zu Fr. 1'000.--, in schweren Fällen oder bei Rückfall bis zu Fr. 10'000.-- bestraft (§ 235 Abs. 1 StG; übereinstimmend mit Art. 55 StHG).

2. Die Verfahrensregelung erfolgte in enger Anlehnung an diejenige der StPO, insbesondere an das dort in den §§ 194 ff. vorgesehene Strafbefehlsverfahren. Das KStA ist zur Ermittlung und Untersuchung des Sachverhalts zuständig (§§ 242 und 244 Abs. 1 StG). Nach Abschluss der Untersuchung erlässt es einen Strafbefehl oder stellt das Strafverfahren ein (§ 245 Abs. 1 StG); ein Strafverfahren wegen Verletzung von Verfahrenspflichten kann ohne vorgängige Untersuchung direkt durch Erlass eines Strafbefehls eingeleitet werden (§ 243 Abs. 2 StG [neu, aufgrund der Änderung vom 22. August 2006, Abs. 3]). Erheben die angeschuldigte Person oder der Gemeinderat gegen den Strafbefehl innert Frist Einsprache, wird dieser aufgehoben und fällt dahin (§ 247 Abs. 1 StG). Ist Einsprache erhoben worden, so kann das KStA weitere Untersuchungen durchführen und bei veränderter Sach- oder Rechtslage einen neuen Strafbefehl erlassen (§ 247 Abs. 2 StG). Hält das KStA nach wie vor eine Bestrafung für richtig, erhebt es Anklage beim Steuerrekursgericht, wobei der Strafbefehl als Anklageschrift gilt (§ 247 Abs. 3 und 4 StG).

3./3.1. Das KStA macht geltend, eine Rückweisung der Anklage zwecks Ergänzung des Sachverhalts sei gemäss Lehre, Rechtsprechung und Praxis der aargauischen Strafgerichte unzulässig. Das Steuerrekursgericht hätte, da die Prozessvoraussetzungen gegeben seien, einen Sachentscheid fällen müssen. Allfällige weitere Untersuchungshandlungen hätte das Steuerrekursgericht selbst vornehmen müssen, da das KStA mangels Zuständigkeit nicht befugt sei, nach Erhebung der Anklage weiterhin als Untersuchungsbehörde tätig zu sein; diese Kompetenz komme ihm ausschliesslich im Strafbefehlsverfahren zu.

Das Steuerrekursgericht bringt dagegen vor, bei nur ungenügend abgeklärtem Sachverhalt gehe es nicht an, dass sich das KStA damit begnüge, Anklage zu erheben und weitere Sachverhaltsabklärungen dem Steuerrekursgericht zu überlassen. Die Beurteilung, ob das Verfahren einzustellen, ein neuer Strafbefehl zu erlassen oder Anklage zu erheben sei, könne nur korrekt erfolgen, wenn das KStA von seiner Befugnis Gebrauch mache, weitere Untersuchungen vorzunehmen.

3.2. In einem ersten Schritt ist somit zu untersuchen, ob und inwieweit das KStA verpflichtet ist, vor der Anklageerhebung zusätzliche Abklärungen zu tätigen (hinten Erw. 4). Wird eine Untersuchungspflicht in diesem Verfahrensstadium bejaht, ist in einem zweiten Schritt zu prüfen, ob die Rückweisung der Anklage zur weiteren Beweiserhebung zulässig ist, falls das KStA dieser Pflicht nicht bzw. nicht ausreichend nachgekommen ist (hinten Erw. 5).

4./4.1. Nach Eingang der Einsprache stehen dem KStA drei Möglichkeiten für das weitere Vorgehen zur Verfügung: der Erlass eines neuen Strafbefehls, die Einstellung des Verfahrens oder die Anklageerhebung (§ 247 Abs. 3 StG). Die Entscheidung, welcher Weg einzuschlagen ist, hängt davon ab, ob sich die Sach- oder Rechtslage seit dem Erlass des Strafbefehls verändert hat (§ 247 Abs. 2 StG). Liegt eine begründete Einsprache vor, die berechtigte Zweifel aufwirft, ob der Strafbefehl in tatsächlicher oder rechtlicher Hinsicht zutreffend ist, kann schon über das weitere Vorgehen nicht ohne zusätzliche Abklärungen entschieden werden. Das KStA *muss* also zunächst weitere Untersuchungen - im Rahmen der ihm zur Verfügung stehenden Untersuchungsmittel (siehe dazu § 244 Abs. 1 Satz 2 StG; Markus Kühni, in: Kommentar zum Aargauer Steuergesetz, Band 2, 2. Aufl., Muri/Bern 2004, Vorbem. zu §§ 242-254 N 9) - an die Hand nehmen. Dies gilt im Speziellen dann, wenn das KStA das Strafverfahren ohne vorgängige eigene Untersuchungshandlungen direkt mit dem Strafbefehl eingeleitet hat (§ 243 Abs. 2 StG [ursprüngliche Fassung]). Dass § 247 Abs. 2 StG als "Kann-Vorschrift" konzipiert ist, steht dem nicht entgegen, wird hier doch davon ausgegangen, dass bereits ein Untersuchungsverfahren voranging; zudem können sich weitere Abklärungen erübrigen, wenn die Einsprache ohne Begründung (siehe dazu Kühni, a.a.O., § 247 N 7) erhoben wurde.

Erst wenn sich nach durchgeführter Untersuchung der Sachverhalt so bestätigt, wie er von der Veranlagungsbehörde zur Anzeige gebracht wurde, und sich die Bemessung der Busse im Hinblick auf das konkrete Verschulden als korrekt erweist, steht für das KStA rechtsgenügend fest, dass weder ein neuer, korrigierter Strafbefehl erlassen noch das Verfahren eingestellt werden muss, sondern beim

Steuerrekursgericht Anklage zu erheben ist (etwas abweichend Kühni, a.a.O., § 247 N 10). Da es dabei immer noch um das Verfahren *vor* der Anklageerhebung geht, kann sich das KStA seiner Untersuchungspflicht nicht unter Berufung auf das Unmittelbarkeitsprinzip entledigen. Allerdings steht es dem Steuerrekursgericht im Rahmen der freien Beweiswürdigung (§ 28 Abs. 1 StPO; vgl. dazu auch Hauser/Schweri/Hartmann, Schweizerisches Strafprozessrecht, 6. Aufl., Basel/Genf/München 2005, S. 225 f., S. 232 f.) nachher offen, die seiner Ansicht nach wichtigeren Beweise (vgl. § 27 StPO) allenfalls nochmals selber abzunehmen.

4.2. Die Abklärung und Würdigung der mit der Einsprache erhobenen Einwände durch das KStA muss für den Angeklagten und das Gericht ersichtlich werden. Der Angeklagte hat Anspruch zu erfahren, gegen welche Vorwürfe er sich verteidigen muss und warum das KStA als Anklagebehörde seine erhobenen Einwände für unzureichend hält. Bei einem Verfahren, das direkt mit dem Strafbefehl eröffnet wird, ist es fast unausweichlich, dass dessen notwendiger Inhalt (§ 246 Abs. 1 StG) nicht immer mit der erforderlichen Vollständigkeit und Genauigkeit festgehalten werden kann. Stellt sich bei der Abklärung heraus, dass der Strafbefehl ergänzungsbedürftig ist (aber hinsichtlich der ausgesprochenen Busse korrekt erscheint, sodass kein neuer Strafbefehl zu erlassen ist), muss diese Ergänzung anlässlich der Überweisung an das Gericht vorgenommen werden. Ansatzweise enthält die "Würdigung" in der Überweisungsverfügung des KStA die angesprochenen Begründungen und Ergänzungen; sie ist jedoch von vornherein ungenügend, wenn sie sich (wie es häufig zutrifft) auf die floskelhafte Wiedergabe von § 247 Abs. 3 StG, ohne erkennbaren Bezug zum konkreten Fall, beschränkt.

Im Übrigen sieht § 247 Abs. 4 Satz 2 StG ausdrücklich vor, dass der Anklageschrift die Beweismittel beizulegen sind. Das betrifft zunächst diejenigen Beweismittel, die das KStA im Rahmen der Verifizierung der mit der Einsprache erhobenen Einwände abgenommen hat. Beweismittel, die es nicht selber erheben darf, hat es zumindest im Sinne einer Beweisofferte in der Anklageschrift aufzuführen.

5. Die Rückweisung an die Anklagebehörde zur Ergänzung des Sachverhalts bzw. - präziser formuliert - zur Beweisergänzung sieht weder das StG in § 251 i.V.m. § 197 noch die StPO in § 161 Abs. 1, wonach das Gericht nach durchgeführter Hauptverhandlung und vor der Urteilsfällung noch die Erhebung weiterer Beweise beschliessen kann, ausdrücklich vor (anders etwa der Kanton Zürich in § 183 Abs. 2 StPO/ZH). Das Gleiche gilt für die Rückweisung zur Verbesserung der Anklage, wenn diese den gesetzlichen Anforderungen nicht entspricht (anders auch hier der Kanton Zürich in § 182 Abs. 3 StPO/ZH). Sowohl die Rückweisung zur Beweisergänzung als auch diejenige zur Anklageverbesserung stehen in einem Spannungsfeld zum Anklagegrundsatz, welcher in personeller Hinsicht eine Trennung von anklagender und richterlicher Funktion verlangt (Hauser/Schweri/Hartmann, a.a.O., S. 222 f.). Eine Rückweisung darf im Ergebnis nicht dazu führen, dass dem Gericht die Rolle einer vorgesetzten, Beweisanordnungen treffenden Untersuchungsbehörde zukommt. Dieser Gefahr wird dadurch Einhalt geboten, dass die Anklage den zu beurteilenden Lebensvorgang umreisst und für alle Instanzen fixiert (Immutabilitätsprinzip), sodass die Erhebung zusätzlicher oder ergänzender Beweise nur in dem von der Anklage gesteckten Rahmen zulässig ist (ZR 102/2003, S. 271). Richtig ist, dass mit Einreichung der Anklageschrift die Herrschaft über das Verfahren von der Anklagebehörde auf das Gericht übergeht und das Gericht ab diesem Zeitpunkt den Angeklagten bei gegebenen Prozessvoraussetzungen entweder zu verurteilen oder freizusprechen hat (Kühni, a.a.O., § 247 N 13; Mark Schwitter, Der Strafbefehl im aargauischen Strafprozess, Aarau 1996, S. 166, 367, 369, 377; Hauser/Schweri/Hartmann, a.a.O., S. 226). Dessen ungeachtet wird in der Praxis eine Rückweisung an die Anklagebehörde zwecks Verbesserung der Anklage, wenn diese den gesetzlichen Erfordernissen nicht entspricht, auch ohne ausdrückliche Gesetzesvorschrift als zulässig erachtet (BGE 133 IV 94 ff.; AGVE 1994, S. 136). In gleicher Weise erscheint es zulässig, die Anklage zur weiteren Abklärung zurückzuweisen, wenn es darum geht, die nach der gesetzlichen Ordnung vom KStA zu erhebenden Beweise abzunehmen (vorne Erw. 4; vgl. auch StE 2001, B 101.8 Nr. 17; Richner/Frei/Kaufmann, Kom-

mentar zum harmonisierten Züricher Steuergesetz, § 254 N 3; obiter dictum im VGE II/74 vom 16. November 2005 [WBE.2005.324], S. 4 f.). Davon geht letztlich auch das KStA aus, wobei seiner Auffassung nach eine Rückweisung aber ausschliesslich "im ordentlichen Strafverfahren" - d.h. wenn kein Strafbefehlsverfahren voraus geht - möglich ist. Dem kann nicht zugestimmt werden; die Erhebung der Einsprache beseitigt rückwirkend den Strafbefehl, und der nachfolgende Strafprozess verläuft verfahrensmässig genau gleich, wie wenn zuvor kein Strafbefehlsverfahren durchgeführt, sondern direkt Anklage erhoben worden wäre (Schwitter, a.a.O., S. 347, 377). Da der Anklage nicht nur die Funktion zukommt, den Prozessgegenstand zu umreissen, sondern darüber hinaus dem Angeklagten eine sachgerechte Verteidigung zu ermöglichen und dem Gericht die für die Durchführung des Verfahrens notwendigen Informationen zu vermitteln, muss die Rückweisung bereits vor der Durchführung der Hauptverhandlung zulässig sein. Dies dient der Prozessökonomie und verhindert gleichzeitig, dass es zu einem (materiell ungerechtfertigten) Freispruch kommt, nur weil die Anklagebehörde eine unzureichende Anklageschrift eingereicht hat.

6./6.1. In seiner Einsprache brachte der Beschwerdegegner vor, er habe persönlich bei der Gemeinde(-verwaltung) O. (wohl beim Gemeindesteuernamt) vorgesprochen und um Fristerstreckung ersucht, welche ihm auch formlos bewilligt worden sei. Das Gemeindesteuernamt O. nahm in seiner ersten Vernehmlassung ans KStA zu diesem Einwand nicht Stellung; es beschränkte sich auf den allgemeinen Hinweis, dass das Mahnverfahren ordnungsgemäss durchgeführt worden sei und nun die angedrohten Säumnisfolgen eintreten würden. Erst nachdem sich der Beschwerdegegner mit dem gleichen Vorbringen nochmals vernehmen liess und das KStA ausdrücklich eine Beantwortung verlangte, führte das Gemeindesteuernamt aus, dass sich in den Steuerunterlagen weder Notizen über ein Fristverlängerungsgesuch noch über persönliche Besuche des Steuerpflichtigen befänden; zudem seien im Steuerprogramm keine Fristverlängerungen registriert worden.

6.2. Selbst die zweite Vernehmlassung des Gemeindesteuernamtes ist vage gehalten und weicht der Beantwortung der entscheidenden

den Frage, ob der Beschwerdegegner persönlich vorgesprochen, um Fristerstreckung ersucht und diese mündlich zugesagt erhalten habe, aus. Das Gemeindesteuernamt scheint einfach auf Grundlage der Akten auszuschliessen, dass sich der Beschwerdegegner meldete und um Fristerstreckung ersuchte. Mit dem Hinweis auf das Fehlen entsprechender Notizen wird jedoch nicht widerlegt, dass der Beschwerdegegner doch persönlich bei der Gemeindeverwaltung vorgesprochen haben könnte. Es hätte mindestens bei den Mitarbeitern und Mitarbeiterinnen, die im fraglichen Zeitraum Schalterdienst hatten, entsprechend nachgefragt werden müssen; zudem hätte ausgeführt werden müssen, ob über mündliche Fristerstreckungsgesuche und deren Beantwortung ausnahmslos Aktenvermerke angelegt wurden. Wenn das Gemeindesteuernamt ausgeführt hätte, nähere Abklärungen seien nicht mehr möglich, hätte das KStA auf dieser Grundlage und allenfalls unter persönlicher Anhörung die Glaubwürdigkeit der Aussage des Beschwerdegegners prüfen und beurteilen müssen.

6.3. Ob der Straftatbestand überhaupt erfüllt und ob ein Verschulden des Beschwerdeführers zu bejahen ist, hängt ganz entscheidend davon ab, ob er bei der Gemeindeverwaltung vorsprach und Fristerstreckung erhielt (oder die Auskunft in guten Treuen so verstehen durfte). Der Strafbefehl muss den massgeblichen Sachverhalt ausreichend darlegen und er muss das Verschulden feststellen (§ 246 Abs. 1 lit. b und d StG). Da weder der Strafbefehl noch die Überweisungsverfügung entsprechende Ausführungen des KStA enthielten, war die Anklage unvollständig und ergänzungsbedürftig. Wie ohne weiteres erkennbar, meinte das Steuerrekursgericht dies mit der verlangten "Ergänzung des Sachverhalts". Die Zurückweisung zur Ergänzung der Anklage, verbunden mit dem Hinweis, dass dazu noch zusätzliche Abklärungen erforderlich seien, war somit korrekt.

7. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass das Vorgehen der Vorinstanz, die Anklage ohne Durchführung einer Verhandlung zur Ergänzung der Anklage zurückzuweisen, korrekt war. Die Beschwerde des KStA ist entsprechend abzuweisen.

29 "Ordnungsbusse" wegen Verletzung von Verfahrenspflichten im Steuerrecht (§ 235 StG).

- **Nach einer ausdrücklichen "letzten Mahnung" zur Abgabe der Steuererklärung braucht die Steuerbehörde auf Fristerstreckungsgesuche nicht mehr einzugehen, sondern kann unmittelbar das Bussenverfahren einleiten.**
- **Anforderungen an eine "letzte Mahnung".**

Entscheid des Verwaltungsgerichts, 2. Kammer, vom 2. Mai 2007 in Sachen Kantonales Steueramt gegen Steuerrekursgericht und R.H. (WBE.2007.74).

Aus den Erwägungen

3.1. Das Steuerrekursgericht geht davon aus, dass das Nichteinreichen einer Steuererklärung innert der angesetzten Frist nur Straffolgen habe, wenn der Steuerpflichtige seine Säumnis nicht begründe. Ein Steuerpflichtiger, der zur Einreichung einer Steuererklärung aufgefordert worden sei, dieser Aufforderung aber unter fristgerechter Anrufung annehmbarer Gründe nicht nachkomme, könne erst dann mit einer Busse belegt werden, wenn ihm die Veranlagungsbehörde eine weitere Aufforderung zugestellt habe, in welcher die Gründe für das Beharren auf der Einreichung der Steuererklärung angeführt seien. ...

3.2. Das KStA hält dem im Wesentlichen entgegen, bei der Mahnung vom 31. August 2006 handle es sich um eine letzte Mahnung im Sinne von Art. 65 Abs. 4 StGV. Der Beschwerdegegner habe von der Verfahrenssituation her in diesem Stadium überhaupt nicht mehr mit einer Fristerstreckung rechnen können. Seinen Verfahrenspflichten sei er deshalb nicht genügend nachgekommen, indem er lediglich ein Gesuch um Fristerstreckung gestellt habe. Anders wäre es zu beurteilen gewesen, wenn der Beschwerdegegner bereits nach Erhalt der ersten Mahnung datierend vom 30. Juni 2006 um Erstreckung der Frist ersucht hätte, da diese noch keine unwiderriefliche Frist statuiert habe. Das Beharren auf Einreichung der Steuererklärung sei die notwendige Konsequenz der Mitwirkungspflicht

der steuerpflichtigen Person; von einer tatbestandsaufhebenden Unterlassung der Steuerbehörden könne deshalb keine Rede sein.

3.3. Umstritten ist, wie weit der Straftatbestand der Verletzung von Verfahrenspflichten gefasst ist, d.h. ob der Steuerpflichtige in strafrechtlicher Hinsicht seinen Verfahrenspflichten auch dann nachgekommen ist, wenn er innert der ihm angesetzten Mahnfrist die Steuererklärung zwar nicht einreicht, vor deren Ablauf aber die Gründe für das Ausbleiben bekannt gibt. Dies ist durch Auslegung des Gesetzes zu bestimmen.

4./4.1. Ausgangspunkt bildet § 180 Abs. 2 Satz 1 StG mit folgendem Wortlaut:

"Die Steuerpflichtigen müssen die Steuererklärung wahrheitsgemäss und vollständig ausfüllen, persönlich unterzeichnen und samt den vorgeschriebenen Beilagen fristgemäss der zuständigen Behörde einreichen."

Für den Fall, dass dieser Pflicht nachgekommen wurde, sieht § 180 Abs. 3 StG folgende Vorgehensweise vor:

"Die steuerpflichtige Person, welche die Steuererklärung und die notwendigen Beilagen nicht oder nur mangelhaft einreicht, wird aufgefordert, das Versäumte innert angemessener Frist nachzuholen."

Hierzu führt § 65 Abs. 4 StGV näher aus:

Steuerpflichtige, welche die Steuererklärung nicht rechtzeitig eingereicht oder die zur Behebung von formellen Mängeln angesetzte Frist nicht eingehalten haben, sind unter Hinweis auf die Folgen der Unterlassung zu mahnen, die Verfahrenspflichten innerhalb einer letzten Frist von mindestens 20 Tagen vollständig und richtig zu erfüllen. Die Mahnung ist durch eingeschriebenen Brief oder gegen Empfangsbestätigung zuzustellen.

Als Sanktion sieht § 235 Abs. 1 StG schliesslich vor:

"Wer einer Pflicht, die ihr oder ihm nach den Vorschriften dieses Gesetzes oder nach einer auf Grund dieses Gesetzes getroffenen Anordnung obliegt, trotz Mahnung vorsätzlich oder fahrlässig nicht nachkommt, insbesondere

a) die Steuererklärung oder die dazu verlangten Beilagen nicht einreicht,

(...)

wird mit Busse bis zu Fr. 1'000.--, in schweren Fällen oder bei Rückfall bis zu Fr. 10'000.-- bestraft."

4.3. Sowohl der Wortlaut von § 235 Abs. 1 lit. a StG als auch derjenige von § 65 Abs. 4 StGV (grammatikalisches Auslegungselement) sind eindeutig: Wer die Steuererklärung trotz Ansetzung einer letzten Frist nicht einreicht, erfüllt den Tatbestand der Verletzung von Verfahrenspflichten. § 235 StG bezweckt (teleologisches Auslegungselement), den Steueranspruch des Gemeinwesens und die Durchführung des dazu nötigen Verfahrens sicherzustellen. Dieses Ziel lässt sich nur richtig durch- bzw. umsetzen, wenn die am Steuerungsverfahren beteiligten Personen ihre Mitwirkungspflichten korrekt erfüllen. Zu diesem Zweck sehen § 180 Abs. 3 StG bzw. § 65 Abs. 4 StGV die Ansetzung einer letzten Frist von mindestens 20 Tagen vor, um den säumigen Steuerpflichtigen dazu anzuhalten, die Steuererklärung einzureichen.

4.4./4.4.1. Vor dem Hintergrund des Zweckgedankens von § 235 StG kann der Schluss der Vorinstanz, das nicht fristgerechte Einreichen der Steuererklärung trotz Mahnung habe keine Straffolgen, wenn bis dahin die Gründe dafür dargelegt werden, so nicht zutreffen. Im Gegenteil würde dieses Verständnis einer letzten Mahnung einem Missbrauch Tür und Tor öffnen, indem sich der Steuerpflichtige trotz Ansetzung einer letzten Frist kurz vor deren Ablauf durch einfache Mitteilung beliebiger Gründe die Straffolgen abwenden könnte. Dies würde die Durchsetzung der Mitwirkungspflichten erheblich erschweren und dem Zweck des § 235 StG zuwiderlaufen.

Da die Pflicht zur Abgabe der Steuererklärung gesetzlich vorgeschrieben und inhaltlich klar ist (§ 180 StG), ist die Steuerbehörde grundsätzlich nicht gehalten zu begründen, dass und warum sie auf der Erfüllung dieser Pflicht beharrt. Die in der Rechtsprechung begründete Ausnahme bezieht sich auf Fälle, wo der Steuerpflichtige geltend macht, es sei ihm (zurzeit) unmöglich oder es sei nicht zumutbar, verlangte Unterlagen einzureichen, und dies begründet (Dieter Egloff, in: Kommentar zum Aargauer Steuergesetz, Band 2, 2. Aufl., Muri-Bern 2004, § 235 N 23). Anders als die Verpflichtung zur Einreichung der Steuererklärung ist die Pflicht, Unterlagen vor-

zulegen, eingeschränkt durch die Erfordernisse der Notwendigkeit und der Zumutbarkeit (AGVE 1993, S. 285), und sie muss im Einzelfall mittels Verfügung konkretisiert werden. Wenn ein Steuerpflichtiger (korrekterweise auf die erste Aufforderung hin) begründet, warum die Verfügung der Steuerbehörde nach seiner Meinung gegen diese Einschränkungen verstösst, muss auf diesen erstmals erhobenen Einwand eingegangen werden (AGVE 1993, S. 288 f.). Von diesem Sachverhalt weicht die letzte Mahnung zur Einreichung der Steuererklärung erheblich ab, was eine unbesehene Übernahme der genannten Rechtsprechung ausschliesst: Hier geht es um eine uneingeschränkte Pflicht (selbst wenn noch Unterlagen fehlen, ist es in aller Regel möglich, die Steuererklärung unter Hinweis auf die Unvollständigkeit einzureichen), auf Gesuch hin erstreckte Fristen müssen zuvor abgelaufen, unbegründete Fristerstreckungsgesuche abgewiesen worden sein, und zudem ist bereits eine Mahnung vorausgegangen. Grundsätzlich besteht keine Veranlassung, nachdem bereits die letzte Frist zur Einreichung der Steuererklärung bestimmt wurde, auf Einwendungen hin nochmals Frist anzusetzen (a.M. Egloff, a.a.O., § 235 N 24); ob es sich in bestimmten Einzelfällen anders verhält, kann vorliegend offen bleiben.

4.4.2. Voraussetzung ist allerdings, dass der Steuerpflichtige überhaupt wusste oder wissen musste, dass es sich um eine *letzte* Frist zur Abgabe der Steuererklärung im Sinne von § 65 Abs. 4 StGV handelt. Da Fristerstreckungen generell grosszügig gewährt werden, kann nur dann gesagt werden, er habe sich bewusst sein müssen, dass er mit keiner (weiteren) Fristerstreckung mehr rechnen könne, sondern den Straftatbestand mit dem unbenützten Ablauf der Frist ohne weiteres erfülle. Dies gebietet letztlich auch der Grundsatz des fairen Verfahrens (vgl. dazu § 26 Abs. 2 StPO; Hauser/Schweri/Hartmann, Schweizerisches Strafprozessrecht, 6. Auflage, Basel/Genf/München 2005, S. 262 ff.).

4.4.3. Das Verwaltungsgericht hat in diesem Zusammenhang eine zweite Mahnung (noch) genügen lassen, in der zwar nicht ausdrücklich eine letzte Frist angeordnet worden war, sondern sich deren Charakter aus dem Text der Mahnung und der Verweisung auf § 65 Abs. 4 StGV ergab; es hielt dazu fest, der Steuerpflichtige könne

von der Verfahrenssituation her aufgrund dieser Mahnung nicht mehr mit Fristerstreckungen rechnen (VGE II/71 vom 28. September 2006 [WBE.2006.281], S. 6). Problemlos und ohne jeden Zweifel korrekt ist das Vorgehen der Steuerbehörde jedoch nur dann, wenn sie den Steuerpflichtigen nach erfolgloser erster Mahnung mit eingeschriebener Post unter *ausdrücklicher* Ansetzung einer *letzten* Frist und dem Hinweis auf die Straffolgen bei Unterlassung auffordert, das Versäumte nachzuholen.

5./5.1. Die Mahnung vom 31. August 2006 trägt den Titel "Zweite Mahnung zur Einreichung der Steuererklärung" und hat folgenden Wortlaut: ...

Die Mahnung enthält keinen Hinweis darauf, dass es sich bei den angesetzten 20 Tagen um eine *letzte* Abgabefrist handelt; auch fehlt ein Hinweis auf § 65 Abs. 4 StGV, der diesbezüglich Aufschluss geben könnte. Nichts anderes gilt für die erste Mahnung vom 30. Juni 2006. Als Laie musste der Beschwerdegegner aufgrund dieser Mahnungen nicht davon ausgehen, dass ein Fristerstreckungsgesuch aussichtslos sei. Daran vermag der Titel "Zweite Mahnung zur Einreichung der Steuererklärung" sowie der Hinweis auf die Ausfällung einer Busse bei Nichtabgabe der Unterlagen nichts zu ändern, da dies nicht die Bestimmung der Frist betrifft, sondern deren unbenützten Ablauf vielmehr voraussetzt.

5.2. Wenn dem Steuerpflichtigen, wie es vorliegend zutrifft, nicht ausreichend zur Kenntnis gebracht wurde, dass es sich um eine letzte Mahnung bzw. letzte Frist handelt, und er daraufhin ein Fristerstreckungsgesuch stellt, treffen die Ausführungen des Steuerrekursgerichts über das weitere Vorgehen zu. Mit der Ablehnung weiterer Fristerstreckungen, verbunden mit der Ansetzung einer letzten unwiderruflichen Frist, wird gleichsam der vorher ungenügende Hinweis nachgeholt.

(Abweisung der Beschwerde des KStA gegen den Freispruch des Beschwerdegegners)

III. Bau-, Raumplanungs- und Umweltschutzrecht

30 Voranfrage i.S.v. § 28 AbauV.

- **Keine Befangenheit der mit der Voranfrage befassten Behörde im nachfolgenden Baubewilligungsverfahren (Erw. 2.4 und 2.5).**
- **Gegenstand einer Voranfrage (Erw. 2.6).**
- **Keine Pflicht zur öffentlichen Auflage von Voranfrageakten (Erw. 2.7).**

Entscheid des Verwaltungsgerichts, 3. Kammer, vom 9. August 2007 in Sachen H. und Mitbeteiligte gegen Eheleute R. (WBE.2006.173).

Aus den Erwägungen

Die Beschwerdegegner beabsichtigen den Abbruch ihres Einfamilienhauses und den Neubau eines Mehrfamilienhauses mit Tiefgarage auf der Parzelle Nr. 3548. Die Vorinstanz beschreibt das Bauprojekt der Beschwerdegegner zutreffend wie folgt:

"Die Parzelle 3548 liegt in der Allmend, im Westen des Gemeindegebietes von Baden. Sie weist eine Fläche von 1'057 m² auf und grenzt im Norden an die Rehhalde, im Süden an die Hägelerstrasse und im Osten und Westen unmittelbar an Wohngebiet. Auf dem Grundstück befindet sich gegenwärtig ein Einfamilienhaus (Gebäude Nr. 2067), welches von den Eigentümern (Beschwerdegegnern) zu Wohnzwecken genutzt wird.

Das umstrittene Bauvorhaben umfasst den vollständigen Abbruch des Gebäudes 2067 und die Erstellung eines modernen Neubaus mit Flachdach. Geplant ist ein zweigeschossiges Mehrfamilienhaus (für 5 Wohneinheiten) inkl. Attikageschoss und Tiefgarage. In den unteren beiden Stockwerken sind drei 4 ½ - Zimmer-Wohnungen und eine 3 ½ - Zimmer-Wohnung vorgesehen. Im Attikabereich soll eine grosszügige 5 ½ - Zimmer-Wohnung entstehen, welche von den

Beschwerdegegnern selbst wiederum zu Wohnzwecken beansprucht wird. Während der Zugang zum Gebäude für Fussgänger von der Rehhalde erfolgt bzw. der Eingangsbereich dort angeordnet ist, wird die verkehrsmässige Erschliessung für PWs über die Hägelerstrasse sichergestellt (Einfahrt Tiefgarage)."

1.2.

Das Grundstück der Beschwerdegegner liegt gemäss Bauzonenplan der Stadt Baden in der Wohnzone W2 (zwei Geschosse). In den Wohnzonen sind neben dem vorgeschriebenen Wohnflächenanteil Läden, Kleingewerbe, Ateliers und dergleichen zulässig, sofern sie nicht stören (§ 12 Abs. 1 der Bau- und Nutzungsordnung der Stadt Baden vom 23. Oktober 2001 / 2. April 2003 [BNO]). Die Vorinstanz hat die Zonenkonformität des geplanten Mehrfamilienhauses festgestellt; diese wird von den Beschwerdeführern nicht mehr bestritten.

2.

2.1.

Die Beschwerdeführer sind der Ansicht, der Stadtrat Baden habe die Bestimmungen über die Voranfrage verletzt. Sie führen in diesem Zusammenhang aus: Das Bauvorhaben der Beschwerdegegner sei kein zulässiger Gegenstand für eine Anfrage im Sinne von § 28 ABauV, da es sich nicht um ein komplexes und grösseres Bauvorhaben handle; selbst wenn dem so wäre, hätte sich die Anfrage zumindest auf wichtige Fragen beschränken müssen. Ausserdem sei der Stadtrat bei Erteilung der Baubewilligung voreingenommen gewesen. Aus diesen Gründen sei die Baubewilligung aufzuheben. Die Beschwerdeführer kritisieren schliesslich, die vorläufige Stellungnahme des Stadtrats und die Voranfrage seien nicht öffentlich aufgelegt worden. Die Vorinstanz habe es versäumt zu prüfen, ob der Stadtrat damit gegen § 72 BNO verstossen habe. Sie habe lediglich festgehalten, dass sich die Aufhebung der Baubewilligung allein wegen einer allfälligen Verletzung von § 72 BNO nicht rechtfertigen liesse. Hätten die Beschwerdeführer oder weitere Interessierte bei der Einsicht in die öffentlich aufgelegten Baugesuchsakten festgestellt, dass sich der Stadtrat in der vorläufigen Stellungnahme positiv zum Bauvorhaben gestellt habe, so hätte das durchaus Einfluss auf den weiteren Fortgang der Angelegenheit haben können. Es sei nicht

auszuschliessen, dass sich weitere Personen mit einer Einsprache gegen das Bauvorhaben gewehrt hätten. Zudem hätte das Gespräch mit der Baukommission und dem Stadtrat gesucht werden können. Letztlich hätte auch das Quartier für das Problem sensibilisiert werden können, was zweifellos zu einer Petition o.a. beim Stadtrat geführt hätte. Jedenfalls wäre es zu Interventionen gekommen. Das alles sei durch das heimliche Vorgehen verhindert worden. Die Vorinstanz hätte die Baubewilligung schon wegen der Verletzung von § 72 BNO aufheben müssen.

2.2.

Demgegenüber führen die Beschwerdegegner aus, Sinn und Zweck von § 28 ABauV lägen in einer pragmatischen, bürgerfreundlichen Verfahrensabwicklung. In welchem Umfang die Behörden davon Gebrauch machten, sei Ermessenssache. Nicht nur bei komplexen und grösseren Bauvorhaben, sondern generell sollten Bauherrschaften ihr Bauvorhaben mit den Behörden besprechen. Diese Haltung sei eine Konkretisierung der wirkungsorientierten Verwaltungsführung und stelle keine Verletzung von § 28 ABauV dar. Dass durch diese Zusammenarbeit eine Vorbefassung stattfinde, liege in der Natur der Sache und schade nicht. Die Vorinstanz habe zwar bezüglich einzelner Begründungspunkte eine Gehörsverletzung festgestellt, sie sei aber zur Recht von einer Heilung dieser Mängel im Rechtsmittelverfahren ausgegangen. Zwar habe es die Baubehörde anfänglich gegenüber den Einsprechern an Transparenz fehlen lassen, doch sei dieser Fehler noch vor Einreichung der Beschwerde beim BVU korrigiert worden.

2.3.

Die Vorinstanz erwog im angefochtenen Entscheid, das von den Beschwerdeführern beanstandete Voranfrageverfahren lasse sich ohne weiteres unter § 28 Abs. 2 ABauV subsumieren, sei im Gesetz vorgesehen und grundsätzlich zulässig. Der Frage, welche oder wie viele baurechtlich relevanten Punkte bereits im Voranfrageverfahren geprüft würden, komme eher weniger Bedeutung zu. Dass der Wortlaut der vorläufigen Stellungnahme und der Baubewilligung teilweise übereinstimmten, bedeute nicht, dass der Stadtrat eine vorgefasste Meinung gehabt habe. Das Projekt sei im Einspracheverfahren erneut

detailliert geprüft und auch die Einsprachen seien (zumindest teilweise) in die Beurteilung einbezogen worden. Inhaltlich gehe die Baubewilligung auch über den Gegenstand der Voranfrage hinaus. Es bestünden keine genügenden Anhaltspunkte für eine Voreingekommenheit des Stadtrates.

Es bestehe grundsätzlich keine Pflicht, allfällige vorläufige Stellungnahmen der Behörden im Zusammenhang mit dem Bauvorhaben zu publizieren und öffentlich aufzulegen. Dennoch könne betroffenen Dritten ein gewisses Interesse, von behördlichen Stellungnahmen zu Bauprojekten Kenntnis zu erhalten, nicht abgesprochen werden. Das gelte selbst dann, wenn die behördliche Stellungnahme unverbindlich sei. Auch unter dem Gesichtspunkt der "Waffengleichheit" empfehle es sich, derartige Unterlagen ebenfalls öffentlich aufzulegen, werde doch allfälligen Einsprechern so die Möglichkeit gegeben, vor Einreichen einer Einsprache denselben Wissensstand zu erlangen wie die Bauherrschaft. Dies müsse umso mehr gelten, wenn eine Gemeinde, wie vorliegend die Stadt Baden, die transparente Verfahrensabwicklung als Grundsatz explizit in ihrer BNO nenne. Indes könne nicht ernsthaft behauptet werden, dass den Beschwerdeführern ein nicht wiedergutzumachender Nachteil entstanden sei. Selbst im Falle einer Verletzung von § 72 BNO liesse es sich nicht rechtfertigen, die Baubewilligung allein aus diesem Grund aufzuheben.

2.4.

(...)

2.5.

Eine Befangenheit kann sich aus Gründen ergeben, die im Gesetz angelegt sind (Erw. 2.5.1.-2.5.3.), oder aus besonderen Fallumständen (Erw. 2.5.4.).

2.5.1.

Nach § 62 BauG kann der Gemeinderat um einen Vorentscheid über wichtige Bau- und Nutzungsfragen ersucht werden (Abs. 1). Der Vorentscheid ist im gleichen Verfahren zu treffen wie der Entscheidung über das Baugesuch (Abs. 2). Beim Vorentscheid im Sinn von § 62 BauG handelt es sich um einen Teilentscheid über einzelne, konkrete, wichtige Aspekte eines Projekts (AGVE 2005, S. 542 mit

Hinw.). Da er im gleichen Verfahren zu erteilen ist wie der Entscheid über das Baugesuch, ist er grundsätzlich auch für Dritte rechtsverbindlich. Von diesem Vorentscheid ist die Auskunft zu unterscheiden, welche die Baubewilligungsbehörde auf eine Voranfrage hin erteilt (vgl. zu dieser Unterscheidung Protokoll der Spezialkommission Baugesetzrevision, Sitzung vom 24. Oktober 1991, S. 443 f., Votum Regierungsrat Pfisterer). Mit der Auskunft befasst sich § 28 ABauV. Diese Bestimmung lautet:

"Beratung und
Zusammenarbeit
(§ 60 BauG)

¹ Die am Verfahren beteiligten Privaten und Behörden arbeiten zusammen.

² Im Interesse einer zügigen Verfahrensabwicklung und der Koordination können der Gemeinderat, sowie für kantonale und eidgenössische Bewilligungen und Zustimmungen die kantonale Koordinationsstelle, vor Einreichung von Gesuchen für komplexe und grössere Bauvorhaben um unverbindliche Auskünfte und Stellungnahmen ersucht werden. Dies gilt namentlich für Gewerbe- und Industriebauten, Arealüberbauungen, Bauten ausserhalb der Bauzonen und für Vorhaben, die einer Umweltverträglichkeitsprüfung unterstehen.

³ Diese Beratung bezieht sich insbesondere auf wichtige Fragen zur Zulässigkeit des Vorhabens, die Gesuchsunterlagen und die Verfahrensabläufe. Die Gesuchsteller können die Mitwirkung der Behörde bei der Ausarbeitung eines Ablaufprogramms verlangen.

⁴ Die Einreichung eines Gesuches verpflichtet zur Zusammenarbeit mit den Bewilligungsbehörden, insbesondere dazu, die erforderlichen Angaben und Unterlagen einzureichen und an einer beförderlichen und koordinierten Behandlung des Gesuches mitzuwirken. Dies hilft mit, Verzögerungen zu vermeiden."

Sowohl das Vorentscheid- als auch das Voranfrageverfahren dienen dazu, wichtige Vorfragen vorweg abzuklären, bevor dem Bauherrn bedeutender Aufwand für Projektierung und Umtriebe entstehen (für das Vorentscheidverfahren AGVE 1996, S. 509; 1981, S. 210; Erich Zimmerlin, Baugesetz des Kantons Aargau vom 2. Februar 1971, 2. Aufl., Aarau 1985, § 152 N 9). Im Gegensatz zum Vorentscheid fehlt der Auskunft aber die rechtliche Verbindlichkeit, wie schon aus dem Wortlaut von § 28 Abs. 2 ABauV hervorgeht. Der Grund liegt darin, dass Dritte in das Voranfrageverfahren nicht einbezogen werden. Es handelt sich somit bei der Auskunft lediglich um eine vorläufige (nicht bindende) Stellungnahme.

2.5.2.

Wird die Baubewilligungsbehörde vor der Einleitung eines Baubewilligungsverfahrens um Auskunft ersucht, führt dies im nachfolgenden Baubewilligungsverfahren systembedingt zu einer Vorbefassung. Der Zweck der mehrfachen Befassung liegt hier gerade darin, eine einheitliche Beurteilung zu ermöglichen. Ob in dieser Vorbefassung ein Ausstandsgrund zu erblicken ist, beurteilt sich nach dem kantonalen Recht (Ziff. 2.5.2.1.) und den aus Art. 29 BV herzuleitenden Grundsätzen (Ziff. 2.5.2.2.).

2.5.2.1.

§ 5 VPRG regelt die Frage des Ausstandes wie folgt:

"2. Ausstand ¹ Behördemitglieder und Sachbearbeiter dürfen beim Erlass von Verfügungen und Entscheiden nicht mitwirken, wenn ein Ausstandsgrund im Sinne der Zivilprozessordnung vorliegt.

² Sie haben sich insbesondere in Ausstand zu begeben, wenn sie selbst oder ihnen nahe verbundene Personen an der Verfügung oder dem Entscheid persönlich interessiert sind, sowie in Angelegenheiten von juristischen Personen, deren Verwaltung sie oder ihnen nahe verbundene Personen angehören, ferner wenn sie in der Sache schon in einer untern Instanz, oder als Berater oder Vertreter eines Beteiligten mitgewirkt haben.

³ Wird die Verfügung einer Regierungsdirektion [heute: De-

partement] beim Regierungsrat angefochten, hat der betreffende Direktionsvorsteher [heute: Departementsvorsteher] beratende Stimme."

Der in § 5 Abs. 2 VRPG geregelte Ausstandsgrund der Vorbefassung kann sich nur aktualisieren, wenn einzelne Behördenmitglieder in der gleichen Sache schon in einer *unteren Instanz* mitgewirkt haben bzw. wenn ein Behördenmitglied auf zwei hierarchisch unterschiedlichen Verfahrensstufen tätig war (vgl. auch AGVE 2000, S. 394). Das trifft vorliegend nicht zu. Auf Grund der bloss beispielhaften Aufzählung in § 5 Abs. 2 VRPG und des Verweises in § 5 Abs. 1 VRPG ist jedoch anzunehmen, dass sich ein Behördenmitglied auch dann in den Ausstand zu begeben hat, wenn andere Umstände vorliegen, die es als befangen erscheinen lassen (§ 5 Abs. 1 VRPG i.V.m. § 3 lit. c ZPO). Es stellt sich somit die grundlegende Frage, ob Behördenmitglieder, die eine Auskunft erteilen oder eine Meinungsäußerung abgeben, damit automatisch für den eigentlichen formellen und anfechtbaren Entscheid als befangen zu betrachten sind. Bis anhin wurde die Zulässigkeit behördlicher Auskünfte von Lehre und Praxis auch unter diesem Gesichtspunkt nie in Frage gestellt. Die Möglichkeit der Voranfrage wird sogar befürwortet, weil sie im Interesse der Verfahrensökonomie und der bürgernahen Verwaltung liegt. Eine solche Vorbefassung wird erst dann als kritisch eingestuft, wenn ausserhalb eines Baubewilligungsverfahrens und somit unter Ausschluss der an diesem Verfahren zu beteiligenden Dritten Zusagen abgegeben werden, die geeignet sind, beim Adressaten eine Vertrauensposition zu schaffen, so dass sich dieser im nachfolgenden Baubewilligungsverfahren veranlasst sieht, sich auf die Verbindlichkeit der Zusage zu berufen. Auch wenn eine solche Zusage für nicht einbezogene Dritte keine verbindliche Wirkung entfalten kann, so dürfte sie doch die Behörde im nachfolgenden Baubewilligungsverfahren als voreingenommen erscheinen lassen (BVR 1992, S. 219 f.). Eine solche vertrauensbegründende Zusage ist aber im konkreten Fall nicht erteilt worden. Vielmehr hat der Stadtrat in seinem Beschluss vom 20. Dezember 2004 ausdrücklich darauf hingewiesen, dass es sich um eine

vorläufige Stellungnahme handelt. Er hat zudem Änderungen der Rechtsverhältnisse, allfällige berechnete Einsprachen Dritter sowie die Bedingungen und Auflagen der Baubewilligung ausdrücklich vorbehalten. Nachdem auch keine anderen Umstände vorliegen, die den Vorwurf der Befangenheit untermauern könnten, liegt kein Ausstandsgrund nach kantonalem Prozessrecht vor.

2.5.2.2.

Zu prüfen bleibt, ob sich aus dem Bundesrecht eine Ausstandspflicht ergibt. Während die Ausstandspflicht richterlicher Behörden nach Art. 30 Abs. 1 BV zu beurteilen ist, richtet sich diejenige von Verwaltungsbehörden nach Art. 29 Abs. 1 BV (BGE 127 I 198). Nach den in dieser Bestimmung verankerten "Allgemeinen Verfahrensgarantien" hat jede Person in Verfahren vor Gerichts- und Verwaltungsinstanzen Anspruch auf gleiche und gerechte Behandlung sowie auf Beurteilung innert angemessener Frist. Aus dieser Bestimmung lässt sich für den Fall einer (relevanten) Vorbefassung eine Ausstandspflicht von Verwaltungsbehörden ableiten. Neuere Entscheide des Bundesgerichts deuten zudem darauf hin, dass es die Grundsätze über die Vorbefassung von *Richtern* auch auf Entscheidungsträger der Verwaltung anwenden will, die vornehmlich oder ausschliesslich Rechtsprechungsfunktionen wahrnehmen (vgl. BGE 125 I 119 ff. = Pra 88/1999, S. 867 ff.; vgl. auch Benjamin Schindler, Die Befangenheit der Verwaltung, Der Ausstand von Entscheidungsträgern der Verwaltung im Staats- und Verwaltungsrecht von Bund und Kantonen, Diss. Zürich 2002, S. 144 f. mit Hinw.). Es ergibt sich somit für das verwaltungsinterne und -externe Verfahren ein vergleichbarer Anspruch auf Ausstand vorbereiteter Entscheidungsträger (Schindler, a.a.O., S. 145). Allerdings ist davon auszugehen, dass in der verwaltungsinternen Rechtspflege nicht die gleich strengen Massstäbe gelten wie in Verfahren vor verwaltungsunabhängigen Organen (AGVE 2000, S. 394 f. mit Hinw.). Es liegt in der Natur der Sache, dass die verwaltungsinterne Rechtspflege nicht die gleichen prozessualen Garantien zu bieten vermag wie die Rechtsprechung durch unabhängige Gerichte. Gerade solche systembedingten Unzulänglichkeiten des verwaltungsinternen Rechtsschutzes haben zur Schaffung unabhängiger

ger Verwaltungsgerichte geführt (BGE vom 8. September 2000 [5P.284/2000], Erw. 3b mit Hinw.).

Nach der in Art. 30 Abs. 1 BV enthaltenen Garantie des verfassungsmässigen Richters hat der Einzelne Anspruch darauf, dass seine Sache von einem unparteiischen, unvoreingenommenen und unbefangenen Richter ohne Einwirken sachfremder Umstände entschieden wird. Liegen bei objektiver Betrachtungsweise Gegebenheiten vor, die den Anschein der Befangenheit und die Gefahr der Voreingenommenheit zu begründen vermögen, so ist die Garantie verletzt. Solche Umstände können auch in funktionellen oder organisatorischen Gegebenheiten begründet sein. Bei der Beurteilung der Umstände, welche die Gefahr der Voreingenommenheit schaffen, kann nicht auf das subjektive Empfinden einer Partei abgestellt werden; das Misstrauen in die Unvoreingenommenheit muss vielmehr in objektiver Weise begründet erscheinen. Ob sich ein Richter durch seine Mitwirkung an früheren Entscheidungen in einzelnen Punkten bereits in einem Mass festgelegt hat, das ihn als voreingenommen und das Verfahren als nicht mehr offen erscheinen lassen, kann nicht generell gesagt werden. Es ist nach der Rechtsprechung vielmehr in jedem Einzelfall zu untersuchen, ob die konkret zu entscheidende Rechtsfrage trotz Vorbefassung als offen erscheint (BGE 126 I 73 mit Hinw.; BGE vom 25. Oktober 2004 [4P.83/2004], Erw. 1.2).

Vorliegend konnte der Stadtrat Baden auf die Anfrage der Bauherrschaft hin von Gesetzes wegen nur eine unverbindliche Auskunft erteilen (vgl. § 28 Abs. 2 ABauV). Der Stadtrat hielt ausserdem in seiner Auskunft explizit fest, dass es sich um eine vorläufige Beurteilung handelt. Ausserdem verknüpfte er die Auskunft namentlich mit dem Vorbehalt allfälliger berechtigter Einsprachen Dritter und mit den im Baubewilligungsverfahren anzuordnenden Bedingungen und Auflagen. Damit war der Inhalt der Baubewilligung trotz Voranfrage weiterhin offen, weshalb auch keine verfassungswidrige Vorbefassung vorliegt. In solchen Fällen kann von der Baubewilligungsbehörde erwartet werden, dass sie ihre Beurteilung des Bauvorhabens bei begründeten Einwendungen Dritter im Verlauf des Verfahrens revidiert und das Baugesuch trotz der vorgängig erteilten (unverbindlichen) Auskunft objektiv und unparteiisch beurteilt.

2.5.3.

(Befangenheit als Folge besonderer Fallumständen verneint).

2.5.4.

Es kann somit weder aus Gründen, die im Gesetz angelegt sind, noch aus besonderen Fallumständen auf eine Befangenheit des Stadtrats Baden geschlossen werden. Der Einwand der Beschwerdeführer erweist sich als unbegründet.

2.6.

Es bleibt zu untersuchen, ob die Voranfrage im konkreten Fall den Rahmen des Zulässigen gesprengt hat oder nicht.

Nach § 28 Abs. 2 ABauV kann "vor Einreichung von Gesuchen für komplexe und grössere Bauvorhaben um unverbindliche Auskünfte und Stellungnahmen ersucht werden". Es stellt sich die Frage, ob der Gesetzgeber mit der Beschränkung der Voranfrage auf "komplexe und grössere Bauvorhaben" die Gefahr der Vorbefassung eindämmen wollte, wie dies die Beschwerdeführer behaupten. Das ist zu verneinen. Hätte der Gesetzgeber mit dieser Beschränkung die Gefahr der Vorbefassung minimieren wollen, hätte er das Voranfrageverfahren nicht nach der Grösse und Komplexität des Bauvorhabens, sondern nach der Bedeutung der Frage eingrenzen müssen, die dem vorfrageweise unterbreiteten Punkt für die Bewilligungsfähigkeit des Bauvorhabens zukommt. Er hätte in diesem Fall Fragen, die für die Bewilligungsfähigkeit des Bauvorhabens von entscheidender Bedeutung sind, von der Möglichkeit der Voranfrage ausnehmen müssen, und zwar auch bei kleinen und einfachen Projekten. Grösse und Komplexität eines Bauvorhabens haben keine Auswirkungen auf das Ausmass der Vorbefassung. Vor diesem Hintergrund ist davon auszugehen, dass die Einschränkung nach Grösse und Komplexität nicht der Vorbefassung entgegen wirken, sondern der Beurteilung des Rechtsschutzinteresses an der Voranfrage dienen soll. Während der Bauherr bei Bauvorhaben mit grossem Projektierungsaufwand ein erhebliches Interesse hat, gewisse Fragen noch vor dem Ausarbeiten der Baugesuchsunterlagen abzuklären (vgl. für den Vorentscheid Zimmerlin, a.a.O., § 152 N 10), ist ihm bei leicht projektier- und beurteilbaren Bagatellprojekten im Allgemeinen die direkte Einreichung eines Baugesuchs ohne Voranfrage zumutbar. In

diesem Fall soll die Verwaltung nicht mit unnötigen Voranfragen belastet werden, so dass dem Bauherrn das erforderliche Rechtsschutzinteresse an der Beantwortung der Voranfrage abzusprechen ist. Im konkreten Fall zeigen jedoch schon die zahlreichen Argumente der Beschwerdeführer, welche diese gegen die Bewilligungsfähigkeit des Bauvorhabens vorbringen, dass es sich nicht um ein leicht beurteilbares Bagatellprojekt handelt.

§ 28 Abs. 3 ABauV, wonach sich die Beratung insbesondere auf wichtige Fragen zur Zulässigkeit des Vorhabens, die Gesuchsunterlagen und die Verfahrensabläufe bezieht, beschränkt die Zulässigkeit der Voranfrage wohl ebenfalls nur unter dem Aspekt des Rechtsschutzinteresses. Ob es sich tatsächlich so verhält, kann jedoch offen bleiben, weil die in der Voranfrage thematisierten Punkte im konkreten Fall ohnehin nicht als unwichtig bezeichnet werden können.

2.7.

Es bleibt zu erörtern, ob die Baubewilligungsbehörde auch die Voranfrage-Akten hätte öffentlich auflegen müssen.

2.7.1.

Nach § 60 Abs. 2 BauG wird das Baugesuch vom Gemeinderat veröffentlicht und bei Vorhaben, die nicht der Umweltverträglichkeitsprüfung unterliegen, während 20 Tagen öffentlich aufgelegt. Welche Angaben zu publizieren sind, hat der Gesetzgeber auf der Verordnungsstufe geregelt (§ 35 Abs. 3 ABauV). Danach sind folgende Angaben zu veröffentlichen bzw. nicht ortsansässigen Anstössern schriftlich mitzuteilen: Name und Adresse der Gesuchsteller, Lage des Baugrundstücks, Umschreibung des Vorhabens, Gesuche für weitere Bewilligungen und Zustimmungen kantonaler oder eidgenössischer Behörden und Ort sowie Zeit der öffentlichen Auflage, Einsprachemöglichkeit, Einsprachestelle, Einsprachefrist und formelle Anforderungen an Einsprachen. Dagegen wird der Umfang der Auflage auch auf der Verordnungsstufe nicht näher umschrieben.

2.7.2.

Die Publikation und die öffentliche Auflage bilden wichtige Mittel, durch das Nachbarn und weitere Interessenten von einem Bauvorhaben Kenntnis und damit Gelegenheit erhalten, sich durch eine Einsprache zu wehren. Die Einsprache dient der formalisierten

Gewährung des rechtlichen Gehörs. An diesem Zweck hat sich auch die Antwort auf die Frage auszurichten, welche Akten zu publizieren und öffentlich aufzulegen sind. Publikation und öffentliche Auflage müssen die zur Einsprache legitimierten Personen in die Lage versetzen, sich in Kenntnis aller wesentlicher Sachumstände gegen das Bauvorhaben wehren zu können. Während sich der Gegenstand der Publikation schon aus praktischen Gründen beschränken muss, besteht im Allgemeinen kein Anlass, den Umfang der aufzulegenden Baugesuchsakten einzugrenzen. Nach dem Wortlaut von § 60 Abs. 2 BauG wird das "Baugesuch" (d.h. mit all seinen Bestandteilen) öffentlich aufgelegt. Aus dem Wortlaut von § 60 Abs. 2 BauG lässt sich hingegen keine Rechtspflicht der Baubewilligungsbehörde ableiten, Vorakten zum Baugesuch (wie Voranfragen und behördliche Auskünfte) öffentlich aufzulegen. Eine solche Pflicht folgt auch nicht aus Sinn und Zweck der öffentlichen Auflage. Der Grund liegt darin, dass sich die Einsprache nach der Konzeption des Gesetzes nicht gegen einen behördlichen Entscheid richtet (der in diesem Verfahrensstadium noch gar nicht vorliegt), sondern gegen das Bauvorhaben. Die Angaben zu diesem sind im Baugesuch enthalten, weshalb die Baugesuchsakten dem legitimierten Nachbarn eine genügende Grundlage bieten, um von der Möglichkeit der Einsprache bestimmungsgemäss Gebrauch zu machen. Um sich gegen das Bauvorhaben wehren und seine Interessen im Einspracheverfahren adäquat wahren zu können, bedarf er keiner Kenntnisse über Voranfragen und über unverbindliche Auskünfte der Behörden im Sinn von § 28 Abs. 2 ABauV. Nachdem sich die Baubewilligungsbehörde im Entscheid über das Baugesuch trotz vorläufiger Stellungnahme bzw. unverbindlicher Auskunft im Sinn von § 28 ABauV zu sämtlichen relevanten Punkten zu äussern und ihre Haltung zu begründen hat, erleidet der Einsprecher bei Unkenntnis über Vorakten der erwähnten Art auch für den weiteren Verlauf des Verfahrens keinen Rechtsnachteil. Der Einspracheentscheid bzw. der Entscheid über die Baubewilligung eröffnet ihm die Möglichkeit, sich gegen die Beurteilung der Baubewilligungsbehörde zu wehren. Mit der Vorinstanz ist daher davon auszugehen, dass keine Rechtspflicht besteht, Voranfragen und vorläufige Stellungnahmen zu solchen öffentlich aufzulegen. Etwas

anderes kann auch nicht aus dem Grundsatz der "Waffengleichheit" abgeleitet werden. Da sich die Einsprache gegen ein Bauvorhaben und nicht gegen einen behördlichen Entscheid richtet, wirkt sich die Nichtauflage der Voranfrageakten nicht auf die Chancengleichheit der Parteien im Einspracheverfahren aus. Der Grundsatz der Waffengleichheit wird aber möglicherweise dann tangiert, wenn die vorläufige Stellungnahme zur Voranfrage über die Begründung im nachfolgenden Baubewilligungsentscheid hinausgeht. Alsdann bestünde die Gefahr, dass sich der unterschiedliche Wissenstand des Bauherrn und des Dritten im Beschwerdeverfahren zum Nachteil des Zweitgenannten auswirkt. Diese Gefahr hat sich jedoch im konkreten Fall nicht verwirklicht, haben die Beschwerdeführer doch noch im Einspracheverfahren von der Voranfrage und der vorläufigen Stellungnahme Kenntnis erhalten.

Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführer lässt sich auch aus § 72 BNO keine Pflicht ableiten, Voranfragen und vorläufige Stellungnahmen zu solchen öffentlich aufzulegen. § 72 BNO ist als Zielnorm konzipiert. Sie nennt lediglich Zielvorstellungen für das Baubewilligungsverfahren, ohne konkrete Verhaltenspflichten zu begründen. Als zielbestimmte Vorschrift kommt sie deshalb nicht alleine zur Anwendung, sondern nur (aber immerhin) bei der Anwendung und Auslegung anderer Normen. § 72 BNO bezieht sich sodann auf Grund seines Wortlauts und der systematischen Stellung auf das Baubewilligungsverfahren. Sie ist nicht auf das Voranfrageverfahren zugeschnitten, das dem Baubewilligungsverfahren zeitlich vorgelagert und in der BNO selber nicht geregelt ist.

(Hinweis: Dieser Entscheid ist noch nicht rechtskräftig.)

31 Dekret als genügende gesetzliche Grundlage für Denkmalschutzmassnahmen.

Entscheid des Verwaltungsgerichts, 3. Kammer, vom 30. Oktober 2007 in Sachen S. AG gegen Regierungsrat (WBE.2006.364).

Sachverhaltszusammenfassung

Die S. AG ist Eigentümerin des Wohnhauses Nr. 16 Am Tych 1, Parzelle Nr. 1360, in Oftringen. Mit Entscheid vom 30. Januar 2006 stellte der Regierungsrat diese Liegenschaft unter kantonalen Denkmalschutz.

Aus den Erwägungen

2.

2.1.

2.1.1.

In Bezug auf die Normstufe rügt die Beschwerdeführerin, dass es den verfassungsmässigen Vorgaben widerspreche, die Vorschrift von § 40 BauG als genügende gesetzliche Grundlage für schwere Eingriffe in die Eigentumsfreiheit zu bezeichnen. Ein Dekret nach aargauischem Recht, wie das Denkmalschutzdekret, bilde kein Gesetz im formellen Sinn.

2.1.2.

Ein Eingriff in die Eigentumsfreiheit bedarf wie jede andere Einschränkung eines Grundrechts einer gesetzlichen Grundlage (Art. 36 Abs. 1 BV; § 21 Abs. 2 KV). Für schwere Eingriffe verlangten Lehre und Praxis nach früherer Terminologie ein Gesetz im formellen Sinn, während sich weniger weitgehende Eingriffe auf ein Gesetz im materiellen Sinn stützen durften. Die Unterscheidung zwischen Gesetzen im formellen und materiellen Sinn entspricht jedoch nicht mehr der BV, weshalb darauf zu verzichten ist (Ulrich Häfelin / Walter Haller / Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl., Zürich 2006, Rz. 105a). Nach heutigem Begriffsverständnis müssen schwere Eingriffe in Grundrechte im Gesetz selbst vorgesehen sein (Art. 36 Abs. 1 BV), während bei geringerer Eingriffsintensität auch eine generell-abstrakte Regelung auf einer Stufe unterhalb des Gesetzes genügt.

Art. 51 Abs. 1 BV lässt auf kantonaler Ebene eine reine Parlamentsgesetzgebung zu (BGE 126 I 180 Erw. 2b/bb mit Hinweisen).

Vom Parlament beschlossene Erlasse können somit die Funktion des (formellen) Gesetzes erfüllen, wenn die entsprechende kantonale Verfassungsordnung dies so vorsieht (BGE 118 Ia 245 Erw. 3b mit Hinweisen). Ist dies der Fall, gelten bei einer solchen Übertragung von Rechtsetzungsbefugnissen nicht die gleichen Massstäbe wie bei einer solchen vom Gesetzgeber an die Exekutive (BGE 126 I 180 Erw. 2b/bb). Der Kanton Aargau hat mit § 78 Abs. 2 KV die Grundlage für eine Parlamentsgesetzgebung geschaffen. Danach kann der Grosse Rat für ausführende Bestimmungen Dekrete erlassen, soweit die Gesetze ihn dazu ausdrücklich ermächtigen.

Nach § 40 Abs. 1 BauG sind u.a. die Erhaltung, die Pflege und die Gestaltung von Kulturdenkmälern Sache des Kantons und der Gemeinden. Sie treffen insbesondere Massnahmen, um Ortsbilder entsprechend ihrer Bedeutung zu bewahren und Siedlungen so zu gestalten, dass eine gute Gesamtwirkung entsteht (§ 40 Abs. 1 lit. f BauG). Zur Erfüllung dieser Aufgaben treffen Kanton und Gemeinden die erforderlichen Massnahmen, indem sie insbesondere Vorschriften oder Verfügungen über den Schutz, die Gestaltung und den Unterhalt von Schutzobjekten erlassen (§ 40 Abs. 3 lit. b BauG). Damit wird schon auf Gesetzesstufe die Voraussetzung für einen Denkmalschutz geschaffen und in allgemeiner Weise definiert, worin dieser bestehen kann. In § 40 Abs. 6 BauG wird der Grosse Rat zudem ermächtigt, die Einzelheiten durch Dekret zu regeln. Dieser hat mit § 4 Abs. 1 Denkmalschutzdekret (DSD) eine entsprechende generell-abstrakte Regelung getroffen. Auf Grund der Ermächtigung in § 40 Abs. 3 lit. b BauG wäre der Kanton sogar befugt, in individuell-konkreter Weise Anordnungen über den Schutz, die Gestaltung und den Unterhalt von Schutzobjekten zu treffen.

Beim DSD handelt es sich somit um ein Parlamentsgesetz, das sich auf § 40 Abs. 6 BauG und damit auf die von der Kantonsverfassung geforderte Ermächtigungsnorm stützen kann. Das DSD erfüllt damit auch die Vorgaben, die das Bundesverfassungsrecht an ein Gesetz bzw. an die Grundlage für einen schweren Eingriff in die Eigentumsfreiheit stellt (im Ergebnis ebenso Entscheid des Verwaltungsgerichts [VGE] IV/12 vom 26. April 2002 [BE.2000.00299], S. 8 f.). Nachdem mit § 40 Abs. 3 und 6 BauG i.V.m. § 4 Abs. 1 DSD

eine hinreichende gesetzliche Grundlage für schwere Eingriffe in die Eigentumsfreiheit vorliegt, kann offen bleiben, ob es sich bei der umstrittenen Massnahme um einen solchen Eingriff handelt oder nicht. Es ist in diesem Kontext lediglich festzuhalten, dass der Beschwerdeführerin der bisherige Gebrauch ihrer Liegenschaft und die Nutzung der Restparzelle nicht verunmöglicht werden. Mit der Unterschutzstellung ist das Objekt jedoch so zu unterhalten, dass dessen Bestand dauernd gesichert bleibt (§ 12 Abs. 1 DSD).

Da für die Übertragung von Gesetzgebungsbefugnissen durch den Gesetzgeber an das Parlament nicht die gleichen Massstäbe gelten wie bei einer solchen an die Exekutive, stösst auch der Einwand der Beschwerdeführerin ins Leere, das Baugesetz enthalte keine Umschreibung, was Denkmäler seien und welche Voraussetzungen für eine Unterschutzstellung erfüllt sein müssen. Das Baugesetz verwendet den Begriff des Kulturdenkmals (§ 40 Abs. 1), der im Denkmalschutzdekret näher umschrieben wird (§ 1). Dieses enthält auch die Voraussetzungen für eine Unterschutzstellung (§ 4 Abs. 1 DSD). Nachdem das DSD selber als Gesetz im Sinne von Art. 36 Abs. 1 BV zu qualifizieren ist (Ziffer 2.1), genügen diese Regelungen den Anforderungen, welche die Verfassung an die gesetzliche Grundlage stellt.

32 Ästhetische Beurteilung von Dachflächenveränderungen in der Dorfkern-Schutzzone.

- **Rechtsgrundlagen (Erw. 1).**
- **Anforderungen an die gesetzliche Grundlage bei Nutzungsbeschränkungen, die dem Schutz des Ortsbildes dienen; Verhältnis des Ortsbildschutzes zum Gebot der inneren Verdichtung (Erw. 4).**
- **Bedeutung der Dachflächen für das Ortsbild; Beurteilung von Dachflächenveränderungen unter dem Aspekt der inneren Verdichtung, der Randlage der Bauparzelle und der spezifischen Gestaltung (Erw. 5).**

Entscheid des Verwaltungsgerichts, 3. Kammer, vom 18. Juni 2007 in Sachen Eheleute U. und Mitbeteiligte gegen BVU (WBE.2006.103).

Sachverhaltszusammenfassung

Mit Beschluss vom 24. Mai 2004 erteilte der Gemeinderat Obersiggenthal den Eheleuten U. die Bewilligung für den Abbruch der Scheune und für eine Neubaute mit 4 Wohnungen und Tiefgarage am Kirchweg 122 (Parzelle Nr. 623 und 624) in Kirchdorf (Gemeinde Obersiggenthal). Mit Schreiben vom 14. Januar 2005 bewilligte die Bauverwaltung Obersiggenthal ein zusätzliches Dachfenster auf der Nordseite unter der Voraussetzung, dass das Fenster die Masse 55 x 78 cm einhalte und oberkant Fenster auf der gleichen Höhe angebracht werde wie die links daneben liegenden Dachflächenfenster. Mit Gesuch vom 5. April 2005 ersuchten die Eheleute U. um eine Bewilligung für den zusätzlichen Einbau eines Dachflächenfensters auf der Südseite der vorgenannten Liegenschaft. Nachdem der Gemeinderat Obersiggenthal festgestellt hatte, dass der Einbau des Dachflächenfensters bereits erfolgt war und zudem noch weitere unbewilligte Dachflächenveränderungen vorgenommen worden waren, verfügte er am 11. Mai 2005 einen Baustopp, worauf die Bauherrschaft am 18. Mai 2005 ein nachträgliches Gesuch um Bewilligung der Dachflächenveränderungen stellte. Mit Beschluss vom 20. Juni 2005 wies der Gemeinderat Obersiggenthal dieses Gesuch ab und ordnete den Rückbau der ohne Bewilligung bzw. nicht bewilligungskonform ausgeführten Dachflächenveränderungen an (auf der Nordseite: drei Glasziegelfelder im Traufbereich, drei Glasziegelfelder in der oberen Dachhälfte sowie ein falsch montiertes Dachflächenfenster; auf der Südseite Glasziegelfeld im Traufbereich und ein Dachflächenfenster westlich der Lukarne). Eine dagegen erhobene Verwaltungsbeschwerde wies das BVU mit Entscheid vom 23. Februar 2006 ab.

Aus den Erwägungen

II.

Strittig ist vor Verwaltungsgericht, ob die formell rechtswidrig realisierten Dachflächenveränderungen (Glasziegelfelder und Dach-

flächenfenster) an der Nord- und Südseite der Liegenschaft am Kirchweg 122 in Kirchdorf unter ästhetischen Gesichtspunkten be-
willigungsfähig sind oder nicht (...).

- 1.
- (...)
- 1.1.

Gemäss Zonenplan der Gemeinde Obersiggenthal vom 5. Dezember 1996 (genehmigt durch den Grossrat am 31. März 1998) liegt die streitbetroffene Liegenschaft in der Dorfkern-Schutzzone (DK). Nach § 9 der Bau- und Nutzungsordnung der Gemeinde Obersiggenthal vom 5. Dezember 1996 ([BNO]; gleiches Genehmigungsdatum wie der Zonenplan) umfasst diese Zone den alten Kern von Kirchdorf. Sie bezweckt die Erhaltung und Sanierung der bestehenden Nutzungsart und Bausubstanz (Abs. 1). Bestehende Bauten können unter Wahrung des vorhandenen Umfangs, der First- und Traufhöhen umgebaut und erneuert werden, sofern dadurch ihre wesentlichen Merkmale erhalten bleiben. Wesentliche Merkmale sind namentlich Dachform, Fassadengliederung, Bausubstanz, Materialien und Farbgebung (Abs. 3). Neubauten müssen sich betreffend Stellung, Abmessung, Dachform, Fassadengliederung, Materialien, Farben und Freiraumgestaltung gut in die bestehende Bebauung einfügen. Die herkömmliche Bauweise ist zu berücksichtigen (Abs. 4). Sowohl die Vorinstanz als auch die Beschwerdeführer gehen übereinstimmend und zutreffend von der Anwendbarkeit dieser Bestimmung aus.

- 1.2.

Wie § 9 Abs. 4 BNO verankert auch § 42 BauG ein Einfügungs- bzw. Einordnungsgebot. Nach dieser Vorschrift haben sich Gebäude hinsichtlich ihrer Grösse, Gestaltung und der Oberfläche des Baukörpers sowie dessen Aussenraumes so in die Umgebung einzuordnen, dass eine gute Gesamtwirkung entsteht (Abs. 1). Bauten, Anschriften, Bemalungen, Antennen und Reklamen dürfen insbesondere Landschaften sowie Orts-, Quartier- und Strassenbilder nicht beeinträchtigen (Abs. 2). Was das Einordnungsgebot betrifft, geht jedoch § 9 Abs. 4 BNO als Spezialvorschrift der Dorfkern-Schutzzone DK der allgemeineren Regel des § 42 BauG vor. Mit Fragen des Ortsbild-

schutzes befasst sich ferner § 40 BauG. Allerdings ist davon auszugehen, dass § 9 BNO die ästhetischen Anforderungen an Bauten in der Dorfkern-Schutzzone DK abschliessend regelt; § 40 BauG enthält lediglich allgemeingültige Planungsgrundsätze, welche im Einzelfall vor den spezifischen Zonenvorschriften zurückzutreten haben.

1.3.

Das Ortsbild von Kirchdorf figuriert im Bundesinventar der schützenswerten Ortsbilder der Schweiz (ISOS; siehe Anhang zur Verordnung über das Bundesinventar der schützenswerten Ortsbilder der Schweiz vom 9. September 1981 [VISOS; SR 451.12]). Die betreffende Parzelle befindet sich im ISOS-Perimeter, Gebiet G 1, und gehört zum alten Dorf bzw. zur bäuerlichen Altbebauung. Dieser Dorfteil ist in das ISOS mit dem Erhaltungsziel A aufgenommen worden. Danach sind alle Bauten, Anlageteile und Freiräume integral zu erhalten und störende Eingriffe zu beseitigen. Dem ISOS lässt sich weiter das Folgende entnehmen (ISOS, Inventar der schützenswerten Ortsbilder der Schweiz, Ortsbilder von nationaler Bedeutung, Kanton Aargau I, Aarau-Klingnau, hrsg. vom Eidgenössischen Departement des Innern, Bern 1988, S. 373 ff. sowie Erläuterungen zum ISOS):

"Das alte Dorf zeichnet sich noch heute durch eine gesamthaft gut erhaltende Bausubstanz aus. Durch die oftmals abgedrehte oder abgewinkelte Stellung der Bauten zueinander entstehen wechselvolle Raumabfolgen mit kleinen Hofbildungen und verengten Durchgängen. Grossvolumige, langgestreckte Bauernhäuser, zum Teil mit mehreren Wohn- und Oekonomieanteilen unter einem durchlaufenden Längsfirst, weisen mit den sandsteingefassten Tenntoren und den geschlossenen Giebelfronten auf die Einflüsse des Jurahauses hin. Durch die verdichtete Bauweise mit markanten Einzelbauten hebt sich der Zentrumsbereich sowohl baulich wie räumlich von der übrigen Altbebauung ab. Die eng um die Strassenkreuzung gruppierten Bauten umschliessen hier zusammen mit der mächtigen, geschwungenen Kirchhofmauer einen schönen Dorfplatz. Neben der Kirche (...), die durch ihre zentrale Lage sowohl das äussere wie innere Ortsbild dominiert, sind es vor allem ein typologisch interessantes Doppelbauernhaus (...), der Gasthof Hirschen (...), die alte Pfarr-

scheune (...) sowie das stattliche Pfarrhaus (...) mit seinem charakteristischen Mansarddach, welche die bauliche Hauptakzente in der Ortsmitte bilden. Die äusseren Bereiche der Altbebauung weisen mehrheitlich bescheidenere Bauernhäuser mit Stilmerkmalen des 19. Jahrhunderts auf (...). Obwohl die Umnutzung der bäuerlichen Altbauten zu reinen Wohnzwecken vielfach schon vollzogen ist, blieb der ursprüngliche Gesamtcharakter durch relativ geringe Eingriffe in die Altbausubstanz und die gut erhaltenen bäuerlichen Zwischenbereiche bewahrt. (...)"

Das ISOS ist für sich allein nicht grundeigentümergebunden (VGE III/29 vom 22. April 1993 [BE.92.00047], S. 9 mit Hinweis). Rechtsverbindlich ist ausschliesslich seine Umsetzung in der Nutzungsplanung (vgl. auch § 40 Abs. 1 lit. f BauG). Die Gemeinde Obersigenthal hat das Inventar insoweit umgesetzt, als sie das Gebiet G 1 gemäss ISOS im Rahmen der Nutzungsplanung mehrheitlich (und inklusive der streitbetreffenen Liegenschaft) der Dorfkern-Schutzzone DK zugeordnet hat, für welche nach § 9 BNO besondere Gestaltungsvorschriften gelten.

1.4.

Bezüglich der anwendbaren Rechtsgrundlagen ist somit zusammenfassend festzuhalten: Massgebend für die ästhetische Beurteilung der Dachgestaltung ist § 9 Abs. 4 BNO, der unter anderem verlangt, dass sich Neubauten bezüglich Dachform und Materialien gut in die bestehende Bebauung einordnen.

2.

(...)

3.

(...)

4.

Die Beschwerdeführer stellen das Interesse an einer uneingeschränkten Wohnnutzung der streitbetreffenen Liegenschaft in verschiedener Hinsicht über die Anliegen des Ortsbildschutzes. Es ist daher zu erörtern, wie diese unterschiedlichen Anliegen zu gewichten sind und ob im konkreten Fall eine hinreichende gesetzliche Grundlage besteht, die Wohnnutzung aus Gründen des Ortsbildschutzes einzuschränken.

4.1.

Nach § 7 BNO ist die zulässige Anzahl der Vollgeschosse in der Dorfkern-Schutzzone DK nicht von vornherein begrenzt. Der Gemeinderat hat die zulässige Anzahl Geschosse in dieser Zone unter Abwägung der privaten und öffentlichen Interessen im Einzelfall bzw. in einem Reglement festzuhalten (Abs. 1 und 4). Vorliegend gehen sowohl der Gemeinderat als auch die Beschwerdeführer davon aus, dass eine Wohnnutzung des Dachgeschosses im konkreten Fall grundsätzlich zulässig ist. Das entspricht auch dem öffentlichen Interesse an einer Verdichtung der Wohnnutzung innerhalb bestehender Bauvolumen und damit dem Gebot einer haushälterischen Nutzung des Bodens (vgl. auch Art. 3 Abs. 3 RPG; § 46 BauG). Der Ortsbildschutz richtet sich dagegen nach § 9 Abs. 4 BNO. Diese Norm enthält zwar ein Eingliederungsgebot, ist jedoch relativ unbestimmt formuliert. Insbesondere macht sie keine detaillierte Aussage zur Gestaltungsweise von Bauten im Allgemeinen oder von Dächern im Besonderen. Gleichwohl bildet § 9 Abs. 4 BNO grundsätzlich eine genügende gesetzliche Grundlage, um die Errichtung von Bauten wegen eines Beeinträchtigungsmangels zu verweigern, auch wenn diese sonst den baupolizeilichen Vorschriften genügen würden (vgl. allgemein BGE 114 Ia 345 f.; AGVE 1993, S. 380 mit Hinweis).

4.2.

Die Anliegen einer uneingeschränkten Wohnnutzung der Liegenschaft und dasjenige des Ortsbildschutzes stehen in einem gewissen Spannungsverhältnis zueinander: Während § 7 BNO eine Wohnnutzung des Dachgeschosses grundsätzlich erlaubt, kann die Anwendung von § 9 Abs. 4 BNO zu einer Einschränkung der Wohnnutzung aus Gründen des Ortsbildschutzes führen. Zum Verhältnis dieser gegenläufiger Interessen lässt sich festhalten: Wo eine Wohnnutzung aufgrund der einschlägigen Zonenvorschriften prinzipiell erlaubt ist, bildet eine allgemeine Ästhetikbestimmung wie § 9 Abs. 4 BNO keine genügende gesetzliche Grundlage, um die Wohnnutzung aus Gründen des Ortsbildschutzes generell zu unterbinden. Eine derart weitgehende Einschränkung der Wohnnutzung aus Gründen des Ortsbildschutzes würde vielmehr eine spezifische Vorschrift zum Schutz des Ortsbildes voraussetzen bzw. eine klare gesetzliche

Grundlage, welche den Interessen am Ortsbildschutz gegenüber demjenigen an der uneingeschränkten Wohnnutzung den Vorrang einräumt. Lässt jedoch die Anwendung der allgemeinen Ästhetikvorschrift Raum für eine sinnvolle und wohnhygienisch unbedenkliche Wohnnutzung, wiegt der mit dem Ortsbildschutz verbundene Eingriff in die Eigentumsfreiheit weniger schwer. In solchen Fällen bildet im Allgemeinen auch eine ästhetische Generalklausel eine genügende gesetzliche Basis, um die Wohnnutzung aus gestalterischen Gründen einzuschränken (vgl. zum Zusammenhang zwischen der Schwere des Eingriffs in die Eigentumsfreiheit und den Anforderungen an die gesetzliche Grundlage AGVE 1993, S. 380 f.; 1989, S. 251 mit Hinweisen). Sollen Werte wie die Einheitlichkeit einer bestehenden Überbauung den Beurteilungsmassstab abgeben, kann dies naturgemäss nur in einer offenen Norm geschehen, die der Behörde ein Ermessen zubilligt bzw. mit unbestimmten Begriffen operiert (AGVE 1993, S. 380). Allerdings darf eine Baubewilligung auch in solchen Fällen nicht wegen jedes noch so geringfügigen Beeinträchtigungsmangels verweigert werden. Die Eigentumsgarantie verlangt, dass ein hinreichendes öffentliches Interesse an der Bewilligungsverweigerung besteht und dass diese nicht gegen das Prinzip der Verhältnismässigkeit verstösst (vgl. ZBl 82/1981, S. 123 f.).

4.3.

Vorliegend steht fest, dass die für Neubauten geltenden Minimalmasse für Fensterflächen nach § 29 BNO eingehalten sind. Zusätzliche Dachdurchbrüche wie die streitbetroffenen sind daher aus wohnhygienischen Gründen nicht notwendig. Der Gemeinderat Obersiggenthal verbietet Dachdurchbrüche im Übrigen nicht generell. Vielmehr bewilligt er ausweislich der Akten (notwendige) Gauben, Lukarnen und Querfirste in massvoller Kombination mit Schrägfenstern, sofern die Dachgestaltung den ästhetischen Anforderungen genügt. Dabei geht es dem Gemeinderat in ästhetischer Hinsicht darum, dass die Dächer als ruhige Flächen in Erscheinung treten und nur mit wenigen gleichartigen Elementen durchbrochen werden. Als Richtschnur dient dem Gemeinderat (in Anlehnung an § 16 Abs. 1 ABauV) ferner die Regel, dass die Dachdurchbrüche 1/3 der Dachlänge nicht überschreiten sollen. Dachdurchbrüche lässt der

Gemeinderat grundsätzlich nur im unteren Bereich des Daches zu, der weniger gut einsehbar ist. Schliesslich steht er Kombinationen von verschiedenen Belichtungselementen kritisch gegenüber.

Folglich wendet der Gemeinderat Obersiggenthal § 9 BNO so an, dass eine sinnvolle und wohnhygienisch unbedenkliche Wohnnutzung der Dachgeschosse in der Dorfkern-Schutzzone möglich bleibt. Solange dies sichergestellt ist, bildet § 9 Abs. 4 BNO grundsätzlich eine genügende Grundlage, um die Eigentumsfreiheit von Grundeigentümern im Interesse des Ortsbildschutzes einzuschränken.

5.

§ 9 Abs. 4 BNO lässt dem Gemeinderat bei der ästhetischen Beurteilung von Dachflächenveränderungen ein weites Ermessen. Dies bedeutet jedoch nicht, dass der Gemeinderat bei seiner ästhetischen Beurteilung von Bauvorhaben völlig frei ist. Er hat bei seinem Ermessensentscheid den Sinn und Zweck der gesetzlichen Ordnung zu beachten. Ausserdem hat er insbesondere das Rechtsgleichheitsgebot, das Verhältnismässigkeitsprinzip und die Pflicht zur Wahrung der öffentlichen Interessen zu befolgen (vgl. Ulrich Häfelin / Georg Müller / Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Auflage, Zürich 2006, Rz. 441).

5.1.

In diesem Kontext stellt sich zunächst die Frage, ob der Gemeinderat Obersiggenthal bei seinem Ermessensentscheid den Sinn und Zweck der gesetzlichen Ordnung beachtet hat. Die Beschwerdeführer tragen verschiedene Argumente vor, die unter diesem Gesichtspunkt zu prüfen sind.

5.1.1.

Die Beschwerdeführer rügen zunächst, das Gesetz verlange ein "Einfügen" und nicht ein "Angleichen". Der BNO lasse sich zudem nicht entnehmen, dass Dachflächen harmonisch sein müssten. Es gebe auch keine gesetzliche Grundlage, dass Dachflächenfenster nur im unteren Bereich und nur mit Zurückhaltung geöffnet werden dürften.

§ 9 Abs. 4 BNO stellt an die ästhetische Gestaltung von Bauten in der Dorfkernzone besondere Anforderungen, indem er vorschreibt, dass sich Neubauten in die bestehende Bebauung einfügen müssen.

§ 9 Abs. 4 BNO bezweckt damit den Schutz des Ortsbildes in der Dorfkern-Schutzzone. Die Dachgestaltung hat wesentlichen Einfluss auf das Ortsbild, was der als Fachperson befragte Vertreter der kantonalen Ortsbildpflege an der verwaltungsgerichtlichen Augenscheinverhandlung unterstrichen hat. Namentlich Ausmass, Gestaltung und Platzierung von Dachdurchbrüchen wirken sich auf den Eindruck aus, den eine Siedlung vermittelt. Dabei ist es sachlich auch geboten, auf Details zu achten; der Gesamteindruck aus all den Einzelheiten macht in solchen Dorfkernen erst das Wesen des Ortsbildes aus (vgl. auch AGVE 1983, S. 209 mit Hinweis). Eine Regulierung der Dachgestaltung dient daher grundsätzlich dem Interesse am Ortsbildschutz, wie es in § 9 Abs. 4 BNO zum Ausdruck kommt. Da sich Neubauten auch bezüglich ihrer Dachgestaltung in die Umgebung einfügen müssen, ist es durchaus richtig, wenn die Vorinstanz vom Erfordernis einer "harmonischen" Dachgestaltung spricht.

Unter dem Aspekt des Ortsbildschutzes geht es dem Gemeinderat darum, dass die Dächer als ruhige Flächen in Erscheinung treten und nur mit wenigen gleichartigen Elementen durchbrochen werden. Der Gemeinderat konnte sich in der Vergangenheit bei der Beurteilung von Dachgestaltungsmassnahmen zwar nicht auf spezifische Vorschriften oder Arbeitsgrundlagen berufen, welche die ästhetischen Anforderungen an Dachgestaltungen in generell-abstrakter Weise umschreiben, er hat sich jedoch bei seiner Beurteilung im Einzelfall objektiver und grundsätzlicher Kriterien bedient:

So diene ihm als Richtschnur die Regel, dass Dachdurchbrüche in der Regel 1/3 der Dachlänge nicht überschreiten sollen. Auch wenn sich § 16 Abs. 1 ABauV auf die Geschossigkeit bezieht, bleibt es dem Gemeinderat unbenommen, bei der ästhetische Beurteilung von Dachflächenveränderungen eine solche Drittelsregel anzuwenden. Das erscheint insbesondere deshalb gerechtfertigt, weil das Verhältnis von Dachlänge und Dachdurchbrüchen eine Aussage über die Einheitlichkeit und Geschlossenheit einer Dachfläche zulässt. Es liegt auf der Hand, dass mit dem Ausmass der Dachdurchbrüche auch die Einheitlichkeit der Dachlandschaft schwindet. Der Gemeinderat liess ferner Dachdurchbrüche nur im unteren Bereich des Daches zu, der weniger gut einsehbar ist, was ebenfalls sachlich ge-

rechtfertigt und nachvollziehbar erscheint. Schliesst steht der Gemeinderat auch Kombinationen von verschiedenen Belichtungselementen kritisch gegenüber. Auch diese Haltung dient in objektiv nachvollziehbarer Weise der Erhaltung einer ruhigen Dachlandschaft. Durch die Anwendung solcher objektiver und grundsätzlicher Kriterien hat der Gemeinderat dem Gebot der Rechtssicherheit und Rechtsgleichheit Genüge getan.

Dem Gemeinderat muss ausserdem attestiert werden, dass es sich bei den Anliegen des Ortsbildschutzes nicht um ein blosses Lippenbekenntnis handelt. Das zeigte auch der verwaltungsgerichtliche Augenschein. Es ist dem Gemeinderat Obersiggenthal gelungen, die Dachlandschaft in der Dorfkern-Schutzzone weitgehend ruhig und geschlossen zu halten. Diese ist geprägt von zahlreichen grossen, nicht oder nur durch relativ kleine Öffnungen durchbrochenen Dachflächen. Dies beurteilt der Vertreter der kantonalen Ortsbildpflege genau so. Der heutige Zustand der Dachlandschaft lässt darauf schliessen, dass der Gemeinderat die Anliegen des Ortsbildschutzes schon in der Vergangenheit ernst genommen hat. Gleichzeitig spricht die Beschaffenheit der Dachlandschaft gegen die Behauptung der Beschwerdeführer, der Gemeinderat würde in ihrem Fall besonders strenge Massstäbe anlegen.

5.1.2.

Die Beschwerdeführer machen weiter geltend, das Gebot der inneren Verdichtung führe dazu, dass die Dachgeschosse heute genutzt werden sollen und können. Obwohl sich die massgebenden tatsächlichen und rechtlichen Bedürfnisse grundlegend verändert hätten, lasse die Praxis des Gemeinderats keinerlei Veränderungen zu.

Es trifft jedoch nicht zu, dass der Gemeinderat keinerlei Veränderungen an den bestehenden Gebäuden zulässt. Er bewilligt innerhalb bestimmter Grenzen Dachdurchbrüche, was eine sinnvolle und wohnhygienisch unbedenkliche Wohnnutzung der Dachgeschosse ermöglicht. Eine solche Nutzung ist auch im konkreten Fall gewährleistet. Wenn der Gemeinderat die Anliegen des Ortsbildschutzes im Übrigen stärker gewichtet als die Nutzungsinteressen der betroffenen Grundeigentümer mag darin aus der Sicht der Beschwerdeführer eine konservative Grundhaltung zum Ausdruck kommen, eine solche

Praxis verstösst jedoch nicht gegen Sinn und Zweck der gesetzlichen Ordnung. Sie liegt vielmehr klar innerhalb des Beurteilungsspielraumes, der dem Gemeinderat auf Grund der Gemeindeautonomie zugebilligt werden muss. Es geht hier um die Entscheidung einer Frage, die von typisch lokaler Bedeutung ist; der Gemeinderat muss hier unter verschiedenen Lösungsmöglichkeiten auswählen können, sofern und soweit er seine Wahl mit entsprechenden Argumenten unterlegen kann (AGVE 2002, S. 210). Vorliegend lässt sich die Praxis des Gemeinderats mit dem Aspekt des Ortsbildschutzes ohne weiteres begründen. Da sie Raum lässt für eine sinnvolle und wohnhygienisch unbedenkliche Wohnnutzung der Dachgeschosse, kommt auch der Frage keine entscheidende Bedeutung zu, ob sich die Belichtungssituation durch die rechtswidrig realisierten Dachöffnungen entscheidend verbessert hat. Jedenfalls vermögen die Glasziegelfelder im Traufbereich die Belichtungssituation in den darunter liegenden Wohnung nicht wesentlich zu verbessern. Insofern schliesst sich das Verwaltungsgericht auf Grund eigener Feststellungen anlässlich des Augenscheins der Auffassung der Fachperson an.

Da die Dachdurchbrüche bei der streitbetroffenen Liegenschaft ein ästhetisch problematisches Ausmass erreicht haben, erscheint es entgegen der Auffassung der Beschwerdeführer im konkreten Fall auch vertretbar, einem Bauherrn aus Gründen des Ortsbildschutzes die künstliche Belichtung und Belüftung einer einzelnen Nasszelle zuzumuten. Bei Altbauten ist es nicht unüblich, dass Nasszellen gefangene Räume sind, die künstlich belichtet und belüftet werden müssen (so auch bei Neubauten wie z.B. Terrassenwohnungen). Die Anordnung künstlicher Belichtungs- und Belüftungsmassnahmen verstösst weder gegen Sinn und Zweck der gesetzlichen Ordnung noch stellt sie einen schwerwiegenden Eingriff in die Eigentumsfreiheit dar, der eine spezifische gesetzliche Grundlage voraussetzen würde. Eine solche Anordnung kann und darf sich mithin auch auf eine ästhetische Generalklausel stützen.

5.1.3

Die Beschwerdeführer führen ferner ins Feld, ihr Grundstück liege an der Peripherie der Dorfkern-Schutzzone. Die Nachbarliegenschaften müssten sich nicht "gut in die bestehende Bebauung ein-

fügen". Entsprechend uneinheitlich sei im konkreten Fall der Massstab für die zu wählenden Materialien etc.

Nachdem das streitbetroffene Grundstück in der Dorfkern-Schutzzone DK liegt, gelten dafür die besonderen ästhetischen Anforderungen gemäss § 9 Abs. 4 BNO. Mithin müssen sich Bauvorhaben auf dieser Parzelle in die bestehende Bebauung einfügen. Die periphere Lage dieser Liegenschaft in der Dorfkern-Schutzzone DK und ihre Nähe zur Zone W2, für die weniger strenge Gestaltungsvorschriften gelten, ändern daran grundsätzlich nichts. Der Massstab für die Einordnung ergibt sich nicht oder nicht nur aus dem Zustand der tatsächlichen Bebauung, sondern aus den Vorschriften der Dorfkern-Schutzzone DK (vgl. AGVE 1983, S. 209 mit Hinweisen). Ausserdem sind die Vorschriften der angrenzenden Zone W2 sowie die bauliche Struktur dieser Zone für den Ortsbildschutz irrelevant (vgl. AGVE 1983, S. 208 mit Hinweis). Naturgemäss muss bezüglich der Zonenunterteilung irgendwo eine Grenze gezogen und aus Gründen der Rechtssicherheit und Rechtsgleichheit dann auch strikte beachtet werden (AGVE 2002, S. 211 mit Hinweis). Die Zuteilung des fraglichen Grundstücks zur Dorfkern-Schutzzone DK ist im Übrigen sachlich begründet. Das zeigt sich namentlich darin, dass es nach dem ISOS ebenfalls zum "alten Dorf" gehört. Zu erwähnen ist ausserdem, dass die Liegenschaft am Kirchweg 122 am höhergelegenen nördlichen Rand der Dorfkern-Schutzzone liegt und infolge dieser Lage besonders ortsbildbestimmend ist. Wer nämlich den schützenswerten Dorfkern optimal überblicken will, ist auf einen erhöhten Standort im Norden des Dorfkerns angewiesen.

Hinzu kommen zwei weitere Aspekte, welche die Vertreter der Gemeinde anlässlich der Augenscheinsverhandlung eingebracht haben: Zum einen würde der Gedanke des Ortsbildschutzes weitgehend ausgehöhlt, wenn man bei kleinen Schutz zonen alle peripher gelegenen Liegenschaften privilegiert behandeln wollte. Zum anderen erscheint zum Schutz des Zonen zentrums gerade die ästhetische Gestaltung am Zonenrand sehr wichtig, weil eine klare Grenze die ästhetische Qualität des Zentrums schützt und akzentuiert. Dazu passt auch das vom Berater der Gemeinde verwendete Bild eines "Wellenbrechers".

5.1.4.

Die Beschwerdeführer kritisieren ausserdem, die Vorinstanz habe nicht zwischen Dachflächenfenstern und Glasziegelfeldern unterschieden, obwohl sich diese nicht nur optisch, sondern auch von ihrer Funktion her unterscheiden würden. Diese Bauteile dürften rechtlich nicht gleich behandelt werden.

Wie auch der Vertreter der kantonalen Ortsbildpflege an der Augenscheinsverhandlung ausgeführt hat, bestehen zwischen Dachflächenfenstern und Glasziegeln nicht nur funktionelle, sondern ebenfalls gewisse optische Unterschiede. Während Dachflächenfenster umrahmt sind und als "schwarzes Loch" in Erscheinung treten, übernehmen Glasziegel die kleinmassstäbliche Ziegelstruktur. Beiden Belichtungsmöglichkeiten ist jedoch gemeinsam, dass ein Materialwechsel stattfindet und sie, je nach Lichteinfall, als Spiegel wirken, welcher das Ortsbild stört (vgl. AGVE 1983, S. 210). Es verstösst daher nicht gegen Sinn und Zweck der gesetzlichen Ordnung, Glasziegelfelder und Dachfenster unter dem Aspekt des Ortsbildschutzes nach denselben Grundsätzen zu beurteilen.

5.2.

Es bleibt zu prüfen, ob die Vorinstanzen den Sinn und Zweck der gesetzlichen Ordnung bei der ästhetischen Beurteilung der einzelnen Dachgestaltungsmassnahmen missachtet bzw. ihren Ermessensspielraum überschritten haben.

Die Vorinstanz stellte bei der Beurteilung der *Glasziegelfelder* auf das Kriterium einer ruhigen und undurchbrochenen Dachlandschaft ab. Sie folgte der Auffassung des Ortsbildschutz-Sachverständigen, wonach Dachflächen nur im unteren Bereich und nur mit Zurückhaltung zu öffnen seien. Ausserdem dürfe die Gesamtwirkung des Daches durch den Einbau von Glasziegelfeldern nicht überladen und damit störend wirken. Insofern ist der Entscheid der Vorinstanz nicht zu beanstanden. Die Glasziegelfelder durchbrechen das Dach teilweise relativ grossflächig. Sie führen zu einem Materialwechsel und wirken, je nach Lichteinfall, als Spiegel. Die Glasziegelfelder haben ausserdem zur Folge, dass die vom Gemeinderat zur Beurteilung der Geschlossenheit und Einheitlichkeit der Dachfläche herangezogene Drittelsregel auf beiden Dachseiten verletzt wird. Be-

sonders störend wirken sich die Glasziegelfelder auf der Nordseite aus, welche infolge ihrer Hanglage besonders ortsbildbestimmend ist. Auf dieser Hausseite befinden sich zudem drei Glasziegelfelder knapp unterhalb des Firstes, wo sie besonders auffallen. Zusätzliche Unruhe schafft die Kombination verschiedener Belichtungselemente (Glasziegel und Dachfenster) auf relativ engem Raum. Die Vorinstanzen haben daher zu Recht festgehalten, dass die Dachflächen wegen der Glasziegelfelder unruhig wirken und das Ortsbild stören.

Den Vorinstanzen ist ferner darin beizupflichten, dass das nachträglich eingebaute *Dachflächenfenster auf der Nordseite* ebenfalls zur unruhigen Erscheinung der Dachfläche beiträgt. Der Grund liegt darin, dass dieses Fenster wegen seiner Höhenlage aus der Reihe der übrigen fällt und auf Grund der unmittelbaren Nähe zur Dachgaube eingezwängt wirkt. Es erscheint deshalb mit Sinn und Zweck der gesetzlichen Ordnung bzw. mit den Anliegen des Ortsbildschutzes vereinbar, die nachträgliche Baubewilligung für dieses Fenster zu verweigern. Die Vorinstanzen vermochten sich insofern auf vernünftige und sachliche Gründe stützen. Sie haben in vertretbarer Weise auf eine Beeinträchtigung des Ortsbildes geschlossen. Die künstliche Belichtung und Belüftung dieser einen Nasszelle erscheint zumutbar (siehe vorne Ziff. 5.1.2.).

Teilweise anders verhält es sich bezüglich des nachträglich eingebauten *Dachflächenfensters auf der Südseite*. Was die Vorinstanzen hiergegen vorbringen, überzeugt nicht. Der Gemeinderat verweigerte die nachträgliche Baubewilligung für dieses Fenster mit der Begründung, es verlasse den Gleichschritt mit den doppelt gesetzten Schrägfenstern. Damit widerspreche dieses Fenster dem Gebot der optischen Einpassung und sei sozusagen ein Fehltritt. Allerdings hat der Gemeinderat mit seiner Baubewilligung vom 24. Mai 2004 auf der Nordseite des Hauses eine Dachgestaltung bewilligt, bei der ein einzelnes Dachfenster ebenfalls den Gleichschritt der sonst doppelt gesetzten Schrägfenster verliess. Es sind keine Gründe ersichtlich, weshalb eine solche Anordnung auf der Südseite nicht bewilligt werden kann. Der frühere Fachberater der Gemeinde hielt in seiner Stellungnahme vom 30. Oktober 2003 denn auch eine Gestaltung mit doppelt und einfach gesetzten Fenstern für möglich. Es ist daher

nicht schlüssig, wenn der Gemeinderat die Bewilligung für dieses zusätzliche Dachfenster auf der Südseite wegen des fehlenden Gleichschritts mit den übrigen, doppelt gesetzten Schrägfenstern verweigert. Das Departement Bau, Verkehr und Umwelt berücksichtigte im angefochtenen Entscheid zusätzlich, dass das Dachflächenfenster im westlichen Teil nicht bündig sei mit den Dachöffnungen im Neubau, was eine Disharmonie im Verlauf der Dachlinie bewirke. Die von der Vorinstanz angesprochenen Fensterreihen befänden sich jedoch auch dann auf unterschiedlichen Höhen, wenn auf der südwestlichen Dachseite kein zusätzliches Fenster eingebaut worden wäre. Der Umstand, dass die beiden Fensterreihen auf der Südseite nicht dieselbe Flucht haben, wird durch das auf dieser Seite zusätzlich eingebaute Dachflächenfenster nicht wesentlich verstärkt. Es widerspricht daher Sinn und Zweck der gesetzlichen Ordnung, die Bewilligung für dieses Fenster zu verweigern, zumal dieses auf der tiefer gelegenen südlichen Seite liegt, welche weniger ortsbildbestimmend ist (siehe vorne Erw. 5.1.3.). Auch wenn berücksichtigt wird, dass den Einwohnergemeinden in Fragen der Ästhetik ein weitgehendes Ermessen zugebilligt werden muss, ist der angefochtene Entscheid in diesem Punkt zu korrigieren bzw. die Beschwerde insofern gutzuheissen. Die Sache ist dementsprechend an den Gemeinderat zurückzuweisen mit der Anweisung, dem Beschwerdeführer die nachträgliche Baubewilligung für den Einbau dieses Dachfensters auf der Südseite zu erteilen, sofern auch die übrigen baupolizeilichen Vorschriften eingehalten sind.

33 Baubewilligungsgebühr; Verfassungskonformität der Gebührenverordnung, soweit diese den Behandlungsaufwand unberücksichtigt lässt.

Entscheid des Verwaltungsgerichts, 3. Kammer, vom 9. August 2007 in Sachen U. AG und P. AG gegen Regierungsrat (WBE.2006.370).

Sachverhaltszusammenfassung

Am 31. März 2005 stellten die U. AG und die P. AG als Baukonsortium "Hofzelg" bei der Gemeinde Niederrohrdorf ein Baugesuch für eine Wohnüberbauung mit 6 Mehrfamilienhäusern und einer Tiefgarage auf den Parzellen 560, 561 und 568, innerhalb der Bauzone. Das BVU erhob für die erforderliche kantonale Teilverfügung vom 8. September 2005 eine Gebühr von Fr. 13'333.35.

Aus den Erwägungen

2. 2.1. Die Beschwerdeführerinnen stellen die Verfassungskonformität der Verordnung über die vom Departement Bau, Verkehr und Umwelt für Entscheide über Baugesuche zu erhebenden Gebühren vom 17. August 1994 (SAR 713.125; nachfolgend GebV) in Frage. Für den Fall nicht bloss untergeordneter baulicher Massnahmen lasse diese nämlich den Behandlungsaufwand unberücksichtigt, was unzulässig sei (Verwaltungsgerichtsbeschwerde, S. 12).

2.2. Bei der Gebührenerhebung muss - neben dem hier nicht in Frage stehenden Kostendeckungsprinzip - das Äquivalenzprinzip beachtet werden. Dieses konkretisiert das Verhältnismässigkeitsprinzip und das Willkürverbot (Art. 5 Abs. 2 sowie Art. 9 BV) für den Bereich der Kausalabgaben. Nach dem Äquivalenzprinzip darf eine Gebühr nicht in einem offensichtlichen Missverhältnis zum objektiven Wert der Leistung stehen und muss sich in vernünftigen Grenzen halten. Nach der Praxis des Bundesgerichts bemisst sich der Wert der Leistung nach dem wirtschaftlichen Nutzen, den sie dem Pflichtigen bringt, oder nach dem Kostenaufwand der konkreten Inanspruchnahme im Verhältnis zum gesamten Aufwand des betreffenden Verwaltungszweigs, wobei schematische, auf Wahrscheinlichkeit und Durchschnittserfahrungen beruhende Massstäbe angelegt werden dürfen. Es ist demnach nicht notwendig, dass die Gebühr in jedem Fall genau dem Verwaltungsaufwand entspricht, der für die beanspruchte Leistung anfällt. Gebühren sollen aber nach sachlich vertretbaren Kriterien bemessen sein und nicht Unterscheidungen tref-

fen, für die keine vernünftigen Gründe ersichtlich sind. Bei der Festsetzung von Verwaltungsgebühren darf nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts innerhalb eines gewissen Rahmens auch der wirtschaftlichen Situation des Pflichtigen und dessen Interesse am abzugeltenden Akt Rechnung getragen werden. Solange zwischen der Höhe der Gebühr und dem Wert der Leistung kein offensichtliches Missverhältnis entsteht, ist es dem Gemeinwesen auch nicht verwehrt, mit den Gebühren für bedeutende Geschäfte den Ausfall in weniger bedeutsamen Fällen auszugleichen. In Fällen mit hohem Streitwert und starrem Tarif, der die Berücksichtigung des Aufwandes nicht erlaubt, kann die Belastung allerdings unverhältnismässig werden, namentlich dann, wenn die Gebühr in Prozenten oder Promillen festgelegt wird und eine obere Begrenzung fehlt (zum Ganzen BGE 130 III 228 f.; vgl. auch AGVE 1992, S. 311, je mit Hinweisen).

Gemäss GebV beträgt die Gebühr für die Behandlung von Gesuchen für Bauten und Anlagen 2 ‰ der anhand von Erfahrungswerten geschätzten Erstellungskosten, mindestens aber Fr. 300.-- und höchstens Fr. 20'000.--. Eine Berücksichtigung des Behandlungsaufwands lässt die GebV dann zu, wenn keine oder bloss untergeordnete bauliche Massnahmen geplant sind, das Projekt den Abbau oder die Ablagerung von Materialien vorsieht (§ 1 Abs. 2 GebV) oder wenn mit einem ungewöhnlich geringen Aufwand zu rechnen ist (§ 4 Abs. 1 GebV). Für alle anderen Fälle besteht nach der GebV keine Möglichkeit, die Promillegebühr unter Berücksichtigung des effektiven Behandlungsaufwandes zu reduzieren.

Die GebV bemisst die Behandlungsgebühr somit grundsätzlich nach Promillen der Bausumme. Insbesondere bei Investitionsobjekten besteht zwischen der Höhe der Bausumme und dem wirtschaftlichen Nutzen des Gesuchstellers an der Baubewilligung ein enger Zusammenhang, geht es dem Gesuchsteller doch darum, mit dem Bauvorhaben einen wirtschaftlichen Wert zu realisieren. Mit der Höhe des Investitionsvolumens bzw. der Bausumme steigt für den Gesuchsteller in aller Regel auch der wirtschaftliche Nutzen an der Baubewilligung. Von diesem wirtschaftlichen Nutzen darf nach dem eingangs Gesagten auf den Wert der staatlichen Leistung geschlossen

werden. Es ist daher nicht zu beanstanden, wenn die Bausumme bei der Bemessung der Bewilligungsgebühr eine massgebliche Rolle spielt. Zwar kann diese Bemessungsmethode im Einzelfall dazu führen, dass die erhobene Gebühr die Kosten des effektiven Verwaltungsaufwands übersteigt, dem Gemeinwesen ist es jedoch (wie gesagt) grundsätzlich nicht verwehrt, mit den Gebühren für bedeutende Geschäfte den Ausfall in weniger bedeutsamen Fällen auszugleichen. Die in § 1 GebV vorgesehenen Maximalbeträge verhindern denn auch, dass zwischen der Höhe der Gebühr und dem effektiven Verwaltungsaufwand ein nicht mehr zu rechtfertigendes Missverhältnis entsteht. Die Gebührenordnung gemäss den § 1 und 4 GebV hält somit vor der Verfassung stand.

(Hinweis: Dieser Entscheid ist noch nicht rechtskräftig.)

34 Rückzug des Baugesuchs; Auswirkungen auf die Kostenverteilung im Beschwerdeverfahren

Entscheid des Verwaltungsgerichts, 3. Kammer, vom 9. August 2007 in Sachen W. gegen Departement BVU (WBE.2006.314).

Aus den Erwägungen

2.2.1.

Das VRPG regelt die Tragung der Verfahrenskosten (§ 33 Abs. 2) und der Parteientschädigung (§ 36 Abs. 1) nicht ausdrücklich für jene Fälle, in denen ein Verfahren wie hier ohne Sachentscheid erledigt wird.

Die Rechtsprechung musste daher selber eine Lösung entwickeln. Gemäss einem Grundsatzentscheid des Verwaltungsgerichts aus dem Jahre 1982 und seitheriger Praxis erfolgt die Kostenverteilung in solchen Fällen regelmässig nach dem formellen Ausgang (vgl. AGVE 1992, S. 395 mit Hinweisen). Von diesem Grundsatz darf nur abgewichen werden, wenn der formelle Ausgang klar anders liegt als der materielle (AGVE 1982, S. 308). Ein solcher Ausnahmefall liegt hier nicht vor. Da die Bauherrschaft ihr ursprüngliches

Baugesuch durch Einreichung eines neuen zurückgezogen hat, gilt sie im verwaltungsgerichtlichen Verfahren als formell unterliegend. Mit dem Rückzug des Baugesuchs hat sie gleichzeitig den vorinstanzlichen Entscheiden materiell entsprochen, womit der formelle und der materielle Verfahrensausgang gleich liegen. Die Beschwerdeführerin ist daher im verwaltungsgerichtlichen Verfahren kostenpflichtig, wobei der Verkürzung des Verfahrens mit einer reduzierten Staatsgebühr Rechnung zu tragen ist (§ 23 VKD; vgl. auch AGVE 2000, S. 346 f.). Eine Parteientschädigung fällt ausser Betracht (§ 33 Abs. 2 VRPG).

2.2.

Nach den gleichen Grundsätzen sind auch die Kosten des Beschwerdeverfahrens vor dem BVU zu verlegen. Demgemäss hat die Beschwerdeführerin die gesamten Kosten dieses Verfahrens zu tragen. Eine Parteientschädigung fällt auch für dieses Verfahren ausser Betracht.

35 Lage und Höhe eines Cheminée-Kamins

- **Keine Pflicht zum Einbezug der Heizungsanlage in das Baubewilligungsverfahren für das Cheminée (Erw. 3).**
- **Verhältnis der Vorschriften über den Brand- und den Immissionschutz; Erleichterungen für selten benutzte Anlagen (Erw. 4).**

Entscheid des Verwaltungsgerichts, 3. Kammer, vom 16. März 2007 in Sachen B. gegen G. (WBE.2005.326).

Aus den Erwägungen

1.

Die Beschwerdegegnerin beabsichtigt, im Anbau des Gebäudes Nr. 436 ein Cheminée zu erstellen. Die Abgase sollen durch ein Kaminrohr, das die Nordfassade des Anbaus durchstösst und von dort zum Dach führt, entweichen. Der Ausstoss der Abgase erfolgt in einem Abstand von einem Meter zur Dachfläche des Anbaus (gemessen im rechten Winkel zur Dachfläche).

- 2.
- (...)
- 3.
- 3.1.

Die Vorinstanzen haben einen Zusammenhang zwischen den bestehenden Heizungsanlagen und dem Baugesuch für ein Cheminée im Anbau des Gebäudes Nr. 436 verneint. Der Anbau sei mit einer Bodenheizung ausgerüstet. Daneben gebe es noch ein elektrisches Heizelement für die Beheizung dieses Raumes. Da die Bodenheizung eine Ansprechzeit habe, sei das Cheminée entweder als Überbrückungsmassnahme zur Beheizung des Zimmers gedacht oder zur Schaffung einer gemütlichen Atmosphäre. Es diene nicht als einzige Quelle zur Heizung des Raums und sei demzufolge auch nur während einer relativ geringen Dauer in Betrieb. Das Cheminée stosse nur wenig Rauch aus und verursache nur geringfügige Immissionen. Der Beschwerdeführer ist demgegenüber der Auffassung, das Cheminée diene auch zur Beheizung des Anbaus und Wohnhauses, weshalb die bestehenden Heizungsanlagen in die Betrachtung miteinbezogen werden müssten.

- 3.2.

Das Hauptgebäude wird mittels einer Ölheizung, der Anbau mittels einer im Boden verlegten elektrischen Widerstandsheizung beheizt. Das Hauptgebäude und der Anbau verfügen somit bereits über funktionsfähige Heizungsanlagen. Ob der Anbau darüber hinaus auch noch über ein elektrisches Heizelement verfügt, wie dies an der Augenscheinsverhandlung festgestellt, vom Beschwerdeführer heute jedoch bestritten wird, ist unter diesen Umständen ohne Bedeutung. Ist die Beheizung sämtlicher Räume bereits sichergestellt, erscheint die von den Vorinstanzen getroffene Annahme, das geplante Cheminée diene mit Blick auf die Ansprechzeit der Widerstandsheizung im Anbau lediglich als Überbrückungsmassnahme und zur Schaffung einer gemütlichen Atmosphäre, und sei dementsprechend auch nur selten in Betrieb, einleuchtend. Im Gegensatz dazu ist die Vermutung des Beschwerdeführers, es werde mit dem offenen Cheminée im Anbau eine zusätzliche Heizung eingebaut, welche u.a. auch das Wohnhaus beheizen soll, geradezu lebensfremd. Das offene Cheminée ist

aufgrund seiner Konstruktionsweise nicht als Heizungsanlage ausgelegt. Aus Praktikabilitätsgründen (es muss regelmässig Brennholz nachgelegt werden, überdies entstehen Geruchsimmissionen) dürfte die Beheizung des Anbaus auch weiterhin mit der elektrischen Widerstandsheizung erfolgen. Auch die Annahme, das Cheminée könne der Beheizung des Wohnhauses dienen, erscheint weit hergeholt. Der Wärmeaustausch mit dem Wohnhaus müsste mangels eines Belüftungssystems über den Durchgang vom Anbau in das Wohnhaus erfolgen, was seine Wirksamkeit doch erheblich in Frage stellen würde. Zudem wäre der Komfort dieser Heizmethode äusserst eingeschränkt und wie erwähnt auch mit lästigen Geruchsimmissionen verbunden.

Es ist daher mit den Vorinstanzen davon auszugehen, dass das Cheminée in erster Linie der Schaffung einer gemütlichen Atmosphäre im Anbau dienen soll und aus diesem Grund nur über einen beschränkten Zeitraum hinweg in Betrieb genommen wird. Mithin fehlt nebst einer konstruktiven Verbindung auch ein funktionaler Zusammenhang zwischen dem Cheminée und den bestehenden Heizungsanlagen. Die Vorinstanzen hatten deshalb keinen Anlass, die bestehenden Heizungsanlagen in das Baubewilligungsverfahren für das Cheminée miteinzubeziehen und eine immissionsrechtliche Gesamtbetrachtung vorzunehmen. Sie durften daher auch auf entsprechende Beweiserhebungen verzichten. Ob die bestehenden Heizungsanlagen sanierungsbedürftig sind, wäre in einem separaten Verfahren zu beurteilen.

4.

Hauptstreitpunkt des vorliegenden Verfahrens ist die Frage, welche Höhe bzw. Abstände der Kamin einzuhalten hat.

4.1.

Die Vorinstanz verwies auf Art. 36 Abs. 3 lit. c LRV und die daraus hervorgegangene Empfehlung über die Mindesthöhe von Kaminen über Dach (Kamin-Empfehlungen) des Bundesamtes für Umwelt, Wald und Landschaft (BUWAL) vom 15. Dezember 1989. Gemäss Ziffer 32 Abs. 1 lit. a der Kamin-Empfehlungen müsse die Kaminmündung den höchsten Gebäudeteil (z.B. Dachfirst) um mindestens 0,5 m überragen. Die Vorinstanz verwies ferner auf ein vom

BUWAL am 20. Oktober 2000 ergänzend erlassenes Merkblatt über die Kaminmindesthöhen für kleinere Feuerungsanlagen. Gemäss Ziffer 3 dieses Merkblatts seien neben den lufthygienischen Vorschriften über die Mindesthöhe von Kaminen stets auch die Vorschriften der kantonalen Gebäudeversicherung einzuhalten. Die baupolizeilich motivierten Vorschriften dienten der Minimierung des Brandrisikos durch heisse Abgase und des Funkenwurfs. Für die Hausbesitzer und Anlagebetreiber sei stets die strengere der beiden Vorschriften massgebend, in der Regel die lufthygienisch begründete Kaminhöhe. Vorliegend seien die strengeren Vorschriften des AVA (Ziff. 3.1.3 Abs. 3 lit. a der Vollzugshilfe "Wärmetechnische Anlagen") erfüllt. Abzuleiten seien die Abgase über einen Kamin am Anbau und nicht über einen Kamin am First des Hauptgebäudes. Dies lasse sich schon aus Art. 6 Abs. 1 LRV ableiten, seien die Emissionen doch möglichst nahe am Ort ihrer Entstehung zu erfassen. Ohnehin würden sich die Immissionen aufgrund der geringen Betriebsdauer in engen Grenzen halten. Angesichts der Lage des Gebäudes des Beschwerdeführers wären sie vor allem bei Südwind wahrnehmbar. Diese Wetterlage sei jedoch selten und die Beeinträchtigung der Liegenschaft des Beschwerdeführers daher gering.

4.2.

Die Beschwerdegegnerin teilt den Standpunkt der Vorinstanz. Die Vollzugsvorschriften des AVA seien erfüllt. Bezüglich der LRV sei festzuhalten, dass gemäss dem Merkblatt des BUWAL Erleichterungen für selten benutzte Anlagen gewährt werden könnten. Um eine solche Anlage handle es sich hier. In einem seit Jahren genügend beheizten Raum werde ein Cheminée erfahrungsgemäss nicht mehr als 50 Stunden pro Jahr benützt. Auch der Beschwerdeführer nutze sein Cheminée nicht öfter. Der Kamin könne nicht beim First angebracht werden.

Der Beschwerdeführer hingegen hält einleitend fest, die baupolizeilichen Vorschriften des AVA seien nicht Gegenstand der Beschwerde. Bezüglich der Führung des Kamins und der Höhenlage der Mündung seien im vorliegenden Fall die lufthygienisch strengeren Vorschriften aus dem Umweltschutz massgebend. Keine Anwendung fände Ziffer 21 (richtig Ziffer 24) der Empfehlungen des BU-

WAL, welche Erleichterungen für selten benutzte Anlagen erlaube. Die seltene Benützung sei in der erteilten Baubewilligung nicht als Auflage festgehalten worden. Die Beschränkung auf 50 Betriebsstunden sei eine reine Parteibehauptung. Im Übrigen könne aus Art. 6 Abs. 1 LRV nicht abgeleitet werden, die Kaminmündung müsse über den Anbau und nicht über den Hauptfirst geführt werden.

4.3.

Der gemäss "Vollzugshilfe für Wärmetechnische Anlagen im kommunalen Brandschutz" des AVA vom Mai 2005 erforderliche Abstand der Abgasanlage von 3 m zum höheren Gebäudeteil (Wohnhaus) ist hier eingehalten und die Höhe über Dach (im rechten Winkel zur Dachfläche des Anbaus gemessen) erreicht mit 1 m ebenfalls die vorgeschriebenen Mindesthöhe (siehe Ziff. 5.8 Abs. 2 und 3 der Vollzugshilfe). Mithin sind die Vorschriften des AVA eingehalten, was auch der Beschwerdeführer ausdrücklich anerkennt. Strittig ist, ob auch die Kamin-Empfehlungen des BUWAL als einschlägige Vorschriften über die Luftreinhaltung eingehalten sind. Diese erweisen sich in der Tat als strenger, verlangen sie doch grundsätzlich, dass die Kaminmündung den höchsten Gebäudeteil um mindestens 0,5 m überragt (Ziff. 32 Abs. 1 lit. a der Kamin-Empfehlungen). Wohnhaus und Anbau bilden eine bauliche Einheit, weshalb der höchste Gebäudeteil der Dachfirst des Wohnhauses wäre und der Kamin diesen um mindestens 0,5 m zu überragen hätte. Der lediglich über die Dachfläche des Anbaus reichende Kamin erfüllt diese Voraussetzung nicht und erweist sich somit nur dann als bewilligungsfähig, wenn Erleichterungen im Sinne von Ziffer 24 der Kamin-Empfehlungen gewährt werden können.

Der Beschwerdeführer wehrt sich gegen Erleichterungen, da die seltene Benützung nicht als Auflage angeordnet worden sei. Eine solche Beschränkung sei ohnehin lebensfremd. Dem Standpunkt des Beschwerdeführers kann nicht gefolgt werden. Wie bereits dargelegt wurde, soll das Cheminée nicht Heizzwecken, sondern vorwiegend der Schaffung einer gemütlichen Atmosphäre im Anbau dienen und weist dementsprechend auch nur sehr eingeschränkte Betriebszeiten auf (siehe vorne Erw. 3.2). Ein solches Cheminée ist klarerweise eine selten benutzte Anlage im Sinne von Ziffer 24 der Kamin-Emp-

fehlungen. Auf eine bestimmte jährliche Betriebsdauer (die Vorinstanz ging dabei in Anlehnung an die Baurekurskommission des Kantons Zürich von einem Richtwert von 50 Stunden aus) kann es dabei nicht ankommen, lässt sich die Betriebsdauer doch weder mit technischen Hilfsmitteln verlässlich erfassen noch behördlich überwachen. Entscheidend ist die im Bewilligungszeitpunkt beabsichtigte und plausibel erscheinende Nutzung des Cheminée, welche hier im Sinne einer Prognose eine seltene Nutzung sehr wahrscheinlich erscheinen lässt und deshalb gestützt auf Ziffer 24 Satz 1 der Kamin-Empfehlungen Erleichterungen erlaubt. Den Bedenken des Beschwerdeführers wird mit dem Verbot übermässiger Immissionen Rechnung getragen (Ziff. 24 Satz 2 der Kamin-Empfehlungen).

4.4.

Mithin durften der Beschwerdegegnerin Erleichterungen gewährt werden. Die von ihr gewählte, den Vorschriften des AVA entsprechende Variante mit einem in die Dachfläche des Anbaus ausmündenden Kamin ist nicht zu beanstanden. Besondere Emissionsgrenzwerte sind gemäss Ziffer 522 des Anhangs 3 zur LRV bei einem Cheminée dieser Bauart nicht einzuhalten. Übermässige Immissionen sind angesichts der Gebäudeabstände (18 m) ohnehin nicht zu erwarten. Damit erweist sich das Bauvorhaben als rechtmässig.

(Hinweis: Das Bundesgericht hat eine Beschwerde gegen diesen Entscheid abgewiesen, soweit es darauf eintrat; Urteil vom 10. September 2007 [1C_97/2007]).

36 **Gestaltungsplan Plakatstellen.**

- **Inhalt und Anwendungsbereich eines Gestaltungsplans (Erw. 2.2.-2.6).**
- **Zuständigkeit des Gemeinderats zur Regelung des Plakatwesens (Erw. 4.3-4.4).**
- **Unzulässigkeit genereller Reklameverbote für das ganze Gemeindegebiet in der Sondernutzungsplanung (Erw. 6.1-6.2).**

Urteil des Verwaltungsgerichts, 4. Kammer, vom 5. Juli 2007 in Sachen A. gegen den Regierungsrat (WBE.2003.81).

Aus den Erwägungen

1.-2.1. (...)

2.2.

Gestaltungspläne können erlassen werden, wenn ein wesentliches öffentliches Interesse an der Gestaltung der Überbauung besteht (§ 21 Abs. 1 BauG). Dabei können Gestaltungspläne von den allgemeinen Nutzungsplänen und -vorschriften abweichen, wenn dadurch ein siedlungs- und landschaftsgestalterisch besseres Ergebnis erzielt wird, die zonengemässe Nutzungsart nicht übermässig beeinträchtigt wird, keine überwiegenden Interessen entgegenstehen (vgl. AGVE 1992, S. 320) und die allgemeine Nutzungsordnung Abweichungen nicht explizit ausschliesst oder besondere Voraussetzungen für ein Abweichen von den Nutzungsplänen und -vorschriften umschreibt (§ 21 Abs. 2 BauG). § 3 Abs. 1 lit. c ABauV verdeutlicht, dass ein Gestaltungsplan insbesondere Vorschriften im Interesse des Natur-, Ortsbild-, Denkmal-, Gewässer- und Umweltschutzes sowie der Siedlungsqualität enthalten kann.

2.3.

Der Gestaltungsplan gemäss § 21 BauG ist vornehmlich ein Instrument zur differenzierten Nutzungsplanung. Seine Aufgabe und sein Zweck bestehen allgemein in der Konkretisierung der Nutzung im Hinblick auf besondere öffentliche Anliegen, welche in § 21 Abs. 1 lit. a–c BauG angeführt sind. Der Gestaltungsplan soll ein qualitativ besseres Ergebnis ermöglichen als der allgemeine Nutzungsplan mit der parzellenweisen "Regelbauweise". Insbesondere die Verwirklichung städtebaulicher Ziele, Anliegen des Natur- und Landschaftsschutzes und des Denkmalschutzes verlangen oftmals besondere, detaillierte planerische Regelungen (vgl. § 3 Abs. 1 lit. c ABauV), welche den Rahmen der allgemeinen Nutzungsordnung schon aus praktischen Gründen sprengen. Auch nicht endgültig abgeschlossene Planungen in einem Gebiet können Anlass für einen Gestaltungsplan bilden und damit sicherstellen, dass der Planungsprozess abgeschlossen und konkrete Planungsziele realisiert werden können (vgl. Eric Brandt / Pierre Moor, in: Heinz Aemisegger / Alfred Kuttler / Pierre Moor / Alexander Ruch [Hrsg.], Kommentar

zum Bundesgesetz über die Raumplanung [RPG-Kommentar], Zürich 1999, Art. 18 N 96; Walter Haller / Peter Karlen, Raumplanungs- und Baurecht, Band I, 3. Auflage, Zürich 1999, Rz. 357).

2.4.

Der sachliche Inhalt des Gestaltungsplans bestimmt sich gemäss § 21 Abs. 1 BauG in erster Linie nach seinem Zweck, der baulichen und landschaftlichen Umgebung und den Erschliessungsanforderungen. Der mögliche Inhalt besteht in Vorschriften über bauliche Einzelheiten der Bauten und Terraingestaltung, die Nutzung sowie Vorschriften im Interesse von Ortsbild-, Natur- und Umweltschutz usw. (§ 3 Abs. 1 lit. a–c ABauV). Zusätzlich können die Bestandteile des Erschliessungsplans Gegenstand des Gestaltungsplans sein (§ 3 Abs. 1 ABauV). Das BauG und die ABauV regeln den Inhalt des Gestaltungsplans indessen nicht abschliessend und beschränken den möglichen Inhalt des Gestaltungsplans nicht, weshalb die Gemeinden innerhalb ihrer Kompetenzen und des übergeordneten Rechts, insbesondere des Bau- und Planungsrechts, alle öffentlichen Anliegen und Gegenstände, einschliesslich der Umgebungsgestaltung und der Ausstattung im Zusammenhang mit der "Gestaltung der Überbauung" im Gestaltungsplan, gesetzgeberisch ordnen dürfen (vgl. Mark Gisler, Ausgewählte Fragen zum Gestaltungsplan im Kanton Schwyz, in: ZBl 2000, S. 394).

Eine generelle inhaltliche Beschränkung ergibt sich auch nicht aus der Stellung des Gestaltungsplans im Plangefüge des Baugesetzes. In der Praxis stehen zwar jene Gestaltungspläne im Vordergrund, die aufgrund einer Gestaltungsplanpflicht im allgemeinen Bauzonenplan gemäss § 16 Abs. 3 BauG erlassen werden. Für diese Gestaltungspläne gelten die Nutzungsvorschriften der Bauzone im allgemeinen Nutzungsplan als inhaltlicher Rahmen; Abweichungen sind nur in beschränktem Umfang und unter zusätzlichen Voraussetzungen zulässig (§ 21 Abs. 2 BauG i.V.m. § 3 Abs. 2 ABauV). Der Anwendungsbereich der Gestaltungsplanung ist aber nicht auf diese Kategorie beschränkt, sondern kann für verschiedene planerische Aufgaben eingesetzt werden. Das Baugesetz schliesst generell projektbezogene Sondernutzungspläne (vgl. dazu Peter Heer, Die raumplanungsrechtliche Erfassung von Bauten und Anlagen im

Nichtbauggebiet, Diss. Zürich 1996, S. 151; Bernhard Waldmann / Peter Hänni, Raumplanungsgesetz, Bern 2006, Art. 14 N 13) so wenig aus wie Gestaltungspläne ausserhalb von Bauzonen (Brandt / Moor, a.a.O., Art. 18 N 100 ff.). Bereits der Gestaltungsplan nach dem Baugesetz vom 2. Februar 1971 (§ 141 f. aBauG) war in seinem Anwendungsbereich nicht auf unüberbaute und eingezonte Gebiete beschränkt (Jean-Jacques Forestier, Der Gestaltungsplan nach aargauischem Baugesetz, Diss. Zürich 1975, S. 93; vgl. BGE 115 Ia 333 Erw. 5; vgl. auch Handbuch zum Bau- und Nutzungsrecht (BNR), 2. Auflage, Dezember 2003, Ziff. 2.1.2). Der Gestaltungsplan ist vielmehr ein Nutzungsplan i.S.v. Art. 14 RPG. Eine Abhängigkeit im Sinne einer Stufen- oder Entscheidfolge zwischen Gestaltungs- und allgemeinem Nutzungsplan wie zwischen Richt- und Nutzungsplanung (Art. 9 RPG i.V.m. § 27 Abs. 2 BauG; BGE 124 II 252 Erw. 3; 120 Ib 207 Erw. 5) besteht daher nicht (vgl. VGE IV/47 vom 30. November 1999 [BE.1997.00159], S. 11). Daraus folgt, dass Gegenstand eines Gestaltungsplans grundsätzlich alles sein kann, was einer Gestaltung der baulichen Nutzung dient. Ein Gestaltungsplan und die jeweiligen Sonderregelungen sind entsprechend im Einzelfall auf ihre Rechtmässigkeit und je nach dem Planungsgegenstand und Zweck auch auf ihre (materielle) Übereinstimmung mit dem allgemeinen Nutzungsplan zu prüfen.

2.5.

In räumlicher Hinsicht umschreibt das BauG den Anwendungsbereich des Gestaltungsplans mit dem Begriff "bestimmte Gebiete" (§ 16 Abs. 1 BauG) bzw. "ein Gebiet" (§ 21 Abs. 1 lit. a BauG) und "gewisse Gebiete" (§ 21 Abs. 2 Satz 2 BauG). Daraus und aus der Anknüpfung an die Zweckumschreibung in § 141 Abs. 1 Satz 2 aBauG folgt, dass der Perimeter eines Gestaltungsplans eine "grössere zusammenhängende Fläche" erfassen soll (Erich Zimmerlin, Baugesetz des Kantons Aargau, Kommentar, 2. Auflage, Aarau 1985, § 141 § N 1a; Forestier, a.a.O., S. 98 f.). Ein Mindest- oder Höchstmass schreibt aber auch das Baugesetz 1993 nicht vor. Die richtige Abgrenzung des Plangebiets richtet sich vielmehr nach dem Zweck und den zu lösenden planerischen Aufgaben in der Gestaltungsplanung. Eine territoriale Begrenzung besteht nach unten, soweit das

Verbot von Kleinbauzonen zur Verhinderung einer Streubauweise tangiert sein kann (BGE 121 I 245 Erw. 6e mit Hinweisen). Im Vordergrund steht daher die Überbauung einer grösseren zusammenhängenden Fläche, wo eine von der Regelbauweise abweichende Sonderregelung ein qualitativ besseres Ergebnis, aber auch eine einheitliche, einer Gesamtkonzeption verpflichtete Lösung ermöglicht (vgl. VGE III/70 vom 22. September 1995 [BE.1994.00214], S. 11). Dieser Grundgedanke liegt letztlich auch einer einheitlichen, auf einer Gesamtkonzeption beruhenden, mit einer guten Eingliederung in das Orts- und Landschaftsbild verbundenen Regelung des Plakatierungswesens zugrunde. Die Realisierung eines kommunalen Plakatierungskonzepts mittels eines entsprechenden Gestaltungsplans steht somit nicht zwangsläufig im Widerspruch zum Sinn und Zweck dieses Planungsinstruments. Daran ändert auch nichts, dass sich ein derartiger Gestaltungsplan nicht wie bei einer herkömmlichen grösseren Überbauung üblich auf ein bestimmtes zusammenhängendes Areal innerhalb des Gemeindegebiets beschränkt, sondern zwangsläufig grössere Teile (z.B. die Dorf- oder Kernzone) oder – wie hier – sogar das gesamte Baugebiet der Gemeinde erfassen kann. Insofern ist der Auffassung des Gemeinderats und des Regierungsrats beizupflichten, dass es das massgebende kantonale Bau- und Planungsrecht nicht ausschliesst, einen Gestaltungsplan mit punktuellen, einen materiell sehr begrenzten Sektor betreffenden Vorschriften über das gesamte Baugebiet einer Gemeinde zu erlassen, soweit es im kommunalen Recht nicht ausgeschlossen ist.

2.6.

Zu beachten haben die Gemeinden auch bei der Sondernutzungsplanung in formeller und materieller Hinsicht das übergeordnete Recht, u.a. auch § 42 Abs. 2 BauG, der bestimmt, dass Bauten, Anschriften, Bemalungen, Antennen und Reklamen insbesondere Landschaften sowie Orts-, Quartier- und Strassenbilder nicht beeinträchtigen dürfen. Die Gemeinden sind zur Konkretisierung dieser Bestimmung in ihren jeweiligen Bau- und Nutzungsordnungen befugt. Die Gemeinden gewährleisten sodann die öffentliche Ordnung und Sicherheit (§ 27 Satz 1 KV; vgl. § 37 GG), wozu u.a. und im Rahmen der gesetzlichen Ordnung auch die Verkehrssicherheit ge-

hört (Andreas Baumann, Aargauisches Gemeinderecht, 3. Auflage, Zürich 2005, S. 306 f., 310 f.). Bestandteil des Erschliessungsplans und damit eines Gestaltungsplans ist u.a. die Gestaltung des Strassenraums (§ 1 ABauV).

Die Zuständigkeit der Gemeinde K. zur Reglementierung des Plakatwesens auf ihrem Gemeindegebiet ist ohne weiteres gegeben. Es handelt sich dabei um eine typisch lokale Angelegenheit (§ 104 Abs. 2 KV; AGVE 1994, S. 237; BGE 128 I 3 Erw. 3e/cc). Auch die Zuständigkeit der Gemeinde zum Erlass eines Sondernutzungsplans mit -vorschriften ergibt sich bereits aus dem kantonalen Recht. Der Gestaltungsplan mit einem von der allgemeinen Nutzungsordnung abweichenden Inhalt ist sodann in § 22 Abs. 2 BO ausdrücklich vorgesehen. (...)

3.-4.2. (...)

4.3.

Gemäss § 25 Abs. 2 BauG beschliesst über die Sondernutzungspläne und Sondernutzungsvorschriften der Gemeinderat. Der Umstand, dass Gestaltungspläne teilweise zu schweren Eigentumsbeschränkungen führen können, da nur noch gemäss Gestaltungsplan gebaut werden darf, hat den Baugesetzgeber nicht daran gehindert, die Zuständigkeit zu deren Erlass im Unterschied zum allgemeinen Nutzungsplan der Zuständigkeit des Gemeinderats zuzuweisen. Daraus folgt, dass die (funktionale) Rechtsetzungskompetenz des Gemeinderats zum Erlass eines Gestaltungsplans mit Sondernutzungsvorschriften auch im Zusammenhang mit der Regelung der Strassenreklame nicht in § 47 Abs. 4 BO, sondern vorab und unmittelbar im kantonalen Baugesetz begründet ist (VGE IV/14 vom 23. März 2001 [BE.1997.00092], S. 12 f.). (...)

4.4.

Die Delegation legislatorischer Befugnisse vom Gesetz- an den Verordnungsgeber ist im Gemeindegesetz nicht ausdrücklich geregelt. Die Lehre und die Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts halten die Delegation in den Grenzen der Rechtsprechung des Bundesgerichts zur Gewaltenteilung für zulässig (AGVE 1993, S. 190 ff.; Baumann, a.a.O., S. 531). Voraussetzung ist demzufolge, dass die Delegation nicht durch eine Verfassungsbestimmung unter-

sagt, die Delegationsnorm in einem dem Referendum unterstehenden Erlass enthalten ist, sich die Delegation auf eine bestimmte Materie beschränkt und die Delegationsnorm in grundsätzlicher Hinsicht Inhalt, Zweck und Ausmass der übertragenen Rechtsetzungsbefugnis bestimmt (Ulrich Häfelin / Georg Müller / Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Auflage, Zürich / Basel / Genf 2006, Rz. 404 ff.; BGE 132 I 7 Erw. 2.2; 128 I 113 Erw. 3c; AGVE 1997, S. 302, je mit Hinweisen).

Die Delegation ist verfassungsrechtlich nicht ausgeschlossen (AGVE 1997, S. 302). Bei der BO handelt es sich um einen Erlass der kommunalen Legislative, d.h. um ein Gesetz im formellen Sinn auf Gemeindestufe. Es kommt darin zweifelsfrei der Wille und die Absicht des kommunalen Gesetzgebers zum Ausdruck, das Anbringen von Plakaten und anderen Werbeträgern auf öffentlichem und privatem Grund nicht ungehindert zuzulassen, sondern im Rahmen eines vom Gemeinderat auszuarbeitenden Plakatkonzepts generell zu regeln, wobei in bestimmten Bereichen auch Verbote, Beschränkungen und Auflagen zulässig sind (§ 47 Abs. 4 BO). In den Grundzügen ist die gesetzliche Regelung, die sich auf eine bestimmte Materie – nämlich das Anbringen von Plakaten und anderen Werbeträgern – beschränkt, damit inhaltlich ausreichend klar. Die detaillierte Regelung bzw. Konkretisierung bleibt richtigerweise dem Plakatierungskonzept des Gemeinderats bzw. dem Sondernutzungsplan vorbehalten. Eine umfassendere Regelung des Plakatwesens (bezüglich Standorte von Reklametafeln, Reglementierung der Formate etc.) auf der Stufe der allgemeinen Nutzungsplanung, d.h. im Bauzonenplan und in der Bau- und Nutzungsordnung selbst, ist unpraktikabel und nicht sinnvoll, da Anpassungen und Änderungen nur unter den Voraussetzungen und in Form der Nutzungsplanungsrevision möglich und zulässig wären (vgl. für das Reklamereglement Bern BGE vom 5. Juli 2006 [1P.84/2006] Erw. 5.3 = ZBl 2007, S. 291).

4.5.-5. (...)

6.

6.1.

Die Besonderheit des angefochtenen Gestaltungsplans besteht darin, dass der Planungspereimeter das gesamte Baugebiet der Ge-

meinde erfasst (§ 2 Abs. 1 der Sondernutzungsvorschriften [SNV]) und Plakatstellen für Fremdreklamen grundsätzlich nur in der Zone "möglicher Plakatstellen" zugelassen werden (§ 4 Abs. 1 SNV). Eine Ausnahme machen die Sondernutzungsvorschriften nur für Fremdreklamen auf den Innenwänden von Unterständen bei Bushaltestellen (§ 4 Abs. 2 SNV). Der Gestaltungsplan bedeutet demzufolge für alle Bauzonen ausserhalb der Zonen "möglicher Plakatstellen" ein generelles Verbot für das Anbringen von Fremdreklamen. Die im Gestaltungsplan grün kolorierten Gebiete umfassen rund 5 % der Bauzonen. In den restlichen 95 % der Bauzonen auf dem Gemeindegebiet sind Plakatstellen nicht erlaubt.

Der Gemeinderat begründet das Verbot damit, dass die Gemeindestrassen heute weitestgehend von Plakatstellen frei seien und der Gemeinderat diesen Zustand auch weiterhin so erhalten wolle. Dem Planungsbericht lässt sich entnehmen, dass die Standortbeurteilung mit Ausnahme der Dorf- und Dorfkernzone auf die ausgewählten Bereiche entlang der Kantonsstrasse beschränkt wurde, und in der Vernehmlassung wird ausgeführt, der Gemeinderat habe "denn auch jene Bereiche als Zone möglicher Plakatstellen bezeichnet, auf denen ein Interesse für Betriebe der Plakatwerbebranche an Plakatstellen mit dem öffentlichen Interesse vereinbar" sei. Zu berücksichtigen sei auch, dass für die Strassenreklamen die Zustimmung der Grundeigentümer erforderlich sei, und aus Nachachtung des politischen Willens habe man Fremdwerbung in den Quartieren nicht zulassen wollen.

6.2.

Damit besteht entlang sämtlicher Gemeindestrassen ein Plakatierungsverbot, da nach dem Gestaltungsplan keine Plakatstellen ausserhalb der Zonen möglicher Plakatstellen bewilligt werden können. Für die Reklamestandorte ist zwar eher das Verhältnis der Strassenräume mit zulässigen und nicht zulässigen Standorten massgebend, und durch das Interesse der Werbebranche an Standorten mit erheblichem Publikumsverkehr ergeben sich weitere faktische Beschränkungen für grosse Teile des Siedlungsgebiets. Dennoch erweist sich das Verbot jeglicher Fremdreklame im "übrigen" Gemein-

degebiet (alle Bauzonen mit Ausnahme der Dorfkern- und Dorfzone) als unzulässig.

Das generelle Reklameverbot steht schon im Widerspruch zu § 47 Abs. 4 BO, wonach der Gemeinderat im Rahmen eines Konzepts das Anbringen von Plakaten oder anderen Werbeträgern auf öffentlichen und privaten Grundstücken "in bestimmten Bereichen" untersagen kann. Bereits aufgrund des Wortlauts dieser Bestimmung ist ein generelles Verbot, welches nur mit der Planung in den Zonen "möglicher Plakatstellen" begründet wird, mit dem kantonalen Recht und der BO nicht vereinbar. Gemäss § 21 Abs. 1 und Abs. 2 Satz 1 BauG setzt der Erlass eines Gestaltungsplans eine Beurteilung des öffentlichen Interesses an der Gestaltung einer Überbauung voraus. Eine solche Planung hat vorliegend nur mit Bezug auf die Dorf- und Dorfkernzone und entlang den Kantonsstrassen stattgefunden, nicht aber für die übrigen Baugebiete der Gemeinde (vgl. § 27 BO). Indem § 47 Abs. 4 BO für bestimmte Gebiete ein Verbot vorsieht, kann mit einer Planung der Zonen möglicher Plakatstellen entlang der Kantonsstrasse nicht durch die blosse Ausdehnung des Planungssperimeters, welcher das gesamte "übrige" Baugebiet der Gemeinde umfasst, ein Reklameverbot begründet werden. Vielmehr ist eine Planung der Reklamestandorte verlangt. Die pauschale Ausdehnung des Verbots auf das gesamte Gemeindegebiet hält sich damit nicht an den Rahmen von § 47 Abs. 4 BO (vgl. auch Abs. 1 dieser Bestimmung).

Eine solche Planung durch Umkehrschluss statuiert im Ergebnis und entgegen § 21 BauG eine (Sondernutzungs-) Planungspflicht für Reklamestandorte in den "übrigen" Baugebieten. Gemäss § 3 Abs. 2 lit. b ABauV darf ein Gestaltungsplan von den allgemeinen Nutzungsplänen bzw. -vorschriften abweichen, soweit insbesondere überwiegende Schutzinteressen es erfordern bzw. wenn ein öffentliches Interesse daran besteht (vgl. auch § 22 BO). Eine Evaluation dieser Interessen und deren Abwägung fehlen im angefochtenen Gestaltungsplan für das "übrige" Baugebiet der Gemeinde. In den Zonen W2 und W3 sind wenig störende Gewerbebetriebe (§ 28 Abs. 2 BO) und in den Zonen WG2 und WG3 (§ 29 BO) sowie in der Zone IG (§ 32 BO) Gewerbe- bzw. Industriebetriebe zulässig. Ein Reklameverbot in einem Gestaltungsplan bedarf einer besonderen planeri-

schen Begründung (siehe vorne Erw. 2.2). Der Erlass von grundeigentümerverbindlichen Nutzungsplänen erfordert zudem eine umfassende Interessenabwägung und eine Beurteilung der öffentlichen und privaten Anliegen. Einschränkungen der Grundeigentums- und Wirtschaftsfreiheitsrechte wie das vollständige Reklameverbot müssen raumplanerisch motiviert sein (Art. 3 RPG i.V.m. Art. 3 Abs. 1 lit. a und b RPV). Bei den Gemeindestrassen sind einmal grössere und vom Fahrzeug- und Fussgängerverkehr stärker frequentierte Sammelstrassen für die Werbebranche von Relevanz. Konkrete Werbebedürfnisse werden von der Beschwerdeführerin entlang der Quartierstrassen für die Bewerbung kultureller Anlässe, wie Konzerte oder eigene Veranstaltungen mit lokalem Zielpublikum, geltend gemacht. Die vom Gemeinderat angeführte Besitzstandsgarantie bestehender Plakatstellen und die Sorge um die restriktive Praxis im Zusammenhang mit der Umgebungsgestaltung entbinden die Planung nicht von der Feststellung und Beurteilung der betroffenen Interessen. Nicht jede Plakatstelle auf einem Grundstück im "übrigen" Baugebiet ist störend oder mit dem Ortsbildschutz nicht vereinbar. Auch die von Gemeinderat vorweggenommenen Brancheninteressen, welche diesem Planungsverbot zugrunde liegt, sind eher durch Annahmen denn sachlich begründet. Ein relevantes öffentliches Interesse (Ortsbild-, Landschaftsschutz, Quartiercharakter, besondere Bauten etc.) am bisherigen "plakاتفreien" Zustand entlang von Gemeindestrassen und in den Quartieren kann durchaus bestehen, wurde aber vorliegend nicht – jedenfalls nicht zureichend – geprüft und begründet.

Damit erweisen sich der Gestaltungsplan und die Sondernutzungsvorschriften "Plakatstellen", soweit sie für die Bauzonen ausserhalb der Zone möglicher Plakatstellen an den Kantonsstrassen ein absolutes Verbot statuieren, als rechtswidrig. Das generelle Verbot mit seiner systematischen und undifferenzierten Einschränkung der Plakatstellen auf Privatgrund schliesst die Werbung im "übrigen Gemeindegebiet" vollständig aus und stellt damit auch einen unverhältnismässigen Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) dar (BGE 129 II 497 Erw. 5.4.8; 128 I 3 Erw. 4b; vgl. auch BGE vom 21. März 2007 [2P.247/2006], Erw. 4.2 mit Hinweis).

IV. Submissionen

37 Rechtsschutz.

- **Unterhalb der Schwellenwerte des Einladungsverfahrens besteht seit der Revision des Submissionsdekrets vom 18. Oktober 2005 kein Rechtsschutz, und die Verwaltungsgerichtsbeschwerde ist unzulässig.**

Urteil des Verwaltungsgerichts, 4. Kammer, vom 19. September 2007 in Sachen H. AG gegen den Gemeinderat L. (WBE.2007.141).

Aus den Erwägungen

1.

1.1.

Die Beschwerde an das Verwaltungsgericht ist zulässig "in den Fällen, welche dieses oder ein anderes Gesetz bestimmt" (§ 51 Abs. 1 VRPG). Überdies kann durch Dekret des Grossen Rates die Zulässigkeit der Verwaltungsgerichtsbeschwerde auf weitere Fälle ausgedehnt werden (§ 51 Abs. 2 Satz 1 VRPG).

Gegen Verfügungen der Vergabestelle gemäss § 5 SubmD, in der Fassung vom 18. Oktober 2005, kann direkt beim Verwaltungsgericht Beschwerde erhoben werden (§ 24 Abs. 1 SubmD). Beim Gemeinderat L. handelt es sich unstreitig um eine Vergabestelle im Sinne von § 5 Abs. 1 lit. b SubmD. Sind die Schwellenwerte des Einladungsverfahrens (gemäss § 8 Abs. 2 SubmD) erreicht, gilt als anfechtbare Verfügung u.a. der Zuschlag (§ 24 Abs. 2 lit. b SubmD).

Gemäss § 8 Abs. 2 SubmD sind Aufträge im Einladungsverfahren zu vergeben, wenn der geschätzte Wert des Einzelauftrags folgenden Betrag übersteigt:

- a) Fr. 300'000.-- bei Aufträgen des Bauhauptgewerbes;
- b) Fr. 150'000.-- bei Dienstleistungen und Aufträgen des Bauneben-
gewerbes;

c) Fr. 100'000.-- bei Lieferungen.

Erreicht der geschätzte Wert des Einzelauftrags den Betrag für das Einladungsverfahren nicht, so kann der Auftrag freihändig vergeben werden (§ 8 Abs. 3 lit. a SubmD).

1.2.

Der vorliegend zu vergebende Auftrag umfasst neben der Lieferung und Montage der neuen Heizanlage auch die Demontage der bestehenden Anlage (Heizzentrale, Öltank, Unterstation). Es handelt sich somit um Arbeiten im Zusammenhang mit den technischen Installationen eines Bauwerks, d.h. um Arbeiten des Baunebengewerbes. Davon geht zu Recht auch die Beschwerdeführerin aus. Ebenfalls unbestritten ist, dass der für die Vergabe im Einladungsverfahren massgebende Schwellenwert von Fr. 150'000.-- vorliegend nicht erreicht wird. Die Beschwerdeführerin vertritt den Standpunkt, sie habe dennoch Anspruch auf eine beschwerdefähige Verfügung. Sie begründet diesen Standpunkt vor allem mit einem Entscheid des Verwaltungsgerichts vom 31. Juli 1997, wonach sich der Anspruch auf eine Verfügung aus §§ 23 und 24 SubmD, § 23 VRPG und aus Art. 9 BGBM ergebe.

1.3.

1.3.1.

Der von der Beschwerdeführerin angerufene VGE III/55 vom 31. Juli 1997 (BE.1997.00163) ist unter der Geltung des SubmD in der ursprünglichen Fassung vom 26. November 1996 (nachfolgend: aSubmD) ergangen. Danach unterstanden die Gemeinden den Bestimmungen des SubmD nur, wenn sie Bauaufträge über einem geschätzten Wert des Einzelauftrags von Fr. 200'000.-- bzw. Dienstleistungs- und Lieferaufträge über einem geschätzten Wert des Einzelauftrags von Fr. 50'000.-- (§ 5 Abs. 1 lit. d aSubmD) oder Aufträge, die von der öffentlichen Hand subventioniert wurden, vergaben (§ 5 Abs. 1 lit. b aSubmD). Diese Einschränkung bestand indessen nur in Bezug auf die Geltung der materiellen Bestimmungen des Dekrets, nicht aber in Bezug auf die Vorschriften über den Rechtsschutz, denn § 24 Abs. 3 aSubmD sah ausdrücklich vor, dass die Bestimmung über die Beschwerde auch für Gemeinden und andere Vergabestellen gemäss § 5 Abs. 1 lit. d aSubmD galt. Mithin bestand

nach altem Recht gestützt auf § 24 aSubmD gegenüber sämtlichen Vergaben öffentlicher Aufträge die Möglichkeit der Beschwerde an das Verwaltungsgericht. Daraus sowie insbesondere aus der Vorschrift von Art. 9 Abs. 1 BGBM leitete das Verwaltungsgericht – in Übereinstimmung mit der herrschenden Lehre – einen Anspruch der Anbietenden auf das Ergehen einer beschwerdefähigen Verfügung auch bei kommunalen Vergaben unterhalb der Schwellenwerte von § 5 Abs. 1 lit. d aSubmD ab (erwähnter VGE vom 31. Juli 1997, S. 6 f., 9 f.).

1.3.2.

In einem Urteil vom 11. Februar 2005 kam das Bundesgericht zum Schluss, dass die Regelung des Kantons Bern, wonach Auftragsvergaben unterhalb der Schwellenwerte des Einladungsverfahrens (oder tieferer kommunaler Schwellenwerte) nicht anfechtbar sind, vor Art. 9 BGBM standhalte. Es gebe eine Reihe gewichtiger Gründe für die Zulässigkeit einer solchen Regelung. So sei auch im Bund eine analoge Beschränkung vorgesehen. Das BoeB sei nur anwendbar, wenn bestimmte Schwellenwerte erreicht würden. Nur dann kämen auch die Rechtsschutzbestimmungen zur Anwendung. Es sei nicht ersichtlich, weshalb die Kantone verpflichtet sein sollten, auch für Bagatellvergaben Rechtsmittelverfahren vorzusehen, wenn der Bund selber für solche Fälle keinen Rechtsschutz kenne. Sodann habe die Gewährung einer Anfechtungsmöglichkeit grundsätzlich nur dort einen Sinn, wo das einschlägige Submissionsrecht im Hinblick auf die Bedeutung des Auftrags ein formalisiertes Vergabeverfahren überhaupt vorsehe. Das freihändige Verfahren sei kein derartiges Verfahren. Dass zwischen dem Verfahrensaufwand und der Bedeutung des zu vergebenden Auftrags ein vernünftiges Verhältnis bestehen solle, komme auch aus Art. 5 Abs. 2 BGBM zum Ausdruck, wonach nur Vorhaben für "umfangreiche" öffentliche Einkäufe, Dienstleistungen und Bauten unter Angabe der Kriterien für Teilnahme und Zuschlag amtlich zu publizieren seien. Es stehe sodann ausser Frage, dass der kantonale Gesetzgeber die Ausgestaltung des Submissionsverfahrens bzw. den damit für die Behörde verbundenen Evaluationsaufwand u.a. von der Bedeutung der Vergabung, d.h. von zu erreichenden Schwellenwerten, abhängig machen dürfe. Art. 9

BGBM schliesse derartige Differenzierungen nicht aus. Ebenso sei klar, dass nicht für jede kleine und kleinste Vergebung der öffentlichen Hand ein förmliches Verfahren durchgeführt und entsprechende Anordnungen unabhängig vom Wert des Auftrags immer in die Form einer anfechtbaren Verfügung gekleidet werden müssten; dies widerspräche der Realität (vgl. zum Ganzen BGE 131 I 137 Erw. 2.4; siehe ferner Martin Beyeler, in: BR 2005, S. 70 f.; ähnlich schon Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 16. September 1999, in: St. Gallische Gerichts- und Verwaltungspraxis [GVP] 1999, Nr. 36, S. 104 ff.).

1.3.3.

Im Rahmen der Teilrevision des Submissionsdekrets im Jahr 2005 wurde vor dem Hintergrund des vorgenannten bundesgerichtlichen Entscheids § 24 SubmD (Beschwerde) wie folgt neu gefasst:

¹Gegen Verfügungen der Vergabestelle kann direkt beim Verwaltungsgericht Beschwerde erhoben werden; dieses entscheidet endgültig.

²Sind die Schwellenwerte des Einladungsverfahrens erreicht, gelten als anfechtbare Verfügungen:

- a) die Ausschreibung;
- b) der Zuschlag;
- c) der Entscheid über die Auswahl von Anbietenden im selektiven Verfahren;
- d) der Ausschluss vom Vergabeverfahren;
- e) der Widerruf des Zuschlags oder der Abbruch des Vergabeverfahrens.

³Der Ausschluss von künftigen Vergabeverfahren kann unabhängig vom Schwellenwert angefochten werden."

Die bisherige lit. d von § 5 Abs. 1 SubmD sowie § 5 Abs. 2 SubmD wurden ersatzlos gestrichen.

In der Zusatzbotschaft des Regierungsrats zur Teilrevision des Submissionsdekrets vom 6. Juli 2005 (GR.04.199) wurde zur Begründung u.a. ausgeführt, eine Regelung analog der bernischen, mit der Durchführung von förmlichen Verfahren nur oberhalb von bestimmten Schwellenwerten, führe zu einer wesentlichen Vereinfachung und damit zu einer Verkleinerung des Verwaltungsaufwands der Vergabestellen in diesem Bereich, aber auch zu rascheren Verfah-

ren. Zudem sei absehbar, dass auch die Anzahl der Beschwerden an das Verwaltungsgericht abnehmen werde (Zusatzbotschaft, S. 2).

Mithin handelt es sich nach der Konzeption des SubmD bei der Vergabe öffentlicher Aufträge unterhalb der Schwellenwerte des Einladungsverfahrens um verfügbares staatliches Handeln.

1.4.

Aus den vorstehenden Erwägungen folgt, dass die Beschwerdeführerin nach der gemäss der Teilrevision vom 18. Oktober 2005 geltenden Rechtslage aus dem Submissionsdekret im vorliegenden Fall keinen Anspruch auf eine beschwerdefähige Verfügung und damit auch keinen Anspruch auf Rechtsschutz ableiten kann.

38 Varianten; Qualitätsbewertung; Preisbewertung.

- **Varianten (§ 16 SubmD): Bei der Beurteilung der Gleichwertigkeit einer Variante mit der Amtslösung kommt der Vergabestelle ein grosser Ermessensspielraum zu (Erw. 3.2-3.3).**
- **Allgemeine Ausführungen zum Gesamteindruck genügen den Anforderungen an die Prüfung der Qualitätskriterien mit einer Gewichtung von 50 % nicht (Erw. 7.1.3-7.5).**

Urteil des Verwaltungsgerichts, 4. Kammer, vom 3. Oktober 2007 in Sachen A. AG gegen den Gemeindeverband V. (WBE.2007.167).

Aus den Erwägungen

3.

3.1. (...)

3.2.

3.2.1.

Den Anbietenden steht es frei, Offerten für Varianten und Teilangebote einzureichen (§ 16 Abs. 1 SubmD). Die Vergabestelle bezeichnet in den Ausschreibungsunterlagen die Mindestanforderungen an Varianten und Teilangebote (§ 16 Abs. 2 SubmD). Das Angebot einer Variante ist ungültig, wenn damit nicht eine Offerte für das Grundangebot eingereicht wird. Ausnahmen von diesem Grundsatz

sind in den Ausschreibungsunterlagen festzulegen (§ 16 Abs. 3 SubmD).

3.2.2.

Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts beinhaltet eine Variante im Sinne von § 16 Abs. 1 SubmD immer eine leistungsbezogene Abweichung von den Ausschreibungsbedingungen; mit ihr soll den Anbietern die Möglichkeit eingeräumt werden, von der Amtslösung abweichende, innovative Alternativen anzubieten (AGVE 2003, S. 281). Beim Entscheid, ob sie einer Variante den Zuschlag erteilen oder auf der von ihr erarbeiteten Amtslösung beharren will, kommt der Vergabestelle ein grosser Ermessensspielraum zu, und sie ist nicht verpflichtet, irgendwelche mit der Variante verbundenen Risiken in Kauf zu nehmen (AGVE 2001, S. 339 mit Hinweis).

3.2.3.

Nicht unproblematisch ist im Einzelfall die Abgrenzung, ob überhaupt noch eine Variante (des Grundangebots) oder etwas völlig anderes angeboten wird. Auch wird die Vergleichbarkeit der Angebote zunehmend erschwert, je weiter sich eine Variante vom Grundangebot bzw. vom Leistungsverzeichnis entfernt. Aus § 15 Abs. 3 der Vergaberichtlinien (VRöB) zur IVöB ergibt sich, dass die Variante dem Amtsvorschlag bezüglich der technischen Spezifikationen gleichwertig sein sollte, wobei die Gleichwertigkeit von der Anbieterin oder vom Anbieter zu beweisen ist (Urteil des Verwaltungsgerichts Zug vom 24. September 1998, in: BR 2000, S. 62; AGVE 2001, S. 338 f.).

Ein Sonderfall sind Varianten, die nicht der Erbringung der ausgeschriebenen Leistung dienen bzw. eine andere technische Lösung vorschlagen, sondern einzig eine Reduktion des ausgeschriebenen Leistungsinhalts in quantitativer oder qualitativer Hinsicht zum Gegenstand haben. Solche Varianten sind nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich grundsätzlich ebenfalls zulässig, da sie der Vergabebehörde Gelegenheit geben, eine allenfalls diskutable Vorgabe nochmals zu überprüfen. Gelangt die Behörde jedoch zum Schluss, dass die Anforderungen entsprechend der Variante zu reduzieren sind, muss auch den andern Anbietern Gelegenheit

gegeben werden, ihre Offerten im Blick auf die neue Umschreibung des Leistungsinhalts zu ergänzen (Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich vom 17. Februar 2000 [VB.1999.00015], Erw. 8c; Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich vom 20. Juli 2004 [VB.2004.00006], Erw. 2.2.2). Mit der Gelegenheit zur Anpassung der Konkurrenzofferten soll gewährleistet werden, dass die als Variante offerierte Minderleistung nicht zu einem Kostenvorteil gegenüber den Mitbewerbern ausgenützt werden kann. Diese Gefahr besteht allerdings dann nicht, wenn das Angebot, welches die Minderleistung enthält, so weit vor den Angeboten der Mitbewerber liegt, dass es selbst unter Aufrechnung der Preisdifferenz, die für eine volle Leistung zu veranschlagen wäre, noch seinen Vorsprung behält. Denn bei dieser Sachlage werden die Mitbewerber durch die Zulassung des Angebots mit der Minderleistung nicht benachteiligt (Entscheid des Verwaltungsgerichts Zürich vom 20. Juli 2004 [VB.2004.00006], Erw. 2.2.2).

3.3.

3.3.1.

Nach den Ausschreibungsunterlagen sind Unternehmervarianten zulässig, welche den gesamten Leistungsumfang für den Anlagebereich A bis H umfassen. Sie müssen in formeller Hinsicht als separate Beilagen im Register 6 eingereicht und eindeutig gekennzeichnet werden. Sie sind nur unter Einhaltung der folgenden Bedingungen erlaubt bzw. werden nur geprüft, wenn diese Randbedingungen eingehalten werden, ausreichend belegt sind und gleichzeitig auch das Originalangebot eingereicht wird:

- Varianten müssen hinsichtlich Nutzung, Gebrauchstauglichkeit und Sicherheit dem Hauptangebot entsprechen.

- (...)

- (...)

- Der Unternehmer hat das Leistungsverzeichnis des Bauherrn vollständig ausgefüllt einzureichen.

- Die Unternehmervarianten müssen alle Angaben enthalten, die zur technischen und finanziellen Beurteilung erforderlich sind.

- Nachweis, dass Variante hinsichtlich Nutzung, Sicherheit und Gebrauchstauglichkeit ein insgesamt gleichwertiges Bauwerk gewährleistet.

3.3.2.

In formeller Hinsicht hat die Beschwerdeführerin ihre Variante nicht – wie verlangt – als separate Beilage im Register 6 (Beilagen des Unternehmers) eingereicht, sondern als zusätzliches Register 8 (Unternehmervariante). Diese unbedeutende Abweichung von Ziffer 3.1 der Besonderen Bestimmungen wird von der Vergabebehörde allerdings zu Recht nicht beanstandet. Hingegen macht sie Unvollständigkeit des Leistungsverzeichnisses bzw. das Vorliegen lediglich eines Teilangebots geltend, da die Beschwerdeführerin die S100-Karten nicht in das Angebot aufgenommen habe.

Der Vorwurf der (formellen) Unvollständigkeit des Leistungsverzeichnisses der Unternehmervariante geht fehl. Die Beschwerdeführerin hat bei denjenigen Positionen, bei denen die bestehenden Komponenten beibehalten werden sollen, die jeweiligen Stückzahlen und die Preisangaben korrekt mit 0 eingesetzt.

Auch liegt kein gemäss Ziffer 3.1 der Besonderen Bestimmungen unzulässiges Teilangebot vor. Ein Teilangebot weicht im Gegensatz zur Variante nicht inhaltlich (qualitativ), sondern lediglich umfangmässig (quantitativ) vom verlangten Angebot ab; insofern sind Teilangebote grundsätzlich auch ohne gleichzeitige Grundangebote zulässig (zur Unterscheidung zwischen Teilangebot und Unternehmervariante siehe AGVE 2000, S. 300 f.). Die Beschwerdeführerin offeriert auch bei ihrer Unternehmervariante den gesamten in der Ausschreibung verlangten Leistungsumfang, wobei sie – aufgrund ihrer Kenntnis der bestehenden Anlage – allerdings die Weiterverwendung der vorhandenen S100-Karten vorschlägt, aber zudem für die Weiterverwendung dieser Karten die verlangten Garantien gewährleistet. Insofern weicht das Variantenangebot inhaltlich, aber nicht umfangmässig (quantitativ) vom verlangten Angebot ab.

Ein Ausschluss der Unternehmervariante der Beschwerdeführerin aus formalen Gründen (Unvollständigkeit des Angebots bzw. unzulässiges Teilangebot) kommt somit entgegen der Vergabestelle nicht in Betracht.

3.3.3.

Gemäss den Ausschreibungsunterlagen müssen Varianten hinsichtlich Nutzung, Gebrauchstauglichkeit und Sicherheit dem Haupt-

angebot entsprechen (siehe vorne Erw. 3.3.1). In Bezug auf das Hauptangebot verlangen die Submissionsunterlagen, dass die Prozessstationen und die Netzwerkkomponenten für eine Betriebsdauer von 25 Jahren auszulegen sind. Die Beschwerdeführerin offerierte im Anschluss an die Offertpräsentation in ihrem Schreiben vom 17. August 2006 den kostenneutralen Ersatz von fehlerhaften S100-Ein-/Ausgabekarten innerhalb der nächsten zehn Jahre ab dem jeweiligen Zeitpunkt der Erneuerung der Prozessstation.

Die Vergabestelle verneint die Gleichwertigkeit der offerierten Unternehmervariante hinsichtlich Nutzung, Gebrauchstauglichkeit und Sicherheit. Mit dem Erfordernis, dass die Komponenten auf eine Betriebsdauer von 25 Jahren ausgelegt würden, werde nicht verlangt, dass die einzelne S100-Karten je 25 Jahre in Betrieb sein müssten, sondern die Vergabestelle wolle die Sicherheit haben, dass diese Karten bis zum Ablauf der 25 Jahre verfügbar seien. Gerade mit dem Hinweis auf die Garantie von 10 Jahren bestätige die Beschwerdeführerin, dass die Verfügbarkeit eben doch weit weniger als 25 Jahre gewährleistet sei. Die Vergabestelle verweist für ihren Standpunkt auf zwei Schreiben der Beschwerdeführerin vom 28. Mai 2002 und vom 22. Juli 2003, in denen darauf hingewiesen wird, dass der Lebenszyklus des (in der KVA B. eingesetzten) Leitsystems Y. in die Auslaufphase gehe. Die Fabrikation werde in absehbarer Zeit eingestellt. In der "Ausverkaufsanzeige" vom 22. Juli 2007 findet sich allerdings der Hinweis, dass die S100 I/O-Karten davon nicht betroffen seien.

Seitens der Beschwerdeführerin ist unbestritten, dass die bei der Unternehmervariante beizubehaltenden S100 I/O-Karten jedenfalls zum Teil seit mehr als 12 Jahren im Einsatz sind und folglich – im Gegensatz zu den Karten des Hauptangebots und der Konkurrenzofferten (welche entsprechend höhere Kosten ausweisen) – also nicht neu sind. Die Beschwerdeführerin weist in Bezug auf die Betriebsdauer darauf hin, dass die S100-Karten keine beweglichen, dem Verschleiss ausgesetzten Komponenten seien. Solche Karten stünden in anderen Verbrennungsanlagen seit über 25 Jahren in Betrieb. Damit räumt die Beschwerdeführerin stillschweigend ein, dass bei neuen Karten grundsätzlich mit einer künftigen Betriebsdauer von 25 Jah-

ren gerechnet werden kann. Dies trifft auf die bisherigen Karten, die zum Teil seit 1992 im Einsatz sind, klarerweise nicht zu. Vielmehr ist aufgrund des Alters in verstärktem Mass mit Ausfällen zu rechnen. Insofern kann nicht von einer Gleichwertigkeit der weiter verwendeten Karten und der neuen Karten gesprochen werden. Als Korrektiv vorgesehen ist von der Beschwerdeführerin der kostenlose Austausch von defekten Karten während zehn Jahren. Auch dies führt indessen nicht zu einer Gleichwertigkeit. Vielmehr rechtfertigt sich die Annahme, dass insbesondere für den Zeitraum nach Ablauf der zehnjährigen Garantiefrist mit einem erheblich verstärkten Ausfall der alten Karten, die dann rund 25 Jahre im Einsatz sein werden, zu rechnen wäre, dürften diese dann doch ihre maximale Lebensdauer erreicht haben. Weiter sind auch die Befürchtungen der Vergabebehörde, dass die Verfügbarkeit der (alten) Karten und die Ersatzmöglichkeit bzw. die Ersatzteilverhaltung nicht auf 25 Jahre hinaus sicher sei, durchaus nachvollziehbar und können nicht als gänzlich unbegründet zurückgewiesen werden. Inhalt der Ausschreibung war der vollständige Ersatz und die Ablösung des bestehenden Prozesssystems durch eine neue Anlage.

Vor dem Hintergrund des grossen Ermessensspielraums, der der Vergabestelle bezüglich des Entscheides, ob sie eine Variante und die damit verbundenen Risiken berücksichtigen oder auf der Amtslösung beharren will, zukommt (siehe vorne Erw. 3.2.2), ist der Beschluss des Gemeindeverbands V., die Unternehmervariante der Beschwerdeführerin nicht in die Bewertung miteinzubeziehen, aus den vorgeannten Gründen vertretbar und rechtlich nicht zu beanstanden. Insbesondere ist darin keine unzulässige Ermessensüberschreitung ersichtlich.

4.1.-4.2.1. (...)

4.2.2.

(...)

Bei der Bewertung der Angebote steht im Vordergrund, dass die Beurteilung in sachlich haltbarer und objektiv begründbarer Weise erfolgen muss; andernfalls überschreitet oder missbraucht die Vergabebehörde das ihr zustehende Ermessen (AGVE 1999, S. 328; AGVE 1998, S. 384). Wegleitend ist sodann für die Bewertung der

Angebote der für das gesamte Vergaberecht geltende Grundsatz der Transparenz. Die vorgenommene Bewertung muss sowohl für die Anbietenden als auch für die Rechtsmittelinstanz im Beschwerdeverfahren nachvollziehbar sein. Hat die Vergabestelle Zuschlagskriterien festgelegt und den Anbietenden bekannt gegeben, ist sie verpflichtet, die Angebote anhand dieser Kriterien zu prüfen und zu bewerten. Werden bekannt gegebene Kriterien ausser Acht gelassen, die Bedeutungsfolge umgestellt, andere Gewichtungen vorgenommen oder andere zusätzliche Kriterien herangezogen, die nicht bekannt gegeben wurden, handelt die Auftraggeberin vergaberechtswidrig und verstösst gegen die Grundsätze der Transparenz und Nichtdiskriminierung (AGVE 1997, S. 352 ff. und S. 358). Klar nicht zulässig ist es somit, bei der Beurteilung der Angebote abweichend von den Ausschreibungsunterlagen auf die Prüfung der einzelnen Zuschlagskriterien zu verzichten. Über das (formelle) Vorgehen bei der Bewertung der Offerten anhand der Zuschlagskriterien enthält das Submissionsdekret keine Vorschriften. Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts ist die Vergabestelle beim Erstellen einer Bewertungsmatrix daher weitgehend frei; sie ist im Übrigen auch nicht dazu verpflichtet, eine solche zu verwenden. In erster Linie ist entscheidend, dass ein Bewertungs- oder Benotungssystem im Grundsatz sachgerecht und einheitlich ist, d.h. auf alle Anbietenden bzw. auf alle Angebote in gleicher Weise und nach gleichen Massstäben, angewendet wird. Eine differenzierte Prüfung der sach- bzw. qualitätsbezogenen Kriterien drängt sich sodann besonders auf, wenn für den Zuschlag das Qualitätskriterium den Preis überwiegt. In diesen Fällen gilt es zu verhindern, dass dem Preis eine ausschreibungswidrige Bedeutung zukommt, indem er trotz seines geringen Gewichts im Ergebnis allein über den Zuschlag entscheidet. Auch der relative Charakter der Zuschlagskriterien ruft grundsätzlich nach einer differenzierenden Bewertung (vgl. VGE III/88 vom 20. Oktober 2003 [BE.2003.00240], S. 12 f.).

Im vorliegenden Fall kommt dem Kriterium "Qualität der technischen Lösung" mit einer Gewichtung von 50 % gegenüber dem Anschaffungskosten mit einer Gewichtung von 30 % eine übergeordnete Bedeutung zu. An die Prüfung der Qualitätskriterien, wie sie

in der Ausschreibung bekanntgegeben worden sind, sind deshalb erhöhte Anforderungen zu stellen (vgl. AGVE 2000, S. 327). Das heisst insbesondere, dass auf eine nachvollziehbare, differenzierte sachliche Bewertung der von der Vergabestelle in den Ausschreibungsunterlagen bekannt gegebenen technischen Teilkriterien nicht verzichtet werden kann. Allgemeine Ausführungen zum Gesamteindruck, eine fehlende Bewertung oder eine falsche Bewertung der technischen Anforderungen an die Qualität, wie dies vorliegendenfalls offensichtlich geschehen ist, genügen den Anforderungen nicht. Eine solche Bewertung widerspricht nicht nur den eigenen Vorgaben der Vergabebehörde, sondern verletzt auch den Grundsatz der Transparenz. Es ist nicht nachvollziehbar, wie die Vergabestelle die einzelnen Teilaspekte der Kriterien "Systemarchitektur", "Busstrukturen" und "Redundanzen" bewertet hat und worin die Bewertungsunterschiede zwischen der technischen Lösung der Beschwerdeführerin und der Zuschlagsempfängerin begründet sind.

Das Verwaltungsgericht beschränkt sich im Rahmen seiner – beschränkten – Kontrollbefugnisse auf die Überprüfung dieser Gesichtspunkte; ihm kommt nicht die Funktion einer "Ober-Vergabebehörde" zu. Es ist daher nicht Sache des Verwaltungsgerichts, hier eine eigene Bewertung vorzunehmen. Klar erscheint aber, dass in Bezug auf das Angebot der X. AG der Bewertungsabzug beim Subkriterium "Busstrukturen" im Vergleich zum Angebot der Beschwerdeführerin über den jetzigen sechs Punkten liegen muss, wird doch ein von der Vergabestelle als wichtig erachteter Aspekt nicht oder jedenfalls nicht in gleichem Mass erfüllt. Folglich hat die Vergabebehörde hier eine Neubewertung vorzunehmen, welche auch die unterschiedlichen Redundanzgrade auf der Leitebene miteinbezieht.

4.2.3.-7.1.2. (...)

7.1.3.

Der Vergabebehörde steht bei der Benotung des Zuschlagskriteriums Preis ein erheblicher Ermessensspielraum zu. In dieses Ermessen greift das Verwaltungsgericht nicht ein. Zu prüfen ist dagegen eine allfällige Überschreitung oder ein Missbrauch des Ermessens. Wie eine Bewertungsskala hinsichtlich der Angebotspreise festzulegen ist, lässt sich nicht in allgemeingültiger Weise bestimmen, son-

dern hängt stark von den Umständen des Einzelfalls ab. Eine (submissions-)rechtliche Vorgabe, eine Bewertungsmethode zu verwenden, die auf einer Nullbewertung des teuersten Angebots beruht, besteht nicht (VGE III/76 vom 23. September 2002 [BE.2002.00247], S. 10). Die Bewertung der Angebotspreise muss jedoch der Gewichtung des Kriteriums Rechnung tragen, damit das im Voraus bekannt gegebene Gewicht tatsächlich zum Tragen kommt. Das bedeutet insbesondere, dass beim Kriterium Preis – ebenso wie bei anderen Kriterien – nur die tatsächlich in Frage kommende Bandbreite möglicher Werte zu berücksichtigen ist (Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich vom 18. Dezember 2002 [VB.2001.00095], Erw. 3g und 4b; Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich vom 11. September 2003 [VB.2003.00188], Erw. 4b; Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich vom 24. September 2003 [VB.2003.00207], Erw. 2; zum Ganzen: AGVE 2004, S. 231 ff.; VGE IV/2 vom 26. Januar 2007 [WBE.2006.378], S. 9).

7.5.

Das Ziel der Festlegung der Preiskurve muss es sein, die Bewertung der Angebotspreise so zu bewerkstelligen, dass das im Voraus bekannt gegebene Gewicht des Kriteriums bei der Evaluation auch tatsächlich zum Tragen kommt. Sowohl das Gewicht, das eine Vergabestelle dem Preis als Zuschlagskriterium zulässigerweise zumisst, als auch die realistischere Weise bei den Angeboten zu erwartenden Preisspannen sind stark von der Art des zu vergebenden Auftrags abhängig. Bei einfachen Bau- oder Lieferaufträgen wird dem Preis regelmässig ein eher hohes Gewicht beizumessen sein; ebenso werden sich die Angebotspreise innerhalb eines relativ engen Rahmens bewegen. Demgegenüber rechtfertigt sich bei komplexen Aufträgen (anspruchsvolle Konstruktionen, komplexe Dienstleistungsbeschaffungen) ein höheres Gewicht der qualitativen Aspekte gegenüber dem Preis, der allerdings eine bestimmte Mindestgrenze nicht unterschreiten darf (siehe BGE 129 I 313 f. = Pra 64/2004, S. 368, wo das Bundesgericht diese Grenze bei 20 % festgelegt hat). Erfahrungsgemäss ist hier bei den Preisen auch mit wesentlich grösseren Bandbreiten zu rechnen.

Im vorliegenden Fall hat die Vergabebehörde die Qualität in den Vordergrund gestellt und dem Preis bzw. den Anschaffungskosten bewusst ein geringes Gewicht von lediglich 30 % zugemessen. Diese Gewichtung erscheint berechtigt und wird auch von der Beschwerdeführerin nicht in Frage gestellt. Mit der effektiv vorgenommenen Preisbewertung, bei der eine Preisdifferenz von lediglich 5 % zu einem Punkteabzug von 60 % beim Preiskriterium führt, wird dem Preis jedoch, wie auch die Vergabebehörde eingesteht, ein weitaus überhöhtes, ausschreibungswidriges Gewicht beigemessen. Richtigerweise hätte die Vergabestelle hier ein Bewertungssystem festlegen müssen, das den konkreten Umständen (geringes Gewicht des Preises, nur drei gültige Angebote innerhalb einer Preisspanne von nur 5 %) Rechnung getragen hätte. Der von der Vergabestelle in der Vernehmlassung vorgeschlagene Weg, wonach auch der Preis der ausgeschlossenen Anbieterin miteinzubeziehen und mit der Maximalnote 10 zu bewerten wäre, um eine halbwegs realistische Bandbreite der Angebotspreise zu bestimmen, erscheint eine im Rahmen des der Vergabebehörde zukommenden Ermessens noch vertretbare Lösung. Dies auch unter dem Gesichtspunkt, dass die V. AG aus technischen und nicht aus preislichen Gründen – die V. AG hätte mit einem finanziellen Aufwand von Fr. 5'000.-- die technischen Mängel ihres Angebots beheben können (VGE IV/28 vom 5. April 2007 [WBE.2007.20]) – vom Submissionsverfahren ausgeschlossen wurde. Bei der von der Vergabebehörde vorgeschlagenen Lösung würde ein um 40 % teureres Angebot mit der Minimalnote bewertet. Für anspruchsvolle technische Aufträge wie den hier streitigen erscheint diese Bandbreite zwar recht gering, sie steht aber im Einklang mit den vorliegend tatsächlich eingereichten Angebotssummen, die lediglich um 24 % auseinander liegen. Zu beachten ist in diesem Zusammenhang allerdings auch das im Jahr 2004 begonnene und schliesslich abgebrochene Submissionsverfahren in der gleichen Sache. Hierbei wurden Angebotssummen zwischen rund 1,9 Mio. und 3,3 Mio. Franken eingereicht, d.h. die Preisspanne betrug damals rund 74 %.

39 Kommunale Zuständigkeit im Submissionswesen.

- **Zuständig für die Vergabe öffentlicher Arbeiten und Lieferungen ist grundsätzlich der Gemeinderat (Erw. 2.1).**
- **Der Schulpflege V. fehlt die Zuständigkeit zur Vergabe öffentlicher Beschaffungsaufträge (Erw. 2.4-2.5).**

Urteil des Verwaltungsgerichts, 4. Kammer, vom 19. September 2007 in Sachen N. AG gegen die Schulpflege V. (WBE.2007.224).

Aus den Erwägungen

2.

2.1.

Zuständig für die Vergabe öffentlicher Arbeiten und Lieferungen ist der Gemeinderat (§ 37 Abs. 2 lit. 1 GG). Auch die Gemeindeordnung der Gemeinde V. vom 19. September 2005 weist die Zuständigkeit für die Vergabe öffentlicher Aufträge dem Gemeinderat zu (§ 34 lit. m GO). Gemäss § 36 Abs. 1 GO kann der Gemeinderat seine Befugnisse delegieren. In diesen Fällen sehen das Gemeindegesetz und die Gemeindeordnung der Gemeinde V. eine Art Einspracheverfahren vor (§ 39 Abs. 2 GG und § 36 Abs. 2 GO).

2.2.

Entgegen der Auffassung der Schulpflege kann die Schulpflege ihre Zuständigkeit nicht auf eine spezielle Delegation der Entscheidungsbefugnisse des Gemeinderates stützen. In tatsächlicher Hinsicht fehlt bereits ein entsprechender Beschluss des Gemeinderates.

2.3.

Für die allgemeine Kompetenzzuweisung an eine kommunale Kommission ist grundsätzlich ein kommunales Reglement erforderlich, welches in generell-abstrakter Weise die Übertragung der Entscheidungsbefugnisse regelt (§ 39 Abs. 3 GG; vgl. hierzu auch "Delegation von Entscheidungsbefugnissen des Gemeinderates nach § 39 Gemeindegesetz", Merkblatt der Gemeindeabteilung, Oktober 2004, S. 4; Andreas Baumann, Aargauisches Gemeinderecht, 3. Auflage, Zürich 2005, S. 537 ff.). Der Gemeinderat V. hat das Reglement zur

Übertragung von Entscheidungsbefugnissen (§ 36 Abs. 3 GO) bis jetzt nicht erlassen.

Eine stillschweigende oder praxisgemässe Ermächtigung vermag die Zuständigkeit für Verfügungsakte in Submissionsverfahren nicht zu begründen. Die Beschaffung im Submissionsverfahren ist öffentliches Recht (vgl. zur sog. Zweistufentheorie: Ulrich Häfelin / Georg Müller / Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Auflage, Zürich 2006, Rz. 287 ff.), weshalb nach dem Gesetzmässigkeitsprinzip (Art. 5 Abs. 1 BV; Pierre Tschannen / Ulrich Zimmerli, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Auflage, Bern 2005, § 19 Rz. 6) für die verwaltungsinternen Zuständigkeiten der Vergabestelle eine organisationsrechtliche Grundlage erforderlich ist (vgl. auch VGE III/73 vom 28. Mai 1999 [BE.1998.00405], S. 11 ff.). Schon die KV gebietet in § 107 Abs. 2 KV den Gemeinden, ihre Organisation in einer Gemeindeordnung festzulegen, welche die Zuständigkeiten der Gemeindeorgane bestimmt (§ 18 Abs. 1 GG) und zu ihrer Gültigkeit vom Regierungsrat zu genehmigen ist (§ 17 GG).

2.4.

Die Zuständigkeiten des Gemeinderates stehen allerdings unter dem Vorbehalt von Befugnissen, die durch Vorschriften des Bundes, des Kantons oder der Gemeinden einem anderen Organ übertragen sind (§ 37 Abs. 1 GG; § 34 Abs. 1 GO). Zu prüfen ist daher, ob kantonales oder kommunales Sachrecht der Schulpflege funktionale Zuständigkeiten zu Entscheidungen im Beschaffungswesen einräumt.

2.4.1.

Die Schulpflege ist gemäss § 71 Abs. 1 SchulG (Fassung vom 1. März 2005, in Kraft seit 1. August 2005 [AGS 2005, S. 254]) verantwortlich für die Führung der Kindergärten sowie der Volksschule und trifft alle Entscheidungen, die mit einem ordentlichen Rechtsmittel angefochten werden können. Gemäss § 71 Abs. 2 SchulG obliegt die operative Führung der Schule der Schulleitung. Der Wortlaut dieser Bestimmung ist umfassend und lässt den Schluss zu, dass die Schulpflege und/oder die Schulleitungen in schulischen Belangen ausnahmslos für sämtliche Entscheidungen zuständig sind, welche durch ein Rechtsmittel angefochten werden können. Da Verfügungen im Submissionswesen im Bereich oberhalb der Schwellenwerte mit

Beschwerde angefochten werden können, lässt sich eine Zuständigkeit der Schulpflege aus dem Wortlaut von § 71 Abs. 1 Satz 2 SchulG begründen. Allerdings fällt auf, dass anlässlich der Revision von § 71 SchulG vom 17. Dezember 2002 (AGS 2004, S. 157) und auch im Rahmen der Revision vom 1. März 2005 (AGS 2005, S. 254) der Gesetzgeber keine Fremdänderungen im Organisationsrecht der Gemeinden und im Finanzrecht vorgenommen hat. Auch die Bestimmungen über die Trägerschaft der Schule (§ 52 f. SchulG) und die Zuständigkeit der Gemeinden im Schulwesen (§ 54 SchulG) blieben unverändert. Gemäss §§ 53 ff. SchulG sind die Gemeinden zur Beschaffung, Finanzierung und zum Unterhalt der Schulbauten, Schuleinrichtungen und der Lehrmittel verpflichtet (§ 53 Abs. 1 und 2 SchulG). In allen Angelegenheiten, welche über die Kompetenzen von Gemeinderat oder Schulpflege hinausgehen, beschliessen die Gemeinden (§ 54 Abs. 3 SchulG).

Die fehlenden Gesetzesanpassungen für den verwaltungsinternen kommunalen organisatorischen Zuständigkeitsbereich sind umso erstaunlicher, als in der Fassung des Schulgesetzes vom 17. März 1981 (AGS Band 10, S. 546 f.) die Zuständigkeiten der Schulpflege in einem – nicht abschliessenden – Katalog aufgeführt waren. Vor der Revision von § 71 Abs. 1 SchulG gehörte zu den Aufgaben der Schulpflege u.a. die Antragstellung für sämtliche Schulbau- und Planungsfragen und für den jährlichen Voranschlag des Schulwesens (§ 71 lit. k aSchulG), und sie verfügte über die durch die Gemeindeordnung der Schule im jährlichen Voranschlag eingeräumten Betriebsmittel (§ 71 lit. l aSchulG). Eine Zuständigkeit der Schulpflege im Beschaffungswesen war auch im alten SchulG nicht vorgesehen, vielmehr richtete sich die verwaltungsinterne Zuständigkeit nach den Bestimmungen im Gemeindegesetz und in der Gemeindeordnung (vgl. auch Baumann, a.a.O., S. 365 ff.)

Mit der Revision des SchulG vom 1. Dezember 2002 und vom 1. März 2005 wurden die Kompetenzen und Aufgaben der Schulpflege in der geleiteten Schule erweitert. Die Schulpflege ist gemäss § 42 GAL Anstellungsbehörde (vgl. auch § 8 VALL), sie führt und beaufsichtigt die Schulleitungen (§ 5 ff. der Verordnung zur geleiteten Schule vom 23. November 2005 [SAR 401.115]). Sie ist sodann

erste Instanz für Laufbahn-, Disziplinar- und Strafentscheide an den Schulen (§§ 37a, 38c und § 73 SchulG in der Fassung vom 1. März 2005). Die Schulgesetzrevision 2005 hat aber die Entscheidungskompetenzen in Investitions- und Finanzbereichen für Schulbauten und Schuleinrichtungen sowie Lehrmittel nicht ausdrücklich neu geregelt. Aus den Materialien ergeben sich insbesondere keine Anhaltspunkte dafür, dass der Schulpflege im öffentlichen Beschaffungswesen neue Zuständigkeiten übertragen wurden (vgl. unter anderem Botschaft des Regierungsrates an den Grossen Rat vom 14. November 2001 [01.319], Gesamtbericht Führung Schule vor Ort, S. 3 f.; Botschaft des Regierungsrates an den Grossen Rat vom 3. November 1999 [99.348], Schulgesetz, Partialrevision Etappe II, S. 10; Botschaft des Regierungsrates an den Grossen Rat vom 24. Mai 2000 [00.187], Gesetz über die Anstellung von Lehrpersonen [GAL], S. 35; Protokoll des Grossen Rates [Prot. GR] vom 21. Dezember 2004 [Art. Nr. 2004-2300]).

2.4.2.

Vom Wortlaut einer gesetzlichen Bestimmung ist dann abzuweichen, wenn der Wortlaut nicht ihren wahren Sinn wiedergibt bzw. wenn eine auf den Wortlaut beschränkte Auslegung zu Ergebnissen führt, welche der Gesetzgeber nicht gewollt hat und die gegen das Gerechtigkeitsgefühl und den Grundsatz der rechtsgleichen Behandlung verstossen (vgl. BGE 128 III 113 Erw. 2a; BGE 127 III 318 Erw. 2b; AGVE 2004, S. 103 ff. mit Hinweisen).

In systematischer Hinsicht sind die Beschlüsse der Schulpflege beim Bezirksschulrat anfechtbar (§ 75 SchulG), und auch das sog. "Kompetenzgeld" der Schulpflege (§ 74 SchulG) ist von der zuständigen Gemeindebehörde im Rahmen des Jahresbudgets zu beschliessen. Vor diesem Hintergrund und den Materialien ergibt sich, dass der Schulpflege mit der Revision des Schulgesetzes keine Entscheidungskompetenzen in der Investitions- und Finanzplanung übertragen wurden (vgl. hierzu Die Rolle der Schulpflege, Departement Bildung, Kultur und Sport, November 2005, S. 5; Verordnung zur geleiteten Schule, Leitfaden für die Umsetzung, Departement Bildung, Kultur und Sport, Januar 2006, S. 7 ff.) und vor allem die innerver-

waltungsrechtliche Zuständigkeit des Gemeinderates im Beschaffungswesen nicht auf die Schulpflege übertragen wurde.

Der Vollständigkeit halber ist anzufügen, dass den Schulleitungen operative Zuständigkeiten zugewiesen werden können (§ 71 Abs. 2 SchulG). Nach den Bestimmungen in der Verordnung zur geleiteten Schule handelt es sich dabei um Bestimmungen zum "Aufbau und (zur) Stärkung der geleiteten Schule und (der) damit verbundenen Weiterentwicklung der Schulqualität in den Bereichen Organisation, Unterricht und Personal" (§ 1 Abs. 2 Verordnung zur geleiteten Schule) und mit Bestimmungen über die Organisation des Bildungswesens (inkl. des Disziplinarrechts) für die Schüler und Lehrpersonen (vgl. §§ 5 und 8, 9 und 11 der Verordnung zur geleiteten Schule). Operative Zuständigkeiten der Schulleitung ergeben sich aus der Verordnung im Bereich des Finanzwesens, insbesondere für die Beschaffung nicht, zumal in diesem kommunalen Bereich die Gemeindeautonomie eine kantonale Regelung in einer regierungsrätlichen Verordnung ausschliessen würde (§ 106 Abs. 1 KV).

2.4.3.

Im Zusammenhang mit dem GAT III sind am 1. Januar 2006 Änderungen über die Verwaltungsorganisation im Gemeindegesetz in Kraft getreten (vgl. §§ 71a ff. GG). Diese Revision hat die Rechtsgrundlagen geschaffen, welche es den Gemeinden ermöglichen, die wirkungsorientierte Verwaltungsführung (WOV) einzuführen. Das kantonale Recht bestimmt im Gemeindegesetz die Minimalanforderungen und schreibt die Mindestkompetenzen von Gemeindeversammlung oder Einwohnerrat einerseits und Gemeinderat andererseits vor, wobei den Gemeinden Möglichkeiten zur selbstständigen Ausgestaltung zustehen. Jene Gemeinden, welche die Verwaltung auf WOV ausrichten, haben dies in ihrer Gemeindeordnung zu ordnen (§ 71b GG; vgl. Botschaft des Regierungsrates an den Grossen Rat vom 28. April 2004 [04.115], Aufgabenteilung Kanton-Gemeinden 3. Paket, S. 53; Prot. GR vom 18. Januar 2005 [Art. 2005-2354], S. 3942 ff.). An den Zuständigkeiten des Gemeinderates im Beschaffungswesen hat diese kantonale Revision nichts geändert (vgl. § 71d Abs. 1 und 2 GG). Gemäss § 71d Abs. 3 GG erfordern die Zuweisung weiterer Kompetenzen an Legislative oder Exekutive sowie

mögliche Instrumente der wirkungsorientierten Verfassung ein Reglement. Die Gemeindeordnung V. enthält (noch) keine Regelung zu WOV, vor allem fehlen die erforderlichen Reglemente (Stellungnahme des Gemeinderates vom 10. September 2007). Der Auffassung der Schulpflege, wonach ihr im Rahmen von Globalbudgets auch die verwaltungsinterne Zuständigkeit für die Durchführung eines Submissionsverfahrens zukommt, fehlt daher die gesetzliche Grundlage. Im Beschluss des Einwohnerrates vom 12. März 2007 wurde das Informatikkonzept genehmigt und der Verpflichtungskredit für die Gebäudeinvestitionen/Netzwerk für die Hard- und Softwareanschaffung sowie für Schulung etc. bewilligt. Eine Änderung der Zuständigkeiten für die Durchführung der Submission enthält der Beschluss nicht.

2.5.

Als Zwischenergebnis ist daher festzuhalten, dass der Schulpflege V. mangels kantonaler und kommunaler Grundlage die Zuständigkeit zur Vergabe öffentlicher Beschaffungsaufträge fehlt.

40 Kostendach.

- **Bedeutung eines Kostendachs in einer Gesamtleistungssubmission.**
- **Kostendach als zwingendes (absolutes) Vergabekriterium.**

Urteil des Verwaltungsgerichts, 4. Kammer, vom 22. November 2007 in Sachen P. AG gegen den Stadtrat Z. (WBE.2007.207).

Aus den Erwägungen

2.

2.1.

Angebote, die zwingende Vorgaben der Ausschreibungsunterlagen nicht einhalten, sind nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts vom Vergabeverfahren auszuschliessen. Es ist auch nicht zulässig, die fehlende Vereinbarkeit mit den Ausschreibungsunterlagen im Rahmen der Bereinigung nachträglich herzustellen (siehe VGE IV/28 vom 5. April 2007 [WBE.2007.20], S. 5 ff.). Auch bei

Planungs- und Gesamtleistungswettbewerben kann die Auftraggeberin ohne weiteres sachliche Vergabekriterien aufstellen, die absolut gelten (Bedingungen oder "Musskriterien"), wie z.B. betriebliche Anforderungen oder die Vorgabe eines Kostendachs. Ein Beitrag, der ein solches Kriterium nicht erfüllt, weicht in einem wesentlichen Punkt von den Programmbestimmungen ab, was den Ausschluss vom Wettbewerb zur Folge haben muss. Die Wettbewerbsteilnehmer dürfen darauf vertrauen, dass sich das Preisgericht an die eigenen Programmbestimmungen hält. Andernfalls würden die grundlegenden submissionsrechtlichen Gebote des fairen und transparenten Verfahrens wie auch der Gleichbehandlung der Anbietenden verletzt (siehe Beat Messerli, Der Planungs- und Gesamtleistungswettbewerb im öffentlichen Beschaffungsrecht, 2. Auflage, Bern 2007, S. 109 f.; Felix Jost / Claudia Schneider Heusi, Architektur- und Ingenieurwettbewerbe im Submissionsrecht, in: ZBl 105/2004, S. 355).

2.2.

Zu prüfen ist die strittige Frage, ob dem Kostendach von 5 Mio. Franken vorliegend der Charakter einer zwingend einzuhaltenden Programmvorgabe (im Sinne eines "Musskriteriums") zukommt oder nicht. Grundlage für diese Prüfung sind die den Bewerbern zur Verfügung gestellten Unterlagen und Informationen.

Ziff. 8.5 (Wirtschaftlichkeit) des Programms der Präqualifikation vom 23. Oktober 2006 lautet wie folgt:

"Die Stadt Z. verlangt, neben einer gestalterisch guten auch eine in Erstellung, Betrieb und Unterhalt wirtschaftliche Lösung realisieren zu können. Aus der Finanzplanung der Stadt Z. ergibt sich für die Dreifachturnhalle ein Kostendach von Fr. 5 Mio. inkl. feste Einrichtungen, Honoraren und MwSt.

Separat zu offerieren sind der Abbruch der bestehenden Halle, die Anpassungen an das Hallenbad und die Abtragung des Spielhügels sowie das bewegliche Mobiliar und die Sportgeräte."

Ziff. 8.6 des Programms Skizzenqualifikation (Wirtschaftlichkeit) vom 16. November 2006 und Ziff. 8.3.6 (Wirtschaftlichkeit) des Programms Gesamtleistungssubmission vom 13. Februar 2007 lauten bis auf die Ergänzung "sowie der Ersatz von Kugelstoss- und

Weitsprunganlage" (im Programm Gesamtleistungssubmission) praktisch identisch:

"Die Stadt Z. verlangt, neben einer gestalterisch guten auch eine in Erstellung, Betrieb und Unterhalt wirtschaftliche Lösung realisieren zu können. Aus der Finanzplanung der Stadt Z. ergibt sich für die Dreifachturnhalle ein Kostendach von Fr. 5 Mio. inkl. Einrichtungen, Mobiliar, Honorar und MwSt.

Nicht im Kostendach von Fr. 5 Mio. inbegriffen und separat zu offerieren sind der Abbruch der bestehenden Halle, die Anpassungen an das Hallenbad und die Abtragung des Spielhügels sowie der Ersatz von Kugelstoss- und Weitsprunganlage."

In allen drei Programmen wird somit – jeweils unter dem Ober-titel "Erläuterungen und Projektierungshinweise" – ein Kostendach von 5 Mio. Franken vorgegeben. Zu den Konsequenzen der Nicht-einhaltung des Kostendachs wird in den verschiedenen Programmen nichts gesagt.

Im Rahmen der Fragenbeantwortung zur Skizzenqualifikation vom 19. Dezember 2006 wurde aber von einem der Bewerber die Frage gestellt, was geschehe, wenn die 5 Mio. von keinem Team eingehalten werden könnten. Die Frage wurde von der Auftraggeberin wie folgt beantwortet:

"Die Vorgabe von 5 Mio. ist als Kostendach absolut verbindlich. In dieser Summe ist auch die Ausstattung enthalten, soweit diese als Zubehör des Gebäudes zu verstehen ist (insbesondere die fest mit dem Gebäude verbundenen Einrichtungen). Nicht enthalten sind: Abbruch bestehende Halle mit Anpassungskosten, Umgebungsarbeiten; diese sind separat auszuweisen.

Wenn keiner der Teilnehmer das Ziel erreichen sollte, ist mit keinem Zuschlag zu rechnen (Aufhebung Submission)."

Im Zwischenbericht des Beurteilungsgremiums vom 16. April 2007, der den beiden verbliebenen Teilnehmern der Gesamtleistungssubmission zugestellt wurde, ist schliesslich Folgendes festgehalten:

"Das Kostendach von CHF 5'000'000.-- ist unter allen Umständen einzuhalten."

Im Rahmen der Fragebeantwortung vom 9. Mai 2007 wird in Ziff. 3 die Kostenvorgabe noch einmal explizit für die Überarbeitung bestätigt.

2.3.

Wie bereits festgestellt, nennen alle drei den Anbietern im Verlauf des Verfahrens abgegebenen Programme ein Kostendach von 5 Mio. Franken. Das Kostendach wird in den Programmen zwar nicht explizit als Ausschlusskriterium bezeichnet, nichtsdestotrotz kann kein Zweifel daran bestehen, dass dem mit 5 Mio. Franken bezifferten Kostendach der Charakter einer verbindlichen Vorgabe und nicht einer blossen Zielvorstellung zukommt. Zivilrechtlich bedeutet ein Kostendach die Limitierung der Vergütungspflicht in Fällen, in denen über die einzelnen Leistungen nach Aufwand abgerechnet wird (Peter Gauch, *Der Werkvertrag*, 4. Auflage, Zürich 1996, Rz. 1036). Die Beschwerdeführerin weist daher zu Recht darauf hin, dass in der Baupraxis unter dem Kostendach der vereinbarte maximal geschuldete Werkpreis, den der Besteller zu bezahlen hat, verstanden wird. Eine Überschreitung des vereinbarten Kostendachs geht zu Lasten des Unternehmers. Hätte die Vergabestelle das Kostendach daher abweichend vom herkömmlichen Verständnis lediglich als nach Möglichkeit anzustrebenden Richtwert bzw. Zielgrösse (siehe dazu Gauch, a.a.O., Rz. 1038) verstanden, hätte dies in den Programmen entsprechend klar zum Ausdruck kommen müssen (z.B. mittels Hinweis, dass bei einem ansonsten überragenden Projekt Kostenüberschreitungen bis zu 10 % toleriert würden). Aus der Fragenbeantwortung zur Skizzenqualifikation vom 19. Dezember 2006 und dem Zwischenbericht des Beurteilungsgremiums vom 16. April 2007 geht indessen klar hervor, dass die Vergabebehörde das Kostendach als absolut verbindlich und damit als Ausschlussgrund angesehen hat. Auch die Formulierung in der Fragebeantwortung, falls keiner der Teilnehmer das Ziel erreichen sollte, sei mit keinem Zuschlag zu rechnen (Aufhebung Submission), lässt letztlich nur darauf schliessen, dass die Nichteinhaltung des Kostendaches zur Ungültigkeit des Angebots und zum Ausschluss des betreffenden Bewerbers führen würde.

Der im Beschwerdeverfahren vorgebrachte Einwand der Vergabestelle, jedenfalls im eigentlichen Gesamtleistungssubmissionsverfahren sei das Kostendach lediglich als blosser Zielgrösse zu verstehen, die rechtlich unverbindlich sei, erweist sich als nicht stichhaltig. Die in der Fragebeantwortung unmissverständlich kundgegebene "absolute Verbindlichkeit" des Kostendachs wird durch Ziff. 8.3.6 des Programms Gesamtleistungssubmission keineswegs relativiert oder gar aufgehoben. Hinzu kommt die Formulierung des Zwischenberichts vom 16. April 2007, das Kostendach von 5 Mio. Franken sei *unter allen Umständen* einzuhalten. Dieser Zwischenbericht betrifft eindeutig die 3. Stufe, also die eigentliche Gesamtleistungssubmission. Auch in der Fragebeantwortung vom 9. Mai 2007 wurde die Kostenvorgabe (Kostendach von 5 Mio. Franken) erneut bestätigt und nicht etwa relativiert. Die Vergabestelle macht in der Vernehmlassung geltend, aufgrund der in der Skizzenqualifikation eingereichten Beiträge habe sich gezeigt, dass die Obergrenze von 5 Mio. Franken nicht absolut verstanden werden könne. Trotz dieser Erkenntnis ist die Formulierung in Bezug auf Wirtschaftlichkeit und Kostendach im Programm Gesamtleistungssubmission nicht entsprechend angepasst worden; im Zwischenbericht vom 16. April 2007 ist die Einhaltung des Kostendach von 5 Mio. Franken "unter allen Umständen" vielmehr noch einmal bestätigt und den Anbietern auch kommuniziert worden. Hätte die Vergabestelle von der absoluten Verbindlichkeit des vorgegebenen Kostendachs tatsächlich Abstand nehmen wollen, hätte dies aufgrund des Transparenzgebots einer ausdrücklichen und eindeutigen Erklärung gegen über den Anbietern bedurft.

V. Fürsorgerische Freiheitsentziehung

- 41 **Einweisung zur Untersuchung; Verhältnismässigkeit einer Isolation.**
- Bei einer Einweisung zur Untersuchung ist die Zwangsmassnahme der Isolation nur bei akuter Selbst- und/oder Fremdgefährdung zulässig (Erw. 3.1).
 - Die Isolation zwecks pädagogischer Massnahme ist unverhältnismässig (Erw. 3.4; Bestätigung der Rechtsprechung, vgl. AGVE 2003, S. 141).

Entscheid des Verwaltungsgerichts, 1. Kammer, vom 23. Oktober 2007 in Sachen J.L. gegen die Psychiatrische Klinik Königsfelden (WBE.2007.320).

Aus den Erwägungen

3.

3.1.

Bei der Isolation handelt es sich um eine "andere Vorkehrung" i.S. von § 67e^{bis} Abs. 1 EG ZGB. Sie bedeutet, allein in einem (oft ausser einem Bett unmöblierten) Raum eingeschlossen zu sein. In der Regel soll damit einer drohenden Selbst- oder Fremdgefährdung begegnet werden, d.h., sie geschieht zum Selbstschutz der betroffenen Person, aber auch zum Schutz von Personal, Patienten und Gegenständen. Allenfalls kann die mit der Isolation verbundene Reizabschirmung zusätzlich zu einer Beruhigung des Patienten führen, andererseits kann die zusätzliche Freiheitsbeschränkung unter Umständen auch eine Erhöhung der Aggression zur Folge haben (vgl. AGVE 2000, S. 181 f.).

Mit der Anordnung dieser Massnahme wird grundsätzlich in einschneidender Weise in die Freiheitsrechte einer betroffenen Person eingegriffen. Das verfassungsmässige Recht der persönlichen Freiheit, das in der am 1. Januar 2000 in Kraft getretenen Bundesver-

fassung vom 18. April 1999 ausdrücklich in Art. 10 und - hinsichtlich des Schutzes der Menschenwürde - auch in Art. 7 gewährleistet ist, beinhaltet insbesondere das Recht auf körperliche und geistige Unversehrtheit, auf Bewegungsfreiheit und Wahrung der Würde des Menschen sowie alle Freiheiten, die elementare Erscheinungen der Persönlichkeitsentfaltung darstellen (BGE 126 I 114 mit Hinweisen). Das Recht auf persönliche Freiheit gilt indessen, wie die übrigen Freiheitsrechte, nicht absolut. Einschränkungen sind zulässig, wenn sie auf einer gesetzlichen Grundlage beruhen, im öffentlichen Interesse liegen und verhältnismässig sind; zudem dürfen sie den Kerngehalt des Grundrechts nicht beeinträchtigen, das heisst, dieses darf weder völlig unterdrückt noch seines Gehalts als Institution der Rechtsordnung entleert werden (BGE 126 I 115). Eine Zwangsmassnahme ist namentlich dann unverhältnismässig, wenn eine ebenso geeignete mildere Anordnung für den angestrebten Erfolg ausreicht. Der Eingriff darf in sachlicher, räumlicher, zeitlicher und personeller Hinsicht nicht einschränkender sein als notwendig (BGE 126 I 119 f. mit Hinweisen). Besondere Zurückhaltung ist geboten bei Einweisungen zur Untersuchung. In diesen Fällen kann eine Isolation nur verhältnismässig sein, wenn eine eigentliche Notfallsituation, d.h. eine akute Selbst- oder Fremdgefährdung, vorliegt oder mit grosser Wahrscheinlichkeit kurz bevorsteht.

3.2.

(...)

3.3.

(...)

3.4.

3.4.1.

In den Unterlagen der Klinik Königsfelden wird der Beschwerdeführer ab dem 9. Oktober 2007 durchwegs als "ruhig" und "anständig" beschrieben (vgl. entsprechende Einträge ab dem 9. Oktober 2007 auf dem Überwachungsblatt und in der Krankengeschichte). Auch der behandelnde Oberarzt bestätigte anlässlich der Verhandlung, ab dem 9. Oktober 2007 hätten keine Indizien mehr bestanden, welche auf eine Bedrohlichkeit des Beschwerdeführers hingedeutet hätten. Die Unberechenbarkeit des Beschwerdeführers sei

über die Tage abflauend gewesen. Dass der Schlüssel nach dem 9. Oktober 2007 noch gedreht war, wäre "nicht nötig" gewesen.

3.4.2.

Offensichtlich lagen somit ab dem 9. Oktober 2007 keinerlei Anhaltspunkte mehr dafür vor, dass der Beschwerdeführer unberechenbar, aggressiv oder gar fremdgefährlich gewesen wäre; es musste ab diesem Zeitpunkt folglich nicht mehr mit einer Gewalteskala gerechnet werden.

Im vorliegenden Fall wurde mit der Isolation nebst dem Schutze des Pflegepersonals auch ein verhaltenstherapeutisches Ziel verfolgt, um beim Beschwerdeführer Verhaltensänderungen (Kooperationsbereitschaft) zu bewirken und damit bessere Voraussetzungen für die erfolgreiche Durchführung des Abklärungsauftrages zu schaffen. Offensichtlich war der Beschwerdeführer nicht dazu bereit gewesen, auf Verhandlungen und Kompromisse einzugehen, und sich in den Tagesablauf der Abteilung zu integrieren. Zweifellos ist ein solches Verhalten des Beschwerdeführers aus Sicht des Klinikpersonals als eher mühsam und zeitaufwendig einzustufen. In psychiatrischen Kliniken und vergleichbaren Institutionen kommt es aber immer wieder vor, dass sich Patienten weigern, sich in den Klinikalltag zu integrieren. Solange eine konkrete Gefährdung von Mitpatienten und Personal sowie von Gegenständen ausgeschlossen werden kann und die Belastung auf der Abteilung nicht absolut unzumutbar ist, rechtfertigt dieses Verhalten keine Zwangsmassnahmen. Das Ziel, den Beschwerdeführer zu einer Verhaltensänderung zu bewegen, damit er sich in den Klinikalltag integriere, darf nicht durch eine zusätzliche, massive Freiheitsentziehung angestrebt werden. Die Isolation als reines Disziplinierungsmittel bzw. als pädagogische Massnahme ist nicht erlaubt (vgl. dazu AGVE 2003, S. 141).

3.4.3.

Der Vollständigkeit halber ist festzuhalten, dass die Isolation grundsätzlich einen tiefgreifenden Eingriff in die persönliche Freiheit darstellt. In casu kann jedoch festgestellt werden, dass der Beschwerdeführer es selbst in der Hand gehabt hätte, das Isolations-Zimmer ab dem 9. Oktober 2007 zu verlassen. So wurde ihm von Seiten der Klinik das Angebot unterbreitet, dass er das Isolationszimmer verlassen

könne, wenn er am Klinikalltag mitmache. Der Beschwerdeführer weigerte sich jedoch und verliess das Isolationszimmer lediglich am Donnerstag aufgrund eines Telefonanrufs; danach ging er offenbar "freiwillig" wieder ins Isolationszimmer zurück. Der Beschwerdeführer hat die ihm anbotene Möglichkeit, das Isolationszimmer am 9. Oktober 2007 verlassen zu können, nicht wahrgenommen, und so die damit verbundene Freiheitsbeschränkung ein Stück weit in Kauf genommen. So führte der Beschwerdeführer anlässlich der Verhandlung selbst aus, es mache für ihn "keinen Unterschied", ob er "auf der geschlossenen Abteilung [...] oder ganz eingesperrt" sei; wenn seine Forderungen nicht erfüllt würden, lebe er mit den Konsequenzen, auch wenn er nicht gerne auf diesem Zimmer gewesen sei. Der Eingriff in die persönliche Freiheit des Beschwerdeführers ist unter diesen Umständen als relativ klein einzustufen.

4.

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die Zwangsmassnahme der Isolation zu Beginn der Hospitalisation, nämlich am 8. Oktober 2007, gerechtfertigt und verhältnismässig war. Am 9. Oktober 2007 sowie an den folgenden Tagen jedoch lässt sich feststellen, dass die an diesen Tagen erfolgte Isolation nicht verhältnismässig war. Die Isolation ist zeitlich über das Notwendige hinausgegangen. Den Anforderungen des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes wurde somit ab dem 9. Oktober 2007 nicht Genüge getan, weshalb die Beschwerde im Sinne obiger Erwägungen teilweise gutzuheissen ist.

42 Einweisung zur Untersuchung; Aufhebung der fürsorgerischen Freiheitsentziehung, wenn deren Voraussetzungen mangels Geisteskrankheit oder Geistesschwäche nicht mehr gegeben sind.

- **Keine Geisteskrankheit/Geistesschwäche bei fraglicher Fremdgefährdung im Ehekonflikt.**
- **Zeigt sich anlässlich einer Klinikeinweisung zur Untersuchung, dass keine Geisteskrankheit oder Geistesschwäche vorliegt, so ist der Patient aus der Klinik zu entlassen, auch wenn die Frage der Fremdgefährdung (im Rahmen eines Ehekonflikts) nicht restlos geklärt ist.**

Entscheid des Verwaltungsgerichts, 1. Kammer, vom 16. Januar 2007 in Sachen M.C.L. gegen den Bezirksarzt X. (WBE.2007.3).

Aus den Erwägungen

3.

Bei einer Einweisung zur Untersuchung darf die betroffene Person gemäss § 67d Abs. 3 EG ZGB nur so lange zurückbehalten werden, als es für die Untersuchung unbedingt erforderlich ist. Der Klinikvertreter hat an der Verhandlung bestätigt, dass die im Rahmen des stationären Klinikaufenthalts mögliche Untersuchung des Beschwerdeführers abgeschlossen ist. Die Frage der Fremdgefährdung könnte einzig durch ein forensisches Gutachten im Rahmen des Strafverfahrens näher abgeklärt werden. Es stellt sich somit die Frage, ob der Beschwerdeführer zu entlassen sei oder ob die Voraussetzungen für eine definitive Einweisung zur Behandlung erfüllt seien.

3.1.

Voraussetzung für die Errichtung oder Aufrechterhaltung einer fürsorgerischen Freiheitsentziehung ist gemäss Art. 397a ZGB u.a. das Vorliegen einer Geisteskrankheit, Geistesschwäche, Trunksucht, anderen Suchterkrankungen oder einer schweren Verwahrlosung.

Bei den im ZGB verwendeten Begriffen Geisteskrankheit und Geistesschwäche handelt es sich um (veraltete) Rechtsbegriffe, die nicht im medizinischen Sinn zu verstehen sind und auch nicht ihrer Bedeutung in der Umgangssprache entsprechen (Eugen Spirig, in: Zürcher Kommentar, II. Band: Familienrecht, Zürich 1995, Art. 397a N 26 und 42; Thomas Geiser, in: Basler Kommentar, ZGB I/2, Basel/Genf/München 1999, Art. 397a N 7). Während das Verwaltungsgericht in Anlehnung an Hans Binder eine Geisteskrankheit beim Auftreten psychischer Störungen, die stark auffallen und einem besonnenen Laien als uneinfühlbar, tiefgreifend abwegig, grob befremdend erscheinen, bejaht (vgl. Ernst Langenegger, in: Basler Kommentar, ZGB I/2, 2. Aufl., Basel/Genf/München 2002, Art. 369 N 21; Spirig, a.a.O., Art. 397a N 27), fallen unter den Begriff der

Geistesschwäche andere seelische Abweichungen, welche (erheblich) auffallen, aber nicht völlig uneinfühlbar sind (Langenegger, a.a.O., Art. 369 N 23; Spirig, a.a.O., Art. 397a N 44). Nach dieser Auslegung beschränkt sich Geistesschwäche im Sinne des ZGB nicht auf intellektuelle Mängel, sondern umfasst auch psychische Störungen von weniger gravierender Art als bei Geisteskrankheit (Hans Michael Riemer, Grundriss des Vormundschaftsrechts, Bern 1997, S. 47). Gemäss herrschender Lehre sind damit alle weiteren seelischen Abweichungen gemeint, welche der Laie nicht geradezu als Krankheit erachtet, weil er den Eindruck hat, sich in das Seelenleben des andern noch einigermaßen einfühlen zu können (Hans Binder, Die Geisteskrankheit im Recht, Zürich 1952, S. 78). Auch die Geistesschwäche bezeichnet also einen dauerhaften, zumindest längere Zeit dauernden Zustand. Das Verwaltungsgericht betrachtet es als Indiz für das Vorliegen einer Geistesschwäche im Sinne des ZGB, wenn einer Person die Fähigkeit abgeht, sich in ihrem Verhalten der Umgebung wenigstens so weit anzupassen, dass sie ihr Leben einigermaßen geordnet und ihren eigenen dringenden Wünschen gemäss zu führen vermag (vgl. zum Ganzen AGVE 1996, S. 264 f.; 1990, S. 221 f.; 1989, S. 192, 195 f.; 1986, S. 197 f.; 1985, S. 207; 1983, S. 121 f.; 1982, S. 140 ff.).

3.1.1.

Anlässlich der verwaltungsgerichtlichen Verhandlung vom 16. Januar 2007 erklärte der behandelnde Klinikarzt, dass aktuell kein depressives Zustandsbild des Beschwerdeführers vorliege, wobei dies auch auf die konstante Behandlung mit dem Antidepressivum Efexor zurückzuführen sei. Im Gegensatz zu einem an einer Depression erkrankten Patienten sei der Beschwerdeführer in der Lage, zu kämpfen und sich aufzubäumen, was dieses Krankheitsbild ausschliesse. Ebenfalls auszuschliessen seien eine Krankheit aus dem schizophrenen Formenkreis, Zwangs- oder Angststörungen sowie eine Persönlichkeitsstörung. Auch die neurologische Untersuchung sei ohne Befund ausgefallen. Somit sei erstellt, dass keine akute psychiatrische Erkrankung vorliege. Allenfalls könne von einer akzentuierten Persönlichkeit des Beschwerdeführers gesprochen werden, was jedoch keine stationäre psychiatrische Behandlung notwen-

dig mache. So gesehen seien die Voraussetzungen für eine fürsorgerische Freiheitsentziehung nicht mehr erfüllt; schwierig abzuschätzen sei jedoch die Frage der Fremdgefährdung.

3.1.2.

Für das Verwaltungsgericht, dem auch ein Fachrichter angehört, steht auf Grund der Akten, der ärztlichen Befunde und der eigenen Wahrnehmung somit fest, dass keine behandlungsbedürftige akute psychiatrische Erkrankung des Beschwerdeführers vorliegt. Auch eine Geisteskrankheit oder Geistesschwäche im juristischen Sinn liegt nicht vor, da sich der Beschwerdeführer während des gesamten Klinikaufenthalts angepasst verhalten hat. Die Verhaltensauffälligkeiten im Zusammenhang mit den Konflikten zwischen ihm und seiner Ehefrau erreichen nicht das Mass einer Geistesschwäche, da keine Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass dem Beschwerdeführer die Fähigkeit abgeht, sich in seinem Verhalten der Umgebung wenigstens so weit anzupassen, dass er sein Leben einigermaßen geordnet und seinen eigenen dringenden Wünschen gemäss zu führen vermag. Überdies fehlt es offensichtlich auch an einer stationären Behandlungsbedürftigkeit des Beschwerdeführers. Die nötige persönliche Fürsorge kann ihm ausserhalb der Klinik erwiesen werden. Entsprechend hat er sich auch freiwillig bereit erklärt, die ambulante Therapie fortzusetzen.

3.2.

Somit steht fest, dass die Voraussetzungen für die Aufrechterhaltung der fürsorgerischen Freiheitsentziehung mangels Geisteskrankheit oder Geistesschwäche spätestens seit dem Verhandlungszeitpunkt nicht mehr gegeben sind, weshalb die fürsorgerische Freiheitsentziehung aufzuheben und der Beschwerdeführer aus der Klinik zu entlassen ist. Dieser Ausgang des Verfahrens ist unabhängig von der Beurteilung einer allfälligen Fremdgefährdung. Das von der Ehefrau und der Klinik Barmelweid mehrfach glaubwürdig geschilderte Aggressionspotential des Beschwerdeführers seiner Ehefrau gegenüber war zwischendurch auch an der Verhandlung spürbar, jedoch hatte sich der Beschwerdeführer stets unter Kontrolle und es lag keine derart akute Fremdgefährdung vor, welche unverzüglich

staatliche Massnahmen zum Schutz der Angehörigen erforderlich machen würde.

43 Zuständigkeit zum Erlass einer Verfügung betreffend fürsorgerische Freiheitsentziehung.

- **Die Verlegung in eine andere Klinik braucht eine neue Verfügung betreffend fürsorgerische Freiheitsentziehung der (auch örtlich) zuständigen Einweisungsbehörde (Erw. 3).**

Entscheid des Verwaltungsgerichts, 1. Kammer, vom 21. August 2007 in Sachen A.B. gegen den Bezirksarzt-Stellvertreter X. (WBE.2007.259).

Aus den Erwägungen

1.

1.1.

(...)

1.2.

Die Beschwerde richtet sich gegen die Einweisungsverfügung des Bezirksarzt-Stellvertreters X, einer aargauischen Behörde. Ungeachtet dessen örtlicher Zuständigkeit ist dessen Verfügung vom 17. (recte: 18.) August 2007 beim Verwaltungsgericht anfechtbar (§ 67o EG ZGB; vgl. AGVE 1995, S. 245).

2.

2.1.

Die Zuständigkeit der einweisenden Stelle ist von Amtes wegen zu überprüfen (§ 20 VRPG; VGE II/110 vom 16. November 1989 in Sachen G.O., S. 5). Es ist somit zu prüfen, ob der Bezirksarzt-Stellvertreter X. zur Einweisung des Beschwerdeführers örtlich zuständig war. Wäre dies nicht der Fall, müsste die Verfügung aufgehoben werden (AGVE 1995, S. 245).

2.2.

2.2.1.

Zuständig für den Entscheid über die fürsorgerische Freiheitsentziehung ist eine vormundschaftliche Behörde am Wohnsitz, oder,

wenn Gefahr im Verzug ist, eine vormundschaftliche Behörde am Aufenthaltsort der betroffenen Person (Art. 397b Abs. 1 ZGB). Für die Fälle, in denen Gefahr im Verzug oder die Person psychisch krank ist, können die Kantone diese Zuständigkeit ausserdem anderen geeigneten Stellen einräumen (Art. 397b Abs. 2 ZGB). Das ZGB enthält keinen Hinweis, dass bei diesen anderen Stellen die örtliche Zuständigkeit von Bundesrechts wegen abweichend geregelt wäre (AGVE 1990, S. 230; vgl. BBl 1977 III, S. 31). Gemäss § 67b Abs. 2 EG ZGB kann im Kanton Aargau bei psychisch Kranken auch der Bezirksarzt - als andere geeignete Stelle im Sinne von Art. 397b Abs. 2 ZGB - die Unterbringung oder Zurückbehaltung anordnen.

2.2.2.

Unter Wohnsitz ist der zivilrechtliche Wohnsitz im Sinne von Art. 23 ff. ZGB zu verstehen. Dies entspricht einem generell geltenden Grundsatz des schweizerischen Vormundschaftsrechts (Bernhard Schnyder/Erwin Murer, in: Berner Kommentar, Vormundschaftsrecht, Bern 1984, Vorbemerkungen zu Art. 376 - 378 N 8; Art. 376 N 28 ff.) und wird in den Materialien auch bei den Bestimmungen über die fürsorgerische Freiheitsentziehung als selbstverständlich betrachtet (BBl 1977 III, S. 30 f.). Die Unterbringung einer Person in einer Erziehungs-, Versorgungs-, Heil- oder Strafanstalt begründet keinen Wohnsitz (Art. 26 ZGB).

2.3.

Nachdem der Beschwerdeführer gemäss Einwohnerkontrolle Basel-Stadt seit dem 1. Juli 2007 Wohnsitz im Kanton Basel-Stadt hat, ergibt sich folgerichtig, dass die aargauischen Behörden zum Erlass einer fürsorgerischen Freiheitsentziehung grundsätzlich örtlich unzuständig waren.

2.4.

2.4.1.

Nachdem also der Beschwerdeführer - wie unter Ziffer 2.3. hiervor ausgeführt - nicht Wohnsitz im Kanton Aargau hat, waren die aargauischen Behörden zum Erlass einer fürsorgerischen Freiheitsentziehung nur zuständig, wenn sie wegen Gefahr im Verzug, d.h. aufgrund einer Notfallsituation, als Behörden am Aufenthaltsort des Beschwerdeführers sofort handeln mussten. Eine Notfallzuständig-

keit liegt vor, wenn die Verzögerung des Entscheids die Interessen, welche durch die fürsorgerische Freiheitsentziehung geschützt werden sollten, schwer beeinträchtigt (Thomas Geiser, in: Basler Kommentar, ZGB I/2, Basel/Genf/München 1999, Art. 397b N 5).

2.4.2.

Eine derartige Notfallsituation ist im vorliegenden Fall jedoch nicht ersichtlich. Nachdem sich der Beschwerdeführer vor seiner Verlegung nach Königsfelden bereits beinahe eine Woche in den Universitären Psychiatrischen Kliniken Basel (UPK) aufgehalten hatte, wäre genügend Zeit gewesen, den Erlass einer neuen Verfügung bei der zuständigen Einweisungsbehörde des Kantons Basel-Stadt zu erwirken. Der Einhaltung des Wohnsitzprinzips - und somit der Erlass einer Verfügung betreffend fürsorgerische Freiheitsentziehung durch die zuständige Einweisungsbehörde Basel-Stadt - stand nichts im Wege.

2.5.

Zusammenfassend steht fest, dass der Bezirksarzt-Stellvertreter X. nicht zuständig war, um den Beschwerdeführer per fürsorgerischer Freiheitsentziehung in die Klinik Königsfelden einzuweisen. Deshalb ist die Verfügung des Bezirksarzt-Stellvertreters X. vom 17. (recte: 18.) August 2007 mangels örtlicher Zuständigkeit aufzuheben.

2.6.

Lediglich der Vollständigkeit halber sei darauf hingewiesen, dass die subsidiäre Notfallzuständigkeit am Aufenthaltsort zur Anordnung einer fürsorgerischen Freiheitsentziehung - sofern eine solche Zuständigkeit denn überhaupt gegeben ist - nicht für unbeschränkte Zeit bestehen bleibt; vielmehr ist eine gestützt darauf erlassene Verfügung möglichst umgehend durch eine ordentliche Verfügung der zuständigen Behörde im Wohnsitzkanton abzulösen, wenn die fürsorgerische Freiheitsentziehung aufrecht erhalten werden soll (vgl. VGE I/29 vom 5. Februar 2002 [BE.2002.22]); mit der neuen Verfügung durch die Behörde am Wohnsitz entfällt dann die Notfallweisung als Anfechtungsobjekt.

3.

3.1.

Nach der Aufhebung der Verfügung des Bezirksarzt-Stellvertreters X. vom 17. (recte: 18.) August 2007 stellt sich die Frage, welches die Konsequenzen davon sind bzw. welche Wirkungen die Einweisungsverfügung des Arztes des Gesundheitsdienstes Basel-Stadt vom 10. August 2007 [Einweisung des Beschwerdeführers in die UPK] und der Verlegungsentscheid der Ärzte der UPK vom 16. August 2007 [Verlegung des Beschwerdeführers von der UPK in die Psychiatrische Klinik Königsfelden] in dieser Konstellation (noch) haben.

3.2.

3.2.1.

Als "Procedere" wird in der Einweisungsverfügung des Arztes des Gesundheitsdienstes Basel-Stadt vom 10. August 2007 das Folgende ausgeführt (a.a.O.):

"FFE, stationäre Massnahme in der UPK (...)"

Auch der Entscheid der Psychiatrie-Rekurskommission Basel-Stadt vom 16. August 2007 lautet dahingehend, dass der Beschwerdeführer durch die ärztliche Leitung der UPK in der Klinik zurückbehalten werden dürfe (Dispositiv-Ziffer 2).

3.2.2.

Die Unterbringung muss in einer "geeigneten Anstalt" erfolgen. Die Anstalt, in welche eingewiesen wird, muss konkret bezeichnet werden (AGVE 1987, S. 215), ansonsten ihre Geeignetheit gar nicht überprüft werden kann. Diese kann nicht generell, sondern nur im Einzelfall beurteilt werden (BGE 112 II 486).

3.2.3.

Da die Einweisungsverfügung des Arztes des Gesundheitsdienstes Basel-Stadt vom 10. August 2007 - korrekterweise (vgl. Erw. 3.2.2. hiervor) - die geeignete Anstalt konkret benennt ("UPK"; vgl. Erw. 3.2.1. hiervor), und auch der Entscheid der Psychiatrie-Rekurskommission explizit die Ärzte der UPK ermächtigt, den Beschwerdeführer zurückzubehalten, bildet diese Verfügung folglich

keine gültige Grundlage für die Einweisung des Beschwerdeführers in die Psychiatrische Klinik Königsfelden.

3.3.

3.3.1.

Die behandelnden Ärzte der UPK haben am 16. August 2007 einen Verlegungsentscheid betreffend Beschwerdeführer erlassen. Darin wird der Beschwerdeführer "zur Weiterbehandlung" in die Psychiatrische Klinik Königsfelden verlegt.

3.3.2.

Eine Verlegung in eine andere Anstalt ist grundsätzlich anfechtbar, weil nicht nur die Voraussetzungen für die fürsorgerische Freiheitsentziehung erfüllt sein müssen, sondern sich auch die Frage der Eignung der anderen Anstalt stellt (Eugen Spirig, in: Zürcher Kommentar, II. Band: Familienrecht, Zürich 1995, Art. 397d N 34).

3.3.3.

Bei einem Verlegungsentscheid handelt es sich nach dem oben Ausgeführten folglich um eine Verfügung im Sinne von Art. 397a Abs. 1 ZGB, weshalb die entsprechenden bundesrechtlichen Zuständigkeitsvorschriften sowie das entsprechende Verfahren zu beachten sind (Geiser, a.a.O., Art. 397a N 32 a.E.). Somit wäre die Einweisungsbehörde des Kantons Basel-Stadt für den Erlass einer solchen Verfügung zuständig gewesen.

3.3.4.

Da die UPK nicht zuständige Einweisungsbehörde ist, bildet ihre Verlegungsverfügung keine gültige Grundlage für die Einweisung des Beschwerdeführers in die Psychiatrische Klinik Königsfelden mittels fürsorgerischer Freiheitsentziehung.

3.4.

Es kann somit zusammenfassend festgestellt werden, dass keine gültige Verfügung vorliegt, gemäss welcher der Beschwerdeführer in die Psychiatrische Klinik Königsfelden einzuweisen bzw. dort zurückzubehalten ist.

3.5.

Um der (auch örtlich) zuständigen Einweisungsbehörde des Kantons Basel-Stadt Gelegenheit zu geben, neu zu verfügen, erfolgt jedoch die - mangels Vorliegens einer gültigen Einweisungsverfü-

gung vorzunehmende - Aufhebung der fürsorgerischen Freiheitsentziehung nicht sofort, sondern mit Wirkung nach Ablauf von drei Tagen ab Erhalt des vorliegenden Entscheides. Ist bis zu diesem Zeitpunkt keine gültige Einweisungsverfügung erlassen worden, darf der Beschwerdeführer nicht gegen seinen Willen in der Psychiatrischen Klinik Königsfelden zurückbehalten werden.

VI. Sozialhilfe

44 Parteientschädigung in Sozialhilfeverfahren.

- Die Parteientschädigung ist i.d.R. nach § 3 Abs. 1 lit. a AnwT festzusetzen (Erw. 5.2).
- Grundsätze zur Streitwertberechnung (Erw. 6.2).

Beschluss des Verwaltungsgerichts, 4. Kammer, vom 29. März 2007 in Sachen M.E. gegen das Bezirksamt Laufenburg (WBE.2006.264).

Aus den Erwägungen

5.

5.1. (...)

5.2.

Bei der Festlegung des Grundhonorars ist auch in Verwaltungssachen (§ 5 Abs. 1 AnwT) zunächst zu entscheiden, ob die Vertretung oder Verbeiständung einer Partei in einer vermögensrechtlichen Streitsache erfolgt (§ 3 Abs. 1 lit. a AnwT) oder ob es sich um ein Verfahren handelt, welches das Vermögen der Verfahrensbeteiligten weder direkt noch indirekt beeinflusst (§ 3 Abs. 1 lit. b AnwT). Besteht eine Beeinflussung des Vermögens, kommt ausschliesslich lit. a zur Anwendung, d.h. die Ermittlung des Grundhonorars richtet sich primär nach dem Streitwert der Sache (VGE III/60 vom 24. April 1998 [BE.1996.00316], S. 4 f.; VGE III/15 vom 14. März 1994 [BE.1993.00043], S. 9). Der Streitwert ist Ausdruck des Wertes, den der streitige Rechtsanspruch nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge tatsächlich und objektiv besitzt (vgl. hierzu AGVE 1989, S. 284; 1983, S. 249).

Das Verwaltungsgericht hatte die Frage, ob den Verfahren in Sozialhilfesachen ein vermögenswertes Interesse im Sinne von § 3 Abs. 1 lit. a AnwT beizumessen ist, noch nicht zu entscheiden. Die

präsidiale Praxis bei der Genehmigung von Kostennoten orientierte sich am Tarif für vermögensrechtliche Streitigkeiten.

Streitgegenstand in den Verwaltungsverfahren der Sozialhilfe ist in der Regel der Anspruch und die Höhe der materiellen Hilfeleistung des Gemeinwesens an die Hilfe suchenden Personen. Die Rechtsmittelverfahren im Sozialhilferecht beeinflussen daher in der Regel das Vermögen der Verfahrensbeteiligten; die Ansprüche betreffen vermögenswerte Interesse der hilfeschenden Personen und des Gemeinwesens. Das Honorar ist somit nach § 3 Abs. 1 lit. a AnwT festzusetzen.

5.3.

Gemäss § 4 Abs. 1 AnwT wird der Streitwert nach den gestellten Begehren berechnet. Was im Verfahren streitig ist, legen die Parteien mit ihren Rechtsbegehren fest, und der Streitwert in einem Rechtsmittelverfahren wird demzufolge nach den Anträgen berechnet (§ 4 Abs. 1 AnwT; AGVE 1994, S. 470). Wenn es nicht um die Bezahlung einer bestimmten Summe geht, ist er nach dem vermögensmässigen Interessen der Parteien zu schätzen (§ 4 Abs. 3 AnwT).

6.1. (...)

6.2.

Gemäss § 4 Abs. 5 AnwT gelten bei der Bestimmung des Streitwerts die Bestimmungen der ZPO. § 20 Abs. 2 ZPO bestimmt, dass für wiederkehrende bzw. periodische Leistungen bei ungewisser oder unbeschränkter Dauer als Streitwert der 20-fache jährliche Betrag der eingeklagten Leistung gilt. Diese Bestimmung ist auf zivilrechtliche Forderungen (Renten, Nutzniessungen, Mietzinse etc.) zugeschnitten, denen ein Kapitalwert zukommen kann und wenn nicht feststeht, dass diese Leistungspflicht weniger als zwanzig Jahre dauern wird (Alfred Bühler / Andreas Edelmann / Albert Killer, Kommentar zur aargauischen Zivilprozessordnung, 2. Auflage, Aarau / Frankfurt a.M. / Salzburg 1998, § 20 N 2). Sozialhilfeleistungen sind ihrer Natur nach nicht auf eine lange Zeit angelegt, sondern bezwecken die Wiederherstellung der Selbständigkeit durch Integration und Unterstützung der Selbsthilfe (§ 1 Abs. 1 und § 4 Abs. 1 SPG; Richtlinien für die Ausgestaltung und Bemessung der Sozialhilfe, hrsg. von der Schweizerischen Konferenz für Sozialhilfe, vom De-

zember 2000 [SKOS-Richtlinien], Kapitel A.1). Die materielle Hilfe ist auch subsidiär gegenüber anderen Hilfsquellen (§ 5 SPG; SKOS-Richtlinien, Kapitel A.4; Handbuch Sozialhilfe, hrsg. vom Kantonalen Sozialdienst, 4. Auflage August 2003, Kapitel 5, S. 13). In der Regel wird die materielle Unterstützung befristet festgesetzt, wobei je nach den konkreten Umständen das jeweilige Sozialhilfebudget für mehrere Monate (drei, sechs oder zwölf Monate) die Höhe der Sozialhilfe festlegt. Wurde die materielle Hilfe oder eine Kürzung (vgl. hierzu § 15 Abs. 1 SPV) von den Sozialbehörden befristet, ist der Streitwertberechnung die angeordnete Dauer zu Grunde zu legen.

Bei Streitigkeiten über die materielle Hilfe auf unbestimmte Dauer und jenen Fällen, in denen sich ein Entscheid auch in der Zukunft auf die Berechnung der materiellen Hilfe auswirken kann, stellt sich die Frage, welche Dauer der Streitwertberechnung zu Grunde zu legen ist. Das Problem stellt sich insbesondere in jenen Fällen, wo Auflagen oder Weisungen angefochten werden, die zu Kürzungen der materiellen Hilfe führen. Eine allgemeine Regel lässt sich entsprechend der Natur der Sozialhilfeansprüche nicht bilden, da immer die konkreten Umstände zu berücksichtigen sind. Die Rechtsnatur der Sozialhilfeansprüche erlaubt nur die Feststellung, dass eine Dauer von mehr als einem Jahr schon aufgrund der Subsidiarität nicht die Regel ist. Im Sinne einer oberen Grenze ist daher für die Streitwertberechnung eine überjährige Dauer der Unterstützung nur angebracht, wo zum vorneherein die Wirkung der angefochtenen Verfügung auf eine Dauer von mehr als zwölf Monaten nicht nur absehbar ist, sondern feststeht. Die Sozialbehörden sind zur periodischen Überprüfung und Anpassung an veränderte Verhältnisse verpflichtet (vgl. für die Alimentenbevorschussung § 29 Abs. 5 SPV). Ist, wie im vorliegenden Fall, schon auf Grund der familiären Verhältnisse und der Einkommenssituation der Hilfe suchenden Person absehbar, dass die materielle Unterstützung vor Ablauf eines Jahres angepasst werden muss und nur der genaue Zeitpunkt nicht bestimmbar, ist der Streitwertberechnung eine Dauer von sechs Monaten zu Grunde zu legen.

45 Unentgeltliche Rechtsverteistandung in Sozialhilfeverfahren.

- **Wahrt eine Kürzung die Existenzsicherung nach § 15 Abs. 2 SPV, ist die Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsvertreters nur dann geboten, wenn besondere tatsächliche oder rechtliche Schwierigkeiten hinzukommen, denen der Gesuchsteller auf sich alleine gestellt nicht gewachsen wäre.**

Urteil des Verwaltungsgerichts, 4. Kammer, vom 14. Dezember 2007 in Sachen M.L. gegen das Bezirksamt Brugg (WBE.2007.291).

Aus den Erwägungen

3.

3.1.

Ob eine unentgeltliche Rechtsvertretung sachlich notwendig ist, beurteilt sich nach den konkreten Umständen des Einzelfalles. Die bedürftige Partei hat Anspruch auf unentgeltliche Verbeiständung, wenn ihre Interessen in schwerwiegender Weise betroffen sind und der Fall in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht Schwierigkeiten bietet, die den Beizug eines Rechtsvertreters erforderlich machen. Droht das in Frage stehende Verfahren besonders stark in die Rechtsposition der betroffenen Person einzugreifen, ist die Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsvertreters grundsätzlich geboten, sonst nur dann, wenn zur relativen Schwere des Falles besondere tatsächliche oder rechtliche Schwierigkeiten hinzukommen, denen der Gesuchsteller auf sich alleine gestellt nicht gewachsen wäre (BGE 130 I 180 Erw. 2.2).

3.2.

Im angefochtenen Beschluss hat der Stadtrat X. während sechs Monaten den Grundbedarf I des Beschwerdeführers und seiner Ehefrau um 30 % und den Grundbedarf II vollständig gekürzt. Eine Kürzung in diesem Umfang stellt keinen besonders schweren Eingriff dar, zumal die Existenzsicherung i.S.v. § 15 Abs. 2 SPV gewahrt bleibt. Die Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsvertreters ist des-

halb nur dann geboten, wenn sich besondere tatsächliche oder rechtliche Schwierigkeiten stellen.

Der Stadtrat X. hat die Kürzung der Sozialhilfe damit begründet, der Beschwerdeführer habe gegen die Mitwirkungs- und Meldepflicht verstossen, indem er die Fragen im Schreiben des Stadtrats X. vom 26. Juni 2007, welche der Berechnung des Lebensunterhalts für die Monate Juni und Juli 2007 dienen sollten, nicht oder nur ungenügend beantwortet habe. Es handelte sich dabei um Fragen betreffend den Aufenthalt der Ehefrau und des Kindes nach dem Vorfall von häuslicher Gewalt, die Daten der Semesterferien 2007 und die Arbeitsbemühungen in dieser Zeit, die Bemühungen um zinslose Darlehen sowie die Prüfungsergebnisse und Semesterzeugnisse. Im Zusammenhang mit der Kürzung der Sozialhilfe stellen sich somit keine besonderen tatsächlichen und rechtlichen Schwierigkeiten. Soweit der Beschwerdeführer darauf hinweist, er sei nicht deutscher Muttersprache, so ergibt sich aus den diversen Eingaben des Beschwerdeführers an die Sozialbehörde, das Bezirksamt Brugg und das Verwaltungsgericht, dass seine Deutschkenntnisse ausreichen, um die Vorwürfe des Stadtrats X. zu verstehen und dazu Stellung zu nehmen. Die Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsvertreters ist deshalb nicht notwendig, und die Vorinstanz hat das Gesuch des Beschwerdeführers zu Recht abgewiesen.

46 Kantonsbeitrag an die Kosten der materiellen Hilfe.

- Auslegung von § 47 Abs. 3 und § 49 SPG.

Urteil des Verwaltungsgerichts, 4. Kammer, vom 20. Dezember 2007 in Sachen Einwohnergemeinde K. und Mitb. gegen den Regierungsrat (WBE.2006.447).

Aus den Erwägungen

1.

Der Kantonale Sozialdienst hat für die Kosten der materiellen Hilfe, der Massnahmen zur wirtschaftlichen Verselbständigung, der

Elternschaftsbeihilfe, der Bevorschussung von Unterhaltsbeiträgen und für die Kosten der Beschäftigungsprogramme gestützt auf § 47 Abs. 3 und Abs. 4 SPG sowie § 49 Abs. 1 und 2 SPG den Kantonsbeitrag für die einzelnen Gemeinden festgelegt. Gemäss Rechnungsblatt "Lastenausgleich für Sozialhilfekosten nach § 47 ff. Sozialhilfe- und Präventionsgesetz für das Jahr 2005" wurde der Kantonsbeitrag an die einzelnen Gemeinden auf der Grundlage der Einwohnerzahl, der Anzahl Fälle sowie der Nettokosten ermittelt und nach einer mathematischen Formel in prozentuale Beiträge der Nettokosten am gesamten Kantonsbeitrag berechnet. Gegen die der Berechnung der Gemeindebeiträge zugrunde gelegten Einwohnerzahlen, die Nettokosten und Fallzahlen erheben die Beschwerdeführerinnen keine Einwendungen, und an der Richtigkeit dieser Zahlen bestehen auch keine Zweifel. Umstritten ist vielmehr das in Anwendung von § 47 lit. a und b SPG gewählte Modell, mit dem der Kantonsbeitrag an die Beschwerdeführerinnen im Einzelnen bestimmt wurde.

2.

2.1.

Die Beschwerdeführerinnen machen geltend, die Festsetzung ihres Kantonsbeitrags verletze in mehrfacher Weise die gesetzliche Ausgestaltung des Lastenausgleichssystems nach § 47 Abs. 3 SPG. Die angefochtenen Vergütungen bewirkten, dass die Nettoaufwendungen pro Einwohner zum Teil sehr deutlich unter die Grenze des kantonalen Mittelwertes absänken. Aus der gesetzlichen Ausgestaltung des Lastenausgleichs ergebe sich unmissverständlich eine obere Grenze des Ausgleichs bei den jeweiligen kantonalen Mittelwerten. Die gesetzliche Konzeption bezwecke den Ausgleich von Spitzenbelastungen und Sonderkosten oberhalb der kantonalen Durchschnittswerte und verbiete Vergütungen mit der Wirkung, dass in einzelnen Gemeinden die Nettoaufwendungen pro Einwohner deutlich unter die Grenze des kantonalen Mittelwertes absänken. Mit dem Lastenausgleich dürften nach dem Willen des Gesetzgebers einzelne Gemeinden nicht zu Lasten anderer subventioniert werden, und es dürfe nicht zu Lastenverschiebungen zwischen einzelnen Gemeinden führen. Die Lastenverschiebung zwischen Kanton und Gemeinden und zwischen den einzelnen Gemeinden verletze § 47 Abs. 3 SPG.

Weiter rügen die Beschwerdeführerinnen eine Verletzung der gesetzlichen Bestimmungen über die Aufgabenteilung zwischen Kanton und Gemeinden (Gesetz I über die Aufgabenteilung zwischen Kanton und Gemeinden vom 2. Juli 2002 [GAT I; SAR 691.100], Gesetz II vom 20. Mai 2003 [GAT II; SAR 692.100] sowie GAT III und daran anschliessende Dekrete [DAT I bis DAT III; SAR 691/692/693.110]). Die Grundsätze über die Aufgabenteilung verlangten annähernde Kostenneutralität und schlossen einen indirekten Finanzausgleich über Umwege aus. Selbst wenn das SPG von den Erlassen über die Aufgabenteilung ausgeklammert bliebe, werde in den angefochtenen Beschlüssen das gesetzliche Lastenausgleichssystem nicht zutreffend umgesetzt.

Ergänzend machen sie schliesslich geltend, die Kostenverteilung für das Jahr 2005 verstosse gegen das Rechtsgleichheitsgebot, das Willkürgebot und gegen das Gebot der Verhältnismässigkeit.

2.2.

Der Regierungsrat führt zur Festlegung der Beitragsstufen im Wesentlichen aus, dass das Lastenausgleichssystem des SPG zwei selbstständige und gleichwertige (Lastenausgleichs-)Komponenten enthalte, welche es mit sich brächten, dass Gemeinden, welche eher tiefe Nettoaufwendungen hätten, bei einer Anzahl Sozialhilfefälle über dem Kantonsmittel einen markant über das gesetzliche Minimum hinausgehenden Kantonsbeitrag erhielten und damit ihre Nettoaufwendungen reduziert würden. Die gesetzliche Regelung sehe keine Nivellierung auf der Höhe des kantonalen Mittelwerts vor, und der Gesetzgeber habe sich auch für eine Entlastung von Gemeinden mit hoher Fallzahl entschieden. Das Lastenausgleichssystem berücksichtige auch die hohen Kosten von Gemeinden in Folge des Einbezugs der Ausländerinnen und Ausländer. Keine Lastenverschiebung dürfe im Verhältnis Kanton und allen Gemeinden stattfinden, weil der Lastenausgleich nur zwischen Kanton und Gemeinden erfolge. Aus den Materialien zum Projekt Aufgabenteilung (GAT I bis GAT III) ergäbe sich in keinem Zusammenhang eine Verletzung der Grundsätze der Aufgabenteilung durch das Lastenausgleichssystem des SPG. Der Gesetzgeber habe sich bewusst gegen eine Überfüh-

zung des Lastenausgleichs im SPG in den allgemeinen Finanz- und Lastenausgleich ausgesprochen.

3.

3.1.

Der Kanton vergütet den Gemeinden an die Kosten der Sozialhilfe und sozialen Prävention einen Beitrag, welcher sich einerseits mit einem Anteil zwischen 5 bis 30 % nach der Anzahl der Fälle bezogen auf die Bevölkerungszahl richtet (§ 49 Abs. 1 i.V.m. § 47 Abs. 3 lit. a SPG), andererseits sich mit einem Anteil zwischen 5 bis 35 % nach den Nettoaufwendungen im Vergleich zum Kantonsmittel (§ 49 Abs. 1 i.V.m. § 47 Abs. 3 lit. b SPG) bemisst. Der Regierungsrat hat die jährlichen Beitragsstufen so festzulegen, dass die Gemeinden 72 % und der Kanton 28 % der Gesamtkosten tragen (§ 49 Abs. 2 SPG).

Nach dem Wortlaut der erwähnten Bestimmungen (§§ 47 und 49 SPG) sind daher folgende Randbedingungen bei der Festlegung und Bemessung des Kantonsbeitrags für die Sozialhilfe zwingend: Der Kantonsbeitrag darf und muss 28 % der gesamten Nettoaufwendungen aller Gemeinden betragen (§ 49 Abs. 2 SPG). Der kantonale Beitrag gemäss § 47 Abs. 3 lit. a SPG beträgt mindestens 5 %, jener nach § 47 Abs. 3 lit. b SPG mindestens 5 % der Nettoaufwendungen (§ 49 Abs. 1 SPG). Die Obergrenze für die Bemessung des Kantonsbeitrags an einzelne Gemeinden beträgt für den Kantonsbeitrag nach § 47 Abs. 3 lit. a SPG 30 %, für denjenigen nach § 47 Abs. 3 lit. b SPG 35 % (§ 49 Abs. 1 SPG).

Innerhalb dieser Randbedingungen legt der Regierungsrat die Beitragsstufen jährlich fest (§ 49 Abs. 2 SPG). Für den Kostenverteiler, insbesondere die Festsetzung der Beitragsstufen, lassen sich darüber hinaus dem SPG unmittelbar keine weiteren Bestimmungen entnehmen. Der Gesetzeswortlaut lässt damit für die Festsetzung der Beitragsstufen und die Verteilung unter die Gemeinden verschiedene Möglichkeiten zu.

3.2.

Im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens legte der Regierungsrat eine Variante vor, nach welcher sich die Beitragsstufen für die beiden Kriterien linear veränderten. Für das Kriterium 1 (Anzahl So-

zialhilfefälle in der Gemeinde in % der Einwohnerzahl; § 47 Abs. 3 lit. a SPG) fing der Beitragssatz im Falle von bis zu 0,5 % von Fällen pro Einwohner bei 10 % an. Bei einer Erhöhung der Fälle pro Einwohner um 0,5 % erhöhte sich der Beitragssatz um 5 %, wobei er bei über 2 % von Fällen pro Einwohner konstant bei 30 % lag. Für das Kriterium 2 (Sozialhilfekosten pro Einwohner im Verhältnis zum Kantonsmittel; § 47 Abs. 3 lit. b SPG) begannen die Beitragsstufen im Falle von Nettoaufwendungen bis 100 % des Kantonsmittels bei 10 %, wobei eine Erhöhung der Nettoaufwendungen um 20 % den Beitragssatz um 5 % ansteigen liess. Bei Nettoaufwendungen von über 180 % des Kantonsmittels betrug der Beitragssatz generell 35 % (Botschaft des Regierungsrats vom 30. Juni 1999 [99.226], S. 15). Im "Zusatzbericht zur Kostenverteilung Kanton – Gemeinden" wird ergänzend ausgeführt, dass dieses lineare Stufenmodell nicht zwingend sei. Die offene Formulierung des SPG erlaube eine differenzierte Ansetzung der Beitragsstufen, "um so das Lastenausgleichssystem zu Gunsten von überproportional stark belasteten Gemeinden noch griffiger auszugestalten (Botschaft des Regierungsrats vom 27. September 2000 [Zusatzbericht zu Nr. 99.226], S. 4). In den Beratungen des Grossen Rats wurde die Finanzierung und Kostenverteilung in der ersten Lesung zwar kontrovers, aber eher grundsätzlich diskutiert. In den Eintretensvoten wurde die Notwendigkeit eines wirksamen Lastenausgleichs zwischen den Gemeinden und die Entlastung derjenigen Gemeinden mit hohen Sozialhilfekosten auch – oder vor allem – mit Blick auf die materielle Unterstützung von Ausländerinnen und Ausländern betont (Protokoll der 167. Sitzung des Grossen Rats vom 24. Oktober 2000 [Art. 2274], S. 3483 f. [Votum Barbara Roth], S. 3484 [Votum Esther Egger-Wyss] und S. 3485 f. [Votum Dr. Rudolf Jost]). Insbesondere Regierungsrat Ernst Hasler wies auf die besondere Situation von Zentrumsgemeinden in der Sozialhilfe einerseits und die erheblichen Belastungen durch einzelne Unterstützungsfälle andererseits hin. Mit dem Kostenverteiler sollten diese einseitigen Belastungen aufgefangen werden (Protokoll der 168. Sitzung des Grossen Rats vom 24. Oktober 2000 [Art. 2275], S. 3488 f.). Über die konkreten finanziellen Auswirkungen für die einzelnen Gemeinden herrschte auch in der Detailbera-

tung Unklarheit, worauf der Regierungsrat für die zweite Lesung weitere Abklärungen in Aussicht stellte (Protokoll der 170. Sitzung des Grossen Rats vom 31. Oktober 2000 [Art. 2289], S. 3534 [Votum Rudolf Kalt] und S. 3535 [Votum Regierungsrat Ernst Hasler]).

Trotz dieser Unsicherheiten wurde den Bestimmungen von § 47 Abs. 3 SPG und § 49 SPG in der zweiten Lesung ohne Ergänzungen durch die vorberatende Grossratskommission und ohne eine Detailberatung zugestimmt mit der einzigen Anregung, dass das Lastenausgleichssystem im Rahmen der Aufgabenteilung nochmals eingehend überprüft wird (Protokoll der 187. Sitzung des Grossen Rats vom 6. März 2001 [Art. 2487], S. 3876 [Votum Esther Egger-Wyss]). Nach den Materialien zu schliessen, gaben zusätzliche Erläuterungen des Kantonalen Sozialdiensts Anlass zur vorbehaltlos- und diskussionslosen Annahme. Der Kantonale Sozialdienst hat der Grossratskommission einen Bericht zum Kostenverteiler nach § 47 Abs. 3 SPG erstattet. Dieser Bericht vom 21. November 2000 stellte klar, dass der Kostenverteiler einen Ausgleich hoher Fallkosten und hoher Fallzahlen, aber auch einen Lastenausgleich unter den Gemeinden schaffen soll. Im Zusatzbericht findet sich bereits die Abkehr vom linearen Stufenmodell aus der Botschaft zu einem nichtlinearen stetigen Modell zur Bestimmung der Beitragsstufen (erwählter Bericht, S. 2 f.).

Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass sich den Materialien über die im Gesetzeswortlaut erwähnten Randbedingungen hinaus für die Festsetzung der Beitragsstufen durch den Regierungsrat keine zwingenden Vorgaben entnehmen lassen. Insbesondere sind – entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerinnen – der kantonale Mittelwert der Fallzahlen und die Nettoaufwendungen pro Einwohner im Durchschnitt keine absoluten Grenzen für die Beitragsberechtigung. Auch eine Auslegung, wonach zwischen den Gemeinden keine Lastenverschiebungen zulässig seien, findet in den Materialien keine Stütze. Im Gegenteil: Das gewählte System ist ausdrücklich darauf ausgerichtet, Gemeinden mit hohen Sozialhilfekosten und einer hohen Anzahl von Sozialhilfefällen durch das Lastenausgleichssystem besonders zu entlasten. Das zentrale Problem sah der Gesetzgeber in den Sozialhilfekosten für Ausländer, welche sich nicht ho-

mogen auf alle aargauischen Gemeinden verteilen (vgl. erwähnter Bericht, S. 3 f.). Das Lastenausgleichssystem gemäss §§ 47 ff. SPG sieht deshalb gerade keine Nivellierung auf der Höhe des kantonalen Mittelwerts der Aufwendungen vor. Nicht zu verkennen ist, dass dieses System mit zwei selbstständigen Faktoren zur Folge hat, dass Gemeinden, die bei der Anzahl der Sozialhilfefälle im Vergleich zum Kantonsmittel eher hoch, aber im Bereich der Nettoaufwendungen eher tief sind, einen Beitrag erhalten, welcher erheblich über das gesetzliche Minimum hinausgeht, was im Ergebnis wiederum die Nettoaufwendungen sinken lässt.

Weder der Gesetzeswortlaut noch die Materialien erlauben aber den Schluss, dass der Gesetzgeber den Kantonsbeitrag an die einzelnen Gemeinden auf der Grenze des kantonalen Mittelwerts der Nettoaufwendungen pro Einwohner beschränken bzw. Vergütungen verbieten wollte, welche zur Senkung der Nettoaufwendungen pro Einwohner unter den kantonalen Mittelwert führen.

3.3.

Der Lastenausgleich wird in § 49 Abs. 2 SPG normiert, indem der kantonale Beitrag an alle Gemeinden mit 28 % an den Gesamtaufwendungen aller Gemeinden (§ 49 Abs. 1 SPG und § 48 Abs. 2 SPG) festgelegt ist. Diese Grenze ist in den angefochtenen Verfügungen eingehalten und damit auch der Grundsatz der Kostenneutralität im Sinne des Gesetzgebers gewahrt. Entgegen den Beschwerdeführerinnen geht es beim Lastenausgleichssystem im SPG auch nicht um eine annähernde (horizontale) Kostenneutralität zwischen den einzelnen Gemeinden. Der Gesetzgeber war sich dieser Konsequenz des Lastenausgleichssystems im SPG durchaus bewusst. Nebst den Materialien (siehe vorne Erw. 3.2) wurde auch in den späteren Beratungen zum Projekt Aufgabenteilung auf eine Änderung des Lastenausgleichssystems im SPG ausdrücklich verzichtet. Der Regierungsrat hatte im Rahmen des 2. Pakets der Aufgabenteilung (GAT II) eine Ablösung des Lastenausgleichs im SPG durch eine Ausgleichsregelung unter Einbezug des Ertrags der ordentlichen Gemeindesteuern vorgeschlagen (Botschaft des Regierungsrats vom 11. September 2002 [Nr. 02.315], S. 2 f. und 15 f.). Auf diese Änderung wurde in der Folge ausdrücklich verzichtet (Botschaft des Re-

gierungsrats vom 19. März 2003 [03.71], S. 10). Sowohl im SPG als auch in der Gesetzgebung über die Aufgabenteilung (GAT) umschreibt die Kostenneutralität das Verhältnis des Kantons zu allen Gemeinden vor und nach der Zuweisung neuer Aufgaben, d.h. dem Kanton und allen Gemeinden zusammen dürfen aus der Aufgabenteilung per Saldo keine zusätzlichen Kosten anfallen (vgl. Zusatzbericht vom 27. September 2000, S. 2 f.; vgl. auch Antworten des Regierungsrats zur Interpellation Dr. Marcel Guignard betreffend Auswirkungen des NFA auf GAT III und die Gemeinden vom 10. Januar und 16. Februar 2005 [GR.04.336]).

3.4.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass in den gesetzlichen Bestimmungen und den Materialien die von den Beschwerdeführerinnen angewandte kostenorientierte Optik am Ergebnis und nach Leistung des Kantonsbeitrags keine Stütze findet. Mit der Beitragsbemessung nach der Anzahl der Sozialhilfefälle (§ 47 Abs. 3 lit. a SPG) wird zudem der Belastung der Gemeinden mit den Infrastruktur- und Betriebskosten (§ 52 lit. a SPG) Rechnung getragen. Diese Kosten sind in Gemeinden mit vielen Unterstützungsbedürftigen höher. Weitere Vorgaben zur Ausübung des Ermessens enthält das Gesetz nicht. Soweit die Beschwerdeführerinnen eine Verletzung von § 47 Abs. 3 SPG rügen oder geltend machen, die Bestimmungen des SPG über den Lastenausgleich seien in den jeweiligen Verfügungen bzw. mit dem angewandten Berechnungsmodell verletzt, sind die Beschwerden somit abzuweisen.

VII. Waffenrecht

47 Erwerb einer Serief Feuerwaffe zu Sammelzwecken.

- Voraussetzungen für die Erteilung einer Ausnahm bewilligung (Erw. 1.2).
- Sammelzweck als Ausnahmesituation (Erw. 2.3-2.4).

Urteil des Verwaltungsgerichts, 4. Kammer, vom 18. Oktober 2007 in Sachen R.W. gegen den Regierungsrat (WBE.2006.420).

Aus den Erwägungen

1.

1.1.

Das Bundesgesetz über Waffen, Waffenzubehör und Munition vom 20. Juni 1997 (Waffengesetz, WG; SR 514.54) unterstellt die Handänderung von Waffen im gewerbsmässigen Handel einer generellen Bewilligungspflicht. Für den Erwerb von Waffen, wesentlichen Waffenbestandteilen, Waffenzubehör, Munition sowie Munitionsbestandteilen bei einem Waffenhändler oder einem Büchsenmacher ist daher ein Waffenerwerbsschein erforderlich. Voraussetzung für die Erteilung eines Waffenerwerbsscheins ist insbesondere das Fehlen der in Art. 8 Abs. 2 WG genannten Hinderungsgründe.

Für den Erwerb von Serief Feuerwaffen und zu halbautomatischen Hand- oder Faustfeuerwaffen umgebauten Serief Feuerwaffen sowie ihren besonders konstruierten Bestandteilen gelten von den allgemeinen, in Art. 8–16 WG definierten Waffenerwerbsbestimmungen abweichende Regelungen. So ist gemäss Art. 5 Abs. 1 lit. a WG der Erwerb dieser Waffen und ihrer Bestandteile, mit Ausnahme des Erwerbs durch Erbgang oder falls es sich um zu halbautomatischen Handfeuerwaffen abgeänderte schweizerische Ordonnanz-Serief Feuerwaffen handelt (Art. 5 Abs. 5 und Abs. 6 WG), grundsätzlich

verboten. Allerdings können die Kantone in begründeten Einzelfällen Ausnahmen bewilligen (Art. 5 Abs. 3 lit. a WG; Art. 48 Abs. 1 der Verordnung über Waffen, Waffenzubehör und Munition vom 21. September 1998 [Waffenverordnung, WV; SR 514.541]). Gemäss der Botschaft zum Waffengesetz vom 24. Januar 1996 sollen die Ausnahmen insbesondere für Personen gelten, die Waffen sammeln, jagen oder für Sicherheitsdienste arbeiten (BB1 1996 I 1060). Auch wenn dies der Botschaft und der bundesrechtlichen Gesetzgebung nicht klar zu entnehmen ist, ergibt sich aufgrund des Sicherheitsgedankens klar, dass neben den genannten objektiven Umständen auch das Motiv des Waffenerwerbs ausschliesslich im Sammeln von Waffen, im Gebrauch für die Jagd oder für die Tätigkeit im Sicherheitsdienst liegen muss und eine anderweitige Verwendung der verbotenen Waffe ausgeschlossen bleiben soll.

Von der Möglichkeit zur Erteilung von Ausnahmegewilligungen hat der Kanton Aargau Gebrauch gemacht und in § 12 Abs. 1 der Vollziehungsverordnung zur Bundesgesetzgebung über Waffen, Waffenzubehör und Munition vom 25. November 1998 (SAR 560.111; nachfolgend: Vollziehungsverordnung) u.a. den Erwerb von Seriefeuerwaffen in besonderen Fällen geregelt. Die Bewilligung kann unter anderem gemäss § 12 Abs. 1 der Vollziehungsverordnung erteilt werden, sofern der Erwerb zu Sammelzwecken erfolgt, beim Gesuchsteller keine Hinderungsgründe gemäss Art. 8 Abs. 2 WG vorliegen und sofern Gewähr für einen sorgsamen Umgang mit der Waffe besteht. Zuständig für die Erteilung der Bewilligungen ist das Polizeikommando.

1.2.

Bei der kantonalen Bewilligung zum Erwerb einer verbotenen Waffe gemäss § 12 Abs. 1 Vollziehungsverordnung handelt es sich um eine Ausnahmegewilligung. Für die Erteilung einer Ausnahmegewilligung gelten die allgemeinen verwaltungsrechtlichen Grundsätze (vgl. hierzu und zum Folgenden Ulrich Häfelin / Georg Müller / Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Auflage, Zürich 2006, Rz. 2539 f.). Eine solche Bewilligung bedarf zunächst einer ausdrücklichen gesetzlichen Grundlage, die Erteilung der Ausnahmegewilligung darf sodann dem mit dem Gesetz verfolgten Zweck

und den damit zu schützenden öffentlichen Interessen nicht zuwider laufen, und schliesslich muss die vom Gesetz verlangte Ausnahmesituation vorliegen.

Die Voraussetzungen der Bewilligung, mitunter der Sammelzweck, das Fehlen von Hinderungsgründen gemäss Art. 8 Abs. 2 lit. d WG und der sorgsame Umgang sind begrifflich unbestimmte Rechtssätze bzw. Tatbestände (vgl. hierzu Häfelin / Müller / Uhlmann, a.a.O., Rz. 445 f.; Fritz Gygi, Verwaltungsrecht, Bern 1986, S. 145 f.). Auslegung und richtige Handhabung dieser Begriffe sind Rechtsfragen und können von Verwaltungsgericht überprüft werden. Hinsichtlich der Beurteilung der konkreten Umstände im Einzelfall steht dem Polizeikommando allerdings ein Beurteilungsspielraum zu, weil es die persönlichen Verhältnisse eines Gesuchstellers und die konkrete Situation insbesondere im Hinblick auf das Sicherheitsrisiko besser beurteilen kann. Die Entscheidung darüber, ob einem Gesuchsteller bei Erfüllung der Voraussetzungen eine Bewilligung erteilt wird oder nicht, liegt aber nicht im (freien) Ermessen der Verwaltung. Insofern besteht ein Rechtsanspruch auf Erteilung einer Ausnahmegewilligung für den Erwerb einer verbotenen Waffe für einen Gesuchsteller, welcher die Voraussetzungen von § 12 der Vollziehungsverordnung vollständig erfüllt. Im Ermessen der Verwaltung liegt die inhaltliche Ausgestaltung der Ausnahmegewilligung, welche wie jede Ermessensbetätigung die allgemeinen Rechtsgrundsätze zu befolgen hat. Eine Ausnahmegewilligung darf deshalb nicht willkürlich zugestanden oder verweigert werden, und auch das Gebot der Rechtsgleichheit und der Verhältnismässigkeit sind zu beachten (vgl. hierzu Häfelin / Müller / Uhlmann, a.a.O., Rz. 441 f.; Hans Wüst, Schweizer Waffenrecht, Zürich 1998, S. 61 f.).

2.1.-2.2. (...)

2.3.

2.3.1.

Eine Ausnahmesituation für den Erwerb einer verbotenen Seriefeuerwaffe begründet gemäss § 12 Abs. 1 der Vollziehungsverordnung, wie bereits erwähnt (siehe vorne Erw. 1), der Erwerb zu Sammelzwecken. Weitere Anforderungen an diese Ausnahme sind dem kantonalen Recht und dem Bundesrecht nicht zu entnehmen. Art. 48

WV verlangt, dass die Ausnahmegewilligung nach kantonalem Recht "nur in begründeten Einzelfällen, für eine bestimmte Person und grundsätzlich nur für eine einzige Waffe (...) erteilt werden kann". Mit dem Sammelzweck ist der "begründete Einzelfall" und damit auch die Ausnahmesituation abschliessend umschrieben, weshalb aus der bundesrechtlichen Bestimmung nicht auf zusätzliche Einschränkungen geschlossen werden kann. Wie sich auch aus den Gesetzesmaterialien ergibt, ging es dem Gesetzgeber gerade darum, für die Sammler von Waffen die durch das generelle Verbot entstandene Härte einzelfallgerecht zu mildern (siehe vorne Erw. 1.1).

Mit dieser Umschreibung der Zweckbestimmung wird das Motiv eines Gesuchstellers zur zentralen Frage für das Vorliegen der Ausnahmesituation. Dabei ist mit der Vorinstanz davon auszugehen, dass für die Begründung eines Sammelzweckes die blosser Absichtserklärung eines Gesuchstellers nicht genügt, sondern dafür sachliche Umstände in Zeitpunkt des Gesuches vorliegen müssen, welche auch objektiv auf den Sammelzweck des Erwerbs schliessen lassen. Diese Umstände können in einer bestehenden Waffensammlung, waffenspezifischen oder besonderen weiteren Umständen (Waffenserie, Marke, Militärausrüstung, Umgang mit Waffen, besondere Art der Aufbewahrung und Inventarisierung der Waffen etc.) oder in persönlichen Merkmalen eines Gesuchstellers bestehen, welche für einen Waffensammler charakteristisch sind. Das Fehlen solcher Umstände oder die Erkennbarkeit einer eigentlichen Sammelleidenschaft schliessen andererseits den Sammelzweck nicht zum vornherein aus. Die Ausnahmesituation kann auch gegeben sein, wenn eine Sammlung erst aufgebaut wird oder eine bestehende Sammlung von Faust- und Handfeuerwaffen mit einer Serief Feuerwaffe ergänzt werden soll. Da es zur Abgrenzung auf das Motiv des Gesuchstellers ankommt und die (subjektiven) Beweggründe für das Sammeln ihrer Natur die unterschiedlichsten Sammelarten und -ziele erfassen können, ist eine abschliessende positive Umschreibung der Ausnahmesituation, d.h. des Sammelzwecks, nicht möglich.

Die Absicht zur Sammlung ist ein innerer Vorgang, der seiner Natur nach einem strikten Nachweis nicht zugänglich ist, weshalb sie von den Gesuchstellenden zumindest glaubhaft zu machen ist (vgl.

die Bestimmungen in Art. 27 Abs. 1 lit. b WG; Art. 26 lit. d und e sowie Art. 27 lit. e und d WV für vergleichbare Situationen). Für das Glaubhaftmachen genügen äussere Umstände, die für den Erwerb einer Seriefewerwaffe auf einen Sammelzweck schliessen lassen. Solche können bei der Erweiterung oder Vervollständigung einer bestimmten Waffenserie oder Militärausrüstung vorliegen. Für einen erkennbaren Sammelzweck müssen zudem auch objektive Anhaltspunkte nach sachlichen Kriterien vorliegen. Es ist jedoch weder § 12 der Vollziehungsverordnung noch den Bestimmungen der bundesrechtlichen Waffengesetzgebung oder der Botschaft zum Waffengesetz zu entnehmen, dass eine bestehende Waffensammlung von einer bestimmten Qualität sein oder sich auf Waffen einer bestimmten Marke beschränken muss, um die Ausnahmesituation zu begründen. Der Ausnahmecharakter der Bewilligung verlangt keine "restriktive" Auslegung, sondern diese Bewilligungsvoraussetzung ist nach dem Zweck der gesetzlichen Bestimmung auszulegen. Entgegen der Auffassung der Vorinstanz kann der Sammelzweck auch dann erfüllt sein, wenn eine Waffensammlung besteht, die als "Querbeetsammlung" zu qualifizieren ist oder ein Sammler von nicht verbotenen Handfeuerwaffen aus technischem Interesse mit der Sammlung von Seriefewerwaffen beginnt. Auch solche Umstände können den Sammelzweck und damit eine Ausnahmesituation zureichend begründen. Eine beschränkte Auslegung des Sammelzweckes aufgrund von Qualitätskriterien der Sammlung ergibt sich aus § 12 Abs. 1 Vollziehungsverordnung und dem Ausnahmecharakter der Bewilligung jedenfalls nicht.

Der Sicherheitsgedanke der Waffengesetzgebung verlangt aber, dass die Ausnahmebewilligungen nur dann erteilt werden, wenn der Sammelzweck das alleinige und ausschliessliche Motiv für den Erwerb darstellt. Strenge Anforderungen sind daher insoweit gerechtfertigt, als Umstände, die auf einen andern Zweck oder einen unerlaubten Gebrauch der verbotenen Waffe schliessen lassen, die Ausnahmesituation zum vornherein ausschliessen, selbst wenn daneben auch ein Sammelzweck glaubhaft erscheint.

2.3.2.

Der Beschwerdeführer verfügt bereits über eine Waffensammlung. Im Zeitpunkt der Gesuchseinreichung umfasste sie 17 Waffen, und die Existenz einer Waffensammlung wird denn auch von der Vorinstanz grundsätzlich anerkannt. Insofern bestehen objektive Umstände, welche die Ausführungen des Beschwerdeführers, wonach er seine Sammlung mit einer Serief Feuerwaffe, die als Kriegswaffe in verschiedenen Armeen zum Einsatz gekommen sei, ergänzen will, als glaubhaft erscheinen lassen. Die sachgerechte Anwendung von § 12 Abs. 1 der Vollziehungsverordnung erfordert keine besondere Systematik der Sammlung nach Hersteller, Waffentyp oder Kaliber, und das Sammeln von Waffen aus einem technischen Interesse vermag den Anforderungen zu genügen. Auch ein erkennbarer "innerer" Zusammenhang zwischen einer bestehenden "Querbeetsammlung" und der nachgesuchten Serief Feuerwaffe ist bei einem erstmaligen Gesuch – wie hier – kein taugliches Kriterium, weil damit zum vornherein einem Waffensammler die Möglichkeit zum Aufbau einer Sammlung von Serief Feuerwaffen verwehrt bliebe.

Dafür, dass der Beschwerdeführer die zu erwerben beantragte Waffe nicht ausschliesslich zu Sammelzwecken, sondern auch anderweitig, wie beispielsweise zur Selbstverteidigung oder für Handelsgeschäfte erwerben will, bestehen in den Akten keine ausreichenden Hinweise. Insbesondere kann einzig aufgrund der Veräusserung von Teilen der Waffensammlung nicht geschlossen werden, der Beschwerdeführer betreibe einen bewilligungspflichtigen Waffenhandel (Art. 17 WG). Zur Sammeltätigkeit gehört, dass einzelne Waffen einer Sammlung gegen andere, in der Sammlung fehlende ausgetauscht oder Waffen veräussert werden, um andere Waffen erwerben zu können.

Die Spannungen innerhalb der Familie des Beschwerdeführers können Anhaltspunkte für eine Dritt- oder Selbstgefährdung begründen. Die Ausnahmebewilligung ist alsdann gestützt auf § 12 Abs. 1 Vollziehungsverordnung i.V.m. Art. 8 Abs. 2 lit. c WG oder wegen Zweifel am sorgfältigen Umgang zu verweigern. Das Fehlen von Hinderungsgründen und die Gewährleistung der notwendigen Sorgfalt im Umgang mit der Serief Feuerwaffe sind kumulativ zum Er-

werbszweck notwendige Voraussetzungen für eine Ausnahmegewilligung und können deshalb bereits aus systematischen Gründen nicht zur Auslegung des Sammelzweckes herangezogen werden.

Der Beschwerdeführer verfügt sodann über geeignete Behältnisse für das Aufbewahren der Waffen zu Sammelzwecken. Er ist aktiver Schütze, Schützenmeister sowie Revisor des Pistolenclubs X., und dieses intensiv betriebene Hobby kann sein Interesse an Waffen und einer Sammlung verschiedener Waffen und einer Seriefeuerwaffe erklären.

2.4.

Zusammenfassend ist entgegen der Vorinstanz der Sammelzweck als Ausnahmesituation glaubhaft gemacht. Es ist daher davon auszugehen, dass der Beschwerdeführer zur Ergänzung seiner bestehenden Waffensammlung eine Seriefeuerwaffe erwerben will. Indem die Vorinstanz einen Sammelzweck verneint hat und objektive Umstände, die auf eine anderweitige Nutzung der zu erwerbenden Waffe hindeuten, fehlen, ist die Verweigerung der Ausnahmegewilligung in diesem Punkt mit § 12 der Vollziehungsverordnung unvereinbar.

VIII. Verwaltungsrechtspflege

48 Nachweis des Vertretungsverhältnisses. Zustellungsfiktion.

- **Aus der Bekanntgabe eines Vertretungsverhältnisses für eine bestimmte Steuerperiode muss die Behörde nicht auf die Vertretung in einem hängigen, eine frühere Steuerperiode betreffenden Verfahren schliessen (Erw. 1.1).**
- **Voraussetzungen der Fristwiederherstellung (Erw. 2).**
- **Die Vermutung der Kenntnis des Verfügungsinhalts als Folge der Zustellungsfiktion kann dem Adressaten erst entgegengehalten werden, wenn die Verfügung in Rechtskraft erwachsen bzw. vollstreckbar ist (Erw. 3).**

Entscheid des Verwaltungsgerichts, 2. Kammer, vom 24. Januar 2007 in Sachen S.K. gegen Steuerrekursgericht (WBE.2006.360).

Aus den Erwägungen

1.1. Die Beschwerdeführerin behauptet, die Veranlagungsverfügungen vom 26. August 2004 seien unkorrekt eröffnet worden, da diese an sie persönlich statt an ihre Vertreterin adressiert gewesen seien. Zwar habe auf der Übergangs-Steuererklärung 2001-Ü eine Rubrik für die Bezeichnung eines Vertreters gefehlt; doch habe sie später auf der Steuererklärung 2001 die F. AG als Vertreterin bezeichnet. Dieses Vertretungsverhältnis sei nie widerrufen worden und habe beim Versand der Veranlagungsverfügungen nach wie vor bestanden.

Die Beschwerdeführerin reichte ihre Steuererklärung 2001-Ü (auf der die streitigen Veranlagungen zu gesonderten Jahressteuern 1999 und 2000 basieren; siehe § 263 Abs. 6 StG) im Juli 2001 ein. Jeder Hinweis auf ein Vertretungsverhältnis fehlt; die Angabe eines solchen wäre selbstverständlich auch ohne spezielle Rubrik möglich

gewesen. Auf der Steuererklärung 2001, eingereicht im Juli 2002, dagegen bezeichnete die Beschwerdeführerin die F. AG als Vertreterin. Eine entsprechende Vollmacht wurde ausweislich der Akten nicht eingereicht; dies war auch nicht erforderlich, da die Steuerbehörden das Vertretungsverhältnis ohne weiteres anerkannten. Ohne irgendeinen Hinweis der Beschwerdeführerin oder ihrer Vertreterin, wonach das mit der Steuererklärung 2001 bekannt gegebene Vertretungsverhältnis auch für frühere, noch nicht abgeschlossene Steuerperioden gelte, war die Steuerkommission nicht gehalten, die Veranlagungen im August 2004 der F. AG als Vertreterin zu eröffnen.

2.1. Auf verspätet erhobene Rechtsmittel wird nur eingetreten, wenn der Steuerpflichtige durch erhebliche Gründe oder durch fehlende oder unrichtige Rechtsmittelbelehrung an der rechtzeitigen Einreichung verhindert war und das Rechtsmittel innert 30 Tagen nach Wegfall des Hindernisses eingereicht wird (§ 136 Abs. 2 aStG). Sind diese Voraussetzungen erfüllt, wird die Rechtsmittelfrist wiederhergestellt (zur Fristwiederherstellung vgl. auch § 31 VRPG i.V.m. § 98 f. ZPO; VGE II/8 vom 11. Februar 2002 [BE.2001.00396], S. 5 ff.). Ein unverschuldetes Hindernis im Sinne dieser Bestimmung liegt nicht nur vor, wenn es dem Betroffenen infolge eines von seinem Willen unabhängigen Umstandes objektiv unmöglich war, innert Frist zu handeln, sondern auch dann, wenn es objektiv möglich gewesen wäre, die Frist einzuhalten, das Versäumnis aber aus anderen - subjektiven - Gründen entschuldbar erscheint (VGE II/139 vom 18. Oktober 1994 [BE.94.00068], S. 10; Jürg Baur, in: Kommentar zum Aargauer Steuergesetz, [1. Aufl.] Muri/Bern 1991, § 136 aStG N 7 mit Hinweisen). Der Wille des Gesetzgebers, subjektive Hinderungsgründe zuzulassen, insbesondere wo diese durch das Verhalten einer Behörde geschaffen wurden, zeigt sich auch darin, dass in § 136 Abs. 2 aStG die fehlende oder unrichtige Rechtsmittelbelehrung als genügender Grund für die Wiederherstellung der Frist bezeichnet wird (AGVE 1975, S. 167).

2.2. Die Beschwerdeführerin macht in dieser Hinsicht geltend, sie sei durch die telefonische Auskunft einer Mitarbeiterin des Steueramtes - wohl unabsichtlich - irregeführt und dadurch von der rechtzeitigen Einspracheerhebung abgehalten worden.

3. Nach Meinung der Mehrheit des Steuerrekursgerichts ist es aus rechtlichen Gründen ausgeschlossen, einen solchen Grund zu berücksichtigen. Die Zustellfiktion bewirke, dass mit der ordnungsgemässen Zustellung die Kenntnis des Verfügungsinhalts unwiderlegbar vermutet werde. Aufgrund der demgemäss vorauszusetzenden Kenntnis der Beschwerdeführerin vom Inhalt der Veranlagungsverfügungen habe sie die Unvollständigkeit der Auskunft des Steueramtes erkennen können. Auf eine erkennbar unrichtige oder unvollständige Auskunft könne sie sich nicht mit Erfolg berufen.

Die Rechtsfigur der Zustellfiktion (siehe dazu StE 2006, B 93.6 Nr. 27 [Bundesgericht]; BGE 130 III 399; 127 I 34; AGVE 2004, S. 270 f.) ist unverzichtbar, wenn einerseits der Anspruch der Privaten auf rechtliches Gehör und auf Kenntnis der sie betreffenden Verfügungen hochgehalten, andererseits das äusserliche Funktionieren der Gerichte und der Verwaltung, auch im Umgang mit nachlässigen, pflichtvergessenen und unredlichen Privaten, ohne unverhältnismässigen Aufwand sichergestellt werden soll. Sie ergänzt die Zustell- und Eröffnungspflicht der Behörde, die ihr Korrelat in der Entgegennahmepflicht des Adressaten findet, und rechtfertigt sich, weil für die an einem Verfahren Beteiligten nach dem Grundsatz von Treu und Glauben die Pflicht besteht, dafür zu sorgen, dass ihnen behördliche Akte zugestellt werden können (StE 2006, B 93.6 Nr. 27, Erw. 3, 4.1). "Sowohl die Zustellpflicht der Behörde wie auch die Empfangspflicht des Verfahrensbeteiligten sind Pflichten prozessualer Natur. Diese sind vernünftig, d.h. weder mit übertriebener Strenge noch mit ungerechtfertigtem Formalismus, zu handhaben" (a.a.O., Erw. 4.1). Diese Anweisung zu vernünftiger Anwendung gilt gerade dann, wenn der Adressat versucht, doch noch effektive Kenntnis der (ordnungsgemäss zugestellten, aber tatsächlich nicht zur Kenntnis gelangten) Verfügung zu erlangen. Die Ansicht des Steuerrekursgerichts, die Behörde könne ihn folgenlos mit unvollständigen oder gar unwahren Angaben daran hindern, ist übermässig formalistisch und geradezu stossend, da dem Anspruch auf faire Behandlung (§ 22 Abs. 1 KV) und dem Grundsatz loyalen Verhaltens (§ 127 Abs. 2 aStG; Baur, a.a.O., § 127 aStG N 7) zuwiderlaufend. Im Übrigen erscheint diese Ansicht auch nicht aus formalen Gründen zwingend, wie die

Mehrheit des Steuerrekursgerichts offenbar annimmt. Wohl beginnt mit der ordnungsgemässen (fiktiven) Zustellung die Rechtsmittelfrist zu laufen und wird die Verfügung nach deren unbenutztem Ablauf rechtskräftig, sodass *nachher* dem Adressaten insbesondere der Einwand, er habe die Verfügung gar nicht erhalten und vom Verfügungsinhalt keine Kenntnis (und brauche die Verfügung daher nicht zu befolgen), verwehrt bleibt; doch muss ihm deswegen die Kenntnis nicht schon unmittelbar nach der Zustellung unterstellt werden (mit - beispielsweise - der absurden Folge, dass er mangels Interesse nicht verlangen könnte, die Verfügung noch ausgehändigt zu bekommen).

49 **Beschwerdelegitimation. Grundbuchabgaben.**

- **Kein schutzwürdiges Interesse - als Voraussetzung der Beschwerdelegitimation -, soweit es lediglich um die theoretische Klärung einer Rechtsfrage geht (Erw. I/2).**
- **Richtiges Vorgehen, wenn eine Befreiung von der Abgabe zufolge Arrondierung (§ 2 Abs. 1 GBAG) beansprucht wird (Erw. I/3).**
- **Auch wenn Vorbringen verspätet erfolgen, hebt dies den Untersuchungsgrundsatz (§ 20 Abs. 1 VRPG) nicht auf (Erw. I/3).**
- **Kostenverlegung, wenn wesentliche Vorbringen erst verspätet (im Beschwerdeverfahren) erfolgen (Erw. II/2).**

Entscheidung des Verwaltungsgerichts, 2. Kammer, vom 17. Dezember 2007 in Sachen M.M. gegen Departement Volkswirtschaft und Inneres (WBE.2007.340).

Sachverhalt

In der Beschwerde gegen die Gebührenfestsetzung durch das Grundbuchamt wurde beantragt, die Handänderungsgebühr sei herabzusetzen. In der Begründung wurde als Eventualstandpunkt vorgebracht, wegen der erzielten Arrondierung hätte überhaupt keine Handänderungsgebühr erhoben werden dürfen. Das Departement Volkswirtschaft und Inneres (DVI) prüfte den (Haupt-)Antrag ma-

teriiell, setzte, unter Vorbehalt einer nachträglichen Abgabebefreiung, die Handänderungsgebühr in teilweiser Guttheissung der Beschwerde herab und wies die Sache ans Grundbuchamt zurück, damit dieses die Frage der Abgabebefreiung zufolge vollständiger Arrondierung prüfe; die Rückweisung wurde damit begründet, dass erst im Beschwerdeverfahren vorgebracht worden sei, die erzielte Arrondierung führe zur Abgabebefreiung.

Aus den Erwägungen

I/2./2.1. Gemäss § 2 Abs. 1 GBAG werden keine Abgaben erhoben "auf grundbuchlichen Vorgängen, die mit Bodenverbesserungen (Art. 954 Abs. 2 und Art. 703 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches) oder Entschuldungsmassnahmen [...] im Zusammenhang stehen, oder die einen Bodenaustausch zur Abrundung landwirtschaftlicher Betriebe zum Gegenstand haben, sofern dabei eine volle Arrondierung erreicht wird" (im Folgenden als Arrondierungstatbestand bezeichnet). Aufgrund der Stellungnahme des Grundbuchamtes Baden steht fest, dass diese Bestimmung zur Anwendung kommt und die Beschwerdeführer lediglich die unstreitig geschuldeten Fr. 46.-- (für Auslagen) bezahlen müssen.

2.2. Die Beschwerdebefugnis (Beschwerdelegitimation) setzt ein schutzwürdiges eigenes Interesse voraus (§ 38 Abs. 1 VRPG). An einem solchen Rechtsschutzinteresse fehlt es regelmässig dann, wenn die Beschwerde dem Beschwerdeführer keinen Vorteil bringen kann (Michael Merker, Rechtsmittel, Klage und Normenkontrollverfahren nach dem aargauischen Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege [Kommentar zu den §§ 38-72 VRPG], Zürich 1998, § 38 N 129 ff. mit Hinweisen). Die Beschwerdeführer haben kein schutzwürdiges Interesse an einem Entscheid, um wie viel höher die Abgabe wäre, wenn sie nicht ohnehin nur Fr. 46.-- zu berappen hätten. Zur theoretischen Klärung einer Rechtsfrage (in der Eingabe vom 23. November 2007 wird geltend gemacht, ohne jetzige Entscheidung werde wahrscheinlich bald eine nächste Beschwerde mit diesem Thema eingereicht) steht das Beschwerdeverfahren nicht zur Verfügung (Merker,

a.a.O., § 38 N 130). Auf die Beschwerde ist daher aufgrund des fehlenden Rechtsschutzinteresses nicht einzutreten.

3. Aus dem Wortlaut von § 2 Abs. 1 GBAG ergibt sich unmissverständlich, dass der Arrondierungstatbestand nicht zu einem nachträglichen, in einem zweiten Verfahren zu prüfenden Erlass der Abgabe führt; vielmehr werden von vornherein keine Abgaben gemäss GBAG, sondern lediglich (Kanzlei-)Gebühren erhoben. (Anders verhält es sich bei teilweiser Arrondierung gemäss § 2 Abs. 2 GBAG, da dort der Regierungsrat, also eine andere Instanz als das die Abgabe festsetzende Grundbuchamt, die Abgabe "angemessen herabsetzen" kann.)

Vor diesem Hintergrund ist die Durchführung des vorinstanzlichen Verfahrens zu beanstanden. In der Beschwerde an das DVI beantragten die Beschwerdeführer die Herabsetzung der Handänderungsabgabe von Fr. 1'105.-- auf Fr. 100.--; eventualiter machten sie geltend, es dürfe gar keine Handänderungsabgabe erhoben werden. Wohl ist es widersprüchlich, einen Eventualantrag zu stellen, der materiell weiter geht als der Hauptantrag. In einem solchen Fall macht es Sinn, vorerst den sog. "Eventualantrag" zu prüfen (da bei einer Gutheissung der "Hauptantrag" gegenstandslos wird). Es geht aber nicht an, über den "Eventualantrag" gar nicht zu entscheiden; dies gilt umso eher, als im verwaltungsinternen Beschwerdeverfahren ohnehin keine Bindung an die Begehren besteht (§ 43 Abs. 1 VRPG). Das DVI hätte deshalb – aufgrund der eingeholten Stellungnahme des Grundbuchamtes, worin dieses den Arrondierungstatbestand ohne Vorbehalt bejahte – selber entscheiden sollen, ob der Arrondierungstatbestand gegeben sei; allenfalls hätte es (verfahrensökonomisch wenig sinnvoll) die Abgabenverfügung vollumfänglich aufheben und die Sache zur Prüfung des Arrondierungstatbestandes und anschliessendem Erlass einer neuen Verfügung an das Grundbuchamt zurückweisen können. Verspätete Vorbringen heben den Untersuchungsgrundsatz (§ 20 Abs. 1 VRPG) nicht auf und führen – vorbehältlich abweichender gesetzlicher Bestimmungen (wie z.B. § 21 Abs. 2 VRPG; § 193 Abs. 3 StG) – nicht zu einer abweichenden materiellen Beurteilung, sondern sind bei der Kostenverlegung zu berücksichtigen (siehe § 33 Abs. 2 Satz 3 VRPG; AGVE 1976,

S. 307 ff.; 1972, S. 328). Die vorgenommene Aufteilung in ein Verfügungs- und ein anschliessendes Erlassverfahren war denn auch für eine angemessene Kostenverlegung nicht erforderlich (siehe dazu hinten Erw. II/2).

II/2. Die dem Grundbuchamt zum grundbuchlichen Vollzug eingereichten Unterlagen (Kauf-, Tauschvertrag mit Beilagen) werden praktisch nie eine Beurteilung erlauben, ob es sich um einen Arrondierungstatbestand handelt, und es ist dem Grundbuchamt nicht zumutbar, von sich aus danach forschen zu müssen (vgl. § 20 Abs. 1 VRPG: "Die Behörden prüfen den Sachverhalt *unter Beachtung der Vorbringen der Beteiligten* von Amtes wegen ..."). Die Vorinstanz hat zu Recht festgehalten, dass es Sache der anmeldenden Vertragsparteien (die damit geringere Kosten erreichen wollen) bzw. des Notars ist, gegenüber dem Grundbuchamt den Arrondierungstatbestand geltend zu machen. Die Beschwerdeführer haben dies im vorliegenden Fall unterlassen. ... Hätten die Beschwerdeführer den Arrondierungstatbestand bereits im erstinstanzlichen Verfahren beim Grundbuchamt geltend gemacht und belegt, hätte dieses auf die Abgabenerhebung von vornherein verzichtet. Es war ausschliesslich das saumselige Verhalten der Beschwerdeführer im erstinstanzlichen Verfahren, welches das Beschwerdeverfahren vor dem DVI überhaupt nötig machte; deshalb hätte das DVI die Verfahrenskosten sogar vollumfänglich den Beschwerdeführern auferlegen und Parteikostenersatz gänzlich verweigern können (§ 33 Abs. 2 Satz 3 VRPG; AGVE 1976, S. 307 ff.).

50 Anschlussbeschwerde.

- **Eine Anschlussbeschwerde ist im verwaltungsgerichtlichen Beschwerdeverfahren unzulässig (Erw. I/4).**

vgl. AGVE 2007 24 86

51 Treu und Glauben. Anspruch auf Veranlagung gemäss einer zuvor erhaltenen unrichtigen Auskunft?

- **Voraussetzungen für die Verbindlichkeit einer unrichtigen Auskunft.**

- **Nachweis nachteiliger Dispositionen, wenn diese in (behaupteten) Unterlassungen bestehen.**

Entscheid des Verwaltungsgerichts, 2. Kammer, vom 7. Dezember 2007 in Sachen E.S. gegen Steuerrekursgericht (WBE.2007.309). Zur Publikation vorgesehen in StE 2008.

Sachverhalt

Der Steuerpflichtige meldete sich zur Teilnahme an einem befristeten friedenserhaltenden Einsatz der Schweizer Armee im Ausland (SWISSCOY). Von einem zuständigen Mitglied der Steuerbehörde erhielt er die Auskunft, die Einkünfte aus dem SWISSCOY-Einsatz müssten nicht versteuert werden, sondern würden lediglich satzbestimmend berücksichtigt. Nach seiner Rückkehr wurden diese Einkünfte trotzdem erfasst mit der (zutreffenden) Begründung, die Auskunft sei falsch gewesen. Darauf machten er und seine Ehefrau geltend, er habe gestützt auf die Auskunft auf Vorkehrungen zur Verlegung seines Wohnsitzes ins Ausland verzichtet (wonach die SWISSCOY-Einkünfte in der Schweiz nicht hätten besteuert werden können), und sie beanspruchten, gemäss der - wenn auch falschen - Auskunft veranlagt zu werden.

Aus den Erwägungen

4./4.1. Die Gesetzmässigkeit der Verwaltung und damit verbunden der Grundsatz der Gleichbehandlung verbieten es von vornherein, jede falsche behördliche Auskunft als verbindlich zu behandeln in dem Sinne, dass daraus im Einzelfall ein Anspruch auf entsprechend falsche Gesetzesanwendung entstünde. Mit der Tatsache, dass der Vorsteher des Gemeindesteueramtes in Aussicht stellte, das Einkommen des Beschwerdeführers werde in Abzug gebracht (d.h. nur satzbestimmend berücksichtigt), lässt sich das Beschwerdebe-

gehen daher nicht begründen, da diese Auskunft mit dem geltenden Recht nicht in Übereinstimmung zu bringen ist.

4.2./4.2.1. Nach dem heute in Art. 9 BV ausdrücklich verankerten Grundsatz von Treu und Glauben kann eine unrichtige behördliche Auskunft unter bestimmten Umständen Rechtswirkungen entfalten. Voraussetzung dafür ist, dass sich die Auskunft auf eine konkrete, den betreffenden Bürger berührende Angelegenheit bezieht, dass die Amtsstelle für die Auskunftserteilung zuständig war oder der Bürger sie aus zureichenden Gründen als zuständig betrachten durfte, dass der Bürger die Unrichtigkeit der Auskunft nicht ohne weiteres erkennen konnte, dass er im Vertrauen hierauf eine nicht ohne Nachteil rückgängig zu machende Disposition getroffen hat und dass sich die Rechtslage seit der Auskunftserteilung nicht geändert hat (BGE 127 I 36; 121 II 479). Selbst wenn diese Voraussetzungen erfüllt sind, bedarf es zusätzlich einer Abwägung des Interesses an der richtigen Durchsetzung des objektiven Rechts gegenüber demjenigen des Vertrauensschutzes (BGE 116 Ib 187).

4.2.2. Im vorliegenden Fall ist vor allem fraglich, ob die Beschwerdeführer nachteilige Dispositionen getroffen haben. In dieser Beziehung wird vorgebracht, sie hätten es unterlassen, sich gerichtlich zu trennen oder andere steuersparende Massnahmen, wie beispielsweise die vollumfängliche Aufgabe des Wohnsitzes in S. durch beide Ehegatten mit Vermietung/ Verkauf der Liegenschaft, überhaupt nur zu prüfen.

Wenn die geltend gemachten nachteiligen Dispositionen in Unterlassungen bestehen, muss der Bürger, der wegen einer falschen Auskunft eine Vorzugsbehandlung im Vergleich zum objektiven Recht beansprucht, glaubhaft machen, dass er bei korrekter Auskunft die unterlassene Handlung tatsächlich vorgenommen hätte. Selbst wenn es vereinzelte Zeitgenossen geben mag, die um einer Steuerersparnis willen ein aufwendiges und sogar ein abwegiges und wirtschaftlich nachteiliges Vorgehen in Betracht ziehen, ist nicht hierauf abzustellen, sondern als glaubhaft – auch ohne strikten Nachweis – erscheint ein Vorgehen, wie es vernünftige Bürger in der gleichen Situation wählen würden. Um dagegen anzuerkennen, jemand hätte sich gegen die wirtschaftliche Vernunft verhalten, nur um von der

falschen Auskunft zu profitieren, bedarf es überzeugender Beweismittel.

Die Beschwerdeführer machen nicht geltend, wegen Eheproblemen wäre es ohnehin zu einer Trennung gekommen. Sie leben denn auch seit der Rückkehr des Beschwerdeführers von seinem Auslandeinsatz wieder zusammen in ihrem Haus. Eine gerichtliche Trennung der Ehe zwecks Steuerersparnis, also zu einem diesem Institut völlig fremden Zweck, läuft auf Rechtsmissbrauch bzw. auf eine Steuerumgehung hinaus (siehe dazu BGE 131 II 267; Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2006, Rz. 715 ff.). Wer aber eine Behandlung nach dem Grundsatz von Treu und Glauben beansprucht (siehe vorne Erw. 4.2.1), darf selber nicht treuwidrig handeln. Die "entgangene Möglichkeit", durch gerichtliche Trennung und anschliessende Abmeldung den Wohnsitz des Ehemanns zu verlegen, kann deshalb nicht als "nachteilige Disposition" im Sinne des Vertrauensschutzes anerkannt werden.

Die weitere angedeutete Möglichkeit, dass die Beschwerdeführer ihre eigene Liegenschaft hätten vermieten/verkaufen und dann beide von S. wegziehen können, ist nicht mehr als eine blosser Hypothese. Zudem ist es unglaubwürdig, dass die Beschwerdeführer die ganzen Umstände um eines temporären Steuervorteils willen auf sich genommen hätten, wenn sie ja eigentlich nach einem Jahr wieder gemeinsam in ihrem Haus leben wollten (wie sie es dann tatsächlich auch machten).

4.2.3. Aus der falschen Auskunft können die Beschwerdeführer somit keinen Anspruch auf gesetzwidrige Bevorteilung ableiten.

52 Im verwaltungsgerichtlichen Verfahren gelten Fristerstreckungen nur für diejenige Partei, die darum ersucht und einen zureichenden Grund nachweist (Erw. 2)

Verfügung des Verwaltungsgerichts, 3. Kammer, Präsident, vom 8. Juni 2007 in Sachen Swisscom Mobile AG gegen Regierungsrat (WBE.2007.88).

Sachverhaltszusammenfassung

Am 19. Dezember 2005 erteilte der Gemeinderat Rudolfstetten-Friedlisberg der Swisscom Mobile AG die Baubewilligung für eine Mobilfunkanlage auf der Parzelle Nr. 1462 an der Grossmattstrasse. Dagegen erhoben T. und 63 Mitbeteiligte Beschwerde beim Regierungsrat. Mit Entscheid vom 21. Februar 2007 hiess der Regierungsrat die Beschwerde gut und hob die Baubewilligung auf. Der Entscheid wurde den Beschwerdeführern A. AG, F., L., T. und N. zugestellt. Die Swisscom Mobile AG gelangte in der Folge an das Verwaltungsgericht mit dem Antrag, der vorinstanzliche Entscheid sei aufzuheben und die Baubewilligung zu bestätigen. Am 28. März 2007 stellte der zuständige Kammerpräsident die Beschwerde der A. AG, F., L., T und N. zu und stellt ihnen frei, sich bis am 27. April 2007 am Verfahren zu beteiligen und eine Vernehmlassung zur Beschwerde einzureichen. Gleichzeitig erging der Hinweis, dass mit der Verfahrensbeteiligung ein allfälliges Kostenrisiko für den Fall des Unterliegens verbunden sei. Für den Fall, dass innert Frist keine Vernehmlassung eingereicht werde, gehe das Gericht davon aus, dass keine Verfahrensbeteiligung erfolge.

Am 5. April 2007 wurde den Beteiligten eine dem Gemeinderat Rudolfstetten-Friedlisberg bewilligte Fristerstreckung bis 15. Mai 2007 zur Kenntnisnahme zugestellt. Mit Eingabe vom 14. Mai 2007 erstatteten die A. AG, F., L., T. und N eine gemeinsam verfasste Vernehmlassung für alle 64 von der Baubewilligung Betroffenen.

Aus den Erwägungen

1.

Gemäss Verfügung des Kammerpräsidenten vom 28. März 2007 hatten sich T. und Mitbeteiligte bis zum 27. April 2007 über ihre Verfahrensbeteiligung auszusprechen. Ihre Vernehmlassung erfolgte mit Datum vom 14. Mai 2007 und damit verspätet.

Unterlässt eine am Verfahren beteiligte Partei innert richterlich angesetzter Frist eine schriftliche Vorkehr, liegt Säumnis vor. Die

Säumnisfolgen bestehen darin, dass das Verfahren ohne die versäumte Prozesshandlung seinen Fortgang nimmt. Nach Ablauf einer richterlichen Frist eintreffende Rechtsschriften sind aus dem Recht zu weisen (AGVE 1997, S. 282).

Dementsprechend ist die Vernehmlassung von T. und Mitbeteiligten vom 14. Mai 2007 unbeachtlich und aus dem Recht zu weisen. Gleichzeitig ist festzustellen, dass T. und Mitbeteiligte zufolge Fristversäumnis am vorliegenden Verfahren nicht beteiligt sind. Die Folgen der Säumnis sind in materieller Hinsicht insofern gemildert, als deren Standpunkt aus dem vorinstanzlichen Verfahren auch vor Verwaltungsgericht – soweit erforderlich – Berücksichtigung findet (vgl. § 20 VRPG).

2.

Dem Gemeinderat Rudolfstetten-Friedlisberg wurde die Frist zur Einreichung der Vernehmlassung auf Gesuch hin bis zum 15. Mai 2007 erstreckt, was T. und Mitbeteiligten zur Kenntnis gebracht wurde.

Gemäss § 32 Abs. 2 VRPG können behördlich bestimmte Fristen aus zureichenden Gründen erstreckt werden, wenn vor Ablauf darum nachgesucht wird. Daraus folgt, dass Fristerstreckungen nur für diejenige Partei gelten, welche darum ersucht und einen zureichenden Grund nachweist. Die Kenntnissgabe einer solchen Fristerstreckung an die übrigen Verfahrensbeteiligten orientiert über die „Verlängerung“ des Verfahrens. Sie begründet aber für eine Partei, die kein eigenständiges Gesuch stellt, keine Fristverlängerung. T. und Mitbeteiligte könnten deshalb selbst aus der Fristerstreckung für den Gemeinderat nichts zu ihren Gunsten ableiten.

(Hinweis: Das Bundesgericht hat eine Beschwerde gegen diese Verfügung abgewiesen, soweit es darauf eintrat; Urteil vom 16. November 2007 [1C_194/2007].)

53 Kein Anspruch eines Anwalts auf Parteientschädigung für die Vertretung einer AG, deren Verwaltungsrat er ist.

Entscheid des Verwaltungsgerichts, 3. Kammer, vom 28. August 2007 in Sachen F. gegen T. AG und S. AG (WBE.2006.315).

Aus den Erwägungen

1.4.

Gemäss Handelsregistrauszug gehört der Vertreter der Beschwerdegegnerinnen (nur) dem Verwaltungsrat der Beschwerdegegnerin 1 an, wobei er in dieser Unternehmung die Funktion des Verwaltungsratspräsidenten bekleidet. Die strittige Rechtsfrage, ob die Beschwerdegegnerin 1 gleichwohl Anspruch auf eine Parteientschädigung hat, richtet sich nach § 36 VRPG. Diese Bestimmung lautet:

"¹ Im Beschwerdeverfahren vor dem Verwaltungsgericht ist dem Obsiegenden eine angemessene Entschädigung für die Kosten der Vertretung, Verbeiständung oder Beratung durch Anwälte und weitere Sachverständige zuzusprechen. Die Entschädigung ist den Umständen entsprechend dem Unterliegenden oder dem interessierten Gemeinwesen oder beiden anteilweise aufzuerlegen.

² Diese Bestimmung kommt auch in den übrigen Beschwerdeverfahren zur Anwendung, sofern der Beizug eines Vertreters oder Sachverständigen nicht offensichtlich unbegründet war."

Diese Bestimmung setzt somit ein Zweifaches voraus: Die den Kostenersatz beanspruchende Partei muss einerseits eine Drittperson beigezogen haben, welche über bestimmte Eigenschaften verfügt; andererseits darf der Beizug dieser Drittperson nicht offensichtlich unbegründet gewesen sein.

1.4.1.

Die erstgenannte Voraussetzung schliesst aus, dass eine Partei für ihren eigenen Rechtsverfolgungsaufwand eine Parteientschädigung beanspruchen kann (anders verhält es sich für den Zivilprozess: vgl. § 31 lit. d VKD). Die in eigener Sache handelnde, nicht durch einen Dritten vertretene oder beratene Partei ist deshalb praxisgemäss nicht entschädigungsberechtigt (AGVE 1991, S. 153 ff.; VGE II/52 vom 23. Juli 1997 [BE.97.00010], S. 10; VGE III/51 vom 16. Juni 1982, S. 4 f. [1982/328]). Das gilt insbesondere auch für den Anwalt, der in eigener Sache handelt (VGE IV/60 vom 13. Dezember 2004 [BE.2004.00394], S. 11; relativierend allerdings AGVE 2002, S. 406, wonach ein genereller Ausschluss des Kostenersatzes ein Rechtsgleichheitsproblem schüfe).

1.4.2.

Zwar wird im materiellen Recht auch für das Verhältnis des Organs zur juristischen Person von einer Vertretung gesprochen, soweit jedoch eine juristische Person im Prozess durch eines ihrer Organe handelt, wird sie nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts entschädigungsrechtlich der nicht vertretenen Partei gleichgestellt (VGE III/82 vom 9. August 2001 [BE.2001.00206], S. 16; VGE II/48 vom 2. Juli 2003 [BE.2002.277], S. 12; vgl. auch Alfred Kölz/Jürg Bosshart/Martin Röhl, VRG, Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 2. Aufl., Zürich 1999, § 17 N 17; differenzierend nach Art der Tätigkeit Thomas Merkli / Arthur Aeschlimann / Ruth Herzog, Kommentar zum Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege im Kanton Bern, Bern 1997, Art. 104 N 2). Das gilt auch für den Verwaltungsrat, der als Anwalt der juristischen Person auftritt, weil die anwaltliche Aufgabe an seiner gesetzlichen Vertretungsbefugnis als Organ nichts ändert.

Die verfahrensrechtliche Gleichstellung von Organ und juristischer Person erscheint deshalb sachgerecht, weil im Prozess nicht zwischen dem Handeln des Organs und demjenigen der juristischen Person unterschieden werden kann. Vielmehr kann die juristische Person im Prozess nur durch ihre vertretungsberechtigten Organe handeln (Art. 55 ZGB), was sich auch darin zeigt, dass das Organ der Parteibefragung unterstellt wird. Die Praxis des Verwaltungsgerichts deckt sich im Übrigen mit derjenigen des Regierungsrats, der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen und der Eidgenössischen Steuerrekurskommission (Entscheid der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen vom 17. Dezember 2004, in: Verwaltungspraxis der Bundesbehörden [VPB] 69/2005, Nr. 55, S. 655; Entscheid der Eidgenössischen Steuerrekurskommission vom 9. November 2004, SRK 2003-169, S. 13). Diese Sichtweise garantiert auch die Gleichbehandlung von juristischen und natürlichen Personen. Beide können einen Dritten, der Anwalt ist, zur Prozessführung beiziehen. Sehen sie davon ab, ist in beiden Fällen von einem nicht ersatzfähigen Aufwand für die eigene Rechtsverfolgung auszugehen.

1.4.3.

Im Ergebnis kann das anwaltliche Organ aus prozessualer Sicht nicht als Dritter im Sinn von § 36 VRPG bezeichnet werden. Die Vertretungskosten der Beschwerdegegnerin 1 sind damit als nicht ersatzfähige Selbstkosten zu qualifizieren. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass ein Bürokollege des Vertreters der Beschwerdegegnerinnen am Fall mitgearbeitet hat. Dieser ist gegen Aussen nicht als anwaltlicher Vertreter oder Beistand in Erscheinung getreten (vgl. § 1 Abs. 1 AnwT), weshalb sich aus dieser Mitarbeit im Nachhinein kein Anspruch auf Kostenersatz ableiten lässt (vgl. VGE III/51 vom 16. Juni 1982 [1982/328], S. 6).

1.5.

Entgegen der Rechtsauffassung des Beschwerdeführers stellt der Umstand, dass nur die Beschwerdegegnerin 2 Anspruch auf Ersatz ihrer Parteikosten hat, keinen Kürzungsgrund im Sinn des Anwaltstarifs dar. Da die Beschwerdegegnerinnen im vorinstanzlichen Verfahren eine gemeinsame Beschwerdeschrift mit identischen Rügen und Anträgen eingereicht haben, wäre der Aufwand im Fall einer Einzelvertretung gleich gross gewesen wie derjenige, der im Rahmen der Mehrfachvertretung entstand. Sofern und soweit das von der Vorinstanz zugesprochene Honorar dem Anwaltstarif entspricht, erweist es sich auch für den Fall der Einzelvertretung als angemessen. Eine Kürzung käme unter dem Gesichtspunkt der nachträglich weggefallenen Mehrfachvertretung nur dann in Betracht, wenn sich diese in einem Mehraufwand niedergeschlagen hätte, den die Vorinstanz mit einem Zuschlag nach § 7 Abs. 2 AnwT berücksichtigt hätte. Dies war aber nicht der Fall.

54 Verwaltungsergerichtliches Beschwerdeverfahren betreffend Baubewilligung; Kostenverteilung bei geringfügigem Unterliegen (weniger als 10 %).

Entscheid des Verwaltungsgerichts, 3. Kammer, vom 9. August 2007 in Sachen Eheleute R. gegen H. und Mitbeteiligte (WBE.2006.171).

Aus den Erwägungen

2.3.2. (...)

Vorliegend ist von einer vermögensrechtlichen Streitsache auszugehen. Das gilt nicht nur für die Parteientschädigung (vgl. § 3 Abs. 1 lit. a AnwT), sondern auch für die Verfahrenskosten, die innerhalb des gesetzlich vorgesehenen Kostenrahmens (§ 22 Abs. 1 lit. c VKD) praxisgemäss ebenfalls nach dem Streitwert berechnet werden (vgl. AGVE 1998, S. 437). Bei der Gewichtung des teilweisen Unterliegens ist daher grundsätzlich auf den Streitwert abzustellen, die den unterschiedlich beurteilten Beschwerdepunkten im Verhältnis zum Gesamtstreitwert zukommt. Mit Blick auf die Verfahrensökonomie und in Anlehnung an entsprechende ausdrückliche Regelungen in anderen Prozessordnungen haben die Landwirtschaftliche Rekurskommission sowie die Schätzungskommission nach Baugesetz entschieden, dass bei einer Gutheissung in geringem Umfang (unter 10%) die Verfahrenskosten dem mehrheitlich Unterliegenden vollständig auferlegt werden dürfen (AGVE 2004, S. 331 mit Hinweis). Auf dieser Linie bewegt sich auch die Praxis des Verwaltungsgerichts. Es hielt wiederholt dafür, ein bloss geringfügiges Unterliegen habe keine Auswirkungen auf den Kostenpunkt (VGE III/79 vom 17. Oktober 1995 [BE.94.00235], S. 28 f.; VGE II/48 vom 29. April 1998 [BE.95.00300], S. 21 f.; VGE II/96 vom 7. Dezember 2000 [BE.1999.00146], S. 15; VGE III/91 vom 21. Oktober 2003 [BE.2002.346], S. 14 f.); vereinzelt lehnte es sich auch an die 10%-Regel an (VGE II/49 vom 7. Juni 2000 [BE.1999.00077], S. 14; vgl. auch VGE II/133 vom 11. September 1995 [BE.95.00128], S. 15), die insbesondere im aargauischen Zivilprozess gilt (Alfred Bühler / Andreas Edelmann / Albert Killer, Kommentar zur aargauischen Zivilprozessordnung, Zivilrechtspflegegesetz [Zivilprozessordnung, ZPO] vom 18. Dezember 1984, Aarau / Frankfurt am Main / Salzburg, § 112 N 14). Die 10%-Regel erweist sich auch für das Verfahren vor Verwaltungsgericht als sachgerecht, weshalb grundsätzlich darauf abzustellen ist. Eine Ausnahme ist dann denkbar, wenn das bloss teilweise Unterliegen

erhebliche Auswirkungen auf den Prozessaufwand hat (vgl. auch Bühler / Edelmann / Killer, a.a.O., § 112 N 14).

Im konkreten Fall betrug der Gesamtstreitwert praxisgemäss 10% der Bausumme von Fr. 2'828'000.--, somit Fr. 282'800.--. In Übereinstimmung mit den Beschwerdeführern geht auch das Verwaltungsgericht davon aus, dass sich die Kosten für die Erstellung des einzelnen Besucherparkplatzes (2.00 x 6.3 m), der Anlass zur teilweisen Gutheissung der Beschwerde gegeben hat, höchstens auf Fr. 20'000.-- belaufen. Realistischer erscheint sogar eher ein Betrag von ca. Fr. 10'000.--. Hinsichtlich des Besucherparkplatzes ist somit höchstens auf einen Streitwert von Fr. 2'000.-- zu schliessen. Gemessen am Gesamtstreitwert unterliegt die Bauherrschaft in der Hauptsache somit zu lediglich 0.7%, hat jedoch nach Massgabe des vorinstanzlichen Entscheides 16.7% der vorinstanzlichen Verfahrenskosten (nach Abzug des Kostenanteils der Stadt Baden) sowie 16.7% der Parteikosten der Verfahrensgegner zu tragen. Ein Grund für dieses deutliche Missverhältnis ist weder ersichtlich, noch lässt er sich dem vorinstanzlichen Entscheid entnehmen. Insbesondere verursachte der Nebenpunkt des Besucherparkplatzes keinen derart hohen Prozessaufwand, dass das marginale Unterliegen im Umfang von 0.7% nicht mehr als geringfügig bezeichnet werden könnte. Die Vorinstanz hat ihr Ermessen in diesem Punkt klar überschritten, weshalb der vorinstanzliche Entscheid insofern zu korrigieren ist.

55 Unentgeltliche Rechtsverteidigung in Sozialhilfverfahren.

- **Wahrt eine Kürzung die Existenzsicherung nach § 15 Abs. 2 SPV, ist die Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsvertreters nur dann geboten, wenn besondere tatsächliche oder rechtliche Schwierigkeiten hinzukommen, denen der Gesuchsteller auf sich alleine gestellt nicht gewachsen wäre.**

vgl. AGVE 2007 45 194

56 Bemessen der Verfahrenskosten bei der Vereinigung von Verfahren und bei Rückweisung.

- **Die Vereinigung von Beschwerdeverfahren verändert das Kostenrisiko der beteiligten Parteien nicht (Erw. 3.1-3.3).**
- **Ein verminderter Bearbeitungsaufwand aus einer Vereinigung von Beschwerdeverfahren führt zu einer Reduktion der jeweiligen Staatsgebühr (Erw. 3.2).**
- **Wirkung einer Verfahrensvereinigung auf die Bemessung der Parteientschädigung (Erw. 4.3.3).**
- **Die getrennte Berechnung der Parteientschädigung in Verfahrensstadien vor und nach einer Rückweisung ist im AnWT nicht vorgesehen (Erw. 4.3.3).**

Urteil des Verwaltungsgerichts, 3. Kammer, vom 29. November 2007 in Sachen J.B. gegen den Regierungsrat (WBE.2007.52).

Aus den Erwägungen

3.

3.1.

Massgebend für die Festsetzung der Staatsgebühr, der Kanzleigegebühr und der Auslagen sind das VKD und die Verordnung über die Kanzleigebühen vom 14. Oktober 1991 (SAR 661.113). Die Staatsgebühr ist in der Verwaltungsrechtspflege vor Verwaltungsbehörden im Beschwerdeverfahren innerhalb eines Rahmens von Fr. 26.-- bis Fr. 3'910.-- (§ 22 Abs. 1 lit. a VKD) nach dem Zeitaufwand und der Bedeutung der Sache zu bemessen (§ 3 Abs. 1 VKD). Sie kann in ausserordentlich zeitraubenden Fällen bis auf Fr. 7'820.-- (§ 3 Abs. 2 i.V.m. § 22 Abs. 1 lit. a VKD) erhöht werden.

Im angefochtenen Entscheid hat der Regierungsrat die Staatsgebühr auf Fr. 6'400.-- erhöht und die Erhöhung mit einem ausserordentlichen Aufwand für drei Beschwerdeverfahren begründet. Auf den Beschwerdeführer entfiel nach Abzug des Kostenanteils von X. (Fr. 1'140.--) und der Kostenverteilung unter die Parteien ein Anteil von Fr. 2'420.20 oder rund 31,87 %. Mithin beträgt der Anteil des

Beschwerdeführers an der erhöhten Staatsgebühr rechnerisch rund Fr. 2'040.-- (31,87 % von Fr. 6'400.--).

3.2.

Weder das VRPG noch das VKD regeln die Folgen und Wirkungen einer Vereinigung von mehreren Beschwerdeverfahren; ihre Zulässigkeit ist aber unbestritten; nach der Praxis ist die prozessleitende Verfügung in jedem Verfahrensstadium aus prozessökonomischen Gründen möglich (§ 57 Abs. 1 VRPG; Alfred Kölz / Jürg Bosshart / Martin Röhl, Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegesetz des Kantons Zürich, 2. Auflage, Zürich 1999, Vorbemerkungen zu §§ 4-31 N 33 ff.; BGE 122 II 367 Erw. 1a).

Eine Vereinigung der Verfahren führt weder zu einer Streitgenossenschaft der beschwerdeführenden Verfahrensbeteiligten noch werden ihre Rechte zur selbstständigen Prozessführung beeinträchtigt. Kongruent zu ihren Verfahrensrechten hat sich auch das Kostenrisiko der beteiligten Parteien als Folge einer Vereinigung nicht verändert. Nach § 33 Abs. 2 VRPG sind die Kosten in der Regel dem Unterliegenden aufzuerlegen, weshalb unbesehen einer Verfahrensvereinigung jeder unterliegenden Partei die auf sie entfallenden Kostenanteile des sie betreffenden Beschwerdeverfahrens zu überbinden sind.

Nach dem Verfahrensdekret sind für die drei vereinigten Beschwerdeverfahren daher grundsätzlich je separate Staatsgebühren im Rahmen von § 22 Abs. 1 lit. a VKD festzulegen, wobei der Verfahrensvereinigung im Falle eines verminderten Bearbeitungsaufwandes durch eine Reduktion der jeweiligen Staatsgebühren Rechnung zu tragen ist (vgl. Thomas Merkli / Arthur Aeschlimann / Ruth Herzog, Kommentar zum Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege des Kantons Bern, 1997, Art. 107 N 5).

Der Regierungsrat hat dieses Vorgehen nur für das Beschwerdeverfahren der Beschwerdegegnerin (Beschwerdeverfahren 4) gewählt und für dieses Verfahren separate Kosten festgesetzt. Für die drei vereinigten Verfahren (Beschwerdeverfahren 1 bis 3) wurde nur eine Staatsgebühr erhoben und dem Mehraufwand für die Behandlung von drei Beschwerdeverfahren durch eine Erhöhung der Maximalgebühr Rechnung getragen.

Die Behandlung von drei Beschwerden ist offensichtlich im Vergleich zur Behandlung einer einzigen Beschwerde mit einem Mehraufwand verbunden. Dieser Mehraufwand kann eine Erhöhung der Staatsgebühr grundsätzlich rechtfertigen (BGE 122 II 367 Erw. 3). Solange die Erhöhung den Rahmen von § 22 Abs. 1 lit. a VKD für das einzelne Beschwerdeverfahren nicht übersteigt, kann von einer Rechtsverletzung keine Rede sein. Vorliegend beträgt der Rahmen für die Staatsgebühr gemäss § 22 Abs. 1 lit. a VKD für die drei vereinigten Beschwerdeverfahren (ohne Erhöhung gemäss § 3 Abs. 2 VKD) Fr. 11'730.-- (3x Fr. 3'910.--). Das streitige Bauvorhaben mit einer Bausumme von Fr. 11,3 Mio. und einem Streitwert von Fr. 1,13 Mio. (vgl. AGVE 1983, S. 249 ff. und 1989, S. 283 ff.) ist von der Sache her offensichtlich von einiger Bedeutung und rechtfertigt ohne Weiteres, den Rahmen von § 22 Abs. 1 lit. a VKD für jedes der drei Beschwerdeverfahren auszuschöpfen. Bei einem Anteil des Beschwerdeführers von Fr. 2'040.-- (siehe vorne Erw. 3.1) ist auch einem durch die Vereinigung entstandener verminderter Bearbeitungsaufwand der Beschwerde des Beschwerdeführers hinreichend Rechnung getragen und bewegt sich in jedem Fall im Ermessen der Vorinstanz, in das das Verwaltungsgericht aufgrund seiner eingeschränkten Kognition nicht eingreifen kann.

3.3.

Die Vereinigung der drei Beschwerdeverfahren begründet zwischen den einzelnen Parteien keine Streitgenossenschaft und führt auch nicht zu einem gemeinschaftlichen Kostenrisiko zwischen den Beschwerdeführenden. Entsprechend ist auch eine gemeinschaftliche Aufteilung von Kosten zwischen den Verfahrensbeteiligten der drei Beschwerdeverfahren nicht zulässig (vgl. Merkli / Aeschlimann / Herzog, a.a.O., Art. 17 N 17). Vielmehr sind die Verfahrenskosten gleich zu verlegen, wie wenn der Regierungsrat die einzelnen Eingaben getrennt behandelt hätte (Kölz / Bosshard / Röhl, a.a.O., Vorbemerkungen zu §§ 4-31 N 35; Merkli / Aeschlimann / Herzog, a.a.O., Art. 106 N 3).

Der Beschwerdeführer (Beschwerdeverfahren 3) und die Aktiengesellschaft A. (Beschwerdeverfahren 2) haben je eine Beschwerde eingereicht. Die dritte Beschwerde wurde von drei Parteien

gemeinsam erhoben, und nur diese gemeinschaftliche Beschwerdeführung begründete zwischen X. und Y. sowie Z. eine einfache Streitgenossenschaft, womit sie auch das Kostenrisiko für ihre Beschwerde (Beschwerdeverfahren 1), nicht aber für die beiden andern Beschwerdeverfahren gemeinsam tragen. Die vom Beschwerdeführer beantragte Aufteilung der Verfahrenskosten nach Köpfen ist mit § 33 VRPG nicht vereinbar. Im Ergebnis würde die beantragte Aufteilung bedeuten, dass X., Y. und Z. durch die Vereinigung schlechter gestellt wären als bei getrennter Behandlung der Beschwerden.

(Hinweis: Das Bundesgericht hat mit Urteil vom 5. Mai 2008 (1C 40/2008) eine Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten gegen das Urteil vom 29. November 2007 abgewiesen, soweit der vorliegende Urteilsauszug betroffen ist.)

57 Kognition des Verwaltungsgerichts in Normenkontrollverfahren.

- **Rügen betreffend das Zustandekommen einer Norm dürfen nur geprüft werden, wenn der geltend gemachte inhaltliche Mangel beim Zustandekommen einer Norm dem höherrangigem Recht oder der Natur der Sache derart widerspricht, dass das Ergebnis in der angefochtenen Norm eine schwerwiegende Rechtsverletzung mit Nichtigkeitsfolge begründet (Präzisierung der Rechtsprechung).**

Urteil des Verwaltungsgerichts, 4. Kammer, vom 7. Dezember 2007 i.S. A. u. Mitb. gegen den Regierungsrat (WNO.2005.1).

Aus den Erwägungen

- I.
 1. (...)
 2.
 - 2.1.
 - 2.1.1.

Das Verwaltungsgericht hat die angefochtene Bestimmung bloss hinsichtlich der vom Gesuchsteller ausdrücklich gerügten Rechtsmängel zu untersuchen (sog. Rügeprinzip). Zusätzlich ist es

nur verpflichtet, damit aus der Natur der Sache unmittelbar zusammenhängende sowie offensichtliche, ins Auge springende Verfassungs- oder Gesetzeswidrigkeiten zu berücksichtigen.

Bei der Normenkontrolle wird ein Rechtssatz mit einem andern Rechtssatz verglichen; geprüft wird, ob der zu kontrollierende Rechtssatz der Massstabsnorm entspricht (Monika Fehlmann-Leutwyler, Die prinzipale Normenkontrolle nach aargauischem Recht, Aarau 1988, S. 85 ff.), d.h., ob übergeordnete Verfassungs- und Gesetzesbestimmungen verletzt sind (§ 68 VRPG; AGVE 1992, S. 168; 1988, S. 110). Geprüft wird – dies als Grundsatz – der Rechtssatz als Ergebnis des Rechtsetzungsverfahrens, nicht aber auch der Ablauf des Rechtsetzungsverfahrens (AGVE 1992, S. 168; 1985, S. 117). Das Gericht hat zu untersuchen, ob der Rechtssatz selbst verfassungs- und gesetzmässig ist. Gestützt auf die bisherige Rechtsprechung dürfen Rügen von Verfahrensfehlern beim Zustandekommen einer Norm (was nicht den Norminhalt betrifft) nur mit grosser Zurückhaltung überhaupt geprüft werden. So können im Normenkontrollverfahren nur schwere Verfahrensfehler, die zur Nichtigkeit einer Norm führen, berücksichtigt werden. Soweit im Folgenden von einem schweren Mangel die Rede ist, wird darunter ein zur Nichtigkeit führender Mangel verstanden.

II.

1. (...)

2.

2.1.

Die Gesuchsteller beanstanden einzelne Parameter, die bei der Ermittlung des Prozentsatzes von 3,12 % im Rechtsetzungsverfahren berücksichtigt wurden, und ihre Rügen betreffen damit das Zustandekommen der beanstandeten Norm in Anhang IV Ziff. 6 LDLP. Auf solche Rügen kann das Verwaltungsgericht nur eintreten, wenn die gerügten Mängel einen schweren Fehler im Rechtsetzungsverfahren begründen. Entsprechend der Ergebnisprüfung im Normenkontrollverfahren ist dabei zu prüfen, ob der gerügte Mangel objektiv und unabhängig vom konkreten Fall zur Nichtanwendbarkeit einer Norm, ungeachtet ihres Inhalts, führen muss (siehe vorne Erw. I/2.1.1). In der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts waren insbe-

sondere Verfahrensrügen wie die Verletzung klarer Zuständigkeitsvorschriften, die Verletzung von Vorschriften über die Mitwirkungsrechte oder des rechtlichen Gehörs Gegenstand dieser Prüfung (vgl. AGVE 1992, S. 169 mit Hinweisen; AGVE 1985, S. 119 mit Hinweisen; VGE I/41 vom 5. Juli 1995 [NO.1995.00001], S. 9). Vorliegend handelt es sich nicht um Verfahrensmängel im Rechtsetzungsverfahren, sondern um die materiellen Grundlagen, die vom Dekretsgeber für die Ausarbeitung der angefochtenen Norm verwendet bzw. berücksichtigt wurden. Diese Grundlagen sind weder formell noch materiell verbindlich, sondern sind Teil der Entstehungsgeschichte und haben damit im Normenkontrollverfahren die Bedeutung von Materialien. Wie bei den Verfahrensfehlern kann auch ein inhaltlicher Mangel bei der Entstehung einer Norm mit schwerwiegenden Auswirkungen auf das Ergebnis nicht zum vornherein ausgeschlossen werden. Ein solcher Mangel kann sich aus der Natur der Sache ergeben, indem die Norm einen Sachverhalt regelt, welcher mit dem beabsichtigten Regelungsinhalt keinen sachlichen Zusammenhang hat (vgl. hierzu Sachverhalt in AGVE 2004, S. 99 ff.). Eine inhaltsbestimmende Verletzung von übergeordnetem Recht beim Zustandekommen kann auch dazu führen, dass der Rechtsatz als Ergebnis ebenfalls mit dem übergeordneten Recht schlicht unvereinbar wird. In diesem Sinne ist in Präzisierung der bisherigen Rechtsprechung zu prüfen, ob der geltend gemachte inhaltliche Mangel beim Zustandekommen einer Norm dem höherrangigem Recht oder der Natur der Sache derart widerspricht, dass das Ergebnis in der angefochtenen Norm eine schwerwiegende Rechtsverletzung mit Nichtigkeitsfolge begründet.

58 Beschwerdeschrift.

- **Anforderungen an eine Beschwerdeschrift (Erw. 2.1).**
- **Formelle Anforderungen an die Nachfristansetzung gemäss § 39 Abs. 3 VRPG bei Laienbeschwerden (Erw. 2.3).**

Urteil des Verwaltungsgerichts, 4. Kammer, vom 26. Oktober 2007 in Sachen M.S. gegen das Bezirksamt Baden (WBE.2007.143).

Aus den Erwägungen

2.

2.1.

Gemäss § 39 VRPG sind Beschwerden schriftlich bei der Beschwerdeinstanz einzureichen (Abs. 1). Die Beschwerdeschrift hat einen Antrag und eine Begründung zu enthalten (Abs. 2). Antrag und Begründung stellen dabei Gültigkeitserfordernisse der Beschwerde dar, wobei die verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung bei sogenannten Laienbeschwerden sowohl das Antrags- als auch das Begründungserfordernis nicht streng auslegt (vgl. AGVE 1988, S. 413 mit Hinweisen). Sind die Anforderungen an die Beschwerdeschrift gemäss § 39 Abs. 1 und Abs. 2 VRPG nicht erfüllt, so ist bei Laienbeschwerden, die zumindest im Ansatz einen Antrag und eine Begründung enthalten, dem Beschwerdeführer eine Nachfrist zur Verbesserung der Beschwerdeschrift anzusetzen, unter Androhung des Nichteintretens im Unterlassungsfall (§ 39 Abs. 3 VRPG; Michael Merker, Rechtsmittel, Klage und Normenkontrollverfahren nach dem aargauischen Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege, Zürich 1998, § 39 N 50 ff.; AGVE 1998, S. 457 ff.).

2.2.

Das Bezirksamt Baden hat mit Schreiben vom 19. März 2007 der Beschwerdeführerin eine Frist angesetzt und sie darum ersucht, ihre Eingabe vom 8. März 2007 zu substantiieren und ihm mitzuteilen, als was ihre Eingabe zu behandeln ist. Die Beschwerdeführerin durfte davon ausgehen, dass das Bezirksamt Baden zur Auffassung gelangt ist, die genannte Eingabe der Beschwerdeführerin erfülle die Erfordernisse an die Beschwerdeschrift gemäss § 39 Abs. 2 VRPG nicht, weshalb es ihr – obwohl im Schreiben vom 19. März 2007 nicht explizit erwähnt – gestützt auf § 39 Abs. 3 VRPG eine Frist zur Verbesserung ihrer Beschwerde angesetzt hat. Eine andere gesetzliche Grundlage besteht hierzu nicht.

Setzt das Bezirksamt Baden der Beschwerdeführerin gestützt auf § 39 Abs. 3 VRPG eine Nachfrist an, so sind die mit dieser Bestimmung verbundenen formellen Vorschriften zu beachten. Nachfolgend ist deshalb zu prüfen, ob das Bezirksamt Baden die formel-

len Erfordernisse einer Nachfristansetzung gemäss § 39 Abs. 3 VRPG eingehalten hat.

2.3.

Bei der in § 39 Abs. 3 VRPG vorgesehenen Möglichkeit der Nachfristansetzung zur Verbesserung der Beschwerdeschrift handelt es sich um einen Anwendungsfall der amtlichen Fürsorgepflicht gemäss § 20 Abs. 2 VRPG (Merker, a.a.O., § 39 N 52). Sie stellt damit eine Konkretisierung des in Art. 29 Abs. 1 BV verankerten Verbotes des überspitzten Formalismus dar, wonach vor allem rechtunkundige und prozessual unbeholfene Beschwerdeführer vor den Folgen einer mangelhaften Prozessführung bewahrt werden sollen (vgl. hiezu Alfred Kölz / Jürg Bosshart / Martin Röhl, Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 2. Auflage, Zürich 1999, § 23 N 27).

Mit Blick auf den erwähnten Hintergrund der Bestimmung von § 39 Abs. 3 VRPG ist die beschwerdeführende Partei anlässlich der Nachfristansetzung konkret darauf hinzuweisen, welche Anforderungen an die Beschwerdeschrift gemäss § 39 Abs. 1 und Abs. 2 VRPG mit ihrer bisherigen Eingabe noch nicht erfüllt sind. Darüber hinaus muss mit der Nachfristansetzung auch die Androhung verbunden werden, dass, falls die Eingabe innert Frist nicht verbessert werde, auf die Beschwerde nicht eingetreten werde (§ 39 Abs. 3 VRPG; Merker, a.a.O., § 39 N 50). Diese Anforderungen sind bei einer Nachfristansetzung gestützt auf § 39 Abs. 3 VRPG zwingend zu beachten.

2.4.

Im Schreiben vom 19. März 2007 wurde die Beschwerdeführerin nicht darauf aufmerksam gemacht, inwiefern ihre Beschwerdeschrift noch mangelhaft ist und welche Punkte sie zu verbessern hat. Zwar wurde die Beschwerdeführerin um Substantiierung ihrer Eingabe vom 8. März 2007 gebeten, jedoch handelt es sich beim Begriff der "Substantiierung" um einen juristischen Fachbegriff. Dazu kommt, dass bereits aus der Verwaltungsbeschwerde vom 8. März 2007 geschlossen werden kann, dass die Beschwerdeführerin nicht deutscher Muttersprache ist. Das Bezirksamt Baden hätte aufgrund seiner Fürsorgepflicht der Beschwerdeführerin vielmehr in einfachen

Sätzen konkret darlegen sollen, welche formellen Mängel ihre Beschwerdeschrift aufweist und wie diese Unzulänglichkeiten innert der ihr angesetzten Frist behoben werden können. Aus dem Schreiben vom 29. März 2007 geht denn auch hervor, dass die Beschwerdeführerin das Wort "substantiiieren" nicht verstanden hat und es ihr nicht klar war, inwiefern sie ihre Eingabe vom 8. März 2007 zu verbessern hatte. Zudem hat das Bezirksamt Baden der Beschwerdeführerin auch nicht angedroht, auf die Beschwerde nicht einzutreten, falls sie keine Verbesserung ihrer Eingabe vom 8. März 2007 vornehme.

59 Parteientschädigung in Sozialhilfeverfahren.

- **Die Parteientschädigung ist i.d.R. nach § 3 Abs. 1 lit. a AnwT festzusetzen (Erw. 5.2).**
- **Grundsätze zur Streitwertberechnung (Erw. 6.2).**

vgl. AGVE 2007 44 191

60 Submissionsverfahren.

- **Unzulässigkeit der Verwaltungsgerichtsbeschwerde, wenn die Schwellenwerte des Einladungsverfahrens nicht erreicht sind.**

vgl. AGVE 2007 37 153

Steuerrekursgericht

I. Kantonale Steuern

A. Steuergesetz (StG) vom 15. Dezember 1998

- 61 Gewinnungskosten des selbstständig Erwerbttätigen (§ 36 Abs. 1 StG).
- Der steuerlich zu anerkennende Einschlag beim Verkauf von WIR-Guthaben ist aufgrund des konkreten Einzelfalles zu ermitteln. Vorliegend ist der beim Verkauf gewährte Einschlag von 40 % angesichts des hohen verkauften Betrages und der konsequenten Behandlung des WIR-Geldes in der Buchhaltung angemessen.

23. August 2007 in Sachen E. + P.O., 3-RV.2006.148

Aus den Erwägungen

2.

2.1. Der Rekurrent ist Inhaber der Einzelfirma O. Er handelt vorab mit Audio-Anlagen für den Einbau in Fahrzeuge. Dabei nimmt er für einen Teil des Verkaufspreises WIR-Checks in Zahlung. Sein WIR-Guthaben verkauft er regelmässig mit einem Einschlag von rund 40 % an seinen ebenfalls selbstständig erwerbttätigen Bruder. So hat er im Jahr 2001 WIR-Geld von total CHF 354'000.00 für CHF 214'800.00 veräussert. Die Differenz von CHF 139'200.00 wurde als Erlösminderung verbucht.

2.2. Die Steuerkommission L. anerkannte einen Einschlag von lediglich 25 % und rechnete entsprechend CHF 50'700.00 zum Einkommen aus selbstständiger Erwerbttätigkeit auf. Sie führt dazu aus, steuerlich seien 30 % abziehbar. Es sei nicht ersichtlich, was die Inkaufnahme des höheren Verlustes mit der Erreichung des Gesellschaftszweckes zu tun habe. Es sei nicht davon auszugehen, dass der Rekurrent bei einem unabhängigen Dritten einen Einschlag von 40 % akzeptiert hätte. Da zudem alle Geschäfte mit dem Bruder abgewickelt worden seien, könne das Delkredererisiko vernachlässigt,

und nur ein Einschlag von 25 % akzeptiert werden. Was darüber hinausgehe, sei nicht geschäftsmässig begründet.

2.3. Der Rekurrent führt aus, die Annahme von WIR-Checks garantiere ihm einen Vorteil gegenüber der Konkurrenz. Sein Bruder ermögliche ihm dies, indem er ihm das WIR-Geld mit einem Einschlag von 40 % abkaufe. Aus diesem Geschäft erleide er keinen Verlust, da der Kaufpreis bei der Bezahlung mit WIR entsprechend um 40 % nach oben korrigiert werde. Zudem sei die Frage, ob er auch bei einem unabhängigen Dritten einen Einschlag von 40 % akzeptieren würde, fehl am Platz, da nicht einzusehen sei, weshalb er seinem Bruder ein „Geschenk“ machen solle.

3.

3.1. Nach den Geschäftsbedingungen der WIR-Genossenschaft besitzt WIR-Geld die volle Kaufkraft, und ein Minderwert gegenüber Währungsgeld wird verneint. Obschon an sich nicht gestattet, wird mit sog. WIR-Checks beträchtlicher Handel getrieben. Angesichts der doch beschränkten Verwendbarkeit von WIR-Guthaben ist aber anerkannt, dass bei ihrem Verkauf zur Beschaffung von Bargeld mit einem Einschlag von 25 bis 30 % zu rechnen ist (AGVE 1970 S. 284; VGE vom 19. Dezember 2002 in Sachen A. + B.B.). Offizielle WIR-Teilnehmer können daher anstelle des Nennwerts entweder den niedrigeren Verkehrswert versteuern oder ohne besonderen Nachweis eine Delkredere-Rückstellung von 25 % des Nominalwerts bilden. Wird der tiefere Verkehrswert bilanziert, ist höchstens noch eine Rückstellung von 5 % (wie für inländische Forderungen) möglich (VGE vom 19. Dezember 2002 in Sachen A. + B.B.; vgl. zum Ganzen auch Kommentar zum Aargauer Steuergesetz, 2. Auflage, Muri-Bern 2004, § 25 StG N 27). Der Verkehrswert des WIR-Geldes ist nach den konkreten Verwendungsumständen und Geschäftsbereichen differenziert zu ermitteln (BGE vom 14. Dezember 1999 in Sachen E. AG; RGE vom 11. Oktober 2006 in Sachen O.M.).

3.2. Im vorliegenden Fall geht es nicht um die Bewertung von WIR-Guthaben in der Bilanz, sondern darum, ob der Einschlag von 40 % auf den verkauften WIR-Geldern geschäftsmässig begründet war. Der Hinweis der Steuerkommission L. auf das geringe „Delkre-

dere-Risiko“ vermag daher eine Aufrechnung nicht und auch nicht teilweise zu begründen.

3.3. Entgegen der Ansicht der Steuerkommission L. ist der Einschlag auf WIR-Geld steuerlich nicht auf 30 % fixiert, sondern der Einschlag ist entsprechend dem Verkehrswert zu bestimmen. Der Satz von 25 bis 30 % gilt nur, wenn kein besonderer Nachweis geführt wird. Vorliegend hat der Rekurrent unbestritten sein WIR-Geld mit einem Einschlag von 40 % verkauft. Es ist angesichts des hohen Betrages von CHF 354'000.00 fraglich, ob er bei einem unabhängigen Dritten mehr dafür bekommen hätte. Es ist auch nicht davon auszugehen, dass der Rekurrent seinem Bruder die Gelder zu einem unter dem Marktpreis liegenden Wert hat zukommen lassen. Dies gilt umso mehr, als der Käufer die WIR-Gelder in seiner Buchhaltung erfasst hat.

Im BGE vom 14. Dezember 1999 in Sachen E. AG hatte das Bundesgericht eine in WIR-Checks ausgerichtete Zuwendung an eine Freikirche, die nicht als geschäftsmässig begründet anerkannt wurde, zu beurteilen. Es führte aus, der vom Verwaltungsgericht angenommene Minderwert des WIR-Geldes von 25 % sei nicht gerade willkürlich tief angesetzt, „(...) obwohl die Festsetzung eines Einschlags von 40 % mit Blick auf die in dieser Höhe (...) akzeptierten buchmässigen Wertberichtigungen möglich und wohl auch angemessener gewesen wären.“ Auch nach Ansicht des Bundesgerichtes ist somit ein Einschlag auf WIR-Geldern von 40 % nicht von vornherein unangemessen.

Der Saldo der zwei Kontokorrente des Rekurrenten bei der WIR-Bank betrug per 31. Dezember 2001 CHF - 5'151.25. (...) Das Konto „Delkredere“ hatte per 31. Dezember 2001 einen *positiven* Saldo von CHF 2'050.00. Offenbar hat der Rekurrent auf seiner Schuld bei der WIR-Bank 40 % „gutgeschrieben“. Es ist offensichtlich, dass auf einer Schuld handelsrechtlich kein Delkredere verbucht werden darf. Indes hat der Rekurrent wenigstens auf den WIR-Beträgen konsequent mit einem Einschlag von 40 % gerechnet. Dies wurde denn auch von der Steuerkommission L. nicht korrigiert.

3.4. Nach Ansicht des Steuerrekursgerichtes ist aufgrund der vorstehenden Überlegungen im vorliegenden Fall der Einschlag von

40 % beim Verkauf von WIR-Geldern angemessen. Der Handel mit dem Bruder ist als drittmarktgerecht zu beurteilen und die Behandlung in der Buchhaltung war konsequent. Der Rekurs erweist sich in diesem Punkt als begründet. Die Aufrechnung von CHF 50'700.00 zum Einkommen aus selbstständiger Erwerbstätigkeit ist zu streichen.

62 Krankheits-/Unfallkosten und behinderungsbedingte Kosten; Transportkosten (§ 40 lit. i und i^{bis} StG).

- **Die Transportkosten sind nicht nur bei einer Behinderung, sondern (weiterhin) auch bei Krankheit/Unfall abzugsfähig.**

20. Dezember 2007 in Sachen S.R., 3-RV.2007.179

Aus den Erwägungen

2.

2.1. Gemäss § 40 lit. i StG in der bis Ende 2006 geltenden Fassung können von den Einkünften die Krankheits-, Unfall- und Invaliditätskosten der steuerpflichtigen Person und der von ihr unterhaltenen Personen abgezogen werden, soweit die steuerpflichtige Person die Kosten selber trägt und diese 5 % der um die Aufwendungen nach den §§ 35 - 40 verminderten steuerbaren Einkünfte übersteigen. Diese Regelung deckt sich inhaltlich mit Art. 33 Abs. 1 lit. h DBG in der bis Ende 2004 geltenden Fassung.

2.2. Bei der direkten Bundessteuer sind am 1. Januar 2005 die Art. 33 Abs. 1 lit. h und lit. h^{bis} DBG in Kraft getreten. Dabei wurden die Invaliditätskosten in lit. h gestrichen und neu eine lit. h^{bis} eingefügt. Danach werden von den Einkünften die behinderungsbedingten Kosten des Steuerpflichtigen oder der von ihm unterhaltenen Personen mit Behinderungen im Sinne des Behindertengleichstellungsgesetzes vom 13. Dezember 2002 abgezogen, soweit der Steuerpflichtige die Kosten selber trägt. Diese Regelung deckt sich mit der seit 1. Januar 2005 geltenden Fassung von Art. 9 Abs. 2 lit. h^{bis} StHG.

2.3. Im Kanton Aargau wurde eine entsprechende Änderung von § 40 lit. i StG mit Einfügung einer lit. i^{bis} erst mit der per 1. Januar 2007 vorgenommenen Teilrevision des Steuergesetzes vorgenommen. Es ist jedoch unbestritten, dass die neue, inhaltlich dem DBG und dem StHG entsprechende Regelung bereits ab der Steuerperiode 2005 anzuwenden ist. Das Kantonale Steueramt hat denn auch ein ab der Steuerperiode 2005 geltendes Merkblatt „Krankheitskosten“ (im Folgenden: Merkblatt KStA) erlassen. Danach gilt ab der Steuerperiode 2005 ausschliesslich das Kreisschreiben Nr. 11 „Abzug von Krankheits- und Unfallkosten sowie von behinderungsbedingten Kosten“ der EStV vom 31. August 2005.

3. Bei den Krankheits- und Unfallkosten können gemäss dem ab der Steuerperiode 2005 geltenden Merkblatt KStA die Transportkosten, um ärztliche Leistungen in Anspruch zu nehmen, grundsätzlich nicht (mehr) abgezogen werden, da diese in der Regel nur indirekt mit der Krankheit bzw. einem Unfall in Zusammenhang stehen. Nur in Ausnahmefällen werden medizinisch notwendige Transport-, Rettungs- und Bergungskosten zum Abzug zugelassen, sofern aus gesundheitlichen Gründen weder die Benützung des öffentlichen Verkehrsmittels noch des privaten Motorfahrzeugs möglich oder zumutbar ist (z.B. Transport mit dem Krankenwagen, der Rega etc.; vgl. Merkblatt KStA, Ziff. 3.2.9).

4.

4.1. Die Rekurrentin beantragt, es seien auch die krankheitsbedingten Transportkosten zum Abzug zuzulassen. Diese würden direkt mit der ärztlichen Behandlung in Zusammenhang stehen. Es sei nicht ersichtlich, wieso Transportkosten ab dem Jahr 2005 nicht mehr zu den Krankheitskosten zählen würden, obwohl diese zuvor zum Abzug zugelassen worden seien. Es könne nicht Sinn des Behindertengleichstellungsgesetzes sein und verstosse zudem auch gegen die Gleichbehandlung, wenn bei nicht behinderten Personen die Transportkosten als nicht unmittelbar in Zusammenhang mit der Behandlung angesehen würden, bei behinderten Personen jedoch schon. Zudem sei der alte Wortlaut von § 40 lit. i StG in der neuen Fassung unverändert geblieben, ausser dass die Invaliditätskosten weggefal-

len und neu in § 40 lit. i^{bis} StG die behinderungsbedingten Kosten geregelt seien.

4.2. Der Rechtsdienst des KStA beantragt, der Rekurs sei abzuweisen. Ob Transportkosten als Krankheitskosten im Sinne der neuen Fassung von § 40 lit. i StG gelten, sei ab der Steuerperiode 2005 ausschliesslich nach dem Kreisschreiben Nr. 11 der EStV zu beurteilen. Danach seien Transportkosten grundsätzlich nicht als Krankheits- bzw. Unfallkosten abzugsfähig. Zudem spreche auch der Wortlaut gegen die Abzugsfähigkeit von Transportkosten als Krankheits- bzw. Unfallkosten.

5.

5.1. Zu beurteilen ist, ob die Aufteilung der Krankheits-, Unfall- und Invaliditätskosten (§ 40 lit. i StG) in neu Krankheits- und Unfallkosten sowie behinderungsbedingte Kosten (§ 40 lit. i und i^{bis} StG) eine Auswirkung auf die Abzugsfähigkeit von krankheitsbedingten Transportkosten, welche im Kanton Aargau bis Ende 2004 grundsätzlich abziehbar waren, hat. Es sind demzufolge diese Bestimmungen auszulegen.

5.2. Gemäss der Rechtsprechung bildet in erster Linie der Wortlaut den Ausgangspunkt jeder Auslegung (wörtliche oder grammatikalische Auslegung). Ist der Text nicht ganz klar und sind verschiedene Interpretationen möglich, so muss nach seiner wahren Tragweite gesucht werden. Dabei müssen alle Auslegungselemente, wie namentlich die Gesetzesmaterialien (historische Auslegung), der Zweck der Regelung, der Sinnzusammenhang sowie die dem Text zu Grunde liegenden Wertungen beachtet werden. In gewissen Fällen ist auch das geschützte Interesse (teleologische Auslegung) oder auch das Verhältnis zu anderen Gesetzesbestimmungen (systematische Auslegung) zu beachten. Sind mehrere Auslegungen zulässig, so ist derjenigen der Vorzug zu geben, welche verfassungskonform ist. Auch wenn das Bundesgericht die Bundesgesetze nicht auf ihre Verfassungskonformität hin überprüfen kann (Art. 191 BV), so geht es immerhin davon aus, dass der Gesetzgeber keine mit der Verfassung unvereinbare Lösungen vorschlägt, ausser das Gegenteil ergebe sich eindeutig aus dem Wortlaut oder dem Sinn des Gesetzes (RGE vom

15. November 2006 in Sachen S. + I.M.; Pra 95 [2006] Nr. 90 = BGE 131 II 562).

5.2.1. Sowohl die alte als auch die neue Fassung von § 40 lit. i StG beziehen sich auf die Krankheits- und die Unfallkosten. Rein begrifflich gesehen hat sich diesbezüglich nichts geändert. Die „Auslagerung“ der Invaliditätskosten in eine neue lit. i^{bis} unter der Bezeichnung „behinderungsbedingte Kosten“ hat keinen direkten Einfluss auf die Begriffe „Krankheits-“ und „Unfallkosten“. Die EStV und auch der Rechtsdienst des Kantonalen Steueramtes sind jedoch aufgrund des Gesetzeswortlautes der Auffassung, dass eine unterschiedliche Behandlung der Transportkosten bei Krankheit/ Unfall einerseits und bei Behinderung andererseits vorzunehmen ist. Währenddem in § 40 lit. i StG von „Krankheitskosten“ die Rede sei, betreffe § 40 lit. i^{bis} StG die „behinderungsbedingten Kosten“. Die Formulierung „behinderungsbedingt“ sei umfassender und weiter zu verstehen als der Begriff „Krankheitskosten“. Dieser grammatikalischen Auslegung ist grundsätzlich zuzustimmen. Der Begriff „Krankheitskosten“ schliesst aber auch nach der Auffassung des Kantonalen Steueramtes nicht per se den Einbezug von Transportkosten aus, denn im bis Ende 2004 gültigen Merkblatt „Krankheitskosten“ werden die Transportkosten unter den abzugsfähigen Krankheitskosten aufgeführt. Es ist daher zu prüfen, ob weitere Auslegungselemente gegen die Fortführung dieser Praxis sprechen.

5.2.2. Mit der historischen Auslegung soll der Sinn einer Norm durch Rekonstruktion der Regelungsabsicht, der Zweckbestimmung und der Wertentscheidungen des historischen Gesetzgebers gefunden werden (Honsell Heinrich, in: Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art. 1 - 456 ZGB, 3. Auflage, Basel 2006, Art. 1 ZGB N 9). Mit der teleologischen Auslegungsmethode erfolgt die Sinnermittlung einer Norm mit Hilfe des Normzweckes, d.h. mit der Zweckverfolgung (Honsell, a.a.O., Art. 1 ZGB N 9).

Die Einführung der Art. 9 Abs. 2 lit. h^{bis} StHG/Art. 33 Abs. 1 lit. h^{bis} DGB/ § 40 lit. i^{bis} StG basiert auf dem Behindertengleichstellungsgesetz, welches im Bereich der Steuern ab 1. Januar 2005 zu beachten ist. Mit dem Behindertengleichstellungsgesetz wird die Förderung der Gleichstellung zu Gunsten der Behinderten bezweckt

(Botschaft zur Volksinitiative „Gleiche Rechte für Behinderte“ und zum Entwurf eines Bundesgesetzes über die Beseitigung von Benachteiligungen behinderter Menschen vom 11. Dezember 2000, in: BBl 2001 S. 1715 ff.). Dabei sollen die Behinderten steuerlich eine Besserstellung erlangen, weil sie einerseits ihre behinderungsbedingten Unkosten nie ganz ersetzt erhalten und weil sie andererseits durch die Steuern stärker belastet würden als nicht behinderte Steuerpflichtige (BBl 2001 S. 1775). Es wurde deshalb vorgeschlagen, das geltende Recht in der Weise anzupassen, die behinderten Steuerpflichtigen teilweise oder ganz vom Selbstbehalt zu befreien, wobei es den Kantonen überlassen wurde, den Selbstbehalt zu bestimmen (BBl 2001 S. 1788). Dies hat der Kanton Aargau mit der Einführung von § 40 lit. i^{bis} StG umgesetzt. Hinweise dafür, dass auch bei der Berücksichtigung der Transportkosten eine unterschiedliche Behandlung angestrebt wurde, sind nicht ersichtlich.

Gemäss dem alten, bis Ende 2004 gültigen Merkblatt „Krankheitskosten“ des KStA gelten Fahrtkosten der kranken Person, um ärztliche Leistungen in Anspruch zu nehmen (inkl. notwendige Begleitpersonen) als Krankheitskosten. Mit den gesetzlichen Anpassungen aufgrund des Behindertengleichstellungsgesetzes und der Übernahme des Kreisschreibens Nr. 11 der EStV im Merkblatt KStA werden die Fahrtkosten zum Arzt etc. bei den Krankheits- und Unfallkosten ab dem 1. Januar 2005 explizit von der Abzugsfähigkeit ausgeschlossen (vgl. Ziff. 3.2.9), hingegen bei den behinderungsbedingten Kosten zugelassen (vgl. Ziff. 4.3.6). Es ist offensichtlich, dass das KStA unbesehen die Regelung der EStV ins Merkblatt „Krankheitskosten“ aufnahm. Hinweise dafür, dass bezüglich Transportkosten bei Krankheit und Unfall bewusst eine Praxisänderung vorgenommen werden sollte, sind nicht ersichtlich. Im Rundschreiben der EStV vom 7. Juli 2003 betreffend Inkraftsetzung des Behindertengleichstellungsgesetzes heisst es denn auch, „...wie *bisher* sollen von den Einkünften die Krankheits- und Unfallkosten ... abgezogen werden können“.

5.2.3. Bei der systematischen Auslegung geht es um die Sinnermittlung der Norm aus der Stellung der auszulegenden Norm im Regelungsgefüge der Rechtsordnung (Honsell, a.a.O., Art. 1 ZGB N 9).

Gemäss § 34 StG können von den steuerbaren Einkünften die Aufwendungen und allgemeinen Abzüge nach den §§ 35 - 40 abgezogen werden, wobei nur die notwendigen/erforderlichen bzw. mit einer Tätigkeit zusammenhängenden Aufwendungen abzugsfähig sind. In Anwendung dieser Bestimmung werden vom Steuerrekursgericht auch Fahrtkosten zum Schulort als abzugsfähige Weiterbildungskosten anerkannt hat (AGVE 2004 S. 302). Auch bei den Liegenschaftsunterhaltskosten (§ 39 Abs. 2 StG) werden die Transportkosten, welche einem Steuerpflichtigen durch die Beschaffung von Material, die er für den Liegenschaftsunterhalt benötigt, entstehen, grundsätzlich zum Abzug zugelassen, weil sonst Steuerpflichtige, welche Liegenschaftsunterhaltsarbeiten durch Drittpersonen ausführen lassen, benachteiligt würden, da in deren Rechnung in der Regel auch (abzugsfähige) Wegkosten enthalten sind (RGE vom 28. Januar 2004 in Sachen R. + B.J.). In beiden Fällen stehen die Transportkosten auch nur in indirektem Zusammenhang mit den eigentlichen Weiterbildungs- bzw. Liegenschaftsunterhaltskosten. Es ist daher verständlich, wenn die Rekurrentin einwendet, bei Hausbesuchen von Ärzten seien die Transportkosten in der Rechnung des Arztes ebenfalls mit enthalten und diese würden ohne weiteres als Krankheitskosten akzeptiert.

5.3. Zusammenfassend ergibt sich, dass der Begriff „Krankheitskosten“ die Berücksichtigung von Transportkosten nicht grundsätzlich ausschliesst. Die Unterscheidung zwischen Krankheits- und Unfallkosten einerseits und behinderungsbedingten Kosten andererseits wurde vorgenommen, weil nur bei letzteren kein Selbstbehalt berücksichtigt werden soll. Eine Benachteiligung von kranken bzw. verunfallten gegenüber behinderten Steuerpflichtigen betreffend Transportkosten war nicht beabsichtigt und ist sachlich auch nicht gerechtfertigt. Im Übrigen werden auch im Zusammenhang mit Weiterbildung und Liegenschaftsunterhalt anfallende Transportkosten zum Abzug zugelassen.

Gestützt darauf kommt das Steuerrekursgericht zum Schluss, dass bei der Berechnung der abzugsfähigen Krankheits- und Unfallkosten ab dem Steuerjahr 2005 (wie vorher) grundsätzlich auch die Transportkosten zu berücksichtigen sind.

63 Einkommenssteuertarif (§ 43 Abs. 2 StG).

- **Der Tarif B steht demjenigen geschiedenen Steuerpflichtigen zu, der mit Kindern zusammenlebt, wenn für die Kinder ein Kinderabzug gewährt wird und sich die Kinder zur Hauptsache bei ihm aufhalten. Wer für das gleiche Kind einen Abzug nach § 40 lit. c StG vornehmen kann, hat keinen Anspruch auf einen Kinderabzug. Es genügt die Möglichkeit eines Abzuges für Unterhaltsbeiträge; der subjektive Wille des Steuerpflichtigen spielt keine Rolle (Erw. 3.1. ff.).**
- **Aufgrund der monatlichen Zahlungen der geschiedenen Ehefrau kommt der Rekurrent nicht zur Hauptsache für das Kind auf (Erw. 3.4.).**

20. September 2007 in Sachen C.G., 3-RV.2007.77

Aus den Erwägungen

3.

3.1. Für Verheiratete, die in rechtlich und tatsächlich ungetrennter Ehe leben, sowie für verwitwete, getrennt lebende, geschiedene und ledige Steuerpflichtige, die allein mit Kindern, für die ein Kinderabzug nach § 42 Abs. 1 lit. a gewährt wird, zusammenleben, wird der Steuersatz des halben steuerbaren Einkommens (Tarif B) angewendet (§ 43 Abs. 2 StG).

Voraussetzung für die Gewährung des Tarifs B ist bei geschiedenen Steuerpflichtigen, die (allein) mit Kindern zusammenleben (vgl. dazu BGE 131 II 710 = StR 2006 S. 45 ff. = StE 2006 B 29.3 Nr. 28 = ASA 76 S. 83 f.), somit, dass für die Kinder ein Kinderabzug gewährt wird und sich die Kinder zur Hauptsache bei ihnen aufhalten (§ 29 Abs. 2 StGV in Verbindung mit § 43 Abs. 2 StG). Leben beide Elternteile zusammen oder befinden sich die Kinder in alternierender Obhut, so steht nur demjenigen Elternteil der Tarif B zu, welcher auch den Kinderabzug beanspruchen darf (Kommentar zum Aargauer Steuergesetz, 2. Auflage, Muri-Bern 2004, § 42 StG N 30, § 43 StG N 5; Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht, I/2a, Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer [DBG], Basel/Genf/

München 2000, Art. 36 DBG N 36). Sofern der Kinderabzug geteilt wird (vgl. Erw. 3.2.1 hienach) und sich das Kind bei beiden Elternteilen zu gleichen Teilen aufhält, steht beiden Elternteilen der Tarif B zu (so auch ZBJV 2007 S. 416 und ASA 76 S. 15 f. unter Bezugnahme auf Peter Locher, Kommentar zum DBG, 1. Teil, Therwil/Basel 2001, Art. 36 DBG N 16; vgl. aber Entscheid des Bundesgerichts 2A.256/2004 vom 26. Mai 2005 = BGE 131 II 553 = ZBJV 2007 S. 414 ff. = Pra 2006 Nr. 78 = StR 2005 S. 767 ff. = ASA 75 S. 224 ff., wonach der Verheiratetentarif nicht zugleich beiden Elternteilen zu gewähren ist).

3.2.

3.2.1. Für jedes Kind unter elterlicher Sorge sowie für jedes volljährige Kind in Ausbildung, für dessen Unterhalt die Steuerpflichtigen zur Hauptsache aufkommen, kann vom Reineinkommen ein Kinderabzug von CHF 6'400.00 gemacht werden. Den Kinderabzug kann beanspruchen, wer für den Unterhalt eines Kindes unter elterlicher Sorge sowie eines volljährigen Kindes in Ausbildung zur Hauptsache aufkommt (§ 42 Abs. 1 lit. a StG). Die steuerpflichtige Person kommt für ein Kind zur Hauptsache auf, wenn sie mehr als die Hälfte des Unterhalts bestreitet. Für minderjährige Kinder, die in Ausbildung (Schule, Lehre, Anlehre) stehen, wird der Kinderabzug immer gewährt (§ 27 StGV). Der Kinderabzug wird nach den Verhältnissen am Ende der Steuerperiode oder der Steuerpflicht festgelegt (§ 42 Abs. 2 StG). Kommen beide Elternteile zu je 40 bis 60 % für den Unterhalt des Kindes auf, ist der Kinderabzug zu teilen (RGE vom 21. Juni 2007 in Sachen J.R. mit Hinweisen; siehe auch Peter Locher, a.a.O., Art. 35 DBG N 47).

3.2.2. Gemäss § 40 lit. c StG werden die Unterhaltsbeiträge an den geschiedenen, gerichtlich oder tatsächlich getrennt lebenden Ehepartnern sowie die Unterhaltsbeiträge an einen Elternteil für die unter dessen elterlicher Sorge stehenden Kinder, nicht jedoch Leistungen in Erfüllung anderer familienrechtlicher Unterhalts- oder Unterstützungs Pflichten, von den Einkünften abgezogen.

3.3.

3.3.1. Der Rekurrent bringt vor, er habe nie verlangt, "dass der Abzug für Unterhaltsbeiträge und der Tarif B" gewährt werde; viel-

mehr möchte er "lediglich den Tarif B als Alleinstehender mit Kind in Anspruch nehmen".

Demjenigen Steuerpflichtigen, der für "das gleiche Kind bereits einen Abzug nach § 40 lit. c StG vornehmen kann", steht kein Kinderabzug zu (§ 42 Abs. 1 lit. a StG). Es genügt also schon die – beim Rekurrenten unbestrittenermassen bestehende – Möglichkeit eines Abzuges für Unterhaltsbeiträge. Der subjektive Wille des Rekurrenten, zugunsten (des Kinderabzuges und) des Tarifs B auf die Vorname des Abzuges für Unterhaltsbeiträge zu verzichten, spielt keine Rolle, denn gemäss ausdrücklicher gesetzlicher Bestimmung *kann* er aufgrund der Unterhaltszahlungen einen Abzug nach § 40 lit. c StG vornehmen; ein explizites oder implizites Wahlrecht, ob er die Unterhaltszahlungen in Abzug bringen oder (den Kinderabzug und) den Tarif B in Anspruch nehmen will, besteht nicht. Ein Wahlrecht würde in einzelnen Fällen vielmehr die gesetzlich statuierte „Spiegelbildlichkeit“ (Abzug der Unterhaltsbeiträge beim Leistungsschuldner [§ 40 lit. c StG], Besteuerung der Unterhaltsbeiträge beim Leistungsempfänger [wo ein Verzicht nicht möglich ist; § 32 lit. f StG]) stören und zu einer vom Gesetzgeber nicht gewollten "Doppelbesteuerung" führen (RGE vom 21. Juni 2007 in Sachen J.R. mit Hinweis).

Die Vorinstanz hat dem Rekurrenten aufgrund des (von diesem in der Steuererklärung 2001 selbst deklarierten) Abzuges von Unterhaltsbeiträgen über CHF 12'600.00 zu Recht keinen Kinderabzug (weder einen vollen noch einen halben) gewährt. Die Voraussetzung, um der Veranlagung den Tarif B zugrunde zu legen, ist damit nicht erfüllt (RGE vom 19. Januar 2006 in Sachen P.H.; RGE vom 14. Dezember 2005 in Sachen A.K.).

3.3.2. Da eine Voraussetzung von § 43 Abs. 2 StG nicht erfüllt ist, erübrigt sich eine Prüfung der Frage, bei wem sich die Tochter zur Hauptsache aufhält (§ 29 Abs. 2 StGV). Zur diesbezüglichen Argumentation des Rekurrenten ist allerdings festzuhalten, dass seine Aussagen beweislos dastehen, da entgegen seiner Ansicht weder den Bestätigungsschreiben der geschiedenen Ehefrau noch dem Schreiben des Nachbarn vom 25. Februar 2007 entnommen werden kann, dass sich die Tochter zu mehr als 50 % bei ihm aufhält. Vielmehr ist aufgrund des undatierten Schreibens der geschiedenen Ehefrau und

der gemeinsamen elterlichen Sorge davon auszugehen, dass sich die Tochter je hälftig bei beiden Elternteilen aufhält.

3.4.

3.4.1. Art. 11 Abs. 1 StHG lautet wie folgt:

"Für verheiratete Personen, die in rechtlich und tatsächlich ungetrennter Ehe leben, muss die Steuer im Vergleich zu alleinstehenden Steuerpflichtigen angemessen ermässigt werden. Die gleiche Ermässigung gilt auch für verwitwete, getrennt lebende, geschiedene und ledige Steuerpflichtige, die mit Kindern oder unterstützungsbedürftigen Personen zusammenleben und deren Unterhalt zur Hauptsache bestreiten. [...]."

§ 43 Abs. 2 StG stimmt also vom Wortlaut her gesehen nicht mit Art. 11 Abs. 1 Satz 2 StHG überein. Es kann jedoch vorliegend offen gelassen werden, ob § 43 Abs. 2 StG inhaltlich dem Art. 11 Abs. 1 Satz 2 StHG widerspricht und daher letzterer direkt anwendbar ist (Art. 72 Abs. 2 StHG) (vgl. Erw. 3.4.2 hienach).

3.4.2.

3.4.2.1. Der Passus "deren Unterhalt zur Hauptsache bestreiten" ist so auszulegen, dass darunter der Einsatz steuerbarer Einkünfte zu verstehen ist. Wer seine Leistungen als Unterhaltsbeiträge abziehen kann, setzt keine steuerbaren Einkünfte für die Kinder ein (RGE vom 19. Januar 2006 in Sachen P.H.; RGE vom 14. Dezember 2005 in Sachen A.K., je mit Hinweis).

Der Rekurrent hat in der Steuererklärung 2001 "Unterhaltsbeiträge für minderjährige Kinder" von CHF 12'600.00 aufgeführt. Die Vorinstanz hat diesen Betrag auch unter diesem Titel zum Abzug zugelassen. Da die geschiedene Ehefrau des Rekurrenten diese Zahlungen als Einkommen versteuern muss (§ 32 lit. f StG), werden sie "unterhaltsmässig" ihr zugerechnet.

3.4.2.2. Der Rekurrent führt aus, dass die monatlichen Unterhaltsbeiträge für die Tochter von CHF 900.00 die Kosten bei weitem nicht decken würden und er "[i]nfolge finanzieller Unmöglichkeit meiner Ex-Frau [...] alle weiteren Kosten für meine Tochter übernehmen" musste. Er bringt vor, dass er seit dem Jahr 2000 die Winter- und Sommerferien mit seiner Tochter verbracht und vollständig finanziert habe. Zusätzlich seien Kosten für Ausflüge, Sportgeräte und Musikunterricht angefallen und er habe über eine grössere Woh-

nung als ein Alleinstehender zu verfügen. Die geschiedene Ehefrau des Rekurrenten bestätigt, dass der Rekurrent mehr als die Hälfte der Kosten für die gemeinsame Tochter übernimmt.

3.4.2.3. Im RGE vom 14. Dezember 2005 in Sachen A.K. hatte das Steuerrekursgericht zu befinden, ob der Rekurrent zur Hauptsache für den Unterhalt seiner beiden Kinder aufkomme. Es hielt dazu Folgendes fest (vgl. auch RGE vom 19. Januar 2006 in Sachen P.H.):

"Da die ehemalige Ehefrau des Rekurrenten die von letzterem für [die beiden Kinder] erhaltenen Kinderalimente von monatlich Fr. 2'000.-- versteuern muss (§ 32 lit. f StG), werden sie 'unterhaltsmässig' der Ehefrau des Rekurrenten zugerechnet. Obwohl der Rekurrent gemäss der Scheidungskonvention verpflichtet ist, über die Unterhaltsbeiträge von monatlich Fr. 1'000.-- je Kind hinaus 'die für die Kinder anfallenden Krankenkassenprämien sowie die ausserordentlichen Kosten (Arztkosten, Zahnarztkosten, Gitarre etc.) zu übernehmen' (Ziff. 4 der Scheidungskonvention), ist trotz hälftiger Betreuung der Kinder durch den Rekurrenten ohne weiteres davon auszugehen, dass die Rekurrentin unter Berücksichtigung ihrer eigenen Leistungen den Unterhalt der bei den Kinder zur Hauptsache bestreitet (vgl. StE 1999 B 29.3 Nr. 15)."

Das StRG ging in jenem Entscheid somit davon aus, dass der Steuerpflichtige, auch wenn er neben der Leistung von Unterhaltsbeiträgen (CHF 1'000.00 pro Monat und Kind) zusätzlich die ausserordentlichen Kosten der Kinder zu tragen hat, den Unterhalt der Kinder nicht zur Hauptsache bestreitet. Diese Rechtsprechung lässt sich ohne weiteres auf den vorliegenden Fall übertragen. So hält sich die Tochter zu 50 % bei der geschiedenen Ehefrau des Rekurrenten auf, womit diese hälftig für die Verpflegungskosten aufkommen muss. Zudem fallen auch bei ihr höhere Wohnkosten an als bei einer alleinstehenden Person. In Anbetracht der monatlichen Zahlungen von CHF 1'050.00 (CHF 900.00 Unterhaltsbeiträge, CHF 150.00 Kinderzulagen; ergibt pro 2001 CHF 12'600.00), die der geschiedenen Ehefrau zugerechnet werden und deren eigenen Leistungen für den Unterhalt der Tochter kommt das StRG zum Schluss, dass der Rekurrent den Unterhalt seiner Tochter nicht zur Hauptsache bestreitet. Zusätzlich fällt ins Gewicht, dass der Rekurrent die von ihm behaupteten

Zahlungen nicht nachgewiesen hat. Auch bei direkter Anwendung von Art. 11 Abs. 1 Satz 2 StHG hat der Rekurrent also keinen Anspruch auf den Tarif B.

64 Liquidationsgewinn; Kapitalgewinn bei alters- oder gesundheitsbedingter Geschäftsaufgabe (§ 45 Abs. 1 lit. f StG).

- **Die Unterzeichnung eines Revers setzt die Geschäftsaufgabe voraus. Sind die Voraussetzungen für eine altersbedingte Geschäftsaufgabe bei Unterzeichnung des Revers erfüllt, ist der Kapitalgewinn im Zeitpunkt der Veräusserung von Grundstücken des Geschäftsvermögens mit einer gesonderten Jahressteuer gemäss § 45 Abs. 1 lit. f StG zu erfassen.**

24. Mai 2007 in Sachen Erben des A.A. und der H.A., 3-RV.2006.6

Sachverhalt

Mit Revers vom 8. November 1994 erklärten A. und H.A., dass sie den Betrieb auf den 31. Dezember 1990 aufgegeben bzw. vermietet haben. Gemäss Revers wurde die Qualifikation der Liegenschaft GB X., Parz. 340, als Geschäftsvermögen beibehalten und ein Besteuerungsaufschub beansprucht.

Mit Kaufvertrag vom 5. Mai 2004 verkaufte A.A. seinem Sohn die Liegenschaft GB X., Parz. 340, für CHF 600'000.00.

Aus den Erwägungen

3.

3.1. Auch seitens der Rekurrenten ist die Steuerbarkeit und die Berechnung des steuerbaren Liquidationsgewinnes unbestritten. Hingegen wird die Besteuerung mit einer separaten Jahressteuer gemäss § 45 Abs. 1 lit. f StG verlangt.

3.2. Die Vorinstanz hat den ermittelten Liquidationsgewinn zusammen mit dem übrigen Einkommen besteuert. Zur Begründung

wurde ausgeführt, dass die alters- oder gesundheitsbedingte Betriebsaufgabe gemäss dem aktenkundigen Revers per 1. Januar 1991 erfolgt sei. Der zu besteuernde Gewinn sei nicht anlässlich der Betriebsaufgabe sondern mit dem Verkauf der Liegenschaft an den Sohn realisiert worden. Da zwischen Betriebsaufgabe und Realisation 13 Jahre liegen, könne § 45 Abs. 1 lit. f StG nicht angewandt werden. Der Gesetzgeber habe nicht für sämtliche Gewinne die Besteuerung zum Vorsorgetarif vorgesehen. Kapitalgewinne, die vor oder nach der Betriebsaufgabe erzielt werden, seien „normal“ zu besteuern. Die vorgenommene Veranlagung entspreche der Praxis des KStA (Merkblatt Kapitalgewinne vom 30. November 2000; Steuer-tagung 2002 „Ausgewählte Bereiche natürliche Personen“). Wenn die im Rekurs vertretene Auffassung zutreffen würde, ergäben sich im Rahmen der Besteuerung nach § 45 Abs. 1 lit. f StG im Gesetz nicht verankerte, wesentlich weitergehende BVG-Lösungen für Selbständigerwerbende.

3.3. Die Rekurrenten lassen dagegen vorbringen, dass sich A. und H.A. mit der Unterzeichnung des Revers eine Rückkehr zur Nutzung der Geschäftsliegenschaft auf eigene Rechnung vorbehalten hätten. Im Gesetzgebungsverfahren sei darauf hingewiesen worden, dass die Erfassung von Liquidationsgewinnen aus dem Verkauf von Geschäftsliegenschaften ohne jeglichen Besitzesdauerabzug zu massiven Erhöhungen der steuerlichen Lasten führe. Da Liegenschaften von Selbständigerwerbenden oft als ihre einzige Vorsorge zu betrachten seien, sei § 45 Abs. 1 lit. f StG eingeführt worden. Der Grosse Rat habe die über die wiedereingebrachten Abschreibungen hinausgehenden Grundstückgewinne bei Gewerbebetrieben einem Sondertarif unterstellt. Als alters- und gesundheitsbedingte Veräusserung von Grundstücken des Geschäftsvermögens gelte auch die Veräusserung bei bestehendem (altrechtlichem) Revers. Nicht der Zeitpunkt der Aufgabe des Unternehmens sondern die Besteuerung realisierter Reserven habe im Gesetzgebungsverfahren im Vordergrund gestanden. Die Bezeichnung „Aufgabe eines Unternehmens“ sei zudem nicht präzise formuliert und schliesse bei Revers die steuerlich privilegierte Gewinnrealisation nach der durch Revers aufgeschobenen Betriebsaufgabe nicht aus.

A. und H.A. hätten 2003 beschlossen, die Geschäftsliegenschaft anfangs 2004 an den Sohn zu verkaufen, da sich bei H.A. ernsthafte gesundheitliche Störungen abgezeichnet hätten und deshalb zu vermuten gewesen sei, dass in diesem Zusammenhang erhebliche (Pflege-)Kosten anfallen werden. Die Veräusserung sei somit alters- und gesundheitsbedingt gewesen und § 45 Abs. 1 lit. f StG anwendbar.

4.

4.1. Nach § 23 Abs. 1 StG setzt die Erstellung eines Revers voraus, dass der Betrieb vom Betriebsinhaber nicht mehr weitergeführt wird. Der Revers hat ausdrücklich schriftlich anschliessend an die Geschäftsaufgabe zu erfolgen (Kommentar zum Aargauer Steuergesetz, a.a.O., § 23 StG N 4). In dieser Hinsicht ist § 21 Abs. 1 aStG identisch formuliert (VGE vom 20. November 2006 in Sachen H. + D.S.; Kommentar zum Aargauer Steuergesetz, 1. Auflage, Muri-Bern 1991, § 21 aStG N 2). Das Steuerrekursgericht hat dazu ausgeführt (RGE vom 19. Mai 2005 in Sachen M.G.):

„§ 21 Abs. 1 aStG geht davon aus, dass ein Betrieb nicht weitergeführt wird, aber unverändert im Eigentum des Geschäftsinhabers verbleibt. Der Sinn dieser Bestimmung liegt darin, eine Liquidationsgewinnsteuer zu vermeiden, wenn längerfristig eine Übergabe des Betriebes in der Familie vorgesehen ist. Unter diesen Voraussetzungen stehen dem Eigentümer die steuerlichen Privilegien im Sinne von § 21 Abs. 1 lit. a (Ertragswertbesteuerung) und lit. b aStG (Steueraufschub) zu. Werden die zum Unternehmen gehörenden Vermögenswerte gesamthaft veräussert oder ins Privatvermögen überführt, endet der Steueraufschub. Dies gilt aber auch dann, wenn wesentliche Teile des Betriebes veräussert werden. Dann fallen die Gründe für die Anwendung von § 21 aStG weg. Es geht nicht mehr darum, den Betrieb für einen familieninternen Nachfolger zusammenzuhalten. Eine Liquidationsgewinnsteuer ist dann auch gegen den Willen des Steuerpflichtigen zu veranlagern, wenn er sein Unternehmen zum grössten Teil veräussert hat und die verbleibenden Vermögenswerte keine eigenständige Bewirtschaftung mehr erlauben (vgl. RGE vom 2. Juli 1998 in Sachen U.M.).“

Ebenso unbestritten ist, dass der mit einem altrechtlichen Revers vereinbarte Steueraufschub auch unter dem neuen Steuergesetz weiter gilt und das im Revers genannte Geschäftsvermögen diese

Qualifikation beibehält (Ausnahmen im Zusammenhang mit dem Übergang von der Wertzerlegungs- zur Präponderanzmethode in § 266 StG). Mit der Veräusserung von Geschäftsvermögen bei bestehendem Revers findet keine nochmalige Geschäftsaufgabe statt. Allein die steuerliche Abrechnung erfolgt wegen der steueraufschiebenden Wirkung des Revers grundsätzlich erst im Zeitpunkt der Willenserklärung auf Überführung oder der Veräusserung und nicht auf den Zeitpunkt der tatsächlichen Geschäftsaufgabe (Kommentar zum Aargauer Steuergesetz, 2. Auflage, a.a.O., § 23 StG N 8).

Der unterzeichnete Revers basiert auf der Geschäftsaufgabe per 31. Dezember 1990. Die Veräusserung der Liegenschaft im Jahr 2004 führt nicht zu einer erneuten (zweiten) Geschäftsaufgabe. Das gilt umso mehr, als A. und H.A. bis zur Veräusserung der Geschäftsliegenschaft an ihren Sohn das Geschäft nicht mehr weitergeführt haben.

4.2. Der getrennt vom übrigen Einkommen berechneten Jahressteuer zu 40 % des Tarifes unterliegen Kapitalgewinne, die anlässlich der alters- oder gesundheitsbedingten Aufgabe eines Unternehmens oder Geschäftsbetriebes bei der Veräusserung oder Überführung ins Privatvermögen von Grundstücken des Geschäftsvermögens erzielt werden, soweit der Erlös die Anlagekosten übersteigt und soweit er nicht der Grundstückgewinnsteuer unterliegt (§ 45 Abs. 1 lit. f StG). Nach § 30 Abs. 1 StGV setzt die Besteuerung eines Kapitalgewinnes nach § 45 Abs. 1 lit. f StG den lückenlosen Nachweis der Gestehungskosten voraus. Altersbedingt ist die Geschäftsaufgabe dann, wenn der Betriebsinhaber oder die Betriebsinhaberin im Zeitpunkt der Geschäftsaufgabe das 60. Altersjahr vollendet hat (§ 30 Abs. 2 StGV). Als gesundheitsbedingt gilt die Aufgabe eines Unternehmens oder Geschäftsbetriebes, wenn die Betriebsinhaberin oder der Betriebsinhaber wegen erheblicher und dauernder Beeinträchtigung der Gesundheit nicht mehr in der Lage ist, die bisherige selbständige Erwerbstätigkeit fortzuführen. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn mindestens eine halbe IV-Rente ausgerichtet wird (§ 30 Abs. 3 StGV).

Ein Fall der Grundstückgewinnsteuer (insbesondere kein Anwendungsfall von § 27 Abs. 4 StG; keine Veräusserung von land-

wirtschaftlichen Grundstücken) liegt nicht vor. Der Kapitalgewinn aus dem Verkauf der Geschäftsliegenschaft unterliegt damit der Einkommenssteuer, ebenso die wiedereingebrachten Abschreibungen, welche so oder anders zusammen mit dem übrigen Einkommen zu besteuern sind.

4.3. (Zitate aus den Gesetzesmaterialien)

4.4. Den Materialien lässt sich entnehmen, dass sich § 45 Abs. 1 lit. f StG auf einen Vorschlag der Vertreter der Verwaltung aus Anlass der Diskussion in der Kommission über den Wegfall des Besitzesdauerabzuges abstützt. In der grossrätlichen Kommission stand immer die Milderung der Besteuerung von Kapitalgewinnen im Vordergrund, bei denen die Geschäftsliegenschaft als Teil der Altersvorsorge einer selbständigerwerbenden Person eingestuft werden konnte. Der offenbar in der 1. Lesung noch nicht völlig durchdachte (vgl. die dargelegte Entstehungsgeschichte in der 1. Lesung) Gesetzestext wurde auf Vorschlag des Regierungsrates in der 2. Lesung des Steuergesetzes angepasst. Unverändert ist die Passage geblieben, dass eine gesundheits- oder altersbedingte Geschäftsaufgabe zu einer privilegierten Besteuerung führen soll. Auch bei der Definition dieser Elemente stand offensichtlich in der grossrätlichen Kommission ausdrücklich der Gedanke Pate, dass der Liegenschaftswert einen Bestandteil der Altersvorsorge Selbständigerwerbender bilde.

Für das Kriterium „anlässlich der Betriebsaufgabe“ wurde weder in den Beratungen der Kommission noch im Plenum des Grossen Rates eine nähere Definition angegeben. Eine solche lässt sich aus dem Wortlaut selbst nicht mit Sicherheit ableiten, zumal das Wort „anlässlich“ sich sowohl in Bezug auf einen bestimmten Zeitpunkt („Betriebsaufgabe“), als auch im Sinne von „mit der Betriebsaufgabe sachlich zusammenhängend“ interpretieren lässt. Entgegen den Ausführungen im angefochtenen Einspracheentscheid ist der Wortlaut nicht klar. Den Voten in der Kommission und im Grossen Rat folgend ist jedoch von einer „kleinlichen“ Auslegung abzusehen.

Vor diesem Hintergrund muss auf den Sinn von § 45 Abs. 1 lit. f StG abgestellt werden, wonach der weggefallene Besitzesdauerabzug durch eine milde Besteuerung, vergleichbar derjenigen bei Vorsorgeleistungen, kompensiert (tarifliche Anpassung) werden soll. Eine

Einschränkung in zeitlicher Hinsicht ist damit nicht ausgedrückt worden. Dafür spricht auch, dass in § 30 StGV lediglich die Kriterien altersbedingt (Abs. 2) und gesundheitsbedingt (Abs. 3) definiert worden sind.

Mangels zeitlicher Einschränkung ist die Besteuerung – wie im vorliegenden Sachverhalt – auch dann noch gemäss § 45 Abs. 1 lit. f StG möglich (entgegen der im Referat anlässlich der Steuertagung 2002 zum Thema „Ausgewählte Bereiche natürliche Personen“, Ziff. 2.5.4, vertretenen Auffassung und entgegen den Ausführungen im Merkblatt „Kapitalgewinne“), wenn das Kriterium altersbedingt oder gesundheitsbedingt im Zeitpunkt der Betriebsaufgabe erfüllt war, vorerst jedoch ein Revers abgegeben wurde, womit die Besteuerung der alters- oder gesundheitsbedingten Betriebsaufgabe noch aufgeschoben wurde. Sowohl A.A., geb. 1921, als auch H.A., geb. 1924, waren im Zeitpunkt der Betriebsaufgabe per 31. Dezember 1990 über sechzig Jahre alt. Die Voraussetzung „altersbedingte Betriebsaufgabe“ ist somit als erfüllt zu betrachten und gibt Anspruch auf eine gesonderte Besteuerung des Wertzuwachsgebietes gemäss § 45 Abs. 1 lit. f StG.

65 Vermögenssteuer; Scheidung eines Ehepaares (§ 46 Abs. 1 StG).

- **Bei einem Ehegatten können nicht bereits vor Rechtskraft des Scheidungsurteils Vermögensteile aus Güterrecht besteuert werden.**

26. April 2007 in Sachen B.S., 3-RV.2006.95

Aus den Erwägungen

2.

2.1. Die Rekurrentin und ihr ehemaliger Ehemann lebten seit dem 24. Mai 2000 getrennt.

Am 31. Mai 2000 hat die Rekurrentin eine Scheidungsklage eingereicht.

Ende Juli/anfangs August 2002 ist das Vermögen des Ehepaares S. geteilt worden. Dabei hat die Rekurrentin „aufgrund der noch

nicht abgeschlossenen güterrechtlichen Auseinandersetzung“ CHF 1'358'000.00 in bar sowie 9'000 Aktien der X. erhalten.

Mit Urteil des Bezirksgerichts B. vom 15. September 2003 wurde die Ehe geschieden.

2.2. Die Vorinstanz ist der Auffassung, dass der Rekurrentin im Jahr 2001 ein Vermögen von CHF 2'816'000.00 (CHF 1'358'000.00 + CHF 1'458'000.00 für die Aktien der X.) zuzurechnen sei, weil sie per 31. Dezember 2001 Anspruch auf die Hälfte des ehelichen Vermögens gehabt habe. Die Vorinstanz begründet dies mit Art. 120 Abs. 1 ZGB sowie Art. 215 Abs. 1 ZGB.

Die Rekurrentin beantragt demgegenüber, das von der Vorinstanz der Veranlagung für das Jahr 2001 zugrunde gelegte steuerbare Vermögen sei zu streichen, weil sie per 31. Dezember 2001 kein Vermögen gehabt habe. Zu diesem Zeitpunkt sei sowohl ihr Anspruch auf einen Teil des ehelichen Vermögens als auch die Durchsetzung diese Anspruches noch umstritten gewesen.

3.

3.1. Es ist unbestritten, dass die Rekurrentin aufgrund der faktischen Trennung für das Jahr 2001 separat zu veranlagern ist (vgl. Kommentar zum Aargauer Steuergesetz, 2. Auflage, Muri-Bern 2004, § 21 StG N 13).

3.2. Massgebend für die zeitliche Zurechnung von Vermögenszugängen ist der Erwerb von festen Rechtsansprüchen bzw. das Eingehen von verbindlichen Verpflichtungen (VGE vom 20. Juli 1995 in Sachen A.K.). Massgeblicher Stichtag ist vorliegend der 31. Dezember 2001 (§ 60 Abs. 1 StG).

3.3.

3.3.1. Das StRG hat im RGE vom 11. August 1993 in Sachen T.G. betreffend Trennung eines Ehepaares per 5. Mai 1990 folgendes ausgeführt:

„Beim Vermögen gilt es zu beachten, dass die Eheleute Gesamteigentümer einer Liegenschaft waren. Daran hat die Trennung nichts geändert. Die Rekurrentin bleibt für ihren Anteil an der Liegenschaft steuerpflichtig, da diese erst mit der Scheidung an W.H. (Ehemann) überging. Dass dieser ab dem 5. Mai 1990 die alleinige Nutzung der Liegenschaft hatte, ist für die Vermögenssteuer ohne Belang, aber bei der Bemessung

sung des Einkommens zu berücksichtigen. Andererseits ist der Rekurrentin das Wertschriftenvermögen und der daraus fließende Ertrag nur soweit zuzurechnen, als sie darüber am 5. Mai 1990 verfügen konnte. Was sie als Ausgleich für die Abtretung des Liegenschaftsanteils erhielt, kann ihr erst zugeordnet werden, nachdem sie einen festen Anspruch darauf erhielt, was erst mit dem Scheidungsurteil der Fall war.“

3.3.2. Daraus folgt, dass einem Ehegatten grundsätzlich nicht bereits vor Rechtskraft eines Scheidungsurteils aus Güterrecht Vermögensteile zugerechnet und bei ihm besteuert werden können. Es besteht vor Rechtskraft eines Scheidungsurteils kein fester (und zahlenmässig klarer) Rechtsanspruch aus Güterrecht auf einen Teil des ehelichen Vermögens, wie er im Sinne der Rechtsprechung für eine Besteuerung eines Vermögenszugangs verlangt wird. Vor dem Abschluss der güterrechtlichen Auseinandersetzung (sei es aufgrund einer richterlichen Anordnung, sei es von Gesetzes wegen oder mit der Rechtskraft eines Scheidungsurteils) liegt eine vermögenssteuerlich nicht relevante Anwartschaft vor.

Bei der Rekurrentin können somit im Jahr 2001 keine aus Güterrecht stammenden Vermögenswerte besteuert werden. Daran vermag auch der Umstand nichts zu ändern, dass die Rekurrentin bereits im Juli/August 2002, also vor der Scheidung, „aufgrund der noch nicht abgeschlossenen güterrechtlichen Auseinandersetzung“ CHF 1'358'000.00 in bar sowie 9'000 Aktien der X. erhalten hat. Ob sich dies auf die Vermögensbesteuerung der Rekurrentin im Jahr 2002 auswirkt, kann offen gelassen werden.

3.3.3. Dieses Ergebnis steht in Einklang mit der vom Rechtsdienst des KStA im Rekursverfahren B.B. vertretenen Auffassung, wonach die mit Scheidungsurteil per 1. Juli 1990 zugesprochene güterrechtliche Abfindung von CHF 180'000.00 der Rekurrentin ebenso wenig rückwirkend auf den Tag der Trennung (1. Juli 1989) zugerechnet werden könne wie allfällige daraus fließende Erträge, so dass das steuerbare Vermögen der Rekurrentin um CHF 180'000.00 zu reduzieren sei (vgl. RGE vom 11. August 1993 in Sachen B.B. betreffend Staats- und Gemeindesteuern vom 1. Juli - 31. Dezember 1989).

4. In Gutheissung des Rekurses sind somit die CHF 2'816'000.00 im Jahr 2001 von der Vermögensbesteuerung auszunehmen.

66 Grundstückgewinnsteuer; Teilveräusserung (§ 108 Abs. 1 StG).

- **Zur Ermittlung des Erwerbspreises eines in verschiedenen Teilen veräusserten Grundstückes ist der seinerzeitige Gesamterwerbspreis des Stammgrundstückes auf Grund der Verhältnisse im Zeitpunkt des Erwerbs nach objektiven Kriterien auf die veräusserte Parzelle einerseits und das zurückbehaltene Grundstück andererseits aufzuteilen.**

24. Januar 2007 in Sachen T. + R.E., 3-RV.2005.50180

Aus den Erwägungen

3.

3.1.

3.1.1. Gewinne aus der Veräusserung von im Kanton gelegenen Grundstücken oder Anteilen an solchen unterliegen der Grundstückgewinnsteuer (§ 95 Abs. 1 StG). Der Grundstückgewinn ist der Betrag, um den der Erlös die Anlagekosten übersteigt (§ 101 StG). Als Erlös gilt der Verkaufspreis mit allen weiteren Leistungen der erwerbenden Person (§ 102 Abs. 1 StG). Unter die Anlagekosten fallen der Erwerbspreis (§ 103 StG) und die anrechenbaren Aufwendungen (§ 104 StG). Der Erwerbspreis entspricht grundsätzlich dem öffentlich beurkundeten Kaufpreis mit "allen weiteren Leistungen" (§ 103 Abs. 1 StG).

3.1.2. Wird ein Grundstück in verschiedenen Teilen (Parzellen, Miteigentumsanteile usw.) veräussert, ist der Erwerbspreis nach dem Wertverhältnis im Zeitpunkt des massgebenden Erwerbes auf die einzelnen Teile anzurechnen (§ 108 Abs. 1 StG; Kommentar zum Aargauer Steuergesetz, 2. Auflage, Muri-Bern 2004, § 103 StG N 11 mit Hinweis, § 108 StG N 2). Eine Teilveräusserung liegt insbesondere dann vor, wenn ein Stammgrundstück in verschiedene Parzellen

aufgeteilt wird und die Parzellen nacheinander verkauft werden (Kommentar zum Aargauer Steuergesetz, a.a.O., § 108 StG N 1). Zur Ermittlung des Erwerbspreises der veräusserten Parzelle ist der seinerzeitige Gesamterwerbspreis des Stammgrundstückes auf Grund der Verhältnisse im Zeitpunkt des Erwerbes nach objektiven Grundsätzen auf die veräusserte Parzelle einerseits und das zurückbehaltene Grundstück andererseits aufzuteilen. Der Verkehrswert der veräusserten Parzelle und derjenige des zurückgehaltenen Grundstückes ist gesondert zu schätzen. Hierauf ist der Gesamterwerbspreis im Verhältnis der Verkehrswerte aufzuteilen. Massgeblich ist das objektive Wertverhältnis der Parzellen zum Gesamtgrundstück im Zeitpunkt des Erwerbes (RGE vom 3. Februar 2000 in Sachen E.H.). Der Gesamterwerbspreis kann nur dort flächenmässig aufgeteilt werden, wo die Wertgleichheit der Gesamtfläche in allen Teilen feststeht (zum Ganzen vgl. Kommentar zum Aargauer Steuergesetz, a.a.O., § 108 StG N 3 f. mit Hinweisen).

Massgebend ist also grundsätzlich das Verhältnis der Verkehrswerte der fraglichen Parzellen im Zeitpunkt des Erwerbes, d.h. im März 2001.

3.2. (...)

3.3.

3.3.1. Wie ausgeführt (Erw. 3.1 hievor) ist der für das Stammgrundstück im März 2001 bezahlte Erwerbspreis von Fr. 410'000.-- im Verhältnis der Verkehrswerte der verkauften Parzelle Nr. 1252 und der zurückgehaltenen Parzelle Nr. 4147 aufzuteilen. Stellt man auf die mit Verfügung vom 25. August 2003 eröffneten steuerlichen Verkehrswerte ab, entfallen 43 % des gesamten steuerlichen Verkehrswertes auf die Parzelle Nr. 1252 (Fr. 233'824.-- entsprechen 43 % von Fr. 542'744.--). Dementsprechend ist der anteilige Erwerbspreis der Parzelle Nr. 1252 mit Fr. 176'300.-- (43 % von Fr. 410'000.--) festzulegen.

3.3.2. Die Rekurrenten haben aus dem Verkauf der Parzelle Nr. 1252 im September 2002 Fr. 255'000.-- erzielt, was rund 57 % am Gesamterlös von Fr. 446'400.-- (Fr. 255'000.-- plus Fr. 191'400.-- aus dem Verkauf der Parzelle Nr. 4147) ausmacht. Angesichts der Tatsache, dass die Parzelle Nr. 4147 erst rund drei Jahre später und

nach längeren erfolglosen Versuchen seitens der Rekurrenten hatte verkauft werden können, zeigt das Wertverhältnis zwischen den Verkaufserlösen kein gänzlich vom Wertverhältnis zwischen den steuerlichen Verkehrswerten abweichendes Bild. Hingegen ist die von der Vorinstanz vorgenommene Verteilung der Anlagekosten auch aufgrund dieses Vergleiches nicht haltbar.

67 Erbschaftssteuer; Wohngemeinschaft (§ 147 Abs. 2 StG).

- **Unter den Begriff "Wohngemeinschaft" kann auch eine nicht partnerschaftliche Beziehung fallen.**

21. Juni 2007 in Sachen E.L., 3-RV.2006.216

Aus den Erwägungen

2.

2.1. Die Rekurrentin und W.M. waren von 1965 bis 1975 miteinander verheiratet. Nach der Scheidung dieser Ehe heiratete die Rekurrentin 1976 F.L., einen Arbeitskollegen von W.M.. Fortan lebten alle drei im Haus von W.M. in S.. Wohnzimmer, Küche, Bad, Keller, Estrich und Garten standen zur gemeinsamen Verfügung. Einzig die Schlafzimmer waren getrennt zugeteilt. Alle trugen zum Wohl der Gemeinschaft bei. W.M. kümmerte sich um den Unterhalt der Liegenschaft und besorgte den Garten. Die Rekurrentin nahm sich dem Haushalt, der Verpflegung und der gesundheitlichen Betreuung von W.M. an. Ihr Ehemann besorgte nebst der auswärtigen Erwerbstätigkeit die administrativen Belange von W.M..

Aufgrund der Verschlechterung seines gesundheitlichen Zustandes veräusserte W.M. seine Liegenschaft mit Kaufvertrag vom 9. Oktober 1996 an die Rekurrentin und ihren Ehemann. Im Kaufvertrag wurde W.M. ein lebenslängliches Wohnrecht eingeräumt. Dieses umfasste das alleinige und ausschliessliche Benützungsrecht am mittleren Zimmer, südlich, im Parterre, sowie die Mitbenützung der Wohnräume (Stube, Küche, Badzimmer) sowie Keller, Estrich und Garten.

Mit der gleichentags errichteten öffentlichen letztwilligen Verfügung setzte W.M. die Rekurrentin als Alleinerbin ein. Bei deren Vorversterben ist ihr Ehemann Alleinerbe. Sollte auch dieser vorversterben, so wäre das Vermögen von W.M. zu gleichen Teilen auf die Einwohnergemeinde S. und den Haus- und Krankenpflegeverein S. aufzuteilen.

1998 verschlechterte sich der Gesundheitszustand von W.M. so sehr, dass er sich über viele Wochen in Spitalpflege geben musste. Anschliessend musste er ins Alters- und Pflegeheim in S. überführt werden, weil er so stark pflegebedürftig war, dass die Rekurrentin und ihr Ehemann nicht mehr in der Lage waren, für ihn zu sorgen. Sie besuchten ihn jedoch regelmässig und erledigten weiterhin alle seine administrativen Angelegenheiten.

Am 8. April 2005 ist W.M. verstorben.

2.2. Mit Verfügung vom 8. Mai 2006 hat die Vorinstanz auf dem der Rekurrentin zugeflossenen Nachlassvermögen von W.M. von CHF 472'045.00 eine Erbschaftssteuer von CHF 100'972.60 erhoben. Dieser Veranlagung liegen die Steuersätze der Klasse 3 zugrunde. Die Vorinstanz ist der Auffassung, dass das Zusammenleben des Verstorbenen und der Rekurrentin nicht als unter die Klasse 1 fallende Wohngemeinschaft gemäss § 147 Abs. 2 StG qualifiziert werden könne.

Die Vertreterin der Rekurrentin beantragt, die Erbschaftssteuer sei nach der Steuerklasse 1 zu berechnen.

3.

3.1.

3.1.1. § 147 StG lautet wie folgt:

„1 Die Steuer wird nach dem steuerbaren Betrag des Vermögensanfalls und nach dem Verwandtschaftsgrad der steuerpflichtigen Person zur erblassenden, schenkenden oder zuwendenden Person berechnet.

2 Für die Verwandtschaftsgrade gelten folgende Klassen:

Klasse 1: Eltern, Stiefeltern und Pflegeeltern, sofern das Pflegeverhältnis während mindestens 2 Jahren bestanden hat, sowie Personen, die mit der zuwendenden Person während mindestens 5 Jahren in Wohngemeinschaft (gleicher Wohnsitz) gelebt haben;

Klasse 2: Geschwister und Grosseltern;

Klasse 3: alle weiteren steuerpflichtigen Personen.

3 (...)

4 (...)

3.1.2. Die Vorinstanz anerkennt, dass W.M. und die Rekurrentin während mehr als 5 Jahren in gemeinsamen Räumlichkeiten bzw. an der gleichen Wohnadresse zusammengelebt haben. Es wird auch nicht in Abrede gestellt, dass trotz dem Aufenthalt von W.M. im Pflegeheim weiterhin von einem Wohnen unter gleicher Adresse auszugehen ist.

Streitig und im Folgenden zu prüfen ist einzig, ob die Art des Zusammenlebens von W.M. und der Rekurrentin als Wohngemeinschaft im Sinne von § 147 Abs. 2 StG zu qualifizieren ist.

3.2.

3.2.1. Die Vorinstanz ist der Auffassung, dass der Gesetzgeber von partnerschaftlichen Wohngemeinschaften ausgegangen sei. Er habe mit der Regelung vor allem erreichen wollen, dass bei der Besteuerung von unentgeltlichen Vermögensanfällen die Konkubinatspaare im Vergleich zu den Ehepaaren nicht mehr derart ungleich behandelt würden, und dass die Beurteilung einer Wohngemeinschaft grundsätzlich gestützt auf objektive Kriterien vorgenommen werden könne.

Nach Auffassung der Vorinstanz besteht eine partnerschaftliche Beziehung zwischen zwei (und nicht mehr) Personen. Vorliegend verhindere allein die Tatsache, dass die Rekurrentin verheiratet sei, die geforderte partnerschaftliche Beziehung im Sinne einer Lebensgemeinschaft zwischen dem Erblasser und der Universalerin.

3.2.2. Die Vertreterin der Rekurrentin vertritt demgegenüber die Auffassung, dass der Gesetzgeber zwar in erster Linie, aber nicht ausschliesslich an die Konkubinatspaare gedacht habe. § 147 Abs. 2 StG schliesse aber nicht nur Paarbeziehungen, sondern auch grössere Gemeinschaften ein. Der Gesetzgeber habe nicht ausschliesslich ein- oder zweigeschlechtliche Konkubinate, sondern auch andere Wohngemeinschaften begünstigen wollen.

Es ist folglich § 147 Abs. 2 StG auszulegen.

3.3.

3.3.1. Gemäss der Rechtsprechung bildet in erster Linie der Wortlaut den Ausgangspunkt jeder Auslegung (wörtliche oder grammatikalische Auslegung). Ist der Text nicht ganz klar und sind verschiedene Interpretationen möglich, so muss nach seiner wahren Tragweite gesucht werden. Dabei müssen alle Auslegungselemente, wie namentlich die Gesetzesmaterialien (historische Auslegung), der Zweck der Regelung, der Sinnzusammenhang sowie die dem Text zu Grunde liegenden Wertungen beachtet werden. In gewissen Fällen ist auch das geschützte Interesse (teleologische Auslegung) oder auch das Verhältnis zu anderen Gesetzesbestimmungen (systematische Auslegung) zu beachten. Sind mehrere Auslegungen zulässig, so ist derjenigen der Vorzug zu geben, welche verfassungskonform ist. Das Bundesgericht geht davon aus, dass der Gesetzgeber keine mit der Verfassung unvereinbare Lösungen vorschlägt, ausser das Gegenteil ergebe sich eindeutig aus dem Wortlaut oder dem Sinn des Gesetzes (Pra 95 [2006] Nr. 90 = BGE 131 II 562).

3.3.2. Der Begriff „Wohngemeinschaft“ wird wie folgt umschrieben (Wahrig, Deutsches Wörterbuch, 7. Auflage, München 2001):

„Gemeinschaft mehrerer Personen od. Paare in einer Wohnung mit gemeinsamer Benutzung von Küche u. Bad, Haushaltsgeräten, oft auch mit gemeinsamer Haushaltsführung.“

Unter den Begriff „Wohngemeinschaft“ können also rein sprachlich gesehen nicht nur geschlechtliche Paarbeziehungen, sondern auch nicht geschlechtliche Wohngemeinschaften mit mehr als zwei Personen fallen. Die wörtliche Auslegung spricht somit eher für den Standpunkt der Vertreterin der Rekurrentin. Es ist jedoch nicht ausgeschlossen, dass der Gesetzgeber den Begriff „Wohngemeinschaft“ enger oder anders verstanden hat. Es sind daher die Gesetzesmaterialien zu konsultieren.

3.3.3.

3.3.3.1. (Zitate aus den Gesetzesmaterialien)

3.3.3.2. Aus den Gesetzesmaterialien ergibt sich also, dass unter den Begriff „Wohngemeinschaft“ nach dem Willen des Gesetzgebers (entgegen der Auffassung der Vorinstanz) auch eine nicht ge-

schlechtliche Beziehung subsumiert werden kann. Es genügt, dass zwischen den Betroffenen eine gegenseitige (moralische) Unterstützung in der Art eines Ehepaares bestand bzw. besteht. Dabei wird aus dem Umstand, dass eine erbrechtliche Zuwendung oder Schenkung erfolgte, auf das Vorliegen einer intensiven persönlichen Beziehung zwischen den Betroffenen geschlossen (vgl. dazu auch die neue Steuerpraxis 2007, S. 41 ff.).

Aus den Materialien ergeben sich keine Hinweise darauf, dass die von der Rekurrentin mit ihrem zweiten Ehemann geführte Ehe und der Umstand, dass dieser in den gleichen Räumlichkeiten wie der verstorbene W.M. und die Rekurrentin wohnte, das Vorliegen einer Wohngemeinschaft zwischen W.M. und der Rekurrentin im Sinne von § 147 Abs. 2 StG ausschliessen würden. Dies wäre denn auch nicht sachgerecht, weil weder das eine noch das andere ein gutes persönliches Verhältnis zwischen W.M. und der Rekurrentin zwingend ausschloss.

Wie die Vorinstanz zum Schluss kommen kann, die Gesetzmaterialelemente würden ihre Auffassung stützen, dass die Zuweisung in die Steuerklasse 1 eine partnerschaftliche Beziehung bedinge, ist für das Steuerrekursgericht nicht nachvollziehbar.

3.3.3.3. Die übrigen Auslegungselemente stehen dieser Auslegung nicht entgegen. Vielmehr spricht auch die vom Gesetzgeber bewusst angestrebte „Ausweitung des Kreises der Begünstigten“ anstelle einer Anknüpfung an ein Konkubinatsverhältnis für die vorliegend vom Steuerrekursgericht vertretene Sichtweise.

3.3.3.4. Die Vorinstanz macht geltend, für ihre Annahme, dass der Gesetzgeber von partnerschaftlichen Wohngemeinschaften ausgegangen sei, spreche der Umstand, dass er Zuwendungen unter Geschwistern der Steuerklasse 2 zugewiesen habe. Obwohl nicht selten auch Geschwister in Wohngemeinschaften leben würden, habe der Gesetzgeber darauf verzichtet, die Zuweisung zur Klasse 2 unter den Vorbehalt zu stellen, dass diese Zuweisung nur für diejenigen Fälle gelte, bei denen die Geschwister nicht in Wohngemeinschaft leben und somit Vermögenszuwendungen nach dem Satz der Steuerklasse 1 zu besteuern wären.

In diesem Zusammenhang ist zu beachten, dass die erbschaftsteuerlich privilegierten Wohngemeinschaften ursprünglich mindestens sieben Jahre dauern mussten und wie die Geschwister und Grosseltern in der Klasse 2 (von ursprünglich 5 Klassen) eingeteilt waren (im Vorentwurf I PL in der Klasse 3 von 6 Klassen). Im Laufe der Beratungen erfolgte eine Reduktion von 5 auf 3 Klassen und die Wohngemeinschaften wurden neu, entsprechend den Eltern, unter gleichzeitiger Reduktion der Mindestdauer von sieben auf fünf Jahre in die Klasse 1 eingeteilt (Nichtständige Kommission Nr. 07 „Steuerergesetz“ 17. Sitzung vom 9. November 1998, S. 321). Die neue Einteilung diente der Besserstellung der Wohngemeinschaften (vgl. Protokoll der Sitzung des Grossen Rates vom 15. Dezember 1998, Votum Dr. Rudolf Rohr zu § 146). Dies hatte zur Folge, dass nur noch begünstigte Geschwister und Grosseltern in der Klasse 2 verblieben. Damit stellt sich die Frage, ob die Geschwister auch unter die in die Klasse 1 eingeteilten Wohngemeinschaften fallen können, wenn die diesbezüglichen Voraussetzungen erfüllt sind. Dazu kann den Materialien, soweit ersichtlich, nichts entnommen werden.

Nach der Auffassung des StRG kommt die Klasse 2 bei Geschwistern nur dann zur Anwendung, wenn die Voraussetzungen einer der Klasse 1 zugeteilten Wohngemeinschaft nicht erfüllt sind. Wenn aber Geschwister während mindestens 5 Jahren in Wohngemeinschaft gelebt haben, ist auch bei ihnen die Klasse 1 anzuwenden. Einen ausdrücklichen gesetzlichen Vorbehalt braucht es dazu nicht, weil eine Besteuerung in Anwendung der Klasse 2 immer nur dann erfolgt, wenn die Voraussetzungen für die Anwendung der günstigeren Klasse 1 nicht erfüllt sind. Die Anwendung der Klassen 1 - 3 ist stufenweise zu prüfen.

Aus dem Umstand, dass die Geschwister ohne Vorbehalt der Klasse 2 zugeteilt sind, kann daher für die Beurteilung der vorliegend streitigen Frage (vgl. Ziff. 3.1.2.) nichts abgeleitet werden.

3.4. Zusammenfassend kommt das StRG zum Schluss, dass das der Rekurrentin durch den Tod von W.M. zugeflossene Vermögen nach den für die Klasse 1 geltenden Steuersätzen zu besteuern ist.

68 Schenkungssteuer; Errichtung einer Familienstiftung (§ 142 Abs. 1 StG, § 147 Abs. 3 StG).

- **Die Widmung eines Vermögens zur Errichtung einer Familienstiftung unterliegt grundsätzlich der Schenkungssteuer. Vorliegend schenkungssteuerfrei, weil die Kinder des Stiftungsgründers und deren Nachkommen die einzigen Destinatäre der Familienstiftung sind.**

24. Januar 2007 in Sachen Stiftung F.M., 3-RV.2006.14

Aus den Erwägungen

2.

2.1. F.M. hat mit öffentlicher Urkunde vom 12. März 2002 unter dem Namen „Stiftung F.M.“ eine Familienstiftung im Sinne von Art. 335 ZGB errichtet. Der Zweck der Stiftung ist in Art. 2 der Stiftungsurkunde wie folgt umschrieben:

„Die Stiftung bezweckt in erster Linie Erhalt und Pflege des durch den Stifter aus dem Nachlass seiner Eltern und seines Bruders L. übernommenen sowie in die Stiftung einzubringenden landwirtschaftlichen Grundstücke im Gemeindebann S.. Die Stiftung respektiert damit den Willen der Erblasser, der darin besteht, diese Grundstücke im Familienbesitz zu belassen, solange der Ertrag aus dem Stiftungsvermögen den Bewirtschaftungs- und Verwaltungsaufwand zu decken vermag.

Die Art und Weise der Bewirtschaftung hat sich nach den jeweiligen ökologischen Erfordernissen zu richten.

In zweiter Linie verfolgt die Stiftung den Zweck, das berufliche Fortkommen meiner Kinder und ihrer Nachkommen zu fördern, in dem hierfür Beiträge aus dem Ertrag des Stiftungsvermögens fliessen zur permanenten Weiter- und Fortbildung im Berufe durch Schulen, Kurse, Literatur, Seminare und Studienreisen.“

2.2. F.M. hat mit Handänderungsvertrag vom 12. März 2002 der „Stiftung F.M.“ die Grundstücke GB S. Nr. 593, Plan 37, Parzelle 486, 96.82 a Wald, sowie GB S. Nr. 595, Plan 36, Parzelle 521, 290.04 a Wald, ohne Entgelt gewidmet.

2.3. Die Vorinstanz hat auf dieser Widmung von der „Stiftung F.M.“ mit Veranlagung vom 25. November 2004 eine Schenkungssteuer von Fr. 525.90 erhoben. Sie ging von einem massgebenden Steuerwert der beiden Grundstücke von Fr. 13'148.-- und der Klasse 1 (vgl. § 149 Abs. 1 StG) aus.

2.4. Die Rekurrentin beantragt, die Schenkungssteuer sei aufzuheben, weil es sich nicht um eine Zuwendung, sondern um eine Widmung handle, welcher eine gleichwertige Leistung der empfangenden Person gegenüberstehe (Pflege und Erhalt der Widmung durch die Stiftung).

3.

3.1. Der Besteuerung unterliegt das Vermögen, das durch gesetzliche Erbfolge, Verfügung von Todes wegen, Schenkung oder eine andere Zuwendung anfällt, der keine oder keine gleichwertige Leistung der empfangenden Person gegenübersteht (§ 142 Abs. 1 StG).

3.2.

3.2.1. Gemäss der Rechtsprechung des StRG unterliegt die Widmung eines Vermögens zur Errichtung einer Stiftung der Schenkungssteuer (RGE vom 3. September 1997 in Sachen O.-R. Familienstiftung). Daran vermag auch der Einwand der Rekurrentin nichts zu ändern, dass die Widmung (im Gegensatz etwa zu Art. 142 des st.gallischen Steuergesetzes vom 9. April 1998) in § 142 StG nicht explizite erwähnt ist, denn sie gilt als „andere Zuwendung“ im Sinne von § 142 Abs. 1 StG (Kommentar zum Aargauer Steuergesetz, 2. Auflage, Muri-Bern 2004, § 142 StG N 4; Kommentar zum Aargauer Steuergesetz, 1. Auflage, Muri-Bern 1991, § 83 aStG N 21). Dieser Begriff umfasst alle unentgeltlichen Vermögenszuflüsse, die nicht unter die zivilrechtlichen Begriffe der erbrechtlichen Zuwendung oder der Schenkung fallen (Kommentar zum Aargauer Steuergesetz, 2. Auflage, Muri-Bern 2004, § 142 StG N 29).

3.2.2. Die Rekurrentin wendet ein, der zu beurteilenden Widmung liege keine Schenkungsabsicht zugrunde. Ob es zutrifft, dass beim Abtretenden bei der „anderen Zuwendung“ kein Schenkungswille vorliegen muss (vgl. dazu Kommentar zum Aargauer Steuergesetz, 2. Auflage, Muri-Bern 2004, § 142 StG N 29), kann offen ge-

lassen werden. Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist eine Schenkungsabsicht gegeben, wenn die Vermögenszuwendung nicht mit dem Willen, eine Gegenleistung zu erbringen, ausgerichtet wird (StE 1997 B 72.11 Nr. 5, Erw. 3c). Das ist vorliegend der Fall, denn F.M. hat der Rekurrentin anlässlich ihrer Errichtung die beiden Waldgrundstücke „ohne besonderes Entgelt“ gewidmet. Es wurde überdies ausdrücklich festgehalten, dass sich die Parteien keine weiteren Leistungen schulden (Ziff. II [Entschädigungsfrage] des Änderungsvertrages vom 12. März 2002). Der Übertragung des Eigentums der beiden Waldgrundstücke stand also nach dem Willen des Abtretenden keine Leistung der zu errichtenden „Stiftung F.M.“ gegenüber. Die Erfüllung der in Art. 2 der Errichtungsurkunde genannten Zwecke der Stiftung (vgl. oben Ziff. 2.1.) stellt, entgegen der Auffassung der Rekurrentin, nicht eine Gegenleistung für die Widmung der beiden Waldgrundstücke dar. Damit sind die Voraussetzungen für die Anwendung von § 142 Abs. 1 StG erfüllt, d.h. die Widmung von F.M. bildet Gegenstand der Schenkungssteuer. Daraus folgt aber nicht zwingend, dass diese schenkungssteuerpflichtig ist, denn es gibt auch schenkungssteuerfreie Vermögensanfälle (vgl. § 142 Abs. 3 StG).

3.2.3. Bei Vermögensanfällen an Stiftungen wird auf das verwandtschaftliche Verhältnis der zuwendenden Person zu den Destinatärinnen beziehungsweise Destinatären abgestellt (§ 147 Abs. 3 StG).

Die von F.M. anlässlich der Stiftungserrichtung vorgenommene Widmung stellt unzweifelhaft einen Vermögensanfall an eine Stiftung im Sinne dieser Bestimmung dar. Da gemäss Art. 2 der Stiftungsurkunde als Destinäre einzig die Kinder von F.M. und deren Nachkommen in Betracht kommen, Vermögensanfälle von F.M. an seine Nachkommen (worunter auch seine Enkel fallen) aber gemäss § 142 Abs. 3 StG steuerfrei sind, ist die Widmung der beiden Grundstücke anlässlich der Errichtung der Stiftung F.M. schenkungssteuerfrei.

69 Verkehrswert eines Grundstückes (§ 12 VBG).

- **Wird ein Grundstück im Konkursverfahren erworben, muss von besonderen Verhältnissen gesprochen werden und der Kaufpreis kann nicht als Verkehrswert des Grundstückes gelten.**

20. September 2007 in Sachen B. + A.K., 3-RV.2006.108

Aus den Erwägungen

4.2.

4.2.1. Als Verkehrswert eines Grundstückes gilt der Preis, welcher im Geschäftsverkehr mit Dritten erzielbar ist, ohne Rücksicht auf ungewöhnliche oder persönliche Verhältnisse (§ 12 Abs. 1 VBG). Der Verkehrswert wird gemäss § 12 Abs. 2 VBG festgesetzt durch

- Gleichsetzung mit dem Kaufpreis,
- mittelbaren oder unmittelbaren Preisvergleich, sofern ein Kaufpreis fehlt oder dieser nicht dem Verkehrswert entspricht,
- Berechnung nach dem gewichteten Ertragswert und dem Realwert, sofern weder Kaufpreis noch Preisvergleich vorhanden sind.

Nach der Systematik von § 12 Abs. 2 VBG steht als Kriterium für die Festsetzung des Verkehrswertes eines Grundstückes der Kaufpreis im Vordergrund. Da ein aktueller, ohne Rücksicht auf ungewöhnliche oder persönliche Verhältnisse festgesetzter Kaufpreis dem Wert entspricht, der im Geschäftsverkehr mit Dritten erzielbar ist (vgl. § 12 Abs. 1 VBG), erscheint dies sachlich durchaus als gerechtfertigt (vgl. dazu ausführlich RGE vom 20. Februar 2003 in Sachen B. + M.B.). Preisvergleiche sind insbesondere bei unüberbauten Grundstücken möglich, teilweise auch bei vergleichbaren Eigentumswohnungen oder Einfamilienhäusern. Die Berechnung nach dem gewichteten Ertragswert und dem Realwert kommt in der Regel bei selbstbewohnten Einfamilienhäusern zum Zuge, da es hier häufig an einem aktuellen Kaufpreis und meistens an vergleichbaren Objekten fehlt.

4.2.2.

Vorliegend wurde die Liegenschaft anlässlich einer Versteigerung im Konkursverfahren und nicht auf dem freien Markt erworben. Da die Liegenschaft somit unmittelbar aus einem Konkursverfahren hinaus erstanden wurde, muss von besonderen Verhältnissen gesprochen werden (dies im Gegensatz zum Sachverhalt im RGE vom 25. Juli 2007 in Sachen B.B., B.B., U.L. + H.A., wo der Ersteigerer im Konkursverfahren die Liegenschaft an unabhängige Dritte verkaufte). Zwar steht auch der Erwerb von Objekten im Zwangsvollstreckungsverfahren der Allgemeinheit offen, doch dürfte die zeitliche Einschränkung der Veräusserung auf einem Tag auf den Verkaufspreis Auswirkungen haben. So lässt sich in der Regel mit einem Freihandverkauf einer Liegenschaft ein besserer Preis erzielen, als im Zwangsvollstreckungsverfahren unter Zeitdruck. Es ist daher vorliegend von einer ungewöhnlichen Preisbildung auszugehen. Der Kaufpreis kann unter diesen Bedingungen nicht dem Verkehrswert der Liegenschaft gleichgestellt werden. Die Ermittlung des Verkehrswertes ist vielmehr mittels gewichtetem Ertragswert und Realwert vorzunehmen.

Landwirtschaftliche Rekurskommission

I. Direktzahlungen

70 Auslauf von angebunden gehaltenem Rindvieh.

- **Die massgebenden Richtlinien schreiben nicht mehr vor, dass die Tiere in der Vegetationsperiode mindestens an 60 Tagen Auslauf haben müssen (Erw. II/1).**

Aus dem Entscheid der Landwirtschaftlichen Rekurskommission vom 15. November 2007 in Sachen M. gegen Departement Finanzen und Ressourcen (5-DZ.2005.50007).

Aus den Erwägungen

1.

1.1. Art. 70 Abs. 4 LwG-CH sieht vor, dass die Einhaltung der für die landwirtschaftliche Produktion massgeblichen Bestimmungen u.a. der Tierschutzgesetzgebung Voraussetzung und Auflage für die Ausrichtung von Direktzahlungen darstellt. Art. 5 DZV wiederholt diesen Grundsatz. Demnach kann der Kanton die Direktzahlungen kürzen oder verweigern, wenn die Tierschutzgesetzgebung nicht eingehalten wird (Art. 70 Abs. 1 lit. d in Verbindung mit Art. 5 DZV).

1.2. Gemäss Art. 1 Abs. 3 TSchV dürfen Tiere nicht dauernd angebunden gehalten werden. Art. 18 TSchV konkretisiert dies bezogen auf Rindvieh derart, dass angebundenes Rindvieh regelmässig, mindestens jedoch an 90 Tagen pro Jahr ausserhalb des Stalles bewegt werden muss.

Die "Richtlinien für die Haltung von Rindvieh" des Bundesamtes für Veterinärwesen vom 26. Februar 1998 wurden am 1. Dezember 2003 vollständig ersetzt (im Folgenden: Richtlinien). In dieser neuen Fassung wird vom betroffenen Rindviehhalter das Gewähren eines regelmässigen Auslaufs der Tiere verlangt und "von den mindestens 90 Tagen Auslauf ist mindestens ein Drittel während der

Winterfütterungsperiode zu gewähren" (Richtlinien vom 1. Dezember 2003, S. 8). Im Gegensatz zur alten Richtlinie, welche Auslauf-tage von mindestens 60 während der Vegetationsperiode und mindestens 30 während der Winterfütterungsperiode verlangte, enthält die neue Richtlinie keine explizite Aussage zu den Auslauf-tagen während der Vegetationsperiode.

Die Abteilung Landwirtschaft hat mittels den Merkblättern "Regelmässiges Bewegen des angebunden gehaltenen Rindviehs gemäss Revision der eidgenössischen Tierschutzverordnung vom 14. Mai 1997" vom 30. Juli 1998 bzw. 30. November 2000 alle Betriebe darüber in Kenntnis gesetzt, wie die Bestimmung von Art. 18 TSchV angewendet werden soll (im Folgenden: Merkblätter; Vernehmlassungsbeilage S. 91 ff.). Konkret wird in diesem Merkblatt ausgeführt, dass angebunden gehaltenes Rindvieh regelmässig an mindestens 60 Tagen während der Vegetationsperiode (vom 1. April bis 31. Oktober) und an mindestens 30 Tagen während der Winterfütterungsperiode (1. November bis 31. März) Auslauf zu gewähren ist.

Diese Merkblätter decken sich inhaltlich mit der Weisung betreffend "Regelmässiges Bewegen des angebunden gehaltenen Rindviehs" des Departements Gesundheit und Soziales des Kantons Aargau, Veterinärdienst, vom 1. Januar 2003 (im Folgenden: Weisung). Explizit wird in der Weisung festgehalten, dass "das nicht Einhalten der Vorschriften gemäss Tierschutzgesetz und der Mindestanforderungen gemäss Tierschutzverordnung sowie die Richtlinien des Bundesamtes für Veterinärwesen" Kürzungen von Direktzahlungen zur Folge haben kann. Ein Verstoss gegen Bestimmungen der kantonalen Merkblätter oder der Weisung allein zieht demnach keine Kürzungen nach sich.

1.3. Gesamthaft konnten sich die Tiere des Beschwerdeführers an 95 Tagen ausserhalb des Stalles aufhalten, wobei mit 37 Tagen mehr als ein Drittel der Freigänge in der Winterfütterungsperiode absolviert wurde. Die Regelmässigkeit des Auslaufs wurde ausdrücklich anerkannt. Damit ergibt sich, dass der Beschwerdeführer die massgebenden Bestimmungen der Tierschutzgesetzgebung, welche durch die Richtlinien konkretisiert werden, eingehalten hat. Der Um-

stand, dass er gegen die allein in den kantonalen Merkblättern enthaltende Bestimmung, in der Vegetationsperiode mindestens 60 Tage Auslauf zu gewähren, versties, ist unbeachtlich (vgl. Erw. 1.2 hier vor). Eine Kürzung der Direktzahlungen lässt sich deshalb nicht rechtfertigen (vgl. Erw. II/1.2).

1.4. Es lässt sich somit festhalten, dass die Abteilung Landwirtschaft zu Unrecht beanstandet hat, der Beschwerdeführer habe die Tierschutzvorschriften in der Sommerperiode nicht erfüllt.

II. Bäuerliches Bodenrecht

71 Tausch eines landwirtschaftlichen Grundstückes zwischen zwei Nichtselbstbewirtschaftern.

- Es ist fraglich, ob ein wichtiger Grund gemäss Art. 64 Abs. 1 BGGB nicht bereits deshalb zu bejahen ist, weil es sich um einen Landabtausch zwischen zwei Nichtbeselbstbewirtschaftern handelt (Erw. II/2).
- Ein wichtiger Grund gemäss Art. 64 Abs. 1 lit. d liegt auch dann vor, wenn der Erwerb zum Zweck der Schaffung eines adäquaten Schutzes erfolgt. Vorausgesetzt ist ein gewisses öffentliches Interesse, welches im vorliegenden Fall gegeben ist (Auenschutz; Erw. II/3).
- Sanierungsmassnahmen können ebenfalls einen wichtigen Grund im Sinne von Art. 64 Abs. 1 BGGB darstellen (Erw. II/4).
- Interessenabwägung (Erw. II/5).

Aus dem Entscheid der Landwirtschaftlichen Rekurskommission vom 25. Oktober 2007 in Sachen A. gegen S., P. und P. (5-BB.2005.50003).

Aus den Erwägungen

2. Vorab erscheint fragwürdig, ob im vorliegenden Fall ein wichtiger Grund nicht bereits deshalb zu bejahen ist, weil es sich um einen Landabtausch zwischen zwei Nichtselbstbewirtschaftern handelt. Das Bundesgericht hielt hierzu Folgendes fest (BGE 122 III 287 ff., Erw. 3/b):

"Hauptzweck der Revision des bäuerlichen Bodenrechts bildet die Stärkung der Stellung des Selbstbewirtschafters beim Erwerb von landwirtschaftlichem Boden in Gestalt von landwirtschaftlichen Gewerben oder Grundstücken. Beim Eigentumsübergang soll der Selbstbewirtschaftler privilegiert werden; zu seinem Schutz wurde ein Bewilligungsverfahren geschaffen, welches für ihn den Zugang zu landwirtschaftlichem Boden zu

erleichtern hat (...). Freilich konnte und wollte der Gesetzgeber das Prinzip des Selbstbewirtschafters nicht ausnahmslos durchführen, zumal nicht beabsichtigt war, ein Erwerbsmonopol für Selbstbewirtschaftler zu schaffen. Aus politischen und verfassungsrechtlichen Überlegungen durfte das bäuerliche Bodenrecht nicht zu einem ausschliesslichen Standesrecht für Landwirte werden (...). Entsprechend mussten Ausnahmen vom Prinzip des Selbstbewirtschafters zugelassen werden, soweit sich solche als sachlich gerechtfertigt erwiesen.

Vor dem Hintergrund dieser gesetzgeberischen Konzeption stellt sich vorweg die Frage, ob Fälle der vorliegenden Art nicht schon aus grundsätzlichen Überlegungen unter die erwähnte Ausnahmeregelung fallen. Wenn nämlich zwei Nichtselbstbewirtschaftler in derselben Ortschaft gelegene landwirtschaftliche Grundstücke austauschen, so bewirkt dieser Vorgang keine Änderung in Bezug auf Bestand und Umfang von Boden, der Selbstbewirtschaftern gehört, und von Land, das andere Personen besitzen. Insbesondere führt ein derartiger Eigentumsübergang zu keiner Benachteiligung von Selbstbewirtschaftern und gehört deshalb nicht zu den aus der Sicht des Gesetzgebers unerwünschten Rechtsgeschäften. Insoweit wird ein Tauschgeschäft, wie es hier zur Diskussion steht, von der agrarpolitischen Zielsetzung des BGBB, Selbstbewirtschaftler beim Erwerb von landwirtschaftlichem Boden zu privilegieren, nicht erfasst. Dies führt zur Frage, ob vorliegend nicht schon aus dieser Sicht das Erfordernis des wichtigen Grundes erfüllt ist. (...)."

Letztlich hat das Bundesgericht die Frage offen gelassen, ob der blosser Landabtausch zwischen zwei Nichtselbstbewirtschaftern einen wichtigen Grund im Sinne von Art. 64 BGBB darstellt. Aus den zitierten Erwägungen lässt sich indessen unmittelbar folgern, dass eine derartige Konstellation speziell zu würdigen ist. Falls nicht bereits das blosser Tauschgeschäft unter Nichtselbstbewirtschaftern als wichtiger Grund im Sinne von Art. 64 BGBB anerkannt wird, dürfen jedenfalls für eine Bewilligung keine erheblichen zusätzlichen Anforderungen gestellt werden.

3.

3.1. Gemäss Art. 64 Abs. 1 lit. d BGBB ist ein wichtiger Grund gegeben, wenn das landwirtschaftliche Gewerbe oder Grundstück in einer bereits bestehenden Schutzzone liegt und der Erwerber den

Boden zum Zwecke dieses Schutzes erwirbt. Die Bestimmung wurde in der Praxis insofern verfeinert, als ein wichtiger Grund auch dann vorliegt, wenn der Erwerb zum Zweck der *Schaffung* eines adäquaten Schutzes erfolgt. Vorausgesetzt ist dabei ein gewisses öffentliches Interesse (Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Luzern vom 20. Juni 2000; zitiert in: Blätter für Agrarrecht 2002, S. 123).

Durch diese Präzisierung wird dem Umstand Rechnung getragen, dass Projekte – wie das vorliegende – nicht umsetzbar wären ohne die Möglichkeit von Rechtsgeschäften, welche "nur" auf den zukünftigen Schutz eines bestimmten Gebietes gerichtet sind. Soweit aber ein Erwerb eines landwirtschaftlichen Grundstücks keinem (gegenwärtigen oder künftigen) konkreten Schutzzweck dient, bleibt eine Bewilligung gestützt auf Art. 64 Abs. 1 lit. d BGGB ausgeschlossen.

3.2.1. Die Verfassung des Kantons Aargau enthält in § 42 Abs. 6 folgende Bestimmung:

"Der Kanton Aargau schafft innert zwanzig Jahren nach Inkrafttreten dieser Verfassungsbestimmung zum Schutze des bedrohten Lebensraumes der Flussauen und zur Erhaltung der landschaftlich und biologisch einzigartigen, national bedeutsamen Reste der ehemaligen Auengebiete einen Auen-Schutzpark. Dieser setzt sich, ausgehend vom Wassertor der Schweiz, aus Teilflächen längs der Flüsse Aare und Reuss und ihrer Zuflüsse zusammen. Er weist eine Gesamtfläche von mindestens einem Prozent der Kantonsfläche auf."

3.2. In den Gemeinden Z. und R. befindet sich eine Auenlandschaft, welche auf der Liste der Auengebiete von nationaler Bedeutung figuriert (Anhang I der Verordnung über den Schutz der Auengebiete von nationaler Bedeutung [Auenverordnung; SR 451.31]). Der entsprechende Bereich ist im kantonalen Richtplan als "Auengebiet (Festsetzung)" aufgenommen. Zusätzlich wurde eine Pufferzone als "Auengebiet (Zwischenergebnis)" festgelegt, und zwar insbesondere aus zwei Gründen: Zum einen sind gemäss Auenverordnung die Kantone verpflichtet, ökologisch ausreichende Pufferzonen auszuscheiden, und zum andern haben wissenschaftliche Untersuchungen erwiesen, dass sich das Auengebiet Grien besonders für die Renaturierung und die Wiederherstellung von auentypischen morphologi-

schen Prozessen eignet (Botschaft an den Grossen Rat vom 5. Juli 2006 betreffend diverse Anpassungen des Richtplans [Botschaft], S. 7 ff.). Der Regierungsrat führte in der Botschaft zusätzlich Folgendes aus:

"Für die 14 Hektaren grosse Fläche im Zwischenergebnis erfolgt ein Entscheid über die langfristigen Nutzungsabsichten aus kantonaler Sicht. Gleichzeitig wird anerkannt, dass noch erhebliche Konflikte zu lösen sind, weshalb noch kein definitiver Richtplanentscheid erfolgt. Das Zwischenergebnis ermöglicht aber den freihändigen Landerwerb im Rahmen der Vorgaben des Bundesgesetzes über das bäuerliche Bodenrecht sowie die Weiterführung der Planung mit dem Ziel eines Antrages zur Festsetzung im Richtplan."

Ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass das öffentliche Interesse an der Unterschutzstellung des betroffenen Auengebietes nicht erst in der aktuellen, sondern – wenn auch weniger pointiert – bereits in der früheren Fassung des Richtplans zum Ausdruck kommt (vgl. die entsprechende Darstellung in der erwähnten Botschaft).

3.2.3. Somit ergibt sich, dass generell der Auenschutz einem grossen öffentlichen Interesse entspricht. Dieses wird durch den Richtplan (teilweise als Festsetzung, teilweise als Zwischenergebnis) konkretisiert. Demzufolge besteht ein erhebliches öffentliches Interesse daran, dass die Beschwerdegegnerinnen 2 und 3 Land in demjenigen Bereich, welcher im Richtplan dem "Auengebiet (Zwischenergebnis)" zugewiesen ist, erwerben und dem notwendigen Schutz zuführen können.

3.3. Die von den Beschwerdegegnerinnen 2 und 3 erworbenen Grundstücke liegen nicht im beschriebenen Auengebiet, sondern im Perimeter eines geplanten Golfplatzes (im kantonalen Richtplan als Vororientierung aufgenommen). Demgegenüber ist die Z. AG Eigentümerin von zwei Parzellen, welche sich gemäss Richtplan im "Auengebiet (Zwischenergebnis)" befinden. Es besteht eine gemeinsame Absichtserklärung für einen späteren Abtausch der Grundstücke (zusammen mit weiteren Grundstücken der Beschwerdegegnerinnen 2 und 3).

Der umstrittene Grundstückserwerb durch die Beschwerdegegnerinnen 2 und 3 wurde in der angefochtenen Verfügung mit der

Auflage verknüpft, dass grundsätzlich innert zwei Jahren das erwähnte Tauschgeschäft vorgenommen werden müsse; ansonsten habe ein Verkauf nach Massgabe der geltenden Bestimmungen des Bundesgesetzes über das bäuerliche Bodenrecht zu erfolgen. Damit ist gewährleistet, dass entweder die Grundstücke, welche die Beschwerdegegnerinnen 2 und 3 zu erwerben beabsichtigen, mittelbar tatsächlich dem Auenschutz zugute kommen und damit dem angestrebten Schutzzweck dienen oder dass sie innert adäquater Frist wieder abgetreten werden.

Schliesslich bleibt anzumerken, dass die einberaumte 2-Jahres-Frist nach Massgabe der Vorstellungen, welche dem Bundesgesetz über das bäuerliche Bodenrecht zugrunde liegen, eher kurz bemessen ist. Art. 64 Abs. 1 lit. c BGGB ermöglicht es der zuständigen Behörde, bezüglich des Abbaus von Bodenschätzen eine entsprechende Frist von 15 Jahren anzusetzen. In Analogie hierzu wäre es der Abteilung Landwirtschaft von vornherein freigestanden, eine Frist von über zwei Jahren zu gewähren.

4. Die Beschwerdegegnerin 1 erwirbt durch den umstrittenen Tausch Grundstücke, die an die Westseite ihres Industriegeländes angrenzen. Gemäss Darstellung der J. AG werden seit längerer Zeit im Abstrombereich des Werkareals der Beschwerdegegnerin 1 erhöhte Werte der chlorierten Kohlenwasserstoffe (CKW) Perchlorethylen und Trichlorethylen sowie Quecksilber gemessen. Seit rund 10 Jahren bestehen auf der werkseigenen Parzelle drei Sanierungsbrunnen, um die Ausbreitung der Stoffe zu verhindern. In den letzten Jahren wurden die Sanierungsbemühungen zusätzlich intensiviert. Offenbar besteht aber weiterhin eine Lücke im Überwachungsdispositiv. In diesem Zusammenhang wird es als unumgänglich erachtet, dass auf weiteren Parzellen zwischen dem Betriebsareal und dem Rhein Bohrungen abgeteuft werden, worin die Grundwasserqualität überwacht werden kann. (...) Aufgrund des Berichts erscheint das Interesse der Beschwerdegegnerin 1 am Erwerb der erwähnten Parzellen hinreichend belegt. Dabei ist evident, dass es für sie mit weniger Umtrieben verbunden ist, wenn die Sanierungsmassnahmen auf eigenem Grund und Boden durchgeführt werden können. Schliesslich ent-

spricht die optimale Grundwasserüberwachung und -sanierung auch einem öffentlichen Interesse.

5. Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung setzt die Bewilligung eines Tauschgeschäftes nicht voraus, dass bei beiden Vertragsparteien ein wichtiger Grund für den Erwerb vorliegt. Vielmehr genügt es, wenn durch das Tauschgeschäft insgesamt ein Resultat erreicht wird, das als wichtiger Grund im Sinne von Art. 64 Abs. 1 BGBB anerkannt werden kann (BGE 122 III 287 ff., Erw. 3/d).

Für den konkreten Fall ist vorab wesentlich, dass es sich um einen Tausch zwischen zwei Nichtselbstbewirtschaftern handelt und daher an das Vorliegen eines (zusätzlichen) wichtigen Grundes gemäss Art. 64 Abs. 1 BGBB keine hohen Anforderungen gestellt werden dürfen (vgl. Erw. 2). Der Landerwerb durch die Beschwerdegegnerinnen 2 und 3 entspricht einem erheblichen öffentlichen Interesse (vgl. Erw. 3); für den Landerwerb der Beschwerdegegnerin 1 existieren sowohl private als auch öffentliche Interessen (vgl. Erw. 4). Insgesamt ergibt sich eindeutig ein genügend gewichtiger Grund, um gestützt auf § 64 Abs. 1 BGBB eine Bewilligung auszusprechen. Dies gilt umso mehr, als keine gewichtigen agrarpolitischen Zielsetzungen entgegenstehen.

72 Tausch eines landwirtschaftlichen Grundstückes.

- **Rechtsmittel gegen die nachträgliche Konkretisierung einer Nebenbestimmung; Legitimation (Erw. I/3).**

Aus dem Entscheid der Landwirtschaftlichen Rekurskommission vom 15. November 2007 in Sachen M und Mitbeteiligte gegen P., P. und H. (5-BB.2005.50005).

Aus den Erwägungen

3.2. Die Beschwerdegegnerinnen 1 und 2 haben 2003 (zusammen mit anderen Parzellen) von der Beschwerdegegnerin 3 diverse Grundstücke käuflich erworben. In der (seinerzeit nicht angefochtene

nen) Erwerbsbewilligung vom 13. Mai 2003 findet sich folgende Regelung:

"(...), dass diese Grundstücke innerhalb von längstens zwei Jahren seit Rechtskraft dieses Entscheides gegen die Parzellen 362 und 225 in der Gemeinde R. der T. AG abgetauscht werden. Kommt der Abtausch nicht zu Stande und liegen auch keine objektiven Gründe für eine Fristverlängerung vor, müssen die Käuferinnen die (...) Grundstücke unter Beachtung der geltenden Bestimmungen des BGGB verkaufen."

3.3. Enthält eine Verfügung eine Nebenbestimmung, die unklar ist oder mehr als eine vertretbare Auffassung über ihren Sinngehalt zulässt, so kann diese nicht ohne Konkretisierung vollzogen werden. Die Konkretisierung hat jedoch nicht im Vollzugsverfahren zu geschehen, sondern in einem dem Entscheidverfahren nachgebildeten Verfahren, in dem die gleichen Rechtsmittel zur Verfügung stehen müssen wie im ursprünglichen Verfahren. Entsprechendes gilt, wenn streitig ist, ob eine Nebenbestimmung eingehalten bzw. erfüllt wurde (Alfred Kölz/Jürg Bosshart/Martin Röhl, Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 2. Auflage, Zürich 1999, Vorbemerkungen zu §§ 29 – 31, N 5, mit Hinweisen).

Die zitierte Nebenbestimmung ist insofern offen formuliert, als ein Verkauf nur erfolgen muss, falls innert zwei Jahren kein Tausch zu Stande kommt und auch "keine objektiven Gründe" für eine Fristverlängerung vorliegen. Daraus lässt sich Folgendes ableiten: Falls die Abteilung Landwirtschaft die Voraussetzungen, aufgrund derer ein Verkauf zu erfolgen hat, als erfüllt erachtet, hat sie hierüber einen separaten Entscheid zu treffen. Hiergegen steht derselbe Rechtsmittelweg offen wie gegen die seinerzeitige Erwerbsbewilligung. Erst nachfolgend an den erwähnten Entscheid ist eine Vollzugsanordnung zulässig.

3.4. Indirekt ergibt sich aus der Verfügung vom 22. August 2005, dass die Abteilung Landwirtschaft trotz Ablauf der ursprünglichen 2-Jahres-Frist darauf verzichtete, den Verkauf der umstrittenen Grundstücke anzuordnen. Darin liegt ein Entscheid betreffend Einhaltung bzw. Nichteinhaltung der Auflage vom 13. Mai 2003. Entsprechend den obigen Ausführungen müssen dagegen dieselben Rechtsmittel zur Verfügung stehen wie im ursprünglichen Verfahren.

Dabei sind nur jene Personen beschwerdelegitimiert, welche auch gegen die Verfügung vom 13. Mai 2003 hätten Beschwerde erheben können.

3.5. Gemäss Art. 83 Abs. 3 BGGB kann gegen die Erwerbsbewilligung von der kantonalen Aufsichtsbehörde, dem Pächter sowie dem Kaufs-, Vorkaufs- oder Zuweisungsberechtigten Beschwerde erhoben werden. Diese Regelung geht auf die Entstehungsgeschichte zurück, wonach der Gesetzgeber weitere Interessierte wie Nachbarn, Umwelt- und Naturschutzorganisationen sowie landwirtschaftliche Berufsorganisationen als Beschwerdelegitimierte ausschliessen wollte. Mit dieser Bestimmung sollte jedoch nicht die allgemeine Legitimationsvoraussetzung von Art. 89 Abs. 1 BGG respektive Art. 103 lit. a OG (aufgehoben per 1. Januar 2007 durch Art. 131 Abs. 1 BGG) ausser Kraft gesetzt werden, wonach in jedem Fall Privatpersonen nur dann zur Beschwerde berechtigt sind, wenn sie durch die angefochtene Verfügung besonders berührt sind und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung haben. Somit bedarf es bezüglich der Legitimation neben den Voraussetzungen von Art. 83 Abs. 3 BGGB eines besondern Interesses gemäss Art. 89 Abs. 1 BGG beziehungsweise Art. 103 lit. a OG.

Die Beschwerdeführer K. und S. sind und waren bereits im Jahr 2003 Pächter der durch die Beschwerdegegnerinnen 1 und 2 erworbenen Parzellen; die übrigen Grundstücke wurden pachtfrei übertragen.

Die beiden erwähnten Pächter hatten seinerzeit ein evidentes Interesse an der Rüge, die Erwerbsbewilligung sei zu Unrecht erfolgt, denn es drohte ihnen sowohl beim Zustandekommen als auch beim Nichtzustandekommen des späteren Tauschgeschäftes eine Auflösung des Pachtvertrages (im ersten Fall infolge Bau des Golfplatzes, im zweiten Fall primär infolge Selbstbewirtschaftung durch den neuen Erwerber; vgl. Art. 15 Abs. 1 LPG). Entsprechend waren K. und S. seinerzeit zur Beschwerdeführung legitimiert. Demzufolge ist K. auch berechtigt, den in der Verfügung vom 13. Mai 2003 enthaltenen Entscheid der Abteilung Landwirtschaft betreffend Einhaltung bzw. Nichteinhaltung der Auflage anzufechten; S. hat keine Beschwerde eingereicht.

3.6. In Bezug auf die übrigen Beschwerdeführer ist nicht erkennbar und wird in keiner Art und Weise dargetan, inwiefern sie berechtigt wären, gegen die Erwerbsbewilligung vom 13. Mai 2003 Beschwerde zu erheben. Das blossе Interesse, im Falle eines Grundstückverkaufs als potenzielle Käufer auftreten zu können, vermag den Legitimationsanforderungen gemäss Art. 83 Abs. 3 BGG (vgl. Erw. 3.5. hiervor) offensichtlich nicht zu genügen. Entsprechend sind die Betroffenen auch nicht legitimiert, gegen den Entscheid betreffend (Nicht-)Einhaltung der Auflage Beschwerde zu führen. In Bezug auf diese fünf Beschwerdeführer darf folglich auf die Beschwerde nicht eingetreten werden.

73 Tausch eines landwirtschaftlichen Grundstückes

- **Fehlende Legitimation des Unterpächters, gegen die Erteilung der Bewilligung Beschwerde zu erheben.**

Aus dem Entscheid der Landwirtschaftlichen Rekurskommission vom 15. November 2007 in Sachen M. gegen S., P. und P. (5-BB.2005.50004).

Aus den Erwägungen

3.

3.1. Gemäss der Darstellung des Beschwerdeführers wurde das vorliegend zur Diskussion stehende Grundstück durch M. senior gepachtet. Mit seinem Hinschied im Jahre 1982 sei die Erbengemeinschaft des M. senior durch Universalsukzession in seine rechtliche Stellung eingetreten und damit auch Pächterin des erwähnten Grundstückes geworden. Daran habe sich in der Zwischenzeit nichts geändert. Der Beschwerdeführer, welcher selber Mitglied der Erbengemeinschaft sei, habe den Betrieb von der Erbengemeinschaft gepachtet. Ein schriftlicher Pachtvertrag sei nie abgeschlossen worden. Gegenüber der Erbengemeinschaft sei der Beschwerdeführer somit Pächter, gegenüber den Beschwerdegegnern Unterpächter. Die Pächtereigenschaft gemäss Art. 83 Abs. 3 BGG sei damit gegeben.

Die Darstellung, wonach mit dem Hinschied von M. senior die Erbgemeinschaft durch Universalsukzession in den Pachtvertrag eintrat, ist korrekt (vgl. BGE 118 II 441, Erw. 2/a). Im Weiteren besteht vorliegend kein Anlass, die Ausführungen betreffend Pacht- und Unterpachtverhältnis in Frage zu stellen.

3.2. Wer ein landwirtschaftliches Gewerbe oder Grundstück erwerben will, braucht grundsätzlich eine Bewilligung (Art. 61 Abs. 1 BGG; bezüglich der Ausnahmen vgl. Art. 62 BGG). Gegen die Erteilung der Bewilligung können "die kantonale Aufsichtsbehörde, der Pächter sowie Kaufs-, Vorkaufs- oder Zuweisungsberechtigte" Beschwerde führen (Art. 83 Abs. 3 BGG).

Der Kreis der Beschwerdeberechtigten ist in Art. 83 Abs. 3 BGG eng gefasst worden. Die Rechtsprechung verneint daher die Legitimation des Bewirtschafters eines Grundstücks, welcher nicht selber Pächter ist (vgl. hierzu sowie zum Folgenden: Entscheide der Gerichts- und Verwaltungsbehörden des Kantons Schwyz [EGVSZ 2002], S. 106 ff., Erw. 3/c mit Hinweisen)

Der Unterpächter wird in Art. 83 Abs. 3 BGG nicht als beschwerdelegitimiert bezeichnet. Es ist zwar nicht zu verkennen, dass auch der Unterpächter von der Veräusserung des von ihm gepachteten Grundstücks betroffen sein kann. Dies genügt jedoch für die Anerkennung der Parteistellung nicht. Massgebend ist vielmehr, dass der Beschwerdeführer aus dem behaupteten Unterpachtverhältnis bloss gegenüber der Erbgemeinschaft, nicht aber gegenüber den betroffenen Grundeigentümern unmittelbare Rechte abzuleiten vermag. Entsprechend der dargestellten Rechtsprechung ist ihm daher – analog zum blossen Bewirtschaftler – die Beschwerdebefugnis im Bewilligungsverfahren zu verweigern.

3.3. Aufgrund der Qualifizierung des Beschwerdeführers als Unterpächter darf auf die Beschwerde nicht eingetreten werden. Darüber hinaus ist der Beschwerdeführer in seiner Eigenschaft als Erbe nicht allein zur Beschwerde befugt (aufgrund des Gesamthandprinzips [Art. 602 Abs. 1 ZGB] müssten alle Erben gemeinsam Beschwerde erheben).

Schätzungskommission nach Baugesetz

I. Enteignungsrecht

- 74 **Formelle Enteignung; Voraussetzungen für Realersatz bei Landwirtschaftsland**
- **Werden gegen einen Betroffenen verschiedene Verfahren durchgeführt, wie hier von Kanton und Gemeinde, so bedarf es einer Gesamtopitik und es sind sämtliche Abtretungsflächen zu kumulieren (Erw. 2.3.)**
 - **Ein Landverlust von weniger als 1 % der Landwirtschaftlichen Nutzfläche vermag sich in keinem Fall existenzgefährdend auf den Betrieb auszuwirken (Erw. 2.5.1.)**

Aus dem Entscheid der Schätzungskommission nach Baugesetz vom 24. April 2007 in Sachen Einwohnergemeinde O. gegen B. M.

Aus den Erwägungen

2.3.

Nach § 142 Abs. 2 BauG kann ausnahmsweise ganz oder teilweise Sachleistung zugesprochen werden, wenn Enteigner und Enteigneter sich darauf geeinigt haben (§ 142 Abs. 2 lit. a BauG) oder auf Begehren des Enteigners oder Enteigneten, wenn annähernd gleichwertiger oder gleichartiger Ersatz möglich und für beide Parteien nach den Umständen zumutbar ist (§ 142 Abs. 2 lit. b BauG). Gemäss altem Baugesetz war Sachleistung namentlich dann möglich, wenn infolge der Enteignung ein landwirtschaftliches Gewerbe nicht mehr fortgeführt werden konnte, bei einer Enteignung von Wasser sowie bei Störung von Wegverbindungen und Leitungen. Ohne Zustimmung des Enteigners und des Enteigneten durfte eine Realleistung nur dann verfügt werden, wenn deren Interessen ausreichend gewahrt wurden (§ 192 Abs. 2 aBauG). Mehr- oder Minderwert der

Sachleistung gibt Anspruch auf Geldausgleich (§ 142 Abs. 3 BauG; § 192 Abs. 3 aBauG).

Wie im alten Baugesetz gilt auch im neuen der Grundsatz, dass sich ohne Zustimmung beider Parteien die Zusprechung einer Sachleistung nur auf Grund einer Interessenabwägung im Sinne eines Interessenausgleichs rechtfertigt (vgl. zum alten Recht: Entscheid des Verwaltungsgerichtes des Kantons Aargau [VGE] vom 17. Dezember 1984 in ZBl 87/1986 S. 280; AGVE 1974, S. 177). Sind die Interessen sowohl des Enteigners wie auch des Enteigneten ausreichend gewahrt, kann der Naturalersatz auch entgegen beider oder einer der Parteien Willen erfolgen, unter Umständen kann die pflichtgemässe Handhabung der Interessen sogar dazu führen, dass Sachleistung erfolgen muss (Zimmerlin, a.a.O., N. 6 zu § 192 aBauG). Sodann ist zu beachten, das für Sachleistungen das Gleichwertigkeits- oder Äquivalenzprinzip gilt, d.h. der Enteignete sollte ein hinsichtlich Eignung und Verkehrswert gleichwertiges Ersatzobjekt erhalten (Zimmerlin, a.a.O., N. 7 zu § 192 aBauG; AGVE 1985, S. 310).

Auf Seiten des Enteigners ist entscheidend, ob die öffentliche Hand überhaupt die Möglichkeit hat, Realersatz anzubieten. Was die Interessenlage des Enteigneten betrifft, ist insbesondere dann, wenn es sich beim Enteigneten um einen Landwirt handelt, zu berücksichtigen, ob überhaupt und wenn ja, in welchem Masse sich der Eingriff auf seinen Betrieb auswirkt. (...)

2.5.1.

Vorliegend wird durch die Gemeinde O. eine Fläche von 252 m² beansprucht. Die gesamte Fläche grenzt unmittelbar an die W. Strasse. Es handelt sich um flaches Land, welches sich zur maschinellen Bewirtschaftung eignet.

Gemäss Auskunft der Abteilung Landwirtschaft verfügte der Gesuchsteller im Jahre 2005 über eine Nutzfläche von 1'972 Aren, wobei 1'375 Aren gepachtet waren. Diese Zahlen wurden vom Gesuchsgegner anlässlich der Verhandlung nicht in Frage gestellt (...).

Stellt man nun die zu enteignende Fläche von 252 m² der im Jahre 2005 ausgewiesenen Gesamtnutzfläche von 197'200 m² gegenüber, so gelangt man bereits bei dieser Gegenüberstellung zum Schluss, dass sich der Eingriff nicht allzu stark auswirkt. Die zu ent-

eignenden 252 m² können nicht als absolut betriebsnotwendig angesehen werden. Auch unter Berücksichtigung der zusätzlich durch den Kanton zu enteignenden 227 m², welche sich aufgrund der koordinierten Enteignungen von Gemeinde und Kanton aufdrängt, gelangt man zu demselben Resultat. Selbst in Bezug bloss auf den Eigenlandanteil des Gesuchsgegners erreicht die Gesamtabtretung noch kein Prozent.

II. Umlegungsrecht

75 Notwendige Streitgenossenschaft

- Ein einzelner Gesamteigentümer ist nicht legitimiert zur Erhebung einer Landumlegungsbeschwerde

Aus dem Entscheid der Schätzungskommission nach Baugesetz vom 21. Dezember 2007 in Sachen A.S. gegen Einwohnergemeinde W.

Aus den Erwägungen

2.3.

Die vorliegende Beschwerde gegen den Einbezug der Parzelle 28 in den Landumlegungsperimeter wurde nur von A. S. eingereicht. Mit der geplanten Landumlegung soll eine Verbesserung der Bebaubarkeit und der Erschliessungsmöglichkeiten der einbezogenen Parzellen erreicht werden (...). Aufgrund der ungünstigen Form der Parzelle 28 und der damit verbundenen erschwerten Bebaubarkeit im Fall einer Umnutzung oder Abparzellierung zu einem späteren Zeitpunkt bringt die Landumlegung den Grundeigentümern der Parzelle 28 somit Vorteile. Zudem soll mit der Renaturierung des Grenzaches die Hochwassersicherheit verbessert werden, was auch die Parzelle 28, welche an die Gewässerparzelle angrenzt, betrifft und somit ihren Einbezug in den Landumlegungsperimeter bedingt (...). Dass die Landumlegung als enteignungsähnlicher Eingriff dabei in die Eigentumsfreiheit eingreift, ist unvermeidbar.

Die einfache Gesellschaft bzw. H. S. als Gesamteigentümerin könnte somit Interesse am Einbezug des Grundstücks in die Landumlegung haben. Die Interessen der Gesamteigentümer stimmen damit nicht notwendigerweise überein, so dass ein gemeinsames Handeln aller Gesamteigentümer zwingend ist. Dies ist vorliegend nicht gegeben.

III. Erschliessungsabgaben

76 Ursprünglicher Beitragsplan nach §§ 34/35 BauG; Beschwerdelegitimation

- **Ein einzelnes Mitglied einer Erbengemeinschaft ist nicht legitimiert zur Erhebung einer Beitragsplanbeschwerde (Erw. 3.1.3. - 3.1.4.)**

Aus dem Entscheid der Schätzungskommission nach Baugesetz vom 27. Februar 2007 in Sachen M.N.K. gegen Einwohnergemeinde O.

Aus den Erwägungen

3.1.3.

Eine Erbengemeinschaft ist ein Gesamthandschaftsverhältnis und als solches nicht parteifähig (Art. 602 Abs. 2 des Zivilgesetzbuches [ZGB; SR 210] vom 10. Dezember 1907). Die beteiligten Personen bilden eine notwendige Streitgenossenschaft, die grundsätzlich mit einer Stimme aufzutreten hat. Eine selbstständige Anfechtungsbefugnis eines einzelnen Streitgenossen wird in der Rechtsprechung nur anerkannt, soweit das Rechtsmittel darauf angelegt ist, eine ausschliesslich belastende oder pflichtbegründende Anordnung abzuwenden und wo davon auszugehen ist, dass die Anfechtung notwendigerweise im Interesse aller Gesamteigentümer liegt (Bundesgerichtsentscheid vom 23. Juni 1997 in Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht [ZBl] 1998, S. 388 mit Hinweis; Aargauische Gerichts- und Verwaltungsentscheide [AGVE] 1997 S. 293 f. mit Hinweisen; Jürg Wichtermann in Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, 2. Auflage, Basel 2003, Art. 653 N 24). In Verfahren, wo die Zonenzuweisung eines Grundstücks strittig ist, ist die Beschwerdeführung eines einzelnen Erben nicht zulässig (vgl. AGVE 1997 S. 295; AGVE 1994 S. 175 f.). Entschädigungsbegehren

nach § 152 BauG können dagegen auch von einzelnen Miterben gestellt werden (AGVE 2001 S. 446).

3.1.4.

Im vorliegenden Fall sind Erschliessungsbeiträge umstritten. Mit der Erschliessung soll die Baureife des Grundstücks herbeigeführt werden. Das Interesse der einzelnen Erben an einer Erschliessung in naher Zukunft braucht nicht übereinzustimmen, zumal diese mit hohen Kosten verbunden ist. Auch im Beitragsplanverfahren muss demnach gelten, dass alle Mitglieder der Erbgemeinschaft einer Beitragsplanbeschwerde zustimmen müssen.

77 Kumulative Erhebung von Anschlussgebühren und Perimeterbeiträgen

- **Eine Reduktion der Anschlussgebühren bei gleichzeitiger Erhebung von Perimeterbeiträgen ist weder nach kantonalem Recht noch nach Bundesrecht vorgesehen und liegt im Ermessen der Gemeinde (Erw. 6.3.)**
- **Keine Verletzung des Gleichbehandlungsgebots gegenüber Eigentümern, welche nur Anschlussgebühren zu leisten haben (Erw. 6.4.)**

Aus dem Entscheid der Schätzungskommission nach Baugesetz vom 23. Oktober 2007 in Sachen H. und G. S. gegen Einwohnergemeinde H.

Aus den Erwägungen

6.1.1.

Die Beschwerdeführer sehen die Verletzung des Gleichbehandlungsgebots darin, dass die Gemeinde ihnen neben den Anschlussgebühren auch Perimeterbeiträge in Rechnung stellte. Dies sei ungerecht, denn Eigentümer, die an einer erschlossenen Gemeindestrasse eine Baute erstellten, würden nicht zur Bezahlung von Erschliessungsbeiträgen verpflichtet, sondern müssten lediglich Anschlussgebühren bezahlen. Bei der Erstellung eines Bauwerks seien die Anschlussgebühren bei Bezahlung der Perimeterbeiträge deshalb entsprechend zu reduzieren. Dies sei in anderen Gemeinden auch üblich.

6.1.2.

Die Beschwerdegegnerin bringt dagegen vor, nach den Reglementen der Gemeinde H. seien die Anschlussgebühren an die Wasserversorgung und an die Kanalisation auch dann geschuldet, wenn Perimeterbeiträge für die Erschliessung geleistet werden. Soweit andere Gemeinden in ihren Reglementen eine Vergünstigung vorsehen würden, könne diese Praxis in der Gemeinde H. nicht angewendet werden, da jede Gemeinde individuell ihre eigenen Reglemente erlasse.

Das Gebiet „T.“ sei im Bauzonenplan als erschliessungspflichtig bezeichnet worden. Es handle sich um bisher unerschlossenes Land, welches demzufolge auch zu einem günstigeren Baulandpreis erworben worden sei. Den Beschwerdeführern sei bekannt gewesen, dass sie mit Erschliessungsbeiträgen zu rechnen hatten, und sie hätten diesen auch zugestimmt.

Der Preis, zu welchem die Beschwerdeführer das unerschlossene Bauland auf der Parzelle 311 erworben hätten, entspreche Fr. 183.30/m². Die Erschliessungskosten würden umgerechnet eine Belastung von 39.60/m² ausmachen, was einen Preis von Fr. 222.90/m² für erschlossenes Bauland ergebe und für die schöne Lage sehr günstig sei. Ein Vergleich mit dem Bauland der Gemeinde H. im „Gebiet S.“, wo der erschlossene Boden Fr. 250-275/m² koste und beim Bau ebenfalls die ordentlichen Anschlussgebühren geschuldet werden, zeige, dass die Beschwerdeführer korrekt und keineswegs ungleich behandelt worden seien.

6.2.

Der in Art. 8 Abs. 1 BV gewährleistete Grundsatz der Rechtsgleichheit besagt, dass Gleiches nach Massgabe seiner Gleichheit gleich und Ungleiches nach Massgabe seiner Ungleichheit ungleich zu behandeln ist. Einerseits verbietet das Gleichheitsprinzip unterschiedliche Regelungen, denen keine rechtlich erheblichen Unterscheidungen zu Grunde liegen. Andererseits untersagt es aber auch die rechtliche Gleichbehandlung von Fällen, die sich in tatsächlicher Hinsicht wesentlich unterscheiden (Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Auflage, Zürich 2006, N 495).

6.3.

Vorerst ist festzuhalten, dass weder im Abwasserreglement der Gemeinde H. vom 29. November 2001 (AR) noch im Wasserreglement der Gemeinde H. vom 27. November 2003 (WR) eine Reduktion der Anschlussgebühren bei gleichzeitiger Bezahlung der Perimeterbeiträge vorgesehen ist und die Nichtgewährung einer Reduktion in vorliegendem Fall reglementskonform erfolgte. Eine bundesrechtliche oder kantonale Regelung, wonach eine Reduktion zwingend zu gewähren ist, liegt nicht vor.

Soweit nun die Beschwerdeführer vorbringen, der Verstoss der Rechtsgleichheit liege in der ungleichen Behandlung gegenüber Eigentümern anderer Gemeinden, welchen eine Reduktion der Anschlussgebühren bei zusätzlicher Bezahlung der Erschliessungsgebühren gewährt werden, gehen sie mit ihrer Rüge fehl. Eine allfällig unterschiedliche Regelung der zu entrichtenden Abgaben in verschiedenen Gemeinden verletzt das Rechtsgleichheitsgebot nicht (Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., N 501, mit Verweisen auf die Bundesgerichtspraxis). § 34 Abs. 3 BauG hält ausdrücklich fest, dass die Regelung der Beitrags- und Gebührenerhebung den Gemeinden überlassen ist, soweit keine kantonalen Vorschriften bestehen. Die unterschiedliche Regelung in den einzelnen Gemeinden ist somit Konsequenz der Gemeindeautonomie, und es liegt folglich im Ermessen der Gemeinden, ob ein "Rabatt" bei gleichzeitiger Bezahlung von Erschliessungsbeiträgen und Anschlussgebühren zu gewähren ist.

6.4.

Es ist somit nur zu beurteilen, ob die Beschwerdeführer gegenüber anderen Grundeigentümern in der Gemeinde H. rechtungsgleich behandelt wurden, welche nur Anschlussgebühren und keine Erschliessungsbeiträge zu leisten haben.

6.4.1.

Auf den ersten Blick könnte eine ungleiche Behandlung darin gesehen werden, dass von einem bauwilligen Grundeigentümer an einer bereits erschlossenen Lage nur Anschlussgebühren erhoben werden und eine Beitragserhebung mangels einer neu zu erstellenden Erschliessungsanlage nicht in Betracht fällt. Effektiv unterscheidet

sich aber deren Ausgangslage grundsätzlich von der Situation der Beschwerdeführer: dort, wo die Erschliessung bereits vorhanden ist, wurde schon früher der notwendige Aufwand betrieben und die entsprechenden Kosten haben sich nach allen ökonomischen Gepflogenheiten direkt oder indirekt im Landpreis niedergeschlagen. Einen Erschliessungsbeitrag als solchen muss dann der Bauwillige nicht entrichten, die vorhandene Erschliessung wurde jedoch in der Regel indirekt über den höheren Preis für erschlossenes Bauland überwältigt, so dass letztlich die Anschlussgebührenerhebung ökonomisch in beiden Varianten auf demselben Niveau ansetzt - einmal mit ausdrücklichem Baubeitrag, einmal mit im Landpreis eingerechnetem Baubeitrag (vgl. auch Preisunterschiede für erschlossenes oder unerschlossenes Land).

Mit anderen Worten sind die Parzellen derjenigen Grundeigentümer, welche keine Perimeterbeiträge bezahlen müssen, bereits erschlossen und die entsprechenden (Grob-) Erschliessungsbeiträge wurden bereits - wenn auch möglicherweise nicht vom bauenden Eigentümer - erhoben. Bei der Parzelle 311 handelt es sich dagegen um bisher unerschlossenes Land, was sich - wie die Gemeinde H. in der Duplik vom 11. September 2006 zu Recht anfügt - in der Regel auch auf den Landpreis auswirkt.

Eine Ungleichbehandlung liegt somit nicht vor, da die Beschwerdeführer bezüglich Anschlussgebühren von unterschiedlichen Sachverhalten ausgehen, welche nicht miteinander verglichen werden können.

78 Anschlussgebühren; Gebäudegrundfläche

- **Bei weit ausladenden, abgestützten Vordächern gilt als Gebäudegrundfläche die überdachte Fläche bis zu den Stützpfeilern (Erw. 4.2.1. - 4.2.3.)**

Aus dem Entscheid der Schätzungskommission nach Baugesetz vom 12. Dezember 2006 in Sachen K. gegen Einwohnergemeinde E.

Aus den Erwägungen

4.2.1.

Ein Gebäude ist definiert als eine im Boden eingelassene oder darauf stehende Anlage, die einen Raum zum Schutz von Menschen und Sachen gegen äussere, namentlich atmosphärische Einflüsse mehr oder weniger vollständig abschliesst. Dabei wird der Begriff des "Gebäudes" ausdehnend interpretiert und umfasst neben gewerblichen und industriellen Gebäuden auch gebäudeähnliche Objekte wie Buden, Lauben, Schuppen sowie permanente Lager-, Abstell- und andere Plätze (Erich Zimmerlin, Baugesetz des Kantons Aargau, Kommentar, 2. Auflage, Aarau 1985, N 3 zu § 10 aBauG mit Hinweisen; vgl. auch Bundesgerichtsentscheid [BGE] 104 Ib 374 ff.).

4.2.2.

Die Beschwerdeführer bringen vor, dass der grün markierte Teil der Baute sicher nicht Raum zum atmosphärischen Schutz der gelagerten Materialien und Steinprodukte schaffe. Die Verschalungen seien nicht zum Schutz gemacht worden (...).

Die Gemeinde macht geltend, das strittige Vordach sei auf der Nord- und der Südseite auf ungefähr der halben Gebäudehöhe verschalt. Auf der Westseite messe die Verschalung wegen der Kranbahn nur ca. 1,20 Meter. Ostseitig sei der überdachte Teil durch die Fassade der Produktionshalle begrenzt. Das grün markierte Dach diene auch zum atmosphärischen Schutz (...).

Das Gericht konnte anlässlich der Augenscheinsverhandlung feststellen, dass die grün eingefärbte Fläche durch die zwei bis drei Meter nach unten gezogene Verschalung des Daches gegen äussere, auch atmosphärische Einflüsse mehr oder weniger vollständig abgeschlossen ist (...).

Es ist zwar richtig, dass gemäss § 19 Abs. 2 RFSA die anrechenbare Bruttogeschossfläche nach den Bestimmungen von § 9 Abs. 2 der Allgemeinen Verordnung zum Baugesetz (ABauV) für die Berechnung der Ausnutzungsziffer ermittelt wird. Ein Analogieschluss zur Gebäudegrundfläche ist deshalb aber nicht zwingend. Denn mit der Gebäudegrundfläche und der Hartfläche wird die Gesamtmenge des anfallenden Meteorwassers berücksichtigt, mit der

Bruttogeschossfläche dagegen der Anfall von verschmutztem Abwasser. Es ist daher auch unerheblich, dass im Bereich des überdeckten Unterstandes nach den Ausführungen der Beschwerdeführer jeglicher Schmutzwasseranschluss fehle (...).

4.2.3.

Gemäss dem Verwaltungsgerichtsentscheid [VGE] II/63 vom 3. Mai 1994 sind Dachvorsprünge grundsätzlich nicht zur Gebäudegrundfläche zu zählen. Die Gemeinde E. hat das von den Beschwerdeführern blau skizzierte schmale Vordach nicht der Gebäudegrundfläche zugerechnet. Das Baudepartement des Kantons Aargau hat präzisierend dazu entschieden, dass analog zur Praxis, wonach bei weit ausladenden, abgestützten Vordächern die Grenz- und Gebäudeabstände von den Stützen her zu messen sind, als Gebäudegrundfläche die überdachte Fläche bis zu den Stützpfeuern gelte (vgl. Baudepartementsentscheid [BDE] vom 21. Oktober 1996 in Sachen P. M. gegen den Gemeinderat M. und BDE vom 3. März 1998 in Sachen P. A. gegen den Gemeinderat S.). Der Augenschein bei der Streitliegenschaft hat ergeben, dass die Stützpfeuern das ganze Vordach tragen bzw. dass das ganze Vordach von den Stützpfeuern abgestützt wird (...). Demnach ist vorliegend die ganze grün skizzierte Fläche zur Gebäudegrundfläche zu zählen.

79 Benützungsgebühren (§ 34 Abs. 2 BauG)

- **Schuldner der Benützungsgebühren ist der Eigentümer eines Gebäudes. Sie können von diesem erhoben werden, auch wenn sie bei der Mieterschaft nicht erhältlich gemacht werden konnten**

Aus dem Entscheid der Schätzungskommission nach Baugesetz vom 4. September 2007 in Sachen W. gegen Einwohnergemeinde R.

Sachverhalt

A.

W. ist Eigentümer einer Liegenschaft an der M. Strasse in R. Dieses Haus war in der Zeit vom 15. November 1998 bis 30. September 2005 an die Eheleute E. P. und M. P. vermietet.

B.1.

In der Zeit vom 16. Dezember 2002 bis 29. November 2004 wurden M. P. für das Objekt "M. Strasse" in R. von der Finanzverwaltung Benützungsgebühren für Wasser und Abwasser in Rechnung gestellt.

B.2.

Am 17. November 2005 wurde W. von der Finanzverwaltung Benützungsgebühren für Wasser und Abwasser in Rechnung gestellt. Als Kunde wurde auf der Rechnung Frau M. P. aufgeführt.

B.3.

Mit Protokollauszug vom 12. Dezember 2005 beschloss der Gemeinderat R., die offenen Gebührenrechnungen für die Liegenschaft an der M. Strasse für die Zeit vom 1. Oktober 2001 bis 30. September 2005 dem Eigentümer W. in Rechnung zu stellen.

Aus den Erwägungen

3.2.4.

Zusammengefasst besteht in der Gemeinde R. in sämtlichen strittigen Bereichen eine gesetzliche Grundlage zur Erhebung von Benützungsgebühren. Damit ist aber noch nichts darüber ausgesagt, wer mit diesen Gebühren belastet werden darf.

3.3.1.

Das Abwasserreglement von 1990 (aAR) bezeichnet in § 34 Abs. 1 als Schuldner der Abgaben den jeweiligen Grundeigentümer. Auch das neue Abwasserreglement von 2003 (AR) bezeichnet in § 27 den Eigentümer als zur Bezahlung der Abgaben verpflichtet.

Die Abwassergebühren können damit grundsätzlich dem Eigentümer in Rechnung gestellt werden.

3.3.2.

Das neue Wasserreglement (WR) definiert in § 37 denjenigen als zahlungspflichtig, dem laut Grundbuch das Eigentum zusteht. Im Wasserreglement von 1990 (aWR) findet sich keine analoge Bestimmung. Es ist daher zu prüfen, wer nach dem alten Wasserreglement als zahlungspflichtig zu betrachten ist.

3.3.2.1.

§ 53 Abs. 1 aWR bezeichnet den Abonnenten als zahlungspflichtig. Das Wasserreglement enthält jedoch keine Definition des Abonnenten. Es ist daher anhand des Reglements zu prüfen, wer als Abonnent anzusehen ist. (...)

3.3.2.2.

§ 37 Abs. 1 aWR hält fest, dass die dauernde Lieferung von Wasser auf Grund der Anschlussbewilligung erfolgt. Abonnent ist somit, wem die Anschlussbewilligung erteilt wird. Mit der Anschlussbewilligung befasst sich § 51 Abs. 1 aWR. Demnach erhebt der Gemeinderat bei Erteilung der Anschlussbewilligung bzw. bei Erteilung der Baubewilligung die Vorauszahlung der mutmasslichen Anschlussgebühr, berechnet aufgrund der geschätzten Baukosten. Schuldner der Baukosten ist gestützt auf § 50 Abs. 2 aWR der Eigentümer der angeschlossenen Baute. Daraus folgt, dass der Eigentümer als Schuldner der Anschlussgebühren automatisch auch Empfänger der Anschlussbewilligung und daher als Abonnent anzusehen ist.

3.3.2.3.

Auch § 38 Abs. 1 aWR, wonach der Abonnent gegenüber der Wasserversorgung für alle Schäden haftet, die durch sein Eigentum verursacht werden, weist darauf hin, dass der Eigentümer als Abonnent zu betrachten ist.

Schliesslich ist auch festzuhalten, dass das Reglement den Begriff "Mieter" nicht erwähnt. Auch dies ist zumindest ein Indiz dafür, dass der Eigentümer als Abonnent anzusehen ist.

3.3.2.4.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der Begriff "Abonnet" im aWR der Gemeinde R. sich einzig und alleine auf den Eigentümer der Liegenschaft bezieht. Damit ist sowohl nach altem wie auch nach neuem Wasserreglement gegenüber der Gemeinde grundsätzlich W. gebührenpflichtig.

(...)

3.4.1.

Zwischen den Eheleuten P. und W. bestand ein Mietvertrag im Sinne der Art. 253 ff. des Bundesgesetzes betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht; OR; SR 220) vom 30. März 1911.

Gemäss Art. 256b OR trägt der Vermieter die mit der Sache verbundenen Lasten und öffentlichen Abgaben. Unter den Begriff Lasten und öffentliche Abgaben fallen Grundsteuern, Gebäudeversicherungsprämien, Wasser-, Abwasser-, Meteorwasser- und Kehrichtabfuhrgrundgebühren, dingliche Lasten des privaten und des öffentlichen Rechts (Grund- und Vorzuglasten) und ähnliche Verpflichtungen "aus dem 'Haben' der Sache". Die Regel, wonach diese Kosten vom Vermieter zu tragen sind, ergibt sich aus dem Wesen der Miete als obligatorischem Recht auf Gebrauchsüberlassung. Das Gesetz setzt dabei voraus, dass solche Abgaben und Lasten den Eigentümer treffen sollen, weil sie mit dem Gebrauch der Sache nicht unmittelbar verbunden sind (Roger Weber, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand, Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 3. Auflage, Basel 2003, N. 1 zu Art. 256b, mit weiteren Hinweisen).

Dieser Grundsatz wurde auch schon mehrfach vom Bundesgericht bestätigt, letztmals im Entscheid 4C. 268/2006: Gemäss Art. 257a Abs. 2 OR hat der Mieter die Nebenkosten nur zu bezahlen, wenn er dies mit dem Vermieter besonders vereinbart hat. Diese Bestimmung bringt zum Ausdruck, dass die Kosten grundsätzlich vom Vermieter zu tragen sind. Der Mieter hat nur für diejenigen Nebenkosten aufzukommen, die im Vertrag eindeutig und genau bezeichnet werden. Mangels einer speziellen Vereinbarung sind solche Kosten im Mietzins inbegriffen (BGE 121 III 460 E. 2a/aa S. 462;

Bundesgerichtsurteil 4C.24/2002 vom 29. April 2002, E. 2.1, publ. in mp 2002 S. 163 ff., je mit Hinweisen).

Art. 257b OR ermöglicht dem Vermieter, die öffentlichen Abgaben als Nebenkosten auszuscheiden und sie dem Mieter zu auferlegen, sofern sie mit dem Gebrauch der Sache zusammenhängen.

Der Vermieter hat somit die Möglichkeit, die als Nebenkosten anfallenden Wasser-, Abwasser- und Kehrichtgebühren auf den Mieter zu überwälzen, falls er dies will. Auch nach den mietrechtlichen Bestimmungen ist im Aussenverhältnis gegenüber dem Gemeinwesen einzig und alleine der Vermieter für diese Gebühren zahlungspflichtig.

3.4.2.

Betrachtet man den am 2. April 2007 eingereichten Mietvertrag vom 9. November 1998, so wurde unter Ziff. 4 vereinbart, dass sämtliche Nebenkosten direkt zulasten des Mieters gehen würden.

Damit hat der Eigentümer von der Möglichkeit gemäß Art. 257d OR Gebrauch gemacht und die Nebenkosten dem Mieter auferlegt. Diese Vereinbarung beschlägt aber bloss das zivilrechtliche Verhältnis zwischen dem Vermieter und dem Mieter, wonach letzterer anstelle des ersteren die Gebühren zu bezahlen hat. Sie vermag aber nicht in das reglementarisch öffentlich-rechtlich begründete Abgabeverhältnis zwischen der Gemeinde und dem Eigentümer einzugreifen.

3.5.

Die Gebührenrechnungen für die Zeit vom 1. Oktober 2004 bis zum 30. September 2005 in der Höhe von Fr. 3'311.-- wurden somit zu Recht dem Eigentümer W. zugestellt. Er ist aufgrund obiger Ausführungen als Eigentümer der Liegenschaft an der M. Strasse in R. für die anfallenden Gebühren zahlungspflichtig. (...)

(...)

3.5.3.

Im Weiteren ist nun zu prüfen, ob der Beschwerdeführer auch für die Benützungsgebühren in der Zeit vom Oktober 2001 bis September 2004 in der Höhe von Fr. 3'633.-- aufzukommen hat, obwohl diese jeweils an die Mieterin fakturiert wurden.

Das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich hatte einen ähnlichen Fall zu entscheiden (VB.2001.00209), welchem folgender Sachverhalt zugrunde lag: Die betroffene Gemeinde liess die Gebührenrechnungen für eine Tennishalle über mehr als 20 Jahre der Betriebs-AG zukommen, welche diese Tennishalle betrieb, obwohl sie nicht Grundeigentümerin war. Die Reglemente sahen als Schuldner der Benützungsgebühren die jeweiligen Eigentümer bzw. Baurechtsberechtigten vor. Nachdem die Betriebs-AG in Konkurs gefallen war, stellte die Gemeinde die Rechnung den beiden Grundeigentümern zu. Diese machten geltend, ein solches Vorgehen stelle einen unzulässigen Schuldnerwechsel dar. Das Verwaltungsgericht hielt fest, ein solches Vorgehen sei zulässig. Die Gemeinde habe durchaus überzeugend dargelegt, dass die Zusendung der Rechnungen an die Mieterin aus Gründen der administrativen Vereinfachung erfolgt sei, dies habe aber an der eigentlichen Schuldnerstellung nichts zu ändern vermocht und es sei zulässig, die Rechnung nun den Eigentümern zuzustellen.

Diese Rechtsprechung wirkt auch für die Schätzungskommission überzeugend. Die Beschwerdegegnerin hat in ihrem Schreiben an den Beschwerdeführer (...) ausgeführt, man habe die Gebührenrechnungen in den vergangenen Jahren direkt den Mietern zugestellt, um dem Vermieter die Weiterverrechnung zu ersparen. Erst nachdem es nicht gelungen sei, die Gebühren beim Ehepaar P. zu beziehen, habe man diese beim Eigentümer eingefordert.

Ein solches Vorgehen macht durchaus Sinn und ist absolut nachvollziehbar. Die Gemeinde hat sich, nachdem es ihr nicht gelang, bei den Mietern die Benützungsgebühren einzutreiben, zu Recht an den Eigentümer der Liegenschaft gehalten, welcher als Abonnent Schuldner der Gebühren ist. Daher liegt auch kein Verstoß gegen das Verursacherprinzip oder das Gleichbehandlungsgebot vor.

Die Rechnungsstellung erfolgte somit richtigerweise an W., welcher für die ausstehenden Gebühren aufzukommen hat.

Rekursgericht im Ausländerrecht

I. Zwangsmassnahmen im Ausländerrecht

- 80 Ausschaffungshaft; Eröffnung des Wegweisungsentscheides**
Ein Wegweisungsentscheid gilt als gehörig eröffnet, wenn er in der Amtssprache des Kantons Aargau verfasst und ausgehändigt wurde. Wenn ein Betroffener den Inhalt eines Schreibens nicht versteht, muss er dies kundtun, damit eine Übersetzung arrangiert werden kann (Erw. II./2.3.).

Entscheid der stellvertretenden Präsidentin des Rekursgerichts im Ausländerrecht vom 9. Februar 2007 in Sachen Migrationsamt des Kantons Aargau gegen O.B. betreffend Haftüberprüfung (1-HA.2007.9).

- 81 Ausschaffungshaft; Haftdauer**
Wurde aufgrund des Einverständnisses des Inhaftierten auf die Durchführung einer mündlichen Verhandlung verzichtet, ist gemäss Art. 13c Abs. 2^{bis} ANAG die mündliche Verhandlung spätestens zwölf Tage ab der Haftanordnung nachzuholen, wenn der Betroffene nicht innert acht Tagen nach der Haftanordnung ausgeschafft werden kann. Unter diesen Umständen ist die Haft nur für zwölf Tage zu bestätigen (Erw. II./7.).

Entscheid des Präsidenten des Rekursgerichts im Ausländerrecht vom 30. August 2007 in Sachen Migrationsamt des Kantons Aargau gegen I.T. betreffend Haftüberprüfung (1-HA.2007.87).

- 82 Ausschaffungshaft; Vollzug der Wegweisung; Mitwirkungspflicht**
Ein Haftbeendigungsgrund liegt erst dann vor, wenn nach entsprechender Abklärung feststeht, dass der Inhaftierte für längere Zeit nicht reisefähig ist (Erw. II./2.3.).
Muss ein Betroffener mangels Ersatzreisedokument nicht damit rechnen, dass er ausgeschafft wird, kann er sich nicht darauf berufen, er habe sich den Behörden immer zur Verfügung gehalten (Erw. II./3.2.).

Entscheid des Präsidenten des Rekursgerichts im Ausländerrecht vom 4. Juni 2007 in Sachen Migrationsamt des Kantons Aargau gegen A.B. betreffend Haftüberprüfung (1-HA.2007.46).

Aus den Erwägungen

II. 2.3. [...] Demzufolge ist erstellt, dass ein Wegweisungsentscheid vorliegt.

Daran ändert auch nichts, dass der Gesuchsgegner vorbringt, es stehe nicht fest, ob er aufgrund seiner gesundheitlichen Probleme zur Zeit reisefähig sei. Anders wäre der Fall im Hinblick auf Art. 13c Abs. 5 lit. a ANAG allenfalls dann zu beurteilen, wenn die durch das Migrationsamt vorzunehmenden Abklärungen bezüglich Reisefähigkeit ergeben sollten, dass der Gesuchsgegner effektiv für längere Zeit reiseunfähig ist.

3.2. [...] Der Gesuchsgegner hält diesen Argumenten entgegen, er habe sich immer an die Anordnungen der Behörden gehalten und es seien aus den Akten keine angesetzten Termine ersichtlich, welche er nicht wahrgenommen habe. Unter diesen Umständen könne keine Rede davon sein, dass er sich der Ausschaffung entziehen wolle. Er sei seinen Mitwirkungspflichten jederzeit nachgekommen.

Dem kann so nicht gefolgt werden; wohl hielt sich der Gesuchsgegner den Behörden zur Verfügung, jedoch zu einem Zeitpunkt, als noch kein Ersatzreisedokument vorlag und er nicht befürchten musste, ausgeschafft zu werden. Deshalb kann nicht darauf abgestellt werden, der Gesuchsgegner werde sich nach Entlassung aus der Haft mit dem Wissen, nach Guinea ausreisen zu müssen, kooperativ verhalten und weiterhin behördlichen Anordnungen Folge leisten.

[...]

83 Ausschaffungshaft; Verletzung der Mitwirkungspflicht

Einem Betroffenen kann nicht vorgeworfen werden, er habe seine Mitwirkungspflicht gemäss Art. 8 Abs. 4 AsylG verletzt, wenn der Beschaffung von Reisepapieren ein faktisches Hindernis im Weg steht (Erw. II./3.2.).

Entscheid des Präsidenten des Rekursgerichts im Ausländerrecht vom 19. Januar 2007 in Sachen Migrationsamt des Kantons Aargau gegen M.C. betreffend Haftüberprüfung (1-HA.2007.7).

Aus den Erwägungen

II. 3.2. In casu geht das Migrationsamt davon aus, der Gesuchsgegner habe seine Mitwirkungspflicht nach Art. 8 Abs. 4 des AsylG verletzt, indem er während rund 6 Jahren keine Reisepapiere beschafft habe. Dieser Ansicht kann nicht gefolgt werden. Der Gesuchsgegner legte seine Identität bereits anlässlich des Asylverfahrens offen. Behördlichen Aufforderungen in Zusammenhang mit der Beschaffung von Reisedokumenten leistete er stets Folge und wirkte bei der Befragung von diversen Dolmetschern und Vertretern der guineischen Botschaft betreffend seine Staatsangehörigkeit mit. Sodann stellte sich anlässlich der Verhandlung vor Rekursgericht heraus, dass ein Ersatzreisedokument nur bei der guineischen Botschaft in Paris bzw. unter bestimmten Voraussetzungen bei der UNO (United Nations Organization) in Genf beschafft werden könnte. Dies war dem Gesuchsgegner unter den gegebenen Umständen jedoch nicht möglich. Dieses faktische Hindernis in Zusammenhang mit der Beschaffung von Reisepapieren hätte mitberücksichtigt werden müssen. Es darf dem Gesuchsgegner nicht zum Nachteil gereichen, dass die Papierbeschaffung in der Schweiz nicht bzw. nur unter bestimmten Voraussetzungen möglich ist. Dies gilt umso mehr, weil der Gesuchsgegner von Seiten des Migrationsamtes nicht darüber orientiert worden war, wie er betreffend die Beschaffung eines Ersatzreisepapiers vorzugehen habe. Unter den gesamten Umständen ist der Gesuchsgegner somit seiner Mitwirkungspflicht in Bezug auf die Beschaffung gültiger Reisepapiere in genügender Weise nachgekommen. Nachdem auch keine weiteren konkreten Anzeichen dafür vorliegen, dass sich der Gesuchsgegner der Ausschaffung entziehen würde, ist der Haftgrund von Art. 13b Abs. 1 lit. c ANAG nicht erfüllt.

- 84 Ausschaffungshaft; Mitwirkungspflicht; Verhältnismässigkeit der Haft Obwohl der Haftgrund von Art. 13b Abs. 1 lit. b i.V.m. Art. 13a lit. e ANAG erfüllt ist, ist die Anordnung der Ausschaffungshaft i.c. unverhältnismässig, weil keine weiteren Haftgründe vorliegen und das Migrationsamt trotz Kenntnis der strafrechtlichen Verurteilung passiv geblieben ist (Erw. II./6.).**

Entscheid des Präsidenten des Rekursgerichts im Ausländerrecht vom 7. April 2007 in Sachen Migrationsamt des Kantons Aargau gegen J.B. betreffend Haftüberprüfung (1-HA.2007.27).

Aus den Erwägungen

II. 6. Abschliessend stellt sich die Frage, ob die Haftanordnung deshalb nicht zu bestätigen sei, weil sie im konkreten Fall gegen das Prinzip der Verhältnismässigkeit verstösst. Die Haft ist dann als unverhältnismässig zu bezeichnen, wenn der Vollzug der Ausschaffung auch durch eine weniger einschneidende Massnahme als die Inhaftierung des Betroffenen oder gar ohne Inhaftierung sichergestellt werden kann. Mit anderen Worten, wenn der Vollzug der Wegweisung bzw. die Vorbereitung des Vollzugs (z.B. Beschaffung eines Ersatzreisepapiers) nicht erforderlich erscheint. Zudem muss der angestrebte Zweck in einem vernünftigen Verhältnis zur drohenden Freiheitsbeschränkung stehen (Hugi Yar, in: Uebersax / Münch / Geiser / Arnold, Ausländerrecht, Basel 2002, Rz. 7.84).

Hiezu ist vorab festzuhalten, dass das Migrationsamt spätestens seit Ende März 2006 Kenntnis von der Inhaftierung des Gesuchsgegners wegen Drogenhandels hatte. Dem Migrationsamt war auch bekannt oder hätte zumindest bekannt sein müssen, dass der Gesuchsgegner am 5. Juli 2006 durch das Bezirksgericht Rheinfelden zu einer bedingten Freiheitsstrafe von zehn Monaten verurteilt und aus der Haft entlassen worden war. Obschon der Haftgrund von Art. 13b Abs. 1 lit. b i.V.m. Art. 13a lit. e ANAG bereits zu jenem Zeitpunkt erfüllt war, verzichtete das Migrationsamt auf eine Inhaftierung. Ebenfalls verzichtet wurde auf eine Inhaftierung nach Vorlie-

gen des rechtskräftigen Urteils des Obergerichts des Kantons Aargau vom 30. November 2006, welches dem Migrationsamt am 9. Februar 2007 zugestellt worden war. Den Akten ist zudem nicht zu entnehmen, dass der Gesuchsgegner seit seiner Verhaftung Mitte Dezember 2005 strafrechtlich in Erscheinung getreten wäre. Insbesondere enthalten die Akten keine Hinweise auf erneute Kontakte zum Drogenmilieu. Damit wäre es unverhältnismässig, den Gesuchsgegner zum heutigen Zeitpunkt wegen seines bis Mitte Dezember 2005 in seiner ihm zugewiesenen Wohngemeinde betriebenen Drogenhandels in Ausschaffungshaft zu nehmen. Dies umso mehr, als das Migrationsamt es bislang nicht für angezeigt hielt, den Gesuchsgegner in eine andere Unterkunft zu verlegen oder ihn auf ein bestimmtes, abseits seiner Wohngemeinde liegendes Gebiet einzugrenzen. Offensichtlich ging das Migrationsamt bis zur Anordnung der Ausschaffungshaft davon aus, der Gesuchsgegner habe aus der über 200 Tage dauernden Untersuchungshaft seine Lehren gezogen und stelle keine Gefahr für die Öffentlichkeit mehr dar.

Nachdem der Gesuchsgegner sich einerseits bereit erklärt hatte, freiwillig in sein Heimatland auszureisen und ihm aufgrund der vorliegenden Beweise auch nicht vorgeworfen werden kann, er komme seiner Mitwirkungspflicht bei der Papierbeschaffung nicht nach, bedürfen der Vollzug der Ausschaffung und die dazu notwendigen Vorbereitungshandlungen (insbesondere die Vorsprache beim nigerianischen Konsulat oder die Befragung durch eine nigerianische Delegation) zum heutigen Zeitpunkt nicht zwingend einer Inhaftierung des Gesuchsgegners.

Das Migrationsamt führte anlässlich der heutigen Verhandlung zudem aus, es sei ungewiss, ob die im Juni 2007 geplante Anhörung durch eine nigerianische Delegation effektiv stattfinden werde. Allenfalls käme die Delegation erst im September 2007 in die Schweiz. Damit erscheint zumindest fraglich, ob der mit der Haft angestrebte Zweck - Sicherstellung der Verfügbarkeit des Gesuchsgegners für die Anhörung durch eine nigerianische Delegation; Beschaffung eines Ersatzreisepapiers; Ausschaffung - im Hinblick auf den mehrmonatigen Freiheitsentzug noch verhältnismässig ist. Die Frage stellt sich umso mehr, als dem Gesuchsgegner, wie vorstehend gezeigt, nicht

vorgeworfen werden kann, er sei Vorladungen oder Anhörungen fern geblieben und er sich zudem bereit erklärt hatte, die Schweiz zu verlassen. Überdies wurde dem Gesuchsgegner durch das nigerianische Konsulat auf Juni 2007 ein weiterer Vorsprachetermin eingeräumt und es ist nicht ersichtlich, weshalb er diesen Termin nicht wahrnehmen sollte.

Unter diesen Umständen steht fest, dass die Inhaftierung zum heutigen Zeitpunkt als unverhältnismässig zu qualifizieren ist. Dies bedeutet jedoch nicht, dass sich der Gesuchsgegner nun passiv verhalten könnte. Es steht dem Migrationsamt jederzeit frei, die Mitwirkungsbereitschaft des Gesuchsgegners bei der Papierbeschaffung neu zu beurteilen. Der Gesuchsgegner wird gut daran tun, sich aktiv um die Beschaffung von Reisepapieren zu bemühen und zumindest allen diesbezüglichen behördlichen Anordnungen nachzukommen.

85 Ausschaffungshaft; Verhältnismässigkeit der Haftanordnung
Obwohl der Haftgrund von Art. 13b Abs. 1 lit. b i.V.m. Art. 13a lit. b ANAG erfüllt ist, ist i.c. die Anordnung der Ausschaffungshaft unverhältnismässig, weil der Verstoss gegen die Ausgrenzungsverfügung zu lange zurückliegt (Erw. II./3.2.).

Entscheid des Präsidenten des Rekursgerichts im Ausländerrecht vom 11. Juli 2007 in Sachen Migrationsamt des Kantons Aargau gegen K.M. betreffend Haftüberprüfung (1-HA.2007.59).

Aus den Erwägungen

II. 3.2. Im Weiteren stützt das Migrationsamt seine Haftanordnung auf Art. 13b Abs. 1 lit. b i.V.m. Art. 13a lit. b ANAG, wonach ein Ausländer in Ausschaffungshaft genommen werden kann, wenn er ein ihm nach Art. 13e ANAG zugewiesenes Gebiet verlässt oder ein ihm verbotenes Gebiet betritt.

Mit Verfügung vom 1. April 2004 wurde der Gesuchsgegner aus dem Gebiet des Kantons Basel-Stadt ausgegrenzt. Trotzdem wurde er am 13. Juli 2004 in Basel angehalten und wegen Missachtens der

Ausgrenzung festgenommen. Fraglich ist, ob sich gestützt auf die im Jahre 2004 begangenen Verletzung der Ausgrenzungsverfügung eine Inhaftierung heute noch rechtfertigen lässt. Aufgrund der Tatsache, dass dieses Vergehen bereits 3 Jahre zurückliegt und das Migrationsamt des Kantons Aargau bislang den Verstoß gegen die Ausgrenzungsverfügung nicht zum Anlass nahm, gegen den Gesuchsgegner eine Ausschaffungshaft anzuordnen, sondern erst im Juni 2007 im Rahmen eines informativen Schreibens betreffend die Teilrevision des Asylgesetzes wieder tätig wurde resp. die Anordnung einer Ausschaffungshaft in Erwägung zog, erscheint es als unverhältnismässig, den Gesuchsgegner gestützt auf die Jahre zurückliegende, einmalige Verletzung der Gebietsbeschränkung zu inhaftieren.

86 Ausschaffungshaft; Haftbedingungen

Das Migrationsamt hat dafür besorgt zu sein, dass Inhaftierte in vernünftigem Rahmen Telefonate ins Ausland führen können und als Nichtraucher die Zelle nicht mit Rauchern teilen müssen (Erw. II./4.).

Entscheid des Präsidenten des Rekursgerichts im Ausländerrecht vom 22. Juni 2007 in Sachen Migrationsamt des Kantons Aargau gegen S.O. betreffend Haftüberprüfung (1-HA.2007.53).

Aus den Erwägungen

II. 4. Bezüglich der Haftbedingungen bringt der Gesuchsgegner anlässlich der heutigen Verhandlung vor, er könne im Ausschaffungsgefängnis nicht mit seiner Familie telefonieren, da diese im Ausland lebe. Nachfragen bei der Gesuchstellerin ergaben, dass nur Telefonate innerhalb der Schweiz geführt werden könnten. Dafür sind nach Auffassung des Gerichts keine Gründe ersichtlich, weshalb die Gesuchstellerin angewiesen wird, Telefonate ins Ausland im vernünftigen Rahmen sicherzustellen.

[...]

Schliesslich erklärte der Gesuchsgegner, er sei Nichtraucher und müsse die Zelle mit Rauchern teilen, weshalb er in eine Einzel-

zelle verlegt werden wolle. Nach Auffassung des Bezirksarztes sei jedoch eine Verlegung in die Einzelzelle nur angebracht, wenn der Gesuchsgegner seine Medikamente einnehmen würde. Inwiefern zwischen der Einnahme von Medikamenten und dem Bezug einer Einzelzelle bzw. der Zusammenlegung mit Nichtrauchern ein Zusammenhang besteht, ist nicht ersichtlich. Zweifellos ist es für einen Nichtraucher unzumutbar, wenn er mit Rauchern die Zelle teilen muss. Die Gesuchstellerin wird angewiesen, sich um eine Verlegung des Gesuchsgegners in eine Einzelzelle zu kümmern.

87 Ausschaffungshaft; Haftbedingungen

Das Migrationsamt hat dafür besorgt zu sein, dass Disziplinarstrafen, welche im Ausschaffungsgefängnis Bässlergut in Basel angeordnet worden sind, in den Akten vollständig dokumentiert sind (Erw. II/4.).

Entscheid des Präsidenten des Rekursgerichts im Ausländerrecht vom 13. Dezember 2007 in Sachen Migrationsamt des Kantons Aargau gegen J.D. betreffend Haftverlängerung (1-HA.2007.138).

Aus den Erwägungen

II. 4. Bezüglich der Haftbedingungen [im Ausschaffungsgefängnis Bässlergut in Basel] macht der Gesuchsgegner geltend, er habe am 5. Oktober 2007 Besuch von seiner Freundin gehabt. Danach sei ihm vorgeworfen worden, er hätte mit ihr im Besucherraum Geschlechtsverkehr gehabt und sei zur Bestrafung für fünf Tage in Disziplinararrest gekommen. Die Vorwürfe seien jedoch klar unbegründet. Aus den Akten ist ein Rapport des Vorfalls zwar ersichtlich, eine Verfügung bezüglich Anordnung des Disziplinararrests geht indes nicht daraus hervor. Vielmehr ist nur eine "Bemerkung Kader" ersichtlich und es wird lediglich in einer Randnotiz vermerkt, dass der Gesuchsgegner in "Forte E 50" verlegt worden sei. Dies ist für die Aktentransparenz ungenügend, weshalb das Migrationsamt dafür besorgt zu sein hat, dass Anordnungen wie die hier vorliegende künftig klar aus den Akten hervorgehen.

- 88 Ausschaffungshaft; Beschleunigungsgebot**
Offenbart ein Inhaftierter eine neue Identität, muss das Migrationsamt diesbezüglich Parallelabklärungen tätigen (Erw. II./5.).

Entscheid des Präsidenten des Rekursgerichts im Ausländerrecht vom 20. Juli 2007 in Sachen Migrationsamt des Kantons Aargau gegen M.C. betreffend Haftverlängerung (1-HA.2007.66).

Aus den Erwägungen

II. 5. Momentan liegen keine Anzeichen dafür vor, dass das Migrationsamt dem Beschleunigungsgebot (Art. 13b Abs. 3 ANAG) nicht ausreichend Beachtung geschenkt hätte. Jedoch ist darauf hinzuweisen, dass Parallelabklärungen betreffend die behauptete sudanesishe Staatsangehörigkeit des Gesuchsgegners bereits heute angezeigt sind. Sollte sich die nigerianische Staatsangehörigkeit nicht bestätigen, würde einer weiteren Inhaftierung mit dem primären Ziel, festzustellen, ob der Gesuchsgegner nicht doch sudanesischer Staatsangehöriger sei, wohl das Beschleunigungsgebot entgegen stehen.

Entgegen der Auffassung des Gesuchstellers zielt eine derartige Parallelabklärung keineswegs darauf ab, einen Negativbeweis zu erbringen. Es geht vielmehr darum, die Ausschaffung des Gesuchsgegners beförderlich an die Hand zu nehmen. Behauptet ein Betroffener - wie hier - seit seiner Einreise in die Schweiz konstant, er stamme aus einem bestimmten Land, sind diesbezügliche Herkunftsabklärungen auch dann vorzunehmen, wenn aufgrund von Befragungen davon auszugehen ist, der Betroffene stamme kaum aus dem behaupteten Land. Nur so könnte sich das Migrationsamt dem Vorwurf entziehen, man habe nicht alles Zumutbare unternommen, um den Gesuchsgegner beförderlich auszuschaffen.

- 89 Ausschaffungshaft; Haftgrund**
Eine beantragte Ausschaffungshaft ist zu bestätigen, wenn ein vollstreckbarer Entscheid vorliegt, der Betroffene die Schweiz nicht in der ange-

setzten Frist verlassen hat und die Behörde die Reisepapiere für diesen beschaffen musste (Erw. II./3.2.).

Entscheid des Präsidenten des Rekursgerichts im Ausländerrecht vom 4. Dezember 2007 in Sachen Migrationsamt des Kantons Aargau gegen C.E. betreffend Haftüberprüfung (1-HA.2007.135).

Aus den Erwägungen

II. 3.2. Gemäss Art. 13i ANAG (ab 1. Januar 2008, Art. 77 AuG) kann eine Person zur Sicherstellung des Vollzugs der Weg- oder Ausweisung in Haft genommen werden, wenn ein vollstreckbarer Entscheid vorliegt, die Person die Schweiz nicht in der angesetzten Frist verlassen hat und die Behörde die Reisepapiere für diese Person beschaffen musste.

3.2.1. Wie unter Erwägung II.2.3. festgestellt, liegt ein vollstreckbarer Wegweisungsentscheid vor.

3.2.2. Die per 8. Februar 2002 angesetzte Ausreisefrist hat der Gesuchsgegner unbenutzt verstreichen lassen.

3.2.3. Der Gesuchsgegner hat bislang keine Reisepapiere abgegeben. Vielmehr wurden vom BFM im Rahmen der Papierbeschaffung mehrere Befragungen des Gesuchsgegners durch Vertreter der kamerunischen Botschaft organisiert. Im Anschluss an die letzte Befragung wurde der Gesuchsgegner am 30. November 2007 als kamerunischer Staatsangehöriger anerkannt und die Ausstellung eines Laissez-passer von den kamerunischen Behörden zugesichert. Damit steht fest, dass vorliegend die Reisepapiere durch die Behörden beschafft werden mussten.

3.2.4. Der Haftgrund von Art. 13i ANAG ist somit erfüllt.

90 Durchsetzungshaft; Subsidiarität der Durchsetzungshaft

Wenn alle Voraussetzungen für die Anordnung einer Ausschaffungshaft gegeben sind, ist die angeordnete Durchsetzungshaft abzulehnen, da diese im Verhältnis zur Ausschaffungshaft immer nur subsidiär anzuordnen ist (Erw. II./1.).

Entscheid des Präsidenten des Rekursgerichts im Ausländerrecht vom 28. September 2007 in Sachen Migrationsamt des Kantons Aargau gegen A.I. betreffend Haftüberprüfung (1-HA.2007.96).

Aus den Erwägungen

II. 1. Gemäss Artikel 13g Abs. 1 ANAG kann gegen einen Ausländer eine Durchsetzungshaft angeordnet werden, wenn er nicht innert der gesetzten Frist aus der Schweiz ausgereist ist, die rechtskräftige Weg- oder Ausweisung auf Grund seines persönlichen Verhaltens nicht vollzogen werden kann, anstelle der Durchsetzungshaft keine Ausschaffungshaft angeordnet werden kann und keine mildere Massnahme zum Ziel führt.

Vorliegend ging das Migrationsamt davon aus, dass der Vollzug der Wegweisung derzeit aus tatsächlichen Gründen undurchführbar sei und somit eine Ausschaffungshaft nicht angeordnet werden könne (vgl. Art. 13c Abs. 5 lit. a ANAG), weshalb die Anordnung einer Durchsetzungshaft geboten sei.

Anlässlich des Telefonats vom 27. September 2007 zwischen dem Präsident des Rekursgerichts und dem Chef der Abteilung Rückkehr Zentral- und Ostafrika des BFM, teilte dieser mit, man beabsichtige, den Gesuchsgegner aufgrund der Empfehlung der NIS den sudanesischen Behörden zwecks Befragung bzw. Anerkennung vorzuführen. Im Falle einer Anerkennung würde der Gesuchsgegner mit einem entsprechenden Laissez-passer in den Sudan ausgeschafft. Falls es die sudanesischen Behörden ablehnten, den Gesuchsgegner zu befragen bzw. ihn anzuerkennen, beabsichtige das BFM dessen erneute Vorführung zu Händen der NIS. Diesbezüglich führte das BFM aus, dass eine Anerkennung als nigerianischer Staatsangehöriger anlässlich einer zweiten Befragung durchaus denkbar sei, zumal die Anerkennungsquote anlässlich der letzten Befragung vom 20. September 2007 eher niedrig gewesen sei.

Unter diesen Umständen bestehen sehr wohl Vollzugsperspektiven, um die Wegweisung tatsächlich zu vollziehen. Falls die weiteren Voraussetzungen für die Anordnung einer Ausschaffungshaft eben-

falls gegeben sind, wäre die angeordnete Durchsetzungshaft abzulehnen, da diese im Verhältnis zur Ausschaffungshaft immer nur subsidiär anzuordnen ist (vgl. Entscheid des Rekursgerichts vom 8. Juni 2007, 1-HA.2007.49).

[...]

91 Eingrenzung; Verhältnismässigkeit

Erweiterung des Anwendungsbereichs von Ein- und Ausgrenzung (Erw. II./3.3.).

Die Eingrenzung eines Betroffenen auf den Bezirk Rheinfelden, weil dieser nicht aus der Schweiz ausgereist ist, obwohl er seit Jahren dazu verpflichtet gewesen wäre, ist i.c. verhältnismässig (Erw. II./4.).

Entscheid des Präsidenten des Rekursgerichts im Ausländerrecht vom 24. September 2007 in Sachen Migrationsamt des Kantons Aargau gegen K.M. betreffend Eingrenzung (1-GB.2007.1).

Aus den Erwägungen

II. 3.3. Den vorliegenden Materialien ist zu entnehmen, dass die Erweiterung des Anwendungsbereichs für die Ein- oder Ausgrenzung ein zusätzliches Instrument darstellen soll, den Vollzug von Weg- und Ausweisungen sicher zu stellen. Mit der Eingrenzung soll unter anderem die Erreichbarkeit und Kontrolle des Aufenthaltsortes der Betroffenen verbessert und die Arbeit der Migrationsbehörden erleichtert werden. Zudem soll die Eingrenzung im Sinne einer Kaskadierung dann als mildere Massnahme zur Anwendung gelangen, wenn die Inhaftierung eines Betroffenen unzulässig wäre. Mit anderen Worten soll eine ausreisepflichtige Person durch Einschränkung ihrer Bewegungsfreiheit gleich wie bei der Anordnung einer Durchsetzungshaft dazu angehalten werden, mit den Behörden zu kooperieren bzw. freiwillig auszureisen.

4.

4.1. Im vorliegenden Fall ist der Beschwerdeführer nicht aus der Schweiz ausgereist, obschon er dazu seit Jahren verpflichtet

wäre. Zwar wurde die Anordnung einer Ausschaffungshaft mit Urteil des Präsidenten Rekursgerichts im Ausländerrecht vom 11. Juli 2007 primär deshalb verweigert, weil dem Beschwerdeführer nicht vorgeworfen werden konnte, er habe erkennbar widersprüchliche Angaben bezüglich seiner Herkunft gemacht und habe zudem seine Mitwirkungspflicht verletzt. Dies bedeutet jedoch nicht, dass der Beschwerdeführer inskünftig untätig bleiben dürfte. Das gesamte Verhalten des Beschwerdeführers zeigt, dass er offensichtlich bestrebt ist, möglichst lange in der Schweiz verweilen zu können. Unter diesen Umständen ist die Anordnung einer Eingrenzung durchaus geeignet, den Druck auf den Beschwerdeführer zu erhöhen, um ihn anzuhalten, mit den Migrationsbehörden zusammenzuarbeiten und letztlich die Schweiz zu verlassen.

4.2. Nachdem nicht ersichtlich ist, mit welcher milderer Massnahme der angestrebte Zweck erreichbar wäre, muss die angeordnete Eingrenzung auch als erforderlich bezeichnet werden.

4.3. Zu prüfen bleibt, ob die Eingrenzung im engeren Sinne verhältnismässig ist, d.h. ob ein überwiegendes öffentliches Interesse die Eingrenzung rechtfertigt.

Bezüglich des öffentlichen Interesses hat der Gesetzgeber mit der Einführung des neuen Art. 13e Abs. 1 lit. b ANAG bereits eine grundsätzliche Wertung vorgenommen, indem er die Anordnung einer Rayonaufgabe neu lediglich an die Voraussetzung knüpfte, dass ein rechtskräftiger Weg- oder Ausweisungsentscheid vorliegen muss und die betroffene Person die ihr angesetzte Ausreisfrist nicht eingehalten hat. Sind diese beiden Voraussetzungen erfüllt, ist deshalb grundsätzlich von einem gewichtigen öffentlichen Interesse an der Anordnung einer Rayonaufgabe auszugehen. Diese wäre nur dann unverhältnismässig, wenn sie zu gravierenden, nicht hinzunehmenden persönlichen Einschränkungen des Betroffenen führen würde, wobei bei einer Eingrenzung insbesondere der Grösse des zugewiesenen Rayons Beachtung zu schenken ist. Einschränkungen, die zwangsläufig mit einer Rayonaufgabe verbunden sind und alle mit einer Rayonaufgabe belegten Personen treffen, erhöhen das private Interesse eines Betroffenen in der Regel jedoch nicht, da die Erhöhung des Drucks auf den Betroffenen gewollt und zwangsläufig mit

Einschränkungen verbunden ist. Nicht weiter zu beachten sind unter anderem die generelle Einschränkung der Bewegungsfreiheit, die Beschränkung der Pflege sozialer Kontakte, insbesondere wenn diese auch innerhalb des auferlegten Rayons möglich sind und die Einschränkung der Einkaufsmöglichkeiten, sofern es sich nicht um lebensnotwendige Güter handelt. Massgebend ist aber immer der konkrete Einzelfall unter Beachtung des Umstandes, dass die betroffene Person die Schweiz bereits hätte verlassen müssen.

4.3.1. Wie soeben ausgeführt ist im vorliegenden Fall von einem gewichtigen öffentlichen Interesse an der Einschränkung der Bewegungsfreiheit des Beschwerdeführers auszugehen. Weitere Aspekte, die das öffentliche Interesse an einer Rayonaufgabe zusätzlich erhöhen würden, sind jedoch nicht ersichtlich.

4.3.2. Der Beschwerdeführer bringt in seiner Beschwerde lediglich vor, die Eingrenzung sei aufzuheben, weil er seine Kollegen in Sissach und seine Freundin in Liestal besuchen sowie in Pratteln Telefonkarten und Lebensmittel kaufen wolle.

Zwar ist verständlich, dass der Beschwerdeführer die mit der Rayonaufgabe verbundenen Einschränkungen stört. Bei objektiver Betrachtung erweisen sich diese jedoch nicht als sonderlich gravierend. Sowohl die Freundin als auch die Kollegen des Beschwerdeführers können ihn im Bezirk Rheinfelden besuchen. Überdies ist nicht ersichtlich, weshalb er seine Telefonkarten und Lebensmittel nicht auch im Bezirk Rheinfelden erwerben könnte. Weitere Einschränkungen sind weder aus den Akten ersichtlich noch werden solche vom Beschwerdeführer dargetan. Nachdem dieser auch nichts im Hinblick auf die Grösse des auferlegten Rayons vorbringt, erübrigen sich weitere Ausführungen hierzu. Dies umso mehr, als die Eingrenzung auf einen ganzen Bezirk einem Betroffenen ohnehin eine relativ grosse Bewegungsfreiheit belässt.

Insgesamt ist im vorliegenden Fall nicht von einem erhöhten privaten Interesse an der Aufhebung der Rayonaufgabe auszugehen. Dem Beschwerdeführer steht es zudem jederzeit frei, auszureisen und seine volle Bewegungsfreiheit wieder zu erlangen.

4.3.3. Unter diesen Umständen überwiegt das öffentliche Interesse an der Eingrenzung die privaten Interessen des Beschwerde-

führers klar, womit sich die angeordnete Rayonaufgabe als verhältnismässig erweist.

- 92 Hausdurchsuchung; Zulässigkeit von Durchsuchung einer Wohnung**
Die Durchsuchung einer Wohnung, mit dem Ziel, darin vermutete Reise- oder Identitätspapiere zu erhalten, ist nicht zulässig (Erw. II./4.3.).
Die Durchsuchung eines Schrankes kann jedoch unter Umständen zulässig sein (Erw. II./4.4.).

Entscheid des Präsidenten des Rekursgerichts im Ausländerrecht vom 22. August 2007 in Sachen Migrationsamt des Kantons Aargau gegen Z.J. betreffend Hausdurchsuchung (1-DU.2007.2).

Sachverhalt

Der Gesuchsteller stellte am 16. August 2007 Antrag auf Durchsuchung des vom Gesuchsgegner abgeschlossenen Schrankes in der Unterkunft des Kantonalen Sozialdienstes in 4324 Obermumpf, Baumgarten 8. Das Gesuch wurde damit begründet, dass das Migrationsamt dem Inhaftierten vor der Ausschaffung seine persönlichen Effekten aushändigen wolle und die Vermutung bestehe, dass sich in besagtem Schrank Identitätsdokumente befänden.

Aus den Erwägungen

4.3. Bereits in der nationalrätlichen Kommissionsberatung stiess Art. 14 Abs. 4 ANAG auf Widerstand. Die Kommissionsmehrheit beantragte die Streichung des letzten Teilsatzes, wonach die Durchsuchung einer Wohnung zulässig sei, wenn der Verdacht bestehe, dass für das Verfahren benötigte Reise- oder Identitätspapiere darin versteckt würden. Eine grössere Kommissionsminderheit beantragte die gänzliche Streichung von Abs. 4 und lediglich zwei Kommissionsmitglieder wollten dem bundesrätlichen Vorschlag zustimmen. Nach einer längeren Diskussion anlässlich der ersten Gesetzes-

beratung im Nationalrat erklärte sich Bundesrat Koller bereit, auf den letzten Teilsatz von Abs. 4 zu verzichten, obwohl ihm bewusst sei, dass die Unmöglichkeit der Papierbeschaffung einer der Haupthinderungsgründe für die Weg- und Ausweisung sei. Der Variante der Kommissionsmehrheit wurde klar zugestimmt (vgl. Stenografisches Bulletin des Nationalrates vom 3. März 1994, S. 146-150). Der Ständerat erklärte ohne weitere Diskussion sein Einverständnis zum Beschluss des Nationalrates (vgl. Stenografisches Bulletin des Ständerates vom 8. März 1994, S. 133).

Aufgrund der intensiven Diskussion im Nationalrat und dem klaren Abstimmungsresultat steht ohne Zweifel fest, dass eine Durchsuchung von Räumlichkeiten, mit dem Ziel, darin vermutete Reise- oder Identitätspapier zu erhalten, nicht zulässig ist und ein entsprechender Antrag abgelehnt werden muss.

Nichts Anderes ergibt sich überdies nach in Kraft treten des neuen Ausländergesetzes (AuG) vom 16. Dezember 2005, nachdem der Wortlaut des entsprechenden Art. 70 Abs. 2 AuG mit Art. 14 Abs. 4 ANAG übereinstimmt und Art. 70 AuG weder in der bundesrätlichen Botschaft zum AuG abweichend kommentiert noch in der parlamentarischen Beratung diskutiert wurde.

4.4. Fraglich ist, ob die vorliegend beantragte Schranköffnung überhaupt unter Art. 14 Abs. 4 ANAG zu subsumieren ist. Sinn und Zweck von Art. 14 Abs. 4 ANAG ist es, weg- oder auszuweisende Ausländer ergreifen zu können, wenn der Verdacht besteht, dass sie sich in einer Wohnung oder in Räumlichkeiten aufhalten, zu denen das Migrationsamt bzw. die vom Migrationsamt beauftragte Kantonspolizei nicht ohne weiteres Zutritt hat. Da eine Durchsuchung von Räumlichkeiten in der Regel die Grundrechte Dritter beschlägt, bedarf sie einer richterlichen Bewilligung, wobei der Richter eine Abwägung der einander gegenüberstehenden öffentlichen und privaten Interessen vorzunehmen hat und die Bewilligung nur erteilen darf, wenn das öffentliche Interesse überwiegt. Liegt das Einverständnis des Besitzers der Räumlichkeit vor, bedarf es keiner richterlichen Zustimmung für die Durchsuchung. Dies gilt sowohl für den Fall, dass Räumlichkeiten durchsucht werden sollen, um einen weg- oder auszuweisenden Ausländer zu ergreifen als auch für den Fall,

dass in den Räumlichkeiten nach Identitäts- oder Reisepapieren gesucht werden soll.

Da das Migrationsamt gemäss Art. 14 Abs. 3 ANAG (bzw. künftig gemäss Art. 72 Abs. 1 AuG) berechtigt ist, während eines laufenden Aus- oder Wegweisungsverfahrens Sachen eines Ausländers, die er mitführt, zur Sicherstellung von Reise- und Identitätspapieren zu durchsuchen, ist der betroffene Ausländer verpflichtet, seine Sachen durchsuchen zu lassen. Ist der betroffene Ausländer nicht in der Lage, zu durchsuchende abgeschlossene Behältnisse zu öffnen, weil er angeblich oder effektiv die dazu notwendigen Schlüssel oder Zahlenkombination verloren oder vergessen hat, muss er sich die gewaltsame Öffnung der Behältnisse gefallen lassen. Dies gilt auch für einen zu durchsuchenden abgeschlossenen Schrank.

Voraussetzung für die Durchsuchung eines Schrankes oder anderer Sachen, die sich in Räumlichkeiten befinden, ist aber immer das Einverständnis des Besitzers der Räumlichkeiten.

Wurde der betroffene Ausländer in einer kollektiven kantonalen Unterkunft für Asylbewerber untergebracht, ist das Einverständnis des Kantonalen Sozialdienstes einzuholen, wonach die Kantonspolizei mit der Durchsuchung der Räumlichkeiten beauftragt werden darf. Bewohnt der betroffene Ausländer eine eigene Wohnung, darf diese wohl nur mit seinem persönlichen Einverständnis durchsucht werden.

II. Beschwerden gegen Einspracheentscheide des Migrationsamts

93 Familiennachzug; Recht auf Achtung des Familienlebens gemäss Art. 8 EMRK

Eingriff in das durch Art. 8 EMRK geschützte Familienleben i.c. bejaht. Der Beschwerdeführer mit ägyptisch-schweizerischer Doppelbürgerschaft, der seinen Sohn aus Ägypten nachziehen will, lebt zwar getrennt von seiner Schweizer Tochter, pflegt jedoch eine aussergewöhnlich enge Beziehung zu ihr. Unter diesen Umständen ist es ihm nicht zuzumuten, sich zwischen seinen beiden Kindern entscheiden zu müssen (Erw. II./4.3.).

Aus dem Entscheid des Rekursgerichts im Ausländerrecht vom 7. September 2007 in Sachen S.E. betreffend Familiennachzug (1-BE.2007.20).

Aus den Erwägungen

II. 4.3. Nachfolgend ist zu klären, ob die Verweigerung des Familiennachzugs effektiv zu einem Eingriff in das durch Art. 8 Ziff. 1 EMRK geschützte Familienleben führt, was nicht der Fall wäre, wenn es den Betroffenen zumutbar ist, das Familienleben im Ausland zu führen.

Der Beschwerdeführer reiste im Jahre 1997 in die Schweiz ein und lebt seitdem hier. Im März 1999 heiratete er eine Schweizer Bürgerin und knapp ein Jahr später kam die gemeinsame Tochter zur Welt. Er hält sich damit seit gut zehn Jahren rechtmässig in der Schweiz auf und hat inzwischen sogar das Schweizer Bürgerrecht erworben. Seit dem 1. Juni 2006 lebt der Beschwerdeführer von seiner Ehefrau und seiner Tochter getrennt. Anlässlich der Verhandlung gaben die Ehepartner am 7. September 2007 zu Protokoll, dass sie eine Scheidungskonvention unterzeichnet haben und sich scheiden

lassen wollen. Im Verlauf seines zehnjährigen Aufenthaltes hat der Beschwerdeführer den Akten zufolge zu keinen Beanstandungen Anlass gegeben. Beruflich vermochte er hingegen nicht erfolgreich Fuss zu fassen. Er arbeitete bei diversen Arbeitgebern und zuletzt als Mitarbeiter von Burger King. Im Moment ist er arbeitslos und bezieht noch für 9-10 Monate Arbeitslosengeld. Stellt man allein auf die Integration des Beschwerdeführers in der Schweiz ab und berücksichtigt man die Doppelbürgerschaft des Beschwerdeführers, erhellt klar, dass es ihm durchaus zumutbar wäre, die Familienzusammenführung mit seinem Sohn in Ägypten zu vollziehen.

Zu berücksichtigen ist allerdings, dass der Beschwerdeführer neben seinem siebzehnjährigen Sohn in Ägypten in der Schweiz eine siebenjährige Tochter hat. Anlässlich der Verhandlung vor Rekursgericht legte er glaubhaft dar, er pflege trotz der Trennung von seiner Ehefrau eine intensive Beziehung zur gemeinsamen Tochter. Er sehe sie sowohl werktags als auch am Wochenende regelmässig und sie verbrächten dementsprechend viel Zeit miteinander. Die Wohnung bzw. das Haus der Eheleute befänden sich in derselben Gemeinde nur wenige Gehminuten voneinander entfernt. Auch im Falle eines möglichen Zuzugs seines Sohnes beabsichtige er nicht, die 1-Zimmerwohnung zu verlassen, da sie für seine Tochter innert weniger Minuten erreichbar sei. Überdies führte er aus, dass ihm seine Kinder alles bedeuten und er für sie auf vieles verzichten würde. Des Weiteren gab er zu Protokoll, er sei seinen Unterhaltsverpflichtungen zu jeder Zeit nachgekommen und gedenke dies auch weiterhin zu tun. Auch die Ehefrau des Beschwerdeführers bestätigte seine überdurchschnittlich intensive Beziehung zur Tochter und gab zu Protokoll, sie könne sich durchaus vorstellen, dass der Beschwerdeführer bei einer plötzlichen Abwesenheit ihrerseits Betreuungs- und Erziehungsaufgaben übernehmen würde.

Damit steht fest, dass der Beschwerdeführer sowohl in finanzieller Hinsicht für seine Tochter aufkommt, als auch in affektiver Hinsicht eine intensive und gelebte Beziehung zwischen dem Beschwerdeführer und seiner Tochter besteht. Bei einer Ablehnung des Familiennachzugsgesuchs wäre der Beschwerdeführer gezwungen, sich zwischen seinen beiden Kindern zu entscheiden. Dem Be-

schwerdeführer ist es aufgrund der aufgezeigten Konstellation nicht zumutbar, die Familienzusammenführung mit seinem Sohn in Ägypten zu vollziehen, da er in diesem Falle die bisher gepflegte Beziehung zu seiner Tochter nicht fortsetzen könnte. Die Verweigerung des Familiennachzugs würde damit zweifellos zu einem Eingriff in das durch Art. 8 EMRK geschützte Familienleben führen.

94 Nichtverlängerung der Aufenthaltsbewilligung; Recht auf Achtung des Familienlebens gemäss Art. 8 EMRK

Die Nichtverlängerung der Aufenthaltsbewilligung stellt i.c. keinen Eingriff in das durch Art. 8 EMRK geschützte Familienleben dar, da es beiden Kindern zumutbar ist, ihrer Mutter ins Ausland zu folgen (Erw. II./4.).

Aus dem Entscheid des Rekursgerichts im Ausländerrecht vom 30. März 2007 in Sachen S.T. betreffend Nichtverlängerung der Aufenthaltsbewilligung (1-BE.2005.21). Bestätigt durch den unveröffentlichten Entscheid des Bundesgerichts vom 12. Juni 2007 (2C_185/2007).

Aus den Erwägungen

II. 4. Zu prüfen bleibt, ob die Verweigerung der Aufenthaltsbewilligung vor Art. 8 EMRK stand hält.

4.1.1. Die Beschwerdeführerin bringt vor, dadurch, dass die Kinder die Schweiz zusammen mit der Beschwerdeführerin verlassen müssten, werde Art. 8 EMRK verletzt. Auch in diesem Zusammenhang verwies die Beschwerdeführerin auf die innige Beziehung zwischen ihrem Ehemann und den Kindern, ohne dafür irgendwelche Beweise zu offerieren. Der vorliegende Fall entspreche nicht demjenigen von BGE 122 II 289, in dem das Bundesgericht davon ausging, es bestehe zwischen Vater und Kind keine tatsächliche gelebte Beziehung, so dass die Verweigerung einer Aufenthaltsbewilligung Art. 8 EMRK nicht tangiere.

4.1.2. Art. 8 Ziff. 1 EMRK garantiert den Schutz des Familienlebens. Wird einem Betroffenen die Anwesenheit in der Schweiz

untersagt, kann dies einen Verstoss gegen Art. 8 EMRK bedeuten. Ein Berufen auf Art. 8 EMRK ist nur dann möglich, wenn ein Familienleben im Sinne der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) vorliegt und dieses Familienleben zudem durch die gerügte Verfügung tangiert wird (vgl. Urteil des Rekursgerichts im Ausländerrecht vom 12. September 2006, 1-BE.2005.54, E. 4.2.2.).

Da der Ehemann der Beschwerdeführerin nach wie vor gesetzlicher Vater ihrer Kinder ist, liegt ein Familienleben im Sinne der Rechtsprechung des EGMR vor.

Das jüngere der beiden Kinder verfügt lediglich über eine Aufenthaltbewilligung und teilt damit das Schicksal seiner Mutter. Die Verweigerung der Aufenthaltsbewilligung der Beschwerdeführerin würde damit bedeuten, dass auf jeden Fall auch das jüngere der beiden Kinder ausreisen müsste, womit das Familienleben zwischen ihm und dem gesetzlichen Vater tangiert würde. Die Beschwerdeführerin kann sich damit indirekt auf Art. 8 EMRK berufen.

4.1.3. Nachfolgend ist zu klären, ob die Verweigerung der Aufenthaltbewilligung effektiv zu einem Eingriff in das durch Art. 8 Ziff. 1 EMRK geschützte Familienleben führt. Kein Eingriff liegt vor, wenn es den Betroffenen zumutbar ist, ihr Familienleben im Ausland zu führen (Entscheid des Rekursgerichts vom 12. September 2006, 1-BE.2006.5, E. 4.3., S. 17).

Da die Kinder nicht beabsichtigen, künftig mit ihrem gesetzlichen Vater zusammenzuleben, stellt sich nicht primär die Frage, ob es den Betroffenen zumutbar ist, das Familienleben im Ausland zu führen, sondern ob es ihnen zumutbar ist, die bisher gepflegte familiäre Beziehung künftig vom Ausland aus aufrecht zu erhalten. Entscheidend ist dabei, wie intensiv die Beziehung bislang insbesondere in affektiver Hinsicht geführt wurde und ob der Vater seinen Unterstützungspflichten nachkam. In affektiver Hinsicht liegt ein Eingriff in das geschützte Familienleben nur dann vor, wenn es dem Betroffenen verunmöglicht würde, eine überdurchschnittlich intensive Beziehung weiterzuführen oder wenn ein im üblichen Rahmen ausgeübtes Besuchsrecht gänzlich verunmöglicht würde.

Das Bundesgericht führte zum Aufenthaltsrecht eines ausländischen Elternteils, dessen Kinder in der Schweiz leben, aus: "Der nicht sorgeberechtigte Ausländer kann die familiäre Beziehung zu seinen Kindern von vornherein nur in einem beschränkten Rahmen, nämlich durch Ausübung des ihm eingeräumten Besuchsrechts, leben. Hierzu ist nicht unabdingbar, dass er dauernd im gleichen Land wie das Kind lebt und dort über eine Aufenthaltsbewilligung verfügt. Ein solches Besuchsrecht gegenüber einem in der Schweiz fest anwesenheitsberechtigten Kind verschafft dem ausländischen Elternteil daher im Allgemeinen noch keinen Anspruch auf dauernde Anwesenheit; den Anforderungen von Art. 8 EMRK ist Genüge getan, wenn das Besuchsrecht im Rahmen von Kurzaufenthalten vom Ausland her ausgeübt werden kann, wobei allenfalls dessen Modalitäten entsprechend auszugestalten sind. Ein weiter gehender Anspruch kann bestehen, wenn in wirtschaftlicher und affektiver Hinsicht eine besonders enge Beziehung zu den Kindern besteht, diese Beziehung wegen der Distanz zum Heimatland des Ausländers praktisch nicht aufrecht erhalten werden könnte und das bisherige Verhalten des Ausländers in der Schweiz zu keinerlei Klagen Anlass gegeben hat (...)" (BGE 2A.473/2006 vom 24. Januar 2007, E. 3.1.). Gleiches gilt, wenn die Kinder die Schweiz verlassen müssen und die bisher gepflegte familiäre Beziehung künftig vom Ausland aus aufrechterhalten werden muss.

Aus den Akten ist nicht ersichtlich, dass der Ehemann der Beschwerdeführerin eine überdurchschnittlich intensive Beziehung zu seinen Kindern pflegt und zum Beispiel massgeblich an der Betreuung der Kinder beteiligt ist. Dies umso weniger, als der Ehemann der Beschwerdeführerin eine Klage auf Anfechtung des Kindsverhältnisses eingereicht hat. Sollte diese erfolglos bleiben, wird dem Ehemann gegebenenfalls ein im üblichen Rahmen auszuübendes Besuchsrecht eingeräumt. Da dieses Besuchsrecht in modifizierter Form zum Beispiel im Rahmen von Ferienaufenthalten oder verlängerten Wochenenden auch dann ausgeübt werden könnte, wenn die Kinder ausreisen müsste, liegt kein Eingriff in das durch Art. 8 EMRK geschützte Familienleben vor.

4.2. Zu berücksichtigen ist weiter, dass der ältere Sohn der Beschwerdeführerin über eine Niederlassungsbewilligung verfügt und grundsätzlich berechtigt ist, sich weiterhin in der Schweiz aufzuhalten. Es ist deshalb zu prüfen, ob sich daraus für die Beschwerdeführerin ein Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung gestützt auf Art. 8 EMRK ergibt.

4.2.1. Dass zwischen der Beschwerdeführerin und ihrem Sohn ein Familienleben im Sinne von Art. 8 EMRK besteht, ist offensichtlich und bedarf keiner weiteren Ausführungen (vgl. Urteil des EGMR i.S. Gül gegen die Schweiz vom 19. Februar 1996, Application Nr. 23218/94, § 32).

4.2.2. Nachdem der ältere Sohn der Beschwerdeführerin aufgrund seiner Niederlassungsbewilligung nicht verpflichtet ist, die Schweiz zu verlassen, erscheint klar, dass die Wegweisung der Beschwerdeführerin ihr durch Art. 8 Ziff. 1 EMRK geschütztes Familienleben tangieren könnte, sollte der ältere Sohn effektiv in der Schweiz bleiben wollen. Die Beschwerdeführerin kann sich damit auf Art. 8 EMRK berufen.

4.2.3. Dies bedeutet jedoch noch nicht, dass die Wegweisung der Beschwerdeführerin effektiv zu einem Eingriff in das durch Art. 8 EMRK geschützte Familienleben führt. Ein Eingriff im Sinne von Art. 8 Ziffer 2 EMRK liegt nur dann vor, wenn das Familienleben durch die Wegweisung der Mutter künftig verunmöglicht würde. Wie bereits ausgeführt, liegt kein Eingriff vor, wenn es den Betroffenen zumutbar ist, ihr Familienleben im Ausland zu führen (Entscheid des Rekursgerichts vom 12. September 2006, 1-BE.2006.5, E. 4.3., S. 17).

4.2.4. Nachdem es dem älteren Sohn der Beschwerdeführerin zuzumuten ist, zwecks Weiterführung seines Familienlebens mit seiner Mutter ins Heimatland zu übersiedeln, liegt auch hier kein Eingriff in das durch Art. 8 Ziff. 1 EMRK geschützte Familienleben vor. Die Verweigerung der Aufenthaltsbewilligung hält damit vor Art. 8 EMRK stand.

95 Familiennachzug; Recht auf Achtung des Familienlebens gemäss Art. 8 EMRK

I.c. stellt die Verweigerung des Familiennachzugs keinen Eingriff in das durch Art. 8 EMRK geschützte Familienleben dar. Dem Beschwerdeführer ist es zuzumuten, seine Familie im Heimatland zusammenzuführen. Seine polnische Lebenspartnerin und das gemeinsame Kind haben keine derart enge Beziehung zur Schweiz, dass es ihnen unzumutbar wäre, diese zu verlassen (Erw. II./4.3.).

Aus dem Entscheid des Rekursgerichts im Ausländerrecht vom 30. März 2007 in Sachen M.K. betreffend Familiennachzug (1-BE.2006.35).

Aus den Erwägungen

II. 4.3. Nachfolgend ist zu klären, ob die Verweigerung des Familiennachzugs effektiv zu einem Eingriff in das durch Art. 8 Ziff. 1 EMRK geschützte Familienleben führt, was nicht der Fall wäre, wenn es den Betroffenen zumutbar ist, das Familienleben im Ausland zu führen.

Der Beschwerdeführer reiste im November 1995 in die Schweiz ein und heiratete eine Schweizer Bürgerin. Seit Juni 2001 ist er im Besitz einer Niederlassungsbewilligung. Der Beschwerdeführer lebt demnach seit über elf Jahren in der Schweiz. Es stellt sich die Frage, ob es ihm unter diesen Umständen zumutbar ist, zwecks Familienzusammenführung in sein Heimatland zurückzukehren.

Der Beschwerdeführer reiste ursprünglich als Erwachsener im Rahmen des Familiennachzuges in die Schweiz ein. Er hat demzufolge seine gesamte Kindheit und auch einen Teil des Erwachsenenlebens in seiner Heimat verbracht. Im Weiteren hält er sich gemäss eigenen Angaben regelmässig in seinem Heimatland auf. Zudem besitzt er dort auch einen Anteil an einer Liegenschaft. Er ist demnach mit den heimatlichen Verhältnissen nach wie vor vertraut. In beruflicher Hinsicht ist der Beschwerdeführer zur Zeit integriert. Es sind jedoch keine Anzeichen dafür vorhanden, dass er seine berufliche Tätigkeit ausschliesslich in der Schweiz ausüben könnte. Während

seines Aufenthalts in der Schweiz trat der Beschwerdeführer mehrmals strafrechtlich in Erscheinung, weshalb ihm das Migrationsamt mit Verfügung vom 6. Juni 2005 die Ausweisung androhte. In finanzieller Hinsicht geht aus den Akten hervor, dass der Beschwerdeführer Schulden in Höhe von mehr als CHF 70'000.-- hat, und dass sein Lohn gepfändet wurde. Damit kann er in gesellschaftlicher Hinsicht nicht als gut integriert angesehen werden. Von seiner Ehefrau lebt der Beschwerdeführer inzwischen getrennt und hat eine polnische Staatsangehörige als Lebenspartnerin. Zusammen mit dieser hat er ein gemeinsames Kind, welches am 27. Februar 2003 geboren wurde. Seine jetzige Lebenspartnerin und das gemeinsame Kind sowie ein weiteres Kind der Lebenspartnerin aus einer früheren Beziehung sind Staatsangehörige von Polen. Sie halten sich zur Zeit in der Schweiz auf und sind bestrebt, eine Aufenthaltsbewilligung zu erhalten. Es gibt jedoch keine Hinweise darauf, dass sie besonders eng mit der Schweiz verbunden wären und es für sie deshalb unzumutbar wäre, die Schweiz zu verlassen. Ihre einzige Beziehung zur Schweiz scheint der Beschwerdeführer zu sein. Unbestritten ist, dass es dem Beschwerdeführer nach derart langem Aufenthalt in der Schweiz nicht leicht fallen dürfte, in sein Heimatland zurückzukehren. Nachdem es jedoch seiner Lebenspartnerin und dem gemeinsamen Kind zumutbar ist, die Schweiz zu verlassen, ist eine Zusammenführung der Familie auch in seinem Heimatland möglich. Damit ist er nicht gezwungen, zwischen seinem polnischen Kind und seinen Kindern im Heimatland zu wählen.

Nach dem Gesagten steht fest, dass eine Übersiedlung des Beschwerdeführers in sein Heimatland zwecks Familienzusammenführung zwar mit grossem Aufwand verbunden ist. Es sind jedoch keine unüberwindbaren Hindernisse ersichtlich, welche eine solche als unzumutbar erscheinen lassen.

- 96 Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung EG/EFTA; Pflegekind**
Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung für ein italienisches Pflegekind trotz fehlender Pflegeplatzbewilligung der in der Schweiz wohnhaften Pflegeeltern.

Sofern die Voraussetzungen zur Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung gemäss Art. 24 Abs. 1 des Anhangs I zum FZA erfüllt sind, ist dem Pflegekind eine Aufenthaltsbewilligung zu erteilen, und es gibt keinen Raum für weitere Bedingungen. Ob die Voraussetzungen für die Erteilung einer Pflegeplatzbewilligung erfüllt sind, oder ob weitere vormundschaftliche Massnahmen ergriffen werden müssen, ist durch die zuständige Vormundschaftsbehörde zu prüfen. Sollten die Voraussetzungen für die Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung gemäss Art. 24 Abs. 1 des Anhangs I zum FZA nicht erfüllt sein, hat sich das Migrationsamt mit der Frage auseinander zu setzen, ob dem Pflegekind eine Aufenthaltsbewilligung im Rahmen eines Härtefalles zu erteilen ist (Erw. II./2.).

Aus dem Entscheid des Rekursgerichts im Ausländerrecht vom 10. August 2007 in Sachen V.V. und A.V. betreffend Aufenthaltsbewilligung EG/EFTA (1-BE.2007.7).

Sachverhalt

Die Beschwerdeführer beantragten für ihre Nichte, welche ihnen von den italienischen Behörden in Obhut gegeben worden war, eine Aufenthaltsbewilligung. Das Migrationsamt des Kantons Aargau sicherte den Beschwerdeführern eine Aufenthaltsbewilligung für deren Nichte unter der Bedingung zu, dass ihnen eine Pflegeplatzbewilligung erteilt werde. In der Folge wurde den Beschwerdeführern indessen die Pflegeplatzbewilligung verweigert, worauf das Migrationsamt des Kantons Aargau der Nichte keine Aufenthaltsbewilligung erteilte.

Aus den Erwägungen

II. 2.

2.1. [...] Die Nichte der Beschwerdeführer ist italienische Staatsangehörige, weshalb auf sie das FZA anwendbar ist.

2.2. Gemäss Art. 24 Abs. 1 des Anhangs I zum FZA hat eine Person, die die Staatsangehörigkeit einer Vertragspartei besitzt und keine Erwerbstätigkeit im Aufenthaltsstaat ausübt, Anspruch auf Aufenthalt, sofern sie den Nachweis dafür erbringt, dass sie für sich und ihre Familienangehörigen über ausreichende finanzielle Mittel und über einen sämtliche Risiken abdeckenden Krankenversicherungsschutz verfügt.

Wie die Vorinstanz korrekt festhält, besteht unter den genannten Voraussetzungen Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung.

2.3. Die Vorinstanz ist jedoch der Ansicht, es dürfe im vorliegenden Fall nicht ausser Acht gelassen werden, dass es sich bei der Nichte der Beschwerdeführer als Anspruchsberechtigte um ein unmündiges Kind handle. Es sei nicht vorgesehen, dass dieses bei seinen leiblichen Eltern wohne, sondern dass es im Sinne einer Pflegerschaft bei seinen Verwandten platziert werden soll. Nachdem jedoch im konkreten Fall die Voraussetzungen für diese Pflegerschaft gemäss nationalem Recht nicht erfüllt seien, dürfe sich die Nichte nicht bei den Beschwerdeführern aufhalten. Damit fehle es an einer Unterbringungsmöglichkeit in der Schweiz, weshalb die Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung keinen Sinn mache.

2.4. Diesen Ausführungen kann nicht gefolgt werden. Sofern die Voraussetzungen gemäss Art. 24 Abs. 1 des Anhangs I zum FZA erfüllt sind, besteht aus ausländischer Sicht ein Anspruch auf Aufenthalt. Das FZA bietet keine Grundlage, an diesen Anspruch noch weitere Bedingungen zu knüpfen.

Die von der Vorinstanz angesprochene Problematik der fehlenden Pflegeplatzbewilligung betrifft ausschliesslich zivil-, insbesondere vormundschaftsrechtliche, Belange. Diese sind jedoch von den zuständigen Behörden zu behandeln. Sind die Voraussetzungen für die Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung gemäss den einschlägigen fremdenpolizeilichen Bestimmungen erfüllt, ist die entsprechende Aufenthaltsbewilligung zu erteilen.

Ob sodann die Voraussetzungen für die Erteilung einer Pflegeplatzbewilligung erfüllt sind, oder ob weitere vormundschaftliche Massnahmen ergriffen werden müssen, ist durch die zuständige Vor-

mundschaftsbehörde zu prüfen (vgl. hiezu das Übereinkommen über die Zuständigkeit der Behörden und das anzuwendende Recht auf dem Gebiet des Schutzes von Minderjährigen [SR 0.211.231.01] vom 5. Oktober 1961). Diese hat zu entscheiden, ob dem Kind ein Vormund zu bestellen ist, welcher seine Interessen vertritt. Denkbar wäre unter anderem, dass im Interesse des Kindes gegenüber den italienischen Behörden Forderungen geltend gemacht werden, damit das Kind in der Schweiz über ausreichende finanzielle Mittel verfügt. Zu klären wäre wohl auch, ob dem Kind gestützt auf staatsvertragliche Vereinbarungen zwischen der Schweiz und Italien bzw. gestützt auf die Bilateralen Abkommen mit der EU Unterstützungsbeiträge zustehen, welche die finanzielle Unabhängigkeit des Kindes sicherstellen würden.

Erst wenn Klarheit über die dem Kind zur Verfügung stehenden finanziellen Mittel bzw. den Krankenversicherungsschutz herrscht, kann über einen allfälligen Anspruch des Kindes auf Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung gestützt auf Art. 24 Abs. 1 Anhang I zum FZA entschieden werden.

2.5. Sollten die Voraussetzungen für die Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung gestützt auf Art. 24 Abs. 1 Anhang I zum FZA nicht erfüllt sein, hat sich das Migrationsamt zudem mit der Frage auseinander zu setzen, ob dem Kind eine Aufenthaltbewilligung im Rahmen eines Härtefalles zu erteilen ist (vgl. Art. 20 der Verordnung über die Einführung des freien Personenverkehrs [VEP] vom 22. Mai 2002 und Ziffer 8.2.7 der Weisungen und Erläuterungen über die schrittweise Einführung des freien Personenverkehrs [Weisungen VEP] vom 1. Juni 2007).

97 Nichtverlängerung der Aufenthaltsbewilligung; Aufenthalt zur Vorbereitung der Heirat

Ist der zukünftige Ehegatte noch verheiratet, steht der bevorstehenden Heirat ein grundsätzliches Hindernis im Weg. Unter diesen Umständen kann die Aufenthaltsbewilligung nicht zur Vorbereitung der Heirat verlängert werden (Erw. II./2.2.3.).

Aus dem Entscheid des Rekursgerichts im Ausländerrecht vom 30. März 2007 in Sachen C.C. betreffend Nichtverlängerung der Aufenthaltsbewilligung (1-BE.2007.2).

Aus den Erwägungen

II. 2.2.3. Mit der Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung zur Vorbereitung der Heirat wird dem hier nicht anwesenheitsberechtigten Ehegatten bereits vor der Heirat gestattet, sich legal in der Schweiz aufzuhalten. Die entsprechende Bewilligung ist demzufolge eng mit einem bevorstehenden, klar umschriebenen Ereignis verbunden. In Ziffer 556.3 der ANAG-Weisungen wird denn auch konsequenterweise verlangt, dass einerseits das bevorstehende Ereignis - die Heirat - absehbar sein muss ("sofern mit einer Heirat innerhalb vernünftiger Frist zu rechnen ist") und andererseits, dass die übrigen Voraussetzungen für einen Familiennachzug gegeben sein müssen. Die in den Weisungen als Hinderungsgründe genannten Beispiele ("genügende finanzielle Mittel, kein Hinweis auf eine Umgehungs-ehe, keine Ausweisungsgründe") sind selbstredend nicht abschliessend.

Im vorliegenden Fall gilt der zukünftige Ehegatte der Beschwerdeführerin bis zum rechtskräftigen Abschluss seines Ehescheidungsverfahrens nach wie vor als verheiratet. Der beabsichtigten Heirat steht damit ein grundsätzliches Hindernis im Weg, womit keine Rede davon sein kann, die übrigen Voraussetzungen für einen Familiennachzug seien gegeben. Wenn das Migrationsamt bei Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung zur Vorbereitung der Heirat verlangt, dass der beabsichtigten Heirat keine grundsätzlichen Hindernisse im Weg stehen dürfen, ist dies nicht zu beanstanden. Dies umso weniger, als aufgrund der noch bestehenden Ehe des zukünftigen Ehegatten nicht einmal das Ehevorbereitungsverfahren eingeleitet werden kann.

Unter diesen Umständen gingen die Vorinstanzen zu Recht davon aus, die Voraussetzungen für die Erteilung einer Aufenthaltsbe-

willigung zur Vorbereitung der Heirat gestützt auf Art. 36 BVO seien in casu nicht erfüllt.

Daran ändert auch nichts, dass die zweimonatige Bedenkfrist in der Zwischenzeit abgelaufen ist und offenbar am 8. März 2007 eine Konventions-Verhandlung durchgeführt wurde. Nach wie vor ist offen, ob das Scheidungsverfahren des zukünftigen Ehemannes der Beschwerdeführerin effektiv in Kürze rechtskräftig abgeschlossen sein wird. Es liegt weder in der Macht der Beschwerdeführerin noch ihres zukünftigen Ehemannes, allfällige Verzögerungen seitens seiner jetzigen Ehefrau oder seitens des Kantonsgerichts zu verhindern.

98 Nichtverlängerung der Aufenthaltsbewilligung; Wegweisung

Im Verfahren betreffend Ausnahme von der zahlenmässigen Begrenzung können asylrelevante Gründe nicht berücksichtigt werden. Damit werden bei der Härtefallprüfung lediglich Umstände berücksichtigt, die in der Person des betroffenen Ausländers bzw. in seinem persönlichen Umfeld begründet sind. Dies schliesst jedoch nicht aus, dass sich aufgrund der geltend gemachten Gründe allenfalls der Vollzug der Wegweisung als unzumutbar erweisen kann (Erw. II./5.3. und 7.).

Aus dem Entscheid des Rekursgerichts im Ausländerrecht vom 30. März 2007 in Sachen E.C. betreffend Nichtverlängerung der Aufenthaltsbewilligung und Wegweisung (1-BE.2006.44).

Aus den Erwägungen

II. 5.3. Nachfolgend bleibt zu prüfen, ob aufgrund der Aufenthaltsdauer sowie der persönlichen, familiären oder ökonomischen Verhältnisse des Beschwerdeführers von einem persönlichen Härtefall auszugehen ist bzw. ob seine Lebens- und Daseinsbedingungen, gemessen am durchschnittlichen Schicksal von Ausländern, in gesteigertem Mass in Frage gestellt sind und somit die Nichtverlängerung der Bewilligung, d.h. die Rückkehr ins Heimatland, schwere Nachteile zur Folge haben würde.

Dabei ist zu beachten, dass kriegerische Ereignisse und staatliche Übergriffe oder ähnlichen Situationen im Heimatland der betroffenen Person, die den Vollzug einer Wegweisung unzulässig, unzumutbar oder unmöglich machen, im Rahmen der Härtefallprüfung nicht berücksichtigt werden. In diesen Fällen ist allenfalls die Anordnung einer vorläufigen Aufnahme in Betracht zu ziehen (Rundschreiben vom 17. September 2004 zur Praxis des Bundesamtes für Zuwanderung, Integration und Auswanderung [IMES, heute BFM] bei der Anwesenheitsregelung vom Ausländerinnen und Ausländern in schwerwiegenden persönlichen Härtefällen). Auch gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung werden im Verfahren betreffend Ausnahme von der zahlenmässigen Begrenzung asylrelevante Gründe nicht berücksichtigt. Art. 13 lit. f BVO bezweckt keinen Schutz gegen die Konsequenzen eines Krieges oder die Repressionen der Behörden. Gleichwohl sind besondere Erschwernisse im Heimatland im Rahmen der Zumutbarkeit einer Rückkehr in persönlicher, familiärer und ökonomischer Hinsicht angemessen zu berücksichtigen (vgl. zum Ganzen anstatt Vieler BGE 2A.340/2001 vom 13. November 2001, E. 4.c). Damit werden bei der Härtefallprüfung lediglich Umstände berücksichtigt, die in der Person des betroffenen Ausländers bzw. in seinem persönlichen Umfeld begründet sind. Nicht beachtet werden demgegenüber Umstände, die sämtliche Personen mit vergleichbarem Hintergrund wie demjenigen des betroffenen Ausländers gleichermassen betreffen. Steht fest, dass im konkreten Fall kein Härtefall vorliegt und die entsprechende Aufenthaltsbewilligung nicht zu verlängern ist, wird in einem weiteren Schritt geprüft, ob der Vollzug der Wegweisung zumutbar ist oder ob die Voraussetzungen für eine vorläufige Aufnahme erfüllt sind. Zu beachten ist dabei, dass die Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung im Rahmen der Härtefallprüfung dem Beschwerdeführer eine weit bessere Rechtstellung einräumt als eine Aufenthaltsbewilligung im Rahmen einer vorläufigen Aufnahme.

Dementsprechend ist vorab zu prüfen, ob die Wegweisung für den Beschwerdeführer eine ungewöhnliche Härte im Sinne von Ziffer 654 der ANAG-Weisungen bedeutet.

[...]

5.3.3. [...] Hinsichtlich besonderer Erschwernisse bei einer Rückkehr macht der Beschwerdeführer geltend, er habe aufgrund seiner kurdischen Herkunft in seinem Heimatland mit massiven Repressalien zu rechnen. Wie bereits erwähnt, werden im Verfahren betreffend Ausnahme von der zahlenmässigen Begrenzung asylrelevante Gründe nicht berücksichtigt. Der Einwand des Beschwerdeführers betrifft sämtliche in seinem Heimatland lebenden Personen kurdischer Herkunft. Insofern liegen keine Umstände vor, die in der Person des Beschwerdeführers bzw. seinem persönlichen Umfeld begründet sind, weshalb sie an dieser Stelle nicht berücksichtigt werden. Dies schliesst jedoch nicht aus, dass sich aus diesem Grund allenfalls der Vollzug der Wegweisung als unzumutbar erweisen kann (vgl. nachstehende Erwägung 7).

[...]

7.

7.1. Wie bereits erwähnt, macht der Beschwerdeführer weiter geltend, er habe aufgrund seiner kurdischen Herkunft in seinem Heimatland mit massiven Repressalien zu rechnen, weshalb der Vollzug der Wegweisung für ihn eine konkrete Gefährdung bedeute (vgl. Art. 14a Abs. 4 ANAG).

7.2. Gemäss Art. 5 Abs. 1 des Asylgesetzes (AsylG) vom 26. Juni 1998 darf keine Person in irgendeiner Form zur Ausreise in ein Land gezwungen werden, in dem ihr Leib, ihr Leben oder ihre Freiheit aus einem Grund nach Art. 3 Abs. 1 AsylG gefährdet ist oder in dem sie Gefahr läuft, zur Ausreise in ein solches Land gezwungen zu werden (Rückschiebungsverbot). Auf diese Bestimmung kann sich eine Person nach Art. 5 Abs. 2 AsylG allerdings dann nicht berufen, wenn erhebliche Gründe für die Annahme vorliegen, dass sie die Sicherheit der Schweiz gefährdet, oder wenn sie als gemeingefährlich einzustufen ist, weil sie wegen eines besonders schweren Verbrechens oder Vergehens rechtskräftig verurteilt worden ist (vgl. Art. 14a Abs. 4 AsylG).

In ähnlicher Weise untersagt Art. 33 Abs. 1 des Abkommens über die Rechtsstellung der Flüchtlinge (Flüchtlingskonvention) vom 28. Juli 1951 den vertragsschliessenden Staaten, einen Flüchtling in ein Land auszuweisen, wo sein Leben oder seine Freiheit wegen sei-

ner Rasse, Religion, Staatszugehörigkeit, seiner Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe oder seiner politischen Anschauung gefährdet wäre.

Keiner entsprechenden Ausnahme unterliegt das Folterverbot (Art. 3 der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten [EMRK] vom 4. November 1950). Niemand darf in einen Staat ausgeschafft werden, in dem ihm Folter oder eine andere Art grausamer und unmenschlicher Behandlung oder Bestrafung droht (Art. 25 Abs. 3 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft [BV] vom 18. April 1999; Art. 3 Ziffer 1 des Übereinkommens vom 10. Dezember 1984 gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe [Folterschutzkonvention; SR 0.105]; BGE 2A.313/2005 vom 25. August 2005, E. 2.2, S. 3; vgl. auch Entscheidung des Rekursgerichts vom 3. März 2006, 1-BE.2005.66, E. 4.2).

7.3. Es sind keinerlei Anzeichen vorhanden, dass erhebliche Gründe für die Annahme vorliegen, die Sicherheit der Schweiz sei durch den Beschwerdeführer gefährdet oder er sei als gemeingefährlich einzustufen. Der Beschwerdeführer kann sich damit vollumfänglich auf das Rückschiebungsverbot gemäss Art. 5 Abs. 1 AsylG berufen.

Der Vollzug der Wegweisung wäre damit nur dann zulässig, wenn feststünde, dass dem Beschwerdeführer in seinem Heimatland keine Folter oder andere Art grausamer und unmenschlicher Behandlung oder Bestrafung droht. Zudem müsste feststehen, dass sein Leben oder seine Freiheit nicht wegen seiner Rasse, Religion, Staatszugehörigkeit, seiner Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe oder seiner politischen Anschauung gefährdet wäre.

Wie sich aus dem Nachstehenden ergibt, besteht für das Rekursgericht vorliegend jedoch keine Veranlassung mit der Zumutbarkeit des Wegweisungsvollzugs zu befassen.

7.4. Ist in Fällen wie dem vorliegenden unklar, ob der Vollzug der Wegweisung unzumutbar ist, steht es der kantonalen Fremdenpolizeibehörde im Rahmen ihres Ermessens frei, entweder das BFM um Stellungnahme betreffend Zumutbarkeit der Rückkehr zu ersuchen und dem Betroffenen gegebenenfalls die Aufenthaltsbewilli-

gung zu belassen bzw. zu verlängern, oder aber gestützt auf Art. 14b Abs. 1 ANAG die vorläufige Aufnahme zu beantragen. Ein zweistufiges Vorgehen, bei welchem je in einem separaten Verfahren zunächst über den Aufenthaltsstatus entschieden und erst danach die Zumutbarkeit einer Aus- oder Wegweisung geklärt wird, ist jedenfalls nicht bundesrechtswidrig (BGE 2A.313/2005 vom 25. August 2005, E. 3.3.2).

Vorliegend verfügte die Vorinstanz die Nichtverlängerung der Aufenthaltsbewilligung und Wegweisung des Beschwerdeführers aus dem Kanton Aargau und beantragte beim BFM gestützt auf Art. 14b Abs. 1 ANAG die vorläufige Aufnahme. Das BFM hat demzufolge zu prüfen, ob sich der Vollzug der Wegweisung als unzumutbar erweist (Art. 14a Abs. 1 ANAG). Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn er für den Ausländer eine konkrete Gefährdung darstellt. Das Bundesgericht hat in einem kürzlich ergangenen Entscheid festgehalten, ein zweistufiges Vorgehen sei wenig zweckmässig und sollte mit Blick auf den Grundsatz der Verfahrensbeschleunigung die Ausnahme bilden (BGE 2A.313/2005 vom 25. August 2005, E. 3.3.2). Nachdem jedoch das BFM vor kurzem eine Stellungnahme betreffend die Zumutbarkeit der Rückkehr im Rahmen des Verfahrens betreffend Nichtverlängerung der Aufenthaltsbewilligung und Wegweisung aus dem Kanton Aargau verweigerte, weil die kantonale Wegweisungsverfügung ohnehin dem BFM zur Ausdehnung auf die ganze Schweiz unterbreitet werden müsse und allfällige Vollzugshindernisse im Sinne von Art. 14a ANAG von Amtes wegen zu prüfen seien (vgl. Entscheid des Rekursgerichts vom 3. März 2006, 1-BE.2005.66, E. 4.4), erweist sich das Vorgehen des Migrationsamtes im vorliegenden Fall sowohl aus prozessökonomischen Gründen als auch im Interesse des Beschwerdeführers als angebracht.

7.5. Insgesamt ist nach dem Gesagten festzuhalten, dass das BFM aufgrund des Antrags der Vorinstanz gestützt auf Art. 14b Abs. 1 ANAG über die vorläufige Aufnahme des Beschwerdeführers zu befinden hat.

- 99 Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung; Vollzug der Wegweisung
Vollzug der Wegweisung trotz psychischer Probleme des Beschwerdeführers bei entsprechenden Vorkehrungen zulässig (Erw. II./8.2.).
Sollte der Vollzug aufgrund der psychischen Probleme unzulässig werden, wäre beim BFM eine vorläufige Aufnahme zu beantragen (Erw. II./8.3.).**

Aus dem Entscheid des Rekursgerichts im Ausländerrecht vom 27. Juni 2007 in Sachen B.A. betreffend Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung (1-BE.2007.11).

Aus den Erwägungen

II. 8.2. Im vorliegenden Fall ist zu prüfen, ob es dem Beschwerdeführer aufgrund seiner psychischen Situation allenfalls nicht zumutbar ist, in sein Heimatland zurückzukehren. Andere Vollzugshindernisse sind nicht ersichtlich und werden auch nicht geltend gemacht.

Gemäss Beurteilung des Kantonsarztes vom 5. April 2006 reagiert der Beschwerdeführer regelmässig mit einer Verschlechterung seiner psychischen Situation und wird suizidal, wenn das Migrationsamt konkrete Massnahmen für den Vollzug der Wegweisung ankündigt. Aus diesem Grund sei der Beschwerdeführer jeweils behandlungsbedürftig und nicht reisefähig. Eine Prognose über die psychische Situation des Beschwerdeführers bei künftigen Vollzugsmassnahmen sei nicht möglich.

Aufgrund der Beurteilung des Kantonsarztes steht fest, dass der Beschwerdeführer im Falle des Vollzugs der Wegweisung fachärztlicher, insbesondere psychiatrischer, Betreuung bedarf. Andernfalls muss mit Suizidhandlungen gerechnet werden. Dies bedeutet indessen nicht, dass der Vollzug der Wegweisung für den Beschwerdeführer in jedem Fall eine konkrete Gefährdung darstellt. Eine konkrete Gefährdung wäre erst dann zu bejahen, wenn der Vollzug der Wegweisung nicht so ausgestaltet werden kann, dass die notwendige Betreuung des Beschwerdeführers sichergestellt ist. Es ist hingegen nicht ersichtlich, weshalb der Beschwerdeführer vor, während und

nach dem Vollzug der Wegweisung nicht entsprechend betreut werden kann, zumal eine psychiatrische Behandlung auch im Heimatland möglich ist. Derartige Massnahmen wären insbesondere dann in Betracht zu ziehen bzw. in die Wege zu leiten, wenn der Beschwerdeführer nicht dazu bewegt werden kann, freiwillig in sein Heimatland zurückzukehren. Diesfalls wäre allenfalls zu prüfen, ob der Beschwerdeführer in Begleitung eines Arztes auszuschaaffen und gegebenenfalls direkt in eine psychiatrische Klinik einzuweisen wäre, wie dies der Kantonsarzt bereits in seiner Stellungnahme vom 27. April 2006 anregte. Im Weiteren gibt es keine Hinweise darauf, dass die notwendige Behandlung nur in der Schweiz sichergestellt werden könnte.

Nach dem Gesagten ist nicht ersichtlich, weshalb im vorliegenden Fall der Vollzug der Wegweisung unzulässig oder unzumutbar sein sollte.

8.3. Anzumerken bleibt, dass selbst wenn sich die Situation wieder Erwärten ändern und der Vollzug der Wegweisung des Beschwerdeführers aus gesundheitlichen Gründen unmöglich würde, lediglich eine vorläufige Aufnahme zu beantragen wäre. Dies hätte jedoch nicht zur Folge, dass dem Beschwerdeführer eine Aufenthaltsbewilligung zu erteilen wäre.

100 Unentgeltliches Honorar; Kürzung von unentgeltlichem Honorar; Begründungspflicht

Die Behörden sind beim Erlassen eines Entscheides verpflichtet, sich mit den Argumenten des Beschwerdeführers auseinanderzusetzen, um ihrer Begründungspflicht nachzukommen (Erw. II./4.3.).

Aus dem Entscheid des Rekursgerichts im Ausländerrecht vom 22. November 2007 in Sachen F.H. betreffend unentgeltliches Honorar (1-BE.2006.27).

Aus den Erwägungen

II. 4.3. Im vorliegenden Fall hat die Vorinstanz einen begründeten Entscheid erlassen. Zu prüfen ist, ob dieser den gesetzlichen Anforderungen entspricht.

4.3.1. Die Vorinstanz führte in ihrem Entscheid vom 12. Juni 2006 aus, man halte an den Kürzungen gemäss Schreiben vom 24. Mai 2006 fest, soweit nicht darauf zurückgekommen werde. Der Zeitaufwand für das erstinstanzliche Verfahren, sowie die Auslagen für das erstinstanzliche und das Einspracheverfahren würden akzeptiert. Die Entschädigung für das Einspracheverfahren werde ermessensweise auf 80% derjenigen vor der Vorinstanz festgesetzt.

Grundsätzlich ist dieses Vorgehen nicht zu beanstanden. Wird von einem Rechtsvertreter eine detaillierte Kostennote einverlangt und wird ihm anschliessend im Rahmen der Gewährung des rechtlichen Gehörs mitgeteilt, welche Positionen der Kostennote weshalb und um wie viel gekürzt werden sollen, erscheint es im Hinblick auf die Begründungspflicht zulässig, im Entscheid lediglich auf die angekündigte Kürzung zu verweisen, sofern an dieser festgehalten wird.

Führt der betroffene Rechtsvertreter jedoch im Rahmen seines rechtlichen Gehörs konkret aus, weshalb er die beabsichtigte Kürzung nicht hinnehmen will, hat sich die entscheidende Behörde mit den Argumenten auseinander zu setzen. Akzeptiert die entscheidende Behörde einen Teil der Argumente des betroffenen Rechtsvertreters und weicht sie im Entscheid von der angekündigten Kürzung ab, hat sie darzulegen, welche Positionen akzeptiert und welche Positionen gekürzt werden. Massgebend im Hinblick auf die Begründungsdichte ist, dass der betroffene Rechtsvertreter in der Lage sein muss, die vorgenommenen Kürzungen nachzuvollziehen und gegebenenfalls im Rahmen eines Rechtsmittelverfahrens anzufechten. Dabei ist mitentscheidend, mit welcher Kognition die Rechtsmittelinstanz den Entscheid überprüfen kann.

4.3.2. Im vorliegenden Fall teilte die Vorinstanz dem Beschwerdeführer mit Schreiben vom 24. Mai 2006 mit, sie setze die Entschädigung für das Einspracheverfahren auf 80% der für das erst-

instanzliche Verfahren zugesprochenen Entschädigung fest. Für den Beschwerdeführer war damit nicht ersichtlich, welche Positionen des für das Einspracheverfahren geltend gemachten Aufwandes akzeptiert bzw. gekürzt wurden. Unter diesen Umständen war er aber nicht in der Lage, die Kürzungen nachzuvollziehen und gegebenenfalls anzufechten. Dies umso weniger als das Rekursgericht gemäss Kognitionsbeschränkung von § 9 Abs. 2 EGAR keine Ermessensüberprüfung vornehmen darf und ein Betroffener somit konkret darzulegen hat, welche Kürzungen er als willkürlich erachtet.

Personalrekursgericht

I. Auflösung Anstellungsverhältnis

101 Auflösung Anstellungsverhältnis, Primarlehrperson.

- **Abgrenzung zwischen mangelnder Eignung einerseits und Mängeln in der Leistung andererseits (Erw. II/3.2).**
- **Im vorliegenden Fall sind die Voraussetzungen für eine Kündigung aufgrund mangelnder Eignung nicht erfüllt (Erw II/3.3).**

Aus dem Entscheid des Personalrekursgerichts vom 30. April 2007 in Sachen T. gegen Einwohnergemeinde O. (2-KL.2006.6).

Aus den Erwägungen

3.2.

3.2.1. Aufgrund der Argumentation der Beklagten ist im Folgenden zu prüfen, ob die Klägerin – wie behauptet – für die im Anstellungsvertrag vereinbarte Arbeit nicht geeignet war oder ob (wenn überhaupt) "bloss" Mängel in der Leistung oder im Verhalten vorlagen.

Die (ordentliche) Kündigung mangels Eignung einer Arbeitnehmerin bzw. eines Arbeitnehmers kann ohne vorgängige Mahnung und Ansetzung einer Bewährungszeit ausgesprochen werden (§ 11 Abs. 1 lit. b GAL; Erw. 2.1 hievor). Will die Anstellungsbehörde einer Arbeitnehmerin bzw. einem Arbeitnehmer infolge Mängel in der Leistung oder im Verhalten (ordentlich) kündigen, hat sie hingegen zuvor eine schriftliche Mahnung zu erlassen und der betroffenen Lehrperson eine Bewährungszeit anzusetzen (§ 11 Abs. 1 lit. c GAL; Erw. 2.1 hievor).

3.2.2. In der Detailberatung des Grossen Rates des Kantons Aargau zum Personalgesetz wurde bezüglich Abgrenzung der Ausdrücke "mangelnde Eignung" und "Mängel in der Leistung" Folgendes festgehalten (Protokoll der Sitzung des Grossen Rates vom

16. Mai 2000, S. 3047, Votum Regierungsrätin Dr. Stéphanie Mörikofer-Zwez):

"Die Frage nach der Definition der beiden Ausdrücke 'mangelnde Eignung' und 'mangelnde Leistung' ist sicher sehr berechtigt. Mangelnde Eignung heisst: jemand kann die Arbeit, die im Arbeitsvertrag vereinbart wurde, auch beim besten Willen nicht mehr richtig ausführen. Das wird in der Regel die Folge von Entwicklungen sein, die sich im Laufe der Zeit ergeben haben. Ich gehe nicht davon aus, dass bereits bei der Anstellung eine mangelnde Eignung nicht erkannt wird, sonst hätte die anstellende Instanz vermutlich einen Fehler gemacht. Es gibt aber Entwicklungen im Leben eines Menschen, die den oder die Betroffenen zwingen, den Beruf zu wechseln, weil die Fähigkeiten nicht mehr vorhanden sind oder weil beispielsweise gesundheitliche Probleme auftreten. Ich nehme ein Beispiel, das vielleicht in einer Spitalküche vorkommen könnte: Wenn jemand eine Mehlallergie entwickelt und normalerweise dort mit Brotbacken beschäftigt war, dann ist die Eignung für diese Arbeit nicht mehr gegeben. [...] Die mangelnde Leistung hat immer etwas damit zu tun, dass man eigentlich könnte, aber entweder nicht will oder sich nicht genügend anstrengt. [...]"

In der Sitzung der Nichtständigen Kommission Nr. 17 "Personalvorlagen" des Grossen Rates des Kantons Aargau vom 29. Februar 2000 wurden zum Teil widersprüchliche Aussagen gemacht ("Eignungen können veränderbar sein, z.B. wenn jemand in einer schlechten psychischen Verfassung ist und sich dies bessern kann" [Votum Ursula Padrutt-Ernst]; "Mangelnde Leistung ist also veränderbar, mangelnde Eignung muss eine offensichtlich nicht veränderbare Grösse sein" [Votum Dr. Stéphanie Mörikofer-Zwez]).

Wie im kantonalen Recht gelten auf Bundesebene gemäss Art. 12 Abs. 6 BPG Mängel in der Leistung oder im Verhalten, die trotz schriftlicher Mahnung anhalten oder sich wiederholen (lit. b), oder mangelnde Eignung, die im Arbeitsvertrag vereinbarte Arbeit zu verrichten (lit. c), als Gründe für die ordentliche Kündigung. Gestützt auf die einschlägige Rechtsprechung gilt Folgendes: Mangelnde Eignung zur Verrichtung der im Arbeitsvertrag vereinbarten Arbeitsleistung ist ein objektiver, nicht vom Angestellten verschuldeter Grund. Der Angestellte ist ungeeignet, wenn er aus objektiven Gründen, die mit seiner Person in Zusammenhang stehen und einen Bezug

zur Arbeit haben müssen, nicht oder nur ungenügend in der Lage ist, die im Arbeitsvertrag vereinbarte Arbeit zu leisten (ungenügende Fach-, Führungs- oder Sozialkompetenz; vgl. BGE 2P.113/2005 vom 7. November 2005). Gesundheitliche Probleme, ungenügende Fachkompetenz, fehlende Integration und Dynamik sowie mangelnde Intelligenz sind deutliche Indizien einer bestehenden Ungeeignetheit. Die mangelnde Eignung kann von Anfang an bestehen oder sich im Laufe der Zeit manifestieren (zum Beispiel infolge eines gewandelten Umfeldes und gestiegenen Anforderungen [vgl. VPB 69.57 Erw. 4/c] oder nach einer Erkrankung bzw. einem Unfall [vgl. BGE 2A.346/2005 vom 7. Oktober 2005 sowie Entscheid der Eidgenössischen Personalrekurskommission vom 5. September 2006]). Verfügt ein Arbeitnehmer indessen über die verlangten Fähigkeiten und vermag seine Leistung dennoch nicht zu genügen, liegen Mängel in der Leistung oder im Verhalten vor. Die Leistung eines Angestellten ist dann mangelhaft, wenn sie zur Erreichung des Arbeitserfolges nicht genügt, der Angestellte sich aber nicht als untauglich erweist.

Da der Arbeitgeber bei Mängeln in der Leistung oder im Verhalten eine Bewährungszeit vorgesehen hat und damit grundsätzlich von der Verbesserungsfähigkeit eines Arbeitnehmers ausgeht, ist der Begriff der mangelnden Eignung restriktiv auszulegen (so auch Harry Nötzli, Die Beendigung von Arbeitsverhältnissen im Bundespersonalrecht, Bern 2005, Rz. 203) und auf die Fälle zu beschränken, in denen ein Angestellter die im Arbeitsvertrag vereinbarte Arbeit objektiv nicht (mehr) ausführen kann.

3.3. Aufgrund der dargestellten Differenzierung zwischen "mangelnder Eignung" und "Mängel in der Leistung und im Verhalten" erscheinen namentlich die folgenden Aspekte wesentlich:

- Die Klägerin verfügt zweifellos über die notwendige Ausbildung, um die vertraglich vereinbarte Arbeit auszuführen.

- Die Zeugnisse von früheren Arbeitsstellen sind gut bis sehr gut; jedenfalls lässt keines auf eine mangelnde Eignung als Lehrkraft schliessen. An dieser Einschätzung vermag der Umstand, dass die Klägerin offenbar über kein Arbeitszeugnis der ersten Stelle in W. verfügt, nichts zu ändern. Dies gilt umso mehr, als die Tätigkeit

9 Jahre dauerte, was bei mangelnder Eignung kaum der Fall gewesen wäre.

- Das Zwischenzeugnis vom 31. März 2006 der Schulpflege K., wo die Klägerin seit der Kündigung der Beklagten tätig ist, kann ebenfalls als gut bis sehr gut bewertet werden.

- Auch das Zwischenzeugnis, welches die Schulpflege der Beklagten am 16. Februar 2005 ausstellte, lässt nicht den geringsten Verdacht aufkommen, dass die Klägerin als Lehrperson ungeeignet wäre. Die Behauptung der Beklagten, es habe sich um ein Gefälligkeitszeugnis von mittlerweile ausgeschiedenen Schulpflegemitgliedern gehandelt, ist in keiner Art und Weise belegt.

- Im Mai 2005 schloss die Beklagte mit der Klägerin einen unbefristeten Anstellungsvertrag ab. Dies zeigt, dass ursprünglich auch nach Auffassung der Schulpflege (und zwar in der gleichen Zusammensetzung wie bei der späteren Kündigung) die Klägerin für die Lehrtätigkeit geeignet war. Die unbelegten Ausführungen darüber, dass der Vertrag auf Drängen der Klägerin hin abgeschlossen werden "musste" (!), erscheinen als reine Schutzbehauptung.

- Dem Bericht des Inspektorats Volksschule vom 16. September 2005 sind sowohl positive als auch negative Punkte hinsichtlich der Arbeitsleistung der Klägerin zu entnehmen. So wird beispielsweise festgehalten, dass das Klima im Klassenzimmer gut sei, die Klägerin die Kinder zur aktiven Teilnahme ermutige und die Klasse mit grossem Überblick führe sowie die Regeln des Zusammenlebens in der Klasse konsequent umsetze. Die Sprache der Lehrperson sei kindergerecht, der Unterricht klar organisiert sowie inhaltlich gut geplant und strukturiert und das gemäss Lehrplan verlangte Wissen werde vermittelt. Kritisiert werden hauptsächlich die "öffentliche" Aufgabenkontrolle, die unzureichende Förderung der Selbständigkeit und Selbstverantwortlichkeit der Schülerinnen und Schüler, das System der Benotung sowie das Fehlen individualisierender Formen im Unterricht. Die negativen Rückmeldungen betreffen ausschliesslich Punkte, die bei entsprechender Bereitschaft der Klägerin hätten verbessert werden können. Insgesamt ergibt sich, dass der Bericht der Klägerin keinesfalls eine mangelnde Eignung für ihre Funktion als Lehrerin attestiert. Dies entspricht auch der folgenden Aussage von

Inspektor O.: "Frau T. ist eine gute Lehrerin und jede Lehrerin kann sich entwickeln."

Die erwähnten Aspekte belegen überaus deutlich, dass von einer mangelnden Eignung der Klägerin, die vertraglich vereinbarte Arbeit auszuführen, keine Rede sein kann. Die punktuellen Kritiken der Beklagten an der Schulführung und dem Unterrichtsstil der Klägerin vermögen an dieser Einschätzung nichts zu ändern ("zu spät erschienen", "keine Pausen", "überstelltes Zimmer", "forscher Ton", "z.T. unvorbereitet", "keine positive Lernatmosphäre", "viele Kinder scheinen/sind unmotiviert", "schwache Schüler werden nicht motiviert", "starke Schüler werden nicht gefördert", "z.T. Lehrmittel aus dem Jahre 1978", "gibt klar zum Ausdruck, dass bei gewissen Schülern [Name bekannt] eine 'Abneigung' vorliegt", "oftmals [werden] Schüler miteinander verglichen", "Kinder [werden] nicht individuell gefördert", "Notengebung [ist] oftmals widersprüchlich"). Zum einen sind die Vorwürfe kaum objektiviert (nur über einen einzigen Schulbesuch eines Schulpflegemitglieds besteht eine Aktennotiz!); zum andern lässt sich daraus allenfalls auf (verbesserungsfähige) Mängel in der Leistung und im Verhalten, nicht aber auf eine objektive Unfähigkeit der Klägerin als Lehrperson schliessen. Dasselbe gilt auch in Bezug auf den anlässlich der Verhandlung mehrmals geäusserten Vorwurf, die Klägerin sei nicht bereit, Kritik entgegenzunehmen und konstruktiv damit umzugehen. Im Übrigen widerspricht der Vorwurf diametral der Aussage im Bericht des Inspektorats Volksschule vom 16. September 2005, S. 6 ("T. ist an der Weiterentwicklung ihres Unterrichts interessiert, sie probiert aus, reflektiert und entwickelt ihre pädagogische Arbeit weiter"). Schliesslich ist wesentlich, dass keine Vorwürfe von Eltern aktenkundig sind, welche die Eignung der Klägerin als Lehrperson in Frage stellen würden.

102 Kommunales Dienstverhältnis. Angestellter der Gemeindepolizei.

- **Der Betroffene war nicht verpflichtet, im Rahmen der Bewerbung auf die bestehende Überschuldung hinzuweisen. Die offenen Verlustscheine und Betreibungen lassen nicht auf eine mangelnde Eignung im Sinne des Personalreglements schliessen (Erw. II/2).**

- **Im Falle einer Kündigungsabsicht hat die Anstellungsbehörde grundsätzlich in den letzten Tagen der Bewährungszeit bzw. unmittelbar danach zu reagieren (Erw. II/3.1 und 3.2).**

Aus dem Entscheid des Personalrekursgerichts vom 5. März 2007 in Sachen H. gegen Einwohnergemeinde W. (2-BE.2006.20).

Aus den Erwägungen

2.

2.1. Die Kündigung wurde durch die Beklagte unter anderem damit begründet, dass der Kläger "ein ansehnliches Register an offenen Verlustscheinen und Betreibungen aufweist". Die offenen Verlustscheine wurden auf Fr. 53'828.90 und die offenen Betreibungen auf Fr. 124'402.70 beziffert. Die Beklagte vertritt die Auffassung, der Leumund des Klägers sei dadurch derart gravierend belastet, dass er als Polizist nicht mehr tragbar sei. Damit wird sinngemäss eine mangelnde Eignung geltend gemacht.

In der Klageantwort wurde ergänzend ausgeführt, zur Zeit der Anstellung sei bei der Beklagten über die finanziellen und persönlichen Verhältnisse des Klägers nichts aktenkundig gewesen. Es habe bisher nicht zu den Gepflogenheiten des Gemeinderates gehört, bei der Anstellung von Personal Betreibungsauszüge einzuverlangen. Die vorliegenden Auszüge würden nachweisen, dass im Zeitpunkt der Anstellung "nur" sieben Betreibungen mit einem Totalbetrag von gut Fr. 10'000.-- verzeichnet gewesen seien.

2.2. Im Zusammenhang mit der Bewerbung hat der potenzielle Arbeitnehmer von sich aus nur über solche Umstände Auskunft zu geben, die in einem unmittelbaren objektiven Zusammenhang zum Arbeitsverhältnis stehen und nur, soweit die Eigenschaften dem Arbeitgeber nicht bekannt sind oder bekannt sein müssen. Der Grundsatz von Treu und Glauben verpflichtet eine Partei nicht, bei Vertragsverhandlungen auf Umstände hinzuweisen, von denen die Gegenpartei sich selber Kenntnis verschaffen kann (Ullin Streif/Adrian von Kaenel, Arbeitsvertrag, 6. Auflage, Zürich 2006, Art. 328b N 11

mit Hinweisen; Frank Vischer, Der Arbeitsvertrag, 3. Auflage, Basel 2005, S. 70 f. mit Hinweis).

Die Beklagte hat seinerzeit auf die Einholung eines Betriebsregisterauszuges verzichtet, obwohl sie einen solchen ohne weiteres vom Kläger hätte einverlangen können. Entsprechend den obigen Darlegungen vermag daher die Beklagte aus dem Umstand, dass der Kläger sie nicht über die zur Zeit der Anstellung bestehenden Betreibungen gegen ihn orientierte, keine Ansprüche abzuleiten. Insbesondere kann die Unterlassung keine Kündigung rechtfertigen.

2.3.1. Mangelnde Eignung im Sinne von § 6 Abs. 1 lit. b des kommunalen Personalreglements (PR) liegt vor, wenn ein Angestellter aus objektiven Gründen, die mit seiner Person in Zusammenhang stehen und einen Bezug zur Arbeit haben müssen, nicht oder nur ungenügend in der Lage ist, die im Arbeitsvertrag vereinbarte Arbeit zu leisten (ungenügende Fach-, Führungs- oder Sozialkompetenz; vgl. Entscheid des Bundesgerichts 2P.113/2005 vom 7. November 2005). Gesundheitliche Probleme, ungenügende Fachkompetenz, fehlende Integration und Dynamik sowie mangelnde Intelligenz sind deutliche Indizien einer bestehenden Ungeeignetheit. Die mangelnde Eignung kann von Anfang an bestehen oder sich im Laufe der Zeit manifestieren (zum Beispiel infolge eines gewandelten Umfeldes und gestiegenen Anforderungen [vgl. Verwaltungspraxis der Bundesbehörden (VPB) 69.57, Erw. 4/c] oder nach einer Erkrankung bzw. einem Unfall [vgl. Entscheid des Bundesgerichts 2A.346/2005 vom 7. Oktober 2005]). Da der Arbeitgeber bei Mängeln in der Leistung oder im Verhalten eine Bewährungszeit vorgesehen hat und damit grundsätzlich von der Verbesserungsfähigkeit eines Arbeitnehmers ausgeht, ist der Begriff der mangelnden Eignung restriktiv auszulegen (vgl. zum Ganzen Harry Nötzli, Die Beendigung von Arbeitsverhältnissen im Bundespersonalrecht, Bern 2005, Rz. 200 ff. mit Hinweisen).

2.3.2. Der Kläger hatte im Zeitpunkt der Anstellung offene Betreibungen in der Höhe von knapp Fr. 10'500.--. In der knapp dreijährigen Anstellungszeit erhöhte sich der Betrag von offenen Betreibungen und offenen Verlustscheinen auf ein Mehrfaches (die genaue Höhe ist umstritten).

Der Argumentation der Beklagten kann insofern beigespflichtet werden, als sich ein hoher Bestand an offenen Verlustscheinen und offenen Betreibungen zumindest längerfristig kaum mit der Funktion eines Polizisten vereinbaren lässt. Die finanziellen Probleme des Klägers dürfen daher keineswegs bagatellisiert werden. Andererseits darf ein angeschlagener finanzieller Leumund nicht leichthin zum Schluss verleiten lassen, die betroffene Person leide an charakterlichen Schwächen und sei daher für polizeiliche Aufgaben ungeeignet. Tatsächlich kann die Überschuldung auch auf anderen Gründen beruhen. Es bedarf daher zusätzlicher einschlägiger Indizien, damit von einer mangelnden Eignung auszugehen ist. Die entsprechende Voraussetzung ist insbesondere dann erfüllt, wenn die betroffene Person auf Aufforderung hin nicht in der Lage ist, innert angemessener Frist die Finanzen zu sanieren oder zumindest einen tauglichen Sanierungsplan vorzulegen.

Zusätzlich zur bestehenden Überschuldung bestehen vorliegend keine Indizien darauf, dass die Überschuldung des Klägers auf charakterliche Schwächen zurückzuführen und er aus diesem Grund für die Aufgabe als Polizist ungeeignet wäre. Dies gilt umso mehr, als er nie zur Sanierung seiner Finanzen aufgefordert wurde. Die Annahme, allein der Bestand an offenen Verlustscheinen und Betreibungen vermöchten die Kündigung zu rechtfertigen, verbietet sich in concreto umso mehr, als der Gemeinderat – wie gesehen (vgl. Erw. 2.2 hiervor) – darauf verzichtet hat, vor der Anstellung diesbezügliche Abklärungen vorzunehmen. Damit hat er zum Ausdruck gebracht, dass er dem einwandfreien finanziellen Leumund nicht höchste Priorität einräumt.

3.

3.1. Mängel in der Leistung oder im Verhalten bilden nur dann einen hinreichenden sachlichen Kündigungsgrund, wenn sie sich trotz schriftlicher Mahnung während der angesetzten Bewährungszeit fortsetzen (§ 6 Abs. 1 lit. c PR). Weder das Personalreglement noch das kantonale Personalrecht regeln explizit, wie nach Ablauf der Bewährungszeit vorzugehen ist, sofern das Arbeitsverhältnis durch den Arbeitgeber bzw. die Arbeitgeberin aufgelöst werden soll (vgl. demgegenüber beispielsweise den Entscheid des Verwaltungs-

gerichts des Kantons Zürich vom 6. Juli 2005, PB.2005.00013, betreffend das Personalrecht der Stadt Winterthur). Unabhängig hiervon ist zu fordern, dass im Falle einer Kündigungsabsicht grundsätzlich in den letzten Tagen der Bewährungszeit bzw. unmittelbar danach reagiert wird. Andernfalls fällt die Mahnwirkung grundsätzlich dahin und es bedarf einer neuen schriftlichen Mahnung mit Ansetzung einer neuen Bewährungszeit, damit eine Kündigung wegen Mängel in der Leistung oder im Verhalten ausgesprochen werden kann. Bei zwiespältigem Verlauf ist auch eine Verlängerung der Bewährungszeit denkbar.

3.2. Am 28. Juli 2005 wurde der Kläger gemahnt; gleichzeitig wurde ihm eine Bewährungszeit von drei Monaten eingeräumt. Die angesetzte Bewährungszeit lief demzufolge Ende Oktober 2005 ab. Bis zum ordentlichen Mitarbeitergespräch, welches erst am 22. Dezember 2005 stattfand, wurde dem Kläger keine Rückmeldung in Bezug auf seine Leistungen während der Bewährungszeit gegeben.

Anlässlich der Verhandlung vor Personalrekursgericht brachte die Beklagte vor, grundsätzlich sei ein Gespräch unmittelbar nach Ablauf der Bewährungszeit auf Ende Oktober 2005 geplant gewesen. Aufgrund laufender Untersuchungsverfahren gegen den Kläger (das eine durch den Staatsschutz, das andere durch den Gemeinderat als Disziplinarbehörde) habe man aber einstweilen zugewartet und die Rückmeldung erst nach Abschluss der Verfahren nachgeholt. Der Kläger seinerseits machte vor Personalrekursgericht sinngemäss geltend, mangels Vorladung zu einem Gespräch nach Ablauf der Bewährungszeit sowie infolge von gelegentlichen positiven Aussagen der Vorgesetzten sei er davon ausgegangen, er habe die Bewährungszeit bestanden.

Aufgrund der laufenden Untersuchungen, welchen gewichtige Vorwürfe zugrunde lagen, erscheint es gerechtfertigt, dass die Beklagte mit dem Beurteilungsgespräch zuwartete. Zwar wäre es angezeigt gewesen, den Kläger entsprechend zu orientieren; effektiv durfte er jedoch aufgrund der laufenden Untersuchungen nicht davon ausgehen, dass mit der zeitlichen Verzögerung der Rückmeldung die Mahnwirkungen dahinfallen würden.

103 Kommunales Dienstverhältnis. Auflösung während der Probezeit.

- **Die Anstellungsbehörde darf auch während der Probezeit eine Kündigung nur aussprechen, wenn sachliche Gründe vorliegen. An das Vorliegen sachlicher Gründe sind jedoch in diesem Fall keine strengen Anforderungen zu stellen (Erw. II/3).**
- **Im vorliegenden Fall erweist sich die Kündigung während der Probezeit als ungerechtfertigt, da die behaupteten Kündigungsgründe in keiner Art und Weise konkretisiert und objektiviert werden konnten (Erw. II/6 und 7).**

Aus dem Entscheid des Personalrekursgerichts vom 26. März 2007 in Sachen S. gegen Amtsvormundschaft X. (2-KL.2006.11).

Aus den Erwägungen

3.

3.1. § 7 PersG lautet wie folgt:

"Soweit dieses Gesetz nichts anderes bestimmt, gelten für den Abschluss eines befristeten oder unbefristeten Anstellungsverhältnisses, für die Probezeit, für die ordentliche Auflösung, für die fristlose Auflösung, für den Kündigungsschutz und für das Verfahren bei Entlassung ganzer Gruppen die Vorschriften von Art. 334-337d des Schweizerischen Obligationenrechts (...) als kantonales öffentliches Recht."

Das Personalgesetz enthält keine eigene Regelung darüber, aus welchen Gründen ein Anstellungsverhältnis während der Probezeit gekündigt werden darf. Entsprechend dem zitierten Verweis gelangt daher die einschlägige Regelung des OR in der Fassung vom 1. Januar 1998 zur Anwendung.

3.2. Gemäss Obligationenrecht ist die Arbeitnehmerin bzw. der Arbeitnehmer bereits während der Probezeit vor einer missbräuchlichen Kündigung geschützt. Dies ergibt sich zum einen daraus, dass Art. 336 ff. OR eine Konkretisierung des allgemeinen Rechtsmissbrauchverbots von Art. 2 Abs. 2 ZGB darstellen. Zum andern nimmt Art. 336 OR – im Gegensatz zu Art. 336c (zeitlicher Kündigungsschutz) – die Probezeit nicht aus (Ullin Streiff/Adrian von Kaenel,

Kommentar zum Arbeitsvertrag, 6. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2006, Art. 336 N 19; Rolf A. Tobler/Christian Favre/Charles Munoz/Daniela Gullo Ehm, Arbeitsrecht, Lausanne 2006, Art. 336 N 1.2; Frank Vischer, Der Arbeitsvertrag, 3. Auflage, Basel/Genf/München 2005, S. 234 f.; Adrian Staehelin/Frank Vischer, in: Zürcher Kommentar, Art. 319 – 362 OR, 3. Auflage, Zürich 1996, Art. 335b N 8).

3.3. Trotz des Verweises des Personalgesetzes auf die Bestimmungen des Obligationenrechts geht der effektive Schutz von öffentlichrechtlichen Arbeitnehmerinnen und –nehmern über die entsprechende Regelung hinaus. Dies ergibt sich daraus, dass bei einer Kündigung während der Probezeit die allgemeinen Grundsätze des staatlichen Handelns – insbesondere das Verbot der Willkür, das Gebot von Treu und Glauben und der Grundsatz der rechtsgleichen Behandlung (vgl. § 10 Abs. 2 PersG) – zu beachten sind. Gestützt darauf darf der Arbeitgeber auch während der Probezeit eine Kündigung nur aussprechen, wenn sachliche Gründe vorliegen (vgl. Entscheid der Personalrekurskommission Basel-Stadt vom 30. September 2002 in Sachen R., Erw. 5/a). An das Vorliegen eines sachlichen Grundes sind indessen keine strengen Anforderungen zu stellen, da das Probeverhältnis der Überprüfung der Fähigkeit und der Eignung eines Angestellten dient und von der Konzeption her einem "lockeren" Verhältnis entspricht. So hat das Bundesgericht (BGE 120 Ib 134 Erw. 2/a, mit Hinweisen) in Bezug auf das frühere Bundespersonalrecht die Kündigung eines Probearbeitsverhältnisses als zulässig erachtet, wenn aufgrund der Wahrnehmung von Vorgesetzten die Annahme hinreichend begründet scheint, dass der Ausweis der Fähigkeit oder der Eignung nicht erbracht ist und voraussichtlich auch nicht mehr erbracht werden kann; ein Verschulden der betroffenen Person ist nicht notwendig. Diese Praxis wurde in Bezug auf das aktuelle Bundespersonalrecht übernommen (Entscheid der Eidgenössischen Personalrekurskommission vom 3. Februar 2004, publiziert in: VPB 68.90); entspricht ein Angestellter dem Stellenprofil nicht oder kann ein für die vorgesehene Funktion unbedingt nötiges Vertrauensverhältnis nicht aufgebaut werden, erweist sich die Kündigung des Probearbeitsverhältnisses als zulässig (vgl. zum Gan-

zen Harry Nötzli, Die Beendigung von Arbeitsverhältnissen im Bundespersonalrecht, Bern 2005, Rz. 222, mit Hinweisen).

6.

6.1. Die Beklagte begründet die Kündigung im Wesentlichen wie folgt: Man sei bereit gewesen, der Klägerin genügend Zeit zu geben, um alles kennen zu lernen. Es habe eine richtige Einarbeitung stattgefunden. Anfänglich seien alle ihre Fragen von den Mitarbeitenden beantwortet worden. Die Fragen hätten sich aber häufig wiederholt. Die Post sei zu oft fehlerhaft erledigt worden. Täglich sei dies mit der Klägerin besprochen worden. Ebenfalls habe man ihr regelmässig die Abläufe nochmals erläutert, um die Fehler zu vermeiden. Dies sei längst nicht immer gelungen. Zudem habe das Arbeitstempo bis am Schluss nicht den Anforderungen an diese Stelle genügt. Die Klägerin habe klare Leistungsdefizite gezeigt. Die Fortschritte hätten sich nicht in dem Mass eingestellt, wie dies erwartet wurde. Telefonische Auskünfte seien nicht genügend verlässlich und angemessen gewesen.

6.2. Die Beklagte verfügt nicht über die geringsten Aufzeichnungen über Fehler der Klägerin. Insbesondere fertigte sie keinerlei Protokolle oder Aktennotizen der Gespräche an, in welchen die angeblichen Leistungsdefizite der Klägerin thematisiert wurden. Dies gilt auch in Bezug auf die Unterredung vom 3. November 2006, als die Kündigung eröffnet wurde. Ebenso wenig liegt eine schriftliche und begründete Kündigung vor, aus welcher konkrete Vorbehalte gegenüber der Klägerin abgeleitet werden könnten.

6.3. Auch im Rahmen des vorliegenden Verfahrens vermochte die Beklagte die von ihr erhobenen Vorwürfe in keiner Art und Weise zu objektivieren. Weder in der Klageantwort noch anlässlich der Verhandlung konnte sie ein konkretes Beispiel für das angebliche Ungenügen der Klägerin nennen. Die eine Ausnahme bildete ein offenbar am 3. November 2006 geführtes Telefongespräch, in welchem die Klägerin einen Anrufer an die Privatadresse einer Arbeitskollegin verwies. Die Klägerin konnte indessen glaubwürdig versichern, dass sie irrtümlich von einem privaten Anruf ausgegangen sei. Die andere Ausnahme bildet der Vorwurf, die Klägerin habe Unterlagen einer Versicherung wegwerfen wollen; offenbar wollte die Klägerin die

Dokumente aber gar nicht entsorgen, sondern verzichtete lediglich darauf, sie ins "Postfächli" der Stellenleiterin zu legen.

6.4. Seitens der Zeuginnen, welche anlässlich der Verhandlung befragt wurden, wurden kaum konkrete Vorbehalte gegenüber der Klägerin geäussert. Die Zeugin H. kritisierte lediglich, die Klägerin hätte "2-3 Mal" am Telefon voreilig eine Auskunft erteilt, zudem habe "vielleicht" die Effizienz etwas gefehlt. Auch die Zeugin Z. hat offenbar "manchmal" mittels Gestik versucht, bei Telefongesprächen der Klägerin korrigierend einzugreifen. An konkrete Fehler vermochten sich aber beide Zeuginnen nicht zu erinnern. Im Übrigen gaben sie an, die Leistungen der Klägerin kaum beurteilen zu können. Die Zeugin B. führte aus, sie könne keine konkreten Mängel nennen; nach ihrer Wahrnehmung habe es verschiedentlich Fehler bei der Bearbeitung der Post gegeben. Demgegenüber führte die Zeugin S. aus, sie habe regelmässig die Postbearbeitung der Klägerin überprüft; dabei habe sie keine gravierenden Mängel korrigieren müssen.

6.5. Insgesamt ergibt sich, dass die von der Beklagten vorgebrachten Kündigungsgründe nicht einmal in minimaler Art und Weise objektiviert und konkretisiert sind. Es ist nicht erkennbar, welche weiteren Beweise in diesem Zusammenhang erhoben werden könnten; bezeichnenderweise wurden diesbezüglich auch keine Anträge gestellt. Sachliche Gründe, welche die umstrittene Kündigung rechtfertigen würden, sind mithin nicht nachgewiesen. Dies gilt umso mehr, als die Beklagte ausdrücklich darlegte, dass keine zwischenmenschlichen Probleme mit der Klägerin bestanden.

7.

7.1. Die Beweislast legt fest, wer die Folgen der Beweislosigkeit zu tragen hat. Massgebend ist diesbezüglich das materielle Recht und subsidiär der in Art. 8 ZGB enthaltene Rechtsgrundsatz, wonach diejenige Partei die Beweislast trägt, die aus der unbewiesenen gebliebenen Tatsache hätte Rechte ableiten können (vgl. Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Auflage, Zürich/St. Gallen 2006, Rz. 1623 ff. mit Hinweisen). Dementsprechend trägt das Gemeinwesen die objektive Beweislast, dass ein sachlicher Kündigungsgrund gegeben ist, denn daraus leitet es die Rechtmässigkeit der Kündigung ab (Entscheid des Verwal-

tungsgerichts des Kantons Zürich PB.2001.00011 vom 29. August 2001, Erw. 8/b, mit Hinweisen).

7.2. Für den vorliegenden Fall ergibt sich, dass die Beklagte die Beweislast für das Vorliegen sachlicher Kündigungsgründe trifft. Die Mängel, welche die Beklagte der Klägerin vorwirft, wären grundsätzlich ohne Weiteres geeignet, eine Kündigung während der Probezeit zu rechtfertigen. Tatsächlich blieben die Behauptungen jedoch im vorliegenden Verfahren ohne jegliche Objektivierung und Konkretisierung (vgl. Erw. 6 hiervor). Trotz der grossen (beidseitigen) Kündigungsfreiheit während der Probezeit erweist sich dementsprechend die Kündigung als ungerechtfertigt.

II. Besoldung

104 Lohndekret, Übergangsregelung.

- **Der Lohn, welcher per 1. April 2001 überführt wurde, kann nicht mittels Beschwerde gegen die auf dieses Datum hin ausgestellte neue Lohnverfügung in Frage gestellt werden (Erw. II/2.4 und 3).**

Aus dem Entscheid des Personalrekursgerichts vom 30. April 2007 in Sachen v. A. gegen Regierungsrat des Kantons Aargau (2-BE.2006.12).

Aus den Erwägungen

2.4. In Bezug auf das Übergangsrecht ist wesentlich, dass die früheren Besoldungen grundsätzlich per 1. April 2001 unverändert in das neue Lohnsystem gemäss Lohndekret überführt wurden (Ausnahme: die frühere Besoldung lag unter dem Minimum oder über dem Maximum der neuen Lohnstufe und die Voraussetzungen betreffend Wahrung des Besitzstands waren nicht erfüllt; vgl. Ziffer 1 ff. des Anhangs III Lohndekret). Die erstmaligen individuellen Lohnanpassungen erfolgten per 1. Januar 2002 (Ziffer 5 Anhang III Lohndekret). Eine explizite Bestimmung, bis zu welchem Zeitpunkt das neue Lohnsystem vollumfänglich eingeführt bzw. durch die Überführung perpetuierte oder neu entstandene Lohnungleichheiten eliminiert sein müssen, lässt sich den einschlägigen Erlassen nicht entnehmen.

3.

3.1. Der Beschwerdeführer rügt, die umstrittene Lohnverfügung per 1. April 2001 sei zu korrigieren, da er bereits nach Massgabe des alten Rechts (Dekret über das Dienstverhältnis und die Besoldung der Staatsbeamten vom 24. November 1971 [Besoldungsdekret] und dessen Folgeerlasse) nicht korrekt besoldet worden sei. Die 1:1-Überführung sei insofern nicht gerechtfertigt.

3.2. Per 1. Januar 2001 wurde der Lohn des Beschwerdeführers um Fr. 4'488.25 erhöht und auf Fr. 88'696.50 festgelegt. Die entsprechende Verfügung wurde nicht angefochten und erwuchs in Rechtskraft. Der Beschwerdeführer verzichtet darauf, im Zusammenhang mit dem vorliegenden Verfahren eine formelle Überprüfung der erwähnten Verfügung zu verlangen. Tatsächlich bestünde ein derartiger Anspruch (welcher in concreto vor der Anstellungsbehörde als seinerzeitige "letzte Instanz" hätte geltend gemacht werden müssen) nur unter den Voraussetzungen der Wiederaufnahme gemäss § 27 VRPG.

3.3. Mit der umstrittenen Lohnverfügung per 1. April 2001 wurde gemäss Ziffer 1 Abs. 1 Anhang III LD der bisherige, d.h. der per 1. Januar 2001 verfügte Lohn überführt.

Der Beschwerdeführer geht mit seiner Rüge (vgl. Erw. 3.1 hier vor) implizit davon aus, die Lohnverfügung per 1. April 2001 lasse sich nicht nur in Bezug darauf überprüfen, ob die Überführung korrekt vorgenommen wurde, sondern auch in Bezug darauf, ob der Lohn seinerzeit (nach Massgabe des alten Rechts) rechtmässig festgelegt wurde. Dem Wortlaut der Übergangsregelungen lässt sich diesbezüglich nichts entnehmen, ebenso wenig den einschlägigen Materialien. Auch nach Massgabe der Gesetzssystematik lassen sich keine relevanten Schlüsse ziehen.

Nach Sinn und Zweck der gesetzlichen Regelung ergibt sich, dass – zusätzlich zur Einteilung der Mitarbeitenden in die einzelnen Lohnstufen – die hauptsächliche Zielsetzung der Lohnverfügungen per 1. April 2001 in der Festlegung bestand, ob der bisherige Lohn unverändert überführt wurde (Ziffer 1 Abs. 1 Anhang III LD) oder ob Differenzzahlungen angeordnet werden mussten (Ziffern 2 und 3 Anhang III LD). Der Inhalt der Verfügung war mithin nicht die originäre Festlegung des Lohns, sondern die Regelung der Überführungsmodalitäten ("1:1-Überführung" oder Überführung mit Differenzzahlung). Daraus ergibt sich, dass die bisherige Besoldung im Sinne von Ziffer 1 Anhang III LD, welche mittels Verfügung rechtskräftig festgesetzt worden ist, grundsätzlich nicht mehr mittels Beschwerde gegen die Lohnverfügung per 1. April 2001 in Frage gestellt werden kann.

Die skizzierte Regelung hat zur Folge, dass die Unrechtmässigkeit einer allenfalls nicht korrekt festgelegten bisherigen Besoldung über den 1. April 2001 perpetuiert wird. Dies ist indessen als Konsequenz der formellen Rechtskraft der seinerzeitigen Verfügung in Kauf zu nehmen. Wie gesehen (Erw. 3.2 hiervor) kann der Lohn, welcher zu Recht unverändert überführt wurde, nur dann auf seine Rechtmässigkeit überprüft werden, wenn gegenüber der massgebenden früheren Lohnverfügung die Voraussetzungen einer Wiederaufnahme gemäss § 27 VRPG erfüllt sind.

3.4. Gründe, welche eine Wiederaufnahme des Verfahrens betreffend Lohn per 1. Januar 2001 rechtfertigen würden, sind weder erkennbar noch wurden sie vom Beschwerdeführer je geltend gemacht. Im Weiteren ist offensichtlich und unbestritten, dass die Überführung korrekt vorgenommen wurde. Die Beschwerde gegen die Lohnverfügung per 1. April 2001 ist somit abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden darf.

105 Lohnfestsetzung innerhalb einer bestimmten Stufe.

- **Werden Mitarbeitende von einer tieferen in eine höhere Lohnstufe umgeteilt, besteht kein Anspruch darauf, den bisherigen Leistungsanteil beizubehalten (Erw. II/1-4).**

Aus dem Entscheid des Personalrekursgerichts vom 25. September 2007 in Sachen A. gegen Gerichtspräsidium K. (2-BE.2006.28). Gegen den Entscheid ist eine Beschwerde beim Bundesgericht hängig.

Aus den Erwägungen

1. Gemäss § 4 LD setzt sich der Lohn zusammen aus einem Positionsanteil, einem Leistungsanteil und allfälligen Lohnzulagen. Umstritten ist im vorliegenden Fall die Höhe des Leistungsanteils ab dem 1. Januar 2002.

2.

2.1. Im Anhang I zum Lohndekret legte der Grosse Rat den Lohnstufenplan fest, welcher das Minimum (Positionsanteil) und das

Maximum (140 % des Positionsanteils) der einzelnen Besoldungsgruppen aufzeigt. Die Zuordnung zu den einzelnen Lohnstufen wird aufgrund einer nach einheitlichen Kriterien vorgenommenen Bewertung der verschiedenen Arbeitsplätze (Bewertungssystem ABA-KABA) sowie unter Berücksichtigung der Arbeitsmarktsituation ermittelt (vgl. § 5 LD).

2.2. Der Leistungsanteil wird jährlich aufgrund der Beurteilung der Mitarbeiterin oder des Mitarbeiters und der bisherigen Lohnentwicklung ermittelt (vgl. § 6 Abs. 1 LD), wobei der Leistungsanteil maximal 40 % des Positionslohns betragen kann (§ 6 Abs. 4 LD). Für die Lohnentwicklung innerhalb des Leistungsanteils sind nach § 36 Abs. 1 PLV im Wesentlichen folgende Aspekte massgebend:

- a) die für die Leistungshonorierung verfügbare Lohnsumme,
- b) die auf Grund des jährlichen Gesprächs erfolgte Beurteilung der Leistungen der Mitarbeiterin oder des Mitarbeiters,
- c) die aktuelle Lohnposition der Mitarbeiterin oder des Mitarbeiters innerhalb des Leistungsanteils,
- d) das pflichtgemässe Ermessen der Anstellungsbehörde."

Bei der Bemessung der Höhe des Leistungsanteils im Anfangslohn werden gemäss § 35 Abs. 3 PLV die Erfahrungen in früheren Stellen, ausgewiesene Fähigkeiten und die besondere Eignung für die neue Stelle berücksichtigt. Lebenserfahrung sowie Erfahrungen in Haus-, Erziehungs- und Betreuungsarbeit werden angemessen einbezogen.

2.3. Ergänzend zu den zitierten Bestimmungen des Lohndekrets sowie der Personal- und Lohnverordnung erliess der Regierungsrat die "Richtlinien zur Festlegung des Leistungsanteils des Lohnes" vom 29. August 2001 (im Folgenden: Richtlinien). Darin wird unter anderem festgehalten, dass jährlich eine Leistungsbeurteilung (DIALOG) erfolgt (Richtlinien Ziffer 2). Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter mit einer A-, B1- oder B2-Beurteilung steigen im Leistungsband schrittweise bis zum Maximum von 140 %, wobei der Anstieg bei einer A-Beurteilung rascher erfolgt als bei einer B1- bzw. B2-Beurteilung (Richtlinien Ziffer 3, in Kraft seit 18. September 2002). Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter mit einer regelmässigen C-Beurteilung können nicht bis zum Maximum der Lohnstufe ansteigen und nicht

mit einer kontinuierlichen Lohnerhöhung rechnen (Richtlinien Ziffer 4). Nach der Überführung in das neue Lohnsystem noch bestehende oder durch Neuanstellungen entstandene, ungerechtfertigte Lohnunterschiede werden ausgeglichen (Richtlinien Ziffer 5 Abs. 1). Bei Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern mit vergleichbarem Amts- und Lebensalter, die in der gleichen Lohnstufe eingereiht sind und gleich beurteilt werden, aber im Leistungsband unterschiedlich positioniert sind, sollen die im Leistungsband tiefer Stehenden einen prozentual höheren Leistungsanteil erhalten (Richtlinien Ziffer 5 Abs. 2). Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter haben keinen Rechtsanspruch auf eine jährliche Lohnerhöhung (Richtlinien Ziffer 6).

In Bezug auf das Übergangsrecht ist wesentlich, dass die früheren Besoldungen grundsätzlich per 1. April 2001 unverändert in das neue Lohnsystem gemäss Lohndekret überführt wurden (Ausnahme: die frühere Besoldung lag unter dem Minimum oder über dem Maximum der neuen Lohnstufe und die Voraussetzungen betreffend Wahrung des Besitzstands waren nicht erfüllt; vgl. Ziffer 1 ff. des Anhangs III Lohndekret).

2.4. Das Lohndekret äussert sich nur in Bezug auf einen Ausnahmefall dazu, wie die Arbeitsplatzbewertung nach ABAKABA und die Festlegung des Anfangslohnes zusammenhängen. § 8 Abs. 2 LD bestimmt, dass für Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter, die bei ihrer Anstellung das für die Funktion massgebende Anforderungsprofil noch nicht voll erfüllen, der Anfangslohn ausnahmsweise für eine befristete Übergangszeit bis zu 15 % unter dem Positionslohn festgesetzt werden kann. Effektiv besteht auch über diese Konstellation hinaus ein enger Zusammenhang. Die bedeutsamen Berufs- und Lebenserfahrungen, welche in die Bemessung der Höhe des Anfangslohnes hineinfließen, bzw. die individuellen Leistungen, welche für die jährlichen Lohnanpassungen massgebend sind, müssen stets unter Berücksichtigung der Bewertung des konkreten Arbeitsplatzes gemäss ABAKABA gewürdigt werden (vgl. für Grundlöhner PRGE vom 30. April 2007 in Sachen E. I., Erw. II/3.2). Mit der Höhe des Leistungsanteiles kann gegebenenfalls der speziellen Erfahrung oder der besonderen Leistungsfähigkeit einer Mitarbeiterin oder eines Mitarbeiters Rechnung getragen werden. Nicht mit dem Leistungs-

anteil abzugelten ist dagegen die Erfüllung derjenigen Anforderungen, welche für einen bestimmten Arbeitsplatz und damit für die entsprechende Lohnstufe überhaupt vorausgesetzt sind. Bei der Bemessung des Leistungsanteils ist daher immer zu berücksichtigen, ob bzw. wie weit die betreffende Mitarbeiterin oder der betreffende Mitarbeiter die Mindestanforderungen der jeweiligen Lohnstufe übertrifft. Für eine individuelle Leistungshonorierung wird dabei umso mehr vorausgesetzt, je höher das Anforderungsprofil nach ABA-KABA liegt.

3.

3.1. In Bezug auf die Gerichtsschreiberinnen und Gerichtsschreiber der Bezirksgerichte, der Spezialverwaltungsgerichte sowie des Obergerichts erfolgten insgesamt sieben unterschiedliche Arbeitsplatzbewertungen. Ergänzend wurde in der "Einreihungstabelle der Gerichtsschreiberfunktionen bei den Justizbehörden" (im Folgenden: Einreihungstabelle) umschrieben, nach welchen Gesichtspunkten die Zuordnungen zu den einzelnen Funktionsbezeichnungen (GS 1, 2, 2A, 3, 3A, 4) bzw. den entsprechenden Arbeitsplatzbewertungen zu erfolgen haben. Wesentlich ist in diesem Zusammenhang, dass die Einreihungstabelle ein blosses Hilfsmittel bildet; massgebend für die LohnEinstufung sind letztlich allein die Kriterien der Arbeitsplatzbewertung.

Aus dem Gesamtzusammenhang sowie insbesondere aus der Einreihungstabelle ergibt sich, dass für die Einstufung der Gerichtsschreiberinnen und Gerichtsschreiber das Fachwissen der jeweiligen Stelleninhabenden (z.B. Zusatzausbildungen wie Anwaltspatent und Dissertation, Erfahrung, spezielle Fachkompetenz u.a.) eine gewichtige Rolle spielt. Sobald die betroffenen Mitarbeitenden die entsprechenden Kriterien erfüllen, wird in der Regel die Funktionszuordnung bzw. die LohnEinstufung entsprechend angepasst. Nur in Bezug auf einzelne Funktionen ist insofern eine Limitierung vorgesehen, als z.B. grundsätzlich pro Gericht nur eine Gerichtsschreiberin bzw. ein Gerichtsschreiber der Funktion GS 3A zugeordnet wird. Im Übrigen besteht ein "angenäherter" Automatismus, d.h. es erfolgt eine Anpassung der Funktionszuordnung, sofern im konkreten Einzelfall nicht spezifische Umstände dagegen sprechen (zur Recht-

mässigkeit dieser Einreihung vgl. PRGE vom 30. Mai 2005 i.S. J.S. Erw. II/1).

3.2. Wie dargelegt (vgl. Erw. II/2.4), besteht zwischen der Einreihung in eine bestimmte Lohnstufe und der Bemessung des Leistungsanteils innerhalb derselben grundsätzlich ein enger Zusammenhang. Auf die Funktion der Gerichtsschreiberinnen und Gerichtsschreiber trifft dies in besonderem Mass zu. Die Gerichtsschreiberfunktionen sind über mehrere Lohnstufen verteilt (vgl. Erw. 3.1 hiervor) und die Zuteilung berücksichtigt in hohem Mass die spezifischen Qualifikationen der Mitarbeiterin oder des Mitarbeiters. Dieselben Qualifikationen, welche Grundlage für die Bemessung eines bestimmten Leistungsanteils in einer unteren Lohnstufe sind, gehören zum Anforderungsprofil einer oberen Lohnstufe und können daher nicht zusätzlich im Leistungsanteil berücksichtigt werden.

4.

4.1. Der Beschwerdeführer war bis im September 2005 der Lohnstufe 12 zugeteilt. Mit Lohnverfügung vom 19./22. September 2005 wurde er im Rahmen der Neubewertung der Gerichtsschreiberfunktionen rückwirkend per 1. April 2001 in die Lohnstufe 14 eingereiht. Unter Beibehaltung der Höhe des bisherigen Jahresbruttolohnes setzte sich dieser neu aus einem höheren Positionslohn und einem dementsprechend tieferen Leistungsanteil zusammen. Der Beschwerdeführer beantragt, sein ursprünglicher Leistungsanteil sei nach der Einteilung in die Lohnstufe 14 vollumfänglich beizubehalten.

4.2. Die Arbeitsplätze, welche der Lohnstufe 14 zugewiesen wurden, sind gegenüber denjenigen, welche in der Lohnstufe 12 liegen, deutlich höher bewertet (Lohnstufe 14: 520 – 559,99 ABAKABA-Punkte, Lohnstufe 12: 440 – 479,99 ABAKABA-Punkte). Gemäss Einreihungsplan ist die Lohnstufe 14 für Gerichtsschreiber vorgesehen, welche mindestens zwei Jahre Berufserfahrung mitbringen und entweder über das Anwaltspatent verfügen oder aber aufgrund ausgewiesener Fachkompetenzen besondere Aufgaben übernehmen. Die Lohnstufe 12 bezieht sich demgegenüber auf Gerichtsschreiber ohne Anwaltspatent mit bis zu zwei Jahren Berufserfahrung.

Der Beschwerdeführer verfügt sowohl über das Anwaltspatent als auch über mehrjährige Erfahrung als Gerichtsschreiber. Er erfüllt daher die für die Erreichung der Lohnstufe 14 verlangten Voraussetzungen. Indem er geltend macht, sein ursprünglicher Leistungsanteil sei in identischer Höhe von der Lohnstufe 12 in die Lohnstufe 14 zu übernehmen, verkennt er jedoch, dass das Anforderungsprofil an einen Gerichtsschreiber der Lohnstufe 14 höher ist und daher zumindest einen Teil seiner bisher den Leistungsanteil ausmachenden Erfahrungen und Fähigkeiten voraussetzt und gewissermassen konsumiert. Die Einreihung in die höhere Lohnklasse erfolgte mithin aufgrund von Kriterien, die in der Lohnstufe 12 zum Anstieg des Leistungsanteils geführt haben. Die Senkung des Leistungsanteils ist insofern eine logische Konsequenz der Einreihung in die höhere Lohnklasse mit höherem Positionslohn. Es ist nicht erkennbar, inwiefern durch diesen Mechanismus dem Beschwerdeführer etwas "entzogen" würde; zum einen bleibt der Jahresbruttolohn gleich und zum andern erhöhen sich durch den Lohnstufenanstieg die lohnmassigen Entwicklungsmöglichkeiten beträchtlich.

4.3. Aus den dargelegten Gründen besteht vorliegend kein Anspruch darauf, bei einem Lohnstufenwechsel einen identischen Leistungsanteil beizubehalten. Nachdem der Beschwerdeführer keine weiteren Einwände gegen die Bemessung des Leistungsanteils vorbringt und keine Hinweise darauf bestehen, dass dieser nicht korrekt festgesetzt worden wäre, erübrigen sich weitere Ausführungen hierzu.

4.4. Zusammenfassend ergibt sich, dass der Beschwerdeführer keinen Anspruch darauf hat, seinen ursprünglichen Leistungsanteil nach der Einreihung in die Lohnstufe 14 in gleicher Höhe beizubehalten. Die Beschwerde ist demnach abzuweisen.

106 Leistung von Überstunden.

- **Überstunden setzen nicht zwingend eine vorgängige Anordnung durch den Vorgesetzten voraus (Erw. 2).**
- **Unterschiede zwischen Überstunden und "Gleitzeit-Überhang" (Erw. 3).**

- **Ausdrückliche und stillschweigende Anerkennung von Überstunden, welche ohne vorgängige Anordnung geleistet wurden (Erw. 4).**

Aus dem Entscheid des Personalrekursgerichts vom 17. Dezember 2007 in Sachen Z. gegen Kanton Aargau (2-KL.2006.9).

Aus den Erwägungen

2.

2.1. Unter den Parteien ist vorab umstritten, wie der Begriff "Anordnung" in § 27 Abs. 1 PLV bzw. in § 13 f. der Verordnung zum Dekret über das Dienstverhältnis und die Besoldung der Staatsbeamten (VO Besoldungsdekret) vom 24. November 1971 auszulegen ist: Während nach Auffassung des Beklagten das Vorliegen von Überstunden nur bejaht werden kann, wenn vorgängig eine entsprechende Weisung des Vorgesetzten (bzw. nach § 13 VO Besoldungsdekret des Abteilungschefs und nach § 14 VO Besoldungsdekret des Departements bzw. Obergerichts im Einverständnis mit dem Finanzdepartement) erfolgte, genügt es aus der Sicht der Klägerin, wenn die Leistung der Überstunden betrieblich notwendig war.

Der prinzipielle Einwand des Beklagten, § 27 Abs. 1 PLV sei eindeutig formuliert und daher gar nicht auslegungsbedürftig, ist unbehelflich: Eine Auslegung ist unter anderem notwendig, wenn Zweifel bestehen, ob ein scheinbar klarer Wortlaut den wahren Sinn der Norm wiedergibt (Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2006, Rz. 214). Diese Voraussetzung ist vorliegend offensichtlich erfüllt, ist es doch selbst nach der Praxis der Abteilung Personal und Organisation entgegen dem Wortlaut zulässig, dass anstelle der vorgängigen Anordnung eine nachträgliche Genehmigung erfolgt (vgl. Erw. 2.5 hiernach).

2.2. Nach den allgemeinen Regeln über die Gesetzesauslegung muss das Gesetz in erster Linie aus sich selbst heraus, das heisst nach Wortlaut, Sinn und Zweck und den ihm zugrunde liegenden Wertungen auf der Basis der teleologischen Verständnismethode ausgelegt

werden (BGE 111 II 149, Erw. 4/a; BGE 103 Ia 288, Erw. 2/c). Die Gesetzesauslegung hat sich vom Gedanken leiten zu lassen, dass nicht schon der Wortlaut die Rechtsnorm darstellt, sondern erst das an Sachverhalten verstandene und konkretisierte Gesetz. Gefordert ist die sachlich richtige Entscheidung im normativen Gefüge, ausgerichtet auf ein befriedigendes Ergebnis aus der ratio legis, die zu ermitteln dem Gericht nicht nach seinen eigenen, subjektiven Wertvorstellungen, sondern nach den Vorgaben des Gesetzgebers aufgegeben ist. Die Gesetzesmaterialien fallen nur dann ins Gewicht, wenn sie angesichts einer unklaren gesetzlichen Bestimmung eine klare Antwort geben (BGE 111 II 149, Erw. 4/a). Die Auslegung des Gesetzes ist zwar nicht entscheidend historisch zu orientieren, im Grundsatz aber dennoch auf die Regelungsabsicht des Gesetzgebers und die damit erkennbar getroffenen Wertentscheidungen auszurichten (vgl. zum Ganzen BGE 128 I 34, Erw. 3/b; BGE 121 III 219, Erw. 1/d/aa).

2.3. Aufgrund des Wortlauts von § 27 Abs. 1 PLV bzw. § 13 f. VO Besoldungsdekret lässt sich darauf schliessen, dass die Anordnung vor der Leistung von Überstunden erfolgen muss. Allerdings ist nicht explizit ausgeschlossen, dass Überstunden aufgrund einer entsprechenden dienstlichen Notwendigkeit und ohne vorgängige Kenntnis des Arbeitgebers erbracht werden.

2.4. § 22 PersG bzw. § 9 Besoldungsdekret umschreiben einer Generalklausel gleich die Dienst- und Treuepflicht der Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter. Danach haben sie "die Rechte der Bevölkerung zu achten, die ihnen übertragenen Aufgaben sorgfältig, gewissenhaft und wirtschaftlich auszuführen und die Interessen des Kantons in guten Treuen zu wahren." Gestützt auf diese Treuepflicht sind die Mitarbeitenden unabhängig von einer allfälligen vorgängigen Anordnung zur Leistung von Überstunden gehalten, soweit es von der Aufgabe her notwendig und soweit es zumutbar ist. Dies entspricht der ausdrücklichen Regelung in Art. 321c Abs. 1 OR; diese Bestimmung beruht ebenfalls auf der Treuepflicht des Arbeitnehmers (vgl. Frank Vischer, *Der Arbeitsvertrag*, 3. Auflage, Basel 2005, S. 163). Wichtig erscheint in diesem Zusammenhang, dass nicht jede Arbeit, welche für den Betrieb dienlich bzw. nützlich war, als notwendig zu qualifizieren ist. Voraussetzung hierfür ist vielmehr, dass die Arbeit

im betreffenden Zeitpunkt erledigt werden musste und sich nicht aufschieben liess (Ullin Streiff/Adrian von Kaenel, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319 – 362 OR, 6. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2006, Art. 321c OR N 4; Christoph Senti, Überstunden, in: AJP 2003, S. 387).

Aus der erwähnten Pflicht zur Leistung nicht im Voraus angeordneter Überstunden lässt sich umgekehrt folgern, dass die Anstellungsbehörde diese Überstunden als solche akzeptieren muss. Nach Massgabe der systematischen Auslegung ist folglich eine vorgängige Anordnung von Überstunden nicht zwingend. Wesentlich für das Vorliegen von Überstunden ist vielmehr, dass die Arbeit aus dienstlichen Gründen erforderlich war.

2.5. Aus historischer Sicht erscheint Folgendes wesentlich: Im Privatrecht ist anerkannt, dass Überstunden nicht nur bei ausdrücklicher vorgängiger Anordnung vorliegen, sondern auch dann, wenn sie ohne Wissen und Willen des Arbeitgebers geleistet wurden, aber objektiv notwendig waren (vgl. Erw. 2.4 hiervor sowie Ullin Streiff/Adrian von Kaenel, a.a.O., Art. 321c N 2 mit Hinweisen). Diese Praxis wurde im öffentlichen Recht entsprechend übernommen (Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich vom 9. Februar 2000, PK.1999.0006, Erw. 3). Es besteht kein Anhaltspunkt dafür, dass der aargauische Verordnungsgeber abweichend hiervon nur im Voraus angeordnete Überstunden als solche hätte anerkennen wollen.

Die zeitgemässe Auslegung ergibt dasselbe Resultat. Die von der Abteilung Personal und Organisation herausgegebene Benutzeranleitung "Zeiterfassung in der Kantonalen Verwaltung" (Stand 5. Dezember 2007; Ziffer 5.2) sieht ausdrücklich vor, dass eine nachträgliche Genehmigung von Überstunden möglich ist.

2.6. Schliesslich spricht auch die teleologische Auslegung dagegen, die vorgängige Anordnung als zwingende Voraussetzung für das Vorliegen von Überstunden anzusehen. Nach Sinn und Zweck der Bestimmung erscheint es wesentlich, dass die Leistung von Überstunden aus dienstlichen Gründen notwendig sein muss. Diese Voraussetzung ist regelmässig erfüllt, wenn vorgängig eine aus-

drückliche Anordnung erfolgt; sie kann jedoch auch sonst gegeben sein.

2.7. Zusammenfassend ergibt sich, dass das Vorliegen von Überstunden nicht zwingend eine vorgängige Anordnung voraussetzt. Entscheidend ist vielmehr, dass die Leistung der Überstunden aus dienstlichen Gründen erforderlich war (d.h. sich nicht aufschieben liess) und nicht dem Willen des Arbeitgebers widersprach. Der entsprechende Nachweis erübrigt sich, wenn eine vorgängige Anordnung oder eine nachträgliche Genehmigung vorliegt.

3.

3.1. Von den Überstunden zu unterscheiden ist der sog. "positive Gleitzeitsaldo" (bzw. "Gleitzeit-Überhang").

§ 11 der Arbeitszeitverordnung vom 22. August 1988 (aAZV) sah in Bezug auf Zeitguthaben und -schulden, welche sich im Zusammenhang mit der gleitenden Arbeitszeit ergeben, folgende Regelung vor:

¹Abweichungen der effektiven Arbeitszeit von der monatlichen Sollzeit (ohne Überzeit) sind bis max. +/- 15 Stunden möglich (Gleitzeit-Saldo).

²Die Kompensation eines positiven Gleitzeitsaldos während der Blockzeit ist höchstens im Rahmen von zwei halben oder einem ganzen Tag pro Monat und nur mit Genehmigung des Vorgesetzten zulässig. Gleitzeitsaldi bis zu 15 Stunden können von Monat zu Monat übertragen werden, sind aber normalerweise innerhalb der Gleitzeit auszugleichen (Ausnahme: angeordnete Überzeit).

³(...).

⁴Wenn ein Beamter mehrmals eine Zeitschuld oder ein Zeitguthaben über 15 Stunden pro Monat ausweist, ist das Arbeitsverhältnis bezüglich Arbeitszeit zu überprüfen.

⁵Bei Auflösung des Arbeitsverhältnisses ist der allfällige (positive oder negative) Gleitzeitsaldo abzutragen. Ein positiver Gleitzeitsaldo wird am Austrittstag ersatzlos gestrichen (Ausnahme: angeordnete Überzeit); ein negativer Gleitzeitsaldo führt zu einer entsprechenden Besoldungsreduktion."

3.2. §§ 14 ff. AZV, welche per 1. Januar 2000 in Kraft traten und die Arbeitszeitverordnung vom 22. August 1988 aufhoben (§§ 27 und 28 AZV), lauten wie folgt:

"§ 14

¹Der Gleitzeitsaldo am Ende des Kalenderjahres ergibt sich aus der Differenz zwischen der jährlich innerhalb des Arbeitszeitrahmens gemäss § 6 geleisteten Arbeitszeit und der jährlich zu leistenden Regel-Sollarbeitszeit gemäss § 5. Vorbehalten bleibt angeordnete Überzeit.

²Ein positiver oder negativer Gleitzeitsaldo von höchstens 80 Stunden darf auf das neue Kalenderjahr übertragen werden. Das 80 Stunden übersteigende Gleitzeitguthaben verfällt am Ende des Kalenderjahres ohne Vergütung. Die 80 Stunden übersteigende Gleitzeitschuld führt zu einer entsprechenden Gehaltsreduktion. Bei Teilzeitbeschäftigten bemisst sich der positive oder negative Übertrag des Gleitzeitsaldos im Verhältnis zum Beschäftigungsgrad.

³Vor Auflösung des Arbeitsverhältnisses ist ein positiver oder negativer Gleitzeitsaldo abzutragen. Ein Gleitzeitguthaben verfällt grundsätzlich am Austrittstag. Die vorgesezte Stelle kann ausnahmsweise eine Vergütung bewilligen, wenn eine Kompensation aus betrieblichen Gründen nicht möglich war. Eine Gleitzeitschuld am Austrittstag führt zu einer entsprechenden Gehaltsreduktion.

§ 15

Ein Gleitzeitguthaben wird nach vorheriger Absprache mit der vorgesetzten Stelle kompensiert."

3.3. Im Gegensatz zu den Überstunden, welche eine entsprechende betriebliche Notwendigkeit voraussetzen (vgl. Erw. 2 hiavor), werden Gleitzeitstunden grundsätzlich aus freiem Willen geleistet. Der Sinn der Gleitzeit liegt gerade darin begründet, dass der Arbeitnehmer in deren Rahmen selbständig bestimmen kann, die Soll-Arbeitszeit zu über- oder zu unterschreiten. Umgekehrt korreliert die Zeitautonomie des Arbeitnehmers mit seiner Verpflichtung, fristgerecht für den entsprechenden Ausgleich zu sorgen (vgl. BGE 123 III 469, Erw. 3/b). Als Limite gilt dabei die Regelung, dass maximal 80 Gleitzeitstunden von einem Jahr auf das nächste (bzw. gemäss der alten Arbeitszeitverordnung maximal 15 Gleitzeitstunden von einem Monat auf den nächsten) übertragen werden dürfen. Der Übertrag von Überstunden ist demgegenüber nicht beschränkt. Eine Entschädigung eines Gleitzeitüberhangs ist – restriktiver als bei

Überstunden – nur ausnahmsweise und nur im Zusammenhang mit der Auflösung des Arbeitsverhältnisses möglich.

4.

4.1. Dem Gericht liegen folgende Stempelkarten der Klägerin vor:

- 2001: Januar – Mai, August – Dezember
- 2002: Januar – November
- 2004: Januar und Februar
- 2005: Januar – März, Juli – Dezember

Weitere Stempelkarten konnten nicht beigebracht werden. Für die Jahre 2002 und 2005 liegt zusätzlich je eine Zeiterfassungstabelle für das ganze Jahr vor (2000: Zeiterfassungstabelle Januar - November; 2001: Zeiterfassungstabelle Januar und Februar).

Sowohl auf den Stempelkarten als auch auf den Zeiterfassungstabellen sind u.a. die Rubriken "Übertrag Vormonat" bzw. (Gleitzeit-) "Überhang" und "Überzeit angeordnet" vorgesehen. Auf den erwähnten Dokumenten, welche dem Gericht eingereicht wurden, sind die von der Klägerin geleisteten Mehrstunden (d.h. die Differenz zwischen den effektiv geleisteten und den Soll-Arbeitsstunden) stets unter "Überhang" bzw. nie unter "Überzeit angeordnet" ausgewiesen.

4.2.

4.2.1. Die Klägerin hat vom Dezember 2001 auf Januar 2002 370,6 h als Gleitzeitüberhang übertragen. Tatsächlich hätte sie indessen hiervon 170 h als "Überzeit angeordnet" ausweisen müssen; es handelt sich dabei um die Überstunden, welche sie unbestrittenermassen als Amtskassierin auf Anordnung hin leisten musste und welche sie bis Ende 2001 nie kompensiert hatte bzw. nie entschädigt erhielt. Somit verblieb ein effektiver Gleitzeitüberhang von 200,6 h, womit der maximal zulässige Gleitzeitsaldo von 80 h (§ 14 Abs. 2 AZV, vgl. Erw. 3.2 hiervor) massiv überschritten wurde. Dennoch hat der Vorgesetzte beide massgebenden Stempelkarten visiert.

Aufgrund der erwähnten Visa muss gefolgert werden, dass der Vorgesetzte mit dem ausgewiesenen Gleitzeitsaldo einverstanden war und insbesondere akzeptierte, dass ausnahmsweise ein höherer Gleitzeitsaldo auf das Jahr 2002 übertragen wurde, als dies rechtlich zu-

lässig gewesen wäre. Das Vorgehen lässt sich kaum anders interpretieren denn als Anerkennung, dass es der Klägerin aus betrieblichen Gründen nicht möglich war, im Rahmen ihrer Zeitautonomie die 200,6 h geleisteten Mehrstunden durch Kompensation auf die Limite von 80 h zu reduzieren. Damit ist die Differenz von 120,6 h aber nicht mehr als Gleitzeitguthaben, sondern als Überstunden zu qualifizieren (vgl. BGE 123 III 469 ff., Erw. 3/b). Zusammen mit den erwähnten 170 im Voraus angeordneten Überstunden, welche die Klägerin während ihrer Anstellung als Amtskassierin geleistet hatte, ergeben sich per Anfang 2002 290,6 anerkannte Überstunden.

4.2.2. Der Vorgesetzte der Klägerin gab anlässlich der Verhandlung an, er habe die Klägerin mehrmals aufgefordert, die von ihr geleisteten Mehrstunden abzubauen. Irgendwann sei es ihm "einfach zu dumm" bzw. "einfach zu blöd" geworden. Er habe daher die Stempelkarten Dezember 2001 und Januar 2002 kommentarlos visiert. Im Übrigen seien die Stempelkarten jeweils nur im Hinblick auf handschriftliche Korrekturen, Anzahl Fehltag etc. überprüft worden.

Die Klägerin bestreitet ausdrücklich, dass sie im fraglichen Zeitraum von ihrem Vorgesetzten je aufgefordert wurde, ihre Mehrstunden abzutragen. Belege für seine gegenteiligen Ausführungen vermag der Vorgesetzte nicht vorzulegen. Die von ihm angerufenen Schreiben vom 5. Februar 2000 und 3. Januar 2001 sind als Beweis untauglich, da sie an alle Mitarbeitenden adressiert und allgemein abgefasst waren. Die Darlegungen des Vorgesetzten erweisen sich somit als blosser Schutzbehauptungen. Dies gilt umso mehr, als die vorgesetzten Personen zur Überprüfung der Monatsabrechnungen verpflichtet sind (§ 11 Abs. 2 AZV). Dieser Aufgabe darf sich eine Führungsperson nicht entziehen, nur weil ihr eine bestimmte Aufgabe "zu blöd" bzw. "zu dumm" ist. Ebenso wenig ist es zulässig, dass sie die Überprüfung auf einzelne (zum Teil eher untergeordnete) Aspekte beschränkt (vgl. in diesem Zusammenhang Ziffer 5.1 der von der Abteilung Personal und Organisation herausgegebene Benutzeranleitung "Zeiterfassung in der Kantonalen Verwaltung", Stand 5. Dezember 2007; danach haben die Vorgesetzten darauf zu achten, dass der Gleitzeitsaldo von 80 h nicht überschritten wird; gegebenen-

falls sind die Mitarbeitenden während dem Kalenderjahr darauf hinzuweisen, den Saldo zu reduzieren).

4.3.

4.3.1. Auch in den Folgejahren hat die Klägerin den maximalen Gleitzeitüberhang, welcher von einem Jahr ins nächste übertragen werden darf, regelmässig um ein Mehrfaches überschritten (per 1. Januar 2003: genaue Stundenzahl nicht rekonstruierbar, Ende November 2002 wurden 620,5 h ausgewiesen; per 1. Januar 2004: 1'081,05 h; per 1. Januar 2005: 975,8 h; per 1. Januar 2006: 707,65 h). Der Vorgesetzte der Klägerin anerkannte anlässlich der Verhandlung, dass ihm - wenn auch teilweise mit einer Verspätung von bis zu drei Monaten - die Stempelkarten stets abgegeben wurden und er dadurch über die von der Klägerin geleisteten Mehrstunden stets informiert war.

4.3.2. Es wird von der Klägerin bestritten und ist in keiner Art und Weise belegt, dass sie vor 2005 je zum Abbau der geleisteten Mehrstunden aufgefordert worden wäre. Analog zu den obigen Ausführungen (Erw. 4.2.2) lässt sich der Umstand, dass der Vorgesetzte trotz Kenntnis der geleisteten Mehrstunden nicht einschritt, nicht anders denn als stillschweigende Anerkennung von Überstunden verstehen. Es wird in diesem Zusammenhang abermals auf die massgebenden Überprüfungspflichten der vorgesetzten Person verwiesen.

Diese Beurteilung deckt sich mit der privatrechtlichen Rechtsprechung. Das Bundesgericht hat entschieden, dass der Anstellungsbehörde eine Abmahnungspflicht zukommt, wenn die Leistung von Überstunden ihr bekannt bzw. für sie erkennbar ist und sie diese nicht akzeptieren will. Ansonsten darf der Arbeitnehmer davon ausgehen, dass die Überstunden anerkannt sind (vgl. für das Privatrecht BGE vom 9. Oktober 2000, 4C.110/2000, Erw. 2/a/aa). Diese Praxis lässt sich analog auf das kantonale Personalrecht übertragen.

4.3.3. Somit ergibt sich, dass per Ende 2004 895,8 Überstunden (975,8 Mehrstunden abzüglich dem maximal zulässigen Gleitzeitsaldo von 80 h) anerkannt waren. Unbestrittenermassen hielt der Vorgesetzte die Klägerin im Verlaufe des Jahres 2005 dazu an, Überstunden abzubauen. Eine Reduktion um mehr als die effektiv abgebauten 268,15 Überstunden konnte jedoch ohne zusätzliche Mass-

nahmen (Beschränkung des Aufgabenheftes) nicht erwartet werden. Somit sind die per Ende 2005 ausgewiesenen 627,65 Überstunden (707,65 Mehrstunden abzüglich des maximal zulässigen Gleitzeitsaldo von 80 h) ebenfalls als anerkannt anzusehen.

4.4. Der Beklagte macht sinngemäss geltend, die geleisteten Mehrstunden seien betrieblich nicht notwendig gewesen. Letztlich seien sie darauf zurückzuführen, dass die Klägerin ein Effizienzproblem gehabt habe und von ihrem Ehrgeiz und ihrem Ego getrieben worden sei. Es sei daher ausgeschlossen, die geleisteten Mehrstunden als Überstunden zu verstehen.

Vorab ist festzuhalten, dass die Überstunden nachträglich als solche anerkannt wurden (vgl. Erw. 4.2 und 4.3 hiervor). Entsprechend erübrigt es sich, die Frage der betrieblichen Notwendigkeit der geleisteten Mehrstunden zu prüfen. Zudem ist darauf hinzuweisen, dass in den DIALOG-Beurteilungen 2002 und 2004 (2003 fand offenbar keine Mitarbeiterbeurteilung statt) der Klägerin unter anderem "höchste Produktivität bei hervorragender Arbeitsqualität" (2002) sowie "hervorragende Arbeitsqualität und Produktivität" (2004) attestiert wurden. In Anbetracht dieser Qualifikationen erweisen sich die gegenteiligen Aussagen, die im Rahmen des vorliegenden Verfahrens gemacht wurden, als gänzlich unglaubwürdig. Erst 2005, als die umstrittenen Mehrstunden bereits geleistet worden waren, wurden im Rahmen der Mitarbeiterbeurteilung erstmals Zweifel an der Effizienz der Klägerin geäussert ("Die Effizienz der Arbeitsweise kann verbessert werden"; "Das Ergebnis zwischen Arbeitsaufwand und Arbeitsergebnis muss verbessert werden"; die Fachkompetenz, worunter auch die Produktivität bewertet wird, wurde zwar nicht mehr mit einem "A", aber doch mit einem "B1" bewertet).

Widersprüchlich ist das Verhalten der Anstellungsbehörde sowie des unmittelbar Vorgesetzten auch insofern, als zum einen das Bestehen von Überstunden verneint wird, zum andern aber behauptet wird, die Klägerin sei mehrmals zum Abbau genau dieser über Jahre hinweg aufsummierten, den zulässigen Gleitzeitsaldo weit übersteigenden Mehrstunden angehalten worden (vgl. beispielsweise das Schreiben des Vorgesetzten der Klägerin an den damaligen Chef Abteilung Strafrecht vom 13. Januar 2006; in Bezug auf das Jahr

2005 ist die entsprechende Aufforderung unbestritten). Der Vollständigkeit halber ist zusätzlich darauf hinzuweisen, dass es offensichtlich inkonsequent war, die Kompensation von mehreren hundert Mehrstunden zu fordern, ohne gleichzeitig das Aufgabenheft für den entsprechenden Zeitraum zu reduzieren. Der massive Abbau im Jahr 2005 war offenbar nur möglich, weil die Klägerin aufgrund gesundheitlicher Probleme zeitweilig weniger Arbeit zugeteilt erhielt.

4.5. Zusammenfassend ergibt sich, dass die Klägerin per 31. Dezember 2005 627,65 Überstunden aufwies, welche vom Vorgesetzten - teils mittels Visum, teils stillschweigend - anerkannt worden waren. Bezeichnenderweise hat der Vorgesetzte der Klägerin noch zu Beginn der vorliegenden Auseinandersetzung die geleisteten Mehrstunden ohne Wenn und Aber als Überstunden bezeichnet.

Mit "Verfügung" vom 10. August 2006 gewährte der Chef der Abteilung Strafrecht der Klägerin zwei zusätzliche Ferienwochen. Demzufolge sind von den erwähnten 627,65 Überstunden 84 h in Abzug zu bringen. Damit verbleiben insgesamt 543,65 Überstunden.

107 Besoldung. Festlegung des Anfangslohnes für sog. Grundlöhner.

- **Massgebende Gesichtspunkte bei der Festlegung des Anfangslohnes für Mitarbeitende in den Personalkategorien nach § 22 LD (sog. "Grundlöhner"; Erw. II/2-5).**

Aus dem Entscheid des Personalrekursgerichts vom 30. April 2007 in Sachen X. gegen das Departement Volkswirtschaft und Inneres (2-BE.2006.23).

Aus den Erwägungen

2.

2.1. Gemäss § 22 Abs. 1 lit. e LD in Verbindung mit Ziff. 1 Abs. 2 lit. a Anhang II LD sind die Bezirksamtmänner von einer Leistungsbeurteilung ausgenommen. Ihr Lohn setzt sich daher nicht aus einem "Positionsanteil" und einem "Leistungsanteil" (sowie allfälligen Lohnzulagen) zusammen (vgl. § 4 LD); vielmehr wird ihnen ein "fester Grundlohn" (§ 22 Abs. 1 LD) sowie ein "Erfah-

rungsanteil" (§ 22 Abs. 2 LD) ausgerichtet. Der Grundlohn beträgt 117 % des Minimums der jeweiligen Lohnstufe (§ 22 Abs. 2 Satz 1 LD in Verbindung mit Ziff. 1 Abs. 2 lit. a und Ziff. 2 Abs. 1 Anhang II LD). Der Erfahrungsanteil, welcher eine positive Gesamtbeurteilung voraussetzt, kann höchstens 20 % des Grundlohnes betragen (§ 22 Abs. 2 Satz 2 LD).

2.2. Das Personalrekursgericht hat im Zusammenhang mit der Festsetzung des Anfangslohnes der Personalkategorien nach § 22 LD (sogenannte "Grundlöhner") namentlich entschieden, dass der Anfangslohn trotz des Begriffes "fester Grundlohn" nicht fix ist, sondern der individuellen Festlegung bedarf. Weiter hielt es fest, dass dabei das Ermessen im Wesentlichen gleich auszuüben ist wie bei den Personalkategorien nach § 4 LD (sogenannte "Leistungslöhner") und dass in den 17 %, um die der Grundlohn den Positionslohn der einschlägigen Lohnstufe übertrifft, noch kein Erfahrungsanteil enthalten ist (AGVE 2005, S. 484 ff.).

3.

3.1. In casu ist zu prüfen, ob dem Beschwerdeführer per Amtsantritt neben dem Grundlohn auch ein Erfahrungsanteil zuzusprechen ist. Sofern die Berufs- und Lebenserfahrungen des Beschwerdeführers für die Funktion des Bezirksamtmannes als "bedeutsam" einzu-stufen sind, werden sie bei der Festlegung des Erfahrungsanteils "berücksichtigt" (§ 8 Abs. 1 LD).

Der Ausdruck "bedeutsam" stellt einen unbestimmten Rechtsbegriff dar. Mit dem Begriff "berücksichtigt" wird der Anstellungsbehörde zusätzlich ein Rechtsfolgeermessen eingeräumt. Im Rahmen der entsprechenden Überprüfung auferlegt sich das Personalrekursgericht eine gewisse Zurückhaltung (AGVE 2001, S. 536). Dies erweist sich auch im vorliegenden Fall als gerechtfertigt, da sich grundsätzlich die Anstellungsbehörde besser als ein Gericht für die Beurteilung eignet, inwiefern Berufs- und Lebenserfahrungen vor Amtsantritt für die Stelle als Bezirksamtmann wesentlich sind (AGVE 2005, S. 484 ff., Erw. II/5/a).

3.2. Was als bedeutsame Erfahrung zu berücksichtigen ist, muss in jedem einzelnen Fall separat geprüft werden. Dabei erweist es sich als naheliegend, die Qualifikationen des Betroffenen dem Anforder-

rungsprofil, welches gemäss der Arbeitsplatzbewertung ABAKABA der zur Diskussion stehenden Funktion zukommt, gegenüberzustellen (vgl. Erw. 4 hiernach). Nur wenn der Beschwerdeführer die Voraussetzungen gemäss ABAKABA erfüllt, ist allenfalls bereits bei Stellenantritt ein Erfahrungsanteil auszurichten. Ansonsten ist zu prüfen, ob eventuell der Anfangslohn für eine befristete Übergangszeit unter dem Grundlohn festzusetzen ist (vgl. § 8 Abs. 2 LD).

Für die Festlegung eines allfälligen Erfahrungsanteils sind über die eigentliche Berufserfahrung hinaus ausgewiesene Fähigkeiten und die besondere Eignung für die Stelle zu beachten (§ 35 Abs. 3 Satz 1 PLV). Lebenserfahrung sowie Erfahrungen in Haus-, Erziehungs- und Betreuungsarbeit werden angemessen einbezogen (§ 35 Abs. 3 Satz 2 PLV; vgl. Erw. 5 hiernach).

4.

4.1. Gemäss ABAKABA wird für die Bezirksamtänner eine Ausbildung auf Niveau Fachhochschule sowie eine Erfahrung von mehr als 13 Jahren verlangt; ein zusätzliches (Fach-)Wissen ist nicht erforderlich (AGVE 2005, S. 484 ff., Erw. II/5/c).

Aus dem Fragebogen ABAKABA, aufgrund dessen die Bewertung der einzelnen Arbeitsplätze vorgenommen wurde, ergibt sich kein Hinweis darauf, ob sämtliche Berufserfahrung nach Abschluss der angerechneten Ausbildung relevant ist oder ob eine zusätzliche Spezifität gegeben sein muss. Die Formulierung im sogenannten ABAKABA-Protokoll (= Resultat der Arbeitsplatzbewertung für die einzelnen Funktionen) lässt auf die erstgenannte (extensivere) Auslegung schliessen ("Erforderliche [Berufs-]Erfahrung vor oder nach Stellenantritt [ab Abschluss der angerechneten Ausbildung]"). Dasselbe ergibt sich aus dem sogenannten "Handbuch ABAKABA" (ABAKABA Aargau, Arbeitsanalyse, Das Handbuch, Aarau, Januar 2001), in welchem die Bewertungskommission die einzelnen Bewertungskriterien konkretisiert hat. Danach ist unter dem Merkmal I 1.3 massgebend die "Anzahl der erforderlichen Jahre an Berufserfahrung vor Stellenantritt ab Abschluss der letzten angerechneten Ausbildung." Tatsächlich bestätigte der Leiter Personalmanagementsysteme der Abteilung Personal und Organisation, dass nach der Praxis der Bewertungskommission unter dem Merkmal I 1.3 jede Be-

rufserfahrung in Betracht fällt, welche gestützt auf die massgebende Ausbildung gewonnen wurde.

Insgesamt ergibt sich, dass entgegen der Argumentation der Vorinstanz sowie der Schlichtungskommission unter dem ABA-KABA-Merkmal I 1.3 sämtliche (Berufs-)Erfahrung ab Abschluss der angerechneten Ausbildung relevant ist; eine zusätzliche Spezifität wird nicht verlangt.

4.2. Der Beschwerdeführer hat ein juristisches Hochschulstudium abgeschlossen. In der Folge hat er auf dem Bezirksamt Z. ein Praktikum absolviert und zwei Jahre als Gerichtsschreiber an den Bezirksgerichten B. und K. gearbeitet. Anschliessend war er sieben Jahre bei einer Rechtsschutzversicherung tätig und in den letzten zwölf Jahren vor seiner Wahl zum Bezirksamtman leitete er die Regionalstelle einer Versicherungsgesellschaft. Der Beschwerdeführer lässt zusätzlich vorbringen, dass er über "eine militärische Führungsausbildung und -erfahrung" verfüge und "auch bei seinen zivilen Tätigkeiten verschiedene Ausbildungen durchlaufen [habe], um Führungsverantwortung wahrnehmen zu können." Schliesslich beruft er sich auf "weitere berufliche Erfahrungen in verschiedensten Bereichen", die er bei "seiner Mitarbeit in Projekten, teilweise als Projektleiter" habe sammeln können. Als ordentlicher Handelsrichter am Handelsgericht A. sei er zudem während zehn Jahren mit vergleichbaren Aufgaben, wie sie ein Bezirksamtman zu erledigen habe, konfrontiert gewesen.

4.3. Aufgrund des Hochschulabschlusses und der in der Folge erworbenen Berufserfahrung ergibt sich, dass der Beschwerdeführer die Anforderungen gemäss ABAKABA sowohl in Bezug auf die Ausbildung als auch in Bezug auf die Erfahrung ohne Weiteres erfüllt. Es besteht mithin kein Anlass, den Anfangslohn gestützt auf § 8 Abs. 2 LD unterhalb des Grundlohnes festzulegen.

5. Ob im Zeitpunkt des Stellenantritts zusätzlich zum Grundlohn ein Erfahrungsanteil auszurichten ist und gegebenenfalls wie hoch dieser ausfällt, ist aufgrund der folgenden Gesichtspunkte zu entscheiden:

5.1. Der Beschwerdeführer weist mit dem Lizentiat der Rechtswissenschaften eine Ausbildung auf, welche gemäss ABAKABA hö-

her gewichtet wird als der für Bezirksamtänner geforderte Abschluss auf Niveau Fachhochschule. In Bezug auf die Lohnstufe spielt dies keine Rolle, da mit ABAKABA nicht eine bestimmte Mitarbeiterin bzw. ein bestimmter Mitarbeiter bewertet wird, sondern die (Mindest-)Anforderungen, welche jemand für eine bestimmte Funktion mitbringen muss (vgl. § 5 LD sowie die erwähnte Stellungnahme des Leiters Personalmanagementsysteme der Abteilung Personal und Organisation). Demgegenüber ist eine Ausbildung, welche die Mindestanforderungen gemäss ABAKABA übersteigt, grundsätzlich geeignet, um auf eine "ausgewiesene Fähigkeit" bzw. eine "besondere Eignung" im Sinne von § 35 Abs. 3 PLV zu schliessen und somit die Zuspreehung eines Erfahrungsanteils zu rechtfertigen.

In concreto gilt es zu prüfen, ob der Beschwerdeführer als Jurist besser für die Funktion als Bezirksamtann befähigt ist als jemand mit einem Fachhochschulabschluss (obwohl [noch] nicht existierend, ist dabei von einem speziellen Fachhochschullehrgang für angehende Bezirksamtänner bzw. für Fachleute insbesondere im Bereich der Strafverfolgung auszugehen). Diese Frage lässt sich nicht ohne weiteres beantworten. Zweifellos ist das Studium der Rechtswissenschaften wesentlich breiter gefächert als ein Lehrgang an der Fachhochschule. Werden aber an der Universität nicht entsprechende Schwerpunktfächer belegt, ist das Fachhochschulstudium in Bezug auf die Aufgaben des Bezirksamtannes bedeutend fachspezifischer. Demzufolge erscheint es dem Gericht zwar zulässig, nicht aber zwingend, dem Beschwerdeführer aufgrund der juristischen Ausbildung einen Erfahrungsanteil zuzuspreehen. Es liegt letztlich im Ermessen der Anstellungsbehörde, ob und gegebenenfalls in welchem Umfang das Lizenziat höher gewichtet wird als ein Fachhochschulabschluss.

5.2. Der Beschwerdeführer weist eine relevante Berufserfahrung auf, welche mit 21 Jahren deutlich über dem Anforderungsprofil gemäss ABAKABA (8 – 13 Jahre) liegt. Der Entscheid der Vorinstanz, dem Beschwerdeführer keinerlei Erfahrungsanteil zuzuspreehen, erweist sich demzufolge als ungerechtfertigt.

Für die Festlegung des Masses, wie stark die Berufserfahrung zu berücksichtigen ist, gilt es zu beachten, dass ein Grossteil der Aufgaben eines Bezirksamtannes im Bereich der Strafrechtspflege

liegt (Durchführung von Strafuntersuchungen, Erlass von Strafbefehlen, Strafvollzugswesen). Daneben ist er zuständig für die Bezirksverwaltung (Beurteilung von Beschwerden im Vormundschafts- und Sozialhilfewesen, Anordnung des Fürsorgerischen Freiheitsentzugs, u.a.). Aufgrund des Werdegangs des Beschwerdeführers ergibt sich, dass sich seine Berufserfahrung zum weit überwiegenden Teil nicht auf den Kernbereich der Tätigkeit eines Bezirksamtmanns bezieht. Seine Praxisjahre sind dementsprechend im Erfahrungsanteil nicht allzu hoch zu gewichten.

5.3. Schliesslich ist wesentlich, dass der Beschwerdeführer aufgrund seines Alters (bei Amtsantritt: 49 Jahre) und seiner ausser- und nebenberuflichen Aktivitäten (insbesondere langjähriges Mitglied des Handelsgerichts) über eine Lebenserfahrung verfügt, welche nach Massgabe von § 35 Abs. 3 Satz 2 PLV nicht vernachlässigt werden darf.

5.4. Gestützt auf die obgenannten Erwägungen gelangt das Personalrekursgericht zum Schluss, dass dem Beschwerdeführer per Amtsantritt zusätzlich zum Grundlohn ein gewisser Erfahrungsanteil auszurichten ist. Er ist mithin so zu stellen wie ein Bezirksamtmann, welcher aufgrund seiner Voraussetzungen bei Beginn seiner Tätigkeit auf dem Grundlohn eingestuft wurde und mittlerweile über eine gewisse Erfahrung in seinem Amt verfügt.

Das Personalrekursgericht ist aufgrund der ihm zustehenden Ermessensüberprüfung grundsätzlich befugt, den umstrittenen Erfahrungsanteil selber festzulegen. Im vorliegenden Fall drängt es sich indessen auf, das Verfahren nicht abschliessend zu beurteilen, sondern an die Vorinstanz zurückzuweisen. Damit erhält sie die Möglichkeit, über den Einzelfall hinaus eine taugliche Praxis betreffend die Bemessung des Erfahrungsanteils von Grundlöhnern festzulegen. Zudem spricht auch das Interesse des Beschwerdeführers an einer nochmaligen Beschwerdemöglichkeit für eine Rückweisung. Die dadurch verursachte Verzögerung des Verfahrens ist in Kauf zu nehmen.

III. Aus-/Weiterbildung

108 Kommunales Dienstverhältnis, Rückerstattung von Aus- und Weiterbildungskosten.

- **Selbst wenn im massgebenden Dienst- und Besoldungsreglement eine entsprechende Regelung fehlt, entfällt eine allfällige Rückzahlungspflicht, wenn die Anstellungsbehörde grundlos gekündigt oder wenn sie selber den Grund für die Kündigung gesetzt hat (Erw. II/1 und 2).**

Aus dem Entscheid des Personalrekursgerichts vom 25. Mai 2007 in Sachen M. gegen Gemeinderat W. (2-BE.2006.24).

Aus den Erwägungen

1.

1.1. Die Beurteilung, ob die angefochtene Verfügung betreffend Rückerstattung von Ausbildungskosten gerechtfertigt war oder nicht, richtet sich nach dem Personalreglement. Subsidiär gelten a) das kantonale Personalrecht und b) die Bestimmungen des OR über den Einzelarbeitsvertrag (§ 2 Abs. 2 kommunales Personalreglement [PR]; vgl. Erw. I/2.2 hiervor).

1.2. § 25 PR lautet wie folgt:

"Der Gemeinderat fördert und unterstützt die Weiterbildung. Er kann dafür zusätzlich bezahlten Urlaub gewähren und/oder Kostenbeiträge leisten. Einzelheiten werden in der Verordnung geregelt."

Die Ausführungsbestimmungen finden sich in den "Richtlinien für die Aus- und Weiterbildung des Personals" vom 19. Juni 2000/24. Februar 2003 (im Folgenden: Richtlinien). Ziffer 2 lit. b dieser Richtlinien lautet wie folgt:

"Besucht ein Mitarbeiter eine Aus- und Weiterbildung, die im Zusammenhang mit seiner Funktion steht, übernimmt die Gemeinde die entsprechenden Schul- bzw. Kurskosten und stellt die erforderliche Arbeitszeit

zur Verfügung. Bei einer Auflösung des Arbeitsverhältnisses sind die von der Gemeinde übernommenen Schul- bzw. Kurskosten zurückzuerstatten.

(...)

<u>Kurskosten über Fr. 10'000.--</u>	<u>rückvergüten</u>
Während der Schule	100 %
1. Jahr nach Abschluss	80 %
2. Jahr nach Abschluss	60 %
3. Jahr nach Abschluss	40 %"

2.

2.1. Nach dem Wortlaut der Richtlinien besteht die Rückerstattungspflicht für Schul- und Kurskosten unabhängig davon, aus welchen Gründen das Arbeitsverhältnis aufgelöst wird. Im Unterschied hierzu legt § 18 der kantonalen Weiterbildungsverordnung fest, dass eine Rückerstattungspflicht nur besteht, wenn die betroffene Person selber kündigt oder wenn

- die Vertragsparteien das Anstellungsverhältnis im gegenseitigen Einvernehmen beenden (§ 9 Abs. 1 PersG),
- die Kündigung wegen Mängel in der Leistung oder im Verhalten erfolgt, die sich trotz schriftlicher Mahnung während der Bewährungszeit fortsetzen (§ 10 Abs. 1 lit. c PersG),
- der Arbeitgeber kündigt infolge mangelnder Bereitschaft während oder nach der Bewährungszeit, die im Anstellungsvertrag vereinbarte Arbeit oder eine zumutbare andere Arbeit zu verrichten (§ 10 Abs. 1 lit. d PersG),
- ein Beamtenverhältnis durch die Aufsichtsbehörde fristlos aufgelöst wird (§ 35 lit. b PersG),
- eine Beamtin oder ein Beamter nicht wiedergewählt wird.

Die Regelung entspricht letztlich der von Lehre und Rechtsprechung entwickelten privatrechtlichen Lösung, wonach die Rückzahlungspflicht entfällt, wenn der Arbeitgeber kündigt, ohne dass ihm der Arbeitnehmer dazu berechtigten Grund gegeben hat, oder wenn der Arbeitnehmer aus einem begründeten, vom Arbeitgeber zu verantwortenden Anlass kündigt (PRGE vom 31. März 2005 in Sachen A.S., Erw. II/4 mit Hinweisen; Frank Vischer, Der Arbeitsvertrag, 3. Auflage, Basel/Genf/München 2005, S. 107; Ullin Streiff/Adrian von Känel, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR,

6. Auflage, Zürich 2006, Art. 335a N 2 f.). Die Lösung stützt sich auf das Gebot von Treu und Glauben (Art. 5 Abs. 3 BV; Art. 2 ZGB) bzw. dessen Konkretisierung in Art. 156 OR, wonach eine Bedingung als erfüllt gilt, wenn ihr Eintritt von dem einen Teile wider Treu und Glauben verhindert worden ist. Tatsächlich soll die Rückerstattungspflicht sicherstellen, dass nicht der Arbeitnehmer einseitig von der Aus- bzw. Weiterbildung profitiert, sondern dass auch der Arbeitgeber eine gewisse Zeit lang daran teilhat. Falls der Arbeitgeber den Grund der Kündigung setzt oder grundlos kündigt, verzichtet er selber darauf, sich die Aus- bzw. Weiterbildung des Arbeitnehmers zunutze zu machen. Demzufolge erweist es sich als treuwidrig, wenn er trotzdem die bezahlten Weiterbildungskosten zurückfordert.

2.2. Es kann vorliegend offen bleiben, ob die Formulierung der Richtlinien abschliessend zu verstehen ist (und somit bei jeder Art der Auflösung das Anstellungsverhältnis eine Rückerstattungspflicht bestehen soll) oder ob sie Raum lässt für eine subsidiäre Anwendung der dargestellten kantonalen bzw. obligationenrechtlichen Regelung. Selbst im ersten Fall dürfte keine Rückerstattung verlangt werden, wenn seitens der Gemeinde grundlos gekündigt wurde oder wenn sie selber den Grund für die Kündigung gesetzt hat. Dies ergibt sich daraus, dass die Richtlinien aufgrund des Widerspruchs gegenüber dem verfassungsrechtlichen Gebot von Treu und Glauben nicht angewendet werden dürften (inzidente Normenkontrolle; vgl. Ulrich Häfelin/Walter Haller, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 6. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2005, Rz. 2070 ff.; Kurt Eichenberger, Kommentar zur Verfassung des Kantons Aargau, Aarau/Frankfurt a.M./Salzburg 1986, § 95 N 21 ff).

Verwaltungsbehörden

I. Bau-, Raumplanungs- und Umweltschutzrecht

109 Lichtimmissionen

- **Sonnenlichtreflexionen handelsüblicher Dachziegel des Typs Tegalit; in einer Mischzone ist die Immissionstoleranz grösser als in reinen Wohnzonen (Erw. 3d/bb).**
- **Frage der Mitberücksichtigung zumutbarer Abwehrmassnahmen offengelassen (Erw. 3d/dd).**

Entscheid des Departements Bau, Verkehr und Umwelt vom 3. September 2007 i.S. M. und Mitb. gegen D. und Mitb. und den Gemeinderat Olsberg.

Aus den Erwägungen

3. a) Das Bundesgesetz über den Umweltschutz vom 7. Oktober 1983 (Umweltschutzgesetz, USG; SR 814.01) schützt unter dem Titel «Strahlen» auch vor starken Lichteinwirkungen (Art. 7 Abs. 1 USG). Die gerügten Blendwirkungen fallen deshalb unter den Begriff der Strahlen. Allerdings enthalten weder das Gesetz noch die bislang vom Bundesrat erlassenen Verordnungen Ausführungsbestimmungen bezüglich Blendwirkungen. Es gelten deshalb die allgemeinen Grundsätze des Umweltschutzrechts über die Begrenzung von Einwirkungen.

Nach dem zweistufigen Konzept des USG sind Einwirkungen auf die Umwelt zunächst durch Massnahmen bei der Quelle (Emissionsbegrenzungen) zu beschränken (Art. 11 Abs. 1 USG). Unabhängig von der bestehenden Umweltbelastung sind Emissionen so weit zu begrenzen, als dies technisch und betrieblich möglich und wirtschaftlich tragbar ist (Art. 11 Abs. 2 USG); es gilt das sog. Vorsorgeprinzip. Auf der zweiten Stufe setzt das USG bei den Immissionen an; nach Art. 11 Abs. 3 USG werden Emissionsbegrenzungen verschärft, wenn feststeht oder zu erwarten ist, dass die Einwirkun-

gen unter Berücksichtigung der bestehenden Umweltbelastung schädlich oder lästig werden (Aargauische Gerichts- und Verwaltungsentscheide [AGVE] 1990, S. 300).

b) Die Beschwerdeführenden bringen im Wesentlichen vor, das Tegalit-Dach des Neubaus der Beschwerdegegner südlich ihrer Liegenschaft «genau vor der Nase» verursache eine derart starke Spiegelung von Sonnenlicht, dass es für sie nicht zumutbar sei, dieses «extreme Blenden» zu ertragen. Sie seien «durch die Reflexion extrem eingeschränkt», zumal es ihnen nicht mehr möglich sei, die Südseite ihrer Liegenschaft (Hauptwohnseite mit Wohnzimmer, Lauben und Garten) «ohne Gefährdung der Augen» zu nutzen. (...)

c) Die Beschwerdeführenden verlangen, dass die Beschwerdegegner zu verpflichten seien, das Dach ihres Hauses anstelle der Tegalit-Ziegel mit nichtreflektierenden Dachziegeln zu versehen oder gegenüber der Parzelle der Beschwerdeführenden eine Sichtschutzwand zu errichten. Diese Emissionsbegrenzungsmassnahmen sind zunächst unter dem Titel des Vorsorgeprinzips (Art. 11 Abs. 2 USG) zu prüfen.

aa) Behördlich angeordnete Vorsorgemassnahmen müssen – wie alles staatliche Handeln – den Grundsatz der Verhältnismässigkeit wahren (Art. 5 Abs. 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 [Bundesverfassung, BV; SR 101]). Dies bedeutet unter anderem, dass Massnahmen zur vorsorglichen Begrenzung von Einwirkungen zunächst geeignet sein müssen, das angestrebte Ziel der wesentlichen und wirksamen Emissionsbegrenzung zu erreichen; Begrenzungsmassnahmen im Rahmen der Vorsorge müssen schliesslich auch zumutbar bleiben, d.h. ein vernünftiges Verhältnis zwischen Präventionsziel und präventivem Eingriff wahren. Diese Voraussetzungen müssen stets erfüllt sein, sonst ist die Massnahme unverhältnismässig (vgl. zum Ganzen: Pierre Tschannen, Kommentar zum Umweltschutzgesetz [Kommentar USG], 2. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2003, Art. 1 N 40; André Schrade/Theo Loretan, Kommentar USG, Art. 11 N 35; Bundesgerichtsentscheid [BGE] 118 Ib 240; Praxis des Bundesgerichts [Pra] 1991, S. 179; AGVE 1988, S. 328). (...)

bb) Zum vornherein unverhältnismässig erscheint die von den Beschwerdeführenden verlangte Neubedachung mit nichtreflektierenden Dachziegeln. Nach den unwidersprochen gebliebenen Angaben des Architekten der Beschwerdegegner betragen die – sich im Falle der Neubedachung als unnütze Investition erweisenden – Gesamtkosten der Dacherstellung Fr. 65'600.– (Zimmermann Fr. 51'800.– und Dachdecker Fr. 13'800.–); die Kosten einer Neubedachung selbst werden auf ca. Fr. 28'000.– geschätzt, wenn Ziegel gefunden werden, bei denen die alte Lattung verwendet werden kann, sonst auf Fr. 32'000.–. Im Rahmen der Vorsorge dürfen den Beschwerdegegnern derart teure und aufwändige Massnahmen nicht abverlangt werden. (...)

cc) Die von den Beschwerdeführenden verlangte Sichtschutzwand gegenüber ihrer Parzelle wäre (...) kaum tauglich, namentlich weil sie aus Gründen des Ortsbildschutzes nicht genügend hoch erstellt werden könnte, um die zweigeschossige Liegenschaft der Beschwerdeführenden wirksam zu schützen. Abgesehen davon wäre der damit verbundene Aufwand wiederum unverhältnismässig.

dd) Andere Vorkehren zur Reduktion oder Eliminierung der Blendwirkung sind nicht bekannt und werden von den Beschwerdeführenden denn auch nicht verlangt. Im vorliegenden Fall kommt die Anordnung von Emissionsbegrenzungsmaßnahmen im Rahmen der Vorsorge daher nicht in Frage.

d) Es bleibt zu prüfen, ob gestützt auf Art. 11 Abs. 3 USG schärfere Massnahmen wie Neubedachung mit nichtreflektierenden Ziegeln anzuordnen sind. Voraussetzung hierfür ist allerdings, dass die Blendwirkungen schädlich oder lästig sind (Art. 11 Abs. 3 USG). Schädlich sind die Blendeinwirkungen wohl nicht; hingegen ist zu prüfen, ob sie lästig sind. Der Begriff der Lästigkeit setzt Erheblichkeit der Störung voraus. Das Kriterium der Erheblichkeit bedeutet, dass eine objektiv vorhandene, auf breitem Konsens beruhende Störung vorliegt, die derart intensiv ist, dass sie den Betroffenen billigerweise nicht mehr zugemutet werden kann (Verwaltungsgerichtsentscheid [VGE] III/17 vom 9. März 1995 i.S. A.M.). Es kommt also nicht auf die subjektive Empfindlichkeit des Einzelnen an, sondern

massgebend ist, ob sich ein wesentlicher Teil der Bevölkerung gestört fühlen würde.

aa) Nachdem weder das USG noch die bislang erlassenen Verordnungen Ausführungsbestimmungen bezüglich Blendwirkungen enthalten, bleibt dem kantonalen und kommunalen Recht bei der Beurteilung der Erheblichkeit der Lästigkeit noch ein Anwendungsspielraum (AGVE 1999, S. 259). Massgebend in Olsberg ist Art. 23 BNO. Diese Vorschrift verbietet übermässige Einwirkungen (Abs. 1); verboten sind insbesondere alle schädlichen und nach Lage sowie Beschaffenheit der Grundstücke oder nach Ortsgebrauch nicht gerechtfertigten Einwirkungen (Abs. 2).

bb) Was nach Lage und Ortsgebrauch als zumutbare Immission zu gelten hat, ergibt sich – abstrakt – aus der Zoneneinteilung und den entsprechenden Zonenbestimmungen (AGVE 1978, S. 250 ff.). Die den gerügten Blendeeinwirkungen ausgesetzte Liegenschaft der Beschwerdeführenden befindet sich in der Kernbautenzone Alt. In dieser Zone sind Wohnbauten, Landwirtschaftsbetriebe und wenig störende Handwerks- wie Dienstleistungsbetriebe (Dorfläden, Büros, Restaurants usw.) zugelassen (Art. 12 Abs. 2 BNO). In der Kernbautenzone Alt sind somit selbst Restaurants und Landwirtschaftsbetriebe nicht ausgeschlossen. Es handelt sich zweifellos um eine sog. Mischzone mit entsprechend hoher Immissionstoleranz. Bewohnerinnen und Bewohner in einer solchen gemischten Zone haben regelmässig ein wesentlich höheres Mass an Immissionen zu ertragen als in reinen Wohnzonen. Der Immissionsschutz in der Kernbautenzone Alt ist deshalb entsprechend weniger hoch als in einer reinen Wohnzone. (...)

cc) Die Hauptwohnseite (Südseite) der zweigeschossigen Liegenschaft der Beschwerdeführenden mit Wohnzimmern, Lauben, Sitzplatz und Garten ist gegen das Dach bzw. die nördliche Dachhälfte der Liegenschaft der Beschwerdegegner gerichtet. Der Abstand zwischen den beiden Liegenschaften beträgt ca. 15 m. Das Doppeleinfamilienhaus der Beschwerdegegner liegt wesentlich tiefer als die Liegenschaft der Beschwerdeführenden, weshalb sich das umstrittene Dach (...) praktisch auf Augenhöhe befindet. Anlässlich des am 23. Mai 2007 vorgenommenen Augenscheins trat die Spie-

gelung des Sonnenlichts als schimmernde dreieckförmige Fläche in Erscheinung. (...). Dabei zeigte sich, dass die Lichteinwirkung während der kritischen Zeit von den verschiedenen Standorten aus mit unterschiedlicher Intensität wahrgenommen wird; praktisch überall am intensivsten erscheint sie jedoch über die Mittagszeit, wenn die Sonne ihren höchsten Stand hat. Die Blendwirkung erschien allerdings keineswegs derart grell und intensiv oder gar unerträglich wie von den Beschwerdeführenden dargestellt.

Die Beschwerdeführenden bringen indessen vor, aufgrund der am Augenschein herrschenden Verhältnisse habe sich ein verfälschtes Bild ergeben, das über das sonst auftretende effektive Ausmass der Lichteinwirkungen hinwegtäusche, zumal der Himmel zum Zeitpunkt des Augenscheins bewölkt gewesen sei und zusätzlich auch der sich damals auf dem Dach befindende, «nicht unbeträchtliche Teil des Blütenstaubes der direkt östlich gelegenen ca. 35 m hohen Linde» die Blendwirkung «extrem eingedämmt» habe; den eingereichten Fotoaufnahmen, die «nach einem Gewitterregen entstanden» seien, könne entnommen werden, dass «die Beeinträchtigung doch erheblich» sei. Diese Einwände der Beschwerdeführenden sind jedoch unbehelflich. Die am Augenschein herrschenden Wetterverhältnisse lassen eine objektive Beurteilung der Lichteinwirkung durchaus zu. Entgegen der Darstellung der Beschwerdeführenden fand der Augenschein bei ausgesprochen schönem Wetter statt, d.h. es herrschte sonniges Wetter mit leichtem Dunst und damit der in der hiesigen Gegend bei schönem Wetter zumeist vorkommende Regelfall; ausserdem war der Himmel nicht bewölkt, sondern es bestand eine uneingeschränkte Sonneneinstrahlung, die nur während eines kurzen Moments durch eine Wolke beeinträchtigt wurde. Dass Dächer mit Blütenstaub bedeckt und Reflexionen des Sonnenlichts entsprechend reduziert sein können, kommt ebenfalls relativ häufig vor und ist somit nicht aussergewöhnlich. Eher selten und selbst dann nur vorübergehend kommt hingegen die von den Beschwerdeführenden angeführte Situation vor, dass nach Regen sofort wieder die Sonne scheint und das Sonnenlicht auf dem noch nassen Dach intensiver als sonst reflektiert wird.

dd) Es lässt sich nicht bestreiten, dass die Lichteinwirkungen deutlich wahrnehmbar sind und durchaus auch als störend empfunden werden können. Die einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen verbieten indessen nicht jegliche Störung, sondern nur solche, die bei objektiver Beurteilung als übermässig bezeichnet werden müssen. In dicht überbauten Gebieten lassen sich nicht jegliche Lichteinwirkungen von Dächern auf benachbarte Liegenschaften ausschliessen, sollen Dächer mit Tegalit-Ziegeln – nach dem Gesagten ein gängiges und bewährtes Produkt – oder ähnlichen Materialien nicht völlig verunmöglicht werden. In der Regel wird sich der Blick bei Wahrnehmung einer starken Lichteinwirkung ohnehin automatisch von der Lichtquelle, die das Auge als störend empfindet, abwenden. Es ist nicht zu erwarten, dass jemand während längerer Zeit in eine solche Lichtquelle blickt. Die Ausführungen der Beschwerdeführenden über Intensität und Dauer der Blendwirkungen sind deshalb auch aus diesen Gründen zu relativieren. Schliesslich fragt sich, ob die Beschwerdeführenden strikte die Haltung einnehmen dürfen, von ihnen selber könnten keinerlei Vorkehren wie beispielsweise das mit relativ wenig Aufwand verbundene Anbringen von Rollgardinen bei ihren Südfenstern und das Aufstellen von verstellbaren Sonnenschirmen auf den Lauben und im Sitzplatz bzw. Garten verlangt werden, wenn die Lichteinwirkung sie stört (vgl. dazu den Entscheid der Zürcher Baurekurskommission II vom 22. September 1992, auszugsweise publiziert in Baurechtsentscheide Kanton Zürich [BEZ] 1998, Heft 3 Nr. 18).

Gesamthaft beurteilt gehen die Lichteinwirkungen nach Auffassung der Beschwerdeinstanz noch nicht über das Mass von Störungen hinaus, wie sie mit der zonengemässen Nutzung von Baugrundstücken entstehen können, zumal sie an den verschiedenen Standorten von unterschiedlicher Intensität und Dauer sind. Sie erscheinen deshalb nicht als übermässig in dem Sinne, dass sie nach Lage und Ortsgebrauch nicht mehr zumutbar wären.

110 Baubewilligungspflicht

- **Geräteschränke und Truhen sind in den Bauzonen (ausserhalb von Schutzzonen) von der Baubewilligungspflicht befreit, wenn sie geringe Dimensionen aufweisen und nicht weiter auffallen.**

Entscheid des Departements Bau, Verkehr und Umwelt vom 10. April 2007 i.S. F. und S. gegen den Gemeinderat Sarmentorf.

Aus den Erwägungen

3. a) Die Beschwerdeführenden bringen weiter vor, dass eine Baubewilligungspflicht zu verneinen sei, selbst wenn man zum Schluss gelangen sollte, dass es sich beim Schrank um eine Baute handelt. Der Schrank sei weder von einer öffentlichen Strasse noch von einem nachbarschaftlichen Grundstück einsehbar, weshalb überhaupt keine gegenteiligen Interessen vorlägen und raumplanerisch keine Auswirkungen zu befürchten seien. Zudem sei in Anlehnung an § 30 ABauV bei der Beurteilung der Frage, ob eine Baute baubewilligungspflichtig sei oder nicht, ebenfalls auf die Grundfläche und Höhe der entsprechenden Einrichtung abzustellen. Auch wenn es für die Frage der Baubewilligungspflicht keine einschlägigen Bestimmungen über die Grösse der Einrichtungen gäbe, weise der zur Diskussion stehende Schrank eine Grundfläche von nur gerade mal 1.05 m² und eine Höhe von lediglich 1.90 m auf. Weiter wird geltend gemacht, dass ein Baubewilligungsverfahren in keinem Fall verhältnismässig wäre.

b) aa) Schon unter der Herrschaft des Baugesetzes von 1971 wurden in der Praxis Kleinstbauten von der Bewilligungspflicht ausgenommen. Es kann nicht der Sinn der Baubewilligungspflicht sein, jedes noch so kleine und geringfügige bauliche Vorhaben, das auf irgendeine materielle Vorschrift des öffentlichen Rechts Bezug nimmt, von einer Baubewilligung abhängig zu machen. Im Interesse der Klarheit wurden deshalb in § 30 der Allgemeinen Verordnung zum Baugesetz (ABauV) vom 23. Februar 1994 Bauvorhaben aufgeführt, die nicht der Bewilligungspflicht unterliegen. Sowohl die Bestim-

mungen des BauG wie diejenigen der ABauV gehen anderslautenden kommunalen Vorschriften vor, soweit darin nicht ausdrücklich ein Vorbehalt zu Gunsten eigenständiger Regelungen der Gemeinden enthalten ist. Ein solcher Vorbehalt findet sich im Bereich der Bewilligungspflicht einzig in § 59 Abs. 2 BauG: Danach sind die Gemeinden ermächtigt, die Bewilligungspflicht für bestimmte Schutz-zonen zu erweitern, was unter anderem bedeutet, dass sie in solchen Zonen auch Bauvorhaben der Bewilligungspflicht unterstellen können, die § 30 ABauV von der Bewilligungspflicht eigentlich ausnimmt. Um eine solche Schutzzone handelt es sich im vorliegenden Fall aber nicht. Demzufolge sind die kantonalen Vorschriften über die Bewilligungspflicht anzuwenden, ungeachtet allfällig anderslautender kommunaler Bestimmungen oder einer anderen Praxis des Gemeinderates.

bb) Sowohl der Schrank als auch die Truhe lassen sich nicht unter einen der in § 30 ABauV festgehaltenen Ausnahmetatbestände subsumieren. Die Aufzählung in § 30 ABauV ist jedoch nicht abschliessender Art (siehe Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Aargau vom 4. Juni 1999 i.S. L.M. gegen den Entscheid des Baudepartements vom 21. Oktober 1997, E. II/2b/aa). Es ist daher zu prüfen, ob der Schrank und die Truhe nicht aus anderen Gründen von der Bewilligungspflicht auszunehmen sind. Die Tatsache allein, dass sie mit dem Boden nicht fest verbunden, sondern bloss hingestellt sind, vermag von der Bewilligungspflicht noch nicht zu befreien. Die Grundfläche des Schrankes beträgt 1.08 m^2 ($140 \text{ cm} \times 77 \text{ cm}$), diejenige der Truhe 0.55 m^2 ($118 \text{ cm} \times 45 \text{ cm}$). Dass die Dimensionen einer Baute ein wichtiges Kriterium sind, geht schon daraus hervor, dass § 30 ABauV verschiedentlich auf die Fläche und Höhe abstellt, so bezüglich Weidezäune (Abs. 1 lit. a) und Tiergehegen (Abs. 1 lit. b), bezüglich Terrainveränderungen (Abs. 1 lit. d), bei Satellitenempfangsanlagen (Abs. 1 lit. e), hinsichtlich verfestigter Laufhöfe und Trockenplätze (Abs. 1 lit. g), bei Einfriedigungen und Stützmauern (Abs. 2 lit. a) sowie bei Solareinrichtungen (Abs. 2 lit. b). Es kann für den konkret zu beurteilenden Fall keine bestimmte, allgemein gültige Grundflächen- beziehungsweise Höhenbegrenzung für Schränke und Truhen angegeben werden, welche die Befreiung

von der Baubewilligungspflicht zur Folge hätte. Vielmehr ist nach den möglichen Auswirkungen des Schrankes und der Truhe auf die Nachbarschaft zu fragen und es sind die öffentlichen Interessen wie Raumplanung, Gewässer- und Umweltschutz, Ortsbild usw. zu würdigen und zu berücksichtigen (vgl. Entscheid des Baudepartements des Kantons Aargau vom 17. Februar 1995, i.S. Dr. H.C.B gegen den Gemeinderat R.). Interessen der genannten Art vermögen der Schrank und die Truhe wohl bereits aufgrund ihrer geringen Grundfläche und ihrer Höhe von 1.94 m beziehungsweise von 65 cm nicht in einem derartigen Mass zu berühren, dass eine vorgängige Kontrolle als unabdingbar erscheint. Dazu kommt, dass der Schrank und die Truhe unmittelbar an der Hausfassade aufgestellt wurden, wo sie weiter nicht auffallen. Zudem werden im Schrank bloss Geräte aufbewahrt: Der Geräteschrank und die Truhe sind aufgrund ihrer Zweckbestimmung mit keinen Immissionen verbunden und wirken sich daher weder lärm- noch geruchsmässig auf die Nachbarn aus. Mit ihrer relativ bescheidenen Grösse bewegen sich der Geräteschrank und die Truhe im Rahmen, in welchem bauliche Vorkehren in der Bauzone zugelassen sind, ohne dass hierfür eine Baubewilligung eingeholt werden muss. Ausgehend von der Zielsetzung von § 30 ABauV, nämlich die Baubewilligungsbehörden von Bagatellgesuchen zu entlasten und Kleinstbauten der Eigenverantwortlichkeit der Eigentümer zu überlassen, ist im konkreten Fall die Baubewilligungspflicht zu verneinen.

cc) Der Gemeinderat führt (...) aus, dass die Beschwerdeführenden zur Einreichung eines Baugesuches aufgefordert worden seien, damit abschliessend hätte beurteilt werden können, ob der Geräteschrank baubewilligungspflichtig sei. Der Vollständigkeit halber ist darauf hinzuweisen, dass zur näheren Abklärung der Bewilligungspflicht ein förmliches Baugesuch mit allen hierfür erforderlichen Unterlagen nicht verlangt werden darf (vgl. Baurechtsentscheide Kanton Zürich [BEZ], 19. Jahrgang, Heft 2 / Juni 1999, Entscheid 16).

111 Beiladung

- Wann sind Dritte beizuladen? (Erw. 11c)

- Eine Drittperson ist nicht beizuladen, wenn sie von den Beschwerdeanträgen nicht betroffen ist und eine Begründung dafür fehlt anzunehmen, dass die beschwerdeführende Partei ihr gegenüber Regressansprüche geltend machen könnte, die gegen den Einwand der schlechten Prozessführung abzusichern sind.

Entscheid des Regierungsrats vom 15. August 2007 i.S. J. AG gegen die Einwohnergemeinde Thalheim.

Sachverhalt

Die Ortsbürgergemeinde Thalheim ist Grundeigentümerin der Parzelle 281 im Gebiet «Hard». 1971 schloss sie mit der J. AG einen Dienstbarkeitsvertrag, der diese berechtigt, auf der Parzelle Material abzubauen. In der neuen Nutzungsplanung Kulturland wies die Einwohnergemeinde die Parzelle 281 besonderen Schutzzonen zu. Gegen diese Zonenzuweisung erhob die J. AG Beschwerde beim Regierungsrat. Dabei beantragte sie erfolglos, dass die Ortsbürgergemeinde zum Verfahren beizuladen sei.

Aus den Erwägungen

11. Beiladung Ortsbürgergemeinde

a) Mit Gesuch vom 19. Juni 2006 beantragte die Beschwerdeführerin, die Ortsbürgergemeinde Thalheim von Amtes wegen beizuladen. Ferner beantragte sie sinngemäss, den Gemeinderat Thalheim anzuweisen, die Beiladung an der Ortsbürgergemeindeversammlung zu traktandieren, damit die Ortsbürgergemeinde entscheiden kann, ob sie sich aktiv am Verfahren beteiligen will oder nicht und einen vom Gemeinderat unabhängigen Vertreter bestellen kann. Eventualiter sei der Ortsbürgergemeinde von Amtes wegen ein Rechtsvertreter zu bestellen. Die Beiladung habe den Zweck, die Rechtskraft des Entscheids auf die Beigeladene auszudehnen, damit diese in einem später gegen sie gerichteten Prozess den Entscheid

gegen sich gelten lassen müsse. Die Beiladung diene der Rechtsicherheit (durch Ausdehnung der Rechtskraft) und der Prozessökonomie. Sie verhindere damit widersprüchliche Entscheide. Damit werde ein allfälliger späterer Regressprozess erleichtert. Jeder Einfluss auf die Rechtsstellung sei ausreichend; es sei nicht erforderlich, dass die Beigeladene materiell beschwert sei beziehungsweise sein werde. Abgesehen davon werde der Ausgang des Beschwerdeverfahrens die rechtlichen Interessen der Ortsbürgergemeinde erheblich tangieren, sogar die weitere Existenz der Ortsbürgergemeinde gefährden: Würde die Beschwerde abgewiesen, könnte die Ortsbürgergemeinde den Ausbeutungsvertrag von 1971 nicht erfüllen, woraus ihr immense finanzielle Nachteile erwachsen würden. (...) Da die Postulationsfähigkeit der Ortsbürgergemeinde aufgrund der unvereinbaren Doppelrolle des Gemeinderats als Vertreter der Ortsbürgergemeinde und der Einwohnergemeinde nicht mehr gegeben sei, sei ihr die Möglichkeit zu geben, einen eigenen direkten Rechtsvertreter an Stelle des Gemeinderats zu wählen. Der Gemeinderat habe im Unterschied zum Mitwirkungsverfahren im Einsprache- und im Beschwerdeverfahren keine Eingabe für die Ortsbürgergemeinde eingereicht. Der Gemeinderat sei daher aufgrund der offensichtlichen Interessenkollision nicht in der Lage, die Interessen der Ortsbürgergemeinde gehörig zu wahren.

Der Gemeinderat beantragt namens der Einwohnergemeinde, den Antrag auf Beiladung abzuweisen, einschliesslich der ergänzenden Anträge auf Weisungen und Massnahmen. Zur Begründung führt er an, dass eine Beiladung nur gerechtfertigt sei, wenn es darum gehe, widersprüchliche Entscheide zu vermeiden. Das sei hier nicht gegeben, weil die Ortsbürgergemeinde die Zonierung des «Hard» so oder so gegen sich gelten lassen müsse. Ausserdem sei der Regierungsrat gemäss § 27 Abs. 2 BauG gar nicht befugt, die beantragte Direktänderung in eine Materialabbauzone zu beschliessen. Somit käme nur eine Nichtgenehmigung und eine Rückweisung an die Gemeinde in Frage. Rückweisungsanträge seien jedoch als blosser Zwischenentscheide grundsätzlich nicht anfechtbar, weshalb die Ortsbürgergemeinde bei einem entsprechenden gutheissenden Regierungsratsentscheid formell gar noch nicht belastet sei, jedenfalls

nicht in nichtwiedergutzumachender Weise. Ohnehin sei die beschlossene Zonierung gemessen an der restlichen Vertragsdauer bis 2070 angesichts von Art. 21 Abs. 2 RPG ein relativ kurzes Intermezzo. Im Übrigen habe der Gemeinderat die Interessen der Ortsbürgergemeinde immer gewahrt. Er habe für die Ortsbürgergemeinde eine Mitwirkungsengabe verfasst. Auf eine Einsprache habe er dann verzichtet, gestützt auf die Aussage im Vorprüfungsbericht, dass die Vorlage keine Massnahmen vorsehe, welche eine spätere Zonierung dieses Abbaustandorts ausschliesse. Die Ortsbürgergemeinde sei in näherer Zukunft auf die Abbauentschädigung nicht angewiesen, gleich wie in den vorhergehenden Jahren. Die Zustimmung des Gemeinderats zu den geplanten Probebohrungen des Departements Bau, Verkehr und Umwelt zeige, dass der Gemeinderat – im Gegensatz zu den anderen Gemeinderäten der für Probebohrungen vorgesehenen Standortgemeinden – in Vertretung der Ortsbürgergemeinde an der Standortevaluation konstruktiv mitwirke. Der Gemeinderat habe die übrigen Organe der Ortsbürgergemeinde stets über seine Entscheidungen und Überlegungen orientiert. Der Gesetzgeber habe bewusst in Kauf genommen, dass der Gemeinderat beide Gemeinden, Ortsbürgergemeinde und Einwohnergemeinde, auch in Interessenkonflikten vertrete.

b) Das VRPG regelt die Beiladung für das Beschwerdeverfahren (vor dem Regierungsrat und dem Verwaltungsgericht) nicht, jedenfalls nicht ausdrücklich, nur für das gerichtliche Klageverfahren (vgl. § 62 VPRG). In der – kaum publizierten – Praxis wird die Beiladung jedoch auch im Verwaltungsbeschwerdeverfahren zugelassen. Der Entwurf des Regierungsrats vom 14. Februar 2007 zur ersten Beratung für ein neues Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege (nVRPG; GR.07.27) kodifiziert im Wesentlichen die bisherige Praxis mit folgender neuer Bestimmung:

«§ 12 Beiladung

¹Die instruierende Behörde kann Dritte von Amtes wegen oder auf Antrag zum Verfahren beiladen, wenn sie durch den Ausgang des Verfahrens in eigenen Interessen berührt werden könnten.

²Beigeladene haben Parteistellung und die damit verbundenen Rechte und Pflichten; über die Anträge der ursprünglichen Parteien können

sie nicht hinausgehen, die Verfügung über den Streitgegenstand steht ihnen nicht zu. Mit der Beiladung wird der Entscheid auch für die Beigeladenen verbindlich.

³ Verzichten Beigeladene auf eine aktive Teilnahme am Verfahren, tragen sie keine Kosten.»

Die dazugehörige Botschaft vom 14. Februar 2007 enthält zur Beiladung folgende Bemerkungen (S. 20 f.; vgl. MERKER, a.a.o., § 41 N 60 ff.):

«Die Beiladung ist im verwaltungsgerichtlichen Beschwerdeverfahren (vgl. aber § 62 VRPG für das Klageverfahren) bis anhin nicht geregelt, liess sich aber als notwendige Ausdehnung des Schriftenwechsels auf rechtlich Betroffene (§ 41 Abs. 1 VRPG sinngemäss) oder als nachträglicher Einbezug Dritter in das Beschwerdeverfahren bei Vorliegen besonderer Voraussetzungen begreifen. Im Aargau existiert dazu kaum eine publizierte Praxis (AGVE 1994, 472 ff.; 1981, 279).

Die Beiladung hat den Zweck, die Rechtskraft des Urteils auf den Beigeladenen auszudehnen, damit dieser in einem später gegen ihn gerichteten Prozess das Urteil im Beiladungsprozess gegen sich gelten lassen muss. Die Beiladung dient damit der Rechtssicherheit durch Ausdehnung der Rechtskraft sowie der Prozessökonomie und verhindert sich widersprechende Urteile. Der Beigeladene kann die Beiladung nicht mit der Wirkung ausschlagen, dass das betreffende Urteil für ihn nicht gilt; selbst wenn er auf die aktive Mitwirkung (Stellung von Anträgen) am Verfahren verzichtet, entfaltet das Urteil auch ihm gegenüber Rechtswirkungen, hingegen trägt er diesfalls kein Kostenrisiko. Der beigeladene Dritte erhält Parteistellung.

Beigeladen werden können Dritte, deren «eigene» Interessen durch den Entscheid betroffen werden; auf die Beschwerdebefugnis des Dritten kommt es nicht an. Das (allgemeine) Interesse eines Dritten an der richtigen Anwendung von Verwaltungsrecht kann keine Beiladung nach sich ziehen.

Das Vernehmlassungsverfahren ist von der Beiladung abzugrenzen. Mit der Zustellung zur Beschwerdeantwort wird Dritten, die durch den Ausgang des Prozesses direkt in ihren rechtlichen oder tatsächlichen Interessen betroffen werden, die (freigestellte) Teilnahme am Verfah-

ren ermöglicht. Die Beiladung lässt dem Beigeladenen keine Wahl, er wird Partei, ob er sich am Verfahren aktiv beteiligt oder nicht; allerdings kann er das Kostenrisiko ausschliessen, wenn er auf die Ausübung seiner Parteirechte verzichtet. Darauf ist er hinzuweisen.

Der Beigeladene ist im Grundsatz mit denselben prozessualen Rechten und Pflichten am Verfahren beteiligt wie die ursprünglichen Parteien. Er kann selbständig Anträge stellen, ein Rechtsmittel ergreifen und, sofern er sich am Verfahren durch die Stellung von Anträgen beteiligt hat, auch zur Kostentragung verpflichtet werden; bei Obsiegen hat er Anspruch auf Kostenersatz. Hingegen fehlt ihm die Dispositionsbefugnis über den Streitgegenstand (kein Rückzug).

Die Beiladung erfolgt von Amtes wegen, auf Antrag einer Partei oder auf Antrag des beizuladenden Dritten selbst. Der Entscheid über einen Antrag liegt im Ermessen der erkennenden Instanz. Die Beiladung ist dann eine notwendige, wenn die zu treffende Entscheidung in der Sache für die Parteien und den beizuladenden Dritten nur einheitlich ergehen kann. Dies ist beispielsweise der Fall, wenn der Rechtsmittelsentscheid zugunsten des Beschwerdeführers den Dritten belastet (Anwendungsfall in AGVE 1967, 284 ff.), wenn die Feststellung eines Rechtsverhältnisses verlangt wird, an welchem ein Dritter beteiligt ist, oder wenn bei einer Rechtsgemeinschaft ein Einzelner an sich selbständig zur Beschwerde befugt ist, das Prozessthema materiell aber die anderen in ihren Rechten gleichwohl betrifft.

Das Verwaltungsgericht verlangt in formeller Hinsicht, dass der Beizuladende über die Folgen der Beiladung orientiert wird. Es ist ihm zu eröffnen, dass er berechtigt ist, innert der gesetzten Frist Anträge zu stellen, seinen Standpunkt zu begründen, dass er ein Kostenrisiko trägt und den Entscheid auch gegen sich gelten lassen muss, wenn er auf jegliche Mitwirkung verzichtet. Äussert sich der Beigeladene innert Frist nicht zu den gestellten Begehren, hat er auf die Ausübung seiner Parteirechte verzichtet, womit das Kostenrisiko entfällt, nicht aber die Verbindlichkeit des ohne seine Mitwirkung zustande gekommenen Entscheids.»

c) Die Beiladung erfolgt von Amtes wegen, auf Antrag einer Partei oder auf Antrag des beizuladenden Dritten selbst (AGVE 1994, S. 473 mit Hinweisen; MERKER, a.a.o., § 41 N 65).

Die Beschwerdeführerin beantragt, die Ortsbürgergemeinde als Grundeigentümerin von Amtes wegen beizuladen. In diesem Antrag ist entgegen der Formulierung auch ein Parteienantrag zu erblicken, der auch zu beurteilen ist, wenn die Ortsbürgergemeinde nicht von Amtes wegen, das heisst nicht zwingend, beizuladen ist.

Der Gesetzgeber hat die Beiladung für das Beschwerdeverfahren bewusst nicht (ausdrücklich) vorgesehen, obwohl ihm das Problem bekannt war (vgl. § 62 VRPG; der Gesetzgeber war der Auffassung, das Institut der Beiladung sei im Beschwerdeverfahren unnötig [MERKER, a.a.o., § 41 N 60 Fn 78]). Dies spricht für eine Anwendung, die sich auf die Fälle beschränkt, wo sie von der Interessenlage her klar geboten ist (AGVE 1997, S. 392).

In der Praxis wird die Terminologie der Beiladung nicht immer konsequent beziehungsweise im umschriebenen eigentlichen (engen) Sinn verwendet. Häufig steht die nachträgliche (weil aus welchen Gründen auch immer vergessen gegangene) Zuerkennung der Parteistellung im Vordergrund. Die eigentlichen Beiladungen erfolgen, um den Zweck der Beiladung zu erfüllen, der darin liegt, die Rechtskraft des Urteils auf den Beigeladenen auszudehnen, damit dieser in einem später gegen ihn gerichteten Prozess das Urteil im Beiladungsprozess gegen sich gelten lassen muss; die Beiladung dient damit der Rechtssicherheit durch Ausdehnung der Rechtskraft sowie der Prozessökonomie und verhindert sich widersprechende Urteile.

Die wenigen echten Fälle von Beiladungen lassen sich in folgende Fallkategorien zusammenfassen:

Dritte sind beizuladen,

- *wenn eine Regresssituation nachgewiesen ist*, das heisst wenn der Antragsteller nachweist, dass er gegen den beizuladenden Dritten wahrscheinlich Regress nehmen kann. So ist ein Generalunternehmer in einem Beschwerdeverfahren gegen eine Gebührenverfügung beizuladen, wenn er gemäss klarem Wortlaut des Generalunternehmervertrags (und übereinstimmender Auslegung durch die Vertragsparteien) verpflichtet ist, die Gebühren zu tragen (AGVE 1997, S. 389 ff., insb. S. 394).

- *wenn ein Rechtsmittelentscheid zugunsten des Beschwerdeführers einen Dritten belastet.* Die Belastung ist in der Regel lediglich indirekt beziehungsweise erfolgt später (eine direkte Belastung fällt demgegenüber häufig unmittelbar unter § 41 Abs. 1 und betrifft einen Beteiligten, der von Amtes wegen Partei ist und nicht extra beigeladen werden muss, so beispielsweise der Bauherr, wenn der ehemalige Einsprecher Beschwerde erhebt [AGVE 2003, S. 310 f.], der Störer im Fall einer Immissionsklage der Nachbarn [AGVE 2003, S. 310 f.] oder der Gesuchsteller um Mitbenutzung einer Erschliessungsanlage gemäss § 38 Abs. 1 BauG im Beschwerdeverfahren des belasteten Grundeigentümers [VGE III/72 vom 21.7.2005, S. 5]). Im Vordergrund steht, die Gefahr eines späteren widersprüchlichen Entscheids zu vermeiden. Beanspruchen beispielsweise beide geschiedenen Eltern bei ihrer Steuerveranlagung (die an den jeweiligen Wohnorten, also durch zwei verschiedene Steuerkommissionen erfolgte) den Kinderunterhaltsabzug, ist im Rekursverfahren des Ehemanns die Ehefrau beizuladen, weil der Abzug nur einem von beiden zusteht (AGVE 1994, S. 472 ff.).
Rekurriert ein Gesellschafter gegen die Besteuerung des Grundstücksgewinns, so sind die übrigen Gesellschafter gemäss Konsortialvertrag beizuladen (AGVE 1967, S. 284 f.).
Allgemein geht es um Situationen, in denen ein Einzelner einer Rechtsgemeinschaft selbständig zur Beschwerde befugt ist, das Prozessthema aber die anderen in ihren Rechten ebenfalls betrifft (MERKER, a.a.o., § 41 N 65).
- *wenn zur Durchsetzung des Entscheids in die Rechte eines Dritten eingegriffen werden muss.* Dies ist insbesondere dann gegeben, wenn der Beschwerdeführer Verhaltensstörer und der Dritte Zustandsstörer ist.
Wehrt sich beispielsweise ein Bauherr, der nicht zugleich Grundeigentümer ist, gegen die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands bei einem bereits bestehenden Gebäude, so ist der Grundeigentümer beizuladen (im konkreten Fall

unterstützte der Grundeigentümer den Bauherrn; Zwischenentscheid VGE III/125 vom 18. Dezember 1996, S. 3 ff.).

Muss der Bauherr Sicherungsmassnahmen am Gebäude auf der Nachbarliegenschaft vornehmen, so ist der benachbarte Grundeigentümer beizuladen (im konkreten Fall begrüsste der Grundeigentümer die verfügbaren Massnahmen und beantragte, als Gegenpartei zum beschwerdeführenden Bauherrn beigegeben zu werden; Entscheid des Departements Bau, Verkehr und Umwelt [EBVU] vom 21. Januar 2002 i.S. J.S. und Mitb., S. 3).

- *wenn die Feststellung eines Rechtsverhältnisses verlangt wird, an welchem ein Dritter beteiligt ist* (MERKER, a.a.o., § 41 N 65).

d) Die von einer Nutzungsplanung betroffene Grundeigentümerin (die nicht auch Planungsträgerin ist) ist am Beschwerdeverfahren eines Dritten nicht zwingend beteiligt; sie kann folglich auf eine Parteistellung verzichten (was mit einer förmlichen Beiladung nicht gegeben wäre); sie ist dann nicht Partei und von der Mitwirkung am Verfahren ausgeschlossen (AGVE 1997, S. 282).

Dies trifft im vorliegenden Fall zu. Die Betroffenheit der Ortsbürgergemeinde als Grundeigentümerin genügt für sich allein deshalb nicht für eine Beiladung. Die Nutzungsplanung gilt für alle Grundeigentümer im Planungssperimeter, somit auch für die Ortsbürgergemeinde, unabhängig davon, ob sie am Verfahren teilnimmt oder nicht (vgl. Art. 21 Abs. 1 RPG). Der Genehmigungsentscheid über die vorliegende Nutzungsplanung, der grundsätzlich den regierungsrätlichen Beschwerdeentscheid ablöst (§ 28 BauG; § 6 Abs. 1 ABauV), wird in jedem Fall auch gegenüber der Ortsbürgergemeinde als Grundeigentümerin gelten.

Ohnehin ist die Ortsbürgergemeinde vorliegend nicht betroffen in diesem rechtlichen Sinn:

Betroffen ist, wem durch den Beschwerdeentscheid die Auflage von Pflichten oder der Entzug von Rechten droht (MERKER, a.a.o., § 41 N 36), das heisst wer bei einem Rechtsmittelentscheid zu Gunsten des Beschwerdeführers neu belastet wird (MERKER, a.a.o., § 41 N 65). Im Nutzungsplanverfahren bedeutet «betroffen», dass die

Grundeigentümerin im Falle einer möglichen Gutheissung der Beschwerde in ihren schutzwürdigen eigenen Interessen betroffen, das heisst durch die neue nutzungsplanerische Festlegung belastet wird; entsprechend wird die Grundeigentümerin materiell beschwert (vgl. VGE IV/16 vom 14. Mai 2004, S. 11).

Durch eine (direkte oder weisungsgebundene) Zuweisung der Parzelle der Ortsbürgergemeinde in eine Materialabbauzone (ohne überlagerte Schutzzonen) würden der Grundeigentümerin insgesamt keine neuen Pflichten auferlegt, sondern Rechte (zum Materialabbau) eingeräumt. Die Beschwerdeführerin selbst weist in ihrem Gesuch und in der Beschwerde darauf hin, dass die Zuweisung zu einer Materialabbauzone für die Ortsbürgergemeinde Vorteile hätte und daher in ihrem Interesse sei. Als belastend nennt die Beschwerdeführerin lediglich, dass die Gutheissung der Beschwerdeanträge für die Ortsbürgergemeinde von erheblicher Bedeutung wäre, weil eine Materialabbauzone das Land der Ortsbürgergemeinde ganz anderen Nutzungsbeschränkungen unterwerfen würde. Sie erläutert jedoch nicht, worin in diesen anderen Nutzungsvorschriften eine relevante Belastung für die Ortsbürgergemeinde liegen würde. Die Ortsbürgergemeinde könnte ihr Land wie gemäss der beschlossenen Zonierungen als Wald nutzen. Auch wäre es ihr erlaubt, freiwillig Naturschutzmassnahmen zu ergreifen. Ein Abbauzwang ergäbe sich nicht aus der Nutzungsplanung (das Baugesetz sieht dies nicht vor), genauso wenig wie sich aus der Zuweisung eines Grundstücks zur Bauzone ein direkter Bauzwang ergibt. Die Ortsbürgergemeinde ist insofern von den Beschwerdeanträgen nicht in ihren geschützten Interessen betroffen.

Im Übrigen ist offenkundig und mittlerweile scheinbar unbestritten, dass der Regierungsrat die von der Beschwerdeführerin im Hauptantrag beantragte Materialabbauzone im Fall einer Gutheissung der Beschwerde nicht in einer Direktänderung vornehmen kann, weil klarerweise weder eine Änderung von geringer Tragweite vorliegt noch keine erhebliche Entscheidungsfreiheit besteht (vgl. § 27 Abs. 2 Satz 2 BauG). Dass die Einwohnergemeinde ein Ermessen hat, ergibt sich bereits daraus, dass das kantonale Recht keine definierte Materialabbauzone kennt; die Aufzählung der möglichen Zo-

nenarten in § 15 Abs. 2 lit. f BauG ist lediglich exemplarisch und definiert die zulässige Nutzung noch nicht in grundeigentümerverbindlicher Konkretheit. Auch die Muster-BNO der Abteilung Raumentwicklung vom Juni 1999 (Stand 26. November 2002) enthält keine Standardbestimmung für eine Materialabbauzone, sondern ergänzt die vorgeschlagene Grundbestimmung mit dem Hinweis, dass je nach Standort, Art und Grösse der Materialabbauzone weitere oder andere Vorschriften erforderlich sind, z.B. für besondere Anforderungen an den Abbau zwecks landschaftlicher Einordnung, Abstimmung auf die Umweltschutzgesetzgebung, Rekultivierung, nichtlandwirtschaftlicher Nachnutzung usw. (Ziff. 3.6.3). Im vorliegenden Fall wären offensichtlich detaillierte planerische Festlegungen und insbesondere einzelfallgerechte, spezielle Zonenvorschriften notwendig, wie auch ein Blick in die Nutzungsplanungsvorschriften der Gemeinden Auenstein und Veltheim zeigt, welche die Rahmenordnung für die bestehenden Abbaugebiete der Beschwerdeführerin bilden (vgl. auch AGVE 1999, S. 118, wo auf die Auflagen des Natur- und Landschaftsschutzes hingewiesen wird). Der Gemeinde steht hier ein Planungsermessen zu. Somit wäre eine Direktänderung unzulässig und es käme nur eine Rückweisung an die Gemeinde in Frage (AGVE 2002, S. 289 und 291). Das Verwaltungsgericht tritt auf Beschwerden gegen Rückweisungsentscheide der Genehmigungsbehörde in Anwendung von § 28 BauG grundsätzlich nicht ein; eine Ausnahme von diesem Nichteintretensgrundsatz besteht nach der Rechtsprechung dann, wenn eine beschwerdeführende Gemeinde von vornherein erklärt, an ihrer Planung so oder so festhalten zu wollen, und dies auch entsprechend zu begründen vermag (VGE IV/43 vom 1. November 2002, S. 9 f.), was hier aber nicht gegeben ist. Die Ortsbürgergemeinde wäre durch einen Rückweisungsentscheid somit in ihren rechtlich geschützten Interessen noch nicht tangiert. Dies allein schliesst eine Beiladung bereits aus.

Zusammenfassend ergibt sich, dass das Nutzungsplanungsverfahren nicht Anlass für eine Beiladung geben kann. Die Gründe für eine Beiladung müssten daher ausserhalb des Nutzungsplanungsverfahrens liegen.

e) Anknüpfungspunkt könnte die vertragliche Beziehung der Beschwerdeführerin zur Ortsbürgergemeinde sein. Die Beschwerdeführerin stützt ihr Gesuch auf den Ausbeutungsvertrag von 1971. Auch aus dem Ausbeutungsvertrag wird jedoch nicht ersichtlich, wieso die Ortsbürgergemeinde von Amtes wegen beigeladen werden müsste und automatisch Partei sein sollte. Weder muss in diesem Zusammenhang die Rechtskraft des Entscheids auf die Ortsbürgergemeinde ausgedehnt werden, noch besteht die Gefahr von sich widersprechenden Entscheiden.

Die Beschwerdeführerin führt sinngemäss an, es liege eine Regresssituation vor. Die blossе Behauptung einer solchen genügt indessen nicht. Eine Beiladung ist vom Nachweis einer Regresssituation abhängig zu machen, weil die Beiladung (anders als im Zivilprozess) ein öffentliches Interesse voraussetzt. Dieses öffentliche Interesse kann nur im Hinblick auf den möglichen (wahrscheinlichen) späteren Regressprozess bejaht werden (AGVE 1997, S. 393). Es ist daher zu prüfen, ob es wahrscheinlich ist, dass später in einem von der Beschwerdeführerin gegen die Ortsbürgergemeinde angestregten Zivilprozess die Ortsbürgergemeinde der Beschwerdeführerin mit Erfolg vorwerfen könnte, die Beschwerdeführerin habe im vorliegenden Verfahren nicht alles getan, um die Zonierung zu erhalten, die den Materialabbau ermöglicht, und habe das Verfahren daher schlecht geführt. Eine solche wahrscheinliche Regresssituation liegt hier jedoch nicht vor. Bis die notwendigen Voraussetzungen für einen Abbau gegeben sind und die Beschwerdeführerin für den Bau der Anlagen bereit ist, kann die Zonierung grundsätzlich wieder überprüft und angepasst werden (vgl. Art. 21 Abs. 2 RPG). Die beschlossene Planung sieht keine Massnahmen vor, die den späteren Abbau von Gestein im Gebiet «Hard» verhindern würden. Die Behauptung der Beschwerdeführerin, die Ortsbürgergemeinde könne den Ausbeutungsvertrag von 1971 nicht mehr erfüllen, ist somit unbegründet. Im Übrigen nennt die Beschwerdeführerin auch keine Vertragsbestimmung, gegen die die Ortsbürgergemeinde im Zusammenhang mit der Nutzungsplanung verstossen haben soll. Die Ortsbürgergemeinde verpflichtete sich im Vertrag denn auch nicht, auf eine bestimmte Zonierung hinzuarbeiten (die es damals vor Inkraft-

treten des RPG wohl noch gar nicht brauchte). Auch enthält der Vertrag keine bestimmte Frist, bis zu welcher die Beschwerdeführerin mit dem Abbau beginnen können muss. Jedenfalls kann dem Wortlaut nichts dergleichen entnommen werden und die Beschwerdeführerin macht in dieser Hinsicht nichts geltend. Die Vertragserfüllung wird durch die beschlossene Zonierung und die beantragte Änderung nicht unmöglich. Die Beschwerdeführerin hat daher den Nachweis nicht erbracht, dass der Einbezug der Ortsbürgergemeinde in das Verfahren ihrer Entlastung in einem späteren Regress- oder sonstigen Forderungsprozess gegenüber der Ortsbürgergemeinde dienen kann.

f) Insgesamt ergibt sich, dass es keinen Grund gibt, die Ortsbürgergemeinde notwendigerweise von Amtes wegen beizuladen.

Was das Gesuch der Beschwerdeführerin als Parteiantrag betrifft, so liegt der Entscheid über den Antrag im Ermessen der erkennenden Instanz (MERKER, a.a.o., § 41 N 65). Aus den genannten Gründen und Umständen ist es bei der fehlenden ausdrücklichen gesetzlichen Grundlage nicht angezeigt und nicht zulässig, die Ortsbürgergemeinde beizuladen, noch dazu entgegen dem begründeten Antrag des Gemeinderats.

Der Antrag der Beschwerdeführerin auf Beiladung der Ortsbürgergemeinde ist daher abzuweisen (...).

112 Gesteigerter Gemeingebrauch

- Ein Restaurant ausserhalb des Festbetrieb-Perimeters hat keinen Anspruch auf eine Erlaubnis zum Aufstellen zusätzlicher Tische auf der Strassenfläche.

Entscheid des Departements Bau, Verkehr und Umwelt vom 14. August 2007 i.S. F. und B. gegen den Stadtrat Aarau.

Aus den Erwägungen

2. Streitpunkt ist die Berechtigung zum Aufstellen von zusätzlichen Tischen auf der Strassenfläche während des Eidgenössischen Schwing- und Älplerfestes:

Die Beschwerdeführenden stützen sich auf eine entsprechende Bewilligung während des Eidgenössischen Jodlerfestes vor zwei Jahren und leiten daraus den Anspruch ab, diese auch beim kommenden Schwing- und Älplerfest zu bekommen. (...)

Der Stadtrat ist demgegenüber der Auffassung, dass der Perimeter des Eidgenössischen Schwing- und Älplerfestes 2007 auf das Schachengelände beschränkt werden sollte. Im Gegensatz zum Jodlerfest 2005 sei eine Ausdehnung des Festbetriebes auf die Altstadt vom Organisationskomitee nie beabsichtigt gewesen. Dem Organisator eines Festes sei es erlaubt, den Perimeter des Festbetriebes im Rahmen allfälliger, von der Standortgemeinde vorgegebener Einschränkungen selber bestimmen zu können. (...)

Um die Lärmimmissionen möglichst auf den Festperimeter und dessen unmittelbare Umgebung zu beschränken, habe der Stadtrat dem Gesuch des Organisationskomitees entsprochen und beschlossen, der Stadtpolizei eine Anweisung betreffend Beschränkung des Festbetriebes auf das Schachengelände zu erteilen. (...)

In verkehrstechnischer Hinsicht sei zu bemerken, dass die P+R-Busse bei grossem Verkehrsaufkommen auf der Umfahrroute vom Bahnhof her durch die Altstadt zum Schachen und zurück fahren müssten. Zudem seien die Rathausgasse und die Metzgergasse als Rettungsachsen bei einem ausserordentlichen Grossereignis bestimmt worden. Ausserdem zirkulierten die normalen Linienbusse durch die Altstadt, weil es nicht möglich gewesen sei, eine Umfahrroute einzurichten. Das Aufstellen von Bänken und Tischen oder Zelten auf der Strasse müsste aus Gründen der Rechtsgleichheit allen Gastwirtschaftsbetrieben zugestanden werden. Unter diesen Umständen wäre aber eine Verkehrsabwicklung schlechterdings unmöglich. Zu berücksichtigen sei auch, dass die meisten Altstadtwirtinnen und -wirte im Besitze einer Saisonbewilligung für das Wirten auf öffentlichem Grund seien. So stünden auch den Beschwerdeführenden zwischen dem 1. März und dem 31. Oktober 21 m² Zusatzfläche zur Verfügung.

3. (...) Diejenige Nutzung einer öffentlichen Sache, die nicht mehr bestimmungsgemäss oder gemeinverträglich ist und andere Benutzer wesentlich einschränkt, aber nicht ausschliesst, wird in der

Lehre als gesteigerter Gemeingebrauch bezeichnet. Dieser ist normalerweise bewilligungspflichtig und mit der Erhebung einer Gebühr verbunden. Gesteigerter Gemeingebrauch liegt vor, wenn der Gebrauch der öffentlichen Sache entweder nicht bestimmungsgemäss oder nicht gemeinverträglich ist. Der bestimmungsgemässe Gebrauch beurteilt sich nach der natürlichen Beschaffenheit der öffentlichen Sache, nach der Widmung oder nach der seit unvordenklicher Zeit praktizierten Nutzung. Bei gesteigertem Gemeingebrauch wird die öffentliche Sache anders genutzt, als es sich aus der natürlichen Beschaffenheit ergibt oder es die Widmung vorsieht. Die Nutzung ist in der Regel intensiver als beim schlichten Gemeingebrauch. Die Gemeinverträglichkeit fehlt, wenn eine erhebliche Beeinträchtigung der Nutzung durch andere zum Gemeingebrauch berechnigte Personen eintritt. Die Grenze der Gemeinverträglichkeit ist allerdings erst überschritten, wenn sich die gleichartige Mitbenutzung durch andere auch im Rahmen einer allgemeinen Benutzungsordnung nicht mehr gewährleisten lässt, sodass eine Anordnung darüber, wer die Sache benutzen darf, getroffen werden muss. Gesteigerter Gemeingebrauch liegt auch vor, wenn eine Nutzung der öffentlichen Sache gestört wird, welche das Gemeinwesen bestimmten anderen Personen – insbesondere als gesteigerten Gemeingebrauch oder Sondernutzung – ausdrücklich gestattet hat. Die Notwendigkeit einer Bewilligungspflicht ergibt sich aus dem Erfordernis, zwischen den verschiedenen Nutzungsarten Prioritäten zu setzen und zu koordinieren (vgl. Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Auflage, Zürich/Basel/Genf, 2006, N 2392–2403, S. 510–512 mit weiteren Hinweisen).

Im Kanton Aargau kann gemäss § 104 BauG durch Erlaubnis eine über den Gemeingebrauch hinausgehende Benutzung einer Strasse gestattet werden, wobei gemäss Abs. 2 lit. b derselben Bestimmung für Gemeindestrassen der Gemeinderat für die Erteilung der Bewilligung zuständig ist.

4. Für den vorliegenden Fall ergibt sich aus diesen Überlegungen Folgendes:

Die Beschwerdeführenden scheinen aus der Tatsache, dass ihnen vor zwei Jahren anlässlich des Eidgenössischen Jodlerfestes die

Benutzung des an ihr Grundstück angrenzenden Teils der Metzgergasse zugestanden wurde, einen Anspruch auf eine erneute Bewilligungserteilung für das bevorstehende Eidgenössische Schwing- und Älplerfest abzuleiten. Dies trifft klarerweise nicht zu. § 104 BauG ist eine Kann-Vorschrift, welche die Bewilligungserteilung in das Ermessen des Stadt- resp. Gemeinderates stellt. Der Stadtrat Aarau hat in seiner Vernehmlassung (...) einlässlich dargelegt, dass bei der Bewilligungserteilung für das Benutzen von öffentlichem Grund für das Bewirten während des Eidgenössischen Schwing- und Älplerfestes an einen Gastwirtschaftsbetrieb auch den übrigen Restaurants der Rathaus- und Metzgergasse gleichlautende Bewilligungen erteilt werden müssten, ansonsten sich der Stadtrat mit dem Problem der rechtsungleichen Behandlung konfrontiert sähe. Zu Recht wird in der Vernehmlassung auch darauf hingewiesen, dass bei einem ausserordentlichen Grossereignis die Funktion der Rathaus- und Metzgergasse als Rettungsachsen nicht mehr gewährleistet wäre, wenn diese Strassenzüge mit Tischen, Bänken oder gar Zelten verstellt wären.

Die Beschwerdeführenden verkennen überdies, dass der Festperimeter während des Eidgenössischen Jodlerfestes vor zwei Jahren anders festgelegt wurde als nun beim Eidgenössischen Schwing- und Älplerfest, welches bewusst auf dem Schachenareal durchgeführt wird. Anders als damals wird nun die Altstadt nicht in den Festbetrieb einbezogen, was auch Auswirkungen auf den Betrieb der Restaurants in der Altstadt zeitigen muss. Die beiden Grossanlässe sind somit hinsichtlich der geografischen Ausdehnung nicht miteinander vergleichbar.

113 Lärmimmissionen

- **Erweist sich eine Parkierungsanlage innerhalb Baugebiet als baurechtskonform, kann die Bauherrschaft nicht verpflichtet werden, nach Alternativstandorten zu suchen.**

Entscheid des Departements Bau, Verkehr und Umwelt (BVU) vom 10. Juli 2007 i.S. S. gegen die Einwohnergemeinde Widen.

Sachverhalt

Der Gemeinderat Widen erteilte der Einwohnergemeinde die Baubewilligung zur Schaffung von 23 zusätzlichen Parkfeldern in der Zone für öffentliche Bauten und Anlagen. Sie werden benötigt, wenn in der näheren Umgebung Grossanlagen durchgeführt werden. Eine dagegen erhobene Beschwerde wies das BVU ab.

Aus den Erwägungen

4. (...) Die Baubewilligung stellt eine sogenannte Polizeierlaubnis dar, mit der festgestellt wird, dass dem ihr zugrunde liegenden Bauvorhaben keine öffentlich-rechtlichen, insbesondere baupolizeilichen und raumplanerischen Hindernisse entgegenstehen, was unter anderem bedeutet, dass ein Rechtsanspruch auf Erteilung der Bewilligung besteht, wenn alle (öffentlich-rechtlichen) Voraussetzungen erfüllt sind (Erich Zimmerlin, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Aargau, 2. Auflage, Aarau 1985, § 152 N 5 mit Hinweisen; Peter Hänni, Planungs-, Bau- und besonderes Umweltschutzrecht, 4. Auflage, Bern 2002, S. 306 f.; Aargauische Gerichts- und Verwaltungsentscheide [AGVE] 2000, S. 247 f.; Verwaltungsgerichtsentscheid [VGE] III/82 vom 31. August 2005 i.S. R.). Zu diesen Voraussetzungen gehört bei einer Anlage der zu beurteilenden Art, welche innerhalb der Bauzonen erstellt werden soll, dass sie den Anforderungen der Baugesetzgebung und Umweltschutzgesetzgebung entsprechen muss, nicht aber die Prüfung bzw. Evaluierung von Alternativstandorten. Sofern diese Anforderungen erfüllt sind, können die Beschwerdeführenden darüber hinaus also nicht verlangen, die Parkplätze müssten an einem von ihnen zu bestimmenden Standort realisiert werden. Dies hängt damit zusammen, dass innerhalb von Bauzonen lediglich zu prüfen ist, ob die betreffende Baute oder Anlage dem Zweck der Nutzungszone entspricht (Art. 22 Abs. 2 lit. a des Bundesgesetzes über die Raumplanung vom 22. Juni 1979 [RPG; SR 700]; vgl. auch § 8 BNO), und es nicht wie bei (zonenwidrigen) Bauvorhaben ausserhalb des Baugebiets des Nachweises einer relati-

ven Standortgebundenheit bedarf, d.h. besonders wichtiger und objektiver Gründe, die den vorgesehenen Standort gegenüber anderen Standorten innerhalb der Bauzonen als viel vorteilhafter erscheinen lassen (vgl. VGE III/82 vom 31. August 2005, i.S. R., mit Hinweisen auf Bundesgerichtsentscheid [BGE] 129 II 68; Bundesgericht in: Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht [ZBl] 105/2004, S. 103 ff.). Die Gemeinde als Bauherrschaft und Grundeigentümerin darf also innerhalb der Bauzonen einen nach ihrer Beurteilung günstigen Standort wählen, zumal die in der Zone für öffentliche Bauten und Anlagen OeB geltenden Zonenvorschriften diesem Vorgehen nicht entgegenstehen. Wie die nachfolgenden Ausführungen aufzeigen werden, erfüllen die Parkplätze die Anforderungen gemäss den massgeblichen baurechtlichen Vorschriften sowie der Umweltschutzgesetzgebung vollumfänglich, weshalb sich der gegen den Standort gerichtete Einwand der Beschwerdeführenden als unbegründet erweist.

114 Amateurfunk-Empfangsantenne.

- **Baubewilligungspflicht (Erw. 2).**
- **Belastung durch nichtionisierende Strahlung (Erw. 3).**
- **Quartier- und Ortsbildverträglichkeit (Erw. 4).**
- **Grenzabstand (Erw. 5).**

Aus dem Entscheid des Regierungsrates vom 10. Januar 2007 i.S. T.H. gegen den Entscheid des Departementes Bau, Verkehr und Umwelt/Gemeinderates R.

Aus den Erwägungen

1. Beschwerdegegenstand

T.H., Rufzeichen HB9..., Inhaber einer Amateurfunkkonzession (CEPT cl. 1) des Bundesamtes für Kommunikation, die ihm den Betrieb von Anlagen mit Sendeleistungen bis 1'000 Watt gestattet, betreibt in seinem Reiheneinfamilienhaus an der S.-gasse x in R. eine Amateurfunkstation. (...) Als Empfangsantenne hat er ohne Baube-

willigung im Garten seiner Liegenschaft und in rund 10 m Entfernung von der vier Häuser umfassenden Reihenhausezeile S.-gasse y-z eine weitere Antenne aufgestellt. Diese im bisherigen Verfahren zwecks Unterscheidung von der Dachantenne als Gartenantenne bezeichnete Einrichtung, welche einzig Gegenstand des Verfahrens vor dem Regierungsrat bildet, dient ausschliesslich als Empfangsantenne. Der Beschwerdeführer und der Vertreter der kantonalen Fachstelle für nichtionisierende Strahlung (NIS) versicherten anlässlich der Augenscheinsverhandlung, dass diese Gartenantenne entsprechend dem Baugesuch ausschliesslich als reine Empfangsantenne dient und sich nicht als Sendeantenne eignet, weshalb entgegen den Befürchtungen der Nachbarschaft eine Sendenutzung aus technischen Gründen ausgeschlossen ist (vgl. ...).

(...)

Im vorliegenden Entscheid zu beurteilen ist somit lediglich die Bewilligungsfähigkeit der strahlungsfreien reinen Empfangsantenne im Garten. Diese GAP-Vertikalantenne vom Typ "Titan" eignet sich für die Bänder 10 m bis 80 m. Sie ist gemäss am 3. Mai 2006 (Posteingang) nachgereichtem Baugesuchsplan an einem rund 2 m hohen Metallrohr montiert und 7 m hoch. Die gesamte Höhe der Anlage vom gewachsenen Boden bis zur Antennenspitze beträgt bei der geplanten Montage wegen der Überlappung von Antenne und Mast nicht ganz 9 m (vgl. ...). Die Dicke des vertikalen Antennenstabes aus Leichtmetall beträgt 38 mm und nimmt gegen oben auf 35 mm leicht ab. In der Mitte der Antenne sind in geringem Abstand vertikale Gegengewichte in Form von dünnen Stäben angebracht, welche die Antenne in diesem Bereich etwas breiter erscheinen lassen. Am unteren Ende der Antenne, d.h. rund 2 m über Grund, befinden sich ferner vier kreuzförmig montierte, stabförmige, horizontale Gegengewichte mit umlaufendem Kabel, deren Ausladung je rund 2 m beträgt. An dieser Stelle weist die Antenne somit eine maximale Breite von rund 4 m auf (vgl. ...). Das Antennenkabel soll erdverlegt zum Haus geführt werden. Der anlässlich der Augenscheinsverhandlung gemessene Grenzabstand zu den benachbarten Parzellen der Beschwerdegegner beträgt zwischen 1.93 m und 2.84 m (vgl. ...).

2. Baubewilligungspflicht

Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung gelten als "Bauten und Anlagen" mindestens jene künstlich geschaffenen und auf Dauer angelegten Einrichtungen, die in bestimmter fester Beziehung zum Erdboden stehen und die Nutzungsordnung zu beeinflussen vermögen, weil sie entweder den Raum äusserlich erheblich verändern, die Erschliessung belasten oder die Umwelt beeinträchtigen. Ausschlaggebend für die Bejahung der Bewilligungspflicht ist die räumliche Bedeutung eines Vorhabens insgesamt. Die Baubewilligungspflicht soll der Behörde die Möglichkeit verschaffen, das Bauprojekt vor seiner Ausführung auf die Übereinstimmung mit dem öffentlichen Bau-, Raumplanungs- und Umweltschutzrecht zu überprüfen. Massstab dafür, ob eine Massnahme erheblich genug ist, um sie dem Baubewilligungsverfahren zu unterwerfen, ist daher, ob damit im Allgemeinen, nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge, so wichtige räumliche Folgen verbunden sind, dass ein Interesse der Öffentlichkeit oder der Nachbarschaft an einer vorgängigen Kontrolle besteht (vgl. zum Ganzen: BGE 119 Ib 226 f., 113 Ib 315 f. E 2b; RRB Nr. ...; EJPD/BRP, Erläuterungen zum Bundesgesetz über die Raumplanung, Bern 1981, S. 271 ff.; Erich Zimmerlin, Baugesetz des Kantons Aargau vom 2. Februar 1971, 2. Auflage, Aarau 1985, N 2 zu § 150).

Bei der strittigen Garten-Empfangsantenne handelt es sich um ein künstlich hergestelltes und mit dem Boden mittels Schrauben fest verbundenes Objekt, mithin um eine Baute im Sinne von § 6 Abs. 1 lit. a des Gesetzes über Raumplanung, Umweltschutz und Bauwesen (Baugesetz, BauG) vom 19. Januar 1993. Gemäss § 59 Abs. 1 BauG bedürfen alle Bauten der Bewilligung durch den Gemeinderat. Keiner Baubewilligung bedürfen dagegen, unter Vorbehalt abweichender Nutzungsvorschriften für bestimmte Schutzzonen, im ganzen Gemeindegebiet u.a. Fahnenstangen, Verkehrssignale, Strassentafeln, Strassenbeleuchtungsanlagen, einzelne Pfähle und Stangen und dergleichen (§ 30 Abs. 1 lit. f der Allgemeinen Verordnung zum Baugesetz [ABauV] vom 23. Februar 1994). Die Errichtung von baubewilligungsfreien Bauten und Anlagen entbindet allerdings nicht von der Einhaltung aller übrigen Vorschriften. Ist eine Ausnahmegewilligung – etwa wegen Nichteinhaltung des vorgeschriebenen Grenzab-

standes – erforderlich, ist ein Baubewilligungsverfahren durchzuführen (§ 30 Abs. 3 ABauV).

Nachdem Fahnenstangen, einzelne Pfähle, Stangen und dergleichen grundsätzlich baubewilligungsfrei errichtet werden dürfen, kann man sich fragen, ob die Antennenanlage mit den genannten Einrichtungen vergleichbar ist. Die eigentliche Antenne, ohne die elektronischen Gegengewichte, ist optisch und von der Grösse her mit einer Fahnenstange durchaus vergleichbar. Die vertikalen Gegengewichte in der Mitte der Antenne weisen geringere Masse als eine Fahne auf. Die horizontalen Gegengewichte übersteigen zwar mit einer Länge von rund 2 m die Breite und Länge einer durchschnittlichen Fahne, andererseits weisen sie eine sehr geringe Fläche auf. Die Fläche der gesamten Antenne beträgt gemäss Beschrieb des Herstellers gerade einmal $0,5 \text{ m}^2$; Satellitenempfangsanlagen für Radio und Fernsehen mit einer Fläche bis zu $0,5 \text{ m}^2$ bedürfen keiner Baubewilligung (§ 30 Abs. 1 lit. e ABauV). Für die Bejahung einer Baubewilligungspflicht bzw. für die Durchführung eines Baubewilligungsverfahrens vor der Errichtung der Antenne spricht aber andererseits der Umstand, dass – wie die nachfolgenden Erwägungen zeigen – selbst für die zuständigen Behörden nicht von vorneherein klar ist, welcher Grenzabstand mit der Antenne einzuhalten ist bzw. ob der gewünschte Standort nur mit einer Ausnahmegewilligung für die Nichteinhaltung des vorgeschriebenen Grenzabstandes bewilligungsfähig ist, was gemäss § 30 Abs. 3 ABauV in jedem Fall die Baubewilligungspflicht begründet. Für die Bejahung der Baubewilligungspflicht spricht ferner, dass die Orts- und Quartierbildverträglichkeit der Antenne offenbar von den davon Betroffenen und den Verfahrensbeteiligten sehr kontrovers beurteilt wird, dass sich zahlreiche Personen in der näheren Umgebung durch die Antenne beeinträchtigt fühlen und eine Strahlenbelastung befürchten, weil der Antenne für technische Laien nicht ansehbar ist, dass sie nur als reine Empfangsantenne verwendbar ist. Es besteht insofern ein gewichtiges Interesse der Öffentlichkeit und der Nachbarschaft an einer vorgängigen Kontrolle. Auch das vom Beschwerdeführer angerufene "Antennen Vademecum" der Union Schweizerischer Kurzwellen-Amateure bejaht die Pflicht zur Einholung einer Baubewilligung für

jede Art Aussenantenne. Aufgrund dieser Umstände hat denn auch der Beschwerdeführer die mit Hinweis auf die Demontierbarkeit der Antenne ursprünglich bestrittene Baubewilligungspflicht anlässlich der Augenscheinsverhandlung anerkannt (vgl. ...).

3. Schutz vor "Nichtionisierenden Strahlen" (NIS)

Im erstinstanzlichen Baubewilligungsverfahren wurde die NIS-Fachstelle der Abteilung für Umwelt beigezogen, weil das ursprüngliche Baugesuch noch eine Sendeantenne auf dem Hausdach umfasste. Die kantonale Fachstelle kam in ihrer Stellungnahme vom 11. Januar 2006 zum Schluss, bei den gegebenen Verhältnissen (u.a. 100 Watt Sendeleistung) werde der massgebliche Immissionsgrenzwert im radialen Abstand von 1.62 m von dem am Strahlmast angebrachten Sender bereits eingehalten. Bei der reinen Empfangsantenne im Garten, die einzig noch Gegenstand des Beschwerdeverfahrens bildet, ist die Strahlenbelastung gleich Null, eine Beeinträchtigung der Nachbarschaft durch elektrische oder elektromagnetische Wellen also ausgeschlossen (vgl. ...). Sollte der Beschwerdeführer die Gartenantenne in einem späteren Zeitpunkt auch als Sendeantenne nutzen wollen, müsste er dafür ein neues Baugesuch stellen. Er dürfte den erforderlichen Umbau der Antenne sowie deren Inbetriebnahme als Sendeantenne erst nach Vorliegen einer rechtskräftigen Baubewilligung vornehmen und die von der Sendeantenne Betroffenen hätten wiederum die Möglichkeit, sich im neuen Verfahren dagegen zur Wehr zu setzen. Weitere Erwägungen zur von den Beschwerdegegnern befürchteten Strahlenproblematik erübrigen sich daher im vorliegenden Verfahren.

4. Quartier- und Ortsbildverträglichkeit

4.1. Sowohl die Beschwerdegegner als auch der Gemeinderat R. machen geltend, die Amateurfunkempfangsantenne im Garten der Reiheneinfamilienhaussiedlung S.-gasse y-z wirke als Fremdkörper und sie beeinträchtige das Quartier- und Ortsbild übermässig.

Gemäss § 42 Abs. 1 BauG müssen sich Gebäude hinsichtlich Grösse, Gestaltung und Oberfläche des Baukörpers sowie dessen Aussenraumes so in die Umgebung einordnen, dass eine gute Gesamtwirkung entsteht. Bauten, Anschriften, Bemalungen, Reklamen und Antennen dürfen insbesondere Landschaften sowie Orts-, Quar-

tier- und Strassenbilder nicht beeinträchtigen (§ 42 Abs. 2 BauG). Der Gemeinderat kann im Rahmen eines Baubewilligungsverfahrens die Verbesserung oder die Beseitigung störender Anlagen verlangen, wenn dies ohne unzumutbaren Nachteil möglich ist (§ 17 der Bauordnung 1994 der Gemeinde R. vom 16. November 1994/ 24. Oktober 1995, BO). Nicht anwendbar sind die Sonderbestimmungen der kommunalen Bauordnung für den Ortsbildschutzperimeter, da die Parzelle 4020 nicht vom Ortsbildschutzperimeter überlagert ist (vgl. ...).

4.2. Die Beschwerdegegner empfinden die Gartenantenne als störenden Fremdkörper im Quartier und im Bereich ihrer Gärten, der ihnen zwar nicht die Aussicht nimmt, aber diese beeinträchtigt. Was genau die störende Wirkung der Antenne ausmacht, wird individuell unterschiedlich empfunden und es fiel den Augenscheinsbeteiligten nicht leicht, ihre Eindrücke bei der Betrachtung der Antenne in Worte zu fassen. K.B. fühlt sich zum Beispiel beim Anblick der Antenne an eine Wäschehängevorrichtung erinnert, während F.C. diesen Vergleich als unpassend erachtet, weil eine Wäschehängevorrichtung viel kleiner und nicht ganzjährig aufgestellt ist. Für R.G. ist die Gartenantenne mit nichts vergleichbar, einfach nur eine visuell störende, technische Einrichtung, welche überdies Ängste bezüglich Strahlenbelastung auslöst. Ein Vergleich mit anderen in der unmittelbaren Umgebung vorhandenen technischen Einrichtungen, wie Strassenkandelabern, Fahnenstangen und dergleichen, wird als unzulässig erachtet, weil letztere in einem Wohnquartier als notwendige oder übliche Objekte betrachtet werden, während die Amateurfunkantenne von deren Gegnerschaft als unnötig beurteilt wird (vgl. ...).

Der Standort der Amateurfunkempfangsantenne im Garten der Liegenschaft S.-gasse x befindet sich in einer Art Innenhof zwischen den Quartierstrassen S.-gasse, S.-strasse und S.-quartier. Die Reiheneinfamilienhäuser S.-gasse y-z sind Teil eines Wohnquartiers mit vorwiegender Einzelhausbebauung des 20. Jahrhunderts. Das südliche S.-quartier gehört zur Wohnzone C, in welcher die maximale Gebäudehöhe 7 m und die maximale Firsthöhe 11 m beträgt. Die nördlich unmittelbar an die S.-gasse grenzende Wohnzone B lässt 10 m Gebäudehöhe und 14 m Firsthöhe zu (§ 22 BO). Die Wohnzo-

nen B und C sind in erster Linie für Wohnbauten bestimmt; gewerbliche Nutzungen und Dienstleistungen sind zugelassen, soweit sie nicht mehr Emissionen und nur unbedeutend mehr Verkehr erzeugen als eine Wohnnutzung (§ 24 Abs. 1 BO). Südlich der S.-strasse beginnt das Landwirtschaftsgebiet, welches den südlichen Rand des Wohngebietes von R. von der unweit gelegenen Gemeinde M. trennt. Die vom S.-quartier aus sichtbaren grösseren Antennenanlagen der Umgebung befinden sich bereits auf dem Gemeindegebiet von M. oder gar B. (...).

Der Standort der Gartenantenne liegt sowohl in Bezug auf die öffentliche S.-strasse wie auch auf die private S.-gasse in einem rückwärtigen Bereich der Bebauung, d.h. hinter der Flucht der jeweiligen Gebäudezeile entlang der beiden Strassen. Von öffentlichem Grund aus, dem hinsichtlich der Beurteilung der Orts- und Quartierbildverträglichkeit im Vergleich zu den Ansichten aus dem privaten Raum erhöhte Bedeutung zukommt (vgl. ...), ist die Antenne im wesentlichen nur von zwei Punkten aus sichtbar: Aus Südwesten von der S.-strasse her durch eine rund 27 m weite Häuserlücke und aus Richtung Nordwesten von der S.-gasse her durch eine ca. 12 m breite Gebäudelücke. Die Begehung anlässlich der Augenscheinsverhandlung hat gezeigt, dass bei Betrachtung des Strassenraumes technische Einrichtungen wie Strassenkandelaber und Fahnenstangen stärker in Erscheinung treten als die Gartenantenne. Ein Passant oder eine Passantin auf der öffentlichen S.-strasse würde die Antenne unter Umständen nicht einmal wahrnehmen, jedenfalls würde sie in der vorhandenen Umgebung kaum störend auffallen. Die Firsthöhe des Satteldaches S.-gasse x misst ca. 10 m, die Gartenantenne ist also deutlich weniger hoch als der Dachfirst und in der unmittelbaren Umgebung befinden sich überdies grössere Nadelbäume. Die Antenne tritt im Strassenraum - beim Blick in Längsrichtung - sowohl der S.-strasse wie auch der S.-gasse kaum bzw. gar nicht in Erscheinung; auf jeden Fall springt sie deutlich weniger ins Auge als z.B. der Beleuchtungskandelaber an der S.-gasse. Sie wird überhaupt erst wahrgenommen, wenn der Blick zur Seite gewandt und bewusst durch die Gebäudelücke geschaut wird. Die Nadelbäume in Nachbarn Garten nehmen dann aber eine dominantere Stellung ein; der

eine von beiden ist bereits höher als die Gartenantenne, der andere wird in wenigen Jahren ebenfalls höher sein. Diese beiden hochwachsenden Nadelbäume kaschieren die Gartenantenne schon heute weitgehend. Die kantonale Fachstelle kommt daher zum klaren Ergebnis, die strittige Amateurfunkantenne sei in der Wohnzone von R. orts- und quartierverträglich; eine zusätzliche Kaschierung der Antenne sei in Anbetracht der bestehenden Bepflanzung (mannshohe Büsche und zwei hochwachsende Nadelbäume) nicht nötig (vgl. ...). Der Regierungsrat kann sich dieser überzeugenden Beurteilung der kantonalen Fachstelle anschliessen.

Bei der Betrachtung der Antenne von den Sitzplätzen der Reiheneinfamilienhäuser S.-gasse y-z und beim Blick aus dem Wohnzimmer von K.B. tritt die Antenne zwar auffälliger in Erscheinung. Von einer erheblichen Beeinträchtigung des Quartierbildes durch einen auffälligen technischen Fremdkörper, mit dem man in einem Wohnquartier nicht rechnen muss, kann aber nicht die Rede sein. Selbst wenn heute die Mehrzahl der Wohnhäuser über den Anschluss an eine Kabelempfangsanlage verfügt, gehören Antennen weiterhin und in der jüngeren Vergangenheit wieder vermehrt zum Quartierbild, sind doch diese unverändert erforderlich, um Sender zu empfangen, die auf der Kabelanlage nicht verfügbar sind. Der Empfang von Sendungen, die Benutzung eines Mobiltelefons, aber auch die Abstrahlung von Sendungen gehören typischerweise zu einer Wohnnutzung und damit in ein Wohnquartier. Ein Blick in die Rechtsprechung zeigt denn auch, dass selbst grössere und auffälligere Empfangs- und Sendeantennen für Amateurfunk, Radio, Fernsehen und Telefon in Wohnquartieren regelmässig als ortsbildverträglich und zonenkonform beurteilt werden (vgl. z.B. Entscheid der Baurekurskommission IV des Kantons Zürich, BEZ 1997 Nr. 18, betreffend Ortsbildverträglichkeit einer Amateurfunkantenne in einem gehobenen Einfamilienhausquartier; Entscheid VB.98.00153 des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich vom 21. Oktober 1998, publiziert in URP 1999 S. 181: "Der geplante Antennenmast, ein schlanker, 13 m hoher und 15,9 cm dicker Metallstab, der sich gegen oben auf 11,4 cm verjüngt, erscheint nicht als geeignet, ein gehobenes Einfamilienhausquartier ästhetisch zu beeinträchtigen; er verstösst da-

rum nicht gegen die Einordnungsnorm des zürcherischen PBG."). Anders ist allenfalls in einem besonders empfindlichen und entsprechend geschützten Ortsbildschutzperimeter zu entscheiden, der vorliegend jedoch rund 400 m weit entfernt liegt und durch die strittige Antenne klarerweise nicht betroffen ist.

Zusammenfassend ist daher die Beurteilung des Gemeinderates R., die Amateurfunkempfangsantenne störe das Quartier- und Ortsbild übermässig, rechtlich nicht haltbar.

4.3. Auch wenn die Amateurfunkempfangsantenne in der geplanten Form, Grösse und Lage keine übermässige Beeinträchtigung des Quartier- und Ortsbildes zur Folge hat, sind dennoch diejenigen Massnahmen zu treffen, welche die ästhetisch nachteilige Beeinflussung der Umgebung deutlich vermindern, sofern diese technisch und betrieblich möglich und für die Bauherrschaft wirtschaftlich tragbar sind. Anlässlich der Augenscheinsverhandlung wurde diesbezüglich von den Verfahrensbeteiligten festgestellt (vgl. ...), dass sich auf der Parzelle des Beschwerdeführers kein anderer Standort finden lässt, wo die Antenne weniger stört. Eine Verkleinerung der Antenne hätte zur Folge, dass die vorgesehenen Amateurfunk-Frequenzbänder nicht mehr betrieben werden könnten; die Antenne ist bezüglich Grösse bereits ein Kompromiss bzw. bezüglich Funktionalität und optischer Wirkung optimiert (vgl. ...). Möglich und zweckmässig wäre jedoch eine tiefere Montage. T.H. plant die Antenne entsprechend dem Baugesuchsplan (vgl. ...) an einem zwei Meter hohen Mast zu montieren, d.h. die störend in Erscheinung tretenden horizontalen Radials (Gegengewichte) befinden sich bei dieser Montageweise etwa auf Augenhöhe. Gemäss dem bei den Gemeindeakten befindlichen Antennenbeschrieb des Herstellers WiMo ist die Antenne "unabhängig vom Erdboden und kann entweder dicht über Grund oder auf einem Hausdach montiert werden." T.H. hat denn auch zugestanden, dass eine tiefere Montage der horizontalen Radials möglich wäre, wenn diese stören (vgl. ...). Eine Kürzung des Mastes bzw. Standrohrs um 1.5 m auf 0.5 m hätte zur Folge, dass die horizontalen Radials selbst dann den Boden noch nicht berühren, wenn sie gegen aussen etwas durchhängen oder vom Wind bewegt werden. Die GAP-Antenne "Titan" wäre dann gemäss Beschrieb des Hersteller

WiMo dicht über dem Boden montiert und insgesamt (Mast sowie eigentliche Antenne zusammen) deutlich weniger hoch (7.5 m statt 9 m, vgl. ...). Die funktechnische Effizienz der Antenne wäre dadurch also nicht beeinträchtigt, die ästhetisch störende Wirkung aber deutlich gemindert, da die Antenne niedriger würde, die horizontalen Radials weniger in Erscheinung treten und an verschiedenen Betrachtungsorten sogar hinter der bestehenden Bepflanzung verschwinden würden, so etwa beim Sitzplatz C. und beim Wohnzimmer B. Insofern erscheint es verhältnismässig, die Baubewilligung an die Bedingung zu knüpfen, die Antenne müsse möglichst dicht über Grund montiert werden.

5. Grenzabstand

5.1. Der Gemeinderat R. hat das Baugesuch für die Gartenantenne u.a. mit der Begründung abgewiesen, die äusseren Punkte der Antenne zeigten Grenzabstände von 1.50 m bis 4.00 m. Der zonen-gemässe Grenzabstand habe jedoch 4.00 m zu betragen und sei damit nicht allseitig eingehalten. Mangels Näherbaurechten sei das Baugesuch daher abzuweisen.

Die Parzelle 4020, auf welcher die Gartenantenne erstellt werden soll, befindet sich gemäss Bauzonenplan 1991 der Gemeinde R. vom 12. Juni 1991/10. März 1992 in der Wohnzone C. Die Bauordnung 1994 der Gemeinde R. schreibt in § 22 für die Wohnzone C einen minimalen Grenzabstand von 4 m vor. Da die Höhe der Gartenantenne mit rund 9 m die maximale Höhe einer Kleinbaute klar übersteigt (die Gebäudehöhe einer Kleinbaute darf gemäss § 18 Abs. 1 ABauV maximal 3 m, die Firsthöhe gemäss § 34 Abs. 1 BO maximal 4.5 m betragen), finden die Sonderregelungen für Klein- und Anbauten keine Anwendung. Besondere Grenzabstände für Antennen sehen weder die ABauV noch die BO vor. Der Gemeinderat R. ist deshalb zum Schluss gelangt, der in der Wohnzone C für Wohnhäuser vorgeschriebene Grenzabstand gelte auch für die strittige Gartenantenne.

Grenzabstände bestimmen die Distanz, die ein Bau gegenüber der Grundstücksgrenze mindestens einhalten muss. Sie gelten grundsätzlich für alle Arten von Bauten, ausgenommen Einfriedigungen sowie Klein- und Anbauten, für welche Sonderregelungen bestehen

(vgl. §§ 18 und 19 ABauV, § 34 BO; Zimmerlin, a.a.O., N 5 zu § 163). Alle Teile eines Baues müssen den Grenzabstand einhalten, den Grenzabstand um höchstens 1.50 m unterschreiten dürfen jedoch untergeordnete Gebäudeteile (Dachvorsprünge, Vordächer, Treppen, Erker, Balkone usw.) sowie Wintergärten und Windfänge (§ 2 Abs. 1 und 3 ABauV). Mit Grenzabständen werden einerseits öffentliche Interessen, namentlich solche der Feuerpolizei, der Wohnhygiene, der Siedlungsgestaltung und der Ästhetik verfolgt, andererseits sollen die Abstandsvorschriften dazu dienen, die mannigfachen Einflüsse von Bauten und ihrer Benutzung auf Nachbargrundstücke zu mindern, z.B. Beeinträchtigung von Besonnung und Belichtung, Belüftung und Aussicht, Schattenwurf, Einsehbarkeit, Lärm, Erschütterungen, Gerüche usw. (vgl. Zimmerlin, a.a.O., N 3 zu § 163-65; Walter Haller/Peter Karlen, Raumplanungs-, Bau- und Umweltrecht, 3. Aufl., Zürich 1999, Rz. 638; AGVE 2001 S. 298; RRB Nr. ...). Bei einer reinen Empfangsantenne, welche normalerweise mit keinerlei Immissionen (insbesondere mit keiner Strahlenbelastung) verbunden ist und die bei einer Fläche von insgesamt 0.5 m² weder einen relevanten Schattenwurf noch einen entsprechenden Licht- oder Aussichtsentszug zur Folge hat, stellt sich indessen die Frage, ob überhaupt ein berechtigtes Interesse der Öffentlichkeit oder der Nachbarschaft an der Einhaltung eines minimalen Grenzabstandes besteht bzw. ob der Gesetzgeber bei der Regelung der Grenzabstände wirklich auch an Anlagen wie Antennen mit minimaler Fläche gedacht hat.

5.2. Nach den Abklärungen des regierungsrätlichen Rechtsdienstes, in welche auch die Rechtsabteilung und die Abteilung für Baubewilligungen des Departementes Bau, Verkehr und Umwelt einbezogen wurden, ist die Frage, welchen Grenzabstand eine Amateurfunkempfangsantenne der fraglichen Grösse einzuhalten hat, im Kanton Aargau offenbar noch nie entschieden worden. Mangels Fällen konnte sich insbesondere keine eigentliche Praxis bilden (vgl. ...). Die Frage stellte sich jedoch im Kanton Obwalden und der Regierungsrat des Kantons Obwalden erzog dazu in seinem Entscheid Nr. 509 vom 16. April 2003 (publiziert in OWVVG XVI N. 20) zusammenfassend was folgt:

"4. ... Aus dem Gesagten erhellt, dass Antennenmasten nach Lehre und Rechtsprechung den Höhenbeschränkungen für Bauten, wie sie sich zum Beispiel aus Art. 44 Abs. 2 BauG ergeben, ebenso wenig unterliegen wie den auf Gebäude zugeschnittenen Abstandsvorschriften (vgl. auch Hans Rudolf Trüeb, Der Bau von Fernmeldeanlagen, Unterlagen zur Schweizerischen Baurechtstagung 2001 in Freiburg, S. 123). Diese Auslegung ist mit der *ratio legis* (Zweck der Vorschrift) vereinbar. Höhenbeschränkungen dienen – wie auch die Vorschriften über Grenz- und Gebäudeabstände – primär dazu, die mannigfachen Einflüsse von Bauten und ihrer Benutzung auf Nachbargrundstücke zu mindern, und zwar sowohl solche negativer Art (Beeinträchtigung von Belichtung, Besonnung, Belüftung und Aussicht; Schattenwurf; Einsicht) als auch sonstige Einwirkungen. Dieser Zweckbestimmung entsprechend haben Bauten Abstände einzuhalten (vgl. Art. 38 ff. BauG). Demgegenüber haben (bauliche) Anlagen mit Ausnahme der Einfriedungen und Böschungen (Art. 43 BauG) keine Grenz- und Gebäudeabstände einzuhalten (vgl. Erläuterungen zum BauG, S. 76 f.)."

Eine entsprechende Praxis gilt auch im Kanton Bern (vgl. BVR 1994 20 E. 6: Funkantennen sind gleich zu behandeln wie Fahnenmasten, für die ebenfalls kein Grenzabstand gilt.). Der Regierungsrat kann sich diesen überzeugenden Überlegungen – jedenfalls hinsichtlich Amateurfunkempfangsantennen der fraglichen Grösse – anschliessen. Die strittige Gartenantenne darf demnach grundsätzlich unmittelbar an der Parzellengrenze erstellt werden, d.h. der Antennenmast muss so weit von der Parzellengrenze errichtet werden, dass abstehende Antennenteile wie die horizontalen Radials (Gegengewichte des Strahlers), deren Länge gemäss der anlässlich der Augenscheinsverhandlung durchgeführten Messung zwischen 2.05 m und 2.08 m betragen (vgl. ...), keinesfalls über die Parzellengrenze ragen (vgl. RRB Nr. ... betr. Fahnenmasten mit Reklamefahnen, welche nicht über die Parzellengrenze wehen dürfen). Da der Antennenmast bei starkem Wind seitlich etwas schwanken kann, sind entsprechende Reserven vorzusehen. Nachdem die Radials aber nicht senkrecht zur Parzellengrenze zeigen müssen, sondern so gedreht werden können, dass sie in einem spitzen Winkel zur Grenze zeigen, genügt der anlässlich der Augenscheinsverhandlung gemessene minimale Grenzabstand von 1.93 m gegenüber der nächstgelegenen Parzelle 4021,

um ein Übertreten von Antennenteilen auf das Nachbargrundstück zu vermeiden; der Abstand zur Parzelle 1166 beträgt ca. 2.5 m, derjenige zur Parzelle 3860 ca. 2.5 m (vgl. ...). Nicht beeinträchtigt werden darf im Übrigen auch das an der südlichen Grenze der Parzelle 4020 bestehende 1 m breite Wegrecht, welches sich die Eigentümerinnen und Eigentümer der Reiheneinfamilienhaussiedlung gegenseitig eingeräumt haben (vgl. ...). Bei einem Abstand von rund 4 m zur Parzelle 1167 (vgl. ...) sollte das Wegrecht uneingeschränkt ausgeübt werden können, allenfalls kann die Antenne etwas gegen die Reiheneinfamilienhäuser hin verschoben werden.

5.3. Würde man – entgegen den vorstehenden – Erwägungen von einem grundsätzlich anwendbaren Grenzabstand von 4 m ausgehen, wäre vorliegend eine Ausnahmegewilligung für die Unterschreitung dieses Abstandes zu erteilen. Gemäss der allgemeinen Ausnahmegewilligung von § 67 BauG können – unter billiger Abwägung der beteiligten privaten Interessen – Ausnahmen von kommunalen und kantonalen Nutzungsplänen und Bauvorschriften gestattet werden, wenn dies mit dem öffentlichen Wohl sowie mit Sinn und Zweck der Rechtssätze vereinbar ist (Abs. 1 lit. a) und entweder ausserordentliche Verhältnisse vorliegen oder die Anwendung der Pläne und Vorschriften zu hart wäre (Abs. 1 lit. b). Wie vorstehend bereits ausgeführt, werden die mit dem gesetzlichen Grenzabstand verfolgten Ziele nicht relevant beeinträchtigt, wenn die strittige Antenne in einem Grenzabstand von weniger als 4 m errichtet wird, solange keine Antennenteile über die Grenze ragen. Die Einhaltung des Grenzabstandes würde für den Beschwerdeführer eine Härte bedeuten, da er sein Hobby nicht ausüben könnte und in der bundesverfassungsrechtlich geschützten Informationsfreiheit (Art. 16 Abs. 3 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999) eingeschränkt wäre. Demgegenüber sind die öffentlichen und privaten Interessen an der Einhaltung des Grenzabstandes als gering bis unbedeutend einzuschätzen (vgl. Erw. 5.1 und 5.2), weshalb die Interessenabwägung klar für die Erteilung einer Ausnahmegewilligung spricht, sofern denn die Grenzabstandsregelung von § 22 BO überhaupt anwendbar ist.

5.4. Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass die Baubewilligung nicht wegen ungenügenden Grenzabstandes verweigert werden darf.

6. (...)

7. Zusammenfassung und (...)

Nach dem Gesagten ist der angefochtene Entscheid des Gemeinderates R. aufzuheben und die Beschwerdeangelegenheit an diesen zurückzuweisen zur Erteilung der Baubewilligung unter einigen kantonalen Bedingungen, welche die berechtigten Interessen der Nachbarschaft wahren, sowie den üblichen und notwendigen kommunalen Bedingungen und Auflagen. Die Antenne darf erst montiert werden, wenn die erteilte Baubewilligung in Rechtskraft erwachsen ist.

115 Erweiterung einer Tankstelle, Einrichtung eines Tankstellenshops.

- **Beschwer der Beschwerdeführenden (Erw. 2).**
- **Abfallentsorgung (Erw. 5).**

Aus dem Entscheid des Regierungsrates vom 27. Juni 2007 i.S. W.B.-A. und Mitbeteiligte gegen den Entscheid des Departements Bau, Verkehr und Umwelt/Gemeinderates M.

Aus den Erwägungen

2. Beschwer der Beschwerdeführenden

2.1. Der Beschwerdegegner beantragt, es sei mangels Beschwerde nicht einzutreten auf die Beschwerdeanträge

- der Beschwerdeführenden 2-6 und 12 betreffend abendliche Öffnungszeit später als 21.00 Uhr sowie betreffend Verkehrsmassnahmen bei der Einmündung in die Hauptstrasse;
- der Beschwerdeführenden 7-11 betreffend Verkehrsmassnahmen bei der Einmündung in die Hauptstrasse.

Die Beschwerdeführenden 2-6 und 12 hätten in ihrer Einsprache vom 16. Februar 2006 beantragt, das Baugesuch sei nur mit Auflagen zu bewilligen; bezüglich Öffnungszeiten hätten sie insge-

samt eine Beschränkung auf 21.00 Uhr verlangt und keine Verkehrsmassnahmen bei der Einmündung in die Hauptstrasse gefordert. Die Beschwerdeführenden 7-11 hätten in ihrer Einsprache keine Auflage bezüglich der genannten Verkehrsmassnahmen beantragt. Das Nichteintreten auf einen Teil der Beschwerdeanträge müsse Verfahrenskostenfolgen nach sich ziehen, nämlich wenn die Beschwerde teilweise gutgeheissen würde.

2.2 Die Beschwerdelegitimation (§ 38 Abs. 1 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege [Verwaltungsrechtspflegegesetz, VRPG] vom 9. Juli 1968) setzt neben der materiellen Beschwer auch eine solche im formellen, prozessualen Sinne voraus. Formell beschwert ist eine Person, die formell richtig am vorinstanzlichen Verfahren beteiligt war (passive Seite) und dort ihre Antrag- und Beschwerdemöglichkeiten formell richtig ausgeschöpft hat (aktive Seite), aber mit ihren Anträgen nicht oder zumindest nicht vollständig durchgedrungen ist, d.h. wenn der angefochtene Entscheid ihr etwas versagt, was sie beantragt hat. Das Erfordernis der formellen oder prozessualen Beschwer schliesst aus, dass eine beschwerdeführende Person erstmals vor der Beschwerdeinstanz Anträge stellt, welche den Streitgegenstand unzulässig ändern und eine weitgehende Neubeurteilung des Falles notwendig machen, es sei denn, sie sei zu Unrecht von der Beteiligung ausgeschlossen worden oder erst durch den vorinstanzlichen Entscheid betroffen worden (AGVE 2003 S. 309 ff., 1999 S. 264 f., 1987 S. 232). Die Beteiligten sollen aufgrund der Rechtssicherheit und der Prozessökonomie möglichst früh die Positionen der jeweiligen Gegnerschaft kennen, damit die Bauherrschaft damit auch die Möglichkeit hat, ihr Projekt anzupassen, um ein Beschwerdeverfahren zu vermeiden (vgl. § 4 Abs. 2 des Gesetzes über Raumplanung, Umweltschutz und Bauwesen [Baugesetz, BauG] vom 19. Januar 1993; Fritz Gygi, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2. Auflage, Bern 1983, S. 155; Michael Merker, Rechtsmittel, Klage und Normenkontrollverfahren nach dem aargauischen Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege, Kommentar zu den §§ 38-72 VRPG, Zürich 1998, § 38 N 146 ff.). Indessen ist es zulässig, den Beschwerdegegenstand mit der Verwaltungsbeschwerde zu erweitern, d.h. innerhalb oder ohne Änderung des Beschwerdegegenstands ein quali-

tatives Mehr zu verlangen (Urs Baumgartner, Die Legitimation in der Verwaltungsrechtspflege des Kantons Aargau, Diss., Zürich 1978, S. 121; vgl. zur Frage der Beschwerdeerweiterung: Merker, a.a.O. § 39 N 13 ff.).

2.3. Richtig ist die Feststellung des Beschwerdegegners, dass die Beschwerdeführenden 2-6 und der Beschwerdeführer 12 mit ihrer Sammeleinsprache vom 16. Februar 2006 betreffend Öffnungszeiten nur eine Beschränkung auf 21.00 Uhr und keine Verkehrsmassnahmen bei der Einmündung in die Hauptstrasse verlangt haben. Auch die Beschwerdeführenden 7-11 haben in ihrer Einsprache keine Auflage bezüglich der Verkehrsmassnahmen beantragt. Dies kann ihnen aber für das vorliegende Beschwerdeverfahren, in dem Noven im Rahmen des Streitgegenstands zugelassen werden, nicht zum Nachteil gereichen, da die von den genannten Beschwerdeführenden in diesem Verfahren neu gestellten Anträge in einem sachlichen Zusammenhang zu dem im Einspracheverfahren fixierten Streitgegenstand stehen. Eine Erweiterung des Streitgegenstands innerhalb bzw. ohne dessen Veränderung durch die neu gestellten Anträge ist daher zulässig (Merker, a.a.O., § 39 N 13). Somit ist auf sämtliche Beschwerdeanträge der Beschwerdeführenden 2-12 einzutreten und der diesbezügliche Antrag des Beschwerdegegners erweist sich als unbegründet.

3. (...)

4. (...)

5. Abfallentsorgung

5.1. Die Beschwerdeführenden verlangen vom Beschwerdegegnern, dass er einen genügenden Abfalleimer aufstellt und auf eigene Kosten einen Reinigungsdienst zum Einsammeln der Abfälle aufstellt. Sie berufen sich auf Art. 30 bis 32b des Bundesgesetzes über den Umweltschutz (Umweltschutzgesetz, USG) vom 7. Oktober 1983, insbesondere auf Art. 31b und 31c USG.

5.2. Siedlungsabfälle, Abfälle aus dem öffentlichen Strassenunterhalt und der öffentlichen Abwasserreinigung sowie Abfälle, deren Inhaber nicht ermittelt werden kann oder zahlungsunfähig ist, werden von den Kantonen entsorgt. Für Abfälle, die nach besonderen Vorschriften des Bundes vom Inhaber verwertet oder von Dritten zu-

rückgenommen werden müssen, richtet sich die Entsorgungspflicht nach Artikel 31c USG (Art. 31b Abs. 1 USG). Die übrigen Abfälle muss der Inhaber entsorgen. Er kann Dritte mit der Entsorgung beauftragen (Art. 31c Abs. 1 USG). Der Inhaber der Abfälle trägt die Kosten der Entsorgung; ausgenommen sind Abfälle, für die der Bundesrat die Kostentragung anders regelt (Art. 32 Abs. 1 USG).

Siedlungsabfälle (Abfälle aus Haushalten und andere Abfälle vergleichbarer Zusammensetzung) sind vom Gemeinwesen (Art. 31b), alle übrigen Abfälle (spezifische Betriebsabfälle aus Industrie, Gewerbe, Dienstleistung und Verwaltung) dagegen gesamthaft von der Privatwirtschaft zu entsorgen (Art. 31c). Abfälle aus dem Tätigkeitsbereich eines Wirtschaftszweigs ist dem "übrigen Abfall" zuzurechnen. Das einzelne Unternehmen ist dafür verantwortlich, diese Abfälle zu entsorgen und die dafür geeigneten und notwendigen Entsorgungsmittel und -wege aufzubauen. Die Entsorgungspflicht trifft im Rahmen von Art. 31c USG die Inhaberin oder den Inhaber (Pierre Tschannen, Kommentar zum Umweltschutzgesetz, 2. Auflage, Zürich, 2004, Art. 31b N 9 ff., Art. 31c N 8 ff.). Als solche gelten grundsätzlich Personen, welche die tatsächliche Herrschaft über eine Sache haben, die nach Art. 7 Abs. 6 USG als Abfall gilt, d.h. über eine Sache ohne Rücksicht auf das Recht oder Unrecht faktisch verfügen können (behalten, verändern, weitergeben oder zerstören) (BGE 119 Ib 492 E. 4b, cc, 118 Ib 407 E. 3c; Ursula Brunner/Pierre Tschannen, Kommentar zum Umweltschutzgesetz, 2. Auflage, Zürich, 2004, Vorbemerkungen zu Art. 30-32e, N 50). Ausnahmsweise ist indessen die faktische Verfügungsmacht nicht ausschlaggebend, nämlich dann, wenn Abfälle entgegen den Vorschriften entsorgt wurden, bleibt diejenige Person, welche die ordnungswidrige Ablagerung von Abfällen zu verantworten hat, ihre Inhaberin. Dieser Zuordnung kann sie sich durch eine widerrechtliche Handlung nicht entziehen. Wenn diese Person aber nicht mehr ermittelt werden kann, liegt es dann am Gemeinwesen, an die Stelle der nicht mehr greifbaren pflichtigen Person zu treten und den polizeiwidrigen Zustand auf dem Wege des unmittelbaren Vollzugs zu beheben (Art. 31b Abs. 1 erster Satz USG; Tschannen, a.a.O., Art. 31b N 14; Ursula Brunner, Kommentar zum Umweltschutzge-

setz, 2. Auflage, Zürich, 2004, Art. 32 N 12 f.). Die Entsorgungspflicht beinhaltet primär die Pflicht, die Abfälle der Verwertung oder Ablagerung zuzuführen oder zuführen zu lassen, aber auch die nötigen Sammlungen und Transporte vorzunehmen oder vornehmen zu lassen (Tschannen, a.a.O., Art. 31c N 15).

5.3. In der Beschwerde werden diejenigen Abfälle angesprochen, die von den Kundinnen und Kunden des Tankstellenshops sowie von dessen Angestellten in die Vorgärten der Beschwerdeführenden geworfen werden (wie Verpackungsmaterial, Essensreste, Servietten, Zigaretten usw.). Wenig wahrscheinlich ist indessen, dass Angestellte des Shops solche Abfälle in den Vorgärten der Beschwerdeführenden verursachen. So etwas wurde jedenfalls von diesen nicht nachgewiesen. Es handelt sich demnach bei allfälligen in den Vorgärten der Beschwerdeführenden abgelagerten Abfällen – soweit sie von den Kundinnen und Kunden des Shops stammen – nicht um Siedlungsabfälle, sondern um spezifische Betriebsabfälle von einem Dienstleistungsbetrieb, die grundsätzlich nicht vom Kanton, sondern von der Privatwirtschaft zu entsorgen sind (Art. 31c Abs. 1 USG). Der Inhaber solcher von Kundinnen und Kunden auf die Grundstücke der Beschwerdeführenden geworfenen Abfälle ist aber nicht der Beschwerdegegner, da vor dem Wegwurf nicht er, sondern Kundinnen oder Kunden die faktische Verfügungsmacht über die Abfälle hatten. Da diese Personen, welche den Abfall ordnungswidrig auf fremden Grundstücken deponieren, in der Regel nicht mehr auffindbar sind, handelt es sich um Abfälle, deren Inhaberin oder Inhaber nicht ermittelt werden kann (Art. 31b Abs. 1 erster Satz USG). Mit Bezug auf diese Abfälle trifft den Beschwerdegegner aber – wie oben dargelegt – entgegen der Auffassung der Beschwerdeführenden keine Entsorgungspflicht. Ihrem Antrag, der Beschwerdegegner habe einen Reinigungsdienst zum Einsammeln dieser Abfälle einzurichten, ist somit nicht stattzugeben. Indessen trifft ihn durchaus eine Pflicht, auf seinem eigenen Grundstück und an den Parzellengrenzen der Beschwerdeführenden genügend Abfalleimer aufzustellen und diese periodisch zu leeren. Mit solchen verhältnismässigen und zumutbaren Mitteln kann er als sog. Zweckveranlasser wirksam dazu beitragen, dass die öffentliche Ordnung nicht gestört

wird (Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Auflage, Zürich 2006, N 2497 ff. mit Verweisungen). Sowohl im Einspracheverfahren als auch im vorliegenden Beschwerdeverfahren hat der Beschwerdegegner zugesichert, die erforderlichen Abfalleimer aufzustellen und Abfallverschmutzungen in der näheren Umgebung wie bis anhin regelmässig zu beseitigen. Auf diese Zusagen wird er behaftet, weshalb sich diesbezüglich weitere Anordnungen erübrigen.

116 Materialabbau.

- **Legitimation zur Einreichung eines (Ab)Baugesuchs; Notwendigkeit eines schutzwürdigen eigenen und aktuellen Interesses.**
- **Sachentscheidsvoraussetzung für einen Vorentscheid; es muss eine gewisse Wahrscheinlichkeit bestehen, dass die gesuchstellende Person ein Bauvorhaben realisieren kann und wird.**
- **Genügendes aktuelles Interesse verneint bei einem Abbaugesuch, mit welchem ein hängiges Enteignungsverfahren präjudiziert werden sollte.**

Aus dem Entscheid des Regierungsrats vom 28. Juni 2006 i.S. T. AG und S. AG gegen den Entscheid des Departements Bau, Verkehr und Umwelt/Gemeinderats S.

Aus den Erwägungen

3. a) Obwohl gesetzlich nicht explizit geregelt, wendet die Rechtssprechung die allgemeine Vorschrift über die Beschwerdelegitimation (§ 38 Abs. 1 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege vom 9. Juli 1968 [VRPG]) analog auf das erstinstanzliche Verwaltungsverfahren an. Danach müssen die Behörden auf Antrag einer Partei generell nur dann tätig werden, wenn diese für den Erlass einer bestimmten Verfügung ein schutzwürdiges eigenes und aktuelles Interesse geltend machen kann. Sinnlose Verfahren müssen und dürfen nicht durchgeführt werden. Dagegen spricht namentlich der Grundsatz der Verfahrensökonomie; Leerläufe vertragen sich nicht

mit dem – sogar verfassungsrechtlich statuierten (vgl. §§ 68 Abs. 1 und 90 Abs. 2 der Verfassung des Kantons Aargau vom 25. Juni 1980) – Gebot einer effizienten Verwaltung. In diesem Sinne muss auch ein Baugesuchsteller oder eine Baugesuchstellerin glaubhaft machen können, dass er bzw. sie am Ausgang des Verfahrens, das mit dem Baugesuch in Gang gesetzt wurde, einen praktischen Nutzen hat (vgl. AGVE 2002 S. 230, mit zahlreichen Hinweisen auf weitere Entscheide; Michael Merker, Rechtsmittel, Klage und Normenkontrollverfahren nach dem aargauischen Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege, Zürich 1998, N. 27 zu § 38 VRPG). Nicht nur Beschwerdeverfahren, sondern bereits erstinstanzliche Verfahren sind grundsätzlich nicht dazu da, rein theoretische Fragen, die sich in Tat und Wahrheit nicht stellen, abklären lassen. Vorbehalten bleibt der an bestimmte Voraussetzungen geknüpfte Erlass einer Feststellungsverfügung (dazu sogleich b.).

b) Den Beschwerdeführerinnen ist nun in der Tat beizupflichten, dass die Vorinstanzen dem Beschwerdegegner kein solches genügendes, schützenswertes Interesse hätten zuerkennen dürfen. Zu Recht weisen sie darauf hin, dass das Baubewilligungsverfahren vorliegend zu einem sachfremden Zwecke eingesetzt wurde, nämlich einzig zur Präjudizierung der im hängigen Enteignungsverfahren zu entscheidenden Rechtsfragen betreffend Bemessung der Entschädigung. Als nicht stichhaltig erweist sich das Argument des Beschwerdegegners, es handle sich vorliegend um eine von der Lehre und Rechtsprechung ohne Weiteres als zulässig anerkannte Feststellungsverfügung im Sinne eines Vorentscheids, und Sinn und Zweck eines Vorentscheids sei gerade, als Vorstufe einer späteren Gestaltungsverfügung eine Teilfrage im Voraus verbindlich beantworten zu lassen. Zwar trifft es zu, dass Ziel eines Vorentscheids u.a. ist, bei unsicherer Rechtslage vorweg (Teil-)Fragen in verbindlicher Weise zu entscheiden, deren Beantwortung den betroffenen Privaten erhebliche Kosten und den Behörden ein umfangreiches Rechtsmittelverfahren ersparen kann (vgl. hierzu Merker, a.a.O., N. 36 zu § 38 VRPG). Dies bedeutet indessen nicht, dass den Behörden im Rahmen eines solchen Verfahrens jegliche Rechtsfrage unabhängig eines schützenswerten aktuellen Interesses unterbreitet werden könnte; vielmehr muss zumindest

als Sachentscheidvoraussetzung verlangt werden, dass eine gewisse Wahrscheinlichkeit besteht, dass die gesuchstellende Person ein Bauvorhaben tatsächlich realisieren kann und wird. Gerade dies trifft im vorliegenden Fall jedoch nicht zu. Es ist völlig offenkundig, dass der Beschwerdegegner von vornherein in absehbarer Zeit, d.h. solange die Gasleitungen vorhanden sind, und jedenfalls nicht innerhalb der beschränkten Gültigkeitsdauer einer Kiesabbaubewilligung keinen Kies im fraglichen Perimeter wird abbauen können; dies wird von ihm denn auch sogar selber zugestanden. Bei dieser Rechtslage kann offen bleiben, ob neben dem vom Gesetzgeber ausgestalteten, speziellen Instrument des Vorentscheids überhaupt noch Raum für eine Feststellungsverfügung im allgemeinen Sinn besteht.

c) Als ebenso nicht stichhaltig erweist sich das weitere Argument des Beschwerdegegners, die eidgenössische Schätzungskommission sei zur Beurteilung eines Abbaugesuches nicht kompetent, weshalb es richtig sei, die Frage der zusätzlichen Kiesabbaumöglichkeiten durch die Baubewilligungsbehörden klären zu lassen. Der Beschwerdegegner verkennt, dass die für die Hauptfrage (Festlegung der Enteignungsentschädigung) zuständige eidgenössische Schätzungskommission einem allgemeinen Grundsatz zufolge befugt und auch verpflichtet ist, die Frage der Zulässigkeit des Kiesabbaus im fraglichen Bereich vorfrageweise zu beurteilen (vgl. Ulrich Häfelin/Georg Müller, Grundriss des Allgemeinen Verwaltungsrechts, 4. Auflage, Zürich 2002, Rz 58 ff.). Dass ihr die erforderlichen Kenntnisse und Fähigkeiten abgehen würden, wie der Beschwerdegegner anzunehmen scheint, ist eine nicht zu schützende Behauptung; es ist denn gerade eine der zentralen Aufgaben einer Schätzungskommission, bei der Festlegung der Entschädigung im Rahmen eines Enteignungsverfahrens festzustellen, welches Nutzungspotential der enteigneten Person entgeht. Sie kann zudem nach eigenem Ermessen für die Beurteilung von Fachfragen die Stellungnahme der Fachinstanzen der Kantonalen Verwaltung einholen. Jedenfalls hat es die Rechtssprechung in derartigen Fällen stets abgelehnt, die Legitimation zu bejahen, ein eigenes Verfahren nur für die Klärung der Vorfrage einzuleiten (vgl. AGVE 1999, S. 353 f., mit Hinweisen auf weitere Entscheide). Nur am Rande sei in diesem Zusammenhang

darauf hingewiesen, dass die eidgenössische Schätzungskommission ohnehin nicht darum herum kommen wird, diejenigen Fragen vorfrageweise zu prüfen, deren Beantwortung sich der Beschwerdegegner durch die Erwirkung des im vorliegenden Verfahren angefochtenen Entscheides erhoffte. Wie die Abteilung für Umwelt des Baudepartements in ihrer Stellungnahme vom 9. Mai 2005 nämlich zu Recht darauf hinweist, unterstände ein Kiesabbau im Umfang von 371'300 m³ der Umweltverträglichkeitsprüfung (vgl. Ziff. 80.4 des Anhangs der Verordnung über die Umweltverträglichkeitsprüfung [UVPV] vom 19. Oktober 1988). Ohne eine solche Prüfung kann daher von vornherein nicht gesagt werden, einem Kiesabbau stehe "einzig das Vorhandensein der Gasleitungen" entgegen und ohne diese Gasleitungen würde eine Kiesabbaubewilligung erteilt. Angesichts dessen beschränkt sich die Aussagekraft des angefochtenen Entscheides letztlich darauf, dass ein Kiesabbau in der Materialabbauzone zonenkonform ist, was im Grunde genommen eine Selbstverständlichkeit darstellt.

4. Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass die Vorinstanzen zu Unrecht das vom Beschwerdegegner eingereichte Abbaugesuch anhand genommen und beurteilt haben. Der Beschwerdegegner reichte das Abbaugesuch zu einem sachfremden Zwecke ein; damit fehlte ihm aber ein schützenswertes aktuelles Interesse an der Beurteilung dieses Gesuches. Die Vorinstanzen hätten daher aufgrund der fehlenden Sachentscheidvoraussetzung gar nicht auf das Gesuch eintreten dürfen. Die Beschwerde der T. AG und der S. AG ist daher gutzuheissen und die angefochtene Verfügung aufzuheben.

117 Sondernutzungsplanung.

- **Anfechtungsmöglichkeit der Weigerung des zuständigen Gemeindeorgans, einen Sondernutzungsplan zu erlassen.**
- **Voraussetzungen, damit der Regierungsrat an Stelle des zuständigen kommunalen Organs einen Planungsentscheid fällen kann.**

Aus dem Entscheid des Regierungsrats vom 17. Oktober 2007 i.S. T. AG gegen den Entscheid des Departements Bau, Verkehr und Umwelt/Gemeinderats F.

Sachverhalt

Die T. AG baut – gestützt auf jeweils befristet erteilte Abbaubewilligungen – seit rund 60 Jahren im Gebiet "C" in F. Opalinuston ab für ihre Ziegel- und Bausteinproduktion. Um die Rohstoffversorgung ihres Betriebes sicher zu stellen, reichte sie im Juni 2005 ein Gesuch ein für den weiteren Abbau von rund 1 Mio. Kubikmeter während eines Zeitraumes von rund 30 Jahren.

Mit dem Abbaugesuch verbunden war ein Baugesuch für die Erstellung einer Privaterschliessungsstrasse zwischen der M.gasse in G. und dem Werksgelände in F. sowie ein Strassenbaugesuch für den Ausbau von öffentlichen Strassen in den beiden Gemeinden F. und G.; auf diesen Strassen soll künftig der Lastwagentransport des abgebauten Materials – an Stelle der bisherigen Transportierung mittels einer Luftseilbahn – erfolgen. Um diese Transportroute raumplanerisch zu sichern, reichte die T. AG sodann bei beiden Gemeinden einen von ihr erstellten Erschliessungsplan ein.

Gegen das in beiden Gemeinden gleichzeitig öffentlich aufgelegte Bauvorhaben bzw. gegen den Erschliessungsplan gingen zahlreiche Einsprachen ein. Am 11. Dezember 2006 beschloss der Gemeinderat F., den Erschliessungsplan zu genehmigen und die dagegen erhobenen Einsprachen vollumfänglich abzuweisen; dies allerdings nur unter der Voraussetzung, dass auch der Gemeinderat G. den Erschliessungsplan genehmige. Gleichentags - d.h. ebenfalls am 11. Dezember 2006 - fasste der Gemeinderat G. dagegen den Beschluss, den Erschliessungsplan nicht zu genehmigen.

Diesen Beschluss des Gemeinderats G. focht die T. AG fristgerecht beim Regierungsrat an u.a. mit dem Begehren, der Gemeinderat sei anzuweisen, den Erschliessungsplan zu erlassen; eventuell habe der Regierungsrat den Erschliessungsplan selbst zu beschliessen. (...)

Aus den Erwägungen

2.1. Im Hauptpunkt ficht die T. AG die Nichtgenehmigung des von ihr erarbeiteten Erschliessungsplanes "C" an und stellt den Antrag, der Gemeinderat sei anzuweisen, den Erschliessungsplan zu beschliessen.

Gegen Beschlüsse der zuständigen Gemeindeorgane über Nutzungspläne und -vorschriften kann innert 20 Tagen seit der amtlichen Publikation beim Regierungsrat Beschwerde erhoben werden (§ 26 Abs. 1 des Gesetzes über Raumplanung, Umweltschutz und Bauwesen [BauG] vom 19. Januar 1993; § 5 der Allgemeinen Verordnung zum Baugesetz [ABauV] vom 23. Februar 1994; vgl. auch Art. 33 Abs. 3 des Bundesgesetzes über die Raumplanung [RPG] vom 22. Juni 1979).

Vorab stellt sich nun die Frage, ob die eben genannten Vorschriften auch dann eine Anfechtungsmöglichkeit eröffnen, wenn sich das zuständige Gemeindeorgan – wie vorliegend der Gemeinderat G. – weigert, einen (Sonder-)Nutzungsplan zu erlassen. Dies ist grundsätzlich jedenfalls dann zu bejahen, wenn die Entwürfe zu Sondernutzungsplänen nicht auf behördliche Initiative hin erarbeitet, sondern von Privatpersonen selbst erstellt worden sind (vgl. §§ 17 Abs. 3 und 21 Abs. 3 BauG). Anfechtungsobjekt ist nicht – wie unter dem früheren Recht – der Nutzungsplan als solcher, sondern der Beschluss hierüber; beim Rechtsschutzverfahren handelt sich im Unterschied zu früher nicht mehr um ein Normenkontrollverfahren (vgl. AGVE 1999 S. 286).

Das Prozessthema ist in einem solchen Fall allerdings grundsätzlich darauf beschränkt, ob die Vorinstanz rechtlich verpflichtet war, den Nutzungsplan zu erlassen. Die Rechtmässigkeit des (nicht erlassenen) Planes selber steht dagegen nicht zur Diskussion, zumindest solange nicht, als es sich nicht um eine wiederholte unzulässige Weigerung der Gemeinde gehandelt hat. Eine Ersatzvornahme, d.h. die Erarbeitung und Beschlussfassung über die kommunale Planung durch kantonale Organe, ist nämlich erst zulässig, wenn eine Gemeinde sich einer vorgängigen entsprechenden Aufforderung widersetzt (vgl. §§ 14 und 33 Abs. 3 BauG; vgl. zum Ganzen auch: Grund-

sätzliche Entscheide des Regierungsrates des Kantons Solothurn [GER] 1995, Nr. 11). Nachdem dies vorliegend nicht der Fall ist, kann auf das Eventualbegehren der T. AG, der Regierungsrat habe den Erschliessungsplan selber zu beschliessen, von vornherein nicht eingetreten werden.

118 Festlegung der Bewilligungsgebühr für die Errichtung von temporären Reklamen entlang der Kantonsstrasse.

- **Baubewilligungspflicht der Strassensreklamen; Verhältnis zwischen Bundesrecht und kantonalem Recht (Erw. 2).**
- **Überprüfung der Gebühr für die strassenverkehrsrechtliche Bearbeitung des Strassenreklamegesuches (Erw. 4).**

Aus dem Entscheid des Regierungsrats vom 12. September 2007 i.S. C.W. GmbH gegen den Entscheid des Departements Bau, Verkehr und Umwelt vom 7. Februar 2007.

Aus den Erwägungen

1. Die beiden Gebührenverfügungen der Abteilung für Baubewilligungen des Departements Bau, Verkehr und Umwelt (BVU) setzen sich aus je drei verschiedenen Positionen zusammen, nämlich aus einer Behandlungsgebühr für das als Baugesuch entgegen genommene Werbeprojekt der Beschwerdeführerin in der Höhe von je Fr. 300.–, aus einer Unkostenpauschale von je Fr. 15.– und aus Fr. 500.– bzw. Fr. 250.– für die strassenverkehrsrechtliche Bewilligung der ein- und doppelseitigen Werbeträger. Es ergibt sich eine Summe von Fr. 815.– für den Standort H. und von Fr. 565.– für den Standort R., insgesamt Fr. 1'380.–.

2. (...)

2.2. In ihrer Verfügung vom 7. Februar 2007 subsumierte die Vorinstanz die Werbeträger der Beschwerdeführerin unter § 6 Abs. 1 lit. c des Gesetzes über Raumplanung, Umweltschutz und Bauwesen (Baugesetz, BauG) vom 19. Januar 1993, indem sie davon ausging,

diese seien ähnlich zu behandeln wie Schaukästen, denn die Werbeträger seien künstlich hergestellte Objekte, welche die Umwelt zu beeinflussen vermöchten.

Bei den Werbeträgern der Beschwerdeführerin handelt es sich um mit Transparenten bespannte mobile Absperrgitter (sog. Polizeigitter), diese sind etwa 1.10 m hoch und rund 2 m lang, weisen eine Fläche von etwa 2.25 m² auf und standen vom 14. bis 18. Februar 2007, also während knapp fünf Tagen, entlang der Kantonsstrassen K X und K Y in H. sowie an der K Z in R.. Sie standen jeweils in einem Abstand von 3 bis 5 m zum Fahrbahnrand und wurden auf privatem Grund mit dem Einverständnis der Grundeigentümer aufgestellt. Die Absperrgitter wurden nicht im Untergrund verankert oder eingegraben, sondern lediglich auf diesem aufgestellt. Es zu prüfen, ob es sich hier um Bauten im Sinne des Baugesetzes handelt.

2.3. In § 6 Abs. 1 umschreibt das Baugesetz den Begriff der Baute. Grundsätzlich ist eine Baute vorab eine auf Dauer fest mit dem Boden verbundene Einrichtung. Es handelt sich mit anderen Worten um eine Investition, die bei einer Rechtsänderung nicht einfach an einen anderen Ort verschoben werden kann (Ernst Kistler/René Müller, Baugesetz des Kantons Aargau, 2. Auflage, Brugg 2002, § 6 N 2; AGVE 1985, S. 277, Erw. 3a).

Gemäss Bundesgericht sind Bauten und Anlagen jene künstlich geschaffenen und auf Dauer angelegten Einrichtungen, die in fester Beziehung zum Erdboden stehen und geeignet sind, die Vorstellung über die Nutzungsordnung zu beeinflussen, sei es, dass sie den Raum äusserlich erheblich verändern, die Erschliessung belasten oder die Umwelt beeinträchtigen.

Obwohl es sich bei den Werbeträgern der Beschwerdeführerin unbestrittenermassen um künstlich geschaffene Objekte handelt, fehlt es ihnen am wichtigsten Kriterium, welches für das Vorhandensein einer Baute oder Anlage im Sinne der Baugesetzgebung spricht, nämlich an der festen Verbindung mit dem Boden. Auch eine erhebliche Veränderung des Raums kann wegen der kleinen Fläche und der sehr kurzen Zeit, während der sie am Ort verbleiben, ausgeschlossen werden (siehe dazu auch unten, Erw. 2.5.). Gleiches ist in

Bezug auf eine mögliche Belastung der Erschliessung oder eine Beeinträchtigung der Umwelt zu sagen.

2.4. In ihrer Vernehmlassung vom 4. Juli 2007 stellte sich die Vorinstanz auf den Standpunkt, es handle sich bei den in Frage stehenden Werbeträgern um Fahrnisbauten, welche über nicht unerhebliche Zeit ortsfest verwendet würden. Da diese im Unterabstand (3 bis 5 m) zur Kantonsstrasse aufgestellt worden seien, habe man gemäss der verwaltungsgerichtlichen Praxis eine Ausnahmegewilligung nach § 67 BauG erteilen müssen. Die Vorinstanz führt aus, die zu beurteilenden Werbeträger seien ähnlich wie Baracken oder Stände zu behandeln. Insbesondere müsse hier die Verbindung zum Boden so stabil sein, dass die Verkehrssicherheit nicht durch Wegwehen der Fahrnisbauten gefährdet werde. Dies müsse selbstverständlich auch für die Absperrgitter der Beschwerdeführerin gelten, welche mit darübergestülpten Reklamen eine relativ grosse Angriffsfläche für den Wind böten (Segelwirkung).

§ 30 Abs. 2 lit. c der Allgemeinen Verordnung zum Baugesetz (ABauV) vom 23. Februar 1994 bestimmt, dass Materialablagerungen und Fahrnisbauten, wie Festhütten, Zelte, Hütten, Buden, Baracken, Stände und dergleichen bis zu einer Dauer von 2 Monaten in den Bauzonen keiner Baubewilligung bedürfen, unter Vorbehalt abweichender Nutzungsvorschriften für bestimmte Schutzzonen. Nur wenn eine Ausnahmegewilligung nötig ist, muss gemäss § 30 Abs. 3 ABauV ein Baubewilligungsverfahren durchgeführt werden. Träger für temporäre Veranstaltungsreklamen sind in der allerdings nicht abschliessenden Aufzählung von § 30 Abs. 2 lit. c ABauV nicht erwähnt.

Ob die Werbeträger der Beschwerdeführerin unter diese Bestimmung subsumiert werden können, ist im Lichte der bundesgerichtlichen Praxis zum Begriff der Fahrnisbauten zu prüfen. Danach handelt es sich bei Fahrnisbauten um Gebilde, welche über nicht unerhebliche Zeiträume ortsfest verwendet werden (BGE 123 II 256, 259; BGE 120 Ib 379 E. 3c; BGE 119 Ib 222 E 3a; 118 Ib 1 E. 2c je mit Hinweis[en]). Die Baubewilligungspflicht soll der Behörde ermöglichen, das Bauprojekt – in Bezug auf seine räumlichen Folgen – vor seiner Ausführung auf die Übereinstimmung mit der raumplane-

rischen Nutzungsordnung und der übrigen einschlägigen Gesetzgebung zu überprüfen (BGE 123 II 256, E.3.). Massstab dafür, ob eine bauliche Massnahme erheblich genug ist, um sie dem Baubewilligungsverfahren zu unterwerfen, ist somit die Frage, ob mit der Realisierung der Baute oder Anlage im Allgemeinen und nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge, so wichtige räumliche Folgen verbunden sind, dass ein Interesse der Öffentlichkeit oder der Nachbarn an einer vorgängigen Kontrolle besteht (BGE 120 Ib 379 S. 384).

Im vorliegenden Fall wurde deshalb ein Baubewilligungsverfahren durchgeführt, weil die Werbeträger der Beschwerdeführerin nicht die in § 111 Abs. 1 lit. a BauG für Bauten vorgeschriebenen Abstände einhielten und die Vorinstanz deshalb der Meinung war, sie bedürften einer Ausnahmebewilligung im Sinne von § 67 Abs. 1 BauG. § 30 Abs. 3 ABauV schreibt für an sich baubewilligungsfreie Bauten und Anlagen dann die Durchführung eines Baubewilligungsverfahrens vor, wenn eine Ausnahmebewilligung erforderlich ist. Die Vorinstanz stützt das durchgeführte Baubewilligungsverfahren auf die verwaltungsgerichtliche Praxis ab und zitiert dazu einen Verwaltungsgerichtsentscheid (AGVE 2006 S. 159 ff.).

In Bezug auf die Strassenabstandsvorschriften äusserte sich das Verwaltungsgericht in dieser Entscheidung in klarer Weise zum Verhältnis der bundesrechtlichen Strassenabstandsvorschriften von Art. 97 Abs. 1 der Signalisationsverordnung vom 5. September 1979 (SSV) zu den Abstandsvorschriften von § 111 Abs. 1 lit. a BauG. Es hielt fest, dass das Bundesrecht die Aspekte der Verkehrssicherheit abschliessend regle, deshalb entfalle bei der Beurteilung einer Ausnahmebewilligung nach § 67 Abs. 1 BauG im Zusammenhang mit Strassenreklamen der Verkehrssicherheitsaspekt, sofern der vom Bundesrecht vorgegebene Mindestabstand und die übrigen Vorgaben eingehalten seien. Inzwischen wurde die Signalisationsverordnung revidiert und die Abstandsvorschriften wurden gestrichen. Am Grundsatz, dass die Verkehrssicherheitsaspekte im Lichte der Bundesgesetzgebung zu prüfen sind und nicht im Licht des kantonalen Baurechts, ändert sich dadurch jedoch nichts. Mit anderen Worten bleibt nur dann Raum für die Erteilung einer Ausnahmebewilligung von den Abstandsvorschriften nach § 111 Abs. 1 lit. a BauG, wenn es

sich beim zu prüfenden Werbeträger um eine Baute im Sinne der Baugesetzgebung handelt, für die ohnehin ein Baubewilligungsverfahren nötig wäre, dies weil bei Bauten andere Aspekte (z.B. Freihaltung für künftigen Strassenausbau, Ortsbildschutz, Zonenkonformität) zu berücksichtigen sind. Dies war denn auch der dem Verwaltungsgerichtsurteil zugrunde liegende Sachverhalt. Wenn jedoch keine Baute im Sinn von § 6 Abs. 1 BauG vorliegt, ergibt sich aus der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung, dass nicht aufgrund von § 30 Abs. 3 ABauV in Verbindung mit § 111 Abs. 1 lit. a BauG ein Baubewilligungsverfahren durchgeführt werden kann; wenn lediglich Aspekte der Verkehrssicherheit betroffen sind, kommt die abschliessende bundesrechtliche Regelung der Signalisationsverordnung zur Anwendung. Die kantonalen Abstandsvorschriften sind in diesem Zusammenhang nicht anwendbar (AGVE 2006 S. 161).

2.5. Es ist äusserst fraglich, ob die Werbeträger mit einer Fläche von lediglich 2.25 m² überhaupt geeignet sind, die Umwelt zu beeinflussen, jedenfalls dann, wenn sie nur während weniger Tage aufgestellt bleiben. Das Interesse der Öffentlichkeit, bzw. der Nachbarn an einer vorgängigen Prüfung unter anderen Aspekten als denjenigen der Verkehrssicherheit (z.B. in Bezug auf den Landschafts- und Ortsbildschutz, Freihaltung des Strassenrands für den zukünftigen Landerwerb) ist vorliegend nicht gegeben, vor allem, weil es sich um eine einmalige, auf sehr kurze Zeit befristete Aktion handelte. Würden die Werbehussen immer wieder, mit wechselnden Plakaten bespannt, am selben Ort aufgestellt, würden sie denselben Zweck erfüllen, wie eine fest im Boden einbetonierte Plakatanschlagsstelle und die Prüfung unter baurechtlichen Aspekten wäre gerechtfertigt. Eine Beeinflussung von Raum und Umwelt müsste auch dann als gegeben angesehen werden, wenn die Werbeträger über einen Zeitraum von mehreren Wochen aufgestellt blieben und sich somit ebenfalls eine Annäherung an feststehende Plakatständer ergeben würde. Im hier vorliegenden Fall ist dies jedoch nicht der Fall. Die Werbehussen wurden am 12. Februar 2007 aufgestellt und am 18. Februar 2007 wieder entfernt. Eine Beeinflussung der Raumordnung kann somit ausgeschlossen werden. Alle von der Vorinstanz gegen die Werbeträger vorgebrachten Argumente (Angriffsfläche für den Wind,

[vgl. ...]; Ablenkung der Verkehrsteilnehmer, [vgl. ...]) zielen denn auch auf die Verkehrssicherheit und nicht auf die Raumordnung ab.

Somit ist festzuhalten, dass im vorliegenden Fall keine Fahrnisbaute im Sinne des Baurechts und der bundesgerichtlichen Rechtsprechung gegeben ist. Die mit der Aufstellung der hier zu beurteilenden Werbeträger verbundenen Folgen sind nicht derart gewichtig, dass ein Interesse der Öffentlichkeit oder der Nachbarn an einer vorgängigen Kontrolle besteht, welche über die Aspekte der Verkehrssicherheit hinausginge. Somit bleibt im Sinne der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung kein Raum für eine Ausnahmegewilligung nach § 67 Abs. 1 BauG, denn es sind lediglich Aspekte der Verkehrssicherheit zu prüfen. Die Vorinstanz hat das Gesuch der Beschwerdeführerin somit zu Unrecht einem Baubewilligungsverfahren unterzogen. Damit erweist sich auch die Erhebung von Behandlungsgebühren in der Höhe von je Fr. 300.– als nicht gerechtfertigt. Die Beschwerde ist folglich in diesem Punkt gutzuheissen.

3. (...)

4.

4.1. Zu überprüfen bleiben folglich die in Rechnung gestellten Gebühren für die strassenverkehrsrechtliche Bewilligung in der Höhe von Fr. 500.– in H. und Fr. 250.– in R.

4.2. Bei der Erhebung von Gebühren und Abgaben ist das Äquivalenzprinzip zu beachten. Dieses besagt, dass die Höhe der Gebühr im Einzelfall in einem vernünftigen Verhältnis zum objektiven Wert der Leistung stehen muss. Bei der Gebührenbemessung dürfen neben dem Aufwand für die Prüfung und Bewilligungserteilung unter anderem auch folgende Gesichtspunkte mitberücksichtigt werden: die sich mit der betreffenden amtlichen Handlung verbindende Verantwortung, das Interesse der Pflichtigen an der gebührenpflichtigen Handlung bzw. der Wert, den die staatliche Leistung für die Abgabepflichtigen hat, und schliesslich die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der Gebührenpflichtigen. Bei dieser grundsätzlich auf den konkreten Fall ausgerichteten Berechnungsweise ist aus Gründen der Verfahrensökonomie jedoch auch eine gewisse Pauschalisierung der Gebühr zulässig. Die Relation zwischen Höhe der Gebühr und Wert der Leistung muss aber bestehen bleiben (vgl. zum Ganzen:

BGE 130 III 229 f.; Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Auflage, Zürich 2006, N 2641; Max Imboden/René A. Rhinow, Schweizerische Verwaltungsrechtssprechung, 6. Auflage, Basel 1986, Band II, Nr. 110 B I; René A. Rhinow/Beat Krähenmann, Schweizerische Verwaltungsrechtssprechung, Ergänzungsband, Basel 1990, Nr. 110 B V).

4.3. Die dritte Position der beiden Gebührenverfügungen vom 7. Februar 2007 stützt sich auf § 14 lit. g der Verordnung über die Steuern, Abgaben und Gebühren im Strassenverkehr vom 5. November 1984. Es handelt sich um Gebühren für die Bewilligung von Reklamen, Betriebs- und Hotelreklamen, welche durch Art. 99 Abs. 1 der Signalisationsverordnung vom 5. September 1979 (SSV) für bewilligungspflichtig erklärt werden. Ziel der Bewilligungspflicht ist es, sicherzustellen, dass die Strassenreklamen die Verkehrssicherheit nicht beeinträchtigen. Die Höhe der Gebühren bewegt sich in einem Rahmen von Fr. 20.– bis Fr. 750.– (§ 14 lit. g der Verordnung über die Steuern, Abgaben und Gebühren im Strassenverkehr); dazu hat die Vorinstanz ein Merkblatt mit dem Titel „Gebühren für die strassenverkehrsrechtliche Bearbeitung von Strassenreklamesuchen“ (Merkblatt, RM.TV.002 vom 22. Oktober 2004, abrufbar unter www.ag.ch/strassenreklamen/de/pub/index.php) erlassen. Dieses fixiert die zu erhebende Gebühr für temporäre Veranstaltungsreklamen auf Fr. 100.–.

4.4. Es ist durchaus zulässig, im Sinne einer einheitlichen und rechtsgleichen Anwendung der gesetzlichen Bestimmungen Merkblätter wie das oben (4.3.) genannte zu verfassen und bei der Entscheidungsfällung beizuziehen. Dies darf jedoch nicht darüber hinwegtäuschen, dass es sich lediglich um eine Richtlinie handelt, welche die verfügende Behörde nicht davon dispensiert, das ihr in den einschlägigen Rechtsgrundlagen eingeräumte Ermessen im Einzelfall auch anzuwenden und also die Richtlinie den Umständen des Einzelfalles anzupassen. Wo der Gesetzgeber Ermessen einräumt, erwartet er von den Verwaltungsbehörden, dass sie sachliche Unterscheidungen treffen und den besonderen Umständen des konkreten Falls angemessene Rechtsfolgen anordnen. Tun sie dies nicht, liegt eine so genannte Ermessensunterschreitung vor, welche eine Rechtsverlet-

zung darstellt, denn die Behörden verzichten auf sachliche Unterscheidungen, wo der Gesetzgeber einen differenzierten Entscheid für nötig hält (Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., N 471). Es ist also stets zu überlegen, ob die Gebührenauflegung dem Einzelfall angemessen ist.

Die Vorinstanz hat bei der Festsetzung der Gebühr den im Merkblatt genannten Betrag mit der Anzahl der bewilligten Werbeständer multipliziert. Bei den beiden doppelseitig bespannten Reklameständen wurde die Einzelgebühr praxisgemäss auf Fr. 150.– erhöht. Diese Betrachtungsweise wird indessen den konkreten Verhältnissen nicht gerecht. Bei der Multiplikation der im Merkblatt vorgesehenen Gebühr mit der Anzahl der bewilligten Werbeträger wären nämlich sehr schnell Gesamtbeträge erreicht, welche nicht nur die gesetzliche Obergrenze von Fr. 750.– übersteigen würden, sondern auch in keinem vernünftigen Verhältnis zum Wert der Leistung mehr stünden – wäre doch beispielsweise im vorliegenden Fall bei Bewilligung aller zwölf Werbeträger bereits eine Gebühr von Fr. 1'200.– oder noch mehr fällig, denn bei beidseitig bedruckten Reklamen beträgt die Gebühr praxisgemäss Fr. 150.–. Ausgangspunkt der Bemessung ist vielmehr die Überlegung, dass gemäss den erwähnten Richtlinien der Normalaufwand bei der Prüfung eines Gesuchs (nicht des einzelnen Werbeträgers) rund Fr. 100.– beträgt. Aus dem Vorgehen der Abteilung für Baubewilligungen des BVU, das Gesuch der Beschwerdeführerin in zwei verschiedene Verfahren (eines für H. und eines für R.) aufzuteilen, kann geschlossen werden, dass ein Gesuch jeweils Werbeaktionen innerhalb einer Gemeinde umfasst. Es kann also pro Gemeinde von einer Grundgebühr von Fr. 100.– ausgegangen werden. Je nach dem verursachten Aufwand ist diese Grundgebühr sodann angemessen zu erhöhen oder zu verringern.

4.5. In ihrer Vernehmlassung vom 30. April 2007 führt die Vorinstanz aus, dass bezüglich des Gesuchs der Beschwerdeführerin ein eher geringer Aufwand nötig gewesen sei. Es wurden weder fremde Fachstellen beigezogen, noch war ein Augenschein angezeigt, die Aufwändigkeit der Gesuchsprüfung habe sich lediglich aus der Anzahl der Werbeständer ergeben. Bis auf einen lagen alle in der Gemeinde H. zur Bewilligung unterbreiteten Werbestedorte entlang

der gleichen Kantonsstrasse, ein Werbeträger lag an der K Y, welche von der K X zur Autobahn A1 führt. Die in der Gemeinde R. zu beurteilenden Standorte lagen beide an der K Z. Durch die räumliche Nähe ist der Mehraufwand pro zusätzlichen Werbeträger als eher gering einzustufen, in H. waren jedoch tatsächlich relativ viele Standorte zu prüfen, weswegen sich eine Erhöhung der Grundgebühr auf Fr. 170.– für dieses Bewilligungsverfahren rechtfertigt. Zuzüglich der Unkostenpauschale von je Fr. 15.– für Porti, Telefonspesen und Kopien ergibt sich somit für das Bewilligungsverfahren in H. eine Gebührenhöhe von Fr. 185.– und für das Bewilligungsverfahren in R. eine Gebührenhöhe von Fr. 120.–, zuzüglich der Unkostenpauschale somit Fr. 135.–, insgesamt also Fr. 320.–. Diese Gebührenhöhe sollte dem Nutzen, welcher der Beschwerdeführerin aus der Werbeaktion entstanden ist, angemessen sein. Denn die Werbeaktion der Beschwerdeführerin war auf vier Tage und ein einziges Ereignis (Eröffnung der B.-Filiale in H.) beschränkt. (...)

II. Schulrecht

119 Zuweisung in eine Sonderschule.

- **Voraussetzungen für eine Zuweisung in eine Sonderschule**
- **Abklärung vormundschaftlicher Massnahmen**
- **Eingriff in elterliche Obhut**

Entscheid des Regierungsrates vom 7. März 2007 in Sachen T. und M. G. gegen den Entscheid des Schulrates des Bezirks B.

Aus den Erwägungen

3. In casu gilt es, verschiedene Problemkreise auseinander zu halten: Es ist dies einerseits die Zuweisung in das Schulheim und die damit verknüpfte Problematik des Eingriffs in die elterliche Obhut und andererseits die Frage, ob der Beschwerdeführer sonderschulbedürftig ist oder nicht. Ebenfalls zu klären ist, ob die Zuweisung in das Sonderschulheim verhältnismässig war oder nicht.

4. a) Zunächst ist zu prüfen, ob die Einwilligung der Eltern hinsichtlich der Zuweisung in das Sonderschulheim rechtsgenügend vorlag oder nicht. Da es sich bei einer Zuweisung in ein Sonderschulheim um eine schwerwiegende Massnahme handelt, muss das Einverständnis der Eltern gegenüber der Schulpflege klar und zweifelsfrei zum Ausdruck gebracht werden.

b) Die elterliche Sorge ist die gesetzliche Befugnis der Eltern, die für das unmündige Kind nötigen Entscheidungen zu treffen. Sie bildet die rechtliche Grundlage für die Erziehung und Vertretung des Kindes sowie die Verwaltung des Kindesvermögens durch die Eltern (Cyril Hegnauer, Grundriss des Kindesrechts, 5. überarbeitete Auflage, Bern 1999, Rz. 25.02). Auf Grund der elterlichen Sorge steht den Eltern die Obhut über das Kind zu. Demgemäss bestimmen sie über die Unterbringung des Kindes in ihrer eigenen häuslichen Ge-

meinschaft oder bei Dritten. Die Eltern haben ihre Entscheidung im Blick auf das Wohl des Kindes gemäss Art. 301 Abs. 1 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 10. Dezember 1907 (ZGB; SR 210) unter Berücksichtigung seiner Reife und soweit tunlich, seiner Meinung (Art. 301 Abs. 2 ZGB) zu treffen. Dazu gehört in der Regel, dass sie es jedenfalls bis zum Abschluss der Schulpflicht in ihrer häuslichen Gemeinschaft aufwachsen lassen. Das Bestimmungsrecht der Eltern wird durch Anordnungen über den persönlichen Verkehr und durch öffentlich-rechtliche Vorschriften (z.B. Schulpflicht) beschränkt (Hegnauer, a.a.O. Rz. 26.06 und Rz. 26.10).

Nach Art. 307 Abs. 1 ZGB trifft die Vormundschaftsbehörde die geeigneten Massnahmen zum Schutze des Kindes, wenn das Wohl des Kindes gefährdet ist und die Eltern nicht von sich aus für Abhilfe sorgen oder sie dazu nicht imstande sind. Eine der Kindesschutzmassnahmen ist die Aufhebung der elterlichen Obhut. Art. 310 Abs. 1 ZGB lautet wie folgt: „Kann der Gefährdung des Kindes nicht anders begegnet werden, so hat die Vormundschaftsbehörde es den Eltern oder, wenn es sich bei Dritten befindet, diesen wegzunehmen und in angemessener Weise unterzubringen.“ Zuständig für diese Massnahme ist - unter Vorbehalt der Art. 315a und 315b ZGB - ausschliesslich die Vormundschaftsbehörde (Art. 310 und 315 ZGB).

c) Nach § 73 Abs. 1 des Schulgesetzes vom 17. März 1981 (SchulG; SAR 401.100) entscheidet die Schulpflege u.a. über die Zuweisung in Sonderschulen. Soweit mit der Zuweisung eines Kindes in eine Sonderschule dessen Unterbringung an einem Drittort verbunden ist, liegt ein Eingriff in die elterliche Obhut vor. Dieser Eingriff ist nicht durch die allgemeine Schulpflicht gedeckt. Es handelt sich daher bei diesem staatlichen Eingriff in die elterliche Obhut um eine Kindesschutzmassnahme im Sinne von Art. 307 ff. ZGB, wofür ausschliesslich die Vormundschaftsbehörde zuständig ist. Der Schulpflege entscheidet lediglich, ob ein Kind einer Sonderschulung bedarf. Damit ist allerdings nicht zwingend ein Eingriff in die elterliche Obhut verbunden, da der Besuch einer Sonderschule nicht die Unterbringung eines Kindes in einem Heim zur Folge hat. Sofern die Unterbringung in einem Heim erforderlich ist, die Eltern jedoch mit einer Heimeinweisung nicht einverstanden sind, muss in die elterli-

che Obhut eingegriffen werden, weil ihr Recht, den Aufenthaltsort des Kindes zu bestimmen, beeinträchtigt wird (Aargauische Gerichts- und Verwaltungsentscheide [AGVE] 1991 S. 524 ff.).

In der am 1. Januar 2007 in Kraft getretenen Verordnung über die integrative Schulung von Kindern und Jugendlichen mit Behinderungen, die Sonderschulung sowie die besonderen Förder- und Stützmassnahmen vom 8. November 2006 (V Sonderschulung; SAR 428.513) ist denn auch in § 16 Abs. 2 verankert: „Die Schulpflege am zivilrechtlichen Wohnsitz des Kindes oder Jugendlichen entscheidet mit dem Einverständnis der Inhaber der elterlichen Sorge u.a. über die Zuweisung in eine stationäre Sonderschule. Unterbringungen gegen den Willen der Inhaber der elterlichen Sorge erfolgen nach den Bestimmungen des Kindesschutzrechts durch die Vormundschaftsbehörden.

(...)

d) bb) Die Eltern des Beschwerdeführers willigten zwar schriftlich ein, es sei für T. (Beschwerdeführer) ein geeigneter Schulheimplatz zu suchen, jedoch bleibt unklar, ob die Mutter (Beschwerdeführerin) ihr Einverständnis zur konkreten Zuweisung in die Sonderschule aus Überzeugung abgab. Des Weiteren ist nicht eindeutig feststellbar, ob die Einwilligung der Mutter nach der Probewoche von T. im Sonderschulheim immer noch vorlag. Nicht mehr nachvollziehen lässt sich, ob die Mutter tatsächlich zum Einverständnis gedrängt wurde. Fest steht jedoch, dass sie sich gegen die mit einer Rechtsmittelbelehrung versehenen Zuweisungsverfügung der Schulpflege B. vom 5. Dezember 2005 mit Beschwerde an den Schulrat B. wehrte. Die Beschwerdeführerin legt in ihren Eingaben glaubhaft dar, dass sie mit der Zuweisung ihres Sohnes in die Sonderschule nicht einverstanden war bzw. immer noch nicht ist. Das freiwillige Belassen von T. vermag - aufgrund der Schwere des Eingriffs - nicht zu genügen, um die Zuweisung des Beschwerdeführers in die Sonderschule als rechtmässig einzustufen. Untermauert werden kann dies damit, dass - selbst wenn von einer Einwilligung hätte ausgegangen werden können - die obhutsberechtigte Mutter bei der Schulpflege jederzeit ein Gesuch hätte einreichen können, es sei ihr Sohn einer Regelklasse oder einer Tagessonderschule zuzuteilen, worauf

die Schulpflege verpflichtet gewesen wäre, sich der Angelegenheit nochmals anzunehmen. Es kann somit festgehalten werden, dass seitens der Mutter keine rechtsgenügende Einwilligung vorliegt.

Folglich ist die Beschwerde in diesem Punkt gutzuheissen. Sofern der Beschwerdeführer weiterhin in der Sonderschule verbleiben soll und die Beschwerdeführerin ihre Einwilligung zum dortigen Verbleib nicht ausdrücklich erklärt, sollte möglichst rasch über den Obhutsentzug entschieden werden.

5. a) Des Weiteren ist zu prüfen, ob die Schulpflege B. zu Recht angenommen hat, dass der Beschwerdeführer sonderschulbedürftig ist. Anschliessend ist zu klären, ob die Einweisung in das Sonderschulheim verhältnismässig war beziehungsweise ist.

(...)

b) Gemäss § 28 SchulG ist Sonderschulung die Förderung und Bildung von Kindern und Jugendlichen mit Behinderungen in Sonderkindergärten und Sonderschulen.

Die Zuweisung in eine Sonderschule gemäss § 15 Abs. 1 V Sonderschulung setzt voraus, dass:

- a) die Voraussetzungen für die integrative Schulung gemäss § 3 geprüft und als nicht erfüllt beurteilt worden sind,
- b) beim Kind oder Jugendlichen eines der Kriterien von § 15 Abs. 2 (siehe nachfolgenden Abschnitt) erfüllt ist,
- c) eine Abklärung gemäss § 17 (bei einer Fachstelle) vorgenommen wurde,
- d) es sich beim vorgesehenen Sonderkindergarten bzw. bei der vorgesehenen Sonderschule um eine kantonale oder eine vom Kanton anerkannte Einrichtung handelt,
- e) im Falle einer ausserkantonalen Platzierung die Bewilligung des Departements Bildung, Kultur und Sport gemäss Betreuungsgesetzgebung vorliegt.

Ein Kriterium nach § 15 Abs. 2 V Sonderschulung ist das Vorliegen einer „erheblichen sozialen Beeinträchtigung“ (lit. g). Dabei muss mindestens eine der folgenden Voraussetzungen erfüllt sein:

1. schwere Störung des Verhaltens,
2. schwere Störung des psychischen Erlebens,

3. schwere Störung der Wahrnehmung und/oder der Aufmerksamkeit,
4. schwere Störung der persönlichen Entwicklung und/oder gesellschaftlichen Integration.

Die V Sonderschulung erhält keine Übergangsregelung hinsichtlich hängiger Verfahren. Da sich die neuen Bestimmungen materiell - mit Ausnahme des Grundsatzes der integrativen Schulung - praktisch nicht vom alten Recht unterscheiden, erscheint die Anwendung der geltenden Bestimmungen von der Sache her sinnvoll. Anzumerken ist, dass die Kriterien zur Bestimmung der Sonderschulbedürftigkeit im alten Recht nicht in einem entsprechenden Erlass verankert, sondern von der Invalidenversicherung in einem Katalog aufgelistet waren.

c) Gestützt auf die Ausführungen und Empfehlungen in den Berichten der Sachverständigen kommt der Regierungsrat zum Schluss, dass der Beschwerdeführer unter einer schweren sozialen Beeinträchtigung im Sinne von § 15 Abs. 2 lit. g V Sonderschulung leidet und die Vorinstanzen somit zu Recht davon ausgegangen sind, dass der Beschwerdeführer sonderschulbedürftig ist. Besonders hervorzuheben sind dabei einerseits die Aussagen des Schulpsychologen, J. G., wonach beim Beschwerdeführer psychosozial, systemisch bedingte Gründe für die Schulverweigerung vorlägen und die psychologische Arbeit mit dem Beschwerdeführer fast keine Wirkung zeige und andererseits die Aussagen des von der Beschwerdeführerin herbeigezogenen Psychologen und Psychotherapeuten, W. H., wonach dieser bei allen seinen Vorschlägen auf die Notwendigkeit einer mehrmals wöchentlich stattzufindenden Psychotherapie für T. hinweist. Anzuführen ist, dass die Beschwerdeführer zwar monieren, die Einweisung in das Schulheim sei unverhältnismässig, aber nicht argumentieren, T. sei nicht sonderschulbedürftig. Hingegen führen die Beschwerdeführer in ihrer Beschwerdeschrift an den Regierungsrat aus, T. bedürfe einer Begleitung durch einen Psychotherapeuten, um seine Verhaltensmuster zu erkennen und zu korrigieren, insbesondere um seine Konfliktfähigkeit zu verstärken. Damit deuten die Beschwerdeführer an, dass sie sich der schweren psychischen Störung des Beschwerdeführers bewusst sind. Neben § 15 Abs. 1 lit. b V

Sonderschulung sind in casu die weiteren Voraussetzungen der vorerwähnten Bestimmung auch erfüllt: So lag vor der Zuweisung in die Sonderschule eine Abklärung des Schulpsychologen (lit. c) vor und bei der Sonderschule handelt es sich um eine vom Kanton anerkannte Einrichtung (lit. d). Die Frage, ob eine integrative Schulung möglich gewesen wäre, mussten sich die Vorinstanzen zum damaligen Zeitpunkt noch nicht stellen, da die V Sonderschulung noch nicht in Kraft war. Diese Frage kann aber heute insofern beantwortet werden, als dass nachfolgend geprüft wird, ob die Heimeinweisung als verhältnismässig einzustufen ist oder nicht. Falls sich die Zuweisung in das Sonderschulheim als verhältnismässig erweist, fällt eine integrative Schulung (vgl. dazu die Voraussetzungen gemäss § 3 V Sonderschulung) von vornherein ausser Betracht.

(...)

d) dd) Die Schulpflege stützte sich bei ihrem Entscheid, den Beschwerdeführer der Sonderschule zuzuweisen, auf die Empfehlung des Schulpsychologen, J. G., der sich ganz klar für eine Versetzung in ein Schulheim aussprach. So führte er in seinem Bericht zuhanden der Schulpflege aus, Schulverweigerung sei eine schwierige und zähe Angelegenheit, die eine schnelle Massnahme mit wesentlichem Veränderungspotenzial brauche, um einen wirklichen Neubeginn zu ermöglichen. Er empfehle daher die Versetzung in die 1. Klasse. Sofern diese Massnahme nicht greife, müsse der Knabe in ein Schulheim versetzt werden.

Die Einweisung des Beschwerdeführers in das Sonderschulheim bezweckte bzw. bezweckt einerseits die regelmässige Erfüllung der Schulpflicht und andererseits die Stabilisierung und Förderung des seelischen Wohlbefindens des Beschwerdeführers. Wie sich dem ausführlichen Bericht der beiden Fachpersonen der Sonderschule vom 5. Juli 2006 entnehmen lässt, ist der Beschwerdeführer auf gutem Weg, diese Ziele zu erreichen. Die Heimeinweisung bewirkt also den gewünschten Erfolg und erweist sich somit als zwecktauglich. Des Weiteren ist anzumerken, dass nach sinngemässer Meinung des Schulpsychologen die Problematik der Schulverweigerung nur durchbrochen werden kann, wenn es zu wesentlichen Veränderungen im Leben eines Kindes kommt und damit ein Rückfall in frühere

Verhaltensmuster vermieden werden kann. Bei einer massiven Form der Schulverweigerung, wie sie beim Beschwerdeführer vorlag, kann es daher notwendig sein, eine Heimplatzierung vorzunehmen. Beizufügen ist, dass auch der von der Beschwerdeführerin beigezogene Psychologe den Verbleib in der Sonderschule für eine gewisse Zeit als eine der Varianten aufführte. Damit sprach sich nicht nur der Schulpsychologe mit überzeugender Einschätzung, sondern auch eine zweite Fachperson für diese Lösung aus. In casu erwies sich die Heimplatzierung somit als erforderlich, um das angestrebte Ziel zu erreichen. Zur Zumutbarkeit ist zu sagen, dass die regelmässige Erfüllung der Schulpflicht und die Förderung des Kindeswohls im vorliegenden Fall als wichtiger einzustufen sind als die Beeinträchtigungen, welche die Heimplatzierung von Montag bis Freitag für die Beschwerdeführerin und ihren Sohn mit sich bringen.

Die von der Schulpflege angeordnete Massnahme, die auf Empfehlung einer ausgewiesenen Fachperson beruht, kann somit als geeignet, erforderlich und zumutbar eingestuft werden. Anzuführen ist, dass der als verletzt gerügte Grundsatz der Verhältnismässigkeit nicht bedeutet, dass die einschneidendsten Massnahmen erst nach Anwendung, Ausschöpfung und Misserfolg aller schwächeren Massnahmen angeordnet werden dürfen. Insofern musste die Schulpflege nicht alle möglichen Varianten prüfen, wenn ihr doch die mit der Sache befasste Fachperson klar eine Zuweisung in ein Schulheim vorschlug (Urteil des Bundesgerichts 5C.71/2005/blb vom 26. April 2005, E. 3.4).

Dass sich die Heimplatzierung durch die Schulpflege als richtig erweist, zeigt auch die Tatsache, dass der Beistand der Vormundschaftsbehörde B. kürzlich beantragte, es sei der Mutter die Obhut zu entziehen und der Beschwerdeführer in der Sonderschule zu belassen.

(...)

III. Gemeinderecht

120 Initiative; Referendumsfähigkeit des zustimmenden Einwohnerratsbeschlusses zu einer Initiative, deren Gegenstand dem obligatorischen Referendum unterliegt; Abstimmungserläuterungen bei Einwohnergemeinden.

Entscheid des Departements Volkswirtschaft und Inneres, Gemeindeabteilung, vom 23. April 2007 in Sachen A. und B. gegen die Einwohnergemeinde X.

Aus den Erwägungen

4. a) Nach § 60 des Gesetzes über die Einwohnergemeinden (GG) vom 19. Dezember 1978 kann ein Zehntel der Stimmberechtigten in Form einer allgemeinen Anregung oder eines ausgearbeiteten Entwurfes die Behandlung von Gegenständen, die in die Zuständigkeit der Gesamtheit der Stimmberechtigten oder des Einwohnerrates fallen, beim Präsidenten des Einwohnerrates verlangen. Unbestrittenermassen untersteht im vorliegenden Fall der Gegenstand der Initiative dem obligatorischen Referendum, da er auf eine Änderung im Bestand von Gemeinden abzielt (vgl. § 57 lit. b GG).

b) Das kantonale Recht sieht für das Verfahren zur Behandlung eines Initiativbegehrens, welches dem obligatorischen Referendum untersteht, folgende Regelung vor:

„§ 61 GG (Verfahren: obligatorisches Referendum)

1. Unterliegt der Gegenstand der Initiative dem obligatorischen Referendum, so ist innert eines Jahres seit Einreichung der Initiative die Urnenabstimmung anzuordnen. In Ausnahmefällen kann beim Departement des Innern (heute: Departement Volkswirtschaft und Inneres) um eine Fristverlängerung nachgesucht werden.

2. Ist das Initiativbegehren in Form einer allgemeinen Anregung gestellt worden und stimmt der Einwohnerrat demselben zu, so ist eine entsprechende Vorlage auszuarbeiten und diese zur Abstimmung zu unterbreiten.

3. Wird das Initiativbegehren als ausgearbeiteter Entwurf eingereicht, so ist dieser mit dem Antrag auf Annahme oder Verwerfung zur Abstimmung vorzulegen.“

In der Gemeindeordnung der Stadt X. (GO) findet sich zum Verfahren einer dem obligatorischen Referendum unterstehenden Initiative folgende Regelung:

„§ 8 GO (Verfahren beim obligatorischen Referendum)

1. Unterliegt der Gegenstand der Initiative dem obligatorischen Referendum, so wird innert eines Jahres seit der Einreichung der Initiative die Urnenabstimmung angeordnet; vorbehalten bleibt die vom Departement des Innern in Ausnahmefällen zu erteilende Fristverlängerung.

2. Ist das Initiativbegehren in Form einer allgemeinen Anregung gestellt und stimmt der Einwohnerrat demselben zu, so ist eine entsprechende Vorlage auszuarbeiten und zur Abstimmung zu bringen. Lehnt der Einwohnerrat das Initiativbegehren ab, so unterstellt er es mit dem Antrag auf Verwerfung der Urnenabstimmung. Stimmen die Stimmberechtigten der allgemeinen Anregung zu, so ist eine entsprechende Vorlage auszuarbeiten und innert einem Jahr seit der Volksabstimmung zur Abstimmung zu bringen.

3. Wird das Initiativbegehren als ausgearbeiteter Entwurf eingereicht, so ist dieser mit dem Antrag auf Annahme oder Verwerfung, in diesem Falle evtl. mit einem Gegenvorschlag, zur Abstimmung vorzulegen.“

aa) Zu den beiden aufgeführten Bestimmungen ist festzuhalten, dass in jenen Fällen, wo das Verfahren durch das kantonale Recht vorgegeben ist, keine Abweichungen im kommunalen Recht möglich sind. Dies ist insoweit zu beachten, als die Stadt X. Bestimmungen des kantonalen Rechts nicht wörtlich, sondern nur sinngemäss in die Gemeindeordnung übernommen hat.

bb) Wie sich aus den aufgeführten Bestimmungen in Gemeindegesetz und Gemeindeordnung ergibt, ist das anzuwendende Verfahren unterschiedlich ausgestaltet, je nachdem, ob ein Initiativbegehren in Form einer allgemeinen Anregung oder eines ausgearbeiteten Entwurfs eingereicht wird. Es ist deshalb notwendig, das vor-

liegende Initiativbegehren einer der beiden Formen zuzuordnen. Für die Qualifizierung sind folgende Aspekte zu berücksichtigen: Mit der Initiative in Form der allgemeinen Anregung richten die Initianten an den Einwohnerrat die verbindliche Anweisung, eine Vorlage zu beschliessen, die ihren Wünschen und Absichten entspricht. Sie umschreiben dabei im Initiativtext möglichst klar die zu beachtenden Gesichtspunkte und Richtlinien, so dass der von ihnen verfolgte Zweck und die zu dessen Erreichung erforderlichen Mittel offenbar werden, und der Einwohnerrat so in die Lage versetzt ist, die Vorlage entsprechend ihrem unverfälschten Willen auszuarbeiten. Im Gegensatz dazu ist die Initiative in Form des ausgearbeiteten Entwurfs als solche vollziehbar und bedarf keiner weiteren Ausarbeitung durch den Einwohnerrat. Geht es darum, über die Form einer Initiative zu entscheiden, so ist von materiellen Gesichtspunkten auszugehen, insbesondere dann, wenn es sich um Initiativen auf Erlass von Verwaltungsakten handelt. Danach wäre eine Initiative als ausgearbeiteter Entwurf zu betrachten, wenn ihr Begehren inhaltlich derart umschrieben und fixiert ist, dass der Einwohnerrat zur materiellen Gestaltung nichts mehr beitragen kann und ihm in dieser Beziehung völlig die Hände gebunden sind (AGVE 1980, S. 512).

Das Initiativbegehren der IG Zusammenschluss X.-Y. beauftragt den Stadtrat, Projektunterlagen auszuarbeiten sowie ein Vereinigungsprojekt für die Gemeinden X. und Y. - unter Einbezug allfällig weiterer Gemeinden - zu initialisieren. Insofern zielt das Begehren klarerweise auf die Ausarbeitung einer Vorlage ab, mit welcher der Zusammenschluss von X. und Y. auf den Zeitpunkt 1. Januar 2010 vollzogen werden kann. Aus diesem Verständnis des Initiativbegehrens folgt, dass es sich um eine allgemeine Anregung handelt. Entgegen der Auffassung des Stadtrates kann die Initiative nicht einfach vollzogen werden. Würde man dessen Argumentation folgen, so bedeutet dies nichts anderes, als dass der Stadtrat nur beauftragt wäre, Verhandlungen über ein Vereinigungsprojekt durchzuführen. In diesem Falle bräuchte er im Anschluss an die Verhandlungen keine Vorlage auszuarbeiten (die Ausarbeitung einer Vorlage ist keine reine Vollzugshandlung). Dies ist aber eindeutig nicht gemeint. Selbst der Stadtrat äussert sich dahingehend, dass die Initiative zur Ausarbei-

tung einer Vorlage zu Händen des Einwohnerrates führen muss. Der Text der zu erarbeitenden Vorlage ist aber durch die Initianten nicht vorbestimmt (wie es bei einem ausgearbeiteten Entwurf der Fall wäre). Die Argumentation des Stadtrates geht auch fehl, wenn er meint, dass für die Umsetzung des Begehrens keine Bearbeitung durch den Einwohnerrat erforderlich sei. Zwar richtet sich die Initiative vordergründig alleine an den Stadtrat, was nicht weiter ungewöhnlich ist, da die Durchführung von Verhandlungen zu den typischen Aufgaben einer Exekutive gehört. Doch geht es bei der Umsetzung der Initiative nicht ohne Einbezug des Einwohnerrates, da letztlich dieser über die vom Stadtrat erarbeitete Vorlage zu beschliessen hat, bevor sie den Stimmberechtigten zur Abstimmung unterbreitet wird. Insofern ist die Situation bezüglich der Qualifikation, ob allgemeine Anregung oder ausgearbeiteter Entwurf, vergleichbar einer Staatsvertragsinitiative, wie sie einige Kantone kennen. Diesbezüglich gilt: Bezieht sich ein Begehren auf Abschluss eines Vertrages, das heisst auf einen erst zu schaffenden Vertrag, so wird mit der Annahme des Begehrens die Regierung beauftragt, den Vertrag mit dem Partner auszuhandeln. Da der Vertrag erst nach den Verhandlungen zustande kommen wird, kann ein entsprechendes Initiativbegehren aus praktischen Gründen nur in Form einer allgemeinen Anregung eingereicht werden (vgl. Hangartner/Kley, Die demokratischen Rechte in Bund und Kantonen, Zürich 2000, N 2210).

c) Dem Gemeindegesetz wie auch der Gemeindeordnung der Stadt X. lässt sich für das Verfahren von Initiativbegehren, deren Gegenstände dem obligatorischen Referendum unterliegen und welche in Form von allgemeinen Anregungen eingereicht werden, nichts anderes entnehmen, als dass nach der Zustimmung des Einwohnerrates eine entsprechende Vorlage auszuarbeiten und innert Jahresfrist zur Abstimmung zu bringen ist. Somit muss festgestellt werden, dass sich zumindest aus derjenigen Bestimmung, welche das Verfahren zur Behandlung von Initiativen regelt, deren Gegenstand dem obligatorischen Referendum unterliegt, für die hier interessierende Frage nach der Referendumsfähigkeit des zustimmenden Einwohnerratsbeschlusses keine Antwort entnehmen lässt. Nachdem in § 61 GG bzw.

§ 8 GO die Frage der Referendumsfähigkeit des zustimmenden Einwohnerratsbeschlusses nicht geregelt ist, sind diejenigen Bestimmungen im Gemeindegesetz und allenfalls ergänzend in der Gemeindeordnung der Stadt X. heranzuziehen, welche das Referendum regeln (§§ 57, 58 und 66 GG bzw. §§ 4 und 5 GO).

d) Der Einwohnerratsbeschluss muss einer von drei Kategorien zugeordnet werden, welche im Nachfolgenden behandelt werden. Er untersteht entweder dem obligatorischen oder dem fakultativen Referendum oder ist nicht referendumsfähig.

aa) Das kantonale Recht regelt in § 57 GG diejenigen Beschlüsse, welche der Gesamtheit der Stimmberechtigten zum Entscheid vorgelegt werden müssen. Unter lit. f wird den Gemeinden die Möglichkeit eingeräumt, dass sie weitere Geschäfte dem obligatorischen Referendum unterstellen. Die Stadt X. hat von dieser Möglichkeit in § 4 GO Gebrauch gemacht. Weder § 57 GG noch § 4 GO unterstellen die zustimmenden Einwohnerratsbeschlüsse dem obligatorischen Referendum. Somit untersteht der fragliche Einwohnerratsbeschluss nicht dem obligatorischen Referendum.

bb) Das kantonale Recht regelt das Verfahren für das fakultative Referendum in § 58 GG folgendermassen:

„§ 58 GG Fakultatives Referendum

1. Gegen alle übrigen positiven und negativen Beschlüsse des Einwohnerrates kann von einem Zehntel der Stimmberechtigten innert 30 Tagen, von der Veröffentlichung an gerechnet, das Referendum ergriffen werden, soweit der Einwohnerrat nicht eine endgültige Entscheidbefugnis besitzt.

2. Der Einwohnerrat kann ein Sachgeschäft auch von sich aus der Urnenabstimmung unterstellen.“

Die Gemeindeordnung der Stadt X. hat diese Regelung in § 5 Abs. 1 GO übernommen. Das kantonale Recht statuiert mit dieser Bestimmung im Grundsatz ein allgemeines und umfassendes Parlamentsbeschlussreferendum. Kennzeichnend dafür ist etwa auch, dass keine Unterscheidung zwischen positiven und negativen Beschlüssen gemacht wird. Soweit der Einwohnerrat nicht eine endgültige Entscheidbefugnis besitzt, ist gegen alle Parlamentsbeschlüsse das fakultative Referendum möglich. Dies hat auch für den hier in-

teressierenden Fall zu gelten. Hätte man die Anwendung des allgemeinen Grundsatzes von § 58 Abs. 1 GG in Bezug auf § 61 GG ausschliessen wollen, hätte man dies dort ausdrücklich regeln müssen.

cc) Das kantonale Recht regelt die Zuständigkeit des Einwohnerrates in § 66 GG. Danach entscheidet der Einwohnerrat endgültig über Geschäfte, die ihm durch die Gemeindeordnung oder die Satzungen eines Gemeindeverbandes übertragen werden (Abs. 2). In die endgültige Zuständigkeit des Einwohnerrates fallen auch Beschlüsse, die ihrer Natur nach nicht dem Referendum unterstellbar sind (Abs. 3). Die Stadt X. hat diese Regelung in § 5 Abs. 2 GO sinngemäss übernommen. Zu den Beschlüssen, die wesensgemäss nicht dem Referendum unterstellbar sind, gehören etwa die Entschiede des Einwohnerrates über den Gang und den Ablauf des parlamentsinternen Meinungsbildungs- und Entscheidungsverfahrens oder die Wahlbeschlüsse (siehe dazu im Einzelnen: Andreas Baumann, Aargauisches Gemeinderecht, 3. Auflage, Aarau 2005, S. 213 f.). Die Gemeindeordnung der Stadt X. kennt keine Regelung, wonach ein zustimmender Einwohnerratsbeschluss zu Initiativen in Form einer allgemeinen Anregung, deren Gegenstand dem obligatorischen Referendum unterliegt, in die endgültige Entscheidungsbefugnis des Einwohnerrates fällt. Auch handelt es sich bei dem fraglichen Einwohnerratsbeschluss nicht um einen formellen Beschluss, der wesensgemäss nicht dem Referendum unterstellbar ist. Es muss deshalb bei der Feststellung bleiben, dass gegen den fraglichen Einwohnerratsbeschluss das fakultative Referendum ergriffen werden kann.

dd) Somit lässt sich das Fazit ziehen, dass die Systematik des Gemeindegesetzes den Gemeinden einen gewissen Gestaltungsspielraum lässt. Machen sie davon keinen Gebrauch, kommt die Regelung von § 58 GG zum Zuge. Danach untersteht der Einwohnerratsbeschluss vom 5. Mai 2006 über die Zustimmung zur Initiative der 'IG Zusammenschluss X.-Y.' dem fakultativen Referendum. (...)

6. Die beiden Beschwerdeführer beanstanden in ihren Abstimmungsbeschwerden die vom Stadtrat verfasste Abstimmungsbotschaft als einseitig und irreführend. In der einen Beschwerde wird im Wesentlichen kritisiert, dass sich die Stimmberechtigten aufgrund der

vorliegenden Informationen kein ganzheitliches Bild machen konnten. So seien den Befürwortern zuwenig Platz eingeräumt und die Argumente des Einwohnerrates völlig übergangen worden. In der anderen Beschwerde wird vorgebracht, dass wesentliche Informationen, wie etwa in Bezug auf die auszuarbeitenden Projektunterlagen gefehlt hätten. Auch hier wird das Fehlen der Argumente des Einwohnerrates gerügt.

a) Das vom Verfassungsrecht des Bundes gewährleistete politische Stimmrecht gibt jeder Bürgerin und jedem Bürger einen Anspruch darauf, dass kein Abstimmungsresultat anerkannt wird, das nicht den freien Willen der Stimmberechtigten zuverlässig und unverfälscht zum Ausdruck bringt (BGE 114 Ia 43). Nach ständiger Rechtsprechung ist die Wahl- und Abstimmungsfreiheit verletzt, wenn die Behörde, die zu einer Sachabstimmung amtliche Erläuterungen verfasst, ihre Pflicht zu objektiver Information verletzt und über den Zweck und die Tragweite der Vorlage falsch informiert (BGE 117 Ia 46). Jeder Stimmberechtigte soll seinen Entscheid gestützt auf einen möglichst freien und umfassenden Prozess der Meinungsbildung treffen können (BGE 119 Ia 272).

b) Gemäss § 33 Abs. 2 der Verordnung über die Initiative und das Referendum in Gemeindeangelegenheiten (VO IRG) vom 29. Juni 1981 ist der Gemeinderat in der Organisation mit Einwohnerrat verpflichtet, den Stimmbürgern und Stimmbürgerinnen bei Urnenabstimmungen über Initiativen und Referenden neben den übrigen Abstimmungsunterlagen einen erläuternden Bericht abzugeben. Gemäss § 26 Abs. 2 VO IRG hat der Gemeinderat darin die Argumente des Referendumskomitees in angemessener Form zu berücksichtigen. Ansonsten enthält das Gemeinderecht keine Vorschriften über die inhaltliche Gestaltung der Erläuterungen. Die Behörden sind aber verpflichtet, die Tragweite und die Bedeutung der Abstimmungsvorlage wahrheitsgemäss, ausgewogen, sachlich und ausreichend darzustellen (Baumann, a.a.O., S. 505). Die Abstimmungsbotschaften verfolgen nicht das Ziel, den Stimmbürger abschliessend und umfassend zu informieren. Sie stellen zunächst nur sicher, dass der Gemeinderat die behördlichen Argumente geltend machen kann und in der Öffentlichkeit Gehör findet (Baumann, a.a.O., S. 506 f.).

Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist die Behörde nicht zur Neutralität verpflichtet, wohl aber zur Objektivität (BGE 119 Ia 273). In der Organisationsform mit Gemeindeversammlung ist der Gemeinderat nicht gehalten, die in der Gemeindeversammlung gefallenen Argumente den Stimmberechtigten nochmals schriftlich vorzulegen. Vielmehr nimmt der Gemeinderat mit seinen Erläuterungen unabhängig von der Gemeindeversammlung gegenüber den Stimmbürgern und Stimmbürgerinnen sein unmittelbares Antrags- und Begründungsrecht wahr. In der Organisation mit Einwohnerrat dagegen übt der Gemeinderat die Aufgabe der Vorberatung und Antragstellung primär gegenüber dem Gemeindeparlament aus. In seinen Erläuterungen über den Gegenstand der Urnenabstimmung erfüllt er nicht nur die Funktion als Antragssteller, sondern auch als Informator über die Behandlung der Vorlage im Gemeindeparlament. Der Gemeinderat hat demzufolge in den Erläuterungen den Beschluss des Einwohnerrates und dessen hauptsächliche Argumente wiederzugeben. Soweit sich die Ziele und Absichten des Gemeinderates davon unterscheiden, soll er seine Erwägungen denjenigen des Einwohnerrates gegenüberstellen (Baumann, a.a.O., S. 509 / vgl. dazu auch Michel Besson, Behördliche Informationen vor Volksabstimmungen, Diss. Bern 2003, S. 248 f.).

c) Die Abstimmungsbotschaft des Stadtrates X. lässt sich folgendermassen beschreiben: Auf den ersten zwei Seiten findet sich eine Zusammenfassung mit dem Initiativtext, der Beschlussfassung im Einwohnerrat, dem Hinweis auf das Referendum sowie einer ablehnenden Empfehlung des Stadtrates. Auf weiteren 11 Seiten wiederholt der Stadtrat seinen Bericht für die Einwohnerratssitzung vom 5. Mai 2006. Darin legt er ausführlich und eingehend seine die Initiative ablehnende Haltung dar. Im Weiteren folgen je eine Seite mit Argumenten der beiden Komitees (Initiativ- und Referendumskomitee). Schliesslich endet die Botschaft mit einer Seite von Argumenten des Stadtrates, welche gegen das Initiativbegehren sprechen sowie der Abstimmungsfrage. Aus dieser Schilderung geht hervor, dass die vorliegende Botschaft den oben aufgezeigten Anforderungen, welche durch Lehre und Praxis entwickelt wurden, nicht zu genügen vermag.

aa) Dabei fallen die fehlenden Argumente des Einwohnerrates am schwerwiegendsten ins Gewicht. Der Stadtrat verkennt, dass es in der vorliegenden Konstellation, wo seine Absichten von denjenigen des Einwohnerrates abweichen, nicht angeht, seinen Standpunkt in den Mittelpunkt zu rücken. Vielmehr sollen die Abstimmungserläuterungen zum Ausdruck bringen, weshalb der Einwohnerrat (mit 31 Ja gegen 10 Nein-Stimmen) das Initiativbegehren unterstützt hat. Dazu lässt sich der Botschaft nichts entnehmen. Der in den Erläuterungen vorhandene Hinweis auf die Internetpublikation des Einwohnerratsprotokolls kann dieses Erfordernis nicht ersetzen. Die Argumentation des Einwohnerrates muss schon in der Botschaft selbst enthalten sein. Was der Stadtrat dagegen einwendet, vermag nicht zu überzeugen. Es ist nicht ersichtlich, weshalb die Argumente (der Mehrheit) des Einwohnerrates nicht hätten in die Botschaft übernommen werden können. Wie sich dem Protokoll entnehmen lässt, haben sich einzelne Fraktionen klar für die Vorlage geäußert. Die jeweils genannten Argumente hätten problemlos in die Erläuterungen übertragen werden können. Dem steht auch nicht entgegen, dass im Einwohnerrat über das Initiativbegehren kontrovers diskutiert wurde. So hätten auch die Argumente der Minderheit des Einwohnerrates in der Botschaft erwähnt werden können, sofern sich diese denn von den Argumenten des Stadtrates oder des Referendumskomitees unterschieden hätten. Die Abstimmungsbotschaft erweist sich demzufolge als unvollständig und unausgewogen.

bb) Im Weiteren erscheint auch die vollständige, unbearbeitete Übernahme des für den Einwohnerrat bestimmten Berichts in die Botschaft problematisch, da dieser Bericht seiner Funktion gemäss einzig die Haltung des Stadtrates widerzuspiegeln braucht. Nachdem dieser ohnehin (nur) die Haltung des Stadtrates zur Initiative wiedergibt, führt er zusammen mit den anderen Passagen in der Botschaft, welche ausdrücklich noch einmal die Argumente des Stadtrates gegen die Initiative darlegen, zu unnötigen Redundanzen, welche die Ausgewogenheit der Botschaft ebenfalls in Frage stellen.

cc) In einer Gesamtwürdigung der Abstimmungserläuterungen lässt sich feststellen, dass die Ausführungen des Stadtrates ganz allgemein die gewisse Zurückhaltung und Distanz, wie sie hier geboten

gewesen wären, vermissen lassen (vgl. Baumann, a.a.O., S. 506). Nachdem die vom Stadtrat verfasste Botschaft unzulässigerweise die Argumente des Einwohnerrates unberücksichtigt lässt und die Ausgewogenheit auch in anderer Hinsicht beeinträchtigt ist, muss sie insgesamt als mangelhaft eingestuft werden.

d) Zu prüfen bleibt, welche Folgen den mangelhaften Abstimmungserläuterungen zu geben sind. Nachdem die Auswirkungen sich nicht ziffernmässig ermitteln lassen, muss ein Einfluss aufgrund der Umstände auf das Abstimmungsergebnis im Bereich des Möglichen liegen. Dabei ist insbesondere auf die Grösse des Stimmenunterschiedes, die Schwere des konstatierten Fehlers und dessen Bedeutung im Rahmen der gesamten Abstimmung abzustellen. Kann die Möglichkeit, dass die Beschlussfassung ohne den Mangel anders ausgefallen wäre, als derart gering eingestuft werden, dass sie nicht mehr ernsthaft in Betracht kommt, so wird von einer Kassation abgesehen (AGVE 1992, S. 499). In Würdigung aller Umstände erscheint ein anderer Ausgang der Abstimmung über das Initiativbegehren 'Zusammenschluss der Gemeinden X. und Y.' als ausgeschlossen. Dabei ist zunächst festzuhalten, dass in den Abstimmungserläuterungen zwar die Argumente des Einwohnerrates fehlen, dafür aber die Initianten ausgiebig zu Wort gekommen sind. Insofern sind in der Abstimmungsbotschaft die massgeblichen Argumente, welche für die Annahme der Initiative sprechen, enthalten. Sie kann somit zwar als unvollständig und unausgewogen, aber nicht als völlig einseitig bezeichnet werden. Weiterhin ist bei der Entscheidung darüber, inwieweit der erläuternde Bericht des Stadtrates die Willensbildung verfälscht haben könnte, zu berücksichtigen, dass die behördliche Botschaft keineswegs die einzige Informationsquelle gewesen ist, um sich über die Abstimmungsvorlage eine Meinung zu bilden und ein Urteil zu fällen. Im vorliegenden Falle hat ein umfassender Abstimmungskampf stattgefunden, so dass letztlich alle Argumente ausreichend eingebracht werden konnten. Pro und Contra des Initiativbegehrens wurden in der Presse ausführlich diskutiert. Angesichts des sehr deutlichen Abstimmungsergebnisses (1'157 Ja- gegen 1'991 Nein-Stimmen) lässt eine Einschätzung nur den Schluss zu, dass die Vorlage auch ohne die mangelhafte Abstimmungsbotschaft abgelehnt

worden wäre. Das angefochtene Abstimmungsergebnis bringt daher den wirklichen Willen der Stimmberechtigten zum Ausdruck, weshalb eine Kassation der Abstimmung zu unterbleiben hat.

Sachregister 2007

2001 **15** 68 (2001 = Jahr / 15 = Entscheidungsnummer / 68 = Seitenzahl)

Sachregister 2007

A

Abfallentsorgung

- Abfälle, deren Inhaberin oder deren Inhaber nicht mehr ermittelt werden kann, werden vom Kanton entsorgt 2007 **115** 437

Abgaben

- s. Stromgebühren

Abstimmungserläuterungen

- Anforderungen an die Abstimmungserläuterungen bei Einwohnerratsgemeinden 2007 **120** 465

Abzüge vom Reineinkommen

- s. Kinderabzug
- s. Unterhaltsbeiträge

Abzüge vom Roheinkommen

- Mehrkosten auswärtiger Verpflegung 2007 **23** 86
- s. Gewinnungskosten
- s. Krankheitskosten

Annahme der Erbschaft

- Protokollierung 2007 **1** 23

Anschlussbeschwerde

- ist im verwaltungsgerichtlichen Beschwerdeverfahren nicht zulässig 2007 **24** 86

Anschlussgebühr

- Bei weit ausladenden, abgestützten Vordächern gilt als Gebäudegrundfläche die überdachte Fläche bis zu den Stützpfeilern 2007 **78** 303
- Die Nichtgewährung einer Reduktion bei gleichzeitiger Erhebung von Perimeterbeiträgen liegt im Rahmen der Gemeindeautonomie und ist weder im kantonalen noch im eidgenössischen Recht vorgesehen 2007 **77** 300
- Keine Ungleichbehandlung von Eigentümern, welche Anschlussgebühren und Perimeterbeiträge zu leisten haben gegenüber Eigentümern, welche nur Anschlussgebühren zu leisten haben 2007 **77** 300

Anstaltseinweisung

- s. fürsorgerische Freiheitsentziehung

Anwalt

- s. Parteientschädigung

Anwaltshonorar

- Die Anwaltsentschädigung in Streitigkeiten betreffend Art. 122 bis 124 ZGB richtet sich nach § 3 Abs. 1 lit. d AnwT 2007 7 39

Anwaltskommission

- Disziplinarverfahren: verspätete Rechnungstellung, verspätete Herausgabe von Akten 2007 11 53
- Registereintrag: Voraussetzungen zur Gewährleistung der Unabhängigkeit bei Tätigkeit im Anstellungsverhältnis neben der Anwaltstätigkeit 2007 9 46
- verpasste Rechtsmittelfrist ist, wenn sie auf unsorgfältige Geschäftsführung zurückzuführen ist, disziplinarrechtlich relevant 2007 8 44
- Zuständigkeit der Anwaltskommission, Abgrenzung gegenüber der Notariatskommission 2007 10 49

Äquivalenzprinzip

- s. Baubewilligungsgebühr
- s. Strassenreklame

Ästhetik

- s. Dachflächenveränderung

Aufenthaltsbewilligung

- s. Fremdenpolizeirecht

Auflösung Anstellungsverhältnis

- s. Personalrecht

Aus- und Weiterbildungskosten

- s. Personalrecht

Auskunft auf Voranfrage i.S.v. § 28 ABauV

- s. Voranfrage

Ausnahmebewilligung

- s. Waffenrecht

Ausschaffungshaft

- s. Fremdenpolizeirecht

Ausserordentliche Einkünfte

- Beurteilung der Ausserordentlichkeit von Dividenden 2007 20 78

Ausstand

- s. Voranfrage

B**Baubewilligungsgebühr**

- Bedeutung des Behandlungsaufwands bei der Bemessung 2007 **33** 134
- Grundsätze der Bemessung 2007 **33** 134

Baubewilligungspflicht

- Baubewilligungspflicht einer Amateur-Empfangsantenne 2007 **114** 424
- Kleine Geräteschränke und Truhen sind in den Bauzonen baubewilligungsfrei 2007 **110** 405
- s. Strassenreklame

Bäuerliches Bodenrecht

- Erwerb eines landwirtschaftlichen Grundstücks; Beschwerdelegitimation des Unterpächters 2007 **73** 289
- Erwerb eines landwirtschaftlichen Grundstücks; Rechtsmittel gegen die nachträgliche Konkretisierung einer Nebenbestimmung; Beschwerdelegitimation 2007 **72** 286
- Tausch eines landwirtschaftlichen Grundstückes zwischen zwei Nichtbewirtschaftern; wichtiger Grund gemäss Art. 34 Abs. 1 lit. d BGG; Interessenabwägung 2007 **71** 281

Bearbeitungsgebühr

- s. Baubewilligungsgebühr

Begründungspflicht

- s. Fremdenpolizeirecht

Behandlungsgebühr

- s. Baubewilligungsgebühr

Beiladung

- Wann sind Dritte beizuladen? 2007 **111** 407

Benützungsgebühr

- Schuldner der Benützungsgebühren ist der Eigentümer eines Gebäudes. Sie können von diesem erhoben werden, auch wenn sie bei der Mieterschaft nicht erhältlich gemacht werden konnten 2007 **79** 305

Beratung im Baubewilligungsverfahren

- s. Voranfrage

Berufliche Vorsorge

- ausländisches Vorsorgeguthaben 2007 **16** 65
- Beitragspflicht 2007 **13** 59
- Berechnung des steuerlich maximal zulässigen Einkaufs 2007 **24** 86
- Eintritt Vorsorgefall 2007 **14** 61
- Günstigkeitsprinzip 2007 **13** 59
- ordentliches Rentenalter 63/65 2007 **13** 59
- Teilung nach Ehescheidung 2007 **14** 61, 2007 **15** 64, 2007 **16** 65

- Vergleich 2007 **15** 64

Beschleunigungsgebot

- s. Fremdenpolizeirecht

Beschwer

- 2007 **115** 437

Beschwerdeerweiterung

- Eine Erweiterung des Streitgegenstands innerhalb bzw. ohne dessen Veränderung durch die neu gestellten Anträge ist zulässig 2007 **115** 437

Beschwerdelegitimation

- Ein einzelner Gesamteigentümer ist nicht legitimiert zur Erhebung einer Landumlegungsbeschwerde 2007 **75** 297
- Ein einzelnes Mitglied einer Erbengemeinschaft ist nicht legitimiert zur Erhebung einer Beitragsplanbeschwerde 2007 **76** 299
- Ein schutzwürdiges Interesse fehlt, soweit es lediglich um die Klärung einer Rechtsfrage, ohne unmittelbare Auswirkungen im konkreten Fall, geht. 2007 **49** 214
- Formelle Beschwer, Begriff 2007 **115** 437

Beschwerdeschrift

- formelle Anforderungen an die Nachfristansetzung zur Verbesserung einer Laienbeschwerde 2007 **58** 233

Besoldung

- s. Personalrecht

Bussen nach StG

- wegen Verletzung von Verfahrenspflichten: Mahnungen und Fristerstreckungsgesuche. Anforderungen an eine "letzte Mahnung" 2007 **29** 99
- wegen Verletzung von Verfahrenspflichten: Verfahren, Aufgaben des KStA 2007 **28** 92

C**Cheminée**

- als selten benutzte Anlage i.S. der Kamin-Empfehlungen des BUWAL 2007 **35** 138
- Kamin, Lage und Höhe 2007 **35** 138
- Verhältnis der Vorschriften über den Brand- und Immissionsschutz 2007 **35** 138

D**Dachfenster**

- s. Dachflächenveränderung

Dachflächenveränderung

- Abwägung zwischen den Interessen am Ortsbildschutz und dem Gebot der inneren Verdichtung 2007 **32** 120
- Anforderungen an die gesetzliche Grundlage für die Beschränkung von Dachflächenveränderungen 2007 **32** 120
- Beurteilung unter dem Aspekt des Ortsbildschutzes 2007 **32** 120

Denkmalschutz

- Dekret als genügende gesetzliche Grundlage für Denkmalschutzmassnahmen 2007 **31** 117
- Delegation von Rechtssetzungsbefugnissen an das Parlament 2007 **31** 117

Direktzahlungen

- Auslaufregelung betreffend angebunden gehaltenem Rindvieh 2007 **70** 277

Disziplinarstrafe

- s. Fremdenpolizeirecht

Disziplinarverfahren

- s. Anwaltskommission

Durchsetzungshaft

- s. Fremdenpolizeirecht

E**Ehegattenbesteuerung**

- s. Vermögenssteuer

Ehescheidung

- Teilung der Freizügigkeitsleistungen 2007 **14** 61, 2007 **15** 64, 2007 **16** 65

Eigentumsfreiheit

- s. Denkmalschutz

Eingrenzung

- s. Fremdenpolizeirecht

Einkommen aus selbstständiger Erwerbstätigkeit

- s. Wertschriftenhändler

Einkommen aus unselbstständiger Erwerbstätigkeit

- Nebeneinkünfte, die ihren Grund im Arbeitsverhältnis haben, unterliegen der Einkommenssteuer, selbst wenn sie nicht von der Arbeitgeberfirma (sondern von deren Alleinaktionär) stammen 2007 **19** 75

Einkommenssteuertarif

- 2007 **63** 248

Enteignung, formelle

- Realersatz gemäss § 142 Abs. 2 BauG: Ein Landverlust von weniger als 1 % der Landwirtschaftlichen Nutzfläche vermag sich in keinem Fall existenzgefährdend auf den Betrieb auszuwirken. Werden gegen einen Betroffenen gleichzeitig verschiedene Verfahren durchgeführt, so bedarf es einer Gesamtoptik und es sind sämtliche Abtretungsflächen zu kumulieren. 2007 **74** 293

Entlassung aus der Anstalt

- s. fürsorgerische Freiheitsentziehung

Erbschaftssteuer

- Begriff der "Wohngemeinschaft" 2007 **67** 263

Erwerbslose Wohnsitznahme

- s. Fremdenpolizeirecht

F**Fahrnisbaute**

- s. Strassenreklame

fakultatives Referendum

- s. Initiative

Familienleben

- s. Fremdenpolizeirecht

Familiennachzug

- s. Fremdenpolizeirecht

Freizügigkeitsleistung

- ausländisches Vorsorgeguthaben 2007 **16** 65
- Teilung nach Ehescheidung 2007 **14** 61, 2007 **15** 64, 2007 **16** 65

Fremdenpolizeirecht

- Amtssprache 2007 **80** 313
- Aufenthalt zur Vorbereitung der Heirat 2007 **97** 341
- Begründungspflicht bei Kürzung von unentgeltlichem Honorar 2007 **100** 349
- Beschleunigungsgebot 2007 **88** 321
- Disziplinarstrafe 2007 **87** 320
- Durchsetzungshaft 2007 **90** 322
- Eingrenzung 2007 **91** 324
- Eröffnen des Wegweisungsentscheids 2007 **80** 313
- Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung 2007 **99** 348
- Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung gestützt auf das Freizügigkeitsabkommen 2007 **96** 338
- erwerbslose Wohnsitznahme 2007 **96** 338
- Familienleben gemäss Art. 8 EMRK 2007 **93** 331, 2007 **94** 333, 2007 **95** 337
- Familiennachzug 2007 **93** 331, 2007 **95** 337

- Härtefall 2007 **96** 338, 2007 **98** 343
- Haftbedingungen 2007 **86** 319
- Haftbedingungen in ausserkantonalem Gefängnis 2007 **87** 320
- Haftbeendigungsgrund 2007 **82** 313
- Haftdauer 2007 **81** 313
- Haftgrund 2007 **89** 321
- Hausdurchsuchung 2007 **92** 327
- Kürzung von unentgeltlichem Honorar, Begründungspflicht 2007 **100** 349
- Mitwirkungspflicht 2007 **82** 313, 2007 **83** 314, 2007 **84** 316
- Nichtverlängerung der Aufenthaltsbewilligung 2007 **98** 343
- Pflegekind und Pflegeplatzbewilligung 2007 **96** 338
- Recht auf Achtung des Familienlebens 2007 **93** 331, 2007 **94** 333, 2007 **95** 337
- Subsidiarität der Durchsetzungshaft 2007 **90** 322
- Verhältnismässigkeit der Eingrenzung 2007 **91** 324
- Verhältnismässigkeit der Haftanordnung 2007 **84** 316, 2007 **85** 318
- Vollzug der Ausschaffung 2007 **82** 313
- Vollzug einer Entfernungsmassnahme 2007 **98** 343, 2007 **99** 348
- Vorbereitung der Heirat 2007 **97** 341
- Wegweisungsentscheid, Eröffnen in Amtssprache 2007 **80** 313
- Zulässigkeit einer Hausdurchsuchung 2007 **92** 327
- Zulässigkeit einer Schrankdurchsuchung 2007 **92** 327
- Zumutbarkeit der Rückkehr 2007 **93** 331, 2007 **94** 333, 2007 **95** 337

Fristerstreckung

- gilt nur für diejenige Partei, die darum nachsucht und einen zureichenden Grund nachweist 2007 **52** 220

Fürsorgerische Freiheitsentziehung

- Die Verlegung in eine andere Klinik braucht eine neue Verfügung betreffend fürsorgerische Freiheitsentziehung der (auch örtlich) zuständigen Einweisungsbehörde 2007 **43** 184
- Keine Geisteskrankheit/Geistesschwäche bei fraglicher Fremdgefährdung im Ehekonflikt 2007 **42** 180
- Zeigt sich anlässlich einer Klinikeinweisung zur Untersuchung, dass keine Geisteskrankheit oder Geistesschwäche vorliegt, so ist der Patient aus der Klinik zu entlassen, auch wenn die Frage der Fremdgefährdung (im Rahmen eines Ehekonflikts) nicht restlos geklärt ist 2007 **42** 180
- s. Zwangsmassnahmen

G

Gebühr

- s. Baubewilligungsgebühr
- s. Strassenreklame

Gesetzliche Grundlage

- s. Denkmalschutz

Gestaltungsplan

- Regelung des Plakatwesens mit einer Gestaltungsplanung 2007 **36** 143
- Unzulässigkeit genereller Reklameverbote für das ganze Gemeindegebiet in der Sondernutzungsplanung 2007 **36** 143

gesteigerter Gemeingebrauch

- Aufstellen von Tischen eines Restaurants auf der Strassenfläche 2007 **112** 419

Gewinnungskosten

- Einschlag beim Verkauf von WIR-Guthaben 2007 **61** 239
- Jahrespauschale als Maximalabzug 2007 **23** 86
- Mehrkosten auswärtiger Verpflegung 2007 **23** 86

Glasziegel

- s. Dachflächenveränderung

Gleichbehandlungsgebot

- s. Anschlussgebühr

Grenzabstand

- Anwendbarkeit von Grenzabständen auf Antennen 2007 **114** 424

Grundstückgewinnsteuer

- Teilveräußerung eines Grundstückes 2007 **66** 261

Grundstückschätzung

- Erwerb im Konkursverfahren 2007 **69** 272

H**Haftbedingungen**

- s. Fremdenpolizeirecht

Haftgrund

- s. Fremdenpolizeirecht

Härtefall

- s. Fremdenpolizeirecht

Hausdurchsuchung

- s. Fremdenpolizeirecht

I**Immissionen**

- Innerhalb Baugebiet besteht keine Pflicht, für ein Bauvorhaben Alternativstandorte zu prüfen 2007 **113** 422
- Sonnenlichtreflexionen von Dachziegeln 2007 **109** 399

Initiative

- Referendumsfähigkeit des zustimmenden Einwohnerratsbeschlusses zu einer Initiative, deren Gegenstand dem obligatorischen Referendum unterliegt. 2007 **120** 465

Innere Verdichtung

- s. Dachflächenveränderung

Interessenkollision

- Beurkundungstätigkeit als Notar bei Kaufvertrag, anschliessende Parteivertretung in einem Streit der beiden Vertragspartner gegeneinander 2007 **10** 49

Isolation

- s. Zwangsmassnahmen

J**Jahressteuer**

- Kapitalgewinn bei alters- oder gesundheitsbedingter Geschäftsaufgabe 2007 **64** 253

Jahressteuer, gesonderte

- Dividenden 2007 **20** 78

K**Kamin**

- s. Cheminée

Kausalabgabe

- s. Baubewilligungsgebühr

Kenntnis der eigenen Abstammung

- Anspruch auf Bekanntgabe der registerrechtlich erfassten Daten 2007 **2** 25

Kinderabzug

- 2007 **63** 248

Kognition

- des Verwaltungsgerichts in Normenkontrollverfahren 2007 **57** 231

Kosten

- Kostenverteilung bei geringfügigem Unterliegen im verwaltungsgerichtlichen Beschwerdeverfahren 2007 **54** 225
- Rückzug des Baugesuchs; Auswirkungen auf die Kostenverteilung im Beschwerdeverfahren 2007 **34** 137

Kostendeckungsprinzip

- s. Baubewilligungsgebühr

Kostenverlegung

- wenn wesentliche Vorbringen erst im Beschwerdeverfahren statt vor Erlass der Verfügung erfolgen 2007 **49** 214

Krankheitskosten

- Transportkosten 2007 **62** 242

L**Landwirtschaftsrecht**

- s. Bäuerliches Bodenrecht
- s. Direktzahlungen

Legalitätsprinzip

- s. Denkmalschutz

Legitimation

- Die allgemeine Vorschrift über die Beschwerdelegitimation gilt analog auch für das erstinstanzliche Verwaltungsverfahren; auch das erstinstanzliche Verfahren ist nicht dazu da, rein theoretische Rechtsfragen abklären zu lassen 2007 **116** 442
- s. Bäuerliches Bodenrecht

Liquidationsgewinnsteuer

- Kapitalgewinn bei alters- oder gesundheitsbedingter Geschäftsaufgabe 2007 **64** 253

M**Materialabbau**

- s. Legitimation

N**Nebenbestimmungen**

- s. Bäuerliches Bodenrecht

Nichtverlängerung der Aufenthaltsbewilligung

- s. Fremdenpolizeirecht

Normenkontrolle, prinzipale

- Rügen betreffend das Zustandekommen einer Norm dürfen nur mit grosser Zurückhaltung geprüft werden (Präzisierung der Rechtsprechung) 2007 **57** 231

Notwendige Streitgenossenschaft

- s. Beschwerdelegitimation

Novenrecht

- Novenrecht im Rechtsöffnungsverfahren 2007 **5** 34

O**Obhutsentzug**

- Eingriff in die elterliche Obhut bei einer Zuweisung in eine Sonderschule 2007 **119 457**

öffentliche Auflage

- von Voranfrageakten 2007 **30 105**

Organ

- s. Parteientschädigung

Ortsbildschutz

- Quartier- und Ortsbildverträglichkeit einer Amateurfunk-Empfangsantenne 2007 **114 424**
- s. Dachflächenveränderung

P**Parteibeiträge**

- Abzugsfähigkeit der Zuwendungen an die steuerbefreiten politischen Parteien 2007 **25 91**

Parteientschädigung

- Die getrennte Berechnung der Parteientschädigung in Verfahrensstadien vor und nach einer Rückweisung ist im AnwT nicht vorgesehen 2007 **56 228**
- In Sozialhilfesachen ist die Parteientschädigung i.d.R. nach § 3 Abs. 1 lit. a AnwT festzusetzen 2007 **44 191**
- Kein Anspruch bei Selbstvertretung 2007 **53 222**
- Kein Anspruch des anwaltlichen Organs auf Parteientschädigung 2007 **53 222**
- Wirkungen einer Verfahrensvereinigung auf die Bemessung der Parteientschädigung 2007 **56 228**

Personalrecht

- Auflösung Anstellungsverhältnis; Abgrenzung zwischen mangelnder Eignung und Mängeln in der Leistung 2007 **101 355**
- Auflösung kommunales Dienstverhältnis; mangelnde Eignung; Pflicht des Gemeinwesens, vor Ablauf bzw. unmittelbar nach Ablauf der Bewährungsfrist zu reagieren 2007 **102 359**
- Der Lohn, welcher per 1. April 2001 überführt wurde, kann nicht mittels Beschwerde gegen die auf dieses Datum hin ausgestellte neue Lohnverfügung in Frage gestellt werden 2007 **104 369**
- Kündigung während der Probezeit; es müssen sachliche Gründe vorliegen, die objektiviert und konkretisiert werden können 2007 **103 364**
- Leistung von Überstunden setzt nicht zwingend eine vorgängige Anordnung durch den Vorgesetzten voraus; Unterschied Überstunden und Gleizeit-Überhang; stillschweigende Anerkennung von Überstunden 2007 **106 376**

- Lohnfestsetzung innerhalb einer bestimmten Stufe; kein Anspruch auf Beibehaltung des Leistungsanteils bei Wechsel der Lohnstufe 2007 **105** 371
- Massgebende Gesichtspunkte bei der Festlegung des Anfangslohnes für Mitarbeitende in den Personalkategorien nach § 22 LD (sog. Grundlöhner) 2007 **107** 386
- Selbst bei Fehlen einer entsprechenden Regelung besteht keine Rückzahlungspflicht von Aus- oder Weiterbildungskosten, wenn die Anstellungsbehörde grundlos kündigte oder den Grund für die Kündigung selber setzte 2007 **108** 393

persönliche Freiheit

- s. Zwangsmassnahmen

Pflegkind

- s. Fremdenpolizeirecht

R

Rechtsöffnung

- Massgebend für die Prüfung der gehörigen Eröffnung des dem Rechtsöffnungsverfahren zugrundeliegenden Entscheides ist der rechtzeitig eingebrachte Sachverhalt 2007 **3** 29

Rechtsöffnungsverfahren

- Novenrecht im Rechtsöffnungsverfahren 2007 **5** 34

Rückzug des Baugesuchs

- s. Kosten

S

Säumnis

- mit Abgabe der Erklärung über die Verfahrensbeteiligung 2007 **52** 220

Schenkungssteuer

- Errichtung einer Familienstiftung 2007 **68** 269

Schulpflege

- Keine Zuständigkeit der Schulpflege zur Vergabe öffentlicher Beschaffungsaufträge 2007 **39** 167

Schulrecht

- Abklärung vormundschaftlicher Massnahmen 2007 **119** 457
- Eingriff in die elterliche Obhut 2007 **119** 457
- Schulversäumnisse 2007 **12** 55
- Voraussetzungen für eine Zuweisung in eine Sonderschule 2007 **119** 457
- Widerhandlung gegen das Schulgesetz 2007 **12** 55
- Zuweisung in eine Sonderschule 2007 **119** 457
- s. Obhutsentzug

- s. Sonderschulung
- s. vormundschaftliche Massnahmen

Schutzschrift

- 2007 6 36

Selbstvertretung

- s. Parteientschädigung

Sicherstellung Parteikosten

- Beurteilung der Zahlungs(un)fähigkeit 2007 4 31

Sondernutzungsplanung

- Anfechtungsmöglichkeit der Weigerung des zuständigen Gemeindeorgans, einen Sondernutzungsplan zu erlassen 2007 117 445
- Voraussetzungen, damit der Regierungsrat an Stelle des zuständigen kommunalen Organs einen Planungsentscheid fällen kann 2007 117 445
- s. Gestaltungsplan

Sonderschulung

- Zuweisung in eine Sonderschule 2007 119 457

Sozialhilfe

- Kantonsbeitrag an die Kosten der materiellen Hilfe 2007 46 195
- s. Parteientschädigung
- s. unentgeltliche Rechtsverteidigung

Strassenreklame

- Baubewilligungspflicht von Strassenreklamen 2007 118 448
- Festlegung der Bewilligungsgebühr für die Errichtung von temporären Reklamen entlang der Kantonsstrasse 2007 118 448
- Gebühr für die strassenverkehrsrechtliche Bearbeitung des Strassenreklamegesuches 2007 118 448
- Verhältnis zwischen Bundesrecht und kantonalem Recht 2007 118 448

Streitwert

- Bestimmung des Streitwerts in Sozialhilfefällen, in denen sich der Entscheid auch in Zukunft auf die Berechnung der materiellen Hilfe auswirkt 2007 44 191

Stromgebühren

- Der Einzug verfallener Gebühren durch Erhöhung des Tarifs für den laufenden Strombezug ist bundesrechtswidrig 2007 17 71
- s. Energieversorgung

Submissionen

- Allgemeine Grundsätze zur Bewertung der Qualitätskriterien 2007 38 157
- Keine Zuständigkeit der Schulpflege zur Vergabe öffentlicher Beschaffungsaufträge 2007 39 167
- Kostendach: Bedeutung eines Kostendachs in einer Gesamtleistungssubmission 2007 40 172

- Preisbewertung 2007 **38** 157
- Rechtsschutz: Kein Rechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte seit der Revision des Submissionsdekrets vom 18. Oktober 2005 2007 **37** 153
- Varianten: Bei der Beurteilung der Gleichwertigkeit einer Variante mit der Amtslösung kommt der Vergabestelle ein grosser Ermessensspielraum zu 2007 **38** 157

Subsidiarität

- s. Fremdenpolizeirecht

T**Teilentscheid**

- s. Vorentscheid

Treu und Glauben

- s. Vertrauensschutz

U**Überführung**

- einer Liegenschaft vom Geschäfts- ins Privatvermögen: durch eindeutige, den Steuerbehörden klar bekannte gegebene Behandlung in der Buchhaltung 2007 **22** 83

Unabhängigkeit

- s. Anwaltskommission

Unentgeltliche Rechtsverteidigung

- Wahrt eine Kürzung der Sozialhilfe die Existenzsicherung nach § 15 Abs. 2 SPV, ist die Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsvertreters nur dann geboten, wenn besondere tatsächliche oder rechtliche Schwierigkeiten hinzukommen, denen der Gesuchsteller auf sich alleine gestellt nicht gewachsen wäre 2007 **45** 194

Unterhaltsbeiträge

- 2007 **63** 248

V**Vereinigung**

- s. Parteientschädigung
- s. Verfahrenskosten

Verfahrensbeteiligung

- im verwaltungsgerichtlichen Beschwerdeverfahren 2007 **52** 220

Verfahrenskosten

- Die Vereinigung von Beschwerdeverfahren verändert das Kostenrisiko der beteiligten Parteien nicht 2007 **56** 228
- Ein verminderter Bearbeitungsaufwand aus einer Vereinigung von Beschwerdeverfahren führt zu einer Reduktion der jeweiligen Staatsgebühr 2007 **56** 228

Verhältnismässigkeit

- s. Fremdenpolizeirecht
- s. Zwangsmassnahmen

Verkehrswert

- 2007 **69** 272

Vermögenssteuer

- keine Besteuerung von Vermögensteilen aus Güterrecht vor Rechtskraft eines Scheidungsurteils 2007 **65** 258

Vertrauensschutz

- Nachweis nachteiliger Dispositionen, wenn diese in (behaupteten) Unterlassungen bestehen 2007 **51** 217
- Voraussetzungen für die Verbindlichkeit einer unrichtigen Auskunft 2007 **51** 217

Vertretung, anwaltliche

- Vollmacht für eine bestimmte Steuerperiode bezieht sich nicht automatisch auch auf Verfahren, die andere Steuerperioden betreffen 2007 **48** 211

Verwaltungsrat

- s. Parteientschädigung

Voranfrage

- Abgrenzung der Auskunft i.S.v. § 28 ABauV zum Vorentscheid 2007 **30** 105
- Gegenstand der Voranfrage 2007 **30** 105
- öffentliche Auflage von Voranfrageakten im Baubewilligungsverfahren 2007 **30** 105
- Vorbefassung der mit der Voranfrage befassten Behörde im nachfolgenden Baubewilligungsverfahren 2007 **30** 105

Vorbefassung

- s. Voranfrage

Vorbereitung der Heirat

- s. Fremdenpolizeirecht

Vorentscheid

- Abgrenzung zur Auskunft i.S.v. § 28 ABauV 2007 **30** 105
- Auch für einen Vorentscheid gilt als Sachentscheidsvoraussetzung das Erfordernis des schutzwürdigen eigenen und aktuellen Interesses. Dieses ist zu bejahen, wenn eine gewisse Wahrscheinlichkeit besteht, dass die gesuchstellende Person ein Bauvorhaben tatsächlich realisieren kann und wird 2007 **116** 442

Vormundschaftliche Massnahme

- Abklärung vormundschaftlicher Massnahmen bei einer Zuweisung in eine Sonderschule. 2007 **119** 457

W**Waffenrecht**

- Ausnahmebewilligung zum Erwerb einer Serief Feuerwaffe zu Sammelzwecken 2007 **47** 203

Wegweisungsentscheid

- s. Fremdenpolizeirecht

Wertschriftenhändler

- Gewerbmässiger Wertschriftenhandel als Nebenerwerbstätigkeit kann selbst bei einer einzigen Wertschriftentransaktion vorliegen 2007 **21** 83

Wiederherstellung der Frist

- Voraussetzungen 2007 **48** 211

Z**Zumutbarkeit der Rückkehr**

- s. Fremdenpolizeirecht

Zuständigkeit

- s. Anwaltskommission
- s. fürsorgerische Freiheitsentziehung

Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts

- Keine Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts bei öffentlichen Vergaben (Submissionen) unterhalb der Schwellenwerte für das Einladungsverfahren 2007 **37** 153

Zustellungsfiktion

- Ab wann kann die Kenntnis des Verfügungsinhalts unterstellt werden? 2007 **48** 211

Zuwendungen

- s. Parteibeiträge

Zwangsmassnahmen

- Bei einer Einweisung zur Untersuchung sind Zwangsmassnahmen nur bei akuter Selbst- und/oder Fremdgefährdung zulässig 2007 **41** 177
- Die Isolation zwecks pädagogischer Massnahme ist unverhältnismässig 2007 **41** 177

Zwangsvollstreckungsverfahren

- s. Stromgebühren

Gesetzesregister 2007

2001 **15** 68 (2001 = Jahr / 15 = Entscheidungsnummer / 68 = Seitenzahl)

Gesetzesregister 2007

Bundeserlasse

- 0.101** *Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK) vom 4. November 1950*
- Art. 8 **Ziff. 1**
- 2007 **93** 331
- 2007 **94** 333
- 2007 **95** 337
Ziff. 2
- 2007 **93** 331
- 2007 **94** 333
- 2007 **95** 337
- 0.105** *Übereinkommen gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe vom 10. Dezember 1984 (Folterschutzkonvention)*
- Art. 3 **Ziff. 1**
- 2007 **98** 343
- 0.142.112.681** *Abkommen zwischen der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten einerseits und der Schweizerischen Eidgenossenschaft andererseits über die Freizügigkeit vom 21. Juni 1999 (FZA)*
- Art. 24 **Abs. 1**
- Anhang I 2007 **96** 338
- 0.142.30** *Abkommen über die Rechtsstellung der Flüchtlinge vom 28. Juli 1951 (Flüchtlingskonvention)*
- Art. 33 **Abs. 1**
- 2007 **98** 343

101 *Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999*

- Art. 5 **Abs. 2**
- 2007 33 134
Abs. 3
- 2007 108 393
- Art. 8 **Abs. 1**
- 2007 77 300
- Art. 9 - 2007 33 134
- Art. 25 **Abs. 3**
- 2007 98 343
- Art. 29 **Abs. 1**
- 2007 30 105
- Art. 30 **Abs. 1**
- 2007 30 105
- Art. 36 **Abs. 1**
- 2007 31 117
- Art. 51 **Abs. 1**
- 2007 31 117
- Art. 119 **Abs. 2 lit. g**
- 2007 2 25

142.20 *Bundesgesetz über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer vom 26. März 1931 (ANAG)*

- Art. 13b **Abs. 1 lit. c**
- 2007 82 313
- 2007 83 314
- 2007 84 316
Abs. 3
- 2007 88 321
- Art. 13c **Abs. 2 bis**
- 2007 81 313
Abs. 5 lit. a
- 2007 80 313
- 2007 82 313
- Art. 13e **Abs. 1 lit. b**
- 2007 91 324
- Art. 13g **Abs. 1**
- 2007 90 322
- Art. 13i **Abs. 1**
- 2007 89 321
- Art. 14 **Abs. 3**
- 2007 92 327

- Art. 14a **Abs. 4**
 - 2007 92 327
Abs. 1
 - 2007 99 348
Abs. 4
 - 2007 98 343
- 142.203** *Verordnung über die schrittweise Einführung des freien Personenverkehrs zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft und deren Mitgliedstaaten sowie zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen Freihandelsassoziation Norwegen, Island und dem Fürstentum Liechtenstein vom 22. Mai 2002 (Verordnung über die Einführung des freien Personenverkehrs, VEP)*
- Art. 20 - 2007 96 338
- 142.31** *Asylgesetz vom 26. Juni 1998 (AsylG)*
- Art. 3 **Abs. 1**
 - 2007 98 343
- Art. 5 **Abs. 1**
 - 2007 98 343
- Art. 8 **Abs. 4**
 - 2007 83 314
- 172.220.1** *Bundespersongesetz (BPG) vom 24. März 2000*
- Art. 12 **Abs. 6 lit. b**
 - 2007 101 355
Abs. 6 lit. c
 - 2007 101 355
- 173.110** *Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege (Bundesrechtspflege [OG])*
- Art. 103 **lit. a**
 - 2007 72 286
- 173.110** *Bundesgesetz über das Bundesgericht (BGG) vom 17. Juni 2005*
- Art. 89 **Abs. 1**
 - 2007 72 286

210 *Bundesgesetz über das Schweizerische Zivilgesetzbuch (ZGB) vom 10. Dezember 1907*

- Art. 2 - 2007 **108** 393
Abs. 2
- 2007 **103** 364
- Art. 8 - 2007 **103** 364
- Art. 26 - 2007 **43** 184
- Art. 122 - 2007 **16** 65
Abs. 1
- 2007 **14** 61
- Art. 122 ff. - 2007 **7** 39
- Art. 124 - 2007 **14** 61
- 2007 **16** 65
- Art. 135 **Abs. 1**
- 2007 **16** 65
- Art. 141 - 2007 **15** 64
- Art. 142 **Abs. 2**
- 2007 **14** 61
- Art. 148 **Abs. 2**
- 2007 **14** 61
- Art. 301 **Abs. 1**
- 2007 **119** 457
Abs. 2
- 2007 **119** 457
- Art. 307 **Abs. 1**
- 2007 **119** 457
- Art. 307 ff. - 2007 **119** 457
- Art. 310 - 2007 **119** 457
Abs. 1
- 2007 **119** 457
- Art. 315 - 2007 **119** 457
- Art. 315a - 2007 **119** 457
- Art. 315b - 2007 **119** 457
- Art. 397a **Abs. 1**
- 2007 **42** 180
- 2007 **43** 184
Abs. 3
- 2007 **43** 184
- Art. 397b **Abs. 1**
- 2007 **43** 184
Abs. 2
- 2007 **43** 184
- Art. 570 - 2007 **1** 23
- Art. 602 **Abs. 1**
- 2007 **73** 289

- Abs. 2**
- 2007 76 299
- 211.412.11** *Bundesgesetz über das bäuerliche Bodenrecht (BGBB) vom 4. Oktober 1991*
- Art. 61 **Abs. 1**
- 2007 73 289
- Art. 62 - 2007 73 289
- Art. 64 **Abs. 1 lit. d**
- 2007 71 281
- Art. 83 **Abs. 3**
- 2007 72 286
- 2007 73 289
- 220** *Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (5. Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911*
- Art. 321c **Abs. 1**
- 2007 106 376
- Art. 337d-344 - 2007 103 364
- 221.213.2** *Bundesgesetz über die landwirtschaftliche Pacht (LPG) vom 4. Oktober 1985*
- Art. 15 **Abs. 1**
- 2007 72 286
- 281.1** *Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs vom 11. April 1989 (Fassung vom 16. Dezember 1994)*
- Art. 38 - 2007 17 71
- Art. 80 - 2007 3 29
- Art. 84 **Abs. 2**
- Novenrecht im Rechtsöffnungsverfahren 2007 5 34
- 455.1** *Tierschutzverordnung (TSchV) vom 27. Mai 1981*
- Art. 1 **Abs. 3**
- 2007 70 277

514.54 *Bundesgesetz über Waffen, Waffenzubehör und Munition (Waffengesetz, WG) vom 20. Juni 1997*

Art. 5 **Abs. 3 lit. a**
- 2007 47 203

642.14 *Bundesgesetz über Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden vom 14. Dezember 1990 (StHG)*

Art. 11 **Abs. 1**
- 2007 63 248

Art. 69 **Abs. 2 und 3**
- (Fassung vom 9. Oktober 1998) 2007 20 78

700 *Bundesgesetz über die Raumplanung (RPG) vom 22. Juni 1979*

Art. 3 **Abs. 3**
- 2007 32 120

Art. 33 **Abs. 3**
- 2007 117 445

741.21 *Signalisationsverordnung (SSV) vom 5. September 1979*

Art. 97 **Abs. 1**
- 2007 118 448

Art. 99 **Abs. 1**
- 2007 118 448

814.01 *Bundesgesetz über den Umweltschutz (USG) vom 7. Oktober 1983*

Art. 7 **Abs. 6**
- 2007 115 437

Art. 11 **Abs. 3**
- Sonnenreflexionen von Dachziegeln 2007 109 399

Art. 31b **Abs. 1**
- 2007 115 437

Art. 31c **Abs. 1**
- 2007 115 437

Art. 32 **Abs. 1**
- 2007 115 437

814.318.142.1 *Luftreinhalteverordnung (LRV) vom 16. Dezember 1985*

- Art. 6 **Abs. 1**
 - 2007 35 138
Art. 36 **Abs. 3 lit. c**
 - 2007 35 138

823.21 *Verordnung über die Begrenzung der Zahl der Ausländer (BVO) vom 6. Oktober 1986*

- Art. 36 - 2007 97 341

830.1 *Bundesgesetz vom 6. Oktober 2000 über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG)*

- Art. 50 - 2007 15 64

831.40 *Bundesgesetz vom 25. Juni 1982 über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (BVG)*

- Art. 6 - 2007 13 59
Art. 13 - 2007 13 59
Art. 16 - 2007 13 59
Art. 49 - 2007 13 59
Art. 79a - (Fassung vom 19. März 1999) 2007 24 86

831.42 *Bundesgesetz über die Freizügigkeit in der beruflichen Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (Freizügigkeitsgesetz, FZG)*

- Art. 4 **Abs. 2bis**
 - (Fassung vom 9. März 1999) 2007 24 86
Art. 13 - 2007 24 86
Art. 22 - 2007 14 61
 - 2007 15 64
Art. 25a - 2007 14 61
 - 2007 15 64

910.1 *Bundesgesetz über die Landwirtschaft (Landwirtschaftsgesetz, LwG-CH) vom 29. April 1998*

- Art. 70 **Abs. 4**
 - 2007 70 277

910.13 *Verordnung über die Direktzahlungen an die Landwirtschaft (Direktzahlungsverordnung, DZV) vom 7. Dezember 1998*

- Art. 5 - 2007 70 277
Art. 70 **Abs. 1 lit. d**
 - 2007 70 277

935.61 *Bundesgesetz über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte vom 23. Juni 2000 (BGFA)*

- Art. 8 **Abs. 1 lit. d**
 - 2007 9 46
Art. 12 **lit. a**
 - 2007 8 44
 - 2007 11 53
 lit. c
 - 2007 10 49
 lit. i
 - 2007 11 53

Kantonale Erlasse

- 110.000** *Verfassung des Kantons Aargau vom 25. Juni 1980*
- § 21 **Abs. 2**
 - 2007 31 117
- § 42 **Abs. 6**
 - 2007 71 281
- § 68 **Abs. 1**
 - 2007 116 442
- § 78 **Abs. 2**
 - 2007 31 117
- § 90 **Abs. 2**
 - 2007 116 442
- 122.500** *Einführungsgesetz zum Ausländerrecht (EGAR) vom
14. Januar 1997*
- § 25 - 2007 86 319
 - 2007 87 320
- 131.711** *Verordnung über die Initiative und das Referendum in
Gemeindeangelegenheiten vom 29. Juni 1981*
- § 33 **Abs. 2**
 - Abstimmungserläuterungen bei Einwohnerratsgemeinden 2007
 120 465
- 150.910** *Submissionsdekret (SubmD) vom 25. November 1996*
- § 8 **Abs. 2**
 - 2007 37 153
- § 16 - 2007 38 157
- § 24 **Abs. 2**
 - 2007 37 153
- 160.621** *Verordnung über die Weiterbildung des Personals (Wei-
terbildungsverordnung) vom 22. September 2004*
- § 18 - 2007 108 393

- 161.115** *Arbeitszeitverordnung (AZV) vom 1. September 1999*
- § 11 **Abs. 2**
 - 2007 106 376
- § 14 - 2007 106 376
- § 15 - 2007 106 376
- 165.100** *Gesetz über die Grundzüge des Personalrechts (Personalgesetz, PersG) vom 16. Mai 2000*
- § 10 **Abs. 1 lit. b**
 - 2007 101 355
 Abs. 1 lit. c
 - 2007 101 355
 Abs. 2
 - 2007 103 364
- § 22 - 2007 106 376
- 165.111** *Personal- und Lohnverordnung (PLV) vom 25. September 2000*
- § 27 **Abs. 1**
 - 2007 106 376
- § 35 **Abs. 3**
 - 2007 105 371
 - 2007 107 386
- § 36 **Abs. 1**
 - 2007 105 371
- 165.130** *Dekret über die Löhne des kantonalen Personals (Lohndekret) vom 30. November 1999*
- § 4 - 2007 105 371
- § 5 - 2007 105 371
 - 2007 107 386
- § 6 **Abs. 1**
 - 2007 105 371
 Abs. 4
 - 2007 105 371
- § 8 **Abs. 1**
 - 2007 107 386
 Abs. 2
 - 2007 105 371
 - 2007 107 386
- § 22 **Abs. 1 lit. e**
 - 2007 107 386

- Anhang III **Ziff. 1 Abs. 1**
 - 2007 **104** 369
 Ziff. 2
 - 2007 **104** 369
 Ziff. 3
 - 2007 **104** 369
 Ziff. 5
 - 2007 **104** 369
- 171.100** ***Gesetz über die Einwohnergemeinden (Gemeindegesetz) vom 19. Dezember 1978***
- § 37 **Abs. 2 lit. 1**
 - 2007 **39** 167
- § 39 - 2007 **39** 167
- § 58 **Abs. 1**
 - 2007 **120** 465
- § 61 **Abs. 2**
 - Referendumsfähigkeit des zustimmenden Einwohnerratsbeschlusses 2007 **120** 465
- 210.100** ***Einführungsgesetz zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch vom 27. März 1911 (EG ZGB)***
- § 67b **Abs. 2**
 - 2007 **43** 184
- § 67d **Abs. 3**
 - 2007 **42** 180
- § 67e^{bis} **Abs. 1**
 - 2007 **41** 177
- § 67o - 2007 **43** 184
- 221.100** ***Zivilrechtspflegegesetz (Zivilprozessordnung, ZPO) vom 18. Dezember 1984***
- § 3 **lit. c**
 - 2007 **30** 105
- § 105 **lit. b**
 - Beurteilung der Zahlungs(un)fähigkeit 2007 **4** 31
- § 321 **Abs. 1**
 - Novenrecht im Rechtsöffnungsverfahren 2007 **5** 34
- 221.150** ***Dekret über die Verfahrenskosten (Verfahrenskostendekret, VKD) vom 24. November 1987***
- § 22 - 2007 **56** 228

- § 23 **Abs. 1 lit. c**
 - 2007 **54** 225
- § 31 **lit. d**
 - 2007 **53** 222
- 271.100** ***Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege (Verwaltungsrechtspflegegesetz; VRPG) vom 9. Juli 1968***
- § 2 **Abs. 2**
 - 2007 **17** 71
- § 3 **Abs. 1**
 - 2007 **84** 316
 - 2007 **85** 318
 - 2007 **91** 324
- § 5 **Abs. 1**
 - 2007 **30** 105
- Abs. 2**
 - 2007 **30** 105
- § 20 **Abs. 1**
 - 2007 **52** 220
- Abs. 1**
 - Verspätete Vorbringen heben den Untersuchungsgrundsatz nicht
 auf 2007 **49** 214
- § 23 **Abs. 4**
 - 2007 **100** 349
- § 27 **Abs. 2**
 - 2007 **104** 369
- § 32 **Abs. 2**
 - 2007 **52** 220
- § 33 **Abs. 2**
 - 2007 **34** 137
 - 2007 **56** 228
- § 35 **Abs. 3**
 - 2007 **45** 194
 - 2007 **53** 222
- § 36 **Abs. 1**
 - 2007 **34** 137
 - 2007 **44** 191
 - 2007 **56** 228
- § 38 **Abs. 1**
 - 2007 **49** 214
 - 2007 **115** 437
 - 2007 **116** 442
- § 39 **Abs. 2**
 - 2007 **58** 233
- Abs. 3**
 - 2007 **58** 233

- § 40 **Abs. 1**
 - Keine Anschlussbeschwerde zulässig 2007 **24** 86
- § 43 **Abs. 2**
 - 2007 **24** 86
- § 51 **Abs. 2**
 - 2007 **37** 153
- § 58 - 2007 **56** 228
- § 68 - 2007 **57** 231
- § 75 - 2007 **17** 71

291.150 ***Dekret über die Entschädigung der Anwälte (Anwaltstarif, AnwT) vom 10. November 1987***

- § 1 **Abs. 1**
 - 2007 **53** 222
- § 3 **Abs. 1 lit. a**
 - 2007 **44** 191
 - 2007 **54** 225
- Abs. 1 lit. d**
 - 2007 **7** 39
- § 4 **Abs. 2**
 - 2007 **56** 228
- Abs. 5**
 - 2007 **44** 191
- § 6 - 2007 **56** 228
- § 7 - 2007 **56** 228
- Abs. 2**
 - 2007 **53** 222

401.100 ***Schulgesetz vom 17. März 1981***

- § 28 - 2007 **119** 457
- § 37 - 2007 **12** 55
- § 71 **Abs. 2**
 - 2007 **39** 167
- § 73 **Abs. 1**
 - 2007 **119** 457

411.200 ***Gesetz über die Anstellung von Lehrpersonen (GAL) vom 17. Dezember 2002***

- § 11 **Abs. 1 lit. b**
 - 2007 **101** 355
- Abs. 1 lit. c**
 - 2007 **101** 355

- 428.513** *Verordnung über die integrative Schulung von Kindern und Jugendlichen mit Behinderungen, die Sonderschulung sowie die besonderen Förder- und Stützmassnahmen (V Sonderschulung) vom 8. November 2006*
- § 3 - 2007 119 457
§ 15 **Abs. 1**
 - 2007 119 457
 Abs. 1 lit. b
 - 2007 119 457
 Abs. 2
 - 2007 119 457
 Abs. 2 lit. g
 - 2007 119 457
§ 16 **Abs. 2**
 - 2007 119 457
§ 17 - 2007 119 457
- 497.110** *Dekret über den Schutz von Kulturdenkmälern (Denkmal-schutzdekret) vom 14. Oktober 1975*
- § 1 - 2007 31 117
§ 4 **Abs. 1**
 - 2007 31 117
§ 12 **Abs. 1**
 - 2007 31 117
- 560.111** *Vollziehungsverordnung zur Bundesgesetzgebung über Waffen, Waffenzubehör und Munition vom 25. November 1998*
- § 12 **Abs. 1**
 - 2007 47 203
- 651.100** *Steuergesetz (Gesetz über die Steuern auf Einkommen, Vermögen, Grundstückgewinnen, Erbschaften und Schenkungen) vom 13. Dezember 1983*
- § 22 **Abs. 1 lit. a**
 - Nebeneinkünfte 2007 19 75
 Abs. 1 lit. b
 - 2007 21 83
 - 2007 22 83
§ 136 **Abs. 2**
 - 2007 48 211

651.100***Steuergesetz (StG) vom 15. Dezember 1998***

- § 35 **Abs. 1 lit. b**
 - 2007 23 86
- § 36 **Abs. 1**
 - 2007 61 239
- § 40 **lit. c**
 - 2007 63 248
- lit. d**
 - 2007 24 86
- lit. i**
 - 2007 62 242
- lit. i^{bis}**
 - 2007 62 242
- lit. k**
 - 2007 25 91
- § 42 **Abs. 1 lit. a**
 - 2007 63 248
- § 43 **Abs. 2**
 - 2007 63 248
- § 45 **Abs. 1 lit. f**
 - 2007 64 253
- § 46 **Abs. 1**
 - 2007 65 258
- § 108 **Abs. 1**
 - 2007 66 261
- § 142 **Abs. 1**
 - 2007 68 269
- § 147 **Abs. 2**
 - 2007 67 263
- Abs. 3**
 - 2007 68 269
- § 235 **Abs. 1**
 - 2007 28 92
 - 2007 29 99
- § 242 ff. - 2007 28 92
- § 263 **Abs. 2**
 - 2007 20 78

651.111***Verordnung zum Steuergesetz (StGV) vom 11. September 2000***

- § 27 - 2007 63 248
- § 29 **Abs. 2**
 - 2007 63 248
- § 30 **Abs. 2**
 - 2007 64 253

- § 65 **Abs. 4**
- 2007 29 99
- 651.212** *Verordnung über die Bewertung der Grundstücke (VBG)
vom 4. November 1985*
- § 12 **Abs. 1**
- 2007 69 272
Abs. 2
- 2007 69 272
- 713.100** *Gesetz über Raumplanung, Umweltschutz und Bauwesen
(Baugesetz, BauG) vom 19. Januar 1993*
- § 6 **Abs. 1 lit. a**
- 2007 114 424
Abs. 1 lit. c
- Baubewilligungspflicht einer Strassenreklame 2007 118 448
- § 14 - Voraussetzungen, damit der Regierungsrat an Stelle des zuständigen kommunalen Organs einen Planungsentscheid fällen kann
2007 117 445
- § 17 **Abs. 3**
- 2007 117 445
- § 21 - 2007 36 143
Abs. 3
- 2007 117 445
- § 25 **Abs. 2**
- 2007 36 143
- § 26 **Abs. 1**
- Anfechtungsmöglichkeit der Weigerung des zuständigen Gemeindeorgans, einen Sondernutzungsplan zu erlassen 2007 117 445
- § 33 **Abs. 3**
- Voraussetzungen, damit der Regierungsrat an Stelle des zuständigen kommunalen Organs einen Planungsentscheid fällen kann
2007 117 445
- § 34 **Abs. 2**
- 2007 79 305
Abs. 3
- 2007 77 300
- § 40 - 2007 32 120
Abs. 1
- 2007 31 117
Abs. 3
- 2007 31 117

- Abs. 6**
- 2007 31 117
- § 42 **Abs. 2**
- 2007 32 120
- 2007 114 424
- § 46
§ 59 **Abs. 1**
- 2007 114 424
- § 60 **Abs. 2**
- 2007 30 105
- § 62
§ 67 **Abs. 1**
- 2007 114 424
- 2007 118 448
- § 104 - Aufstellen von Tischen eines Restaurants auf der Strassenfläche
2007 112 419
- § 111 **Abs. 1 lit. a**
- Verhältnis zwischen Bundesrecht und kantonalem Recht 2007
118 448
- § 142 **Abs. 2**
- 2007 74 293
- 713.111** *Allgemeine Verordnung zum Baugesetz (ABauV) vom
23. Februar 1994*
- § 3 - 2007 36 143
- § 5 - 2007 117 445
- § 9 **Abs. 2**
- 2007 78 303
- § 16 **Abs. 1**
- 2007 32 120
- § 28 **Abs. 2**
- 2007 30 105
Abs. 3
- 2007 30 105
- § 30 - Kleine Geräteschränke und Truhen sind in den Bauzonen baube-
willigungsfrei 2007 110 405
Abs. 1 lit. e
- 2007 114 424
Abs. 1 lit. f
- 2007 114 424
Abs. 2 lit. c
- Baubewilligungspflicht einer Strassenreklame 2007 118 448
Abs. 3
- 2007 114 424
- 2007 118 448

- § 35 **Abs. 3**
- 2007 30 105
- 713.125** *Verordnung über die vom Departement Bau, Verkehr und Umwelt für Entscheide über Baugesuche zu erhebenden Gebühren (Gebührenverordnung, GebV) vom 17. August 1994*
- § 1 **Abs. 2**
- 2007 33 134
- § 4 **Abs. 1**
- 2007 33 134
- 725.100** *Gesetz über die Grundbuchabgaben vom 7. Mai 1980*
- § 2 **Abs. 1**
- 2007 49 214
- 755.111** *Verordnung über die Steuern, Abgaben und Gebühren im Strassenverkehr vom 5. November 1984*
- § 14 **lit. g**
- Festlegung der Gebühr für die strassenverkehrsrechtliche Bearbeitung eines Strassenreklamegesuchs 2007 118 448
- 851.200** *Gesetz über die öffentliche Sozialhilfe und soziale Prävention (Sozialhilfe- und Präventionsgesetz, SPG) vom 6. März 2001*
- § 47 **Abs. 3**
- 2007 46 195
- § 49 - 2007 46 195