

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungen.....	7
<i>Obergericht</i>	
I. Schuldbetreibungs- und Konkursrecht	25
II. Zivilprozessrecht	
A. Zivilprozessordnung	29
III. Anwaltsrecht	33
<i>Versicherungsgericht</i>	51
<i>Verwaltungsgericht</i>	
I. Strassenverkehrsrecht	59
II. Straf- und Massnahmenvollzug	67
III. Kantonale Steuern.....	75
IV. Bau-, Raumplanungs- und Umweltschutzrecht.....	109
V. Submissionen.....	173
VI. Fürsorgerische Freiheitsentziehung	205
VII. Zwangsmassnahmen gemäss § 241a StPO.....	207
VIII. Sozialhilfe.....	225
IX. Waffenrecht	271
X. Anwaltsrecht.....	275
XI. Verwaltungsrechtspflege.....	295
<i>Steuerrekursgericht</i>	
I. Kantonale Steuern	
A. Steuergesetz (StG) vom 15. Dezember 1998	319
<i>Landwirtschaftliche Rekurskommission</i>	
I. Direktzahlungen.....	355
II. Abgeltungen gemäss kantonalem Landwirtschaftsgesetz	363

<i>Schätzungskommission nach Baugesetz</i>	
I. Enteignungsrecht	373
II. Gebäudeversicherungsrecht	379
<i>Rekursgericht im Ausländerrecht</i>	
I. Zwangsmassnahmen im Ausländerrecht	387
II. Beschwerden gegen Einspracheentscheide des Migrationsamts	403
<i>Personalrekursgericht</i>	
I. Auflösung Anstellungsverhältnis	433
II. Verfahren	465
<i>Verwaltungsbehörden</i>	
I. Bau-, Raumplanungs- und Umweltschutzrecht	471
II. Schulrecht	487
III. Gemeinderecht	491
IV. Verwaltungsrechtspflegegesetz	501
<i>Sachregister</i>	
Sachregister	507
<i>Gesetzesregister</i>	
Gesetzesregister	537

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	(ausser Kraft) Bundesgesetz über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer vom 26. März 1931
ANAV	(ausser Kraft) Vollziehungsverordnung zum Bundesgesetz über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer vom 1. März 1949
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)
AnwV	Anwaltsverordnung vom 18. Mai 2005 (SAR 290.111)
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 über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts vom 6. Oktober 2000 (SR 830.1)
AuG	Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer vom 16. Dezember 2005 (SR 142.20)
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	Bundesratsbeschluss 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 über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte (Anwaltsgesetz) vom 23. Juni 2000 (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 über das öffentliche Beschaffungswesen vom 16. Dezember 1994 (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	(ausser Kraft) Verordnung über die Begrenzung der Zahl der Ausländer vom 6. Oktober 1986
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
aEGAR	(ausser Kraft) Einführungsgesetz zum Ausländerrecht vom 14. Januar 1997
EG BBG	Einführungsgesetz zum Bundesgesetz über die Berufsbildung vom 8. November 1983 (SAR 422.100)
EG BGFA	Einführungsgesetz zum Bundesgesetz über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte vom 2. November 2004 (SAR 290.100)
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)
EG OR	Einführungsgesetz zum Schweizerischen Obligationenrecht vom 27. Dezember 1911 (SAR 210.200)
EG ZGB	Einführungsgesetz zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch vom 27. März 1911 (SAR 210.100)
EGG	Bundesgesetz über die Erhaltung des bäuerlichen Grundbesitzes vom 12. Juni 1951
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 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950 (SR 0.101)
EntsG	Bundesgesetz über die minimalen Arbeits- und Lohnbedingungen für in die Schweiz entsandte Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer und flankierende Massnahmen vom 8. Oktober 1999 (SR 823.20)
EntsV	Verordnung über die in die Schweiz entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer vom 21. Mai 2003 (SR 823.201)
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 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit vom 21. Juni 1999 (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 zum SchKG vom 7. Juli 1971 (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 (Gemeindengesetz) 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	Gebührendekret 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 über Arzneimittel und Medizinprodukte (Heilmittelgesetz) vom 15. Dezember 2000 (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 / 15. März 2001 (SAR 150.950)
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 über die Krankenversicherung vom 18. August 1994 (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 über Lebensmittel und Gebrauchsgegenstände (Lebensmittelgesetz) vom 9. Oktober 1992 (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 Militärfpflichtersatz vom 12. Juni 1959 (SR 661)
MPV	Verordnung über den Militärfpflichtersatz 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)
ÖkoV	Verordnung über die Abgeltung ökologischer Leistungen (Öko-Verordnung) vom 26. Mai 1999 (SAR 910.131)
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)
OGÉ	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
Schätzungsreglement	Baugesetz des Kantons Aargau vom 2. Februar 1971
Schätzungsreglement	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 Rechtssammlung 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. De- zember 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 Vergebung 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)
SVV	Verordnung über den Vollzug des Strassenverkehrsrechts (Strassenverkehrsverordnung) vom 12. November 1984 (SAR 991.111)
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 Grenzbereinigungen 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)
VLBN	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)
aVEA	(ausser Kraft) Verordnung über Einreise und Anmeldung von Ausländerinnen und Ausländern vom 14. Januar 1998
VEA	Vollziehungsverordnung zur Bundesgesetzgebung über die in die Schweiz entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer vom 15. Oktober 2003
VEB	Verwaltungsentscheide der Bundesbehörden (heute: VPB)
VEGGSchG	Verordnung zum Einführungsgesetz zum eidgenössischen Gewässerschutzgesetz vom 16. Januar 1978
VEP	Verordnung über die schrittweise Einführung des freien Personenverkehrs zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft und deren Mitgliedstaaten sowie unter den Mitgliedstaaten der Europäischen Freihandelsassoziation vom 22. Mai 2002 (SR.142.203)
VFG	Verordnung über das Feuerwehrwesen 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)
ZUG	Bundesgesetz über die Zuständigkeit für die Unterstützung Bedürftiger (Zuständigkeitsgesetz) vom 24. Juni 1977 (SR 851.1)
ZVW	Zeitschrift für Vormundschaftswesen

Obergericht

I. Schuldbetreibungs- und Konkursrecht

1 Art. 172 Ziff. 3 SchKG. Abweisung des Konkursbegehrens zufolge Zahlung.

Die Abweisung des Konkursbegehrens zufolge Zahlung der Schuld, Zinsen und Kosten inbegriffen, gemäss Art. 172 Ziff. 3 SchKG setzt voraus, dass auch die Parteientschädigung der Klagepartei, sofern eine solche verlangt wurde, bezahlt ist.

Aus dem Entscheid des Obergerichts, 4. Zivilkammer, vom 21. Januar 2008 i.S. M.D. gegen D.M.

Aus den Erwägungen

1.1. Gemäss Art. 172 Ziff. 3 SchKG weist das Gericht das Konkursbegehren ab, wenn der Schuldner durch Urkunden beweist, dass die Schuld, Zinsen und Kosten inbegriffen, getilgt ist oder dass der Gläubiger ihm Stundung gewährt hat. Die Kosten sind die Betreuungskosten gemäss Art. 68 SchKG, zu welchen auch die Parteikosten des Konkursverfahrens zählen (Urteil des Bundesgerichts 5A_86/2007 vom 3. September 2007 E. 2.3).

1.2. Gemäss Vorinstanz betrug die per 25. Oktober 2007 berechnete Konkursforderung samt Zinsen und Kosten Fr. 3'413.75. Diesen Betrag überwies die Beklagte dem Kläger am 25. Oktober 2007, worauf die Vorinstanz die Konkursache als durch Zahlung erledigt von der Kontrolle abschrieb. Dies ist in zweierlei Hinsicht nicht richtig. Zum einen hätte sie das Konkursbegehren abweisen und nicht das Verfahren als durch Zahlung erledigt von der Kontrolle abschreiben müssen. Zum andern hat sie bei der Berechnung der von der Beklagten zu zahlenden Konkursforderung die Parteientschädigung des Klägers nicht berücksichtigt, obwohl dieser im Konkurseröffnungs-

gesuch ausdrücklich eine solche verlangt hatte. Damit verletzte sie Art. 172 Ziff. 3 SchKG, weil sie das Konkursbegehren des Klägers als durch Zahlung erledigt von der Kontrolle abschrieb, bevor die Beklagte die Parteientschädigung des Klägers für das Konkursöffnungsverfahren bezahlt hatte (Urteil des Bundesgerichts 5A_86/2007 vom 3. September 2007 E. 2.6).

1.3. Die angefochtene Verfügung wäre daher aufzuheben und die Sache an die Vorinstanz zwecks Festlegung der im Konkursverfahren aufgelaufenen Parteikosten des Klägers und allfälliger Konkursöffnung bei Nichtleistung der Parteientschädigung durch die Beklagte innert Frist zurückzuweisen (Urteil des Bundesgerichts 5A_86/2007 vom 3. September 2007 E. 2.6). Indessen beantragte der Kläger dies lediglich eventualiter, d.h. für den Fall, dass sein Hauptbegehren abgewiesen wird. Dieses lautet auf Ergänzung der angefochtenen Verfügung durch eine Dispositiv-Ziffer, mit welchem ihm eine Parteientschädigung von mindestens Fr. 1'200.-- zugesprochen wird.

2 Art. 265a SchKG. Bewilligung des Rechtsvorschlags mangels neuen Vermögens.

Gegen den Entscheid des Gerichtspräsidenten gemäss Art. 265a Abs. 1 SchKG gibt es kein kantonales Rechtsmittel, auch dann nicht, wenn es sich um einen Prozessentscheid handelt.

Aus dem Entscheid des Obergerichts, 4. Zivilkammer, vom 17. September 2008 i.S. S.L. gegen S.L.

Aus den Erwägungen

1. Erhebt der Schuldner Rechtsvorschlag mit der Begründung, er sei nicht zu neuem Vermögen gekommen, so legt das Betreibungsamt den Rechtsvorschlag dem Richter des Betreibungsorts vor (Art. 265a Abs. 1 Satz 1 SchKG). Dieser hört die Parteien an und entscheidet endgültig (Art. 265a Abs. 1 Satz 2 SchKG). Das bedeutet, dass von Bundesrechts wegen jegliche kantonalen Rechts-

mittel - ordentliche und ausserordentliche - ausgeschlossen sind (Urteil des Bundesgerichts 5A_695/2007 vom 18. April 2008 Erw. 1.2 und 1.3 mit Hinweisen; BGE 131 I 28, 126 III 112; Botschaft des Bundesrates über die Änderung des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG) vom 8. Mai 1991, Bundesblatt 1991 III 159). Der Ausschluss kantonaler Rechtsmittel gegen den Entscheid über den Rechtsvorschlag mangels neuen Vermögens nach Art. 265a Abs. 1 bis 3 SchKG erfolgt im Hinblick darauf, dass den ordentlichen Prozessweg nach Art. 265a Abs. 4 SchKG beschreiten kann, wer mit dem Bewilligungsentscheid im summarischen Verfahren nicht einverstanden ist (Urteil des Bundesgerichts 5A_695/2007 vom 18. April 2008 Erw. 1.2 mit Hinweisen; BBl 1991 III 159). Der Ausschluss sämtlicher kantonaler Rechtsmittel beschneidet daher den Rechtsschutz der Parteien nicht, da diese das ordentliche Verfahren gemäss Art. 265a Abs. 4 SchKG einleiten können (Urteil des Bundesgerichts 5A_695/2007 vom 18. April 2008 Erw. 1.3 mit Hinweisen). Im Ergebnis dient die Klage auf Bestreitung oder Feststellung neuen Vermögens nach Art. 265a Abs. 4 SchKG somit als Rechtsbehelf zur Überprüfung des summarischen Entscheids über die Bewilligung des Rechtsvorschlags. Sie erfüllt im Verhältnis zum vorausgegangenen summarischen Entscheid über den Rechtsvorschlag die Funktion eines Rechtsmittels (Urteil des Bundesgerichts 5A_695/2007 vom 18. April 2008 Erw. 1.3 mit Hinweisen; BGE 131 I 29/30). Die zivilrechtliche Beschwerde an das Bundesgericht gegen einen summarischen Entscheid über den Rechtsvorschlag nach Art. 265a Abs. 1 bis 3 SchKG ist daher nur zulässig, wenn eine Rüge durch den Entscheid im ordentlichen Verfahren nach Art. 265a Abs. 4 SchKG nicht behandelt und ein allfälliger Mangel nicht behoben werden kann (Urteil des Bundesgerichts 5A_695/2007 vom 18. April 2008 Erw. 1.3 mit Hinweisen). In einigen Kantonen wird zwar ein kantonales Rechtsmittel gegen bestimmte Entscheide über den Rechtsvorschlag des Summarverfahrens zugelassen (Bauer, Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Ergänzungsband, Basel/Genf/München 2005, N 31 zu Art. 265a mit Hinweisen), doch ist das nicht Praxis im Kanton Aargau (AGVE 1997 Nr. 12 S. 54; Entscheid der 4. Zivilkammer des Obergerichts

vom 25. Oktober 2001 [ZSU.2001.315] Erw. 1). Insbesondere die von einigen Kantonen praktizierte Unterscheidung in Entscheide über das Vorhandensein der formellen Voraussetzungen für die Einrede des fehlenden neuen Vermögens, welche weiterziehbar sein sollen, und solche über das Vorhandensein neuen Vermögens, welche nicht weiterziehbar sein sollen, ist nach Auffassung des Obergerichts des Kantons Aargau nicht statthaft. Eine Beschwerde gemäss § 335 ZPO gegen den Entscheid des Gerichtspräsidenten gemäss Art. 265a Abs. 1 SchKG ist deshalb entgegen der Auffassung der Vorinstanz nicht gegeben, auch dann nicht, wenn es sich um einen Prozessentscheid handelt. § 21 EG SchKG i.V.m. § 20 lit. o EG SchKG ist bundesrechtswidrig und daher unbeachtlich. Auf die Beschwerde des Klägers ist folglich nicht einzutreten.

II. Zivilprozessrecht

A. Zivilprozessordnung

- 3 § 2 lit. c ZPO: Befangenheit des Richters wegen Vorbefassung
Ein laufendes Präliminarverfahren, in welchem unter anderem über die Abänderung von Unterhaltsbeiträgen zu entscheiden ist, erscheint nicht mehr als hinreichend offen, wenn sich der Richter in einem anderen Verfahren derselben Parteien im Rahmen der Beurteilung eines zu leistenden Prozesskostenvorschusses bereits dahingehend geäußert hat, dass die Unterhaltsbeiträge im laufenden Präliminarverfahren massiv gekürzt würden.

Entscheid der Inspektionskommission vom 15. Dezember 2008 i.S. A.S gegen Gerichtspräsidium A. (IVV.2008.5)

Aus den Erwägungen

3.

Die Gesuchstellerin bzw. ihr Vertreter gründet den Verdacht der Befangenheit des Gesuchsgegners auf dessen Äusserungen im Urteil vom 21. November 2007. Damit habe der Gesuchsgegner zum Ausdruck gebracht, dass er über die Frage der Unterhaltsbeiträge im laufenden Verfahren bereits eine vorgefasste Meinung habe. Die Gesuchstellerin macht den Ausstandsgrund der Vorbefassung geltend.

3.1.

Gemäss § 2 lit. c ZPO hat ein Richter von Amtes wegen auch in den Ausstand zu treten, wenn er in einem früheren Zeitpunkt in richterlicher oder nichtrichterlicher Funktion mit der konkreten Streitsache schon einmal zu tun hatte (ALFRED BÜHLER / ANDREAS EDELMANN / ALBERT KILLER, Kommentar zur aargauischen Zivilprozessordnung, 2. Aufl., Aarau 1998, N 11 zu § 2 [zit. ZPO-Kommentar]). In einem solchen Fall sogenannter Vorbefassung stellt sich die Frage, ob sich ein Richter durch seine Mitwirkung an früheren Entscheidun-

gen in einzelnen Punkten bereits in einem Mass festgelegt hat, die ihn nicht mehr als unvoreingenommen erscheinen lassen. Anhand der konkreten Umstände des Einzelfalls muss untersucht werden, ob die zu entscheidende Rechtsfrage trotz Vorbefassung noch als offen erscheint. Zu berücksichtigen ist, unter welchen tatsächlichen und verfahrensrechtlichen Umständen sich der Richter im früheren Zeitpunkt mit der Sache befasste bzw. sich später damit zu befassen hat. Von Bedeutung ist überdies, welche Fragen zu entscheiden sind und inwiefern sie miteinander zusammenhängen (BGE 126 I 68 Erw. 3c; 114 Ia 50 Erw. 3d; AGVE 1997 S. 98, Nr. 32).

3.2.

[...]

3.2.1 - 3.2.3.

[...]

3.3.

Die obigen Ausführungen zeigen auf, dass es sich bei den beiden Verfahren nicht um die gleiche Sache handelt. Im früheren Verfahren ging es insbesondere um die Frage der Zustimmung des Beklagten zur Sanierung der Heizung in der Liegenschaft der Geschwisterin. Im noch zu entscheidenden laufenden Präliminarverfahren sind unter anderem die Unterhaltsansprüche Gegenstand des Verfahrens. Dieser Sachverhalt und die damit verbundenen konkreten Rechtsfragen haben mit den Sach- und Rechtsfragen des mittlerweile rechtskräftig abgeschlossenen früheren Verfahrens nichts gemeinsam, weshalb grundsätzlich keine Vorbefassung vorliegt.

3.4.

3.4.1.

Eine andere Frage ist, ob sich der Gesuchsgegner aufgrund der Ausführungen im Entscheid vom 21. November 2007, "Zudem ist davon auszugehen, dass die Unterhaltsbeiträge der Klägerin im laufenden Präliminarverfahren rückwirkend per September 2006 massiv gekürzt werden. Ab Rechtskraft dieses Urteils wird somit die Klägerin für mehrere Monate keinen Unterhalt mehr vom Beklagten erhalten" (...), nicht mehr lösen und die Sache im laufenden Verfahren deshalb nicht mehr mit der nötigen Distanz und Objektivität beurteilen kann.

3.4.2.

Die beanstandeten Äusserungen erfolgten im Rahmen der Beurteilung, ob die Gesuchstellerin auf einen Prozesskostenvorschuss des Beklagten angewiesen sei. Für die Beurteilung, ob die Voraussetzungen für die Leistung eines Prozesskostenvorschusses gegeben sind, stellte der Gesuchsgegner auf diverse Grundlagen aus anderen Verfahren (Präliminarakten [...]; Eheschutzurteil vom 6. August 2001 [...]; Scheidungsverfahren [...]) ab.

[...] Der daraufhin folgende Schriftenwechsel endete schliesslich mit der Verfügung vom 11. März 2008, in welcher der Gesuchstellerin (Vertreter) die Frist zur Erstattung der Widerklageduplik bis zum 20. März 2008 erstreckt wurde [...]. Die Widerklageduplik der Gesuchstellerin war noch ausstehend.

Der Gesuchsgegner äusserte sich somit in seinem Entscheid vom 21. November 2007 in einem Zeitpunkt, in dem im laufenden Verfahren bereits wesentliche Teile der Rechtsschriften erstattet worden waren. Dass sich der Gesuchsgegner im früheren Verfahren auf ein anderes noch nicht abgeschlossenes Verfahren bezogen und die Kürzung der Unterhaltsbeiträge, welche ein zentrales Thema im laufenden Verfahren darstellen, als Begründung herangezogen hat, deutet darauf hin, dass er sich in Bezug auf die Frage der Unterhaltsbeiträge bereits festgelegt hat. Auch insbesondere die Wortwahl, "Ab Rechtskraft dieses Urteils wird somit die Klägerin für mehrere Monate keinen Unterhalt mehr vom Beklagten erhalten", lässt keinen anderen Schluss zu als dass sich der Gesuchsgegner bereits in einem Mass festgelegt hat, so dass die Frage betreffend Unterhaltsbeiträge im laufenden Verfahren nicht mehr als offen erscheint.

4.

[...]

Das laufende Verfahren erscheint demnach nicht mehr als hinreichend offen. Die Befürchtung der Gesuchstellerin, der Präliminarentscheid im laufenden Verfahren könne vom Gesuchsgegner nicht mehr unvoreingenommen geführt werden, erweist sich bei objektiver Betrachtung als begründet. Das Ablehnungsbegehren der

Gesuchstellerin ist demnach gutzuheissen und der Gesuchsgegner hat in den Ausstand zu treten.

III. Anwaltsrecht

- 4 § 3 Abs. 1 lit. a AnwT, § 4 Abs. 1 AnwT, § 6 Abs. 2 und 3 AnwT, § 7 Abs. 2 AnwT: Honorar im Arbeitsgerichtsverfahren
- Forderungen aus einem Arbeitsverhältnis sind vermögensrechtliche Streitigkeiten im Sinne des Anwaltstarifs.
 - Für die Teilnahme an der arbeitsgerichtlichen Vermittlungsverhandlung wird kein Zuschlag gemäss § 6 Abs. 3 AnwT gewährt.
 - Kürzung des Honorars gestützt auf § 6 Abs. 2 AnwT sowie § 7 Abs. 2 AnwT, nachdem das Arbeitsgerichtsverfahren in der Vermittlungsverhandlung durch einen gerichtlichen Vergleich erledigt wurde.

Entscheid der Inspektionskommission vom 16. Juni 2008 i.S. D.S. gegen Arbeitsgericht des Bezirks L. (IVV.2007.18)

Aus den Erwägungen

5.

5.1.

Im Anwaltstarif sind für Verfahren vor den Arbeitsgerichten bzw. für Streitigkeiten aus dem Arbeitsverhältnis keine besonderen Regelungen enthalten. Forderungen aus einem Arbeitsverhältnis sind vermögensrechtliche Streitigkeiten im Sinne des Anwaltstarifs (§ 3 Abs. 1 lit. a und § 4 Abs. 1 AnwT).

Auch wenn vorliegend das arbeitsgerichtliche Verfahren durch Abschluss eines Vergleiches in der Vermittlungsverhandlung beendet wurde und gemäss obergerichtlicher Praxis bei vollständiger Durchführung eines arbeitsgerichtlichen Verfahrens für die Teilnahme an der arbeitsgerichtlichen Vermittlungsverhandlung kein Zuschlag gemäss § 6 Abs. 3 AnwT gewährt wird (AGVE 2004 Nr. 14 S. 61), bedeutet dies nicht, dass der Beschwerdeführer vorliegend nach Auf-

wand zu entschädigen ist. Der Aufwand für das Vermittlungsverfahren macht lediglich einen gewissen Anteil des Grundhonorars aus.

5.2.

Somit kann festgehalten werden, dass vorliegend das Anwalts-honorar grundsätzlich gemäss § 3 Abs. 1 lit. a AnwT nach Streitwert zu bemessen ist.

In ihrer Klage vom 28. Juli 2006 stellte die Klägerin das Begehren, die Beklagte sei zu verpflichten, ihr Fr. 30'000.00 inkl. 5% Verzugszins seit 31.3.2006 zu bezahlen. Die Verzugszinsen fallen als Nebenforderung gemäss § 18 Abs. 2 ZPO bei der Bestimmung des Streitwertes nicht in Betracht. Somit ist von einem Streitwert von Fr. 30'000.00 auszugehen. Das Grundhonorar gemäss § 3 Abs. 1 lit. a AnwT beträgt daher Fr. 2'590.00 zuzüglich Fr. 3'600.00 (12% des Streitwertes), insgesamt somit Fr. 6'190.00.

6.

6.1.

Gemäss 6 Abs. 2 AnwT vermindert sich das Honorar des Anwaltes entsprechend seinen Minderleistungen, wenn das Verfahren nicht vollständig durchgeführt wurde. Ferner sieht § 7 Abs. 2 AnwT eine Verminderung des Honorars vor, wenn das Verfahren nur geringe Aufwendungen erforderte.

6.2.

6.2.1.

Bei der Arbeitsgerichtsbarkeit besteht die Besonderheit, dass auf eine Sühneverhandlung vor dem Friedensrichter verzichtet wird und das Vermittlungsverfahren in das Arbeitsgerichtsverfahren integriert ist (ALFRED BÜHLER / ANDREAS EDELMANN / ALBERT KILLER, Kommentar zur aargauischen Zivilprozessordnung, Aarau / Frankfurt am Main / Salzburg, 1998, N 3 zu Vorbem. §§ 372 - 384, [zit. ZPO-Kommentar]). Zumindest im Rahmen der Vermittlungsverhandlung handelt es sich um ein seiner Natur nach einfaches Verfahren, welches keine allzu grossen Schwierigkeiten bereitet und auch nicht sehr zeitaufwendig ist. Anlässlich der Vermittlungsverhandlung werden keine Parteivorträge vorgetragen, geht es doch analog zum friedensrichterlichen Sühneverfahren einzig darum, zwischen den Parteien eine Einigung zu erzielen. Entgegen den Darstellungen des Be-

schwerdeführers hat in Abweichung von den für das ordentliche Verfahren geltenden formellen Anforderungen der Kläger die Beweismittel noch nicht mit der Klage zu bezeichnen und die Beweisurkunden noch nicht beizulegen, da diese erst nach erfolgloser Vermittlungsverhandlung und gestützt auf die Beweisordnung des Arbeitsgerichtspräsidenten zu nennen bzw. vorzulegen sind (§ 376 ZPO; ZPO-Kommentar, a.a.O., N 5 zu § 372). Auch ist der Sachverhalt gemäss § 372 Abs. 2 ZPO nur kurz zu begründen. Erst wenn die Bemühungen im Rahmen der Vermittlungsverhandlungen gescheitert sind, wird ein eigentliches Behauptungsverfahren durchgeführt.

Auch das zur Diskussion stehende Verfahren machte keinen ausserordentlichen Aufwand notwendig. Der Aufwand des Beschwerdeführers bestand vorliegend im Verfassen der Klage sowie in der Teilnahme an der Vermittlungsverhandlung vom 8. November 2006, welche gemäss Protokoll von 17.00 bis 18.45 Uhr, mithin $1\frac{3}{4}$ Stunden, dauerte. Nach der Durchführung der Vermittlungsverhandlung wurde das Arbeitsgerichtsverfahren als durch den gerichtlichen Vergleich erledigt von der Kontrolle abgeschrieben. Aufgrund dieses Umstandes kann festgehalten werden, dass das arbeitsgerichtliche Verfahren nicht vollständig durchgeführt wurde, weshalb eine Kürzung des Honorars gestützt auf § 6 Abs. 2 AnwT vorzunehmen ist.

6.2.2.

Die Klageschrift umfasst neun Seiten, wobei die erste Seite (Rubrum) und die letzte Seite (Beilagenverzeichnis) nicht zu berücksichtigen sind. Letztlich sind die Ausführungen betreffend Rechtliches und Materielles auf fünf Seiten, welche grosszügig ausgestaltet sind, zu finden. Auch wenn der Beschwerdeführer ausführt, die Sach- und Rechtslage habe sich als schwierig gestaltet (Zusammentragen und Berechnen von handschriftlich festgehaltenen Überstunden- und Überzeitsaldi der Klägerin von über einem Jahr; in der Sache sei es um einen "Anlehrvertrag", der vom Amt für Berufsbildung nicht anerkannt worden sei, gegangen), deuten die Ausführungen in der Klageschrift auf nicht allzu komplizierte rechtliche Abklärungen hin, sind die Ausführungen hierzu auf rund zwei Seiten zu finden.

Auch unter Berücksichtigung der Tatsache, dass es sich bei der Vermittlungsverhandlung grundsätzlich um ein einfaches Verfahren und die Teilnahme an einer solchen Vermittlungsverhandlung bei einem vollständig durchgeführten Arbeitsgerichtsverfahren als im Grundhonorar abgegolten gilt (AGVE 2004 Nr. 14 S. 61), erscheint die durch den Beschwerdegegner vorgenommene Kürzung des Grundhonorars von 72%, mithin auf Fr. 1'840.00, als zulässig.

Nach dem Gesagten ist erstellt, dass der Beschwerdegegner in Anbetracht der konkreten Umstände das Honorar zu Recht - wenn auch mit anderer Begründung - auf Fr. 1'979.85 (inkl. Auslagen und MwSt.) festgesetzt hat. Somit erweist sich die Beschwerde als unbegründet und ist abzuweisen.

5 § 4 Abs. 1 und 4 AnwT

Für die Berechnung des Streitwertes und somit des Grundhonorars des unentgeltlichen Rechtsvertreters wird nicht auf den geltend gemachten Wert der Liegenschaft abgestellt, wenn dieser offensichtlich nicht dem Wert der Liegenschaft entspricht.

Entscheid der Inspektionskommission vom 13. Juni 2008 i.S. X. gegen Gerichtspräsidium B. (IVV.2007.16)

Aus den Erwägungen

3.1.3.

Der Beschwerdeführer klagte somit, was die güterrechtlichen Ansprüche betreffend die Liegenschaft angeht, eine bestimmte Geldsumme ein. Es ist nun zu prüfen, ob er bezüglich der Berechnung des Streitwertes diese Summe in guten Treuen hat geltend machen dürfen. Gemäss dem den Akten beiliegenden Grundbuchauszug war der Beklagte als Eigentümer der Liegenschaft eingetragen (vgl. [...]).

Der Beschwerdegegner stellt sich auf den Standpunkt, der Beschwerdeführer hätte, wenn er sich schon der Notwendigkeit eines Grundbuchauszuges bewusst gewesen sei (vgl. [...]), aufgrund der ihm obliegenden prozessualen Sorgfaltspflicht, im Zeitpunkt der

Einleitung der Klage einen aktuellen Auszug anfordern müssen. Dadurch wäre ihm bewusst geworden, dass die Liegenschaft mittlerweile mit Verlust verkauft worden sei.

Aufgrund der vom Beschwerdeführer in der Kostenbeschwerde aufgeführten Umstände (Verkauf der Liegenschaft an den Bruder, Beklagter blieb in Liegenschaft wohnen) ist ihm beizupflichten, dass er nicht zwingend den neusten Grundbuchauszug als Beweis hat einreichen müssen. Die Klägerin bzw. der Beschwerdeführer konnte davon ausgehen, dass sich die Besitzverhältnisse nicht verändert haben, weshalb der alte Grundbuchauszug als Beweis, dass der Beklagte Eigentümer der Liegenschaft war, ausreichte. Die Hauptbegründung des Beschwerdegegners, es hätte ein Grundbuchauszug beigezogen werden müssen, kann daher bei einer ehelichen Liegenschaft, welche weiterhin von einem Ehegatten bewohnt wird, als nicht in der angeführten Absolutheit als den Grundsatz der guten Treuen verletzend erachtet werden. Der Beschwerdeführer durfte in guten Treuen noch von einem Eigentum des Ehemannes an der Liegenschaft ausgehen.

Das Spiel des Ehemannes, die eheliche Liegenschaft mit einem Steuerwert von Fr. 392'900.00 bei einer Hypothekarbelastung von Fr. 574'000.00 für einen Preis von Fr. 280'000.00 an den eigenen Bruder zu verkaufen, und diese gleich wieder zurückzumieten, erscheint mehr als fragwürdig. Es muss dem Beschwerdeführer zu Gute gehalten werden, dass nicht einfach auf dieses "Manöver" abgestellt werden konnte.

Allerdings erscheint der klageweise geltend gemachte Verkehrswert von Fr. 650'000.00 aus anderen Gründen trotz "Manöver" nicht mehr als in guten Treuen vertretbar. Auf welche Grundlagen der Beschwerdeführer in seiner Klage den geschätzten Wert der Liegenschaft von Fr. 650'000.00 stützt, legt er in seiner Klage nicht dar. Er führt lediglich aus, der Klägerin sei der exakte Wert der Liegenschaft nicht bekannt, sie schätze diesen aber auf Fr. 650'000.00. Die Liegenschaft wurde 1989 in einer absoluten Hochpreis- und Spekulationsphase gekauft. Die Hypothekarbelastung dürfte daher nahe oder über der Grenze des objektiven Verkehrswertes gelegen haben. Auch hat ein Augenschein ergeben, dass es sich bei der Liegenschaft um

ein älteres Haus handelt, welches sich zwar heute in einem guten Zustand präsentiert, an dem aber viele Renovationen offenbar erst neueren Datums nach dem Verkauf getätigt wurden. Nachdem sich in der Klageantwort auch herausgestellt hat, dass die Liegenschaft zu einem Wert von lediglich Fr. 280'000.00 verkauft worden ist, hat der Beschwerdeführer in seiner Klage einen Wert für die Liegenschaft geltend gemacht, welcher offenbar absolut nicht dem Verkehrswert der Liegenschaft entsprochen hat. Aufgrund dieser Umstände war die Einklagung eines Verkehrswertes von Fr. 650'000.00 ohne weitere Abklärungen zu tätigen trotz Spielchen der Gegenpartei die guten Treuen verletzend. Der Beschwerdeführer hat demnach bezüglich des Wertes der Liegenschaft gestützt auf § 4 Abs. 4 AnwT ein offensichtlich zu hohes Begehren gestellt. Es ist somit bezüglich des Streitwertes auf den Wert des in den Akten ausgewiesenen Verkaufspreises abzustellen. Nachdem die Liegenschaft überdies überschuldet war, weist diese keinen Nettowert mehr auf. [...]

[...]

3.2.

Zusammenfassend kann somit festgehalten werden, dass der Beschwerdeführer den güterrechtlichen Anspruch betreffend die Liegenschaft in der Höhe von Fr. 38'000.00 in guten Treuen nicht hat geltend machen dürfen, weshalb dieser Betrag für die Streitwertberechnung nicht einberechnet werden kann. Der Streitwert berechnet sich demnach nach den übrigen geltend gemachten Ansprüchen in der Höhe von Fr. 15'000.00. Es ist somit von einem Grundhonorar gemäss § 3 Abs. 1 lit. a AnwT in der Höhe von Fr. 4'100.00 auszugehen.

**6 § 94 GOG: Honorar des unentgeltlichen Rechtsvertreters, Verzugszins
Auf das genehmigte Honorar eines unentgeltlichen Rechtsvertreters besteht kein Anspruch auf Verzugszins**

Entscheid der Inspektionskommission vom 8. Juli 2008 i.S. Y. gegen
Gerichtspräsidium B. (IVV.2007.24)

Aus den Erwägungen

2.

Der Beschwerdeführer führt in seiner Beschwerde aus, wie seine chronologische Übersicht (vgl. Beschwerde S. 5) verdeutliche, habe es zweier, im Übrigen nachvollziehbar zusätzlichen Aufwand wie zusätzliche Kosten bewirkender Mahnschreiben seinerseits bedurft, bis immerhin neun Monate nach Eingabe der Kostennote die angefochtene Verfügung doch noch ergangen sei. Die Auszahlung sei bis jetzt noch nicht erfolgt. [...] Jedenfalls müsse es unter allen Vorgaben zulässig sein, die eine Entschädigung festzusetzende Instanz wie erfolgt zu mahnen, dies mit dem Ergebnis, dass ab Zeitpunkt der Mahnung zusätzlich zur Entschädigung ein Verzugszins von 5 % p.a. geschuldet und so vom Staat zusätzlich zu entschädigen sei.

[...]

2.1.

[...]

2.2.

Der unentgeltliche Rechtsvertreter hat nur einen bedingten Anspruch auf Entschädigung durch die Gerichtskasse. Die Forderung wird erst mit ihrer Festsetzung begründet (RIES, a.a.O., S. 244). Mit ihrer Verfügung vom 4. April 2007 hat die Beschwerdegegnerin das Honorar des Beschwerdeführers festgesetzt. Gleichzeitig wurde die Gerichtskasse angewiesen, das Honorar erst nach Rechtskraft des Entscheides auszubezahlen. Nachdem der Beschwerdeführer Kostenbeschwerde erhoben hat, ist die Verfügung vom 4. April 2007 der Beschwerdegegnerin noch nicht in Rechtskraft erwachsen und die Auszahlung musste demnach noch nicht erfolgen.

Es liegt kein Verzug vor. Zudem ist kein Zins geschuldet, da ein solcher gesetzlich nicht vorgesehen ist. Der Antrag auf Verzugszins ist somit abzuweisen.

7 Art. 7 Abs. 1 lit. b und Abs. 3 BGFA, § 15 Abs. 1 lit. c EG BGFA, § 2 AnwV; Frage der hinreichenden rechtspraktischen Tätigkeit für die Zulassung zur Anwaltsprüfung:

- Keine Anrechenbarkeit absolvierter beruflicher Tätigkeiten irgendwelcher Art, welche vor Abschluss eines juristischen Studiums mit dem Bachelor in Rechtswissenschaften absolviert wurden.
- Keine Gleichstellung der Tätigkeiten in einem (eigenen) privaten Unternehmen (Leitung von Projekten für Gemeindeverwaltungen in den Bereichen Finanzverwaltung, Steuer- und Betreibungsämter) mit der Tätigkeit in einer Gemeindeverwaltung.
- Keine Anrechnung von Tätigkeiten als "Wirtschaftsjurist" bei einer Treuhand- und Beratungsfirma.
- Keine Anrechnung einer Tätigkeit als Fachrichter am Handelsgericht; die Fachrichter unterstützen vor allem mit ihrem Fachwissen in bestimmten Bereichen die juristisch geschulten Richter und Richterinnen sowie die Gerichtsschreiber und Gerichtsschreiberinnen und erhalten weder eine ausgeprägte juristische Ausbildung, noch sind sie selber ausgeprägt rechtspraktisch tätig. Zudem ist das entsprechende "Pensum" im Nebenamt in den meisten Fällen sehr klein. Eine erst dreijährige Fachrichtertätigkeit, wie es beim Gesuchsteller der Fall ist, kommt in jedem Fall noch nicht in Frage für eine Anrechnung an die gemäss Prüfungsvoraussetzungen notwendige Praktikumsdauer.

Entscheid der Anwaltskommission vom 19. August 2008 i.S. M.B. (AVV.2008.23)

8 Art. 12 lit. a BGFA

Verpasste Rechtsmittelfrist: Keine Verletzung von Art. 12 lit. a BGFA, wenn ein Rechtsanwalt alle geeigneten Vorsichtsmassnahmen wie die Führung einer doppelten Fristenkontrolle sowie die genügende Instruktion eines Kanzleimitarbeiters getroffen hat, um die Einhaltung von Fristen gewährleisten zu können.

Entscheid der Anwaltskommission vom 28. Februar 2008 i.S. B.Z. (AVV.2007.25)

Aus den Erwägungen

2.

Dem beigelegten Schreiben vom 1. September 2006 des beanzeigten Anwaltes ist zu entnehmen, dass er das Ersuchen um Zustellung der vollständigen Ausfertigung des Urteils zwar geschrieben habe, aber dieses vom für den Versand zuständigen Kanzleimitarbeiter nicht abgesandt worden sei.

Zu beurteilen ist vorliegend, ob der beanzeigte Anwalt infolge Verpassens der Frist zur Einforderung einer vollständig begründeten Urteilsausfertigung die Berufsregel nach Art. 12 lit. a BGFA verletzt hat.

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 nur grobe Verstösse gegen diese mandatsrechtliche Treuepflicht. Das Berufsrecht soll nämlich lediglich sicherstellen, dass der Anwalt seine Aufgabe nicht wissentlich unrichtig oder grobfahrlässig fehlerhaft erfüllt. Verpasst ein Anwalt beispielsweise versehentlich eine Frist, ist dies disziplinarrechtlich grundsätzlich nicht von Bedeutung. Die Aufsichtsbehörde hat nur einzuschreiten, wenn erschwerende Umstände vorliegen, die auf eine unverantwortliche Berufsausübung schliessen lassen (WALTER FELLMANN in: WALTER FELLMANN / GAUDENZ G. ZINDEL [Hrsg.], Kommentar zum Anwaltsgesetz, Zürich 2005, N 26 zu Art. 12). Von einer disziplinarisch relevanten Verletzung der Berufspflicht kann diesbezüglich erst dann gesprochen werden, wenn ein Anwalt die üblichen Vorsichtsmassnahmen zur Vermeidung solcher Fehlleistungen unterlässt. Ohne weiteres dürfte ein Disziplinaratbestand sodann vorliegen, wenn ein Anwalt eine Fristeinhaltung aus böswilliger Absicht zum Nachteil seines Mandanten unterlässt (GIOVANNI TESTA, Die zivil- und standesrechtlichen Pflichten des Rechtsanwaltes gegenüber dem Klienten, Zürich 2001, S. 87 ff., mit Hinweisen auf die Praxis der zürcherischen Aufsichtskommission).

Eine Fristversäumnis fällt disziplinarisch beispielsweise 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 (vgl. TESTA, a.a.O., S. 87, mit Hinweis auf den Entscheid der Aufsichtskommission des Kantons Zürich Nr. 141 vom 4. November 1987. Hier wurde der beschuldigte Anwalt aber trotzdem schuldig gesprochen. Dies, weil er dem Klienten die Fristversäumnis zeitweilig verschwieg bzw. versuchte, ihn über seine Säumnis zu täuschen und das Mandat zur Unzeit niederlegte). In Bezug auf die cura in custodiendo wurde in einem Entscheid der Aufsichtskommission des Kantons Zürich festgehalten, es sei Pflicht des Anwaltes, alle geeigneten Massnahmen zu treffen, dass die peinlich genaue Einhaltung der Fristen gewährleistet sei. Wahrung der Fristen sei Verantwortungssache des das Mandat führenden Anwaltes selbst. Dazu genüge es beispielsweise an sich nicht, die Sekretärin generell darauf aufmerksam zu machen, die auf den Dossiers eingetragenen Fristen einzuhalten. Notwendig sei eine, möglichst doppelte, Fristenkontrolle mit z.B. rot markierten Agenda-eintragen bzw. anderweitigem adäquatem Sicherheitsdispositiv (ZR 1995, Bd. 94, Nr. 33, S. 105ff).

Die Anwaltskommission des Kantons Aargau hat mit Entscheid vom 7. Dezember 2007 (AGVE 2007, Nr. 8, S. 44) festgehalten, dass es disziplinarrechtlich relevant sei, wenn ein Anwalt, der durch eigenes Verschulden eine Frist in der internen Kontrolle um einen Monat verschoben eingetragen und dadurch die Frist für die Einreichung einer Berufung versäumt habe. Zudem habe der Anwalt auch keine üblichen Vorsichtsmassnahmen zur Gewährleistung der Einhaltung der Frist nachgewiesen.

3.

3.1.

Es ist zu prüfen, ob und wenn ja welche Sicherheitsmassnahmen in der Kanzlei Z. grundsätzlich getroffen wurden, um eine Fehlleistung, wie die vorliegend zu beurteilende, verhindern zu können (vgl. dazu oben Ziff. 2).

3.1.1.

Der beanzeigte Anwalt weist in seiner Stellungnahme vom 26. August 2007 auf die in ihrer Kanzlei existierende doppelte Fristenkontrolle hin. Der Kanzleimitarbeiter bestätigt in seiner Stellungnahme vom 15. November 2007 die vom beanzeigten Anwalt beschriebene Art und Weise der Fristenkontrolle (Einreihen der Dossiers in chronologischer Reihenfolge und Agendaeintrag). Der Kanzleimitarbeiter führt dazu aus, die Fälle seien in einem grossen Gestell übersichtlich und nach Ablauf der Fristen eingeordnet worden, wobei er und der beanzeigte Anwalt die gerade aktuellen Fristen wie Berufungs- und andere Verwirkungsfristen täglich überwacht hätten. Zudem seien die wesentlichen Fristen in der Wochenagenda eingetragen worden. Er selber habe die erledigten und bereit liegenden Briefe jeweils auf die Post gebracht.

3.1.2.

Die Ausführungen des beanzeigten Anwaltes und des Kanzleimitarbeiters zeigen auf, dass in der Anwaltskanzlei Z. die üblichen Vorsichtsmassnahmen, nämlich eine doppelte Fristenkontrolle, getätigt wurden, um die Einhaltung der Fristen gewährleisten zu können.

3.2.

3.2.1.

[...]

3.2.2.

Die erwähnten Unterlagen (Kopie des Auszuges der Agenda der Kanzlei Z., Kontoblatt zum Dossier M. sowie Kopie des Schreibens vom 19. Juni 2006 an das Bezirksgericht B.) weisen darauf hin, dass die Frist in die Agenda eingetragen und das Schreiben fristgerecht verfasst wurde. Zudem ist aufgrund der obigen Ausführungen des Kanzleimitarbeiters davon auszugehen, dass der Brief auch zum Versand bereit gelegt wurde. Warum dieser dann nicht an das Bezirksgericht B. gelangte, kann nicht schlüssig erklärt werden.

3.3.

3.3.1.

Nachdem in der Kanzlei Z. Massnahmen getroffen wurden, um die Einhaltung der Fristen gewährleisten zu können und das Schreiben vom beanzeigten Anwalt offenbar geschrieben und zum Versand

bereit gelegt wurde, ist des Weiteren die Frage zu prüfen, ob der Kanzleimitarbeiter betreffend die Fristenwahrung und den Versand der Post auch genügend instruiert war, liegt doch auch diesbezüglich die Verantwortung beim beanzeigten Anwalt.

3.3.2.

[...]

3.4.

3.4.1. – 3.4.2.

[...]

3.5.

Gestützt auf die vorstehenden Überlegungen ist zu Gunsten des beanzeigten Anwaltes davon auszugehen, dass die üblichen Vorsichtsmassnahmen wie die doppelte Fristenkontrolle sowie die genügende Instruktion des Kanzleimitarbeiters getroffen wurden, um die Einhaltung von Fristen gewährleisten zu können. Zudem weisen die eingereichten Unterlagen darauf hin, dass das Schreiben zur Einforderung einer vollständig begründeten Urteilsausfertigung fristgerecht geschrieben und zum Versand bereit gelegt wurde. Warum das Schreiben schliesslich beim Bezirksgericht B. nicht angekommen ist, lässt sich nicht mehr eruieren. Nach dem in Ziff. 2. Gesagten liegen demnach keine "erschwerenden Umstände" vor, welche auf eine unverantwortliche Berufsausübung schliessen lassen. Im Übrigen sind auch keine Anhaltspunkte für eine böswillige Absicht seitens des Anwaltes ersichtlich.

4.

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass dem beanzeigten Anwalt nach dem Gesagten keine Verletzung der Berufsregel gemäss Art. 12 lit. a BGFA vorgeworfen werden kann. Für eine Disziplinierung des beanzeigten Anwaltes besteht daher keine Veranlassung.

9 Art. 12 lit. c BGFA: Interessenkollision

Die anwaltliche Vertretung der Eltern eines anlässlich des Sportunterrichts einer Volksschule verstorbenen Schülers im Strafverfahren gegen die beschuldigten Lehrer ist, auch wenn der Rechtsanwalt Schulratspräsident des Bezirks dieser Schule ist, zulässig; der Anwalt war in seiner

Funktion als Schulratspräsident weder in den konkreten Fall involviert noch musste er sich mit den diesen Sportunterricht betreffenden Fragen befassen.

Entscheid der Anwaltskommission vom 23. September 2008 i.S. X. (AVV.2007.46)

- 10 Art. 13 BGFA: Entbindung vom Berufsgeheimnis**
Entbindung einer Anwältin vom Berufsgeheimnis, damit diese allfällige vormundschaftliche Massnahmen einleiten kann, wenn ihre Klientin gemäss ärztlichem Zeugnis in Bezug auf das Scheidungsverfahren momentan nicht (ver-)handlungsfähig ist.

Entscheid der Anwaltskommission vom 24. Juni 2008 i.S. M.W. (AVV.2008.25)

Aus den Erwägungen

3.

Die faktische Unmöglichkeit, mit der Klientin Kontakt aufzunehmen, ist vorliegender Grund für das Entbindungsgesuch. Die Gesuchstellerin kann ihre Klientin nicht erreichen und sich nicht mit ihr besprechen. Dies kommt auch im Arztzeugnis vom 5. Juni 2008 zum Ausdruck, in welchem ausgeführt wird, dass sie "aufgrund ihres Gesundheitszustandes aus ärztlicher Sicht bis auf Weiteres nicht dazu in der Lage ist, sich mit dem laufenden Scheidungsverfahren bewusst auseinander zu setzen und notwendige Entscheidungen zu treffen" (Gesuchsbeilage [GB] 2). Aus naheliegenden Gründen muss deshalb auf die vorgängige Einräumung des rechtlichen Gehörs für die Klientin in diesem Fall verzichtet werden.

4.

4.1. – 4.2.

[...]

4.3.

[...]

5.

5.1. – 5.2.

[...]

5.3.

Aufgrund des Aufenthalts ihrer Klientin in einer psychiatrischen Klinik ist diese vorliegend für die Gesuchstellerin nicht erreichbar. [...]

Aufgrund der Ausführungen der Gesuchstellerin ist zudem auch zu befürchten, dass sie nicht im Besitz aller notwendigen Unterlagen ist, die dem Gericht eingereicht werden müssten. Die vom Gerichtspräsidenten angedrohte Folge, wenn innert angesetzter Frist keine Klageantwort eingereicht wird, nämlich die Fortführung des Verfahrens mit Erlass der Beweisanordnung und Vorladung zur Hauptverhandlung, könnte für die Klientin in gewissen Bereichen zu einem Rechtsverlust führen. Nicht alle Punkte in einem Scheidungsverfahren unterliegen der Oficialmaxime.

Im Interesse der Klientin ist es demnach zweifellos, dass jemand an ihrer Stelle - soweit überhaupt möglich - die notwendigen Entscheidungen trifft und gegebenenfalls die nötigen Unterlagen besorgt. Dies kann aber nicht die Gesuchstellerin sein, jedenfalls nicht allein gestützt auf die Anwaltsvollmacht. Ihre Aufgabe ist es nicht, anstelle der Klientin zu entscheiden, sondern diese zu beraten und für sie gemäss ihren Weisungen zu handeln.

Gemäss telefonischen Ausführungen der Gesuchstellerin stellt sich im Scheidungsverfahren die Frage nach dem Scheidungswillen grundsätzlich nicht mehr, da gestützt auf Art. 114 ZGB geklagt wird und die zweijährige Trennungsfrist bereits abgelaufen ist. Die Klientin kann sich somit der Scheidung gar nicht mehr widersetzen. Es stehen aber - insbesondere für ihre Zukunft - wichtige Entscheidungen im Verfahren an. Da der Gerichtspräsident offenbar, trotz momentaner, ärztlich bezeugter (Ver-) Handlungsunfähigkeit der Klientin / Beklagten in Bezug auf die Scheidung nicht bereit ist, das Verfahren zu sistieren oder einen Prozessbeistand zu bestellen, liegt es zweifellos im Interesse der Klientin, dass die Gesuchstellerin in die Lage versetzt wird, selber bei der Vormundschaftsbehörde um die notwendigen Massnahmen zu ersuchen. Dafür muss sie aber vom

Anwaltsgeheimnis entbunden werden. Ihr Antrag ist somit in diesem Umfang gutzuheissen.

Versicherungsgericht

11 Art. 22 FZG, § 124 ZPO

Der Beizug eines Rechtsvertreters ist in den Verfahren vor Versicherungsgericht betreffend Teilung der Freizügigkeitsleistungen der Ehegatten im Nachgang zum Scheidungsverfahren in der Regel nicht notwendig bzw. nicht sachlich geboten. Ohne besondere Gründe besteht in diesen Verfahren daher kein Anspruch auf unentgeltliche anwaltliche Verbeiständung.

Aus dem Beschluss des Versicherungsgerichts, 3. Kammer, vom 15. Januar 2008 i.S. E.C.

Aus den Erwägungen

6.1.

Der Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, einschliesslich unentgeltlicher Rechtsverbeiständung, besteht nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts aufgrund von Art. 29 Abs. 3 BV in jedem staatlichen Verfahren, in welches die Gesuch stellende Person einbezogen wird oder dessen sie zur Wahrung ihrer Rechte bedarf. Dementsprechend hält auch § 13 VRS fest, dass die bedürftige Partei Anspruch auf das Armenrecht hat und ihr nötigenfalls ein Kostenvorschuss zu gewähren ist. Der verfassungsmässige Anspruch auf unentgeltliche anwaltliche Verbeiständung besteht indessen nicht voraussetzungslos. Verlangt ist in jedem Falle Bedürftigkeit des Rechtsuchenden und Nichtaussichtslosigkeit des verfolgten Verfahrensziels. Entscheidend ist darüber hinaus die sachliche Gebotenheit der unentgeltlichen Rechtsverbeiständung im konkreten Fall (BGE 127 I 205 Erw. 3b, 125 V 35 Erw. 4b, 119 Ia 265 Erw. 3b, 117 V 408 Erw. 5a).

6.2.

Fraglich ist, ob im vorliegenden Verfahren der Beizug eines Rechtsvertreters notwendig bzw. sachlich geboten war. Dies ist zu verneinen: Die massgeblichen Verhältnisse liegen einfach und waren nicht streitig. Die verlangten Angaben über die Arbeitsstellen hätten auch ohne anwaltliche Hilfe getätigt werden können. Dies alles war zudem aus der Instruktionsverfügung vom 9. November 2006 ohne weiteres erkennbar. Nachdem der Rechtsvertreter des Klägers keine besonderen Gründe geltend macht, besteht unter diesen Umständen kein Anspruch auf unentgeltliche anwaltliche Verbeiständung.

12 Art. 25 FZG, Art. 73 Abs. 2 BVG, § 112 ZPO

Teilung der Freizügigkeitsguthaben im Nachgang zum Scheidungsverfahren: Verhält sich eine Partei sowohl im Scheidungsverfahren als auch im Verfahren vor Versicherungsgericht passiv, stellt dies eine mutwillige Verletzung der Mitwirkungspflichten dar, was mit der Auferlegung von Gerichtskosten und der Verpflichtung zur Zahlung einer Parteientschädigung an die anwaltlich vertretene Gegenpartei sanktioniert werden kann.

Aus dem Entscheid des Versicherungsgerichts, 3. Kammer, vom 18. November 2008 in Sachen M.C. gegen N.C.

Aus den Erwägungen

5.

5.1.

Gemäss Art. 25 FZG i.V.m. Art. 73 Abs. 2 BVG ist das Verfahren in der Regel kostenlos. In Ausnahmefällen, insbesondere bei leichtsinniger oder mutwilliger Prozessführung, können jedoch einer Partei Gerichtskosten auferlegt werden (§ 41 Abs. 2 VRS; BGE 128 V 323 Erw. 1a mit Hinw.). Diese Voraussetzungen sind im vorliegenden Fall erfüllt. Der Beklagte verhielt sich nicht nur im vorgängigen Scheidungsverfahren - wodurch der vorliegende Prozess überhaupt erst ausgelöst wurde - sondern auch im vorliegenden Ver-

fahren passiv. Die Klägerin betrieb einen grossen Aufwand, um dem Versicherungsgericht die vorsorgerechtlichen Verhältnisse des Beklagten darzulegen, was eigentlich seine Aufgabe gewesen wäre. Dieser reagierte jedoch auf die Aufforderungen des Gerichts, Angaben über sämtliche Arbeitgeber und die jeweiligen Einrichtungen der beruflichen Vorsorge zu machen, Anträge zu stellen und Einwendungen zu erheben, nicht. Eine solche Prozessführung muss wegen der Verletzung der (auch dem Beklagten obliegenden) Mitwirkungspflichten als mutwillig bezeichnet werden, zumal sie auch auf eine Verzögerungstaktik hinausläuft, welche durch Auferlegung der Gerichtskosten sanktioniert werden darf (vgl. BGE 124 V 289 f. Erw. 4b). Dementsprechend sind dem Beklagten wegen mutwilliger Prozessführung im Sinne von § 41 Abs. 2 VRS die Verfahrenskosten aufzuerlegen.

5.2.

Im Gegensatz zu den Gerichtskosten regelt das BVG den Anspruch auf eine Parteientschädigung nicht. Diesbezüglich gilt (ebenfalls) das kantonale Prozessrecht (Hans-Ulrich Stauffer, Die berufliche Vorsorge, in: Murer/Stauffer [Hrsg.], Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Sozialversicherungsrecht, Zürich 1996, S. 106). In § 30 VRS wird bezüglich der Parteikosten auf die Bestimmungen der Zivilprozessordnung verwiesen. Da die Ausgangslage aufgrund des Scheidungsurteils des Bezirksgerichts klar war, kann keine Partei als obsiegend im Sinne von § 112 ZPO betrachtet werden. Die Parteikosten sind jedoch nicht wettzuschlagen, da das Verhalten des Beklagten, wie in den vorstehenden Erwägungen (Ziff. 5.1. hievor) ausgeführt, als mutwillig zu qualifizieren ist. Es rechtfertigt sich daher, den Beklagten zum Ersatz der Hälfte der Parteikosten der anwaltlich vertretenen Klägerin zu verpflichten, da diese nicht nur ihre eigenen, sondern auch die vorsorgerechtlichen Verhältnisse des Beklagten dem Gericht in vorbildlicher Weise zur Kenntnis brachte und damit einen grossen, auch vom Beklagten zu entschädigenden Aufwand betrieb.

13 § 14 Abs. 2, 16 Abs. 2 EG KVG

Massgebend für die Berechnung des Prämienverbilligungsanspruches ist die letzte definitive und rechtskräftige Steuerveranlagung, welche am 31. Mai des Gesuchsjahres vorlag.

Aus dem Entscheid des Versicherungsgerichts, 3. Kammer, vom 4. März 2008 i.S. Ch.E. gegen SVA Aargau.

Aus den Erwägungen

2.2.

Gemäss § 11 des kantonalen Einführungsgesetzes zum Krankenversicherungsgesetz (EG KVG; SAR 837.100) werden Personen in bescheidenen wirtschaftlichen Verhältnissen Prämienverbilligungen für die obligatorische Krankenpflegeversicherung gewährt. Der Anspruch auf Prämienverbilligung muss gemäss § 17 Abs. 1 EG KVG bis zum 31. Mai des Vorjahres, bezogen auf das Jahr der Prämienverbilligung, bei der für die Wohngemeinde zuständigen Zweigstelle der SVA geltend gemacht werden. Bei dieser Frist handelt es sich um eine Verwirkungsfrist, deren Nichteinhaltung das Erlöschen des Anspruchs zur Folge hat. Massgebend für die Beurteilung des Anspruchs sind die persönlichen und familiären Verhältnisse am 1. Januar des Jahres, in welchem das Begehren gestellt wird (§ 14 Abs. 2 EG KVG).

2.3.

Basis für die Berechnung des massgebenden Einkommens, welches aus dem steuerbaren Einkommen und einem Fünftel des steuerbaren Vermögens besteht, bildet gemäss ständiger Rechtsprechung des Versicherungsgerichts des Kantons Aargau diejenige (letzte) definitive Steuerveranlagung (§ 16 Abs. 2 EG KVG), welche am 31. Mai des Gesuchsjahres vorliegt. Zu dieser im Entscheid des Versicherungsgerichts des Kantons Aargau vom 31. Mai 2005, (VBE.2005.00203, Erw. 3/a und b) begründeten Rechtsprechung kam das Gericht in sorgfältiger Abwägung der gegebenen Möglichkeiten:

- "a) Gemäss § 16 Abs. 2 EG KVG bildet die letzte definitive Steuerveranlagung die Basis für die Berechnung des massgebenden Einkommens und Vermögens. § 16 Abs. 2 EG KVG legt jedoch nicht fest, in welchem Zeitpunkt die letzte definitive Steuerveranlagung zu berücksichtigen ist. Vier Möglichkeiten sind als Stichtage denkbar:
- § 14 Abs. 2 EG KVG bestimmt bezüglich der Anspruchsberechtigung, dass die persönlichen und familiären Verhältnisse am **1. Januar** des Jahres, in welchem das Begehren gestellt wird, für die Beurteilung des Anspruchs massgebend sind.
 - § 17 Abs. 2 EG KVG stellt für die massgebende Steuerveranlagung oder Bescheinigung des Steueramtes auf den Zeitpunkt der **Einreichung des Gesuchs** ab.
 - § 17 Abs. 1 EG KVG hingegen verweist auf den **31. Mai** als Stichtag. Bis zu diesem Zeitpunkt ist der Anspruch auf Prämienverbilligung bei der zuständigen Zweigstelle der SVA geltend zu machen.
 - Die Beschwerdeführerin beantragt sinngemäss die Berücksichtigung der – im Nachgang zu einem steuerrechtlichen Einspracheverfahren – mit Beschluss der Steuerkommission L. vom 23. März 2005 **revidierten, aktuellsten Steuerveranlagung 2003**.
- b) Aufgrund einer umfassenden Auslegung (vgl. zum Ganzen: Ulrich Häfelin/Walter Haller, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 6. Aufl., Zürich 2005, N 75 ff.) gelangt man zum Schluss, dass der 31. Mai den Stichtag für das Vorliegen der letzten definitiven Steuerveranlagung darstellt. Der 1. Januar ist gemäss § 14 Abs. 2 EG KVG zwar für die persönlichen und familiären Verhältnisse massgebend, doch nicht für das Vorliegen der definitiven Steuerveranlagung. Der Zeitpunkt der Einreichung des Gesuches gemäss § 17 Abs. 2 EG KVG ist ebenfalls nicht zu berücksichtigen, da der Gesetzgeber mit dieser Bestimmung bloss die einzureichenden Unterlagen und nicht einen von § 17 Abs. 1 EG KVG abweichenden Stichtag festlegen

wollte. Dass – wie von der Beschwerdeführerin sinngemäss beantragt – die aktuellste (definitive) Steuerveranlagung massgebend wäre, findet schliesslich im gesamten Gesetzeswerk keine Stütze.

Der 31. Mai als Stichtag für das Vorliegen der letzten definitiven Steuerveranlagung erweist sich sowohl nach Sinn und Zweck der Regelung als auch in systematischer Hinsicht als folgerichtig. Der 31. Mai soll gemäss § 17 EG KVG umfassend als Stichtag für die Geltendmachung des Anspruchs dienen (vgl. Anmerkung [Marginalie] zu § 17 EG KVG). Zudem ist gemäss § 16 Abs. 3 EG KVG auf steuerliche Neueinschätzungen bis zum 31. Mai abzustellen (nach dem am 1. Januar 2001 in Kraft getretenen Steuergesetz [StG; SAR 651.100] gibt es keine Zwischenveranlagungen mehr). Da aufgrund von § 16 Abs. 2 EG KVG die letzte definitive Steuerveranlagung für die Berechnung massgebend ist, ist somit gemäss § 16 Abs. 3 EG KVG auf diejenige abzustellen, die bis zum 31. Mai des jeweiligen Jahres vorliegt. Eine definitive Steuerveranlagung kann demnach bis zum Stichtag des 31. Mai nachgereicht werden, selbst wenn das Gesuch um Prämienverbilligungsbeiträge bereits vorgängig eingereicht wurde."

3.

3.1.

Der Beschwerdeführer beantragte am 28. Mai 2004 die Krankenkassenprämienverbilligung für das Jahr 2005. Am 31. Mai 2004 war die letzte definitive Steuerveranlagung diejenige des Jahres 2001; die Veranlagungen der Jahre 2002 und 2003 wurden erst am 12. März 2006 rechtskräftig. Dieser Sachverhalt wird vom Beschwerdeführer nicht bestritten. Demnach stellte die Beschwerdegegnerin nach den vorstehenden Ausführungen zu Recht auf die Steuerdaten des Jahres 2001 ab. (...)

Verwaltungsgericht

I. Strassenverkehrsrecht

14 Entzug des Führerausweises; Warnungsentzug.

- **Nach mit Bundesgesetz vom 14. Dezember 2001 teilrevidiertem SVG (in Kraft seit 1. Januar 2005) kein leichter Fall möglich bei leichtem Verschulden aber mittelschwerer Gefährdung.**

Entscheid des Verwaltungsgerichts, 1. Kammer, vom 9. Juli 2008 in Sachen P.H. gegen den Entscheid des Departements Volkswirtschaft und Inneres (WBE.2008.100).

Aus den Erwägungen

3.

Das Strassenverkehrsgesetz unterteilt die massnahmerechtlichen Tatbestände in leichte, mittelschwere und schwere Widerhandlungen (Art. 16a ff. SVG). Es begeht eine leichte Widerhandlung, wer durch Verletzung von Verkehrsregeln andere nur geringfügig gefährdet, wobei ihn dabei lediglich ein leichtes Verschulden trifft. Die fehlbare Person wird verwarnt, wenn in den vorangegangenen zwei Jahren der Ausweis nicht entzogen war und keine andere Administrativmassnahme verfügt wurde (Art. 16a SVG). Eine schwere Verletzung begeht, wer durch grobe Verletzung von Verkehrsregeln eine ernstliche Gefahr für die Sicherheit anderer hervorruft oder in Kauf nimmt. Dies hat einen mindestens dreimonatigen Entzug des Führerausweises zur Folge (Art. 16c SVG). Eine mittelschwere Widerhandlung schliesslich verübt, wer durch Verletzung von Verkehrsregeln eine Gefahr für die Sicherheit anderer hervorruft oder in Kauf nimmt. In der Folge wird dem fehlbaren Lenker der Führerausweis für mindestens einen Monat entzogen (Art. 16b SVG). Die mittelschwere Widerhandlung ist nach der gesetzlichen Konzeption als Auffangtatbestand ausgestaltet. Sie liegt immer dann vor, wenn nicht alle pri-

vilegerenden Elemente einer leichten und nicht alle qualifizierenden Elemente einer schweren Widerhandlung gegeben sind (Urteil des Bundesgerichts vom 20. März 2007 [6A.64/2006], Erw. 2.3, sowie Botschaft zur Änderung des Strassenverkehrsgesetzes vom 31. März 1999 in BBl 1999, S. 4462, 4487).

Die wesentlichen Kriterien zur Unterscheidung von Widerhandlungen sind das Mass der Verkehrsgefährdung und die Schwere des Verschuldens (BGE 105 Ib 118 Erw. 1; 104 Ib 49 Erw. 2b). Dabei sind das Verschulden des Fahrzeuglenkers und sein automobilistischer Leumund zu berücksichtigen. Mittelschwer ist die Widerhandlung, wenn entweder das Verschulden des Lenkers nicht mehr leicht wiegt oder die Gefahr der Sicherheit anderer nicht mehr gering ist (vgl. Art. 16a Abs. 1 lit. a SVG; Urteil des Bundesgerichts vom 13. September 2007 [1C_75/2007], Erw. 3.1).

4.

4.1.

Das DVI ist vorliegend in Anbetracht der Verkehrsgefährdung und des Verschuldens von einer mittelschweren Widerhandlung i.S.v. Art. 16b Abs. 1 lit. a SVG ausgegangen.

4.2.

Demgegenüber macht der Beschwerdeführer geltend, es liege höchstens ein leichtes Verschulden des Beschwerdeführers vor und daher sei ungeachtet der Verkehrsgefährdung höchstens eine leichte Widerhandlung im Sinne von Art. 16a SVG anzunehmen, weil die Verkehrsgefährdung nur insoweit Bedeutung habe, als sie auch verschuldensmässig relevant sei.

4.3.

Vorweg ist festzuhalten, dass der Gesetzeswortlaut eindeutig ist und keinen Raum für eine Interpretation im Sinne des Beschwerdeführers lässt. Eine leichte Widerhandlung begeht gemäss Art. 16a Abs. 1 lit. a SVG, wer durch die Verletzung von Verkehrsregeln eine geringe Gefahr für die Sicherheit anderer hervorruft und ihn dabei nur ein leichtes Verschulden trifft. Für die Annahme eines leichten Falls wird ausdrücklich ein geringes Ausmass der Gefährdung vorausgesetzt. Im Gegensatz zur Bundesgerichtspraxis zum bis am 31. Dezember 2004 geltenden Recht (BGE 125 II 561) räumt das

neue Recht der Schwere der Verkehrsgefährdung eine eigenständige Stellung ein. Die frühere Praxis stützte sich denn auch im Wesentlichen auf Art. 31 der Verordnung über die Zulassung von Personen und Fahrzeugen zum Strassenverkehr in der vor dem 1. Januar 2005 geltenden Fassung vom 27. Oktober 1976, welcher lediglich das Verschulden und den automobilistischen Leumund als wesentliche Elemente für die Beurteilung eines leichten Falls nannte. Daraus leitete das Bundesgericht ab, die Schwere der Verkehrsgefährdung sei kein selbständiges Beurteilungsmerkmal (BGE 125 II 561 Erw. 2a und Erw. 2b). Diese Bestimmung gibt es im neuen Recht nicht mehr. Entsprechend wurde sowohl in der Botschaft zum revidierten SVG wie auch vom Bundesgericht (Urteil des Bundesgerichts vom 13. September 2007 [1C_75/2007], Erw. 3.1) festgehalten, ein mittelschwerer Fall nach Art. 16b Abs. 1 lit. a SVG liege u.a. dann vor, wenn nicht alle privilegierenden Elemente einer leichten Widerhandlung gegeben sind. Die Revision des Administrativmassnahmenrechts führte somit zu einer Verschärfung der gesetzlichen Regelung, weshalb die erwähnte Praxis (BGE 125 II 561) bei der Abgrenzung des leichten vom mittelschweren Fall keine Bedeutung mehr haben kann (vgl. Andreas A. Roth: Entwicklungen im Strassenverkehrsrecht, in: SJZ 104 (2008) Nr. 10, S. 242 f.).

(Hinweis: Das Bundesgericht hat eine Beschwerde gegen diesen Entscheid abgewiesen; Urteil vom 25. Februar 2009 [1C_372/2008].)

15 Entzug des Führerausweises; Sicherungsentzug.

- **Keine Ausnahmegewilligung bei Visusmangel aufgrund Unfallfreiheit, wenn nicht eine kompensierende Fähigkeit nachgewiesen ist (Erw. 2.5 und Erw. 2.6).**

Entscheid des Verwaltungsgerichts, 1. Kammer, vom 9. Juli 2008 in Sachen L.G. gegen den Entscheid des Departements Volkswirtschaft und Inneres (WBE.2008.145).

Aus den Erwägungen

1.

1.1.

Eine Grundvoraussetzung für die Erteilung des Führerausweises ist die sogenannte Fahreignung. Diese umfasst die körperlichen und geistigen Voraussetzungen des Individuums zum sicheren Lenken eines Motorfahrzeugs im Strassenverkehr (vgl. BGE 133 II 384 Erw. 3.1 mit weiteren Hinweisen). Ausweise und Bewilligungen sind zu entziehen, wenn festgestellt wird, dass die gesetzlichen Voraussetzungen zur Erteilung nicht oder nicht mehr bestehen (Art. 16 Abs. 1 SVG). Art. 16d Abs. 1 lit. a SVG sieht die Entziehung des Führerausweis einer Person auf unbestimmte Zeit vor, wenn ihre körperliche und geistige Leistungsfähigkeit nicht oder nicht mehr ausreicht, ein Motorfahrzeug sicher zu führen.

1.2.

Gemäss Art. 25 Abs. 3 lit. a SVG stellt der Bundesrat nach Anhörung der Kantone Vorschriften auf über die Mindestanforderungen, denen der Motorfahrzeugführer in körperlicher und psychischer Hinsicht genügen muss. Nach Art. 7 Abs. 1 VZV muss, wer einen Führerausweis erwerben will, die medizinischen Mindestanforderungen nach Anhang 1 VZV erfüllen. Für die Ausweiskategorie der dritten Gruppe (unter anderem Führerausweis-Kategorien A und B) muss die Sehschärfe des einen Auges korrigiert minimal 0.6 und die des anderen korrigiert minimal 0.1 betragen. Weiter darf das Gesichtsfeld horizontal nicht weniger als 140° erfassen und kein Doppelsehen vorhanden sein.

1.3.

Die am 18. Dezember 2007 beim Strassenverkehrsamt eingegangene ärztliche Begutachtung des Beschwerdeführers durch Dr. med. X. hielt fest, die Sehschärfe des Beschwerdeführers betrage korrigiert 0.4 (rechtes Auge) und 0.3 (linkes Auge). Dr. med. Y. konstatierte am 4. Dezember 2007 eine bestkorrigierte Sehschärfe von 0.5 (rechtes Auge) und 0.2 (linkes Auge).

1.4.

Es ist unbestritten, dass der Beschwerdeführer die medizinischen Mindestanforderungen bezüglich Sehschärfe von Anhang 1 VZV nicht erreicht, weshalb gemäss Art. 16 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 16d Abs. 1 lit. a SVG der Führerausweis grundsätzlich zu entziehen ist.

2.

2.1.

Gemäss Art. 7 Abs. 3 VZV kann die kantonale Behörde von den medizinischen Mindestanforderungen abweichen, wenn eine mit Spezialuntersuchungen betraute Stelle dies beantragt und soweit nicht ein Ausschlussgrund nach Art. 14 SVG vorliegt. Nur wenn davon ausgegangen werden kann, dass ein Motorfahrzeugführer trotz seines Gebrechens fähig ist, ein Motorfahrzeug sicher zu führen, kommt ein Abweichen von den medizinischen Mindestanforderungen in Frage. Gemäss Bundesgericht ist dies nur dann der Fall, wenn die Verkehrssicherheit trotz der mangelnden Sehschärfe gewährleistet ist bzw. ein Mangel im Visus durch eine besondere Fähigkeit in einem anderen Bereich ausgeglichen werden kann (BGE vom 31. Juli 2000 [6A.16/2000], Erw. 3 und 4b). Da die Bestimmungen über die medizinischen Mindestanforderungen an Motorfahrzeugführer im Hinblick auf eine erhöhte Sicherheit im Strassenverkehr verschärft worden sind, darf von diesen Anforderungen nicht leichtfertig abgewichen werden (erwähnter BGE vom 31. Juli 2000, Erw. 3). Ist trotz entsprechender Auflagen und Beschränkungen keine Gewähr gegeben, dass ein Fahrzeuglenker sein Motorfahrzeug im Sinne von Art. 16d Abs. 1 lit. a SVG sicher zu führen vermag, muss ihm der Führerausweis aus Sicherheitsgründen zwingend entzogen werden (erwähnter BGE vom 31. Juli 2000, Erw. 3; 103 Ib 29 Erw. 1a).

2.2.

Der Beschwerdeführer führt an, vorliegend sei in Anwendung von Art. 7 Abs. 3 VZV eine Abweichung der medizinischen Mindestanforderungen nach Anhang 1 VZV angebracht. Sowohl der ärztliche Bericht von Dr. med. Y. als auch derjenige von Dr. med. X. würden dem Beschwerdeführer Fahrtauglichkeit mit der Auflage des Tagfahrens und einer halbjährlichen ärztlichen Kontrolle bescheini-

gen. Diese ärztlichen Aussagen seien verbindlich und eine Abweichung dürfe nicht ohne Not und nur unter qualifizierter Begründungspflicht erfolgen. Der eigens vom Strassenverkehrsamt für die Untersuchung des Beschwerdeführers eingesetzte Gutachter Dr. med. X. habe im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung unter Erwähnung der vom Beschwerdeführer erfüllten jahrelangen unfallfreien Fahrpraxis einen Antrag auf Sonderbewilligung im Sinne von Art. 7 Abs. 3 VZV gestellt. Es sei willkürlich zu behaupten, ein Antrag im Sinne von Art. 7 Abs. 3 VZV liege nicht vor, zumal das Strassenverkehrsamt Dr. med. X. zu dieser Thematik gar nicht befragt habe.

2.3.

Das DVI führt mit Verweis auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung an, ein Abweichen von den medizinischen Mindestanforderungen sei nur möglich, wenn ein Mangel im Visus durch eine besondere Fähigkeit in einem anderen Bereich ausgeglichen werden könne. Weder Dr. med. X. noch Dr. med. Y. hätten eine entsprechende Fähigkeit des Beschwerdeführers dargelegt. Die von Dr. med. X. erwähnte jahrelange unfallfreie Fahrpraxis rechtfertige ein Abweichen von den medizinischen Mindestanforderungen nicht. Weiter äussere Dr. med. X. in seinem Bericht an das Strassenverkehrsamt lediglich die Bitte, praktisch zu prüfen, inwiefern eine Sonderregelung möglich wäre; daher überlasse er die Beurteilung, ob ein Abweichen von den medizinischen Mindestanforderungen gerechtfertigt sei, letztlich dem Strassenverkehrsamt, weshalb kein Antrag im Sinne von Art. 7 Abs. 3 VZV vorliege.

2.4.

Dr. med. X. beurteilt den Beschwerdeführer am 18. Dezember 2007 als nicht tauglich als Motorfahrzeugführer der Gruppe 3. Mit Blick auf den die Fahrtauglichkeit eindeutig verneinenden ärztlichen Bericht ist die Aussage des Beschwerdeführers, Dr. med. X. bescheinige ihm Fahrtauglichkeit, nicht nachvollziehbar. Dr. med. X. empfiehlt lediglich eine praktische Prüfung durch das Strassenverkehrsamt. Diese kann aber einen eindeutigen Antrag einer mit Spezialuntersuchungen betrauten Stelle im Sinne von Art. 7 Abs. 3 VZV nicht ersetzen. Dr. med. Y. führt in seiner Begutachtung vom 4. Dezember

2007 aus, der Beschwerdeführer erfülle die medizinischen Mindestanforderungen knapp nicht; er sei aus augenärztlicher Sicht fahrtauglich (mit Ausnahme in der Nacht). Es ist nicht ersichtlich, worauf Dr. med. Y. die Feststellung der Fahrtauglichkeit stützt, nachdem er gerade selber konstatiert hat, die medizinischen Mindestanforderungen seien nicht erfüllt. Sicherlich kann in dieser unbegründeten Feststellung kein Antrag auf eine Ausnahmegewilligung gesehen werden, zumal im Kanton Aargau grundsätzlich ausschliesslich die Kliniken der Kantonsspitäler und die Psychiatrische Klinik Königsfelden für verkehrsmedizinische Spezialabklärungen zuständig sind (vgl. § 19 Abs. 1 lit. c SVV). Ein Antrag auf Abweichung von den medizinischen Mindestanforderungen im Sinne von Art. 7 Abs. 3 VZV liegt somit eindeutig nicht vor. Deshalb geht auch die Rüge des Beschwerdeführers, es liege Rechtsverweigerung vor, weil das Gutachten von Dr. med. X. einen Antrag im Sinne von Art. 7 Abs. 3 VZV darstelle und nicht behandelt worden sei, ins Leere.

2.5.

Dr. med. X. schreibt in seinem Bericht vom 18. Dezember 2007, da der Beschwerdeführer offenbar jahrelang unfallfrei gefahren sei, bitte er, praktisch zu prüfen, inwiefern eine Sonderregelung (Fahren tagsüber mit Brille) möglich wäre. Wie das DVI richtig darlegt, kann die mangelnde Sehschärfe des Beschwerdeführers nicht durch eine jahrelange unfallfreie Fahrpraxis wettgemacht werden. Ist der Beschwerdeführer in der Vergangenheit unfallfrei gefahren, lässt sich dadurch nicht auf eine künftige Gewährleistung der Verkehrssicherheit schliessen. Die Tatsache, dass der Beschwerdeführer bereits vor einem Jahr ungenügende Visuswerte aufwies und seither keinen verkehrssicherheitsrelevanten Vorfall verursachte, vermag daran nichts zu ändern. Vielmehr wäre gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung eine besondere, den Visusmangel ausgleichende Fähigkeit in einem anderen Bereich gefordert. Eine solche wird von keinem ärztlichen Gutachten dargelegt und wird vom Beschwerdeführer weder behauptet noch bewiesen.

2.6.

Ein Antrag auf eine Ausnahmegewilligung liegt somit nicht vor und es ist auch nicht bewiesen, dass der Mangel im Visus durch eine

besondere Fähigkeit des Beschwerdeführers in einem anderen Bereich ausgeglichen wird. Unfallfreiheit genügt zweifellos nicht, um einen Ausnahmetatbestand zu begründen. Unter diesen Umständen besteht keine Gewähr, dass der Beschwerdeführer sein Motorfahrzeug sicher zu führen vermag. Eine Ausnahmegewilligung im Sinne von Art. 7 Abs. 3 VZV ist bei dieser Sachlage nicht angebracht.

II. Straf- und Massnahmenvollzug

16 Fachkommission zur Überprüfung der Gemeingefährlichkeit von Straftätern und Straftäterinnen im Freiheitsentzug.

- **Zusammensetzung und Verfahren vor der Fachkommission.**
- **Die Empfehlungen der Fachkommission sind mit einem Gutachten vergleichbar, weshalb für die Mitglieder die Ausstandsgründe für Sachverständige gelten.**
- **Anwendbar sind darüber hinaus die Ausstands- und Ablehnungsgründe des kantonalen Rechts.**

Urteil des Verwaltungsgerichts, 2. Kammer, vom 13. März 2008 in Sachen S. gegen Verfügung des Departements Volkswirtschaft und Inneres (WBE.2008.38).

Aus den Erwägungen

1.3.

1.3.1.

Das StGB stellt für das Verfahren vor der Fachkommission Ausstandsregeln auf (auf die noch zurückzukommen sein wird), das Verfahren vor der Strafvollzugsbehörde richtet sich dagegen ausschliesslich nach kantonalem Recht. Das VRPG verweist in § 5 Abs. 1 für die Frage, wann Behördenmitglieder und Sachbearbeiter in den Ausstand treten müssen, auf die Bestimmungen der Zivilprozessordnung und fasst die Fälle in einer nicht abschliessenden Aufzählung in § 5 Abs. 2 zusammen. Die ZPO unterscheidet zwischen Ausschliessungsgründen (§ 2), die von Amtes wegen zu beachten sind, und Ablehnungsgründen (§ 3).

1.3.2.

Die Beschwerdeführerin beruft sich auf den Ausschliessungsgrund von § 2 lit. c ZPO (..)

Während die Beschwerdeführerin davon ausgeht, dass die Fachkommission als untere Instanz des DVI zu betrachten sei, stellt sich dieses auf den Standpunkt, die Fachkommission sei nicht in die Verwaltungshierarchie eingegliedert, sondern habe quasi einen Beratungsauftrag; der Entscheid des DVI werde durch die Empfehlung der Fachkommission nicht vorweggenommen. Zur Beurteilung, ob eine Vorbefassung des Chefs der Abteilung Strafrecht wegen Mitwirkung in einer anderen Instanz besteht, ist zunächst das Verfahren bei der bedingten Entlassung gemeingefährlicher Straftäter und die Rolle der Fachkommission in diesem Verfahren näher darzustellen.

2.

2.1.

Per 1. Januar 2007 trat die Revision des Allgemeinen Teils des StGB (Art. 1 - 110) in Kraft. Die revidierten Bestimmungen sind auch auf Täter anwendbar, die nach bisherigem Recht verurteilt wurden (Art. 388 Abs. 3 StGB; BGE 133 IV 201 ff.; VGE II/105 vom 7. Dezember 2007 [WBE.2007.246], S. 6 ff.).

2.2.

2.2.1.

Hat der Gefangene zwei Drittel seiner Strafe, mindestens aber drei Monate verbüsst, so ist er durch die zuständige Behörde bedingt zu entlassen, wenn es sein Verhalten im Strafvollzug rechtfertigt und nicht anzunehmen ist, er werde weitere Verbrechen oder Vergehen begehen (Art. 86 Abs. 1 StGB). Zuständige Vollzugsbehörde ist das DVI (§ 18 Abs. 1 und § 241 StPO; § 4 Abs. 2 lit. b und § 77 Abs. 2 der Verordnung über den Vollzug von Strafen und Massnahmen vom 9. Juli 2003 [Strafvollzugsverordnung, SMV; SAR 253.111]), wobei die Abteilung Strafrecht bzw. deren Sektion Straf- und Massnahmenvollzug (im Folgenden: Sektion SM) mit dieser Aufgabe betraut ist. Wer die Verfügungen im Namen des Departements unterzeichnen darf, richtet sich nach § 31 des Organisationsgesetzes vom 26. März 1985 (Gesetz über die Organisation des Regierungsrates und der kantonalen Verwaltung; OG; SAR 153.100): der Vorsteher des Departements oder der Generalsekretär unterzeichnet die Verfügungen und Entscheide des Departements (Abs. 1), wobei die Departemente

weitere Personen für deren Aufgabenkreise zur Unterzeichnung ermächtigen können (Abs. 2; Fassung vom 11. Januar 2005).

Steht die bedingte Entlassung - oder andere Vollzugslockerungen - eines wegen eines Verbrechens nach Art. 64 Abs. 1 StGB (...) Verurteilten zur Überprüfung und kann die Vollzugsbehörde die Frage der Gemeingefährlichkeit selbst nicht eindeutig beantworten, beurteilt die Fachkommission im Hinblick auf diesen Entscheid die Gemeingefährlichkeit des Gefangenen (Art. 75a Abs. 1 und 2 i.V.m. Art. 62d Abs. 2 StGB; § 59 Abs. 1 SMV in der Fassung vom 22. November 2006). Sie soll den Vollzugsbehörden bei der Abklärung der Gemeingefährlichkeit mittels Begutachtung und Beratung zur Hand gehen. Zu diesem Zweck gibt sie eine "schriftlich begründete Empfehlung" zuhanden der Vollzugsbehörde ab, die anschliessend über die bedingte Entlassung entscheidet (§ 60 Abs. 3 SMV).

2.2.2.

Gemäss § 59 Abs. 2 und § 60 Abs. 2 SMV in der Fassung vom 10. August 2005 ernennt der Vorsteher des DVI die Mitglieder der Fachkommission und erlässt das Geschäftsreglement (im Folgenden: Reglement [aktuelle Fassung vom 23. August 2000]). Über die in Art. 62d Abs. 2 StGB enthaltenen zwingenden Mindestvorgaben hinaus (siehe dazu Martin Wirthlin, Die Beurteilung der Gemeingefährlichkeit durch die Fachkommissionen, in: ZBJV 139/2003, S. 434 f.) setzt sich die Fachkommission aus dem Chef Abteilung Strafrecht, dem Chef Sektion SM, dem Direktor der Strafvollzugsanstalt Lenzburg, einem Mitglied des Obergerichts oder eines Bezirksgerichts, der Staatsanwaltschaft oder der Untersuchungsbehörden, einem Forensiker der Psychiatrischen Klinik Königsfelden sowie einem Mitglied aus dem Bereich Opferhilfe zusammen (Reglement, Ziff. 6).

2.2.3.

Das Verfahren vor der Fachkommission richtet sich gemäss § 60 Abs. 1 SMV nach den Richtlinien des Strafvollzugskonkordats der Nordwest- und Innerschweiz betreffend gemeingefährliche Straftäter im Freiheitsentzug vom 3. November 2006 (im Folgenden: Richtlinien) und dem Reglement. In Übereinstimmung mit § 60 Abs. 3 SMV halten Richtlinien und Reglement fest, dass der Fachkommission gegenüber der Vollzugsbehörde beratende Funktion betref-

find die Beurteilung der Gemeingefährlichkeit und die allenfalls angezeigten Massnahmen zukommt (Richtlinien, Ziff. 3.2 Abs. 4) und dass sie zu deren Händen eine schriftlich begründete Empfehlung abgibt (Reglement, Ziff. 8). Die Fachkommission stützt sich dabei auf bereits vorhandenes Aktenmaterial, insbesondere auf frühere Gutachten und Berichte, oder auf weitere, neue Gutachten (Richtlinien, Ziff. 3.2 Abs. 3; Wirthlin, a.a.O., S. 433; Marianne Heer, in: Basler Kommentar, StGB 1, 2. Auflage, Basel 2007, Art. 62d N 23).

2.3.

Das vor der Fachkommission durchgeführte Verfahren gipfelt nicht direkt in einer Verfügung, da ihr keine eigenen Entscheidungs- oder Weisungsbefugnisse zukommen (AGVE 2002, S. 156), sondern in einer Empfehlung zu Händen des DVI, das in eigener Verantwortung zu verfügen hat (Wirthlin, a.a.O., S. 422; Heer, a.a.O., Art. 62d N 23). Entsprechend wurde im StGB darauf verzichtet, dieses Verfahren als eigenständiges Verfahren mit entsprechend förmlichen Garantien auszubauen (Wirthlin, a.a.O., S. 431; kritisch: Heer, a.a.O., Art. 62d N 30; Günter Stratenwerth, Zur Rolle der sog. "Fachkommissionen", in: Strafrecht, Strafprozessrecht und Menschenrechte [Festschrift zum 65. Geburtstag von Stefan Trechsel], Zürich/Lausanne 2002, S. 893 f.; vgl. auch Andrea Baechtold, Die Fachkommission zur Beurteilung der Gemeingefährlichkeit - Cui Bono?, in: Bauhofer/Bolle/Dittmann, "Gemeingefährliche Straftäter", Chur/Zürich 2000, S. 335). Die Fachkommission ist damit nicht in die Verwaltungshierarchie des DVI eingebunden, daran ändert auch die Ernennung ihrer Mitglieder durch den Departementsvorsteher (§ 59 Abs. 2 SMV) nichts. Sie ist vielmehr ein eigenständiges interdisziplinäres Gremium mit dem Auftrag der Begutachtung zuhanden der Vollzugsbehörde. Ihre Stellung sowie ihre Aufgabe rücken sie in die Nähe eines Sachverständigen. Auch wenn sie selbst nicht gutachterlich im eigentlichen Sinne tätig wird (Heer, a.a.O., Art. 62 d N 23), sind ihre Empfehlungen mit einem Gutachten oder einem Amtsbericht vergleichbar (Wirthlin, a.a.O., S. 431; Heer, a.a.O., Art. 62d N 30; Baechtold, a.a.O., S. 335). Wie ein Gutachten oder ein Amtsbericht unterliegen auch die Empfehlungen der Fachkommission der freien Beweiswürdigung, das DVI ist daran nicht gebunden (§ 20

Abs. 1 VRPG; vgl. Felix Bommer, in: Basler Kommentar, a.a.O., Art. 20 N 34), sondern im Gegenteil verpflichtet, im Rahmen einer Gesamtwürdigung aufgrund aller Fakten, insbesondere aktuellen oder früheren Gutachten und dem von der Anstaltsleitung einzuholenden Führungsbericht (Art. 86 Abs. 2 StGB), zu prüfen, ob die Voraussetzungen einer bedingten Entlassung oder einer Vollzugslockerung gegeben sind. Dies erfordert eine kritische Auseinandersetzung mit den Empfehlungen der Fachkommission.

3.

3.1

Die Mitglieder der Fachkommission, unter ihnen der Chef der Abteilung Strafrecht, üben somit eine Art gutachterlicher Tätigkeit aus. Im Hinblick auf den Entscheid über die bedingte Entlassung ist der Chef der Abteilung Strafrecht im Sinne von § 2 lit. c ZPO als Sachverständiger zu behandeln, der im gleichen Verfahren schon tätig wurde. Diese Bestimmung setzt nicht notwendig die Mitwirkung in einer unteren Instanz voraus, sondern greift aufgrund ihres Wortlauts immer dann, wenn der betreffende Amtsträger in der gleichen *Streitsache* schon in einer der aufgeführten Funktionen tätig war.

X. hätte deshalb beim Entscheid über die bedingte Entlassung der Beschwerdeführerin nicht mitwirken dürfen, sondern in den Ausstand treten müssen. Dem kann nicht entgegengehalten werden, der Chef der Abteilung Strafrecht sei von Amtes wegen Mitglied der Fachkommission. Für die entsprechende Bestimmung im Reglement sind keine zwingenden Motive ersichtlich (siehe auch hinten Erw. 3.2); ganz im Gegenteil dürfte sich die institutionelle Überforderung einer Person, wenn sie sowohl entscheiden als auch sich zuvor selber als Sachverständiger beraten sollte, nicht nachvollziehbar begründen lassen. Zudem erscheint die dadurch verursachte unnötige Verwischung der Zuständigkeiten und Verantwortlichkeit der Fachkommission einerseits und des DVI als Vollzugsbehörde andererseits als Nachteil (vgl. Wirthlin, a.a.O., S. 422).

Liegt ein Ausschlussgrund im Sinne von § 2 ZPO vor, muss sich die betroffene Person von Amtes wegen in den Ausstand begeben, ohne dass es eines Anstosses durch die Verfahrensparteien bedürfte (§ 4 Abs. 1 ZPO; Alfred Bühler, in: Kommentar zur aar-

gausischen Zivilprozessordnung, 2. Auflage, Aarau/Frankfurt a.M./Salzburg 1998, § 2 N 1, § 4 N 1). Ohnehin hat die Beschwerdeführerin den Mangel mit der vorliegenden Beschwerde rechtzeitig geltend gemacht. Bis zum Erlass der angefochtenen Verfügung war für sie nicht erkennbar, dass der Chef der Abteilung Strafrecht daran mitwirken und sie unterzeichnen würde, zumal das Schreiben vom 20. Dezember 2007, mit dem ihr das rechtliche Gehör eingeräumt wurde, noch vom Adjunkten B. verfasst worden war. Eine Verwirkung der Geltendmachung des Anspruchs auf eine richtig zusammengesetzte Behörde liegt nicht vor (siehe dazu Bühler, a.a.O., Vorbemerkungen zu §§ 2-8 N 8).

Die angefochtene Verfügung ist deshalb aufzuheben.

3.2.

Im Hinblick auf künftige Verfahren sei folgendes beigelegt. Das Verwaltungsgericht hat entschieden, Äusserungen eines Regierungsrats, die ihm gegenüber einen Ablehnungsgrund abgeben, könnten nicht dazu führen, dass alle ihm unterstellten Mitarbeiter, mithin das ganze Departement, im weiteren Verfahrensablauf ausgeschlossen sei (VGE IV/17 vom 28. April 2005 [BE.2004.00425], Erw. II/1/c). Trotzdem wäre es hier keineswegs unproblematisch, wenn der Abteilung Strafrecht angehörende und damit deren Chef direkt unterstellte Mitarbeiter - auch diejenigen in der Sektion SM - die Verfügung betreffend bedingte Entlassung und Vollzugslockerungen unterzeichnen oder sonst wie daran mitwirken würden (das Gleiche gilt für Mitarbeiter der Sektion SM, wenn deren Chef in der Fachkommission mitwirkt). Namentlich wenn aus der Verfügung nicht ersichtlich wird, dass die Empfehlung der Fachkommission tatsächlich einer kritischen Überprüfung unterzogen wurde (siehe vorne Erw. 2.3), wäre der Eindruck der Befangenheit des Unterzeichnenden schwer zu widerlegen. Anders verhielte es sich wohl, wenn in der Fachkommission ein Mitarbeiter der Sektion SM mitwirkte und die Verfügungen durch eine ihm in der Departementshierarchie übergeordnete Person erstellt und unterzeichnet würde.

4.

4.1.

Die Beschwerdeführerin beanstandet auch die Verletzung der für die Fachkommission geltenden Ausstandsregeln. Da der Verfahrensausgang dadurch nicht beeinflusst wird, braucht darauf nur kurz eingegangen zu werden.

4.2.

Das StGB schreibt in Art. 62d Abs. 2 für die Fachkommission den Ausstand für Sachverständige und Vertreter der Psychiatrie vor, die den Täter behandelt oder in anderer Weise betreut haben. Darüber hinaus gelten die Ausstandsgründe des kantonalen Rechts (Richtlinien, Ziff. 3.6).

4.3.

F. war im Strafverfahren wegen Diebstahls und mehrfachen geringfügigen Diebstahls, das zur Verurteilung vom 14. Dezember 1995 führte, die zuständige Staatsanwältin. Dass sie damals mit der Beschwerdeführerin persönlichen Kontakt hatte, ist auszuschliessen.

Aufgabe der Fachkommission ist die Überprüfung der Gemeingefährlichkeit. Die Gemeingefährlichkeit der Beschwerdeführerin war im Jahre 1995 noch kein Thema (...). Objektiv besteht keinerlei Anschein von Befangenheit bei der Beurteilung der Gemeingefährlichkeit, weshalb für F. kein Ausstandsgrund bestand.

4.4.

Staatsanwalt Y. trat im Strafverfahren auf, welches zur Verurteilung vom 22. September 2005 führte. Die Oberärztin Z. verfasste das in diesem Verfahren in Auftrag gegebene psychiatrische Gutachten.

Herr Y. und Frau Z. nahmen anlässlich der Sitzung der Fachkommission vom 6. Juni 2007 an der Beratung teil, traten aber bei der Beschlussfassung in den Ausstand. Die Richtlinien, Ziff. 3.6, verlangen den Ausstand auch bei der Beratung, soweit das kantonale Recht dies vorsieht (siehe Wirthlin, a.a.O., S. 435). Dies ist im Kanton Aargau der Fall (§ 5 Abs. 1 VRPG ["dürfen nicht mitwirken"]) sowie § 5 Abs. 3 VRPG e contrario; vgl. auch Bühler, a.a.O., § 4 N 1). Die Teilnahme an der Beratung war somit unkorrekt.

III. Kantonale Steuern

17 Berufskosten (Gewinnungskosten); Fahrtkosten eines Wochenaufenthalters.

- **Zumutbarer zeitlicher Mehraufwand für die Benützung des öffentlichen Verkehrs.**
- **Berechnung der Zeitersparnis.**

Urteil des Verwaltungsgerichts, 2. Kammer, vom 23. Januar 2008 in Sachen Kantonales Steueramt gegen M. (WBE.2007.176). Zur Publikation vorgesehen in StE 2009.

Aus den Erwägungen

3.

Gemäss § 35 Abs. 1 lit. a StG werden die notwendigen Kosten für Fahrten zwischen Wohn- und Arbeitsstätte als Berufskosten abgezogen. Steht kein öffentliches Verkehrsmittel zur Verfügung oder ist dessen Benutzung objektiv nicht zumutbar, so können die Kosten des privaten Fahrzeugs abgezogen werden (§§ 12 ff. StGV i.V.m. Art. 5 Abs. 3 der Verordnung des EFD über den Abzug von Berufskosten der unselbständigen Erwerbstätigkeit bei der direkten Bundessteuer vom 10. Februar 1993 [Berufskostenverordnung, SR 642.118.1]). Grundsätzlich sind also in erster Linie die Kosten des öffentlichen Verkehrs abziehbar.

4.

4.1

Die Kosten des privaten Fahrzeuges werden steuerlich dann berücksichtigt, wenn die Benützung des öffentlichen Verkehrsmittels nicht zumutbar ist. Dies trifft namentlich zu bei:

- Krankheit oder körperlichen Gebrechen
- beachtlicher Entfernung der nächsten Haltestelle

- schlechten Bahn- oder Busverbindungen
- Arbeitsbeginn oder -schluss ausserhalb der Verkehrszeiten
- erheblichem zeitlichem Mehraufwand bei Benützung der öffentlichen Verkehrsmittel"

(Philip Funk, in: Kommentar zum Aargauer Steuergesetz, 2. Auflage, Muri-Bern 2004, § 35 N 7 mit Hinweisen)

Soweit es um das Kriterium des erheblichen zeitlichen Mehraufwands bei Benützung der öffentlichen Verkehrsmittel geht, wird nach der Rechtsprechung die Benützung des öffentlichen Verkehrs als zumutbar erachtet, wenn der damit verbundene Zeitverlust, verglichen mit der Benützung des privaten Fahrzeuges, weniger als eine Stunde pro Tag beträgt (AGVE 1997, S. 406 m.H.). Die genannte Zeitersparnis von einer Stunde stellt einen Richtwert dar, der nicht sklavisch zu befolgen ist. Massgebend sind die Umstände des Einzelfalles (BGE vom 25. April 1995 in Sachen R., publiziert in: Die neue Steuerpraxis 1995, S. 84), insbesondere die Quantität (Fahrplandichte) und Qualität (direkte Verbindungen, S-Bahn oder Bummelzüge) des Angebotes an öffentlichen Verkehrsmitteln, die Umsteigeverhältnisse und die Distanzen zu den Haltestellen. Lässt sich bei Benützung des Privatfahrzeugs mehr als eine Stunde pro Tag einsparen, so deutet dies indessen auf ungenügende öffentliche Verbindungen hin (AGVE 2005, S. 364 f.; 1997, S. 409).

4.2.

4.2.1

Diese Rechtsprechung bezieht sich auf Pendler, welche den Arbeitsweg täglich zurücklegen. Sie lässt sich auf Wochenaufenthalter sinngemäss übertragen. Auch hier sind die Kosten des privaten Fahrzeuges abzugsfähig, wenn dessen Benützung für den Arbeitsweg notwendig - oder anders ausgedrückt, wenn die Benützung der öffentlichen Verkehrsmittel nicht zumutbar ist. Dabei gilt es zu bestimmen, welcher zeitliche Mehraufwand beim Benützen der öffentlichen Verkehrsmittel noch als zumutbar erachtet werden kann. Das KStA ist der Meinung, dieser sei auf ungefähr fünf Stunden pro Woche festzulegen, da dies umgerechnet einer Stunde pro Arbeitstag entspreche; bei Wochenaufenthalten führt dies zu einem zumutbaren Mehraufwand von 2,5 Stunden pro Wegstrecke. Die Vorinstanz er-

achtet demgegenüber gleich wie beim Pendler eine Stunde Mehraufwand pro Tag - was beim Wochenaufenthalter auf eine Stunde Mehraufwand pro Wegstrecke hinausläuft - als Grenze des Zumutbaren.

4.2.2.

Es erscheint angezeigt, beim Wochenaufenthalter gleich wie beim Pendler die Hin- und Rückfahrt insgesamt zu bewerten, denn letztlich steht für ihn der gesamte Zeit- bzw. Mehraufwand am Wochenende im Zentrum.

Die vom KStA vorgenommene Umrechnung vermag nicht zu überzeugen. Der auf (rund) eine Stunde festgelegte zumutbare Mehraufwand pro Arbeitstag ist nicht aus der Überlegung entstanden, wie viele Stunden einem Pendler in der Woche zuzumuten sind. Wesentlich ist vielmehr die Zumutbarkeit, den öffentlichen Verkehr zu benützen, was von dessen Quantität und Qualität abhängt. Es liegt auf der Hand, dass bei einem zeitlichen Unterschied von 2,5 Stunden für eine Wegstrecke (was auf eine Reisezeit von 5 Stunden oder mehr mit den öffentlichen Verkehrsmitteln schliessen lässt) grundsätzlich nicht mehr von einem genügenden Angebot an öffentlichen Verkehrsmitteln gesprochen werden kann. Zu beachten ist auch, dass beim Wochenaufenthalter die Fahrten auf das Wochenende und damit auf eine für die Erholung besonders wertvolle Zeit fallen können. Andererseits ist zu berücksichtigen, dass der Wochenaufenthalter nur zwei Mal wöchentlich eine solche Fahrt absolvieren muss, und überdies geschieht die Hin- und Rückfahrt nicht gleichentags, summiert sich also nicht an einem einzigen Tag.

In einer Gesamtwürdigung rechtfertigt es sich, die vom Steuerrekursgericht beachtete Grenze etwas zu erhöhen und den zeitlich zumutbaren Mehraufwand für die Benützung der öffentlichen Verkehrsmittel bei Wochenaufhaltern, für Hin- und Rückfahrt zusammengenommen, auf 2,5 Stunden festzusetzen. Im Weiteren dürfte - was hier allerdings nicht endgültig entschieden werden muss - die Benützung der öffentlichen Verkehrsmittel generell unzumutbar sein, wenn es nicht möglich ist, nach Arbeitsschluss noch am Freitagabend nach Hause zurückzukehren.

4.3.

4.3.1.

Massgeblich sind selbstverständlich die Fahrpläne des Jahres 2003. (...).

4.3.2.

Die Fahrt mit den öffentlichen Verkehrsmitteln zwischen K. und B. dauert gemäss den Feststellungen der Vorinstanz 260 Minuten (Hinweg) bzw. 280 Minuten (Rückweg), also insgesamt 540 Minuten. Nach Abzug der Fahrtzeit mit dem Privatfahrzeug (zweimal 2,5 Stunden, insgesamt 300 Minuten) ergibt sich ein zeitlicher Mehraufwand von 240 Minuten. Dieser Mehraufwand von vier Stunden pro Woche macht die Benützung der öffentlichen Verkehrsmittel unzumutbar. Selbst wenn noch geringfügige Änderungen an der Berechnung vorgenommen würden, vermöchte dies am Ergebnis nichts zu ändern.

18 Gewinnungskosten; Mehrkosten für auswärtige Verpflegung bei selbständiger Erwerbstätigkeit.

- **Mehrauslagen der auswärtigen Verpflegung werden bei Selbständigerwerbenden anerkannt.**
- **Anforderungen an den Nachweis.**

Urteil des Verwaltungsgerichts, 2. Kammer, vom 10. März 2008 in Sachen H. (WBE.2007.358). Zur Publikation vorgesehen in StE 2009.

Aus den Erwägungen

1.

1.1.

Gemäss § 36 Abs. 1 StG werden die geschäfts- oder berufsmässig begründeten Kosten, auch Gewinnungskosten genannt, bei selbständiger Erwerbstätigkeit von den steuerbaren Einkünften abgezogen. Ob diese Kosten durch zweckmässigeres oder sparsameres Handeln seitens des Steuerpflichtigen hätten vermieden werden können, ist irrelevant (Philip Funk, in: Kommentar zum Aargauer Steu-

ergesetz, Band 1, 2. Aufl., Muri/Bern 2004, § 36 N 5). § 36 Abs. 1 StG statuiert keine explizite Beschränkung der abzugsfähigen Kosten, und die Aufzählung verschiedener Kostenarten in § 36 Abs. 2 StG ist nicht abschliessend. Das Verwaltungsgericht hat die Mehrauslagen der auswärtigen Verpflegung bei Selbständigerwerbenden als abzugsfähig anerkannt (VGE II/82 vom 12. November 2001 [BE.2001.00035], S.6). An dieser Rechtsprechung zum alten Steuergesetz, die zur Gleichbehandlung mit den unselbständigen Erwerbstätigen führt, ist auch unter dem neuen Recht festzuhalten (ebenso Richner/Frei/Kaufmann, Handkommentar zum DBG, Zürich 2003, Art. 27 N 8).

1.2.

Nach der allgemeinen Regel trägt der Steuerpflichtige die Beweislast für Tatsachen, welche die Steuerschuld aufheben oder mindern (AGVE 1992, S. 228). Dies trifft somit auch auf die Gewinnungskosten zu (VGE II/83 vom 12. November 2001 [BE.2000.00242], S. 4). Nachzuweisen ist primär die Tatsache, dass die Aufwendungen tatsächlich erbracht wurden, im Weiteren aber auch deren geschäfts- oder berufsmässige Begründetheit (vgl. VGE II/97 vom 7. Dezember 2004 [BE.2004.00071], S. 7; Markus Reich/Marina Züger, in: Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht, Band I/2a [DBG], Basel/Genf/München 2000, Art. 27 N 39).

Da, wo nach aller Erfahrung gewisse Gewinnungskosten glaubhaft sind, kann für im üblichen Rahmen geltend gemachte Abzüge auf den strikten Nachweis durch detaillierte Aufstellungen und Belege unter Umständen verzichtet werden. Welche formellen Anforderungen an den Nachweis zu stellen sind, hängt von den Umständen und den geltend gemachten Auslagen ab. Fehlen einzig genügende Angaben über die Höhe, ist die anzuerkennende Spesenvergütung ermessensweise festzulegen (AGVE 1988, S. 209 f.). Sobald die geltend gemachten Spesen den üblichen Rahmen sprengen, kann auf den Nachweis nicht verzichtet werden. Die Pauschalierung darf nicht so weit gehen, dass sich der Steuerpflichtige dadurch vom zumutbaren Spesennachweis befreit (VGE II/96 vom 18. Dezember 2003 [BE.2003. 00349], S. 4 f.).

Soweit es um die Mehrkosten der auswärtigen Verpflegung geht, wird von Unselbständigerwerbenden nicht der Nachweis verlangt, dass sie sich tatsächlich auswärts verpflegten (VGE II/17 vom 5. März 2007 [WBE.2005.350], S. 5). Der Abzug für Mehrkosten der auswärtigen Verpflegung setzt einzig voraus, dass der Steuerpflichtige wegen zu grosser Entfernung zwischen Wohn- und Arbeitsstätte oder wegen kurzer Essenspause oder Schichtarbeit eine Hauptmahlzeit nicht zu Hause einnehmen kann (§ 35 Abs. 1 lit. b und Abs. 2 StG i.V.m. § 12 StGV sowie Art. 6 Abs. 1 der Verordnung des EFD über den Abzug von Berufskosten der unselbstständigen Erwerbstätigkeit bei der direkten Bundessteuer vom 10. Februar 1993 [Berufskostenverordnung; SR 642.118.1]).

2.

2.1.

Die Beschwerdeführer brachten in der Rekurschrift vor, der Beschwerdeführer 1 habe im Jahr 2004 für die Firma S. AG, in F., während insgesamt 200 Tagen in deren Räumen gearbeitet. Es sei somit der Mehraufwand für auswärtige Verpflegung mit 200 Tagen à Fr. 14.-- (insgesamt also Fr. 2'800.--) anzuerkennen. Ein Sammeln und Verbuchen jeder einzelnen Rechnung für das Mittagessen würde einen unverhältnismässigen Aufwand bedeuten. In der Beschwerdeschrift halten die Beschwerdeführer an diesen Aussagen fest und betonen nochmals, dass die Arbeiten des Beschwerdeführers 1 nicht bei ihm zu Hause, sondern in den Räumen der Firma S. AG erfolgt seien. Die Distanz zwischen dem Wohnort L. und dem Arbeitsort F. sei zu gross, um über Mittag nach Hause zurückzukehren. Als Beweis legen sie ein Schreiben dieser Firma vom 12. November 2007 (im Folgenden: Bestätigung S.) bei, in dem bestätigt wird, dass der Beschwerdeführer 1 im Laufe des Jahres 2004 mindestens während 200 Tagen für die Firma entweder im Büro in F. oder unterwegs auf den Objekten und Baustellen in der ganzen Schweiz gearbeitet habe. In der Beschwerde wird ferner betont, dass der Beschwerdeführer 1 einen Grossteil seines Umsatzes mit der Firma S. AG erzielt habe.

Den direkten Nachweis, dass sich der Beschwerdeführer 1 auswärts verpflegte (beispielsweise mit Quittungen von Restaurants), treten die Beschwerdeführer somit nicht an. Sie stützen ihren An-

spruch auf den verlangten Abzug vielmehr auf das Argument der Gleichbehandlung mit den Unselbständigerwerbenden. Entsprechend wurde beim Abschluss der Buchhaltung ein pauschaler Betrag von Fr. 2'800.-- verbucht.

2.2.

2.2.1.

Mit der Bestätigung S., wonach der Beschwerdeführer 1 während mindestens 200 Tagen für die Firma entweder in deren Büro in F. oder unterwegs gearbeitet habe, stimmt die ursprüngliche Behauptung der Beschwerdeführer, der Beschwerdeführer 1 habe 200 Tage in den Büros der Firma S. AG gearbeitet, nicht überein. In der Beschwerde passten die Beschwerdeführer ihre Sachdarstellung dann der eingereichten Bestätigung S. an. Ebensowenig treffen aufgrund der eingereichten Buchhaltungsunterlagen ihre Ausführungen zu, wonach der Beschwerdeführer 1 "einen Grossteil seines Umsatzes mit dieser Firma erzielt" habe. Im Konto "6200 Erlös aus Arbeiten" finden sich, bei einem Gesamtumsatz im Jahr 2004 in Höhe von Fr., Erlöse mit dem Buchungstext "S. AG" oder "S." von insgesamt Fr., was 26% des Gesamtumsatzes entspricht. Dass daneben andere Erlöse aus Arbeiten für die Firma S. AG resultierten, ist aus der Buchhaltung nicht ersichtlich.

Aber auch die Richtigkeit der Bestätigung S. selber erscheint durchaus fragwürdig. In der Steuerpraxis wird ein volles Arbeitspensum mit jährlich 220 Arbeitstagen gleichgesetzt (vgl. erwähnter VGE vom 5. März 2007, S. 4). Danach würden die 200 Tage bedeuten, dass der Beschwerdeführer 1 im Jahr 2004 beinahe ausschliesslich für die Firma S. AG arbeitete. Mit dem Umstand, dass der Erlös aus Arbeiten für die Firma S. AG nur 26% des Gesamtumsatzes ausmacht, lässt sich dies nicht in Übereinstimmung bringen. Der Verdacht, dass es sich bei der erst im Beschwerdeverfahren eingereichten Bestätigung S. um ein nachträgliches "Gefälligkeitszeugnis" handelt, ist nicht von der Hand zu weisen. Jedenfalls ist nicht glaubhaft, dass der Beschwerdeführer 1, wie behauptet, an 200 Tagen für die Firma S. AG arbeitete.

2.2.2.

Dies schliesst jedoch nicht aus, die Grundaussage in der Bestätigung S., nämlich dass der Beschwerdeführer 1 an den Tagen, an denen er tatsächlich für die Firma S. AG arbeitete, seine Arbeit in deren Büros (oder unterwegs auf Baustellen) verrichtete, für glaubhaft anzusehen und darauf abzustellen.

Da nicht feststeht, an wie vielen Tagen sich der Beschwerdeführer 1 im Zusammenhang mit seiner Arbeit für die Firma S. AG auswärts verpflegen musste und den Abzug für Verpflegungsmehrkosten beanspruchen kann, ist die Höhe des Abzugs ermessensweise festzulegen. Für das Steuerjahr 2004 betrug der volle Abzug für Mehrkosten der Verpflegung Fr. 14.-- pro Hauptmahlzeit bzw. Tag und Fr. 3'000.-- im Jahr (Art. 3 Berufskostenverordnung und Anhang zur Berufskostenverordnung). Ausgehend davon, dass der Beschwerdeführer 1 rund ein Viertel seines Umsatzes mit Arbeiten für die Firma S. AG erzielte (vorne Erw. 2.2.1), erscheint es gerechtfertigt, $\frac{1}{4}$ der Jahrespauschale für Verpflegungsmehrkosten, somit Fr. 750.--, zum Abzug zuzulassen.

2.2.3.

Diesem Ergebnis steht der Grundsatz, dass neben effektiven Spesen keine Pauschalspesen anerkannt werden, nicht entgegen. Dieser überzeugt, soweit es um ein und denselben Zeitraum geht; im vorliegenden Fall handelt es sich indessen bei den effektiven Spesen um diejenigen auf Auslandsreisen, während die Pauschalspesen die Zeiten betreffen, als der Beschwerdeführer 1 im Inland arbeitete.

19 Verdeckte Gewinnausschüttung; "Darlehensgewährung" im Kontokorrentverhältnis.

- **Die Beweislast für das Missverhältnis zwischen den gegenseitigen Leistungen trägt die Veranlagungsbehörde.**
- **Die Beurteilung, ob eine verdeckte Gewinnausschüttung vorliegt, erfolgt bei einem Kontokorrentverhältnis auf den Zeitpunkt der Saldoziehung.**

Urteil des Verwaltungsgerichts, 2. Kammer, vom 7. April 2008 in Sachen T. (WBE.2007.163). Zur Publikation vorgesehen in StE 2009.

Aus den Erwägungen

1.

1.1.

Gemäss § 22 Abs. 1 aStG ist das gesamte Einkommen jeder Art steuerbar. Streitgegenstand im vorliegenden Fall bildet die Frage, ob die Steuerkommission S. dem Beschwerdeführer für die Steuerperiode 1999/2000 zu Recht Fr. als geldwerte Leistung im Sinne von § 22 Abs. 1 lit. e aStG aufrechnete.

1.2.

1.2.1.

(...). Zusammenfassend sind die Voraussetzungen für den Nachweis einer verdeckten Gewinnausschüttung:

- eine gesellschaftsrechtlich relevante Beziehung zwischen den Beteiligten;
- eine Leistung, der keine angemessene Gegenleistung gegenübersteht und
- die Erkennbarkeit des Missverhältnisses zwischen Leistung und Gegenleistung (AGVE 1996, S. 134; VGE II/104 vom 9. Dezember 2004 [BE.2004.00064], S. 5).

1.2.2.

Gewährt eine Gesellschaft einer nahestehenden Person ein Darlehen, so kann dies ein Anwendungsfall einer verdeckten Gewinnausschüttung sein. Zu untersuchen ist dabei, ob der Darlehensvertrag in gleicher Weise mit einem unbeteiligten Dritten abgeschlossen worden wäre. Kriterien, die gegen eine solche Annahme sprechen, sind: überhöhte Darlehenssumme im Verhältnis zu den eigenen Mitteln des Darlehensnehmers; die Darlehenszinsen werden nicht bezahlt bzw. zum Kapital geschlagen; die Gewährung des Darlehens steht mit dem statutarischen Zweck der darlehensgebenden Gesellschaft in keinerlei Zusammenhang; fehlende Bonität des Schuldners; der Verzicht auf einen schriftlichen Darlehensvertrag, insbesondere das Fehlen von Sicherheiten und von Abmachungen über die Rückzahlung des Darlehens; die tatsächlich unterbleibende Rückzahlung; ein Klumpenrisiko bei der darlehensgebenden Gesellschaft (vgl. Urteil des Bundesgerichts vom 23. August 2007 [2C_72/2007],

Erw. 2.1; Reto Heuberger, Die verdeckte Gewinnausschüttung aus Sicht des Aktienrechts und des Gewinnsteuerrechts, Bern 2001, S. 286 ff.). Ein Darlehen kann auch lediglich mit einem Teilbetrag eine verdeckte Gewinnausschüttung darstellen, was namentlich bei der nachträglichen Erhöhung eines ursprünglich geschäftsmässig begründeten Darlehens zutreffen kann (Urteil des Bundesgerichts vom 13. August 2004 [2P.128/2003], Erw. 3.3).

1.3.

Wenn streitig ist, ob einer Leistung der Gesellschaft überhaupt eine Gegenleistung des Anteilsinhabers gegenübersteht, trägt die Gesellschaft bzw. der Anteilsinhaber die Beweislast für das Vorhandensein der Gegenleistung. Liegt bei Vorhandensein einer Gegenleistung der Verdacht auf eine verdeckte Gewinnausschüttung vor, hat grundsätzlich die Veranlagungsbehörde aufgrund ihrer Untersuchungen aufzuzeigen, dass zwischen den gegenseitigen Leistungen ein offensichtliches Missverhältnis besteht (Heuberger, a.a.O., S. 186 ff.; Martin Zweifel, Die Sachverhaltsermittlung im Steuerveranlagungsverfahren, Zürich 1989, S. 111 f.). Eine Simulation muss sich aus den Indizien klar ergeben (Urteil des Bundesgerichts vom 27. Januar 2003 [2A.79/2002], Erw. 2.2).

2.

2.1.

Es ist unbestritten, dass zwischen der C. GmbH und dem Beschwerdeführer eine gesellschaftsrechtlich relevante Beziehung besteht. Am Stammkapital von Fr. 30'000.-- sind der Beschwerdeführer mit Fr. 29'000.-- und die Beschwerdeführerin mit Fr. 1'000.-- beteiligt.

2.2.

Um zu prüfen, ob das gewährte Darlehen einen Anwendungsfall einer verdeckten Gewinnausschüttung darstellt, sind vorab die Ausgestaltung und die Höhe des massgeblichen Darlehens näher zu untersuchen.

2.2.1

Die Vorinstanz ging bei der Höhe des Darlehens, ohne eigene Berechnungen anzustellen, anlehnd an die Berechnung des Revisors des KStA von einer bilanziellen Korrektur von Fr. ... aus.

2.2.2.

Der Beschwerdeführer nahm gegenüber der C.GmbH kein eigentliches Darlehen in bestimmter Höhe auf. Vielmehr wurden in der Buchhaltung der C. GmbH einerseits die Guthaben gegenüber dem Beschwerdeführer gemäss dessen Kontokorrentkonto als Debitoren und andererseits die Schulden aus den Leistungen der Einzelfirma des Beschwerdeführers als Kreditoren verbucht.

2.3.

2.3.1

Grund für die Entstehung der Forderung der C. GmbH gegenüber dem Beschwerdeführer war die Zurverfügungstellung von Geld. Es steht auch fest, dass der Beschwerdeführer das Geld für die Rückzahlung der Hypothek, also für private Zwecke, benötigte. Es ist somit zu prüfen, ob einer Drittperson dieses Geld unter den gleichen Bedingungen gewährt worden wäre oder ob eine verdeckte Gewinnausschüttung vorliegt.

2.3.2.

Im vorliegenden Fall handelt es sich, wie bereits ausgeführt, nicht um ein klassisches Darlehensverhältnis, gestützt auf einen formellen Darlehensvertrag. Vielmehr ergibt sich die "Darlehens-"Gewährung allein aus der buchhalterischen Behandlung. Der Beschwerdeführer bezog aus "seiner" C. GmbH Geld für private Zwecke. Weil seine Bezüge den Wert der durch seine Einzelfirma für die GmbH erbrachten Leistungen auf Dauer überstiegen, bestand regelmässig eine Nettoschuld gegenüber der GmbH. Es wurde keine Höchstlimite, keine Verzinsung, keine Sicherheitsleistung für den Kredit des Beschwerdeführers vereinbart. Die Gewährung von Darlehen entsprach denn auch nicht dem Gesellschaftszweck.

Die Beschwerdeführer bringen in erster Linie vor, dass zur Sicherstellung bei der Bank Schuldbriefe in der Höhe von Fr. ... übernommen worden seien. Diese Sicherstellung erfolgte jedoch erst im Frühling 2000, während entscheidend ist, ob die Schuld des Beschwerdeführers im massgeblichen Zeitpunkt Ende 1998 gesichert war. Nachträgliche ungewisse Sicherheiten können dabei keine Rolle spielen. Spätere Entwicklungen können nur relevant sein, wenn sie

im Zeitpunkt der Darlehensgewährung bereits bekannt oder zumindest absehbar waren (vgl. Heuberger, a.a.O., S. 285, mit Hinweis).

Die Beschwerdeführer machen weiter geltend, dass das Darlehen für das Jahr 1997 mit 3,5 % mit einem Betrag von Fr. ... und für das Jahr 1998 mit 3 % mit einem Betrag von Fr. ... verzinst worden sei. Anstatt dass Zinsen bezahlt wurden, wurden diese jedoch ebenfalls zum Kapital geschlagen.

Der Beschwerdeführer vermochte die Kreditsumme im Geschäftsjahr 1998 um rund Fr. ... zu reduzieren. Eine Verpflichtung zur Rückzahlung war allerdings nicht statuiert. Der Beschwerdeführer verdankte die Rückzahlung letztendlich einem guten Geschäftsjahr, das ihm ermöglichte, im Rahmen seiner Einzelfirma für die C. GmbH Leistungen zu erbringen; wären die Forderungen des Beschwerdeführers gegenüber der C. GmbH gleich geblieben wie im Vorjahr, wäre es zu einem weiteren, massiven Anstieg des Kredits gekommen. Dass aber die Geschäfte weiterhin so gut laufen und den baldigen Ausgleich der Kontokorrentschuld ermöglichen würden, wie die Beschwerdeführer geltend machen, war damals nicht mehr als eine spekulative Annahme.

Ein solches Kontokorrentverhältnis, wie es der Beschwerdeführer mit der C. GmbH führte, wäre unter den genannten Bedingungen einer Drittperson nicht eingeräumt worden. Zu Beginn war die gesamte Kreditforderung ungedeckt. Die Kreditsumme machte überdies einen nicht geringen Teil der Bilanzsumme aus. Es widerspricht jedoch den Interessen der Gesellschaft, wenn ein beträchtlicher Teil der Aktiven in Kontokorrentforderungen gegenüber einem Gesellschafter umgewandelt werden (vgl. Arnold Rusch, Interzession im Interesse des Aktionärs, Zürich 2004, S. 178).

2.3.3.

Die Beschwerdeführer wenden ein, es gebe "unzählige ähnlich gelagerte bzw. viel krassere Fälle", in denen keine verdeckte Gewinnausschüttung angenommen worden sei. Obwohl rechtskundig vertreten, führen sie keinen einzigen vergleichbaren Fall an, sondern begnügen sich mit dem Antrag, beim KStA "entsprechende Auskünfte einzuholen". Unter solchen Umständen ist das Verwaltungsgericht nicht zu einer umfassenden Abklärung der Steuerpraxis ver-

pflichtet (VGE II/81 vom 19. November 2003 [BE.2003.00029], S. 15).

2.4.

2.4.1.

Es ist im Nachfolgenden zu prüfen, in welcher Höhe eine verdeckte Gewinnausschüttung angenommen werden muss. Die Beschwerdeführer machen dabei geltend, die Steuerbehörde hätte von Anfang an eine Aufrechnung vornehmen müssen, wenn sie der Meinung gewesen wären, das Darlehen sei geschäftsmässig nicht begründet. Das Darlehen habe bereits per 31. Dezember 1996 in der Höhe von Fr. ... bestanden. Eine Aufrechnung sei damals jedoch nicht erfolgt.

2.4.2.

Wird in einer Erhöhung des Schuldbetrages ein eigenständiges Darlehen erblickt, so erstreckt sich eine zu bejahende Simulation grundsätzlich bloss auf diesen Betrag. Ein früher begründetes und als Darlehen anerkanntes Rechtsverhältnis hat unter dem Aspekt der Ernsthaftigkeit des Rechtsgeschäfts Bestand (Louis F. Bochud, Darlehen an Aktionäre, Bern 1991, S. 319). Unehnte Schuldverhältnisse, die in der Bemessungsperiode eingegangen wurden, lassen sich im Veranlagungsverfahren als verdeckte Gewinnausschüttung behandeln. Hinsichtlich zuvor abgeschlossener Vereinbarungen ist von rechtskräftigen Veranlagungen auszugehen. Über die Simulation im Zeitpunkt der ursprünglichen Darlehensgewährung ist mithin eine erneute Beweiswürdigung grundsätzlich ausgeschlossen (Bochud, a.a.O., S. 298 f.).

Im vorliegenden Fall handelt es sich zwar nicht um ein klassisches Darlehensverhältnis, doch zumindest analog sind diese Grundsätze auch hier zu beachten.

2.4.3.

Bereits im Abschluss des Geschäftsjahres 1996, mithin vor der Bemessungsperiode 1997/1998, war beim Konto "KK-Guthaben T." ein Betrag von Fr. ... verbucht. Bei der Veranlagung für die Veranlagungsperiode 1997/98 (mit Bemessungsperiode 1995/96) wurde der Betrag von Fr. ... nicht als verdeckte Gewinnausschüttung qualifiziert. Die dem Drittvergleich zugrunde zu legenden Verhältnisse la-

gen damals nicht anders; die Rückzahlung der Kontokorrentschuld durch den Beschwerdeführer erschien damals höchstens noch weniger gesichert. Es kann also nicht argumentiert werden, erst aus der späteren Entwicklung habe sich auf die Uneinbringlichkeit oder mindestens massive Gefährdung der Rückzahlung schliessen lassen. Unter diesen Umständen kann im vorliegenden Verfahren nicht mehr darauf zurückgekommen werden.

2.4.4.

Im Unterschied zu einem normalen Darlehen, bei dem ein fixer Betrag auf einen bestimmten Zeitpunkt ausbezahlt wird, ergeben sich bei einem Kontokorrentverhältnis stetig neue Forderungen. Die Parteien stehen dabei in einem gegenseitigen Abrechnungsverhältnis. Alle von diesem Verhältnis erfassten Forderungen werden gestundet und können nicht separat geltend gemacht werden (Flavio Cometta, in: Handkommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht, Zürich 2002, Art. 117 N 1). Mittels Saldoziehung wird dann jeweils die ausstehende Forderung bzw. Schuld anerkannt. Als Saldo wird der auf einen bestimmten Zeitpunkt berechnete Stand des Kontokorrents verstanden, der die derzeitige Forderung der einen und die respektive Schuld der anderen Partei beziffert (Eugen Bucher, Grundprobleme des Kontokorrentrechts, in: recht 1994, S. 170). Die gebuchten Forderungen und Gegenforderungen erlöschen durch Verrechnung, wobei bezüglich des Saldos eine neue Forderung entsteht (BGE 130 III 697 = Pra 94/2005, S. 494).

Die Beurteilung, ob eine verdeckte Gewinnausschüttung vorliegt, erfolgt bei einem Kontokorrentverhältnis auf den Zeitpunkt der Saldoziehung. Erst in diesem Zeitpunkt entsteht ein bestimmter Betrag. Zuvor besteht lediglich ein Abrechnungsverhältnis und die verbleibende Forderung der einen Partei ist nicht bestimmt. Die Ungewissheit besteht umso mehr, wenn beim Kontokorrentverhältnis keine Kreditlimite festgelegt wurde. Vorliegend ist somit auf die Saldoziehung am 31. Dezember 1998 abzustellen; dies entspricht der Auffassung des KStA. Zu diesem Zeitpunkt bestand eine Kontokorrentforderung der C. GmbH von Fr. ... Spätere Entwicklungen können nur relevant sein, wenn sie im Zeitpunkt der Saldoziehung bereits bekannt oder zumindest absehbar waren (siehe vorne

Erw. 2.3.2). Wie bereits ausgeführt, liegt zwischen dem Beschwerdeführer und der C. GmbH keine schriftliche Vereinbarung vor. Insbesondere die Rückzahlung des Kredites wurde nicht geregelt. Der Beschwerdeführer war darauf angewiesen, dass er mit seiner Einzel-firma möglichst viele Leistungen gegenüber der C. GmbH verrechnen konnte, um den Kredit abzubauen. Ob und in welcher Höhe eine Rückzahlung in der Zukunft möglich sein würde, war nicht absehbar. Insofern kann der Steuerbehörde auch nicht vorgeworfen werden, sie habe es unterlassen, dem Beschwerdeführer die Vorlage eines Rückzahlungsplans zu ermöglichen, um so die Aufrechnung zu verhindern; die im massgeblichen Zeitpunkt bestehende Ungewissheit, ob sich ein solcher Plan dann auch realisieren lasse, hätte dadurch nicht behoben werden können.

2.5.

Zusammenfassend ergibt sich, dass die Steuerkommission S. die Kontokorrentforderung der C. GmbH gegenüber dem Beschwerdeführer in Höhe von Fr. ... per 31. Dezember 1998 zu Recht als verdeckte Gewinnausschüttung behandelte. Davon entfiel jedoch ein Betrag von Fr. ... auf die Zeit vor der Bemessungsperiode 1997/98. Als steuerbares Einkommen war damit der Differenzbetrag von Fr. ... aufzurechnen (vorne Erw. 2.4.2; 2.4.3).

(Hinweis: Das Bundesgericht hat mit Urteil vom 18. November 2008 eine Beschwerde gegen dieses Urteil abgewiesen, soweit darauf einzutreten war [2C_446/2008])

20 Steuerumgehung; Verkauf einer Diskontobligation ohne überwiegende Einmalverzinsung.

- **Besteuerung des Einmalzinsanteils (Erw. 1).**
- **Der Steuerpflichtige kann den Verkaufszeitpunkt frei wählen und auf die entsprechenden gesetzlichen Bestimmungen bzw. Merkblätter vertrauen (Erw. 3).**
- **Die Veräusserung einer Diskontobligation acht Tage vor dem Verfall an die Bank stellt vorliegend eine Steuerumgehung dar (Erw. 4).**

Urteil des Verwaltungsgerichts, 2. Kammer, vom 27. Mai 2008 in Sachen F. (WBE.2007.293). Zur Publikation vorgesehen in StE 2009.

Aus den Erwägungen

1.

1.1.

Gemäss § 29 Abs. 1 lit. b StG sind die dem Inhaber anfallenden Einkünfte aus dem Verkauf oder der Rückzahlung von Diskontobligationen mit überwiegender Einmalverzinsung zu versteuern. Von einer Diskontobligation wird dann gesprochen, wenn eine Obligation unter ihrem Nennwert emittiert und zum Nennwert zurückbezahlt wird. Bei gemischten Diskontobligationen erhält der Anleger zusätzlich zur Einmalentschädigung (bei Rückzahlung der Obligation) auch periodische Zinsvergütungen, die jedoch einen geringeren Zinssatz als gewöhnliche, d.h. ausschliesslich periodisch verzinsten Obligationen aufweisen. Macht die periodische Verzinsung gegenüber der Einmalverzinsung mehr als die Hälfte der Gesamterträge aus, so handelt es sich um eine Obligation ohne überwiegende Einmalverzinsung. Einkünfte aus Diskontobligationen ohne überwiegende Einmalverzinsung werden durch § 29 Abs. 1 lit. a StG erfasst und sind ebenfalls zu versteuern. Während die periodischen Zinsanteile durchwegs im Zeitpunkt ihrer Fälligkeit zu versteuern sind, ist die Unterscheidung zwischen Diskontobligationen mit oder ohne überwiegende Einmalverzinsung für die Behandlung des Einmalzinses von Bedeutung; dieser ist bei Diskontobligationen ohne überwiegende Einmalverzinsung erst bei Rückzahlung der Obligation zu versteuern, bei Diskontobligationen mit überwiegender Einmalverzinsung begründen neben der Rückzahlung auch vorhergehende Veräusserungen die Fälligkeit zur Besteuerung des aufgelaufenen Einmalzinsanteils (vgl. zum Ganzen § 8 Abs. 2 StGV; Kreisschreiben Nr. 4 der ESTV vom 12. April 1999 für die Steuerperiode 2001, heute ersetzt durch Kreisschreiben Nr. 15 vom 7. Februar 2007; Dieter Heusser in: Kommentar zum Aargauischen Steuergesetz [StG-Kommentar], Band 1, 2. Auflage, Muri/Bern 2004, § 29 N 12 und 14).

1.2.

Der Einkommenssteuer nicht unterworfen sind Kapitalgewinne aus der Veräusserung von beweglichem Privatvermögen (§ 33 lit. i StG). Kapitalgewinne werden als Wertzuwachsgegewinne bei der Ver-

äusserung von Vermögenswerten erzielt (vgl. Heuscher, a.a.O., § 33 N 17). Unter den Begriff der Kapitalgewinne fallen auch die nicht fälligen Zinsen, die seit dem letzten Fälligkeitstermin bis zum Veräusserungszeitpunkt einer Kapitalforderung aufgelaufen und vom Käufer zu begleichen sind, die sogenannten Marchzinsen (anders aber, wie zuvor ausgeführt, der Einmalzinsanteil bei Diskontobligationen mit überwiegender Einmalverzinsung).

1.3.

Im Vergleich zu Art 17 ff. DBG regelt das StHG die Einkunftsarten in Art. 7 Abs. 1 nur rudimentär. Die Kantone können nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts aber nicht von der Lösung des Bundesgesetzgebers abweichen, soweit es um die Steuerbarkeit und die Steuerbefreiung der Einkünfte sowie die Differenzierung von steuerfreiem Kapitalgewinn und Vermögensertrag geht (Urteil vom 8. Februar 2006 [2A.438/2005], Erw. 4.2; Stellungnahme ESTV). Die Regelung in Art. 20 Abs. 1 lit. a und b DBG stimmt mit den aufgeführten kantonalen Vorschriften nahezu wörtlich überein.

2.

2.1.

Die Beschwerdeführer erwarben im Jahr 1994 die Obligation 3.75% B. AG, Laufzeit bis 13. Juni 2001, für 82.65 % des Nennwertes, der DM ... betrug. Es handelt sich unbestrittenermassen um eine Diskontobligation ohne überwiegende Einmalverzinsung. Kurz vor dem Rückzahlungstermin, mit Valuta 5. Juni 2001, verkauften die Beschwerdeführer die Obligation zu einem Preis von € ..., entsprechend einem Kurs von 99.95 %. Ab dem 13. Juni 2000 bis zum Verkaufsdatum waren € an periodischen Zinsen aufgelaufen (352 Tage). Anlässlich der Veräusserung wurde eine Courtage von € ... sowie eine Stempelsteuer von € ... erhoben.

2.2.

Es ist nicht mehr streitig, dass die Besteuerung der periodischen Zinsen im Zeitpunkt der Fälligkeit zu erfolgen hat und dass die im Zeitpunkt der Veräusserung der Obligation am 5. Juni 2001 aufgelaufenen periodischen Zinsen von umgerechnet Fr. ... als Marchzinsen bei den Beschwerdeführern einen nicht zu versteuernden Kapitalgewinn im Sinne von § 33 lit. i StG darstellen. Ebenso steht fest, dass

der Einmalzins grundsätzlich in gleicher Weise erst bei Rückzahlung der Obligation zu versteuern ist, da es um eine Diskontobligation ohne überwiegende Einmalverzinsung geht. Anders verhält es sich nur, falls die Veräusserung acht Tage vor dem Verfall der Obligation eine Steuerumgehung (siehe dazu hinten Erw. 4.1.) darstellt. Zunächst ist dabei zu prüfen, ob das Gesetz für die Anwendung der Regeln über die Steuerumgehung überhaupt Raum lässt (hinten Erw. 3).

3.

3.1.

Die Beschwerdeführer machen geltend, der Gesetzgeber habe bewusst Marchzinsen von der Besteuerung ausgenommen und ebenso alle übrigen vor Fälligkeit realisierten Zinskomponenten, wobei einzig die überwiegend einmalverzinslichen Produkte gemäss § 29 Abs. 1 lit. b StG ausgenommen seien. Für die Anwendung der Steuerumgehung bleibe daher kein Raum.

3.2.

Auch bei Diskontobligationen ohne überwiegende Einmalverzinsung unterliegt die Einmalzinskomponente der Besteuerung als Ertrag aus beweglichem Vermögen. Besteuerungszeitpunkt ist die Rückzahlung der Obligation, wenn auch der Einmalzinsanteil fällig ist und ausbezahlt wird. Dies entspricht der allgemeinen Regelung der Zinsbesteuerung. Die Sonderregelung, die für Diskontobligationen mit ausschliesslicher oder überwiegender Einmalverzinsung geschaffen wurde (vorne Erw. 1.1), kommt hier nicht zur Anwendung. Dabei muss aber sichergestellt bleiben, dass am Schluss, bei der Rückzahlung der Obligation, der volle Einmalzinsanteil der Besteuerung unterliegt. Vorkehren, die dies verhindern, sind unter dem Gesichtspunkt der Steuerumgehung zu prüfen. Die ESTV führte dazu aus, dass davon ausgegangen werden könne, "dass die Banken ihren Kunden zur Steuervermeidung nur zu gerne eine Veräusserung kurz vor Verfall empfehlen werden, weil sie damit im Gegensatz zur Rückzahlung der Obligation zusätzlich verursachte Transaktionskosten vereinnahmen und dabei nötigenfalls die Obligation auch (für ihren Teil) umsatzabgabefrei in den eigenen Handelsbestand erwerben können. Praktisch würde dies deshalb auf eine generelle steuerliche Freistellung der Einmalverzinsungskomponente bei Diskontobli-

gationen ohne überwiegende Einmalverzinsung im Privatvermögen hinauslaufen, was kaum den Intentionen des Gesetzgebers entsprechen dürfte" (Stellungnahme ESTV).

3.3.

Den Beschwerdeführern ist insofern Recht zu geben, als es beim Börsenhandel um standardisierte Produkte und um die Abwicklung von Massengeschäften geht, was generell dazu führen muss, dass die mit dem Kauf und Verkauf verbundenen Steuerfolgen klar und berechenbar sind. Die mit der Bejahung einer Steuerumgehung verbundene Korrektur mittels einer Sachverhaltsfiktion bringt immer eine gewisse Rechtsunsicherheit mit sich. Grundsätzlich sind die Steuerfolgen bei Diskontobligationen mit oder ohne überwiegende Einmalverzinsung durch die Steuergesetzgebung und das Kreisschreiben Nr. 4 vom 12. April 1999 bzw. heute Nr. 15 vom 7. Februar 2007 klar geregelt. Die Heranziehung der Kriterien der Steuerumgehung ist erst dann angezeigt, wenn der Steuerpflichtige um der Steuerersparnis willen einen allzu ausgefallenen Sachverhalt konstruiert, der an sich die Voraussetzungen der Steuerbarkeit nicht erfüllt, wirtschaftlich indessen mit dem steuerbaren identisch ist (siehe hinten Erw. 4.1). Dieses Korrektiv darf also nur - aber immerhin - in aussergewöhnlichen Fällen zur Anwendung gelangen; dies wird durch den Zusammenhang mit dem Börsenhandel nicht ausgeschlossen. Insofern geht auch das Vorbringen der Beschwerdeführer ins Leere, dass die rechtsgleiche Behandlung gefährdet sei, sobald bei einer gewöhnlichen Börsentransaktion zwischen unabhängigen Dritten nicht mehr auf die gesetzlichen Bestimmungen abgestellt werde, sondern das Vorliegen einer Steuerumgehung geprüft werde. Voraussetzung der Steuerumgehung ist eben gerade, dass eine ungewöhnliche und sachwidrige Rechtsgestaltung vorliegt. Von einer zufälligen Umqualifizierung im Einzelfall kann keine Rede sein.

Mit anderen Worten kann der Steuerpflichtige noch immer frei wählen, wann er die Diskontobligation ohne überwiegenden Einmalzins verkauft. Er darf im Hinblick auf die Besteuerung des Einmalzinsanteiles auch auf die entsprechenden gesetzlichen Bestimmungen bzw. die Merkblätter vertrauen. Das gewählte Vorgehen, das die Sub-

sumtion unter § 29 Abs. 1 lit. a StG sicherstellen soll, steht jedoch unter dem Vorbehalt der Steuerumgehung.

3.4.

Aus den vorstehenden Erwägungen ergibt sich, dass die vom Gesetzgeber getroffene Regelung hinsichtlich der Besteuerung der Einmalzinskomponente einer Diskontobligation ohne überwiegende Einmalverzinsung unter Umständen zu einer sachlich unbefriedigenden Lösung führen kann. Sind die Kriterien der Steuerumgehung erfüllt – was nachfolgend zu prüfen sein wird – ist der Besteuerung diejenige Ordnung zu Grunde zu legen, welche der sachgemässe Ausdruck des von den Steuerpflichtigen erstrebten wirtschaftlichen Zweckes gewesen wäre (siehe hinten Erw. 4.1.). Die Grundsätze der Rechtssicherheit, der Rechtsgleichheit sowie Treu und Glauben werden dadurch nicht tangiert.

4.

4.1.

Stehen dem Steuerpflichtigen mehrere rechtliche Gestaltungsmöglichkeiten zur Verfügung, so darf er im Rahmen der erlaubten Steuerplanung diejenige wählen, welche die geringste Steuerbelastung zur Folge hat. Wird dabei jedoch der Bogen überspannt und nur um der Steuerersparnis willen ein allzu ausgefallener Sachverhalt konstruiert, der an sich die Voraussetzungen der Steuerbarkeit nicht erfüllt, wirtschaftlich indessen mit dem steuerbaren identisch ist, so gilt die Reizschwelle zwischen zulässiger und unzulässiger Steuerersparnis als überschritten (Plüss/Schade/Walther in: StG-Kommentar, Vorbemerkungen zu §§ 172-200 N 15 ff.; Ernst Blumenstein/Peter Locher, System des Schweizerischen Steuerrechts, 6. Auflage, Zürich 2002, S. 31 ff.; Ernst Höhn/Robert Waldburger, Steuerrecht, Band I, 9. Auflage, Bern/Stuttgart/Wien 2001, § 5 N 73 ff.).

Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung liegt eine Steuerumgehung vor, wenn die von den Beteiligten gewählte Rechtsgestaltung ungewöhnlich (*insolite*), sachwidrig oder absonderlich, jedenfalls der wirtschaftlichen Gegebenheit völlig unangemessen erscheint; wenn anzunehmen ist, dass diese Wahl missbräuchlich und lediglich deshalb getroffen worden ist, um Steuern einzusparen, welche bei sachgemässer Ordnung der Verhältnisse geschuldet wären;

letztendlich wenn das gewählte Vorgehen tatsächlich zu einer erheblichen Steuerersparnis führen würde. Sind diese Voraussetzungen erfüllt, so wird der Besteuerung auch dann, wenn die gewählte Rechtsform unter dem Gesichtspunkt des Zivilrechts als gültig und wirksam erscheint, nicht diese Gestaltung zugrunde gelegt, sondern die Ordnung, welche der sachgemässe Ausdruck des von den Beteiligten erstrebten wirtschaftlichen Zweckes gewesen wäre (BGE 131 II 627 Erw. 5.; StE 2001, A 12 Nr. 10 und 11). Das Vorliegen einer Steuerumgehung ergibt sich somit aus drei Elementen, einem objektiven Element, der Ungewöhnlichkeit, einem subjektiven Element, der Absicht der Einsparung, und einem effektiven Element, der Einsparung (AGVE 1996, S. 243).

Die Beweislast für das Vorliegen sämtlicher objektiver und subjektiver Voraussetzungen der Steuerumgehung tragen grundsätzlich die Steuerbehörden. An den Nachweis der Umgehungsabsicht sind allerdings keine allzu strengen Anforderungen zu stellen. Der Nachweis der Umgehungsabsicht gilt als erbracht, wenn für die von der steuerpflichtigen Person getroffene ungewöhnliche, sachwidrige oder absonderliche Rechtswahl keine anderen Motive als dasjenige der Steuerersparnis erkennbar sind. Dem Steuerpflichtigen steht der Gegenbeweis offen, dass die eine oder andere Voraussetzung nicht gegeben ist (AGVE 1996, S. 243 mit Hinweisen).

4.2.

4.2.1.

Die Beschwerdeführer bringen vor, dass der mit Valuta vom 5. Juni 2001 getätigte Börsenverkauf weder ungewöhnlich noch sachwidrig noch absonderlich sei. Der Handel an der Börse entspreche einem alltäglichen Massengeschäft mit zahllosen Beteiligten und hohen Umsätzen. Etwas Alltägliches könne nicht für absonderlich erklärt werden.

4.2.2.

Demgegenüber führen die Vorinstanz und die ESTV vor allem Renditeüberlegungen an, um die Absonderlichkeit des Verkaufes der Diskontobligation ohne überwiegende Einmalverzinsung kurz vor deren Verfallsdatum zu begründen. Für einen Renditevergleich seien die durch die Veräusserung angefallenen Kosten mit dem auf 8 Tage

entfallenden Einmalzinsanteil zu vergleichen. Kosten von (über € 500.--) stünden einem Zinsanteil von (rund € 40.--) gegenüber.

4.3.

Die Veräußerung einer Diskontobligation ohne überwiegende Einmalverzinsung während der Laufzeit ist an sich nicht ungewöhnlich. Hingegen besteht ein Zeitpunkt, ab dem es sich für eine Privatperson nicht mehr lohnt, eine solche Diskontobligation zu erwerben: Übersteigen die Kosten, bestehend aus dem aktuellen Kurswert der Obligation, den Marchzinsen, den Transaktionskosten sowie den allfälligen Steuern, den bei der Rückzahlung zu erwartenden Betrag (Nennwert der Obligation plus der periodische Zinsanteil), so ist der Erwerb einer Diskontobligation wirtschaftlich nicht mehr sinnvoll. In diesem Fall könnten die Inhaber die Obligation nicht mehr verkaufen und hätten die Rückzahlung abzuwarten und dann auch den Einmalzinsanteil zu versteuern. Wie bereits erwähnt, lohnt sich für Banken der Erwerb einer Diskontobligation ohne überwiegenden Einmalzinsanteil bis zu deren Verfall (siehe vorne Erw. 3.2). Damit steht Privatpersonen – wie vorliegend den Beschwerdeführern – die Möglichkeit offen, eine Diskontobligation ohne überwiegende Einmalverzinsung bis kurz vor deren Verfall den Banken zu übertragen, was letztendlich auf eine Steuerbefreiung der Einmalzinskomponente hinausläuft, vom Gesetzgeber aber nicht gewollt ist.

In gleicher Weise, wie unter bestimmten Voraussetzungen der Erwerb einer Diskontobligation wirtschaftlich nicht mehr sinnvoll ist, trifft dies für die Veräußerung zu, nämlich dann, wenn der Erlös, unter Berücksichtigung der Transaktionskosten, klar geringer ist als was bei der Rückzahlung der Obligation eingenommen würde, und der frühere Zahlungstermin die Einnahmenverringerung nicht aufzuwiegen vermag.

Vorliegend veräußerten die Beschwerdeführer die fragliche Obligation acht Tage vor deren Verfall. Damit waren Kosten von (rund € 500.--) sowie entgangener Zins von (rund € 100.-- [periodischer Zinsanteil: rund € 64.--; Einmalzinsanteil: rund € 40.--]) verbunden. In Übereinstimmung mit der Vorinstanz ist daher davon auszugehen, dass die Beschwerdeführer die Mindereinnahme, verglichen mit der Rückzahlung der Obligation, wie sie wenige Tage später

erfolgt wäre, nur in Kauf genommen haben, um Steuern einzusparen, zumal sie nicht geltend machen, das Geld aus dem Verkauf der Obligation sofort und unausweichlich benötigt zu haben.

Mit ihrem Vorgehen erzielten die Beschwerdeführer möglichst lange, nämlich bis unmittelbar vor dem Rückzahlungstermin, Zins-einnahmen (periodischer Zins und Einmalzinsanteil). In diesem Fall haben sie jedoch auch die damit verbundenen steuerlichen Konsequenzen, insbesondere die Versteuerung des Einmalzinses, zu tragen. Dabei ist nicht der Vergleich zwischen den Transaktionskosten und dem hypothetischen Zinsertrag für die Restlaufzeit, wie ihn die Vorinstanz vornahm, als ausschlaggebendes Kriterium für eine Steuerumgehung heranzuziehen. Beide Beträge bedeuten letztendlich einen Verlust für die Beschwerdeführer (Schaden oder entgangener Gewinn). Ausschlaggebend sind vielmehr die Mindereinnahme beim Verkauf im Vergleich zur Rückzahlung einerseits und die Zeitspanne zwischen diesen beiden Vorgängen. Je weiter weg vom Verfalldatum die Diskontobligation ohne überwiegende Einmalverzinsung verkauft wird, desto geringer ist die Mindereinnahme und desto eher spielen dabei wirtschaftliche Gründe eine Rolle. Je näher zeitlich der Verkauf beim Verfall der Obligation liegt, desto mehr treten Steuerumgehungsabsichten in den Vordergrund. Acht Tage vor dem Verfall der Obligation war die Veräusserung im vorliegenden Fall wirtschaftlich völlig sinnlos und nur mit der beabsichtigten Vermeidung der erst bei Rückzahlung der Obligation anfallenden Steuern auf dem Einmalzins erklärbar.

Im "Normalfall" wäre die Diskontobligation gar nicht mehr zum Kurswert verkäuflich gewesen und die Beschwerdeführer hätten eine Einbusse beim Verkaufspreis in Kauf nehmen müssen oder die Einmalzinskomponente der Obligation ohnehin zu versteuern gehabt. Dass nun mit dem Erwerb durch die Bank eine Hintertür zur Befreiung der Einmalzinskomponente von der Steuerlast geöffnet wurde, ist vom Gesetzgeber nicht beabsichtigt und darf nicht dazu führen, dass die Beschwerdeführer eine höhere Rendite erzielen, ohne die Konsequenzen bei der Berechnung ihrer Einkommenssteuer tragen zu müssen. Unter diesen Umständen kann somit nicht mehr von einem normalen Börsengeschäft gesprochen werden, sondern die

Beschwerdeführer wählen, nur um Steuern zu sparen, ein im Übrigen wirtschaftlich unsinniges Vorgehen.

4.4.

Im Endergebnis war die Veräusserung der Diskontobligation ohne überwiegende Einmalverzinsung kurz vor deren Verfall aus wirtschaftlicher Hinsicht, die fiskalischen Folgen ausgeklammert, völlig absonderlich. Andere Motive als die der Steuerersparnis sind für die von den Beschwerdeführern gewählte Rechtsgestaltung nicht ersichtlich. Somit ist auch der Nachweis an die Steuerumgehungsabsicht erbracht. Dass die Beschwerdeführer durch ihr Vorgehen zu einer tatsächlichen Steuerersparnis gelangten, ist offensichtlich und wird von ihnen auch nicht bestritten.

21 Höchstbelastung (§ 56 Abs. 1 StG).

- Grundsätze und Berechnung der Höchstbelastung (Erw. 1).
- Keine Verletzung des Schlechterstellungsverbots, wenn die im Ergebnis höhere Gesamtsteuerbelastung von der Besteuerung in mehreren Kantonen verursacht wird (Erw. 2).
- Berechnung der Steuerreduktion im interkantonalen Verhältnis (Erw. 3).

Urteil des Verwaltungsgerichts, 2. Kammer, vom 27. Mai 2008 in Sachen R. (WBE.2008.48).

Aus den Erwägungen

1.

1.1

Die periodisch geschuldeten Einkommens- und Vermögenssteuern von Kanton, Gemeinde und Kirche werden gemäss § 56 Abs. 1 StG auf Antrag der steuerpflichtigen Person auf 70 % des Reineinkommens herabgesetzt, jedoch höchstens auf die Hälfte der geschuldeten Vermögenssteuern. § 56 StG legt damit für natürliche Personen eine Höchstgrenze der Steuerbelastung fest. Damit soll bei Steuerpflichtigen mit grossem Vermögen und geringem Einkommen - also

namentlich bei ertragsschwachem Vermögen - eine in Relation zum Einkommen übermässige steuerliche Belastung vermieden werden. Die bereits im Steuergesetz vom 13. Dezember 1983 (aStG) festgesetzte Höchstgrenze von 70 % der Einkommens- und Vermögenssteuern (§ 47 Abs. 1 aStG) wurde so gewählt, dass sie eine verfassungswidrige konfiskatorische Besteuerung ungeachtet der Ungewissheit, wann eine solche im konkreten Fall zu bejahen ist (siehe dazu BGE 106 Ia 342 Erw. 6c mit Hinweisen), von vornherein verhindern sollte (Walter Koch, in: Kommentar zum Aargauer Steuergesetz, [1. Aufl.] Muri/Bern 1991, § 47 aStG N 1; Conrad Walther, in: Kommentar zum Aargauer Steuergesetz, 2. Aufl., Muri/Bern 2004, § 56 N 1 f.). Im Übrigen stellt sie auch eine Konkretisierung des Gebots der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit (Art. 127 BV; § 119 Abs. 1 und 2 KV) dar.

1.2.

Die Berechnung der Höchstbelastung stützt sich auf zwei Komponenten, die periodisch geschuldete Einkommens- und Vermögenssteuer einerseits und das erzielte Reineinkommen andererseits. Streitig ist im vorliegenden Verfahren, wie die Höchstbelastung gemäss § 56 StG zu berechnen ist, wenn der Steuerpflichtige nicht ausschliesslich im Kanton Aargau steuerpflichtig ist. Das Verwaltungsgericht hatte diese Frage noch nicht zu entscheiden, und soweit ersichtlich besteht dazu keine kantonale Praxis.

1.3.

Die Steuerkommission Z. hat die im Kanton Aargau geschuldeten Einkommens- und Vermögenssteuern auf 70 % des gesamten (also nicht nur des im Kanton Aargau erzielten) Reineinkommens reduziert. Die Berücksichtigung des gesamten Reineinkommens wurde auch vom KStA befürwortet und vom Steuerrekursgericht unter Berufung auf die Gesetzesmaterialien geschützt. Sie wird von den Beschwerdeführern zu Recht nicht mehr in Frage gestellt.

2.

2.1.

Die Beschwerdeführer bringen vor, wenn man lediglich die im Kanton Aargau geschuldeten Steuern mit dem Gesamteinkommen in Relation setze, würden Personen mit Steuerpflicht in mehreren Kan-

tonen benachteiligt. Ihnen gegenüber werde das Schlechterstellungsverbot verletzt. Um dies zu verhindern, sei bei Steuerpflicht in mehreren Kantonen zunächst die hypothetische aargauische Steuer auf dem gesamten Einkommen und Vermögen zu berechnen, wenn die Steuerpflicht ausschliesslich im Kanton Aargau bestünde. Bestehe nach dieser Berechnung Anspruch auf Herabsetzung gemäss § 56 StG, so sei die Reduktion quotenmässig auf die im Kanton Aargau zu entrichtende Steuer anzurechnen.

2.2.

Aus dem Verbot der interkantonalen Doppelbesteuerung (Art. 127 Abs. 3 BV; zuvor Art. 46 Abs. 2 der Bundesverfassung vom 29. Mai 1974) leitet das Bundesgericht ein Schlechterstellungsverbot ab. Danach dürfen die Kantone Steuerpflichtige, die nur für einen Teil des Vermögens oder Einkommens steuerpflichtig sind, aus diesem Grund nicht anders und stärker belasten als die ausschliesslich im Kanton steuerpflichtigen Personen (BGE 132 I 29 Erw. 2.1; 131 I 249 Erw. 3.1; Ernst Höhn/Peter Mäusli, Interkantonaies Steuerrecht, 4. Aufl., Bern/Stuttgart/Wien 2000, § 4 Rz. 17).

2.3.

Die kantonalen Steuern wurden in Anwendung von § 56 Abs. 1 StG auf Fr. ... (= 70 % des Gesamtreineinkommens) herabgesetzt. Die Herabsetzung wäre in gleicher Weise erfolgt, wenn die Beschwerdeführer ausschliesslich im Kanton Aargau steuerpflichtig wären. Die im Ergebnis höhere Gesamtsteuerbelastung rührt daher, dass daneben auch der Kanton B. Steuern erhebt. Da aber der Kanton Aargau die Beschwerdeführer nicht anders und höher besteuert, als wenn sie ausschliesslich im Kanton steuerpflichtig wären, hat das Steuerrekursgericht zutreffend festgehalten, dass beim gegebenen Sachverhalt das Schlechterstellungsverbot nicht verletzt ist. Damit muss auf den Einwand des KStA, der speziellere Grundsatz der ausschliesslichen Besteuerung des Grundeigentums am Ort der gelegenen Sache gehe dem allgemeineren Verbot der Schlechterstellung vor, nicht mehr eingegangen werden.

Da keine Doppelbesteuerung vorliegt und das StHG keine einschlägigen Vorgaben enthält, liegt kein Verstoß gegen Bundesrecht vor.

3.

3.1.

Zu prüfen bleibt, ob die Beschwerdeführer bei richtiger Auslegung aus § 56 StG etwas für sich ableiten können. Aus dem Wortlaut von § 56 Abs. 1 StG allein ergibt sich nicht, welche Einkommens- und Vermögenssteuern bei interkantonalen Verhältnissen als Berechnungsgrundlage dienen. Die Norm ist deshalb auszulegen.

3.2.

(Grundsätze und Ziel der Auslegung; Verweis auf BGE 125 II 326 Erw. 5; 114 Ia 191 Erw. 3b/aa; Ernst Höhn/Robert Waldburger, Steuerrecht, Band I, 9. Aufl., Bern/ Stuttgart/Wien 2001, § 5 N 33; AGVE 1992, S. 154 f. mit zahlreichen Hinweisen; 1990, S. 214; StE 1997, B 71.62 Nr. 6; VGE II/49 vom 2. Juli 2003 [BE.2003.00039], S. 6; Höhn/Waldburger, a.a.O., § 5 N 20 ff.).

3.3.

3.3.1.

§ 56 Abs. 1 StG hat zum Ziel, eine übermässige steuerliche Belastung zu verhindern, und zwar möglichst schon unterhalb der Grenze, welche die Eigentumsgarantie der Besteuerung setzt (Koch, a.a.O., § 47 aStG N 1; Walther, a.a.O., § 56 N 1 ff.). Dabei ist es aus Sicht des Steuerpflichtigen irrelevant, ob sein Einkommen und Vermögen ausschliesslich im Kanton Aargau oder in mehreren Kantonen der Besteuerung unterliegt. Nur bei Berücksichtigung des gesamten Reineinkommens sowie der gesamten geschuldeten Steuern kommt seine wirtschaftliche Leistungsfähigkeit zutreffend zum Ausdruck.

Andererseits liegen die in anderen Kantonen erhobenen Steuern ausserhalb des Einflussbereichs des Kantons Aargau, und es ist auch nicht Sache des Kantons Aargau, gestützt auf § 56 StG die gesamte Reduktion des Steuerertrags auf sich zu nehmen, wenn andere Kantone mitbeteiligt sind und ihrerseits keine entsprechende Steuerreduktion gewähren, sei es, dass eine solche überhaupt nicht vorgesehen ist, sei es, dass es im konkreten Fall an den Voraussetzungen fehlt.

3.3.2.

Die Berechnungsweise, bei der auch in interkantonalen Verhältnissen die *im Kanton* geschuldeten Steuern mit dem *Gesamtrein-*

kommen verglichen werden, erscheint unumgänglich. Einerseits kann der Kanton nur die Herabsetzung der eigenen Steuern regeln, andererseits wäre eine Steuerreduktion ungewollt und sachlich falsch, wenn im Kanton grössere Vermögenswerte - namentlich Grundstücke - liegen und gleichzeitig hier nur ein geringes Einkommen anfällt, was bei Bezugnahme auf das im Kanton erzielte Einkommen Anspruch auf die Steuerreduktion gäbe, selbst wenn das Gesamteinkommen diese in keiner Weise rechtfertigt.

Diese Berechnungsweise führt jedoch bei interkantonalen Verhältnissen in aller Regel zu einer Benachteiligung derjenigen Steuerpflichtigen, welche die Herabsetzung der Steuern beanspruchen können, selbst dann, wenn alle beteiligten Kantone einheitlich die Bestimmung von § 56 StG anwenden; denn in den Kantonen, wo Einkommen, aber kein (oder nur geringes) Vermögen der Besteuerung unterliegt, wird das dortige Steuerbetreffnis, weil es weniger als 70 % des Gesamteinkommens ausmacht, nie herabgesetzt.

3.3.3.

Die Beschwerdeführer beantragen, bei interkantonalen Verhältnissen sei zuerst die Steuerreduktion zu berechnen, wie wenn das gesamte Einkommen und Vermögen im Aargau steuerbar wäre. Von dieser Reduktion sei derjenige Prozentsatz zu gewähren, der dem aargauischen Steuerbetreffnis im Verhältnis zu den gesamten Steuern entspreche. Diese Berechnungsweise erscheint geeignet, um dem Ziel und Zweck des Gesetzes (steuerliche Belastungsgrenze in Relation zum Reineinkommen) möglichst nahe zu kommen, ohne dass der Kanton dazu verhalten wird, für Steuerreduktionen einzuspringen, welche andere Kantone nicht gewähren.

Gewichtige Gründe im Zusammenhang mit anderen Auslegungselementen, die einer solchen Auslegung nach Sinn und Zweck sowie nach der Systematik des Gesetzes entgegenstehen könnten, werden nicht vorgebracht und sind nicht ersichtlich. Auch das KStA hat in seiner Stellungnahme vom 22. Mai 2008 anerkannt, dass die Berechnungsweise grundsätzlich geeignet ist, um bei interkantonalen Verhältnissen eine Benachteiligung zu vermeiden.

- 22 Steuerstrafrecht; Funktionale Zuständigkeit im Strafbefehlsverfahren.**
- **Die Ausübung der Funktion als Strafbefehlsrichter durch Sachbearbeiter im kantonalen Steueramt erfordert eine formelle Ermächtigung.**
 - **Über die Unterschriftsberechtigung ist eine Liste zu führen, die von den Rechtsunterworfenen eingesehen werden kann.**

Urteil des Verwaltungsgerichts, 2. Kammer, vom 7. April 2008 in Sachen Kantonales Steueramt gegen B. (WBE.2007.195).

Aus den Erwägungen

1.

1.1.

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).

Die Steuerpflichtigen müssen die Steuererklärung wahrheitsgemäss und vollständig ausfüllen, persönlich unterzeichnen und samt den vorgeschriebenen Beilagen fristgemäss der zuständigen Behörde einreichen. Wird die Steuererklärung nicht oder mangelhaft eingereicht, erfolgt die Aufforderung, das Versäumte innert angemessener Frist nachzuholen (§ 180 Abs. 2 und 3 StG). Bleibt der Steuerpflichtige säumig, erfolgt eine eingeschriebene Mahnung und wenn auch diese nichts nützt, wird das Bussenverfahren nach § 235 StG durchgeführt.

1.2.

Die Regelung des Bussenverfahrens 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). Erheben die angeschuldigte Person oder der Gemeinderat innert Frist Einsprache, wird der Strafbefehl 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).

2.

2.1.

In ihrer ursprünglichen Fassung sah die Verfassung des Kantons Aargau vom 25. Juni 1980 (KV) vor, dass durch Gesetz kantonale Verwaltungsstellen und Gemeindebehörden ermächtigt werden können, geringfügige Bussen auszufällen (§ 99 Abs. 2 KV). Im Zusammenhang mit der Schaffung des StG wurde § 99 KV durch einen neuen Abs. 3 ergänzt (Änderung vom 22. Dezember 1998, in Kraft seit 1. Januar 2001). Danach kann die Strafkompetenz für die vom Bundesrecht vorgesehenen Bussen des Steuerstrafrechts wegen Verletzung von Verfahrenspflichten und Steuerhinterziehung durch das Gesetz den Steuerbehörden und den Verwaltungsgerichten zugewiesen werden. Dass nach der zuvor beschriebenen Regelung des Bussenverfahrens das KStA zuständig ist, Strafbefehle zu erlassen und auch Bussen auszufällen (vorne Erw. 1), die zweifellos nicht mehr geringfügig im Sinne von § 99 Abs. 2 KV sind, ist durch § 99 Abs. 3 KV gedeckt.

2.2.

Strafen wegen Verletzung von Verfahrenspflichten stellen echte kriminalrechtliche Strafen dar, weshalb sich das Steuerstrafverfahren nach strafprozessualen Grundsätzen auszurichten hat (Markus Kühni, in: Kommentar zum Aargauer Steuergesetz, Bd. 2, 2. Aufl., Muri/Bern 2004, Vorbem. zu §§ 242-254 N 1 mit Hinweisen). Beim Ausfällen von Strafen handelt es sich um eine richterliche Funktion, die grundsätzlich dem *Strafrichter* vorbehalten bleibt (§ 99 Abs. 1 KV). Die Ansicht, der Strafbefehl sei als blosser Einigungsvorschlag anzusehen, der keine (richterlichen) Tatsachen- oder Schuldfeststel-

lungen enthalte (Kühni, a.a.O., Vorbem. zu §§ 242-254 N 10), ist mit der gesetzlichen Regelung nicht in Einklang zu bringen. Im schriftlich zu erlassenden Strafbefehl sind u.a. die angeschuldigte Person, die Tat und das Verschulden festzuhalten (§ 246 Abs. 1 lit. a, b, d StG). Erfolgt keine Einsprache oder wird sie zurückgezogen, wird der Strafbefehl rechtskräftig und gilt als *Urteil* (§ 248 Abs. 1 StG), und die ausgefallte Busse ist vollstreckbar. Der in Rechtskraft erwachsene Strafbefehl ist ohne Wenn und Aber ein Strafurteil, was eine Qualifikation als "angenommener Einigungsvorschlag" von vornherein ausschliesst. Zutreffend ist lediglich, dass der Steuerpflichtige, der sich dem Strafbefehl unterzieht, auf bestimmte Verfahrensgarantien verzichtet (Kühni, a.a.O.). Der in der Strafrechtslehre verwendete Begriff "Urteilsvorschlag" (siehe etwa Stefan Trechsel, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Kurzkommentar, 2. Aufl., Zürich 1997, Art. 345 N 2) bringt demgegenüber richtig zum Ausdruck, dass es sich beim Strafbefehl nicht um eine Einigung über den dem Beschuldigten zur Last gelegten Sachverhalt samt rechtlicher Würdigung, sondern um ein autoritativ ausgefalltes Urteil handelt, sofern keine Einsprache erfolgt.

Zwar lassen sich die verfassungsmässigen Anforderungen an Gerichte und gerichtliche Verfahren (vgl. namentlich Art. 30 und 32 BV) nicht uneingeschränkt auf Strafverfahren vor Verwaltungsbehörden übertragen; doch sind die dahinter stehenden Grundsätze bei der Ausgestaltung des Verfahrens zu beachten, und es sollte nicht ohne gute Gründe davon abgewichen werden.

2.3.

2.3.1.

Wird eine Behörde mit einer Vielzahl von Mitarbeitern als zuständig bezeichnet, Verfügungen zu erlassen, so bedarf es zusätzlich einer Regelung, wer innerhalb der Behörde verfügen darf. Dies gilt ganz besonders, wenn es um eine (straf-)richterliche Funktion geht. Aus dem in Art. 30 BV statuierten Anspruch auf (u.a.) ein "zuständiges, unabhängiges" Gericht erwächst das Erfordernis, dass das Gericht - und im Falle des Einzelrichters der Richter bzw. der mit richterlicher Funktion ausgestattete Mitarbeiter der Behörde - im Voraus bestimmt ist und nicht einzelfallweise eingesetzt werden kann (vgl.

BGE 123 I 53 ff.; 105 Ia 170 ff.; Reinhold Hotz, in: [St. Galler] Kommentar zur schweizerischen Bundesverfassung, Zürich/Basel/Genf 2002, Art. 30 N 10).

Dementsprechend definiert § 5 Abs. 1 StPO im Rahmen der Aufzählung der richterlichen Behörden, dass der Bezirksamtmann Strafbefehlsrichter ist. Nur dieser (und funktionsbedingt sein Stellvertreter) ist berechtigt, Strafbefehle zu erlassen, nicht aber die weiteren Mitarbeiter des Bezirksamtes, also auch nicht die Untersuchungsrichter, deren Zuständigkeiten auf die Strafuntersuchung beschränkt sind (siehe dazu § 2 Abs. 2 StPO [Fassung vom 2. Juli 2002] sowie § 3 Organisationsdekrets zur Strafprozessordnung vom 11. Juni 1974 [SAR 251.110] in der Fassung vom 27. März 2001), geschweige denn andere Sachbearbeiter. Dadurch, dass einzig dem Bezirksamtmann und seinem Stellvertreter, nicht aber den ihnen untergeordneten Mitarbeitern die Funktion als Strafbefehlsrichter zukommt, wird gleichzeitig sichergestellt, dass kein Vorgesetzter mittels Weisungsbefugnis Einfluss auf die Tätigkeit des Strafbefehlsrichters im Einzelfall nehmen kann (was darauf hinausläuft, dass der Entscheid nicht durch den gesetzlich vorgesehenen [Strafbefehls-] Richter, sondern durch eine ihm übergeordnete Person gefällt wird).

2.3.2.

Weder das StG noch die StGV bestimmen, wem (innerhalb des KStA) die Funktion des Strafbefehlsrichters zukommt, was angesichts der Bedeutung dieser Funktion einen Mangel darstellt. Es ist zu prüfen, ob sich in anderen Erlassen eine ausreichende Regelung findet.

2.3.3.

2.3.3.1.

Gemäss § 31 OrgG unterzeichnen der Vorsteher des Departements oder der Generalsekretär die Verfügungen und Entscheide des Departements (Abs. 1), wobei die Departemente weitere Personen für deren Aufgabenkreise zur Unterzeichnung ermächtigen können (Abs. 2; Fassung vom 11. Januar 2005). Die Ämter, zu deren Schaffung der Regierungsrat zuständig ist (§ 32 Abs. 1 OrgG), handeln in dem ihnen übertragenen Bereich in eigenem Namen, unter Aufsicht des Departements, dem sie zugeteilt sind (§ 32 Abs. 2 OrgG). Dies

bedeutet, dass in diesem Bereich der Amtsvorsteher zur Unterzeichnung berechtigt ist, dazu in Analogie zu § 31 Abs. 2 OrgG die weiteren, zur Unterzeichnung in ihrem Aufgabenkreis ermächtigten Personen (wobei hier offen bleiben kann, ob die Ermächtigung auch hier ausschliesslich durch den Departementsvorsteher und seinen Generalsekretär erteilt werden kann oder - näherliegend - ebenfalls durch den Amtsvorsteher). Über die Unterzeichnungsberechtigung ist eine Liste zu führen, die von den Rechtsunterworfenen eingesehen werden kann, da diese nur so klären können, ob eine sie betreffende Verfügung in Beachtung der geltenden Verfügungs- bzw. Unterzeichnungsbefugnisse erlassen wurde.

2.3.3.2.

S., die Sachbearbeiterin bei der Sektion Bezug des KStA, welche den Strafbefehl vom 2. November 2006 unterzeichnete, ist in der dem Verwaltungsgericht vom Rechtsdienst des DFR eingereichten Liste mit den unterschiftsberechtigten Personen des KStA nicht verzeichnet. Es scheinen auch Zweifel darüber zu bestehen, welche Bedeutung der genannten Liste zukommt. Das KStA macht in seiner Stellungnahme vom 17. Dezember 2007 geltend, der Departementsvorsteher habe bislang - nicht nur im Bereich des Steuerwesens - darauf verzichtet, den Kreis der unterschiftsberechtigten Personen mittels einer formellen schriftlichen Ermächtigung zu bestimmen. Die Unterzeichnung von Verfügungen durch die Mitarbeitenden des KStA innerhalb ihres jeweiligen Aufgabenkreises stelle aber einen jahrzehntelangen Usus dar, der die zumindest stillschweigende Duldung des zuständigen Departementsvorstehers genieesse. In einem persönlichen Schreiben vom 12. Dezember 2007 bestätigt der Departementsvorsteher diese Darstellung; selbstverständlich sei die Unterzeichnung derartiger Verfügungen und Entscheide mit seinem Wissen und seiner Duldung erfolgt.

Dies ist klarerweise unzureichend. In Anbetracht des Umstands, dass interne Versetzungen (auch vorübergehende, beispielsweise zum Ausgleich der Arbeitsbelastung) praktisch uneingeschränkt möglich sind, würde dies nämlich bedeuten, dass potentiell sämtlichen Mitarbeitern des KStA strafrichterliche Funktionen zugeteilt werden könnten, selbst ohne Wissen des Departementsvorstehers, aber mit seiner

"stillschweigenden Duldung". Der bisherige Usus führte denn auch dazu, dass, anders als im Strafbefehlsverfahren gemäss StPO, die Funktion des Strafbefehlsrichters des KStA auf Sachbearbeiterebene angesiedelt wurde, was (wie im Hinblick auf die in Aussicht genommene Regelung festzuhalten ist) überaus fragwürdig erscheint, muss der Strafbefehlsrichter des KStA doch u.a. das Verschulden feststellen und gewichten (§ 246 Abs. 1 lit. d StG) und bei der Strafzumessung die allgemeinen Bestimmungen des StGB anwenden (§ 246 Abs. 2 StG).

IV. Bau-, Raumplanungs- und Umweltschutzrecht

23 Umweltverträglichkeit einer regionalen Sportanlage.

- **Beurteilung nach Art. 15 USG.**
- **Verwendung der 18. (deutschen) Verordnung zur Durchführung des Bundes-Immissionsschutzgesetzes (18. BImSchV; Sportanlagenlärm-schutzverordnung) als Entscheidungshilfe.**

Urteil des Verwaltungsgerichts, 3. Kammer, vom 15. Februar 2008 in Sachen X. und Mitbet. gegen Gemeindeverband Sport-, Freizeit- und Begegnungszentrum Burkertsmatt (WBE.2006.119).

Aus den Erwägungen

1.

Das geplante Burkertsmattzentrum umfasst im Wesentlichen:

- eine unterteilbare Dreifach-Sporthalle (...),
- im Aussenbereich eine Leichtathletik-Anlage mit Rasenfeld (100 m x 64 m) und sechs 400 m-Rundbahnen, ein weiteres Rasenfeld (100 m x 64 m), zwei Rasen-Trainingsfelder (je 57 m x 44.50 m), ein Beachvolleyball-Feld (28 m x 24 m), einen Asphaltplatz für Streetball, Unihockey und Skater (40 m x 20 m), einen weiteren Asphaltplatz (mit Parkplatz-Doppelnutzung) für Streetball und Unihockey (21 m x 11 m), einen Kinderspielplatz, eine Parkierungsanlage mit 177 PW-Abstellplätzen (davon 100 auf Drinaspphalt, 77 auf Schotterrasen), zwei Bus-Abstellplätze und zwei Velounterstände (insgesamt 110 Plätze), insgesamt 15 zwischen 16 und 18 m hohe Beleuchtungsmasten, einen Aussenlautsprecher in 6 m Höhe an der Südostfassade der Sporthalle sowie ein an Drähten über dem Beachvolleyball-Feld in 7 m Höhe befestigter Lautsprecher.

Die Öffnungszeiten der Sportanlagen sind im Grundsatz wie folgt festgelegt: Montag - Samstag 07.30 bis 22.00 Uhr, Sonntag

08.00 bis 20.00 Uhr. Der Streetball-Platz und der Asphaltplatz für Skater, Unihockey und Streetball dürfen unter der Woche nach 21.00 Uhr, am Sonntag nach 18.00 Uhr nicht mehr benützt werden.

Die approximativen Baukosten werden im Baugesuch vom 21. März 2005 mit 20 Millionen Franken angegeben, der umbaute Raum mit 46'300 m³.

2. (...[Zonierung, Standortfrage])

3.

3.1.

Das geplante Burkertsmattzentrum stellt eine ortsfeste Anlage im Sinne von Art. 7 Abs. 7 USG dar, bei deren Betrieb Lärmemissionen verursacht werden. Bei einer solchen Anlage geht es zur Hauptsache nicht um Lärm technischen Ursprungs, sondern um den Verhaltenslärm, wie er sich aus dem Spiel-, Trainings- und Wettkampfbetrieb ergibt. Auf solchen Lärm sind das USG und die LSV ebenfalls anwendbar, auch wenn es dafür keine Belastungsgrenzwerte gibt (Christoph Zäch / Robert Wolf, Kommentar zum Umweltschutzgesetz [Kommentar USG], 2. Auflage, Zürich 2000/2001, Art. 15 N 40; BGE 123 II 79 = Pra 86/1997, S. 561 mit Hinweis auf ein Tessiner Urteil vom 10. Januar 1994 betreffend ein Sportzentrum mit Fussballplatz, Tennisplätzen und Bar [publiziert in Rivista di diritto amministrativo e tribunario ticinese 1995 I 194 Erw. 2]; AGVE 1999, S. 272 mit Hinweis auf den VGE III/44 vom 28. Mai 1991 [1988/338], in: URP 6/1992, S. 155 ff. betreffend einen Kinderspielplatz).

3.2.

3.2.1.

Das USG will, entsprechend dem Verfassungsauftrag (Art. 74 Abs. 1 BV), den Menschen und seine natürliche Umwelt gegen schädliche und lästige Einwirkungen schützen (Art. 1 Abs. 1 USG; siehe dazu André Schrade / Theo Loretan, Kommentar USG, Art. 11 N 3, 16, 16a). Das USG will dabei kein Verhinderungs-, sondern ein Massnahmengesetz sein, das seinem Konzept nach die Quellen der Umweltbelastung nicht als solche in Frage stellt; die Nachfrage soll nicht untersagt, sondern befriedigt werden, wobei aber gleichzeitig die den Umweltschutzanforderungen entsprechenden Vorkehren ge-

treffen werden sollen (Pra 80/1991, S. 179; BGE 124 II 233). In diesem Sinne sind Einwirkungen, die schädlich oder lästig werden könnten, unabhängig von der bestehenden Umweltbelastung frühzeitig so weit zu begrenzen, als dies technisch und betrieblich möglich und wirtschaftlich tragbar ist (sog. Vorsorgeprinzip gemäss Art. 1 Abs. 2 und Art. 11 Abs. 2 USG; Art. 7 Abs. 1 lit. a und Art. 8 Abs. 1 LSV; siehe BGE 126 II 305 ff. und 118 Ib 238 sowie AGVE 1999, S. 272 f., je mit Hinweisen). Mit der Postulierung des Vorsorgeprinzips soll die Umweltbelastung präventiv möglichst weit unterhalb der Schädlichkeits- und Lästigkeitsgrenze gehalten werden; im Rahmen des Verhältnismässigkeitsprinzips ist mit Massnahmen bei der Quelle alles technisch-betrieblich Mögliche und wirtschaftlich Zumutbare zu unternehmen, ohne dass in jedem Einzelfall eine konkrete Umweltgefährdung nachgewiesen sein muss (AGVE 1999, S. 273). Derartige Emissionsbegrenzungen können u.a. baulicher oder betrieblicher Art sein (Art. 12 Abs. 1 lit. b und c USG).

3.2.2.

Auf einer zweiten Stufe setzt das USG bei den Immissionen an: Die Emissionsbegrenzungen werden verschärft, wenn feststeht oder zu erwarten ist, dass die Einwirkungen unter Berücksichtigung der bestehenden Umweltbelastung schädlich oder lästig werden (Art. 11 Abs. 3 USG). Als Massstab für die Beurteilung der schädlichen oder lästigen Einwirkungen dienen Immissionsgrenzwerte (Art. 13-15 USG). Der Bundesrat hat solche Werte für den Strassenverkehrslärm, den Eisenbahnlärm, den Lärm von zivilen Flugplätzen, den Industrie- und Gewerbelärm, den Lärm von Schiessanlagen sowie Militärflugplätzen festgelegt (Anhänge 3 8 der LSV); für den Lärm öffentlicher Einrichtungen wie Schul- und Sportanlagen tat er dies, wie bereits erwähnt, nicht (siehe vorne Erw. 3.1.).

Fehlen Belastungsgrenzwerte, so beurteilt die Vollzugsbehörde die Lärmimmissionen nach Art. 15 USG; sie berücksichtigt auch die Art. 19 und 23 USG (Art. 40 Abs. 3 LSV). Gemäss Art. 15 USG sind die Immissionsgrenzwerte für Lärm und Erschütterungen so festzulegen, dass nach dem Stand der Wissenschaft oder der Erfahrung Immissionen unterhalb dieser Werte die Bevölkerung in ihrem Wohlbefinden nicht erheblich stören. Art. 19 USG verweist auf die Alarm-

werte (zur Beurteilung der Dringlichkeit von Sanierungen), Art. 23 USG auf die unter den Immissionsgrenzwerten liegenden Planungswerte für die Planung neuer Bauzonen und den Schutz vor neuen lärmigen ortsfesten Anlagen. Aufgrund richterlicher Erfahrung ist in diesen Fällen zu beurteilen, ob eine unzumutbare Störung vorliegt. Im Rahmen dieser Einzelfallbeurteilung sind der Charakter des Lärms, der Zeitpunkt und die Häufigkeit seines Auftretens sowie die Lärmempfindlichkeit bzw. Lärmvorbelastung der Zone, in der die Immissionen auftreten, zu berücksichtigen (Art. 40 Abs. 3 LSV i.V.m. Art. 15, 13 Abs. 2 und 23 USG; statt vieler BGE 126 II 368; 123 II 335, je mit Hinweisen). Dabei ist nicht auf das subjektive Lärmempfinden einzelner Personen abzustellen, sondern eine objektivierte Betrachtung unter Berücksichtigung von Personen mit erhöhter Empfindlichkeit (Art. 13 Abs. 2 USG) vorzunehmen. Massgeblich für die Beurteilung ist der jeweilige Immissionsort (BGE vom 7. März 2005 [1A.241/2004], Erw. 2.2, mit Hinweis). Anlagen ohne Belastungsgrenzwerte, deren Lärmemissionen sich - wie vorliegend - auf Wohnzonen der Empfindlichkeitsstufe II (vgl. Art. 43 Abs. 1 lit. b LSV) auswirken, haben nach der Rechtsprechung ein Immissionsniveau einzuhalten, bei welchem höchstens geringfügige Störungen auftreten (BGE 123 II 335; BGE vom 7. März 2005 [1A.241/2004], Erw. 2.2).

4.

Nachdem für Anlagen der umstrittenen Art im schweizerischen Recht Grenzwerte fehlen, ist der damit verbundene Lärm zunächst nach seinem Charakter, dem Zeitpunkt und der Häufigkeit seines Auftretens sowie der Lärmvorbelastung zu beurteilen. Über den technischen Eigenlärm hinaus ist einer Anlage der umstrittenen Art insbesondere derjenige Lärm zuzurechnen, der von ihren Benützern bei bestimmungsgemässer Nutzung innerhalb und ausserhalb der Anlage erzeugt wird. Dazu gehört der bei der Sportausübung selber erzeugte Lärm. Auch der Schall von Lautsprecheranlagen und ähnlichen Einrichtungen ist zum Betriebslärm zu rechnen, genauso wie der von Trainern, Sportlern und Zuschauern durch Rufe, Schreie und Piffe etc. verursachte Lärm (BGE 133 II 295 f. mit Hinweis auf Thomas Widmer Dreifuss, Planung und Realisierung von Sportanla-

gen, Raumplanerische, baurechtliche und umweltrechtliche Aspekte beim Bau und der Sanierung von Sportanlagen, Diss. Zürich 2002, S. 326 ff.).

4.1.

Im konkreten Fall ist zu erwarten, dass beim Betrieb der Anlage nicht der technische Lärm im Vordergrund steht, sondern der Verhaltenslärm von Menschen, welche die Anlage benutzen. Dieser unterscheidet sich vom *Charakter* her vom Lärm technischer Art, der von Maschinen usw. stammt. Während der technische Lärm normalerweise mehr oder weniger gleichförmig ist, kennzeichnet sich der menschliche Verhaltenslärm, der bei der Ausübung von Sport entsteht, häufig durch auffällige Pegeländerungen bzw. Impulse. Das gilt etwa für Schiedsrichterpfiffe, Zuschauerreaktionen, Starterpistolen, Aufschlagen von Bällen und Lautsprecherdurchsagen. Solcher mit auffälligen Pegelveränderungen auftretender Lärm wird bei gleichem mittleren Schallpegel gemeinhin als störender empfunden als ein Geräusch von konstanter Intensität. Impulshafte Geräusche sind schwer vorausseh- und ausblendbar. Tagsüber erschweren sie deshalb das Verrichten von Arbeiten, die eine hohe Konzentration erfordern; nachts können sie zum wiederholten Aufwecken von Lärmbetroffenen führen. Negativ wirkt sich auch der Umstand aus, dass die mit dem Sportbetrieb verbundenen Geräusche oft informationshaltig sind. Weil die unerwünschte Wahrnehmung von Informationen ablenkt, wirkt die unerwünschte Konfrontation mit informationshaltigen Geräuschen generell störend (siehe zum Ganzen: Gerd Ketteler, Sportanlagenlärmschutzverordnung, Bedeutung der 18. BImSchV im Hinblick auf das Immissionsschutz-, Bau- und Zivilrecht einschliesslich des Rechtsschutzes, Heidelberg 1998, S. 23 f. [Ketteler, Kommentar]; Widmer Dreifuss, a.a.O., S. 336, 353 f. mit Hinweisen; BGE 123 II 334; VGE III/40 vom 23. Mai 2006 [WBE.2003.247/251], S. 57).

Für die Störwirkung von «untechnischem» Alltagslärm sind zudem subjektive Faktoren von Bedeutung, die in der persönlichen Situation des Lärmbetroffenen begründet sind. Hierzu zählen beispielsweise sein Gesundheitszustand, seine (Un-)Tätigkeit während der Geräuschwahrnehmung, sein Ruhebedürfnis, die individu-

elle Gewöhnung, die persönliche Einstellung zu den Ursachen des Lärms oder die subjektive Vorstellung des Betroffenen von der Notwendigkeit und der Vermeidbarkeit des Geräuschs (Ketteler, Kommentar, S. 17). Gerade bei Geräuschen, die von Sportanlagen ausgehen, wirken sich diese subjektiven Faktoren in erheblichem Mass auf die Störwirkung aus (Ketteler, Kommentar, S. 18). Häufig tritt neben diesen menschlichen Verhaltenslärm beim Betrieb von Sportanlagen auch technischer Lärm (z.B. Verkehrslärm), der die Störwirkung verschärfen kann.

4.2.

Sportlärm wird deshalb häufig als lästig empfunden, weil er normalerweise in *Zeiten* auftritt, welche von den Lärmbetroffenen zur Entspannung und Erholung genutzt wird, nämlich in den Abendstunden, an Sonn- und Feiertagen und in der «Gartensaison» (Ketteler, Kommentar, S. 23; Widmer Dreifuss, a.a.O., S. 354 f.; Bernhard Stürer/Jens Middelbeck, Sportlärm bei Planung und Vorhabenzulassung, BauR 1/2003, S. 38). Ein bestimmter Schallpegel ist nun gerade zu solchen Zeiten als stärker störend zu beurteilen als während der üblichen Arbeitszeiten (Widmer Dreifuss, a.a.O., S. 354 f. mit Hinweisen). Diese Ausführungen harmonisieren mit der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung zur Immissionsempfindlichkeit in gemischten Zonen; der Erholungsfunktion der Wohnnutzung wird auch dort ein hoher Stellenwert eingeräumt, insbesondere wenn es um den Schutz der Nacht- oder Sonntagsruhe geht (AGVE 1999, S. 254 mit Hinweisen; siehe zum Ganzen auch VGE III/40 vom 23. Mai 2006 [WBE.2003.247/251], S. 57 f.).

4.3.

Von Bedeutung ist auch die *Lärmempfindlichkeit und Lärmvorbelastung* der Zone, in welcher der Lärm auftritt. Im konkreten Fall befinden sich die Liegenschaften der Beschwerdeführer in der Landhauszone W1. Es handelt sich dabei um eine lärmempfindliche Zone, in der der Erhaltung der Wohnqualität hohes Gewicht beizumessen ist. Auch in solchen Wohnzonen kommt es jedoch zu Lärmimmissionen, beispielsweise durch spielende Kinder. Kinder und Jugendliche gehören mit allen ihren lauten und leisen Äusserungen zum Wohnen und sind in einer Wohnzone zu akzeptieren, auch wenn sie auf einem

Platz zum Spielen zusammenkommen und deshalb mit einem erhöhten Lärmpegel zu rechnen ist (Entscheid der Baurekurskommission Zürich vom 30. März 2004, in: URP 2004, S. 347). An schönen Tagen und Sommerabenden ist es in einer Wohnzone zudem üblich, draussen auf der Terrasse oder auf dem Balkon zu sitzen, dort zu essen, sich zu unterhalten und auch Gäste zu empfangen (BGE vom 15. Mai 2001 [1A.282/2000 und 286/2000], in: URP 2001, S. 930). Der mit der Sportausübung verbundene menschliche Verhaltenslärm passt vom Charakter her besser zu einer solchen Wohnnutzung als technischer Lärm. Im konkreten Fall grenzt das Halde-Quartier zudem an die Hasenbergstrasse an. Es ist deshalb davon auszugehen, dass der Lärm der umstrittenen Anlage teilweise durch den vorbestehenden Lärm in der Landhauszone und den Verkehrslärm der Hasenbergstrasse überlagert wird. Auf eine teilweise Überlagerung durch den Verkehrslärm lassen auch die Testmessungen der Beschallungsanlage schliessen, die beim Empfangspunkt X. durchgeführt wurden. Dass die Landhauszone im Randbereich zur einer Zone für öffentliche Bauten und Anlagen liegt, wird im schweizerischen (anders als im deutschen) Recht nicht berücksichtigt; es ist allein auf den Immissionsort abzustellen (BGE vom 4. März 2002 [1A.73/2001], Erw. 2.3, mit Hinweis).

4.4.

Es besteht somit ein Störungspotenzial, das nicht nur von Charakter des Lärms, Zeitpunkt und Häufigkeit seines Auftretens, der Lärmvorbelastung und der Lärmempfindlichkeit des Immissionsortes abhängt, sondern auch von der Schallintensität, für deren Beurteilung im schweizerischen Recht keine Grenzwerte bestehen.

5.

Bei der Beurteilung der Lärmimmissionen kann das Gericht Analogieschlüsse aus ähnlichen Lärmarten ziehen, auf das ortsübliche Mass oder auf die eigene Erfahrung abstellen oder sich auf ausländische Regelwerke und Richtlinien abstützen, wobei in jedem Fall objektivierte Kriterien anzuwenden sind (vgl. zur objektivierten Betrachtung BGE 126 II 368 f.; 115 Ib 451).

5.1.

Die Praxis beurteilt die sinngemässe Anwendung von Grenzwerten, die auf andere Lärmarten (wie Gewerbe- und Industrielärm) ausgerichtet sind, als kritisch, weil diese Grenzwerte auf typischen Industrie- und Gewerbelärm zugeschnitten und nur in Verbindung mit hierfür passenden Mess- und Beurteilungsverfahren aussagefähig sind. Gerade der Informationsgehalt, durch den sich menschlicher Lärm auszeichnet, schlägt sich in diesen Belastungsgrenzwerte nicht nieder (BGE 123 II 333 f.; VGE III/40 vom 23. Mai 2006 [WBE.2003.247/251], S. 44; Entscheid des Verwaltungsgerichts Zürich vom 29. August 2007 [VB.2007.00240], in: Baurechtsentscheide Kanton Zürich [BEZ] 2007, S. 47; Entscheid des Verwaltungsgerichts Luzern vom 21. August 2003 [V 02 81], in: URP 2004, S. 243). Kurzzeitige Geräuschspitzen, die ebenfalls als störend empfunden werden können, wirken sich zudem kaum auf die gemittelten Beurteilungspegel aus. Mit der Anwendung von Anhang 6 zur LSV, der sich auf den naturgemäss mehr oder weniger gleichförmigen Gewerbe- und Industrielärm bezieht und auf kurzzeitige Geräuschspitzen keine Rücksicht nimmt, könnte die Störwirkung des Sportlärms somit nicht angemessen erfasst werden. Während technischer Lärm innerhalb der Beurteilungsperioden Tag und Nacht in ähnlicher Weise wirkt, lässt sich der Lärm, der von einer Sportanlage ausgeht, kaum typisieren. Die Auswirkungen hängen in erheblichem Ausmass von Art und Grösse der Anlage, der Art der Nutzung sowie dem Verhalten der Benutzer ab. Anders als bei Kinderspielplätzen stiesse deshalb eine Beurteilung der Lärmproblematik, welche sich an den Erfahrungen des Gerichts aus anderen Fällen und nicht an wissenschaftlich breit abgestützten Grenzwerten orientiert, hier an ihre Grenzen. In derart komplexen Fällen liesse sich eine erfahrungsbezogene Beurteilung der Lärmproblematik kaum adäquat begründen. Im Übrigen sind schweizweit kaum Vergleichsfälle vorhanden, aus denen brauchbare Analogieschlüsse gezogen werden könnten. Das Bundesgericht schliesst zwar auch in Fällen der vorliegenden Art eine erfahrungsbezogene Beurteilung der Lärmproblematik nicht von vornherein aus (BGE 133 II 303), nach der Einschätzung des Verwaltungsgerichts würde jedoch ein völliger Verzicht auf das messbare

Kriterium der Schallintensität der Lärmproblematik nicht gerecht und läge weder im Interesse der Rechtssicherheit noch der Rechtsgleichheit.

Die bundesrechtlich vorgeschriebene objektivierte Betrachtung der Lärmsituation verlangt somit in Fällen der vorliegenden Art eine Mitberücksichtigung der Schallintensität. Dabei darf allerdings nicht übersehen werden, dass die Störwirkung solcher Anlagen nicht nur von der Schallintensität, sondern in erheblichem Umfang auch von den genannten, nicht akustischen Einflüssen geprägt wird. In der Literatur wird sogar die Auffassung vertreten, dass rund zwei Drittel des Lärmempfindens physikalisch nicht erfassbar seien (Ketteler, Kommentar, S. 17, mit Hinweisen). Die Aussagekraft von Beurteilungsinstrumenten, die in erster Linie auf die in Dezibel messbare Schallintensität abstellen, ist deshalb beschränkt (vgl. Hoffmann, Keine Grenzwerte - kein Lärm?, in: URP 1994, S. 419 ff. [Hoffmann, URP]; derselbe, Schall und Lärm, Eine kleine Einführung in die akustischen Grundbegriffe, in: Klang, Geräusch, Schall oder Lärm, hrsg. von Cercle Bruit Schweiz, abrufbar unter: http://www.laerm.ch/de/pub/pub_inhalt.html, S. 13/2). Diese Feststellung vermag jedoch eine Beurteilung, die sich an objektiv messbaren Faktoren ausrichtet, nicht grundsätzlich in Frage zu stellen. Es gilt immerhin im Auge zu behalten, dass sich zwar Schallintensität, Häufigkeit und Dauer des Lärms sowie der Zeitpunkt seines Auftretens prognostizieren lassen, kaum aber die effektive Störwirkung.

5.2.

Für die Beurteilung von Sportlärm kommt die deutsche 18. Verordnung zur Durchführung des Bundes-Immissionsschutzgesetzes (18. BImSchV; Sportanlagenlärmschutzverordnung) vom 18. Juli 1991 in Betracht (BGE 133 II 297), die sich mit dem Lärm von Sportanlagen befasst und der Schallintensität Rechnung trägt.

6.

6.1.

Die Beschwerdegegner bestreiten, dass die Kriterien des deutschen Rechts mit dem schweizerischen Lärmschutzrecht vereinbar seien. Sie beziehen sich damit auf die Praxis des Bundesgerichts, wo-

nach sich ausländische bzw. private Richtlinien als Entscheidungshilfe eignen, sofern die Kriterien, auf welche diese Unterlagen beruhen, mit denjenigen des schweizerischen Lärmschutzrechts vereinbar sind (BGE 133 II 297).

6.2.

Im deutschen Recht sind Sportanlagen der umstrittenen Art grundsätzlich nach den §§ 22 f. des Bundes-Immissionsschutzgesetzes (BImSchG) vom 26. September 2002 zu beurteilen. Solche Anlagen sind so zu errichten und zu betreiben, dass schädliche Umwelteinwirkungen verhindert werden, die nach dem Stand der Technik vermeidbar sind, nach dem Stand der Technik unvermeidbare schädliche Umwelteinwirkungen auf ein Mindestmass beschränkt werden und die beim Betrieb der Anlagen entstehenden Abfälle ordnungsgemäss beseitigt werden können (§ 22 Abs. 1). Schädliche Umwelteinwirkungen im Sinne des BImSchG sind Immissionen, die nach Art, Ausmass oder Dauer geeignet sind, Gefahren, erhebliche Nachteile oder erhebliche Belästigungen für die Allgemeinheit oder die Nachbarschaft herbeizuführen (§ 3 Abs. 1 BImSchG). Die 18. BImSchV konkretisiert für den Sportlärm die Anforderungen, die sich aus dem BImSchG ergeben (Ketteler, Kommentar, S. 89). Die Fragestellung im deutschen Recht gleicht somit derjenigen, welche das schweizerische Recht vorgibt. Dieses fragt danach, ob eine erhebliche Störung im Wohlbefinden der Bevölkerung oder eine höchstens geringfügige Störung eintritt (siehe vorne Erw. 3.2.2). Zu erörtern bleibt, ob auch die Kriterien zur Beurteilung der Zumutbarkeit, welche die beiden Rechtsordnungen verwenden, miteinander vereinbar sind.

6.2.1.

Die 18. BImSchV weist verschiedene Parallelen zur schweizerischen LSV auf. Nach beiden Rechtsordnungen wird das Mass der Störung auf Grund der Schallintensität am Immissionsort beurteilt, wobei ein Beurteilungspegel gebildet wird, der einen A-bewerteten Mittelungspegel L_{eq} als akustische Grösse verwendet und diesen mit Korrekturen für die Impulshaftigkeit und Ton- bzw. Informationshaltigkeit ergänzt. Sowohl nach Anhang 6 zur LSV (Belastungsgrenzwerte für Industrie- und Gewerbelärm) wie auch nach der

18. BImSchV wird eine Unterteilung in Beurteilungszeiten mit gleichbleibendem Lärmcharakter vorgenommen und der resultierende Beurteilungspegel als energetische Summe sämtlicher Teilbeurteilungspegel gebildet. Daneben bestehen aber auch Unterschiede. So unterscheidet das deutsche Recht nicht zwischen Planungswerten, Immissionsgrenzwerten und Alarmwerten, sondern kennt nur Immissionsrichtwerte. Neben den Tages- und Nachtgrenzwerten definiert sodann die 18. BImSchV anders als die LSV weitere Zeiten mit erhöhtem Ruhebedürfnis. Im Gegensatz zur LSV kennt die 18. BImSchV ausserdem nicht 4, sondern 5 Empfindlichkeitsstufen. Ferner wird (nur) im deutschen Recht auf Maximalpegel von kurzfristigen Geräuschspitzen Rücksicht genommen. Schliesslich trifft das deutsche Recht Ausnahmeregelungen für Schulsport und für seltene Ereignissen, was in der LSV weder so noch in ähnlicher Form vorgesehen ist.

6.2.2.

Aus den genannten Unterschieden darf indes nicht ohne Weiteres abgeleitet werden, die deutsche Regelung taue nicht als Entscheidungshilfe. Es sind nämlich gerade diese Besonderheiten der deutschen Regelung, welche eine störungsgerechte Beurteilung des Sportlärms ermöglichen. So eignen sich beispielsweise kurze Mittelungspegel, wie sie im deutschen Lärmschutz verwendet werden, besser zur Beurteilung von Sportlärm, der sich durch eine hohe Impulshaftigkeit und durch ein periodisches Auftreten auszeichnet. Auch der besondere Schutz von Ruhezeiten und der Sonn- und Feiertage macht insbesondere bei Sportlärm Sinn. Während Industrie- und Gewerbelärm mehrheitlich an Werktagen und ausserhalb der Rekreationszeiten anfällt, entsteht der Sportlärm überwiegend in Zeiträumen, in der die betroffene Bevölkerung Ruhe sucht. Dementsprechend sind auch die Ruhezeiten gemäss Anhang 6 zur LSV auf die typische Werkstätigkeit von Gewerbe und Industrie ausgerichtet (vgl. VGE vom 23. Mai 2006 [WBE.2003.247/251], S. 43 f.). Das Bundesgericht erwog denn auch in einem Fall aus dem Jahr 2002, eine zeitliche Abstufung der Lärmempfindlichkeit gestützt auf die örtlichen Verhältnisse und die allgemeine Lebenserfahrung sei nicht von vornherein ausgeschlossen und verwies unter anderem darauf, dass

die Eidgenössische Kommission für die Beurteilung von Lärm-Immissionsgrenzwerten 1979 festgehalten habe, dass eine Differenzierung nach Tag, Abend und Nacht, entsprechend den drei Tätigkeitsphasen Arbeiten, Erholen, Schlafen, ideal wäre. Sie habe jedoch aus Praktikabilitätsgründen von einer solchen Dreiteilung abgesehen und sich für eine Zweiteilung mit den Perioden Tag und Nacht entschieden (1. Teilbericht, Belastungsgrenzwerte für den Strassenverkehrslärm, 1979, S. 24 f.). Nach den Erwägungen des Bundesgerichts darf aber bei der einzelfallweisen Beurteilung von Lärm, die sich direkt auf Art. 15 USG stützt, dem erhöhten Erholungsbedürfnis der Bevölkerung zu den Ruhezeiten Rechnung getragen werden (vgl. BGE vom 5. März 2003 [1A.139/2002], Erw. 4.1; nun auch BGE 133 II 302; Entscheid des Verwaltungsgerichts Zürich vom 29. August 2007 [VB.2007.00240], in: BEZ 2007, S. 49). Schliesslich nimmt das Spitzenpegelkriterium auf die spezielle Impulshaftigkeit des Sportlärms Rücksicht, weshalb darin ebenfalls kein Umstand erblickt werden kann, der einem Beizug des deutschen Rechts entgegen stünde. Im Übrigen lässt das schweizerische Recht die Impulshaftigkeit von Geräuschen nicht gänzlich unberücksichtigt. Zum einen ist die Impulshaftigkeit bei der Beurteilung von Gewerbe- und Industrielärm immerhin durch einen besonderen Zuschlag auf dem gemittelten Schallleistungspegel zu berücksichtigen. Zum anderen trägt die Praxis des Bundesgerichts der Impulshaftigkeit von Geräuschen, die sich kaum auf den gemittelten Pegel bzw. die Einhaltung der Grenzwerte auswirken, bei Lärm Rechnung, der zur Nachtzeit anfällt. Überschritten kurzzeitige und wiederholt auftretende Störungen in der Schlafperiode die Weckschwelle, könne auch bei Einhaltung der sich an Durchschnittspegeln orientierenden Belastungsgrenzwerten nicht von vornherein ausgeschlossen werden, dass dadurch das Wohlbefinden der schlafenden Bevölkerung beeinträchtigt werde (vgl. BGE 126 III 229; 102 Ib 274; 101 Ib 407).

6.2.3.

Die Privilegierung von «seltenen Ereignissen» im Sinn von § 5 Abs. 5 BImSchV i.V.m. Ziff. 1.5 des Anhangs zur 18. BImSchV nimmt ebenfalls auf die Besonderheiten des Sportlärms Rücksicht, weil dieser im Rahmen des Normalbetriebs der Anlage oder im Rah-

men von ausserordentlichen (seltenen) Ereignissen auftreten kann. Der Privilegierung der seltenen Ereignisse dürfte der Gedanke zugrunde liegen, dass die Unzumutbarkeitsschwelle bei Anlässen, die nur sporadisch durchgeführt werden, höher angesetzt werden darf als beim Normalbetrieb, mit dem eine Dauerbelastung verbunden ist (vgl. Widmer Dreifuss, a.a.O., S. 356 f.), zumal diese lange im voraus bekannt sind und man sich einigermaßen darauf einstellen kann (BGE 126 II 494; BGE vom 5. März 2003 [1A.139/2002], Erw. 5.5).

6.2.4.

Unter dem Aspekt der Kompatibilität des deutschen mit dem schweizerischen Lärmschutzrecht erscheint es hingegen problematisch, dass das deutsche Recht bestimmte Tätigkeiten (den Schulsport und Sportstudiengänge an Hochschulen) auf der Stufe der Zumutbarkeitsprüfung privilegiert (vgl. § 5 Abs. 3 18. BImSchV). Art. 25 Abs. 1 USG bietet keinen Raum für eine umfassende Abwägung der Interessen aller Beteiligten. Massgeblich für die Beurteilung ist gemäss Art. 40 Abs. 3 LSV i.V.m. Art. 15, 13 Abs. 2 und 23 USG die Störungswirkung des Lärms für die Betroffenen. Gesichtspunkte ausserhalb des Schutzziels von Art. 15 USG, wie z.B. das Interesse des Anlagenbetreibers oder der Raumplanung an der Errichtung oder dem Fortbestand einer Anlage, können bei der Beurteilung der Schädlichkeit oder Lästigkeit von Immissionen grundsätzlich nicht berücksichtigt werden (BGE vom 15. Mai 2001 [1A.282/2000 und 286/2000], in: URP 2001, S. 931; BGE vom 4. März 2002 [1A.73/2001], in: URP 2002, S. 106; Zäch/Wolf, Kommentar USG, Art. 15 N 30). Soweit die 18. BImSchV namentlich den Schulsport privilegiert, berücksichtigt sie solche öffentlichen Interessen, denen das schweizerische Recht auf dieser Stufe keine Rechnung trägt. Den öffentlichen Interessen am Schulsport kann im schweizerischen Recht nur (aber immerhin) im Rahmen des Vorsorgeprinzips und der Erleichterungen Rechnung getragen werden (Art. 11 Abs. 2 und Art. 25 Abs. 2 USG).

Da der Schulsport im Wesentlichen ausserhalb der in der 18. BImSchV definierten Zeiträume mit besonderem Ruhebedürfnis der Bevölkerung stattfindet und die Lärmbelastung nur bei Grossanlässen in einen heiklen Bereich gerät, ist der Schulsport bei der

Lärmbeurteilung von untergeordneter Bedeutung, weshalb trotz dieses punktuellen Kompatibilitäts-Konflikts der beiden Rechtsordnungen hilfsweise auf die 18. BImSchV abgestellt werden kann. Diese Beurteilung liegt auch auf der Linie des Bundesgerichtsentscheidendes in Sachen Einwohnergemeinde Würenlos, wo das Bundesgericht den Beizug der 18. BImSchV im Ergebnis schon deshalb zuliess, weil die LSV den Sportlärm überhaupt nicht regelt (BGE 133 II 302; vgl. auch Entscheid des Verwaltungsgerichts Zürich vom 29. August 2007 [VB.2007.00240], in: BEZ 2007, S. 46 ff.; Entscheid des Verwaltungsgerichts Luzern vom 21. August 2003 [V 02 81], in: URP 2004, S. 234 ff.; Zäch/Wolf, Kommentar USG, Art. 15 N 44).

6.2.5.

Die 18. BImSchV kann somit grundsätzlich als Entscheidungshilfe herangezogen werden. Sie erlaubt eine objektivierte Mitberücksichtigung der Schallintensität. Normen anderer Staaten, die ebenfalls eine spezifische Beurteilung des Sportlärms zuliessen, sind dem Gericht weder bekannt, noch werden solche von den Verfahrensbeteiligten genannt. Die Befürchtung, es werde in willkürlicher Weise eine einzige ausländische Rechtsordnung herangezogen, ist somit unbegründet.

6.3.

Die 18. BImSchV ist für die Beurteilung von Anlagen der streitbetroffenen Art zwar wertvoll, die Bedeutung, die ihr als Entscheidungshilfe im vorliegenden Fall zukommt, darf aber auch nicht überbewertet werden.

Wie gesagt (siehe vorne Erw. 4.1 und 5.1) hängt die Störwirkung von «untechnischem» Alltagslärm nur teilweise von der Schallintensität ab, weshalb die Aussagekraft von Beurteilungsinstrumenten, die in erster Linie auf die Schallintensität abstellen, von vornherein beschränkt ist. In der Schweiz hatte der Gesetzgeber bei der Schaffung der LSV wohl primär Lärm technischen Ursprungs im Auge (Monika Kölz-Ott, Die Anwendbarkeit der bundesrechtlichen Lärmschutzvorschriften auf menschlichen Alltagslärm und verwandte Lärmarten, in: URP 1993, S. 380). Trotz der zunehmenden Bedeutung von «untechnischem» Lärm hat der Gesetzgeber bis heute darauf verzichtet, hierfür spezielle Grenzwerte einzuführen. Das ist

wohl weniger auf eine Nachlässigkeit des Gesetzgebers zurückzuführen, als auf den Umstand, dass sich solcher Lärm auf Grund seiner Eigenheiten mit Grenzwerten nur schwer erfassen lässt (vgl. Hoffmann, URP, S. 428). Auch wenn bei grösseren Anlagen die Schallintensität aus Gründen der Rechtssicherheit und der Rechtsgleichheit nicht vollständig ausser Acht gelassen werden kann, erheben sich somit gegen den Ansatz, den das deutsche Recht gewählt hat, aus schweizerischer Sicht gewisse Bedenken. Da die Störungswirkung in erheblichem Mass vom individuellen, schwer prognostizierbaren Verhalten der Benutzer (vgl. Richtlinie 3770 des Vereins deutscher Ingenieure [VDI] über die Emissionskennwerte technischer Schallquellen, Sport- und Freizeitanlagen, April 2002, S. 2 [nachfolgend VDI 3770]) und von physikalisch nicht messbaren Faktoren abhängt, könnte die Beurteilung des Sportlärms nach deutschem Recht zu einer trügerischen, objektivierten Aussage über das Störungsmass führen. In der schweizerischen Lehre und Praxis wird denn auch darauf hingewiesen, das deutsche Recht berge die Gefahr, dass die Beurteilung von Sportgeräuschen zu starr ausfalle (vgl. Widmer Dreifuss, a.a.O., S. 352; BGE 133 II 302). Die 18. BImSchV wird jedoch ohnehin nur als Entscheidungshilfe beigezogen. Das Gericht ist nicht an das Ergebnis gebunden, das sich nach deutschem Recht ergibt. Sofern dies sachlich geboten erscheint, kann und muss davon abgewichen werden (ebenso Entscheid des Verwaltungsgerichts Zürich vom 29. August 2007 [VB.2007.00240], in: BEZ 2007, S. 50).

Umstritten ist, ob den Richtwerten der 18. BImSchV im deutschen Recht die Bedeutung verbindlicher Grenzwerte zukommt. Nachdem die Aufgabe der 18. BImSchV darin bestand, durch gesetzliche Vorschriften die Grenze für die Zumutbarkeit oder Unzumutbarkeit von Sportlärm verbindlich festzulegen, lässt der Gesetzeszweck auf verbindliche Grenzwerte schliessen. Die Bezeichnung als *Richtwerte* sowie die Materialien sprechen hingegen dafür, dass Abweichungen möglich sind. Die deutsche Lehre und Praxis gehen davon aus, dass die Richtwerte eine verbindliche Zumutbarkeitsschwelle markieren (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 23. September 1999, in: NVwZ 2000, S. 1051, mit Hinweis; vgl. zum Ganzen Kettler, Kommentar, S. 89 ff., mit Hinweisen). Die Baugeneh-

migung (Baubewilligung) ist daher grundsätzlich zu verweigern, wenn die Immissionsrichtwerte nach der 18. BImSchV überschritten werden (Gerd Ketteler, Die Sportanlagenlärmschutzverordnung [18. BImSchV] in Rechtsprechung und behördlicher Praxis, Eine Bilanz nach 10 Jahren, NVwZ 2002, S. 1071 [Ketteler, NVwZ]; ähnlich derselbe, Kommentar, S. 89 ff., mit Hinweisen; vgl. zur Kontroverse auch BGE 133 II 301). Bei Einhaltung der Richtwerte nehmen die deutsche Lehre und Praxis an, dass keine erhebliche Belästigung vorliegt (Ketteler, Kommentar, S. 90, mit Hinweisen; derselbe, NVwZ, S. 1072).

6.4.

6.4.1.

Unklar ist, *wie* das deutsche Recht zu berücksichtigen ist. Denkbar ist zunächst, dass die deutschen Kriterien in das schweizerische Recht transponiert werden und dieses alsdann in angepasster Form zur Anwendung gelangt. Ein solches Vorgehen erscheint aus zwei Gründen problematisch. Es führte einerseits zu schwierigen Fragen im Rahmen der Anpassung der deutschen Regeln an das schweizerische Recht. Diese Umdeutungsprobleme zeigen sich etwa darin, dass das deutsche Lärmschutzrecht (anders als das schweizerische) nicht zwischen Planungs-, Immissionsgrenz- und Alarmwerten unterscheidet, sondern nur Immissionsrichtwerte kennt. Ausserdem bestehen nach deutschem Recht mehr Empfindlichkeitsstufen als nach schweizerischem, weshalb eine Zuordnung der Kategorien ebenfalls auf Probleme stiesse. Versucht man gleichwohl, das deutsche mit dem schweizerischen Lärmschutzrecht in Übereinstimmung zu bringen, besteht die Gefahr, dass das Ergebnis im Rahmen dieses «Umdeutungsvorgangs» seine Aussagekraft verliert und weder aus der Sicht des deutschen noch aus derjenigen des schweizerischen Rechts interpretiert werden kann. Die Problematik der Umdeutung ergibt sich auch daraus, dass sich die Richtwerte nach deutschem und die Grenzwerte nach schweizerischem Lärmschutzrecht trotz teilweiser numerischer Übereinstimmung unterschiedlich auswirken. Die Grenz- bzw. Richtwerte hängen nämlich eng mit der Frage zusammen, wie der Lärm ermittelt wird. Da das schweizerische Recht längere Mittelungspegel als das deutsche Recht kennt, führten gleich

hohe Grenz- bzw. Richtwerte auf Grund der länderspezifischen Ermittlungsmethode zu einem unterschiedlich hohen Schutzniveau. Der Schutz des Betroffenen ginge bei gleich hohen Grenzwerten in der Schweiz weniger weit, weil die längeren Mittelungszeiten hierzulande zu einem gewissen «Verdünnungseffekt» führen. Ein solches Vorgehen würde jedoch den Anforderungen der 18. BImSchV nicht gerecht. Aus den dargelegten Gründen erscheint fraglich, ob das nach einer Transponierung der deutschen Regelung in das schweizerische Recht gewonnene Ergebnis eine sinnvolle Aussage über die Zumutbarkeit der Störung überhaupt noch zuliesse. Um ein aussagekräftiges Resultat zu gewährleisten, erachtet es das Verwaltungsgericht für eine Heranziehung der 18. BImSchV als Entscheidungshilfe zwingend, dass die Anwendungsparameter der 18. BImSchV beachtet werden (so schon im aufgehobenen VGE vom 23. Mai 2006 [WBE.2003.247/251], S. 56).

Vorzuziehen ist daher der zweite Weg, der darin besteht, die Lärmsituation in einem ersten Schritt ausschliesslich nach deutschem Recht zu beurteilen. Insbesondere dürfen die Parameter, welche dieser Verordnung zu Grunde liegen, nicht aus Gründen, die dem deutschen Lärmschutzrecht fremd sind, abgeändert werden. Das so gewonnene Ergebnis ist in einer zweiten Phase aus der Sicht des schweizerischen Lärmschutzrechts zu würdigen. Auf dieser zweiten Stufe kann auch dem Umstand Rechnung getragen werden, dass bestimmte Regelungen der 18. BImSchV nicht primär auf wissenschaftlichen Erkenntnissen der Lärmforschung beruhen, sondern Ergebnis einer normativen Gewichtung des Sportlärms und des Ruhebedürfnisses der Anrainer ist, welche in der Schweiz durchaus anders ausfallen kann. Auf dieser zweiten Stufe wären gegebenenfalls ländertypische Unterschiede in Recht und Wirklichkeit zu berücksichtigen (vgl. VGE vom 23. Mai 2006 [WBE.2003.247/251], Erw. 5.6.2.3). So kann und muss auf dieser Stufe beispielsweise sichergestellt werden, dass der Sportlärm in der Schweiz nicht strenger beurteilt wird als Gewerbe- und Industrielärm. Eine solche Benachteiligung des Sportlärms liesse sich nicht vertreten angesichts der erheblichen öffentlichen Interessen an der Ausübung des Sports, vor allem des Freizeit-, Breiten- und Jugendsports.

6.4.2.

6.4.2.1.

Folgt man dem zweiten Ansatz und wendet das deutsche Recht nach den Grundsätzen an, die auch der deutsche Richter beachten würde, ist klar, dass bei der Lärmbeurteilung auf die Immissionsrichtwerte abzustellen ist, weil diese auch bei der Zulassung von Neuanlagen zu beachten sind (§ 1 Abs. 1 der 18. BImSchV; Entscheidung des Verwaltungsgerichts Zürich vom 29. August 2007 [VB.2007.00240], in: BEZ 2007, S. 49). Wird die 18. BImSchV nach deutschem Muster angewandt, bedarf es keiner Umdeutung der deutschen Immissionsrichtwerte in Planungswerte nach schweizerischem Recht, wie sie das Bundesamt für Umwelt (BAFU) im Sportplatzfall der Einwohnergemeinde Würenlos vorschlägt.

6.4.2.2.

Die Empfindlichkeit des Immissionsorts ist folgerichtig ebenfalls aus der Sicht des deutschen Rechts zu bewerten: Nach der deutschen Baunutzungsverordnung (BauNVO) vom 23. Januar 1990 dienen «reine Wohngebiete» dem Wohnen, andere als Wohnnutzungen sind nur ausnahmsweise zulässig und nur dann, wenn sie ausschliesslich Bedürfnisse der Bewohner des betreffenden Gebiets abdecken (§ 3). «Allgemeine Wohngebiete» dienen dagegen vorwiegend dem Wohnen. Neben Wohngebäuden sind auch Bauten und Nutzungen zulässig, die der Versorgung des Gebiets dienen sowie nicht störende Handwerksbetriebe (§ 4). Ein normales Restaurant, das auch gebietsfremde Kunden anzieht, wäre demnach auch im allgemeinen Wohngebiet nicht zulässig. Das Verwaltungsgericht ging im Sportplatzfall der Einwohnergemeinde Würenlos infolge von Interpretationsschwierigkeiten der 18. BImSchV «vorsichtshalber» von den Richtwerten für reine Wohngebiete aus (VGE vom 23. Mai 2006 [WBE.2003.247/251], S. 52 f.). Da es sich jedoch bei der Frage der Einstufung um eine Rechtsfrage und nicht um eine prognostische Annahme handelt, ist dieses Vorgehen zu hinterfragen. Das BAFU hielt im Sportplatzfall der Einwohnergemeinde Würenlos dafür, in der Empfindlichkeitsstufe II seien generell die Richtwerte für allgemeine Wohngebiete einzuhalten. Das Bundesgericht hat diese Einstu-

fung in seinem Entscheid vom 17. Juli 2007 als «praktikabel» eingestuft (BGE 133 II 302).

Festzuhalten ist daran, dass die 18. BImSchV nach den Grundsätzen anzuwenden ist, die auch der deutsche Richter zu beachten hätte, andernfalls die Gefahr entstünde, dass das Ergebnis der Beurteilung nach der 18. BImSchV einen erheblichen Teil seiner Aussagekraft verliert. In der Landhauszone ist neben der Wohnnutzung auch nicht störendes Gewerbe zugelassen (§ 4 Abs. 1 BNO Widen). Da in allgemeinen Wohngebieten nach deutschem Recht ebenfalls nur nicht störende Handwerksbetriebe sowie Restaurants zugelassen sind, welche keine gebietsfremde Kundschaft anziehen, scheint die Einstufung des BAFU und des Bundesgerichts auch aus der Sicht des deutschen Rechts vertretbar. Anders als im schweizerischen Recht, stellen die deutsche Judikatur und Literatur bei der Beurteilung der Zumutbarkeit nicht vorbehaltlos auf die Richtwerte am Immissionsort ab. Die Eigentümer und Nutzer von Grundstücken an der Grenze zu einer lärmintensiveren Zone könnten nicht denselben Schutz vor Immissionen beanspruchen wie diejenigen im Inneren der lärmempfindlicheren Zone gelegenen Grundstücke (Ketteler, NVwZ, S. 1073; Stür/Middelbeck, a.a.O., S. 42). Für die Randlage eines Wohngrundstücks an der Grenze zum weniger lärmempfindlichen Aussenbereich sei kennzeichnend, dass dort mit Immissionen gerechnet werden müsse, die innerhalb des Wohngebiets nicht zulässig wären. Die Bewohner peripherer Liegenschaften müssten deshalb mit Mehrimmissionen rechnen (Ketteler, Kommentar, S. 105). Für den Fall, in dem unverträgliche Nutzungen auf engem Raum aufeinander stossen, wird teilweise die Anwendung eines Mittelwerts postuliert, teilweise vertreten, der Immissionsrichtwert des lärmempfindlicheren Gebiets dürfe bis zu 5 dB(A) überschritten werden (Ketteler, NVwZ, S. 1073; derselbe, Kommentar, S. 101 ff.; vgl. zum Ganzen auch Stür/Middelbeck, a.a.O., S. 42 f.). Bei einem Wohnhaus, das sich in einem reinen Wohngebiet am Rande zum Aussenbereich befindet, kommen die Richtwerte für allgemeine Wohngebiete in Betracht (Ketteler, Kommentar, S. 105, mit Hinweisen). Zwar stellt das schweizerische Recht allein auf die Einstufung des Immissionsorts ab, ohne auf benachbarte Zonen Rücksicht zu nehmen, die

18. BImSchV ist jedoch auch in dieser Hinsicht nach deutschen Grundsätzen anzuwenden.

Ein Konflikt verschiedenartiger Nutzungen liegt hier vor, nachdem sich die Liegenschaften der Beschwerdeführer im Grenzbereich zu Zonen für öffentliche Bauten und Anlagen (Spezialzonen SP S und SB) befinden, in denen mit Immissionen zu rechnen ist, die innerhalb des Wohngebiets nicht zulässig wären. Im vorliegenden Fall kommt zwar die Bebauungsart des Halde-Quartiers, in dem gemischte Nutzungen nur unter besonderen Voraussetzungen zulässig sind, tendenziell dem reinen Wohngebiet näher, immerhin sind jedoch auch in der streitbetreffenden Landhauszone W1 gewisse gewerbliche Tätigkeiten zulässig. Die Behauptung der Beschwerdeführer, wonach es bei bereits überbauten Gebieten nicht auf die gesetzlich mögliche, sondern auf die tatsächliche Nutzung ankomme, ist zu relativieren. § 2 Abs. 6 der 18. BImSchV stellt in erster Linie auf die in den Bebauungsplänen festgesetzte und damit auf die gesetzlich zulässige Nutzung ab. Nur dort, wo diese erheblich von der tatsächlichen Nutzung abweicht, rückt die effektive Nutzung in den Vordergrund. Auch in diesem Fall muss jedoch nach den Vorgaben der 18. BImSchV die vorgesehene bauliche Entwicklung berücksichtigt werden. Auf eine erhebliche Abweichung ist ausserdem nicht schon dann zu schliessen, wenn die tatsächliche Nutzung in eine andere Gebietsklasse als die festgesetzte fällt (z.B. wenn ein festgesetztes allgemeines Wohngebiet als reines Wohngebiet einzustufen ist), da der Begriff der erheblichen Abweichung nach qualitativen-städtebaulichen Merkmalen zu bestimmen ist (Ketteler, NVwZ, S. 1073, mit Hinweis; Stür/Middelbeck, a.a.O., S. 42, je mit Hinweisen). Im konkreten Fall besteht unter städtebaulichen bzw. ortsplanerischen Gesichtspunkten insgesamt kein erheblicher Unterschied zwischen der gesetzlich möglichen und der effektiven Nutzung. Es kann auch nicht ausgeschlossen werden, dass sich das Quartier in Zukunft der gesetzlich vorgesehenen Maximalnutzung annähert. Für die Beurteilung der Schutzbedürftigkeit des Immissionsorts bleibt es daher beim gesetzlichen Normalfall, d.h. bei der Einstufung nach der für das Immissionsgebiet festgesetzten Nutzung. Weil ausserdem die periphere Lage der betroffenen Grundstücke die Schwelle zur Unzumutbarkeit

aus der Sicht des deutschen Rechts ansteigen lässt, erscheint es richtig, im konkreten Fall die Richtwerte des allgemeinen Wohngebiets anzuwenden. Diese betragen tags ausserhalb der Ruhezeiten 55 dB(A), tags innerhalb der Ruhezeiten 50 dB(A) und nachts 40 dB(A) (§ 2 Abs. 2 Ziff. 3 18. BImSchV). Von diesen Werten ging grundsätzlich auch der Gutachter aus, wobei sich bei den Berechnungstabellen offenbar ein Schreibfehler eingeschlichen hat. Beim Normalbetrieb beträgt der Grenzwert für die Nacht 40 dB(A) und nicht 45 dB(A). Bei den seltenen Ereignissen gelten im konkreten Fall die folgenden Richtwerte: tags ausserhalb der Ruhezeit 65 dB(A), tags innerhalb der Ruhezeit 60 dB(A) und nachts 50 dB(A).

7.

7.1. (... [Entstehung des Lärmgutachtens])

7.2.

Gemäss GA IV [Gutachten der EMPA] können die Vorgaben der 18. BImSchV dann vollständig eingehalten werden, wenn der Betrieb der Beschallungsanlage auf 18 Kalendertage pro Jahr beschränkt wird und die Beschallungsanlage an Wochen- und Samstagen ab 21.00 Uhr nicht mehr betrieben wird. Für den Fall, dass an mehr als 18 Kalendertagen pro Jahr Grossanlässe durchgeführt werden sollen, schlägt der Experte vor, an den verbleibenden Samstagen ab 20 Uhr auf Aktivitäten auf den Trainingsplätzen U1 und U2 zu verzichten. An Sonntagen müsse nach Massgabe des deutschen Rechts zwischen 13 und 15 Uhr eine Mittagspause eingelegt werden.

7.3. (... [Stellenwert des Gutachtens])

8.8.1. (... [methodische Kritik am Gutachten])

8.2. [inhaltliche Kritik am Gutachten]

8.2.1. (... [Lärmquellen])

8.2.2. [Annahmen zum Betrieb]

8.2.2.1. (...[Rüge ungenügender Grundlagen])

8.2.2.2.

Im konkreten Fall konnte sich die Lärmprognose auf das Betriebs- und Benützungsreglement vom 15. September 2004 (nachfolgend Reglement) und auf das Dokument «Modellbelegung für Aussenanlagen» vom 18. Juni 2004 (nachfolgend Modellbelegung) stützen. Das Reglement soll mit den in der kantonalen Teilbewilligung

vom 7. November 2005 verfügten Änderungen am Verkehrskonzept integrierenden Bestandteil der Baubewilligung vom 28. November 2005 bilden. Das Reglement regelt u.a. den Zweck des Regionalen Sport-, Freizeit- und Begegnungszentrums Burkertsmatt, die Belegungen der Sportanlagen, deren Öffnungszeiten, die Benützung der Fussball-Spielfelder, der Leichtathletik-Anlagen, der Beachvolleyball-Felder, des Streetball-Platzes, des Asphaltplatzes für Skater mit Trickbox, Unihockey und Streetball, der Beleuchtung und der Aussenlautsprecher, die Zufahrt und Parkordnung sowie die Grossveranstaltungen. Ergänzende Informationen lassen sich der Modellbelegung für Aussenanlagen entnehmen, die sich namentlich zu den Besucherzahlen äussert. Das Reglement und die Modellbelegung bestimmen somit die wesentlichen Elemente des geplanten Betriebs. Diese Unterlagen erlaubten es dem Experten, den Betrieb an einem intensiven, überdurchschnittlichen Nutzungstag sowie bei einer Grossveranstaltung zu modellieren und gestützt darauf eine Lärmprognose zu erstellen. Die Modellierung eines überdurchschnittlichen Nutzungstages erscheint dabei sinnvoller als das Abstellen auf einen Belegungsplan, der ohnehin nur provisorischen Charakter haben könnte. Zum einen steht vor Rechtskraft der Baubewilligung gar noch nicht fest, welche Anlagen wie und in welchem Umfang genutzt werden können; zum anderen können die Belegungen auch nach Inbetriebnahme der Anlage von Jahr zu Jahr ändern. Für die Baubewilligungsphase erscheint es daher richtig und zweckmässig, einen überdurchschnittlichen Nutzungstag bzw. eine lärmintensive Grossveranstaltung zu modellieren. Das Reglement und die Modellbelegung stellen somit grundsätzlich eine genügende und taugliche Grundlage für die Lärmprognose dar. In dem von den Beschwerdeführern angesprochenen Sportplatzfall der Einwohnergemeinde Würenlos war eine weitergehende Konkretisierung des Spielbetriebs deshalb möglich, weil dort eine Sportanlage bereits bestand.

Im Übrigen wird in der deutschen Gerichtspraxis jedenfalls teilweise die Auffassung vertreten, die Vorgaben für den Sportbetrieb müssten nicht zwingend in der Baugenehmigung bis ins Einzelne geregelt werden. Insbesondere wenn Intensität und Zumutbarkeit des Sportlärms (wie hier) von nur schwer zu prognostizierenden Umstän-

den, wie Auslastung der Sportanlage, Spielverlauf, Zuschauerzahl und den Wind- und Wetterverhältnissen abhängt, kann es nach einem Entscheid des Verwaltungsgerichts Berlin ausreichen, wenn durch eine Nebenbestimmung ein bestimmtes Höchstmass an Lärmimmissionen vorgegeben wird, dessen Einhaltung durch sinnvolle Betriebsgestaltung in der Verantwortung des Anlagebetreibers bleibt. Das gelte jedenfalls, sofern nicht von vornherein absehbar sei, dass ein sinnvoller Sportbetrieb unter Einhaltung des zulässigen Immissionsniveaus ausgeschlossen sei. Dadurch werde der Lärmbetroffene auch nicht vor unzumutbare Rechtsprobleme gestellt. Denn bei konkreten Anhaltspunkten dafür, dass der Betrieb der Anlage den Anforderungen der 18. BImSchV nicht entspreche, könne die zuständige Behörde Immissionsmessungen anordnen und nötigenfalls Anordnungen zum Schutz der Wohnruhe des Lärmbetroffenen verfügen und insbesondere Betriebszeiten anordnen (Urteil des Verwaltungsgerichts Berlin, 19. Kammer) vom 6. April 2005 [19 A 299.02], Erw. 3, mit Hinweisen]). Ob sich diese Überlegungen in das schweizerische Umweltrecht übertragen lassen, kann an dieser Stelle offen bleiben, weil das Reglement und die Modellbelegung genügende Grundlagen für die Lärmprognose bildeten. Gestützt darauf konnte der Gutachter nämlich den folgenden Betrieb modellieren bzw. das nachfolgende «Benutzungsmodell» definieren:

Lärmquelle/-phase		Wochen/ Jahr	Wochentage	Uhrzeiten	Anzahl Stunden	Auslastung	Benützte Plätze
Fussballverein	Trainings	32	Mo-Fr (5 Tage)	17:00-22:00	5 h	80 %	U1+U2+ U13
	Meisterschaft	32	Mo-Fr (2 Tage) Sa So	18:00-22:00 16:00-22:00 10:00-12:00 14:00-20:00	4 h 6 h 2 h 6 h	100 % 100 % 70 % 10 %	U12+U13
Übrige Vereine	Trainings	32	Mo-Fr (5 Tage)	17:00-22:00	5 h	70 %	U12+U13 +U7
Schulsport		40	Mo-Fr (5 Tage)	07:30-11:30 13:30-16:30	7 h	50 %	U1+U2+ U12+U7
Freie Benutzung	Streetball,	40	Mo-Sa (6 Tage)	10:00-21:00	11 h	50 %	U4a+U4b
	Rollerpark Beachvolley		So	10:00-18:00	8 h	50 %	U7

Grossveranstaltungen	Spielbetrieb	12	Sa So	10:00-12:00 14:00-22:00 10:00-12:00 14:00-20:00	10 h 8 h	100 % 100 %	U1+U2+ U12+U13
	Lautsprecheranlage	12	Sa So	10:00-12:00 14:00-22:00 10:00-12:00	10 h	90 %	
	Musik			14:00-20:00	8 h	90 %	
	Lautsprecheranlage	12	Sa So	10:00-12:00 14:00-22:00 10:00-12:00	10 h	10 %	
	Durchsagen			14:00-20:00	8 h	10 %	
Parkplatz	Normalbetrieb (Vereine)	32	Mo-Fr (5 Tage) Sa So	16:30-22:30 15:30-22:30 09:30-12:30 13:30-20:30	6 h 7 h 10 h		U3a
	Grossveranstaltungen	12	Sa So	09:30-00:30 09:30-20:30	15 h 11 h		U3a+U3b

Dieses Benutzungsmodell entspricht den Vorgaben des Reglements und der Modellbelegung sowie den Aussagen des Beschwerdegegners (...) über den geplanten Betrieb. Soweit das Benutzungsmodell sich detaillierter zum geplanten Betrieb äussert als das Reglement und die Modellbelegung, hat sich dieser an die lärmässig berücksichtigten Vorgaben des oben stehenden Benutzungsmodells zu halten. Die nachfolgende gerichtliche Beurteilung stützt sich auf dieses Benutzungsmodell. Im Falle einer wesentlichen Intensivierung des Betriebs, wären die Auswirkungen im Rahmen eines nachträglichen Immissionsschutzverfahrens neu zu beurteilen. Zu klären bleibt, ob die Annahmen im GA IV über den Betrieb der Anlage einer Plausibilitätsprüfung standhalten.

8.2.2.3-8.2.2.9. (... [Fussball, Schulsport, freie Benutzung, Beachvolleyball, Grossveranstaltungen, Verkehrslärm])

8.2.3. (... [Spitzenpegelkriterium])

8.2.4. (... [Walddämpfung])

9.

Zusammenfassend ist davon auszugehen, dass der Betrieb der Burkertsmattanlage unter Berücksichtigung der zusätzlichen betrieblichen Massnahmen, welche die EMPA im GA IV vorschlägt, den

Anforderungen der 18. BImSchV nach heutigem Kenntnisstand genügt. Mit anderen Worten indiziert das deutsche Recht für diesen Fall die Umweltverträglichkeit des Bauvorhabens. Der Beschwerdegegner unterzieht sich jedoch den im GA IV vorgeschlagenen betrieblichen Massnahmen nur für den Fall, dass diese auch nach schweizerischem Umweltrecht geboten sind. Die Ergebnisse der Beurteilung nach der 18. BImSchV bleiben daher aus der Sicht des schweizerischen Rechts zu würdigen.

9.1.

9.1.1.

Das schweizerische Lärmschutzrecht stellt bei bestehenden Anlagen auf den Immissionsgrenzwert (Art. 16 USG; Art. 8 Abs. 2 LSV) und bei Neuanlagen grundsätzlich auf den darunter liegenden Planungswert ab (Art. 25 Abs. 1 USG, Art. 7 Abs. 1 lit. b LSV). Der Planungswert wurde so definiert, dass die Lästigkeitsgrenze auch dann unterschritten wird, wenn zur vorgesehenen Anlage später noch weitere Lärmquellen hinzukommen. Bei Neuanlagen, die im öffentlichen Interesse liegen, dürfen jedoch Erleichterungen gewährt werden mit der Folge, dass die Lärmbetroffenen gewisse Mehrimmissionen hinzunehmen haben (Art. 25 Abs. 2 USG). Die Grenze dieser Erleichterungen liegt bei den Immissionsgrenzwerten, welche die Schwelle zur erheblichen Störung (vgl. Art. 15 USG) bzw. zur Schädlichkeit und Lästigkeit markieren (vgl. Zäch/Wolf, Kommentar USG, Art. 23 N 8 f.). Mit anderen Worten dürfen auch die Einwirkungen, die von einer Anlagen im öffentlichen Interesse ausgehen, nicht zu einer lästigen oder schädlichen Umweltbelastung führen. Da bei einer Zunahme der Immissionen in der Regel die Belästigung vor einer gesundheitlichen Schädigung eintritt, ist die Belästigung häufig das massgebende Kriterium (Zäch/Wolf, Kommentar USG, Art. 15 N 22). Bei der Frage, was als lästig zu gelten hat, ist auf einen repräsentativen Teil der Bevölkerung abzustellen, unter Rücksichtnahme auf Personengruppen mit erhöhter Empfindlichkeit (Zäch/Wolf, Kommentar USG, Art. 15 N 24 f.). Bei dieser objektivierten Beurteilung darf davon ausgegangen werden, dass ein grosser Teil der Bevölkerung bei der Wahrnehmung des Geräuschs auch die öffentlichen Interessen an der lärm erzeugenden Tätigkeit bedenkt und daher

Geräusche, die von «wertvollen» Tätigkeiten ausgehen, weniger schnell als lästig empfindet (vgl. in anderem Zusammenhang Tanja Domej, Sportanlagen und Nachbarrecht im Licht der österreichischen Rechtsprechung, CaS 2005, S. 338). Dies führt bei einer objektivierten Betrachtung dazu, dass sich die Lästigkeitsgrenze der Schädlichkeitsgrenze annähert, die als äusserste Schranke zu betrachten ist. Im Gegensatz zur normativ geprägten Lästigkeitsgrenze lässt sich die Schädlichkeitsgrenze anhand von Erkenntnissen der Lärmforschung relativ genau definieren.

Im deutschen Recht gilt für die Realisierung neuer Anlagen und den Betrieb bestehender Sportanlagen grundsätzlich dasselbe Schutzniveau. Die deutsche Regelung zielt für beide Fälle darauf ab, schädliche Umwelteinwirkungen, die nach dem Stand der Technik vermeidbar sind, zu verhindern und so weit sie unvermeidbar sind, auf ein Minimum zu beschränken (§ 22 Abs. 1 BImSchG). Als schädlich gelten Umwelteinwirkungen, die nach Art, Ausmass oder Dauer geeignet sind, Gefahren, erhebliche Nachteile oder erhebliche Belästigungen für die Allgemeinheit oder die Nachbarschaft herbeizuführen (§ 3 Abs. 1 BImSchG). Erleichterungen für Anlagen, die im öffentlichen Interessen liegen, sieht das deutsche Recht grundsätzlich nicht vor. Im Anwendungsbereich der 18. BImSchV ist allerdings umstritten, ob die an sich verbindlichen Richtwerte gleichzeitig eine absolute Zumutbarkeitsschwelle definieren, die auch bei einer Abwägung mit anderen Interessen nicht überschritten werden darf (Ketteler, NVwZ, S. 1072, mit Hinweisen; BGE 133 II 301; eine absolute Zumutbarkeitsschwelle verneinend: Ketteler, Kommentar, S. 89 ff., 91; Stürer/ Middelbeck, a.a.O., S. 42 f.).

Die Regelung beider Rechtsordnungen stimmen zwar begrifflich teilweise überein (Verhinderung «erheblicher Störungen» bzw. schädlicher oder lästiger Eingriffe im schweizerischen Recht – Verhinderung «erheblicher Nachteile oder Belästigungen» im deutschen Recht), daraus darf aber nicht ohne Weiteres auf ein gleich hohes Schutzniveau geschlossen werden (ähnlich Entscheid des Verwaltungsgerichts Zürich vom 29. August 2007 [VB.2007.00240], in: BEZ 2007, S. 50).

9.1.2.

Die Ausübung von Sport, vor allem von Freizeit-, Breiten- und Jugendsport, liegt im öffentlichen Interesse. Sport kann dazu beitragen, die Freizeit aktiv zu gestalten, die Leistungsfähigkeit und die Gesundheit zu erhalten, zu fördern oder wiederherzustellen. Weil er soziale Grunderfahrungen und Bindungen zwischen verschiedenen Bevölkerungsgruppen vermitteln kann, kommt ihm auch eine integrative Funktion zu (Ketteler, Kommentar, S. 3 mit Hinweisen). Die Realisierung des Bauvorhabens liegt somit im öffentlichen Interesse, was sich im Übrigen auch darin zeigt, dass die Stimmbürger den hierfür erforderlichen Krediten zugestimmt haben. Gleichwohl stellt sich die Frage, ob bei einer hilfsweisen Anwendung der 18. BImSchV auf der zweiten Stufe (d.h. auf der Interpretationsstufe) Raum bleibt für Erleichterungen im Sinn von Art. 25 Abs. 2 USG. Sofern und soweit der deutsche Gesetzgeber bei der Festlegung der Immissionsrichtwerte den öffentlichen Interessen am Sport bereits Rechnung getragen hat, besteht kein Anlass für zusätzliche Erleichterungen im Sinn von Art. 25 Abs. 2 USG. Andernfalls würde der Sport aus denselben Gründen doppelt privilegiert, was nicht sachgerecht erschiene.

Zwar privilegiert die 18. BImSchV in gewisser Hinsicht den Schulsport und Studiengänge an Hochschulen, bei der Höhe der Richtwerte nimmt sie aber - soweit ersichtlich - keine Rücksicht auf die öffentlichen Interessen am Sport. Darauf lässt ein Vergleich mit der (deutschen) Technischen Anleitung zum Schutz gegen Lärm vom 26. August 1998 (TA Lärm; Sechste Allgemeine Verwaltungsvorschrift zum Bundes-Immissionsschutzgesetz) schliessen, welche auf den Lärm sonstiger Anlagen (namentlich gewerblicher- und industrieller Art) ausgerichtet ist (vgl. Ziff. 1). Die in der 18. BImSchV enthaltenen Immissionsrichtwerte für den Tag und die Nacht (§ 2 Abs. 2) entsprechen denjenigen der TA Lärm (Ziff. 6). Bezüglich der kurzzeitigen Geräuschspitzen verwenden die beiden Regelwerke ebenfalls den gleichen Massstab. So dürfen solche die sonst massgebenden Immissionsrichtwerte am Tag um nicht mehr als 30 dB(A) und in der Nacht um nicht mehr als 20 dB(A) überschreiten (§ 2 Abs. 4 der 18. BImSchV; Ziff. 6 Abs. 2 TA Lärm). Die in der 18. BImSchV vorgesehenen kürzeren Beurteilungszeiten am Tag füh-

ren beim Sportlärm sogar zu einem höheren Schutzniveau (vgl. Anhang zur 18. BImSchV, Ziff. 13.2.1 f.; Ziff. 6.4 TA Lärm). Auch die seltenen Ereignissen sind in der 18. BImSchV tendenziell strengeren Vorschriften unterworfen als in der TA Lärm (vgl. § 5 Abs. 5 der 18. BImSchV; Ziff. 6.3 TA Lärm). Bei den besonderen Ruhezeiten bzw. den Tageszeiten mit erhöhter Empfindlichkeit während des Tages ist die 18. BImSchV ebenfalls strenger als die TA Lärm. Einerseits gewährt sie im Vergleich zur TA Lärm für die Ruhezeit bzw. für die Tageszeit mit erhöhter Empfindlichkeit einen geringeren Zuschlag auf den sonst massgebenden Tages-Immissionsrichtwerten (5 dB[A] gemäss § 2 Abs. 2 der 18. BImSchV gegenüber 6 dB[A] gemäss Ziff. 6.5 TA Lärm), andererseits dehnt sie an Werktagen die morgendliche Ruhezeit zu Lasten der weniger lärmempfindlichen Tageszeit aus und schränkt sie an Sonn- und Feiertagen zu Gunsten der lärmempfindlicheren Nachtzeit ein (§ 2 Abs. 5 der 18. BImSchV; Ziff. 6.5 TA Lärm). Zudem trägt die 18. BImSchV Ruhezeiten in jedem Gebiet Rechnung, während die TA Lärm Tageszeiten mit erhöhter Empfindlichkeit nur in reinen und allgemeinen Wohngebieten sowie in Kurgebieten berücksichtigt (§ 2 Abs. 2 der 18. BImSchV; Ziff. 6.5 und 6.1 TA Lärm). Auf Grund dieses Vergleichs ist anzunehmen, dass das öffentliche Interesse am Betrieb von Sportanlagen zu keiner Senkung der für andere Anlagen geltenden Immissionsrichtwerte geführt hat. Insgesamt liegt das Schutzniveau beim Sportlärm sogar höher als bei Anlagen, die von der TA Lärm erfasst werden. Das öffentliche Interesse am Sport hat sich in der 18. BImSchV somit nur punktuell niedergeschlagen, indem dieses Regelwerk den Schulsport und Studiengänge an Hochschulen hinsichtlich der Betriebszeiten privilegiert. Nachdem das schweizerische Recht eine generelle Rücksichtnahme auf die mit dem Sport verbundenen öffentlichen Interessen erlaubt, erscheint eine Herabsetzung des Schutzniveaus gegenüber dem deutschen Recht gestützt auf die Erleichterungsbestimmung des schweizerischen Rechts möglich und sachgerecht (vgl. auch Entscheid des Verwaltungsgerichts Luzern vom 21. August 2003 [V 02 81], in: URP 2004, S. 246 ff.; siehe zur ermessensweisen Abweichung von den Richtwerten auch den Ent-

scheid des Verwaltungsgerichts Zürich vom 29. August 2007 [VB.2007.00240], in: BEZ 2007, S. 50).

Eine solche Herabsetzung des Schutzniveaus scheint aus der Sicht des schweizerischen Rechts auch deshalb geboten, weil der Beizug der 18. BImSchV hierzulande nicht zu einer Benachteiligung des Sportlärms gegenüber anderen Lärmarten (insbesondere gegenüber Gewerbe- und Industrielärm) führen darf. Eine solche Benachteiligung wäre unhaltbar angesichts der erheblichen öffentlichen Interessen an der Sportausübung, die nach der Konzeption des Gesetzes sogar zu Erleichterungen führen können. Die Gefahr einer Benachteiligung des Sportlärms besteht insbesondere deshalb, weil die 18. BImSchV kürzere Mittelungszeiten kennt als Anhang 6 zur LSV, was den in der Schweiz für die Beurteilung von Gewerbe- und Industrielärm üblichen «Verdünnungseffekt» abschwächt. Auch die Anwendung des Spitzenpegel-Kriteriums, das bei Sportlärm durchaus Sinn macht, kann in der Schweiz zu einer Benachteiligung des Sportlärms gegenüber Industrie- und Gewerbelärm führen, was sich von der Interessenlage her ebenfalls nicht rechtfertigen liesse.

Das Lärmgutachten zeigt, dass der Betrieb der geplanten Anlage in weiten Teilen unproblematisch ist. Für den Normalbetrieb gilt dies selbst dann, wenn die im GA IV empfohlenen betrieblichen Massnahmen nicht umgesetzt werden. Zu einer Verletzung der deutschen Richtwerte führt voraussichtlich einzig die Durchführung von Grossanlässen. Bei Grossanlässen, die als seltene Ereignisse ausgeschlossen werden können, tritt ein solcher Konflikt infolge der Beschallung beim Empfangspunkt Altersheim auf, wo der massgebende Richtwert von 60 dB(A) gemäss Lärmprognose um 1,9 dB(A) überschritten wird. Eine Veränderung des Schallpegels um 1,9 dB(A) kann zwar objektiv nicht mehr als geringfügig bezeichnet werden, wird vom Menschen jedoch als unwesentliche Änderung der Lautstärke empfunden (Wolf, Kommentar USG, Vorbem. zu Art. 19-25 N 9). Grössere Richtwert-Überschreitungen resultieren dann, wenn die Beschallungsanlage an den verbleibenden 6 Kalendertagen, an denen die Grossveranstaltungen den Anforderungen des regelmässigen Betriebs zu genügen haben, ebenfalls eingesetzt wird. In diesem Fall betragen die Beurteilungspegel bis zu 61.7 dB(A) und die Richt-

wertüberschreitungen bis zu 11.7 dB(A). Der für den Samstagabend beim Altersheim prognostizierte Schalldruckpegel von 61.7 dB(A) entspricht ungefähr demjenigen einer lauten Unterhaltung oder von Bürogeräuschen (Ketteler, Kommentar, S. 16). Die Grenze zur Gesundheitsgefährdung liegt am Tag bei einem Mittelungspegel von 70-75 dB(A) (Stür/Middelbeck, a.a.O., S. 40; Ketteler, Kommentar, S. 21). Ein Gesundheitsrisiko dürfte allerdings auch bei einem solchen Pegel erst bei einer regelmässigen, länger andauernden Lärmexposition entstehen. Im konkreten Fall liegt der Mittelungspegel deutlich unter der Schwelle zum Gesundheitsrisiko von 70-75 dB(A) am Tag. Der Richtwert wird zudem nur an maximal 6 Kalendertage pro Jahr überschritten, weshalb schon deshalb weder körperliche Reaktionen noch Gesundheitsschäden zu erwarten sind. Die Einwirkungen können somit aus der Sicht des schweizerischen Rechts weder als lästig noch als schädlich eingestuft werden. Das gilt auch deshalb, weil die Daten der Grossanlässe zum Voraus bekannt sind und sich die Lärmbetroffenen darauf einstellen können, indem sie den Aufenthalt im Freien oder das Öffnen von lärmexponierten Fenster vorübergehend vermeiden. Aus den dargelegten Gründen kann im vorliegenden Verfahrensstadium auf die Anordnung der im GA IV empfohlenen Massnahmen verzichtet werden.

Diese Lösung rechtfertigt sich auch unter dem Aspekt der Verhältnismässigkeit. Nachdem die Prognose über die Störfunktion bei Bauvorhaben der streitbetroffenen Art mit erheblichen Unsicherheiten behaftet ist, unter Zugrundelegung des deutschen Rechts jedenfalls keine gravierenden Richtwertüberschreitungen zu erwarten sind und die effektive Störfunktion in erheblichem Ausmass von nicht prognostizierbaren Faktoren abhängt, wäre es unverhältnismässig, dem Beschwerdegegner bereits im Baubewilligungsverfahren zusätzliche betriebliche Beschränkungen aufzuerlegen. Andernfalls bestünde die Gefahr, dass eine im öffentlichen Interesse liegende Tätigkeit eingeschränkt würde, ohne dass dafür ein sachlicher Grund effektiv vorhanden ist. Insofern kann der Kritik der Gemeinden teilweise zugestimmt werden. Dadurch werden die Beschwerdeführer auch nicht vor unzumutbare Rechtsprobleme gestellt. Sofern sich nach Inbetriebnahme der Anlage herausstellen sollte, dass die Prognose zu

optimistisch war, kann die zuständige Behörde Messungen anordnen und nachträglich die im GA IV empfohlenen Massnahmen oder weitergehende Korrekturen am betrieblichen Gerüst zum Schutz der Lärmbetroffenen anordnen (ähnlich für das deutsche Recht Urteil des Verwaltungsgerichts Berlin, 19. Kammer, vom 6. April 2005 [19 A 299.02], Erw. 3, mit Rechtsprechungshinweisen).

9.1.3.

Nach Art. 11 Abs. 2 USG sind Emissionen unabhängig von der bestehenden Umweltbelastung im Rahmen der Vorsorge soweit zu begrenzen, als dies technisch und betrieblich möglich und wirtschaftlich tragbar ist. Bei den hierbei genannten Belastungen für das Projekt geht es im Wesentlichen um dieselben Gesichtspunkte wie bei den Erleichterungen nach Art. 25 Abs. 2 USG; allerdings ist der bei Art. 25 Abs. 2 USG anzuwendende Massstab strenger. Nachdem im konkreten Fall die Voraussetzungen für die Gewährung von Erleichterungen vorliegen, hat Art. 11 USG gegenüber diesen zurückzutreten. Es entfallen somit lärmbegrenzende Massnahmen nach Art. 11 USG (BGE vom 28. Februar 2005 [1A.167/2004], Erw. 4.4.; Schrade/Loretan, Kommentar USG, Art. 11 N 47).

9.2.

Zusammenfassend ist der angefochtene Beschluss zu schützen, ohne dass zusätzliche betriebliche Einschränkungen bereits im Baubewilligungsverfahren als Auflagen angeordnet werden müssen. Die Beschwerde erweist sich damit in allen Punkten als unbegründet, weshalb sie abzuweisen ist.

10. (... [Bachöffnungsverfahren])

III. (... [Kosten])

(Hinweis: Das Bundesgericht hat eine Beschwerde gegen diesen Entscheid im Wesentlichen abgewiesen; Urteil vom 5. Dezember 2008 [1C_169/2008]).

24 Bewilligungs- und Gebührenpflicht für Nachtparkieren (Laternenparkgebühr).

- Die gesetzliche Grundlage für die Einführung einer Bewilligungspflicht und von Benutzungsgebühren für das Dauerparkieren bildet § 103 Abs. 3 BauG (Erw. 2.1).

- **Die Zuordnung einer Privatstrasse zu den Strassen im Gemeingebrauch setzt die – ausdrückliche oder stillschweigende – Zustimmung des Eigentümers voraus und erfordert eine Widmung durch das zuständige Gemeinwesen oder eine öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkung (Erw. 2.4 und 3)**
- **Verhältnis zur Parkplatzerstellungspflicht (Erw. 4)**

Urteil des Verwaltungsgerichts, 4. Kammer, vom 20. Februar 2008 in Sachen Einwohnergemeinde X. gegen das Departement Bau, Verkehr und Umwelt (WBE.2007.38).

Aus den Erwägungen

1.

1.1.

Die Gemeinde X. hat u.a. gestützt auf das SVG und das BauG das Reglement über das Parkieren (Laternenparkieren) vom 16. Juni 2005 erlassen, welches die Bewilligungs- und Gebührenpflicht für das Abstellen von Fahrzeugen während der Nacht auf öffentlichem Grund regelt. Dieses Reglement ist per 1. Oktober 2005 in Kraft getreten, wobei erst ab dem 1. Januar 2006 Gebühren erhoben wurden (§ 15 Reglement). Unter die Bewilligungs- und Gebührenpflicht fällt gemäss § 7 des Reglements, wer sein Fahrzeug in der Zeit von 24.00 Uhr bis 06.00 Uhr zweimal in der Woche auf öffentlichem Grund abstellt. Als öffentlicher Grund gelten öffentliche und private Strassen und Plätze, welche dem Gemeingebrauch gewidmet sind (§ 2 Abs. 1 Reglement). Die Pflicht zur Bezahlung der Gebühr trifft dabei den Besitzer des Motorfahrzeugs, wobei es sich um den Halter des Fahrzeugs oder um eine Person handeln kann, welcher das Fahrzeug zur selbständigen Benutzung während längerer Zeit überlassen worden ist (§ 2 Abs. 2 Reglement).

1.2.

(...)

Streitig ist lediglich der sachliche Geltungsbereich des Reglements, d.h. die Anwendbarkeit des Reglements auf Dauerparkierende auf dem A-Weg.

1.3.

Die Einwohnergemeinde X. macht im Wesentlichen geltend, die Bewilligungs- und Gebührenpflicht sei unabhängig von den konkreten Eigentumsverhältnissen durch die Regelungskompetenzen der Gemeinden nach den Bestimmungen des SVG begründet. Der A-Weg sei zudem eine dem Gemeingebrauch gewidmete Privatstrasse, weshalb das mehrmalige Abstellen des Fahrzeugs durch den Beschwerdegegner in den sachlichen Anwendungsbereich des Reglements falle. Zudem bringe sie vor, der vorinstanzliche Entscheid vom 3. Januar 2007 unterlaufe die in § 55 BauG verankerte Pflicht zur Erstellung von Abstellplätzen und verletze den Grundsatz der Rechtsgleichheit gemäss Art. 8 Abs. 1 BV.

2.

2.1.

Das Strassenverkehrsgesetz ordnet den Verkehr auf den öffentlichen Strassen (Art. 1 Abs. 1 SVG). Öffentliche Strassen sind die von den Verkehrsteilnehmern benutzten Verkehrsflächen, welche nicht ausschliesslich privatem Gebrauch dienen (Art. 1 Abs. 1 und 2 VRV). Das SVG regelt den Gemeingebrauch von öffentlichen Verkehrsflächen, also die grundsätzlich jedermann offenstehende und voraussetzungslose Benutzung der öffentlichen Strassen, die alle andern oder zumindest eine unbestimmte Vielzahl anderer Personen am gleichen Gebrauch nicht wesentlich hindert und im Rahmen des Gewohnten bleibt (vgl. auch § 102 BauG; AGVE 1991, S. 306 f.). Der Strassenbegriff des SVG umfasst damit die rein tatsächlich dem allgemeinen Verkehr offenstehenden Strassen und deckt sich nicht mit dem Begriff der öffentlichen Strassen im Gemeingebrauch nach der öffentlich-rechtlichen Terminologie (BGE vom 3. November 2006 [2A.194/2006], Erw. 2 mit Hinweisen). Für den Begriff der Öffentlichkeit im Strassenverkehrsrecht ist daher nicht massgebend, ob eine Verkehrsfläche dem Gemeingebrauch gewidmet wurde, sondern lediglich, ob sich ein solcher tatsächlich an ihr herausgebildet hat (vgl.

hiezü Erich Zimmerlin, Baugesetz des Kantons Aargau, Kommentar, 2. Auflage, Aarau 1985, § 11 N 2 mit Hinweisen). Die Regelungskompetenz des Kantons und der Gemeinden auf der Grundlage des Strassenverkehrsrechts erfasst die funktionalen Verkehrsbeschränkungen gemäss Art. 3 Abs. 4 SVG auf den öffentlichen Verkehrsflächen unabhängig von den konkreten Eigentumsverhältnissen (vgl. § 1 des Gesetzes über den Vollzug des Strassenverkehrsrechts vom 6. März 1984 [SAR 991.100]).

Das Parkieren über Nacht auf öffentlichen Strassen stellt in der Regel gesteigerten Gemeingebrauch dar, weil die öffentliche Strasse nicht zum langfristigen Parkieren bestimmt ist und es andere Personen an der Nutzung wesentlich hindert (vgl. hiezü BGE 122 I 279 Erw. 2b mit Hinweisen; 89 I 533 Erw. 4c; René Schaffhauser, Grundriss des schweizerischen Strassenverkehrsrechts, Band I, 2. Auflage, Bern 2002, Rz. 75 ff.; Ulrich Häfelin / Georg Müller / Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Auflage, Zürich / Basel / Genf 2006, Rz. 2382 ff.; Zimmerlin, a.a.O., §§ 58 / 59 N 5). Gemäss Art. 37 Abs. 2 SVG i.V.m. Art. 20 Abs. 2 VRV kann das regelmässige nächtliche Dauerparkieren einer Bewilligungspflicht unterstellt werden. Eine solche Anordnung über das Parkieren stellt eine funktionale Verkehrsbeschränkung dar und erschöpft sich in der zeitlichen Festlegung und örtlichen Ausdehnung einer Parkerlaubnis sowie der entsprechenden Signalisation. Für die Erhebung einer Parkgebühr für das nächtliche Dauerparkieren bieten das SVG und die VRV hingegen keine hinreichende Rechtsgrundlage. Die Gebührenerhebung für den gesteigerten Gemeingebrauch bedarf im Unterschied zu den sog. Kontrollgebühren (vgl. hiezü BGE 122 I 279 Erw. 2d; Tobias Jaag, Gebührenpflichtiges Parkieren auf öffentlichem Grund, AJP 2/1994, S. 184 mit Hinweis) einer formellen gesetzlichen Grundlage (Schaffhauser, a.a.O., Rz. 75 und 81).

Die gesetzliche Grundlage für die Einführung einer Bewilligungspflicht und von Benutzungsgebühren für das Dauerparkieren bildet § 103 Abs. 3 BauG. Danach kann die Gemeinde das dauernde Abstellen von Fahrzeugen auf öffentlichem Grund von einer Bewilligung abhängig machen (Satz 1) und für das zeitlich begrenzte Abstellen Gebühren festsetzen (Satz 2). Gemäss § 44 ABauV liegt eine

über den Gemeingebrauch gemäss § 102 Abs. 1 BauG hinausgehende Benutzung einer öffentlichen Strasse u.a. bei unverhältnismässiger Beanspruchung, durch Intensität, Regelmässigkeit und Dauer der Verkehrs vor (§ 44 Abs.1 lit. c ABauV).

Die zivilrechtlichen Eigentumsverhältnisse an einer Strasse sind für den Geltungsbereich der Bestimmungen über die öffentlichen Strassen im Baugesetz nicht massgeblich. Als öffentliche Strassen gelten im Baugesetz neben den Strassen im Eigentum des Gemeinwesen (öffentliche Sachen) auch Strassen im privaten Eigentum, sofern sie dem Gemeingebrauch zugänglich gemacht worden sind (§ 80 Abs. 1 BauG). Obwohl nicht ausdrücklich erwähnt, ist unter Zugänglichmachen die Widmung einer Strasse für den Gemeingebrauch zu verstehen, nachdem in § 80 BauG die Regelung aus dem alten Baugesetz vom 2. Februar 1971 übernommen wurde (vgl. 11 Abs. 1 aBauG; Zimmerlin, a.a.O., § 11 N 2). § 2 Reglement nimmt denn auch ausdrücklich auf die Widmung einer Privatstrasse Bezug.

Das Gemeinwesen darf hoheitliche Anordnungen wie eine Widmung grundsätzlich nur dann und insoweit treffen, als es über ein entsprechende zivil- oder öffentlich-rechtliche Verfügungsmacht verfügt (Max Imboden / René A. Rhinow, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Band II, 6. Auflage, Basel 1986, Nr. 116 B III, S. 817). Während die Verfügungsmacht bei öffentlichen Sachen durch die Eigentumszuständigkeit des Gemeinwesens begründet ist, setzt die Widmung einer Privatstrasse zum Gemeingebrauch die Zustimmung des Eigentümers oder eine öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkung voraus (§ 80 Abs. 1 BauG; Häfelin / Müller / Uhlmann, a.a.O., Rz. 2350; AGVE 1997, S. 46 f.).

2.2.

Die Vorinstanz hat im Entscheid vom 3. Januar 2007 zutreffend ausgeführt, dass der A-Weg Privateigentum der Anstösser ist und die Gemeinde X. über keine beschränkten dinglichen Rechte verfügt. Zudem besteht unter den Parteien Einigkeit darüber, dass der A-Weg weder durch eine vertragliche Vereinbarung mit den Grundeigentümern noch durch Enteignung dem Gemeingebrauch zugänglich gemacht wurde. Die Strasse wurde nach den unbestrittenen Aussagen des Beschwerdegegners um die Jahre 1975/1976 von den damaligen

Grundeigentümern gebaut. Der Strassenraum ist nicht abparzelliert, sondern Teil der Grundstücke der Anstösser.

2.3.

Die Einwohnergemeinde X. macht geltend, der A-Weg sei durch stillschweigende Zustimmung der Grundeigentümer dem Gemeindegebrauch gewidmet. Sie betrachte den A-Weg als Strasse, welche dem öffentlichen Verkehr offen stehe. Die Strasse sei nicht namenlos, sondern als A-Weg bezeichnet. Die Gemeinde sei zudem für die Reinigung und den Winterdienst zuständig. Ob der A-Weg als Sackgasse ausgebildet sei oder nicht, stelle kein Kriterium für oder gegen eine Widmung zum Gemeindegebrauch dar. Die Argumentation des Beschwerdegegners sei auch widersprüchlich: Einerseits verweise er auf das Sackgassensignal, welches keine Ausschreibung benötige, als für alle Verkehrsteilnehmer klare Charakterisierung des Strassenzuges und andererseits auf die fehlende Widmung zum Gemeindegebrauch und Dienstbarkeit. Die Widmung und die Dienstbarkeit seien für die Verkehrsteilnehmer nicht sichtbar bzw. erkennbar. Die Vorinstanz habe sich mit der fehlenden Erkennbarkeit des A-Wegs als Privatstrasse für die Verkehrsteilnehmer nicht auseinandergesetzt. Das fehlende richterliche Verbot beim A-Weg sei eben nicht nur ein formales Kriterium. Ob der A-Weg der Öffentlichkeit diene oder nicht, sei der Strasse nicht anzusehen.

2.4.

Die Zustimmung der Grundeigentümer zur Widmung gemäss § 80 BauG kann ausdrücklich, etwa durch Abschluss eines Vertrages oder durch formlose Zustimmung, erfolgen (AGVE 1997, S. 46 f.; Häfelin / Müller / Uhlmann, a.a.O., Rz. 2350; Zimmerlin, a.a.O., § 11 N 3b)

Der Beschwerdegegner ist Grundeigentümer eines Strassenabschnitts auf dem A-Weg, welcher ausschliesslich im Privateigentum steht. Die Gebühren- und Bewilligungspflicht stellt einen Eingriff in die in Art. 26 Abs. 1 BV verankerte Eigentumsgarantie dar. Ein stillschweigendes Verhalten der Grundeigentümer darf nicht leichthin als Zustimmung zu einer Widmung ausgelegt werden, zumal im Ergeb-

nis eine Wegservitut zugunsten der Öffentlichkeit in Frage steht (AGVE 1991, S. 306; Zimmerlin, a.a.O., § 11 N 3b). Ein Vertrag über die Errichtung einer Grunddienstbarkeit erfordert Schriftlichkeit (Art. 732 ZGB), und nach einem Teil der Lehre ist die Schriftform auch für öffentlich-rechtliche Verträge erforderlich (Pierre Tschannen / Ulrich Zimmerli, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Auflage, Bern 2005, § 34 Rz. 3). Die Reinigung und der Winterdienst einer Strasse durch die Gemeinde und die Benennung einer Strasse können daher höchstens Indizien für die Widmung einer Strasse zum Gemeingebrauch durch *die Gemeindeorgane* bilden (siehe hinten Erw. 3), aber keine konkludente Zustimmung *der Grundeigentümer* zur Zweckänderung einer Privatstrasse begründen. Nach § 99 Abs. 4 BauG gewährt die Gemeinde nach Massgabe des öffentlichen Interesses Beiträge an den Unterhalt von dem Gemeingebrauch zugänglichen Privatstrassen, und die Benennung von Strassen obliegt dem Gemeinderat von Gesetzes wegen (§ 101 Abs. 2 BauG). Das blosses Dulden von Unterhaltsarbeiten und der Namensgebung vermögen die Annahme einer stillschweigenden Zustimmung der Grundeigentümer zur Widmung nicht zu begründen (vgl. AGVE 1991, S. 306; Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 10. November 1994, in: BVR 1995, S. 509 ff.). Das Verhalten der übrigen Verkehrsteilnehmer oder die (Nicht-) Erkennbarkeit der Eigentumsverhältnisse am A-Weg durch ortsunkundige Verkehrsteilnehmer kann ohnehin nicht den Grundeigentümern zugerechnet werden. Ebenso wenig kann aus einem fehlenden richterlichen Verbot gemäss § 309 ff. ZPO auf eine Zustimmung der Grundeigentümer zur Widmung geschlossen werden. Die Grundeigentümer sind nicht verpflichtet, privatrechtliche Verbote zur Wahrung ihrer Eigentumsrechte oder zur Verhinderung von öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen zu erwirken. Der Umstand, dass die Einwohnergemeinde X. für den A-Weg den Erlass eines richterlichen Fahr- und Parkverbotes nicht ausschliesst, führt im Gegenteil zur Annahme einer fehlenden Widmung und Zustimmung, weil ein solches Verbot auf einer Strasse im Gemeingebrauch unzulässig ist (vgl. Alfred Bühler / Andreas Edelmann / Albert Killer, Kommentar zur aargauischen Zivilprozessordnung, 2. Auflage, Aarau / Frankfurt a.M. / Salzburg 1998, § 309 N 5 mit

Hinweisen). Das Baugesetz verlangt für die Erlaubnis eines gesteigerten Gemeingebrauchs und für eine Verleihung bei Privatstrassen eine ausdrückliche Zustimmung der Eigentümer (vgl. 104 Abs. 2 lit. c und § 105 Abs. 3 lit. d BauG).

Insgesamt fehlen ausreichende Anhaltspunkte dafür, dass die Eigentümer des A-Wegs ihre Zustimmung zu einer Widmung des Strassenraums für den Gemeingebrauch erteilt haben. Da auch eine Widmung fehlt (siehe hinten Erw. 3), muss diese Frage indessen nicht abschliessend beurteilt werden.

3.

3.1.

Für die Zuordnung des A-Wegs zu den Strassen im Gemeingebrauch und damit für die Geltung des Parkierungsreglements ist – nebst der Zustimmung der Grundeigentümer – auch eine Widmung erforderlich. Aus der Strassenhoheit ergibt sich die Zuständigkeit der Kantone und Gemeinden zur Widmung, d.h. zur Bestimmung einer öffentlichen Strasse für öffentliche Zwecke im Gemeingebrauch (AGVE 1997, S. 46 mit Hinweis). Auf eine Widmung kann nur verzichtet werden, wenn die Strasse oder der Weg seit unvordenklicher Zeit im öffentlichen Gebrauch steht oder ein Wegservitut ersessen wird, was heute zivilrechtlich nur in eingeschränktem Masse möglich ist (Häfelin / Müller / Uhlmann, a.a.O., Rz. 2351; AGVE 1991, S. 306 f.; Zimmerlin, a.a.O., § 11 N 3). Die Ersitzung eines Wegservituts und Unvordenklichkeit fallen vorliegend ausser Betracht und werden von der Einwohnergemeinde X. auch nicht geltend gemacht.

Die Widmung beruht auf einem Rechtssatz oder einer Verfügung, wobei der Verwaltungsakt nicht an eine bestimmte Form gebunden ist, so dass unter Umständen auch ein irgendwie – auch durch konkludentes Verhalten – erkennbarer Wille der Verwaltung eine (öffentliche) Strasse im Gemeingebrauch zu schaffen vermag (Häfelin / Müller / Uhlmann, a.a.O. Rz. 2349; Zimmerlin, a.a.O., § 11 N 2).

3.2.

Die Vorinstanz führte in ihrem Entscheid vom 3. Januar 2007 betreffend die Frage einer stillschweigenden Widmung des A-Wegs zum Gemeingebrauch aus, dass der A-Weg nicht den Bedürfnissen

des allgemeinen Verkehrs, sondern nur den dienstbarkeitsberechtigten Anstössern als Zu- und Wegfahrt diene. Er habe lediglich eine Erschliessungsfunktion für die sieben Liegenschaften und sei als Sackgasse angelegt. Weil der A-Weg als Sackgasse angelegt sei, sei ohne Weiteres erstellt, dass dieser nicht als Durchgangsweg zur Verfügung stehe. Zur Erschliessung weiterer Parzellen werde er ebenfalls nicht benötigt. Zudem sprächen auch die Umstände, dass der A-Weg nicht ausparzelliert sei und dass allfällige Sanierungen oder Unterhaltsarbeiten durch die sieben Eigentümer finanziert und organisiert würden, gegen die Öffentlichkeit des A-Wegs. Sie verweist dabei auf die Aussagen des Beschwerdegegners anlässlich des Augenscheins vom 13. Dezember 2006, wonach die Eigentümer zu je einem Siebtel für die Kosten der Instandhaltung des A-Wegs aufzukommen haben. Die Eigentümer müssten zudem den Kehrriech an die Sammelstelle bei der Einmündung des A-Wegs in die B-gasse stellen, da der Kehrriechwagen den A-Weg nicht befahre.

3.3.

Eine stillschweigende Widmung bzw. eine Widmung durch konkludentes Verhalten muss zum Zweck der bestimmungsgemässen und rechtsgleichen Benutzung der Strasse durch die Allgemeinheit und durch das zuständige Gemeinwesen erfolgen. Es genügt also nicht, dass der private Eigentümer die Benützung seines Grundstücks durch nicht dinglich oder obligatorisch Berechtigte geduldet hat. Entscheidendes Kriterium ist vielmehr die vom Widmenden beabsichtigte Zweckbestimmung der Strasse (AGVE 1997, S. 45; 1991, S. 306 mit Hinweisen).

Durch das Fehlen eines Fahrverbotes ist der A-Weg – trotz des Sackgassensignals an dessen Einmündung in die B-gasse – der Allgemeinheit ohne Weiteres zugänglich. Es besteht unter den Parteien indessen Einigkeit darin, dass es sich beim A-Weg um eine Sackgasse handelt und sich die angrenzenden Liegenschaftseigentümer daran gegenseitig ein Fahrwegrecht eingeräumt haben. Anlässlich des Augenscheins vom 13. Dezember 2006 liess der Beschwerdegegner ausführen, dass der A-Weg – abgesehen von den Anstössern und ihren Besuchern – nur von Personen befahren werde, welche irrtümlich von einer Durchgangsstrasse ausgingen. Die Einwohner-

gemeinde X. bestreitet diese Sachdarstellung nicht und räumte auch ein, dass es auf dem A-Weg kein Geschäft und Gewerbenutzungen gibt, welches fremden Verkehr anzieht. Damit steht fest, dass der A-Weg nur der Erschliessung der sieben angrenzenden Liegenschaften dient, was durch dessen Sackgassencharakter noch unterstrichen wird. Die Einwohnergemeinde X. behauptet denn auch nicht, der A-Weg diene einem über die Erschliessung der an den A-Weg angrenzenden Liegenschaften hinausgehenden öffentlichen Verkehrsinteresse. Angesichts dieser Sachlage kann von einer formlosen Widmung des A-Wegs nicht die Rede sein, zumal sich auch der Gemeinderat X. nicht einmal auf eine dahingehende Absicht der Behörden beruft.

Es ist sodann weder aus den Akten ersichtlich noch wird von der Einwohnergemeinde X. vorgebracht, dass die Reinigung des A-Wegs, der Winterdienst oder die Namensgebung von den Eigentümern des A-Wegs der Einwohnergemeinde X. übertragen worden sind. Im Gegenteil sprechen die unbestrittenen Vorbringen des Beschwerdegegners, wonach die Anwohner des A-Wegs allfällige Sanierungen und Instandhaltungsarbeiten an der Strasse selber organisieren und sich zu je einem Siebtel an den Kosten beteiligen und die Anwohner den Kehricht zur nächstgelegenen Strasse tragen müssen, weil die Müllabfuhr den A-Weg nicht befährt, gegen eine stillschweigende Unterhaltungspflicht der Gemeinde und gegen eine konkludente Widmung.

Privatstrassen dienen, wie vorliegend der A-Weg (siehe vorne Erw. 2.2), regelmässig nur einem auf Anwohner und Zubringer beschränkten Verkehrsbedürfnis. Werden also die Fahrzeuge statt auf öffentlichen auf privaten Strassen abgestellt, so hat das Reglement sein Ziel, welches unter anderem in der Verlagerung des ruhenden Verkehrs auf private Abstellflächen besteht, erreicht. Die Entscheidung, sich vor fremden Fahrzeugen auf einer Privatstrasse zu schützen, obliegt, wie der Beschwerdegegner zutreffend vorbringt, den betroffenen Grundstückseigentümern. Die Verkehrssicherheit ist auch bei fehlender Zustimmung der Eigentümer zur Widmung einer Privatstrasse zum Gemeingebrauch durch das SVG gewährleistet (siehe vorne Erw. 2.1).

3.4.

Aufgrund vorstehender Erwägungen ergibt sich, dass für eine stillschweigende Zustimmung der Eigentümer hinreichende Anhaltspunkte fehlen und auch keine formlose Widmung des A-Wegs zum Gemeingebrauch angenommen werden kann. Beim A-Weg handelt es sich somit um eine Privatstrasse, nicht um eine öffentliche Strasse oder öffentlichen Grund im Sinne von § 2 des Reglements.

4.

4.1.

Im Weiteren macht die Einwohnergemeinde X. geltend, der vorinstanzliche Entscheid vom 3. Januar 2007 unterlaufe die Parkplatzerstellungspflicht (Realerstellungspflicht) gemäss § 55 BauG und verletze den Grundsatz der Rechtsgleichheit gemäss Art. 8 Abs. 1 BV. Zur Begründung führt sie aus, die formalrechtlichen Ausführungen der Vorinstanz zielten am eigentlichen Problem vorbei. Mit der Parkraumplanung wolle der Gemeinderat in den dicht überbauten Wohnquartieren die Parkprobleme lösen. Als Folge des fehlenden Parkraums in der Gemeinde werde oft auf öffentlichem Grund parkiert, ohne dass auf dem privaten Grund ein Abstellplatz errichtet worden wäre. Die Nachfrage habe in den vergangenen Jahren ständig zugenommen. Mit der Parkraumplanung für die Gemeinde X. seien das Angebot und die Nachfrage nach Abstellplätzen auf öffentlichem wie privatem Grund aufeinander abzustimmen. Im Vordergrund stehe die Schaffung – auch die nachträgliche – von Abstellplätzen auf privatem Grund. Werden Abstellplätze auf öffentlich zugänglichen Strassen unentgeltlich angeboten, so entstehe eine Ungleichbehandlung all jener Grundeigentümer oder Mieter, welche Abstellplätze auf eigenem Grund errichtet hätten oder für ihren Abstellplatz Miete bezahlten. Mit der Gebührenerhebung für das Dauerparkieren auf öffentlichem Grund solle auch der Anreiz geschaffen werden, die erforderlichen Abstellplätze auf privatem Grund zu erstellen.

4.2.

Wie die Vorinstanz zu Recht vorbringt, ist § 55 BauG für den Entscheid, ob der A-Weg eine Privatstrasse im Gemeingebrauch ist oder nicht, nicht relevant. Ebenso wenig überzeugen die geltend ge-

machten Probleme im Zusammenhang mit der Rechtsgleichheit und der Rechtssicherheit.

Das Reglement, das die Bewilligungs- und Gebührenpflicht für das nächtliche Parkieren auf den öffentlichen Strassen im Gemeindegebiet vorsieht, dient nicht der Durchsetzung von baupolizeilichen Vorschriften, wie die Pflicht zur Erstellung von Abstellplätzen gemäss § 55 BauG. § 58 Abs. 1 BauG spricht denn auch nicht von einer Benutzungsgebühr für den Gebrauch einer öffentlichen Sache, sondern von einer Ersatzabgabe für Grundeigentümer, welche keine Abstellplätze erstellen. Es handelt sich dabei um eine finanzielle Leistung als Ersatz einer nicht-finanziellen öffentlich-rechtlichen Verpflichtung (Häfelin / Müller / Uhlmann, a.a.O., Rz. 2657). Die Pflicht zur Erstellung von Abstellplätzen auf privatem Grund gemäss § 55 BauG oder das Vorhandensein von Parkplätzen ist deshalb von der Bewilligungs- und Gebührenpflicht für das nächtliche Parkieren auf der öffentlichen Strasse bzw. der Nutzung der bestehenden Infrastruktur zu unterscheiden. Dennoch bestehen, wie die Einwohnergemeinde X. korrekt darlegt, Wirkungszusammenhänge, da die Anzahl der vorhandenen Parkplätze auch Auswirkungen auf die Nutzung der öffentlichen Strasse zum nächtlichen Parkieren zeitigt (vgl. auch § 58 Abs. 4 BauG).

Das Baugesetz stellt aber unter anderem mit § 55 Abs. 1 und Abs. 2 BauG und dem erwähnten § 58 Abs. 1 BauG der Einwohnergemeinde X. das notwendige Instrumentarium für die Durchsetzung der Pflicht zur Erstellung von Abstellplätzen auf privaten Grundstücken zur Verfügung. Dabei kann nicht nur die Erteilung einer Baubewilligung von der Erstellung von Abstellplätzen abhängig gemacht werden (Zimmerlin, a.a.O., §§ 60-63 N 1), sondern auch die Eigentümer bestehender Bauten können dazu angehalten werden, sofern deren Benutzung eine übermässige Beanspruchung öffentlicher Abstellplätze zur Folge hat (§ 55 Abs. 2 BauG). Kommt ein Eigentümer einer ihm auferlegten Erstellungspflicht nicht nach, so besteht zudem die Möglichkeit, ihm eine Ersatzabgabe aufzuerlegen (§ 58 Abs. 1 BauG). Die Pflicht zur Erstellung von Abstellplätzen bzw. zur Entrichtung einer Ersatzabgabe besteht selbst dann, wenn das längerfristige Parkieren auf öffentlichen Strassen der Bewilligungs- und

Gebührenpflicht unterliegt. Der Einwohnergemeinde X. steht es denn auch offen, mit der ihr vom Baugesetz zur Verfügung gestellten Mitteln die von ihr angeführten Ungerechtigkeiten auszugleichen.

4.3.

Aufgrund vorstehender Erwägungen ergibt sich, dass die Schaffung von Anreizen zur Erstellung von Abstellplätzen auf privatem Grund nicht durch das in Frage stehende Reglement zu erfolgen hat, sondern allenfalls und bei gegebenen Voraussetzungen über das im Baugesetz vorgesehene Instrumentarium durchzusetzen ist. Der vorinstanzliche Entscheid unterläuft daher die Parkplatzerstellungspflicht gemäss § 55 BauG nicht und verletzt auch nicht den Grundsatz der Rechtsgleichheit, da die Grundeigentümer am A-Weg Abstellplätze auf ihren Grundstücken benutzen.

25 Beschwerdelegitimation (§ 28 BauG).

- **formelle Beschwerde nach § 4 Abs. 2 BauG: War die Einsprache formungültig, hat die Gemeinde aber auf eine Nachfrist zur Verbesserung verzichtet, widerspricht es dem Grundsatz von Treu und Glauben, dem Beschwerdeführer den Mangel im Beschwerdeverfahren entgegenzuhalten (Erw. 3.3).**

Urteil des Verwaltungsgerichts, 4. Kammer, vom 9. April 2008 in Sachen B.M. und A.W. gegen den Regierungsrat (WBE.2006.423).

Aus den Erwägungen

3.

3.1.

(Legitimationsanforderungen gemäss § 28 BauG; vgl. AGVE 2002, S. 279 f.; und AGVE 1999, S. 264; 1998, S. 351 je mit Hinweisen).

3.2.

Die Beschwerdeführer 1 und 2 bilden eine Erbgemeinschaft (Art. 602 Abs. 1 ZGB) und sind damit Gesamteigentümer der Parzelle Nr. 000 (Art. 602 Abs. 2 ZGB). Der vom Erschliessungsplan

"H." vorgesehene Wendehammer, gegen den sich die Beschwerdeführer wehren, befindet sich auf der Parzelle Nr. 000, weshalb die Beschwerdeführer ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung bzw. Änderung des angefochtenen Erschliessungsplans haben. Die Erfordernis der materiellen Beschwer ist daher zu bejahen.

3.3.

Wie erwähnt (siehe vorne Erw. 3.1), ist für die Beschwerdelegitimation zudem eine formelle Beschwer vorausgesetzt. Nach § 4 Abs. 2 BauG kann einen Entscheid nicht anfechten, wer es unterlassen hat, Einsprache zu erheben, obwohl Anlass dazu bestanden hätte. Die Voraussetzung der formellen Beschwer erfüllt demnach nur, wer sich formell richtig am vorinstanzlichen Verfahren beteiligt und dort seine Antrags- bzw. Beschwerdemöglichkeiten formell richtig ausgeschöpft hat. Deshalb ist auf Verwaltungsgerichtsbeschwerden von Personen nicht einzutreten, welche sich am vorinstanzlichen Verfahren nicht beteiligt haben, ausser sie wären zu Unrecht von der Beteiligung ausgeschlossen oder erst durch den vorinstanzlichen Entscheid betroffen worden (AGVE 1999, S. 264 mit Hinweisen; Merker, a.a.O., § 38 N 146; VGE IV/27 vom 16. Oktober 2003 [BE.2003.00064], S. 5 f.; VGE IV/51 vom 14. Juni 2007 [WBE.2006.419], S. 9).

Die Vorinstanz weist richtigerweise darauf hin, dass der Beschwerdeführer 1 die Einsprache an den Gemeinderat X. vom 14. März 2005 nicht unterzeichnet hat und die Einsprache insoweit (form-)ungültig war (vgl. dazu AGVE 1997, S. 292 ff. mit Hinweisen). Es würde aber dem Grundsatz von Treu und Glauben (Art. 5 Abs. 3 BV; Ulrich Häfelin / Georg Müller / Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Auflage, Zürich / Basel / Genf 2006, Rz. 707 ff.) widersprechen, dem Beschwerdeführer 1 den genannten Formmangel im Zusammenhang mit dem Erfordernis der formellen Beschwer entgegenzuhalten, zumal der Gemeinderat X. ausweislich der Akten darauf verzichtet hat, dem Beschwerdeführer 1 in Anwendung von § 4 Abs. 1 BauG i.V.m. § 39 Abs. 3 VRPG eine Nachfrist zur Verbesserung der Einsprache anzusetzen. Statt dessen hat er ihn zur Einspracheverhandlung vom 19. August 2005 vorgeladen und ist in der Folge materiell auf die Einsprache eingetreten. Im Ergebnis ist

der Vorinstanz somit zuzustimmen, dass die Voraussetzung der formellen Beschwer und insbesondere von § 4 Abs. 2 BauG im Falle der Beschwerdeführer erfüllt ist.

26 Baubewilligung.

- **Der Streitgegenstand des Beschwerdeverfahrens ist nicht auf den Gegenstand der Einsprache beschränkt (Erw. 2).**
- **Auswirkungen der Aufnahme im ISOS auf die Gemeindeautonomie (Erw. 3).**

Urteil des Verwaltungsgerichts, 3. Kammer, vom 13. Mai 2008 in Sachen Katholische Kirchgemeinde Hägglingen gegen M. und K. (WBE.2005.288).

Sachverhalt

Die katholische Kirchgemeinde Hägglingen möchte im Dorfkern von Hägglingen, zwischen Kirche und Pfarrhaus, einen Pfarrsaal realisieren. Kirche und Pfarrhaus stehen unter kantonalem Denkmalschutz. Dem Ortsbild von Hägglingen wird im Inventar der schützenswerten Ortsbilder der Schweiz (ISOS) regionale Bedeutung attestiert.

Aus den Erwägungen

- II.
- 1. (...)
- 2.
- 2.1.

In formeller Hinsicht macht die Beschwerdeführerin weiter geltend, die Vorinstanz habe unberücksichtigt lassen, dass es den damaligen Beschwerdeführern (den heutigen Beschwerdegegnern) in einzelnen Punkten ihrer Verwaltungsbeschwerde an der formellen Beschwer gefehlt habe. Die Vorinstanz habe nämlich über Beschwerdepunkte entschieden, die von den beiden Einsprachen nicht mehr

gedeckt gewesen seien. Das gelte für die Punkte «Einpassung in die Umgebung» und «Ortsbildschutz», welche die Beschwerdegegner in ihren Einsprachen nicht gerügt hätten. Der Gemeinderat Hägglingen schliesst sich in seiner Vernehmlassung dieser Begründung an.

Die Vorinstanz führt demgegenüber in ihrer Vernehmlassung aus, die Beschwerdegegner hätten Einsprache erhoben und damit am gemeinderätlichen Verfahren teilgenommen. Es stehe ihnen offen, sich im Beschwerdeverfahren mit einer gegenüber dem Einspracheverfahren anderen oder erweiterten Begründung ihrer Beschwerde gegen das Bauprojekt zur Wehr zu setzen. Es treffe nicht zu, dass eine Ergänzung oder teilweise Substitution der Begründung in der Verwaltungsbeschwerde zu einem teilweisen Nichteintreten wegen mangelnder formeller Beschwer führe.

Die Beschwerdegegner halten dafür, Einsprachen hätten einen Antrag und eine Begründung zu enthalten. Diese müssten mindestens ansatzweise vorhanden sein. Bei Einsprachen von juristischen Laien dürften an die formellen Voraussetzungen keine allzu hohen Anforderungen gestellt werden. Es genüge, wenn sich der Wille und die Absicht des Einsprechers mindestens sinngemäss seiner Eingabe entnehmen lasse. Die Beschränkung der Beschwerde beziehe sich auf die Anträge und nicht auf die Begründung. Es stehe der Rechtsmittelinstanz frei, ihren Entscheid anders zu begründen und allenfalls auch auf Gründe zurückzugreifen, die im Einspracheverfahren noch nicht vorgebracht worden seien.

2.2.

Wer es unterlässt, Einsprache zu erheben, obwohl Anlass dazu bestanden hätte, kann nach § 4 Abs. 2 BauG den ergehenden Entscheid nicht anfechten. Damit gewährt das Baugesetz die Beschwerdebefugnis nur demjenigen, der vorgängig bereits Einsprache erhoben hat. Zur Frage, ob und inwieweit der Streitgegenstand bereits im Einspracheverfahren fixiert wird, äussert sich das Baugesetz nicht ausdrücklich. Soweit ersichtlich hatte sich auch das Verwaltungsgericht mit diesem Problem bis anhin noch nie im Detail zu befassen. In einem Entscheid aus dem Jahr 1998 hielt es immerhin fest, an der Einsprache als formeller Voraussetzung für die spätere Beschwerdebefugnis sei festzuhalten. Diese fehle nicht nur einem Be-

schwerdeführer, der keine Einsprache erhoben habe, sondern auch einem Einsprecher, der seine Einsprache wieder zurückgezogen habe. Das Verwaltungsgericht begründete dies mit der Pflicht, die Einsprache mit Antrag und Begründung zu versehen und mit dem Aspekt der Verfahrensbeschleunigung. Inwieweit der Streitgegenstand schon durch die Begründung der Einsprache verbindlich festgelegt wird, liess das Verwaltungsgericht in dieser Entscheidung jedoch ausdrücklich offen (AGVE 1998, S. 450 ff.). Dieses Problem lässt sich unter verschiedenen Aspekten betrachten.

Für eine frühe Fixierung des Streitgegenstandes sprechen insbesondere drei Gesichtspunkte:

- Eine frühe Eingrenzung des Prozessthemas würde zunächst der beförderlichen Prozess erledigung und damit der Prozessökonomie dienen (vgl. Michael Merker, Rechtsmittel, Klage und Normenkontrollverfahren nach dem aargauischen Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege [VRPG] vom 9. Juli 1968, Diss., Zürich 1998, § 39 N 16; Christoph Auer, Streitgegenstand und Rügeprinzip im Spannungsfeld der verwaltungsrechtlichen Prozessmaximen, Diss., Bern 1997, S. 30 f.; Isabelle Häner / Monika Mörikofer, Eine neue Einsprache im baurechtlichen Bewilligungsverfahren?, in: Zürcher Zeitschrift für öffentliches Bau-recht [PBG] 2005 [4], S. 5 ff. [S. 10]; für das planungsrechtliche Rechtsschutzverfahren AGVE 1999, S. 267). Indem der Gesetzgeber die Beschwerdebefugnis in § 4 Abs. 2 BauG an die Voraussetzung knüpfte, dass der Beschwerdeführer zuvor Einsprache erhoben hat, erhoffte er sich eine Verfahrensbeschleunigung (Protokoll GR vom 10. März 1992, Art. 1637, S. 2733 [Votum Regierungsrat Pfisterer]; vgl. auch Protokoll der Spezialkommission Baugesetzrevision, 22. Sitzung vom 26. September 1991, S. 309 [Votum Regierungsrat Pfisterer]). Kennt der Bauherr die Positionen der Einsprecher in einem frühen Verfahrens-stadium, hat er die Möglichkeit, das Bauvorhaben an die Vorstellungen der Einsprecher anzupassen und damit ein Beschwerdeverfahren zu verhindern (vgl. Merker, a.a.O., § 38 N 148; Häner / Mörikofer, a.a.O., S. 10]). Auf der anderen Seite könnte die Möglichkeit, mit der Beschwerde über den Gegen-

stand der Einsprache hinaus zu gehen, den Einsprecher bzw. Beschwerdeführer dazu verleiten, seine Argumente ratenweise im Laufe des Rechtsmittelzuges vorzutragen, was dem Gedanken der Prozessökonomie ebenfalls widerspräche (vgl. Merker, a.a.O., § 38 N 146, Fussnote 332 am Schluss). Diese Gefahr einer ratenweisen Ausdehnung des Streitgegenstandes darf freilich nicht überbewertet werden. Sie wird insbesondere durch die Tatsache abgeschwächt, dass die Möglichkeit einer Ausdehnung des Streitgegenstandes während des verwaltungsinternen und -externen Verfahrens nach gefestigter Lehre und Praxis beschränkt ist (vgl. etwa VGE II/65 vom 28. Oktober 2003, S. 7 f. [BE.2002.00308]; IV/1 vom 21. Februar 2003, S. 8 [BE.2002.00154]; Merker, a.a.O., § 39 N 12 ff.).

- Sodann erscheint eine frühe Fixierung des Streitgegenstandes unter dem Aspekt der funktionellen Zuständigkeit wünschenswert (vgl. Merker, a.a.O., § 38 N 148; Alfred Kölz / Jürg Bosshart / Martin Röhl, Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 2. Aufl., Zürich 1999, Vorbem. zu §§ 19-28 N 87; vgl. auch Häner / Mörikofer, a.a.O., S. 11). Wenn der Einsprecher seine Einwendungen gegen ein Bauvorhaben schon im Einspracheverfahren vorbringen muss, ist gewährleistet, dass die erstinstanzlich zuständige Baubewilligungsbehörde, die teilweise über eine verfassungsrechtlich geschützte Autonomie verfügt, über die Rügen befinden kann. Mit § 4 Abs. 2 BauG, der die Beschwerdebefugnis an die vorgängige Erhebung einer Einsprache knüpft, wollte der Gesetzgeber denn auch eine Gesamtbeurteilung durch den Gemeinderat erreichen und damit die Gemeindeautonomie schützen (Protokoll GR vom 10. März 1992, Art. 1637, S. 2733 [Votum Regierungsrat Pfisterer]). Auch das Argument der Zuständigkeitsordnung bzw. der Gemeindeautonomie lässt sich jedoch entkräften: Will die Beschwerdeinstanz die Streitsache unter neuen Elementen des Sachverhalts oder neuen Rechtsnormen beurteilen, kann und muss sie die Beteiligten vorgängig anhören (vgl. auch AGVE 2005, S. 338; Thomas Merkli / Arthur Aeschlimann / Ruth Herzog, Kommentar zum Gesetz vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechts-

pflege des Kantons Bern, Bern 1997, Art. 51 N 3). In Bereichen, in denen die Gemeinde über Autonomie verfügt, kann und muss die Beschwerdeinstanz der Vernehmlassung des Gemeinderats besonderes Gewicht beimessen.

- Schliesslich liegt es grundsätzlich auch im Interesse der Rechtssicherheit und der Fairness, dass der Bauherr schon in einem frühen Verfahrensstadium weiss, wer sich mit welchen Argumenten einem Bauvorhaben widersetzt (vgl. in anderem Kontext AGVE 1999, S. 267; Merker, a.a.O., § 38 N 148). Auch diese Gedanken kommen in den Materialien zu § 4 Abs. 2 BauG zum Ausdruck (Protokoll GR vom 10. März 1992, Art. 1637, S. 2733 [Votum Regierungsrat Pfisterer]).

Zusammenfassend sprechen die Aspekte der Prozessökonomie, der Zuständigkeitsordnung, der Rechtssicherheit und der Fairness tendenziell für eine Fixierung des Streitgegenstands durch die Einsprache.

2.2.2.

Gegen eine solche Eingrenzung des Streitgegenstands lassen sich insbesondere drei Argumente anführen:

- Erstens lässt sich gegen eine frühe Fixierung des Streitgegenstands einwenden, dass sie gesetzlich nicht ausdrücklich vorgesehen ist. Eine Beschränkung der Beschwerdebefugnis auf den Gegenstand der Einsprache bedürfte aber wohl einer klaren gesetzlichen Grundlage (so Häner / Mörikofer, a.a.O., S. 7 und 12). Ebenso wenig lässt sich eine Beschränkung des Streitgegenstands aus den allgemeinen Verfahrensgrundsätzen ableiten. Im Gegenteil: Nach § 20 Abs. 1 VRPG prüfen die Behörden den Sachverhalt unter Beachtung der Vorbringen der Beteiligten von Amtes wegen und stellen die hiezu notwendigen Ermittlungen an. Sie würdigen das Ergebnis der Untersuchung frei und wenden das Recht von Amtes wegen an. Der Gemeinderat hat somit als Baubewilligungsbehörde von Amtes wegen nicht nur den Sachverhalt abzuklären, sondern auch das Recht anzuwenden. Im Rahmen der Rechtsanwendung hat er selbständig alle für einen bestimmten Tatsachenkomplex anwendbaren Rechtsnormen zu suchen, diese auszulegen und die daraus sich ergebenden

rechtlichen Folgen zu ziehen (vgl. AGVE 2005, S. 337). Im (erstinstanzlichen) Baubewilligungsverfahren verdrängen die Untersuchungsmaxime und der Grundsatz der Rechtsanwendung von Amtes wegen das Rügeprinzip, nach welchem die rechtsanwendende Behörde nur die von den Parteien geltend gemachten Rechtsverletzungen und tatsächlichen Einwände prüfen muss oder darf (vgl. Merkli / Aeschlimann / Herzog, a.a.O., Art. 51 N 1 f.; zum Rügeprinzip Ulrich Häfelin / Georg Müller / Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl., Zürich 2006, Rz. 1632).

Auch dürfen die Grundsätze, welche Lehre und Praxis im Zusammenhang mit der Beschwerdeerweiterung und -änderung entwickelt haben, nicht unbesehen auf das Einspracheverfahren übertragen werden. Der Grund liegt in der unterschiedlichen Funktion, welche die Baueinsprache und die Verwaltungsbeschwerde erfüllen. Die Baueinsprache ist zwar Voraussetzung für eine spätere Beschwerdebefugnis (vgl. § 4 Abs. 2 BauG), sie besitzt aber nach der Konzeption des Baugesetzes im Gegensatz zur Verwaltungsbeschwerde nicht die Funktion eines Rechtsmittels, sondern dient der formalisierten Gewährung des Gehörsanspruches (AGVE 2000, S. 216; Merker, a.a.O., § 45 N 11). Die Baueinsprache unterstützt die Vorbereitung eines Verwaltungsaktes und stellt ein Hilfsinstrument der Baubewilligungsbehörde im Rahmen der Sachverhaltsermittlung bzw. der Entscheidungsfindung dar (vgl. AGVE 2000, S. 216; Auer, a.a.O., S. 146 f.; Merkli / Aeschlimann / Herzog, a.a.O., Art. 53 N 1; Häner / Mörikofer, a.a.O., S. 10). Weil die Baueinsprache das Risiko vermindern kann, dass der vorgängig Angehörte gegen den nachfolgenden Entscheid ein Rechtsmittel einlegt, stellt sie ein Mittel des präventiven, vorgelagerten Rechtsschutzes dar (vgl. Michele Albertini, Der verfassungsmässige Anspruch auf rechtliches Gehör im Verwaltungsverfahren des modernen Staates, Diss., Bern 2000, S. 78). Dagegen bezieht sich der Begriff des Rechtsmittels nach herkömmlicher Terminologie in erster Linie auf Einrichtungen des Prozessrechts, die der Überprüfung eines Entscheides und damit dem nachträglichen Rechtsschutz

dienen (vgl. Merker, a.a.O., § 45 N 3). Aufgrund der Funktion, die den Baueinsprachen nach dem Baugesetz zukommt, handelt es sich bei ihnen nicht um Einsprachen im Rechtssinn, sondern um Einwendungen, welche vor Erlass einer Verfügung erhoben werden (vgl. zur Terminologie auch Häfelin / Müller / Uhlmann, a.a.O., Rz. 1815 ff.; Alfred Kölz / Isabelle Häner, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 2. Aufl., Zürich 1998, Rz. 467). Dementsprechend soll nach dem Entwurf zur Teilrevision des Baugesetzes vom 3. November 2006 der Begriff der Einsprachen in § 4 Abs. 2 BauG durch denjenigen der Einwendungen ersetzt werden (§ 4 Abs. 2 des Entwurfes vom 3. November 2006 zur Teilrevision des Baugesetzes).

Da die Baueinsprache dem Erlass der anfechtbaren Verfügung zeitlich vor- und das Beschwerdeverfahren dieser nachgelagert ist, beziehen sich auch die Regeln über die Zulässigkeit einer Erweiterung oder Änderung von Beschwerdeanträgen auf die Zeit *nach* Erlass einer ersten beschwerdefähigen Verfügung. Ob eine unzulässige Ausdehnung von Beschwerdeanträgen vorliegt, entscheidet sich mithin aufgrund des Sachverhalts, der nach Erlass einer beschwerdefähigen Verfügung bzw. zu Beginn des Beschwerdeverfahrens eingebracht wurde (vgl. Merker, a.a.O., § 39 N 13 und 17). Würden die Regeln über die Zulässigkeit einer Beschwerdeerweiterung oder -änderung auf das Einspracheverfahren übertragen, hätte dies zur Folge, dass der Streitgegenstand schon vor Erlass der ersten beschwerdefähigen Verfügung fixiert wird, was problematisch erscheint. Es wäre dogmatisch nicht schlüssig, wenn der Einsprecher bereits vor Erlass des Anfechtungsobjekts den Streitgegenstand bestimmen müsste (vgl. Auer, a.a.O., S. 147 und 152). Da sich die Baubewilligung von Gesetzes wegen mit sämtlichen relevanten Aspekten eines Bauvorhabens zu befassen hat, ist das Baubewilligungsverfahren ohnehin nicht auf den Gegenstand der Einsprache begrenzt.

- Zweitens widerspräche eine Begrenzung des Streitgegenstands durch die Einsprache auch der bisherigen Praxis, welche das ganze Einspracheverfahren relativ formlos abgewickelt hat

(Erich Zimmerlin, Baugesetz des Kantons Aargau vom 2. Februar 1971, Kommentar, 2. Aufl., Aarau 1985, § 151 N 5 i.V.m. § 4 N 5). Für diese Praxis bestehen aber durchaus sachliche Gründe, weil Einsprachen häufig von juristischen Laien erhoben werden (vgl. auch Auer, a.a.O., S. 153). Für dieses Verfahrensstadium gilt es deshalb speziell zu verhindern, dass rechtlich unbeholfene Parteien durch formelle Fehler Nachteile erleiden (vgl. § 20 Abs. 2 VRPG).

- Drittens liesse sich eine Beschränkung der Beschwerdebefugnis auf den Gegenstand der Einsprache jedenfalls nicht ohne Ausnahme verwirklichen, weshalb auch der Gesichtspunkt der homogenen Rechtsanwendung gegen eine solche Lösung spricht: Ist ein Baubewilligungsentscheid mit einem erheblichen Fehler belastet, wiegt das Interesse an der Durchsetzung des materiellen Rechts stärker als die Anliegen, die sich für eine frühe Beschränkung des Streitgegenstands vortragen lassen. Dies zeigt auch die Entstehungsgeschichte von § 4 Abs. 2 BauG. So hielt Regierungsrat Pfisterer für den Fall, dass ein Bauvorhaben beispielsweise die zulässige Anzahl Geschosse überschreiten sollte, vor dem Grossen Rat sinngemäss das Folgende fest: In einer solchen Situation müsse einem betroffenen Nachbarn die Beschwerdebefugnis selbst dann zustehen, wenn er sich auf einen Bauabschlag durch die zuständige Baubewilligungsbehörde verlassen und deswegen keine Einsprache erhoben habe (Protokoll GR vom 10. März 1992, Art. 1637, S. 2731 und 2733 [Voten M. Studer und Regierungsrat Pfisterer]). Diese Lösung harmoniert mit der Praxis des Verwaltungsgerichts, die Ausnahmen vom *Rügeprinzip* dann zulässt, wenn ein Fehler des angefochtenen Entscheides erheblich oder leicht erkennbar ist (vgl. VGE IV/44 vom 14. August 2001 [BE.2000.00380], S. 5 f.; VGE III/74 vom 30. August 1996 [BE.95.00010], S. 8]; vgl. auch Merker, a.a.O., § 49 N 9 mit Hinweis). Mithin korrigiert das Verwaltungsgericht einen solchen Mangel auch dann, wenn ihn der Beschwerdeführer nicht gerügt hat. Eine Beschränkung des Streitgegenstands auf die Einsprachegründe könnte im Übrigen auch dann nicht durchgesetzt werden, wenn es um Fragen

des Bundesrechts geht (BGE vom 14. März 2002 [1A.114/2001 + 1P.418/2001], E. 4.3; Häner / Mörikofer, a.a.O., S. 12 f. mit weiteren Hinweisen).

Zusammenfassend sprechen der Aspekt der fehlenden gesetzlichen Grundlage, der Grundsatz der Rechtsanwendung von Amtes wegen, die Untersuchungsmaxime, die Fürsorgepflicht der rechtsanwendenden Behörden und der Aspekt der homogenen Rechtsanwendung gegen die Begrenzung der Beschwerdebefugnis auf den Gegenstand der Einsprache.

2.3.

Die Aspekte, die gegen eine Begrenzung der Beschwerdebefugnis auf den Gegenstand der Einsprache angeführt wurden, wiegen schwerer als die Gegenargumente (im Ergebnis anders VGE III/40 vom 23. Mai 2006 [WBE.2003.247/251], S. 15 f.; Merker, a.a.O., N 16 zu § 45 VRPG). Eine Beschränkung des Streitgegenstands liesse sich auf dieser Verfahrensstufe auch dogmatisch nicht schlüssig begründen. Es ist deshalb anzunehmen, dass nach aargauischem Baurecht die Beschwerdebefugnis nicht auf den Gegenstand der Einsprache beschränkt ist. Mithin bildet das gesamte in der Baubewilligung geregelte Rechtsverhältnis den beschwerdeweise weiterziehbaren Anfechtungsgegenstand. Mit diesem Ergebnis lässt sich im Übrigen auch der Wortlaut von § 4 Abs. 2 BauG vereinbaren. Er beschränkt nämlich die Beschwerdebefugnis nicht auf den Gegenstand der Einsprache, sondern knüpft die Beschwerdebefugnis lediglich an die Voraussetzung, dass der Beschwerdeführer überhaupt Einsprache erhoben hat. Ist diese Voraussetzung erfüllt, steht es einem Beschwerdeführer unter Vorbehalt des Rechtsmissbrauches offen, im Beschwerdeverfahren neue Begehren zu stellen und neue Argumente vorzutragen, die aus seiner Sicht der Baubewilligung entgegen stehen.

An diesem Ergebnis ändert auch die Tatsache nichts, dass die Baueinsprache von Gesetzes wegen mit einem Antrag und einer Begründung zu versehen ist. Mit diesen formellen Anforderungen hat sich der Gesetzgeber zwar an das Beschwerdeverfahren angelehnt, aus den Materialien ergeben sich jedoch keine Hinweise darauf, dass er die Baueinsprache gleichzeitig mit den prozessualen Wirkungen

einer Beschwerde ausstatten wollte. Insbesondere sind in den Materialien keine Anhaltspunkte für die Annahme vorhanden, der Gesetzgeber habe an die Baueinsprache eine Präklusionswirkung anknüpfen wollen mit der Folge, dass die Beschwerdebefugnis des Einsprechers auf den Gegenstand seiner Einsprache beschränkt wäre. Vielmehr entsprach es dem erkennbaren Wunsch des Gesetzgebers, die formellen Anforderungen an eine Einsprache eher tief zu halten, damit der Bürger nicht schon im Einspracheverfahren einen Anwalt beiziehen muss (Protokoll der Spezialkommission Baugesetzrevision, 22. Sitzung vom 26. September 1991, S. 309 [Voten Magon und Kuhn]). Ausgangspunkt für die Forderung nach einem Antrag und einer Begründung bildete offenbar der Umstand, dass Einsprachen zuweilen missbräuchlich und vorsorglich erhoben werden. Dieses Risiko wollte der Gesetzgeber eindämmen, indem er den Einsprecher zu einem Antrag und einer Begründung seiner Einsprache verpflichtete (Protokoll der Spezialkommission Baugesetzrevision, 22. Sitzung vom 26. September 1991, S. 309 [Voten Magon, Kocher, Woodtli und Regierungsrat Pfisterer]). Gleichzeitig wurde jedoch in den Beratungen der Spezialkommission darauf hingewiesen, dass die aargauische Praxis und diejenige der Bundesbehörden hinsichtlich der formellen Anforderungen an Antrag und Begründung einer Beschwerde «äussert grosszügig» seien (Protokoll der Spezialkommission Baugesetzrevision, 22. Sitzung vom 26. September 1991, S. 309 [Votum Regierungsrat Pfisterer]). Die Materialien zeigen somit, dass der Gesetzgeber die formellen Anforderungen an Einsprachen nicht überspannen wollte, damit diese auch Laien offen stehen. Diesem Gedanken hätte es widersprochen, wenn der Gesetzgeber die Baueinsprache mit der für (Rechtsmittel typischen) Präklusionswirkung ausgestattet hätte. Eine solche prozessuale Wirkung würde den Einsprecher, der sich für den weiteren Verlauf des Verfahrens nichts vergeben will, in vielen Fällen dazu zwingen, bereits im Einspracheverfahren einen Anwalt beizuziehen.

2.4.

Da es sich bei der Einsprache (wie gesagt) nicht um ein Rechtsmittel handelt, das den Streitgegenstand des nachfolgenden Beschwerdeverfahrens begrenzt, und sich die Baubewilligungsbe-

hörde von Gesetzes wegen mit allen relevanten Aspekten eines Bauvorhabens zu befassen hat, ist die Beschwerdebefugnis des vormaligen Einsprechers bei näherer Betrachtung auch nicht vom Nachweis einer formellen Beschwerde abhängig. Damit erweist sich der Einwand der Beschwerdegegner, wonach die Vorinstanz auf einzelne Beschwerdebegehren mangels formeller Beschwerde nicht hätte eintreten dürfen, als unbegründet. Der angefochtene Entscheid ist unter diesem Gesichtspunkt nicht zu beanstanden.

3.

3.1.-3.5. (...)

3.6.

Der Kirchbezirk prägt nicht nur das Ortsbild, die Katholische Pfarrkirche, das Pfarrhaus und deren Umgebung stehen auch unter kantonalem Denkmalschutz. Nach § 11 Abs. 3 DSD können in der Umgebung von unter Schutz gestellten Denkmälern Bauten, technische Anlagen und sonstige Vorkehren, die ein solches Objekt in seiner Wirkung beeinträchtigen, durch das Departement Bildung, Kultur und Sport untersagt werden. Im konkreten Fall erteilte dieses Departement seine Zustimmung zum Bauvorhaben am 13. Oktober 2004 unter Auflagen. Am 2. November 2004 stimmte auch die Koordinationsstelle Baugesuche dem Bauvorhaben zu.

3.7.

3.7.1.

Gemäss § 40 Abs. 1 BauG sind die Erhaltung, die Pflege und die Gestaltung von Landschaften, Gebieten und Objekten des Natur- und Heimatschutzes, von Ortsbildern, Aussichtspunkten sowie 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. Das Denkmalschutzdekret teilt die Zuständigkeiten in diesem Bereich zwischen Kanton und Gemeinde wie folgt auf:

Der Ortsbildschutz ist Sache der Gemeinde (vgl. § 16 Abs. 1 DSD), was sich im Allgemeinen auch auf deren Entscheidungsfreiheit auswirkt: Dem Gemeinderat steht bei der Anwendung des kommunalen Rechts und von Ästhetikvorschriften ein erheblicher Ermes-

sensspielraum zu; die Gemeinde darf den verfassungsrechtlichen Schutz beanspruchen, der ihr gestützt auf die Gemeindeautonomie zusteht (§ 106 Abs. 1 KV). Es obliegt in erster Linie den örtlichen Behörden, über den architektonischen Aspekt zu wachen, weshalb sie diesbezüglich über einen breiten Ermessensspielraum verfügen. Die Rechtsmittelinstanzen haben sich deshalb bei der Überprüfung einschlägiger gemeinderätlicher Entscheide zurückzuhalten. Wo eine Regelung unbestimmt ist und verschiedene Auslegungsergebnisse rechtlich vertretbar erscheinen, sind die kantonalen Rechtsmittelinstanzen gehalten, das Ergebnis der gemeinderätlichen Rechtsauslegung zu respektieren und nicht ohne Not ihre eigene Rechtsauffassung an die Stelle der gemeinderätlichen zu setzen (siehe etwa BGE 115 Ia 118 f. = Pra 78/1989, S. 796 f.; AGVE 2006, S. 187 f.; 2003, S. 190). Die Grenze zwischen erlaubter Zweckmässigkeitsprüfung und autonomieverletzendem eigenem Ermessensentscheid der Rechtsmittelinstanz ist nicht leicht zu ziehen (BGE vom 28. Oktober 2003 [1P.464/2003], Erw. 3.2). Die Praxis zieht die Grenze zunächst dort, wo sich eine Auslegung mit dem Wortlaut sowie mit Sinn und Zweck des Gesetzes nicht mehr vereinbaren lässt (AGVE 2006, S. 188; 2005, S. 152; 2003, S. 190; 2001, S. 299 f.). Nach der Praxis des Verwaltungsgerichts können auch überwiegende private Interessen eine Korrektur des gemeinderätlichen Entscheides rechtfertigen (vgl. AGVE 1995, S. 334; 1993, S. 382). Schliesslich erscheint ein Eingriff dann als zulässig, wenn sich die Beurteilung der Gemeindebehörden auf Grund überkommener öffentlicher Interessen als unzumutbar erweist oder wenn sie den wegleitenden Grundsätzen und Zielen der Raumplanung nicht entspricht oder unzureichend Rechnung trägt (BGE 116 Ia 227; BGE vom 28. Oktober 2003 [1P.464/2003], Erw. 3.2). Je weiter die öffentlichen Interessen am Ortsbildschutz über den lokalen Bereich hinausgehen, desto kleiner wird die Entscheidungsfreiheit der Gemeinde. Verfügt die Gemeinde über ein Ortsbild von nationaler Bedeutung ist sie an den im ISOS definierten Schutzgrad gebunden, so dass sie sich insofern nicht auf die Gemeindeautonomie berufen kann. Für diese Auffassung spricht auch der kantonale Richtplanteil, nach welchem die Ortsbilder von nationaler Bedeutung in ihrer Einstufung nach ISOS anerkannt und

festgesetzt werden. Eine solche kantonrechtliche Anerkennung fehlt zwar für Ortsbilder, denen das ISOS (wie im konkreten Fall) regionale Bedeutung attestiert. Die Einstufung gemäss ISOS stellt in solchen Fällen immerhin ein starkes Indiz dafür dar, dass die Interessen am Ortsbildschutz über den rein lokalen Bereich hinausgehen. Auch eine solche Einstufung kann daher zu einer teilweisen Einschränkung der Gemeindeautonomie führen.

3.7.2.

Anders ist die rechtliche Ausgangslage beim Denkmalschutz. Der Schutz von Kulturdenkmälern, deren Bedeutung über die Gemeindegrenze hinaus ragt, ist Sache des Kantons. Der Denkmalschutz beruht auf einer kantonalen Regelung und wird durch kantonale Behörden vollzogen (vgl. DSD). Die Gemeinden können den kantonalen Schutz von Baudenkmalern im kommunalen Recht ausweiten, nicht aber schmälern. Insofern ist die Autonomie der Gemeinden eingeschränkt.

3.7.3.

Da zum Schutz eines Denkmals auch eine Rücksichtnahme auf dessen Umgebung gehört (vgl. § 1 Abs. 2 lit. a und § 12 Abs. 3 DSD), besteht zwischen den Fragen des Denkmal- und Ortsbildschutzes dann ein enger Zusammenhang, wenn die Umgebung des Denkmals zugleich ortsbildprägend ist. Das ist hier der Fall, kommt doch dem Kirchbezirk mit den denkmalgeschützten Bauten und ihrer denkmalgeschützten Umgebung auch in ortsbildlicher Hinsicht hohe Bedeutung zu. Der Vertreter der kantonalen Ortsbildpflege brachte dies an der Verhandlung vom 6. November 2007 mit den Worten zum Ausdruck, der Kirchbezirk liege in der «Linse», die für das Ortsbild sehr prägend sei. Die Eidgenössischen Kommissionen [Eidgenössische Kommission für Denkmalpflege und Eidgenössische Kommission für Natur- und Heimatschutz] sprechen im Zusammenhang mit dem Kirchbezirk vom «siedlungsbaulichen Nucleus des Dorfes».

Angesichts des Sachzusammenhangs der verschiedenen materiellrechtlichen Vorschriften bedarf es in Fällen der vorliegenden Art einer Gesamtbetrachtung aus der Sicht des Denkmal- und Ortsbildschutzes. Sofern und soweit in einer solchen Konstellation die kanto-

nen Interessen am Denkmalschutz eine Überprüfung des Vorhabens verlangen, kann sich die Gemeinde nicht auf ihre Autonomie in Ortsbildfragen berufen. Da überkommunale Interessen am Denkmal- und Ortsbildschutz tangiert sind, rechtfertigt sich eine umfassende Prüfung, die im verwaltungsgerichtlichen Verfahren allerdings von Gesetzes wegen auf die Rechtskontrolle (unter Einschluss der unrichtigen oder unvollständigen Sachverhaltsfeststellung) beschränkt ist. Im Übrigen indiziert im konkreten Fall die Einstufung gemäss ISOS die regionale Bedeutung des Ortsbilds, was die Entscheidungsfreiheit der Gemeinde im Bereich des Ortsbildschutzes relativiert (siehe vorne Erw. 3.7.1).

27 Anmerkung im Grundbuch gemäss § 163 BauG.

- **Verhältnis zwischen einer Anmerkung gemäss § 163 BauG und einem Erschliessungsplan.**

Urteil des Verwaltungsgerichts, 4. Kammer, vom 28. Mai 2008 in Sachen M.K. und Mitb. gegen den Regierungsrat (WBE.2007.129).

Aus den Erwägungen

3.

3.1.

Sinn und Zweck einer Anmerkung im Grundbuch gemäss § 163 BauG bestehen darin, Dritte auf einen spezifisch parzellenbezogenen öffentlich-rechtlichen Tatbestand aufmerksam zu machen. Dritte sollen anhand der Anmerkung im Grundbuch erkennen können, dass für das betreffende Grundstück eine öffentlich-rechtliche Verpflichtung besteht, die der Eigentümer zu beachten hat (AGVE 2005, S. 613). Anmerkungen dienen lediglich der Publizität. Sie geben über bestimmte Rechtsverhältnisse an einem Grundstück Auskunft. Die Anmerkung im Grundbuch hat aber keine konstitutive oder heilende Wirkung (BGE 124 III 211 Erw. 1a = Pra 1998, S. 935 f.). Sie untersteht auch nicht der negativen Rechtskraft des Grundbuches (Art. 971 ZGB). Die betreffenden Rechtsverhältnisse bestehen auch

ohne Anmerkung im Grundbuch (Dominik Scherrer, Anmerkung im Grundbuch unter Berücksichtigung des Bundesrechtes und des kantonal-st. gallischen Rechtes, Diss. Fribourg 1984, S. 307).

3.2.

Der Rechtsgrundaussweis für die Anmerkung und damit Grundlage des öffentlich-rechtlichen Verhältnisses ist die mit Verfügung vom 31. Januar 1995 abgeänderte Auflage zur rückwärtigen Erschliessung der Parzelle Nr. 000. Diese Verfügung ist eine behördliche Anordnung, die gestützt auf das Baugesetz einseitig und für den Grundeigentümer verbindlich die Erschliessung vorschreibt, sofern die in der Verfügung vorgesehenen Bedingungen eintreten. Diese Anordnungen entfalten verbindliche Rechtswirkungen zwischen dem Verfügungsadressaten – hier die Grundeigentümerin – und der Gemeinde. Die Verfügung des Gemeinderats vom 31. Januar 1995 entfaltet indessen keine Rechtswirkungen zwischen dem Gemeinwesen und Dritten in dem Sinne, dass sie Rechtsansprüche Dritter gegen die Gemeinde begründet. Wie bereits ausgeführt, ändert die Anmerkung der verfügten Auflagen im Grundbuch nichts an dieser Rechtslage.

Die Rechtsbeständigkeit (materielle Rechtskraft) einer Verfügung ist sodann nicht absolut, sondern beschränkt. Eine formell rechtskräftige Verfügung kann unter bestimmten Voraussetzungen einseitig aufgehoben oder abgeändert werden (vgl. Ulrich Häfelin / Georg Müller / Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Auflage, Zürich / Basel / Genf 2006, Rz. 994 ff.). Die Vorinstanz ist davon ausgegangen, dass die Auflagen zur rückwirkenden Erschliessung der Parzelle Nr. 000 mit dem Erschliessungsplan wiedererwägungsweise aufgehoben wurden. Ob die Voraussetzungen für eine Wiedererwägung oder einen Widerruf (siehe dazu §§ 25 f. VRPG) vorliegen, ist wegen der planungsrechtlichen Situation nicht abschliessend zu prüfen.

4.

4.1.

Art. 19 RPG verpflichtet die Gemeinden zur planmässigen Erschliessung der Bauzonen, und § 16 Abs. 1 BauG hält den Grundsatz fest, dass die Erschliessung soweit nötig durch Erschliessungs- und

Gestaltungspläne und entsprechende Vorschriften sichergestellt wird. Gemäss § 16 Abs. 3 BauG können die allgemeinen Nutzungspläne für bestimmte Gebiete die Sondernutzungsplanung vorsehen. In dieser Bestimmung konkretisiert das BauG ausdrücklich den planungsrechtlichen Grundsatz, dass sich die Erschliessung der Bauzonen nach den Nutzungsplänen zu richten hat (BGE 116 Ia 221 Erw. 4a; Bernhard Waldmann / Peter Hänni, Raumplanungsgesetz, Bern 2006, Art. 19 N 46 mit Hinweisen). Nutzungspläne sind "für jedermann verbindlich" und verpflichten auch das Gemeinwesen (Art. 21 Abs. 1 RPG). Die Nutzungspläne legen die zulässige Nutzung allgemeinverbindlich und parzellenscharf fest und schliessen jede andere als eine plankonforme Nutzung aus (Waldmann / Hänni, a.a.O., Art. 14 N 4).

4.2.

Die Gemeindeversammlung X. beschloss am 7. Juni 2005 die Bauzonen- und Kulturlandplanänderung "A.". Diese wurde am 19. Oktober 2005 vom Regierungsrat genehmigt und ist rechtskräftig. Durch diese Änderung wurde die Parzelle Nr. 000 von der Wohn- und Gewerbezone mit Gestaltungsplanpflicht in die Wohnzone W2 umgezont. Die Zone wurde neu einer Erschliessungsplanpflicht unterstellt.

Mit dieser Änderung der Nutzungsplanung, namentlich mit der Erschliessungsplanpflicht, hat sich die raumplanerische Rechtslage der Parzelle Nr. 000 auch mit Bezug auf die Erschliessung verändert. Die Erschliessung setzt eine Erschliessungsplanung nach den für die Sondernutzungspläne geltenden Bestimmungen voraus. Damit ist eine Erschliessung auf der Grundlage der Verfügung vom 31. Januar 1995 ausgeschlossen, zumal die Parzelle Nr. 000 bereits mit der Teilrevision des Bauzonenplans vom 20. November 1998 und damit nach Rechtskraft der genannten Verfügung einer Gestaltungsplanpflicht unterstellt wurde. Die neuen planungsrechtlichen Vorschriften verpflichteten den Grundeigentümer und den Gemeinderat zur Sondernutzungsplanung, und eine Erschliessung gestützt auf die Auflagen von 1995 war mit Inkrafttreten der Planänderung am 12. Mai 1999 ausgeschlossen. Mit der Revision des Bauzonen- und Kulturlandplans "A." verlor die Verfügung, die zur Anmerkung im Grundbuch

fürte, ihre Rechtsgrundlage. Eine rückwärtige Erschliessung konnte nur noch in Frage kommen, soweit sie mit den Grundsätzen der Erschliessungsplanung zu vereinbaren war. Mit der Erschliessungsplanpflicht wurden insbesondere auch die Bedingungen in lit. a-c der Verfügung vom 31. Januar 1995, welche die Voraussetzungen für die Pflicht der Grundeigentümer zur Erstellung einer rückwärtigen Erschliessung umschrieben, hinfällig. Weder aufgrund einer Nutzungsänderung noch einer Veräusserung der Parzelle Nr. 000 konnten die Erschliessungsanlagen erstellt werden.

28 Vorentscheid im Baubewilligungsverfahren.

- **Zulässiger Gegenstand.**
- **Anforderungen an die Publikation eines Vorentscheidgesuchs.**

Urteil des Verwaltungsgerichts, 3. Kammer, vom 19. Juni 2008 in Sachen W. und Mitbet. gegen Einwohnergemeinde Baden (WBE.2006.312).

Aus den Erwägungen

3.

3.1. Die Beschwerdeführer machen geltend, um einem Vorentscheid könne nur bezüglich wichtiger Bau- und Nutzungsfragen nachgesucht werden, hier liege aber ein vollständiges Baugesuch vor; im Übrigen sei nicht klar, welche baurechtlichen Fragen verbindlich beantwortet werden sollen und welche nicht.

(...)

3.2.

Ziel eines Vorentscheids ist es, bei unsicherer Rechtslage und in komplizierten, umfangreichen Verfahren Fragen zu entscheiden, deren Beantwortung den betroffenen Privaten erhebliche Kosten und den Behörden ein umfangreiches Rechtsmittelverfahren ersparen kann (AGVE 1972, S. 587). Voraussetzung für den Vorentscheid ist ein relativ verselbständiger Entscheidungsinhalt, ein Gesuchsinhalt somit, der losgelöst vom eigentlichen Hauptverfahren beurteilt werden kann. Der Vorentscheid bewilligt aber nicht Teile des insge-

samt Beantragten, die unabhängig vom Ausgang des Hauptverfahrens weiter bestehen können, sondern sagt, wie eine Rechtslage, die für den Fortgang des Verfahrens entscheidend ist, beurteilt wird. Die Beurteilung schliesst das Verfahren in diesem Punkt zwischen den Personen ab, die sich am Verfahren beteiligt haben oder hätten beteiligen können. Der Gesuchsteller hat regelmässig ein aktuelles Interesse am Vorentscheid nachzuweisen. Dieses ist bei Projekten, wo eine Stufung des Verfahrens sinnvoll ist, in der Regel gegeben (zum Ganzen Merker, a.a.O., § 38 N 35 ff., mit Hinweisen).

Das Verwaltungsgericht bejaht das Vorentscheidinteresse, wenn die Überbaubarkeit eines Grundstücks (AGVE 1972, S. 586 f.), die Zonenkonformität eines Bauvorhabens, die Erschliessung und Bau reife eines Grundstücks oder die Zulässigkeit wesentlicher Terrainveränderungen zur Diskussion stehen (Michael Merker, Rechtsmittel, Klage und Normenkontrollverfahren nach dem aargauischen Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege [VRPG] vom 9. Juli 1968, Diss., Zürich 1998, § 38 N 37; Erich Zimmerlin, Baugesetz des Kantons Aargau vom 2. Februar 1971, 2. Aufl., § 52 N 9). Aus der Kasuistik sowie § 62 BauG folgt, dass nur grundsätzliche Fragen vorentscheidfähig sind. Weder die Baubewilligungsbehörden noch die von einem Bauvorhaben betroffenen Nachbarn sollen mit unnötigen Vorentscheidgesuchen belastet werden. Wo es nicht um wichtige Fragen geht, kann vom Bauherrn erwartet werden, dass er direkt das Baugesuch einreicht. Ist eine Frage vorentscheidfähig und weist der Gesuchsteller ein rechtlich relevantes (schutzwürdiges und aktuelles) Interesse an ihrer vorweggenommenen Beurteilung nach, besteht ein Rechtsanspruch auf einen Vorentscheid (vgl. Merker, a.a.O. § 38 N 35 ff., mit Hinweisen).

3.3.

Im konkreten Fall befasst sich der Vorentscheid vom 30. Januar 2006 zunächst mit dem Abbruch der Mühlescheune (Ferrogebäude). Im Zusammenhang mit dem geplanten Neubau am Ölrainhang behandelt er ausserdem die folgenden Fragen: Volumetrie und Einordnung des Neubaus in das Ortsbild (inklusive Fassadengestaltung), Wohnflächenanteil, Parkplatzbedarf und Fussgängerverbindung von der Kronengasse auf den Theaterplatz. Diese Fragen sind

verselbständigbar und wichtig, weshalb sie grundsätzlich als vorentscheidfähig eingestuft werden können. Der Vorentscheid erweist sich jedoch aus anderen Gründen als formell mangelhaft.

Der Vorentscheid schliesst das Verfahren zwischen den Personen, die sich am Verfahren beteiligt haben oder hätten beteiligen können, in den vorentschiedenen Punkten ab. Für diese Personen entfaltet der Vorentscheid - unter Vorbehalt einer geänderten Sach- und Rechtslage - Verbindlichkeit mit der Folge, dass sie die vorentschiedenen Fragen in der Einsprache gegen das Baugesuch und in einer Beschwerde gegen die Baubewilligung nicht mehr aufgreifen können. Angesichts dieser rechtlichen Wirkung des Vorentscheids muss zum Schutz von Dritten, die von einem Bauvorhaben betroffen sind, verlangt werden, dass im Vorentscheidgesuch, in der Publikation und im Vorentscheid selber klar bezeichnet wird, welche baurechtlichen Fragen für den Bauherrn und die betroffenen Nachbarn verbindlich beantwortet werden sollen. Vorliegend wird zwar im Vorentscheidgesuch das Bauvorhaben umschrieben, es wird darin aber nicht festgehalten, welche baurechtlichen Fragen im Zusammenhang mit diesem Bauvorhaben vorentschieden werden sollen. Wegen dieses formellen Mangels hätte der Stadtrat auf das Gesuch nicht eintreten bzw. dieses zur formellen Überarbeitung an die Bauherrschaft zurückweisen müssen. Der Publikationstext spricht zwar von einem Vorentscheid und umschreibt das Bauvorhaben, auch er hält jedoch nicht fest, welche baurechtlichen Fragen vorentschieden werden sollen. Für Dritte war daher nicht erkennbar, ob und in welchem Umfang sie sich bereits im Vorentscheidverfahren gegen das Bauvorhaben wehren müssen, um im späteren Verlauf des Verfahrens keine Rechtsnachteile zu erleiden. Entgegen der Auffassung der Gemeindevertreter genügt es zum Schutz von Dritten nicht, wenn aus dem Vorentscheid selber hervorgeht, welche Fragen vorentschieden werden sollen. Stünde der Gegenstand des Vorentscheidgesuchs nicht schon bei der Publikation fest, besäßen Dritte überhaupt keine Entscheidungsgrundlage, ob sie sich am Vorentscheidverfahren beteiligen sollen oder nicht. Im Übrigen geht im konkreten Fall weder aus den Erwägungen noch aus dem Dispositiv des Vorentscheids klar hervor, welche Punkte vorentschieden wurden. Offenbar sind sich hierüber auch die Vertreter der Stadt

nicht restlos im Klaren. Insbesondere trifft es entgegen ihrer Auffassung nicht zu, dass auch die Frage des Waldabstands vorentschieden wurde. Dieser Punkt wird im Vorentscheid vom 30. Januar 2006 nicht thematisiert. Der Vorentscheid trennt auch nicht zwischen Fragen, die verbindlich vorentschieden werden, und solchen, die aus Gründen der Prozessökonomie und der Kundenfreundlichkeit lediglich in unverbindlicher Weise angesprochen werden. Die Pläne, denen im Beschluss des Stadtrats vom 30. Januar 2006 «im Sinn eines Vorentscheids» zugestimmt wird, äussern sich zudem bereits im Detail zum Bauvorhaben, so dass unklar bleibt, welche Bedeutung dieser Plangenehmigung im Vorentscheidverfahren zukommt. Die Formulierung «im Sinn eines Vorentscheids» lässt offen, was genau von der Rechtskraft dieses Vorentscheids erfasst wird. Aus den genannten formellen Gründen sind sowohl der vorinstanzliche Entscheid als auch der Beschluss des Stadtrats Baden vom 30. Januar 2006 aufzuheben. Andernfalls bestünde die Gefahr, dass der verfassungsrechtlich verankerte Rechtsschutzanspruch von Nachbarn (Art. 29a der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 [BV; SR 101]) verletzt wird. Der angefochtene Entscheid sowie der Vorentscheid des Stadtrats vom 30. Januar 2006 sind deshalb aufzuheben. Von einer Rückweisung der Beschwerdesache aus den genannten formellen Gründen kann jedoch abgesehen werden, weil beide Entscheide auch aus materiellrechtlichen Gründen aufzuheben sind. (...)

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

vgl. AGVE 2007, S. 134 ff.

(Hinweis: Das Bundesgericht hat eine Beschwerde gegen diesen Entscheid abgewiesen; Urteil vom 15. August 2008 [2C_517/2007]).

V. Submissionen

30 Bereinigung der Angebote.

- **Anforderungen an die Offertbereinigung.**
- **Transparenzgebot; Gleichbehandlungsgrundsatz (Erw. 4.2.2).**
- **Eine nachträgliche Abänderung eines wesentlichen Teils des Angebots sowohl in inhaltlicher als auch in preislicher Hinsicht ist unzulässig (Erw. 4.3.1).**

Urteil des Verwaltungsgerichts, 4. Kammer, vom 23. Juni 2008 in Sachen M. AG gegen das Departement Bau, Verkehr und Umwelt (WBE.2008.51).

Aus den Erwägungen

4.

Zu prüfen ist zunächst, ob es beim Angebot der Zuschlagsempfängerin nach der Öffnung der Angebote zu einer unzulässigen Veränderung des Leistungsinhalts gekommen ist.

4.1.

4.1.1.

Die Vergabebehörde prüft die Angebote rechnerisch und fachlich. Sie bringt sie auf eine vergleichbare Basis (§ 17 Abs. 1 SubmD). Sind Angaben eines Angebots unklar, insbesondere bezüglich Bauabläufen und Prozessoptimierungen, so können von den Anbietenden Erläuterungen, fachliche Präsentationen, Begehungen usw. verlangt werden, die schriftlich festzuhalten sind (§ 17 Abs. 2 SubmD). Die Vergabestelle darf offensichtliche Rechnungsfehler korrigieren (§ 17 Abs. 3 SubmD). Verhandlungen zwischen der Vergabestelle und den Anbietenden über Preise sind unzulässig (§ 17 Abs. 4 SubmD); einzig im freihändigen Verfahren sind Verhandlungen zulässig (§ 17 Abs. 5 SubmD). Auch Art. 11 lit. c IVöB statuiert als allgemeinen Grundsatz den Verzicht auf Abgebotsrunden. Die

Vergaberichtlinien (VRöB) aufgrund der IVöB führen dazu in § 30 unter dem Titel "Verbot von Abgebotsrunden" präzisierend aus: "Verhandlungen zwischen der Auftraggeberin oder dem Auftraggeber und den Anbieterinnen oder Anbietern über Preise, Preisnachlässe und Änderungen des Leistungsinhaltes in diesem Zusammenhang sind unzulässig" (§ 30 Abs. 1 VRöB). Zulässig sind Verhandlungen im freihändigen Verfahren (§ 30 Abs. 2 VRöB).

4.1.2.

Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts sind Offertbereinigungen technischer Natur, die über die Berichtigung von Rechnungsfehlern oder anderer offensichtlicher Irrtümer und Fehler hinausgehen, aufgrund der mit ihnen verbundenen Gefahr der Wettbewerbsverfälschung bzw. Begünstigung einzelner Bewerber eher zurückhaltend zu handhaben; sie dürfen auf keinen Fall zu einer Änderung des Leistungsinhaltes führen (AGVE 1999, S. 344). Das Verbot nachträglicher Offertänderungen gilt sowohl für die Anbieter als auch die Vergabestellen. Rückfragen bei den Anbietern sind, soweit erforderlich, zulässig; sie haben aber mit der nötigen Zurückhaltung und Sorgfalt zu erfolgen, und es sind alle Anbieter nach gleichen Massstäben zu behandeln. Die Offertbereinigung insgesamt und ihr Ergebnis müssen nachvollziehbar sein. Mit dem schriftlichen Festhalten soll sichergestellt werden, dass das Bereinigungsverfahren nicht für fremde Zwecke missbraucht wird; das Ergebnis der Bereinigung muss für die Mitbewerber nachvollziehbar sein, damit sie sich wehren können (vgl. Protokoll des Grossen Rates vom 26. November 1996, S. 618, Votum Küng; vgl. auch Protokoll der grossrätlichen Kommission, 3. Sitzung, vom 4. September 1996, S. 13, Voten Pfisterer; ferner VGE III/127 vom 3. September 1998 [BE.98.00168], S. 9). Unzulässig ist daher beispielsweise eine ausschliesslich telefonisch vorgenommene Bereinigung, über die keinerlei schriftliche Aufzeichnungen erstellt worden sind (AGVE 2003, S. 247 ff.; Elisabeth Lang, Der Grundsatz der Transparenz im öffentlichen Beschaffungsrecht, in: Festschrift 100 Jahre Aargauischer Anwaltverband, Zürich / Basel / Genf 2005, S. 130).

4.2.

4.2.1.

Vorliegend steht unbestrittenermassen fest, dass beide Angebote von den Anbieterinnen nach der Offertöffnung gestützt auf die Vorgaben der Vergabestelle sowohl inhaltlich als auch preislich verändert worden sind. Beim Angebot der Zuschlagsempfängerin ist in diesem Zusammenhang der Lieferant für die Hydraulik und die Steuerung ausgewechselt worden, und es hat auch eine sehr erhebliche Preisreduktion von rund 24 % stattgefunden. Demgegenüber haben sich die vorgenommenen Anpassungen beim Angebot der Beschwerdeführerin preislich nicht bzw. nur geringfügig im Umfang von weniger als 0,5 % ausgewirkt.

Seitens der Vergabestelle wird ausgeführt, beide Angebote hätten bezüglich der Hydraulikanlage und der Steuerung nicht den Anforderungen der diesbezüglich offenbar zu wenig präzise formulierten Ausschreibungsunterlagen entsprochen. Die Vergabestelle habe in den Submissionsunterlagen als Grundvariante eine gesteuerte Anlage verlangt, die im Vergleich zur (komplexeren, mit hoher Rechenleistung) geregelten Anlage den gestellten Anforderungen genügt hätte. Beide Anbieterinnen hätten eine geregelte Anlage angeboten und somit nicht den Submissionsunterlagen entsprochen. Beide Anbieterinnen seien im Punkt Steuerung und Hydraulik sowie weiteren Punkten von den Submissionsunterlagen wesentlich abgewichen. Aufgrund der Dringlichkeit habe sich die Vergabestelle entschieden, das Vergabeverfahren nicht von vorne zu wiederholen – dies wäre bei einem Einladungsverfahren der vorliegenden Art einem leeren Formalismus gleichgekommen –, sondern die eingeladenen Parteien unter Wahrung des Gleichbehandlungs- und Transparenzgebots aufzufordern, die Offerten zu verbessern. In Fällen wie hier, wo im Einladungsverfahren kein Angebot eingereicht werde, das die Erfordernisse der Submissionsunterlagen erfülle, sei die Vergabestelle ohnehin berechtigt, den Auftrag freihändig zu vergeben.

(...)

Beiden Anbietern seien die nicht umgesetzten Anforderungen der Submissionsunterlagen vom Experten am 20. bzw. 27. November 2007 mündlich erläutert worden. Diese Erläuterungen seien nötig

gewesen, um weitere Missverständnisse in dieser technisch komplexen Sache zu vermeiden. Die Fachperson habe den Offerierenden die Anforderungen an eine genügende Offerte erklärt und in welchen Anforderungen sie ihre Eingabe zu verbessern hätten. Angaben über Konkurrenzofferten seien keine gemacht worden. Über diese Erläuterungen sei kein Protokoll erstellt worden. Die Anbieter seien sodann unabhängig voneinander schriftlich (zur Bereinigung) eingeladen worden mit genauer Angabe, was bereinigt werden solle.

4.2.2.

Zunächst steht fest, dass zwischen der Vergabestelle bzw. dem in ihrem Auftrag handelnden Experten am 20. bzw. 27. November 2007 Gespräche mit den beiden Anbieterinnen über die jeweiligen Angebote bzw. deren Inhalt geführt worden sind (Erläutern der nicht umgesetzten Anforderungen der Submissionsunterlagen). Es ist auch unbestritten, dass über diese Gespräche bzw. deren genauen Inhalt keine schriftlichen Aufzeichnungen erstellt worden sind. Insofern ist nicht nachzuvollziehen, welche Änderungen/Anpassungen die Vergabestelle bzw. der Experte von den Anbietern, insbesondere aber von der Zuschlagsempfängerin, konkret verlangt hat. Dies stellt im Hinblick auf § 17 SubmD und das Transparenzgebot klarerweise einen Fehler des Submissionsverfahrens dar (vgl. AGVE 2003, S. 248). Daran vermag auch nichts zu ändern, dass die beiden Anbieterinnen mit inhaltlich identischem Schreiben vom 23. November 2007 (speidiert am 26. November 2007) schriftlich zur Überarbeitung ihrer Angebote aufgefordert worden sind. Dieses Schreiben weist folgenden Inhalt auf:

"Das Angebot entspricht bezüglich Hydraulikanlage und der Steuerung nicht den Anforderungen der Ausschreibung.

Für den Betrieb der Anlage erwarten wir eine sehr einfache Bedienung und Instandstellung. Aus diesem Grund wurden durch Eigengewicht schliessende Schützentafeln als Sicherheitselemente spezifiziert:

- Als Zylinder werden Standard-Zylinder erwartet. Die Messtechnik soll nicht in die Zylinder eingebaut werden.
- Das Aggregat soll sehr einfach mit Handumschaltung konzipiert sein.
- Die Anlage ist in der Grundvariante nur gesteuert ausgeschrieben."

Entgegen der Behauptung der Vergabestelle kann nicht davon gesprochen werden, es seien mit diesem Schreiben genaue Angaben gemacht worden, was zu bereinigen sei. Es ist zum Beispiel unbestritten, dass die Beschwerdeführerin – im Gegensatz zur Zuschlagsempfängerin – bereits in ihrem (ersten) Angebot einen Standard-Zugzylinder mit separater Messvorrichtung offeriert hat. Insofern bestand hier für sie überhaupt keine Veranlassung zu einer Änderung. Weiter ist festzustellen, dass die Vergabestelle im vorliegenden Verfahren beanstandet, die Beschwerdeführerin habe weder Betriebsartenschalter noch Hauptschutz zur Sicherung der Stillsetzung offeriert, wie dies in Maschinenrichtlinie MRL 2006/42/EG verlangt werde. Im Angebot der Beschwerdeführerin sei somit das Einhalten der MRL 2006/42/EG nicht gewährleistet; die Vorrichtung zur Sicherung der Stillsetzung fehle. Weiter seien die Positionen 2, 3 und 5 der Spezifikation Hydraulikzylinder sowie die Positionen 6 und 7 der Spezifikation Hydraulikaggregat vergabewidrig nicht offeriert worden. Wieso die Beschwerdeführerin im Rahmen der weitreichenden Bereinigung nicht zur Behebung dieser von der Vergabestelle festgestellten Mängel in ihrem Angebot aufgefordert worden ist, ist im Hinblick auf die von der Vergabestelle angestrebte Gleichbehandlung der Anbietenden nicht nachvollziehbar und widersprüchlich. Das Argument vermag auch insofern nicht zu überzeugen, als die Vergabestelle das Angebot der Beschwerdeführerin lediglich hinsichtlich der Kriterien "Preis" und "Referenzanlagen" mit einem Abzug bewertet hat, während die Beschwerdeführerin insbesondere unter "Ausführung", "Technische Grundlagen" und "Leistungsfähigkeit" die volle Punktzahl erhalten hat. Ebenfalls nicht gefolgt werden kann dem Argument der Vergabestelle, im Sinne der Gleichbehandlung und aus Gründen der Transparenz habe sie die Schreiben an beide Anbietende im gleichen Wortlaut abfassen müssen, so dass beide Parteien immer über alle Punkte den gleichen Wissensstand gehabt hätten. Der Grundsatz der Gleichbehandlung schliesst es selbstverständlich nicht aus, dass die Vergabestelle dem jeweiligen Anbieter konkret diejenigen Punkte seines Angebots nennt, die noch zu bereinigen sind. Hingegen verlangt das Transparenzgebot, dass dies in nachvollziehbarer Weise geschieht, d.h. entweder schriftlich erfolgt

oder aber – wenn mündlich erfolgt – zumindest in den wesentlichen Punkten protokolliert wird. An einer Dokumentation, aus der nachvollziehbar hervorgeht, in welchen Punkten die beiden Anbieterinnen ihre Angebote zu bereinigen hatten, fehlt es wie ausgeführt im vorliegenden Fall.

4.3.

4.3.1.

In Bezug auf die Zuschlagsempfängerin im Besonderen ist festzuhalten, dass deren ursprüngliches Angebot vom 9. November 2007 als Unterlieferantinnen für die Hydraulik die A. in B. und für die Steuerung und Messung die C. in D. nannte. Im überarbeiteten Angebot vom 7. Dezember 2007 ist als Lieferantin von Hydraulik und Steuerung die E., d.h. dieselbe Lieferantin wie beim Angebot der Beschwerdeführerin, vorgesehen. Zudem wird die Hydraulik neu für Fr. 54'500.00 (statt ursprünglich Fr. 107'020.00) und die Steuerung neu für Fr. 32'000.00 (statt ursprünglich Fr. 84'650.00) offeriert. Das heisst, Hydraulik und Steuerung wurden – anders als beim Angebot der Beschwerdeführerin – nicht lediglich in einigen untergeordneten Punkten den Vorgaben der Vergabestelle angepasst, sondern vollständig neu mit einem neuen Lieferanten offeriert. Damit kann nicht mehr von einer "Angebotspräzisierung" bzw. einer zulässigen Bereinigung des Angebots im Sinne von § 17 SubmD gesprochen werden. Vielmehr liegt eine wesentliche nachträgliche Änderung des Leistungsinhalts vor. Seitens der Vergabebehörde ist unbestritten, dass das ursprüngliche Angebot der Zuschlagsempfängerin den grundlegenden Anforderungen der Ausschreibung nicht entsprach. Aus dem Vergabeantrag geht hervor, dass die Offerten der ersten Eingabe nicht den spezifischen Vorgaben entsprachen und nicht vergleichbar waren. Erst nachdem die Zuschlagsempfängerin ihre Unterlieferanten für Hydraulik und Steuerung wechselte und den gleichen Unterlieferanten wie die Beschwerdeführerin beizog, wurden die Angebote überhaupt miteinander (systemtechnisch) vergleichbar. Laut der Vergabestelle entsprachen die Angebote im Übrigen auch nach der Änderung nicht vollumfänglich den Anforderungen, wurden aber nichtsdestotrotz aus Zeitgründen akzeptiert, da sie nun immerhin, da in Bezug auf Hydraulik und Steuerung die

gleiche technische Lösung angeboten wurde, miteinander vergleichbar waren. Angesichts der Tatsache, dass die Beschwerdeführerin ihr Angebot letztlich nur sehr geringfügig modifiziert hat, wird offensichtlich, dass die ursprüngliche Offerte der Zuschlagsempfängerin in wesentlichen Punkten (Hydraulik und Steuerung) von den Vorgaben der Ausschreibung abwich und infolgedessen gar nicht hätte bereinigt werden dürfen, sondern bereits vorher als nicht ausschreibungskonformes Angebot von der Vergabe hätte ausgeschlossen werden müssen.

Auf jeden Fall aber hätte der Ausschluss des betreffenden Angebots erfolgen müssen, nachdem die Zuschlagsempfängerin für die (Teil-) Bereiche Hydraulik und Steuerung ein vollständig neues Angebot mit anderen Lieferanten und damit auch anderen Produkten einreichte. Hierbei handelt es sich – wie bereits erwähnt – klarerweise um eine nachträgliche Abänderung eines wesentlichen Teils des Angebots sowohl in inhaltlicher als auch in preislicher Hinsicht, was nicht zulässig ist. Offen bleiben kann, ob der von der Zuschlagsempfängerin vorgenommene Lieferantenwechsel für Hydraulik und Steuerung durch die Vergabestelle initiiert wurde, wie die Beschwerdeführerin vermutet.

31 Zuschlagskriterien.

- **Zuschlagskriterium "gerechte Abwechslung und Verteilung" als "vergabefremdes" Kriterium.**

Urteil des Verwaltungsgerichts, 4. Kammer, vom 18. August 2008 in Sachen ARGE F. (Z. AG und E. AG) gegen das Departement Bau, Verkehr und Umwelt (WBE.2008.150).

Aus den Erwägungen

5.

Von den Beschwerdeführerinnen als rechtswidrig und willkürlich gerügt wird schliesslich auch die Benotung des Zuschlagskriteriums "Verteilung der Arbeiten". Die Beschwerdeführerinnen haben bei diesem Kriterium – im Gegensatz zu den übrigen Anbietern für das Los 7 – mit 2,5 Punkten lediglich die Hälfte von möglichen 5 Punkten erhalten.

5.1.

Unter dem Kriterium "Verteilung der Arbeiten" ist gemäss den Submissionsbedingungen die angemessene Aufteilung der Arbeiten unter den verschiedenen Bauunternehmungen zu verstehen. Die Vergabestelle hat die Bewertung dieses Kriteriums ebenfalls gemäss den vorerwähnten internen Vorgaben (MS-Dokument W.1.002) vorgenommen. Danach wird im Normalfall die maximale Punktzahl von 100 Punkten bzw. gewichtet von 5 Punkten erteilt. Wenn hingegen aufgrund der übrigen Kriterien bei einem Unternehmer das Total der Gesamtvergabesumme einen Anteil von 30 % sämtlicher Einzelobjekte der Ausschreibung übertrifft, wird die Punktzahl bei jenen Objekten, die über dieser Limite liegen, auf 50 reduziert (im Normalfall angefangen bei jenen Objekten mit der geringsten Preisdifferenz).

Die Beschwerdeführerinnen haben bei der vorliegenden Sammelausschreibung sowohl für Los 7 (...) als auch für Los 9 (...) ein Angebot eingereicht. Ihr Angebot für Los 7 beträgt Fr. 2'195'635.05, dasjenige für Los 9 Fr. 738'940.80. Nach Darstellung der Vergabebehörde übertrifft damit die Angebotssumme für beide Lose von zusammen Fr. 2'934'575.85 den Anteil von 30 % (= Fr. 2'039'806.10) an der Gesamtvergabesumme für die Sammelausschreibung der Lose 1–9 von Fr. 6'799'353.90 eindeutig, weshalb die Punktzahl bei jenen Objekten, die über dieser Limite liegen, auf 50 Punkte reduziert wur-

de. Da im Normalfall bei den Objekten mit der geringsten Preisdifferenz angefangen werde, habe die Reduktion bei Los 7 (...) mit einer negativen Preisdifferenz, d.h. dem 2. Platz, erfolgen müssen.

Demgegenüber sind die Beschwerdeführerinnen der Ansicht, das Vorgehen sei schon deshalb widerrechtlich und willkürlich, weil die Vergabesumme des Loses 7 (...) wegen des besonderen Umfangs der Arbeiten für sich allein über 30 % des Vergabetotals liege. Das Vorgehen führe deshalb zum Ausschluss der Beschwerdeführerinnen vom grössten und für sie interessantesten Auftrag. Es sei willkürlich, diese Punktereduktion ausgerechnet bei jenem Los vorzunehmen, bei welchem die Beschwerdeführerinnen preislich an 1. bzw. nach der Korrektur an 2. Stelle lagen. Es widerspreche dem Grundsatz eines fairen und transparenten Verfahrens, wenn ein Bewerber (in casu die Beschwerdeführerinnen) durch solche Machenschaften vom für sie interessantesten Auftrag ausgeschlossen würden. Wenn schon sei in solchen Fällen die Punktereduktion bei jenem Auftrag vorzunehmen, der von der Vergabesumme her der geringste, also für die Anbieter der uninteressanteste sei. Darüber hinaus sei es willkürlich, in casu eine Arbeitsgemeinschaft, bestehend aus zwei unabhängigen Firmen, einem einzelnen Unternehmer gleichzustellen. In solchen Fällen von Arbeitsgemeinschaften müsste die auf sie entfallende Gesamtvergabesumme durch die Anzahl der an der ARGE beteiligten Unternehmen geteilt werden (in casu also durch zwei). Hätten die Beschwerdeführerinnen getrennt eingegeben, hätte es keine Kürzung gegeben und sie hätten beide Aufträge erhalten.

5.2.

In § 18 Abs. 2 SubmD wird die "gerechte Abwechslung und Verteilung" ausdrücklich als Kriterium zur Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots erwähnt. Bei diesem Kriterium handelt es sich indessen um ein sog. "vergabefremdes" Zuschlagskriterium, das nicht unmittelbar zur Bestimmung des im Hinblick auf die konkrete Vergabe wirtschaftlich günstigsten Angebots beiträgt, sondern Allgemeininteressen berücksichtigt (Elisabeth Lang, Die Praxis des Verwaltungsgericht des Kantons Aargau zum Submissionsrecht, in: Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht [ZBI] 103/2002, S. 470; Peter Galli / André Moser / Elisabeth Lang /

Evelyne Clerc, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 1. Band, 2. Auflage, Zürich / Basel / Genf 2007, Rz. 589). Gemäss Matthias Hauser (Zuschlagskriterien im Submissionsrecht, in: Aktuelle Juristische Praxis [AJP] 2001, S. 1420) erscheint die gerechte Abwechslung u.U. sinnvoll, wenn mit einer Mehrzahl entsprechender Konstellationen (ähnliche Aufträge, zu erwartende Gleichwertigkeit mehrerer Offerten) mit den jeweils gleichen Anbietern zu rechnen ist. Ansonsten sei eine Abwechslung nicht gewährleistet. Dass die eingehenden Angebote gleichwertig sind, ist bei Vergaben wie der vorliegenden Sammelausschreibung von kleineren Strassenbauaufträgen häufig der Fall. Mit dem Kriterium der Abwechslung hat es die Vergabebehörde bei solchen Vergaben auch in der Hand, ein allfälliges "Klumpenrisiko" zu vermeiden. Klar erscheint sodann, dass der "gerechten Abwechslung und Verteilung" als vergabefremdem Kriterium kein allzu grosses Gewicht zukommen darf (Lang, a.a.O., S. 470). Letztlich soll damit lediglich erreicht werden, dass bei an sich (in Bezug auf die preis- und qualitätsrelevanten Zuschlagskriterien) gleichwertigen Angeboten eine Abwechslung möglich ist. Vorliegend kommt dem Kriterium ein Gewicht von 5 % zu, was im Hinblick auf das der Vergabestelle zukommende grosse Ermessen bei der Handhabung der Kriterien vertretbar erscheint.

Wie bereits dargelegt, ist nach der Praxis des Verwaltungsgerichts in erster Linie entscheidend, dass ein Bewertungs- oder Benotungssystem im Grundsatz sachgerecht ist und einheitlich, d.h. auf alle Anbietenden bzw. auf alle Angebote in gleicher Weise und nach gleichen Massstäben angewendet wird. Die Ausgestaltung im Detail ist dabei von untergeordneter Bedeutung (AGVE 2000, S. 323; Lang, a.a.O., S. 475).

Die Handhabung bzw. Benotung des strittigen Kriteriums ist im Hinblick auf die Gleichbehandlung der Anbietenden zweifellos nicht unproblematisch. Im vorliegenden Fall hat die Vergabebehörde – wie dargelegt – für die Benotung des Kriteriums interne Richtlinien festgelegt, die bei Vergaben wie der vorliegenden zur Anwendung gelangen. Dies ist als durchaus zweckmässig anzusehen, da auf diese Weise die Gleichbehandlung der Anbietenden von vornherein formell sichergestellt ist. Das heisst, es wird verhindert, dass die Vergabe-

stelle im Einzelfall unter Hinweis auf die "gerechte Abwechslung und Verteilung" zumindest unter mehr oder weniger gleichwertigen Angeboten nach ihrem Belieben, d.h. willkürlich, entscheiden kann.

Die Vergabebehörde hat sich bei der Benotung der Angebote im konkreten Fall strikte an ihre eigenen Vorgaben gehalten, was die Beschwerdeführerinnen zu Recht nicht (mehr) in Frage stellen. Insofern kann der Vergabebehörde weder eine Verletzung des Grundsatzes der Gleichbehandlung noch Willkür vorgeworfen werden. Ebenso wenig hat sie das ihr zukommende Ermessen überschritten. Dass die Beschwerdeführerinnen den zu ihrem Nachteil ausgefallenen Entscheid als ungerecht empfinden, ist verständlich und nachvollziehbar, ändert aber nichts daran, dass der Vergabebehörde keine Rechtsverletzung vorgeworfen werden kann. Die von den Beschwerdeführerinnen vorgebrachten Einwände sind ebenfalls unbefählich. Sie haben vorliegend als Arbeitsgemeinschaft ein (gemeinsames) Angebot eingereicht und sind infolgedessen im gesamten Vergabeverfahren, somit auch beim Kriterium der Abwechslung als ein Anbieter zu behandeln. Andernfalls könnte ein grosses Unternehmen beispielsweise auch geltend machen, dass ihm aufgrund seiner Grösse ein höherer Anspruch am Auftragsvolumen zustehen muss als einem kleineren Anbieter. Die genannten internen Richtlinien sehen keine solche Differenzierungen vor, was nicht zu beanstanden ist.

Ebenfalls besteht keine Verpflichtung der Vergabestelle, die erwähnten Bewertungsrichtlinien offen zu legen, auch wenn dies aus Gründen der Transparenz generell und bei einem problematischen Kriterium der "gerechten Abwechslung und Verteilung" im Besonderen wünschbar wäre

32 Öffentliche Ausschreibung; Diskriminierungsverbot.

- Eine öffentliche Ausschreibung ist grundsätzlich so zu formulieren, dass die Anzahl der potentiellen Anbietenden der nachgefragten Leistung möglichst gross ist. Eine Diskriminierung liegt vor, wenn die Spezifikationen nicht durch den Zweck der Beschaffung gerechtfertigt sind, oder wenn sie gar zwecks gezielter Vereitelung der Möglichkeit bestimmter Unternehmen, am Verfahren teilzunehmen, formuliert werden.

Urteil des Verwaltungsgerichts, 4. Kammer, vom 25. November 2008 in Sachen B. AG gegen die Gemeinderäte B. und W. (WBE.2008.122).

Aus den Erwägungen

3.

3.1.

Die Beschwerdeführerin ist der Auffassung, das Pflichtenheft bzw. die darin verlangten technischen Spezifikationen seien einzig darauf ausgerichtet, die Erteilung des Zuschlags an eine bestimmte Anbieterin zu bewirken. Zwar handle es sich offenbar nicht um eigentliche Produkteanforderungen, deren Nichterfüllung zum Ausscheiden mangels Eignung führe, sondern die Erfüllung des Pflichtenhefts sei "nur" ein Zuschlagskriterium. Die (hohe) Gewichtung dieses Zuschlagskriteriums mit 35 % habe aber mit absolut überwiegender Wahrscheinlichkeit zur Folge, dass die Zuschlagserteilung an dasjenige Unternehmen erfolgen werde, dessen Angebot am stärksten mit dem Pflichtenheft übereinstimme. Die im Pflichtenheft geforderten technischen Vorgaben (z.B. bezüglich Grundrahmen, Abstützeinrichtung, Abseilgerät, Hauptsteuerstand, Rettungskorb, Notablasssystem) seien für die zweckmässige Verwendung des zu beschaffenden Produkts keineswegs zwingend notwendig und hätten einzig den Zweck, eine bestimmte Anbieterin zu bevorzugen. Beim Pflichtenheft der Beschwerdegegnerinnen handle es sich nicht um eine neutrale Leistungsbeschreibung, sondern um einen eigentlichen Produktebeschrieb. Das ganze Pflichtenheft stimme praktisch wörtlich mit dem dem Kaufvertrag der A. zugrunde liegenden Angebot überein, d.h. die Übereinstimmung beziehe sich nicht nur auf einzelne Aspekte, sondern auf das ganze Angebot. Es könne keine Rolle spielen, ob die Vorgaben des Pflichtenhefts als Produkteanforderungen (d.h. eigentlich Eignungskriterien) oder als Zuschlagskriterien aufzufassen seien. Auch könne es nicht darauf ankommen, ob die Beschwerdeführerin theoretisch in der Lage wäre, ein Produkt entsprechend dem Pflichtenheft anzubieten. Bei der Beschaffung eines technisch hoch komplexen Produktes habe die Vergabestelle vorzugeben,

welche Leistungen ein entsprechendes Produkt erbringen müsse. Entsprechend könne je nach dem vorgehenden Einsatz des Produktes – beispielsweise die topographischen oder örtlichen und baulichen Verhältnisse – das Angebot des einen oder anderen Anbieters den Vorzug verdienen. Es sei aber nicht zulässig, die Ausschreibung auf ein genau bestimmtes Produkt auszurichten, ansonsten werde das marktwirtschaftliche Wettbewerbsprinzip vollständig sinnentleert und ausgehöhlt.

3.2.

Gemäss § 1 Abs. 1 SubmD soll der wirksame Wettbewerb gefördert werden. Die Anbietenden sind in allen Phasen des Vergabeverfahrens gleich zu behandeln, und die Vergabestelle vermeidet jede Diskriminierung der Anbietenden, insbesondere durch die Bestimmung der technischen Spezifikationen und der zu verwendenden Produkte. Nach Art. 13 lit. b IVöB haben die kantonalen Ausführungsbestimmungen die Bezugnahme auf nicht diskriminierende technische Spezifikationen zu gewährleisten (vgl. auch Art. VI GPA und § 15 Abs. 1 und 2 der Vergaberichtlinien [VRöB] zur IVöB).

Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts steht fest, dass auch die öffentliche Vergabebehörde als Auftraggeberin grundsätzlich frei bestimmen kann, welche Bau-, Liefer- oder Dienstleistungen sie benötigt und welche konkreten Anforderungen sie bezüglich Qualität, Ausstattung, Ästhetik, Service usw. stellt, was also im Einzelnen Gegenstand und Inhalt der Submission ist (AGVE 1998, S. 404). Der Vergabestelle ist es aber verwehrt, ausschliesslich das Produkt eines bestimmten Herstellers zu verlangen oder die technischen Spezifikationen derart zu bestimmen, dass nur ein beschränkter Anbieterkreis oder sogar nur ein einziger Anbieter überhaupt in der Lage ist, ein den einschränkenden Bedingungen der Ausschreibung entsprechendes Angebot einzureichen. Dem (öffentlichen) Auftraggeber ist es mit anderen Worten verboten, sich auf technische Spezifikationen zu beziehen oder Produktvorgaben zu machen, die bewirken, dass bestimmte Unternehmer bevorzugt oder ausgeschlossen werden. Grundsätzlich müssen in einem öffentlich ausgeschriebenen Verfahren alle interessierten (und geeigneten) Anbieter der betreffenden Branche die gleiche Möglichkeit haben,

für die zu vergebende Leistung ein Angebot zu unterbreiten, welches auch eine effektive Chance auf Erhalt des Zuschlags hat. Dies bedeutet, dass sich die Vergabebehörde im Regelfall nicht von vornherein auf einen bestimmten Hersteller oder ein bestimmtes Produkt festlegen darf (AGVE 1998, S. 407).

Auch gemäss dem Bundesgericht ist die Vergabebehörde in der Analyse ihres Bedarfs weitgehend frei. Ihr ist es auch erlaubt, bei der Ausschreibung eines Vorhabens durch sog. technische Spezifikationen gewisse technologische Mindestanforderungen an die Ausführung zu stellen, solange sich diese auf die geforderte Leistung beziehen und sich nicht diskriminierend auswirken. Diese Spezifikationen müssen namentlich in Bezug auf den konkreten Auftrag gerechtfertigt sein und dürfen nicht dazu dienen, gezielt bestimmte Anbieter ohne sachliche Notwendigkeit zu bevorzugen oder zu benachteiligen (BGE vom 2. März 2000 [2P.282/1999], Erw. 3).

Das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich schliesslich hat festgehalten, aus Gründen der Gleichbehandlung und des Wettbewerbs habe die Vergabestelle bei der Leistungsdefinition darauf zu achten, dass die Anzahl der potentiellen Anbieter der Leistung so gross wie möglich bleibe und nicht durch Anforderungen verringert werde, die in sachlicher Hinsicht als nicht zwingend erschienen. Einschränkungen des Kreises potentieller Anbieter seien nur insoweit zulässig, als sie durch den Zweck der Beschaffung gerechtfertigt seien. Gewünschte, aber nicht notwendige technische Merkmale einer Leistung seien in diesem Sinn als (relative) Zuschlagskriterien und nicht als (absolute) technische Anforderungen zu formulieren (Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich vom 23. November 2001 [VB.2000.00275], Erw. 2c und d; vgl. ferner auch Urteile vom 21. April 2004 [VB.2003.00268], Erw. 3.2.3 und vom 25. Januar 2006 [VB.2005.00200], Erw. 5).

Aus vorstehend angeführter Rechtsprechung folgt, dass eine öffentliche Ausschreibung nur dann geeignet ist, einen hinreichend weiten Kreis an Wettbewerbern anzuziehen, wenn sie möglichst neutral abgefasst ist und wenn nicht schon die Umschreibung der gesuchten Leistung eine grosse Zahl potenzieller Submittenten de facto von einer Bewerbung ausschliesst. Eine Diskriminierung liegt

vor, wenn die Spezifikationen nicht sachgerecht, also durch den Zweck der Beschaffung nicht gerechtfertigt sind, oder wenn sie gar zwecks gezielter Vereitelung der Möglichkeit bestimmter Unternehmen, am Verfahren teilzunehmen, formuliert werden. Solche Leistungsbeschreibungen schränken den Wettbewerb in vergaberechtswidriger Weise ein, da die grundsätzliche Definitionsfreiheit der Auftraggeber unsachgemässe Spezifikationen nicht mit umfasst und gezielte Diskriminierung ohnehin vergaberechtswidrig ist (siehe auch Martin Beyeler, Ziele und Instrumente des Vergaberechts, Zürich / Basel / Genf 2008, Rz. 95 ff.).

3.3.

Lieferaufträge sind im offenen oder selektiven Verfahren zu vergeben, wenn der geschätzte Wert des Einzelauftrags Fr. 250'000.-- übersteigt (§ 8 Abs. 1 SubmD). Dieser Betrag wird vom zu beschaffenden Hubrettungsfahrzeug, auch von einem Vorführfahrzeug, klar überschritten, wie die verschiedenen (Richt-)Offerten klar aufzeigen. Ausnahmetatbestände im Sinne von § 8 Abs. 3 SubmD, die eine freihändige Vergabe rechtfertigen könnten, sind vorliegend nicht gegeben. Insbesondere stellt auch der Entscheid für ein (preisgünstigeres) Vorführfahrzeug keine Ausnahme dar; auch solche Fahrzeuge können von verschiedenen Lieferanten angeboten werden. Die Vergabebehörde hat sich somit letztlich richtigerweise – wenn auch nur widerwillig und auf Druck der Beschwerdeführerin – dafür entschieden, auf die ursprünglich vorgesehene freihändige Vergabe des Hubretters an die A. zu verzichten und diesen in einem offenen Submissionsverfahren öffentlich auszuschreiben. Damit aber ist sie an die dafür geltenden Vorschriften gebunden; insbesondere hat sie den potentiellen Anbietenden einen wirksamen und fairen Wettbewerb zu gewährleisten, die Anbietenden in allen Phasen des Vergabeverfahrens rechtsgleich zu behandeln und jegliche Diskriminierung im Sinne einer gezielten Bevorzugung bzw. Benachteiligung einzelner Anbieter zu vermeiden. Sind bei einem Beschaffungsgeschäft die Schwellenwerte für das offene oder selektive Verfahren erreicht, darf sich die Vergabestelle somit nicht von vornherein durch die entsprechende Ausgestaltung der Ausschreibung auf einen bestimmten Anbieter oder ein bestimmtes Produkt festlegen, ansonsten würden die ent-

sprechenden Vorschriften ihres Sinnes entleert. In diesem Sinne begrenzt das anzuwendende Verfahren auch das bestehende Ermessen der Vergabestelle bei der Umschreibung der zu beschaffenden Leistung.

3.4.

3.4.1.

Das streitige Pflichtenheft nennt beim Trägerfahrzeug zwar als Fahrzeugtyp konkret den C., aber korrekterweise mit der Ergänzung "oder ähnlich" versehen. Die Typenbezeichnung ist deshalb nicht als diskriminierend zu beanstanden.

In Bezug auf die Hubrettungsbühne selbst wird zwar nicht ausdrücklich ein bestimmter Produkte- oder Markennamen genannt. Indessen stimmen die verlangten Spezifikationen des Pflichtenheftes für die Hubrettungsbühne – wie auch die Beschwerdeführerin zu Recht festgestellt hat – weitestgehend praktisch wörtlich mit der Offerte vom 3. Juli 2007 bzw. dem Kaufvertrag der A. für die Hubrettungsbühne D. überein. Die verlangten Spezifikationen sind mit anderen Worten unverkennbar auf dieses Produkt zugeschnitten. Abweichende Lösungen/Systeme – wie sie die Offerte der Beschwerdeführerin vom 14. Dezember 2007 enthält – werden im Pflichtenheft explizit als "nicht akzeptiert" zurückgewiesen, wie z.B. den Einbau des Hydrauliköltanks in den Grundrahmen, Überwachung des Bodendrucks mit reinen Schaltern, Rettungskorb vorwiegend aus Edelstahl, Teleskop-Wasserleitung aus Edelstahl oder anderen Materialien. Insofern kann von einem neutral abgefassten Pflichtenheft (jedenfalls soweit es die Hubrettungsbühne selbst und nicht das Trägerfahrzeug betrifft), nicht die Rede sein. Aufgrund der Spezifikationen besteht von vornherein eine klare Bevorzugung der Hubrettungsbühne D., was von der Vergabestelle auch nicht in Abrede gestellt wird. Eine solche Bevorzugung eines Standardprodukts eines Unternehmens ist in einem offenen Vergabeverfahren, in dem alle Anbieter eine Chance auf den Zuschlag haben müssen, nicht zulässig. Daran ändert auch nichts, dass die Konkurrenzunternehmen zumindest theoretisch technisch in der Lage wären, ihre (Standard-)Produkte den speziellen Vorgaben anzupassen. Der damit verbundene

Aufwand würde das entsprechende Produkt derart verteuern, dass die Konkurrenzfähigkeit von vornherein nicht mehr gegeben wäre.

3.4.2.

Zwar sind gemäss den vorliegenden Ausschreibungsunterlagen Varianten bezüglich Ausrüstung des Fahrzeuges möglich, was gewisse Spielräume für Abweichungen von den verlangten Spezifikationen öffnet. Allerdings wurde vom Verfasser des Pflichtenheftes an der Verhandlung ausdrücklich bestätigt, dass bei der Bewertung entsprechende Punkteabzüge gemacht würden, wenn die im Pflichtenheft verlangten Anforderungen nicht erfüllt seien. In diesem Sinne kann festgestellt werden, dass die Einhaltung des Pflichtenheftes vorliegend nicht ein Eignungskriterium darstellt, was unter den gegebenen Umständen von vornherein unzulässig wäre, sondern ein Zuschlagskriterium ist. Die im Pflichtenheft genannten Spezifikationen sind somit nicht als absolut zwingend einzuhalten zu verstehen, sondern ziehen "lediglich" Abzüge bei der Bewertung nach sich. Dies hat zur Konsequenz, dass Abweichungen von den Vorgaben des Pflichtenheftes grundsätzlich nicht zum Ausschluss des betreffenden Anbieters bzw. des Angebots führen, sondern sich bei der Bewertung des Zuschlagskriteriums "Aufbau/Pflichtenheft", sehr wahrscheinlich aber auch bei den weiteren Zuschlagskriterien ("Technik/Leistung", "Produkt/Miliztauglichkeit") negativ auswirken. Rein theoretisch könnten diese Abzüge zwar durch eine entsprechende Besserbewertung bei anderen Kriterien, z.B. beim Preis, kompensiert werden. In welchem Ausmass solche Abweichungen von den Vorgaben bei der Bewertung negativ ins Gewicht fallen, ist zum heutigen Zeitpunkt allerdings nicht bekannt. Das Bewertungsschema soll erst bei Offertöffnung erarbeitet werden.

Die Beschwerdeführerin ist in diesem Kontext der Ansicht, eine transparente und rechtsgleiche Auswertung der Angebote sei im vorliegenden Fall zum vornherein ausgeschlossen. Die Angaben in der Ausschreibung betreffend die Zuschlagskriterien seien derart unbestimmt, dass es die Beschwerdegegnerinnen auch bei der Auswertung der Angebote in der Hand hätten, die Beurteilungsmatrix

gestützt auf die eingereichten Angebote dergestalt festzulegen, dass das Angebot der A. den Zuschlag erhalten werde.

Diese Befürchtungen der Beschwerdeführerin erscheinen begründet. In der Tat sind die Zuschlagskriterien mehrheitlich sehr unbestimmt und wenig konkret formuliert. In welchem inhaltlichen Verhältnis die Zuschlagskriterien "Aufbau/Einhaltung des Pflichtenheftes", "Technik/Leistung" und "Produkt/Miliztauglichkeit" zueinander bestehen bzw. wie sie sich abgrenzen, ist ebenso unklar wie ihre genaue inhaltliche Bedeutung. Es muss angesichts der formulierten Zuschlagskriterien davon ausgegangen werden, dass Abweichungen vom Pflichtenheft nicht nur beim mit 35 % gewichteten Kriterium "Aufbau/Einhaltung des Pflichtenhefts" zu Bewertungsabzügen führen, sondern sich konsequenterweise auch negativ auf die Bewertung der Kriterien "Technik/Leistung" und "Produkt/Miliztauglichkeit" auswirken. So ist z.B. anzunehmen, dass die Einhaltung der verlangten Anforderungen an den Hauptsteuerstand sowohl beim Zuschlagskriterium "Aufbau/Pflichtenheft" als auch beim Zuschlagskriterium "Produkt/Miliztauglichkeit" in der Bewertung berücksichtigt würde, führte E. an der Verhandlung doch aus, im Rahmen der Vorführungen sei den sieben Personen der Fahrzeugbeschaffungskommission die Handhabung des Systems, das die A. anbiete, besser erschienen. Es sei einfacher zu bedienen. Die Zuschlagskriterien "Aufbau/Einhaltung des Pflichtenhefts", "Technik/Leistung", "Produkt/Miliztauglichkeit", bei deren Bewertung die Einhaltung der Spezifikationen eine erhebliche Rolle spielen dürfte, haben insgesamt ein Gewicht von 70 %. Die Ausrichtung auf das Standardprodukt der A. führt zu einer hohen Bewertung ihres Angebots. Die restlichen Zuschlagskriterien, darunter der Preis (20 %), weisen demgegenüber ein Gewicht von lediglich 30 % auf. Insofern dürfte es für die Beschwerdeführerin weitgehend illusorisch sein, die negative Bewertungen wegen abweichender Spezifikationen hier mit einem preisgünstigen Angebot kompensieren zu können.

3.5.

Unter den gegebenen Umständen muss bejaht werden, dass sich die unbestreitbar auf das von der A. angebotene Produkt ausgerichteten Vorgaben des Pflichtenheftes für die übrigen Anbieter von vorn-

herein diskriminierend auswirken. Ihre Chancen, im vorliegenden Submissionsverfahren den Zuschlag zu erhalten, sind, sofern überhaupt vorhanden, jedenfalls durch die Vorgaben im Pflichtenheft massiv eingeschränkt. Von einer Chancengleichheit kann deshalb nicht mehr gesprochen werden. Sich aus den konkreten Verhältnissen ergebende stichhaltige sachliche Gründe für eine derartige Bevorzugung vermag die Vergabebehörde nicht darzutun. Es ist objektiv in keiner Weise nachvollziehbar, wieso einzig die von der A. angebotene Hubrettungsbühne für den vorgesehenen Einsatz im Raum F. tauglich sein soll. Insbesondere auch die vorgebrachten Sicherheitsargumente vermögen nicht zu überzeugen. Es lässt sich kaum ernstlich behaupten, dass von allen sich auf dem Markt befindenden Rettungsgeräten einzig diejenigen der A. die Einhaltung der Sicherheitsaspekte gewährleisten. Mithin verstösst die vorliegende Ausschreibung gegen das in § 1 Abs. 1 SubmD statuierte Diskriminierungsverbot, weshalb sie aufzuheben ist. Mit der Aufhebung der Ausschreibung fallen auch die Ausschreibungsunterlagen einschliesslich des Pflichtenhefts dahin. Der Entscheid über das weitere Vorgehen in Bezug auf das strittige Beschaffungsgeschäft liegt bei der Vergabebehörde. Sie ist in diesem Zusammenhang darauf hinzuweisen, dass die Formulierung der Zuschlagskriterien bei einer Neuausschreibung überprüft werden muss, insbesondere auch auf unzulässige Überschneidungen (siehe vorne Erw. 3.4.2.).

33 Einladungsverfahren; Beschwerdelegitimation.

- **In einem Einladungsverfahren ist die Vergabestelle berechtigt, nur Anbietende eines bestimmten Produkts einzuladen. Eine Unterkordantin, die das Produkt nicht anbietet, gehört nicht zu den potentiellen Anbietern und ist deshalb nicht befugt, den Inhalt der Submissionsunterlagen als diskriminierend anzufechten.**

Urteil des Verwaltungsgerichts, 3. Kammer, vom 25. November 2008 in Sachen E. GmbH gegen die Einwohnergemeinde Z. (WBE.2008.298).

Aus den Erwägungen

2.

2.1.

2.1.1.

Verfügungen und Entscheide kann jedermann durch Beschwerde anfechten, der ein schutzwürdiges eigenes Interesse geltend macht (§ 23 SubmD i.V.m. § 38 Abs. 1 VRPG). Der Rechtsschutz im öffentlichen Beschaffungswesen hat zum Zweck, dass die Anbietenden gegen vermutete Verletzungen von Submissionsvorschriften im Zusammenhang mit Beschaffungen, an denen sie ein Interesse haben oder gehabt haben, sollen Beschwerde führen können (AGVE 1998, S. 352). Zur Beschwerde legitimiert ist daher insbesondere ein Anbieter, dessen Offerte für den Zuschlag nicht berücksichtigt wurde oder der vom Vergabeverfahren ausgeschlossen wurde. Unter Umständen können auch Dritte zur Beschwerdeführung legitimiert sein. Damit ihnen ein ausreichendes Rechtsschutzbedürfnis zukommt, müssen sie durch die streitige Anordnung jedoch *unmittelbar berührt sein* und *eine spezifische Beziehungsnähe zur Streitsache* haben. Dies ist z.B. dann nicht der Fall, wenn ein interessierter Dritter den Vergabeentscheid zugunsten eines Verfügungsadressaten anfechten will. Akzeptieren die am Verfahren beteiligten Konkurrenten die Vergabe an einen anderen Anbieter, so können Dritte – z.B. Arbeitnehmer oder Lieferanten als Vertragspartner der übergangenen Bewerber – kein eigenes Beschwerderecht haben (BGE vom 8. Juni 2001 [2P.42/2001], Erw. 2e/bb, in: Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht [ZBl] 2002, S. 146 ff.; Peter Galli / André Moser / Elisabeth Lang / Evelyne Clerc, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 1. Band, 2. Auflage, Zürich / Basel / Genf 2007, Rz. 861).

2.1.2.

Wird ein Auftrag freihändig oder im Einladungsverfahren vergeben, so sind – wie bereits angetönt – auch nicht angefragte Dritte, d.h. alle möglichen Anbieter, insoweit zur Beschwerde legitimiert,

als sie geltend machen, die Durchführung des vorgeschriebenen Verfahrens sei zu Unrecht unterblieben. Ein Anbieter ist in einem solchen Fall der unterlassenen Durchführung eines an sich vorgeschriebenen Vergabeverfahrens dann zur Beschwerdeführung legitimiert, wenn er am Auftrag interessiert ist und dem Kreis der potentiellen Anbieter zugerechnet werden kann (BGE vom 2. März 2000 [2P.282/1999], Erw. 1b; vgl. auch AGVE 2003, S. 241 f. mit Hinweisen). Bejaht hat das Verwaltungsgericht sodann die Legitimation einer Beschwerdeführerin, die offensichtlich zum Kreis der für eine Einladung in Frage kommenden Anbieter zählte und geltend machte, ihre Nichtberücksichtigung für das Einladungsverfahren stelle eine klare Diskriminierung dar (AGVE 2003, S. 241 f.).

2.2.

2.2.1.

Gegenstand des vorliegenden Einladungsverfahrens, dessen Zulässigkeit als solches nicht in Frage gestellt ist, sind Baumeisterarbeiten im Zusammenhang mit Hochwasserschutzmassnahmen. Die Vergabestelle hat dafür acht Bauunternehmungen eingeladen. Bei der Beschwerdeführerin handelt sich nicht um eine Bauunternehmung. Sie stellt Betonartikel aller Art her, vertreibt solche und treibt ferner Handel mit diesen. Namentlich handelt sie mit Betonrohren, die sie unter dem Handelsnamen "A." vertreibt. Sie macht geltend, als Herstellerin und Lieferantin von Betonrohren sei sie an der vorliegend angefochtenen Ausschreibung als potentielle Unterakkordantin interessiert. Durch den Ausschluss von Betonrohren der Marke "A." und die Vorschrift, es sei ausschliesslich das Konkurrenzprodukt "B." zu verwenden, sei sie in ihren schutzwürdigen Interessen unmittelbar betroffen. Werde ihr die Beschwerdebefugnis versagt, bedeute dies eine nach dem Willen des Gesetzgebers unzulässige "Diskriminierung zweiter Hand". Es dürfe nicht sein, dass die Vergabestelle den zu einer Submission eingeladenen Bauunternehmern vorschreibe, von welchem Lieferanten sie die Betonrohre zu beziehen hätten. Der Wille des Gesetzgebers bliebe aber toter Buchstabe, wenn jenen Anbietern von Rohren, die zu Unrecht als Lieferanten ausgeschlossen würden, keine Möglichkeit zur Beschwerde zustehen sollte.

2.2.2.

Die Vergabebehörde ist der Auffassung, die Beschwerdelegitimation der Beschwerdeführerin sei zu verneinen, da die spezifische Nähe des Zulieferers zur Streitsache nicht gegeben sei.

2.2.3.

Die Beschwerdeführerin ist weder Adressatin der Einladung noch kommt sie als Anbieterin für die zu vergebenden Baumeisterarbeiten in Betracht. Insofern kann sie aus der unter Erw. 2.1.2. hier vor dargestellten Rechtsprechung, welche sich auf potentielle, d.h. für eine Einladung in Frage kommende Anbieter der nachgefragten Leistungen bezieht, nichts zu ihren Gunsten ableiten.

Im Rahmen eines Einladungsverfahrens ist die Vergabestelle berechtigt, frei zu bestimmen, wen sie zur Einreichung eines Angebots auffordern will; sie muss, sofern möglich, mindestens drei Angebote einholen (vgl. § 7 Abs. 3 SubmD; ferner AGVE 2003, S. 243 mit Hinweis). Einen Anspruch auf Teilnahme besitzt niemand unter den potentiellen Anbietenden. Die Vergabestelle ist auch nicht verpflichtet, die Gründe zu nennen, warum sie eine bestimmte Anbieterin eingeladen bzw. nicht eingeladen hat (vgl. Galli / Moser / Lang / Clerc, a.a.O., Rz. 205). Beim Einladungsverfahren wird immer nur eine sehr beschränkte Zahl der vorhandenen potentiellen und für den Auftrag in Frage kommenden Anbietenden berücksichtigt. Der Beschränkung der Anzahl der Anbieter auf nur wenige ist gerade der Sinn und Zweck dieses Verfahrens, insofern ist eine "Ungleichbehandlung" unvermeidbar (AGVE 2003, S. 243).

Als Konsequenz der gegebenen Wahlfreiheit bezüglich der einzuladenden Anbietenden muss es der Vergabestelle grundsätzlich auch freistehen, in Bezug auf den zu beschaffenden Leistungsgegenstand in einem wesentlich weitergehenden Ausmass einschränkende Vorgaben, z.B. bezüglich technischer Spezifikationen und zu verwendender Produkte, zu machen als in einem Submissionsverfahren mit öffentlicher Ausschreibung, d.h. mit offenem Anbieterkreis. In einem offenen Verfahren sind genau definierte Produktvorgaben bezüglich Hersteller und Modell grundsätzlich nicht zulässig; sie verstossen gegen das Diskriminierungsverbot (vgl. dazu AGVE 1998, S. 402 ff.; Galli / Moser / Lang / Clerc, a.a.O., Rz. 244). Es soll hier

ein möglichst offener Wettbewerb gewährleistet sein. Demgegenüber muss es in einem Einladungsverfahren zulässig sein, dass die Vergabestelle sich vorab für ein bestimmtes Produkt, Fabrikat, System, eine bestimmte Marke oder eine bestimmte Ausführungsart entscheidet (dies jedenfalls in jenen Fällen, in denen dafür mehrere Anbieter auf dem Markt vorhanden sind) und – gestützt auf diesen Entscheid – hernach nur solche Unternehmen zur Submission einlädt, von denen sie weiss, dass sie diese Marke, dieses Produkt oder die gewählte Ausführungsart anbieten bzw. anzubieten gewillt sind. In diesem Sinne darf sie in den Submissionsunterlagen auch entsprechende Produktevorgaben machen, ohne sich den Vorwürfen der Diskriminierung und Ungleichbehandlung auszusetzen. Einer Begründung bzw. einer Rechtfertigung dafür bedarf es genauso wenig wie für den Entscheid, welche Anbietenden für das Verfahren einzuladen sind. Mit anderen Worten ist es in einem Einladungsverfahren zulässig, wenn sich die Vergabestelle für das Produkt eines bestimmten Herstellers entscheidet und dafür dann verschiedene Anbieter dieses Produkts zur Offertstellung einlädt, um eine beschränkte Konkurrenzsituation zu schaffen. Die Vergabestelle hat zwar die Pflicht, die *eingeladenen* Anbieter gleich zu behandeln, ihnen einen fairen Wettbewerb zu gewährleisten und Diskriminierungen zu vermeiden (ansonsten wäre das Schaffen einer beschränkten Konkurrenzsituation von vornherein sinn- und nutzlos); keine solche Pflicht besteht gegenüber nicht eingeladenen Dritten. Zu den letzteren gehören sowohl Konkurrenzunternehmen, die andere Produkte etc. anbieten als diejenigen, für deren Beschaffung sich die Vergabestelle entschieden hat, als auch allfällige Zulieferer und andere Subunternehmer. Bei diesen Dritten handelt es sich *nicht* um potentielle Anbieter oder potentielle Lieferanten derjenigen Produkte oder Leistungen, für deren Beschaffung sich die Vergabestelle im Rahmen des durchzuführenden Einladungsverfahrens entschieden hat. Insofern fehlt es diesen Dritten im (zulässigen) Einladungsverfahren von vornherein an der geforderten Beziehungsnähe zur Streitsache bzw. am unmittelbaren Betroffensein.

3.

Zusammenfassend steht damit fest, dass die Beschwerdeführerin nicht zur Beschwerde legitimiert ist, da sie das Produkt, für deren Verwendung sich die Vergabestelle entschieden hat (was im Rahmen eines Einladungsverfahrens grundsätzlich möglich und keine unzulässige Diskriminierung von Anbietenden bedeutet), nicht herstellt und nicht anbietet. Damit gehört sie in Bezug auf das nachgefragte Produkt – konkret Betonrohre der Marke B. – nicht zum Kreis der potentiellen Anbieter. Folglich fehlt es ihr für die Anfechtung des Einladungsverfahrens an der notwendigen beachtenswerten Beziehungsnähe zum Beschaffungsgegenstand, und sie ist als bestenfalls mittelbar Betroffene nicht befugt, den Inhalt der Submissionsunterlagen zu rügen.

(...)

34 Wahl der richtigen Verfahrensart.

- Die Vergabestelle hat vorgängig der Ausschreibung des Auftrags eine möglichst zuverlässige Schätzung der mutmasslichen Auftragssumme nach sachlichen Kriterien und aufgrund allfälliger Erfahrungswerte vorzunehmen.

Urteil des Verwaltungsgerichts, 3. Kammer, vom 17. Dezember 2008 in Sachen E. AG gegen den Regierungsrat (WBE.2008.296)

Aus den Erwägungen

1.

Gemäss § 8 Abs. 1 lit. a SubmD sind Aufträge im offenen oder selektiven Verfahren zu vergeben, wenn der geschätzte Wert des Einzelauftrags bei Aufträgen des Bauhauptgewerbes Fr. 500'000.-- und bei Lieferungen, Dienstleistungen und Aufträgen des Baunebengewerbes Fr. 250'000.-- übersteigt. Aufträge sind gemäss § 8 Abs. 2 lit. a bis c SubmD im Einladungsverfahren zu vergeben, wenn der geschätzte Wert des Einzelauftrags folgenden Betrag übersteigt:

- Fr. 300'000.-- bei Aufträgen des Bauhauptgewerbes;
- Fr. 150'000.-- bei Dienstleistungen und Aufträgen des Baunebengewerbes;
- Fr. 100'000.-- bei Lieferungen.

Erreicht der geschätzte Wert des Einzelauftrags den Betrag für das Einladungsverfahren nicht, kann der Auftrag freihändig vergeben werden (§ 8 Abs. 3 lit. a SubmD). Eine freihändige Vergabe erfolgt auch in den in § 8 Abs. 3 lit. b bis m SubmD genannten Fällen. In den Fällen von § 8 Abs. 3 SubmD kann die Vergabestelle eine Wettbewerbssituation dadurch schaffen, dass sie ohne öffentliche Ausschreibung verschiedene Anbietende nach ihrer Wahl zur Einreichung eines Angebots einlädt.

Für die Wahl des richtigen Verfahrens massgebend ist einerseits die Art des zu vergebenden Auftrags (Bauftrag, Lieferung, Dienstleistung) und andererseits der Wert des konkreten Auftrags bzw. das Auftragsvolumen. Massgebend ist der vor der Ausschreibung geschätzte Auftragswert und nicht der Wert des später bei der Vergabe berücksichtigten Angebots. Die Vergabestelle hat somit vorgängig der Ausschreibung des Auftrags eine Schätzung der mutmasslichen Auftragssumme nach sachlichen Kriterien und aufgrund allfälliger Erfahrungswerte vorzunehmen. Es hat sich dabei um eine zuverlässige und sorgfältige Schätzung zu handeln. Insbesondere darf dabei, um die Bestimmungen über die Schwellenwerte einzuhalten, nicht zu knapp kalkuliert werden; die Behörde hat sich eher an die obere Bandbreite der Schätzung zu halten (Peter Galli / André Moser / Elisabeth Lang / Evelyne Clerc, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 1. Band: Landesrecht, 2. Auflage, Zürich / Basel / Genf 2007, Rz. 180 ff.). Die eidgenössische Mehrwertsteuer wird bei der Berechnung des Auftragswerts nicht berücksichtigt (§ 8 Abs. 5 SubmD).

- 2.
- 2.1.-2.2. (...)
- 2.3.

Die Beschwerdeführerin macht in erster Linie geltend, die Vergabebehörde habe zu Unrecht ein freihändiges Verfahren durchgeführt. Sie sei ihrer Pflicht, eine sorgfältige und vorsichtige, d.h. grosszügige Kostenschätzung vorzunehmen, nicht nachgekommen. Dies müsse zur Aufhebung des erteilten Zuschlags und zur Neu-durchführung eines offenen oder selektiven Vergabeverfahrens führen. Sodann weist die Beschwerdeführerin darauf hin, dass sie aufgrund der Tatsache, dass ein freihändiges Verfahren durchgeführt worden sei, bei der Einreichung ihrer Offerte davon ausgegangen sei, es werde eine IT-Lösung im Bereich bis zu Fr. 150'000.-- gesucht. Aus diesem Grund habe sie ein Angebot unter Fr. 150'000.-- eingereicht (bereinigt bzw. inklusive Zusatzwünsche der Vergabebehörde Fr. 190'000.--). Sie habe darauf vertrauen dürfen, dass die Vergabebehörde das von ihr gewünschte Produkt und dessen Kosten pflichtgemäss evaluiert habe und dabei zum Schluss gekommen sei, dass sie an einer eher einfachen – aber ohne Weiteres funktionstüchtigen und praktikablen – IT-Lösung unter Fr. 150'000.-- interessiert gewesen sei.

Demgegenüber ist die Vergabebehörde der Ansicht, aufgrund der getroffenen, detaillierten und sorgfältigen Abklärungen habe sie bei der Eröffnung des Verfahrens in guten Treuen davon ausgehen dürfen, dass die Angebote unter dem massgeblichen Schwellenwert von Fr. 150'000.-- liegen würden. Diese Annahme sei insbesondere auf den beiden vorliegenden Kostenschätzungen fundiert gewesen, die keine erheblichen betragsmässigen Differenzen aufgezeigt hätten. Die Verfahrenswahl sei aufgrund dieser Einschätzungen korrekt gewesen.

2.4.

2.4.1.

Zu prüfen ist, ob die Schätzung der mutmasslichen Kosten durch die Vergabebehörde richtig vorgenommen worden ist. Nach deren Darstellung in der Vernehmlassung waren im Vorfeld der Submission ab Mitte 2007 mit mehreren potentiellen Anbietern Gespräche geführt worden, um die vorhandenen informationstechnischen Möglichkeiten sowie die anfallenden Kosten der Implementierung einer IT-Lösung abzuschätzen. In diesem Kontext habe die Beschwerdeführerin am 30. Oktober 2007 eine Kostenzusammenstellung mit einmaligen Kosten von Fr. 119'200.-- (ohne optionale Spezialentwicklungen) präsentiert. Die A. habe an ihrer Präsentation vom 9. November 2007 Kosten in der Höhe von rund Fr. 110'000.-- in Aussicht gestellt. Gestützt auf der Grundlage dieser summarischen Kostenschätzungen sowie auf weitere Abklärungen habe sich die Vergabebehörde für ein freihändiges Verfahren unter Einbezug der beiden genannten Anbieterinnen entschieden.

2.4.2.

(...)

Aufgrund dieser Angaben der beiden angefragten Unternehmen konnte die Vergabebehörde zwar darauf schliessen, dass eine Informatiklösung mit (einmaligen) Kosten unterhalb des Schwellenwerts für das Einladungsverfahren, d.h. Fr. 150'000.--, grundsätzlich realisierbar ist. Zugleich musste ihr aber bewusst sein, dass es sich dabei nur um eine einfache Basis- bzw. Minimallösung handeln konnte. Dies ergibt sich insbesondere aus der Kostenzusammenstellung der Beschwerdeführerin: Die Kosten für die drei Basismodule betragen Fr. 119'200.--. Mit den optional angebotenen Erweiterungen (automatische Synopsenerstellung, Fussnotenduplikationselimination, Konkordanzliste und Historie) belaufen sich die Kosten jedoch bereits auf Fr. 146'400.--, liegen also nurmehr knapp unterhalb des Schwellenwerts für das Einladungsverfahren. Aber auch die Tatsache, dass das schliesslich für den Zuschlag berücksichtigte Angebot der A. Kosten von rund Fr. 260'000.-- nach sich zieht, während an der Präsentation von der A. noch Kosten von (lediglich) Fr. 110'000.-- genannt wurden, lässt einzig den Schluss zu, dass sich

deren ursprüngliche Kostenschätzung ebenfalls (offenbar entsprechend dem ursprünglich geäußerten Wunsch der Vergabebehörde) auf eine Minimallösung bezog.

2.4.3.

Als Zwischenergebnis durfte die Vergabebehörde aufgrund der beiden einverlangten Kostenschätzungen zwar davon ausgehen, dass eine Minimal- oder Basislösung zu unterhalb des Schwellenwerts liegenden einmaligen Anschaffungskosten erhältlich sein würde. Jedoch musste ihr bereits zu jenem Zeitpunkt klar sein, dass zusätzliche Anforderungen und Wünsche sehr rasch dazu führen würden, dass der für eine freihändige Vergabe zulässige Schwellenwert überschritten wird.

2.5.

2.5.1.

Die Vergabestelle erstellte in der Folge ein Pflichtenheft, in dessen Ziffer 5 die Anforderungen an das einzureichende Angebot detailliert umschrieben sind. Bestandteil des Pflichtenhefts war sodann ein "Anforderungskatalog", in dem diese Anforderungen wiederholt und als "Zuschlagskriterien" bezeichnet wurden.

2.5.2.

Die Beschwerdeführerin reichte am 29. April 2008 ein Angebot ein mit einmaligen Kosten in Höhe von Fr. 171'600.-- (...)

Das Angebot der A. vom 24. April 2008 nennt einmalige Kosten in der Höhe von Fr. 259'600.-- (...)

Beide Angebote liegen deutlich über dem für die Zulässigkeit einer freihändigen Vergabe massgebenden Schwellenwert von Fr. 150'000.--. Das Angebot der A. überschreitet sogar den Schwellenwert von Fr. 250'000.--, der eine öffentliche Ausschreibung des Auftrags in einem offenen oder selektiven Verfahren notwendig macht. Den Kostenunterschied zwischen den beiden Angeboten begründet die Vergabebehörde damit, dass die Beschwerdeführerin entgegen den Anforderungen im Pflichtenheft mit Fixpreisen arbeite, während die A. in Übereinstimmung mit dem Pflichtenheft von einem Kostendach bzw. maximalen Kosten ausgehe. Die auffällige Differenz bei den Kosten der Konvertierung liege in erster Linie darin begründet, dass bei E. die Datenkonvertierung maschinell

vorgenommen werde, dabei aber ein massiv höherer Aufwand seitens der Auftraggeberin zur Kontrolle der konvertierten Daten notwendig sei. Der Einsatz interner Ressourcen bei der Konvertierung durch A. sei gering, da die Konvertierung durch A. manuell und mit juristischem Personal vorgenommen werde.

Sodann hält die Vergabebehörde fest, das von der Beschwerdeführerin vorgebrachte, aber effektiv nicht offerierte Angebot in der Höhe von Fr. 130'400.-- genüge den Anforderungen gemäss Pflichtenheft bei weitem nicht. Aber auch das um die Zusatzoptionen und Spezialentwicklungen erweiterte Angebot der Beschwerdeführerin genügt den Anforderungen des Pflichtenhefts nicht, stellt die Vergabebehörde diesbezüglich doch ausdrücklich fest, die Beschwerdeführerin habe ausreichend Gelegenheit erhalten, ihr Angebot zu optimieren und nachzubessern. Spätestens zu diesem Zeitpunkt habe ihr klar sein müssen, dass ihre eher einfache und knapp funktionsfähige Lösung nicht den Anforderungen der Staatskanzlei entsprochen habe. Mit diesen Ausführungen anerkennt die Vergabebehörde, dass die Anforderungen, wie sie im Pflichtenheft enthalten sind, über eine einfache Basislösung, wie sie den beiden Kostenschätzungen zugrunde lagen, deutlich hinausgehen. Folglich hätte ihr bereits bei der Ausarbeitung des Pflichtenhefts bewusst sein müssen, dass die vorhandenen Kostenschätzungen für die Bestimmung des tatsächlich massgeblichen Auftragswerts von keiner bzw. nur noch von sehr beschränkter Bedeutung sein konnten und zwar einzig dahingehend, dass wegen der deutlich umfangreicheren Anforderungen an die zu beschaffende Informatiklösung zwangsläufig auch mit deutlich höheren Kosten zu rechnen sein musste. Der Argumentation der Vergabebehörde, sie habe bei der Eröffnung des Verfahrens in guten Treuen davon ausgehen dürfen, dass die Angebote unter dem massgeblichen Schwellenwert von Fr. 150'000.-- liegen würden, kann deshalb nicht gefolgt werden. Vorliegend ist die Vergabebehörde auch keineswegs durch im Vergleich zu den Kostenschätzungen unerwartet hohe Offertpreise (bei in etwa gleichgebliebenen Leistungsanforderungen) "überrascht" worden. Vielmehr liegt der Grund für die deutlich höheren Kosten darin, dass die Vergabebehörde im Vergleich zu den Grundlagen der Kostenschätzungen eben auch we-

sentlich höhere Anforderungen an die zu offerierende Lösung gestellt hat. Mithin musste sie davon ausgehen, dass die Offertpreise zwangsläufig wesentlich höher ausfallen würden als die Kostenschätzungen. Die Beschwerdeführerin weist durchaus zu Recht darauf hin, es gehe nicht an, "dass die Vergabebehörde (...) eine Kostenschätzung für einen Kleinwagen erstellt, gestützt darauf das freihändige Verfahren wählt und dann – ohne 'Wechsel' in die zutreffende Verfahrensart – einen Luxuswagen im überschweligen Bereich beschafft, da dieser ihre Bedürfnisse noch besser abdeckt". Die Vergabestelle hätte im vorliegenden Fall bereits anlässlich der Erstellung des Pflichtenhefts die Schätzung der mutmasslich anfallenden Kosten aufgrund ihrer zwischenzeitlich gesteigerten Anforderungen an die Informatik-Lösung entsprechend anpassen bzw. neu festlegen müssen.

Die Offerte der A. beläuft sich auf Fr. 259'600.-- und diejenige der Beschwerdeführerin auf Fr. 171'600.-- (inkl. Zusatzoptionen und Spezialentwicklungen). Letzterer Betrag erhöhte sich im Nachgang an die von der Vergabebehörde geäusserten Optimierungswünsche um weitere Fr. 10'000.-- auf Fr. 183'000.--, entsprach aber – laut Vergabestelle – dennoch nicht den funktionalen und technologischen Anforderungen. Hingegen erfüllt das Angebot der A. gemäss Vergabebehörde die gestellten Anforderungen vollumfänglich, weist aber einmalige Kosten von Fr. 260'000.-- aus, d.h. liegt sogar über dem Schwellenwert, der die Durchführung eines offenen oder selektiven Verfahrens mit öffentlicher Auftragsausschreibung erforderlich macht. Eine sachgerechte Schätzung des Auftragswerts (für den im Pflichtenheft umschriebenen Auftrag) hätte somit davon ausgehen müssen, dass der massgebende Schwellenwert zumindest des Einladungsverfahrens, wenn nicht sogar des offenen oder selektiven Verfahrens, erreicht würde und ein freihändiges Verfahren mit höchster Wahrscheinlichkeit nach nicht zulässig sein konnte. In Bezug auf den Beschaffungsgegenstand, wie er sich im Pflichtenheft dokumentiert, lag somit keine zuverlässige Kostenschätzung vor.

2.6.

Damit steht fest, dass sich die freihändige Vergabe vorliegend nicht auf § 8 Abs. 3 lit. a SubmD stützen lässt. Andere Ausnahme-

tatbestände i.S.v. § 8 Abs. 3 lit. b bis m SubmD, die eine freihändige Vergabe zulässig erscheinen lassen, werden von der Vergabebehörde nicht geltend gemacht und sind auch nicht ersichtlich. (...)

VI. Fürsorgerische Freiheitsentziehung

35 **Verhältnismässigkeit der fürsorgerischen Freiheitsentziehung trotz fehlender Selbst- oder Fremdgefährdung bei sofortiger Rückfallsgefahr im Falle einer Entlassung.**

Entscheid des Verwaltungsgerichts, 1. Kammer, vom 30. September 2008 in Sachen J.T. gegen die Verfügung des Bezirksarzt-Stellvertreters X. (WBE.2008.295).

Aus den Erwägungen

- 4.
- 4.1. (...)
- 4.2.
- 4.2.1. - 4.2.3. (...)
- 4.2.4.

Für das Verwaltungsgericht steht aufgrund der Krankengeschichte, der ärztlichen Aussagen und des an der heutigen Verhandlung gewonnenen Eindrucks fest, dass der Beschwerdeführer nach wie vor behandlungsbedürftig und auch behandlungsfähig ist. Er hat seinen Habitualzustand offensichtlich noch nicht erreicht. Die Einschätzung des Beschwerdeführers, er sei stets freundlich und kooperativ und daher könne er entlassen werden, kann aufgrund seines momentanen - nach wie vor psychotischen und misstrauischen - Zustandbildes nicht ausreichen, um entlassen zu werden. Eine mildere Massnahme als eine Zurückbehaltung - beispielweise eine ambulante Behandlung - ist unter den gegebenen Umständen noch nicht erfolgversprechend. Ohne eine Stabilisierung und einem geschützten Umfeld besteht das hohe Risiko, dass der Beschwerdeführer schnell wieder in den gleichen Zustand wie vor der Einweisung fällt. Ausserhalb der Klinik wird er wieder konfrontiert mit den Menschen, mit

denen er sich in einem Konflikt wähnt, was der Beschwerdeführer in seinem noch immer instabilen Zustand noch nicht verkraften könnte und was zu baldiger erneuter Eskalation führen würde. Bei dieser Ausgangslage liegt es im eigenen wohlverstandenen Interesse des Beschwerdeführers, dass die stationäre medikamentöse Behandlung optimal eingestellt und konsequent fortgeführt wird. Auch wenn keine akute Fremd- oder Selbstgefährdung (mehr) vorliegt, kann dem Beschwerdeführer die erforderliche persönliche Fürsorge zur Zeit einzig durch die Fortsetzung der stationären Behandlung mit einer kontrollierten regelmässigen Medikation und einem geschützten Umfeld erwiesen werden, ansonsten ein schneller Rückfall mit erneuter Klinikeinweisung vorprogrammiert wäre. Aufgrund seiner misstrauischen Haltung und der Abneigung gegen die Medikation ist eine professionelle Nachbetreuung noch nicht sichergestellt. Die früheren Klinikaufenthalte haben aber gezeigt, dass sich der Zustand des Beschwerdeführers durch eine genügend lange stationäre Behandlung jedes Mal verbesserte, sodass er zwischen den jeweiligen Hospitalisationen gute Phasen erlebte.

VII. Zwangsmassnahmen gemäss § 241a StPO

36 Zwangsmassnahmen gemäss § 241a StPO.

- **Isolation ist keine zusätzliche Zwangsmassnahme bei Haft (Erw. III/2).**
- **Strenge Voraussetzungen für Zwangsmedikation (Erw. V).**

Entscheid des Verwaltungsgerichts, 1. Kammer, vom 15. Juli 2008 in Sachen P.B. gegen Entscheid der Klinik Königsfelden betreffend Zwangsmassnahmen (WBE.2008.218).

Aus den Erwägungen

III.

1.

Aus den Akten ergibt sich, dass der Beschwerdeführer seit seinem Eintritt in die Psychiatrische Klinik Königsfelden am 27. Juni 2008 im Isolationszimmer untergebracht ist. Isolation bedeutet, allein in einem (oft ausser einem Bett unmöblierten) Raum eingeschlossen zu sein.

Anlässlich der verwaltungsgerichtlichen Verhandlung hat der Beschwerdeführer explizit die erfolgte Isolation angefochten. In diesem Zusammenhang schilderte er, er sei seit siebzehn Tagen "in einem Zimmer ohne Luft"; es herrschten unmenschliche Umstände. Er dürfe das Zimmer lediglich für wenige Minuten für Raucherpausen verlassen; bisher habe er nie spazieren gehen dürfen. Im Gefängnis habe er eine halbe Stunde pro Tag raus gehen können.

Der behandelnde Oberarzt führte anlässlich der verwaltungsgerichtlichen Verhandlung aus, der Beschwerdeführer befände sich im Isolationszimmer, weil er im Haft-Status in der Klinik sei; es seien lediglich Ausnahmefälle, bei denen jemand trotz Haftstatus nicht isoliert werde.

2.

Vorliegend befindet sich der Beschwerdeführer zurzeit in Haft zur Sicherung des Massnahmenvollzuges, wobei diese Haft vorübergehend in der Klinik Königsfelden vollzogen wird. Die Isolation entspricht somit der Fortführung der Haft und ist nicht Gegenstand der medizinisch indizierten Zwangsmassnahme. Daher ist das Verwaltungsgericht nicht zuständig, die Isolation und deren Vollzug (Verweigerung eines 30minütigen Spaziergangs) zu überprüfen, weshalb auf die Beschwerde betreffend Isolation in der Psychiatrischen Klinik Königsfelden nicht eingetreten werden kann.

IV. (...)

V.

1.

1.1.

Zur Hauptsache wendet sich der Beschwerdeführer gegen die angeordnete Behandlung mit Neuroleptika für die Dauer seiner Hospitalisation in der Klinik Königsfelden. Die Klinik hat im Zwangsmassnahmen-Entscheid vom 30. Juni 2008 die "Behandlung mit Depot-Medikation: Consta Risperdal i.m. alle drei Wochen, 25 - 75 mg" angeordnet. Als Diagnose wurde auf dem entsprechenden Formular "paranoide Schizophrenie; DD: Persönlichkeitsstörung" genannt. Dem Entscheid wurde wegen akuter Behandlungsbedürftigkeit die aufschiebende Wirkung nicht gewährt.

1.2.

Wird der Einsatz von Zwangsmassnahmen mit Beschwerde angefochten, so hat das Verwaltungsgericht zu überprüfen, ob die gesetzlichen Voraussetzungen für die Durchführung von Zwangsmassnahmen erfüllt sind. Zur Beurteilung der konkreten ärztlichen Anordnung (Wahl des Medikamentes, Dosierung, Wahl der Abteilung, etc.) ist das Verwaltungsgericht dagegen grundsätzlich nicht zuständig; dies gehört in den Fachbereich der Ärzte (vgl. AGVE 1987, S. 217 [dieser Entscheid erging im Zusammenhang mit Zwangsmassnahmen im Rahmen einer fürsorgerischen Freiheitsentziehung; die gleichen Überlegungen müssen jedoch genauso für Zwangsmassnahmen im Rahmen eines Strafvollzugs gelten]). Ausnahmen von diesem Grundsatz sind namentlich in jenen Fällen denkbar, in denen

das Gericht eine angeordnete Massnahme als unangemessen oder gar missbräuchlich beurteilt (AGVE 2000, S. 168 f.).

2.

2.1.

Ausgangspunkt jeder Beurteilung ärztlichen Handelns oder Unterlassens ist das verfassungs- und persönlichkeitsrechtlich abgesicherte Selbstbestimmungsrecht des Patienten (vgl. BGE vom 15. Juni 2001 [6A.100/2000], Erw. 3a). Das verfassungsmässige Recht der persönlichen Freiheit, das in der am 1. Januar 2000 in Kraft getretenen Bundesverfassung 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 auf alle Freiheiten, die elementare Erscheinungen der Persönlichkeitsentfaltung darstellen. 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 (vgl. Art. 5 und 36 BV). Der Schutzbereich der persönlichen Freiheit samt ihren Ausprägungen sowie die Grenzen der Zulässigkeit von Eingriffen sind jeweils im Einzelfall - angesichts der Art und Intensität der Beeinträchtigung sowie im Hinblick auf eine allfällige besondere Schutzbedürftigkeit des Betroffenen - zu konkretisieren (vgl. BGE vom 23. Mai 2000 [1P.645/1999], Erw. 3a mit Hinweisen).

Eine neuroleptische Zwangsmedikation stellt zweifellos einen schweren Eingriff in die persönliche Freiheit dar. Schwere Eingriffe in Freiheitsrechte bedürfen einer klaren und ausdrücklichen gesetzlichen Regelung in einem formellen Gesetz (Art. 36 Abs. 1 Satz 2 BV).

2.2.

2.2.1.

Die Aargauische Strafprozessordnung sieht vor, dass medizinische Behandlungen oder andere medizinisch indizierte Vorkehren der Zustimmung des Gefangenen bedürfen (§ 241a Abs. 1 Satz 1 StPO). Gemäss § 241a Abs. 2 StPO dürfen ohne Zustimmung oder gegen den Willen des Gefangenen medizinische Behandlungen oder andere medizinisch indizierte Vorkehren nur durchgeführt werden, wenn eine richterlich angeordnete Massnahme gemäss Art. 59, 60 oder 64 StGB zu vollziehen ist und sie mit dem konkreten Massnahmезweck vereinbar sind (lit. a) oder wenn der Gefangene aufgrund einer Krankheit nicht zurechnungsfähig ist, sich selbst oder Dritte in schwerer Weise gefährdet und die notwendige Fürsorge auf andere Weise nicht gewährleistet werden kann (lit. b).

2.2.2.

Die Bestimmung soll nicht nur akute Krisenintervention, sondern auch mittel- bis langfristige Therapien abdecken, wenn solche für eine wirksame Gefahrenabwendung erforderlich sind. Die besondere Fürsorgepflicht des Staates kann für die im Strafvollzug befindlichen Personen den Einsatz ärztlicher Massnahmen gebieten, selbst wenn keine unmittelbare Gefahr für Leben und Gesundheit besteht (vgl. Materialien zu § 241a StPO [Materialien], Bericht des DVI, Abteilung Strafrecht, zur Änderung des Gesetzes über die Strafrechtspflege, vom 28. August 2001). Ein medikamentöses Ruhigstellen während der Dauer des Strafvollzugs als blosses Disziplinierungsmittel ist jedoch nicht erlaubt; "gesunde Tobende" müssen mit sicherheitspolizeilichen Methoden zur Ruhe gebracht werden (vgl. Materialien, Stellungnahme der PDAG, IPD, Ärztliche Leitung, vom 9. Juli 2001).

2.2.3.

Zwangsmassnahmen sind u.a. dort indiziert, wo psychisch Kranke die rückfallprophylaktischen Medikamente (z.B. eine Depotspritze) verweigern, so dass eine erneute Dekompensation erfahrungsgemäss nur noch eine Frage der Zeit ist; ausserdem bei Personen, die - z.B. in Folge einer Persönlichkeitsstörung - im Vollzug ohne sedierende Medikamente nicht tragbar sind, diese aber verwei-

gern (Materialien, Stellungnahme der PDAG, IPD, Ärztliche Leitung, vom 9. Juli 2001). Eine zwangsweise vollzogene Behandlung ist mit dem verfassungsmässigen Recht der persönlichen Freiheit nur vereinbar, wenn eine hohe Wahrscheinlichkeit für eine Besserung und Heilung des körperlichen, geistigen oder seelischen Zustandes des Betroffenen spricht (Materialien, Arbeitspapier DVI, Abteilung Strafrecht, vom 30. Juli 2001, S. 4).

2.3.

Mit Urteil des Bezirksgerichts Z. vom 7. Mai 2008 war die dem Beschwerdeführer vom Obergericht mit Urteil vom 18. Oktober 2007 auferlegte stationäre Massnahme für junge Erwachsene gemäss Art. 61 StGB gestützt auf Art. 62c Abs. 6 StGB aufgehoben worden. An deren Stelle wurde gestützt auf Art. 59 StGB eine stationäre psychiatrische Behandlung angeordnet. Dieses Urteil ist nicht rechtskräftig; der amtliche Verteidiger des Beschwerdeführers hat es an das Obergericht des Kantons Aargau weitergezogen. Mangels Rechtskraft dieses Urteils bildet § 241a Abs. 2 lit. a StPO in casu keine rechtsgenügende Grundlage für die Durchführung von medizinischen Behandlungen oder anderen medizinisch indizierten Vorkehren gegen den Willen des Beschwerdeführers.

Lediglich der Vollständigkeit halber ist zu erwähnen, dass eine neuroleptische Zwangsmedikation ohnehin nicht dem Massnahmezweck (stationäre Verhaltenstherapie) entspricht.

Im Folgenden gilt es deshalb zu prüfen, ob § 241a Abs. 2 lit. b StPO eine rechtsgenügende Grundlage für die Zwangsbehandlung des Beschwerdeführers bildet.

3.

3.1.

Wie bereits in Erw. V/2.2 hiervor ausgeführt, dürfen gemäss § 241a Abs. 2 lit. b StPO ohne Zustimmung oder gegen den Willen des Gefangenen medizinische Behandlungen oder andere medizinisch indizierte Vorkehren nur durchgeführt werden, wenn der Gefangene aufgrund einer Krankheit nicht zurechnungsfähig ist, sich selbst oder Dritte in schwerer Weise gefährdet und die notwendige Fürsorge auf andere Weise nicht gewährleistet werden kann. Wie bei der fürsorglichen Freiheitsentziehung (vgl. Art. 397a ff. ZGB) ist

vorausgesetzt, dass aufgrund einer Krankheit die nötige persönliche Fürsorge in der medizinischen Behandlung liegt; vorausgesetzt sind also Behandlungsbedürftigkeit und Behandlungsfähigkeit. Zusätzlich braucht es neben der Verhältnismässigkeit Zurechnungsunfähigkeit (bzw. Urteilsunfähigkeit) aufgrund einer Krankheit sowie eine schwere Selbst- oder Fremdgefährdung. Damit sind die Voraussetzungen wesentlich strenger als bei einer Zwangsbehandlung im Rahmen einer fürsorgerischen Freiheitsentziehung.

Es ist im Folgenden im Einzelnen zu prüfen, ob die Voraussetzungen nach den Bestimmungen der Aargauischen Strafprozessordnung für eine Zwangsmedikation des Beschwerdeführers vorliegen.

3.2.

3.2.1.

3.2.1.1.

Die Psychiatrische Klinik Königsfelden stellte anlässlich der ersten Hospitalisation des Beschwerdeführers (Mai bis August 2006) u.a. die Diagnose einer "Anpassungsstörung mit gemischter Störung von Gefühlen und Sozialverhalten" und "Persönlichkeitsakzentuierung mit dissozialen, querulatorischen Zügen". Es habe bei der psychiatrischen und testpsychologischen Untersuchung psychopathologisch keine direkten Hinweise für ein psychotisches Geschehen/Erleben gegeben; zu keiner Zeit habe eine positive psychotische Symptomatik festgestellt werden können. Bei Austritt wurden dem Beschwerdeführer keine Medikamente verordnet.

3.2.1.2.

Im forensisch-psychiatrischen Vorgutachten der Klinik Königsfelden vom 18. Dezember 2006 beschreibt der Gutachter, der Beschwerdeführer zeige eine extrem geringe Frustrationstoleranz und eine niedrige Schwelle für aggressives und gewalttätiges Verhalten; er habe kein Schuldbewusstsein und sei unfähig, aus negativer Erfahrung zu lernen, da er immer anderen die Schuld für sein Versagen gebe. In diagnostischer Hinsicht hält der Gutachter fest, es bestehe beim Beschwerdeführer eine dissoziale Persönlichkeitsstörung. Weiter wurde festgehalten, es hätten bei der psychiatrischen Untersuchung keine schizophrener Symptome festgestellt werden können; eine Schizophrenie im Prodromalstadium (Anfangsstadium ohne ty-

pische Symptome) könne zum jetzigen Zeitpunkt aber nicht mit letzter Sicherheit ausgeschlossen werden.

3.2.1.3.

Mit forensisch-psychiatrischem Gutachten vom 13. April 2007 nimmt der Gutachter Stellung zu Fragen einer psychischen Störung, der Schuldfähigkeit, der Rückfallgefahr sowie einer allfälligen Massnahme. In diesem Zusammenhang führt er aus, die geringe Frustrtoleranz, die labile Affektivität, die ungenügende Selbst- und Impulskontrolle, die mangelnde Verarbeitungs- und Introspektionsfähigkeit, die verzerrte, misstrauisch-paranoid anmutende Wahrnehmung, die defizitäre Empathiefähigkeit und die mangelnde Anpassungsfähigkeit wiesen am ehesten auf einen Menschen mit strukturellen Defiziten in der Persönlichkeitsentwicklung, aber auch auf Unreife in der Persönlichkeitswerdung hin. Die Persönlichkeit des Beschwerdeführers sei zusammenfassend beurteilt sehr auffällig. In diagnostischer Hinsicht führt der Gutachter aus, beim Beschwerdeführer bestehe - neben einem Cannabisabhängigkeitssyndrom - eine kombinierte Persönlichkeitsstörung mit paranoiden, dissozialen und unreifen Zügen. Für diese gebe es keine sicher wirksame Therapie. Eine verhaltenstherapeutisch-delictorientierte Therapie habe gemäss heutiger Wissensgrundlagen allenfalls eine gewisse Wirksamkeit.

3.2.1.4.

Anlässlich der zweiten Hospitalisation des Beschwerdeführers in der Klinik Königsfelden von Dezember 2007 bis Februar 2008 wurde die Klinik beauftragt, u.a. abzuklären, ob es sich auch um eine Erkrankung aus dem schizophrenen Formenkreis handeln könnte. Im Bericht zu der im Verlaufe dieser Hospitalisation durchgeführten psychologischen Testung wurde zusammenfassend ausgeführt, der Beschwerdeführer scheine zwischen seiner Tendenz zum Bagatellisieren, sich als Opfer darzustellen und mit einer "realitätsnahen" Einsicht zu ringen. In belastenden Situationen sei es denkbar, dass er eine paranoide Verarbeitung begünstige. Der Beschwerdeführer habe sich in den Persönlichkeitsverfahren bedeckt gezeigt; es bleibe ungewiss, ob er sich nicht habe zeigen wollen oder ob er es nicht gekonnt habe.

Des Weiteren war anlässlich jener Hospitalisation eine Erstpsychose-Abklärung durchgeführt worden. Diese Abklärung wurde im Austrittsbericht vom 5. Juni 2008 bezüglich dritte Hospitalisation des Beschwerdeführers im Mai 2008 folgendermassen zusammengefasst:

"In der damaligen Testung wurde festgehalten, dass sich trotz Abwesenheit florid-psychotischer Symptome der Verdacht einer Erkrankung aus dem schizophrenen Formenkreis, welche schleichend ist, nicht entkräften [lasse], dies einerseits durch die Krankheitsentwicklung über Jahre mit einem deutlichen Leistungsknick und immer wieder uneinfühlbarem Verhalten, sowie der genetischen Belastung durch eine schizophrene Mutter. Dennoch liessen sich nie eigentliche psychotische Symptome finden, sodass dies allenfalls eine Verdachtsdiagnose bleibt."

Die Klinikärzte kamen anlässlich der zweiten Hospitalisation zu folgender Diagnose:

- "- Kombinierte Persönlichkeitsstörung mit paranoiden, dissozialen und unreifen Zügen (...)
- Erkrankung aus dem schizophrenen Formenkreis (...)
- Anamnestic schädlicher Gebrauch von Cannabis (...)"

3.2.1.5.

Die Diagnose anlässlich der dritten Hospitalisation des Beschwerdeführers im Mai 2008 lautete folgendermassen :

- "- Kombinierte Persönlichkeitsstörung mit paranoiden, dissozialen und unreifen Zügen (...)
- Anamnestic schädlicher Gebrauch von Cannabis (...)
- Schleichende Erkrankung aus dem schizophrenen Formenkreis, lässt sich gemäss Erstpsychoseabklärung nicht ausschliessen, aktuell klinisch keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich"

3.2.1.6.

Anlässlich der aktuellen Hospitalisation des Beschwerdeführers in der Klinik Königsfelden wurde anlässlich der Aufnahme folgende Beurteilung abgegeben:

- "- Angespanntes, fremdgefährliches Zustandsbild mit fragilen psychotischen Symptomen bei bekannter Erkrankung des schizophrenen Formenkreises
- Substanz-induziert

- Gemischte Persönlichkeitsstörung mit paranoiden, dissozialen und unreifen Zügen
- (...)"

Auf dem Zwangsmassnahmen-Entscheid vom 30. Juni 2008 wurde unter der Rubrik Diagnose "Schizophrenie; DD: Persönlichkeitsstörung" aufgeführt.

Entsprechend führte der behandelnde Oberarzt anlässlich der verwaltungsgerichtlichen Verhandlung vom 15. Juli 2008 aus, man könne aufgrund von Beobachtungen über einen längeren Zeitraum feststellen, dass beim Beschwerdeführer Denkstörungen mit einer paranoiden Verarbeitung der Umgebung stattfänden; so seien immer die anderen schuld; es bestehe ein stetes Misstrauen. Dies seien Hinweise auf eine Schizophrenie. Die Dichte dieser Hinweise sowie deren Konstanz lägen näher bei einer Schizophrenie als bei einer Persönlichkeitsstörung. Der Beschwerdeführer kenne die Krankheit Schizophrenie von seiner Mutter und könne daher die Symptome verstecken; er kontrolliere sich, was er sage. Es bestehe eine gelockerte Assoziation, wobei diese Störung der Gedanken symptomatisch für eine Schizophrenie sei.

3.2.2.

Es kann festgestellt werden, dass mit Ausnahme der aktuellen Hospitalisation alle involvierten Psychiater eindeutig die Diagnose einer Persönlichkeitsstörung gestellt haben. Insbesondere im Gutachten vom 13. April 2007 wird diese Diagnose ausführlich begründet. Auch der vom Gericht beigezogene Gutachter bestätigte diese Diagnose anlässlich der verwaltungsgerichtlichen Verhandlung. Für das Verwaltungsgericht steht somit fest, dass beim Beschwerdeführer eine Persönlichkeitsstörung vorliegt. Gemäss übereinstimmenden Angaben der Fachärzte besteht die adäquate Behandlung derselben in einer Verhaltenstherapie (vgl. Erw. V/3.2.1.3 hiervor), zumal sich eine Persönlichkeitsstörung medikamentös kaum behandeln lässt.

Unklar ist, ob zusätzlich eine Erkrankung aus dem schizophrenen Formenkreis vorliegt, bei welcher eine neuroleptische Behandlung medizinisch indiziert wäre. Verschiedene Indizien dafür liegen zwar vor, allerdings bleibt es bei einer Verdachtsdiagnose. Entsprechend führte auch der Gutachter anlässlich der verwaltungsge-

richtlichen Verhandlung aus, die letzten Beweise für eine paranoide Schizophrenie seien nicht gegeben. Insbesondere steht fest, dass aktuell keine florid psychotischen Symptome vorhanden sind. Das vom behandelnden Oberarzt mehrfach erwähnte "paranoide Verarbeiten" konnte aktuell nicht konkretisiert werden. So antwortete der Beschwerdeführer an der für ihn sicherlich mit einer gewissen Belastung verbundenen verwaltungsgerichtlichen Verhandlung ruhig, anständig, adäquat, realitätsbezogen und in jeder Hinsicht nachvollziehbar. Es lagen keinerlei Hinweise auf ein psychotisches Geschehen im Hintergrund vor; der Blick war offen. Dass sich der Beschwerdeführer wiederholt über die Ungerechtigkeit äusserte, nun beinahe zwei Jahre im Gefängnis zu sein und noch immer kein Ende der Strafe zu sehen, ist nachvollziehbar. Das Verwaltungsgericht geht mit dem anwesenden psychiatrischen Sachverständigen überein, dass die Tatsache, dass der Beschwerdeführer auf gewisse Fragen andere Ausführungen machte, nicht auf eine Denkstörung schliessen lassen, sondern eher ein Ausweichen auf unangenehme Fragen darstellt, dies verbunden mit dem Bedürfnis, seine als ungerecht empfundene Lage zu erklären.

Selbst wenn also die Verdachtsdiagnose einer Schizophrenie zutreffen würde, so ist aktuell kein akutes Krankheitsbild, sind keine florid psychotischen Symptome erkennbar, sondern höchstens gewisse Minussymptome. In diesem Zusammenhang ist jedoch zu beachten, dass solche Minussymptome unspezifisch sind, d. h. sie sind nicht nur an schizophrene Psychosen gebunden, sondern kommen auch bei anderen Krankheiten vor, so auch bei Persönlichkeitsstörungen.

3.3.

3.3.1.

Damit eine Massnahme verhältnismässig ist, muss sie geeignet und notwendig sein, und es muss eine vernünftige Zweck-Mittel-Relation vorliegen. Eine Zwangsmassnahme ist namentlich dann unverhältnismässig, wenn eine ebenso geeignete mildere für den angestrebten Erfolg ausreicht. Der Eingriff darf in sachlicher, räumlicher, zeitlicher und personeller Hinsicht nicht einschneidender sein als notwendig. Nach diesen Kriterien der Verhältnismässigkeit bzw. der

Subsidiarität ist die weniger eingreifende der eingriffsintensiveren und die bessernde der bloss sichernden Massnahme vorzuziehen und die geeignete Behandlungsform auszuwählen (BGE 127 IV 154 Erw. 4c).

Dass (auch) bei Zwangsmassnahmen im Rahmen eines Strafvollzugs die Verhältnismässigkeit gewahrt werden muss, drückt § 241a Abs. 2 lit. b StPO mit den Worten aus: "wenn [...] die notwendige Fürsorge auf andere Weise nicht gewährleistet werden kann". Durch diese Formulierung soll zur möglichen Schonung der persönlichen Freiheit die Zwangsbehandlung im Sinne des Verhältnismässigkeitsprinzips beschränkt werden; die Zwangsbehandlung muss also ultima ratio bleiben. Die Beurteilung hängt im Wesentlichen davon ab, in welchem Ausmass eine Behandlung einerseits "notwendig" und welches andererseits die Auswirkungen im Falle einer Nichtbehandlung sind.

Wie bereits in Erwägung V/2.2.3 hiervor ausgeführt, ist eine zwangsweise vollzogene Behandlung nur verhältnismässig, wenn eine hohe Wahrscheinlichkeit für eine Besserung und Heilung des körperlichen, geistigen oder seelischen Zustandes des Betroffenen spricht.

3.3.2.

3.3.2.1.

Eine Behandlungsbedürftigkeit liegt dann vor, wenn eine Person in organischer oder psychischer Hinsicht derart erheblich von der Gesundheit/des Wohlbefindens abweicht, dass stationäre oder ambulante medizinische, insbesondere psychiatrische, psychologische oder heilpädagogische Vorkehren angezeigt erscheinen.

3.3.2.2.

Wie bereits in den Erwägungen hiervor ausgeführt, lässt sich eine Persönlichkeitsstörung mit neuroleptischer Medikation nicht behandeln. Entsprechend wird im Gutachten vom 13. April 2007 ausgeführt, für die kombinierte Persönlichkeitsstörung gebe es keine sicher wirksame Therapie; lediglich eine verhaltenstherapeutisch-deliktorientierte Psychotherapie habe gemäss heutiger Wissensgrundlage eine gewisse Wirksamkeit. Dementsprechend hat das Bezirksgericht Z. mit Entscheid vom 16. Mai 2007 den Vollzug der Freiheits-

strafe zugunsten einer stationären therapeutischen Massnahme gemäss Art. 61 StGB (Massnahme für junge Erwachsene, die in ihrer Persönlichkeitsentwicklung erheblich gestört sind) aufgeschoben; das Obergericht hat eine dagegen ergriffene Berufung mit Urteil vom 18. Oktober 2007 abgewiesen. Später hat das Bezirksgericht Z. mit Urteil vom 7. Mai 2008 anstelle einer Massnahme für junge Erwachsene eine stationäre Massnahme gemäss Art. 59 StGB angeordnet (dieses Urteil ist noch nicht rechtskräftig).

3.3.2.3.

Falls beim Beschwerdeführer neben der Persönlichkeitsstörung eine Schizophrenie vorliegen würde, wäre eine medikamentöse Behandlungsbedürftigkeit grundsätzlich zu bejahen. Aus medizinischer Sicht ist daher ein Behandlungsversuch dieser Verdachtsdiagnose durchaus nachvollziehbar; fraglich ist dagegen, ob dies gegen den Willen des Beschwerdeführers zulässig ist.

3.3.2.4.

Zusammenfassend ist festzustellen, dass an der medikamentösen Behandlungsbedürftigkeit somit zumindest Bedenken bestehen.

3.3.3.

3.3.3.1.

Weitere Voraussetzung für die Durchführung einer Zwangsmassnahme nach § 241a Abs. 2 lit. b StPO ist die Behandlungsfähigkeit des Betroffenen. Verspricht eine neuroleptische Behandlung von vorneherein keinen Erfolg, kommt eine neuroleptische Zwangsbehandlung nicht in Frage.

3.3.3.2.

Der zuständige Oberarzt führte anlässlich der Verhandlung aus, er sehe bereits einen Behandlungserfolg. Der Beschwerdeführer sei nicht mehr so misstrauisch im Gespräch; er mache ein Stück weit mit. Es sei eine leichte Verbesserung eingetreten.

3.3.3.3.

Der anwesende Gutachter führte in diesem Zusammenhang aus, man könne nicht sagen, dass es mit der Behandlung zu einem Fortschritt komme und ohne Behandlung zu einer Verschlechterung; dies könne man im Voraus nicht abschätzen.

3.3.3.4.

Gemäss dem bisher Ausgeführten handelt es sich bei der beim Beschwerdeführer vorliegenden Persönlichkeitsstörung um eine psychische Störung, die nach dem heutigen Stand der Wissenschaft medikamentös nicht behandelt werden kann; eine Behandlungsfähigkeit betreffend Persönlichkeitsstörung durch Neuroleptika ist unter diesen Umständen zu verneinen.

3.3.3.5.

Selbst wenn beim Beschwerdeführer neben der Persönlichkeitsstörung eine Schizophrenie vorliegen würde, wäre die Behandlungsfähigkeit betreffend Negativsymptomatik gering.

Entsprechend wurde im Austrittsbericht vom 5. Juni 2008 das Folgende festgehalten:

"Wir erachten es als nicht verhältnismässig, ihn zwangszumedizieren, da ein Erfolg einer medikamentösen Therapie, wenn überhaupt, nur in sehr begrenztem Ausmass, im Vergleich zu allfälligen Spätfolgen desselben zu erwarten gewesen wäre. Dies einerseits, weil sich eine Persönlichkeitsstörung kaum mehr medikamentös beeinflussen lässt und ein schleichender Verlauf einer Schizophrenia simplex weiter höchstens eine Verdachtsdiagnose ohne eindeutige Anhaltspunkte bildet. Selbst wenn es sich um eine solche handeln sollte, wäre eine medikamentöse Therapie deutlich weniger wirksam bei den so genannten Negativsymptomen, als bei einer florid-psychotischen Situation, die bei Herrn B. zu keiner Zeit vorlag."

Das Verwaltungsgericht kann sich dieser oberärztlichen Ansicht vollumfänglich anschliessen: Da kein florid psychotisches Zustandsbild vorliegt, würde es selbst bei Vorliegen einer Schizophrenie an einer nachgewiesenen Behandlungsfähigkeit fehlen. Die Ausführungen des behandelnden Oberarztes lassen Fragen offen, wenn er einerseits ausführt, es sei durch die neuroleptische Behandlung bereits eine Verbesserung eingetreten, er jedoch andererseits schildert, dass die dem Beschwerdeführer am 30. Juni 2008 verabreichte Risperdal-Spritze erst nach drei Wochen ihre Wirkung entfalte und der Beschwerdeführer die Risperdal-Tabletten schmuggle, indem er sie in die Urinflasche ausspucke.

3.3.3.6.

Diese Erwägungen schliessen nicht aus, dass eine neuroleptische Behandlung durchaus sinnvoll wäre, im Interesse des Beschwerdeführers liegen könnte und medizinisch vertretbar wäre, zumal man daraus bzw. aus dem allfälligen Behandlungserfolg nachträgliche Rückschlüsse betreffend die Verdachtsdiagnose Schizophrenie tätigen könnte.

3.3.4.

Es ist bereits ausgeführt worden, dass mit einer neuroleptischen Behandlung lediglich ein geringer Behandlungserfolg zu erwarten ist, zumal der Beschwerdeführer primär an einer Persönlichkeitsstörung leidet, welche ohnehin schwer therapierbar ist. Aus diesem Grund ist vorliegend die Verhältnismässigkeit der Zwangsmedikation nicht gegeben. Die notwendige Fürsorge im Haftstatus kann dem Beschwerdeführer ohne neuroleptische Behandlung erwiesen werden. So ergibt sich aus den Akten, dass der Beschwerdeführer die meiste Zeit anständig und freundlich ist; es ist nicht ersichtlich, dass er einer besonderen Behandlung/Fürsorge bedürfe.

Es ist unbestritten, dass der Beschwerdeführer bei den gelegentlich vorkommenden Aggressionsdurchbrüchen notfallmässig sediert werden kann. Ob diese Aggressionsdurchbrüche mit seiner Situation (seit rund 20 Monaten in Haft; das Ende der Haftzeit ist noch offen), seiner Persönlichkeitsstörung oder mit einer allfälligen Schizophrenie in Zusammenhang stehen, ist ungewiss.

3.4.

3.4.1.

Weitere Voraussetzung für die Zulässigkeit einer Zwangsmassnahme nach § 241a Abs. 2 lit. b StPO ist die Unzurechnungsfähigkeit des Betroffenen aufgrund einer Krankheit.

Bei der Auslegung dieser Voraussetzung ist zunächst festzuhalten, dass der Begriff Zurechnungsfähigkeit ein Begriff des Strafrechts ist und die Schuldfähigkeit eines Täters in Bezug auf eine bestimmte Straftat betrifft. So ist gemäss Art. 19 StGB nicht strafbar, wer zur Zeit der Tat nicht fähig war, das Unrecht seiner Tat einzusehen oder gemäss dieser Einsicht zu handeln. Im Zusammenhang mit einer medizinischen Zwangsbehandlung eines Gefangenen kann so-

mit die Frage der Zurechnungsfähigkeit im strafrechtlichen Sinne keine Rolle spielen. Eine teleologische Auslegung der Bestimmung ergibt, dass man in Analogie zur Zwangsbehandlung im Rahmen von fürsorglichen Freiheitsentziehungen (§ 67e^{bis} EG ZGB) eine gesetzliche Grundlage für behandlungsbedürftige Gefangene schaffen wollte. Unklar ist, ob der Wortlaut "aufgrund einer Krankheit nicht zurechnungsfähig" eine Umschreibung von "Geisteskrankheit oder Geistesschwäche" sein soll, oder ob damit bewusst strengere Voraussetzungen für eine Zwangsbehandlung geschaffen werden sollten, indem das Vorliegen einer Urteilsunfähigkeit bezüglich Behandlung vorausgesetzt werden sollte.

Sinn und Zweck von § 241a Abs. 2 lit. b StPO liegt darin, kranke Gefangene unter den gleichen Voraussetzungen wie Personen in einer fürsorglichen Freiheitsentziehung gegen ihren Willen medizinisch behandeln zu können, wobei gemäss eindeutigen Wortlaut zusätzlich eine schwere Selbst- oder Drittgefährdung vorausgesetzt wird. Unter Berücksichtigung der Tatsache, dass Zwangsbehandlungen stets im eigenen wohlverstandenen Interesse einer kranken Person erfolgen, ist bereits diese zusätzliche Voraussetzung (schwere Selbst- oder Drittgefährdung) bedenklich, kann doch einem kranken Gefangenen erst später - nämlich erst bei einer schweren Gefährdungssituation - die in seinem Interesse liegende, wenn auch gegen seinen Willen erfolgte, adäquate Behandlung zuteil werden, als einem genau gleich kranken Menschen, der gegen seinen Willen in eine Klinik eingewiesen und dort gegen seinen Willen behandelt wird. Umso mehr verstösst § 241a Abs. 2 lit. b StPO gegen das Rechtsgleichheitsprinzip, wenn diese Norm so ausgelegt wird, dass zusätzlich zur schweren Selbst- oder Fremdgefährdung das Vorliegen einer Urteilsunfähigkeit des kranken Gefangenen vorausgesetzt wird. Es ist unter diesen Umständen nicht nachvollziehbar, weshalb andere - strengere - Voraussetzungen für eine Zwangsbehandlung geschaffen werden sollten; sicher ist jedoch, dass im Sinne einer restriktiven Umsetzung höchstens Urteilsunfähigkeit aufgrund einer Krankheit in Bezug auf die (notwendige) medikamentöse Behandlung gemeint sein kann.

Es rechtfertigt sich, die Auslegung des Begriffs der Urteilsfähigkeit bzw. Urteilsunfähigkeit im Sinne von Art. 16 ZGB vorzunehmen, wonach urteilsfähig ist, wer nicht wegen seines Kindesalters oder infolge von Geisteskrankheit, Geistesschwäche, Trunkenheit oder ähnlichen Zuständen die Fähigkeit mangelt, vernunftgemäss zu handeln.

Für die Beurteilung der Urteilsunfähigkeit ist im Einzelfall von den konkreten Umständen hinsichtlich einer bestimmten Handlung auszugehen. Urteilsunfähigkeit kann angenommen werden, wenn es an der Fähigkeit fehlt, eine bestimmte Lage richtig zu beurteilen und in Angelegenheiten der in Frage stehenden Art ein vernünftiges Urteil zu bilden sowie die Beweggründe und Folgen eines bestimmten Handelns richtig zu erkennen (vgl. dazu den Entscheid des Bundesgerichts vom 22. März 2001 [1P.103/2001], Erw. 7b/aa).

3.4.2.

Der behandelnde Oberarzt führte anlässlich der Verhandlung aus, er erachte den Beschwerdeführer als urteilsunfähig betreffend Medikation.

3.4.3.

Es ist nicht erkennbar, dass die diagnostizierte Persönlichkeitsstörung beim Beschwerdeführer zu einem fehlenden Realitätsbezug führt. Da eine Persönlichkeitsstörung einer neuroleptischen Behandlung nicht zugänglich ist, kann sicher nicht gesagt werden, der Beschwerdeführer sei urteilsunfähig, wenn er diese Behandlung verweigert.

Selbst bei allfälligem Vorliegen einer Schizophrenie kann nicht gesagt werden, dem Beschwerdeführer fehle die Einsicht in die Notwendigkeit der Behandlung. Der Beschwerdeführer kennt die Krankheit von seiner Mutter her; anlässlich seiner zweiten Hospitalisation in der Klinik Königsfelden Ende 2007/anfangs 2008 wurde er mit Neuroleptika behandelt. Er kennt das Wesen einer neuroleptischen Behandlung; er weiss, was die entsprechenden Medikamente bewirken, sowohl in positiver Hinsicht als auch in Bezug auf Nebenwirkungen. Dass er diese Behandlung nicht will, ist in einem gewissen Sinne nachvollziehbar, zumal er unter keinen positiven Symptomen

(Halluzinationen usw.) leidet. Es kann daraus nicht auf diesbezügliche Urteilsunfähigkeit geschlossen werden.

3.4.4.

In Zusammenfassung obiger Erwägungen kann festgestellt werden, dass der Beschwerdeführer hinsichtlich der Frage einer medikamentösen Behandlung urteilsfähig ist.

3.5.

3.5.1.

Weitere Voraussetzung für die Zulässigkeit von Zwangsmassnahmen im Strafvollzug ist das Vorliegen einer schweren Selbst- oder Drittgefährdung.

Fremdgefährdung liegt vor, wenn für andere Personen eine absehbare Gefährdung besteht. Gefahr besteht insbesondere in aggressivem Verhalten bis zur Androhung von schwerer Gewalt oder in körperlichen Attacken.

3.5.2.

Wenn der Gesetzestext von schwerer Fremdgefährdung spricht, kann nur eine akute Fremdgefährdung gemeint sein. Aus den Akten ist zu entnehmen, dass der Beschwerdeführer in den vergangenen Jahren mehrfach massiv bedrohlich und teilweise auch tötlich geworden ist. Der Vorfall im Bezirksgefängnis Z. vom 26. Juni 2008, wo der Beschwerdeführer den Gefangenenwart mehrfach bedrohte, in der Zelle ein Feuer entzündete und ein Metallstück eines Fensterrahmens in bedrohlicher Haltung in der Hand hatte, führte zur aktuellen Hospitalisation des Beschwerdeführers in der Klinik Königsfelden. In diesem Zeitpunkt war eine schwere Fremdgefährdung nicht auszuschliessen.

Seit der Beschwerdeführer in der Klinik Königsfelden ist, gab es keinerlei Anzeichen für eine akute Fremdgefährdung. So wurde bereits am Tag nach der Einweisung in der Krankengeschichte anlässlich der oberärztlichen Untersuchung explizit festgehalten, es bestünden keine Hinweise auf Fremdgefährdung. Der Beschwerdeführer wird im Pflegebericht durchwegs als anständig und freundlich beschrieben. Trotz der schwierigen persönlichen Situation, trotz Isolation und Zwangsmedikation ist der Beschwerdeführer nie "ausgerastet". Auch anlässlich der verwaltungsgerichtlichen Verhandlung,

welche einen zusätzlichen Stressfaktor darstellt, blieb er ruhig und stets anständig. Eine schwere Drittgefährdung im Sinne von § 241a Abs. 2 lit. b StPO liegt somit nicht vor.

4.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die strengen Voraussetzungen für eine Zwangsmedikation gemäss § 241a Abs. 2 lit. b StPO vorliegend nicht erfüllt sind. Nebst der gutachterlich festgestellten Diagnose der Persönlichkeitsstörung und der Notwendigkeit einer Verhaltenstherapie bestehen zu viele Ungewissheiten. Es muss im heutigen Zeitpunkt offen bleiben, ob allenfalls zusätzlich eine Erkrankung aus dem schizophrenen Formenkreis vorliegt und ob mittels Neuroleptika ein wesentlicher Behandlungserfolg erzielt werden könnte. Zusätzlich fehlt es an einer schweren Fremdgefährdung des Beschwerdeführers ebenso wie an einer durch Krankheit verursachten Urteilsunfähigkeit.

Aus diesen Gründen wird der Zwangsmassnahmen-Entscheid der Klinik Königsfelden vom 30. Juni 2008 aufgehoben.

VIII. Sozialhilfe

37 Auslandsaufenthalt (Ferien) eines Sozialhilfeempfängers.

- **Der Unterstützungswohnsitz wird durch einen vorübergehenden Ferienaufenthalt im Ausland nicht verändert oder unterbrochen (Erw. 2.1).**
- **§ 10 Abs. 5 lit. a SPV regelt die Finanzierung von Zusatzkosten, die mit Urlaubs- und Erholungsaufenthalten verbunden sind (Erw. 2.3).**
- **Kürzung der Sozialhilfe wegen Verletzung der Meldepflicht (Erw. 3).**

Urteil des Verwaltungsgerichts, 4. Kammer, vom 20. Februar 2008 in Sachen G.S. gegen das Bezirksamt Rheinfelden (WBE.2007.254/255).

Aus den Erwägungen

2.

2.1.

Art. 1 Abs. 1 ZUG bestimmt, welcher Kanton für die Unterstützung eines Bedürftigen, der sich in der Schweiz aufhält, zuständig ist. Die Bestimmungen im ZUG regeln nur die interkantonale Zuständigkeit und nicht die Unterstützung der Hilfe suchenden Personen (Werner Thomet, in: Kommentar zum Bundesgesetz über die Zuständigkeit für die Unterstützung Bedürftiger [ZUG], 2. Auflage, Zürich 1994, Rz. 55). Deshalb kann nicht aus dem ZUG abgeleitet werden, ob der Beschwerdeführer einen Anspruch auf materielle Unterstützung hat. Die Voraussetzungen der Sozialhilfe regeln vielmehr die kantonalen Sozialhilfegesetze (vgl. auch Handbuch Sozialhilfe, hrsg. vom Kantonalen Sozialdienst, Kapitel 4.1 und 4.1.3).

Ausgehend von Wohnortsprinzip (Art. 24 Abs. 1 und Art. 115 BV; Thomet, a.a.O., Rz. 27) bestimmt Art. 4 Abs. 1 ZUG den Wohnkanton und § 6 Abs. 1 und 2 SPG i.V.m. Art. 4 ZUG den Wohnort als Unterstützungswohnsitz. Nur bei Personen ohne Unterstützungs-

wohnsitz und im Notfall ist die Gemeinde am Aufenthaltsort der Hilfe suchenden Person zuständig. Der Unterstützungswohnsitz befindet sich im internationalen, inter- und innerkantonalen Verhältnis am Ort, wo sich die Hilfe suchende Person mit der Absicht dauernden Verbleibens aufhält (vgl. dazu Art. 23 Abs. 1 ZGB; Art. 20 IPRG und § 6 SPG i.V.m. Art. 4 Abs. 1 ZUG). Der Unterstützungswohnsitz wird durch einen vorübergehenden Ferientaufenthalt im Ausland nicht verändert oder unterbrochen. Die Gemeinde X. ist demnach auch während der Auslandsaufenthalte des Beschwerdeführers für die Gewährung von materieller Unterstützung örtlich zuständig.

Den Bestimmungen im SPG und in der SPV oder den Richtlinien für die Ausgestaltung und Bemessung der Sozialhilfe, hrsg. von der Schweizerischen Konferenz für Sozialhilfe, vom Dezember 2000 (SKOS-Richtlinien) ist sodann keine Norm zu entnehmen, wonach die Unterstützung entfällt, wenn der Sozialhilfeempfänger kurzfristig im Ausland weilt.

2.2.

Die Verordnung (EWG) 1408/71 vom 14. Juni 1971 (Verordnung zur Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer und Selbständige sowie deren Familienangehörige, die innerhalb der Gemeinschaft zu- und abwandern [SR 0.831.109.268.1]) regelt die Rechte von Erwerbstätigen bei der Zu- oder Auswanderung in einen Vertragsstaat. Diese Verordnung ist auf die Sozialhilfe nicht anwendbar (Art. 4 Abs. 4 der Verordnung).

Der Beschwerdeführer hat, wie bereits dargelegt (siehe vorne Erw. 2.1), seinen Wohnsitz nicht verändert, sondern sein Unterstützungswohnsitz blieb in der Gemeinde X. Die Verordnung kann deshalb keine Kürzung der materiellen Hilfe begründen.

2.3.

Nach den SKOS-Richtlinien sind langfristig unterstützten Personen, die nach Kräften erwerbstätig sind, Betreuungsaufgaben wahrnehmen oder vergleichbare Eigenleistungen erbringen, Urlaubs- oder Erholungsaufenthalte zu ermöglichen. Für die Finanzierung können Fonds und Stiftungen beigezogen werden (SKOS-Richtlinien, Kapitel C.7). Abweichend von den SKOS-Richtlinien erfolgt

die Finanzierung der Kosten von Urlaubs- oder Erholungsaufenthalten in der Regel über Fonds und Stiftungen (§ 10 Abs. 5 lit. a SPV).

In § 10 Abs. 5 lit. a SPV geht es um die Finanzierung der Zusatzkosten, die mit Urlaubs- und Erholungsaufenthalten verbunden sind (vgl. Handbuch Sozialhilfe, Kapitel 5, S. 54). Die genannte Bestimmung und die SKOS-Richtlinien lassen keine Reduktion der materiellen Hilfe durch die Gemeinde und zulasten Dritter zu. Der Beschwerdeführer machte für seinen Auslandsaufenthalt keine zusätzlich zur materiellen Unterstützung anfallenden Mehrkosten geltend. § 10 Abs. 5 lit. a SPV ist daher vorliegend nicht anwendbar, zumal dem Beschwerdeführer nicht vorgeworfen werden kann, er habe einen rechtzeitigen Antrag auf eine zusätzliche Unterstützung unterlassen.

3.

3.1.

Personen, die Leistungen nach dem Sozialhilfe- und Präventionsgesetz geltend machen oder beziehen, sind verpflichtet, Veränderungen in ihren persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnissen umgehend zu melden (§ 2 Abs. 3 SPG i.V.m. § 1 Abs. 1 SPV).

3.2.

Die Gewährung materieller Hilfe kann mit Auflagen und Weisungen verbunden werden, welche die richtige Verwendung sichern oder die Lage der Hilfe suchenden Person und ihrer Angehörigen verbessern, wie Bestimmungen über die zweckmässige Verwendung der materiellen Hilfe, die Aufnahme zumutbarer Arbeit oder andere Verhaltensregeln, die nach den Umständen angebracht erscheinen (§ 13 Abs. 1 SPG; § 14 lit. d-f SPV). Werden Auflagen oder Weisungen, die unter Androhung der Folgen der Missachtung erlassen wurden, nicht befolgt, kann die materielle Hilfe gekürzt werden (§ 13 Abs. 2 SPG).

3.3.

Voraussetzung für eine Kürzung der materiellen Hilfe wegen Missachtung einer Auflage oder Weisung ist, dass dem Betroffenen die Auflage oder Weisung i.S.v. § 13 SPG i.V.m. § 14 SPV eröffnet wurde. Die Verwarnung mit Kürzungsandrohung kann gleichzeitig mit der Auflage bzw. Weisung verfügt werden (AGVE 2005, S. 285).

3.4.

Am 25. September 2006 beschloss der Sozialdienst der Gemeinde X. u.a. Folgendes:

"4.

Herr S. wird darauf aufmerksam gemacht, Änderungen künftig dem Sozialdienst im Voraus mitzuteilen. Rückwirkende Änderungen werden in Zukunft nicht mehr berücksichtigt."

Der Sozialdienst der Gemeinde X. führte in der Begründung an, der Beschwerdeführer habe mit nachträglichen Mitteilungen betreffend Wochenendaufenthalte und Änderungen im Haushalt seine Meldepflicht verletzt und verwaltungsadministrative Mehrarbeit verursacht. Die Gemeinde behalte sich vor, allenfalls ungerechtfertigte Leistungen ab August 2005 vom Beschwerdeführer zurückzufordern, weil er vom Sozialdienst verlangte Unterlagen noch immer nicht eingereicht habe.

In Ziff. 4 des genannten Beschlusses wurde der Beschwerdeführer auf die gesetzliche Meldepflicht nach § 2 Abs. 3 SPG i.V.m. § 1 Abs. 1 SPV ausdrücklich hingewiesen. Eine über die allgemeine Meldepflicht hinausgehende konkrete Weisung, sämtliche – auch vorübergehende – Ferienabwesenheiten oder Auslandsaufenthalte mitzuteilen, wurde dem Beschwerdeführer indessen nicht erteilt. Insbesondere fehlt eine für den Vollzug der Kürzung vorausgesetzte entsprechende Verwarnung des Beschwerdeführers (§ 13 Abs. 2 SPG; siehe vorne Erw. 3.3). Der Auslandsaufenthalt von 14 Tagen hatte keine offenkundigen und für den Beschwerdeführer erkennbaren Auswirkungen auf die Höhe der bewilligten materiellen Hilfe. Die Sozialbehörden machen auch nicht substantiiert geltend, der Beschwerdegegner habe durch den Aufenthalt in Italien Einsparungen erzielen können. Anhaltspunkte für substantielle Sparmöglichkeiten sind auch den Akten nicht zu entnehmen. Nicht beanstandet wurde sodann, dass der Beschwerdeführer und zwei seiner Kinder für 14 Tage in den Ferien weilten. Unter diesen Umständen kann die fehlende Ankündigung des Auslandsaufenthalts vom 19. Februar 2007 bis 3. März 2007 keine Kürzung der materiellen Hilfe für den Monat März 2007 rechtfertigen. Eine Kürzung wegen Verletzung von Auf-

lagen und Weisungen ist im Übrigen auf 65 % des Grundbedarfs I beschränkt (§ 15 Abs. 2 SPV).

3.5.

Abweichend präsentiert sich demgegenüber die Ausgangssituation für den Auslandsaufenthalt des Beschwerdeführers vom 6. bis 13. April 2007. Mit Beschluss vom 26. Februar 2007 wurde dem Beschwerdeführer die Weisung erteilt, "in Zukunft Änderungen in Bezug zur persönlichen und finanziellen Situation" unverzüglich zu melden. Aus der Begründung ergibt sich unmissverständlich, dass die Sozialbehörden vom Beschwerdeführer die vorgängige Mitteilung über geplante Ferien- und Auslandsaufenthalte erwarten. Er wurde auch auf die Folgen bei Nichteinhaltung der Weisung hingewiesen. Der Sozialdienst hat ihn zudem mündlich über diese Pflicht orientiert. Der Beschwerdeführer hat dies auch nicht bestritten. Indem er trotzdem ohne Meldung an den Sozialdienst für sieben Tage nach Italien ging, hat er die Meldepflicht daher klar verletzt.

Bei dieser Meldepflicht geht es nicht um die Bewilligungspflicht für kurzfristige Ortsabwesenheiten oder um eine Einschränkung der familiären Beziehungen oder der persönlichen Freiheit. Die Sozialbehörden sind vielmehr verpflichtet, die zweckmässige Verwendung der materiellen Hilfe sicherzustellen und die Anspruchsvoraussetzungen, insbesondere die Bedürftigkeit, zu prüfen. Längere Auslandsaufenthalte können einerseits dazu führen, dass die Sozialhilfe für Reisekosten etc. zweckentfremdet wird. Nicht auszuschliessen ist, dass Auslandsaufenthalte mit Zuwendungen oder anderen Leistungen von Drittpersonen finanziert werden, welche als eigene Mittel gemäss § 11 SPG anzurechnen sind (vgl. § 11 Abs. 2 SPV). Schliesslich können längere Auslandsaufenthalte Anlass für die Anpassung der materiellen Unterstützung sein, wenn sich die unterstützte Person in einem Land mit tieferen Lebenshaltungskosten aufhält.

3.6.

§ 13 Abs. 2 SPG sieht ausdrücklich die Möglichkeit der Leistungskürzung vor, wenn Auflagen und Weisungen nicht befolgt wurden. Bei der Kürzung der materiellen Hilfe ist die Existenzsicherung zu beachten (§ 15 Abs. 1 Satz 1 SPV), welche bei 65 % des Grund-

bedarfs I gemäss SKOS-Richtlinien liegt (Abs. 2 Satz 1). Verhält sich die unterstützte Person rechtsmissbräuchlich, kann eine Kürzung auch unter die Existenzsicherung erfolgen oder die materielle Hilfe ganz eingestellt werden (Abs. 3 Satz 1). (...)

4.

Zusammenfassend kann dem Beschwerdeführer nur im Zusammenhang mit dem Auslandsaufenthalt im April 2007 eine Verletzung der Meldepflicht vorgeworfen werden. Die Beschwerde gegen den Entscheid des Bezirksamts Rheinfelden vom 18. Juli 2007 ist daher gutzuheissen. Die Kürzung mit Verfügung vom 23. April 2007 ist demgegenüber nicht zu beanstanden und die Beschwerde gegen den vorinstanzlichen Entscheid vom 6. August 2007 folglich abzuweisen.

38 Betriebskosten eines Motorfahrzeugs (§ 10 Abs. 5 lit. c SPV).

- **Wird ein Motorfahrzeug von einem Dritten zur Verfügung gestellt, so muss dessen Benützung durch den Sozialhilfeempfänger eine gewisse Intensität aufweisen.**

Urteil des Verwaltungsgerichts, 4. Kammer, vom 9. April 2008 in Sachen R.R. gegen das Bezirksamt Baden (WBE.2007.395).

Aus den Erwägungen

1.

1.1. (...)

1.2.

Vom Bedarf der Hilfe suchenden Person werden die Betriebskosten eines Motorfahrzeugs in Abzug gebracht, sofern dessen Benützung nicht beruflich oder krankheitsbedingt zwingend erforderlich ist (§ 10 Abs. 5 lit. c Satz 1 SPV). Ein durch Dritte zur Verfügung gestelltes Motorfahrzeug gilt als Naturalleistung, die ohne Vorliegen der erwähnten zwingenden Gründe als eigene Mittel angerechnet wird (§ 10 Abs. 5 lit. c Satz 3 SPV).

2.

2.1.

Das Bezirksamt führte im Entscheid vom 17. Dezember 2007 aus, am 14. Februar 2007 habe der Beschwerdeführer sein Fahrzeug verkauft, wobei er das Auto weiterhin nutzen dürfe. Vor dem Hintergrund, dass die Miete eines Autos der unteren Mittelklasse pro Tag ca. Fr. 225.-- koste, erscheine die Aufrechnung einer monatlichen Zuwendung in der Höhe von Fr. 200.-- durchaus vertretbar. Es dürfe jedoch auch für den Monat Februar 2007 nur eine Aufrechnung auf der Basis von Fr. 200.-- erfolgen. Da der Verkauf des Wagens am 14. Februar 2007 erfolgt sei, dürfe für den Monat Februar 2007 zudem nur ein halber Monat, d.h. Fr. 100.--, angerechnet werden.

2.2. (...)

3.

3.1.

Es ist unbestritten, dass der Beschwerdeführer sein Fahrzeug an einen Dritten verkauft hat und die Fahrzeugkosten vom neuen Halter bezahlt werden. Ein Abzug der Betriebskosten in Anwendung von § 10 Abs. 5 lit. c Satz 1 SPV ist daher nicht zulässig. Sodann wird vom Beschwerdeführer nicht geltend gemacht, dass er berufs- oder krankheitsbedingt zwingend auf das Auto angewiesen sei. Zu prüfen ist jedoch, ob die Vorinstanz § 10 Abs. 5 lit. c Satz 3 SPV richtig angewandt hat bzw. ob diese Bestimmung im vorliegenden Fall überhaupt zur Anwendung gelangt.

3.2.

In § 10 Abs. 5 lit. c SPV werden zwei Arten der Fahrzeugbenützung unterschieden: einerseits die Benützung des eigenen Fahrzeugs, andererseits das zur Verfügung Stellen des Fahrzeugs durch einen Dritten. Das Benützen des eigenen Fahrzeugs führt dazu, dass die Betriebskosten in Abzug gebracht werden (Satz 1). Grundgedanke dieser Bestimmung ist das Subsidiaritätsprinzip in der Sozialhilfe, wonach der Anspruch auf Sozialhilfe nur besteht, sofern die eigenen Mittel nicht genügen (vgl. § 5 Abs. 1 SPG). Besitzt der Sozialhilfeempfänger ein eigenes Fahrzeug, so verwendet er die Unterstützungsleistung nicht nach ihrem ursprünglichen Zweck (Grundbedarf, Wohnkosten, medizinische Grundversorgung, usw.; siehe dazu

VG IV/26 vom 29. März 2007 [WBE.2007.12], S. 6; VGE IV/37 vom 6. Juli 2006 [WBE.2006.142], S. 7). Auflagen und Weisungen (so eben der Verkauf des Fahrzeugs) sichern die richtige Verwendung der materiellen Hilfe (§ 14 SPV). Der Beschwerdeführer ist nicht mehr Halter und Eigentümer des Fahrzeugs. Eine Kürzung wegen Verletzung der Auflage, das Fahrzeug zu verkaufen, ist daher unzulässig.

Satz 3 will die Umgehung von Satz 1 verhindern. An der Grundaussage, dass der Sozialhilfeempfänger aus beruflichen oder gesundheitlichen Gründen kein Fahrzeug benötigt, ändert sich nämlich nichts. Wird das Fahrzeug von einem Dritten zur Verfügung gestellt, so muss dessen Benützung durch den Sozialhilfeempfänger jedoch eine gewisse Intensität aufweisen; gelegentliches Benützen darf nicht umgehend einen Abzug bzw. eine Aufrechnung nach sich ziehen (vgl. VGE IV/21 vom 26. April 2006 [WBE.2005.412], S. 12). § 10 Abs. 5 lit. c SPV gibt aber keine Grundlage für eine Aufrechnung eines allfälligen zu tiefen Verkaufserlös.

Den Akten sind keine Anhaltspunkte zu entnehmen, wonach das Fahrzeug dem Beschwerdeführer ab Februar 2007 längerfristig oder wiederholt zur Verfügung gestellt wird. Auch die Gemeinde A. bringt nicht vor, dass der Beschwerdeführer das Fahrzeug mehr als nur gelegentlich benutzt. Entsprechende Ausführungen können sodann auch dem Entscheid der Vorinstanz nicht entnommen werden. Es ist somit davon auszugehen, dass der Beschwerdeführer das verkaufte Fahrzeug nur gelegentlich benutzt. Die Aufrechnung eigener Mittel gestützt auf § 10 Abs. 5 lit. c Satz 3 SPV ab 14. Februar 2007 ist daher nicht rechtmässig. Sollte der Beschwerdeführer das Fahrzeug in Zukunft mehr als nur gelegentlich benutzen, ist eine Anrechnung eigener Mittel zulässig, jedoch nur insoweit, als der Beschwerdeführer durch die Fahrzeugbenützung finanziell begünstigt ist.

39 Interkantonaler Unterstützungswohnsitz bei anerkannten Flüchtlingen.

- **Bei anerkannten Flüchtlingen, welche die Niederlassungsbewilligung erlangt haben, sind die Bestimmungen des ZUG über die Unterstützung von Ausländern mit Wohnsitz in der Schweiz (Art. 20 i.V.m. Art. 4–10 ZUG) anwendbar (Erw. 1).**

- **Voraussetzungen eines Richtigstellungsbegehrens nach Art. 28 ZUG (Erw. 2.1).**
- **Bestimmung des Unterstützungswohnsitzes (Erw. 2.3 und 2.4).**

Urteil des Verwaltungsgerichts, 4. Kammer, vom 30. April 2008 in Sachen Gesundheits- und Fürsorgedirektion des Kantons Bern gegen den Entscheid des Kantonalen Sozialdiensts (WBE.2007.257).

Aus den Erwägungen

- 1.
- 1.1. (...)
- 1.2.

Nach Art. 1 Abs. 3 ZUG richtet sich die Unterstützung von Asylsuchenden, Flüchtlingen, Schutzbedürftigen, vorläufig Aufgenommenen und Staatenlosen nach besonderen Erlassen des Bundes. Es sind dies das AsylG sowie die dazugehörige Asylverordnung 2 über Finanzierungsfragen vom 11. August 1999 (Asylverordnung 2, AsylV 2; SR 142.312).

Am 1. Januar 2008 sind die von der Bundesversammlung am 16. Dezember 2005 beschlossenen Änderungen des Asylgesetzes in Kraft getreten. Diese Änderungen enthalten keine übergangsrechtliche Regelung, ob das alte oder das neue Recht auf hängige Verfahren betreffend die Ausrichtung von Fürsorgeleistungen und Kinderzulagen gemäss Art. 80-84 AsylG (in der Fassung vom 26. Juni 1998 [AS 1999, S. 2262]) anwendbar ist. Deshalb ist auf die allgemeinen Grundsätze zur Anwendung von neuem Recht auf hängige Verfahren abzustellen. Danach ist auf hängige Verfahren grundsätzlich das Recht anwendbar, welches im Zeitpunkt des Erlasses der angefochtenen Verfügung in Kraft war (BGE 127 II 306 Erw. 7c; 125 II 591 Erw. 4e/aa; AGVE 1999, S. 148 f.; Ulrich Häfelin / Georg Müller / Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Auflage, Zürich / Basel / Genf 2006, Rz. 326 f. mit Hinweisen). Vorliegend ist somit vom AsylG in der Fassung vom 26. Juni 1998 (aAsylG) und der da-

zugehörigen AsylV 2 in der Fassung vom 11. August 1999 (aAsylV 2) auszugehen.

1.3.

Gemäss Art. 80 Abs. 1 aAsylG sind die Kantone zuständig für die Gewährleistung der Fürsorge für Personen, die sich gestützt auf das aAsylG in der Schweiz aufhalten. Für die Ausrichtung von Fürsorgeleistungen gilt kantonales Recht (Art. 82 Abs. 1 aAsylG). Gemäss Art. 88 aAsylG zahlt der Bund den Kantonen Pauschalen für die entstandenen Kosten. Bei Flüchtlingen werden die Kosten bis zum Tag, an dem sie die Niederlassungsbewilligung erhalten oder ein Anspruch auf Niederlassung nach Art. 60 Abs. 2 aAsylG entsteht, vergütet (Abs. 3). In Spezialfällen vergütet der Bund die Fürsorgeleistungen für Flüchtlinge auch nach der Erteilung der Niederlassungsbewilligung (Abs. 4 i.V.m. Art. 23 aAsylV 2).

Asylsuchende werden vom Bundesamt den Kantonen zugewiesen (Art. 27 Abs. 3 aAsylG). Jeder Kanton gewährleistet hernach die Fürsorge für die ihm zugewiesenen Personen (Art. 80 Abs. 1 aAsylG [vgl. dazu auch dieselbe Bestimmung in der Neufassung vom 16. Dezember 2005, in welcher der Begriff "Zuweisungskantone" verwendet wird]). Die Zuständigkeit wird somit grundsätzlich auf den Zuweisungskanton bezogen. Es stellt sich jedoch die Frage, wie die Zuständigkeit geregelt werden soll, wenn eine asylsuchende Person nicht nur zu ihrem Zuweisungskanton, sondern auch noch zu einem anderen Kanton in persönlicher Beziehung steht. Eine solche Situation kann sich ergeben, wenn ein Flüchtling nach Erteilung der Niederlassungsbewilligung nicht mehr an den Zuweisungskanton gebunden ist, sondern seinen Wohnsitz frei in einen anderen Kanton verlegen darf. Bestimmungen zur Regelung solcher interkantonalen Sachverhalte enthält das Asylgesetz nicht.

1.4.

1.4.1.

Eine Gesetzeslücke liegt vor, wenn der betreffende Erlass nach den ihm zugrundeliegenden Ziel- und Wertvorstellungen eine planwidrige Unvollständigkeit aufweist und deshalb anzunehmen ist, der Gesetzgeber hätte, wäre er sich dieser Tatsache bewusst gewesen, anders entschieden (BGE 102 Ib 224 Erw. 2; AGVE 1989, S. 311;

1986, S. 333; Häfelin / Müller / Uhlmann, a.a.O., Rz. 243 ff., je mit Hinweisen).

1.4.2.

Es kann davon ausgegangen werden, dass der Gesetzgeber sich bei Erlass von Art. 1 Abs. 3 ZUG nicht bewusst war, dass sich bei der Unterstützung ausländischer Flüchtlinge interkantonale Zuständigkeitsfragen stellen können, welche durch die Asylgesetzgebung nicht hinreichend beantwortet werden. Nur so ist zu erklären, dass Art. 1 Abs. 3 ZUG die Geltung des ZUG für die Unterstützung von Flüchtlingen generell ausschliesst und auf die Asylgesetzgebung verweist, obwohl diese sich bei der Zuständigkeitsregelung auf den Zuweisungskanton beschränkt und keine Bestimmungen zur Regelung interkantonalen Sachverhalte im Bereiche der Unterstützungszuständigkeit enthält. Es besteht somit eine Regelungslücke.

1.4.3.

In Bezug auf die Rechtsstellung der Flüchtlinge verweist Art. 58 aAsylG auf das für Ausländerinnen und Ausländer geltende Recht sowie das Abkommen über die Rechtsstellung der Flüchtlinge vom 28. Juli 1951 (SR 0.142.30 [Flüchtlingsabkommen]). Für Ausländer mit Wohnsitz in der Schweiz ist das ZUG anwendbar. Sie werden gemäss Art. 20 Abs. 1 ZUG vom Wohnkanton unterstützt, soweit es dessen Gesetzgebung, das Bundesrecht oder völkerrechtliche Verträge vorsehen. Ihr Unterstützungswohnsitz bestimmt sich daher auch nach den Bestimmungen von Art. 4 ff. ZUG (Werner Thomet, Kommentar zum Bundesgesetz über die Zuständigkeit für die Unterstützung Bedürftiger, 2. Auflage, Zürich 1994, Rz. 225). Die personenrechtliche Stellung der Flüchtlinge bestimmt sich nach dem Wohnsitzland (Art. 12 Flüchtlingsabkommen), und gemäss Art. 23 Flüchtlingsabkommen ist den Flüchtlingen die gleiche Fürsorge und öffentliche Unterstützung zu gewähren wie den Einheimischen. Für Ausländer und Schweizer Bürger sind aufgrund der in Art. 115 Satz 2 BV vorgesehenen Zuständigkeitsregelung die besonderen (Ausnahme-) Bestimmungen über den Unterstützungswohnsitz im ZUG anwendbar. Sinn der genannten Verfassungsbestimmung ist es, eine Benachteiligung der Kantone durch einen "Unterstützungstourismus" zu verhindern (vgl. Botschaft über eine neue Bundesver-

fassung vom 20. November 1996 [96.091], Separatdruck, S. 329). Sachliche Gründe dafür, dass die Bestimmungen des ZUG auf anerkannte Flüchtlinge mit einer Niederlassungsbewilligung nicht anwendbar sind, lassen sich nicht erkennen.

Zusammenfassend sind bei anerkannten Flüchtlingen, welche die Niederlassungsbewilligung erlangt haben, die Bestimmungen des ZUG über die Unterstützung von Ausländern mit Wohnsitz in der Schweiz (Art. 20 i.V.m. Art. 4-10 ZUG) anwendbar. Nur ein solches Ergebnis verhindert Widersprüche mit den erwähnten Grundentscheidungen des Bundesgesetz- und Verfassungsgebers.

1.4.4.

Die Beschwerdeführerin geht zwar ebenfalls davon aus, dass die Frage nach dem Unterstützungswohnsitz im vorliegenden Fall gestützt auf das AsylG nicht beantwortet werden kann. Sie beruft sich aber auf Art. 115 BV und macht geltend, dass auf den zivilrechtlichen Wohnsitz abzustellen sei. Die Beschwerdeführerin verkennt dabei, dass Art. 115 Satz 2 BV die Verfassungsgrundlage für das ZUG bildet. Dieses präzisiert in dem durch die Verfassung vorgegebenen Rahmen, welcher Kanton für die Fürsorge zuständig ist, und regelt den Ersatz unter den Kantonen (Art. 1 Abs. 1 und 2 ZUG). Art. 115 Satz 2 BV lässt somit grundsätzliche Ausnahmen zur Unterstützungszuständigkeit des Wohnkantons (Art. 115 Satz 1 BV) durch den Bundesgesetzgeber zu. Die Ausnahmen sind daher gestützt auf das ZUG zu ermitteln.

1.5.

X. ist ein Flüchtling, der nach seiner Einreise in die Schweiz am 4. Juni 1980 dem Kanton Bern zugewiesen wurde. Am 17. Juni 1988 wurde ihm von der Fremdenpolizei des Kantons Bern die Niederlassungsbewilligung erteilt. Deshalb können im vorliegenden Fall die Bestimmungen des ZUG über die Unterstützung von Ausländern mit Wohnsitz in der Schweiz (Art. 20 i.V.m. Art. 4-10 ZUG) zur Beantwortung der Frage nach dem Unterstützungswohnsitz herangezogen werden (siehe vorne Erw. 1.4.3). Dass X. zu einer Gruppe von Flüchtlingen gehört, welche im Rahmen eines Sonderprogramms des UNO-Hochkommissariats für Flüchtlinge (UNHCR) aufgenommen wurden und bei denen der Bund den Kantonen die Fürsorgeleistun-

gen auch nach der Erteilung der Niederlassungsbewilligung gemäss Art. 88 Abs. 4 aAsylG i.V.m. Art. 23 Abs. 1 lit. a aAsylV 2 weiterhin vergütet, ändert daran nichts. Diese Bestimmungen regeln einzig die vertikale Aufgabenteilung zwischen Bund und Kantonen, nicht aber die interkantonale Zuständigkeit.

Die Anwendung des ZUG im vorliegenden Fall beinhaltet grundsätzlich auch die Möglichkeit, ein Richtigstellungsbegehren gemäss Art. 28 ZUG zu stellen.

2.

Im Folgenden ist zu prüfen, ob die Voraussetzungen für eine Richtigstellung gegeben sind.

2.1.

Ein beteiligter Kanton kann eine Richtigstellung verlangen, wenn ein Unterstützungsfall offensichtlich unrichtig geregelt oder beurteilt worden ist (Art. 28 Abs. 1 ZUG). Die Richtigstellung kann als ein der Revision nachgebildetes Rechtsinstitut bezeichnet werden. Indes beschränkt sich die Richtigstellung nicht auf die klassischen Revisionsgründe, wie sie etwa in Art. 121-123 BGG oder in Art. 66 VwVG enthalten sind. Vielmehr kann ein Kanton die Richtigstellung verlangen, sobald er entdeckt, dass die bisherige Regelung des Falls, auf die sich die Kantone ausdrücklich oder stillschweigend geeinigt hatten, auf einem Sachverhalt beruhte, den sie irrtümlich als richtig betrachteten. Die gesetzlich vorgesehene Möglichkeit der Richtigstellung hebt die allgemeinen Grundsätze des Verwaltungsrechts, insbesondere die sich aus der formellen Rechtskraft von Verfügungen ergebenden Folgen, jedoch nicht auf. Aus Art. 28 ZUG lässt sich daher nicht ein vorbehaltloser Anspruch auf Korrektur sachlich nicht voll befriedigender Unterhaltsregelungen ableiten, mit dem sich die Folgen einer versäumten Rechtsmittelfrist jederzeit rückgängig machen lassen. Vielmehr folgt aus dem in Art. 28 ZUG verwendeten Ausdruck "offensichtlich", dass qualifizierte Gründe für eine Richtigstellung sprechen müssen und es nicht ausreicht, wenn sich eine andere Lösung ebenfalls mit sachlichen Erwägungen vertreten lässt (BGE vom 10. Juli 2007 [2A.714/2006], Erw. 2.1 mit Hinweisen). Nach Art. 28 Abs. 3 ZUG besteht ein Anspruch auf Richtigstellung

nur für Unterstützungsleistungen, die in den letzten fünf Jahren vor dem Begehren ausgerichtet worden sind.

2.2.

X. reiste am 4. Juni 1980 zusammen mit seinen Eltern in die Schweiz ein. Er wurde von den Bundesbehörden zuerst dem Kanton Bern zugewiesen. Seit seiner Einreise in die Schweiz war er in R. BE angemeldet. X. ist anerkannter Flüchtling. Am 17. Juni 1988 wurde ihm die Niederlassungsbewilligung erteilt. Bereits im Jahre 1981 trat X. wegen seiner schweren Behinderung (Epilepsie) in die Klinik Bethesda in Tschugg BE ein. Die Eltern von X. wurden ebenfalls als Flüchtlinge anerkannt und erhielten die Niederlassungsbewilligung. Am 1. Januar 1991 zogen sie von R. BE nach Y. AG. Am 25. Mai 1992 wurde X. von der Klinik Bethesda in das Heim Z. in Q. AG verlegt. Seine Eltern zogen am 1. Juni 2000 von Y. nach A. BL. Am 7. August 2000 errichtete die Vormundschaftsbehörde Y. AG für X. eine Vormundschaft.

2.3.

Die revidierte Fassung des ZUG (Fassung vom 14. Dezember 1990) ist am 1. Juli 1992 in Kraft getreten. Der vorliegende Sachverhalt geht zurück bis in das Jahr 1980. Das neue Recht ist jedoch auf alle Unterstützungsfälle anwendbar, unabhängig davon, ob sie neu aufgenommen, wieder aufgenommen oder weitergeführt werden (Thomet, a.a.O., Rz. 320).

Gemäss Art. 7 Abs. 3 lit. c ZUG hat das unmündige Kind, wenn es dauernd nicht bei seinen Eltern wohnt, einen eigenen Unterstützungswohnsitz am letzten Unterstützungswohnsitz nach den Absätzen 1 und 2. Der Unterstützungswohnsitz befindet sich somit am letzten Unterstützungswohnsitz, den das unmündige Kind gemeinsam mit seinen Eltern bzw. mit einem Elternteil geteilt hat. Sobald ein solches Kind das Mündigkeitsalter erreicht hat, richtet sich der Unterstützungswohnsitz nach den Art. 4-10 ZUG. Grundsätzlich bleibt jedoch der bisherige Unterstützungswohnsitz nach Art. 7 Abs. 3 lit. c ZUG über das Mündigkeitsalter hinaus weiterhin bestehen, solange der Aufenthalt in einer stationären Einrichtung andauert. Dies gilt auch dann, wenn zwischenzeitlich ein nahtloser Wechsel in eine andere stationäre Einrichtung erfolgt, da der Eintritt in eine

stationäre Einrichtung einen bestehenden Unterstützungswohnsitz nicht begründet bzw. beendet (Art. 5 und Art. 9 Abs. 3 ZUG). Das Bundesgericht hat dazu indessen festgehalten, dass die Unterbringung in einem Heim nicht dazu führe, dass der Unterstützungswohnsitz praktisch nicht mehr ändern könne. Wenn davon auszugehen sei, dass die unterstützungsbedürftige Person ihre Beziehungen zum bisherigen Kanton abbreche und in subjektiver sowie objektiver Hinsicht ein neues Verhältnis zu einem anderen Kanton begründet habe, könne der Unterstützungswohnsitz trotz ununterbrochenen Aufenthalts in einem Heim wechseln. Dies könne etwa der Fall sein, wenn die wichtigsten Bezugspersonen in einen neuen Kanton umzögen und die unterstützungsbedürftige Person ihnen durch eine Heimverlegung folge, sofern dies nicht hauptsächlich durch medizinische, sondern durch andere wie insbesondere familiäre Gegebenheiten begründet sei (BGE vom 10. Juli 2007 [2A.714/2006], Erw. 3.3).

Diese Grundsätze für die Bestimmung des Unterstützungswohnsitzes kommen gemäss Art. 20 ZUG auch bei Ausländern mit Wohnsitz in der Schweiz zur Anwendung und sind damit auch im vorliegenden Fall anwendbar (siehe vorne Erw. 1.5).

2.4.

2.4.1.

Es ist unbestritten, dass X. einen Unterstützungswohnsitz im Kanton Bern begründet hat, indem er nach seiner Einreise in die Schweiz vorerst zusammen mit seinen Eltern in R. BE wohnte. Dieser (unselbständige; siehe dazu Thomet, a.a.O., Rz. 117) Unterstützungswohnsitz blieb nach seiner Platzierung in der Klinik Bethesda in Tschugg BE bestehen und wurde zu seinem selbstständigen Wohnsitz gemäss Art. 7 Abs. 3 ZUG (Thomet, a.a.O., Rz. 120 und 127).

2.4.2.

Der Kantonale Sozialdienst weist darauf hin, dass am 25. Mai 1992 bei X. ein nahtloser Wechsel von der Klinik Bethesda in Tschugg BE in das Heim Z. in Q. AG erfolgt sei. Er macht zudem geltend, dass X. nicht aus familiären Gründen in den Aargau verlegt worden sei, sondern vielmehr aus finanziellen Gründen. Nachdem sich seine Eltern in Y. niedergelassen hätten, sei (der noch unmündige) X. ebenfalls zivilrechtlich im Kanton Aargau angemeldet, je-

doch noch im Kanton Bern hospitalisiert gewesen. Dies habe dazu geführt, dass der Kantonsärztliche Dienst des Kantons Aargau massive Kosten für die ausserkantonale Hospitalisation habe übernehmen müssen. Der Kantonale Sozialdienst belegt seine Darstellung mit dem Briefverkehr zwischen der Caritas Aargau und der Sozialkommission Y., der Psychiatrischen Klinik Königsfelden und der Klinik Bethesda in Tschugg BE sowie dem Kantonsärztlichen Dienst des Kantons Aargau und dem Kantonalen Sozialdienst des Kantons Aargau.

Die Beschwerdeführerin bestreitet, dass die Verlegung ausschliesslich aus finanziellen Gründen erfolgt sei, und macht geltend, dass es für die Pflege der Kontakte zwischen X. und dessen Angehörigen von Vorteil gewesen sei, wenn er in ein Heim in geringerer räumlicher Distanz vom Wohnort seiner Familienangehörigen habe eintreten können.

Ausweislich der Akten haben familiäre Gründe bei der Verlegung von X. keine Rolle gespielt. Dies wird zum einen dadurch bestätigt, dass seine Betreuung überwiegend von der Caritas wahrgenommen wurde, welche sich um die Verlegung nach Z. bemühte. Seine Eltern zogen am 1. Juni 2000 nach A. (BL) um, ohne dass sich der Aufenthalt von X. mit dem Ziel, die räumliche Distanz zu ihnen zu verringern, veränderte; sie waren auch überfordert. Aus dem erwähnten Briefverkehr geht zudem eindeutig hervor, dass der Hauptgrund für die Verlegung in ein Heim im Kanton Aargau die anfallenden Auslagen für die ausserkantonale Hospitalisierung waren. Der Anstoss für eine Verlegung ging denn auch vom Kantonsärztlichen Dienst aus. Für das Verwaltungsgericht ist deshalb erstellt, dass die Verlegung von X. von der Klinik Bethesda in Tschugg BE in das Heim Z. in Q. AG nicht zu einem Wechsel des Unterstützungswohnsitzes geführt hat. Somit liegt eine falsche Regelung der Unterstützungszuständigkeit vor.

2.4.3.

Der Kantonale Sozialdienst hat das Begehren um Richtigstellung am 27. Juli 2006 gestellt. Materielle Unterstützung wurde X. erstmals mit Wirkung ab 1. Februar 2001 gewährt und dem Bundesamt für Flüchtlingen (heute: Bundesamt für Migration) gemeldet.

Der Bund leistete daraufhin dem Kantonalen Sozialdienst eine Kostenvergütung für das 1.-3. Quartal 2001.

Per 1. Januar 2003 ist SPG in Kraft getreten (AGS 2002, S. 275). Gleichzeitig wurde das Sozialhilfegesetz vom 2. März 1982 (SHG) – abgesehen von hier nicht relevanten Ausnahmen – aufgehoben (§ 61 Abs. 1 lit. a SPG). Während nach SHG Sozialhilfearaufwendungen für Personen aus dem Ausland ausschliesslich vom Kanton zu tragen waren (Botschaft des Regierungsrats an den Grossen Rat vom 30. Juni 1999 betreffend SPG [99.226], S. 8 f.), ist nach SPG die Gemeinde zahlungspflichtig für die Kosten der materiellen Hilfe – auch der Ausländerinnen und Ausländer (Botschaft, S. 8 f.) –, wobei ihr der Kanton einen Beitrag leistet, dessen Höhe abhängig ist von der Anzahl der Fälle, bezogen auf die Bevölkerung der Gemeinde, sowie den pro Einwohnerin und Einwohner der Gemeinde entstandenen Nettoaufwendungen im Vergleich zum Kantonsmittel (§ 47 Abs. 1 SPG; § 49 Abs. 1 i.V.m. § 47 Abs. 3 lit. a und b SPG). Die Defizite im Fürsorgefall X. gingen damit zu Lasten der Gemeinde Y., wobei erst bei der Abrechnung Ende 2003 feststand, dass der Kanton diese Defizite nicht mehr trägt und sie somit bei der Gemeinde anfielen. Erst zu diesem Zeitpunkt bestand für die Sozialbehörden somit Anlass zu einer Abklärung der Fürsorgezuständigkeit.

Der Kantonale Sozialdienst legt glaubhaft dar, er sei zuerst davon ausgegangen, dass eine Fürsorgezuständigkeit des Bundes weiter bestehe. Er hat deshalb den Bund um Vergütung des monatlichen Fehlbetrags im Budget von X. gebeten. Nachdem feststand, dass der Bund wegen der mit der Revision des AsylG vom 26. Juni 1998 eingeführten Pauschalierung der Bundesbeiträge nicht mehr für das Restdefizit von X. aufkam, machte sich der Kantonale Sozialdienst umgehend daran, tatsächliche und rechtliche Abklärungen bezüglich des Unterstützungswohnsitzes vorzunehmen. Es kann deshalb dem Kantonalen Sozialdienst nicht vorgeworfen werden, er habe es versäumt, den Sachverhalt rechtzeitig und vertieft abzuklären. Jedenfalls erweist sich eine Verzögerung in der Richtigstellung angesichts der komplexen rechtlichen und tatsächlichen Situation entschuldigbar (vgl. BGE vom 10. Juli 2007 [2A.714/2006], Erw. 3.5).

40 Einstellung der materiellen Hilfe wegen Rechtsmissbrauchs.

- **Systematische Verletzung der Auflage / Weisung betreffend Stellensuche.**

Urteil des Verwaltungsgerichts, 4. Kammer, vom 12. Juni 2008 in Sachen W.H. gegen das Bezirksamt Bremgarten (WBE.2008.77).

Aus den Erwägungen

1.

Angefochten ist die am 13. November 2007 von der Sozialkommission X. beschlossene Einstellung der materiellen Hilfe per 30. November 2007. Zur Begründung führte die Sozialbehörde an, der Beschwerdeführer habe im HEKS Lernwerk die Arbeit grundlos verweigert, worauf ihm die Arbeitsstelle per 15. Oktober 2007 fristlos gekündigt worden sei. Zudem habe er für die Zeit ab 22. Oktober 2007 einen Einsatzvertrag mit der Firma A. unterzeichnet und sei nach zwei Tagen ohne stichhaltige Begründung nicht mehr zur Arbeit erschienen. Im Weiteren habe der Beschwerdeführer dem Sozialdienst teilweise unwahre Arbeitsbemühungen dokumentiert.

2.

Die Gewährung materieller Hilfe kann mit Auflagen und Weisungen verbunden werden, welche die richtige Verwendung sichern oder die Lage der Hilfe suchenden Person und ihrer Angehörigen verbessern, wie Bestimmungen über die zweckmässige Verwendung der materiellen Hilfe, die Aufnahme zumutbarer Arbeit oder andere Verhaltensregeln, die nach den Umständen angebracht erscheinen (§ 13 Abs. 1 SPG; § 14 lit. d-f SPV). Werden Auflagen oder Weisungen, die unter Androhung der Folgen der Missachtung erlassen wurden, nicht befolgt, kann die materielle Hilfe gekürzt werden (§ 13 Abs. 2 SPG). Bei der Kürzung der materiellen Hilfe ist die Existenzsicherung zu beachten (§ 15 Abs. 1 SPV), welche bei 65 % des Grundbedarfs I gemäss den SKOS-Richtlinien liegt (§ 15 Abs. 2 SPV). Verhält sich die unterstützte Person rechtsmissbräuchlich, kann eine Kürzung der materiellen Hilfe auch unter die Existenzsi-

cherung erfolgen oder die materielle Hilfe ganz eingestellt werden. Rechtsmissbrauch liegt unter anderem dann vor, wenn das Verhalten der unterstützten Person einzig darauf gerichtet ist, in den Genuss von materieller Hilfe zu gelangen (§ 15 Abs. 3 SPV). Auch die systematische Weigerung, Weisungen und Auflagen zu erfüllen, kann als rechtsmissbräuchliches Verhalten qualifiziert werden (VGE IV/25 vom 29. März 2007 [WBE.2006.319], S. 15; VGE IV/45 vom 22. Dezember 2005 [WBE.2005.215], S. 8).

3.

3.1.

Mit Beschluss vom 14. Dezember 2004 gewährte die Sozialkommission X. dem Beschwerdeführer Sozialhilfe und erteilte ihm die Auflage / Weisung, jeweils Ende Monat seine Arbeitsbemühungen schriftlich vorzulegen. Nachdem der Nachweis der Arbeitsbemühungen während der Monate zuvor sehr bescheiden gewesen war, erteilte die Sozialkommission X. dem Beschwerdeführer mit Beschluss vom 11. September 2007 die Auflage / Weisung, monatlich mindestens acht Stellenbemühungen bis am 5. des Folgemonats beim Sozialdienst und beim RAV abzugeben. Für den Fall der Widerhandlung drohte ihm die Sozialkommission die Kürzung des Grundbedarfs I um 15 % an. Im September 2007 reichte der Beschwerdeführer eine Liste mit sieben Arbeitsbemühungen ein, wobei er einige davon bereits Mitte August 2007 ausgewiesen hatte. Nachdem eine stichprobenweise Rückfrage der Sozialkommission bei zwei Firmen ergeben hatte, dass die schriftlichen Bewerbungen gar nie eingetroffen waren, gab der Beschwerdeführer zu, dass er an keine der Firmen Unterlagen geschickt hatte. Gestützt darauf kürzte die Sozialkommission X. dem Beschwerdeführer mit Beschluss vom 16. Oktober 2007 den Grundbedarf I ab 1. November 2007 für sechs Monate um 30 % und den Grundbedarf II vollständig. Gleichzeitig erteilte sie ihm erneut die Auflage / Weisung gemäss Beschluss vom 11. September 2007 und drohte ihm für den Fall des Verstosses die Einstellung der Sozialhilfe an. Am 13. November 2007 stellte die Sozialkommission X. die Sozialhilfe des Beschwerdeführers per 30. November 2007 ein.

Auch im verwaltungsgerichtlichen Beschwerdeverfahren sind die fehlenden Arbeitsbemühungen des Beschwerdeführers unbestritten.

3.2.

Aus den vorstehenden Erwägungen ergibt sich, dass die Sozialbehörde dem Beschwerdeführer mehrfach die Auflage / Weisung erteilt hat, monatlich mindestens acht Stellenbemühungen abzugeben, widrigenfalls die Sozialhilfe gekürzt bzw. eingestellt werde. Indem der Beschwerdeführer seit Mitte 2007 unbestrittenermassen entweder ungenügende oder gar keine Arbeitsbemühungen eingereicht bzw. eine Liste mit Firmen vorgelegt hat, bei welchen sich im Nachhinein herausgestellt hat, dass sich der Beschwerdeführer gar nicht beworben hatte, hat er mehrfach gegen die genannte Auflage / Weisung verstossen. Auch nachdem die Sozialbehörde am 13. November 2007 die Kürzung der Sozialhilfe verfügt hatte, änderte der Beschwerdeführer sein Verhalten nicht. Gestützt auf die Verfügung des Verwaltungsgerichts vom 31. März 2008 legte er eine Liste mit lediglich zwei Arbeitsbemühungen für den Oktober und fünf Bemühungen für den November 2007 ein. Arbeitsbemühungen ab Dezember 2007 fehlen. Auch damit vermag er die erwähnte Auflage / Weisung nicht zu erfüllen, zumal er auch kein aktuelles Arztzeugnis eingereicht hat, welches ihm eine Arbeitsunfähigkeit attestiert. Selbst wenn die Angaben des Beschwerdeführers zu seinem Rückenleiden zutreffen – ein entsprechendes Arztzeugnis hat er trotz Aufforderung nicht eingereicht –, vermag sein Leiden das Verhalten nicht zu rechtfertigen. Der Beschwerdeführer ist während mehrerer Tage seinem Arbeitsplatz bei M., der ihm vom HEKS Lernwerk vermittelt worden war, unentschuldigt ferngeblieben. Damit hat er sich den Massnahmen zu seiner Wiedereingliederung in die Arbeitswelt entzogen. Zur Begründung führte er an, er habe für Fr. 13.30 pro Stunde arbeiten müssen. Die besser entlohnte Arbeit bei der P. legte der Beschwerdeführer bereits nach zwei Tagen mit der Begründung nieder, die Arbeit sei ein wenig streng und er habe Rückenschmerzen. Der Beschwerdeführer hat indessen kein aktuelles Arztzeugnis vorgelegt, sondern sich in der Beschwerde an das Bezirksamt auf sein Alter berufen.

Aus den vorstehenden Erwägungen ergibt sich, dass die Sozialkommission X. und das Bezirksamt Bremgarten zu Recht den Schluss gezogen haben, dass das Verhalten des Beschwerdeführers einzig darauf gerichtet war, Sozialhilfe zu erhalten. Der Beschwerdeführer hat sich systematisch den Auflagen und Eingliederungsmassnahmen widersetzt bzw. entzogen und sich folglich rechtsmissbräuchlich verhalten. Die Einstellung der Sozialhilfe gestützt auf § 15 Abs. 3 SPV war damit zulässig, weshalb die Beschwerde abzuweisen ist.

3.3.

Abschliessend ist darauf hinzuweisen, dass die von der Sozialkommission beschlossene Einstellung der Sozialhilfe nicht unabänderlich ist. Liegen veränderte Verhältnisse vor, indem der Beschwerdeführer beispielsweise die verfügte Auflage / Weisung erfüllt, so steht es ihm offen, bei der Sozialbehörde erneut ein Gesuch um materielle Hilfe zu stellen.

41 Therapieaufenthalte suchtmittelabhängiger Personen (§ 14 SPG).

- **Voraussetzungen der Kostenübernahme.**
- **Nur bei einer Gleichwertigkeit zweier Therapieangebote liegt es im Ermessen der Sozialbehörde, das günstigere bzw. das von der Krankenkasse anerkannte zu wählen.**

Urteil des Verwaltungsgerichts, 4. Kammer, vom 20. Juni 2008 in Sachen Einwohnergemeinde X. gegen das Bezirksamt Aarau (WBE.2008.79).

Aus den Erwägungen

1.

Sozialhilfe bezweckt die Existenzsicherung, fördert die wirtschaftliche und persönliche Selbstständigkeit und unterstützt die gesellschaftliche Integration (§ 4 Abs. 1 SPG). Die Existenzsicherung gewährleistet Ernährung, Kleidung, Obdach und medizinische Grundversorgung (§ 3 Abs. 1 SPV). Materielle Hilfe wird auf Gesuch hin in der Regel durch Geldleistungen oder durch Erteilung von

Kostengutsprachen gewährt (§ 9 Abs. 1 SPG). Kostengutsprachen sind, sofern die Voraussetzungen zur Gewährung materieller Hilfe gegeben sind, insbesondere an medizinische Leistungserbringer im ambulanten und im stationären Bereich sowie an Heime zu erteilen (§ 9 Abs. 1 SPV). Ohne Kostengutsprache oder bei verspäteter Gesuchstellung besteht keine Pflicht zur Kostenübernahme bereits erbrachter Leistungen (§ 9 Abs. 4 SPV). Für die Bemessung der materiellen Hilfe sind gemäss § 10 Abs. 1 SPG i.V.m. § 10 Abs. 1 SPV grundsätzlich die Richtlinien für die Ausgestaltung und Bemessung der Sozialhilfe, herausgegeben von der Schweizerischen Konferenz für Sozialhilfe (SKOS-Richtlinien), 3. Auflage, Dezember 2000, verbindlich.

Die Kosten des Aufenthalts suchtmittelabhängiger Personen in einer Therapieeinrichtung werden als materielle Hilfe übernommen, wenn die Therapieeinrichtung im Sinne von § 15 SPG anerkannt ist. Besondere Bestimmungen bleiben vorbehalten (§ 14 Abs. 1 SPG). Die Gemeinde entscheidet beförderlich über die Erteilung der Kostengutsprache (§ 14 Abs. 3 SPG). Sie stützt sich bei ihrem Entscheid auf die Abklärungen und Empfehlungen medizinischer und anderer Fachstellen, die dabei die Bedürfnisse der Hilfe suchenden Personen berücksichtigen (§ 14 Abs. 4 SPG).

Die Pflicht zur Erteilung einer Kostengutsprache für Aufenthalte in Heimen oder Kliniken als Form materieller Hilfe ist nach der Rechtsprechung an verschiedene Voraussetzungen geknüpft. Neben der materiellen Notlage, die es dem Gesuchsteller unmöglich macht, für die Kosten einer therapeutischen Behandlung – nach Abzug allfälliger Versicherungsleistungen – selber aufzukommen, muss seine Behandlungsbedürftigkeit, aber auch seine Behandlungswilligkeit feststehen. Im Weiteren muss die dafür vorgesehene Institution für die Behandlung geeignet sein. Soweit erforderlich, ist zur Beantwortung dieser Fragen auf die Beurteilung von Fachleuten abzustellen (AGVE 1993, S. 613 mit Hinweis; VGE II/28 vom 9. April 2003 [BE.2003.00038], S. 16 f.).

2.

Der Beschwerdegegner ist drogensüchtig. Er hat am 7. August 2007 einen ersten Anlauf für einen Entzug mit anschliessender

Suchttherapie genommen. Dieser Versuch wurde am 24. September 2007 abgebrochen. Am 16. Oktober 2007 meldete sich der Beschwerdegegner erneut für eine Entzugsbehandlung in der Klinik für Suchtmedizin an. Diese erachtete den Beschwerdegegner nach erfolgter Entzugsbehandlung als rückfallgefährdet. Die Behandlungsbedürftigkeit des suchtmittelabhängigen Beschwerdegegners ist deshalb für das Verwaltungsgericht erstellt. Gleichermassen verhält es sich mit dessen Behandlungswilligkeit. Beim ersten Therapieversuch ist der Beschwerdegegner zwar gescheitert. Daraus kann jedoch nicht ohne weiteres auf eine fehlende Behandlungswilligkeit geschlossen werden. Therapieabbrüche und wiederholte Anläufe für eine Suchttherapie kommen bei Drogenabhängigen relativ häufig vor. Dass der Beschwerdegegner behandlungsbedürftig und behandlungswillig ist, wird denn auch von der Einwohnergemeinde X. nicht bestritten. Deshalb hat sie in ihrem ablehnenden Beschluss vom 26. November 2007 ausdrücklich festgehalten, dass sie die Kostengutsprache gegenüber der Klinik im Hasel aufrechterhalten werde.

3.

Strittig ist, ob der zweite Therapieversuch des Beschwerdegegners wiederum in der Klinik im Hasel oder im Reha-Zentrum Niederlenz (mit einem vorgängigen Übergangsprogramm in der Klinik für Suchtmedizin) durchzuführen ist.

3.1.

3.1.1.

Die Klinik für Suchtmedizin empfiehlt für den zweiten Versuch einer suchtspezifischen stationären Langzeittherapie nicht mehr die Klinik im Hasel, sondern das Reha-Zentrum Niederlenz. Dieses biete einen überschaubareren, familiären Rahmen und sei aufgrund der spezifischen Bedürfnisstruktur und der persönlichen Biografie des Beschwerdegegners bestens geeignet. Für die Zeit bis zum Übertritt in das Reha-Zentrum Niederlenz wird das sozialtherapeutische Übergangsprogramm in der Klinik für Suchtmedizin empfohlen.

Die Klinik im Hasel erachtet den Beschwerdegegner für eine erneute Aufnahme als nicht geeignet. Die Klinik im Hasel setze ein hohes Mass an Eigenverantwortung und Selbstdisziplin als Basis für eine erfolgreiche Therapie voraus. Diese Voraussetzungen habe der

Beschwerdegegner nicht mitbringen können. Geeigneter wären deshalb eher familiär ausgerichtete Therapiesettings mit deutlich strukturierenden und kontrollierenden Elementen, wie sie z.B. das Reha-Zentrum Niederlenz darstelle.

3.1.2. (...)

3.1.3.

Im verwaltungs- sowie im verwaltungsgerichtlichen Verfahren gilt der Grundsatz der freien Beweiswürdigung. Die Behörden prüfen den Sachverhalt von Amtes wegen und stellen hiezu die notwendigen Ermittlungen an. Sie würdigen das Ergebnis der Untersuchung frei und wenden das Recht von Amtes wegen an (§ 20 Abs. 1 VRPG). Auf Gutachten ist abzustellen, wenn sie schlüssig erscheinen. Ein Grund zum Abweichen kann vorliegen, wenn die Gerichtsexpertise widersprüchlich ist oder wenn ein vom Gericht eingeholtes Obergutachten in überzeugender Weise zu anderen Schlussfolgerungen gelangt. Abweichende Beurteilung kann ferner gerechtfertigt sein, wenn gegensätzliche Meinungsäußerungen anderer Fachexperten dem Richter als triftig genug erscheinen, die Schlüssigkeit des Gerichtsgutachtens in Frage zu stellen, sei es, dass er die Überprüfung durch einen Oberexperten für angezeigt hält, sei es, dass er ohne Oberexpertise vom Ergebnis des Gerichtsgutachtens abweichende Schlussfolgerungen zieht (BGE 125 V 351 Erw. 3a/aa mit Hinweisen).

3.1.4.

Die Empfehlungen der Klinik für Suchtmedizin sowie der Klinik Hasel liefern nachvollziehbare Begründungen, weshalb ein zweiter Anlauf für eine stationäre Drogentherapie in einer anderen Institution als der Klinik im Hasel erfolgen sollte. Diese Begründungen erscheinen dem Verwaltungsgericht als schlüssig. Allein aus dem Umstand, dass die Klinik für Suchtmedizin und das Reha-Zentrum der gleichen Stiftung angehören, kann noch nicht der Schluss gezogen werden, die betreffenden Fachpersonen seien nicht in der Lage, unabhängige Empfehlungen abzugeben. Dies zeigt sich auch daraus, dass die Klinik für Suchtmedizin den Beschwerdegegner anlässlich des ersten Entzugs auf die verschiedenen Therapieangebote hingewiesen und anschliessend eine Empfehlung für die Klinik im Hasel

abgegeben hat. Der Vorhalt, die Klinik im Hasel hätte bei einer allfälligen Unterbelegung eine andere Empfehlung abgegeben, stellt eine reine Vermutung dar. Die Einwohnergemeinde X. hält denn auch ausdrücklich fest, dass sie an der Fachkompetenz der Personen, welche diese Empfehlungen verfasst haben, nicht zweifle, und beantragt kein Obergutachten.

Unter Berücksichtigung der fachrichterlichen Mitwirkung bei der Beurteilung der Empfehlungen der betreffenden Fachstellen ist der relevante Sachverhalt für die umstrittene Frage, bei welcher Institution Kostengutsprache für eine stationäre suchtspezifische Langzeittherapie Kostengutsprache zu erteilen sei, ausreichend erstellt. Auf die Vornahme weiterer Abklärungen oder das Einholen weiterer Gutachten kann deshalb verzichtet werden.

3.2.

Die Einwohnergemeinde X. stellt die Eignung des Reha-Zentrums Niederlenz (sowie des Übergangsprogramms in der Klinik für Suchtmedizin) nicht grundsätzlich in Frage. Sie macht jedoch geltend, dass auch die Klinik im Hasel geeignet und zumutbar sei. Dies müsse aus dem Umstand geschlossen werden, dass es sich bei der Suchtklinik Hasel um eine von den Krankenkassen anerkannte Therapieinstitution handle. Der Unterschied zwischen den beiden Therapieeinrichtungen liege vor allem in den für die Einwohnergemeinde X. entstehenden Kosten. Bei im Wesentlichen medizinischer/therapeutischer Gleichwertigkeit der Angebote müsse auch der – vorliegend sogar enorme – Preisunterschied für das zahlungspflichtige Gemeinwesen eine Rolle spielen dürfen.

Die Gewährleistung der Existenzsicherung umfasse nur die medizinische Grundversorgung gemäss § 3 Abs. 1 SPV. Medizinische Grundversorgung heisse nicht Finanzierung nach den Wünschen und Vorstellungen des sozialhilfeberechtigten Anspruchstellers mit allen zu Verfügung stehenden Mitteln und Institutionen, ungeachtet der Kosten für die Allgemeinheit.

Gemäss § 5 Abs. 1 SPG bestehe ein Anspruch auf Sozialhilfe nur, wenn u.a. andere Hilfeleistungen nicht erhältlich seien oder nicht ausreichen. Mit seiner Weigerung, in die Klinik im Hasel eintreten zu wollen, verzichte der Beschwerdegegner freiwillig auf "an-

dere Hilfeleistungen", so insbesondere auf Beiträge der Krankenversicherung. Gemäss Bericht der Klinik im Hasel vom 16. Dezember 2007 sei er zum damaligen Zeitpunkt von der Situation überfordert gewesen. Dies bedeute nicht, dass er es heute immer noch sei. Er befinde sich bereits zum zweiten Mal in der Klinik für Suchtmedizin. Die Einwohnergemeinde X. fragt sich, wieso dies nicht auch in der Klinik im Hasel möglich sein soll.

Die Einwohnergemeinde X. kritisiert weiter das Schreiben des Departementsvorstehers des DGS vom 12. Februar 2007. Sie könne mit der dort geäusserten Meinung, dass aus gesundheitspolitischen, ethischen und volkswirtschaftlichen Überlegungen in Bezug auf die gesamthaft eingesetzten Mittel von Gemeinden, Kanton und Krankenkassen nur die am besten geeigneten und die erfolversprechendsten Behandlungen süchtigen Menschen ermöglicht werden sollten, nichts anfangen. Die Einwohnergemeinde X. stellt die rechtliche Verbindlichkeit dieses Schreiben in Frage.

3.3.

3.3.1.

Die Existenzsicherung umfasst u.a. die medizinische Grundversorgung (§ 4 Abs. 1 SPG i.V.m. § 3 Abs. 1 SPV). Zur genaueren Festlegung, was unter die medizinische Grundversorgung fällt, haben die SKOS-Richtlinien (siehe vorne Erw. 1) z.B. in Bezug auf Kostengutsprachen für Zahnbehandlungen die Grundsätze von Art. 32 Abs. 1 KVG sinngemäss übernommen (SKOS-Richtlinien, Kapitel H-2). Nach dieser Bestimmung müssen die von der Krankenversicherung übernommenen Leistungen wirksam, zweckmässig und wirtschaftlich sein. Das Sozialhilfe- und Präventionsgesetz regelt jedoch die Voraussetzung der Kostenübernahme für Therapieaufenthalte suchtmittelabhängiger Personen in einem gesonderten Abschnitt (vgl. § 14 SPG; Abschnitt: "IV. Sonderbestimmungen", sowie § 16 SPV). Die oben erwähnten Grundsätze des Krankenversicherungsgesetzes finden in den sozialhilferechtlichen Bestimmungen zu Kostengutsprachen für Therapieeinrichtungen keine Erwähnung. Die dem Kostengutsprachege such beizulegenden Stellungnahmen von Fachstellen haben sich gemäss § 16 Abs. 2 SPV zur Therapiebedürftigkeit und Therapiebereitschaft der gesuchstellenden Person zu äus-

sern sowie sich mit der Frage der geeigneten Therapieeinrichtung auseinanderzusetzen. Die genannte Bestimmung sieht aber ausdrücklich vor, dass die Fachstellen auch zu weiteren Faktoren Stellung nehmen ("nebst anderem"). Unter diesem Gesichtspunkt kann auch die Frage der Wirksamkeit, Zweckmässigkeit und Wirtschaftlichkeit berücksichtigt werden.

Die Stellungnahmen der Fachstellen bedeuten nicht, dass der Sozialbehörde beim Entscheid über das Gesuch keinerlei Ermessen zukommt. Fachspezifische Beurteilungen, wie hier die Frage der Notwendigkeit einer suchtspezifischen Langzeittherapie für eine Sozialhilfeempfängerin, können zu einem Ergebnis führen, wonach eine solche Behandlung zwar als nicht zwingend geboten, jedoch als wünschbar erscheint. In diesem Sinne verbleibt der entscheidungsbefugten Sozialbehörde durchaus ein Ermessensspielraum. Bei der diesbezüglichen Ermessensausübung darf und muss sie auch andere sachliche Gesichtspunkte (nicht fachspezifischer Art) berücksichtigen, namentlich auch finanzielle Gesichtspunkte (Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich vom 19. Mai 2004 [VB.2004.00088], Erw. 3.5). Stehen sich zwei gleichwertige Therapieangebote gegenüber, liegt es ebenfalls im Ermessen der Sozialbehörde, das günstigere zu wählen (vgl. SOG 1998, S. 118). Dies ergibt sich bereits aus § 4 SPG, wonach die Sozialhilfe (lediglich) die Existenzsicherung bezweckt. Es ergibt sich aber auch aus der Pflicht der Gemeindebehörden, mit den ihnen zu Verfügung stehenden finanziellen Mitteln sinnvoll und haushälterisch umzugehen (vgl. dazu § 2 Abs. 1 des für die kantonalen Behörden und die kantonale Verwaltung geltenden Gesetzes über die wirkungsorientierte Steuerung von Aufgaben und Finanzen vom 11. Januar 2005 [GAF; SAR 612.100], wonach die zur Erfüllung der Aufgaben erbrachten Leistungen [Geld-, Sach- oder Dienstleistungen] auf ihre Wirksamkeit und Wirtschaftlichkeit zu überprüfen sind).

3.3.2.

Das Schreiben des Departementvorstehers des DGS vom 12. Februar 2007, welches das Resultat einer Diskussion im Fachausschuss DGS festhält, steht mit dieser Rechtsprechung im Einklang. Es hält fest, dass für die Auswahl der Therapie nicht aus-

schliesslich der finanzielle Aspekt im Vordergrund stehen könne. Bei der Beurteilung seien fachliche Argumente im Sinne der Gesetzgebung (§§ 14 und 15 SPG, insbesondere § 14, sowie §§ 16 und 17 SPV, insbesondere § 16) mit zu berücksichtigen. Der Erfolg könne sich nur einstellen, wenn der Patient die für ihn geeignetste Behandlung erhalte.

Die Empfehlungen eines Fachausschusses weisen weder Gesetzeskraft auf noch binden sie grundsätzlich den Richter oder die Verwaltungsbehörden. Dennoch sind solche Empfehlungen oder Richtlinien nach konstanter Rechtsprechung des Bundesgerichts in der Regel Ausdruck des Wissens und der Erfahrung bewährter Fachstellen und in diesem Sinn beachtlich (BGE vom 10. September 2007 [1C_97/2007], Erw. 2.4 mit Hinweisen). Die Vorinstanz hat demnach zu Recht auf das Schreiben des Departementsvorstehers des DGS vom 12. Februar 2007 abgestellt.

3.4.

Der Kanton Aargau verfügt über mehrere Therapieeinrichtungen mit verschiedenartigen Angeboten für suchtmittelabhängige Personen. Das Reha-Zentrum, die Klinik für Suchtmedizin und die Klinik im Hasel sind anerkannte Therapieeinrichtungen im Sinne von § 15 Abs. 1 SPG (Beschluss des Regierungsrats vom 28. Februar 2007 [Art. Nr. 2007-0002343]). Eine dieser Institutionen – die Klinik im Hasel – ist von der Krankenkasse anerkannt. Dies führt dazu, dass sich im vorliegenden Fall zwei Therapieeinrichtungen zur Auswahl gegenüberstehen, die sich nicht nur durch ihr Konzept unterscheiden, sondern auch durch eine unterschiedliche finanzielle Belastung, welche sie für das kostentragende Gemeinwesen darstellen.

Für das Verwaltungsgericht ist aufgrund der Stellungnahmen der Fachstellen (siehe vorne Erw. 3.1.1) erstellt, dass das Reha-Zentrum Niederlenz (kombiniert mit dem sozialtherapeutischen Übergangsprogramm in der Klinik für Suchtmedizin) für den Beschwerdegegner die geeignete Therapieeinrichtung darstellt. Aus den Stellungnahme der Fachstellen geht deutlich hervor, dass die Klinik im Hasel den Beschwerdegegner überfordert, indem sie ein hohes Mass an Eigenverantwortung und Selbstdisziplin voraussetzt. Der Beschwerdegegner benötigt einen überschaubaren, familiären Rahmen

sowie mehr strukturierende und kontrollierende Elemente, als ihm dies die Klinik im Hasel bieten kann. Die Fachstellen können sich bei diesen Empfehlungen auf die gemachten Erfahrungen während des ersten gescheiterten Therapieversuchs des Beschwerdegegners in der Klinik im Hasel abstützen. Es wäre somit – auch unter finanziellen Gesichtspunkten – wenig sinnvoll, trotz der negativen Erfahrungen, welche im vorliegenden Fall mit dem Therapiekonzept in der Klinik im Hasel gemacht wurden, versuchsweise nochmals einen zweiten, gleichartigen Versuch zu starten, wie dies die Einwohnergemeinde X. fordert. Vielmehr leuchtet es ein, dass für den Beschwerdegegner ein andersartiges Therapiekonzept für den zweiten Versuch fachspezifisch indiziert ist.

Ist – wie vorliegend – nur eine der beiden Institutionen aufgrund ihres Konzepts für eine Therapie des Beschwerdegegners geeignet, so stehen einander nicht zwei gleichwertig geeignete Therapieeinrichtungen gegenüber. Damit verbleibt auch kein Ermessensspielraum für die kostentragende Gemeinde, die kostengünstigere Variante auszuwählen (siehe vorne Erw. 3.3).

Unbehelflich ist auch die Berufung auf das in § 5 Abs. 1 SPG ausgedrückte Subsidiaritätsprinzip (siehe vorne Erw. 3.2), wonach Anspruch auf Sozialhilfe besteht, sofern die eigenen Mittel nicht genügen und andere Hilfeleistungen nicht rechtzeitig erhältlich sind oder nicht ausreichen. Dem Beschwerdegegner kann nicht entgegengehalten werden, er müsse die für ihn nicht geeignete Therapie als "andere Hilfeleistung" in Anspruch nehmen.

Die Einwohnergemeinde X. hat deshalb die Kostengutsprache für den zweiten Therapieversuch im Reha-Zentrum Niederlenz (kombiniert mit dem sozialtherapeutischen Übergangsprogramm in der Klinik für Suchtmedizin) zu Unrecht abgelehnt. Die Beschwerde ist demnach vollumfänglich abzuweisen.

42 Weisung betreffend Wohnungssuche nach einem Umzug in eine andere Gemeinde.

- **Bei einem Umzug in eine andere Gemeinde steht es der neuen Wohn-gemeinde frei, dem Sozialhilfeempfänger erneut die Weisung zu er-teilen, eine günstigere Wohnung zu suchen. Die Kürzung bis zur**

Höhe des richtlinienkonformen Mietzinses darf jedoch nicht bereits mit der Auflage / Weisung erfolgen (Erw. 3.2.2).

- **Dem Sozialhilfebezüger muss eine genügend grosse Zeitspanne eingeräumt werden, um den Wohnungswechsel vollziehen zu können (Erw. 3.2.3).**

Urteil des Verwaltungsgerichts, 4. Kammer, vom 3. November 2008 in Sachen L.B. gegen das Bezirksamt Baden (WBE.2008.69).

Aus den Erwägungen

3.

3.1. (...)

3.2.

3.2.1.

Als die Beschwerdeführerin in Z. wohnhaft war, wies sie der Gemeinderat Z. mit Beschluss vom 6. November 2006 an, bis 31. März 2007 eine günstigere Wohnung zu suchen. Den Akten kann nicht entnommen werden, welchen Höchstmietzins der Gemeinderat Z. zu übernehmen bereit war. Nachdem die Beschwerdeführerin per 1. Mai 2007 eine neue Wohnung an der Y-strasse 1a in X. gefunden hatte, war die Gemeinde Z. als bisheriges Sozialhilfeorgan gestützt auf Kapitel C.8 der Richtlinien für die Ausgestaltung und Bemessung der Sozialhilfe, hrsg. von der Schweizerischen Konferenz für Sozialhilfe, vom Dezember 2000 (SKOS-Richtlinien), verpflichtet, u.a. die Kosten für den ersten Monatsmietzins am neuen Ort, d.h. für den Monat Mai 2007, zu decken. Der Gemeinderat Z. hat dabei den effektiven Mietzins von Fr. 1'270.-- berücksichtigt, was mangels gegenteiliger Hinweise darauf schliessen lässt, dass der genannte Betrag den von der Gemeinde Z. vorgegebenen Höchstmietzins nicht überstieg, die Beschwerdeführerin der ihr am 6. November 2006 auferlegten Weisung mit dem Bezug einer Wohnung im Betrag von Fr. 1'270.-- somit nachkam. Nicht der Beschwerdeführerin angelastet werden kann der Umstand, dass die Gemeinde Z. offenbar nicht ab-

geklärt hatte, ob der künftige Mietzins den Mietzinsrichtlinien der Gemeinde X. entspricht (vgl. SKOS-Richtlinien, Kapitel B.3).

3.2.2.

Liegt der Mietzins der neuen Wohnung der Beschwerdeführerin über dem in X. anrechenbaren Höchstmietzins, so steht es der Sozialbehörde X. frei, der Beschwerdeführerin nach ihrem Umzug in die Gemeinde X. erneut die Auflage / Weisung zu erteilen, sie habe eine günstigere Wohnung gemäss den Mietzinsrichtlinien der Gemeinde X. zu suchen, widrigenfalls der anrechenbare Mietzins gekürzt werde. Mit (rechtskräftigem) Beschluss vom 25. Juni 2007 hat der Gemeinderat X. der Beschwerdeführerin denn auch die Auflage / Weisung erteilt, sich gemäss den kommunalen Mietzinsrichtlinien intensiv um eine 3- bis 3 ½-Zimmerwohnung für maximal Fr. 1'100.-- inkl. Nebenkosten zu bemühen und sich über die Wohnungssuche monatlich bei der Jugend- und Familienberatungsstelle Baden schriftlich auszuweisen, widrigenfalls die Sozialhilfe gekürzt werden könne. Gestützt darauf hat das Bezirksamt mit Entscheid vom 17. Dezember 2007 den Vollzug der Kürzung des Mietzinses auf Fr. 1'100.-- verfügt. Hingegen war es unzulässig, mit der Auflage / Weisung direkt die Kürzung zu verbinden resp. anstelle einer Kürzung bis zur Höhe des richtlinienkonformen Mietzins die Übernahme jeglicher Wohnungskosten zu verweigern.

3.2.3.

Dem Sozialhilfebezüger muss im Zusammenhang mit einer Auflage / Weisung betreffend Wohnungssuche eine genügend grosse Zeitspanne eingeräumt werden, um den Wohnungswechsel vollziehen zu können. Eine solche Frist hat weder der Gemeinderat X. im Beschluss vom 25. Juni 2007 noch das Bezirksamt Baden im Entscheid vom 17. Dezember 2007 angesetzt. Der Beschwerdeführerin war damit aufgrund des besagten Beschlusses nicht klar, innert welcher Frist sie eine Wohnung suchen und insbesondere dass sie durch eine Änderung ihres Verhaltens den Vollzug der angedrohten Kürzung verhindern kann. Vor diesem Hintergrund erweist sich der vom Bezirksamt vorgenommene Vollzug der Kürzung der Mietkosten auf Fr. 1'100.-- als unrechtmässig, weshalb Ziff. 2 des Entscheids des

Bezirksamts Baden vom 17. Dezember 2007 in teilweiser Gutheisung der Beschwerde aufzuheben ist.

43 Anrechnung von Unterhaltsbeiträgen als eigene Mittel.

- § 11 Abs. 1 SPV erfasst auch die Ansprüche auf nahehelichen Unterhalt (Erw. 2.2).
- Können vom Unterhaltsverpflichteten mangels Leistungsfähigkeit keine nahehelichen Unterhaltsbeiträge erhältlich gemacht werden oder sind diese nicht durchsetzbar, können auch der unterhaltsberechtigten, Hilfe suchenden Person keine fiktiven Unterhaltsbeiträge als eigene Mittel aufgerechnet werden (Erw. 3).
- Eine Kürzung wegen Nichtbefolgung von Weisungen (§ 13 Abs. 2 SPG) kann nur in Frage kommen, wenn den Betroffenen ein Verschulden trifft und er durch eine Änderung seines Verhaltens den mit der Weisung verfolgten Zweck auch erreichen kann (Erw. 4.4).

Urteil des Verwaltungsgerichts, 4. Kammer, vom 3. Dezember 2008 in Sachen F.L. gegen das Bezirksamt Rheinfelden (WBE.2008.91).

Aus den Erwägungen

- 2.
- 2.1. (...)
- 2.2.

Zu den eigenen Mitteln gehören auch die Unterhaltsansprüche der hilfsbedürftigen Person (§ 11 Abs. 1 SPV). Verzichtet eine unterstützte Person auf eheliche Unterhaltsbeiträge, obwohl der Ehegatte offensichtlich solche leisten könnte, so muss sie sich einen angemessenen Betrag anrechnen lassen, wobei im Umfang dieses Betrags im Sinne des Subsidiaritätsprinzips keine Bedürftigkeit besteht. Unterhaltsbeiträge dürfen andererseits nur angerechnet werden, wenn die "verzichtende" Person vorher über die Konsequenzen klar informiert wurde. Eine Anrechnung darf nicht erfolgen, wenn fest steht, dass ein Ehegattenunterhalt nicht durchsetzbar oder erhältlich ist (AGVE 2005, S. 298 mit Hinweis; Richtlinien für die Ausgestaltung

und Bemessung der Sozialhilfe, hrsg. von der Schweizerischen Konferenz für Sozialhilfe, vom Dezember 2000 [SKOS-Richtlinien], Kapitel F.3.2). § 11 Abs. 1 SPV erfasst auch die Ansprüche auf einen *nachehelichen* Unterhalt.

3.

3.1.

Die Angaben der Beschwerdeführerin hinsichtlich der finanziellen Verhältnisse ihres ehemaligen Ehemannes sind im Verfahren vor dem Bezirksamt unbestritten geblieben und werden auch im vorliegenden Verfahren nicht bestritten. In der Verfügung des Gerichtspräsidiums Z. vom 30. Januar 2007 in Sachen unentgeltliche Rechtspflege im ordentlichen Verfahren betreffend Ehescheidung der Beschwerdeführerin wird in Ziffer 3 festgehalten, die Beschwerdeführerin erhalte aufgrund mangelnder Leistungsfähigkeit des Ehemannes keinen persönlichen Unterhaltsbeitrag. Die unbestrittene Nichtbezahlung und das Alimenterinkasso- und Bevorschussungsverfahren für Kinderalimente sind weitere Anhaltspunkte dafür, dass die Beschwerdeführerin von ihrem früheren Ehegatten keinen nachehelichen Unterhalt erhältlich machen konnte. Damit ist ausreichend nachgewiesen, dass die Beschwerdeführerin mangels Leistungsfähigkeit des Unterhaltsverpflichteten keinen nachehelichen Unterhalt erhältlich machen konnte.

Im Übrigen unterliegt eine Vereinbarung über die Scheidungsfolgen, zu welchen auch der nacheheliche Unterhalt gehört, gemäss Art. 140 ZGB der gerichtlichen Genehmigung. Diese wird u.a. dann nicht gewährt, wenn ein gänzlicher Verzicht auf Unterhaltsbeiträge trotz Leistungsfähigkeit der anderen Partei dazu führt, dass die verzichtende Partei auf Sozialhilfe angewiesen ist (Urs Gloor, in: Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch I, Art. 1–456 ZGB, 2. Auflage, Basel / Genf / München 2002, Art. 140 N 12). Die Auffassung der Vorinstanz, ein Verzicht auf nachehelichen Unterhalt in einer Scheidungskonvention unterliege keiner richterlichen Überprüfung, geht daher fehl.

(...)

3.2.

Können vom Unterhaltsverpflichteten mangels Leistungsfähigkeit keine nachehelichen Unterhaltsbeiträge erhältlich gemacht werden oder sind diese nicht durchsetzbar, können auch der unterhaltsberechtigten, Hilfe suchenden Person keine fiktiven Unterstützungsbeiträge als eigene Mittel aufgerechnet werden. Weil der (ehemalige) Ehemann der Beschwerdeführerin keine nachehelichen Unterhaltsbeiträge leisten konnte, ist die Anrechnung von Fr. 100.-- pro Monat gestützt auf § 11 SPV unzulässig. Unter diesen Umständen muss nicht geprüft werden, ob die übrigen Voraussetzungen für nachehelichen Unterhalt gemäss Art. 125 ZGB bei der Beschwerdeführerin vorliegen.

4.

4.1.

Der Gemeinderat X. hat der Beschwerdeführerin mit Verfügung vom 7. November 2007 die Auflage bzw. Weisung erteilt, die ihr bei der *Trennung* zustehenden Unterhaltsansprüche vom Gerichtspräsidium prüfen zu lassen. Eine Reduktion der materiellen Hilfe könnte daher – anders als von den Vorinstanzen beurteilt – auf einer Kürzung der materiellen Hilfe in Anwendung von § 13 Abs. 1 und 2 SPG beruhen, weil die Beschwerdeführerin es unterlassen hat, ihre ehelichen Unterhaltsansprüche gestützt auf Art. 176 ZGB geltend zu machen.

4.2.

Die Voraussetzung für eine Kürzung der materiellen Hilfe wegen Nichtbefolgung von Anordnungen der Sozialhilfebehörde ist der Erlass einer Weisung oder Auflage in einer ersten Verfügung. Sodann muss die Kürzung vorgängig angedroht werden, wobei die Auflage bzw. Weisung und die Kürzungsandrohung gleichzeitig erlassen werden können (AGVE 2005, S. 285). Schliesslich muss die rechtskräftige Weisung oder Auflage missachtet worden sein, damit in einer weiteren Verfügung die Kürzung angeordnet werden kann.

4.3. (...)

4.4.

Eine Kürzung wegen Nichtbefolgung von Weisungen (§ 13 Abs. 2 SPG) kann nur in Frage kommen, wenn die Beschwerdeführe-

rin ein Verschulden trifft und sie durch eine Änderung ihres Verhaltens den mit der Weisung verfolgten Zweck auch erreichen kann (SKOS-Richtlinien, Kapitel A.8-2). Im Zeitpunkt der angefochtenen Verfügung (23. April 2007) war die Beschwerdeführerin bereits geschieden, so dass sie schon aus formellen Gründen keine Begehren um vorsorgliche Massnahmen im Scheidungsurteil und um ehelichen Unterhalt stellen konnte. Infolge der ausgewiesenen Leistungsunfähigkeit ihres Ex-Mannes während der Dauer des Scheidungsverfahrens (siehe vorne Erw. 3) waren auch keine ehelichen Unterhaltsbeiträge für die Dauer des verbleibenden Scheidungsverfahrens (November 2006 bis Anfang Februar 2007) erhältlich zu machen. Voraussetzung für die Verpflichtung von Unterhaltsbeiträgen im gesamten Familienrecht und auch während der Trennungszeit ist die Leistungsfähigkeit des Unterhaltsverpflichteten. Fehlen diesem die finanziellen Mittel, hat der Unterhaltsberechtigte das Manko zu tragen und allenfalls Sozialhilfe in Anspruch zu nehmen (BGE 133 III 57 Erw. 3 mit Hinweisen). Unter diesen Umständen kann der Beschwerdeführerin nicht vorgeworfen werden, dass sie kein gerichtliches Massnahmeverfahren einleitete, dessen Aussichtslosigkeit zum vornherein feststand.

44 Verwandtenunterstützungspflicht.

- **Eine Auflage / Weisung zur Abtretung eines nicht angefallenen Erbteils ist ohne die freiwillige Zustimmung des Erblassers unzulässig.**

Urteil des Verwaltungsgerichts, 4. Kammer, vom 23. Dezember 2008 in Sachen Einwohnergemeinde X. gegen das Bezirksamt Aarau (WBE.2008.157).

Aus den Erwägungen

- 3.
- 3.1. (...)
- 3.2. (...)

3.2.1.

In der Tat sehen die SKOS-Richtlinien, Kapitel F.1-1, grundsätzlich vor, dass die Sozialhilfebehörde alle zulässigen finanziellen Ansprüche gegenüber Dritten geltend machen. Ein zukünftiger, *noch nicht angefallener* Erbanteil ist aber keine finanzieller Anspruch des Beschwerdegegners, sondern eine blosser Anwartschaft. Diese Anwartschaft eines Erbanwärters kann auch nicht von den Sozialhilfebehörden gegenüber dem potentiellen Erblasser geltend gemacht werden. Die Einwohnergemeinde X. zielt mit der Auflage auf die Rückerstattung der materiellen Hilfe, welche dem Beschwerdegegner bis anhin und in Zukunft ausgerichtet wurde bzw. wird. Vorschussleistungen der Sozialhilfe können gemäss § 12 Abs. 3 SPG von einer Abtretung von (Forderungs-) *Ansprüchen* der Hilfe suchenden Person abhängig gemacht werden. Auf diese Möglichkeit nehmen auch die SKOS-Richtlinien Bezug (vgl. Kapitel F.2-2). Wie erwähnt, gehören die Erbanwartschaften jedoch nicht zu diesen Ansprüchen.

Nach Art. 636 Abs. 1 ZGB sind Verträge eines Erbanwärters über künftige Erbanwartschaften sittenwidrig und unverbindlich und nur ausnahmsweise dann zulässig, wenn der Erblasser am Vertrag mitwirkt und seine ausdrückliche Zustimmung erteilt. Aus dieser Regelung folgt, dass eine Abtretung ohne Mitwirkung des Erblassers ausgeschlossen ist und damit auch eine Auflage oder Weisung zur Abtretung eines nicht angefallenen Erbanteils an die Adresse eines unterstützten Erbanwärters nicht zulässig ist, da er sie ohne Mitwirkung des (potentiellen) Erblassers gar nicht erfüllen kann. Im Rahmen der Subsidiarität haben hypothetische Ansprüche einer Hilfe suchenden Person ausser Acht zu bleiben. Keinen Einfluss auf die Anspruchsvoraussetzungen hat sodann die Weigerung einer unterstützten Person, Massnahmen zu ergreifen, die keinen sachlichen Zusammenhang mit der tatsächlichen Beendigung seiner Notlage haben (vgl. Markus Schefer, Grundrechte der Schweiz, Ergänzungsband zur dritten Auflage, Bern 2005, S. 116 f. mit Hinweis). Voraussetzung einer Auflage oder Weisung ist, dass die Hilfe suchende Person durch eigenes Handeln die Notlage verhindern oder zumindest mildern kann.

3.2.2.

Nachdem die Einwohnergemeinde X. nicht einmal abgeklärt hat, ob die Zustimmung des Vaters des Beschwerdegegners überhaupt erhältlich ist und der Einwohnergemeinde X. gegenüber dem Vater des Beschwerdegegners keinerlei Verfügungs- und damit Weisungsbefugnis hinsichtlich der Erbteilung oder der Verwandtenunterstützung gemäss Art. 328 ZGB zusteht, erweist sich bereits die Auflage zur Abtretung eines nicht angefallenen Erbanteils als rechtswidrig.

Daran vermag auch die Zulässigkeit entsprechender Verträge nichts zu ändern. Die Unrechtmässigkeit der Auflage zur Unterzeichnung eines Abtretungsvertrags bedeutet andererseits nicht, dass den Sozialhilfebehörden der Abschluss von Vereinbarungen über nicht angefallenen Erbanteile gemäss Art. 636 Abs. 1 ZGB verwehrt wäre. Sie haben die Möglichkeit, bei der Prüfung von Ansprüchen aus der Unterstützungspflicht der Verwandten entsprechende Vereinbarungen mit dem Vater des Beschwerdegegners zu treffen (§ 7 Abs. 1 SPG und § 6 SPV). Sofern dieser – freiwillig – seine Zustimmung zu einer solchen Vereinbarung erteilt, kann vom Beschwerdegegner die Unterzeichnung einer Abtretung auch verlangt werden. Für die Geltendmachung und zur Bestimmung der Höhe sind die einschlägigen Regelungen zur familienrechtlichen Unterstützungspflicht (Art. 328 und 329 ZGB) und die entsprechenden Regelungen im Sozialhilferecht zu beachten (vgl. auch SKOS-Richtlinien, Kapitel F.4-1 und die Richtlinien über die Geltendmachung von Verwandtenunterstützung vom 12. März 2003 [Verwandtenunterstützungsrichtlinien, VUR; SAR 851.251]).

Kommt keine einvernehmliche Lösung zustande, ist beim zuständigen Bezirksgericht Klage zu erheben (§ 7 Abs. 2 SPG; Handbuch Sozialhilfe, hrsg. vom Kantonalen Sozialdienst, 4. Auflage August 2003, Kapitel 6, S. 22). Die Gemeinde kann aber weder durch den Erlass einer Verfügung die Verwandtenunterstützung festlegen noch einen Unterstützungspflichtigen mittels indirektem Zwang – hier unter Androhung von Kürzungen der Hilfeleistungen an den Sozialhilfebezüger – zu erbrechtlichen Verfügungen oder zur Zustim-

mung von Vereinbarungen gemäss Art. 636 ZGB zwingen (vgl. Handbuch Sozialhilfe, Kapitel 6, S. 18).

3.2.3. (...)

3.2.4.

Somit war bereits die am 22. Oktober 2007 erlassene Weisung, wonach eine Vereinbarung über die Abtretung eines Erbanteils vom Beschwerdegegner und seinem Vater zu unterzeichnen sei, nicht rechtmässig.

3.3.

Unabhängig davon, dass die Nichtbefolgung einer unzulässigen Auflage keine Kürzung der Sozialhilfeleistung nach sich ziehen kann, können Sanktionen gegenüber Sozialhilfeempfängern i.S.v. § 13 Abs. 2 SPG nicht durch die Nichtbefolgung von Weisungen durch Angehörige begründet werden (AGVE 2003, S. 286 f.). Beigefügt sei in diesem Zusammenhang, dass eine Sanktion wegen Nichtbefolgung von Weisungen (§ 13 Abs. 2 SPG) nur in Frage kommt, wenn den Beschwerdegegner daran ein Verschulden trifft (vgl. SKOS-Richtlinien, Kapitel A.8.2).

3.4.

Somit ist die am 29. November 2007 verfügte Kürzung der materiellen Hilfe der Monate November und Dezember 2007 zu Unrecht erfolgt und die Auffassung der Vorinstanz, wonach die Auflage und Kürzung der Rechtslage nicht entspricht, nicht zu beanstanden.

45 Gemeindeautonomie im Zusammenhang mit Kürzungen.

- **Im Zusammenhang mit der Kürzung von Sozialhilfe besteht für die Gemeinden kein geschützter Autonomiebereich. Es besteht daher keine Verpflichtung des Bezirksamts zur beschränkten Ermessensüberprüfung und -ausübung.**

Urteil des Verwaltungsgerichts, 4. Kammer, vom 23. Dezember 2008 in Sachen Einwohnergemeinde X. gegen das Bezirksamt Bremgarten (WBE.2008.315).

Aus den Erwägungen

- 2.
- 2.1. (...)
- 2.2.
- 2.2.1.

Die Gemeindeautonomie ist nach Massgabe des kantonalen Rechts gewährleistet (Art. 50 Abs. 1 BV). Eine Gemeinde ist in einem Sachbereich autonom, wenn das kantonale Recht diesen nicht abschliessend ordnet, sondern ihn ganz oder teilweise der Gemeinde zur Regelung überlässt und ihr dabei eine relativ erhebliche Entscheidungsfreiheit einräumt. Der geschützte Autonomiebereich kann sich auf die Befugnis zum Erlass oder Vollzug eigener kommunaler Vorschriften beziehen oder einen entsprechenden Spielraum bei der Anwendung des kantonalen oder eidgenössischen Rechts betreffen. Der Schutz der Gemeindeautonomie setzt eine solche nicht in einem ganzen Aufgabengebiet, sondern lediglich im streitigen Bereich voraus (BGE 129 I 410 Erw. 2.1 mit Hinweisen; BGE vom 10. Juli 2006 [2P.230/2005], Erw. 2.2).

Nicht jeder unbestimmte Gesetzesbegriff des kantonalen Rechts gewährt der Gemeinde einen geschützten Autonomiebereich (BGE 100 Ia 272 Erw. 6). Ob die Gemeinde gewährte Entscheidungsfreiheit in einem bestimmten Bereich "relativ erheblich" ist, ergibt sich aus ihrer Bedeutung für den Sinn der kommunalen Selbständigkeit, d.h. daraus, ob nach der kantonalen Gesetzgebung durch die kommunale Gestaltung mehr Demokratie und Rechtsstaatlichkeit sowie eine bessere und sinnvollere Aufgabenerfüllung auf lokaler Ebene ermöglicht werden soll (BGE 118 Ia 218 Erw. 3d).

Geht es um eine Entscheidungsfreiheit, die nicht in erster Linie deshalb besteht, weil einer Verschiedenheit der lokalen Bedürfnisse Rechnung zu tragen ist, sondern die sich daraus ergibt, dass in jedem Einzelfall im Interesse der Betroffenen sachgerechte Entscheidungen gefällt werden sollen, besteht von der Sache her grundsätzlich noch keine Autonomie der einzelnen Gemeinden (BGE 118 Ia 218 Erw. 3d/e); erst ein erheblicher Ermessensspielraum, der auch die Berücksichtigung ergänzender eigener Kriterien erlaubt, begründet in

solchen Fällen Autonomie (vgl. BGE vom 1. Juni 2006 [2P.16/2006], Erw. 2.2; zum Ganzen: BGE vom 10. Juli 2006 [2P.230/2005], Erw. 2.3).

2.2.2.

Im Einzelnen ergibt sich der Umfang der kommunalen Autonomie aus dem für den entsprechenden Bereich anwendbaren kantonalen Verfassungs- und Gesetzesrecht (BGE vom 10. Juli 2006 [2P.230/2005], Erw. 3.1). Nach § 6 Abs. 1 SPG ist die Gemeinde am Unterstützungswohnsitz zur Gewährung von Sozialhilfe zuständig. Der Regierungsrat regelt Art und Höhe der materiellen Hilfe, wobei eine Koordination mit anderen Kantonen angestrebt wird (§ 10 Abs. 1 SPG). Für die Bemessung der materiellen Hilfe hat der Regierungsrat die SKOS-Richtlinien grundsätzlich für verbindlich erklärt (§ 10 Abs. 1 SPG i.V.m. § 10 Abs. 1 SPV).

Bei der Kürzung der materiellen Unterstützung (§ 13 Abs. 2 SPG) ist die Existenzsicherung zu beachten (§ 15 Abs. 1 SPV), welche bei 65 % des Grundbedarfs I gemäss den SKOS-Richtlinien liegt (§ 15 Abs. 2 SPV). Das Ausmass der Kürzung richtet sich letztlich nach den konkreten Umständen des Einzelfalls und muss dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit (Art. 5 Abs. 2 BV; § 3 Abs. 1 VRPG) Rechnung tragen (Kommentar zur SPV vom 7. August 2002, hrsg. vom DGS, S. 8). Dabei hat die Kürzung insbesondere in einem angemessenen Verhältnis zum Fehlverhalten bzw. Verschulden zu stehen (SKOS-Richtlinien, Kapitel A.8.2). Eine Entscheidungsfreiheit im Autonomiebereich sieht § 15 SPV entgegen der Einwohnergemeinde X. nicht vor.

2.2.3.

Das Bezirksamt als Beschwerdeinstanz gegen Verfügungen und Entscheide der Sozialbehörden (§ 58 Abs. 1 SPG) ist gemäss § 58 Abs. 4 SPG i.V.m. § 49 VRPG zur vollen Überprüfung der geltend gemachten Beschwerdegründe – einschliesslich der Ermessenskontrolle – verpflichtet. Eine Beschränkung seiner Kognition besteht nicht (vgl. Merker, a.a.O., § 49 N 7).

2.3.

Aus den vorstehenden Erwägungen ergibt sich, dass der Sozialbehörde im Zusammenhang mit der Kürzung von Sozialhilfe zwar

ein Beurteilungsspielraum zusteht. Dabei geht es jedoch nicht um eine Entscheidungsfreiheit im Autonomiebereich, sondern vielmehr um die konkreten Umstände des Einzelfalls, die ihr besser bekannt sein können und deshalb zu einer gewissen Zurückhaltung bei der Aufhebung eines erstinstanzlichen Entscheids führen können. Eine Verpflichtung des Bezirksamts zur beschränkten Ermessensüberprüfung und Ermessensausübung besteht indessen nicht (Merker, a.a.O., § 49 N 4 f. und N 37). Die Beschwerde ist insoweit unbegründet.

46 Kürzung der materiellen Hilfe

- Grenze der Kürzung bei gebundenen Auslagen (§ 15 Abs. 2 SPV).

Urteil des Verwaltungsgerichts, 4. Kammer, vom 23. Dezember 2008 in Sachen Einwohnergemeinde X. gegen das Bezirksamt Bremgarten (WBE.2008.315).

Aus den Erwägungen

2.4.

2.4.1.

Gemäss § 15 Abs. 2 SPV liegt die Grenze der zulässigen Kürzungen bei 65 % des Grundbedarfs, wobei diese Grenze auch bei der Kürzung von gebundenen Ausgaben nicht unterschritten werden darf.

Vorliegend hat die Sozialbehörde auf eine Kürzung des Grundbedarfs II verzichtet, indessen für den Autoeinstellplatz (Fr. 110.--), für die Krankenversicherung nach VVG (Fr. 150.--), für drei Bastelräume (Fr. 360.--) und für Autobetriebskosten (Fr. 350.--) gebundenen Ausgaben als (hypothetisches) Einkommen in der Höhe von Fr. 970.-- aufgerechnet und zudem bei der Bedarfsberechnung den Autoabzug (Fr. 350.--) eingesetzt. Begründet werden die Aufrechnungen im Wesentlichen mit nicht nachvollziehbaren Vermutungen zu Einkommen aus Teppichhandel oder "andern Geldquellen" und unklaren Angaben zu früheren oder neuen Bankkonten oder "Barzahlungsverkehr". Die Begründung erstaunt vor allem, weil der Sozialdienst im Beschluss vom 18. Dezember 2006 den geringen Ver-

mögenswert des Teppichlagers festgestellt und auf eine Verwertung verzichtet hatte. Die aufgerechneten Auslagen sind aber unbestritten Aufwand des Beschwerdegegners und belegen allenfalls eine zweckwidrige Verwendung der Sozialhilfe, können aber keinesfalls mit (hypothetischen) Einnahmen gleichgesetzt werden. Voraussetzungen für die Aufrechnung gebundener Ausgaben sind entsprechende Anordnungen an die Hilfe suchenden Personen mittels Auflagen und Weisungen (vgl. SKOS-Richtlinien, Kapitel A.8).

Die Sozialbehörde hat somit die materielle Unterstützung an den Beschwerdegegnern und seine Familie um insgesamt Fr. 1'320.-- an gebundenen Auslagen gekürzt und mit der zusätzlichen Kürzung um 18 % des Grundbetrags (Fr. 377.--) die Kürzungsgrenze von Fr. 933.25 (Fr. 2'095.-- x 35 % + Fr. 200.-- Grundbedarf II) um Fr. 763.75 überschritten.

Die Überprüfung der vorinstanzlichen Berechnung (Fr. 350.-- Autoabzug; Fr. 438.-- gebundene Auslagen; 10 %-Kürzung Fr. 209.50) ergibt ein Total von Fr. 997.50 und liegt damit um Fr. 64.25 über der für die Existenzsicherung zulässigen Kürzung.

2.4.2.

Nach den Feststellungen der Vorinstanz wird die Miete für den (dritten) Bastelraum und für den Autoabstellplatz vom Bruder des Beschwerdegegners übernommen. Gemäss der Bestätigung vom 12. Februar 2008 bezahlt der Bruder diese Mietkosten.

Zu den eigenen Mitteln gehören alle geldwerten Leistungen, u.a. alle Einkünfte und Forderungen sowie Zuwendungen aller Art (§ 11 Abs. 1 SPG). Zuwendungen im Sinne dieser Bestimmung sind freiwillige Leistungen Dritter mit einem wirtschaftlichen Wert, die ansonsten über den Grundbedarf zu decken sind (§ 11 Abs. 2 SPV). Ist tatsächlich davon auszugehen, dass die Mieten für den Abstellplatz und einen Bastelraum vom Bruder des Beschwerdegegners bezahlt werden und Letzterem kostenlos zur Verfügung stehen, liegt eine private Leistung im Sinne der zitierten Bestimmung vor. Erfolgt die Leistung nicht in Bargeld bzw. kann sie nicht unmittelbar zur Bestreitung des Lebensunterhalts herangezogen werden, so ist eine Anrechnung als Einkommen nicht zulässig, zumal weder der Abstellplatz noch der zusätzliche Bastelraum zum Grundbedarf des Be-

schwerdegegners und seiner Familie gehören. Die Sozialbehörden hatten schliesslich von den Bastelräumen des Beschwerdegegners seit 21. Juni 2006 Kenntnis, bis heute wurde dem Beschwerdegegner aber keine Auflage oder Weisung zur Kündigung der Mietverträge erteilt.

Die Kürzungen der Vorinstanz sind somit nur in der Höhe von insgesamt Fr. 559.50 (Fr. 350.-- Autoabzug + Fr. 209.50 Kürzung Grundbetrag) rechtmässig.

2.5. (...)

2.6.

Im Hinblick auf die Frage, ob in Zukunft nach rechtsgenügender Auflage bzw. Weisung und Verwarnung erneut eine Kürzung der materiellen Hilfe angeordnet werden könnte, sofern der Beschwerdegegner weiterhin die Bastelräume und den Abstellplatz mietet bzw. Mietkosten trägt, erscheinen folgende Aspekte wesentlich:

2.6.1.

Vermuten die Sozialbehörden, der Beschwerdegegner verfüge über ein nicht deklariertes bzw. nicht nachweisbares Einkommen, mit welchem er diese oder andere Auslagen finanziert, so sind sie gehalten, entsprechende Abklärungen zu treffen (§ 20 Abs. 1 VRPG). Es ist klarerweise nicht zulässig, die Unterstützungsleistungen allein aufgrund vermuteter, aber in keiner Art und Weise nachgewiesener Einkünfte zu kürzen oder einzustellen. Die erforderlichen Auskünfte können nötigenfalls mittels Verfügung eingeholt werden; werden sie verweigert, kann dies – nach entsprechender Verwarnung – mit einer Kürzung oder gegebenenfalls Verweigerung der Unterstützungsleistungen geahndet werden (§ 15 SPV).

2.6.2.

Ist davon auszugehen, dass der Beschwerdegegner solche Auslagen durch eine Zweckentfremdung von Sozialhilfegeldern finanziert, drängt sich gestützt auf § 13 SPG z.B. die Auflage bzw. Weisung auf, die Mietverträge zu kündigen. Wird sie und die entsprechende Verwarnung (§ 13 Abs. 2 SPG) nicht befolgt, rechtfertigt sich eine Kürzung gemäss § 15 SPV. Diese Massnahme ist indessen zu befristen oder an die auflösende Bedingung zu knüpfen, dass die

Kürzung dahin fällt, sobald die Auflage bzw. Weisung erfüllt ist. Dem Sozialhilfeempfänger soll schliesslich die Gelegenheit geboten werden, sich wiederum kooperativ zu verhalten (Felix Wolffers, Grundriss des Sozialhilferechts, 2. Auflage, Bern 1999, S. 169).

2.6.3.

Eine Auflage oder Weisung im dargestellten Sinne erscheine im Übrigen auch dann vertretbar, wenn zwar solche Auslagen während der Dauer der Sozialhilfe vollumfänglich drittfinanziert wären, das Geld aber später zurückbezahlt werden müsste. Unter "Verhaltensregeln, die nach den Umständen angebracht erscheinen" (§ 14 lit. f SPV), lassen sich auch Anordnungen subsumieren, welche einer Verschuldung entgegenwirken.

2.6.4.

In jedem Fall ist es unabdingbar, dass die Sozialbehörden genau angeben, gestützt auf welchen Sachverhalt (nicht deklariertes Einkommen [siehe vorne Erw. 2.6.1], Missbrauch der Sozialhilfe [siehe vorne Erw. 2.6.2] oder Zuwendung durch nicht unterstützungspflichtige Dritte [siehe vorne Erw. 2.6.3]) eine Kürzung der materiellen Hilfe erfolgt. Ansonsten wird gegen die Begründungspflicht (§ 23 Abs. 4 VRPG) verstossen.

47 Betriebskosten eines Motorfahrzeugs (§ 10 Abs. 5 lit. c SPV).

- **Eine kumulative Anwendung des Abzugs gemäss Satz 1 und die Anrechnung von eigenen Mitteln gemäss Satz 3 ist ausgeschlossen.**

Urteil des Verwaltungsgerichts, 4. Kammer, vom 23. Dezember 2008 in Sachen Einwohnergemeinde X. gegen das Bezirksamt Bremgarten (WBE.2008.315).

Aus den Erwägungen

3.

Vom Bedarf der Hilfe suchenden Person werden die Betriebskosten eines Motorfahrzeugs in Abzug gebracht, sofern dessen Benutzung nicht beruflich oder krankheitsbedingt zwingend erforder-

lich ist (§ 10 Abs. 5 lit. c Satz 1 SPV). Ein durch Dritte zur Verfügung gestelltes Motorfahrzeug gilt als Naturalleistung, die ohne Vorliegen der erwähnten zwingenden Gründe als eigene Mittel angerechnet wird (Satz 3).

Grund für den in § 10 Abs. 5 lit. c Satz 1 SPV vorgesehenen Abzug ist, dass die Finanzierung der Betriebs- und Unterhaltskosten eines Motorfahrzeugs zu einer Zweckentfremdung der materiellen Hilfe führen kann, d.h. dass durch den Betrieb des Autos einzelne Mitglieder einer Unterstützungseinheit (z.B. Kinder) wegen des Autobesitzes eines anderen Mitglieds (z.B. Vater) zu wenig Geld für den Lebensunterhalt zur Verfügung haben (vgl. Zeitschrift für Sozialhilfe [ZeSo] 1999, S. 122 mit Hinweis). Bei der Konstellation gemäss Satz 1 wird also die von der Sozialbehörde ausbezahlte materielle Hilfe für die Finanzierung der Betriebs- und Unterhaltskosten eines Motorfahrzeugs verwendet. Liegt ein Fall von Satz 3 vor, so werden die genannten Kosten durch Dritte bezahlt. In diesem Fall liegt naturgemäss keine Zweckentfremdung der Sozialhilfe i.S.v. Satz 1 vor, weshalb Satz 3 aus Gründen der Rechtsgleichheit eine Aufrechnung vorsieht. Der Abzug gemäss Satz 1 und die Anrechnung von eigenen Mitteln gemäss Satz 3 regeln unterschiedliche Sachverhalte, weshalb eine kumulative Anwendung – entgegen der Einwohnergemeinde X. – ausgeschlossen ist.

IX. Waffenrecht

48 **Waffenbeschlagnehmung.**

- **Voraussetzungen für eine vorläufige Waffenbeschlagnehmung.**

Urteil des Verwaltungsgerichts, 4. Kammer, vom 30. April 2008 in Sachen R.D. gegen den Regierungsrat (WBE.2007.356).

Aus den Erwägungen

1. (...)

1.1.

(...) Nach Art. 31 Abs. 1 lit. b des Bundesgesetzes über Waffen, Waffenzubehör und Munition vom 20. Juni 1997 (Waffengesetz, WG; SR 514.54) werden Waffen, wesentliche Waffenbestandteile, Waffenzubehör, Munition und Munitionsbestandteile aus dem Besitz einer Person beschlagnehm, bei der ein Hintergrundgrund nach Art. 8 Abs. 2 WG besteht. Ein solcher liegt unter anderem bei Personen vor, welche entweder zur Annahme Anlass gegeben haben, dass sie sich selbst oder Dritte gefährden (Art. 8 Abs. 2 lit. c WG), die wegen einer Handlung, welche eine gewalttätige oder gemeingefährliche Gesinnung bekundet, oder die wegen wiederholt begangener Verbrechen oder Vergehen im Strafregister eingetragen sind, so lange der betreffende Eintrag nicht gelöscht ist (Art. 8 Abs. 2 lit. d WG; zum Ganzen: AGVE 2003, S. 545).

Hinsichtlich der Erteilung eines Waffenerwerbsscheines sieht Art. 10 Abs. 2 der Verordnung über Waffen, Waffenzubehör und Munition vom 21. September 1998 (Waffenverordnung, WV; SR 514.541) vor, dass die zuständige Behörde zu prüfen hat, ob die Voraussetzungen für den Waffenerwerb (Art. 8 WG) erfüllt sind. Gleiches muss für den Fall der Beschlagnehmung nach Art. 31 Abs. 1 WG gelten, d.h. die zuständige Behörde hat abzuklären, ob

ein Hinderungsgrund gemäss Art. 8 Abs. 2 WG vorliegt (Art. 31 Abs. 1 lit. b WG) oder Waffen ohne Berechtigung getragen werden (lit. a).

An den Nachweis der von der betroffenen Person ausgehenden Gefahr für sich oder für Dritte (Art. 8 Abs. 2 lit. c WG) sind keine allzu hohen Anforderungen zu stellen, weil die Beschlagnahmung präventiven Charakter hat. Immerhin muss aber ein ausreichendes Mass an Wahrscheinlichkeit bestehen, dass ohne Beschlagnahmung die Sicherheit von Personen oder der öffentlichen Ordnung gefährdet wäre. Das Gesetz stellt für den Träger verbotener Waffen, für Unmündige und Entmündigte die unumstossbare Vermutung auf, dass diese Voraussetzung erfüllt ist. Abgesehen von diesen unproblematischen Fällen wird man eine Selbst- oder Fremdgefährdung bzw. Anhaltspunkte dafür etwa bei Betrunknenen, Geisteskranken sowie suizidgeeigneten Personen regelmässig bejahen müssen. Eine ausreichende Gefährdung muss auch für Personen gelten, welche einen Dritten mit einer Waffe bedrohen, einen Waffeneinsatz in Aussicht stellen oder mit einer Schusswaffe unkontrolliert in die Luft schießen. Waffen dürfen sodann auch bei einer einmaligen Entgleisung beschlagnahmt werden, weil den Polizeibehörden im ersten Moment eine nähere Abklärung, ob die Gefahr für einen Waffenmissbrauch fortbesteht, nicht zugemutet werden kann (AGVE 2003, S. 546; VGE IV/13 vom 15. März 2007 [WBE.2006.75], S. 7; Philippe Weissenberger, Die Strafbestimmungen des Waffengesetzes, in: AJP 2000, S. 163).

1.2.

Mit Beschlagnahmeverfügung vom 6. August 2007 ordnete die Kantonspolizei an, dass die sichergestellten Gegenstände (Waffen und Munition) bis zum Abschluss der Prüfung einer definitiven Beschlagnahme bei der Kantonspolizei, Fachstelle SIWAS, eingelagert bleiben. Zur Begründung wurden die Hinderungsgründe von Art. 31 Abs. 1 lit. b WG i.V.m. Art. 8 Abs. 2 lit. c und d WG sowie die Drohung mit Selbstjustiz angeführt.

Die Vorinstanz führte diesbezüglich insbesondere aus, aufgrund des Schreibens des Beschwerdeführers habe ein grosses Mass an Wahrscheinlichkeit bestanden, dass er mit den sich in seinem Besitz

befindlichen Waffen eine Verzweiflungstat begehen könnte. Die Häufung bzw. Zunahme entsprechender Vorkommnisse in den letzten Jahren, insbesondere auch der Vorfall im zugerischen Parlament im Herbst 2001, habe zu einer Sensibilisierung der Behörden geführt. Aufgrund dieser Vorkommnisse hätten die Erklärungen des Beschwerdeführers nicht als Meinungsäußerung aufgefasst werden können, immerhin habe er mit der Drohung der Selbstjustiz ganz konkret Straftaten in Aussicht gestellt. Aufgrund seines Umgangs mit Behörden sowie seiner Ausbildung und beruflichen Stellung habe sodann nicht einfach von einer unerheblichen Unbedachtheit oder "Unbedarftheit im Sprachgebrauch" ausgegangen werden können.

1.3. (...)

1.4.

1.4.1.

Die im Schreiben des Beschwerdeführers vom 12. April 2007 an den Vorsteher DVI verwendete Formulierung "Sollte eine solche [Antwort auf sein Gesuch um Gewährung eines Rechtsbeistandes] ausbleiben, verstehe ich dies als ultimative Aufforderung zur Selbstjustiz." kann entgegen den Ausführungen des Beschwerdeführers nicht anders verstanden werden, als dass er, sofern die Behörden seiner Forderung um Gewährung eines Rechtsbeistandes nicht (rechtzeitig) nachgekommen, sich aufgefordert fühle, seine vermeintlichen Rechte selber und mit Gewalt durchzusetzen. Mit dem Hinweis auf Notwehr bzw. Notstand werden strafrechtliche Handlungen gerechtfertigt.

Die Ausführungen im Schreiben des Beschwerdeführers vom 12. April 2007 an den Vorsteher DVI zeigen deutlich, dass sich der Beschwerdeführer bei der Durchsetzung seiner vermeintlichen Rechte gegenüber seiner früheren Lebenspartnerin nicht nur als ungerecht behandelt fühlt, sondern sich als Opfer behördenübergreifender und systematisch gefällter Fehlurteile sieht. Ohne behördliche Abhilfe dieser Missstände fühlt und erklärte er sich zudem zur Selbstjustiz berechtigt. Diese Erklärungen können damit nicht als blosser Meinungsäußerung verstanden werden. Aufgrund der Umstände musste vielmehr mit der Möglichkeit gerechnet werden, dass der Beschwerdeführer zur Durchsetzung seiner vermeintlichen Rechte tatsächlich

zur Selbstjustiz greifen könnte und dabei auch vor deliktischen Handlungen nicht zurückschreckt. Die Gefahr, dass er Straftaten unter Einsatz von Waffengewalt begehen könnte, war damit nicht auszuschliessen. Der Vorwurf des Beschwerdeführers, der im Entscheid des Regierungsrates dargelegte Sachverhalt beschränke sich im Wesentlichen auf aus dem Zusammenhang gezogene Formulierungen und Passagen seiner Eingabe vom 12. April 2007, trifft nicht zu. Seine Ausführungen betreffend Aufforderung zur Selbstjustiz und Berufung auf Notwehr und Notstand sind unmissverständlich formuliert. Dem Beschwerdeführer wurde in den Zivilurteilen die Rechtslage und auch das Vorgehen zur Durchsetzung seiner behaupteten Forderungen dargelegt. Auch aus der Vorgeschichte konnte daher eine irrationale Reaktion des Beschwerdeführers auf die vermeintlich ungerechte Behandlung durch systematische Fehlurteile gegen ihn nicht völlig ausgeschlossen werden. Solche Gefühlslagen können Anlass zur Annahme geben, dass es tatsächlich zur Selbstjustiz mit Waffengewalt kommen kann.

Die Beschlagnahme gemäss Art. 31 WG setzt nicht die Begehung eines Deliktes voraus. Es spielt daher keine Rolle, ob mit diesem Schreiben tatsächlich der Tatbestand der Drohung bzw. Nötigung erfüllt ist oder der Adressat Strafanzeige erhoben hat bzw. sich tatsächlich bedroht fühlte.

Aus diesen Gründen haben die Kantonspolizei und die Vorinstanz die Voraussetzungen einer präventiven Beschlagnahme zu Recht bejaht.

1.4.2.

Ob der Beschwerdeführer sich über eine hohe Belastbarkeit sowie die Fähigkeit, Verantwortung zu tragen, ausweisen kann, muss und kann im Rahmen dieses Verfahrens nicht beurteilt werden. Ein ausreichendes Mass an Wahrscheinlichkeit, dass die Sicherheit gefährdet ist, und objektive Zweifel an der charakterlichen Fähigkeit im Umgang mit Waffen genügen für die vorsorgliche, vorläufige Beschlagnahme. Im anschliessenden Verfahren sind die Hintergründe und die Voraussetzungen im Einzelnen abzuklären.

X. Anwaltsrecht

- 49 Disziplinarverfahren; Doppelfunktion als Rechtsanwalt des Mandanten und Verwaltungsratspräsident des Prozessfinanzierers.**
- **Örtliche Zuständigkeit des Kantons Aargau als Registerkanton (Erw. I/2).**
 - **Unabhängigkeit gemäss Art. 12 lit. b BGFA (Erw. 2).**
 - **Kein verbotener Interessenkonflikt gemäss Art. 12 lit. c BGFA im konkreten Fall (Erw. 3).**
 - **Verletzung von Art. 12 lit. e BGFA (Erw. 4)**

Urteil des Verwaltungsgerichts, 4. Kammer, vom 13. Mai 2008 in Sachen X. gegen die Anwaltskommission (WBE.2006.407).

Aus den Erwägungen

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

Der Beschwerdeführer bringt in seiner Stellungnahme vom 26. März 2007 vor, die Vorinstanz hätte auf die vorliegende Beurteilung aufgrund mangelnder örtlicher Zuständigkeit nicht eintreten dürfen. Der Aargau als Registerkanton wäre vorliegend nur zu einer disziplinarischen Beurteilung befugt, wenn es um einen Vorfall ginge, welcher sich vor einer eidgenössischen Verwaltungs- oder Gerichtsbehörde zugetragen hätte und eine entsprechende Meldung erfolgt wäre. In diesem Fall gehe es indes unbestrittenermassen um eine Tätigkeit ausserhalb des Anwaltsmonopols, welche zudem vor keiner Gerichts- oder Verwaltungsbehörde stattgefunden habe. Im vorliegenden Fall liege die ausschliessliche Kompetenz zur disziplinarischen Massregelung des beschwerdeführerischen Verhaltens

beim Kanton Zürich. Dieser habe nach summarischer (inhaltlicher) Würdigung und aus formellen Gründen die Notwendigkeit der Eröffnung eines Verfahrens verneint. Eine Akkreszenz disziplinarischer Befugnisse bei der Vorinstanz habe nach der Ordnung des BGFA dadurch nicht stattgefunden, weshalb sie auf die Beurteilung nicht hätte eintreten dürfen.

2.2.

Jeder Kanton bezeichnet gemäss Art. 14 BGFA eine Behörde, welche die Anwältinnen und Anwälte beaufsichtigt, die auf seinem Gebiet Parteien vor Gerichtsbehörden vertreten. Die Aufsicht dieser Behörde erstreckt sich, wie die Anwaltskommission richtig ausführte, auf die gesamte Anwaltstätigkeit und beschränkt sich nicht auf Tätigkeiten im Rahmen des kantonalen Anwaltsmonopols (Botschaft zum Bundesgesetz über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte vom 28. April 1999 [Botschaft BGFA], in: BBl 1999 IV 6059). Den Ausführungen des Beschwerdeführers kann nicht gefolgt werden. Bei Tätigkeiten ausserhalb des Registerkantons ist die Aufsichtsbehörde des Registerkantons nicht lediglich für Vorfälle vor eidgenössischen Gerichts- und Verwaltungsbehörden zuständig. Bei der Zuständigkeit von kantonalen Aufsichtsbehörden müssen die ausschliessliche und die konkurrenzierende Zuständigkeit unterschieden werden. Beim zuvor genannten Fall (Vorfälle vor eidgenössischen Gerichts- und Verwaltungsbehörden) handelt es sich um eine ausschliessliche Zuständigkeit der Aufsichtsbehörde des Registerkantons (Art. 15 Abs. 2 BGFA; Tomas Poledna, in: Walter Fellmann / Gaudenz Zindel [Hrsg.], Kommentar zum Anwaltsgesetz, Zürich / Basel / Genf 2005, Art. 16 N 2). Bei anderen Tätigkeiten ausserhalb des Registerkantons besteht eine Zuständigkeit der Aufsichtsbehörden des Registerkantons. Diese Zuständigkeit kommt zum Tragen, wenn die Aufsichtsbehörde des Kantons, in welcher die Tätigkeit ausgeführt wird, auf die Einleitung eines Verfahrens verzichtet, d.h. kein Verfahren eröffnet (vgl. Poledna, a.a.O., Art. 16 N 2 und 4). Art. 16 BGFA kommt nur zum Zuge, wenn ein Disziplinarverfahren eröffnet wurde.

2.3.

Weder die Aufsichtskommission über die Anwältinnen und Anwälte des Kantons Zürich noch die Anwaltskommission des Kantons Schwyz haben ein Verfahren eröffnet bzw. auf die Einleitung eines Verfahrens verzichtet. Die Aufsichtskommission über die Anwältinnen und Anwälte des Kantons Zürich hätte, auch wenn keine Tätigkeit vor einer Gerichts- oder Verwaltungsbehörde zur Diskussion stand, ein Disziplinarverfahren gegen den Beschwerdeführer einleiten können, da sich die Aufsicht – wie zuvor aufgezeigt – nicht auf Tätigkeiten im Rahmen des kantonalen Anwaltsmonopols beschränkt. Nach deren Verzicht stand es jedoch der Anwaltskommission des Kantons Aargau frei, bei anderer Einschätzung der Sachlage ein Disziplinarverfahren einzuleiten (vgl. Poledna, a.a.O., Art. 16 N 4 a.E.). Die örtliche Zuständigkeit der Anwaltskommission des Kantons Aargau war daher gegeben.

II.

1. (...)

2.

Die mit dem angefochtenen Entscheid ausgesprochene Disziplinierung beruht auf dem Vorwurf, der Beschwerdeführer habe u.a. Art. 12 lit. b BGFA (Unabhängigkeit der Berufsausübung) verletzt, indem er eine Doppelfunktion als Rechtsanwalt des Mandanten und Verwaltungsratspräsident des Prozessfinanzierers eingenommen habe. Durch das Aushandeln der Konditionen des Prozessfinanzierungsvertrags sei der Beschwerdeführer nicht mehr unabhängig gewesen, weil er Diener zweier Herren gewesen sei.

2.1.

Anwältinnen und Anwälte üben ihren Beruf gemäss Art. 12 lit. b BGFA unabhängig, in eigenem Namen und auf eigene Verantwortung aus. Wie bereits die Anwaltskommission richtig ausführte, wird der Begriff der Unabhängigkeit in Art. 12 lit. b BGFA nicht näher definiert. Gemäss den Schweizerischen Standesregeln des Schweizerischen Anwaltsverbands (SAV), die beschränkt als Auslegungshilfe herangezogen werden können (vgl. BGE 130 II 270 Erw. 3.1.3), bedingt die Unabhängigkeit insbesondere, dass keine Bindungen bestehen, welche Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte

bei der Berufsausübung irgendwelchem Einfluss von Dritten, die nicht in einem kantonalen Anwaltsregister eingetragen sind, aussetzen (Art. 10 Abs. 2 der Standesregeln vom 10. Juni 2005). Die einzige gesetzliche Konkretisierung besteht in Art. 8 Abs. 1 lit. d BGFA, wonach Anwälte, die bei einer Person angestellt sind, die ihrerseits nicht in einem kantonalen Register eingetragen ist, ihren Beruf vermutlich nicht unabhängig ausüben können. Ausschlaggebendes Kriterium für die gesetzliche Vermutung für das Fehlen der Unabhängigkeit beim angestellten Anwalt ist das Subordinationsverhältnis und die Weisungsgebundenheit im Anstellungsverhältnis (vgl. u.a. BGE 130 II 87 Erw. 4.3.3 mit Hinweisen; BGE vom 13. April 2004 [2A.126/2003], Erw. 4.3). Die unabhängige Ausübung der Anwaltstätigkeit soll gewährleisten, dass sich die Anwältinnen und Anwälte ausschliesslich von sachgemässen Überlegungen leiten lassen, nur dem eigenen Denken und Urteilen sowie den Berufspflichten folgen und frei bleiben von Einflüssen, die sachgemäss mit dem Mandat nicht zusammenhängen. Das Gebot der Unabhängigkeit verbietet den Anwälten daher, rechtliche oder tatsächliche Bindungen einzugehen, die die berufliche Unabhängigkeit gefährden (BGE 130 II 87 Erw. 4; Walter Fellmann, in: Kommentar zum Anwaltsgesetz, a.a.O., Art. 12 N 56).

2.2.

Die Beurteilung der Unabhängigkeit eines Anwalts bei gleichzeitiger Tätigkeit als Verwaltungsrat eines Unternehmens, insb. bei einem Prozessfinanzierunternehmen, wurde – soweit ersichtlich – in der Rechtsprechung nicht vertieft behandelt. Das Bundesgericht führte lediglich aus, es sei nicht ausgeschlossen, dass je nach konkreter Ausgestaltung eines Prozessfinanzierungssystems die anwaltliche Unabhängigkeit beeinträchtigt werde. Problematisch könnte sein, wenn Anwälte als Gesellschafter oder Verwaltungsräte an Prozessfinanzierungsgesellschaften beteiligt seien (BGE 131 I 223 Erw. 4.6.4).

Eine grundlegende oder "institutionelle" Abhängigkeit gemäss Art. 8 Abs. 1 lit. d BGFA steht im vorliegenden Verfahren nicht (mehr) zur Diskussion. Die Anwaltskommission hat von einer Überprüfung des Registereintrags abgesehen, und Anhaltspunkte für ein

arbeitsvertragliches Verhältnis des Beschwerdeführers zur X. AG fehlen. Der Umstand, dass der Beschwerdeführer Verwaltungsratspräsident der X. AG war, begründet nicht automatisch eine Verletzung der Unabhängigkeitsregel in Art. 12 lit. b BGFA. Es ist vielmehr zu prüfen, ob mit dem konkreten Prozessfinanzierungsvertrag oder aus den konkreten Umständen beim Abschluss des Vertrags die Unabhängigkeit des Beschwerdeführers nicht mehr zureichend gewahrt war.

2.3.

Aus dem Prozessfinanzierungsvertrag vom 15. März 2005 zwischen der Y. und der X. AG folgt unmittelbar keine Einflussnahme auf die Berufs- oder Mandatsausübung. Der Beschwerdeführer war gemäss Ziff. 5 des Prozessfinanzierungsvertrags der prozessführende Anwalt. Er unterstand für die Prozessführung auch keinem Weisungsrecht der X. AG noch hat sich Letztere eine direkte Einflussnahme auf die Art und Weise der Mandatsführung vorbehalten. Die in Ziff. 3 vorgesehene Möglichkeit zur Einstellung der Prozessfinanzierung behält ausdrücklich die Neubeurteilung der Prozesschancen durch den Beschwerdeführer vor. Die Vereinbarungen bezüglich der Mitwirkung der X. AG bei Verfügungen über die Klageforderung (Ziff. 4 der Vereinbarung) und über die Informationsrechte (Ziff. 5) tangieren die anwaltliche Unabhängigkeit des Beschwerdeführers ebenfalls nicht. Sie bewegen sich im Rahmen der üblichen Abmachungen bei Finanzierungsvereinbarungen, die auch im Verhältnis zu Rechtsschutz- und Haftpflichtversicherungen anzutreffen sind (vgl. BGE 131 I 223 Erw. 4.5). Insbesondere ist im Umstand, dass sich die X. AG vorbehalten hat, auf eine Weiterführung eines Prozesses zu verzichten, keine Beeinträchtigung der anwaltlichen Unabhängigkeit zu erblicken. Die Art und Weise der Finanzierung der Prozesskosten ist Sache des Klienten. Fehlen dem Klienten die Eigenmittel, ist er auf eine Fremdfinanzierung oder Unterstützung durch Dritte bzw. die unentgeltliche Rechtspflege angewiesen. Jede Fremdfinanzierung und jede Unterstützung begründet die Möglichkeit zur Einflussnahme auf den Entscheid des Klienten hinsichtlich der gerichtlichen Verfolgung seiner Ansprüche und Weiterführung eines Prozesses. Diese Zustimmung des Dritten oder die (negative) Beurteilung des

Anspruchs auf unentgeltliche Rechtspflege tangieren die anwaltliche Unabhängigkeit indessen nicht grundsätzlich, sondern betreffen nur das Verhältnis des Prozessfinanzierers zum Klienten. Mit der möglichen Ablehnung einer weiteren Finanzierung des Verfahrens wurde auch kein unzulässiges Abhängigkeitsverhältnis begründet.

(...)

Es ist überdies nicht ersichtlich, dass sich der Beschwerdeführer beim Abschluss des Vertrags von unsachgemässen Überlegungen leiten liess und nicht unabhängig von Weisungen der X. AG gehandelt hat (siehe hinten Erw. 3). Der Vertrag sieht kein Weisungsrecht der X. AG hinsichtlich Ausübung, Übernahme und Beendigung des Mandats vor und respektiert auch den Vorrang der Berufspflichten, insbesondere der Treuepflicht des Beschwerdeführers gegenüber der Klientin. Im Weiteren gibt auch der Umstand, dass die Geschäftsadresse der X. AG mit der Geschäftsadresse des Beschwerdeführers in A. identisch ist, keine Anhaltspunkte für eine Beeinträchtigung der Unabhängigkeit. Eine Verletzung der Unabhängigkeit des Anwalts gemäss Art. 12 lit. b BGFA ist daher zu verneinen.

3.

3.1.

Die mit dem angefochtenen Entscheid ausgesprochene Disziplinierung beruht weiter auf dem Vorwurf, der Beschwerdeführer habe Art. 12 lit. c BGFA (Vermeidung eines Interessenkonflikts) verletzt.

Die Anwaltskommission führt aus, bei der Aushandlung des zur Diskussion stehenden Prozessfinanzierungsvertrags habe der Beschwerdeführer als Vertreter seiner Mandantin deren Interessen bestmöglich wahren müssen. Auf der anderen Seite habe er als Verwaltungsratspräsident der X. AG ein Interesse daran, dass aus der Prozessfinanzierung ein Gewinn für die Aktiengesellschaft resultierte. Damit bestehe aber ein unlösbarer Interessenkonflikt bei der Ausübung dieser beiden Funktionen. Weiter bestehe eine gewisse Diskrepanz zwischen den Interessen, indem die Prozessfinanziererin wegen der entstehenden Kosten ein grösseres Vergleichsinteresse habe als die Klientin.

3.2.

3.2.1.

Nach Art. 12 lit. c BGFA haben Anwälte jeden Konflikt zwischen den Interessen ihrer Klientschaft und Personen, mit denen sie geschäftlich oder privat in Beziehung stehen, zu meiden. Das BGFA will mit dieser weit gefassten Bestimmung sicherstellen, dass der Anwalt unabhängig von entgegenstehenden Drittinteressen die Interessen seines Klienten nach bestem Wissen und Können wahrnehmen kann (BGE 130 II 87 Erw. 4.2 mit Hinweisen). Die Pflicht zur Vermeidung von Interessenkonflikten ist Ausfluss der Treuepflicht des Anwalts gegenüber dem Klienten (vgl. dazu § 15 des [alten] Anwaltsgesetzes vom 18. Dezember 1984 und AGVE 1996, S. 75 f.). Diese Berufspflichten gehen weiter als die vertragliche Treuepflicht gemäss Art. 398 Abs. 2 OR und setzen keinen Mandatsvertrag zwischen Klient und Anwalt voraus, sondern gelten auch vor Vertragsschluss sowie nach Beendigung des Mandats (vgl. Giovanni Andrea Testa, Die zivil- und standesrechtlichen Pflichten des Rechtsanwaltes gegenüber dem Klienten, Diss. Zürich 2001, S. 93 f.; Martin Sterchi, Kommentar zum bernischen Fürsprecher-Gesetz, Bern 1992, Art. 10 N 7). Eine ähnliche Regelung sehen die Schweizerischen Standesregeln des Anwaltsverbandes vor (vgl. Art. 11 der Standesregeln SAV vom 10. Juni 2005). Ein verbotener Interessenkonflikt liegt vor, wenn der Anwalt die Wahrung der Interessen eines Klienten übernommen hat und dabei Entscheidungen zu treffen hat, mit denen er sich potentiell in Konflikt zu eigenen oder anderen ihm zur Wahrung übertragenen Interessen begibt (BGE vom 8. Januar 2001 [2P.187/2000], Erw. 4c = Pra 90/2001, S. 842, Fellmann, a.a.O., Art. 12 N 84). Dem Anwalt ist es demnach untersagt, in derselben Streitsache Parteien mit widerstreitenden Interessen gegeneinander zu vertreten. Er kann seine Treuepflicht gegenüber keinem Mandanten voll erfüllen, wenn er für beide Parteien tätig wird (BGE vom 28. Oktober 2004 [2A.594/2004], Erw. 1.2; VGE II/81 vom 25. August 2004 [BE.2004.00161], S. 7).

Diese Grundsätze lassen sich nicht einfach auf die beratende Tätigkeit des Anwalts übertragen (Testa, a.a.O., S. 103 ff.; Felix Wolfers, Der Rechtsanwalt in der Schweiz, Zürich 1986, S. 141 f.;

Walter Fellmann / Oliver Sidler, *Standesregeln des Luzerner Anwaltsverbandes*, Bern 1996, Art. 23 Ziff. 5; Niklaus Studer, *Die Doppelvertretung nach Art. 12 lit. c BGFA*, in: *Anwaltsrevue* 2004, S. 234 f.). Wird der Anwalt in nicht prozessualen Rechtsangelegenheiten von Parteien mit an sich gegensätzlichen Interessen angegangen (z.B. damit er für sie eine juristisch einwandfreie Fassung ihres mündlich geschlossenen Vertrags erarbeite), darf er das Mandat annehmen, sofern ihm diese Aufgabe von allen Beteiligten übertragen wurde und er nicht bereits vorher eine der Parteien in der betreffenden Sache vertreten oder beraten hat. Er hat dabei alles zu vermeiden, was den Eindruck erwecken könnte, er bevorzuge die eine Partei gegenüber der anderen. In diesem Sinne erklären auch die Standesregeln des SAV in Art. 12 die Tätigkeit des Anwalts als Berater, Vertreter oder Verteidiger mehrerer Mandanten als zulässig, sofern kein Interessenkonflikt besteht oder droht. Gleiche Verhaltensvorschriften gelten auch nach Ziff. 3.2 der Berufsregeln der Rechtsanwälte der Europäischen Union (angenommen von der CCBE-Vollversammlung am 28. Oktober 1988, Fassung vom 19. Mai 2006). Kommt es zu einem Interessenkonflikt oder drohen andere Beeinträchtigungen des Mandatsverhältnisses, ist der Anwalt gehalten, alle betroffenen Mandate niederzulegen (Art. 12 Abs. 1 der Standesregeln SAV; vgl. Testa, a.a.O., S. 104; Wolffers, a.a.O., S. 141; Paul Wegmann, *Die Berufspflichten des Rechtsanwalts unter besonderer Berücksichtigung des zürcherischen Rechts*, Diss. Zürich 1969, S. 190 f.).

3.2.2.

Ein berufsrechtlich relevanter Interessenkonflikt bei gleichzeitiger Verwaltungsrats­tätigkeit bei einer Prozessfinanzierungsgesellschaft kann vorliegen, wenn ein Anwalt im Verwaltungsrat an Geschäften mitwirkt, die die Interessen eines Klienten berühren. Dabei müssen sich die Interessen der Gesellschaft und diejenigen des Klienten nicht diametral widersprechen, und eine aktienrechtliche Ausstandspflicht ist nicht Voraussetzung. Eine blossе Befangenheit kann ausreichen, d.h. wenn Umstände oder mögliche Interessenkonflikte auf den Entscheid des Anwalts einwirken können, die ausserhalb des Mandatsverhältnisses liegen (Walter Fellmann, *Kollision von Berufspflichten mit anderen Gesetzespflichten am Beispiel des Anwal-*

tes als Verwaltungsrat, in: Bernhard Ehrenzeller [Hrsg.], Das Anwaltsrecht nach dem BGFA, St. Gallen 2003, S. 177 f.). Die Beteiligung des Anwalts an einem Prozessfinanzierer muss gemäss Pellegrini differenziert betrachtet werden. Unproblematisch erscheine die reine Kapitalbeteiligung an einer Publikumsgesellschaft, die das Geschäft der Prozessfinanzierung betreibt. Unzulässig, weil im Ergebnis auf eine Simulation des pactum de quota litis hinauslaufend, wäre z.B. die Bildung einer stillen Gesellschaft (oder die Gründung einer Aktiengesellschaft) durch kapitalkräftige Anwälte, die wechselseitig intern für die Finanzierung eigener Prozesse sorgen. Bei einem finanziellen Engagement von Anwälten bei einem Prozessfinanzierer sei Zurückhaltung angezeigt, namentlich bei kleinem Eigentümerkreis (Bruno Pellegrini, Zusammenarbeit mit Prozessfinanzierern, in: Anwaltsrevue 2001, S. 43). Auch das Bundesgericht erachtet die Beteiligung von Anwälten als Gründer, Gesellschafter oder Verwaltungsräte von Prozessfinanzierungsgesellschaften und Rechtsschutzversicherungen als problematisch (BGE 131 I 223 Erw. 4.6.4 mit Hinweisen).

Offensichtliche Fälle von Interessenkollisionen liegen in allgemeiner Weise vor, wenn der Anwalt einen Klient vertritt, der in Konkurrenz steht mit dem Unternehmen, bei dem der Anwalt als Verwaltungsrat engagiert ist (vgl. Fellmann, Kollision, a.a.O., S. 176). Ebenso werden die Berufsregeln verletzt, wenn der Anwalt einen Klienten vertritt, dessen Gegenpartei eine Prozessfinanzierungsvereinbarung mit dem Unternehmen, bei dem der Anwalt als Verwaltungsrat engagiert ist, eingegangen ist. Für eine Interessenkollision bedarf es jedoch nicht notwendigerweise solch eindeutiger Konfliktsituationen.

3.3.

3.3.1.

Aus dem Verwaltungsratsmandat des Beschwerdeführers bei der X. AG kann nicht direkt eine unzulässige Doppelvertretung und Verletzung der Berufsregeln nach Art. 12 lit. c BGFA abgeleitet werden, da keine Fallkonstellation mit offensichtlichem Interessenkonflikt vorliegt. Die mögliche Gefahr von Interessenkollisionen ist

vielmehr anhand der konkreten Umstände zu prüfen (AGVE 2001, S. 67).

3.3.2.

Die Y. machte im Jahre 2003, vertreten durch den Beschwerdeführer, gegenüber der Z. eine Forderung in der Höhe von Fr. 18'732.10 zuzüglich Zins im Rechtsöffnungsverfahren vor dem Bezirksgericht Zürich geltend. In diesem Verfahren kam es zu einem Vergleich über Fr. 4'000.--, den die Y. später widerrief. Das Rechtsöffnungsbegehren wurde in der Folge mit Verfügung vom 14. März 2003 abgewiesen. Die Y. konnte mangels finanzieller Mittel ihren Forderungsanspruch auch nicht mehr geltend machen, als weitere Beweisunterlagen zum Vorschein kamen. Als Aktiengesellschaft war ihr eine Prozessführung mit unentgeltlicher Rechtspflege verwehrt, und eine Prozessfinanzierung durch andere Anbieter war wegen der geringen Höhe der Prozessforderung nicht möglich.

Das Interesse der Y. an der Durchsetzung ihrer Forderung ist offensichtlich und war aufgrund des abgelehnten Vergleichsvorschlags auf einen Betrag von mehr als Fr. 4'000.-- gerichtet. Dem Beschwerdeführer ist insoweit zu zustimmen, als der Y. wegen der fehlenden Mittel zur Prozessführung alternativ nur der Verzicht auf ihre Ansprüche offen stand.

3.3.3.

Der Beschwerdeführer hatte als Mitglied des Verwaltungsrats und insbesondere als Verwaltungsratspräsident die Interessen der X. AG in guten Treuen zu wahren und eigene Interessen und auch die Interessen der Y. zurückzustellen, wenn sie nicht den Gesellschaftsinteressen entsprechen (Art. 717 Abs. 1 OR; BGE vom 14. Dezember 1999 [4C.402/1998], Erw. 2a = Pra 89/2000, S. 288).

Die Interessen einer Prozessfinanzierungsgesellschaft unterscheiden sich von jenen einer Rechtsschutzversicherung. Die Rechtsschutzversicherung prüft zwar auch die Erfolgchancen in einem Prozess, fokussiert jedoch nicht primär auf die Höhe eines Prozess Erfolgs, da ihr eine Prozessbeteiligung bei Obsiegen verwehrt ist (vgl. Art. 170 der Verordnung über die Beaufsichtigung von privaten Versicherungsunternehmen vom 9. November 2005 [Aufsichtsverordnung, AVO; SR 961.011]) und der Unternehmenserfolg nicht aus-

schliesslich vom Prozessausgang abhängig ist. Demgegenüber stellt bei einer Prozessfinanzierungsgesellschaft die Beteiligung am Prozessgewinn die einzige Einnahmequelle dar. Sie fokussiert ihre Beurteilung deshalb (noch) mehr als die Rechtsschutzversicherung auf die Prozessaussichten und Kosten im Einzelfall. Bei der Rechtsschutzversicherung geht dagegen die Betrachtungsweise auf die allgemeine Gewinnorientierung aus dem Verhältnis von Prämien und Kosten, wobei auch hier die Rechtsschutzversicherung und die Anwälte grundsätzlich das gleiche Ziel verfolgen (vgl. Daniel Bandle, Das ambivalente Verhältnis zwischen Anwälten und Rechtsschutzversicherern, in: Haftung und Versicherung [HAVE], Heft 1/2008, S. 2 ff., insb. S. 7 f.). Die Überlegungen, die sich die Prozessfinanzierungsgesellschaft in Bezug auf Prozesserfolg und Prozesschancen macht, sind somit grundsätzlich mit dem Interesse des Klienten gleichgerichtet (Pellegrini, a.a.O., S. 43). Die Gewinnorientierung der X. AG schaffte damit keine Gefahr unlösbarer Konflikte mit den Interessen der Y.

Der Anwaltskommission ist insoweit zuzustimmen, als es unter dem Aspekt der anwaltlichen Interessenwahrungspflicht nicht auf die Lösung eines konkreten Konflikts ankommen kann. Andererseits genügt nicht jeder Anschein einer Interessenkollision zur Begründung einer Verletzung der Berufsregel in Art. 12 lit. c BGFA (Fellmann, a.a.O., Art. 12 N 87). Der Beschwerdeführer macht daher zutreffend geltend, dass die tatsächlichen Interessenkonflikte abzuklären und dabei auch die Ausgestaltung des Prozessfinanzierungsvertrags zu betrachten ist. Gemäss Ziff. 3 dieses Vertrags ist es der Y. unbenommen, bei einer Einstellung der Prozessfinanzierung durch die X. AG das Verfahren auf eigene Kosten weiterzuführen. Beabsichtigt dagegen die Y., den Anspruch nicht mehr weiterzuführen, so hat sie ihn gemäss Ziff. 4 der X. AG auf deren schriftliches Ersuchen hin durch Abgabe einer schriftlichen Abtretungserklärung unentgeltlich zu übertragen. Wie zuvor bereits ausgeführt, ist der Beschwerdeführer gemäss Ziff. 5 der prozessführende Anwalt. Ein Wechsel des Prozessvertreters bedarf der Zustimmung der X. AG. Diese Regelung ermöglicht der Y. eine Beendigung der Prozessfinanzierung ohne Nachteile, die über den Verlust der Finanzierungszusage hinausge-

hen. Beide Vertragsparteien können einen Prozess eigenständig weiterführen, und auch ein Anwaltswechsel ist nicht ausgeschlossen (Ziff. 5). Verfügungen über die Forderung, insbesondere auch ein Vergleich, bedürfen der Zustimmung der X. AG, im Widerhandlungsfall verliert die Y. die Ansprüche auf die Prozessfinanzierung (Ziff. 4 Abs. 1), und bei einem Verzicht auf die Weiterverfolgung verpflichtete sich die Y. zur Abtretung der Forderung (Ziff. 4 Abs. 2). Diese Regelungen in der Vereinbarung wahren die Interessen der Y. und lassen keine Gefahr der Übervorteilung erkennen. Insbesondere enthalten sie keine Vereinbarungen zum Vorrang allfälliger Vergleichsinteressen der X. AG. Die Y. hätte unter Verzicht auf die Finanzierungszusage einen Vergleich ablehnen können.

Die mögliche Alternative zum Prozessfinanzierungsvertrag durch die X. AG war der vollständige Verzicht auf die Geltendmachung der Forderung und damit ein Verzicht der Y. auf jeglichen Rechtsschutz. In Frage stand die Finanzierung eines Rechtsöffnungsverfahrens mit relativ bescheidenen Verfahrens- und Parteikosten. Mit der hälftigen Aufteilung des Streitergebnisses war das Interesse der Y. an einem Forderungsbetrag von über Fr. 4'000.-- im Erfolgsfall gewahrt. Dem Beschwerdeführer kann daher auch bei der Vertragsgestaltung mit der X. keine unzulässige Interessenkollision vorgeworfen werden. Seine Tätigkeit in der Vermittlung der Finanzierungszusage lässt auch keine Gefährdung der Klienteninteressen erkennen.

3.3.4.

Zu der von der Anwaltskommission gerügten Doppelvertretung ist Folgendes zu ergänzen: Der Beschwerdeführer hat die X. AG nicht als Anwalt im Mandatsverhältnis vertreten. Der einzige Verwaltungsrat der Y. hat die Prozessfinanzierung mit hälftiger Beteiligung am Prozessergebnis angeregt und war über die X. AG und die Beziehungen des Beschwerdeführers zu dieser Firma orientiert. Das Vorgehen des Beschwerdeführers geschah im Wissen und Einverständnis der Y. Die Mandatsführung des Beschwerdeführers und die Vermittlung der Prozessfinanzierung erweist sich daher auch nach der allgemeinen beruflichen Sorgfaltspflicht (Art. 12 lit. a BGFA) nicht als unzulässig.

4.

Eine Verletzung der Berufsregeln könnte darin erblickt werden, wenn mit dem Prozessfinanzierungsvertrag und dem Verwaltungsratsmandat der X. AG das Verbot des Erfolgshonorars und der Beteiligung am Prozessgewinn (Art. 12 lit. e BGFA) umgangen worden wäre. Die Anwaltskommission macht, allerdings im Zusammenhang mit dem Verschulden, geltend, die Prozessfinanzierung hätte zumindest indirekt Auswirkungen auf das anwaltliche Honorar des Beschwerdeführers.

Eine Umgehung des genannten Verbots liegt dann vor, wenn der Anwalt als Verwaltungsrat gleichzeitig als Gründer und Grossaktionär der Träger der Gesellschaft ist. Das Verlieren des Prozesses würde damit nämlich im finanziellen Ergebnis eine verbotene Übernahme des Prozessrisikos bedeuten. Bei Obsiegen käme der Erfolg indirekt auch wieder dem Anwalt zu (vgl. BGE 98 Ia 144 Erw. 2d). Der Beschwerdeführer ist Verwaltungsratspräsident der X. AG. Gemäss Aktionärsverzeichnis wurde dem Beschwerdeführer eine Aktie zur treuhänderischen Führung als Qualifikationsaktie übergeben. Dies war bis zum 1. Januar 2008 aufgrund von Art. 707 OR obligatorisch. Aufgrund der Aktionärslage kann daher nicht von einer Umgehung des Verbots von Art. 12 lit. e BGFA gesprochen werden. Der Beschwerdeführer bezog als Verwaltungsratspräsident einen Fixbetrag von Fr. 1'500.--. Es bestehen daher keinerlei Anzeichen für ein Zusatzhonorar bei Obsiegen im Prozess oder einer direkten oder indirekten Beteiligung des Beschwerdeführers am Prozessergebnis.

50 Disziplinarverfahren; befristetes Berufsausübungsverbot.

- Weiterleiten von Kassibern ist - unabhängig von der strafrichterlichen Beurteilung - ein schwerer Verstoss gegen Art. 12 lit. a BGFA (Erw. 3).
- Wahl der geeigneten Sanktion (Erw. 4).
- Eine befristete Berufseinstellung kann auch für eine erstmalige Disziplinierung angemessen sein (Erw. 5)

Urteil des Verwaltungsgerichts, 4. Kammer, vom 13. Mai 2008 in Sachen X. gegen die Anwaltskommission (WBE.2008.46).

Aus den Erwägungen

3.

3.1.

Zur allgemeinen Berufspflicht des Anwalts gehört gemäss Art. 12 lit. a BGFA, dass der Beruf sorgfältig und gewissenhaft ausgeübt wird. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts umfasst die Generalklausel nicht nur das Verhalten zwischen Anwalt und Klient, sondern auch das Verhalten des Anwalts gegenüber Behörden, der Gegenpartei und der Öffentlichkeit (Fellmann, in: Walter Fellmann / Gaudenz Zindel [Hrsg.], Kommentar zum Anwaltsgesetz, Zürich / Basel / Genf 2005, Art. 12 N 12). In seiner Tätigkeit hat der Anwalt in erster Linie die Interessen seines Klienten zu wahren, ist aber den Zielen des Rechtsstaats verpflichtet. Auch wenn der Strafverteidiger seine Tätigkeit nicht am Strafverfolgungsinteresse des Staats auszurichten und in der Wahl der Verteidigungsmittel ein hohes Mass an Entscheidungsfreiheit hat, ist es ihm verwehrt, rechtswidrige Mittel zu ergreifen (Fellmann, a.a.O., Art. 12 N 37; Peter Noll, Die Strafverteidigung und das Disziplinarrecht der Rechtsanwälte, in: ZStr 1981, S. 181; BGE 106 Ia 100 Erw. 6b; Beschluss der Aufsichtskommission über die Rechtsanwälte des Kantons Zürich vom 1. Juni 1995, in: ZR 94/1995, S. 285 f.). Unstatthaft ist es insbesondere, die Ermittlungen der staatlichen Behörden aktiv und prozessordnungswidrig zu vereiteln, namentlich durch die Weiterleitung von Kassibern aus dem Gefängnis, welche den Tatbestand der Begünstigung erfüllen können (Peter Albrecht, in: Marcel Alexander Niggli / Philippe Weissenberger, Strafverteidigung, Basel 2002, Rz. 2.20, 2.39 und 2.45; Hansruedi Müller, Die Grenzen der Verteidigertätigkeit, in: ZStr 1996, S. 177).

3.2.

Der Beschwerdeführer hat seine Berufspflichten gemäss Art. 12 lit. a BGFA nicht nur durch die Widerhandlung gegen die über den freien Verkehr zwischen Strafverteidiger und Klient geltenden strafprozess- und verwaltungsrechtlichen Vorschriften verletzt (AGVE 1998, S. 96 ff.), sondern seine Handlungen erfüllten den Straftatbestand der versuchten Begünstigung gemäss Art. 305 Abs. 1

i.V.m. Art. 22 Abs. 1 StGB, teilweise i.V.m. Art. 23 Abs. 1 StGB. Der Umstand, dass es in der strafrechtlichen Beurteilung durch das Bezirksgericht Aarau bei vollendeten und untauglichen Versuchen blieb, vermag das pflichtwidrige Verhalten des Beschwerdeführers nur sehr eingeschränkt zu relativieren. Der Beschwerdeführer leitete die weit- aus überwiegende Anzahl der Schreiben ungeprüft weiter. Dass es im Strafurteil bei versuchtem (zwei Fälle) bzw. bei untauglichem Versuch (vier Fälle) der Begünstigung blieb, war allein dem dem Beschwerdeführer unbekanntem Inhalt der Schreiben und dem Umstand zuzuschreiben, dass die Ehefrau des Verhafteten die Anweisungen nicht befolgte. Somit ist erstellt, dass der Beschwerdeführer in objektiver Hinsicht durch das Weiterleiten der Briefe die Berufspflichten mehrfach und wiederholt verletzte und seine Handlungsweise den Straftatbestand der versuchten Begünstigung erfüllte.

4.

4.1.

Die disziplinarische Einstellung in der Berufsausübung ist eine der schwersten Sanktionen, welche sich nur bei schweren Widerhandlungen gegen die Berufsregeln rechtfertigen lässt. Auch ein befristetes Verbot ist nach der Rechtsprechung grundsätzlich nur im Wiederholungsfall gerechtfertigt (BGE vom 24. Februar 2006 [2A.177/2005], Erw. 4.1; BGE vom 11. Juni 2007 [2A.499/2006], Erw. 5.1). Bei der Wahl der geeigneten Sanktionen aus dem Katalog von Art. 17 BGFA ist der Einzelfall zu betrachten, wobei general- und spezialpräventive Aspekte für die Wahl und Bemessung der Sanktion massgebend sind. Die Sanktion hat grundsätzlich einen administrativen Charakter und dient dem Schutz des rechtssuchenden Publikums und der Wahrung des Ansehens der Anwaltschaft (BGE 128 I 346 Erw. 2.2 mit Hinweisen; Tomas Poledna, in: Kommentar zum Anwaltsgesetz, a.a.O., Art. 17 N 14 f.). Bei der Wahl und Bemessung der Sanktion steht der Anwaltskommission ein gewisser Ermessensspielraum zu, welcher durch das Verhältnismässigkeitsgebot eingeschränkt ist.

4.2.

Die Vorinstanz begründete das befristete Berufsverbot mit der Tatschwere und setzte die Dauer aufgrund der objektiven und der

persönlichen Umstände des Beschwerdeführers mit sechs Monaten fest. Auch für das Verwaltungsgericht ist der Missbrauch der Privilegien des Strafverteidigers im Verkehr mit Untersuchungsgefangenen ein schwerer Verstoss gegen die Berufspflichten. Besonders ins Gewicht fällt aber, dass sich der Beschwerdeführer auch der mehrfachen versuchten Begünstigung schuldig machte. Die besondere Tatsache einer strafrechtlichen Verurteilung in anwaltsrechtlicher Hinsicht findet ihre Begründung darin, dass eine fehlende strafrechtliche Verurteilung wegen Handlungen, die mit dem Anwaltsberuf nicht zu vereinbaren sind und die im Strafregisterauszug für Privatpersonen erscheinen, zu den persönlichen Voraussetzungen für den Registereintrag gehört (Art. 8 Abs. 1 lit. b BGFA). Der Gesetzgeber hat damit die Tätigkeit der Rechtsanwälte im Monopolbereich ausgeschlossen, wenn eine für den Rechtsanwaltsberuf relevante strafrechtliche Verurteilung im Strafregister erscheint. Ziel dieser Regelung ist der Schutz des Vertrauensverhältnisses. Das Vertrauensverhältnis, das zwischen einer Anwältin oder einem Anwalt und der Klientschaft bestehen muss, ist erheblich beeinträchtigt, wenn die Anwältinnen oder Anwälte aufgrund eines strafrechtlichen Vorlebens nicht vollumfänglich für Seriosität und Ehrenhaftigkeit in der Berufsausübung bürgen können.

Nicht jede strafrechtliche Verurteilung ist geeignet, dieses Vertrauensverhältnis zu beeinträchtigen; relevant sind nur solche Verurteilungen, die Auswirkungen auf die Ausübung des Anwaltsberufs haben (vgl. Bundesgesetz über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte vom 28. April 1999 [Botschaft BGFA], in: BBl 1999 IV 6050). Die Begünstigung eines Straftäters steht ebenso wie die Widerhandlung gegen die Bestimmungen über den freien Verkehr des Strafverteidigers mit seinem inhaftierten Klienten im Zusammenhang mit der anwaltlichen Tätigkeit. Der freie Verkehr zwischen Strafverteidiger und Klient ist ein zentrales Element seiner Unabhängigkeit von staatlichen Instanzen und bildet damit die Basis des Vertrauens zwischen Verteidiger und Klient. Dieses Vertrauen ist auch die Grundlage für eine wirksame Strafverteidigung von Inhaftierten, wie sie u.a. Art. 6 Ziff. 3 lit. b EMRK und Art. 32 Abs. 2 BV gewährleisten (vgl. dazu Mark E. Villiger, Handbuch der Europäischen

Menschenrechtskonvention [EMRK], 2. Auflage, Zürich 1999, Rz. 514 ff.; BGE 126 I 153 Erw. 4a). In diesem Sinne haben die Anwältinnen und Anwälte eine wichtige Funktion für die Gewährleistung korrekter rechtsstaatlicher Strafverfahren (vgl. BGE 130 II 270 Erw. 3.2.2 mit Hinweis; Fellmann, a.a.O., Art. 12 N 16 mit Hinweis) mit der entsprechenden Verpflichtung zur Rechtsstaatlichkeit gegenüber der Allgemeinheit. Strafbare Begünstigungshandlungen eines Strafverteidigers und der Missbrauch seiner Privilegien untergraben daher auch das Vertrauen der Allgemeinheit in die Anwaltschaft. Die Seriosität des Anwaltsstandes leidet auch aus der Sicht der Klienten, wenn sich Strafverteidiger über strafrechtliche Verbote hinwegsetzen. Fehlbare Anwältinnen und Anwälte bieten auch keine Gewähr dafür, dass sie sich im Mandatsverhältnis uneingeschränkt an die gesetzlichen Vorschriften und Berufsregeln halten. Auch wenn bei Straftaten gegen die Rechtspflege Zurückhaltung angebracht ist und es nicht darum gehen kann, den Strafbehörden unliebsame Strafverteidiger zu massregeln oder ihren Handlungsspielraum einzuschränken (Ernst Stähelin / Christian Oetiker, in: Kommentar zum Anwaltsgesetz, a.a.O., Art. 8 N 21), überschreitet die dem Beschwerdeführer anzulastende Verletzung der Berufsregeln die Schwelle eines leichten oder mittleren Vergehens. Die strafrechtliche Verurteilung beeinträchtigt die Vertrauenswürdigkeit des Beschwerdeführers sehr stark, und sie betrifft seine berufsspezifische Zutrauenswürdigkeit erheblich, weil seine Vergehen im Zusammenhang mit seiner Funktion als Rechtsanwalt und amtlicher Verteidiger stehen. Das befristete Berufsverbot ist in solchen Fällen in der Regel eine zutreffende Sanktion (vgl. den Entscheid der Aufsichtskommission über die Rechtsanwälte des Kantons Zürich vom 2. April 1980, in: ZR 80/1981, S. 17 ff.). Die Verwarnung und der Verweis sind für leichtere Pflichtverletzungen bestimmt und kommen daher vorliegend nicht in Betracht.

Die mit dem Strafregistereintrag bis August 2007 fehlende persönliche Voraussetzung für die Eintragung ins Anwaltsregister hat den Beschwerdeführer in seiner beruflichen Tätigkeit nicht eingeschränkt. Auch wenn im Zeitpunkt der vorinstanzlichen Beurteilung eine Löschung des Registereintrags infolge fehlender persönlicher

Voraussetzungen (Art. 9 BGFA) nicht mehr in Frage kam, kann der Beschwerdeführer aus diesem Umstand nichts zu seinen Gunsten ableiten. Die Wahl der Sanktion im Disziplinarverfahren wird durch die Voraussetzungen für den Registereintrag nicht eingeschränkt.

5.

5.1.

Die Vorinstanz hat in subjektiver Hinsicht das schwierige Mandatsverhältnis, die kurze Dauer der Anwaltstätigkeit, fehlende Eintragungen in der Disziplinarkontrolle und die Einsichtigkeit sowie das seitherige Wohlverhalten des Beschwerdeführers in Rechnung gestellt. Nicht massgeblich ist die Beurteilung durch das Bezirksgericht Aarau, da sich diese auf die strafrechtliche Würdigung beschränkte. Die vom Beschwerdeführer angeführte Belastung durch das Straf- und Disziplinarverfahren sowie die Pressepublizität, seine Einsicht und auch die Auswirkungen in finanzieller Hinsicht wurden von der Vorinstanz bereits zureichend berücksichtigt. Ein Strafverteidiger muss auch nach Auffassung des Verwaltungsgerichts in der Lage sein, mit manipulativen, aggressiven Mandanten umzugehen, oder das Pflichtmandat abgeben.

Den finanziellen Verhältnissen des Beschwerdeführers hat die Vorinstanz dadurch Rechnung getragen, dass sie auf die Aussprechung einer Busse verzichtete. Das befristete Berufsverbot beschränkt sich sodann auf die Monopoltätigkeit. Dem Beschwerdeführer sind die Beratungstätigkeit und die Anwaltstätigkeit im gerichtlichen Verfahren ausserhalb des Anwaltsmonopols während der Dauer des befristeten Berufsverbots gestattet. Er ist in einer Anwaltskanzlei mit mehreren Anwälten tätig, so dass organisatorische Möglichkeiten zu einer internen Arbeitsaufteilung bestehen.

Nicht zu folgen ist der Auffassung des Beschwerdeführers, dass die Tatschwere das Vertrauen des Klienten in seinen Anwalt nicht beschlägt. Ein Anwalt, der sich willentlich über die Anstaltsordnung und über strafrechtliche Schranken hinwegsetzt, verletzt das Klientenvertrauen selbst dann in schwerwiegender Weise, wenn er diese Handlungen im vermeintlichen Interesse seines Mandanten vornimmt. Der Klient kann daraus nur den Schluss ziehen, dass die Per-

sönlichkeit des Anwalts auch im Mandatsverhältnis solche Risiken nicht ausschliesst.

5.2.

Das Verschulden des Anwalts ist mit der Vorinstanz als sehr schwer zu qualifizieren. Insbesondere ins Gewicht fällt, dass der Beschwerdeführer die überwiegende Anzahl der Briefe, welche er weiterleitete, nicht einmal inhaltlich überprüfte und damit die elementarste Vorsichtmassnahme zur Vermeidung von Kollusions- und Begünstigungshandlungen unterliess. Auch der Umstand, dass der Beschwerdeführer Briefe der Ehefrau ohne jede Druckausübung in die Untersuchungshaft schmuggelte und auch diese Briefe mehrheitlich ungeprüft und im Wissen um die mögliche Strafbarkeit seines Verhaltens weiterleitete, lässt die im unteren Bereich des Strafrahmens von Art. 17 Abs. 1 lit. d BGFA angesetzte Dauer des Berufsverbots nicht als unverhältnismässig erscheinen. Eine strafrechtliche Verurteilung wegen fortgesetzter und wiederholter Handlungen, die mit dem Anwaltsberuf nicht zu vereinbaren sind (Art. 8 Abs. 1 lit. b BGFA), kann in der Regel auch nicht mehr als mittelschwere Pflichtverletzung nur mit Busse geahndet werden. Aussergewöhnliche Umstände, welche diese mildere Massnahme rechtfertigen könnten, werden vom Beschwerdeführer nicht geltend gemacht und sind auch aus den Akten nicht ersichtlich. Das Strafverfahren gegen den Klienten des Beschwerdeführers kann nicht als äusserst heikel oder schwierig bezeichnet werden. Die mangelnde Erfahrung und der behauptete grosse Leistungsdruck sind ohnehin nicht geeignet, den Beschwerdeführer zu entlasten.

5.3.

Die Beurteilung der Anwaltskommission der persönlichen Umstände des Beschwerdeführers trägt seinen subjektiven Einschränkungen und Belastungen wie der Zeitdauer seit den begangenen Verfehlungen angemessen Rechnung. Wird weiter in Betracht gezogen, dass der Beschwerdeführer weder im Straf- noch im Disziplinarverfahren eine plausible Erklärung dafür geben konnte, warum er sich zu diesem fortgesetzten und wiederholten pflichtwidrigen Verhalten verleiten liess, sich auch seinen Büropartnern gegenüber nicht über seine Situation offenbarte und bis zu seiner Anhaltung durch die Po-

lizei keinerlei Schritte unternahm, um vom strafbaren Verhalten Abstand zu nehmen, erscheint die befristete Berufseinstellung mit der Dauer von sechs Monaten auch unter spezialpräventiven Gesichtspunkten zwar für eine erstmalige Disziplinierung hart, aber angemessen. Auf jeden Fall liegt die Dauer noch im Rahmen des der Vorinstanz zustehenden Ermessens.

XI. Verwaltungsrechtspflege

51 Formelle Anforderungen an eine Beschwerde; Unterschrift.

- Die Unterschrift muss in räumlicher und zeitlicher Hinsicht nicht mit der Ausfertigung und dem Text zusammenfallen, solange der Bezug zur Beschwerdeschrift sichergestellt und die Identifikation gewährleistet ist (Erw. 2.1).
- Wird auf eine Beschwerde eines Laien, welche die genannten Voraussetzungen erfüllt, nicht eingetreten, liegt überspitzter Formalismus vor (Erw. 2.3).

Urteil des Verwaltungsgerichts, 4. Kammer, vom 13. Februar 2008 in Sachen V.T. gegen das Bezirksamt Brugg (WBE.2007.350).

Aus den Erwägungen

2.

2.1.

Gemäss § 39 Abs. 1 VRPG sind Beschwerden schriftlich bei der Beschwerdeinstanz einzureichen. Die Schriftlichkeit umfasst auch die Notwendigkeit einer eigenhändigen Unterschrift, obwohl das Gesetz dies nicht explizit verlangt (AGVE 1996, S. 386). Die Unterzeichnung der Rechtsmittelschrift dient vorab der Identifikation der handelnden Person. Durch die Unterschrift anerkennt der Erklärende seinen Willen und dem Umfang seiner Willenserklärung, d.h. zum Beschwerdeantrag und zur Begründung (vgl. BGE 119 III 6). Die Unterschrift muss in räumlicher und zeitlicher Hinsicht nicht mit der Ausfertigung und dem Text zusammenfallen, solange der Bezug zur Beschwerdeschrift sichergestellt und die Identifikation gewährleistet ist (Bruno Schmidlin, in: Berner Kommentar, Band VI/1, Bern 1986, Art. 13 OR, N 5). Die Unterschrift braucht deshalb nicht unterhalb des Textes platziert werden. Nach der Rechtsprechung genügt es,

wenn sie beispielsweise auf der Rückseite des Briefumschlages steht, der die entsprechende Erklärung enthält (AGVE 1985, S. 472 m.H.). Nach Merker muss die Unterschrift den Beschwerdetext abdecken, weshalb sie zu Beginn des Schriftsatzes oder auf einem separaten Schreiben in der Regel nicht genüge, es sei denn, der Bezug zur Beschwerde sei ohne weiteres ersichtlich (Michael Merker, Rechtsmittel, Klage und Normenkontrollverfahren nach dem aargauischen Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege [Kommentar zu den §§ 38-72 VRPG], Diss. Zürich 1998, § 39 N 3).

2.2.

Genügt die Beschwerdeschrift den formellen Anforderungen nicht, ist eine angemessene Frist zur Verbesserung anzusetzen, unter Androhung des Nichteintretens bei Unterlassung (§ 39 Abs. 3 VRPG).

2.3.

Der Beschwerdeführer hat seine Beschwerde vom 12. September 2007 nicht unterzeichnet. Die Vorinstanz hat daher zu Recht in Anwendung von § 39 VRPG dem Beschwerdeführer eine Nachfrist angesetzt. In seiner Eingabe vom 11. Oktober 2007 hat es der Beschwerdeführer unterlassen, eine unterzeichnete Kopie der Beschwerdeschrift nachzureichen. Indessen hat er die von der Vorinstanz mit gleicher Verfügung verlangten Unterlagen eingereicht und das Begleitschreiben zu dieser Eingabe unterzeichnet. Diese Unterschrift nimmt Bezug auf die Verfügung vom 13. September 2007 und damit auf das Beschwerdeverfahren, welches mit der Beschwerde vom 12. September 2007 eingeleitet wurde. Ein Zusammenhang dieser Eingabe zur Beschwerde ist damit erstellt (siehe oben Erw. 2.1). Zwar fehlt die formale Unterschrift unter dem Beschwerdetext, weil der Beschwerdeführer es versäumt hat, die unterzeichnete Kopie einzureichen. Indessen kann über die Identität des Beschwerdeführers ebenso wenig Zweifel bestehen wie über seinen Willen, die Beschwerdeanträge und ihre Begründung in der Beschwerdeschrift aufrecht zu halten. Die mit dem Formerfordernis bezweckte Rechtssicherheit und die Schaffung klarer Verhältnisse für das Beschwerdeverfahren sind damit gewährleistet. (...). Das aus dem Rechtsverweigerungsverbot bzw. dem Gebot von Treu und Glauben (Art. 9 und

Art. 29 Abs. 1 BV) nach der Praxis des Bundesgerichtes abgeleitete Verbot des überspitzten Formalismus richtet sich gegen eine prozessuale Formstrenge, die als exzessiv erscheint, durch kein schutzwürdiges Interesse gerechtfertigt ist, zum blossen Selbstzweck wird und die Verwirklichung des materiellen Rechts in unhaltbarer Weise erschwert oder gar verhindert. Überspitzter Formalismus kann sowohl in den angewendeten Formvorschriften des kantonalen Rechtes liegen als auch in den daran geknüpften Rechtsfolgen (BGE 127 I 31 E. 2a/bb S. 34; 125 I 166 E. 3a S. 170; 121 I 177 E. 2b/aa S. 179 f.; 119 Ia 4 E. 2a S. 6, je mit Hinweisen). Aus dem unterzeichneten Begleitbrief, mit welchem der Beschwerdeführer die mit der Instruktionsverfügung verlangten Unterlagen einreichte, ergibt sich zwanglos, dass er die Beschwerde aufrecht hielt und seine Beschwerdeschrift bestätigte. Indem die Vorinstanz auf die Beschwerde eines Laien nicht eingetreten ist, weil er seiner Eingabe ein unterzeichnetes Exemplar seiner Beschwerdeschrift nicht beigelegt hat, erweist sich der Entscheid als überspitzt formalistisch und widerspricht auch dem Grundsatz von Treu und Glauben (§ 3 Abs. 2 Satz 1 VRPG).

52 Anspruch auf unentgeltlichen Rechtsbeistand.

- **Unterschiedliche Anspruchsvoraussetzungen im Verfügungs- und Rechtsmittelverfahren.**

Urteil des Verwaltungsgerichts, 2. Kammer, vom 10. März 2008 in Sachen M. gegen das Departement Volkswirtschaft und Inneres (WBE.2008.1).

Aus den Erwägungen

1.

Der Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege hat Verfassungsrang (Art. 29 Abs. 3 BV; § 22 Abs. 2 KV). § 35 Abs. 2 und 3 VRPG konkretisieren diesen Anspruch für das Verfahren vor den Verwaltungs- und Verwaltungsjustizbehörden (§ 1 Abs. 1 VRPG; vgl. auch AGVE 1984, S. 419 ff.). Danach kann den Verfahrensbeteiligten die Bezahlung von Kosten und die Leistung von Kostenvorschüssen er-

lassen werden, wenn ihnen die nötigen Mittel fehlen und ihr Begehren nicht offenbar aussichtslos ist; wo die Schwere einer Massnahme oder die Rechtslage es rechtfertigt, kann auch ein unentgeltlicher Rechtsvertreter bestimmt werden. Die Formulierung schliesst Verfahren, die von Amtes wegen eingeleitet wurden, nicht aus, kann doch der in ein solches Verfahren einbezogene Private auch dort Begehren stellen. Es entspricht denn auch konstanter Rechtsprechung des Bundesgerichts, den Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, insbesondere denjenigen auf die vorliegend in Frage stehende unentgeltliche Verbeiständung, bei gegebenen Voraussetzungen in jedem staatlichen Verfahren zu bejahen, "in das der Gesuchsteller einbezogen wird oder das zur Wahrung seiner Rechte notwendig ist" (BGE 130 I 182; 128 I 227; vgl. auch AGVE 2002, S. 100). Zum gleichen Schluss führt die systematische Stellung von § 35 VRPG im 2. Abschnitt des VRPG mit dem Titel "Allgemeine Verfahrensvorschriften", welcher grundsätzlich für alle erstinstanzlichen Verwaltungsverfahren (Verfügungsverfahren) ebenso wie für die verwaltungsinternen und die gerichtlichen Beschwerdeverfahren Anwendung findet.

Die unterschiedliche Ausgestaltung des Verfügungs- und des Rechtsmittelverfahrens erfordert indessen eine differenzierte Prüfung der beiden vorliegend strittigen Voraussetzungen der Notwendigkeit des Beizugs eines Vertreters (nachstehend Erw. 2) und der Nichtaussichtslosigkeit des Rechtsbegehrens. Die Mittellosigkeit ist aufgrund der vorliegenden Akten gegeben.

2.

2.1.

2.1.1.

Im *Verfügungsverfahren* geht es darum, die für den eigenen Standpunkt sprechenden Fakten und Argumente in das Verfahren einzubringen. Der geltende Untersuchungsgrundsatz (§ 20 VRPG) stellt keineswegs sicher, dass alle gegen die Anordnung der Behörde sprechenden Gesichtspunkte im Verfahren berücksichtigt werden; dies schon allein deshalb, weil sie in vielen Konstellationen keine Kenntnis davon hat. Entsprechend bejaht das Bundesgericht die Notwendigkeit eines unentgeltlichen Rechtsvertreters auch in den vom

Untersuchungsgrundsatz beherrschten Verfahren (Entscheid des Bundesgerichts vom 23. Januar 2007 [2P.295/2006], Erw. 2.4; siehe auch BGE 130 I 183 f.):

"Dass in einem Verfahren die Official- bzw. Untersuchungsmaxime zur Anwendung gelangt, lässt eine anwaltliche Vertretung der am Verfahren Beteiligten nicht ohne weiteres als unnötig erscheinen. Die Erfahrung zeigt, dass ein schlecht begonnenes Verfahren später nur sehr schwer in die richtige Bahn zu bringen ist. Abgesehen davon, dass die Untersuchungsmaxime allfällige Fehlleistungen der Behörde nicht zu verhindern vermag, ist sie auch nicht unbegrenzt. Sie verpflichtet die Behörde zwar, von sich aus alle Elemente in Betracht zu ziehen, die entscheidungswesentlich sind, und unabhängig von den Anträgen der Parteien Beweise zu erheben. Diese Pflicht entbindet die Beteiligten indessen nicht davon, durch Hinweise zum Sachverhalt oder Bezeichnung von Beweisen am Verfahren mitzuwirken." (Zitate weggelassen)

Im Verfügungsverfahren ist deshalb für die Prüfung der Notwendigkeit der Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsvertreters insbesondere von Bedeutung, wie weit der Betroffene gemessen an Intelligenz, Bildungsniveau, Sprachkenntnis und Kenntnis der wesentlichen rechtlichen und tatsächlichen Gegebenheiten die entscheidungswesentlichen Punkte überhaupt erkennen und durch Mitwirkung im Verfahren das für ihn Sprechende einbringen kann.

2.1.2.

Im *Rechtsmittelverfahren* kann der Betroffene demgegenüber aufgrund der erstinstanzlichen Verfügung (zumindest wenn diese korrekt und ausreichend begründet ist) erheblich besser erkennen, gegen welche Sachverhaltsfeststellungen er sich wehren muss und was er für seine Interessenwahrung vorbringen kann. Dieser Vereinfachung stehen indessen als Erschwernis die im Rechtsmittelverfahren zu beachtenden Verfahrensvorschriften und prozessualen Formen, die im Verfügungsverfahren kaum Gewicht haben, gegenüber.

2.1.3.

Daraus ergibt sich, dass die unentgeltliche Verbeiständung im Verfügungsverfahren vor allem im Hinblick auf die materiell-rechtlichen Aspekte und im Rechtsmittelverfahren zusätzlich - gegebenen-

falls sogar vorwiegend - im Hinblick auf die formellen Aspekte indiziert sein kann.

2.2.

Der Anspruch auf einen unentgeltlichen Rechtsvertreter im Verfügungsverfahren gilt nicht uneingeschränkt. Ohne zwischen Verfügungs- und Rechtsmittelverfahren zu differenzieren, umschreibt das Bundesgericht die Schranken wie folgt (vgl. BGE 130 I 182 f. mit Hinweisen):

"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."

Das Bundesgericht differenziert somit bei der Beurteilung, wann in einem (tatsächlich oder rechtlich schwierigen) Verfahren die Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsvertreters notwendig ist, danach, ob besonders stark in die Rechtsposition des Betroffenen eingegriffen wird oder ob das Verfahren für diesen zwar ebenfalls folgenswer, aber doch weniger einschneidend erscheint. Trifft Letzteres zu, so stellt das Bundesgericht zusätzlich auf die Fähigkeiten des Betroffenen ab, sich selbst zur Wehr zu setzen. Auf das Verfügungsverfahren übertragen ist in diesem Zusammenhang von Relevanz, wie weit der Betroffene aufgrund seiner Fähigkeiten imstande erscheint, die entscheidewesentlichen Punkte zu erkennen und die für ihn sprechenden Aspekte ins Verfahren einzubringen. Dabei ist ihm die Unterstützung, die ihm von Gesetzes oder von Vertrags wegen zusteht, anzurechnen. Zu denken ist hier etwa an gesetzliche Vertreter (Vormund/Beistand) (vgl. dazu Alfred Bühler, in: Kommentar zur aargauischen Zivilprozessordnung, 2. Aufl., Aarau/Frankfurt a.M./Salzburg 1998, § 126 N 6) oder an die Hilfe von Beratungsstellen. Zusätzlich zu berücksichtigen ist, welche später nur noch schwer zu

behebenden Nachteile ein ungeeignetes Handeln im Verfügungsverfahren mit sich bringen kann. Diese sind insbesondere dann erheblich, wenn im Rechtsmittelverfahren das Vorbringen neuer Tatsachenbehauptungen, Beweismittel und Argumente eingeschränkt ist.

53 Verfahrensleitende Zwischenentscheide.

- Voraussetzungen für eine selbständige Anfechtbarkeit.

Urteil des Verwaltungsgerichts, 4. Kammer, vom 19. März 2008 in Sachen H. AG und Z. AG gegen den Regierungsrat (WBE.2007.396).

Aus den Erwägungen

3.

3.1.

Verfahrensleitende Zwischenentscheide sind in der Regel nicht selbständig anfechtbar. Nach der Praxis des Verwaltungsgerichts können verfahrensleitende Zwischenentscheide nur angefochten werden, wenn ein nicht wieder gutzumachender Nachteil droht (grundlegend AGVE 1971, S. 334; 1991, S. 195; vgl. Kasuistik bei Michael Merker, Rechtsmittel, Klage und Normenkontrollverfahren nach dem aargauischen Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege [Kommentar zu den §§ 38-72 VRPG], Diss. Zürich 1998, § 38 N 59).

3.2.

Die Beschwerdeführerin begründet den Nachteil mit der Verweigerung einer "angemessenen, rechtsstaatlichen Ansprüchen genügenden Mitwirkung am vorinstanzlichen Verfahren," da es ihr angesichts des Aktenumfangs unmöglich sei, innert der durch die Feiertage verkürzten Frist ihr Recht auf Akteneinsicht und Mitwirkung sachgerecht auszuüben. Sie habe nach unbenutztem Fristablauf ihr Recht auf Anhörung und Mitwirkung am Verfahren verwirkt, und dieser Nachteil könne auch durch ein Rechtsmittel gegen den Endentscheid nicht mehr behoben werden.

3.3. (...)

3.4.

Lehre und Rechtsprechung verneinen den nicht wieder gutzumachenden Nachteil, wenn die betreffende Anordnung mit dem in der Sache ergehenden Endentscheid angefochten werden kann und die Wirkungen sich durch den Endentscheid voll beseitigen lassen (BGE 133 III 629 Erw. 2.3; 126 I 97 Erw. 1b; AGVE 1989, S. 313 mit Hinweisen; Merker, a.a.O., N 50 zu § 44). Ein derartiger Sachverhalt liegt hier vor. Die Vorinstanz hat der Beschwerdeführerin Akteneinsicht gewährt und ihr in Anwendung von § 39 Abs. 3 VRPG eine Frist von 20 Tagen zur Beschwerdeergänzung angesetzt. Die von der Beschwerdeführerin vorgebrachten Rügen wegen Verletzung der Verfahrensgarantien und die damit im Zusammenhang geltend gemachten Nachteile der zu kurzen Frist, deren Nichterstreckbarkeit und bei der Gewährung der Akteneinsicht können von der Beschwerdeführerin uneingeschränkt mit Beschwerde gegen den Endentscheid des Regierungsrates beim Verwaltungsgericht vorgebracht werden (§ 52 i.V.m. § 56 Abs. 1 VRPG). Die behaupteten Nachteile sind auch hinsichtlich ihrer verfahrensmässigen Auswirkungen im verwaltungsgerichtlichen Verfahren vollständig behebbar. Insbesondere können allfällige Einschränkungen des Akteneinsichtsrechts und des Anspruchs auf rechtliches Gehör im Hauptverfahren vollständig korrigiert werden, so dass der Beschwerdeführerin aus der angefochtenen Fristansetzung keinerlei Nachteile rechtlicher oder tatsächlicher Natur entstehen. Damit scheidet selbst die blossе Möglichkeit eines nicht wieder gutzumachenden Nachteils aus. In diesem Sinne ist auch eine vollständige Verweigerung des Akteneinsichtsrechts für sich allein kein anfechtbarer Zwischenentscheid (Alfred Kölz / Jörg Bosshart / Martin Röhl, Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 2. Auflage, Zürich 1999, § 19 Rz. 50). Zutreffend ist schliesslich der Hinweis der Beschwerdegegner, dass im Hauptverfahren der Untersuchungsgrundsatz (§ 20 VRPG) uneingeschränkt gilt, weshalb Neuerungen auch nach Ablauf der Beschwerdefrist oder behördlicher Fristen in das Hauptverfahren eingebracht werden können (vgl. AGVE 1986, S. 210 f.).

3.5.

Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass das Verwaltungsgericht auf die vorliegende Beschwerde gegen den prozessleitenden Entscheid der Vorinstanz nicht eintreten darf.

54 Beschwerdelegitimation.

- Beschwerdelegitimation der Gemeinde in Sozialhilfesachen.

Urteil des Verwaltungsgerichts, 4. Kammer, vom 20. Juni 2008 in Sachen Einwohnergemeinde X. gegen das Bezirksamt Aarau (WBE.2008.79).

Aus den Erwägungen

2.

Die als Vorinstanz am Verfahren beteiligte Behörde kann nur dann Beschwerde führen, wenn sie ein eigenes Interesse hat oder ihr die Beschwerdebefugnis durch besondere Bestimmungen verliehen worden ist (§ 58 Abs. 4 SPG i.V.m. § 38 Abs. 2 VRPG; Michael Merker, Rechtsmittel, Klage und Normenkontrollverfahren nach dem aargauischen Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege [Kommentar zu den §§ 38-72 VRPG], Diss. Zürich 1998, § 38 N 205).

Ein eigenes Interesse des Gemeinderats als Behörde ist nicht ersichtlich und wird in der Beschwerde auch nicht geltend gemacht (vgl. AGVE 1989, S. 307 f.). Hingegen handelt der Gemeinderat für die Einwohnergemeinde X. als verpflichtete Wohnsitzgemeinde i.S.v. § 6 Abs. 1 SPG. Letztere hat am Ausgang des Beschwerdeverfahrens ein schutzwürdiges eigenes Interesse, weil die vorgetragene Rügen zu einem für sie günstigeren Verfahrensausgang führen könnten (AGVE 1990, S. 329 mit Hinweisen). Sie ist damit zur Beschwerdeführung legitimiert (vgl. zum Ganzen: AGVE 1991, S. 363).

55 Noven im Rückweisungsverfahren.

- Eine Rückweisung bewirkt, dass das Verfahren in den Zustand vor Erlass des aufgehobenen Entscheids zurückversetzt wird.

- **In einem Rückweisungsverfahren hat die Instanz, an welche das Verfahren zurückgewiesen wird, gestützt auf den Untersuchungsgrundsatz alle bis zum Zeitpunkt ihres erneuten Entscheids eingegangenen Beweismittel zu berücksichtigen.**

Urteil des Verwaltungsgerichts, 4. Kammer, vom 26. Juni 2008 in Sachen H.W. gegen das Departement Finanzen und Ressourcen (WBE.2007.359).

Aus den Erwägungen

- 3.
- 3.1. (...)
- 3.2.

Wie erwähnt, hat der Beschwerdeführer im Verwaltungsgerichtsverfahren WBE.2006.391 die Steuererklärung 2005 sowie die definitive Steuerveranlagung 2005 eingereicht. Im Gegensatz zum Entscheid vom 3. Oktober 2006 standen dem DFR im Zeitpunkt seines Entscheids vom 24. Oktober 2007 somit Unterlagen zur persönlichen Vermögenssituation des Beschwerdeführers zur Verfügung. Diese Beweismittel hatte die Vorinstanz gestützt auf den Untersuchungsgrundsatz (§ 20 Abs. 1 VRPG) in ihrem Entscheid zu berücksichtigen, zumal im Verfahren betreffend Steuererlass kein Novenverbot gilt (Andreas Schorno / Bernhard Meier, in: Marianne Klöti-Weber / Dave Siegrist / Dieter Weber [Hrsg.], Kommentar zum Aargauer Steuergesetz, Band 2, 2. Auflage, Muri/Bern 2004, § 231 N 2 und 8; Michael Merker, Rechtsmittel, Klage und Normenkontrollverfahren nach dem aargauischen Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege [Kommentar zu den §§ 38-72 VRPG], Diss. Zürich 1998, § 39 N 45 ff.), wie dies im Verfahren der Ermessensveranlagung der Fall ist (vgl. § 194 Abs. 2 StG; Martin Plüss, in: Kommentar zum Aargauer Steuergesetz, a.a.O., § 194 N 5 ff.). Das verspätete Vorbringen von Beweismitteln kann im Kostenpunkt, nicht aber im materiellen Entscheid berücksichtigt werden (Merker, a.a.O., § 39 N 45). Indem die Vorinstanz auf die vom Beschwerdeführer eingereichten Beweismittel

mittel nicht eingegangen ist, hat sie das rechtliche Gehör des Beschwerdeführers verletzt.

Zum Vorbringen der Vorinstanz, wonach es nicht angehe, dass der Beschwerdeführer über den Umweg eines Verwaltungsgerichtsverfahrens eine unterlassene, aber zumutbare Mitwirkung nachholen könne, ist erneut darauf hinzuweisen, dass die Rückweisung durch das Verwaltungsgericht bewirkt, dass das Verfahren in den Zustand vor Erlass des aufgehobenen Entscheids zurückversetzt wird. Diese Rechtslage besteht unabhängig vom Grund der Rückweisung. Bei ihrem erneuten Entscheid hatte die Vorinstanz alle bis zu diesem Zeitpunkt eingereichten Beweismittel zu berücksichtigen, selbst wenn sie im Verlaufe eines verwaltungsgerichtlichen Beschwerdeverfahrens gemäss § 53 VRPG ins Recht gelegt wurden (vgl. Alfred Kölz / Jürg Bosshart / Martin Röhl, VRG, Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 2. Auflage, Zürich 1999, § 20 N 42). Dieser Grundsatz gilt gleichermassen für alle Beschwerdeführer, weshalb nicht ersichtlich ist, inwiefern er gegen das Rechtsgleichheitsgebot verstösst.

56 Immissionsbeschwerde.

- **Die Beschwerdelegitimation fehlt, wenn der Lärm einer bestehenden Anlage deutlich unter dem Planungswert liegt.**

Urteil des Verwaltungsgerichts, 3. Kammer, vom 22. August 2008 in Sachen K. und F. gegen IG Schützen Gippingen (WBE.2007.267).

Sachverhalt

Die Beschwerdegegnерinnen betreiben in der Gemeinde Gippingen einen Pistolenschiessstand. Die Beschwerdeführer wehren sich gegen Immissionen, die mit dem Betrieb dieser Anlage verbunden sind.

Aus den Erwägungen

- 1.
- 1.1.-1.2. (...)
- 1.3.

Verfügungen und Entscheide kann jedermann durch Beschwerde anfechten, der ein schutzwürdiges eigenes Interesse geltend macht (§ 38 Abs. 1 VRPG).

Nach Art. 33 Abs. 3 lit. a RPG gewährleistet das kantonale Recht die Legitimation mindestens im gleichen Umfang wie für die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten an das Bundesgericht. Die Auslegung von § 38 Abs. 1 VRPG hat sich deshalb an die bundesrechtlichen Vorgaben zu halten: Das Bundesgericht verzichtet darauf, hinsichtlich der Legitimation zur Anfechtung von Bauprojekten auf bestimmte räumliche Distanzen oder andere fixe Werte abzustellen. Für die Beurteilung der Beschwerdelegitimation sind der auf dem betreffenden Grundstück tatsächlich wahrgenommene bzw. mit Sicherheit oder grosser Wahrscheinlichkeit zu befürchtende Lärm sowie das allgemeine Geräuschniveau in der Umgebung von Bedeutung, wobei gemäss Art. 8 USG die Lärmeinwirkungen sowohl einzeln als auch gesamthaft und nach ihrem Zusammenwirken in die Beurteilung miteinzubeziehen sind (AGVE 2000, S. 368 f. und BGE 121 II 174 je mit Hinweisen; Heinz Aemisegger / Stephan Haag, in: Kommentar zum Bundesgesetz über die Raumplanung, Zürich 1999, Art. 33 RPG N 40 ff. [mit umfangreicher Kasuistik]). Die Beschwerdelegitimation ist nach bundesgerichtlicher Praxis nicht erst dann gegeben, wenn die Belastung die Alarm- oder Immissionsgrenzwerte erreicht (BGE vom 9. Juni 1992 [1A.255/1991], in: URP 1992, S. 626 f.; BGE 119 Ib 184 mit Hinweis; BGE vom 3. April 2001 [1A.310/2000 und 1P.754/2000], in: ZBl 2002, S. 371 f.; AGVE 2000, S. 368 f.; VGE III/81 vom 23. September 2004 [BE.2003.00326], S. 9). Es ist unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls zu prüfen, ob die streitige Anlage bzw. die Lärm verursachende Tätigkeit auf dem Grundstück des Beschwerdeführers zu Immissionen führt, die deutlich wahrnehmbar und von ihrer Art und Intensität so beschaffen sind, dass sie

auch bei objektiver Betrachtungsweise als Nachteil empfunden werden müssen; eine besondere subjektive Empfindlichkeit des Betroffenen verdient keinen Rechtsschutz (BGE vom 3. April 2001 [1A.310/2000 und 1P.754/2000], in: ZBl 2002, S. 371 f.; VGE III/81 vom 23. September 2004 [BE.2003.00326], S. 9; ähnlich BGE 121 II 178; 110 Ib 102; BGE vom 9. Juni 1992 [1A.255/1991], in: URP 1992, S. 627). Offen gelassen hat das Bundesgericht, ob zur Beurteilung der Frage, ob Lärmeinwirkungen einen Betroffenen in beachtenswerter Masse besonders treffen, auf die Planungswerte abgestellt werden kann, die unter den Immissions- und Alarmwerten liegen. Für ein solches Vorgehen spricht, dass die Planungswerte ein Instrument der Lärmvorsorge darstellen (vgl. BGE vom 9. Juni 1992 [1A.255/1991], in: URP 1992, S. 627).

In einem vorangegangenen Verfahren hat das Verwaltungsgericht die Legitimation der Beschwerdeführer anerkannt. Es erwog in seinem Entscheid vom 20. April 2004, die Liegenschaft «X.» befände sich im Bereich der Belastungsgrenzwerte (Planungswert von 60 dB[A] und Immissionsgrenzwert von 65 dB[A]). Für die rund 180 m weiter entfernte Liegenschaft «Y.» (Liegenschaft der Beschwerdeführer) könne nicht ausgeschlossen werden, dass deren Bewohner - objektiv betrachtet - ebenfalls störenden Lärmimmissionen ausgesetzt seien (VGE III/24 vom 20. April 2004 [BE.2003.00102], S. 8 f.). Der Schiessstand wurde jedoch zwischenzeitlich lärmässig saniert bzw. mit einer Lärmschutzwand versehen, weshalb die Frage der Legitimation heute unter einem neuen Licht erscheint.

Die Beschwerdegegnerinnen haben gestützt auf die Lärmmessung vom 7. Oktober 2005 und vom März 1992 für den Empfangspunkt «X.» nach eigenen Berechnungen vom 30. November 2007 einen Beurteilungspegel von 54.4 dB(A) (richtig wohl 54.1 dB[A]) ermittelt. Die Distanz zwischen dem Schützenhaus und der Liegenschaft «X.» beträgt rund 150 m. Die Distanz zwischen dem Schützenhaus und der Liegenschaft der Beschwerdeführer (Y.) beträgt rund 320 m. Unter Berücksichtigung der geometrischen Dämpfung (...) resultiert bei der Liegenschaft der Beschwerdeführer ein Beurteilungspegel von 47.5 dB(A), der deutlich unter dem massgebenden Planungswert von 60 dB(A) liegt (vgl. zur Formel Kurt Eggen-

schwiler, Grundlagen der Akustik und Lärmbekämpfung, Unterlagen zum ERFA-Seminar vom 25. Februar 2002, S. 7). Generell reduzieren sich die für den Empfangspunkt «X.» gemessenen Schallpegel allein schon wegen der grösseren Distanz zwischen der Quelle und dem Empfangspunkt «Y.» um 6.58 dB(A).

(...)

Weil der Beurteilungspegel am Immissionsort im konkreten Fall den Planungswert nachweislich und deutlich unterschreitet, kann aus objektivierter Sicht nicht mehr von einer relevanten Beeinträchtigungsmöglichkeit bzw. einem rechtserheblichen Nachteil gesprochen werden.

(...)

Die Vorinstanz hat die Legitimation der Beschwerdeführer somit zu Recht verneint. Soweit sich die Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen den angefochtenen Nichteintretensentscheid richtet, ist sie abzuweisen. (...)

57 Rechtliches Gehör.

- **Gewährung des rechtlichen Gehörs in dringenden Fällen.**

Urteil des Verwaltungsgerichts, 4. Kammer, vom 15. September 2008 in Sachen X. gegen den Regierungsrat (WBE.2008.220).

Aus den Erwägungen

1.

1.1.

Die Beschwerdeführerin macht eine Verletzung elementarer Verfahrensrechte geltend und verlangt die Wiedererteilung der aufschiebenden Wirkung wegen Verletzung des rechtlichen Gehörs. Ihr sei keine Einsicht in sämtliche Akten gewährt worden und sie habe zur beabsichtigten Disziplinar massnahme der Verwaltung nicht Stellung nehmen können. Die Eröffnung der Massnahme an "Ort und Stelle" könne nicht als Gewährung des rechtlichen Gehörs bezeichnet werden.

1.2.

Der Umfang des Anspruchs auf rechtliches Gehör wird zunächst durch die kantonalen Verfahrensvorschriften umschrieben. Erst wo sich dieser Rechtsschutz als ungenügend erweist, greifen die unmittelbar aus Art. 29 Abs. 2 BV folgenden bundesrechtlichen Minimalgarantien Platz (BGE 129 I 232 Erw. 3.2 mit Hinweisen; 124 I 241 Erw. 2; AGVE 2003, S. 155 mit Hinweisen).

Der Anspruch auf rechtliches Gehör umfasst insbesondere den Anspruch auf Anhörung vor Erlass einer Verfügung oder eines Entscheids. Den Betroffenen ist Gelegenheit zu geben, sich in Kenntnis des Sachverhalts (§ 15 Abs. 2 VRPG) mündlich oder schriftlich zu äussern, wenn dies besonders vorgeschrieben ist oder wenn ihnen Nachteile erwachsen könnten, die durch nachträgliche Aufhebung der Verfügung oder des Entscheids nicht wieder zu beseitigen wären (§ 15 Abs. 1 VRPG). Der aus Art. 29 Abs. 2 BV abgeleitete Anspruch auf rechtliches Gehör umfasst die Rechte der Parteien auf Teilnahme am Verfahren und auf Einflussnahme auf den Prozess der Entscheidungsfindung. In diesem Sinne dient das rechtliche Gehör einerseits der Sachaufklärung, andererseits stellt es ein persönlichkeitsbezogenes Mitwirkungsrecht beim Erlass eines Entscheids dar, der in die Rechtsstellung des Einzelnen eingreift. Dazu gehört auch das Recht, an der Erhebung wesentlicher Beweise mitzuwirken oder sich zumindest zum Beweisergebnis zu äussern, wenn dieses geeignet ist, den Entscheid zu beeinflussen (BGE 124 I 241 Erw. 2 mit Hinweisen). Das Äusserungsrecht hat eine Hinweis- und Warnfunktion, indem es vor überraschenden Entscheidungen schützt und so Ausdruck eines fairen Verfahrens ist (Michele Albertini, *Der verfassungsmässige Anspruch auf rechtliches Gehör im Verwaltungsverfahren des modernen Staates*, Bern 2000, S. 259 mit Hinweisen; AGVE 2003, S. 155; 2000, S. 292, je mit Hinweisen).

1.3.

Die Inspektion fand am 20. Juni 2008 in der Praxis der Beschwerdeführerin statt. Sie begann um 09.00 Uhr und dauerte bis 11.30 Uhr. Der Beschwerdeführerin wurde das Vorgehen bei Beginn erläutert und begründet. Die Beschwerdeführerin erklärte sich mit dem Vorgehen einverstanden. Nach der Besichtigung der Praxis-

räumlichkeiten fand die Befragung der Beschwerdeführerin durch den Kantonsarzt statt, eine Juristin des Rechtsdienstes des DGS befragte die medizinische Praxisassistentin. Themen der Befragung der Beschwerdeführerin waren die Schwangerschaftsabbrüche in der Klinik Z., die Operationen in der Praxis und in der Klinik sowie einzelne Operationsberichte. Die Beschwerdeführerin hat sich zu den Vorhalten geäußert und auch zur Missachtung des Operationsverbots Stellung genommen. Mündlich eröffnete der Kantonsarzt der Beschwerdeführerin anschliessend die Einleitung des Disziplinarverfahrens und den vorsorglichen Entzug der Berufsausübungsbewilligung wie auch den Entzug der Suspensivwirkung einer allfälligen Beschwerde.

Die angefochtene (schriftliche) Verfügung vom 20. Juni 2008 wurde der Beschwerdeführerin im Anschluss an die Praxisinspektion gleichentags per Fax zugestellt.

1.4.

Aus den vorstehenden Erwägungen folgt, dass die Verfahrensgarantien der Beschwerdeführerin gewahrt wurden. Sie konnte sich insbesondere zum massgeblichen Sachverhalt, die Missachtung des Verbotes jeglicher operativer Eingriffe, äussern und auch zum vorsorglichen Berufsausübungsverbot Stellung nehmen. Angesichts der in Frage stehenden Missachtung eines rechtskräftigen Verbots zur Durchführung operativer Tätigkeiten ist auch nicht zu beanstanden, dass der Beschwerdeführerin die Praxisinspektion, deren Gegenstand und die allfällige Einleitung des Disziplinarverfahrens nicht vor dem 20. Juni 2008 angekündigt wurde. Nachdem die Meldungen der Strafverfolgungsbehörden eindeutige Anhaltspunkte für eine Missachtung des Operationsverbots enthielten, war die Praxisinspektion unangemeldet durchzuführen. Für die Gewährung des rechtlichen Gehörs und der Mitwirkungsrechte genügte es unter diesen Umständen, dass die Beschwerdeführerin an der Praxisinspektion teilnehmen und sich zu den Feststellungen des Kantonsarztes, zum vorgesehenen vorsorglichen Verbot der Berufsausübung sowie zum Entzug des Suspensiveffekts äussern konnte (vgl. BGE 113 Ia 81 Erw. 3a mit Hinweisen; § 15 Abs. 1 VRPG).

Anlässlich der Praxisinspektion ergab sich, dass die Operation der Patientin U. am 25. Juni 2008 in der Praxis geplant war, sodass die Aufsichtsbehörde zu "raschem Handeln" verpflichtet war. Die mündliche Eröffnung der vorgesehenen Massnahme und die Zustellung der schriftlichen Verfügung - im Einverständnis der Beschwerdeführerin mittels Telefax - am gleichen Tag sind daher nicht zu beanstanden. Steht eine Gefährdung, insbesondere von polizeilichen Schutzgütern unmittelbar bevor, kann eine vorgängige Anhörung unterbleiben (§ 15 Abs. 3 VRPG; Albertini, a.a.O., S. 308 f. mit Hinweisen).

58 Formelle Anforderungen an einen Beschwerderückzug.

- **Ein Beschwerderückzug hat schriftlich zu erfolgen (Bestätigung der Rechtsprechung).**

Urteil des Verwaltungsgerichts, 4. Kammer, vom 20. Dezember 2007 in Sachen A.Z. gegen das Bezirksamt Baden (WBE.2007.238).

Aus den Erwägungen

2.

2.1.

Der Beschwerdeführer hat auf Grund der Dispositionsmaxime die Möglichkeit seine Beschwerde zurückzuziehen. Der Widerruf muss ausdrücklich erfolgen; eine stillschweigende Rückzugserklärung gibt es nicht. Grundsätzlich ist der Beschwerderückzug unwiderruflich und beendet den Streitfall unverzüglich (Michael Merker, Rechtsmittel, Klage und Normenkontrollverfahren nach dem aargauischen Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege [VRPG] vom 9. Juli 1968, Zürich 1998, § 58 N 4). Die Angelegenheit ist sodann von der zuständigen Geschäftsstelle abzuschreiben. Der Abschreibungsbeschluss hat deklaratorischen Charakter, kann jedoch mit der Begründung angefochten werden, die Rückzugserklärung genüge den formellen Anforderungen nicht oder der Rückzug beruhe auf einem Willensmangel (BGE 109 V 234 Erw. 3).

2.2.

Gemäss Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts sind an eine Rückzugserklärung dieselben formellen Anforderungen wie an die Einlegung eines Rechtsmittels zu stellen. Das heisst, dass ein Rückzug schriftlich zu erfolgen hat (AGVE 1985, S. 471). Nach Merker, der diese Rechtsprechung kritisiert, können Erklärungen der Verfahrensbeteiligten auch mündlich zu Protokoll abgegeben werden (Merker, a.a.O., § 58 N 4). Vorliegend sind jedoch keine Gründe ersichtlich, die verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung zu ändern.

59 Rechtliches Gehör.

- **Anspruch auf Beweisabnahme (Erw. 3).**
- **Gewährung des rechtlichen Gehörs im Zusammenhang mit einem Augenschein (Erw. 4).**

Urteil des Verwaltungsgerichts, 4. Kammer, vom 23. Dezember 2008 in Sachen Einwohnergemeinde X. gegen das Bezirksamt Bremgarten (WBE.2008.315).

Aus den Erwägungen

3.

3.1.

Zum rechtlichen Gehör gehört u.a. das Recht der Verfahrensbeteiligten, sich vor Erlass eines in ihre Rechtsstellung eingreifenden Entscheids zur Sache zu äussern, erhebliche Beweise beizubringen, Einsicht in die Akten zu nehmen, mit erheblichen Beweisunterlagen gehört zu werden und an der Erhebung wesentlicher Beweise entweder mitzuwirken oder sich zumindest zum Beweisergebnis zu äussern, wenn dieses geeignet ist, den Entscheid zu beeinflussen (BGE 126 I 15 Erw. 2a/aa; 124 I 49 Erw. 3a; 124 I 241 Erw. 2, je mit Hinweisen).

Aus dem Gehörsrecht ergibt sich somit der Anspruch auf Beweisabnahme. Der Verzicht auf die Durchführung beantragter Beweissmassnahmen ist indessen zulässig, wenn das Gericht auf Grund

bereits abgenommener Beweise oder gestützt auf die Aktenlage seine Überzeugung gebildet hat und ohne Willkür in vorweggenommener Beweiswürdigung annehmen kann, dass seine Überzeugung durch weitere Beweiserhebungen nicht geändert würde (BGE 122 II 464 Erw. 4a; 115 Ia 97 Erw. 5b).

3.2.

In seinem Beschluss vom 21. Januar 2008 rechnete der Stadtrat X. dem Beschwerdegegner u.a. die Miete von drei Bastelräumen als hypothetisches Einkommen an, da davon ausgegangen werden müsse, dass der Beschwerdegegner mit den in den Bastelräumen eingelagerten Teppichen Handel betreibe und damit ein Einkommen erziele oder andere Geldquellen habe, da es seiner Familie andernfalls nicht möglich wäre, allen zusätzlichen finanziellen Verpflichtungen auf Dauer nachzukommen.

Im Verwaltungsbeschwerdeverfahren beantragte der Stadtrat X. den Beizug eines Sachverständigen zur Bewertung der eingelagerten Gegenstände (Teppiche usw.).

3.3. (...)

3.4.

3.4.1.

Es ist zutreffend, dass das Bezirksamt dem Beweisantrag des Stadtrats X. stillschweigend nicht stattgegeben hat. Allein darin liegt jedoch keine Verletzung des rechtlichen Gehörs, sofern hinreichende Gründe für einen Verzicht auf die Beweisabnahme gegeben waren und dies mit genügender Klarheit aus dem angefochtenen Entscheid hervorgeht (BGE vom 18. November 2003 [1P.452/2003], Erw. 2.2.2).

3.4.2.

Aus den Erwägungen des Beschwerdeentscheids ergibt sich, dass die Vorinstanz einen Augenschein am Wohnort des Beschwerdegegners durchgeführt hat, um zu prüfen, ob der Beschwerdegegner mit den in seinen Bastelräumen eingelagerten Teppichen Einkommen erzielt. Dabei ist die Vorinstanz zum Schluss gekommen, die in den Bastelräumen eingelagerten Teppiche hätten keinen besonderen wirtschaftlichen Wert. Ob sie mit dieser Beurteilung den wirtschaftlichen Wert der Teppiche selbst abschätzen konnte und deshalb stillschwei-

gend den Beweisantrag des Stadtrats X. abgelehnt hat, ergibt sich aus den Erwägungen nicht eindeutig, kann aber offen gelassen werden.

Im angefochtenen Beschluss vom 21. Januar 2008 hat die Sozialbehörde X. dem Beschwerdegegner weder ein (hypothetisches) Einkommen aus selbständiger Erwerbstätigkeit angerechnet noch wurde er verpflichtet, in den Bastelräumen befindliche Vermögenswerte zu liquidieren. Der Beweisantrag der Einwohnergemeinde X. zielte denn auch auf die "Rückschlüsse zur Frage der Erwerbstätigkeit" des Beschwerdegegners. Ein allfälliges Einkommen aus selbständiger Tätigkeit war indessen nicht Gegenstand der Beschwerde. Zur Beurteilung der im Beschwerdeverfahren umstrittenen Aufrechnungen der Mieten für die drei Bastelräume war keine sachverständige Schätzung der eingelagerten Gegenstände erforderlich. Beweise müssen nur über (rechts-) erhebliche streitige Tatsachen erhoben werden, und Beweisanträge, welche eine nicht erhebliche Tatsache betreffen, offensichtlich nicht tauglich sind oder das Beweisergebnis nicht ändern, können in antizipierter Beweismündigung abgelehnt werden (BGE 131 I 153 Erw. 3 mit Hinweisen; 124 I 208 Erw. 4a; AGVE 2003, S. 311). Indem die Vorinstanz vom beantragten Gutachten zu einer nicht Streitgegenständlichen Frage Abstand nahm und bei der Beurteilung nicht auf die Feststellungen des Augenscheins abstellte, hat sie das Recht auf Beweisofferte der Einwohnergemeinde X. nicht verletzt.

4.

4.1.

Wenn sich eine Behörde des Beweismittels des Augenscheins bedient, muss sie es in den vorgeschriebenen Formen tun und die Grundsätze des rechtlichen Gehörs beachten (BGE 104 Ib 119 Erw. 2c). Unter dem Titel "Beweiserhebung" ist in § 22 Abs. 1 VRPG vorgesehen, dass die Verwaltungsbehörde oder deren Beauftragte zur Ermittlung des Sachverhalts u.a. auch Beteiligte und Auskunftspersonen befragen und Augenscheine vornehmen können. In welcher Form dies zu geschehen hat, wird anders als im für das Verwaltungsgericht geltenden § 22 Abs. 3 VRPG, wo für die Beweisabnahme auf die Regeln der Zivilprozessordnung verwiesen wird (für den Augenschein: § 249 ZPO), nicht näher bestimmt. § 22 Abs. 1

VRPG enthält somit weder spezifische Vorschriften über die Art der Protokollführung noch ergibt sich daraus auch nur eine unmittelbare Verpflichtung der Verwaltungsbehörden zur Protokollierung von Augenscheinen. Vom Gesetzgeber war klarerweise beabsichtigt, den Verwaltungsinstanzen allgemein ein weniger förmliches Vorgehen zu ermöglichen als den Justizbehörden (AGVE 1986, S. 336 f. mit Hinweis auf die Materialien; AGVE 1986, S. 112). Andererseits gelten die allgemeinen Verfahrensvorschriften des VRPG (§§ 15 ff.) grundsätzlich uneingeschränkt auch für die Verwaltungsbehörden des Kantons und der Gemeinden (§ 1 Abs. 1 VRPG). Insbesondere die Bestimmungen über das rechtliche Gehör sind auch für die Beweiserhebung durch Verwaltungsinstanzen von grösster Bedeutung (AGVE 1986, S. 337). Wo sich die kantonalen Verfahrensvorschriften als unzureichend erweisen, greifen zudem die unmittelbar aus Art. 29 Abs. 2 BV folgenden bundesrechtlichen Minimalgarantien Platz (BGE 116 Ia 94 Erw. 3a; ferner AGVE 1980, S. 305 f.; zum Ganzen: AGVE 2001, S. 371; 2000, S. 342 f.).

4.2.

Im Hinblick auf die spätere Gewährung des Akteneinsichtsrechts, zur Schaffung einwandfreier Entscheidungsgrundlagen sowie zur Wahrung des Beschwerderechts ist es unumgänglich, dass die anlässlich eines Augenscheins gemachten Feststellungen in einem Protokoll schriftlich festgehalten werden. Das Recht auf Akteneinsicht begründet daher auch eine Aktenerstellungspflicht. Die Verwaltungsbehörden haben über die wesentlichen Ergebnisse des Augenscheins immer ein Protokoll zu erstellen, das den Parteien nach dem Grundsatz des rechtlichen Gehörs auch jederzeit zur Einsichtnahme offen stehen muss (BGE 130 II 473 Erw. 2.3; Alfred Kölz / Jürg Bosshart / Martin Röhl, VRG, Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 2. Auflage, Zürich 1999, § 7 N 49; Thomas Merkli / Arthur Aeschlimann / Ruth Herzog, Kommentar zum Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege im Kanton Bern, Bern 1997, Art. 19 N 33; Attilio R. Gadola, Das verwaltungsinterne Beschwerdeverfahren, Diss. Zürich 1991, S. 409; zum Ganzen: AGVE 2001, S. 372 f.; 2000, S. 344).

4.3.

In den Akten findet sich kein Protokoll über die anlässlich des Augenscheins am Wohnort des Beschwerdegegners (siehe vorne Erw. 3.4.2) gemachten Feststellungen. Obwohl der Augenschein für die Beurteilung der Beschwerdebegehren ohne jegliche Relevanz blieb, handelt es sich bei der Pflicht zur Akterstellung um eine elementare Anforderung an ein rechtstaatliches Verfahren, weshalb der Verzicht auf jegliche Protokollierung – selbst ein Handprotokoll fehlt – eine Verletzung des rechtlichen Gehörs darstellt (siehe AGVE 2001, S. 374).

4.4.

Die Vorinstanz ist ergänzend auf die im Verwaltungsverfahren geltenden Mitwirkungs- und Äusserungsrechte der Betroffenen hinzuweisen. Dient ein Augenschein dazu, einen streitigen, unabgeklärten Sachverhalt festzustellen, so müssen die am Verfahren Beteiligten aufgrund von § 15 Abs. 2 VRPG und Art. 29 Abs. 2 BV grundsätzlich zum Augenschein beigezogen werden. Auf Beweismittel darf nicht abgestellt werden, ohne dem Betroffenen Gelegenheit zu geben, an der Beweisabnahme mitzuwirken oder wenigstens nachträglich zum Beweisergebnis Stellung zu nehmen. Ein Augenschein darf nur dann unter Ausschluss einer Partei erfolgen, wenn schützenswerte Interessen Dritter oder des Staates oder eine besondere Dringlichkeit dies gebieten oder wenn der Augenschein seinen Zweck überhaupt nur dann erfüllen kann, wenn er unangemeldet erfolgt (BGE 121 V 150 Erw. 4a und 4b; 116 Ia 94 Erw. 3b; zum Ganzen: BGE vom 15. Juli 2003 [1P.318/2003], Erw. 2.1).

5.

5.1.

Zusammenfassend hat die Vorinstanz das rechtliche Gehör der Verfahrensbeteiligten mehrfach verletzt. Sie erstellte kein Protokoll über den durchgeführten Augenschein und verunmöglichte damit auch eine nachträgliche Stellungnahme zum Beweisergebnis des Augenscheins.

Steuerrekursgericht

I. Kantonale Steuern

A. Steuergesetz (StG) vom 15. Dezember 1998

60 Kapitalzahlung nach Unfall (§ 32 lit. b StG; § 33 lit. g StG).

- **Der Ersatz des Haushaltsschadens ist einkommenssteuerfrei, Gleiches gilt für die Zahlung einer Genugtuungssumme. Nur darüber hinausgehende Zahlungen einer Haftpflichtversicherung des Unfallverursachers bilden als Erwerbsausfall steuerbares Einkommen.**

22. Mai 2008 in Sachen A.S., 3-RV.2007.106

Aus den Erwägungen

2.

2.1.

Die Rekurrentin [Jahrgang 1973] hat am 14. Dezember 1997 einen Verkehrsunfall erlitten. Sie ist seither erwerbsunfähig. Mit der Haftpflichtversicherung des Unfallverursachers, der X. Versicherungen & Vorsorge, wurde am 28. November 2003 eine Entschädigungsvereinbarung getroffen, nach der die Haftpflichtversicherung unter dem Titel "Haushaltsschaden + Genugtuung" eine Zahlung von insgesamt CHF 1'235'000.00 anerkannte. Effektiv wurden der Rekurrentin gesamthaft CHF 1'245'000.00 (wovon CHF 10'000.00 Verzugszins) vergütet (Akontozahlung CHF 35'000.00, Schlusszahlung CHF 1'210'000.00). Die Zahlung von CHF 1'210'000.00 wurde der Rekurrentin am 27. Februar 2004 ausgerichtet. In der Steuererklärung 2004 deklarierte die Rekurrentin unter dem Titel "Haushaltsschaden" eine "Entschädigung aus Haftpflichtschaden Fr. 1,2 Mio." der X. Versicherungen & Vorsorge, die nicht steuerbar sei. (...)

2.2.

Die Vorinstanz vertritt die Auffassung, die Rekurrentin habe nicht nachgewiesen, dass es sich bei der fraglichen Kapitalzahlung um steuerfreie Einkünfte (Haushaltsschaden und Genugtuung) handle

und veranlagte eine Jahressteuer zu 40 % des Tarifs. Von der Schlusszahlung über CHF 1'210'000.00 brachte sie CHF 47'735.00 Genugtuung in Abzug (vgl. Abweichungsbegründung 2004), womit die Jahressteuer auf CHF 1'162'265.00 erhoben wurde.

3.

3.1.

Der Einkommenssteuer unterliegen alle wiederkehrenden und einmaligen Einkünfte (§ 25 Abs. 1 StG), insbesondere Zahlungen bei Tod sowie für bleibende körperliche oder gesundheitliche Nachteile (§ 32 lit. b StG). Allerdings ist bei Versicherungsleistungen, wie bei jedem Vermögenszufluss, stets zu prüfen, ob sie tatsächlich zu einem Vermögenszugang führen oder ob sie nur eingetretenen oder künftig entstehenden Vermögensschaden ausgleichen und damit einkommenssteuerlich nicht relevant sind. Die Besonderheit des im Haftpflichtrecht anerkannten Haushaltschadens liegt darin, dass er auch zu ersetzen ist, wenn er sich nicht in zusätzlichen Aufwendungen niederschlägt: Der wirtschaftliche Wertverlust ist unabhängig davon auszugleichen, ob er zur Anstellung einer Ersatzkraft, zu vermehrtem Aufwand der teilinvaliden Person, zu zusätzlicher Beanspruchung der Angehörigen oder zur Hinnahme von Qualitätsverlusten führt. Anspruchsberechtigt ist jede Person, die verletzt und in ihrer Haushaltsführung beeinträchtigt worden ist, d.h. nicht nur die Hausfrau, sondern auch der Hausmann, die ledige, geschiedene oder verwitwete Person, die ihren eigenen Haushalt führt (BVR 2007 S. 216 ff., mit Hinweisen).

Das Bundesgericht hat zur steuerlichen Behandlung des Haushaltschadens Folgendes ausgeführt (BGE 132 II 128, mit Hinweisen = StR 2006 S. 357 ff. = nStP 2006 S. 13 = StE 2006 B 26.43 Nr. 2):

"4.2. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zum alten Recht [...] stellte die vom haftpflichtigen Dritten erbrachte Haushaltentschädigung kein steuerbares Einkommen dar. Dies wurde damit begründet, dass der Wert der Arbeitsleistung im Haushalt nicht steuerbar sei. Zudem sei die Entschädigung für die Beeinträchtigung in der Haushaltsführung nicht Ersatz für entgangenen Gewinn, sondern für einen Vermögensschaden, nämlich für das Wegfallen von Naturalleistungen (BGE 117 Ib 1 [...]). Nach neuem Recht (DBG) hatte das Bundesgericht die einkommenssteuerliche Behand-

lung des Haushaltschadens bisher nicht zu beurteilen. Als Grundsatz gilt nach wie vor, dass die Haushaltentschädigung des Haftpflichtversicherers steuerfrei ist, soweit damit zusätzlicher Aufwand (aufgelaufener oder in Zukunft anfallender) ausgeglichen wird und deshalb insoweit gar kein Reinvermögenszugang vorliegt [...]. Andere Erwägungen des zitierten BGE 117 lb 1 treffen hingegen unter dem geltenden Recht nicht mehr gleichermassen zu. So etwa, wenn die Steuerfreiheit der Haushaltentschädigung damit begründet wird, dass sie an die Stelle von nicht steuerbaren Naturalleistungen trete [...]. Die Vorinstanz weist denn auch zu Recht darauf hin, dass beispielsweise Entschädigungen für ausserhäuslich (d.h. in einem andern statt im eigenen Haushalt) verrichtete Haushaltarbeit steuerbar sind. Ferner ist der Wert der Haushaltarbeit im Ergebnis (mindestens indirekt) insoweit steuerbar, als der [gesetzlich] vorgesehene Zweitverdienerabzug nicht geltend gemacht werden kann, wenn (nur) ein Ehegatte erwerbstätig ist und der andere den Haushalt führt. Nach einer von der Lehre vertretenen Auffassung sprechen letztlich einzig Praktikabilitätsüberlegungen für die Nichtbesteuerung des gesamten Haushaltschadens."

Das Bundesgericht hat sich zur steuerlichen Behandlung des Haushaltschadens nicht abschliessend geäussert (BGE 132 II 128, 131 f., mit Hinweisen = StR 2006 S. 357 ff. = nStP 2006 S. 13 = StE 2006 B 26.43 Nr. 2). Fest steht immerhin, dass die Zahlungen steuerfrei sind, soweit sie als Deckung für zusätzlichen Aufwand bzw. als Ausgleich eines Vermögensschadens gelten. In der Doktrin ist umstritten, ob das Bundesgericht tatsächlich von der bisherigen Praxis zur Besteuerung des Haushaltschadens abweichen wollte (Markus Reich/Robert Waldburger, Rechtsprechung im Jahr 2005 [1. Teil] IFF Forum für Steuerrecht 2006, S. 227 ff.; Adrian Rufener, Besteuerung einer Invalidenrente nach IVG, IFF Forum für Steuerrecht 2006, S. 295 ff.).

Gemäss Rechtsprechung des Steuerrekursgerichts ist der Ersatz des Haushaltschadens einkommenssteuerfrei (AGVE 1998 S. 461; RGE vom 23. August 2007 in Sachen S.S.; vgl. auch Kommentar zum Aargauer Steuergesetz, a.a.O., § 25 StG N 12, mit Hinweisen).

3.2.

Gemäss § 33 lit. g StG unterliegt die Zahlung von Genugtuungssummen nicht der Einkommenssteuer. Für lediglich immate-

rielle Schäden, die sich nicht im Vermögen des Betroffenen niederschlagen, kann nach der Differenztheorie mangels Schadens im rechtlichen Sinne kein Schadenersatz verlangt werden. In bestimmten Fällen besteht jedoch ein gesetzlicher Anspruch auf Ausgleich für immaterielle Unbill. Genugtuungsleistungen sind Ersatz für immateriellen Schaden in Form einer Geldleistung und sollen einen Ausgleich für körperliche Schmerzen und seelisches Leiden darstellen. Genugtuungsleistungen treten nie an Stelle des Arbeitseinkommens; vielmehr ist ihre Nähe zum Schadenersatz zu beachten. Integritätsentschädigungen beinhalten ebenfalls die Wiedergutmachung eines immateriellen Schadens und werden den Genugtuungsleistungen gleichgestellt. Auch sie dienen dazu, eine allfällige nicht wirtschaftliche Verhältnisse betreffende immaterielle Beeinträchtigung des Versicherten durch die Folgen von Unfall oder Berufskrankheit wieder gutzumachen (Kommentar zum Aargauer Steuergesetz, a.a.O., § 33 StG N 13 f.; Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht, I/2a, Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer [DBG], Basel/Genf/München 2000, Art. 24 DBG N 25 ff.; je mit Hinweisen).

3.3.

3.3.1.

Mit Verfügung der Eidgenössischen Invalidenversicherung vom 16. Dezember 1999 wurde der Rekurrentin basierend auf einem Invaliditätsgrad von 100 % mit Wirkung ab 1. Dezember 1998 eine volle Invalidenrente zugesprochen.

Mit ärztlichem Bericht von Dr. med. H. vom 29. Oktober 2001 zuhanden der Y. Versicherungsgesellschaft (Unfallversicherer gemäss Art. 58 ff. UVG) wurde u.a. festgehalten, dass die Rekurrentin infolge des erlittenen Unfalls klarerweise in ihrer körperlichen und geistigen Integrität dauernd beeinträchtigt sei und alle körperlich schwer belastenden Tätigkeiten nicht mehr ausüben könne. Nur noch teilweise auszuüben vermöge sie "Bügeln, Staubsaugen, Betten anziehen, Putzarbeiten, Einkaufen, Gartenarbeiten", nur mit erhöhtem Zeitaufwand könnten die Tätigkeiten "Kochen, leichtere Putzarbeiten, Aufräumen, Kleider in Ordnung bringen etc." ausgeübt werden. Bezüglich Zukunftsaussichten wurde festgehalten, dass sich "die

Arbeitsunfähigkeit im Haushalt [am ehesten] noch etwas verbessern [wird]".

3.3.2.

Es ist vorliegend gestützt auf den durch die Eidgenössische Invalidenversicherung errechneten Invaliditätsgrad und den medizinischen Fachbericht davon auszugehen, dass ein Haushaltschaden bzw. eine entsprechende Entschädigungspflicht des Haftpflichtversicherers gegeben ist. Davon sind auch das Kantonale Steueramt und die Rekurrentin ausgegangen – allerdings in unterschiedlichem Ausmass. Es ist im Folgenden zu prüfen, wie sich die der Rekurrentin ausgerichtete Kapitalzahlung von CHF 1'245'000.00 auf die Komponenten "Haushaltschaden", "Genugtuung" und "Erwerbsausfall" aufteilt.

3.4.

3.4.1.

In Anbetracht der im Rekursverfahren eingereichten Unterlagen beantragt das Kantonale Steueramt die teilweise Gutheissung des Rekurses in dem Sinn, dass die Komponenten "Genugtuung" und "Haushaltschaden" von der Besteuerung auszunehmen seien. Bezüglich eines steuerfreien Betrages von CHF 565'006.00 (CHF 1'245'000.00 ./ CHF 679'994.00) liegen also übereinstimmende Anträge vor.

3.4.2.

Verwaltungsgericht und Steuerrekursgericht betrachten es in langjähriger, konstanter Praxis auch vor dem Hintergrund der Offizialmaxime als zulässig, übereinstimmenden Anträgen der Beteiligten zur Erledigung des Verfahrens stattzugeben, sofern sich diese – nach einer summarischen Prüfung – als gesetzmässig erweisen und allfällige Zugeständnisse der Beteiligten innerhalb des Spielraumes bleiben, den das Gesetz ohnehin gewährt (VGE vom 20. Februar 2004 in Sachen B. + M.D., RGE vom 20. Dezember 2006 in Sachen W. + K.H.). Das ist hier der Fall. Entsprechend den dargelegten Grundsätzen (Erw. 3.1 und 3.2) sind ein Anteil von CHF 523'280.00 (CHF 598'632.00 ./ CHF 75'352.00) am Haushaltschaden sowie die Genugtuungsleistung von CHF 41'726.00 (CHF 47'735.00 ./ CHF 6'009.00 Zins), gesamthaft CHF 565'006.00, übereinstimmend

von der Besteuerung auszunehmen. Dass die auf die Zahlungen entfallenden Zinsen steuerbares Einkommen bilden, wird auch von der Rekurrentin anerkannt (Erw. 2.1; Felix Richner/Walter Frei/Stefan Kaufmann, Handkommentar zum DBG, Zürich 2003, Art. 20 N 27, mit Hinweisen). Der Rekurs ist im Umfang einer steuerfreien Kapitalzahlung von CHF 565'006.00 somit vorab gutzuheissen.

3.4.3.

Nachfolgend ist zu prüfen, ob auch die über den Betrag von CHF 565'006.00 hinausgehende Kapitalzahlung steuerfrei ist. Das ist dann der Fall, wenn die gesamte Zahlung – wie von der Rekurrentin vorgebracht – für den erlittenen Haushaltschaden geleistet wurde und nicht Erwerbsausfall oder andere steuerbare Leistungen betrifft.

4.

4.1.

Die vom Gemeindesteuernamt W. verlangte Abrechnung der X. Versicherungen & Vorsorge betreffend die Entschädigung von CHF 1.2 Millionen wurde von der Rekurrentin eingereicht. Aus dieser "Entschädigungsvereinbarung" vom 28. November 2003 geht hervor, dass die Haftpflichtversicherung unter dem Titel "Haushaltschaden + Genugtuung" eine Zahlung von insgesamt CHF 1'245'000.00 (inkl. Verzugszins) anerkennt.

Im Folgenden ist zu prüfen, welche Leistungen die Rekurrentin von anderen Versicherungsträgern (Invalidenversicherung 1. und 2. Säule sowie Unfallversicherung) bezieht und inwieweit diese auf den Haftpflichtversicherer X. Versicherungen & Vorsorge Regress genommen haben. Wird das Valideneinkommen durch andere Versicherungsträger abgegolten und nehmen diese Regress auf die X. Versicherungen & Vorsorge als Haftpflichtversicherung, besteht kein Raum mehr für den Ersatz eines (einkommenssteuerpflichtigen) Direktschadens der Rekurrentin.

4.2.

Die Berechnung der Invalidenrente aus der 1. Säule basierte auf einem durchschnittlichen Jahreseinkommen der Rekurrentin von CHF 25'326.00. Die Sozialversicherungsanstalt Z. ging von einem Einkommen pro 1997 von CHF 39'500.00 und pro 1998 von

CHF 39'000.00 sowie einem monatlichen "Valideneinkommen Fr. 3000.-" aus.

4.3.

Gemäss Steuererklärung 2003 bezog die Rekurrentin im Jahr 2003 eine Invalidenrente der 1. Säule von CHF 16'284.00, eine Invalidenrente der 2. Säule von CHF 5'605.00 und eine Rente aus Nichtberufsunfall der Y. Versicherungsgesellschaft von CHF 19'308.00, gesamt CHF 41'197.00. Im Jahr 2004 bezog sie die selben Renten.

4.4.

Angesichts der ausbezahlten Renten, der Angaben der Sozialversicherungsanstalt Z. und der persönlichen Situation der Rekurrentin (im Zeitpunkt des Unfalls 24-jährig, ungelernete Verkäuferin mit einem Jahresverdienst von knapp CHF 40'000.00) erscheint es dem Steuerrekursgericht nicht realistisch, dass ein Valideneinkommen, das wesentlich über der Höhe der pro 2004 ausgerichteten Renten (CHF 41'197.00) liegt, erzielbar wäre. Die ausgerichteten Renten vermögen die errechnete Erwerbseinbusse der Rekurrentin zu decken. Die von der Rekurrentin vorgebrachte Entschädigung für den Erwerbsausfall von bloss CHF 39'312.00 plus Zinsen von CHF 1'684.00 ist in diesem Kontext nachvollziehbar. Für eine Abgeltung eines Erwerbsschadens im Rahmen einer Kapitalzahlung des Haftpflichtversicherers bestand somit kein Raum. Dies gilt unabhängig von den durch Rechtsanwältin S. aufgezeigten Varianten bzw. deren Einflussnahme auf den Titel der Auszahlung.

Anzumerken ist zudem, dass die Annahme, die Rekurrentin würde heiraten, eine Familie gründen und ihre Erwerbstätigkeit mit 34 Jahren aufgeben, aus damaliger Sicht durchaus realistisch erschien und sich auch verwirklicht hat. Weiter ist zu beachten, dass die Rekurrentin zum Zeitpunkt des Unfalls erst 24 Jahre alt war und der Haushaltschaden folglich für Jahrzehnte abzugelten ist. Auch unter diesem Aspekt erscheint der vorliegend abgegoltene Haushaltschaden von rund CHF 1,15 Mio. nachvollziehbar (BVR 2007 S. 213 ff.; Pra 2003 Nr. 69; HAVE, Personen-Schaden-Forum 2002, Tagungsbeiträge, Zürich 2002, S. 23 ff.; je mit Hinweisen zur Berechnung des Haushaltschadens).

4.5.

4.5.1.

Die Y. Versicherungsgesellschaft als Unfallversicherer machte mit Schreiben vom 12. Juni 2002 ihren "Schlussregress" von total CHF 768'663.00 gegenüber der X. Versicherungen & Vorsorge geltend. Die Summe setzte sich wie folgt zusammen:

Taggeld (17.12.97 - 31.12.01)	CHF	137'162.70
Heilungskosten	CHF	38'691.10
Integritätsentschädigung	<u>CHF</u>	<u>53'460.00</u>
	CHF	229'313.80
UVG-Rente, kapitalisiert bis Alter 64	CHF	379'501.20
Rentenschaden ab Alter 64	<u>CHF</u>	<u>159'848.00</u>
Total	<u>CHF</u>	<u>768'663.00</u>

Mit Schreiben vom 10. Januar 2006 wurde eine definitive Regressforderung seitens der Y. Versicherungsgesellschaft gegen die X. Versicherungen & Vorsorge von noch CHF 437'000.00 bestätigt. Das eingereichte Kontenblatt der X. Versicherungen & Vorsorge zeigt allerdings, dass die X. Versicherungen & Vorsorge der Y. Versicherungsgesellschaft als Regresszahlung für die Leistungen aus UVG gesamthaft CHF 587'000.00 (CHF 150'000.00 akonto, CHF 437'000.00 Schlusszahlung) überwiesen hat. Die Zahlung von CHF 587'000.00 entspricht ungefähr der kapitalisierten UVG-Rente plus dem Rentenschaden ab Alter 64 (vgl. Aufstellung hievori); womit die durch die Y. Versicherungsgesellschaft ausgerichteteten und noch auszurichtenden einkommenssteuerpflichtigen Leistungen aus UVG durch die Regresszahlung der X. Versicherungen & Vorsorge abgegolten wurden.

4.5.2.

Dem genannten Kontenblatt (Erw. 4.5.1) ist weiter zu entnehmen, dass seitens der X. Versicherungen & Vorsorge insgesamt CHF 290'000.00 an die "Zentrale Ausgleichsstelle IV" bzw. die "SVA Kt. Z." ausgerichtet wurden. Auch ohne entsprechende Regresserklärungen ist daher davon auszugehen, dass die zuständige IV-

Stelle für die bereits geleisteten und künftig anfallenden Renten auf den Haftpflichtversicherer Regress genommen hat.

4.6.

Aufgrund der Ausführungen ergibt sich somit, dass für einen der Rekurrentin abgegoltenen Direktschaden kaum Platz bleibt; eine der Kapitalzahlung innewohnende Komponente "Erwerbsausfall" wird von der Rekurrentin anerkannt.

5.

5.1.

Gemäss den Akten setzt sich die der Rekurrentin ausgerichtete Entschädigung über gesamthaft CHF 1'245'000.00 wie folgt zusammen):

Erwerbsausfall	CHF	39'312.00
Zins Erwerbsausfall	CHF	1'684.00
Genugtuung	CHF	41'726.00
Zins Genugtuung	CHF	6'009.00
Bisheriger Haushaltschaden	CHF	114'579.00
Zins bisheriger Haushaltschaden	CHF	16'501.00
Künftiger Haushaltschaden	<u>CHF</u>	<u>1'022'396.00</u>
Total Entschädigung	<u>CHF</u>	<u>1'242'207.00</u>

Dem Steuerrekursgericht erscheint es sachgerecht, auf diese Zahlen, die auf der Berechnungsvariante 2 basieren, abzustellen. Es ergibt sich somit, dass von der Gesamtentschädigung von CHF 1'245'000.00 die Genugtuungsleistung von CHF 47'735.00 und der Haushaltschaden von CHF 1'136'975.00 (CHF 114'579.00 + CHF 1'022'396.00), insgesamt CHF 1'184'710.00 steuerfrei sind. Es würde sich ein steuerbares Einkommen von CHF 60'290.00 ergeben; die Berechnung der Rekurrentin im Rekurs ist insoweit korrekt. Allerdings ist, wie in der Replik anerkannt wird, der Zins von CHF 6'009.00 auf der Genugtuungsleistung zu versteuern. Das steuerbare Einkommen beträgt somit CHF 66'299.00.

Die Kontrollrechnung (Erwerbsausfall CHF 39'312.00 + die darauf entfallenden Zinsen CHF 1'684.00 + Zinsen auf der Genugtuungsleistung CHF 6'009.00 + Zinsen auf dem bisherigen Haushaltschaden CHF 16'501.00) zeigt ein steuerbares Einkommen von

CHF 63'506.00. Die Differenz von CHF 2'793.00 gegenüber CHF 66'299.00 ergibt sich aus der Differenz "Total Entschädigung" CHF 1'242'207.00 gegenüber CHF 1'245'000.00. Abzustellen ist indessen auf die tatsächliche Entschädigung von CHF 1'245'000.00; was zu einem steuerbaren Einkommen von CHF 66'299.00 führt.

5.2.

Insgesamt ergibt sich, dass der Rekurs gutzuheissen ist. Die der Rekurrentin entrichtete Zahlung der X. Versicherungen & Vorsorge ist im Umfang von CHF 66'299.00 steuerbar. Die Besteuerung zu 40 % des Tarifs gemäss § 45 Abs. 1 lit. d StG ist unbestritten.

61 Berufskosten im Zusammenhang mit Verwaltungsratshonoraren (§ 35 Abs. 1 lit. c StG).

- **Verwaltungsratsmandate gelten als unregelmässig ausgeübte Nebenerwerbstätigkeit, weshalb ein Pauschalabzug von 20 % auf den Einkünften zu gewähren ist.**

27. März 2008 in Sachen F.M., 3-RV.2007.201

62 Weiterbildungskosten (§ 35 Abs. 1 lit. e StG).

- **Kosten im Zusammenhang mit einem Schulbesuch im Rahmen einer Ausbildung (Lehre zur Kauffrau) sind nicht abziehbare Ausbildungskosten.**

24. Januar 2008 in Sachen F.Z., 3-RV.2007.175

Aus den Erwägungen

6.

6.1.

Die Rekurrentin absolviert auf der Gemeindeverwaltung R. die Lehre zur "Kaufrau erweiterte Grundbildung".

Die Lehre der Rekurrentin zur "Kaufrau erweiterte Grundbildung" gliedert sich in die Elemente Schulbesuch und Arbeit im Lehrbetrieb. Die Arbeitszeit, einschliesslich des Pflicht- und Wahl-

fachunterrichts an der Berufsschule Reinach - Lenzburg beträgt 5 Tage pro Woche (Lehrvertrag, Ziff. 6). Im 1. Lehrjahr umfasst der Unterricht an der Berufsschule 2 Tage pro Woche, im 2. Lehrjahr 1 ½ Tage und im 3. Lehrjahr 1 Tag. Die restliche Arbeitszeit verbringt die Rekurrentin im Lehrbetrieb. Die aus dem Besuch des Unterrichts an der Berufsschule entstehenden Kosten sind von der Rekurrentin selber zu tragen. Der Bruttolohn wurde wie folgt festgelegt: im 1. Lehrjahr monatlich CHF 575.00, im 2. Lehrjahr CHF 725.00 und im 3. Lehrjahr CHF 1'025.00. Zusätzlich werden 50 % der Kosten von Fremdsprachenaufhalten sowie 50 % bzw. 100 % der Prüfungsgebühren für Fremdsprachen- und Informatik-zertifikate übernommen.

6.2.

Die Lehre zur Kauffrau ist ihrem Charakter nach eindeutig als Ausbildung zu qualifizieren (was auch von der Rekurrentin anerkannt wird). Anders als bei einem Arbeitsvertrag bzw. einem Arbeitsverhältnis nach Art. 319 ff. OR, bei dem die Arbeitsleistung des Arbeitnehmenden im Dienste des Arbeitgebers gegen Entgelt des Arbeitgebers im Vordergrund steht, geht es bei einem Lehrvertrag nach Art. 344 OR darum, dass der Arbeitgeber, d.h. der Lehrbetrieb, die lernende Person für eine bestimmte Berufstätigkeit fachgemäss bildet und die lernende Person zu diesem Zwecke Arbeit im Dienste des Arbeitgebers verrichtet. Der Lehrvertrag hat eindeutig einen anderen Schwerpunkt als der Arbeitsvertrag, nämlich dem Lernenden eine Ausbildung im betreffenden Beruf zu ermöglichen. Der Lehrvertrag bezweckt – wie von der Vorinstanz korrekt ausgeführt – nicht primär die Erzielung eines Erwerbseinkommens, sondern bildet die Grundlage für die spätere Ausübung des erlernten Berufes im Rahmen eines Arbeitsvertrages.

Da die Kosten bis zum Abschluss der Ausbildung im jeweiligen Beruf unbestrittenermassen Ausbildungskosten darstellen, wären grundsätzlich keine Gewinnungskosten im Zusammenhang mit der Lehre der Rekurrentin abzugsfähig. Weder dürften die Kosten zum Besuch der Berufsschule noch die zur Ausübung der Arbeitstätigkeit im Lehrbetrieb anfallenden Kosten berücksichtigt werden.

6.3.

Zu beachten ist jedoch, dass die von der Rekurrentin erzielten Einkünfte im Zusammenhang mit ihrem Lehrvertrag unbestrittenermassen steuerbares Einkommen bilden. Der Lehrlingslohn ist allerdings nicht als Äquivalent für die Mitarbeit eines Auszubildenden im Lehrbetrieb zu verstehen. Ob das Entgelt im 1. Lehrjahr aufgrund des noch eher geringen Wissenstandes und der beschränkten Einsatzfähigkeit angemessen ist, kann offen bleiben. Fest steht, dass der Lehrbetrieb ab dem 2., spätestens jedoch ab dem 3. Lehrjahr von den erworbenen beruflichen Fähigkeiten, der grösseren Erfahrung und der verstärkten Selbständigkeit des Lernenden in der Regel in weit höherem Masse profitiert, als dies der Lehrlingslohn widerspiegelt. Der Lohn stellt insgesamt eine "Pauschale" für die im Lehrbetrieb geleistete Arbeit dar, die unabhängig von der individuellen Leistung und der Anzahl Arbeitstage bzw. der Anzahl Tage mit Berufsschulunterricht ausgerichtet wird.

Dass unter diesen Umständen die zur Ausführung der Arbeit notwendigen Auslagen, vorliegend die Velokosten von CHF 700.00 und der Pauschalabzug von CHF 1'900.00, von der Steuerkommission Reinach zum Abzug zugelassen werden, ist nicht zu beanstanden. Für die von der Rekurrentin zusätzlich geltend gemachten Abzüge im Zusammenhang mit dem Besuch der Berufsschule (Fahrtkosten des öffentlichen Verkehrs von CHF 1'200.00, Mehrkosten der auswärtigen Verpflegung von CHF 1'120.00) bleibt hingegen aufgrund des Ausbildungscharakters der Berufslehre kein Raum.

63 Gewinnungskosten des selbständig Erwerbstätigen; Abschreibung (§ 36 Abs. 2 lit. a StG).

- **Die jährliche Abschreibung auf einem Klavier beträgt, ausgehend von einer Lebensdauer von 25 Jahren, 4 % vom Anschaffungswert.**

26. Juni 2008 in Sachen P.L., 3-RV.2007.251

64 Geschäftsverlust (§ 36 Abs. 2 lit. c StG).

- **Ein Verlust aus der Übertragung eines Landwirtschaftsbetriebes an einen Nachkommen ist unter bestimmten Voraussetzungen steuerlich zu anerkennen.**

23. Oktober 2008 in Sachen L.E., 3-RV.2006.77

Aus den Erwägungen

2.

2.1.

P.E., der Mann der Rekurrentin, ist am 11. März 2002 verstorben. Erben sind die Rekurrentin und die vier gemeinsamen Kinder. Mit partiellem Erbteilungsvertrag vom 10. September 2002 hat die Erbengemeinschaft des P.E. die Grundstücke des Hofes, den die Rekurrentin mit ihrem Ehemann bewirtschaftet hatte, für CHF 200'000.00 an den Sohn D.E. übertragen. Daneben übernahm D.E. das Inventar des Hofes für CHF 271'000.00. Die Übernahme erfolgte rückwirkend per 1. Januar 2001.

2.2.

Die Rekurrentin hat, ausgehend von den Buchwerten per 31. Dezember 2000 von CHF 156'532.00 für das Inventar und CHF 490'538.00 für die Grundstücke und unter Einbezug von Verkaufs- und Liquidationskosten von CHF 3'000.00, einen Verlust von CHF 179'070.00 ermittelt. Sie ist der Ansicht, es handle sich um einen Kapitalverlust auf Geschäftsvermögen, der bei der Einkommenssteuer abziehbar sei.

Die Steuerkommission M. hat den Kapitalverlust nicht anerkannt. Sie führt aus, die Abtretung der Liegenschaft sei zu einem Preis erfolgt, der unter dem Buchwert liege. Somit resultiere ein "Grundstückgewinnsteuerverlust", der bei der Einkommenssteuer nicht in Abzug gebracht werden könne. Zudem wurde erwähnt, dass der Sohn die Möglichkeit gehabt hätte, die Liegenschaften zu den Buchwerten zu übernehmen.

3.

3.1.

Gemäss § 27 Abs. 2 StG zählen unter anderem alle Kapitalgewinne aus der Veräusserung von Geschäftsvermögen zu den Einkünften aus selbständiger Erwerbstätigkeit. Dabei werden die Gewinne auf land- und forstwirtschaftlichen Grundstücken nur bis zur Höhe der Anlagekosten den Einkünften aus selbständiger Erwerbstätigkeit zugerechnet (§ 27 Abs. 4 StG), das heisst die wiedereingebrachten Abschreibungen unterliegen der Einkommenssteuer. Der sogenannte Wertzuwachsgeinn, das heisst die Differenz zwischen dem Erlös und den Anlagekosten, wird dagegen mit der Grundstückgewinnsteuer erfasst (§ 95 StG i.V.m. § 27 Abs. 4 StG).

3.2.

Bei selbständiger Erwerbstätigkeit werden die geschäftsmässig begründeten Kosten abgezogen, wozu unter anderem die eingetretenen und verbuchten Verluste auf Geschäftsvermögen gehören (§ 36 Abs. 2 lit. c StG).

3.3.

Im bis 31. Dezember 2000 geltenden aStG war die Besteuerung von Gewinnen aus der Veräusserung von landwirtschaftlichen Grundstücken anders geregelt, in dem auch der Wertzuwachsgeinn der Einkommenssteuer unterlag, und nicht nur die wiedereingebrachten Abschreibungen. Das aargauische Verwaltungsgericht hatte sich im VGE vom 31. August 2006 in Sachen J. + E.V. (= StE 2007 B 23.9 Nr. 9 = AGVE 2006 S. 106) damit zu befassen, ob unter dem aStG ein Verlust aus der Übertragung des Hofes an den Sohn zum Ertragswert steuerlich anerkannt werden muss. Es hat das bejaht unter der Voraussetzung, dass sich der Verlust aus der Buchhaltung oder vergleichbaren Aufzeichnungen ergibt und der Erwerber den

Kaufpreis als Eröffnungsbuchwert einsetzt. Dabei wurde durch das Verwaltungsgericht offen gelassen, wie sich die Rechtslage unter dem StG darbietet.

3.4.

Die von der Erbengemeinschaft übertragenen, landwirtschaftlich genutzten Grundstücke zählen zweifellos zum Geschäftsvermögen. Aufgrund der klaren Regelung in § 36 Abs. 2 lit. c StG, wonach die eingetretenen und verbuchten Verluste auf Geschäftsvermögen abzugsfähig sind, ist nach Ansicht des Steuerrekursgerichtes der Verlust aus der Veräusserung von landwirtschaftlich genutzten Grundstücken zum Abzug zuzulassen. So hat sich denn auch das Verwaltungsgericht im genannten VGE auf § 24 lit. b Ziff. 3 aStG gestützt, wonach die eingetretenen und verbuchten Verluste zum Abzug zuzulassen sind. Diese Regelung hat sich mit dem StG nicht geändert.

Die Regelung gemäss § 27 Abs. 4 StG führt nur zu einer eingeschränkten Besteuerung der Gewinne aus der Veräusserung von landwirtschaftlich genutzten Grundstücken, jedoch entgegen der Ansicht der Steuerkommission M. nicht zu einer völligen Unterstellung des Verkaufs von landwirtschaftlich genutzten Grundstücken unter die Grundstückgewinnsteuer. Mit dem Hinweis auf die Besteuerung der Wertzuwachsgerinne mit der Grundstückgewinnsteuer kann der Abzug von eingetretenen Verlusten aus dem Verkauf von landwirtschaftlich genutzten Grundstücken nicht verweigert werden.

Da die Rekurrentin und ihr Mann eine Buchhaltung führten und der Verlust sich daraus ergibt, ist kein Grund ersichtlich, den Verlust nicht zum Abzug zuzulassen. Die Steuerkommission M. und das Kantonale Steueramt machen weder geltend, dass der Verkehrswert erheblich über dem Übertragungswert liege und somit eine vorgängige Privatentnahme vorzunehmen sei, noch dass eine Steuerumgehung oder ein simulierter Vertrag vorliege. Deshalb ist auf den vereinbarten Verkaufspreis abzustellen.

3.5.

Die Steuerkommission M. erwähnt, dass der Sohn der Rekurrentin die Buchwerte hätte weiterführen können. Auch diesbezüglich kann auf den VGE vom 31. August 2006 in Sachen J. + E.V. (= StE

2007 B 23.9 Nr. 9 = AGVE 2006 S. 106) verwiesen werden, wonach die Fortführung der Buchwerte nicht Selbstzweck sei, und nicht zu erkennen sei, auf welcher Rechtsgrundlage der Erwerber gehindert werden könnte, den Vermögenswert - im Rahmen der obligationenrechtlichen Vorschriften - zu einem tieferen als dem Buchwert des Rechtsvorgängers einzubuchen.

3.6.

Das Steuerrekursgericht ist sich bewusst, dass trotz der Anerkennung des geltend gemachten Verlustes bei der Einkommenssteuer ein beim späteren Verkauf durch den Sohn allenfalls erzielter (Wertzuwachs-)Gewinn bei ihm mit der Grundstückgewinnsteuer erfasst wird. Dies ist indes systembedingt hinzunehmen (vgl. auch BGE 2A.116/2007 in Sachen A. + J.H.). Zudem kann die Steuerbelastung beim Erwerber durchaus höher sein als die Steuerreduktion beim Veräusserer, wenn die Liegenschaften, aus welchem Grund auch immer, nur kurz im Besitz des Erwerbers sind.

4.

Der Rekurs ist somit insoweit gutzuheissen, als der Verlust aus der Übertragung des Hofes durch die Erbengemeinschaft an den Sohn der Rekurrentin zum Abzug zuzulassen ist. Damit ist jedoch noch nicht geklärt, durch wen der Verlust geltend zu machen ist, allein durch die Rekurrentin oder anteilmässig durch die Mitglieder der Erbengemeinschaft, und wie hoch der abzugsfähige Verlust ist. Die Angelegenheit ist daher zur Neuurteilung an die Steuerkommission M. zurückzuweisen.

65 Abzüge vom Reineinkommen; Kosten des Liegenschaftsunterhalts (§ 39 Abs. 2 StG).

- **Die Kosten für die Verglasung eines beheizbaren Balkons sind nicht abziehbar.**

23. Oktober 2008 in Sachen F. + M.J., 3-RV.2007.275

Aus den Erwägungen

2.

2.1.

Die Rekurrenten haben an ihrer Liegenschaft im Jahr 2005 den im Schrägdach rückversetzt eingebauten Balkon verglast. Sie beantragen, es seien die dadurch entstandenen Kosten vollumfänglich als Liegenschaftsunterhalt zum Abzug zuzulassen. (...)

3.

3.1.

Bei Liegenschaften im Privatvermögen können u.a. die Unterhaltskosten abgezogen werden (§ 39 Abs. 2 Satz 1 StG). Als Kosten für den Unterhalt von Liegenschaften gelten bloss die werterhaltenden Aufwendungen (§ 24 Abs. 1 StGV). Den Unterhaltskosten sind Investitionen gleichgestellt, die dem Energiesparen und dem Umweltschutz dienen, soweit sie bei der direkten Bundessteuer abziehbar sind (§ 39 Abs. 2 Satz 2 StG).

3.2.

Das aargauische Verwaltungsgericht hat im Entscheid vom 18. Juni 2002 in Sachen H.R. + A.K.R. (= StE 2003 B 25.7 Nr. 2) betreffend Einglasung eines Balkons zwecks energetischer Sanierung des Obergeschosses einer Liegenschaft folgendes ausgeführt (Zitate weggelassen):

„4.c) § 19 Abs. 3 StGV wurde am 19. Oktober 1994, mit Wirkung ab der Steuerperiode 1995/96, geändert. Seither sind den Unterhaltskosten Investitionen gleichgestellt, die dem Energiesparen und dem Umweltschutz dienen, soweit sie bei der direkten Bundessteuer abziehbar sind.“ Massgebend wurden damit die in Ausführung von Art. 32 Abs. 2 des Bundesgesetzes über die direkte Bundessteuer (DBG) vom 14. Dezember 1990 erlassenen Verordnungen des Bundesrats über den Abzug der Kosten von Liegenschaften des Privatvermögens bei der direkten Bundessteuer (VAKLP) vom 24. August 1992 und des Eidgenössischen Finanzdepartements über die Massnahmen zur rationellen Energieverwendung und zur Nutzung erneuerbarer Energien (VMRE) vom 24. August 1992. Als Investitionen, die dem Energiesparen und dem Umweltschutz dienen, gelten nach Art. 5 VAKLP Aufwendungen für Massnahmen, welche zur rationellen Energie-

verwendung oder zur Nutzung erneuerbarer Energien beitragen. Diese sind in Art. 1 VMRE näher umschrieben. Es geht insbesondere um Massnahmen zur Verminderung der Energieverluste der Gebäudehülle (lit. a) und Massnahmen zur rationellen Energienutzung bei haustechnischen Anlagen (lit. b). Die Auflistung der Massnahmen in Art. 1 lit. a und b VMRE ist nicht abschliessend, womit an sich Raum bleibt für die steuerliche Berücksichtigung weiterer Massnahmen.

Somit sind Investitionen jetzt schon abzugsfähig, wenn sie zur rationellen Energieverwendung (oder zur Nutzung erneuerbarer Energien) *beitragen* (Art. 5 VAKLP), und zwar ab dem sechsten Jahr nach der Anschaffung der Liegenschaft zu 100 % (Art. 8 VAKLP). Massnahmen zur Wärmedämmung von Böden, Wänden, Dächern und Decken gegen Aussenklima werden ohne Einschränkung als abzugsfähige Massnahmen zur rationellen Energieverwendung bezeichnet (Art. 1 lit. a Ziff. 1 VMRE); auch die übrigen Beispiele in Art. 1 lit. a VMRE lassen kaum Einschränkungen erkennen. So wird beispielsweise der Ersatz von Jalousieläden oder Rollläden unbeschränkt zugelassen (Ziff. 5). Angesichts dieser (allerdings *sehr* weit gehenden) Regelung im Bundesrecht, die kraft Verweises auch auf kantonaler Ebene gilt, lassen sich die zum früheren Recht entwickelten Einschränkungen der Abzugsfähigkeit nicht aufrecht erhalten. Eine nachweisbare Wirkung auf das Gesamtgebäude ist nicht mehr vorausgesetzt; die etappenweise Sanierung schadet der Abzugsfähigkeit nicht (vgl. Art. 5 VAKLP). Auch eine Aufteilung nach wertvermehrenden und nach energiesparenden Anteilen ist aufgrund der hundertprozentigen Abzugsmöglichkeit (Art. 8 VAKLP) nicht mehr zulässig. Insbesondere aber sind Vorkehren, welche wahrscheinlich auch unabhängig von Energiesparüberlegungen getätigt wurden, nicht mehr ausgeschlossen (...). Vielmehr ist heute jede Massnahme, welche in der VMRE aufgelistet oder deren energiesparende Wirkung erwiesen ist, vollumfänglich abzugsfähig.

5.a) Die Einglasung eines Balkons ist in Art. 1 lit. a und b VMRE nicht ausdrücklich als Massnahme zur rationellen Energieverwendung oder -nutzung aufgeführt. Immerhin besteht einige Ähnlichkeit zu einem Windfang im Sinne von Art. 1 lit. a Ziff. 4 VMRE. Als solcher wird ein kleiner Vorraum bezeichnet, der verhindert, dass beim Öffnen der Eingangstür kalte Luft eindringt. Es ist daher näher zu prüfen, ob diese Massnahme als Energiesparmassnahme anerkannt werden kann. (...)

Die Balkoneinglasung stellt somit eine taugliche Energiesparmassnahme dar. (...)

b) Auch wenn die vorliegend gewählte Einglasung des Balkons verglichen mit anderen möglichen Massnahmen teuer erscheinen mag, ist nicht zu prüfen, ob eine kostengünstigere Variante möglich gewesen wäre. Die Steuerpflichtigen sind nicht verpflichtet, die kostengünstigste Massnahme zu wählen. Auszuscheiden wären allerdings bauliche Massnahmen, die nur gleichzeitig mit energiesparenden Massnahmen, aber ohne Sachzusammenhang und ohne eine Eignung zum Energiesparen getroffen werden. Solche Vorkehren sind hier indessen nicht ersichtlich.

c) aa) Da der Einglasung des Balkons ein spürbarer Energiespareffekt zuzuschreiben ist, sind die Kosten nach Ansicht der Gerichtsmehrheit vollumfänglich abzugsfähig.“

3.3.

3.3.1.

Gestützt auf diese verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung hat das Steuerrekursgericht die Kosten für die erstmalige Verglasung und Überdachung eines nicht beheizbaren Balkons vollumfänglich zum Abzug zugelassen (RGE vom 21. Juni 2007 in Sachen P. + E.F.). Aufgrund dieser Rechtsprechung wurde das Merkblatt "Liegenschaftsunterhalt" des Kantonalen Steueramtes, gültig ab 2001, geändert. Gemäss der Version vom 28. Februar 2007 waren die Kosten für das „Erstellen von Sitzplatzverglasungen und Balkonverglasungen“ (noch) nicht abziehbar (S. 26). Neuerdings sind die Kosten für das erstmalige Erstellen von Sitzplatz- und Balkonverglasungen bei einer Besitzdauer über 5 Jahren vollumfänglich abzugsfähig (Version vom 31. Januar 2008, S. 30, welche auch auf den vorliegenden Fall anwendbar ist).

3.3.2.

Im bereits erwähnten RGE vom 21. Juni 2007 in Sachen P. + E.F. wurde ausdrücklich offen gelassen, wie es sich verhalten würde, wenn die Balkonverglasung zu einer Erweiterung des beheizbaren Gebäudevolumens geführt hätte, denn im beurteilten Fall war der Balkonboden nicht isoliert und der Balkon nicht beheizbar.

Vorliegend wurde der Balkon nicht nur verglast, sondern auch mit einer Elektro-Fussbodenheizung versehen (vgl. auch Rechnung

K. AG vom 15. September 2005). Weil gemäss den Ausführungen des aargauischen Verwaltungsgerichts zwischen der Einglasung eines Balkons und einem Windfang "einige Ähnlichkeit" besteht, muss aus dem Umstand, dass gemäss Art. 1 lit. a Ziff. 4 VMRE nur die Kosten für das "Einrichten von *unbeheizten* Windfängen" abzugsfähig sind, der Schluss gezogen werden, dass auch die Kosten für die Verglasung nur bei einem unbeheizten Balkon (je nach Besitzdauer teilweise) abziehbar sind. Die Kosten für die Verglasung sind daher im vorliegenden Fall, weil der Balkon mit einer Fussbodenheizung ausgestattet wurde und die Verglasung im Unterschied zur Errichtung eines unbeheizten Windfanges trotz bestehen gebliebener Balkontür und "Aussenwand" zu einer Wohnraumerweiterung führte, nicht abziehbar (vgl. dazu auch ZStP 2008 Nr. 13 betreffend einen [unbeheizten] Wintergarten, der nur teilweise die Funktion eines Windfanges erfüllte). Daran vermag auch nichts zu ändern, dass die Fussbodenheizung nur eingesetzt wird, "wenn der Wintergarten als Sitzplatz genutzt wird" und die Balkonverglasung behauptungsweise "ausschliesslich aus dem Gesichtspunkt der energetischen Sanierung der Wohnstube sowie der Fassade ausgeführt" wurde.

66 Abzüge vom Reineinkommen; Kosten des Liegenschaftsunterhalts; anschaffungsnahe Aufwendungen/Dumont-Praxis (§ 39 Abs. 2 StG).

- **Vorgehensweise bei Unterhaltskosten innerhalb der ersten 5 Jahre nach Erwerb einer Liegenschaft.**

24. Juli 2008 in Sachen U.R., 3-RV.2007.145

Aus den Erwägungen

3.

3.1.

Bei Liegenschaften im Privatvermögen können die Unterhaltskosten, die Versicherungsprämien und die Kosten der Verwaltung durch Dritte abgezogen werden (§ 39 Abs. 2 Satz 1 StG). Als Kosten für den Unterhalt von Liegenschaften gelten bloss die werterhal-

tenden Aufwendungen (§ 24 Abs. 1 StGV). Den Unterhaltskosten sind Investitionen gleichgestellt, die dem Energiesparen und dem Umweltschutz dienen, soweit sie bei der direkten Bundessteuer abziehbar sind (§ 39 Abs. 2 Satz 2 StG).

Die Unterhaltskosten können vollumfänglich auch von der neuen Eigentümerin oder vom neuen Eigentümer geltend gemacht werden, sofern die Liegenschaft nicht in vernachlässigtem Zustand erworben wurde (§ 39 Abs. 3 StG). Als vernachlässigt gilt eine Liegenschaft, wenn die in grösseren Zeitabständen (15 und mehr Jahre) anfallenden Unterhaltsarbeiten unterblieben sind und erst durch die neue Eigentümerin oder den neuen Eigentümer ausgeführt werden (§ 24 Abs. 2 StGV). Bei einer vernachlässigten Liegenschaft kann die neue Eigentümerin oder der neue Eigentümer innert 5 Jahren seit dem Erwerb nur die den Unterhaltskosten gleichgestellten Investitionskosten nach Massgabe von § 39 Abs. 2 des Gesetzes abziehen (§ 24 Abs. 3 StGV).

3.2.

Gestützt auf ein Urteil des aargauischen Verwaltungsgerichts vom 18. September 2006 hat das Steueramt des Kantons Aargau am 28. Februar 2007 das Merkblatt "Liegenschaftsunterhalt" betreffend anschaffungsnahe Aufwendungen (Dumont-Praxis) angepasst. Danach wird in einem ersten Schritt anhand einer Gesamtbetrachtung beurteilt, ob es sich bei einer vom Steuerpflichtigen kürzlich erworbenen und in der Folge unterhaltenen Liegenschaft um eine vernachlässigte Liegenschaft handelt. Gemäss dem Merkblatt liegt eine vernachlässigte Liegenschaft vor, wenn die "Nettosumme aller in Rechnung gestellten Positionen, ohne Investitionsanteile" innert 5 Jahren nach dem Kauf 25 % des Kaufpreises übersteigt. In diesem Fall sind einzig die Kosten für energiesparende Massnahmen zu 50 % sowie die periodisch, in der Regel einmal jährlich, anfallenden Kosten abzugsfähig. Das Steuerrekursgericht hat diese Praxis mit RGE vom 24. April 2008 in Sachen J. + I.S. als angemessen qualifiziert.

Sofern es sich um eine nicht vernachlässigte Liegenschaft handelt, ist eine Einzelbetrachtung anzuwenden. Dabei gelten die Kosten für alle Bauteile mit einer Normalgebrauchsdauer bis und mit 15 Jahren als abzugsberechtigte Instandhaltungskosten. Für Bauteile mit

einer Normalgebrauchsdauer von über 15 Jahren ist zwischen den normalen Instandstellungsarbeiten einerseits und den Wiederinstandstellungsarbeiten und überfälligen Ersatzanschaffungen andererseits zu unterscheiden (§ 24 Abs. 2 StGV; vgl. Merkblatt "Liegenchaftsunterhalt", Ziff. 5).

Im Rahmen der Einzelbetrachtung ist auch die Frage zu prüfen, ob allenfalls Baumängel behoben wurden (vgl. dazu erläuternd Merkblatt "Liegenchaftsunterhalt", Ziff. 3.7).

3.3.

Sowohl nach der bundesgerichtlichen als auch nach der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung (vgl. StE 2007 B 24.4 Nr. 75 und VGE vom 7. Dezember 2000 in Sachen D.H.) ist eine neue Praxis sofort auf alle noch hängigen Verfahren anzuwenden. Es wird nicht unterschieden, ob sich die neue Praxis zu Gunsten oder zu Lasten eines Steuerpflichtigen auswirkt.

Der vorliegende Fall ist somit unter Anwendung der dargelegten (neuen) Grundsätze zur Dumont-Praxis zu beurteilen (RGE vom 24. April 2008 in Sachen J. + I.S.).

4.

4.1.

Weil nach der neuen Praxis eine vernachlässigte Liegenchaft dann vorliegt, wenn deren Erwerber in den ersten 5 Jahren 25 % des Kaufpreises für den Unterhalt dieser Liegenchaft aufwendet, können die Kantons- und Gemeindesteuern 2001 und folgende grundsätzlich erst nach Ablauf der 5-Jahresfrist definitiv veranlagt werden, es sei denn, es stehe aufgrund der vom Rekurrenten eingereichten Unterlagen bereits vorher fest, dass (nach Ausscheidung der Investitionsanteile) die 25 % des Kaufpreises der Liegenchaft überschritten wurden.

67 Geschäfts-/Privatvermögen (§ 51 StG).

- **Eine Liegenschaft, die für die Übertragung an Nachkommen gehalten und in der Folge auch tatsächlich an einen Nachkommen übertragen wird, ist auch bei einem Liegenschaftenhändler dem Privatvermögen zuzuordnen.**

24. Juli 2008 in Sachen H. + A.Sch., 3-RV.2006.264

Aus den Erwägungen

2.1.

Der Rekurrent ist selbständig erwerbstätiger Elektroinstallateur. Im Jahr 1980 hat er das Grundstück GB D. Parz. X erworben. Darauf erstellte er in den Jahren 1998/99 ein Einfamilienhaus. Mit Kaufvertrag vom 23. Dezember 2000 veräusserte der Rekurrent die Liegenschaft (...) an seinen Sohn und seine Schwiegertochter.

(...)

3.

3.1.

Das Verwaltungsgericht unterscheidet zwischen Liegenschaftenhändlern im engeren und Liegenschaftenhändlern im weiteren Sinne und führt dazu folgendes aus (AGVE 1999 S. 169; VGE vom 23. August 2007 in Sachen KStA/P.G.):

"bb) Beiden Arten von Liegenschaftenhändlern ist gemeinsam, dass sie erfahrungsgemäss willens sind, unter günstigen Umständen sämtliche Grundstücke zu veräussern. Deshalb werden grundsätzlich alle ihre Liegenschaften zum Geschäftsvermögen gezählt. Bei der Annahme von Privatvermögen, mit Ausnahme der privat bewohnten Liegenschaft, ist daher entsprechend grosse Zurückhaltung geboten. Weitere Fälle von Privatvermögen sind aber möglich, so etwa, wenn Grundstücke nachweisbar für konkrete andere private Zwecke gehalten werden, beispielsweise für die Übertragung an Nachkommen, oder den Betroffenen sonstwie affektiv verbunden sind. Dem Steuerpflichtigen muss also die Möglichkeit offen stehen, den Gegen-

beweis (dass entgegen der Vermutung eben doch Privatvermögen vorliegt) anzutreten. An diesen sind allerdings infolge der genannten besonderen Konstellation zwischen Liegenschaftenhändler und Objekt strenge Anforderungen zu stellen, wobei er für den Liegenschaftenhändler i.w.S. etwas leichter zu führen sein mag. Mit der blossen Bezeichnung durch den Steuerpflichtigen selber kann dieser Nachweis nicht erbracht werden, vielmehr bedarf es dazu äusserlich sichtbarer Handlungen und objektiver Umstände."

3.2.

Gemäss der dargelegten verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung können Liegenschaften eines Liegenschaftenhändlers dann zu dessen Privatvermögen gehören, wenn sie zwar nicht selbst bewohnt sind, aber beispielsweise für die Übertragung an Nachkommen gehalten werden. Dies macht der Rekurrent im vorliegenden Fall geltend. Ein strikter Nachweis dieser ursprünglichen Absicht ist nicht zu erbringen. Der Rekurrent hat jedoch die gemäss Verwaltungsgericht für den Nachweis erforderliche äusserlich sichtbare Handlung vorgenommen, in dem die Liegenschaft X. tatsächlich an seinen Sohn verkauft wurde. Der Umstand, dass das Grundstück bereits im Jahr 1980 erworben wurde, als Sohn "erst" 16 Jahre alt war, führt nicht dazu, dass dem Rekurrenten die geltend gemachte Absicht abgesprochen wird (vgl. zum Ganzen RGE vom 25. August 2005 in Sachen W.K., in dem zwei Wohnungen einer von W.K. realisierten Überbauung dem Privatvermögen zugeordnet wurden, da er diese später seinen [im Zeitpunkt der Überbauung 6 und 10 Jahre alten] Kindern zur Verfügung stellen wolle).

Der Hinweis der Steuerkommission D., der Rekurrent habe in der Einsprache erstmals geltend gemacht, er habe das Grundstück in der Absicht, sie an seine Kinder weiter zu geben, gekauft, ist klar aktenwidrig. Bereits in einem Schreiben vom 14. Mai 1998 an den damals zuständigen Steuerkommissär betreffend der Zuordnung der Liegenschaft X. zum Geschäfts- oder Privatvermögen wurde vom Rekurrenten die geltend gemachte Absicht dargelegt. Der Steuerkommissär hat im Übrigen, wenn auch ausdrücklich nur im Sinne eines Auskunftsschreibens und nicht als Beschluss der zuständigen Steuerkommission, in der Antwort vom 10. August 1998 folgendes festgehalten:

"Die Parzelle X. könnte bei einem familieninternen Verkauf als Privatvermögen beurteilt werden, weil sich das ursprüngliche Erwerbsmotiv im relevanten Zeitpunkt der Veräusserung als realisiert erweist."

3.3.

Der Steuerkommission D. ist insofern Recht zu geben, dass der Rekurrent das Grundstück X. in der Buchhaltung aktiviert, jedoch nicht sämtliche Grundstücke erfasst hat. So wurde das 1970 erworbene Einfamilienhaus in O. nicht eingebucht. Indes kann daraus nicht geschlossen werden, der Rekurrent habe das Grundstück X. als Geschäftsvermögen betrachtet. Auch die 1982 erworbene Parz. Y., auf der das von den Rekurrenten bewohnte Einfamilienhaus erstellt wurde, wurde in die Buchhaltung aufgenommen, obwohl es sich zweifellos um Privatvermögen handelt. Die buchhalterische Behandlung der Grundstücke kann damit nicht massgeblich sein.

3.4.

Die Steuerkommission D. weist darauf hin, das Grundstück X. sei zusammen mit den vier anderen Baulandparzellen als Arbeitsreserve für das Elektroinstallationsgeschäft gehalten worden. Wie die Rekurrenten korrekt entgegenen, ist diese Annahme nicht zwingend, wäre doch die "Arbeitsreserve" sehr bescheiden gewesen und hätte deshalb keinen wesentlichen Einfluss auf den Geschäftsgang gehabt. Den Rekurrenten ist Glauben zu schenken, dass die Grundstücke nicht als Arbeitsreserve erworben wurden. Zumal sich die Frage stellt, ob die Grundstücke nicht in den Geschäftsjahren 1995/96, als der Umsatz und der Gewinn stark zurück gegangen sind, veräussert worden wären, wenn sie tatsächlich als Arbeitsreserve gehalten worden wären.

3.5.

Das Grundstück X. ist somit dem Privatvermögen des Rekurrenten zuzuordnen, unabhängig davon, ob der Rekurrent als Liegenschaftenhändler im weiteren Sinne zu qualifizieren ist, oder nicht.

68 Grundstückgewinnsteuer; Steueraufschub bei Ersatzbeschaffung (§ 98 Abs. 1 StG).

- **Wird eine Liegenschaft, welche sich im Alleineigentum eines Steuerpflichtigen befand, durch einen hälftigen Miteigentumsanteil an einer Liegenschaft ersetzt, ist in analoger Anwendung von § 44 StGV bei der Festsetzung der Anlagekosten der ersatzbeschafften Liegenschaft der Miteigentumsanteil gemäss dem öffentlich beurkundeten Kaufvertrag bzw. Grundbucheintrag massgebend, selbst wenn im internen Verhältnis bei der Finanzierung der Liegenschaft davon abgewichen wurde.**

24. Juli 2008 in Sachen U.S., 3-RV.2007.137

Aus den Erwägungen

2.

2.1.

Der Rekurrent verkaufte mit Kaufvertrag vom 8. Juli 2005 seine Liegenschaft GB R. Nr. X zum Preis von CHF 349'000.00 an F. + C.T.

2.2.

Mit Kaufvertrag vom 14. Juli 2005 kauften der Rekurrent und M.H. als Miteigentümer zu je $\frac{1}{2}$ und unter solidarischer Haftbarkeit die Liegenschaft GB W. Nr. Y zum Preis von CHF 525'000.00.

2.3.

Mit Verfügung vom 3. Februar 2006 veranlagte die Steuerkommission R. den Rekurrenten für einen im Jahr 2005 erzielten steuerbaren Grundstückgewinn von CHF 51'012.00. Der von ihm beantragte Steueraufschub wurde nicht gewährt, weil die Anlagekosten der veräusserten Liegenschaft von CHF 297'988.00 die auf den Rekurrenten entfallenden anteiligen Anlagekosten der neu erworbenen Liegenschaft von CHF 262'500.00 ($\frac{1}{2}$ von CHF 525'000.00) übersteigen würden. Unter diesen Umständen gelte der Gewinn als realisiert.

2.4.

Der Rekurrent beantragt, er habe nicht nur 50 % (entsprechend seinem Miteigentumsanteil gemäss Kaufvertrag vom 14. Juli 2005 und Grundbucheintrag), sondern 76 % der Eigenmittel der neu gekauften Liegenschaft eingebracht. Er reichte diesbezüglich eine Stellungnahme der Neuen Aargauer Bank vom 9. Februar 2006 betreffend "Finanzierung einer ETW in Wettingen" ein. Es sei auf den von ihm effektiv reinvestierten Erlös abzustellen, womit er Anspruch auf einen Steueraufschub habe.

3.

3.1.

Die Grundstückgewinnsteuer wird auf Begehren der steuerpflichtigen Person aufgeschoben bei Veräusserung einer dauernd und ausschliesslich selbst genutzten Wohnliegenschaft (Einfamilienhaus, Eigentumswohnung oder Beteiligung mit Sondernutzungsrecht), soweit der dabei erzielte Erlös innert 1 Jahr vor oder 3 Jahren nach der Veräusserung zum Erwerb oder zum Bau einer gleich genutzten Ersatzliegenschaft in der Schweiz verwendet wird (§ 98 Abs. 1 StG in der bis Ende 2006 geltenden Fassung).

3.2.

Vorliegend sind die Höhe der Anlagekosten für die verkaufte Liegenschaft und der bei der Veräusserung erzielte Gewinn nicht umstritten. Es ist auch unbestritten, dass die Anforderung des dauernden Selbstbewohnens sowohl der verkauften als auch der gekauften Liegenschaft erfüllt und die Ersatzbeschaffungsfrist eingehalten ist.

Ein vollständiger Steueraufschub ist aber nur möglich, wenn der gesamte Veräusserungserlös zur Reinvestition in eine selbst bewohnte Liegenschaft verwendet wird. Liegt der Kaufpreis (bzw. vorliegend der auf den Rekurrenten entfallende Anteil) unter dem Veräusserungserlös, wird die Grundstückgewinnsteuer nur anteilmässig aufgeschoben. Es stellt sich folglich die Frage nach dem Umfang des Steueraufschubs. Weder das StG noch das StHG enthalten eine diesbezügliche Regelung.

Es gibt grundsätzlich zwei verschiedene Methoden. Nach der absoluten Methode wird der bei der Veräusserung erzielte Grundstücksgewinn so weit nicht besteuert, als der Veräusserungserlös für

das Ersatzobjekt verwendet wird. Demgegenüber wird bei der proportionalen Methode der Gewinn im Verhältnis der Reinvestition zum gesamten Veräusserungserlös aufgeteilt und anteilmässig aufgeschoben (vgl. dazu Kommentar zum Aargauer Steuergesetz, 2. Auflage, Muri-Bern 2004, § 98 StG N 15 ff.).

Mit Entscheid vom 2. März 2004 (BGE 130 II 202 ff. = StE 2004 B 42.38 Nr. 24) stellte das Bundesgericht fest, dass nur die absolute Methode harmonisierungskonform sei. Die relativen Berechnungen würden zu einer ungerechtfertigten, durch Art. 12 Abs. 3 lit. e StHG nicht gedeckten Privilegierung führen. Gestützt auf diese Entscheidung hat das Kantonale Steueramt beschlossen, dass grundsätzlich sofort von der proportionalen zur absoluten Methode gewechselt wird (vgl. dazu RGE vom 17. März 2005 in Sachen R.S.).

3.3.

3.3.1.

Bei der absoluten Methode wird der Steueraufschub nur für denjenigen Teil des Gewinnes gewährt, der nach Wiederverwendung der Anlagekosten des veräusserten Objekts (und allfälliger Drittleistungen) zusätzlich in den Erwerb des Ersatzobjektes investiert wird. Ein Steueraufschub ist also nur zu gewähren, wenn und soweit der in die Ersatzliegenschaft reinvestierte Erlös höher ist als die Anlagekosten der ursprünglichen Liegenschaft (BGE 130 II 202 ff.).

3.3.2.

Die Anlagekosten der verkauften Liegenschaft belaufen sich auf CHF 297'988.00. Weil der gemäss dem Kaufvertrag vom 14. Juli 2005 entsprechend seinem hälftigen Miteigentumsanteil auf den Rekurrenten entfallende Kaufpreisanteil von CHF 262'500.00 die Anlagekosten der vom Rekurrenten verkauften Liegenschaft von CHF 297'988.00 nicht übersteigt, ist für die Frage der Gewährung eines Steueraufschubes entscheidend, ob der Auffassung des Rekurrenten folgend zu berücksichtigen ist, dass er nicht nur 50 %, sondern 76 % der Eigenmittel für den Kauf der Ersatzliegenschaft eingebracht hat.

3.3.3.

§ 44 Abs. 1 StGV lautet wie folgt:

"Bei Miteigentum wird die Ersatzbeschaffung auf dem Erlösanteil gewährt, der dem im Grundbuch eingetragenen Miteigentumsanteil entspricht;

bei Gesamteigentum auf dem Erlösanteil, welcher der Quote des Innenverhältnisses entspricht."

Aus den Materialien ergibt sich, dass damit die Fälle von Liegenschaftsverkäufen infolge Scheidung und darauffolgende Ersatzbeschaffungen von einem oder von beiden geschiedenen Eheleuten geregelt werden sollten. Bei bisherigem Miteigentum wird die Ersatzbeschaffung im Verhältnis der im Grundbuch eingetragenen Miteigentumsanteile gewährt. Bei bisherigem Gesamteigentum wird die Ersatzbeschaffung gemäss der bisherigen inneren Quote gewährt, was im Regelfall einer proportionalen Aufteilung "nach Köpfen" entspricht (bereinigter Bericht zum Entwurf StGV vom 15. August 2000, S. 18).

Der vorliegende Fall, in welchem der Rekurrent eine Liegenschaft, welche sich in seinem Alleineigentum befand, durch eine Liegenschaft mit hälftigem Miteigentumsanteil ersetzt, wird durch § 44 StGV nicht explizit geregelt.

Nach Auffassung des Steuerrekursgerichts bringt der Verordnungsgeber mit § 44 StGV jedoch klar zum Ausdruck, dass bei Miteigentum im Bereich der Ersatzbeschaffung bei der Grundstückgewinnsteuer auf den Eintrag im Grundbuch abzustellen ist. Diese Bestimmung lässt bei Miteigentum keinen Raum für die Berücksichtigung von "internen" Abmachungen, welche nicht mit dem Eintrag im Grundbuch übereinstimmen. Es ist daher der vom Rechtsdienst des Kantonalen Steueramtes vertretenen Auffassung zuzustimmen, dass in analoger Anwendung von § 44 StGV auch bei der Festsetzung der Anlagekosten der ersatzbeschafften Liegenschaft der Miteigentumsanteil gemäss dem öffentlich beurkundeten Kaufvertrag bzw. Grundbucheintrag massgebend ist, selbst wenn, wie vorliegend, im internen Verhältnis bei der Finanzierung der neuen Liegenschaft davon abgewichen wurde. Der Rekurrent kann, entgegen seiner Auffassung, aus dem erwähnten BGE 130 II 202 ff. nichts für sich ableiten, weil beim vom Bundesgericht beurteilten Sachverhalt sowohl die verkaufte als auch die ersatzweise gekaufte Liegenschaft im Allein- und nicht im Miteigentum der betroffenen Steuerpflichtigen stand. Da sich die vorliegend streitige Frage in jenem Fall gar

nicht stellte, kann den Ausführungen des Bundesgerichts dazu auch nichts entnommen bzw. daraus nichts abgeleitet werden.

Die Vorinstanz ist also zu Recht von anteiligen Anlagekosten des Rekurrenten von CHF 262'500.00 ausgegangen und hat dementsprechend richtigerweise keinen Steueraufschub gewährt.

3.3.4.

Der Rekurrent wirft die Frage auf, ob eine Anpassung des Grundbucheintrages im Sinne der effektiven Finanzierung (Rekurrent 76 % / M.H. 24 %) am Ergebnis etwas ändern würde, "denn die zur Ersatzbeschaffung geltende Frist von 3 Jahren ist erst Mitte nächsten Jahres verstrichen" (Replik, S. 2).

Bei der steuerlichen Beurteilung ist vom tatsächlichen und nicht von einem hypothetischen Sachverhalt auszugehen. Im vorliegenden Fall sind der Rekurrent und M.H. aufgrund des Kaufvertrages vom 14. Juli 2005 als Miteigentümer zu je $\frac{1}{2}$ im Grundbuch eingetragen. Das ist für die Beurteilung des vorliegenden Falles massgebend. Eine allenfalls rein aus steuerlichen Gründen später vorgenommene Grundbuchänderung ist für die steuerliche Beurteilung des vorliegenden Falles nicht relevant.

69 Ausstand (§ 169 StG).

- **Wird gegen Mitarbeitende des Kantonalen Steueramtes ein Ausstandsbegehren eingereicht, darf die davon betroffene Person bis zur Erledigung des Ausstandsverfahrens am Veranlagungs- bzw. Einspracheverfahren nicht mehr mitwirken. Im Zuwiderhandlungsfall wird die Angelegenheit vom Steuerrekursgericht zur nochmaligen Durchführung des Einspracheverfahrens an die Vorinstanz zurückgewiesen.**

26. Juni 2008 in Sachen F. + K.S., 3-RV.2008.77

70 Ermessensveranlagung; Vermögensvergleich (§ 191 Abs. 3 StG).

- **Eine behauptete Schenkung von Bargeld vermag das Finanzierungsmanko des Vermögensvergleiches nicht zu begründen, wenn keine weiteren Hinweise die Schenkung glaubhaft machen.**

24. Juli 2008 in Sachen J. + U.M., 3-RV.2007.241

Aus den Erwägungen

2.3.

Die Steuerkommission A. erstellte im Veranlagungsverfahren einen Vermögensvergleich. Da sich ein Finanzierungsmanko von CHF 21'641.00 ergab, wurden die Rekurrenten aufgefordert, sich dazu zu äussern.

Die Rekurrenten reichten folgende Bestätigung der in Österreich lebenden Schwester des Rekurrenten ein:

"Ich, M.V. geb. M., habe am 5.1.2004 meinem Bruder, H.M., ein zinsloses Darlehen in der Höhe von € 11.500.- gegeben.

Dieser Betrag war ein Geschenk von mir an meinen Bruder."

Die Steuerkommission A. anerkannte die Barzahlung aus dem Ausland nicht und rechnete nach Ermessen CHF 15'000.00 zum steuerbaren Einkommen hinzu.

2.4.

Die Rekurrenten belegen die behauptete Schenkung der Schwester des Rekurrenten lediglich mit deren handschriftlichen Bestätigung. Dies reicht nicht aus, um die Schenkung genügend nachzuweisen (vgl. den bereits von der Steuerkommission zitierten RGE vom 21. Oktober 2004 in Sachen B. + E.K. betreffend die behauptete Gewährung von Darlehen). Daran ändert die "Eidesstättige Erklärung" der Schwester des Rekurrenten vom 19. Mai 2008 nichts, da der Notar lediglich die Echtheit der Unterschrift belegt (und belegen kann), und nicht die Schenkung an sich (RGE vom 26. Juni 2008 in

Sachen D.D. + M.M.D.). Ein Zahlungsnachweis kann, da die Schenkung in bar erfolgt sein soll, nicht erbracht werden. Auch der behauptete Bezug der € 11'500.00 von der Postbank durch die Schwester des Rekurrenten kann von der Bank nicht rekonstruiert werden (Schreiben vom 15. Mai 2008).

Der Rekurrent, der selbständig erwerbstätig ist, hat die behauptete Schenkung in der Buchhaltung als Privateinlagen erfasst (mit Buchungen vom 30. Januar [CHF 4'623.00], vom 23. März [CHF 6'120.00] und vom 26. April [CHF 6'144.00]). Die gestaffelte Einzahlung aus dem Bankkonto sei unter Rücksicht auf den Wechselkurs und die persönlichen Bedürfnisse der Rekurrenten erfolgt. Aus der Verbuchung der Schenkung können die Rekurrenten nichts zu ihren Gunsten ableiten. Sie spricht im Gegenteil eher gegen die Darstellung der Rekurrenten. Die Behauptung, der Geldbetrag sei mit Rücksicht auf den Wechselkurs gestaffelt gewechselt worden, wirkt nicht glaubwürdig. Die Rekurrenten konnten nicht wissen, wie sich der Kurs entwickelt und ob sich ein Abwarten zu ihren Gunsten auswirkt.

Die Steuerkommission A. hat daher die behauptete Schenkung der Schwester des Rekurrenten zu Recht nicht als Begründung für die Finanzierung des Mankos aus dem Vermögensvergleich anerkannt.

71 Ermessensveranlagung; Vermögensvergleich; Rechtliches Gehör (§ 191 Abs. 3 StG; Art. 29 Abs. 2 BV).

- **Beabsichtigt eine Steuerkommission, die Veranlagung aufgrund einer Vermögensvergleichsrechnung vorzunehmen, ist diese dem Steuerpflichtigen vorher zur Kenntnis zu bringen und ihm die Möglichkeit einer Stellungnahme zu den Berechnungsgrundlagen einzuräumen.**

24. Januar 2008 in Sachen P.M., 3-RV.2007.121

Aus den Erwägungen

3.2.2.

Beabsichtigt eine Steuerkommission, die Veranlagung aufgrund einer Vermögensvergleichsrechnung vorzunehmen, ist diese dem Steuerpflichtigen vorher zur Kenntnis zu bringen und ihm die Möglichkeit einer Stellungnahme zu den Berechnungsgrundlagen einzuräumen, da die Steuerkommission in der Regel nicht über vollständige und gesicherte Erkenntnisse verfügt, so z.B. hinsichtlich steuerfreier Einkünfte (VGE vom 18. Oktober 2000 in Sachen R.H.). Andernfalls liegt ein Verstoß gegen den Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV) vor (Kommentar zum Aargauer Steuergesetz, 2. Auflage, Muri-Bern 2004, § 191 StG N 24, mit Hinweisen; analog VGE vom 7. Dezember 2004 in Sachen H. + K.K.).

4.

4.1.

Der Rekurrent hat zusammen mit der Steuererklärung 2003 den Fragebogen für selbständig Erwerbende und den Jahresabschluss 2003 seiner Einzelfirma eingereicht. Er ist damit seinen Verfahrenspflichten nachgekommen.

4.2.

Den Akten ist nicht zu entnehmen, dass die Steuerkommission S. den Rekurrenten im Veranlagungsverfahren aufgefordert hätte, den Nachweis der Finanzierung seines Lebensaufwandes zu erbringen. Sie hat ihm vielmehr ohne vorherige Ankündigung einen Reingewinn von CHF 30'000.00 nach Ermessen aufgerechnet, da sie offenbar der Meinung war bzw. ist, der Rekurrent habe seinen Lebensaufwand mit den deklarierten Einkünften nicht bestreiten können. Da die Vorinstanz — soweit ersichtlich — keinen Vermögensvergleich erstellt bzw. diesen sowie die damit verbundenen Aufrechnungen dem Rekurrenten nicht mitgeteilt hat, wurde dessen Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt (RGE vom 23. August 2007 in Sachen R. + S.H.). Zwar verlangte das Gemeindesteuernamt S. im Einspracheverfahren die "Kontoblätter der Buchhaltung 2003", die "Kreditorenrechnungen des ganzen Jahres", die "Kontoauszüge Postcheck- und Geschäftskonti", den "Nachweis der Finanzierung der

Schuldzinsen" sowie "der übrigen Lebenshaltungskosten" und das "Kassenbuch im Original" ein, verzichtete aber auf eine Zustellung einer Vermögensvergleichsrechnung bzw. der "Belegprüfung im Einspracheverfahren" an den Rekurrenten zur Stellungnahme. Dass die Vorinstanz insgesamt CHF 19'393.00 für nicht anerkannte Aufwendungen sowie pauschal CHF 10'607.00, gesamthaft CHF 30'000.00, aufrechnete, wurde dem Rekurrenten vor Fällung des Einspracheentscheides nicht mitgeteilt. Er hatte keine Möglichkeit, sich dazu zu äussern, womit die Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör im Einspracheverfahren nicht geheilt wurde.

Landwirtschaftliche Rekurskommission

I. Direktzahlungen

- 72 **Tatsächliche Bewirtschaftung ohne zivilrechtliche Nutzungsbefugnisse.**
- **Die faktische Bewirtschaftung eines Grundstückes genügt, damit es der landwirtschaftlichen Nutzfläche eines Bewirtschafters zugerechnet werden kann; einer zivilrechtlichen Nutzungsbefugnis bedarf es nicht. Ausgenommen sind Fälle des Rechtsmissbrauchs (Erw. II/1, 2, 3).**

Aus dem Entscheid der Landwirtschaftlichen Rekurskommission vom 25. April 2008 in Sachen Kollektivgesellschaft W. gegen Departement Finanzen und Ressourcen, Abteilung Landwirtschaft (5-BE.2007.6).

Aus den Erwägungen

II/1.

1.1. Durch den landwirtschaftlichen Pachtvertrag verpflichtet sich der Verpächter, dem Pächter ein Gewerbe oder ein Grundstück zur landwirtschaftlichen Nutzung zu überlassen, und der Pächter, dafür einen Zins zu bezahlen (Art. 4 LPG).

Die Unterverpachtung setzt den Bestand eines Hauptvertrags voraus (hier eines Pachtvertrags) und unterscheidet sich von diesem dadurch, dass der Empfänger der hauptvertraglichen Hauptleistung (hier der Pächter) zugleich Erbringer gleicher bzw. ähnlicher Leistungen im Untervertrag ist (als Unterverpächter), die er von seinem Hauptvertragspartner (hier der Verpächter) beanspruchen kann, jedoch gegenüber einem aus der Sicht des Hauptvertrags Dritten (Unterpächter). Der Gegenstand der Leistung, die der Unterverpächter im Untervertrag verspricht, wird dabei durch das begrenzt, was er im Hauptvertrag selbst vom Verpächter beanspruchen kann (Peter Gauch/Jörg Schmid [Hrsg.], Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band 5: Obligationenrecht, Teilband 2b: Die Pacht,

Art. 275-304, 3. Auflage, Zürich 2000, Art. 291 N. 9). Folglich ist der Anspruch des Unterpächters auf Realerfüllung des Unterpachtvertrages durch die Vertragsdauer des Hauptpachtverhältnisses limitiert.

1.2. H. verpachtete das Grundstück an die Beschwerdeführerin. Er war jedoch weder Eigentümer noch dinglich berechtigter Nutzniesser des Pachtobjektes. Er hatte lediglich mit der Eigentümerin (S. AG) einen Pachtvertrag abgeschlossen. Deshalb liegt ein Unterpachtverhältnis vor. Aufgrund der Beschränkung des Unterpachtverhältnisses auf die Dauer des Hauptpachtverhältnisses endete durch die gegenüber H. ausgesprochene Kündigung vom 22. März 2005 am 31. März 2006 auch die Unterpacht.

1.3. Das Vorliegen eines stillschweigend erneuerten Vertrages fällt entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin ausser Betracht. Ein stillschweigender Vertragsabschluss ist nur möglich, wenn das Erklärungsverhalten eindeutig ist, wenn also klar daraus hervorgeht, dass die betreffende Person mit dem Schweigen einen bestimmten Geschäftswillen kundgeben will; ein rein passives Verhalten genügt dazu regelmässig nicht (vgl. Peter Gauch/Walter R. Schluep/Jörg Schmid/Heinz Rey, OR Allgemeiner Teil, Band I, 8. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2003, Rz. 190a).

Die S. AG brachte im Kündigungsschreiben einzig zum Ausdruck, dass die Möglichkeit bestehe, "wieder" einen neuen Pachtvertrag abzuschliessen. Aus der eindeutigen Formulierung des Kündigungsschreibens geht indessen klar hervor, dass sie den ursprünglichen Vertrag auflösen wollte.

Zudem ist nicht erkennbar, inwiefern die ordentliche Kündigung mangelhaft gewesen sein soll. Die Kündigungsfrist und der -termin sind eingehalten worden (Art. 16 Abs. 2 LPG; Benno Studer/Eduard Hofer, Das landwirtschaftliche Pachtrecht, Kommentar zum Bundesgesetz über die landwirtschaftliche Pacht vom 4. Oktober 1985, Vorabdruck 2007 der 2. Auflage, Brugg 2007, Art. 16 Abs. 3 LPG N 389). Im Weiteren bestand kein Pachtverhältnis zwischen der Grundeigentümerin und der Beschwerdeführerin. Deshalb kann die Beschwerdeführerin keine unmittelbaren Rechte gegenüber der Grundeigentümerin ableiten bzw. geltend machen. Der Be-

schwerdeführerin kamen Rechte (und Pflichten) aus dem Vertrag einzig gegenüber ihrem Vertragspartner, H., zu.

1.4. Zusammenfassend ist der Abteilung Landwirtschaft zuzustimmen, dass die Beschwerdeführerin seit dem 1. April 2006 grundsätzlich über keinen Rechtstitel zur Nutzung des Grundstückes verfügt.

2.

2.1. Der Bund richtet Bewirtschaftern von bäuerlichen Betrieben unter der Voraussetzung des ökologischen Leistungsnachweises allgemeine Direktzahlungen und Ökobeiträge aus (Art. 70 Abs. 1 LwG-CH). Direktzahlungen erhalten Bewirtschafter, die einen Betrieb führen und ihren zivilrechtlichen Wohnsitz in der Schweiz haben (Art. 2 Abs. 1 DZV). Zu Direktzahlungen berechtigt grundsätzlich die landwirtschaftliche Nutzfläche (Art. 4 Abs. 1 DZV). Gemäss Art. 14 LBV gilt als landwirtschaftliche Nutzfläche die einem Betrieb zugeordnete, für den Pflanzenbau genutzte Fläche ohne die Sömmerungsfläche, die dem Bewirtschafter ganzjährig zur Verfügung steht.

2.2. Unbestritten ist, dass die Beschwerdeführerin ihren Sitz im Kanton Aargau hat und einen Betrieb auf eigene Rechnung und Gefahr führt. Hingegen ist abzuklären, ob trotz fehlender rechtlich geschützter Nutzungsbefugnis die Parzelle aufgrund der unbestrittenen tatsächlichen Bewirtschaftung zur landwirtschaftlichen Nutzfläche der Beschwerdeführerin zu zählen ist.

3.

3.1. Das Landwirtschaftsgesetz, die Direktzahlungsverordnung und die Landwirtschaftliche Begriffsverordnung äusseren sich nicht direkt über die notwendigen zivilrechtlichen Beziehungen des Bewirtschafters zum Grundstück. Insbesondere enthalten sie keine Regelung darüber, ob eine faktische Bewirtschaftung als Anspruchsgrundlage für die Direktzahlungen ausreicht.

Einzig die vom Bundesamt für Landwirtschaft erlassenen Weisungen und Erläuterungen zur Landwirtschaftlichen Begriffsverordnung vom 31. Januar 2007 (im Folgenden: Weisungen) verlangen explizit ein zivilrechtliches Verhältnis des Bewirtschafters zum Boden. Die vor dem 31. Januar 2007 gültigen Weisungen wurden letzt-

mals im März 2006 aktualisiert. Diese und die heute gültige Ausgabe der Weisungen stimmen in den massgeblichen Passagen überein. Es kann daher im Folgenden auf die neuen Weisungen vom Januar 2007 Bezug genommen werden. Demnach umfasst die landwirtschaftliche Nutzfläche die gesamte einem Betrieb zugeordnete, pflanzenbaulich genutzte Fläche, sofern sie dem Bewirtschafter über das ganze Jahr zur Verfügung steht. Sie umfasst alles Land, das vom betreffenden Betrieb aus bewirtschaftet wird. Als landwirtschaftliche Nutzfläche zählen die Flächen im Eigentum und in Pacht sowie einzelne Grundstücke, die der Bewirtschafter in Gebrauchsleihe hat. Der Bewirtschafter muss aber in jedem Fall belegen können, dass ihm die Fläche tatsächlich für das ganze Jahr zur Verfügung steht (Weisung zu Art. 14 Abs. 1 LBV).

3.2. Die Weisungen stellen eine Verwaltungsverordnung dar. Die Hauptfunktion der Verwaltungsverordnung besteht darin, eine einheitliche, gleichmässige und sachrichtige Praxis des Gesetzesvollzugs sicherzustellen. Sie sind nach herrschender Ansicht keine Rechtsquellen des Verwaltungsrechts und richten sich nicht unmittelbar an den Privaten, das heisst sie schaffen keine Rechte und Pflichten für den Privaten (BGE 120 Ia 321, Erw. 3/a; VPB 61.40, Erw. 7.1; Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2006, Rz. 123 ff.). Das Gericht berücksichtigt sie allerdings bei seiner Entscheidung, soweit sie eine dem Einzelfall gerecht werdende Auslegung der Bestimmung zulässt, weil es nicht ohne Not von einer einheitlichen Praxis der Verwaltungsbehörden abweichen will (Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., Rz. 128).

Vorliegend stellt sich somit die Frage, ob die in den Weisungen enthaltene Einschränkung, wonach ein Nutzungsrecht gegenüber dem bewirtschafteten Boden bestehen muss, durch die landwirtschaftliche Gesetzgebung, insbesondere durch die Landwirtschaftliche Begriffsverordnung, gedeckt ist.

(3.3.: *Allgemeine Erwägungen betreffend Auslegungsmethoden.*)

3.4. Dem Wortlaut von Art. 14 Abs. 1 LBV ist zu entnehmen, dass eine Nutzfläche "einem Betrieb zugeordnet" werden können

muss. Nach dem allgemeinen Sprachgebrauch ist "zuordnen" den Begriffen "zurechnen", "zuschreiben", "zuweisen", "zuerkennen", "zugehören" gleichzustellen. Verlangt wird nach dem Wortlaut also, dass eine Fläche aufgrund von objektiven Kriterien einem bestimmten Betrieb zugeteilt werden kann. Das Bundesamt für Landwirtschaft stützt sich in seinen Weisungen auf das Kriterium der zivilrechtlichen Beziehung des Bewirtschafters zur Fläche, indem für die Zuordnung zum Betrieb ein Eigentums-, Pacht- oder Leiheverhältnis vorausgesetzt wird. Direkt aus dem Begriff "zugeordnet" lässt sich dies jedoch nicht ableiten; vielmehr könnte danach auch eine tatsächliche respektive faktische Bewirtschaftung als Zuordnungskriterium ausreichen.

Aus dem weiteren Wortlaut von Art. 14 Abs. 1 LBV lässt sich ebenfalls nichts ableiten, das eine den Weisungen entsprechende restriktive Auslegung stützen würde. Dies gilt insbesondere in Bezug auf die Formulierung "zur Verfügung stehen"; auch ein Unberechtigter kann die tatsächliche Gewalt über eine Sache ausüben und insofern steht diese Sache ihm auch zur Verfügung (Jörg Schmid/Bettina Hürlimann-Knaup, Sachenrecht, 2. Auflage, Schulthess 2003, Rz. 126 und Rz. 139)

3.5. Aus der übrigen landwirtschaftlichen Gesetzgebung ergeben sich keinerlei Hinweise auf eine restriktive Auslegung von Art. 14 Abs. 1 LBV. Vor allem hilft der Vergleich mit dem landwirtschaftlichen Pachtrecht (vgl. den Verweis in Art. 2 Abs. 1 der Weisungen) nicht weiter: Zutreffend ist, dass der Bund mit Art. 1 Abs. 2 LPG ein Umgehungsgeschäft dem Pachtrecht unterstellt. Relevant ist jedoch, dass die Parteien in diesen Fällen tatsächlich den Willen hatten, die Nutzung der Pachtsache zu regeln. Folglich muss ein übereinstimmender Wille zwischen den Parteien über die Nutzung der Sache vorliegen. Über die effektive Nutzung einer Sache allein sagt diese Bestimmung dagegen nichts aus.

3.6.

3.6.1. Im Weiteren ist zu prüfen, ob die in den Weisungen enthaltene Einschränkung Sinn und Zweck der Direktzahlungen entspricht.

Art. 104 Abs. 1 BV gibt die Ziele der Agrarpolitik des Bundes vor und betont die "Multifunktionalität" der Landwirtschaft. Demnach soll die Landwirtschaft einen wesentlichen Beitrag zur sicheren Versorgung, zur Erhaltung der natürlichen Lebensgrundlagen und zur Pflege der Kulturlandschaft sowie zur dezentralen Besiedelung des Landes übernehmen (vgl. auch Art. 1 LwG-CH). Daraus ist zu folgern, dass die Agrarpolitik so ausgerichtet wird und Massnahmen dergestalt eingesetzt werden, dass die Ziele massgeblich gefördert werden (vgl. Art. 104 Abs. 2 und Abs. 3 BV). Eine Richtschnur hinsichtlich Massnahmeinsatz stellt Art. 104 Abs. 3 lit. a BV dar, wonach das bäuerliche Einkommen durch Direktzahlungen des Bundes ergänzt wird. Mit diesen Zahlungen sollen die multifunktionalen Leistungen der Landwirtschaft abgegolten werden (vgl. Art. 104 Abs. 1 BV; Art. 2 Abs. 1 lit. b LwG-CH; Klaus A. Vallender in: Bernhard Ehrenzeller/Philippe Mastronardi/Rainer J. Schweizer/Klaus A. Vallender [Hrsg.], Die schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, Zürich/Basel/Genf 2002, Art. 104 N. 16 und 24 ff.). Dabei beziehen sich die Direktzahlungen direkt auf die erbrachten Leistungen (Botschaft zur Reform der Agrarpolitik: Zweite Etappe [Agrarpolitik 2002], S. 302).

3.6.2. Vorab ist festzuhalten, dass die Verfassung Direktzahlungen generell "für die erbrachten Leistungen" in Aussicht stellt. Ausnahmen, Einschränkungen oder Bedingungen, welche weder in der Verfassung noch im Gesetz oder in der Verordnung klar zum Ausdruck kommen, sind deshalb nur restriktiv zuzulassen.

Der Zweck der Direktzahlungen - angemessenes Entgelt für erbrachte Leistungen zugunsten der Multifunktionalität der Landwirtschaft - kann offensichtlich unabhängig von einer zivilrechtlichen Beziehung des Bewirtschafters zur Parzelle erfüllt werden. Dies spricht dafür, dass die gemeinwirtschaftliche Leistung des Bewirtschafters unabhängig davon zu entschädigen ist, welche rechtlichen oder tatsächlichen Nutzungsbefugnisse ihm an der bewirtschafteten Parzelle zustehen. Dagegen würde eine Auslegung von Art. 14 Abs. 1 LBV, wonach eine landwirtschaftliche Nutzfläche nur bei Eigentum, Pacht oder Leihe angenommen werden darf, jene Landwirte von den Direktzahlungen ausschliessen, welche ohne entsprechendes Nut-

zungsrecht ein Grundstück effektiv bewirtschaftet haben. Dies liesse sich mit dem Sinn und Zweck der Direktzahlungen nicht vereinbaren.

3.6.3. Der Vollständigkeit halber sei darauf hingewiesen, dass die Durchsetzung des Direktzahlungsanspruchs unter dem Vorbehalt des Rechtsmissbrauchs gemäss Art. 2 Abs. 2 ZGB steht. Der offenbare Missbrauch eines Rechts findet keinen Schutz. Art. 2 Abs. 2 ZGB ist eine Grundsatznorm, deren Geltung sich auf die gesamte Rechtsordnung erstreckt (BGE 128 III 201 Erw. 1/c mit Hinweisen; unpubliziertes Urteil des Bundesgerichts 4C.312/2005, Erw. 3.1).

Die Beschwerdeführerin machte glaubhaft geltend, dass sie - fälschlicherweise - davon ausging, dass der Unterpachtvertrag noch bestehe. Die Vorinstanz verzichtete folglich zu Recht auf den Vorwurf, die Beschwerdeführerin habe sich rechtsmissbräuchlich verhalten.

3.7. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass keine Auslegungsmethode ein zivilrechtliches Verhältnis des Bewirtschafters zur Nutzfläche verlangt. Demgegenüber würde dieses Erfordernis gegen Sinn und Zweck der Direktzahlungen verstossen. Eine entsprechende Auslegung von Art. 14 LBV ist demzufolge nicht zulässig.

(...).

3.8. Aus den Akten ergibt sich, dass die Beschwerdeführerin während des Beitragsjahres 2006 die Parzelle R., B., Wintergerste 200 Aren und R., B., extensiv genutzte Wiese, 185 Aren, tatsächlich genutzt hat. Diese Flächen bilden somit Teil der massgeblichen landwirtschaftlichen Nutzfläche des Betriebs der Beschwerdeführerin und sind zu Direktzahlungen berechtigt.

II. Abgeltungen gemäss kantonalem Landwirtschaftsgesetz

73 **Abgeltung ökologischer Leistungen gemäss § 28 ff. des kantonalen Landwirtschaftsgesetzes.**

- **Auslegung von sogenannten "Bewirtschaftungsverträgen" im Falle einer unverschuldeten Teilunmöglichkeit für den Bewirtschafter, die vereinbarte Leistung zu erbringen. Nach Massgabe der vertraglichen Bestimmungen dürfen in derartigen Fällen nicht sämtliche Beiträge verweigert werden (Erw. II/1, 2, 4, 5).**

Aus dem Entscheid der Landwirtschaftlichen Rekurskommission vom 15. September 2008 in Sachen H. gegen Departement Finanzen und Ressourcen, Abteilung Landwirtschaft (5-BE.2007.12).

Aus den Erwägungen

II.

1. Sind in einem zusammenhängenden Gebiet einer oder mehrerer Gemeinden Massnahmepläne zur qualitativen Verbesserung von Trinkwasservorkommen, Gewässern oder Böden vorgesehen, die besondere Einschränkungen der Bewirtschaftung oder besonders belastende Betriebsumstellungen erfordern, können die Gemeinden diese im Rahmen von vertraglichen Vereinbarungen mit Beiträgen unterstützen (§ 28b Abs. 1 LwG-AG). Der Kanton beteiligt sich unter der Voraussetzung eines formellen Gemeinderatsbeschlusses über den Massnahmeplan und der Genehmigung durch das zuständige Departement zu maximal 50 % an den Beiträgen (§ 28b Abs. 2 LwG-AG).

2. Ein verwaltungsrechtlicher Vertrag entsteht durch übereinstimmende Willensäusserung der Parteien, wobei die Vorschriften des Obligationenrechts analog Anwendung finden, soweit das öffentliche Recht keine eigenen Regeln vorsieht und die für zivilrechtliche

Verträge geltenden Grundsätze sich als sachgerecht erweisen (BGE 105 Ia 207, Erw. 2c; BGE 122 I 328, Erw. 7b; ZBl 1982, S. 73, Thomas Müller-Tschumi in: Der verwaltungsrechtliche Vertrag in der Praxis, Isabelle Häner, Bernhard Waldmann (Hrsg.), Zürich/Basel/Genf 2007, S. 58 f., Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht., 5. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2006, Rz. 1102). Als sachgerecht ist die zivilrechtliche Lösung für verwaltungsrechtliche Verträge dann anzusehen, wenn sie der Beteiligung der Verwaltungsbehörden am Rechtsverhältnis und dem involvierten öffentlichen Interesse ausreichend Rechnung trägt (Müller-Tschumi, a.a.O., S. 59). Die Rechte und Pflichten ergeben sich unmittelbar aus dem Vertrag respektive aus dem Parteiwillen (vgl. § 6 ÖkoV; Müller-Tschumi, a.a.O., S. 69) und wirken lediglich zwischen den Parteien (Ingeborg Schwenzer, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 4. Auflage, Bern 2006, Rz. 4.06).

Der Beschwerdeführer behauptet sinngemäss, die vollständige Leistungserfüllung sei ohne sein Verschulden unmöglich geworden. Damit wird eine sogenannte Leistungsstörung vorgebracht. Zunächst ist zu prüfen, ob tatsächlich eine unverschuldete Unmöglichkeit vorliegt. Sowohl das kantonale Landwirtschaftsgesetz als auch die Ökoverordnung regeln die sogenannten Leistungsstörungen (vgl. zu diesem Begriff Erw. 4 hiernach) nicht. Falls effektiv eine unverschuldete Unmöglichkeit besteht, ist folglich zu ermitteln, welches die Rechtsfolgen in einer analogen zivilrechtlichen Konstellation sind. Schliesslich stellt sich die Frage, ob die gefundene Lösung für den konkreten Fall als sachgerecht anzusehen ist.

3. (...)

4.

4.1. Grundsätzlich bestreitet der Beschwerdeführer nicht, dass die betroffene Parzelle "S." durch seinen Verpächter gepflegt und somit "falsch bewirtschaftet" worden ist. Seitens der Vorinstanz ist unbestritten, dass der Verpächter ohne das Wissen des Beschwerdeführers den Umbruch der Naturwiese vorgenommen hat. Dieser Sachverhalt ist nicht vergleichbar mit den Fällen, welche die Arbeitsgruppe Nitratfeld bereits zu entscheiden hatte. Dort handelte die Person, welche die vertragswidrige Bodenbearbeitung vornahm, grund-

sätzlich im Einverständnis mit dem Bewirtschafter und somit als eigentliche Hilfsperson. Vorliegend fehlte indessen ein Einverständnis des Beschwerdeführers. Das Verhalten des Verpächters kann deshalb nach Massgabe des Zivilrechts nicht dem Beschwerdeführer zugerechnet werden; es liegt weder in seinem Gefahrenkreis noch handelte der Verpächter als Hilfsperson des Beschwerdeführers (Peter Gauch/Walter R. Schluep/Jörg Schmid/Heinz Rey, OR Allgemeiner Teil, 8. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2003, Rz. 2870). Folglich muss der Beschwerdeführer für das Verhalten des Verpächters nicht einstehen; es trifft ihn diesbezüglich kein Verschulden.

4.2. Die Abteilung Landwirtschaft legt dem Beschwerdeführer zur Last, dass er von sich aus weder der Arbeitsgruppe noch der kontrollierenden Fachperson eine Mitteilung über die veränderte Situation gemacht habe. Durch diese Unterlassung verletzte der Beschwerdeführer als Vertragspartner seine Mitteilungspflicht. Solche vertraglichen Nebenpflichten ergeben sich aus den allgemeinen Rechtsgrundsätzen, vor allem auch aus dem Gebot von Treu und Glauben (Art. 2 ZGB). Die Verletzung vertraglicher Nebenpflichten stellt eine positive Vertragsverletzung dar, welche eine Schadenersatzpflicht nach Art. 97 Abs. 1 OR nach sich zieht, sofern die erforderlichen Voraussetzungen (Schaden, Kausalzusammenhang zwischen positiver Vertragsverletzung und eingetretenem Schaden, Verschulden) erfüllt sind (Schwenzer, a.a.O., N 67.01 ff.). Vorliegend mangelt es jedoch bereits am Vorliegen eines Schadens gemäss Art. 97 Abs. 1 OR. Darüber hinaus war die Verletzung der Mitteilungspflicht durch den Beschwerdeführer nicht kausal für die Nichterfüllung der vertraglichen Leistung bzw. den Umbruch der Wiese. Vielmehr konnte die Leistung bereits im Zeitpunkt des Umbruchs der Naturwiese nicht mehr erbracht werden.

4.3. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass den Beschwerdeführer hinsichtlich der Überführung einer Teilfläche von 40 Aren Naturwiese in offenes Ackerland im Frühjahr 2006 kein Verschulden trifft. Die Erfüllung der vertraglichen Verpflichtung, keine Überführung in die offene Ackerbaufläche bzw. keine Bodenbearbeitung vorzunehmen, ist ohne sein Verschulden unmöglich geworden.

5.

5.1. Bei vollkommen zweiseitigen Verträgen stehen die Leistungspflichten in einem Austauschverhältnis. Die eine Partei verspricht der anderen eine Leistung nur, damit und weil die andere Partei ihrerseits eine Leistung verspricht und erbringt. Die gegenseitigen Leistungspflichten stehen in einem Abhängigkeitsverhältnis. Wird eine Leistung, die im Austauschverhältnis steht, ohne Verschulden des Gläubigers oder des Schuldners unmöglich, so wird gemäss der zivilrechtlichen Regelung der andere Teil von seiner Gegenleistungspflicht befreit (Art. 119 Abs. 2 OR; Schwenzer, a.a.O., N 3.21 und N 3.23). Doch tritt diese Rechtsfolge selbstverständlich nur ein, wenn die Parteien nicht etwas anderes vereinbart haben (Art. 119 OR ist dispositives Recht).

5.2.

5.2.1. Gemäss den Verträgen "Verlängerte Nutzungsdauer von Kunstwiesen" können bei Zuwiderhandlungen die Abgeltungen gekürzt oder verweigert werden. Strikter ist die Regelung des Trinkwasservertrages. Danach werden keine Abgeltungen ausgerichtet, wenn der Trinkwasservertrag oder auch nur Teile davon nicht erfüllt worden sind. Fraglich ist nun, ob diese Klauseln auch im Falle einer unverschuldeten Unmöglichkeit anwendbar sind (wodurch sich eine Abweichung von den dargestellten dispositiven Bestimmungen des Obligationenrechts ergäbe) bzw. ob eine Kürzung oder Verweigerung der Abgeltungen unabhängig vom Verschulden des Beschwerdeführers vorgenommen werden kann.

5.2.2. Die drei Verträge stellen offensichtlich von der Vorinstanz vorformulierte, standardisierte Verträge dar. Die vorgedruckten Formulare wurden lediglich mit den persönlichen Angaben des Beschwerdeführers (Betriebsnummer, Name und Adresse) sowie mit den konkreten Flächenmassen ergänzt.

Vorformulierte Vertragsbestimmungen sind grundsätzlich nach den gleichen Regeln wie individuell verfasste Vertragsklauseln auszulegen. So erfolgt denn auch die Ermittlung des mutmasslichen Parteiwillens nach dem Vertrauensgrundsatz. Dabei hat das Gericht vom Wortlaut auszugehen und zu berücksichtigen, was sachgerecht erscheint. Es orientiert sich dabei am dispositiven Recht, weil derje-

nige Vertragspartner, der dieses verdrängen will, das mit hinreichender Deutlichkeit zum Ausdruck bringen muss (unpubliziertes Urteil des Bundesgerichts vom 20. April 2007, 5C.21/2007 mit weiteren Hinweisen).

5.2.3. Der Wortlaut von Ziffer 2.7 des Trinkwasservertrages sowie von Ziffer 2.7 der Verträge betreffend "Verlängerte Nutzungsdauer von Kunstwiesen" äussert sich nicht ausdrücklich zu den rechtlichen Auswirkungen der Unmöglichkeit. In genereller Weise wird einzig festgehalten, dass der Betrieb die Voraussetzungen erfüllen muss bzw. die Abgeltungen bei Zuwiderhandlung gekürzt oder verweigert werden können. Ob davon neben der verschuldeten auch die unverschuldete Leistungsstörung erfasst ist, lässt sich jedoch weder aus dem Wortlaut noch aus dem Zusammenhang mit den weiteren vertraglichen Regelungen bestimmen. Folglich ergibt sich aus den Verträgen kein Anlass, aufgrund dessen vom dispositiven (Zivil-)Recht abgewichen werden müsste. Die getroffene Lösung lässt sich somit nicht als eigenständige Regelung der Folgen der Unmöglichkeit auffassen. Vielmehr muss der Fall der Unmöglichkeit anhand der allgemeinen zivilrechtlichen Konzeption gelöst werden. Dies gilt umso mehr, als es nicht sachgerecht erscheint, dem Beschwerdeführer das Risiko der unverschuldeten Unmöglichkeit zur Gänze aufzuerlegen.

Nichts anderes kann den Ausführungen der Vorinstanz entnommen werden, wonach der Beschwerdeführer als "offiziell anerkannter Bewirtschafter für den Vorgang und dessen Auswirkungen" verantwortlich zeichnen muss. Sinngemäss rechnet die Vorinstanz – fälschlicherweise - das Handeln des Verpächters dem Beschwerdeführer zu (vgl. dazu Erw. 4.3). Folglich setzt auch die Vorinstanz für die Anwendung von Ziffer 2.7 der Verträge ein persönliches Verschulden voraus.

5.2.4. Der Vollständigkeit halber ist darauf hinzuweisen, dass die durch die Parteien getroffene Lösung auch keine Konventionalstrafe darstellt. Eine solche setzt gemäss Art. 163 Abs. 2 OR im Fall der nicht zu vertretenden Unmöglichkeit voraus, dass Entsprechendes ausdrücklich vereinbart worden ist.

5.3.

5.3.1. Die vertragliche Leistung besteht bei allen Verträgen darin, dass auf der Fläche innerhalb des Nitratgebietes "kein Umbruch von Naturwiesen und Überführung in Ackerbau" erfolgen darf bzw. die Parzellen mit Dauerwiesen gemäss Flächendeklaration "nicht in offene Ackerfläche überführt werden dürfen und darauf keine Bodenbearbeitung vorgenommen werden darf". Durch das Handeln des Verpächters kann die Vertragsleistung durch den Beschwerdeführer nicht mehr erbracht werden; somit ist eine Unmöglichkeit der Leistungserbringung zumindest hinsichtlich der Parzelle "S." eingetreten (vgl. Erw. 4).

5.3.2. Ist bei einer teilbaren Leistung nur ein Teil der Leistung unmöglich, so stellt sich die Frage, ob der Gläubiger die noch mögliche Restleistung gegen Bezahlung einer verminderten Vergütung annehmen muss, weil Leistungs- und Gegenleistungspflicht nur teilweise entfallen. Vertretbar ist aber auch, dass der Gläubiger die Restleistung unter vollständiger Befreiung von der eigenen Leistungspflicht ausschlagen darf. Massgebend in dieser Frage ist entsprechend Art. 20 Abs. 2 OR, ob der Gläubiger an der Annahme der Restleistung ein Interesse hat oder nicht (Schwenzer, a.a.O., N 64.31).

Aufgrund der Vertragsfreiheit kann der Inhalt des Vertrages innerhalb der Schranken des Gesetzes beliebig festgesetzt werden (Art. 19 Abs. 1 OR; vgl. auch Schwenzer, a.a.O., N 32.41). Deshalb ist zur Beantwortung der obenstehenden Frage bzw. hinsichtlich des Interesses der Vorinstanz zunächst auf die vertragliche Regelung der Parteien zurückzugreifen.

5.3.3. Die Verträge "Verlängerte Nutzungsdauer von Kunstwiesen" sehen selber die Möglichkeit einer blossen Kürzung der Beiträge vor. Nach Massgabe des Verhältnismässigkeitsprinzips erscheint daher eine vollständige Verweigerung der Abgeltungen als Ausnahme. Dagegen muss der Trinkwasservertrag auf den Flächen innerhalb des Nitratgebietes "jährlich als Ganzes erfüllt werden". Sinngemäss wird der Trinkwasservertrag somit insgesamt als nicht erfüllt betrachtet, selbst wenn nur einzelne Flächen betroffen sind. Diese Schlussfolgerung spricht dafür, dass das Interesse an einer Restleistung nicht vorhanden ist. Zentral ist jedoch, dass nur eine

Fläche von 40 Aren in offene Ackerfläche überführt worden ist. Angesichts der vom Beschwerdeführer bewirtschafteten Gesamtfläche im Nitratgebiet von 15.05 Hektaren ergibt sich aus dem "Ziel und Zweck" des Trinkwasservertrags durchaus ein Interesse an der Restleistung. Durch die annähernd vollständige Einhaltung der vertraglichen Auflagen werden sicherlich günstigere Voraussetzungen zur Nitratgehaltreduktion geschaffen. Dies muss umso mehr gelten, als der Umbruch auf der Parzelle "S." auf das Ziel der Nitratgehaltsreduktion "keinen grossen Einfluss" hat. Eine vollständige Streichung der Projektbeiträge erscheint somit auch aufgrund des Flächenverhältnisses zwischen der Parzelle "S." und der gesamten Projektfläche unverhältnismässig. Insgesamt ist es somit nicht vertretbar, dass die Abgeltungspflicht vollständig entfallen soll. Vielmehr werden die Vertragspartner des Beschwerdeführers von ihrer Gegenleistungspflicht nur hinsichtlich des anteilmässigen Beitrages für die Parzelle "S." befreit.

5.4. Zusammenfassend ergibt sich, dass sich die Unmöglichkeit der Leistungserfüllung allein auf die Parzelle "S." bezieht. Folglich ist der Gemeindeverband B. bzw. der Kanton Aargau nicht berechtigt, die Beiträge vollständig zu verweigern. Vielmehr müssen grundsätzlich die gesamten Beiträge mit Ausnahme des Anteils für die Fläche "S." ausgerichtet werden.

Hinsichtlich der anteilmässigen Berechnung der Beiträge ergibt sich Folgendes: Von der Teilunmöglichkeit ist eine Fläche von 40 Aren betroffen; die bewirtschaftete Gesamtfläche des Beschwerdeführers im Nitratgebiet beträgt 15.05 Hektaren. Demnach ist rund ein Vierzigstel der Fläche von der Teilunmöglichkeit betroffen. Die Beiträge sind daher grundsätzlich um einen Vierzigstel zu reduzieren.

5.5. Auch aus anderen Gründen erscheint es sachgerecht, dass sich die vertraglichen Auswirkungen des Umbruchs der Naturwiese auf die Parzelle "S." beschränken und im Übrigen die gegenseitigen Leistungspflichten erhalten bleiben. Dem öffentlichen Interesse des Natur- und Umweltschutzes wird auch durch eine teilweise Erfüllung der Verträge gedient (vgl. Erw. 5.3.2). Zudem würde sich eine vollständige Streichung der Beiträge auch anhand des Prinzips der Verhältnismässigkeit, welches im ganzen Bereich des öffentlichen

Rechts Geltung hat (Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., Rz. 581 ff.), nicht rechtfertigen; ein vernünftiges Verhältnis zwischen dem angestrebten Ziel und dem Eingriff würde durch das Vorgehen der Vorinstanz nicht gewahrt.

Schätzungskommission nach Baugesetz

I. Enteignungsrecht

74 Formelle Enteignung; Kostentragung im Missbrauchsfall (Änderung der Rechtsprechung)

- Ein Entschädigungsbegehren ist missbräuchlich, wenn die überwiegende Anzahl der gestellten Anträge offensichtlich ungerechtfertigt oder übersetzt ist (Erw. 6.2.6.1.).
- Ist das Entschädigungsbegehren missbräuchlich, gilt nicht das enteignungsrechtliche Kostenprivileg. Die Kosten werden nach der ordentlichen Regelung gemäss VRPG verteilt (Erw. 6.2.6.2.).

Aus einem Entscheid der Schätzungskommission nach Baugesetz vom 10. Juni 2008 in Sachen Einwohnergemeinde F. gegen E.S.

Aus den Erwägungen

6.2.1. Das Enteignungsverfahren hat zum Ziel, dem Gemeinwesen die zur Erfüllung seiner Aufgaben notwendigen Güter unter angemessenen Bedingungen zu verschaffen. Das Enteignungsrecht kann nur für im öffentlichen Interesse liegende Zwecke, unter Einhaltung des Verhältnismässigkeitsprinzips und unter voller Entschädigung des Betroffenen ausgeübt werden. Umgekehrt darf dieser sich nicht mit jedem Mittel und unter beliebigem Kostenaufwand der Enteignung widersetzen. Um das Gemeinwesen vor der Willkür des Enteigneten zu schützen, sehen die Enteignungsgesetze regelmässig vor, dass die Verfahrenskosten bei offensichtlich missbräuchlichen Begehren oder offensichtlich übersetzten Forderungen ganz oder teilweise dem Enteigneten auferlegt werden können (BGE 111 Ib 98 f.).

Der Kanton Aargau hat für das Enteignungsverfahren eine spezielle Kostenregelung geschaffen. Nach dieser sind in Verfahren, in denen eine Entschädigung zugesprochen wird, die Kosten "in der

Regel" vom entschädigungspflichtigen Gemeinwesen zu tragen (§ 149 Abs. 2 BauG).

Im Gegensatz zur altrechtlichen Regelung von § 26 Abs. 2 des aufgehobenen Dekrets über das Verfahren vor der Schätzungskommission nach Baugesetz und Gewässerschutzgesetz vom 22. Februar 1972 (Verfahrensdekret, AGS Bd. 8, S. 250 ff.), wo die Ausnahmefälle präzisiert wurden (missbräuchliches Verhalten, offensichtlich unbegründete oder übersetzte Forderungen), sind im § 149 Abs. 2 BauG die Gründe für eine abweichende Kostenverteilung nicht mehr umschrieben.

6.2.2. (...)

6.2.3. Von der "Regel-Kostenverteilung" kann abgewichen werden, wenn die Forderungen offensichtlich missbräuchlich, unbegründet oder übersetzt sind sowie wenn die Begehren ganz oder zum grössten Teil abgewiesen werden (AGVE 2000 S. 37 [ein Entscheid der 1. Zivilkammer des Obergerichts] mit Hinweis auf die Regelung im Bundesrecht; Ernst Kistler/René Müller, Baugesetz des Kantons Aargau, 2. Auflage, Lenzburg 2002, § 149 N 5; Heinz Hess/Heinrich Weibel, Das Enteignungsrecht des Bundes, Band I, Kommentar zum Bundesgesetz über die Enteignung, Bern 1986, Art. 114 N 6 und Art. 115 N 6; BGE 111 Ib 97 ff.). Dabei ist wesentlich darauf abzustellen, ob die Begehren des Enteigneten mutwillig oder missbräuchlich waren oder ob er sich uneinsichtig gezeigt hat (AGVE 2000 S. 38 mit Hinweisen).

6.2.4. Das Gesetz sieht für den Missbrauchsfall verschiedene Folgen vor.

6.2.4.1. Für Enteignungsverfahren steht der im Enteignungsrecht ausdrücklich vorgesehene - und bereits erwähnte - Entzug des Kostenprivilegs nach § 149 Abs. 2 BauG im Vordergrund, d.h. der Enteignete hat die Verfahrenskosten (Gerichts- und Parteikosten) ganz oder teilweise selber zu bezahlen. Es kommen die ordentlichen Kostenregelungen für Beschwerdeverfahren (§ 33 Abs. 2 VRPG und § 36 VRPG) zum Tragen. Diese wendet auch das Verwaltungsgericht an, wenn ein Entscheid der Schätzungskommission über eine Enteignungsentschädigung weitergezogen wird.

6.2.4.2. Nach VRPG besteht die Möglichkeit, den Gesuchsgegner die Parteikosten selber tragen zu lassen, wenn der Beizug eines Anwalts offensichtlich unbegründet war (vgl. § 36 VRPG). Diese Regelung kommt in Enteignungsverfahren kaum je zur Anwendung, weil den betroffenen Privaten regelmässig eine erfahrenere Behörde gegenüber steht. Nach dem verfassungsrechtlichen Gleichbehandlungsgebot (Gleichheit der Spiesse) scheint der Beizug eines Vertreters daher zumindest nicht offensichtlich unbegründet. Das gilt auch für den vorliegenden Fall.

6.2.4.3. Schliesslich können Prozessentschädigungen bei missbräuchlichen Begehren gekürzt werden. Anstatt den Streitwert nach den gestellten Forderungen zu berechnen (§ 4 Abs. 1 des Dekrets über die Entschädigung der Anwälte [Anwaltstarif, AnwT; SAR 291.150] vom 10. November 1987 in Verbindung mit § 5 Abs. 1 AnwT), wird bei offensichtlich zu hohen Begehren auf die Ansprüche abgestellt, die in guten Treuen hätten geltend gemacht werden können (§ 4 Abs. 4 AnwT).

6.2.4.4. Ein Teil der Sanktionen richtet sich demnach einzig gegen die Parteientschädigung, die im Kanton Aargau nach dem Streitwert berechnet wird (§ 3 AnwT), so auch im Enteignungsverfahren (vgl. dazu die Kritik des Bundesgerichts in BGE 111 Ib 99). Diese Berechnungsmethode birgt die Gefahr, dass mit Blick auf das Honorar und das (vermeintlich) fehlende Kostenrisiko im Enteignungsverfahren überhöhte Forderungen gestellt werden oder unnötiger Prozessaufwand betrieben wird, der bei bestehendem Kostenrisiko mit hoher Wahrscheinlichkeit unterblieben wäre.

6.2.5. Die Praxis der Schätzungskommission bezüglich Kostenverteilung abweichend von der Spezialregel nach § 149 Abs. 2 BauG ist restriktiv. Es soll nicht leichthin auf missbräuchliche Begehren geschlossen werden, andernfalls würde das vom Gesetz gewährte Kostenprivileg unterlaufen. Der Betroffene soll sich vor der ersten Gerichtsinstanz grundsätzlich ohne Kostenrisiko wehren können, weil gegen seinen Willen in seine Rechte eingegriffen wird.

Eine Ausnahmeregelung für Fälle mit geringem Streitwert sieht das Gesetz nicht vor. Sie liesse sich wohl auch nicht rechtfertigen, denn Fehler passieren unabhängig vom Streitwert; das Prüfungsin-

teresse besteht also auch hier. Der Enteigner mag sich in solchen Verfahren zwar die Frage stellen, ob er einen höheren als den effektiv geschuldeten Preis bezahlen (Prozessabstand) oder vor Gericht den angemessenen Preis erstreiten soll. Rechtsstaatlich selbstverständlich hat er aber die richtige Entschädigung anzustreben und die für deren Durchsetzung anfallenden Prozesskosten in Kauf zu nehmen. Ein anderes Vorgehen ist im Einzelfall vielleicht ökonomischer, staatsrechtlich indessen untragbar (Widerhandlung gegen das Legalitätsprinzip, sachlich nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung verschiedener Enteigneter, Förderung des Querulantentums etc.).

6.2.6. Im Folgenden ist zu prüfen, ob im vorliegenden Verfahren ein Missbrauchsvorwurf gerechtfertigt ist.

6.2.6.1. Die Schätzungskommission hat in der bisherigen, sehr zurückhaltenden Praxis nur dann einen Missbrauch angenommen, wenn das Entschädigungsbegehren insgesamt, d.h. in allen Teilbegehren, massiv überhöht oder offensichtlich unbegründet war (vgl. SKE 4-EV.1995.50016 in Sachen Kanton Aargau gegen EG T.S. vom 19. Februar 1997).

In nochmaliger, umfassender Prüfung der Ausgangslage kommt das Gericht zur Auffassung, dass ein Missbrauch nicht schon auszuschliessen ist, wenn einzelne, untergeordnete Teilforderungen des Entschädigungsbegehrens berechtigt sind. Ein Missbrauch ist auch dann zu bejahen, wenn der grösste Teil der Begehren ungerechtfertigt oder übersetzt ist, wenn also die klar überwiegende Anzahl der gestellten Anträge offensichtlich unbegründet ist und/oder wenn Forderungen gestellt werden, die weit über das hinaus gehen, was in guten Treuen hätte verlangt werden können.

Bei der Missbrauchsprüfung ist zu berücksichtigen, wenn der Enteignete anwaltlich vertreten ist. Dieser stellt einerseits die Gleichheit der Spiesse sicher (Erw. 6.2.4.2.), sollte andererseits aber auch Gewähr bieten, dass dem Gericht keine als missbräuchlich zu qualifizierenden Begehren unterbreitet werden. Wenn es doch dazu kommt, scheint es gerechtfertigt, wenn der private Auftraggeber und nicht der Staat für diesen Aufwand aufkommen muss.

Vorliegend wurden vom Kanton der relative Landwert und die Wiederinstandstellung der durch die Bauarbeiten verursachten Riss-

schäden nie bestritten. Strittig waren dagegen der absolute Landwert, die Minderwertentschädigung wegen Lärmimmissionen bzw. der Einbau von Schallschutzfenstern, der Ersatz der Sonnenstoren, die Minderwertentschädigung für allfällige Spritzwasserschäden an der Fassade, die Entschädigung für allfällige künftige Risschäden am Gebäude infolge des Mehrverkehrs und der Parkdienst während der Bauzeit. Sowohl zahlenmässig als auch nominell erwies sich somit der grösste Teil der Begehren als ungerechtfertigt. Sachlich sind die abzuweisenden Teilbegehren nach Überzeugung des Gerichts als offensichtlich unbegründet zu werten, auch wenn der Vertreter des Enteigneten versuchte, ihnen im möglichen Mass ein rechtliches Fundament zu geben. (...)

Im vorliegenden Fall ist also ein Missbrauchsfall im Sinne der präzisierten Rechtsprechung zu bejahen.

6.2.6.2. Bisher hat das Gericht bei einem Missbrauchsfall konsequenterweise jeweils auf eine Umkehr der Kostenlast geschlossen, also dem Enteigneten die gesamten Verfahrenskosten auferlegt (d.h. Gerichtskosten, Tragung der eigenen Parteikosten, aber keine Zuspicherung eines Parteikostenersatzes für den Enteigner nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts [AGVE 2000 S. 379 ff.]).

Im Zuge der vorstehend erläuterten Präzisierung der Rechtsprechung drängt sich auch eine entsprechende Anpassung der Folgen eines festgestellten Missbrauchs auf. Wie dargestellt (Erw. 6.2.4.1.), liegt es nahe, der leicht herabgesetzten Missbrauchsschwelle die angemessenere ordentliche Kostenverteilung nach den §§ 33 und 36 VRPG folgen zu lassen, statt der bisherigen radikalen "Kostenumkehr". Damit wird auch die Privilegierungsabsicht des Gesetzgebers im möglichen Mass weiter berücksichtigt. Zudem wird so auch der in Enteignungsverfahren keineswegs ausgeschlossene Beizug eines Rechtsvertreters (Erw. 6.2.4.2. und 6.2.6.1.) adäquat abgegolten. Wie ausgeführt (Erw. 6.2.1.) soll ein Enteigneter über "gleiche Spiesse" verfügen, aber andererseits auch nicht beliebigen Aufwand zulasten des Gemeinwesens in Auftrag geben können. (...)

II. Gebäudeversicherungsrecht

75 Entschädigung: Sturmschaden

- **Konstruktive Mängel eines Gebäudes, die adäquat kausal für die Entstehung eines Schadens während eines Sturms waren, führen zum Ausschluss der Schadendeckung (Erw. 3.4. - 3.4.5.).**
- **Nur wenn der Nachweis gelingt, dass auch eine normkonforme Konstruktion den Wetterereignissen nicht standgehalten hätte, ist der Schaden dennoch von der Gebäudeversicherung zu übernehmen (Erw. 3.4.6. - 3.4.8.).**

Aus einem Entscheid der Schätzungskommission nach Baugesetz vom 16. September 2008 in Sachen R.V. et al. gegen AGV.

Aus den Erwägungen

3.

3.1. Gemäss § 2 lit. b Ziff. 5 des alten Gebäudeversicherungsgesetzes vom 15. Januar 1934 [aGebVG; AGS Bd. 2, S. 509 ff.] ersetzt die Gebäudeversicherung Schäden, die an versicherten Gebäuden durch Sturm entstehen. Durch Sturm verursachte Schäden gelten gemäss § 2 Abs. 2 der alten Gebäudeversicherungsverordnung (aGebVV) vom 4. Dezember 1996 (AGS 1996, S. 413 ff.) als Elementarschäden, wenn die Windgeschwindigkeit mindestens 75 km/h betrug und in der Umgebung des versicherten Gebäudes Bäume umgeworfen oder Gebäude abgedeckt wurden.

Gemäss § 3 lit. c aGebVG werden Schäden, die nicht die direkte Folge einer der in § 2 lit. b Ziff. 5 aGebVG genannten Schadensursachen sind, insbesondere Schäden infolge schlechten Baugrundes, ungenügender Fundamente, fehlerhafter Arbeit oder Konstruktion etc. nicht als Schäden im Sinne des aGebVG betrachtet und daher nicht vergütet (Ausschlussgründe).

3.2. Auf Verlangen der Gebäudeversicherung hat die Gebäudeeigentümerin zu beweisen, dass der eingetretene Schaden die direkte Folge eines Naturereignisses ist (§ 41 Abs. 4 aGebVG). Der Gebäudeversicherung obliegt es umgekehrt nachzuweisen, dass ein Kürzungs- oder Ausschlussgrund vorliegt, will sie diesen geltend machen. Denn gemäss Art. 8 ZGB hat derjenige die Beweislast, d.h. die Folgen der Beweislosigkeit, zu tragen, der aus der unbewiesenen gebliebenen Tatsache hätte Rechte ableiten können. Die versicherte Person hat den Eintritt eines versicherten Ereignisses nachzuweisen. Der Versicherer, der seine Leistung verweigern oder herabsetzen will, muss eine die Leistungspflicht ausschliessende oder herabsetzende Tatsache beweisen (Alfred Maurer, Schweizerisches Privatversicherungsrecht, 3. Auflage, Bern 1995, S. 356). Art. 8 ZGB findet analog Anwendung im öffentlichen Prozess (vgl. § 22 VRPG; René Rhinow/Heinrich Koller/Christina Kiss, Öffentliches Prozessrecht und Justizverfassungsrecht des Bundes, Basel 1996, N 910; Hans Schmid in: Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art. 1-359 ZGB, 3. Auflage, Basel 2006, Art. 8 N 27 mit Hinweisen; AGVE 2001, S. 451 f. mit Hinweisen; AGVE 2000, S. 514 und 516).

Das Beweismass bestimmt, ob der Richter für das Vorhandensein einer bestimmten Tatsache einen strikten Beweis verlangt, oder ob er sich mit einem minderen Grad an Sicherheit begnügt. Das Beweismass ergibt sich nicht aus Art. 8 ZGB, sondern aus der konkret zur Anwendung gelangenden materiellen Norm (Schmid, a.a.O., Art. 8 N 15 f.). In Versicherungsfällen kann oft nicht ein absoluter, strikter Beweis verlangt werden. Immer dann, wenn nach der Natur der Sache ein solcher nicht möglich ist, etwa beim Nachweis eines bestimmten Kausalzusammenhangs, darf der Richter seine Überzeugung mit einer an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit oder, wo auch dies objektiv nicht möglich ist, mit einer auf der Lebenserfahrung beruhenden überwiegenden Wahrscheinlichkeit begründen (vgl. Maurer, a.a.O., S. 333 f.; Pierre Widmer, in: Peter Münch/Thomas Geiser [Hrsg.], Schaden - Haftung - Versicherung, Basel 1999, S. 60). Überwiegend wahrscheinlich ist eine Sachverhaltsdarstellung, wenn für die Verwirklichung anderer Sachverhaltsversionen kein ernst zu nehmender Raum verbleibt. Nach Isabelle Berger hat der

Beweisgrad der überwiegenden oder hohen Wahrscheinlichkeit in Zahlen ausgedrückt einen Schwellenwert von 75 % zu erreichen (Isabelle Berger-Steiner, Beweismass und Privatrecht, in: Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins [ZBJV] 2008, S. 293 ff.).

3.3. [Das Vorliegen eines Sturmschadens war unstreitig anerkannt.]

3.4. Unter den Parteien ist hingegen strittig, ob der Schaden auf eine fehlerhafte Konstruktion oder Arbeit zurückzuführen ist. Diesfalls wäre er gemäss § 3 lit. c aGebVG nicht als Schaden im Rechtsinne zu betrachten und entsprechend nicht zu vergüten.

3.4.1. - 3.4.3.2. [Untersuchung des vorliegend strittigen Konstruktionsmangels]

3.4.4. (...)

Die Verankerung des Daches entsprach einer sachgerechten Befestigung offensichtlich nicht, das steht für das Gericht zweifellos fest. Das gilt im Besonderen für das hier betroffene Gebäude mit Pultdach an exponierter Lage und mit der offenen Seite dem Tal zugewandt. Die Exponiertheit der Baute erfordert keine ausserordentliche Betrachtungsweise bei Eintritt eines Schadens, sondern eine der besonderen Lage entsprechende Konstruktion. Das Vorliegen eines Konstruktionsmangels ist zu bejahen, was zum Ausschluss der Haftung durch die AGV führt, sofern der Fehler adäquat kausal für den Schaden war. Das ist im nächsten Schritt zu prüfen.

3.4.5. Rechtserheblich, adäquat kausal ist eine Ursache, wenn sie nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung geeignet ist, den eingetretenen Erfolg zu bewirken, der Eintritt des Erfolgs durch die fragliche Ursache also als begünstigt erscheint (Bundesgerichtsentscheid 1C.61/2004 Erw. 5.4; BGE 123 III 112; Widmer, a.a.O., S. 46).

Die Kausalität zwischen ungenügender Verankerung des Daches und Schaden ist aufgrund des Schadenbildes offensichtlich. Ein sachgerecht befestigtes Dach wäre nicht am Stück abgehoben worden. Es hätten sich allenfalls einzelne Teile der Eindeckung gelöst, wie in zahlreichen anderen Schadenfällen in R. am selben Datum (...). Die ungenügende Befestigung war geeignet, den Erfolgseintritt herbeizuführen. Der adäquate Kausalzusammenhang zwischen Kon-

struktionsmangel und Schaden ist daher zu bejahen; der Schaden ist keine direkte Folge des Sturms (§ 3 lit. c aGebVG).

3.4.6.

3.4.6.1. - 3.4.7.4. [Untersuchung der Sturmstärke bzw. der Möglichkeit, ob die aufgetretenen Windkräfte auch eine normkonforme Konstruktion geschädigt hätte.]

3.4.7.5. Die wiedergegebenen Expertenaussagen geben einerseits bloss Windgeschwindigkeiten an, die unter der "sinnbildlichen Normwindgeschwindigkeit" von 133 km/h bzw. der "Bemessungswindgeschwindigkeit" vom 169 km/h liegen, welche das Dach schadenfrei hätte überstehen müssen (...), andererseits sind sie ausnahmslos vage ("es kann nicht ausgeschlossen werden"). Auf die bloss theoretische Möglichkeit des Auftretens höherer Windgeschwindigkeiten kann nicht abgestellt werden. Sichere Aussagen können nicht gemacht werden, weil es keine Messdaten gibt. Die vorhandenen Angaben sind kein rechtsgenügender Nachweis für das Auftreten von Windgeschwindigkeiten über dem Normwert der SIA (...).

Aufgrund der Unsicherheit und Ungenauigkeit der erhältlichen Expertenauskünfte verzichtet das Gericht auf die Einholung eines weiteren Gutachtens zur Frage der Windgeschwindigkeit.

3.4.8. Der Nachweis eines besonderen, kleinräumigen Wetterereignisses könnte auch indirekt erbracht werden (vgl. den Entscheid des Obergerichts Schaffhausen vom 19. November 2004 [ABSCH 2004, S. 150 f.]). Das versuchen die Beschwerdeführer, indem sie auf zahlreiche andere Gebäudeschäden in R. vom 18. August 2006 hinweisen. An einem Nachbarhaus seien die Storen beschädigt worden (...).

Die AGV hat gemäss eigenen Angaben nach dem Sturm vom 18. August 2006 29 Schadenmeldungen erhalten bei insgesamt 2'692 versicherten Gebäuden in der Gemeinde. Dabei soll es sich aber - mit Ausnahme des vorliegenden sowie eines weiteren Dachschadens, bei denen die Konstruktion betroffen ist - um Beschädigungen der Eindeckung (Ziegel, Eternitplatten etc.) gehandelt haben (...). Der zweite Dachschadenfall passierte nicht in unmittelbarer Nachbar-

schaft. Zudem macht die AGV dort ebenfalls Baumängel geltend. Das Verfahren ist noch nicht abgeschlossen.

Andere Indizien, die auf ein besonderes kleinräumiges Wetterereignis hindeuten würden, liegen nicht vor. Auf die bloss theoretische Möglichkeit eines solchen Ereignisses darf - wie gesagt - nicht abgestellt werden, sonst könnte dieser Einwand der Versicherung stets entgegen gehalten werden. Der Beweis, dass weit höhere als die gemessenen Windgeschwindigkeiten geherrscht haben, denen auch eine normgemässe Konstruktion nicht standgehalten hätte, wurde nicht erbracht.

Somit bleibt es beim Ergebnis, dass der Konstruktionsfehler die adäquat kausale Ursache des Schadens am Garagendach ist. Der Sturm wird von Gesetzes wegen als Ursache ausgeschlossen (vgl. § 3 aGebVG). Die Beschwerdeführer haben den Schaden selber zu tragen.

Rekursgericht im Ausländerrecht

I. Zwangsmassnahmen im Ausländerrecht

- 76 Ausschaffungshaft; Zuständigkeit des Kantons Aargau bei jahrelangem illegalem Aufenthalt des Gesuchsgegners in einem anderen Kanton**
Der Umstand, dass sich der Gesuchsgegner während der letzten Jahre im Kanton Freiburg aufgehalten hat, vermag die Zuständigkeit des Kantons Aargau i.c. nicht zu beeinträchtigen (E. II./1.).

Entscheidung des Präsidenten des Rekursgerichts im Ausländerrecht vom 5. April 2008 in Sachen Migrationsamt des Kantons Aargau gegen Z.K. betreffend Haftüberprüfung (1-HA.2008.34).

Aus den Erwägungen

II. 1. Wurde ein erstinstanzlicher Weg- oder Ausweisungsentcheid eröffnet, kann die zuständige kantonale Behörde die betroffene Person zur Sicherstellung des Vollzugs in Haft nehmen (Art. 76 AuG).

Zuständige kantonale Behörde im Sinne von Art. 76 Abs. 1 AuG ist gemäss § 3 VEGAR das Migrationsamt. Im vorliegenden Fall wurde die Haftanordnung durch das Migrationsamt und damit durch die zuständige Behörde erlassen.

Betreffend die Zuständigkeit des Kantons Aargau ist Folgendes anzumerken: Im Dispositiv der Wegweisungsverfügung des BFF vom 20. März 1998 wurde der Kanton Aargau mit dem Vollzug der Wegweisung des Gesuchsgegners beauftragt. Anlässlich der heutigen Verhandlung gab der Gesuchsgegner an, in den letzten Jahren im Kanton Freiburg gewohnt zu haben und im Jahr 2003 zwei Mal in den Kosovo ausgereist zu sein. Es ist deshalb zu prüfen, ob die 1998 begründete Zuständigkeit des Kantons Aargau im heutigen Zeitpunkt noch immer gegeben ist.

Die über das Internet abrufbare Weisung des Bundesamtes für Migration vom 1. Januar 2008 zum Asylgesetz hält betreffend die Zuständigkeit der Kantone Folgendes fest (vgl. Weisung des BFM vom 1.1.2008, III. Asylgesetz, N. 12.1.2 [Stand 1.1.2008]):

"Im Dispositiv der Asyl- und Wegweisungsverfügung wird der Kanton bezeichnet, der die Wegweisung zu vollziehen hat (Art. 45 Abs. 1 Bst. f AsylG). Hält sich eine weggewiesene Person nicht mehr in dem mit dem Vollzug beauftragten Kanton auf, bleibt dieser dennoch für den Vollzug der Wegweisung zuständig. Der Aufenthaltskanton leistet ihm auf Ersuchen hin Amtshilfe. Die Amtshilfe besteht insbesondere in der Zuführung der betroffenen Person oder in der Ausschaffung derselben in den Herkunfts- oder einen Drittstaat (Art. 48 AsylG).

Der mit dem Wegweisungsvollzug beauftragte Kanton behält diese Zuständigkeit bis zur definitiven Ausreise der ausländischen Person. Unter definitiver Ausreise ist die Rückkehr in den Heimat- oder Herkunftsstaat zu verstehen, beziehungsweise die Ausreise in einen Drittstaat, der bereit oder verpflichtet ist, die betroffene Person aufzunehmen. Nach Einreichung eines Asylgesuches in einem Drittstaat gilt die ausländische Person ebenfalls als ausgereist, es sei denn, die Schweiz ist verpflichtet diese Person zurück zu übernehmen. Eine sich in der Schweiz befindende ausländische Person unbekanntem Aufenthalts gilt nicht als ausgereist."

Der Umstand, dass sich der Gesuchsgegner während den letzten Jahren im Kanton Freiburg aufgehalten hat, vermag die Zuständigkeit des Kantons Aargau nach dem soeben Ausgeführten nicht zu beeinträchtigen. Eine seit 1998 erfolgte Rückkehr in den Kosovo bzw. die definitive Ausreise des Gesuchsgegners hätte hingegen zur Folge, dass der Kanton Aargau in diesem Fall nicht weiter zuständig wäre, den Gesuchsgegner in sein Heimatstaat zurückzuführen.

Den Freiburger Behörden gegenüber verschwieg der Gesuchsgegner gemäss eigenen Angaben, dass er in den Kosovo ausgereist sei. Im Rahmen der Befragung durch die Freiburger Polizei nach seiner Festnahme vom 3. April 2008 antwortete der Gesuchsgegner auf die Frage, wie er in die Schweiz gekommen sei: "En 1990, en train. Depuis, je suis toujours resté en Suisse". Den Freiburger Behörden lagen bezüglich des behaupteten Aufenthalts im Kosovo somit keinerlei Anhaltspunkte vor, worauf sie den Gesuchsgegner korrekter-

weise dem Kanton Aargau zugeführt haben. Damit steht auch fest, dass sich das Migrationsamt des Kantons Aargau zu Recht weiterhin als für den Vollzug der Wegweisung zuständig erachtete und den Gesuchsgegner deshalb, und weil keine Anzeichen für einen rechtmässigen Aufenthalt im Kanton Freiburg vorlagen, auch zu Recht zu Beginn des rechtlichen Gehörs formlos wegwies. Nachdem der Gesuchsgegner anlässlich der heutigen Verhandlung keine Belege für den behaupteten Aufenthalt im Kosovo vorlegen konnte, ist davon auszugehen, dass der Kanton Aargau noch immer für den Vollzug der 1998 verfügten Wegweisung zuständig ist.

Darüber hinaus wäre die Zuständigkeit des Kantons Aargau im vorliegenden Fall aber selbst dann gegeben, wenn der Gesuchsgegner in der Zwischenzeit tatsächlich in seinen Heimatstaat zurückgekehrt wäre, da das Migrationsamt den Gesuchsgegner anlässlich des rechtlichen Gehörs wie bereits ausgeführt zu Recht formlos wegweisen hat.

77 Ausschaffungshaft; Haftgrund; Nichteintretensentscheid

Der Haftgrund von Art. 76 Abs. 1 lit. b Ziff. 2 AuG ist nicht erfüllt, wenn er sich auf einen Nichteintretensentscheid abstützt, der sich in der Zwischenzeit als inhaltlich falsch erwiesen hat (E. II./3.2.).

Entscheid des Präsidenten des Rekursgerichts im Ausländerrecht vom 17. Oktober 2008 in Sachen Migrationsamt des Kantons Aargau gegen A.K. betreffend Haftüberprüfung (1-HA.2008.101).

Aus den Erwägungen

II. 3.2. Das Migrationsamt stützt seine Haftanordnung weiter auf Art. 76 Abs. 1 lit. b Ziff. 2 AuG. Danach kann eine betroffene Person zur Sicherstellung des Vollzugs der Wegweisung in Ausschaffungshaft genommen werden, wenn das BFM einen Nichteintretensentscheid gestützt auf Art. 32 Abs. 2 lit. a-c des Asylgesetzes (AsylG) vom 26. Juni 1998 getroffen hat.

Der Gesuchsgegner vertritt demgegenüber die Auffassung, man dürfe nicht auf den Nichteintretensentscheid abstellen, da die Behörden heute davon ausgingen, er sei malischer Staatsangehöriger.

In der Tat wird der Nichteintretensentscheid des BFM vom 29. März 2007 einzig damit begründet, der Gesuchsgegner sei entgegen seiner Angaben nicht malischer Staatsangehöriger. Nachdem der Gesuchsgegner in der Zwischenzeit effektiv als malischer Staatsangehöriger anerkannt wurde und nach Mali ausgeschafft werden soll, wäre es stossend, die Ausschaffungshaft auf einen Entscheid abzustützen, der sich inhaltlich als falsch erwiesen hat.

Der Haftgrund von Art. 76 Abs. 1 lit. b Ziff. 2 AuG ist damit nicht erfüllt.

78 Ausschaffungshaft; Beschleunigungsgebot und Zusammenarbeit mit ausländischen Behörden

Das Beschleunigungsgebot ist verletzt, wenn das Bundesamt für Migration betreffend Papierbeschaffung während über drei Monaten untätig bleibt und sich bei der ausländischen Behörde auch nicht nach den hängigen Herkunftsabklärungen erkundigt. Dies auch wenn bei der konkreten ausländischen Behörde eine gewisse Zurückhaltung beim Nachfragen angebracht ist (E. II./4).

Entscheid des Präsidenten des Rekursgerichts im Ausländerrecht vom 20. Februar 2008 in Sachen Migrationsamt des Kantons Aargau gegen J.G. betreffend Haftverlängerung (1-HA.2008.3).

Aus den Erwägungen

II. 4. Nachdem die Schweizer Behörden seit dem 8. November 2007 keine weiteren Bemühungen im Hinblick auf die Ausschaffung des Gesuchsgegners unternommen haben, stellt sich die Frage, ob das Beschleunigungsgebot ausreichend beachtet wurde. Gemäss Art. 76 Abs. 4 AuG sind die für den Vollzug der Weg- oder Ausweisung notwendigen Vorkehren umgehend zu treffen. In konstanter Praxis hat das Bundesgericht das Beschleunigungsgebot wie folgt

konkretisiert (vgl. den unveröffentlichten Entscheid vom 24. Januar 2008, 2C_9/2008, E. 2.3.1):

"Das Beschleunigungsgebot ist nach der Rechtsprechung verletzt, wenn die Behörden während mehr als zwei Monaten keine konkreten (möglichen) Vorkehrungen mehr im Hinblick auf die Ausschaffung getroffen haben und die Verzögerung nicht auf ein Verhalten der ausländischen Behörde oder des Betroffenen selber zurückzuführen ist (BGE 124 II 49 ff. E. 4). Die Behörden dürfen nicht über längere Zeit untätig bleiben, auch wenn der Ausländer sich unkooperativ zeigt; Art. 5 Ziff. 1 lit. f EMRK setzt für die Rechtmässigkeit der Haft ein "schwebendes" Ausweisungsverfahren voraus. Für die Behörden besteht jedoch keine Pflicht, in jedem Fall schematisch bestimmte Handlungen vorzunehmen. Es ist jeweils aufgrund der Umstände im Einzelfall zu beurteilen, ob sie mit dem nötigen Nachdruck auf den Vollzug der Wegweisung hingearbeitet haben; dabei kommt ihnen ein gewisser Spielraum bei der Einschätzung der Geeignetheit der erforderlichen (weiteren) Schritte zu (vgl. das Urteil 2A.489/1999 vom 7. Oktober 1999, E. 2a)."

Das Migrationsamt ist der Ansicht, dass das Beschleunigungsgebot ausreichend beachtet worden sei. Die Verzögerung der Ausschaffung sei einerseits auf den Gesuchsgegner zurückzuführen, welcher sich nicht bereit zeige, bei der Papierbeschaffung mitzuwirken. Andererseits seien beim algerischen Konsulat zwei Anfragen bezüglich der Ausstellung eines Laissez-Passer pendent. Die diplomatische Zusammenarbeit mit Algerien erfordere viel Fingerspitzengefühl, weshalb ein Nachfragen alle zwei Monate nicht sinnvoll sei und die algerischen Behörden bloss verärgere.

Obwohl die Behörden gestützt auf das Beschleunigungsgebot nicht gehalten sind, in jedem Fall schematisch bestimmte Handlungen vorzunehmen, dürfen sie nicht untätig bleiben. Die Behörden müssen versuchen, die für die Ausschaffung erforderlichen Papiere auch ohne Mitwirkung der betroffenen Person zu beschaffen. Dabei müssen sie alle ihnen zur Verfügung stehenden Massnahmen ergreifen (vgl. Hugli Yar, in: Uebersax/Münch/Geiser/Arnold (Hrsg.), Ausländerrecht, Handbücher für die Anwaltspraxis, Bd. VIII, Basel/Genf/München 2002, Rz. 7.71).

Dem BFM liegen bezüglich der Identität des Gesuchgegners mehrere Hinweise vor: In Belgien trat der Gesuchsgegner unter dem Namen H.M., geboren 1. Februar 1973, aus der Provinz M. auf, in Deutschland ist er unter dem Namen K.S., geboren 9. Juli 1984, aus der Provinz O. erfasst und in der Schweiz gab er an, J.G., geboren 9. Juli 1982, aus der Provinz B. zu sein.

Zur Abklärung der Personalien bei den algerischen Behörden sind gemäss Migrationsamt insbesondere der Fingerabdruck und die Angabe der Provinz, in welcher der Betroffene seinen letzten Wohnsitz hatte, massgebend. Der Name sowie das Geburtsdatum sind bei den Abklärungen zweitrangig. Das BFM stellte beim algerischen Konsulat bislang drei Gesuche um Ausstellung eines Ersatzreisepapiers für den Gesuchsgegner. Die erste Anfrage vom 27. März 2007 für die Provinz B. wurde von den algerischen Behörden negativ beantwortet. Die zweite Anfrage vom 17. Juli 2007 sowie die dritte Anfrage vom 8. November 2007 wurden für die Provinz O. eingereicht und sind im heutigen Zeitpunkt noch pendent. Seit diesem dritten Vorstoss vom 8. November 2007 wurde vom BFM im Hinblick auf die Ausschaffung des Gesuchsgegners nichts weiter unternommen.

Auch wenn die Erfahrung mit den algerischen Behörden zeigt, dass eine gewisse Zurückhaltung beim Nachfragen angebracht ist, so darf dennoch erwartet werden, dass nach über drei bzw. sieben Monaten beim algerischen Konsulat nachgefragt wird. Hinzu kommt, dass das BFM dem Hinweis, dass der Gesuchsgegner möglicherweise aus der Provinz M. stammen könnte, bisher nicht nachgegangen ist. Das BFM blieb seit dem 8. November 2007, also während über drei Monaten, untätig, obwohl es, wie soeben aufgezeigt, weitere Massnahmen hätte treffen können. Die Verzögerung der Ausschaffung ist im vorliegenden Fall deshalb nicht in erster Linie auf das Verhalten der ausländischen Behörden bzw. des Betroffenen selber zurückzuführen. Insofern wurde das Beschleunigungsgebot in diesem Fall verletzt, weshalb der Gesuchsgegner aus der Haft zu entlassen ist.

79 Ausschaffungshaft; Vollzugsperspektiven; Anordnung einer Durchsetzungshaft

I.c. ist nicht ersichtlich, ob - und wenn ja, unter welchen Voraussetzungen - ein Ersatzreisedokument ausgestellt wird, solange sich der Gesuchsgegner gegenüber der Vertretung seines Heimatlandes nicht rückkehrwillig zeigt. Unter diesen Umständen ist nicht mehr mit hinreichender Wahrscheinlichkeit davon auszugehen, dass bis zum Ablauf der maximal zulässigen Dauer der Ausschaffungshaft ohne die Mitwirkung des Gesuchsgegners ein Ersatzreisedokument ausgestellt werden kann, weshalb die Anordnung einer Durchsetzungshaft zu prüfen ist (E. II./1.-2.).

Entscheid des Präsidenten des Rekursgerichts im Ausländerrecht vom 29. August 2008 in Sachen Migrationsamt des Kantons Aargau gegen P.O. betreffend Verlängerung Ausschaffungshaft / Anordnung Durchsetzungshaft (1-HA.2008.82).

Aus den Erwägungen

II. 1.1. Gemäss Art. 76 AuG kann die zuständige Behörde eine Person unter bestimmten Voraussetzungen zur Sicherstellung des Vollzugs der Weg- oder Ausweisung in Ausschaffungshaft nehmen bzw. in Ausschaffungshaft belassen. Die Ausschaffungshaft ist jedoch unter anderem zu beenden, wenn der Haftgrund entfällt oder sich erweist, dass der Vollzug der Weg- oder Ausweisung aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen undurchführbar ist (vgl. Art. 80 Abs. 6 lit. a AuG). Mit anderen Worten ist eine Verlängerung der Ausschaffungshaft dann zu verweigern, wenn keine Vollzugsperspektive mehr besteht.

1.2. Bereits mit Urteil vom 30. April 2008 (1-HA.2008.44) und vom 13. Juni 2008 (1-HA.2008.61) wurde die Vollzugsperspektive bezüglich zweier nigerianischer Staatsangehörigen verneint. In jenen Fällen verhielten sich die Betroffenen derart unkooperativ, dass sie nicht als nigerianische Staatsangehörige anerkannt wurden. Mit Urteil vom 13. Juni 2008 (1-HA.2008.61, E. II/1.2.) wurde ausgeführt:

"Auch wenn die nigerianische Expertendelegation in der Vergangenheit auch schon unkooperative Personen als nigerianische Staatsangehörige anerkannt hat und eine Anerkennung offenbar von der Zusammensetzung der Delegation abhängt, ist die Wahrscheinlichkeit einer Anerkennung nach zweimaliger Ablehnung derart gering, dass nicht mehr von einer konkreten Vollzugsperspektive im Sinne von Art. 80 Abs. 6 lit. a AuG ausgegangen werden kann. Eine Fortsetzung der Ausschaffungshaft ist damit nicht zulässig."

Mit Urteil vom 18. August 2008 wurde die Ausschaffungshaft eines weiteren nigerianischen Staatsangehörigen verlängert, obschon dieser bereits drei Mal der nigerianischen Botschaft zugeführt worden war, ohne dass ein Ersatzreisedokument ausgestellt worden wäre. Zur Vollzugsperspektive wurde Folgendes ausgeführt (1 HA.2008.79, E. II/2.2.):

"Nachdem der Gesuchsgegner bereits mehrfach seiner Heimatvertretung zugeführt wurde, ohne dass diese ein Ersatzreisedokument ausgestellt hätte, ist fraglich, ob überhaupt noch Aussicht besteht, ein Laissez-Passer zu erhalten und ob der Gesuchsgegner noch ausgeschafft werden kann. Der Vertreter des Migrationsamtes führt diesbezüglich aus, aufgrund der Erfahrungen des Bundesamtes für Migration bestehe nach wie vor eine gute Chance, ein Laissez-Passer zu erhalten. Es sei in der Vergangenheit schon mehrfach vorgekommen, dass für einen Betroffenen, der sich nicht rückkehrwillig gezeigt hatte, erst nach mehrfacher Zuführung ein Ersatzreisedokument ausgestellt worden sei. Damit ist aktuell nach wie vor von einer - wenn auch eher vagen - Ausschaffungsmöglichkeit auszugehen. Da nicht ersichtlich ist, aus welchem Grund die Botschaftsvertreterin nicht bereit ist, ein Laissez-Passer auszustellen, hat das Migrationsamt unverzüglich - allenfalls via BFM - bei der Heimatvertretung einen entsprechenden Bericht einzuholen und dem Gericht sowie dem Rechtsvertreter zuzustellen. Sollte keine Antwort der Heimatvertretung eingehen oder diese in Bezug auf die Ausstellung eines Laissez-Passer negativ lauten, und damit klar werden, dass die Ausschaffung wegen fehlendem Laissez-Passer nicht möglich ist, wären die entsprechenden Konsequenzen zu ziehen.

Sollte das Migrationsamt zudem nach erneut erfolgloser Zuführung zur Heimatvertretung eine weitere Verlängerung der Ausschaffungshaft beantragen, ist ein schriftlicher Bericht der Heimatvertretung beizubringen,

aus dem hervorgeht, unter welchen Voraussetzungen und bis wann ein Laissez-Passer ausgestellt wird. Inskünftig ist überdies ein entsprechender Bericht bereits nach der zweiten erfolglosen Zuführung einzuholen. Andernfalls kann nicht mehr davon ausgegangen werden, dass innert nützlicher Frist ein Ersatzreisedokument vorliegen wird, womit sich nur noch die Frage der Anordnung einer Durchsetzungshaft stellen würde."

Unmittelbar vor der heutigen Verhandlung wurde zudem - in einem vermeintlich gleich gelagerten Fall - die Verlängerung der Ausschaffungshaft bezüglich eines nigerianischen Staatsangehörigen bewilligt (1-HA.2008.83). In jenem Fall verhielt es sich so, dass der Betroffene ebenfalls im April 2008 durch die NIS-Delegation (Nigerian Immigration Services) provisorisch anerkannt wurde. Da der Betroffene jedoch nicht zusätzlich der Botschaftsvertreterin zugeführt werden musste, konnte davon ausgegangen werden, dass ein Ersatzreisedokument im Rahmen des üblichen Verfahrens ausgestellt wird. Jener Fall lässt sich somit nicht mit dem vorliegenden vergleichen.

1.3. Der Gesuchsgegner wurde am 3. Dezember 2007 in Ausschaffungshaft genommen. Seit seiner Einreise in die Schweiz gab er immer an, er sei nigerianischer Staatsangehöriger. Da er sich weigerte, ein Formular auszufüllen, wonach er bereit sei, freiwillig nach Nigeria zurückzukehren, wurde er am 29. Januar 2008 der nigerianischen Konsulin vorgeführt. Diese anerkannte ihn gemäss Schreiben des BFM vom 31. Januar 2008 zwar offenbar als nigerianischen Staatsangehörigen, stellte jedoch kein Ersatzreisedokument aus, weil der Gesuchsgegner nicht freiwillig nach Nigeria zurückkehren wollte. Vielmehr verlangte die Konsulin die erneute Zuführung zur Botschaft in drei Monaten.

Nachdem die Verlängerung der Ausschaffungshaft mit Urteil vom 22. Februar 2008 um weitere sechs Monate bis zum 2. September 2008 bewilligt worden war (1-HA.2008.21), wurde der Gesuchsgegner am 23. April 2008 der NIS-Delegation zugeführt und gemäss Schreiben des BFM vom 8. Mai 2008 provisorisch als nigerianischer Staatsangehöriger anerkannt. Weshalb der Gesuchsgegner der NIS-Delegation zugeführt wurde, ist nicht ersichtlich. Immerhin gab er seit seiner Einreise an, er sei nigerianischer Staatsangehöriger und

wurde bereits durch die nigerianische Konsulin anerkannt. Dem Newsletter Nr. 18/08 der Abteilung Rückkehr des BFM ist sodann zu entnehmen, dass die NIS-Delegation primär die Aufgabe hat, Herkunftsabklärungen durchzuführen und nicht bereits anerkannte nigerianische Staatsangehörige erneut zu anerkennen.

Am 15. Juli 2008 wurde der Gesuchsgegner ein weiteres Mal durch die nigerianische Konsulin angehört. Einem Schreiben des BFM an das Migrationsamt vom 16. Juli 2008 ist zu entnehmen, dass die nigerianische Konsulin den Gesuchsgegner in drei bis vier Monaten erneut zu sehen wünsche, da dieser noch immer nicht reisewillig sei. Eine weitere Anhörung sei auf den 14. Oktober 2008 geplant.

In einem ähnlich gelagerten Fall betreffend Ausstellung eines Ersatzreisedokuments liess sich das BFM am 18. August 2008 wie folgt vernehmen:

"Wir gehen nach wie vor davon aus, dass wir für die oben genannte Person ein Reisedokument seitens der nigerianischen Botschaft erhalten werden. Erfahrungsgemäss sind wiederholte Termine mit der nigerianischen Konsulin durchaus keine Seltenheit. Es kommt praktisch nicht vor, dass wir für eine Person, die nicht rückkehrwillig ist, schon anlässlich der ersten Befragung die Zusicherung auf Ausstellung eines Laissez-Passer erhalten. Meistens braucht es mehrere Termine, bis die Konsulin sich bereit erklärt, für die Person ein Ersatzreisedokument auszustellen.

Zu wiederholten Terminen kommt es meistens, wenn eine Person nicht rückkehrwillig und/oder nicht kooperativ ist."

Einer Aktennotiz des Migrationsamtes vom 28. August 2008 kann in Bezug auf den vorliegenden Fall entnommen werden, dass die Länderkoordinatorin Zentral- und Ostafrika des BFM gemäss telefonischer Auskunft die Frage, ob - und wenn ja, wann - ein Ersatzreisepapier auch gegen den Willen des Gesuchsgegners ausgestellt werde, nicht beantworten konnte. Es könne sein, dass die Konsulin am 14. Oktober 2008 wiederum kein Reisepapier ausstellen werde und den Gesuchsgegner erneut sehen wolle.

Anlässlich der heutigen Verhandlung teilte der Vertreter des Migrationsamtes mit, man erhalte von den nigerianischen Behörden keine Auskunft darüber, weshalb für einen Betroffenen kein Ersatzreisedokument ausgestellt und dieser erneut angehört werde.

1.4. Zusammenfassend weigert sich der Gesuchsgegner, in sein Heimatland zurückzukehren und äussert dies offensichtlich jeweils auch anlässlich seiner Vorsprachen gegenüber der nigerianischen Konsulin mit dem Resultat, dass - trotz Anerkennung - kein Ersatzreisedokument ausgestellt wird. Vielmehr verlangt die Konsulin - ohne ersichtlichen Grund - eine erneute Zuführung in drei bis vier Monaten. Da nicht ersichtlich ist, ob - und wenn ja, unter welchen Voraussetzungen - ein Ersatzreisedokument ausgestellt wird, solange sich der Gesuchsgegner gegenüber der Konsulin nicht rückkehrwillig zeigt, ist nicht mehr mit hinreichender Wahrscheinlichkeit davon auszugehen, dass bis zum Ablauf der maximal zulässigen Dauer der Ausschaffungshaft ein Ersatzreisedokument ausgestellt wird. Die Verlängerung der Ausschaffungshaft ist deshalb mangels Vollzugsperspektiven gemäss Art. 80 Abs. 6 lit. a AuG unzulässig.

2. Unter diesen Umständen ist zu prüfen, ob die durch das Migrationsamt eventualiter beantragte Durchsetzungshaft zu bewilligen ist. [...]

80 Durchsetzungshaft; Verhältnismässigkeit bei Drogenabhängigkeit

Hat ein drogenabhängiger Betroffener im Heimatland keine Möglichkeit, an einem Entzugsprogramm teilzunehmen, kann von ihm nicht verlangt werden, dass er trotz Drogenabhängigkeit in sein Heimatland zurückkehrt. Unter diesen Umständen müssen die zuständigen Behörden alles daran setzen, seine Abhängigkeit zu beenden (E. II./4.).

Entscheid des Präsidenten des Rekursgerichts im Ausländerrecht vom 29. Mai 2008 in Sachen Migrationsamt des Kantons Aargau gegen M.B.A.K. betreffend Haftverlängerung (1-HA.2008.52).

Aus den Erwägungen

II. 4. Abschliessend stellt sich die Frage, ob die Haftverlängerung deshalb nicht zu bestätigen sei, weil sie im konkreten Fall gegen das Prinzip der Verhältnismässigkeit verstösst.

Mit Urteil vom 21. Januar 2008 hielt das Bundesgericht fest, die Behörden hätten auch im Rahmen der Durchsetzungshaft auf die Ausschaffung des Betroffenen hin zu wirken (BGE 134 I 92, E. 2.3.1). Im vorliegenden Fall bedeutet dies, dass der Gesuchsgegner trotz seiner Methadonabhängigkeit nach Algerien zurückkehren können muss. Eine Rückkehr wäre dann problemlos zumutbar, wenn der Gesuchsgegner nach einer Rückkehr nach Algerien weiterhin Methadon erhalten würde oder einen adäquaten Methadonentzug durchführen könnte. In diesem Fall wäre eine weitere Inhaftierung wohl während der gesamten maximal zulässigen Dauer verhältnismässig, da seitens des Gesuchsgegners keine Veranlassung bestünde, sich gegen eine Rückkehr auszusprechen. Es steht dem Gesuchsteller frei, nachzuweisen, dass in Algerien eine entsprechende Weiterbehandlung mit Methadon oder ein adäquater Methadonentzug möglich ist.

Aufgrund der Abklärungen via Swissmedic und nachdem der Gesuchsteller keine entsprechende Bestätigung des BFM vorlegen konnte, ist jedoch davon auszugehen, dass der Gesuchsgegner bei einer Rückkehr nach Algerien einen "kalten" Methadonentzug über sich ergehen lassen müsste. Unter diesen Umständen wäre es unverhältnismässig, den Gesuchsgegner über Monate hinweg in Durchsetzungshaft zu belassen, während dieser Zeit Methadon zu verabreichen und gleichzeitig von ihm zu verlangen, seinen Widerstand gegen eine Rückkehr nach Algerien aufzugeben. Die Migrationsbehörden sind in Fällen wie dem Vorliegenden verpflichtet, alles daran zu setzen, die Methadonabhängigkeit eines Betroffenen zu beenden.

Bislang wurde in einer ersten Phase versucht, das Methadon im Hinblick auf eine begleitete Ausschaffung zu reduzieren. Nachdem die Ausschaffung gescheitert war, entschied der für das Ausschaffungszentrum zuständige Bezirksarzt, zur Methadonabgabe zurückzukehren. In einer zweiten Phase wurde der Methadonentzug auf freiwilliger Basis in der Psychiatrischen Klinik K. in Angriff genommen. Dieser Entzug scheiterte am fehlenden Willen des Gesuchsgegners.

Grundsätzlich besteht kein Anspruch auf Abgabe von Methadon. Vielmehr ist Methadon als Heroinsubstitut vorgesehen, um Be-

troffene von illegalem Heroinkonsum und der damit verbundenen Kriminalität fernzuhalten. Die Abgabe von Methadon muss im Kanton Aargau in der Regel durch den Kantonsarzt bewilligt werden. Da sich der Gesuchsgegner im Rahmen der Durchsetzungshaft kein Heroin beschaffen kann, ist nicht ersichtlich, weshalb er weiter Methadon konsumieren müsste. Unter diesen Umständen obliegt es dem Gesuchsteller - im Rahmen seiner Pflicht, auch während der Durchsetzungshaft auf die Ausschaffung des Gesuchsgegners hinzuwirken - dafür besorgt zu sein, den Methadonentzug auch gegen den Willen des Gesuchsgegners durchzuführen. Der Gesuchsteller hat deshalb beim Kantonsarzt die Beendigung der Methadonabgabe zu erwirken.

Sollte sich der Gesuchsgegner weiterhin weigern, einen freiwilligen Methadonentzug durchzuführen und sollte der Gesuchsteller keine Bestätigung der zuständigen algerischen Institution beibringen können, wonach der Gesuchsgegner trotz Methadonkonsums in sein Heimatland zurückkehren kann und er dort weiterhin Methadon erhält oder mit ihm ein adäquater Methadonentzug durchgeführt wird bzw. sollte keine Verfügung des Kantonsarztes erwirkt werden können, wonach dem Gesuchsgegner nur noch so lange Methadon verabreicht wird, als dies bei einem "warmen" Methadonentzug notwendig ist, wäre die Weiterführung der Haft als unverhältnismässig zu bezeichnen.

In jedem Fall ist bei einem Methadonentzug den Bedenken des Bezirksarztes betreffend Selbst- und Drittgefährdung Rechnung zu tragen. Die Durchsetzungshaft ist deshalb für die Dauer des Methadonentzugs bzw. soweit medizinisch indiziert in der Psychiatrischen Klinik K. oder einer anderen geeigneten Entzugsanstalt zu vollziehen. [...]

81 Ausschaffungshaft; Haftbedingungen; Haftvollzug

Die aktuelle bauliche Infrastruktur des Ausschaffungszentrums Aarau lässt eine migrationsrechtliche Inhaftierung von maximal sechs Monaten zu. Aus migrationsrechtlichen Gründen Inhaftierte müssen sich nicht entgegenhalten lassen, die Infrastruktur müsse mit Untersuchungshäftlingen geteilt werden und sei auf deren Bedürfnisse ausgelegt (E. II./4.4.9).

Im Rahmen der Administrativhaft sind Zelleneinschliessungen grundsätzlich auf die Zeit der Nachtruhe zu beschränken (E. II./4.5.2.).

Kann einer arbeitswilligen Person innert 14 Tagen keine geeignete Beschäftigung angeboten werden, ist sie in eine Anstalt mit Beschäftigungsmöglichkeiten zu verlegen oder zu entlassen. Es besteht indessen kein Anspruch auf ununterbrochene Beschäftigung (E. II./4.5.4.).

Den Inhaftierten ist eine Zusammenfassung der Hausordnung des Ausschaffungszentrums in einer ihnen verständlichen Sprache auszuhändigen bzw. falls notwendig unter Beizug eines Dolmetschers zu erläutern (E. II./4.5.6.).

Die Beschränkung des Telefonverkehrs ist gemäss § 28 EGAR dem Migrationsamt vorbehalten und kann auch bei Fehlverhalten der Häftlinge nicht durch Vollzugsbeauftragte ausgesprochen werden (E. II./4.5.9.).

Entscheid des Präsidenten des Rekursgerichts im Ausländerrecht vom 23. Juni 2008 in Sachen Migrationsamt des Kantons Aargau gegen E.C. betreffend Haftentlassung / Haftverlängerung (1-HA.2008.62).

Bestätigt durch den Entscheid des Bundesgerichts vom 25. Juli 2008 (2C_483/2008).

Anmerkung: Im Nachgang zum zitierten Entscheid wurden im Ausschaffungszentrum Aarau diverse bauliche Massnahmen vorgenommen. Unter diesen Umständen ist gegen eine Inhaftierung von mehr als sechs Monaten nichts mehr einzuwenden.

- 82 Ausschaffungshaft; Haftbedingungen; Beschäftigungsmöglichkeit**
Hinsichtlich der Beschäftigungsmöglichkeiten ist nicht notwendig, dass diese auch den Intellekt der Inhaftierten fordern. Es geht lediglich darum, ihnen eine Beschäftigung anzubieten, damit sie nicht den ganzen Tag untätig sein müssen (E. II./4.).

Entscheid des Präsidenten des Rekursgerichts im Ausländerrecht vom 3. Juli 2008 in Sachen Migrationsamt des Kantons Aargau gegen E.M. betreffend Haftüberprüfung (1-HA.2008.71).

83 Ausschaffungshaft; Haftbedingungen; Zelleneinschluss aus betrieblichen Gründen

Sofern es aus betrieblichen Gründen unmöglich ist, die Zellen tagsüber zu öffnen, müssen die betroffenen Ausschaffungshäftlinge verlegt werden. Ist eine Verlegung nicht möglich, sind sie zu entlassen (E. II./4.).

Entscheid des Präsidenten des Rekursgerichts im Ausländerrecht vom 5. Dezember 2008 in Sachen Migrationsamt des Kantons Aargau gegen B.A. betreffend Haftüberprüfung (1-HA.2008.125).

84 Durchsetzungshaft; Haftbedingungen

Vegetarier haben Anspruch auf ein speziell vegetarisches Menu. Es ist insbesondere nicht zulässig, vom regulären Menu lediglich das Fleisch zu entfernen (E. II./3.).

Entscheid des Präsidenten des Rekursgerichts im Ausländerrecht vom 23. April 2008 in Sachen Migrationsamt des Kantons Aargau gegen K.M. betreffend Haftverlängerung (1-HA.2008.40).

II. Beschwerden gegen Einspracheentscheide des Migrationsamts

- 85 Achtung des Familienlebens; Familiennachzug**
Die gemäss nationalem Recht anwendbaren Einschränkungen bei einem nachträglichen Einelternnachzug kommen bei der Anwendung von Art. 8 EMRK nicht zum tragen (E. II./6.4., Bestätigung der Rechtsprechung).

Aus dem Entscheid des Rekursgerichts im Ausländerrecht vom 26. September 2008 in Sachen A.V. betreffend Familiennachzug (1-BE.2008.26).

Aus den Erwägungen

II. 6.4. Nachdem ein Eingriff in das durch Art. 8 Ziff. 1 EMRK geschützte Familienleben vorliegt, stellt sich weiter die Frage, ob der Eingriff mit Art. 8 Ziff. 2 EMRK vereinbar ist.

6.4.1. Die Vorinstanz ist in diesem Zusammenhang unter Berufung auf BGE 133 II 6 (Pra 96 [2007] Nr. 124) der Ansicht, dass die bei einem nachträglichen Einelternnachzug gemäss nationalem Recht anwendbaren Einschränkungen auch bei Anwendung von Art. 8 EMRK gelten. Ebenfalls werde die Unterscheidung zwischen Nachzug von einem Elternteil oder durch beide Elternteile durch den EGMR nicht in Frage gestellt. Zudem sei auch im Lichte von Art. 8 EMRK das Alter des nachzuziehenden Kindes sowie die zu erwartenden Integrationsschwierigkeiten bei der Interessenabwägung zu berücksichtigen. Infolgedessen müsste auch bei der gemäss Art. 8 EMRK vorzunehmenden Interessenabwägung die nach nationalem Recht zu prüfenden Aspekte miteinbezogen werden, welche gegen den Familiennachzug sprechen. Die Vorinstanz kommt danach zum Schluss, die persönlichen Interessen des Beschwerdeführers würden in casu die mit dem Familiennachzug verbundenen Nachteile nicht

überwiegen, weshalb der Eingriff in das von Art. 8 Ziff. 1 EMRK geschützte Rechtsgut verhältnismässig sei.

6.4.2. Dem kann vorliegend nicht gefolgt werden. Die durch die Vorinstanz übernommene Auffassung des Bundesgerichts, wonach bei der Prüfung von Art. 8 EMRK die gleichen Kriterien anwendbar seien wie bei der Prüfung des Familiennachzugs nach nationalem Recht, überzeugt nicht. Das nationale Recht und die dazu entwickelte Rechtsprechung umschreiben die Voraussetzungen, unter welchen ein Familiennachzug zu bewilligen ist. Welches die Voraussetzungen im Detail sind, hat der Gesetzgeber festzulegen, wobei es ihm frei steht, die Bewilligung des Familiennachzugs an strengere oder weniger strenge Voraussetzungen zu knüpfen und - gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts - zum Beispiel auch zu unterscheiden, ob der Nachzug durch einen oder beide Elternteile erfolgt. Bei der Prüfung des Familiennachzugs nach nationalem Recht ist grundsätzlich nicht relevant, ob die Familienzusammenführung auch im Ausland erfolgen könnte. Selbst wenn die Familienzusammenführung im Ausland erfolgen könnte, ist der Nachzug nach nationalem Recht zu bewilligen, sofern die Voraussetzungen dafür erfüllt sind.

Dagegen geht es bei der Prüfung im Rahmen von Art. 8 EMRK einzig um die Frage, ob die Verweigerung des Nachzuges nach nationalem Recht zu einem Eingriff in das durch Art. 8 EMRK geschützte Familienleben führt. Das Alter des Kindes und der Umstand, dass der Nachzug durch nur einen Elternteil erfolgt, ist in diesem Zusammenhang allenfalls insofern von Bedeutung, als dadurch das öffentliche Interesse an einer Verweigerung des Familiennachzugs (zum Beispiel wegen möglicher Integrationsproblemen oder einer potentiellen Fürsorgeabhängigkeit) erhöht werden könnte. Den Betroffenen den Schutz von Art. 8 EMRK generell zu verweigern und den Familiennachzug zu verbieten, weil das Kind eine bestimmte Altersgrenze überschritten hat oder weil der Nachzug nur durch einen Elternteil erfolgen soll und im Heimatland alternative Betreuungsmöglichkeiten bestehen, geht jedoch mit Blick auf die Rechtsprechung des EGMR zu Art. 8 EMRK nicht an. Entscheidend ist dabei sowohl in Bezug auf die Kriterien wie auch in Bezug auf die Gewichtung der

Kriterien die Rechtsprechung des EGMR (AGVE 2006 S. 393 ff.; vgl. auch nachfolgend Erw. 6.4.5.).

86 Meldepflicht gemäss Art. 6 EntsG; Sanktionierung eines Meldepflichtverstosses

I.c. hat die Beschwerdeführerin gegen die Meldepflicht von Art. 6 EntsG verstossen (Erw. II./2.).

Die Sanktionierung des Meldepflichtverstosses hat aus Rechtsgleichheitsgründen gemäss Bussenkatalog des Migrationsamtes zu erfolgen (Erw. II./3.).

Aus dem Entscheid des Rekursgerichts im Ausländerrecht vom 30. Mai 2008 in Sachen H.H.S. betreffend Meldepflichtverstoss (1-BE.2007.5).

Aus den Erwägungen

II. 2.

2.1. Das Abkommen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten (EG-17) andererseits über die Freizügigkeit (Freizügigkeitsabkommen [FZA]) vom 21. Juni 1999 hat unter anderem das Ziel, zu Gunsten der Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft und der Schweiz die Erbringung von Dienstleistungen im Hoheitsgebiet der Vertragsparteien zu erleichtern und insbesondere kurzzeitige Dienstleistungen zu liberalisieren (Art. 1 lit. b FZA). Gestützt auf Art. 5 FZA wird einem Dienstleistungserbringer das Recht eingeräumt, Dienstleistungen im Hoheitsgebiet der anderen Vertragspartei zu erbringen, deren tatsächliche Dauer 90 Arbeitstage pro Kalenderjahr nicht überschreitet. Dieses Recht haben auch Staatsangehörige der EFTA-Staaten (Island, Fürstentum Liechtenstein und Norwegen, vgl. Art. 1 und 5 Anhang K des Übereinkommens zur Errichtung der Europäischen Freihandelsassoziation [EFTA-Übereinkommen] vom 4. Januar 1960, konsolidierte Fassung des Vaduzer Abkommens vom 21. Juni 2001). Selbständig erwerbende EG-17/EFTA-Staatsangehörige und durch Unternehmen mit

Sitz in einem EG-17/EFTA-Staat entsandte Arbeitnehmende benötigen zur Erbringung einer grenzüberschreitenden Dienstleistung keine Bewilligung, wenn ihr Aufenthalt bzw. die Dauer der Dienstleistung 90 Arbeitstage pro Kalenderjahr nicht übersteigt (Art. 14 der Verordnung über die schrittweise Einführung des freien Personenverkehrs zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft und deren Mitgliedstaaten sowie unter den Mitgliedstaaten der Europäischen Freihandelsassoziation [Verordnung über die Einführung des freien Personenverkehrs, VEP] vom 22. Mai 2002).

2.2. Gemäss Art. 2 Abs. 4 Anhang 1 FZA (bzw. Art. 2 Ziff. 4 Anhang K - Anlage 1 EFTA-Übereinkommen) können die Vertragsparteien von den Staatsangehörigen der anderen Vertragsparteien verlangen, dass sie ihre Anwesenheit in ihrem Hoheitsgebiet anzeigen. Das heisst die Vertragsstaaten können Meldevorschriften erlassen. Die Schweiz hat dies getan und verwies für das Anmelde- und Bewilligungsverfahren bis am 31. Dezember 2007 in Art. 9 VEP auf die entsprechenden Bestimmungen im Bundesgesetz über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer (ANAG) vom 26. März 1931 und in der Vollziehungsverordnung zum Bundesgesetz über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer (ANAV) vom 1. März 1949) sowie auf Art. 6 des Bundesgesetzes über die in die Schweiz entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer (EntsG) vom 8. Oktober 1999 und auf Art. 6 der Verordnung über die in die Schweiz entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer (EntsV) vom 21. Mai 2003. Mit Inkrafttreten des Bundesgesetzes über die Ausländerinnen und Ausländer (AuG) vom 16. Dezember 2005 und der Verordnung über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit (VZAE) vom 24. Oktober 2007 per 1. Januar 2008 wurde der Verweis in Art. 9 VEP entsprechend angepasst.

Selbständig erwerbende EG-17/EFTA-Staatsangehörige bzw. Arbeitgeber mit Sitz in einem EG-17/EFTA-Mitgliedstaat müssen gestützt auf Art. 6 Abs. 1 EntsG vor Beginn des Arbeitseinsatzes der zuständigen kantonalen Behörde schriftlich und in der Amtssprache des Einsatzortes die für die Durchführung der Kontrollen notwendigen Angaben melden. Gemäss Art. 6 Abs. 1 EntsV ist das Meldever-

fahren nach Art. 6 EntsG grundsätzlich für alle Arbeiten obligatorisch, die länger als acht Tage pro Kalenderjahr dauern. Die Meldung hat bei Tätigkeiten im Bereich des Bauhaupt- und Baunebengewerbes, des Gastgewerbes, des Reinigungsgewerbes, des Reisengewerbes und des Erotikgewerbes unabhängig von der Dauer der Arbeiten zu erfolgen (Art. 6 Abs. 2 EntsV). Besteht eine Meldepflicht, so ist die Meldung mindestens acht Tage vor Arbeitsbeginn vorzunehmen (Art. 6 Abs. 3 EntsG). In Notfällen wie Reparaturen, Unfällen, Naturkatastrophen oder anderen nicht vorhersehbaren Ereignissen kann die Arbeit ausnahmsweise vor Ablauf der achttägigen Frist nach Art. 6 Abs. 3 EntsG beginnen, frühestens jedoch am Tag der Meldung (Art. 6 Abs. 3 EntsV). Für den Kanton Aargau ist das Migrationsamt die zuständige Meldestelle (Art. 7 Abs. 1 lit. d EntsG i.V.m. § 8 Abs. 1 der Vollziehungsverordnung zur Bundesgesetzgebung über die in die Schweiz entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer [VEA] vom 15. Oktober 2003).

2.3. Die Beschwerdeführerin meldete am 26. September 2006 dem Migrationsamt die Entsendung eines Arbeitnehmers und des Geschäftsinhabers für Montagearbeiten am 27. September 2006 in M. Da die achttägige Meldefrist nicht eingehalten worden war, verweigerte das Migrationsamt die bewilligungsfreie Erwerbstätigkeit am selben Tag. Am 27. September 2006 führte das Migrationsamt in M. eine Kontrolle durch. Der Aktennotiz des kontrollierenden Inspektors vom 29. September 2006 ist nur zu entnehmen, dass der Angestellte der Beschwerdeführerin keine Meldung habe vorweisen können. Aus der Notiz geht jedoch nicht hervor, dass auch der Geschäftsinhaber der Beschwerdeführerin angetroffen wurde. Ebenso wenig wurde festgehalten, ob überhaupt bzw. wer, was in M. gearbeitet hatte.

Das Migrationsamt erliess die Bussenverfügung vom 31. Oktober 2006 gestützt auf die nachträglichen Angaben des kontrollierenden Inspektors vom 30. Oktober 2006, wonach der Geschäftsinhaber der Beschwerdeführerin ihm erklärt habe, die Montagearbeiten müssten ausgeführt werden, weil der Auftraggeber tags darauf in die Ferien fahren wolle und er andernfalls eine Konventionalstrafe bezahlen müsse und wonach der Mitarbeiter der Beschwer-

deführerin ihm mitgeteilt habe, er sei zur Montage der Fenster vor Ort. Die Vorinstanz bestätigte den Entscheid des Migrationsamts, nachdem sie beim Auftraggeber die Auskunft eingeholt hatte, die Fenster seien am 27. September 2006 durch die Beschwerdeführerin montiert worden. In ihrem Entscheid geht die Vorinstanz ebenfalls davon aus, dass der Mitarbeiter der Beschwerdeführerin die Montagetarbeiten verrichtet hat. Die Beschwerdeführerin bestritt in ihren Eingaben stets, dass ihr Mitarbeiter das Fenster montiert hat. Am 15. Mai 2008 erklärte der Geschäftsinhaber, er selber habe die Fenstermontage ausgeführt.

Aufgrund der vorliegenden Akten und der Auskunft des Geschäftsführers der Beschwerdeführerin vom 15. Mai 2008 steht fest, dass die Lieferung und die Montage des Fensters am 27. September 2006 ausgeführt werden musste bzw. auch wurde, da der Auftraggeber am nächsten Tag in die Ferien fuhr. Hinsichtlich der Anzahl montierter Fenster ist festzustellen, dass irrelevant ist, ob es um den Einbau mehrerer Fenster oder - wie die Beschwerdeführerin geltend macht - nur eines Fensters ging. Die Fenstermontage stellt so oder so eine Tätigkeit im Bereich des Bauhaupt- und Baunebengewerbes im Sinne von Art. 6 Abs. 2 lit. a EntsV dar, bei der unabhängig von der Dauer der Arbeiten, das heisst vom ersten Tag an, eine Entsendemeldung obligatorisch ist. Da die Entsendemeldung für den Geschäftsinhaber der Beschwerdeführerin ebenfalls zu spät erfolgte und das Migrationsamt in der Folge die bewilligungsfreie Erwerbstätigkeit verweigerte, liegt ein Meldepflichtverstoss im Sinne von Art. 6 EntsG vor. Es stellt sich im Folgenden die Frage, inwiefern dieser Meldepflichtverstoss zu sanktionieren ist.

3.

3.1. Gemäss Art. 9 Abs. 2 lit. a EntsG kann die zuständige kantonale Behörde bei Verstössen gegen Art. 6 EntsG eine Verwaltungsbusse bis CHF 5'000.00 aussprechen, wobei die Sonderordnung nach Art. 7 des Bundesgesetz über das Verwaltungsstrafrecht (VStrR) vom 22. März 1974 zur Anwendung kommt. Danach kann von einer Verfolgung der gemäss Art. 6 VStrR strafbaren Personen Umgang genommen und an ihrer Stelle die juristische Person, die Kollektiv- oder Kommanditgesellschaft oder die Einzelfirma zur Bezahlung der

Busse verurteilt werden, wenn eine Busse von höchstens CHF 5'000.00 in Betracht fällt und die Ermittlung der nach Art. 6 VStrR strafbaren Personen Untersuchungsmassnahmen bedingen würde, die im Hinblick auf die verwirkte Strafe unverhältnismässig wären. Gestützt auf Art. 9 Abs. 2 lit. c EntsG können dem fehlbaren Arbeitgeber die Kontrollkosten ganz oder teilweise auferlegt werden.

3.2. Gemäss Bussenkatalog des Migrationsamts vom 17. August 2005 unterscheidet das Migrationsamt zwei Arten von Meldepflichtverstössen. Für den Fall, dass die Entsendemeldung für eine Person zu spät, aber vor Arbeitsbeginn erfolgt, wird eine Busse von CHF 250.00 erhoben. Ausserdem werden dem Betroffenen die Auslagen auferlegt. Erfolgt die Entsendemeldung nach Arbeitsbeginn oder überhaupt nicht, so wird eine Grundbusse von CHF 500.00 und CHF 200.00 pro Person ausgesprochen. Hinzu kommen die Kontrollkosten und die Auslagen. Eine unterschiedliche Gewichtung der Meldepflichtverstösse und die entsprechende Sanktionierung erscheint grundsätzlich gerechtfertigt und ist nicht zu beanstanden.

3.3. Im vorliegenden Fall sind die Voraussetzungen von Art. 7 VStrR gegeben und die Beschwerdeführerin kann aufgrund des Verstosses gegen die Meldepflicht gestützt auf Art. 9 Abs. 2 EntsG sanktioniert werden. Das Migrationsamt sprach gegen sie eine Busse von CHF 700.00 aus und auferlegte ihr Kontrollkosten von CHF 210.00 und weitere Auslagen von CHF 63.50. Das Migrationsamt und die Vorinstanz sind davon ausgegangen, der Mitarbeiter der Beschwerdeführerin habe das Fenster montiert. Nachdem die Entsendung des Arbeitnehmers durch die Beschwerdeführerin lediglich zu spät und vor Arbeitsbeginn gemeldet worden war, ist nicht nachvollziehbar, weshalb das Migrationsamt die Beschwerdeführerin nicht gemäss ihren diesbezüglich aufgestellten Richtlinien (Bussenkatalog) bestrafte. Sie versties damit gegen das Rechtsgleichheitsprinzip.

Aufgrund der Akten und der Auskunft des Geschäftsinhabers der Beschwerdeführerin, steht fest, dass der Geschäftsinhaber das Fenster montiert hat. Auch ihm wurde die bewilligungsfreie Erwerbstätigkeit verweigert, weil die Meldung zu spät, aber noch vor Arbeitsbeginn erfolgt war. Wie ausgeführt erweist sich die durch das Migrationsamt ausgesprochene Busse in der Höhe von CHF 700.00

und die Auferlegung der Kontrollkosten von CHF 210.00 damit als ungerechtfertigt. Vielmehr ist die Beschwerdeführerin gemäss Bus-senkatalog des Migrationsamts aufgrund des Meldepflichtverstosses (zu späte, aber vor Arbeitsbeginn erfolgte Entsendemeldung) mit einer Busse von CHF 250.00 und der Auferlegung der Auslagen von CHF 63.50 zu bestrafen.

87 Meldepflicht gemäss Art. 6 EntsG bei Notfällen im Sinne von Art. 6 EntsV

I.c. hat die Beschwerdeführerin trotz Vorliegens eines Notfalles gegen die Meldepflicht von Art. 6 EntsG verstossen (E. II./2.3.).

Aus dem Entscheid des Rekursgerichts im Ausländerrecht vom 30. Mai 2008 in Sachen Z.A. betreffend Meldepflichtverstoss (1-BE.2007.15).

Bestätigt durch den Entscheid des Bundesgerichts vom 4. September 2008 (6B_567/2008).

Aus den Erwägungen

II. 2.3. Die Beschwerdeführerin meldete am 25. Januar 2007 dem Migrationsamt die Entsendung ihres Arbeitnehmers L. zum Verlegen von Gipsplatten vom 31. Januar bis am 20. Februar 2007 in W. Da die achttägige Meldefrist nicht eingehalten worden war, verweigerte das Migrationsamt am 26. Januar 2007 die bewilligungs-freie Erwerbstätigkeit. Auf Anfrage der Beschwerdeführerin erklärte ihr das Migrationsamt, zwar erfordere die reine Materialanlieferung keine Meldung; das Verteilen des Materials gelte jedoch bereits als Arbeitsaufnahme und sei folglich meldepflichtig. Auf die Mitteilung der Beschwerdeführerin, sie wolle rein vorsorglich einen Notfall anmelden, da sie ihr Auftraggeber darüber unterrichtet habe, dass das Material bereits am 29. Januar 2007 an die Baustelle gebracht werde, anstatt, wie vereinbart am 3. Februar 2007, wies sie das Migrationsamt darauf hin, dass auch Notfälle mit einem kurzen Beschrieb auf Seite 6 im Feld Kommentar des Meldeformulars online gemeldet

werden müssten. Anlässlich der am 29. Januar 2007 in W. durchgeführten Kontrolle wurden die zur Entsendung gemeldeten Arbeitnehmer der Beschwerdeführerin vor Ort angetroffen und befragt.

Gemäss Angaben der Inspektoren hätten sie anlässlich der Baustellenkontrolle am 29. Januar 2007 in W. zwei Arbeitnehmer der Beschwerdeführerin beim Arbeiten angetroffen. Diese hätten U-Profile für Leichtbauwände montiert und erklärt, sie würden die Raumeinteilung, die frisch angezeichnet gewesen sei, mittels Trennwänden vornehmen.

Die Beschwerdeführerin führt diesbezüglich aus, ihre Monteure hätten die im Vorfeld am Boden eingebauten Profile beim Materialtransport beschädigt. Es treffe zu, dass die beiden anlässlich der Kontrolle beim Zuschneiden eines Profils angetroffen worden seien. Sie seien jedoch im Begriff gewesen, den Schaden, den sie verursacht hatten, zu beheben. Dies hätten sie aufgrund der Androhung des Auftraggebers, den Schaden andernfalls auf Kosten der Beschwerdeführerin instand stellen zu lassen, sofort tun müssen. Es habe sich mithin um einen unvorhergesehenen Notfall gehandelt.

Gemäss Art. 6 Abs. 3 EntsV kann die Arbeit in Notfällen wie Reparaturen, Unfällen, Naturkatastrophen oder anderen nicht vorhersehbaren Ereignissen ausnahmsweise vor Ablauf der achttägigen Frist nach Art. 6 Abs. 3 EntsG beginnen, frühestens jedoch am Tag der Meldung. Die Beschwerdeführerin hätte somit dem Migrationsamt am 29. Januar 2007 den Notfall melden müssen. Dies hat sie nicht getan. Weshalb sie die Meldung des Notfalls unterlassen hat, ist umso weniger nachvollziehbar, als sie doch am gleichen Tag durch das Migrationsamt darauf hingewiesen worden war, wie im Falle von Notfällen vorzugehen ist. Damit steht fest, dass die Beschwerdeführerin gegen die Meldepflicht gemäss Art. 6 EntsG verstossen hat. Unter diesen Umständen kann offen gelassen werden, ob das Verteilen des Materials noch zur Lieferung gehört oder bereits eine meldepflichtige Arbeitsaufnahme darstellt, wie das Migrationsamt ausführt.

[...]

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Beschwerdeführerin u.a. ihren Arbeitnehmer L. am 29. Januar 2008 einen Schaden

beheben liess ohne diese Arbeiten dem Migrationsamt zu melden. [...]

- 88 Meldepflicht gemäss Art. 6 EntsG; Abgrenzung von Warenlieferung und Dienstleistung**
Lieferung und Montage von Möbeln stellen keine Dienstleistungen im Sinne des Entsendegesetzes dar, wenn der Wert der Tätigkeit im Verhältnis zum Wert der gelieferten Waren in einem deutlich untergeordneten Verhältnis steht. Keine Meldepflicht (E. II./2.3.).

Aus dem Entscheid des Rekursgerichts im Ausländerrecht vom 30. Mai 2008 in Sachen M.D.G. betreffend Meldepflichtverstoss (1-BE.2007.23).

Aus den Erwägungen

II. 2.3. Die Beschwerdeführerin meldete die Entsendung zweier Arbeitnehmer zur Küchenmontage am 5. und 6. Februar 2007 in R., worauf das Migrationsamt ihr die bewilligungsfreie Erwerbstätigkeit am 9. Januar 2007 bestätigte. Am 6. Februar 2007 führte das Migrationsamt am von der Beschwerdeführerin angegebenen Arbeitsort eine Kontrolle durch und stellte fest, dass vier Arbeitnehmer der Beschwerdeführerin dort anwesend waren. Gemäss Rapport der Arbeitsmarktkontrolle Bau Aargau vom 6. Februar 2007 wurden die beiden nicht gemeldeten Personen mit Werkzeug beim "Zusammenbauen" eines Salontisches angetroffen.

Nach Angaben der Beschwerdeführerin haben die beiden Mitarbeiter am 6. Februar 2007 ein Sofa, einen Tisch, eine Wohnwand, ein Sideboard und Stühle geliefert und soweit als notwendig in gebrauchstauglichen Zustand versetzt. Sie geht davon aus, dass es sich dabei um eine reine Warenlieferung handelte, die nicht meldepflichtig ist. Auch die Vorinstanz vertritt die Ansicht, dass für eine reine Warenlieferung keine Meldung erforderlich ist. Sie geht jedoch davon aus, dass in casu aufgrund der Montage der Wohnwand und des Sideboards keine reine Warenlieferung mehr vorliegt.

Reine Warenlieferungen stellen keine Dienstleistungen im Sinne des Entsendegesetzes dar und sind deshalb nicht meldepflichtig. Unklar ist damit einzig, ob und wenn ja, welche Tätigkeiten im Zusammenhang mit einer Warenlieferung ausgeführt werden dürfen, ohne dass dadurch eine Dienstleistung im Sinne des Entsendegesetzes entsteht. Als Abgrenzungskriterium drängt sich dabei das Verhältnis des Wertes, der Tätigkeit zu demjenigen der gelieferten Ware auf. Steht der Wert der Tätigkeit zu demjenigen der gelieferten Ware in einem deutlich untergeordneten Verhältnis, so rechtfertigt es sich, von einer reinen Warenlieferung auszugehen. Im Weiteren erweist es sich als sinnvoll, solange von einer Warenlieferung auszugehen, als die Ware durch die Tätigkeit kein Bestandteil einer Immobilie wird, sondern Fahrnis im sachenrechtlichen Sinne bleibt.

Diese Voraussetzungen treffen auf die Lieferung von Möbeln wie im vorliegenden Fall zu. Einerseits bleiben sie Fahrnis und andererseits erscheint die Montage in den gebrauchstauglichen Zustand als derart untergeordnete Nebenleistung, dass noch von einer reinen Warenlieferung gesprochen werden kann. Unter diesen Umständen hat es die Beschwerdeführerin zu Recht unterlassen, ihre beiden Arbeitnehmer für die Lieferung der Möbel am 6. Februar 2008 beim Migrationsamt zu melden. Ein Meldepflichtverstoss liegt somit nicht vor.

89 Erteilung einer Grenzgängerbewilligung; Domizil des Arbeitgebers

Für die Erteilung einer Grenzgängerbewilligung darf nicht verlangt werden, dass der Arbeitgeber ein Schweizer Unternehmen ist oder sein Domizil in der Schweiz hat (E. II/3.).

Ob der Arbeitnehmerin eine Grenzgängerbewilligung auszustellen ist, hängt i.c. von der Frage ab, ob der Arbeitgeber berechtigt ist, Arbeitnehmende für die Dauer von mehr als 90 Tagen in die Schweiz zu entsenden (E. II/4.).

Aus dem Entscheid des Rekursgerichts im Ausländerrecht vom 22. August 2008 in Sachen E. AG betreffend Erteilung einer Grenzgängerbewilligung (1-BE.2008.20).

Sachverhalt

Mit Gesuch vom 21. Dezember 2007 beantragte die E. AG (Beschwerdeführerin) mit Sitz in R. (D) als Arbeitgeberin beim Migrationsamt des Kantons Aargau (Migrationsamt) eine Grenzgängerbewilligung für eine ihrer Arbeitnehmerinnen ab dem 1. Januar 2008. Dem beigelegten Arbeitsvertrag ist zu entnehmen, dass das Arbeitsverhältnis bis 31. Dezember 2010 befristet ist und die Arbeitnehmerin ihren Arbeitsort in L. (CH) haben soll. [...]

Auf Anfrage des Migrationsamtes beim Bundesamt für Migration (BFM) erklärte der "Chef de section suppléant" des BFM mit Schreiben vom 15. Januar 2008, eine Grenzgängerbewilligung könne nur dann ausgestellt werden, wenn der Arbeitgeber seinen Sitz in der Schweiz habe oder es sich beim Arbeitgeber um eine Schweizer Filiale eines ausländischen Arbeitgebers handle.

Gemäss e-Mail [...] der E. Holding AG, L. (CH), vom 6. Februar 2008 an das Migrationsamt soll die Arbeitnehmerin ihren Wohnsitz weiterhin in Deutschland beibehalten. Arbeitsort sei vorwiegend die schweizerische Betriebsstätte in L. (CH) der E. AG. Der Arbeitsvertrag sei deshalb mit der deutschen E. AG abgeschlossen worden, weil gemäss Absprache mit dem Bundesamt für Sozialversicherung in Bern und den deutschen Versicherungsträgern sozialversicherungsrechtlich "weder der Arbeitsort noch der Wohnort, sondern der (Haupt-) Sitz des Unternehmens massgebend für die Frage [sei], wo die grenzüberschreitend tätigen Mitarbeiter sozialversicherungspflichtig" seien.

In der Folge lehnte das Migrationsamt, Sektion Einreise und Arbeit, das Gesuch der Beschwerdeführerin um Erteilung einer Grenzgängerbewilligung am 8. Februar 2008 ab.

Aus den Erwägungen

II. 3. Vorab ist zu prüfen, ob der in Deutschland wohnenden und in der Schweiz tätigen Arbeitnehmerin der Beschwerdeführerin

grundsätzlich eine Grenzgängerbewilligung zusteht und, falls ja, unter welchen Voraussetzungen ihr eine solche zu erteilen ist.

3.1.

3.1.1. Gemäss Art. 7 Abs. 1 Anhang I FZA ist ein abhängig beschäftigter Grenzgänger ein Staatsangehöriger einer Vertragspartei mit Wohnsitz im Hoheitsgebiet einer Vertragspartei, der eine Erwerbstätigkeit als Arbeitnehmer im Hoheitsgebiet der anderen Vertragspartei ausübt und in der Regel täglich oder mindestens einmal in der Woche an seinen Wohnort zurückkehrt.

3.1.2. Die Arbeitnehmerin der Beschwerdeführerin beabsichtigt, unter Beibehaltung ihres Wohnsitzes in Deutschland, in der Schweiz einer unselbständigen Erwerbstätigkeit nachzugehen und täglich an ihren Wohnsitz zurückzukehren. Damit stellt sie offensichtlich eine Grenzgängerin im Sinne von Art. 7 Abs. 1 Anhang I FZA dar.

3.2. Gemäss Art. 7 Abs. 2 Anhang I FZA benötigt der Grenzgänger keine Aufenthaltserlaubnis. Die zuständige Behörde des beschäftigenden Staates kann dem abhängig beschäftigten Grenzgänger jedoch eine Sonderbescheinigung mit der Gültigkeitsdauer von mindestens fünf Jahren oder mit einer der Dauer der Beschäftigung entsprechenden Gültigkeitsdauer ausstellen, wenn diese mehr als drei Monate und weniger als ein Jahr beträgt. Diese Bescheinigung wird um mindestens fünf Jahre verlängert, sofern der Grenzgänger nachweist, dass er eine Erwerbstätigkeit ausübt. Die Sonderbescheinigung gilt für das gesamte Hoheitsgebiet des Staates, der sie ausgestellt hat (Art. 7 Abs. 3 Anhang I FZA).

3.3. Die Vorinstanz geht in diesem Zusammenhang davon aus, eine Grenzgängerbewilligung könne durch das Migrationsamt nur dann erteilt werden, wenn der Arbeitgeber ein Unternehmen mit Sitz in der Schweiz sei oder es sich beim Arbeitgeber zumindest um eine selbständige Niederlassung eines ausländischen Unternehmens in der Schweiz handle. Das von der Beschwerdeführerin vorgebrachte Rechtsdomizil in der Schweiz genüge den Anforderungen von Art. 7 Abs. 2 Anhang I FZA nicht.

3.4.

3.4.1. Zunächst ist festzuhalten, dass es sich erübrigt zu klären, ob das von der Beschwerdeführerin vorgebrachte Rechtsdomizil in

der Schweiz den Anforderungen genügt, die die Vorinstanz an die Arbeitgeberin gestützt auf Art. 7 Abs. 2 Anhang I FZA stellt. Dies deshalb, weil im vorliegenden Fall ein deutsches Unternehmen als Arbeitgeberin auftritt und nicht dessen Schweizer Rechtsdomizil.

3.4.2. Zu klären ist vielmehr die Frage, ob – wie die Vorinstanzen annehmen – eine Sonderbescheinigung für Grenzgänger durch schweizerische Behörden effektiv nur dann ausgestellt werden darf, wenn der Arbeitgeber seinen (Haupt-)Sitz in der Schweiz hat oder es sich beim Arbeitgeber zumindest um eine selbständige Niederlassung eines ausländischen Unternehmens in der Schweiz handelt.

Dies ist durch Auslegung von Art. 7 Abs. 2 Anhang I FZA, insbesondere des Begriffes des "beschäftigenden Staates" zu ermitteln.

3.4.3. Nach den allgemeinen Regeln der 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, E. 4/a; 103 Ia 288, E. 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 E. 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, E. 3/b; BGE 121 III 219, E. 1/d/aa).

3.4.4. Art. 7 Abs. 2 Anhang I FZA hält fest, dass die Sonderbescheinigung durch die zuständige Behörde des beschäftigenden Staates ausgestellt werden kann. Die Materialien zum FZA geben keinen Aufschluss darüber, welches Land mit dem Begriff des "beschäftigenden Staates" gemeint ist. Ebenso wenig kann dem Wortlaut

entnommen werden, ob es sich beim beschäftigenden Staat um jenen Staat handelt, in dem die Arbeitsleistung erbracht wird oder um jenen, in dem das beschäftigende Unternehmen seinen Sitz hat. Fest steht bei genauer Betrachtung aber immerhin, dass dem Wortlaut nicht entnommen werden kann, Schweizer Behörden seien zur Ausstellung einer Grenzgängerbewilligung nur dann zuständig, wenn der Arbeitgeber seinen Sitz in der Schweiz hat.

3.4.5. Nachfolgend ist zu klären, welchen Sinn und Zweck die Regelung von Art. 7 Abs. 2 Anhang I FZA hat und ob sich daraus ergibt, was unter dem Begriff des "beschäftigenden Staates" zu verstehen ist.

Der Regelung des Grenzgängerverkehrs liegt zugrunde, dass eine erwerbstätige Person ihren Wohnsitz in einem anderen Staat hat als sie ihre Arbeitsleistung erbringt. Normalerweise reist sie täglich bzw. wöchentlich zwischen dem Staat, in dem sie ihren Wohnsitz hat und dem Staat, in dem sie ihre Arbeitsleistung erbringt, hin und her. Mit der Grenzgängerbewilligung kann sich die betroffene Person darüber ausweisen, dass sie sich als Grenzgängerin im jeweiligen Land aufhält. Als Grenzgängerin ausweisen muss sich die betroffene Person aber primär in dem Land, in dem sie ihre Arbeitsleistung erbringt, da sie im Land ihres Wohnortes über eine Aufenthaltsbewilligung verfügt. Die Annahme, zur Ausstellung einer Sonderbescheinigung im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Anhang I FZA sei jener Staat zuständig, in dem das beschäftigende Unternehmen seinen rechtlichen Sitz hat, würde bedeuten, dass - unbeachtlich des Ortes der effektiven Arbeitsleistung - jener ausländische (EU-)Staat zur Ausstellung von Sonderbescheinigungen für die Ausübung einer Tätigkeit im schweizerischen Hoheitsgebiet zuständig wäre, in dem sich der Sitz des Arbeitgebers befindet. Dass dies offensichtlich dem Territorialitätsprinzip widersprechen würde und dem Sinn und Zweck der Regelung von Art. 7 Abs. 2 Anhang I FZA nicht entsprechen kann, liegt auf der Hand.

Nach dem Gesagten ergibt sich aus der Auslegung nach Sinn und Zweck von Art. 7 Abs. 2 Anhang I FZA klar, dass mit "beschäftigendem Staat" nur jener Staat gemeint sein kann, in welchem die Arbeitsleistung erbracht wird.

3.4.6. Zum selben Ergebnis gelangt man auch mittels systematischer Auslegung. Art. 7 Abs. 1 Anhang I FZA nimmt Bezug auf das Hoheitsgebiet, in dem die Erwerbstätigkeit ausgeübt wird. In Art. 7 Abs. 3 Anhang I FZA wird zudem statuiert, dass die Sonderbescheinigung für das gesamte Hoheitsgebiet des Staates gilt, der sie ausgestellt hat. Ginge man im vorliegenden Fall davon aus, die deutschen Behörden seien zur Ausstellung einer Sonderbescheinigung zuständig, wäre die Grenzgängerbewilligung nur in Deutschland gültig, was jeglicher Logik entbehren würde.

3.5. Damit steht fest, dass mit "beschäftigendem Staat" nur jener Staat gemeint sein kann, in dessen Hoheitsgebiet die Arbeitsleistung erbracht wird. Da die Arbeitnehmerin ihre Arbeitsleistung als Grenzgängerin in L. (CH) erbringen wird, ist das Migrationsamt des Kantons Aargau grundsätzlich auch zuständig, eine Grenzgängerbewilligung auszustellen.

[...]

3.7. Nachdem Grenzgänger gemäss Art. 7 Abs. 2 Anhang I FZA keine Aufenthaltserlaubnis benötigen, der beschäftigende Staat dem Grenzgänger jedoch eine Sonderbescheinigung ausstellen kann, ist nachfolgend zu klären, ob das Migrationsamt des Kantons Aargau verpflichtet ist, eine Grenzgängerbewilligung auszustellen.

4.

4.1. Wie die Vorinstanz korrekterweise ausführt, gilt die Arbeitnehmerin der Beschwerdeführerin als Entsandte im Sinne von Art. 5 Abs. 1 FZA i.V.m. Art. 17 ff. Anhang I FZA und Art. 1 des Bundesgesetzes über die in die Schweiz entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer (EntsG) vom 8. Oktober 1999. Vorbehältlich eines speziellen Abkommens über die Erbringung von Dienstleistungen besteht ein Rechtsanspruch auf Entsendung von Arbeitnehmenden nur bis zu einer Einsatzdauer von 90 Tagen (Art. 5 Abs. 1 FZA). Dauert die Entsendung mehr als 90 Tage, bedarf es einer Bewilligung. Wird die Bewilligung erteilt, ist der betroffenen Person eine Aufenthaltserlaubnis auszustellen (Art. 20 Abs. 2 Anhang I FZA).

4.2. Nachdem bereits der Einsatz der Arbeitnehmerin der Beschwerdeführerin mehr als 90 Tage dauern soll und das Arbeitsverhältnis nicht unter ein spezielles Dienstleistungsabkommen zwischen

der Schweiz und der EU fällt, darf die Arbeitnehmerin der Beschwerdeführerin nur dann in die Schweiz entsandt werden, wenn der Beschwerdeführerin die Entsendung bewilligt wurde.

4.2.1. Dabei gilt es zu beachten, dass die Beschränkung auf 90 Tage nicht für jeweils einen einzelnen Arbeitnehmenden gilt, sondern sich auf die Summe aller Arbeitseinsatztage sämtlicher entsandter Arbeitnehmenden der entsendenden ausländischen Arbeitgeberin bezieht. Dies geht direkt aus Art. 5 Abs. 1 FZA hervor, wonach es dem Dienstleistungserbringer - und nicht jeweils dem einzelnen Arbeitnehmenden des Dienstleistungserbringers - gestattet ist, Dienstleistungen während 90 Arbeitstagen im Hoheitsgebiet der anderen Vertragspartei zu erbringen. Gleicher Auffassung ist offenbar auch das Migrationsamt des Kantons Aargau: "Ein Unternehmen, das seine Arbeitnehmenden insgesamt (nicht pro Mitarbeitenden!) für mehr als 90 Arbeitstage pro Kalenderjahr in die Schweiz entsendet, benötigt eine vorgängige Bewilligung." (vgl. "Merkblatt für ausländische Arbeitgebende aus EG-17/EFTA-Staaten, die Arbeitnehmende ihres Unternehmens zur Erbringung von meldepflichtigen Dienst- und Arbeitsleistungen in die Schweiz entsenden", Merkblatt A1360, Januar 2008; [...]).

4.2.2. Aufgrund der durch die Vorinstanz unwidersprochen gebliebenen Angaben der Beschwerdeführerin und deren impliziten Bestätigung, dass für Arbeitnehmende der Beschwerdeführerin bislang Grenzgängerbewilligungen ausgestellt wurden, ist davon auszugehen, dass die Beschwerdeführerin in der Schweiz aktuell rund 40 Arbeitnehmende mit Grenzgängerbewilligung beschäftigt. Da eine Grenzgängerbewilligung nur dann auszustellen ist, wenn die Betroffenen im Ausland wohnen und in der Schweiz arbeiten und die Beschwerdeführerin als Arbeitgeberin ein in Deutschland domiziliertes Unternehmen ist, gelten die mit Grenzgängerbewilligung in der Schweiz tätigen Arbeitnehmenden als Entsandte im Sinne von Art. 5 Abs. 1 FZA. Ohne entsprechende Bewilligung könnte die Beschwerdeführerin die genannten Arbeitnehmenden aufgrund der Beschränkung gemäss Art. 5 Abs. 1 FZA (90 Arbeitstage) insgesamt lediglich während rund zwei Arbeitstagen pro Kalenderjahr und Arbeitnehmenden in die Schweiz entsenden. Da nichts auf eine derart kurze

Entsendung hindeutet, liegt der Schluss nahe, dass das Migrationsamt der Beschwerdeführerin die Entsendung von Arbeitnehmenden über die Dauer von 90 Tagen hinaus explizit oder stillschweigend bewilligt hat.

Nachdem den Akten diesbezüglich jedoch nichts zu entnehmen ist, ist das Verfahren zur Klärung dieser Frage und entsprechenden Ergänzung des Sachverhaltes an die Vorinstanz zurückzuweisen.

4.3. Wurde der Arbeitgeberin stillschweigend oder explizit eine Bewilligung zur Entsendung von Arbeitnehmenden über 90 Tage hinaus erteilt, ist der Arbeitnehmerin wohl ebenfalls eine Grenzgängerbewilligung auszustellen. Dabei ist insbesondere Art. 20 Abs. 2 Anhang I FZA zu beachten, wonach ein Arbeitnehmer Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis in der Schweiz hat, wenn sein Arbeitgeber über eine Bewilligung zur Entsendung von Arbeitnehmenden über 90 Tage hinaus im Sinne von Art. 5 Abs. 1 FZA verfügt. In Anwendung des Grundsatzes "in majore minus" hat der Arbeitnehmer in diesen Fällen wohl auch Anspruch auf Ausstellung einer Sonderbescheinigung als Grenzgänger.

90 Widerruf der Niederlassungsbewilligung; Verschweigen wesentlicher Tatsachen

Soll einem aus einem anderen Kanton zuziehenden Niedergelassenen der Kantonswechsel bewilligt und eine Niederlassungsbewilligung erteilt werden, muss das Migrationsamt das bisherige Verhalten nochmals eingehend prüfen. Wird auf den Beizug der Akten des Vorkantons verzichtet, kann die Niederlassungsbewilligung später nicht aufgrund von Umständen, die in diesen Akten hinreichend dokumentiert sind, widerrufen werden (E. II./4.3.).

Aus dem Entscheid des Rekursgerichts im Ausländerrecht vom 27. Juni 2008 in Sachen D.A. betreffend Widerruf der Niederlassungsbewilligung bzw. Familiennachzug (1-BE.2007.39).

Sachverhalt

Der Beschwerdeführer war in den Jahren 1983 bis 1988 in Mazedonien verheiratet. Im März 1992 heiratete er eine in der Schweiz niedergelassene Landsfrau, von der er seit Oktober 2004 geschieden ist. Aufgrund dieser Ehe erteilte ihm der Kanton Luzern am 1. März 2001 die Niederlassungsbewilligung. Im Januar 2005 heiratete der Beschwerdeführer erneut seine erste Ehefrau. Mit dieser hat er fünf gemeinsame Kinder, wovon zwei im Laufe seiner zweiten Ehe geboren worden waren. Per 1. März 2006 nahm der Beschwerdeführer im Kanton Aargau Wohnsitz, worauf ihm im Rahmen des Kantonswechsels die Niederlassungsbewilligung für den Kanton Aargau erteilt wurde. Nachdem er kurz darauf darum ersuchte, seine Familie nachziehen zu dürfen, widerrief das Migrationsamt seine Niederlassungsbewilligung mit der Begründung, er habe die im Jahre 2001 erteilte Niederlassungsbewilligung durch wissentliches Verschweigen wesentlicher Tatsachen erschlichen.

Aus den Erwägungen

II. 4.3. In casu ist unbestritten, dass der Beschwerdeführer dem Amt für Migration des Kantons Luzern vor Erteilung der Niederlassungsbewilligung im März 2001 nicht mitgeteilt hat, dass er Vater zweier ausserehelich geborenen Kinder geworden ist.

Dies ist jedoch nicht mehr relevant. Entgegen der Ansicht der Vorinstanz geht es vorliegend nicht um den Widerruf der durch das Amt für Migration des Kantons Luzern erteilten Niederlassungsbewilligung, sondern um den Widerruf der durch das Migrationsamt des Kantons Aargau am 5. Juli 2006 erteilten Niederlassungsbewilligung.

Mit Blick auf die durch das Migrationsamt des Kantons Aargau erteilte Niederlassungsbewilligung kann dem Beschwerdeführer nicht vorgeworfen werden, er habe seine ungewöhnliche Familiensituation verschwiegen und dies gar in Täuschungsabsicht getan. Dem Amt für Migration des Kantons Luzern war seit April 2001 be-

kennt, dass der Beschwerdeführer mit seiner früheren Ehefrau fünf gemeinsame Kinder hat. Der Beschwerdeführer gab den Luzerner Behörden auch im Rahmen des Nachzugsgesuches für seine Tochter F. offen Auskunft über die ausserehelich gezeugten jüngsten Kinder. Überdies geht aus der Befragung der zweiten Ehefrau vom 6. Dezember 2005 detailliert hervor, wie sich die familiäre Situation im Heimatland präsentierte.

Wie bereits ausgeführt, sind die Migrationsbehörden gestützt auf Art. 11 ANAV verpflichtet, vor Erteilung der Niederlassungsbewilligung das bisherige Verhalten des Ausländers nochmals eingehend zu prüfen. Wird die Niederlassungsbewilligung trotz hinreichender Kenntnis des fragwürdigen Verhaltens des Ausländers erteilt, ist ein späterer Widerruf nicht mehr möglich.

Bekanntlich müssen ausländische Personen die Migrationsbehörden über ausserehelich gezeugte Kinder von sich aus orientieren, auch wenn sie nicht direkt danach gefragt wurden, weil sie damit rechnen müssen, dass dieser Umstand für die Bewilligungserteilung bzw. -verlängerung relevant sein könnte. Es kommt demnach nicht darauf an, ob sie effektiv wussten, dass eine Information für den Bewilligungsentscheid relevant ist. Vielmehr genügt, dass sie dies hätten wissen müssen. Gleich verhält es sich bei den Migrationsbehörden. Hinreichende Kenntnis über ein fragwürdiges Verhalten bedeutet nicht, dass die Migrationsbehörden effektiv Kenntnis über den entsprechenden Sachverhalt hatten. Entscheidend ist einzig, ob sie die relevanten Umstände hätten kennen können oder diese gar hätten kennen müssen. Soll einem aus einem anderen Kanton zuziehenden Niedergelassenen der Kantonswechsel bewilligt und eine Niederlassungsbewilligung erteilt werden, ist das Migrationsamt gehalten, das bisherige Verhalten nochmals eingehend zu prüfen. Dazu genügt es nicht, dem Betroffenen einzig einen Fragebogen zuzustellen. Vielmehr gebietet eine sorgfältige Prüfung des Vorlebens geradezu den Beizug der Migrationsakten des vormaligen Bewilligungskantons.

In casu wäre es dem Migrationsamt unter Beizug der Akten des Migrationsamtes des Kantons Luzern ohne weiteres möglich gewesen, sich ein umfassendes Bild von der familiären Situation des Beschwerdeführers zu machen. Es wurde indessen darauf verzichtet, die

Akten beizuziehen. Nachdem jedoch in den Akten des Kantons Luzern das dem Beschwerdeführer heute zur Last gelegte Verhalten hinreichend dokumentiert ist, kann ihm nicht mehr vorgeworfen werden, er habe wissentlich wesentliche Tatsachen verschwiegen.

91 Erlöschen der Niederlassungsbewilligung; Bestimmen des Lebensmittelpunktes

Voraussetzungen für das Erlöschen der Niederlassungsbewilligung gemäss Art. 9 Abs. 3 lit. c ANAG (E. II./2.).

Analoge Anwendung von Art. 9 Abs. 3 lit. c ANAG bei Verlegung des Lebensmittelpunktes ins Ausland (E. II./3.).

Zur Feststellung des Lebensmittelpunktes müssen die Lebensumstände sämtlicher Beschwerdeführer einzeln abgeklärt werden; eine Gesamtbetrachtung der Familienmitglieder ist nicht zulässig (E. II./4.).

Aus dem Entscheid des Rekursgerichts im Ausländerrecht vom 22. August 2008 in Sachen E.V., L.V. und B.V. betreffend Erlöschen der Niederlassungsbewilligung (1-BE.2008.2).

Aus den Erwägungen

II. 2. Gemäss Art. 9 Abs. 3 lit. c ANAG erlischt die Niederlassungsbewilligung mit der Abmeldung oder wenn sich der Ausländer während sechs Monaten tatsächlich im Ausland aufhält. Stellt er vor deren Ablauf ein entsprechendes Begehren, so kann diese Frist bis auf zwei Jahre verlängert werden.

Im vorliegenden Fall steht unbestrittenermassen fest, dass sich die Beschwerdeführer nie definitiv aus der Schweiz abgemeldet haben. Wie es sich mit den Auslandsaufenthalten der Beschwerdeführer verhält, geht aus den Akten nicht konkret hervor. Die Vorinstanz nimmt gestützt auf eine Aussage einer weiteren Tochter, die in den Akten nicht dokumentiert, sondern nur in einem Schreiben des Migrationsamtes zitiert wird, und gestützt auf eine ebenfalls nicht protokollierte Aussage des Ehemannes bzw. Vaters der Beschwerdeführer gegenüber der Einwohnerkontrolle W., Ehefrau und Kinder hiel-

ten sich schon längere Zeit im Kosovo auf, an, die Beschwerdeführer hätten ihren Lebensmittelpunkt in die Heimat verlegt. Dass einer der drei Beschwerdeführer sich je während einer Zeitdauer von mehr als sechs Monaten im Ausland aufgehalten hätte, kann den vorliegenden Akten nicht entnommen werden und wird von der Vorinstanz auch nicht dargelegt.

3. Wie das Rekursgericht bereits in früheren Entscheiden zu diesem Thema gestützt auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung festgehalten hat, ist Art. 9 Abs. 3 lit. c ANAG nicht direkt anzuwenden, wenn keine der beiden darin genannten Voraussetzungen erfüllt ist. Die erwähnte Bestimmung kann aber dennoch Grundlage für das Erlöschen der Niederlassungsbewilligung der Beschwerdeführerin sein, wenn aufgrund der konkreten Umstände darauf geschlossen werden muss, dass sich der Lebensmittelpunkt der Beschwerdeführer innert der fraglichen Zeitspanne ausserhalb der Schweiz befunden hat. Der Lebensmittelpunkt muss nach der Gesamtheit der objektiven, äusseren Umstände bestimmt werden. Nicht massgeblich, auch nicht subsidiär, ist dabei der zivilrechtliche Begriff des Wohnsitzes. Wie das Bundesgericht im Entscheid vom 18. August 1993 (2A.126/1993) mit aller Deutlichkeit ausführt, ist insbesondere nicht darauf abzustellen, ob der betroffene Ausländer seinen Lebensmittelpunkt ins Ausland verlegen *wollte*, vor allem dann nicht, wenn den fremdenpolizeilichen Behörden keine vorgängige Mitteilung des künftigen Auslandsaufenthalts gemacht wurde.

Ausschlaggebend für die Bestimmung des Lebensmittelpunktes und damit für die analoge Anwendung von Art. 9 Abs. 3 lit. c ANAG ist die Intensität der Beziehung des Betroffenen zu einem Ort. Zu messen sind dabei objektive Umstände wie beispielsweise die Wohnverhältnisse, Beziehungen zu Familienangehörigen, Bekannten und Freunden oder der Aufbewahrungsort der persönlichen Gegenstände. Ein weiteres Indiz für den Lebensmittelpunkt stellt zudem die Dauer der Aufenthalte an den zur Diskussion stehenden Orten dar. Nicht zulässig ist es, den Lebensmittelpunkt *allein* an der Dauer der Aufenthalte im Ausland bzw. in der Schweiz zu messen (vgl. zum Ganzen: Entscheid des Rekursgerichts vom 15. August 2003, BE.2003.00014, E. 2a, S. 5).

4.

4.1. Zur Frage des Lebensmittelpunkts der Beschwerdeführer lässt sich den Akten entnehmen, dass sie sich seit 1993 bzw. 1998 (Beschwerdeführerin 2) in der Schweiz aufhielten bzw. aufhalten. Ab 1994 wohnten die Beschwerdeführer zusammen mit dem Ehemann bzw. Vater [...] in W. Im Oktober 2002 erfolgte gemäss den Bewilligungskopien in den Akten ein Umzug an die bis heute als Wohnort angegebene [Adresse ebenfalls] in W. Näheres über die Wohnumstände der Beschwerdeführer (Miete, Grösse der Wohnung, Mitbewohner etc.) ist den Akten nicht zu entnehmen. Aus den Bewilligungskopien geht weiter hervor, dass die Beschwerdeführerin 1 nie einer Erwerbstätigkeit nachging, sondern sich zum Verbleib beim Ehegatten in der Schweiz aufhielt bzw. aufhält. Hinsichtlich der Beschwerdeführer 2 und 3 ist davon auszugehen, dass sie nach ihrer Einreise in die Schweiz die Primarschule besuchten. Ob sie die Schule in der Schweiz später verliessen und im Kosovo zur Schule gingen, ist nicht restlos geklärt, da der entsprechende Schulbericht nicht vorliegt. Den Akten ist ferner zu entnehmen, dass alle drei Beschwerdeführer von 1999 bis 2007 ununterbrochen in der Schweiz krankenversichert waren, wobei alle eingereichten Versicherungspolice an A.V., [...], W., - offenbar einen älteren Sohn - adressiert sind. Zudem enthalten die Akten die Erklärung des Ehemanns bzw. Vaters der Beschwerdeführer vom 31. Januar 2006, wonach die Beschwerdeführer manchmal die gemeinsame Wohnung wegen ehelicher Probleme verlassen und sich bei einem Onkel aufgehalten hätten. Da er nicht gewusst habe, wo sich die Beschwerdeführer aufhielten, habe er angenommen, sie seien im Ausland gewesen, weshalb er dies der Einwohnerkontrolle gegenüber so geäussert habe. Er wisse nun aber, dass sie beim erwähnten Onkel gewesen seien. Der erwähnte Onkel gab die Erklärung ab, die Beschwerdeführer hätten sich in den letzten vier Jahren häufig bei ihm aufgehalten. Schliesslich enthält die Akte des Ehemanns bzw. Vaters der Beschwerdeführer das Meldeformular der Einwohnerkontrolle W. vom 10. Januar 2007, wonach die Ehe getrennt sei. Über den Hintergrund dieser Meldung, den Zeitpunkt der Trennung und den Anlass zur Mitteilung an das Migrationsamt lässt sich den Akten nichts entnehmen. Auf-

grund der Meldung der Einwohnerkontrolle W. vom 4. April 2007 ist davon auszugehen, dass die Beschwerdeführerin 2 im Jahr 2006 in der Schweiz längere Zeit einer Erwerbstätigkeit nachging und dafür auch eine Steuererklärung einreichte. Zudem hat die Beschwerdeführerin 1 die Steuererklärung für das Jahr 2006 zusammen mit ihrem Ehemann unterzeichnet.

4.2. Die Übersicht über die aus den Akten hervorgehenden Fakten sagt wenig über die Lebensumstände der Beschwerdeführer in der Schweiz oder im Kosovo aus. Es liegen keine Angaben zu Reisen in die Heimat und zur Dauer der Aufenthalte der Beschwerdeführer in der Heimat vor. Soweit die Lebensumstände der Beschwerdeführer überhaupt geklärt wurden, erfolgte die entsprechende Prüfung nicht für jede der drei Personen einzeln, sondern in globo. Auch dort, wo sich dem Migrationsamt und der Vorinstanz einfache Klärungsmöglichkeiten angeboten hätten, die nicht von der Mitwirkung der Beschwerdeführer abhingen, wurden keine weiteren Ermittlungen angestellt. So wurde es beispielsweise unterlassen, bei der zuständigen Schulbehörde W. direkt einen Schulbericht einzufordern oder die Wohnumstände [...] polizeilich klären zulassen. Weder wurden die Reisepapiere der Beschwerdeführer auf Hinweise zur Reise-tätigkeit geprüft noch die Beschwerdeführer selber zu ihren Lebensumständen (Schule, Arbeit, Wohnung, Freunde, Verwandte, Ehe etc.) befragt.

[...]

5.2.

Unter diesen Umständen ist der Einspracheentscheid der Vorinstanz vom 17. Dezember 2007 in Anwendung von § 9 Abs. 2 lit. b EGAR aufzuheben und das Verfahren zur Ergänzung des Sachverhalts im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückzuweisen.

92 Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung; Härtefall und berufliche Integration

Bei der Beurteilung, ob ein Ausländer beruflich integriert ist, darf bei langer Anwesenheitsdauer nicht ausschliesslich auf die vorangehenden zwei Jahre abgestellt werden. Vielmehr sind die beruflichen Aktivitäten während der gesamten Aufenthaltsdauer massgebend (E. II./5.4.1.).

Aus dem Entscheid des Rekursgerichts im Ausländerrecht vom 19. Dezember 2008 in Sachen S.F. betreffend Aufenthaltsbewilligung (1-BE.2008.22).

Aus den Erwägungen

II. 5.4.1. Hinsichtlich der beruflichen Integration des Beschwerdeführers führt die Vorinstanz aus, die längere Arbeitslosigkeit sowie das durchlaufene Beschäftigungsprogramm zeuge von einer nicht besonders starken Verankerung des Beschwerdeführers in der hiesigen Arbeitswelt.

Gemäss weiteren Ausführungen der Vorinstanz geht das Migrationsamt davon aus, dass das Kriterium der beruflichen Integration erfüllt ist, wenn ein Ausländer bei Gesuchseinreichung während zwei Jahren ununterbrochen erwerbstätig war. Diese Praxis ist grundsätzlich nicht zu beanstanden. Durch den Nachweis einer zweijährigen ununterbrochenen Erwerbstätigkeit kann sowohl eine gewisse finanzielle als auch soziale Sicherheit für die betroffene Person zuhanden der für die Bewilligungserteilung zuständigen Behörde ausgewiesen werden. Nichtsdestotrotz kann diese Praxis nicht unbesehen in jedem Fall gelten, sondern es sind auch besondere Umstände eines Einzelfalles zu berücksichtigen. Insbesondere bei Personen, die vor einem Unterbruch der Erwerbstätigkeit bzw. vor einer Arbeitslosigkeit bereits mehrere Jahre in der Schweiz weilten und während dieser Zeit immer erwerbstätig waren, kann diese Regel unter Umständen nicht strikt zur Anwendung gelangen.

Was den Beschwerdeführer betrifft, ist aus den Akten ersichtlich, dass dieser von 2001 bis 2006 ununterbrochen für denselben Arbeitgeber bzw. dieselbe Firma gearbeitet hatte, bevor er im Januar 2006 mit einem kurzen Unterbruch von insgesamt rund einer Woche für 1 ½ Jahre arbeitslos war. Seit dem 20. August 2007 ist er wieder fest als Mitarbeiter bei einer Reinigungsfirma angestellt. Basierend auf der zehnjährigen Anwesenheit des Beschwerdeführers in der Schweiz ergibt sich demnach, dass dieser vor seiner Arbeitslosigkeit die Hälfte seiner gesamten Aufenthaltsdauer für ein und denselben Arbeitgeber tätig war. Damit hat er entgegen der Ansicht der

Vorinstanz ausreichend bewiesen, dass er sowohl willens als auch fähig ist, sich in die hiesige Berufswelt einzugliedern. Nachdem er zum jetzigen Zeitpunkt zudem seit über einem Jahr wieder erwerbstätig ist und demzufolge zusammengefasst $8\frac{1}{2}$ von 10 Jahren Aufenthalt in der Schweiz gearbeitet hat, geht es vorliegend nicht an, lediglich auf die letzten zwei Jahre vor der Gesuchseinreichung abzustellen. [...]

- 93 Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung; Kantonswechsel und Härtefall**
Die zuständigen Behörden des Kantons Aargau haben i.c. lediglich zu prüfen, ob die Voraussetzungen für einen Kantonswechsel erfüllt sind, nicht aber, ob dem Beschwerdeführer eine Härtefallbewilligung zu erteilen ist. Ein solches Gesuch wäre allenfalls im ursprünglichen Bewilligungskanton einzureichen (E. II./8.2.).

Aus dem Entscheid des Rekursgerichts im Ausländerrecht vom 22. August 2008 in Sachen J.F.A. betreffend Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung (Kantonswechsel; 1-BE.2008.25).

Aus den Erwägungen

II. 8.2. In den vorstehenden Erwägungen wurde festgestellt, dass der Beschwerdeführer keinen Anspruch auf Bewilligung des Kantonswechsels hat und überdies kein triftiger Grund für die Verlegung seines Wohnsitzes in den Kanton Aargau besteht. Damit ist die Beschwerde abzuweisen und der vorinstanzliche Entscheid zu bestätigen. Als Folge dieses Ergebnisses hat der Beschwerdeführer den Kanton Aargau wieder zu verlassen und sich im ursprünglichen Bewilligungskanton um eine Regelung seines weiteren Aufenthaltes in der Schweiz zu bemühen. Da die Abweisung der Beschwerde durch das Rekursgericht vorliegend nicht zu einer Wegweisung des Beschwerdeführers aus der Schweiz führt, haben die aargauischen Behörden [...] nicht zu prüfen, ob dem Beschwerdeführer eine Härtefallbewilligung zu erteilen ist. Vielmehr obliegt dies gegebenenfalls den zuständigen Behörden des Kantons Freiburg. Immerhin hat der

Beschwerdeführer am 15. Januar 2007 im Kanton Freiburg ein Gesuch um Verlängerung seiner Aufenthaltsbewilligung eingereicht, über welches noch nicht entschieden wurde, da die Behörden offenbar zunächst den Entscheid des Kantons Aargau betreffend Kantonswechsel abwarten wollten. [...]

Personalrekursgericht

I. Auflösung Anstellungsverhältnis

- 94 **Anstellung bei der Fachhochschule Nordwestschweiz. Kündigung.**
- **Vertragliche Streitigkeiten sind von der Beschwerdekommission der Fachhochschule im Klageverfahren zu beurteilen; der Entscheid kann mittels Appellation an das Personalrekursgericht weitergezogen werden (Erw. I/2, 3). Diese Regelung gilt auch nach Inkrafttreten des Gesamtarbeitsvertrages (Erw. II/8).**
 - **Will der Arbeitgeber aufgrund eines mangelnden Vertrauensverhältnisses kündigen, so hängt es vom Mass des Vertrauensverlustes ab, ob auf die Ansetzung einer Bewährungszeit verzichtet werden darf oder nicht (Erw. II/4).**
 - **Kostenverlegung bei Streitigkeiten aus Anstellungen bei der Fachhochschule Nordwestschweiz (Erw. III).**

Aus dem Entscheid des Personalrekursgerichts vom 3. Juli 2008 in Sachen B. gegen Fachhochschule Nordwestschweiz (2-BE.2007.5).

Aus den Erwägungen

I/2.

2.1. Gemäss § 33 Abs. 3 Staatsvertrag FHNW gilt "für das Verfahren" das Recht des Kantons Aargau. Aufgrund der Systematik (vgl. insbesondere die Marginale "Beschwerdekommission") liesse sich argumentieren, die Bestimmung beziehe sich nur auf das Verfahren vor der Beschwerdekommission. Aus dem Gesamtzusammenhang muss jedoch geschlossen werden, dass das aargauische Recht auch in Bezug auf das Verfahren vor dem Personalrekursgericht zur Anwendung kommt; es ist nicht einsehbar, welches Recht sonst relevant sein sollte.

2.2. Massgebend für das Verfahren bei personalrechtlichen Streitigkeiten im Kanton Aargau sind vorab das Personalgesetz und dessen Folgeerlasse. Danach sind alle Streitigkeiten zunächst der Schlichtungskommission vorzulegen, welche eine Empfehlung abgibt (§ 37 Abs. 2 PersG). Bei Streitigkeiten aus einem Vertragsverhältnis kann in der Folge direkt Klage beim Personalrekursgericht erhoben werden (§ 39 PersG). Liegt der Streitigkeit eine Verfügung zugrunde, ist zunächst eine verwaltungsinterne (§ 38 PersG) und anschliessend eine verwaltungsexterne Beschwerde ans Personalrekursgericht (§ 40 PersG) möglich.

Soweit das Personalgesetz keine abweichenden Bestimmungen vorsieht, sind für die Organisation und das Verfahren vor dem Personalrekursgericht die für das Verwaltungsgericht geltenden Bestimmungen anwendbar (§ 42 Abs. 2 PersG). Gemäss § 67 VRPG kommen im verwaltungsgerichtlichen Klageverfahren die Bestimmungen der ZPO sinngemäss zur Anwendung, soweit §§ 60 - 66 VRPG keine anderslautende Vorschrift enthalten.

2.3. Trotz des erwähnten Verweises in § 33 Abs. 3 Staatsvertrag FHNW lässt sich das aargauische Verfahrensrecht nicht tel quel auf personalrechtliche Streitigkeiten zwischen der Fachhochschule und ihren Mitarbeitenden anwenden. Insbesondere fehlt in Bezug auf die Fachhochschule eine Schlichtungskommission im Sinne von § 37 PersG; § 33 Abs. 4 Staatsvertrag FHNW bestimmt ausdrücklich, dass die Beschwerdekommision "entscheidet" (und nicht bloss eine Empfehlung abgibt). Daraus folgt, dass es in Bezug auf die Fachhochschule entgegen dem Rechtsmittelweg gemäss § 37 ff. PersG nicht nur bei Streitigkeiten aufgrund einer Verfügung, sondern auch bei Streitigkeiten aus einem Vertrag je eine erste und eine zweite Instanz mit Entscheidkompetenz gibt. Demgegenüber fehlt in beiden Fällen eine lediglich vermittelnde bzw. auf den Erlass einer Empfehlung beschränkte Behörde (vgl. zusätzlich Erw. II/8 hiernach).

2.4. Die Konstellation, wonach bei öffentlichrechtlichen Streitigkeiten ein Klageverfahren mit einer unteren und einer oberen Instanz durchgeführt wird, ist nicht nur dem aargauischen Personalrecht, sondern generell der aargauischen Verwaltungsrechtspflege fremd. Eine diesbezügliche Regelung fehlt sowohl in § 37 ff. PersG

als auch in § 60 ff. VRPG. Gestützt auf die obigen Ausführungen gelangen folglich die Bestimmungen des Zivilrechtspflegegesetzes analog zur Anwendung. Dies betrifft vorab §§ 317 ff. ZPO: Fällt die Beschwerdekommission auf eine Klage hin einen Entscheid und wird dieser an das Personalrekursgericht weitergezogen, so handelt es sich folglich um eine Appellation (im Gegensatz zur Beschwerde bei Streitigkeiten aus einer Verfügung).

3.

3.1. Grundsätzlich werden die Anstellungsbedingungen zwischen der Appellationsbeklagten und ihren Angestellten in einem öffentlich-rechtlichen Gesamtarbeitsvertrag festgelegt (§ 13 Abs. 2 Staatsvertrag FHNW). Einigen sich die Parteien nicht rechtzeitig auf einen Gesamtarbeitsvertrag, erlässt der Fachhochschulrat provisorische Vorschriften für die Ausgestaltung der Arbeitsverträge (§ 13 Abs. 3 Staatsvertrag FHNW). Übergangsrechtlich bestimmt § 34 Abs. 8 Staatsvertrag FHNW Folgendes:

"Ist die Ausfertigung neuer Arbeitsverträge für die Mitarbeitenden der FHNW bis zum Gründungstermin der FHNW nicht möglich, gelten die zu diesem Zeitpunkt bestehenden Arbeitsverträge (...) bis zu dem von den Regierungen gemeinsam festgelegten Termin weiter. Neu eintretende Mitarbeitende werden nach den bisher am Arbeitsort geltenden Bedingungen angestellt."

Zum Anstellungsbeginn des Appellanten (1. Januar 2006) war weder der Gesamtarbeitsvertrag in Kraft (vgl. Ziffer 1.6 des Gesamtarbeitsvertrags FHNW) noch lagen provisorische Vorschriften im Sinne von § 13 Abs. 3 Staatsvertrag FHNW vor. Massgebend für die materielle Beurteilung der umstrittenen Kündigung und damit auch für die Frage, ob in concreto eine Streitigkeit aus Verfügung oder eine Streitigkeit aus Vertrag vorliegt, ist folglich der Anstellungsvertrag zwischen der Appellationsbeklagten und dem Appellanten vom 20. Dezember 2005. Der Anstellungsvertrag verweist zusätzlich auf das Personalgesetz und dessen Folgeerlasse.

3.2. Der Anstellungsvertrag enthält keine Angaben darüber, ob die Kündigung eines Anstellungsverhältnisses durch die Appellationsbeklagte mittels Verfügung oder mittels vertraglicher Erklärung erfolgt. Aus § 48 PLV ergibt sich indessen, dass die Kündigung

durch die Anstellungsbehörde keine Verfügung, sondern eine vertragliche Erklärung darstellt. Die Lösung entspricht dem Grundsatz, dass durch Verfügung begründete Anstellungsverhältnisse mittels Verfügung, durch Vertrag begründete Anstellungsverhältnisse mittels vertraglicher Erklärung beendet werden (vgl. PRGE vom 25. Mai 2007 in Sachen P.M., Erw. I/2.2; PRGE vom 2. März 2006 in Sachen P.E., Erw. I/3.1; PRGE vom 9. Dezember 2002 in Sachen B.H., Erw. I/2/a/bb; je mit Hinweisen).

3.3. Gestützt darauf, dass die umstrittene Kündigung vom 13. Juli 2006 eine vertragliche Erklärung darstellt, ist die vorliegende Streitsache im Klageverfahren zu beurteilen. Das gegen den Entscheid der Beschwerdekommision vom 21. März 2007 erhobene Rechtsmittel bildet demzufolge eine Appellation (vgl. Erw. 2.3).

II/4.

4.1. Zur Begründung der umstrittenen Kündigung wurde im Weiteren ausgeführt, dass der Appellant "im Zusammenhang mit der Erarbeitung des Kommunikationskonzepts FHNW das Vertrauen als Kommunikationsverantwortlicher FHNW sowohl beim Fachhochschulrat, wie bei der Direktion und auch gegenüber dem Direktionspräsidenten leider verloren" habe.

4.2. Ein mangelndes Vertrauensverhältnis kann einen sachlichen Kündigungsgrund darstellen, wenn die Motive für den geltend gemachten Vertrauensverlust auch für Dritte objektiv nachvollziehbar sind (Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 21. März 2006, Erw. 5/c). Auch das Verwaltungsgericht des Kantons Zürichs geht davon aus, dass eine tiefgreifende Störung des Vertrauens einen hinreichenden Grund für eine Kündigung darstellt. Der Wunsch, sich von einem schwierigen Mitarbeiter zu trennen, kann ein sachlicher Grund für eine Kündigung sein (Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich [VGE ZH] vom 14. März 2001, PB.2000.00029, Erw. 8b/bb; VGE ZH vom 28. Februar 2001, PB.2000.00027, Erw. 7b). Der Vertrauensverlust muss jedoch durch Verhaltensweisen der entlassenen Person begründet sein, die ihn für Dritte als nachvollziehbar erscheinen lassen, weshalb er zu untersuchen und zu gewichten ist (VPB 65.14, Erw. 5/b; VGE ZH vom 14. März 2001, PB.2000.00029, Erw. 8/b). Vorbehalten bleiben stets

das Verbot des Rechtsmissbrauchs, der Grundsatz von Treu und Glauben und das Verhältnismässigkeitsprinzip. Insofern sind bei einer Kündigung aufgrund von Konflikten zwischen Vorgesetzten und Untergebenen die Ursachen der Spannungen jedenfalls von Bedeutung (VGE ZH vom 6. Juli 2005, PB.2005.00013, Erw. 3.2; vgl. zum Ganzen: PRGE vom 28. April 2008 in Sachen R.B., Erw. II/4.2; PRGE vom 30. Mai 2008 in Sachen L.M., Erw. 4.1).

4.3.

4.3.1. Ein Vertrauensverlust beruht in der Regel auf unbefriedigendem Verhalten und/oder mangelhafter Leistung (als Beispiel für einen Ausnahmefall vgl. PRGE vom 28. April 2008 in Sachen R.B.). Fraglich mag erscheinen, ob die so hervorgerufene Störung des Vertrauensverhältnisses unter § 10 Abs. 1 lit. c PersG zu subsumieren ist ("Mängel in der Leistung oder im Verhalten") oder einen eigenständigen, in der beispielhaften Aufzählung von § 10 Abs. 1 lit. a - d PersG nicht ausdrücklich erwähnten Kündigungsgrund darstellt. Die Unterscheidung erscheint insofern bedeutsam, als eine Kündigung gestützt auf § 10 Abs. 1 lit. c PersG nach dem ausdrücklichen Gesetzeswortlaut voraussetzt, dass sich die Mängel in der Leistung oder im Verhalten trotz schriftlicher Mahnung während der angesetzten Bewährungszeit fortsetzen. In Bezug auf alle anderen Kündigungsgründe (also insbesondere auch diejenigen, welche in § 10 Abs. 1 PersG nicht namentlich genannt sind) fehlt eine entsprechende explizite Vorschrift (vgl. hierzu sowie zur ganzen Erw. 4.3: PRGE vom 30. Mai 2008 in Sachen L.M., Erw. 4.2 und 4.3).

4.3.2. Wie gesehen (vgl. Erw. 2 in fine) ist beim Vorliegen sachlicher Kündigungsgründe stets zu prüfen, ob nicht auch mildere Massnahmen zum Ziel führen würden bzw. ob sich die Kündigung aufgrund einer Abwägung sämtlicher auf dem Spiel stehenden Anliegen rechtfertigen lässt. Selbst wenn - im Gegensatz zu § 10 Abs. 1 lit. c PersG - die Ansetzung einer Bewährungsfrist nicht explizit vorgesehen ist, muss folglich ihre Anordnung im Sinne einer milderen Massnahme stets geprüft werden. Dies gilt - unabhängig von der konkreten Ursache - auch bei einer Störung des Vertrauensverhältnisses. Ist die Störung als leicht zu qualifizieren, dürfte sich regelmässig die Ansetzung einer Bewährungsfrist (oder einer anderen gegenüber

der Kündigung milderer Massnahme) aufdrängen; wiegt sie demgegenüber schwer, kann die Anstellungsbehörde kaum je dazu verpflichtet werden, vor der Kündigung eine Bewährungsfrist anzusetzen.

4.3.3. Umgekehrt erweist sich der Wortlaut von § 10 Abs. 1 lit. c PersG insofern als zu eng, als sich daraus ableiten lässt, dass bei Mängeln in der Leistung oder im Verhalten vor einer Kündigung stets eine Mahnung sowie die Ansetzung einer Bewährungszeit erfolgen müssen. Tatsächlich sind Ausnahmefälle denkbar, bei welchen ein Fehlverhalten oder eine Fehlleistung derart gravierend ist, dass unabhängig von einer Mahnung und der Ansetzung einer Bewährungsfrist das Vertrauensverhältnis als schwer gestört angesehen werden muss. Demzufolge ist es möglich, dass ein Fehlverhalten bzw. eine Fehlleistung ohne Mahnung und ohne Ansetzung einer Bewährungsfrist zu einer gerechtfertigten ordentlichen Kündigung (infolge Vertrauensverlust) führen kann (vgl. VGE ZH vom 21. Dezember 2005, PB.2005.00034, Erw. 5).

4.3.4. Aus den dargestellten Überlegungen erhellt, dass letztlich offen bleiben kann, ob die durch ein bestimmtes Verhalten bzw. eine bestimmte Leistung eines Mitarbeiters bzw. einer Mitarbeiterin verursachte Beeinträchtigung des Vertrauensverhältnisses als Kündigung gestützt auf § 10 Abs. 1 lit. c PersG oder als Kündigung "sui generis" (d.h. als Kündigung gemäss § 10 Abs. 1 Ingress PersG) zu verstehen ist. Letztlich hängt es vom Mass des Vertrauensverlustes ab, ob auf die Ansetzung einer Bewährungsfrist verzichtet werden darf oder nicht.

Wichtig ist in diesem Zusammenhang, dass eine mangelhafte Leistung bzw. ein mangelhaftes Verhalten nicht leichthin in eine schwere Verletzung des Vertrauensverhältnisses umgedeutet werden darf. Ansonsten würde die besondere Schutzvorschrift von § 10 Abs. 1 lit. c PersG - die Mahnung mit Ansetzung einer Bewährungsfrist - umgangen. Tatsächlich muss - für Dritte nachvollziehbar - für die Anstellungsbehörde die Arbeitnehmerin bzw. der Arbeitnehmer aufgrund des Vorgefallenen in seiner Funktion nicht mehr tragbar sein, damit ohne vorgängige mildere Massnahme direkt die Kündigung ausgesprochen werden darf (vgl. zum Ganzen VGE ZH vom

21. Dezember 2005, PB.2005.00034, Erw. 5.2). Bei der Prüfung, ob eine Bewährungsfrist angesetzt werden muss oder nicht, ist namentlich auch darauf abzustellen, ob ein positives Verhalten in dieser Zeit überhaupt geeignet wäre, das Vertrauensverhältnis wieder ins Lot zu bringen.

8.

8.1. Im vorliegenden Fall ist der Gesamtarbeitsvertrag FHNW noch nicht anwendbar, da er erst per 1. Januar 2007 in Kraft trat. Im Hinblick auf künftige Rechtsmittelverfahren erscheint es indessen angezeigt, im Folgenden auf Ziffer 15.2 GAV FHNW einzugehen. Die Bestimmung lautet wie folgt:

"Die Mitarbeitenden können für alle Entscheide der Arbeitgeberin eine beschwerdefähige Verfügung (mit Rechtsmittelbelehrung und Fristansetzung gemäss den Bestimmungen des Kantons Aargau, ausgestellt durch die Direktorin, den Direktor und den/die Leiter/in Personal) verlangen, nachdem sie das Ausspracherecht gemäss Ziffer 11.5 ausgeübt haben und auch der freiwillige Beizug der MOM [= Mitwirkungsorganisation Mitarbeitende] oder von Vertreter/innen der vertragsschliessenden Personalverbände zu keiner Einigung geführt hat. Gegen diese Verfügung ist eine Beschwerde an die FHNW-Beschwerdekommision möglich (...)."

8.2. Es ist umstritten, ob im Zusammenhang mit Dienstverhältnissen, welche durch Vertrag begründet worden sind, dem Gemeinwesen die Kompetenz zukommt, eine Angelegenheit durch Verfügung zu regeln. Einerseits wird die Auffassung vertreten, dass auch dort, wo ein Rechtsverhältnis zulässigerweise durch öffentlichrechtlichen Vertrag geregelt wurde, nicht ohne weiteres auf eine mangelnde Verfügungsbefugnis geschlossen werden darf. Andererseits wird in einer solchen Verfügungsbefugnis ein Widerspruch zur Rechtsnatur des Vertrages als Mittel der einvernehmlichen Regelung von Rechtsbeziehungen zwischen gleichgestellten Parteien gesehen (vgl. dazu und zum Folgenden: AGVE 2002, S. 585 ff., Erw. I/3/a mit Hinweisen).

Soweit es um den Rechtsschutz geht, eröffnet bei Vertragsverhältnissen die Klage das funktionsgerechtere Verfahren: Das Klageverfahren stellt die Parteien entsprechend ihrer Stellung als gleichgestellte Vertragspartner auf dieselbe Ebene; es verleiht anders als das

Anfechtungsverfahren dem Gemeinwesen nicht das Recht, seine Prozesssituation durch den Erlass einer Verfügung zu verbessern. Das Personalgesetz stellt neben der gerichtlichen Beschwerde (§ 40) ausdrücklich die gerichtliche Klage (§ 39) zur Verfügung. Aufgrund dieser Konzeption sowie der erwähnten dogmatischen Überlegungen erscheint es folgerichtig, bei Streitigkeiten aus vertraglichen Anstellungsverhältnissen grundsätzlich nur den Klageweg zuzulassen bzw. dem Gemeinwesen keine Verfügungskompetenz zuzugestehen. Der Klageweg würde seiner Funktion weitgehend beraubt, wenn entsprechende Streitigkeiten auch einseitig durch Verfügung entschieden und so generell zum Gegenstand von Anfechtungsverfahren gemacht werden könnten. Schliesslich ist wesentlich, dass die Gemeinwesen mit der Einführung der vertraglichen Begründung öffentlich-rechtlicher Dienstverhältnisse regelmässig die materiellrechtliche Flexibilisierung und Angleichung an das private Arbeitsrecht anstreben. In verfahrensmässiger Hinsicht bedeutet dies konsequenterweise, dass mit der Klage ein Verfahren zur Verfügung zu stellen ist, das den Parteien die Initiative zur Durchsetzung ihrer Ansprüche überlässt und in weiten Teilen dem in privatrechtlichen Arbeitsstreitigkeiten zu beschreitenden Zivilprozess entspricht.

Gestützt auf die dargestellten Erwägungen sind nach der Praxis des Personalrekursgerichts Streitigkeiten aus einem öffentlich-rechtlichen Anstellungsvertrag stets im Klageverfahren abzuwandeln. Eine Ausnahme besteht nur dort, wo der Anstellungsbehörde ausdrücklich eine Verfügungsbefugnis eingeräumt wird.

8.3. § 13 Abs. 1 Staatsvertrag FHNW bestimmt, dass die Anstellungsverhältnisse mit den Mitarbeitenden der FHNW durch öffentlich-rechtliche Verträge geregelt werden. Gemäss § 13 Abs. 2 Staatsvertrag FHNW werden die "Anstellungsbedingungen" in einem öffentlich-rechtlichen Gesamtarbeitsvertrag festgelegt. § 33 Abs. 2 Staatsvertrag FHNW schreibt vor, dass bei allfälligen Streitigkeiten das Verfahrensrecht des Kantons Aargau gilt.

Aus dem Staatsvertrag FHNW ergibt sich, dass der Inhalt des Gesamtarbeitsvertrages auf die Regelung der "Anstellungsbedingungen" beschränkt ist. Unter diesem Begriff ist die inhaltliche Ausgestaltung des Anstellungsverhältnisses zu verstehen, nicht aber das

Rechtsschutzverfahren bei allfälligen Streitigkeiten. Dies gilt umso mehr, als dieses Verfahren bereits im Staatsvertrag FHNW geregelt wird, indem er festlegt, dass die Anstellungen mittels öffentlich-rechtlichen Vertrags erfolgen und dass das aargauische Verfahrensrecht zur Anwendung kommt.

Somit ergibt sich, dass Ziffer 15.2 des Gesamtarbeitsvertrags den Staatsvertrag FHNW verletzt, indem er bestimmt, dass bei allen Streitigkeiten eine beschwerdefähige Verfügung verlangt und anschliessend der Beschwerdeweg beschränkt werden könne. Zum einen geht diese Regelung über den Begriff der "Anstellungsbedingungen" gemäss § 13 Abs. 2 Staatsvertrag FHNW hinaus. Zum andern wird durch den Staatsvertrag FHNW in Verbindung mit der Praxis des Personalrekursgerichts (vgl. Erw. 8.2 hiervor) bereits hinlänglich festgelegt, dass grundsätzlich stets das Klageverfahren (und nicht das Beschwerdeverfahren) anwendbar ist. Offen bleiben kann im vorliegenden Zusammenhang, ob über den Verweis auf das aargauische Verfahrensrecht § 48 Abs. 1 PLV zur Anwendung gelangt und somit namentlich der Lohn mittels Verfügung festgesetzt werden kann. Eine Kündigung, wie sie in concreto umstritten ist, fällt jedenfalls nicht unter den Anwendungsbereich von § 48 Abs. 1 PLV.

8.4. Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass Ziffer 15.2 GAV FHNW nur insoweit anwendbar ist, als vor Anrufung der Beschwerdekommision ein FHNW-internes Einigungsverfahren durchgeführt wird; dieses endet jedoch (abgesehen allenfalls von den Fällen gemäss § 48 Abs. 1 PLV) nicht mittels Verfügung, sondern mittels einer vertraglichen Erklärung seitens des Direktors/der Direktorin und des Leiters/der Leiterin Personal. Dagegen kann Klage bei der Beschwerdekommision und anschliessend Appellation beim Personalrekursgericht erhoben werden (andere Meinung: Gabriella Matefi, Das Verfahren vor der Beschwerdekommision der Fachhochschule Nordwestschweiz (FHNW), publiziert in: Michael Leupold/David Rüetschi/Demian Stauber/Meinrad Vetter [Hrsg.], Der Weg zum Recht [Festschrift Alfred Bühler], Zürich 2008, S. 301 ff., Rz. 5.2).

III/1.

1.1. Gestützt auf den Verweis in § 33 Abs. 3 Staatsvertrag FHNW kommen grundsätzlich auch in Bezug auf die Kostenverlegung die Bestimmungen des aargauischen Rechts zur Anwendung. Fraglich ist, was dies konkret in Bezug auf das Verfahren vor der Beschwerdekommission bedeutet: Soll sie gleich behandelt werden wie die Schlichtungskommission nach § 37 PersG, obwohl diese nur Empfehlungen abgibt, oder sind allenfalls andere Kostenregelungen analog heranzuziehen?

1.2. Im Kanton Aargau ist das Verwaltungsverfahren in erster Instanz unter Vorbehalt besonderer Bestimmungen unentgeltlich (§ 33 Abs. 1 VRPG). In den verwaltungsgerichtlichen Beschwerde- und Klageverfahren sind demgegenüber in der Regel dem Unterliegenden die Kosten aufzuerlegen; obsiegt keine Partei vollständig, werden die Kosten verhältnismässig verteilt (§ 33 Abs. 2 VRPG bzgl. Beschwerdeverfahren; § 37 VRPG in Verbindung mit § 112 ZPO bzgl. Klageverfahren). Der Obsiegende hat Anspruch auf eine angemessene Parteientschädigung (§ 36 VRPG bzgl. Beschwerdeverfahren; § 37 VRPG in Verbindung mit § 112 ZPO bzgl. Klageverfahren). Bei Personalstreitigkeiten auferlegt die Schlichtungskommission als empfehlende Instanz weder Verfahrens- noch Parteikosten; im Übrigen gelten die erwähnten allgemeinen Bestimmungen (vgl. § 41 PersG).

Bei privatrechtlichen Streitigkeiten aus dem Arbeitsverhältnis dürfen bundesrechtlich bis zu einem Streitwert von Fr. 30'000.-- weder Gebühren noch Auslagen des Gerichts auferlegt werden (Art. 343 Abs. 3 OR). Demgegenüber ist nicht ausgeschlossen, dass der unterliegenden Partei eine Prozessentschädigung an die Gegenpartei auferlegt wird. Diesbezüglich sind die kantonalen Regelungen und Praktiken sehr unterschiedlich (Ullin Streiff/Adrian von Kaenel, Der Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319 - 362 OR, 6. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2006, Art. 343 N 12). Im Kanton Aargau wird in Arbeitsrechtsstreitigkeiten bis zu einem Streitwert von Fr. 20'000.-- nur bei mutwilliger Prozessführung eine Entschädigung zugesprochen (§ 369 Abs. 1 ZPO).

1.3. Vorab ist wesentlich, dass der Unterschied zwischen der Beschwerdekommision gemäss Staatsvertrag FHNW und der Schlichtungskommision gemäss aargauischem Personalrecht nicht überbewertet werden darf. Beide Kommissionen bilden je die erste Rechtsschutzinstanz. Zudem darf zwar die Schlichtungskommision keine Entscheide fällen, doch kommt ihrer Empfehlung faktisch ein grosses Gewicht zu. Beide Gründe sprechen dafür, die Beschwerdekommision in Bezug auf die Kostenfrage gleich zu behandeln wie die Schlichtungskommision und demzufolge weder Verfahrenskosten zu erheben noch Parteientschädigungen zuzusprechen. Für diese Lösung spricht auch, dass sich aus dem Staatsvertrag kein Anhaltspunkt dafür ergibt, dass die Vertragsparteien die allgemeinen Kostenregelungen von § 33 ff. VRPG oder die nach Streitwert differenzierte Kostenregelung für zivilrechtliche Arbeitsstreitigkeiten hätten übernehmen wollen.

Zusammenfassend ergibt sich, dass es sich nicht beanstanden lässt, dass die Beschwerdekommision keine Verfahrenskosten erhoben bzw. keine Parteientschädigungen zugesprochen hat. Auch in diesem Punkt besteht für das Personalrekursgericht kein Anlass korrigierend einzugreifen.

2. In Bezug auf das Verfahren vor dem Personalrekursgericht lässt sich die Kostenregelung, welche für aargauische Personalstreitigkeiten gilt (vgl. Erw. 1.1 hiervor), gestützt auf den Verweis in § 33 Abs. 3 Staatsvertrag FHNW ohne weiteres übernehmen. Gemäss § 41 PersG in Verbindung mit § 37 VRPG kommen im Klageverfahren die entsprechenden Bestimmungen der Zivilprozessordnung zur Anwendung.

(...).

3. In Bezug auf künftige Klageverfahren ist wesentlich, dass das in Ziffer 15.2 GAV FHNW vorgesehene FHNW-interne Einigungsverfahren nichts daran ändert, dass die Beschwerdekommision als erste Instanz entscheidet (vgl. Erw. II/8 hiervor) und sie demzufolge keine Verfahrenskosten auferlegen bzw. keine Partekostenentschädigungen zusprechen darf (vgl. Erw. 1 hiervor; andere Meinung: Matefi, a.a.O., Rz. 15).

95 Lehrperson/Schulleiter an einer Volksschule. Kündigung.

- **Ein tief gespaltenes Vertrauensverhältnis zwischen grossen Teilen der Elternschaft und einer Lehrperson rechtfertigt eine Kündigung. Dies gilt unabhängig davon, dass sich der Vorwurf einer sexuellen Verfehlung, welcher die Polemik auslöste, nie erhärten liess.**

Aus dem Entscheid des Personalrekursgerichts vom 28. April 2008 in Sachen X. gegen Einwohnergemeinde Y. (2-KL.2007.1).

Aus den Erwägungen

II/5.

5.1. Dem Kläger wurde die sexuelle Belästigung einer Schülerin vorgeworfen, indem er ihr am 27. Januar 2006 für einen kurzen Augenblick zwei Finger zwischen Po und Slip geschoben habe. Die daraufhin durch die Schulpflege eingeleitete Untersuchung durch die Kinderschutzgruppe Baden kam nach Befragung sowohl der betroffenen Schülerin als auch des Klägers zum Schluss, es seien keine weitergehenden Massnahmen zu ergreifen, da "die geführten Gespräche gegensätzliche Wahrnehmungen der Beteiligten darstellten und es [...] unmöglich ist, die eine oder die andere Wahrnehmung als die richtige zu benennen". Die Strafanzeige, welche der Gemeindeammann gegen den Kläger eingereicht hatte, endete am 6. Juni 2006 mit einer Einstellungsverfügung der Staatsanwaltschaft.

5.2. Schon kurz nach dem 27. Januar 2006 kursierten im Dorf Gerüchte über den Vorfall; gleichzeitig entflamnten Diskussionen über die Tragbarkeit des Klägers als Schulleiter und Lehrperson. Die Unruhe war derart gross, dass sich der Gemeindeammann am 28. Februar 2006 veranlasst sah, Strafanzeige gegen den Kläger zu erstatten. Offenbar war er zuvor mehrmals auf den Vorfall angesprochen worden und erhoffte sich durch das Strafverfahren eine Klärung.

Die ohnehin angeheizte Stimmung in der Bevölkerung verschärfte sich in der Folge zusehends, zumal auch erste Medienberichte erschienen. Am 10. März 2006 sah sich die Schulpflege veran-

lasst, mittels eines kurzen Informationsschreibens an die Elternschaft zu gelangen. Es wurde erklärt, dass die zuständigen Fachstellen und Behörden eingeschaltet worden seien und aus Sicht der Schulpflege zur Zeit kein weiterer Handlungsbedarf bestehe. Als Reaktion auf dieses Schreiben wandten sich zahlreiche Eltern schriftlich an die Schulpflege. So liessen z.B. drei Elternpaare die Schulpflege mit ihrem Brief vom 13. März 2006 wissen, dass "(...) die Schule auch auf das Vertrauen der Eltern angewiesen ist" und dass "(...) von einem Teil der Elternschaft das Vertrauen in die Schulleitung, unabhängig vom Ausgang des laufenden Verfahrens, nicht mehr gegeben ist". Ein anderes Elternpaar forderte mit Eingabe vom 15. März 2006 direkt, der Kläger sei aufgrund des durch diesen Fall verloren gegangenen Vertrauens als Schulleiter und Lehrer sofort abzusetzen. Schliesslich zeigt auch ein Schreiben vom 16. März 2006, welches von 33 Personen unterzeichnet wurde, die zu diesem Zeitpunkt herrschende Stimmung unter grossen Teilen der Elternschaft. Es wurde ausgeführt, "mit grossem Erstaunen" müsse festgestellt werden, dass der Kläger noch immer als Schulleiter tätig sei. Die Eltern forderten unter anderem, die Schulpflege solle dem Kläger zu verstehen geben, dass er an der Schule "ab sofort nicht mehr erwünscht" sei. Falls die Schulpflege ihrerseits nicht das Nötige unternehme, sehe man sich dazu verpflichtet, "weitere Massnahmen" einzuleiten. Neben diesen Schreiben gab es laut Aussage sowohl des Gemeindeammanns als auch der damaligen Präsidentin der Schulpflege diverse (zum Teil anonyme) Anrufe verschiedener Personen aus der Gemeinde, welche ihren Unmut über die Weiterbeschäftigung des Klägers ausdrückten. Ebenso wurde die Schulpflegepräsidentin auf der Strasse regelmässig darauf angesprochen, so dass sie sich kaum mehr ins Dorf getraute. Anfangs April führten offenbar die Eltern selbständig (d.h. ohne Lehrer, Schulleiter oder Schulpflege) einen gemeinsamen Anlass durch, um das weitere Vorgehen zu besprechen. Die Stimmung im Dorf war "sehr schlimm" und derart aufgebracht, dass die Schulpflege "schon fast Angst" um den Kläger hatte.

Anfangs April 2006 organisierte die Schulpflege einen Informations- und Ausspracheabend. Gemäss dem damaligen Leiter des Inspektorats der Volksschule konnte ein Teil der Anwesenden anläss-

lich dieses Abends zwar nachvollziehen, weshalb der Kläger bis anhin nicht entlassen worden war. Viele Einwohner und Einwohnerinnen hätten sich aber mit teilweise sehr aggressiven Voten zu Wort gemeldet. Überdies seien die zahlreichen verbalen Attacken gegen die Schulpflege sehr heftig und zum Teil unter der Gürtellinie gewesen. Der Druck auf die Schulpflege, den Kläger zu entlassen, sei im Verlauf des Abends so gross geworden, dass nach seiner Meinung an eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr zu denken war. Es sei vor allem dem Verhandlungsgeschick des externen Moderators zu verdanken gewesen, dass die Situation nicht weiter eskalierte. Aufgrund der Aussagen habe sich gezeigt, dass das Vertrauensverhältnis zwischen grossen Teilen der Anwesenden und dem Schulleiter nachhaltig zerstört war.

5.3. Im Rahmen einer Auswertung des Informations- und Ausspracheabends haben offenbar der externe Moderator, die zuständige Inspektorin sowie der Leiter des Inspektorats Volksschule der Schulpflege übereinstimmend empfohlen, sich vom Kläger zu trennen, um auf diesem Weg eine Entspannung der Situation herbeizuführen. Die Fachleute waren überzeugt, dass eine der wichtigsten Funktionen eines Schulleiters, nämlich die Schule nach aussen als Ansprech- und Vertrauensperson zu vertreten, vom Kläger nicht mehr wahrgenommen werden konnte.

Tatsächlich lässt sich aus den obigen Darstellungen (Erw. 5.2) unschwer erkennen, dass im Frühjahr 2006 ein derart spannungsgeladenes und von Misstrauen geprägtes Umfeld herrschte, dass an eine geregelte Tätigkeit des Klägers als Schulleiter nicht mehr zu denken war. Die Polemik um seine Person hatte mithin derartige Ausmasse erreicht, dass eine Weiterführung seiner Funktion unmöglich geworden war. Das Vertrauensverhältnis zwischen grossen Teilen der Elternschaft und dem Kläger war offensichtlich tief gespalten. Bezeichnenderweise verzichtet der Kläger darauf, das Gegenteil zu behaupten.

Die Lehrerin, welche seinerzeit mit dem Kläger eine Stelle teilte, sagte anlässlich der Verhandlung vor dem Personalrekursgericht aus, der gesamte Lehrkörper sei stets hinter dem Kläger gestanden. Die ganze Sache habe ihr sehr leid und weh getan. Die Kündi-

gung habe aber letztlich auch eine Erleichterung dargestellt. Diese Aussage erscheint bezeichnend für die Ausweglosigkeit, welche die Situation im Frühling 2006 kennzeichnete; sogar für ihm nahestehende Personen innerhalb der Schule wirkte die gegenüber dem Kläger ausgesprochene Kündigung offenbar ein Stück weit wie ein Befreiungsschlag.

5.4. Somit ergibt sich, dass grundsätzlich ein sachlicher Kündigungsgrund im Sinne von § 11 Abs. 1 Ingress GAL vorlag.

6.

6.1. Im Weiteren ist zu prüfen, ob der Schulpflege allenfalls vorzuwerfen ist, dass sie sich nicht hinreichend hinter den Kläger gestellt und ihn gegen die Anschuldigungen aus der Bevölkerung geschützt habe. Diesfalls müsste die Kündigung unter Umständen als treuwidrig bzw. rechtsmissbräuchlich angesehen werden.

6.2. Nachdem die Schulpflege durch den Vater der betroffenen Schülerin über den Vorfall informiert worden war, setzte sie sich umgehend mit dem Inspektorat sowie der Kinderschutzgruppe in Verbindung. Aus den Akten ergibt sich, dass sie in der Folge oft die Ratschläge dieser beiden Institutionen einholte, ebenso die Tipps des mit dem Strafverfahren betrauten Bezirksamts sowie eines externen Schulberaters. Offensichtlich war die Schulpflege sehr darauf bedacht, nicht durch voreilige Informationen an die Elternschaft eine Vorverurteilung des Klägers zu bewirken. Zudem wollte sie es unter allen Umständen vermeiden, eine Amtsgeheimnisverletzung zu begehen. Als die Schulpflege feststellte, dass die "Gerüchteküche" zu brodeln begann, reagierte sie zunächst mit dem Informationsschreiben vom 10. März 2006 und später mit der Durchführung eines Informations- und Austauschabends. In beiden Fällen wurde je vorgängig die Meinung der Fachleute eingeholt; zudem wurde auch der Kläger angehört.

6.3. In seiner Stellungnahme beurteilte der damalige Leiter des Inspektorats der Volksschule das Vorgehen der Schulpflege wie folgt:

"Es ist der Schulpflege nicht gelungen, durch besonnenes Auftreten und zurückhaltendes Informieren eine Deeskalation (...) herbeizuführen. Ich beurteile das von ihr gewählte Vorgehen jedoch als umsichtig und korrekt. Lange hat sie versucht, an Herrn X. festzuhalten. Diese Durchhal-

testrategie hätte auch zum Erfolg führen können. Doch die Dynamik in diesem Fall wurde von der Behörde unterschätzt. Das Vorgehen der Schulbehörde wurde von einem Teil der Bevölkerung als Schwäche ausgelegt und das Vertrauen sank zunehmend. Der Vertrauensschwund und eine Spaltung wurde offensichtlich, als ein Mitglied des Gemeinderats eine Strafanzeige einreichte. Diese Entwicklung war jedoch für die Schulpflege nicht voraussehbar."

6.4. Dem Personalrekursgericht erscheint die Beurteilung durch den damaligen Leiter des Inspektorats der Volksschule absolut nachvollziehbar. Es ist müßig, im Nachhinein darüber zu diskutieren, ob durch eine andere Informationsstrategie der Kläger besser geschützt worden wäre bzw. sein damaliges Anstellungsverhältnis hätte "gerettet" werden können. Massgebend ist, dass das Vorgehen der Schulpflege keineswegs a priori als untauglich angesehen werden muss. Vielmehr entspricht es einem nachvollziehbaren Führungsstil, dass die Schulpflege - unter Einbezug von Fachleuten sowie unter Würdigung der Resultate des Strafverfahrens - selbständig über die anstellungsrechtlichen Konsequenzen der gegenüber dem Kläger erhobenen Vorwürfe befinden und die Bevölkerung erst anschliessend informieren wollte, falls sich tatsächlich ein entsprechender Bedarf ergeben würde. Dabei war nicht absehbar, wie schnell sich der Vorwurf der sexuellen Handlung mit einer Schülerin verbreitete und wie stark der Druck gegen den Kläger zunahm. Mit einer schriftlichen Orientierung sowie der späteren Einberufung eines Informationsanlasses wurde grundsätzlich adäquat reagiert.

Der Kläger wirft der Schulpflege insbesondere vor, sie hätte ihm ein direktes Gespräch mit den Eltern der betroffenen Schülerin gewähren müssen. Es ist jedoch keinesfalls sicher, dass eine derartige Unterredung die Eskalation hätte verhindern können, zumal sich offenbar die betroffenen Eltern in der öffentlichen Diskussion sehr zurückhielten. Zudem ist völlig offen, ob die Eltern überhaupt zu einem derartigen Gespräch bereit gewesen wären. Über einzelne Details wie die Formulierung des Informationsschreibens oder den Umstand, dass der Kläger nicht zum Aussprache- und Informationsabend eingeladen wurde, kann man geteilter Meinung sein; auch diesbezüglich

lässt sich jedoch der Schulpflege keineswegs der Vorwurf machen, dass ihr Vorgehen a priori untauglich gewesen wäre.

Schliesslich ist wesentlich, dass die Schulpflege als Anstellungsbehörde nicht dafür verantwortlich gemacht werden kann, dass der Gemeindeammann eine Strafanzeige gegen den Kläger einreichte. Die Anzeige hätte ebenso gut von einer Drittperson eingereicht werden können. Zudem muss man sich vor Augen halten, dass es insbesondere aufgrund der kursierenden Gerüchte gute Gründe dafür gab zu versuchen, mittels Strafanzeige eine Klärung der Vorwürfe herbeizuführen.

7. Weiter zu fragen ist, ob im vorliegenden Fall nicht auch mildere Massnahmen zum Ziel geführt hätten, zumal das Interesse des Klägers an einer Weiterführung des Arbeitsverhältnisses als hoch einzuschätzen ist. Derartige Massnahmen, welche wieder zu einer hinreichenden Akzeptanz der Schulleitung und damit zu einem geregelten Ablauf des Schulbetriebs geführt hätten, sind indessen nicht ersichtlich. Insbesondere war die Situation derart zugespitzt, dass auch eine vorübergehende Freistellung des Klägers bis zum Abschluss des Strafverfahrens keine Chance auf Besserung versprochen hätte.

8.

8.1. Der Kläger verwies im Laufe des Verfahrens mehrfach darauf, dass er sich keinerlei Vorwürfe machen lassen müsse. Dieser Einwand ist gänzlich irrelevant, da ihm im Zusammenhang mit der Kündigung gar nie ein vorwerfbares Verhalten unterstellt wurde. Wesentlich ist vielmehr, dass - wie gesehen - nicht nur vom Arbeitnehmer verschuldete Gründe eine Kündigung zu rechtfertigen vermögen. Ein derartiger unverschuldeter Grund ist vorliegend gegeben, indem das zerrüttete Vertrauensverhältnis zwischen grossen Teilen der Elternschaft und dem Kläger eine erfolgsversprechende Fortsetzung seiner Tätigkeit als Schulleiter verunmöglichte.

96 Kommunales Dienstverhältnis. Kündigung.

- **Durch Verfügung begründete Dienstverhältnisse sind grundsätzlich mittels Verfügung zu kündigen; dagegen kann Beschwerde erhoben werden (Erw. I/2).**

- **Wird die Kündigung, die in Verfügungsform ergehen müsste, durch einen Rechtsanwalt ausgesprochen, so ist sie nichtig (Erw. II/2).**
- **Ist die Kündigung nichtig, läuft das Anstellungsverhältnis weiter (Erw. II/3).**

Aus dem Entscheid des Personalrekursgerichts vom 18. Januar 2008 in Sachen B. gegen Gemeinderat R. (2-KL.2007.4).

Aus den Erwägungen

I/2.

2.1. Das Anstellungsverhältnis zwischen dem Beschwerdeführer und der Vorinstanz wurde durch eine Wahl(-Verfügung) und deren Annahme begründet und ist somit - wie in Art. 1 DBR ausdrücklich erwähnt - öffentlich-rechtlicher Natur.

2.2. Das Dienst- und Besoldungsreglement (vgl. insbesondere Art. 9) sowie das Kündigungsschreiben vom 17. Juli 2007 enthalten keine Angaben darüber, ob die Kündigung des Anstellungsverhältnisses durch die Gemeinde eine Verfügung oder eine vertragliche Erklärung darstellt. Jedoch gilt der Grundsatz, dass das Gemeinwesen durch Verfügung begründete Anstellungsverhältnisse mittels Verfügung, durch Vertrag begründete Anstellungsverhältnisse mittels vertraglicher Erklärung beendet (vgl. PRGE vom 25. Mai 2007 in Sachen P.M., Erw. I/2.2; PRGE vom 2. März 2006 in Sachen P.E., Erw. I/3.1.; PRGE vom 9. Dezember 2002 in Sachen B.H., Erw. I/2/a/bb; je mit Hinweisen). Dementsprechend kann festgehalten werden, dass die Auflösung des Dienstverhältnisses durch die Vorinstanz eine Verfügung voraussetzte. Somit sind vorliegend die Bestimmungen über das Beschwerdeverfahren anwendbar.

II/1.

1.1. Auf den 31. Mai 2007 demissionierten die drei verbliebenen Gemeinderäte der Gemeinde R. Gestützt auf § 104 Abs. 1 GG entzog daraufhin der Regierungsrat der Gemeinde die Selbstverwaltung und bestellte mit Wirkung per 1. Juni 2007 einen Sachwalter.

1.2. Ziel des Sachwaltermandats ist es, die Gemeinde in der Zeit ohne gewählte Behörde entscheidungs- und handlungsfähig zu halten, bis ein neuer Gemeinderat bestellt ist. Um diese Aufgabe optimal wahrnehmen zu können, muss der Sachwalter unter Aufsicht des Kantons die allgemeinen Funktionen des Gemeinderates und insbesondere die ordentliche Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis wahrnehmen (vgl. auch Regierungsratsbeschluss des Kantons Solothurn, Nr. 302, vom 19. Februar 2002). Die Regelung von Anstellungsverhältnissen ist dem normalen Geschäftsgang zuzurechnen. Entsprechend ergibt sich in Bezug auf den vorliegenden Fall, dass der Sachwalter zuständig war, um mittels Verfügung (vgl. Erw. I/2.2) das Arbeitsverhältnis mit dem Beschwerdeführer aufzulösen.

2.

2.1. Die umstrittene Kündigung erfolgte durch das Schreiben eines Rechtsanwaltes vom 17. Juli 2007.

Vorab ist wesentlich, dass das Kündigungsschreiben inhaltlich insofern nicht korrekt ist, als darin festgehalten wird, "der Gemeinderat R." löse das Anstellungsverhältnis auf. Tatsächlich existierte jedoch in diesem Zeitpunkt in R. gar kein Gemeinderat. Die Anwaltsvollmacht war denn auch nicht vom Gemeinderat, sondern vom Sachwalter ausgestellt worden.

Grundsätzlich kann das Gemeinwesen die Erfüllung öffentlicher Aufgaben auch auf Private oder private Institutionen übertragen. Vorausgesetzt ist hierfür unter anderem eine gesetzliche Grundlage, welche die Art der Aufgabenerfüllung durch die Privaten in den Grundzügen regelt, um sicherzustellen, dass dabei die öffentlichen Interessen ausreichend gewahrt werden (vgl. Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2006, Rz. 1509; VPB 54.36, Erw. II/1/a mit Hinweisen). In casu ist diese Voraussetzung offensichtlich nicht erfüllt. Dem Rechtsvertreter der Vorinstanz kam deshalb in Bezug auf die Auflösung des Dienstverhältnisses keine Entscheidungsgewalt zu; er war offensichtlich sachlich nicht zuständig, die umstrittene Kündigung auszusprechen.

2.2. Somit ergibt sich, dass die angefochtene Kündigung fehlerhaft war, da sie weder vom sachlich zuständigen Sachwalter ausgestellt wurde noch in der Form einer Verfügung erging.

Entgegen den Darlegungen der Vorinstanz vermag die Vollmacht vom 16. Juli 2007 an der obigen Beurteilung nichts zu ändern, da sie selber offensichtlich keine Kündigungsverfügung darstellt. Zum einen fehlen zwingende inhaltliche Angaben (insbesondere: Kündigungstermin), zum andern ist sie weder als Verfügung ausgestaltet noch wurde sie dem Beschwerdeführer eröffnet (vgl. § 23 Abs. 1 und 3 VRPG).

2.3. Die Fehlerhaftigkeit einer Verfügung führt in der Regel zu deren Anfechtbarkeit (die fehlerhafte Verfügung ist an sich gültig, die Anfechtung kann aber zur Aufhebung oder Änderung der Verfügung führen). Nur ausnahmsweise ist Nichtigkeit (absolute Unwirksamkeit der Verfügung) gegeben. Sie tritt nur dann ein, wenn ein schwer wiegender Rechtsfehler vorliegt, der Fehler offenkundig oder zumindest leicht erkennbar ist und die Annahme der Nichtigkeit nicht zu einer ernsthaften Gefährdung der Rechtssicherheit führt. Offenkundig ist der schwere Fehler der Verfügung, wenn er schon dem juristisch nicht geschulten Durchschnittsbürger auffällt (VPB 68.150, Erw. 3/a; Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., Rz. 955 ff.). Ungeachtet der von der Praxis und Lehre herausgearbeiteten Fallgruppen ist die Grenze zwischen Anfechtbarkeit und Nichtigkeit im Einzelfall aufgrund einer Interessenabwägung zwischen dem Interesse an der Rechtssicherheit und dem Interesse an der richtigen Rechtsanwendung zu ziehen (Urteil des Zürcher Verwaltungsgerichts vom 29. August 2001, publiziert in: ZBl 2001, S. 581 ff., Erw. 3/b mit weiteren Hinweisen; Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., Rz. 956). Die Nichtigkeit eines Verwaltungsaktes ist jederzeit und von sämtlichen rechtsanwendenden Behörden von Amtes wegen zu beachten (Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., Rz. 955).

Die sachliche Unzuständigkeit stellt im Allgemeinen einen Nichtigkeitsgrund dar, es sei denn, der verfügenden Behörde komme auf dem betreffenden Gebiet allgemeine Entscheidungsgewalt zu oder der Schluss auf Nichtigkeit verträge sich nicht mit der Rechtssi-

cherheit (BGE 127 II 47 Erw.3/g; Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., Rz. 961 ff.).

2.4. Die in concreto umstrittene Kündigung wurde nicht durch die sachlich zuständige Behörde ausgesprochen. Der Fehler wiegt schwer und erscheint offensichtlich; selbst für einen Laien ist un schwer erkennbar, dass ein Privater grundsätzlich keine Verfügungen erlassen darf. Im Weiteren führt die Annahme der Nichtigkeit zu keiner Gefährdung der Rechtssicherheit, zumal ausschliesslich das Verhältnis zwischen den Parteien streitig ist. Demzufolge ist entsprechend der dargestellten Rechtsprechung (Erw. 2.2 hiervor) auf das Vorliegen einer nichtigen Verfügung zu schliessen.

Insgesamt ergibt sich, dass die angefochtene Verfügung nichtig war. Demzufolge kann offen bleiben, ob weitere Verfahrensmängel vorlagen (insbesondere: Verletzung des rechtlichen Gehörs, fehlende Rechtsmittelbelehrung, fehlende eigenhändige Unterschrift) und ob diese gegebenenfalls die Nichtigkeit oder die Anfechtbarkeit der Kündigung nach sich gezogen hätten.

2.5. Infolge der Vakanz des gesamten Gemeinderates bestanden im Zeitpunkt der Kündigung in der Gemeinde R. zweifellos spezielle Verhältnisse. Es ist verständlich, dass es für den Sachwalter heikel war, die Gemeinde adäquat zu führen und zu verwalten. Diese Umstände vermögen jedoch nichts an der obigen Beurteilung zu ändern, wonach die Kündigung nicht durch einen Rechtsvertreter ausgestellt werden konnte. Vielmehr musste sie zwingend durch den Sachwalter in der Form einer Verfügung erfolgen.

3. Dem Personalrekursgericht ist es grundsätzlich verwehrt, eine rechtswidrige Kündigung aufzuheben und die Wiedereinstellung von entlassenen Mitarbeitenden anzuordnen. Der Grund liegt in erster Linie darin, dass zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer ein besonderes Vertrauensverhältnis besteht und daher nach ausgesprochener Kündigung eine Weiterbeschäftigung gegen den Willen des ersteren kaum opportun ist. Bis anhin wurde offen gelassen, ob auch bei Nichtigkeit einer Kündigung eine Weiterbeschäftigung ausgeschlossen ist (AGVE 2001, S. 517 ff., Erw. 2/a/cc/cc; vgl. zudem Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich vom 29. August 2001, publiziert in: ZBl 2001 S. 583 f.).

Nichtigkeit bedeutet die absolute Unwirksamkeit einer Verfügung. Eine nichtige Verfügung entfaltet keinerlei Rechtswirkungen. Sie ist vom Erlass an und ohne amtliche Aufhebung rechtlich unverbindlich (Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., Rz. 955 mit Hinweisen). Leidet eine Kündigung an einem derart schweren Mangel, dass sie als nichtig anzusehen ist, besteht kein Anlass, entgegen den dargelegten Grundsätzen damit eine Rechtsfolge zu verknüpfen und nicht von einer absoluten Unwirksamkeit auszugehen (vgl. Michael Merker, Rechtsmittel, Klage und Normenkontrollverfahren nach dem aargauischen Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege, Kommentar zu den §§ 37-72 VRPG, Zürich 1998, § 59 N 14). Ansonsten würde das Gebot der Rechtssicherheit verletzt, welches in diesem Zusammenhang deutlich höher zu gewichten ist als die erwähnten Gründe der Opportunität.

97 Lehrperson an einer Volksschule. Kündigung aus organisatorischen Gründen.

- **Charakteristika des Rahmenvertrages (Erw. II/2).**
- **Das Ziel, lediglich Lehrpersonen mit einem Pensum von mindestens 40 % zu beschäftigen, rechtfertigt keine Kündigung. Zudem wird in concreto dieser Grund nur vorgeschoben (Erw. II/3 - 5.5).**

Aus dem Entscheid des Personalrekursgerichts vom 20. November 2008 in Sachen E. gegen Einwohnergemeinde R. (2-KL.2008.4).

Aus den Erwägungen

II/2.

2.1. Gemäss § 13 Abs. 1 VALL können für Funktionen, die während des Semesters oder von Semester zu Semester von stark schwankenden Unterrichtsverpflichtungen beeinflusst werden und bei denen die Festlegung eines durchschnittlichen Beschäftigungsgrades deshalb von vornherein unmöglich ist, zwischen Lehrkräften und Einwohnergemeinden Rahmenarbeitsverträge mit einem definierten minimalen und maximalen Beschäftigungsgrad abgeschlos-

sen werden. Diesfalls erstreckt sich der vertragliche Anspruch einer Lehrperson bezüglich der Höhe ihres Pensums auf die Erteilung einer innerhalb dieser Bandbreite liegenden Lektionenzahl. Ein Anspruch auf die Erteilung einer fixen Lektionenzahl innerhalb der vertraglich festgelegten Bandbreite von maximal acht Unterrichtslektionen (§ 13 Abs. 2 VALL) besteht nicht. Für eine Pensenreduktion innerhalb des vertraglich festgelegten Rahmens bedarf es keiner Vertragsänderung; ebenso wenig ist eine bestimmte Kündigungsfrist einzuhalten. Bei einer Reduktion des Pensums unter das Minimum der im Rahmenvertrag festgelegten Bandbreite muss ein neuer Arbeitsvertrag (Änderungsvertrag) abgeschlossen werden, da diesfalls eine Änderung des Anstellungsverhältnisses vorliegt (vgl. das Handbuch "Personalführung an der Volksschule Aargau" des Departements Bildung, Kultur und Sport, April 2007, S. 16, 24, 137). Kann bezüglich des Änderungsvertrages keine Einigung erzielt werden, hat eine ordentliche Kündigung zu erfolgen.

2.2. Die Klägerin hatte gemäss dem unbefristeten Rahmenvertrag vom 20./22. Juni 2006 einen Anspruch auf die Erteilung von sechs bis zwölf Wochenlektionen.

3. Am 27. April 2007 kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis mit der Klägerin ordentlich per Ende des Schuljahres 2006/07.

Im Schreiben vom 27. April 2007 unter dem Titel "Kündigung gemäss § 11 Abs. 1 lit. a GAL" wird ausdrücklich festgehalten, dass die Kündigung der Klägerin "ausschliesslich aus organisatorischen und wirtschaftlichen Gründen" erfolge. In ihrer Klageantwort vom 26. Februar 2008 führte die Beklagte sinngemäss aus, vorgängig der Kündigung habe die Schulpflege in einem Grundsatzentscheid beschlossen, für alle Lehrkräfte Pensen von mindestens 40 % anzustreben, um die Lehrpersonen stärker ins Team und in die Verantwortung für die Schulentwicklung einzubinden. Um das Angestrebte zu erreichen und aufgrund der zusätzlichen Absicht, überwiegend polyvalente Lehrkräfte zu beschäftigen, habe die Beklagte in der Folge entschieden, einer Lehrperson für Textiles Werken mit Zusatzausbildung als Musikgrundschullehrerin (D. B.) auf Kosten der Klägerin ein grösseres Pensum zuzuteilen. Der zweiten Lehrperson für Textiles Werken (M. K.) habe man das Pensum nicht senken können, da

sie für diesen Fall mit der Kündigung gedroht habe, was man unbedingt verhindern wollen. Wie die Beklagte anlässlich der Verhandlung vom 20. November 2008 bestätigte, bestand ihr Hauptanliegen darin, D. B. zusätzlich zu ihren Lektionen im Textilen Werken die Musikschule zu übertragen und sie damit längerfristig an die Schule R. zu binden. Der Beklagten ist bewusst, dass die Kündigung der Klägerin erfolgte, ohne dass ihre Leistungen oder ihr Verhalten je einmal beanstandet werden mussten und dass die Kündigung "den Vorgaben des GAL § 11 nicht vollumfänglich entspricht." Einer Arbeitgeberin müsse es jedoch möglich sein, bei Pensenzuteilungen auch "weiche Faktoren" zu berücksichtigen.

Im Folgenden ist zu prüfen, ob der Beschluss der Beklagten, für alle Lehrkräfte Pensen von mindestens 40 % anzustreben, einen sachlichen Grund für eine Kündigung im Sinne von § 11 Abs. 1 lit. a GAL darstellt.

4.

4.1. Vorab erscheint wesentlich, dass der Beschluss betreffend die Pensenzuteilung an einer Volksschule keine Verfügung, sondern eine organisatorische Anordnung darstellt (vgl. dazu BJM 1999, S. 155 Erw. 2/a f.). Im Gegensatz zu hoheitlichen Verfügungen sind organisatorische Anordnungen nicht anfechtbar. Dem Personalrekursgericht ist daher die Prüfung, ob die organisatorische Umstrukturierung bzw. die Einführung von Minimalpensen in der Höhe von 40 % gerechtfertigt war, verwehrt. Zu prüfen ist allein, ob sich ausgehend von dieser Umstrukturierung eine Kündigung rechtfertigen lässt.

4.2. § 11 Abs. 1 und 2 GAL halten betreffend die ordentliche Kündigung Folgendes fest:

"¹Die Kündigung durch die Arbeitgeberin beziehungsweise den Arbeitgeber kann nur ausgesprochen werden, wenn sachlich zureichende Gründe vorliegen, namentlich:

- a) Aufhebung der Stelle aus organisatorischen Gründen, insbesondere auf Grund gesunkener Schülerzahlen, oder aus wirtschaftlichen Gründen. In diesen Fällen ist den betroffenen Lehrpersonen nach Möglichkeit eine andere zumutbare Stelle anzubieten, die ihren Fähigkeiten, Erfahrungen und Eignungen entspricht;

- b) mangelnde Eignung für die im Anstellungsvertrag vereinbarte Arbeit;
- c) Mängel in der Leistung oder im Verhalten, die sich trotz schriftlicher Mahnung während der angesetzten Bewährungszeit fortsetzen;
- d) mangelnde Bereitschaft während oder nach der Bewährungszeit, die im Anstellungsvertrag vereinbarte Arbeit oder eine zumutbare andere Arbeit zu verrichten.

²Vorbehalten bleiben die verfassungsrechtlichen Grundsätze, namentlich das Verbot der Willkür, das Gebot von Treu und Glauben und der Grundsatz der rechtsgleichen Behandlung."

Aus dem Wortlaut der Bestimmung lässt sich unmittelbar ableiten, dass die Aufzählung von Abs. 1 lit. a – d nur beispielhaft und nicht abschliessend ist. Massgebend ist letztlich allein, dass sachlich zureichende Gründe vorliegen.

4.3.

4.3.1. Mit der in praktisch allen Personalrechtsordnungen der Kantone bekannten Kündigungsmöglichkeit aus wirtschaftlichen oder organisatorischen Gründen bzw. aufgrund von Stellenaufhebungen wird unter anderem bezweckt, dass Verwaltungszweige flexibler und anpassungsfähiger auf teilweise kurzfristig veränderte Rahmenbedingungen reagieren können (vgl. Urs Steimen, Kündigungen aus wirtschaftlichen oder betrieblichen Gründen bzw. wegen Stellenaufhebung durch öffentliche Arbeitgeber, in: ZBl, 2004, S. 648). Dabei ist zu beachten, dass - quasi in Abweichung zur Tendenz der Angleichung des öffentlichrechtlichen an das privatrechtliche Arbeitsverhältnis - die Kündigung im Rahmen von Reorganisationen oder Umstrukturierungen in den meisten Kantonen als "ultima ratio" gelten soll (vgl. dazu beispielsweise das Handbuch für Schulräte und Schulleitungen der Volksschule und Musikschule des Amtes für Volksschulen des Kantons Basel-Landschaft vom August 2006, S. 1 f.).

Eine scharfe Trennung zwischen wirtschaftlichen und betrieblichen Gründen für eine Kündigung ist nicht immer strikte möglich, da Reorganisationen von Verwaltungszweigen oftmals auch finanzielle Einsparungen zum Ziel haben. Die Umstrukturierung von Verwal-

tungsabteilungen kann zur Anpassung an geänderte Verhältnisse und Bedürfnisse notwendig sein, was in vielen Fällen die Auflösung von Arbeitsverhältnissen erfordert. Jedoch beinhalten solche Massnahmen immer auch ein gewisses Mass an Missbrauchspotential: Durch entsprechend konzipierte Reorganisationen kann die Leitung einer organisatorischen Einheit versuchen, unerwünschte Mitarbeitende überflüssig zu machen, bei denen kein anderer Beendigungsgrund vorliegt oder die Beendigung des Arbeitsverhältnisses auf anderem Weg viel schwieriger wäre (Steimen, a.a.O., S. 652 f.). Es besteht somit die Gefahr, dass unter dem Titel einer Reorganisation vermeintliche Kündigungsgründe vorgeschoben werden, um sich beispielsweise eines unliebsamen Mitarbeiters zu entledigen. Solche organisatorischen Massnahmen, die klarerweise nur dazu dienen, nicht mehr erwünschte Mitarbeitende ohne weitere Voraussetzungen zu entlassen, stellen einen Verstoß gegen den zwingenden Kündigungsschutz dar (Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich [VGE ZH] vom 27. Mai 2003, PB.2003.0006, Erw. 2/bb).

4.3.2. Bezüglich der Voraussetzungen für die Zulässigkeit einer Kündigung aus organisatorischen Gründen lassen sich hauptsächlich folgende Elemente anführen:

- Die Umstrukturierung muss einem legitimen Zweck dienen, etwa notwendigen Einsparungen oder der Verbesserung der Leistungsfähigkeit.
- Sie muss geeignet sein, einen erheblichen Beitrag zur Erreichung dieses Ziels zu erbringen.
- Bisherigen Mitarbeitenden können keine Aufgaben im veränderten Rahmen übertragen werden, für die sie geeignet sind.

Keine "echte" Reorganisation liegt vor, wenn in Zukunft die im Wesentlichen gleichen Aufgaben durch andere Personen erfüllt werden sollen (vgl. dazu die Regelung der Vollzugsverordnung zum Personalgesetz des Kantons Zürich vom 19. Mai 1999 [VV PG ZH], § 16 Abs. 3). Dagegen kann ein beachtliches betriebliches Bedürfnis dann bestehen, wenn Tätigkeiten auf erheblich veränderte, vorteilhaftere Art und Weise ausgeübt werden sollen und dies mit den bisherigen Mitarbeitenden nicht oder nur schwer möglich ist. Im Einzelfall

ist daher immer zu prüfen, ob gewichtige Gründe dafür bestehen, die Aufgaben einer anderen Person anzuvertrauen (Steimen, a.a.O., S. 653 f.).

4.3.3. In Bezug auf Lehrpersonen erweist sich eine Kündigung aus organisatorischen Gründen insbesondere dann als gerechtfertigt, wenn infolge rückläufiger Schülerzahlen Lehrerpensen reduziert bzw. gestrichen werden müssen und sich keine andere Beschäftigungsmöglichkeit für die betroffene Lehrperson finden lässt.

5.

5.1. Die Grundvoraussetzung von § 11 Abs. 1 lit. a GAL, die Aufhebung einer Stelle, ist vorliegend offensichtlich nicht erfüllt. Am Gesamtpensum, welches an der Schule der Beklagten unterrichtet wird, hat die Kündigung nichts geändert. Dasselbe gilt in Bezug darauf, welche Klassen unterrichtet werden und wie viele Lektionen pro Klasse zur Verfügung stehen. Effektiv liegt somit auch keine eigentliche Reorganisation vor (vgl. Erw. II/4.3.2); vielmehr werden dieselben Aufgaben bloss durch andere Personen wahrgenommen. Die Anwendbarkeit von § 11 Abs. 1 lit. a GAL fällt somit a priori ausser Betracht.

Hinzu kommt, dass die seitens der Schulpflege vorgebrachten "organisatorischen Gründe" offensichtlich nur vorgeschoben waren. Anlässlich der Verhandlung vor dem Personalrekursgericht gaben die Vertreter der Schulpflege unumwunden zu, dass man unbedingt D. B. als Lehrkraft behalten wollte und sich daher gezwungen sah, ihr zusätzlich zu ihrem Pensum im Textilen Werken auch die Musikschule zu übertragen (vgl. Erw. 3). Die Bevorzugung einer bestimmten Lehrperson gegenüber einer anderen bildet offensichtlich keinen organisatorischen Kündigungsgrund im Sinne von § 11 Abs. 1 lit. a GAL.

Der Vollständigkeit halber gilt es zudem darauf hinzuweisen, dass die Schulpflege in ihrem Beschluss vom 20. März 2006 ausdrücklich vorsah, das Ziel von minimalen Pensen von 40 % ausschliesslich im Zusammenhang mit Mutationen umzusetzen. Eine derartige Mutation lag in concreto nicht vor; ansonsten hätte der Klägerin gar nicht gekündigt werden müssen. Zudem fällt auf, dass der Beschluss ohnehin sehr selektiv realisiert wird. Anders ist es nicht er-

klärbar, dass bis dato einzig der Klägerin gekündigt wurde. Ferner gab es im Schuljahr 2007/08 sogar mehr Teilpensen unter 40 % (11) als im Schuljahr 2006/07 (9), auf dessen Ende hin der Klägerin gekündigt wurde.

5.2. Unabhängig davon, dass die Voraussetzungen von § 11 Abs. 1 lit. a GAL nicht erfüllt sind, gilt es zu beachten, dass die Parteien erst im Juni 2006 einen neuen Anstellungsvertrag per 1. August 2006 abschlossen hatten. Es ist absolut nicht nachvollziehbar, weshalb die Beklagte einerseits drei Monate nach dem Beschluss, künftig Pensen von mindestens 40 % anzustreben, mit der Klägerin einen unbefristeten Vertrag für ein Pensum von 20,69 - 41,38 % einging, um es acht Monate später mit Berufung auf denselben, vor Vertragsschluss gefassten Beschluss wieder zu kündigen. Dieses Verhalten der Beklagten verstößt klarerweise gegen das Gebot von Treu und Glauben, zumal sie in keiner Weise dargelegt, inwiefern sich in der kurzen Zeit bis zur angefochtenen Kündigung vom 27. April 2007 die massgebenden Verhältnisse und Bedürfnisse geändert hätten und demzufolge eine Reorganisation des Schulbetriebes nötig gewesen wäre.

5.3. Das erklärte Ziel der Beklagten, die an der Schule tätigen Lehrpersonen stärker ins Team und in die Verantwortung für die Schulentwicklung einzubinden, ist grundsätzlich nachvollziehbar. Zur Erreichung des Ziels mag es mithelfen, wenn die Lehrkräfte ein gewisses minimales Pensum unterrichten. Ein sachlicher Kündigungsgrund lässt sich darin aber umso weniger erblicken, als die Massnahme nicht die geringste Gewähr dafür bietet, dass die verfolgte Absicht tatsächlich erreicht wird. Zudem ist es ohne Weiteres möglich, dass sich die Einbindung ins Team und in die Verantwortung für die Schulentwicklung auch mit einem geringeren Pensum erzielen lassen. Letzteres zeigt sich gerade am Beispiel der Klägerin sehr gut, werden doch im Arbeitszeugnis der Beklagten vom Juli 2007 insbesondere die Mitwirkung in den Konferenzen und in der Arbeitsgruppe für die Renovation des Singsaales, die Kommunikation mit den jeweiligen Klassenlehrkräften und die Beteiligung an schulinternen Aufgaben und Anlässen hervorgehoben.

5.4. Schliesslich ist wesentlich, dass die Beklagte keine Anstrengungen unternahm, der Klägerin eine andere zumutbare Stelle anzubieten. Hätte effektiv ein Kündigungsgrund gemäss § 11 Abs. 1 lit. a GAL bestanden, hätten zwingend entsprechende Bemühungen unternommen werden müssen. In concreto wäre wohl eine Weiterbeschäftigung tatsächlich möglich gewesen, verfügt die Klägerin doch sowohl über ein Primarlehrpatent als auch über die Ausbildung als Lehrperson Textiles Werken. Der Einwand, die Klägerin sei schon mehrere Jahre nicht mehr in dieser Funktion tätig gewesen, ist umso weniger behelflich, als sie im Schuljahr 2005/06 für die Beklagte als Primarlehrerin tätig war (wenn auch lediglich für wenige Wochenstunden).

5.5. Insgesamt ergibt sich, dass keine organisatorischen oder wirtschaftlichen Gründe im Sinne von § 11 Abs. 1 lit. a GAL vorliegen, welche zur Aufhebung einer Stelle geführt und damit die umstrittene Kündigung gerechtfertigt hätten. Hinzu kommt, dass das Ziel, Minimalpensen von 40 % zu erreichen, bloss vorgeschoben wurde. Es ist offensichtlich, dass der blosser Wunsch einer anderen Lehrperson, ein höheres Pensum übernehmen zu können, keinen organisatorischen Grund im Sinne der genannten Bestimmung darzustellen vermag. Die Kündigung erweist sich somit als ungerechtfertigt. Das Gesagte spricht jedoch selbstverständlich nicht dagegen, dass die Beklagte im Rahmen der Neubesetzung von Stellen das Ziel von Minimalpensen von 40 % weiterhin verfolgt.

98 Lehrperson an einer Volksschule. Kündigung.

- **Bei der Auflösung eines öffentlichrechtlichen Anstellungsvertrages sind die Verfahrensvorschriften von Art. 29 BV einzuhalten, obwohl keine hoheitliche Anordnung ergeht. An den Inhalt des Anspruchs auf vorgängige Anhörung dürfen keine allzu hohen Anforderungen gestellt werden.**

Aus dem Entscheid des Personalrekursgerichts vom 30. Mai 2008 in Sachen M. gegen Einwohnergemeinde E. (2-KL.2007.3).

Aus den Erwägungen

II/7.

7.1. Umstritten ist schliesslich, ob die Schulpflege vor der Kündigung den Kläger hinreichend angehört hat.

7.2.

7.2.1. Der verfassungsrechtliche Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV) im Sinne einer vorherigen Orientierung und Gewährung einer Äusserungsmöglichkeit gilt für Verfahren, die in eine (hoheitliche) Verfügung münden. Wo aber das Gemeinwesen nach den einschlägigen Vorschriften zulässigerweise als Vertragspartner auftritt und Rechtsbeziehungen in den Formen des Vertrages ordnet, besteht grundsätzlich kein Anspruch des (privaten) Vertragspartners auf vorheriges rechtliches Gehör vor vertragsändernden oder -auslösenden Erklärungen des Gemeinwesens (Urteil des BGr vom 14. März 2005, 2P.104/2004, Erw. 4.4). Ein derartiger Anspruch lässt sich auch den kantonalrechtlichen Grundlagen nicht entnehmen.

Es darf indessen nicht übersehen werden, dass eine besondere Sach- und Interessenlage besteht bei öffentlichrechtlichen Dienstverhältnissen, deren Inhalt durch das Gemeinwesen selber hoheitlich normiert wird und die gleichzeitig formell als Vertragsverhältnis ausgestaltet werden. Das Gemeinwesen tritt hier, trotz der an sich vertraglichen Grundlage des Dienstverhältnisses, als Hoheitsträger auf. Zugleich kann die unfreiwillige Beendigung des Dienstverhältnisses durch eine Kündigungserklärung des Gemeinwesens, auch wenn sie formell als nicht hoheitliche Ausübung eines Gestaltungsrechts erscheint, in existenzielle Interessen des privaten Vertragspartners eingreifen. Das Gemeinwesen bleibt in einem solchen Fall bei der Ausübung des Kündigungsrechts an die Grundsätze staatlichen Handelns gebunden (Urteil des BGr vom 14. März 2005, 2P.104/2004, Erw. 4.5). Diese Rechtsprechung entspricht der in der Lehre vertretenen Auffassung, dass eine Beschränkung der sich aus Art. 29 BV ergebenden Verfahrensrechte auf die hoheitliche Verwaltung der rechtsstaatlichen Funktion dieser Garantien nicht gerecht wird (vgl. August Mächler, *Vertrag und Verwaltungsrechtspflege*, Zürich/Basel/Genf 2005, § 4 N 36).

7.2.2. Der kantonale Gesetzgeber hält in Bezug auf die ordentliche Kündigung in § 10 Abs. 2 PersG und § 11 Abs. 2 GAL fest, dass "die verfassungsrechtlichen Grundsätze, namentlich das Verbot der Willkür, das Gebot von Treu und Glauben und der Grundsatz der rechtsgleichen Behandlung" stets vorbehalten bleiben.

Sowohl aufgrund der systematischen Stellung von § 10 Abs. 2 PersG bzw. § 11 Abs. 2 GAL (direkt anschliessend an die Aufzählung der zulässigen Kündigungsgründe) als auch aufgrund der Auswahl der ausdrücklich genannten Verfassungsgrundsätze könnte vermutet werden, dass sich die beiden Bestimmungen primär auf das materielle Kündigungsrecht beziehen. Gegen die Anwendung von Verfahrensprinzipien wie die vorgängige Anhörungspflicht sprechen auch die enge Anlehnung des Kündigungsrechts an die obligationenrechtlichen Regelungen (vgl. § 7 PersG bzw. § 7 GAL) sowie der Umstand, dass gesetzlich in Bezug auf die Form der Kündigung einzig vorgesehen ist, dass sie eine schriftliche Begründung voraussetzt (vgl. § 10 Abs. 3 PersG und § 11 Abs. 3 GAL).

Demgegenüber muss festgehalten werden, dass der Anspruch auf vorgängige Äusserung und Anhörung einen wesentlichen Aspekt des Anspruchs auf rechtliches Gehör bzw. generell einen bedeutenden Verfahrensgrundsatz bildet. Der Verfahrensgarantie kommt umso höheres Gewicht zu, als weder die Schlichtungskommission für Personalfragen, welche bloss eine Empfehlung abgibt (§ 37 Abs. 2 PersG bzw. § 35 Abs. 2 GAL), noch das Personalrekursgericht (ausser bei einer nichtigen Kündigung, vgl. AGVE 2001, S. 517 ff., Erw. 2/a/cc/ccc; PRGE vom 18. Januar 2008 in Sachen G.B., Erw. II/3) eine Wiedereinstellung anordnen können. Hinzu kommt, dass die vom Gesetzgeber ausdrücklich vorgesehene Pflicht zur schriftlichen Begründung der Kündigung (§ 10 Abs. 3 PersG und § 11 Abs. 3 GAL) voraussetzt, dass - im Sinne einer korrekten Sachverhaltsabklärung - eine vorherige Anhörung der betroffenen Person stattfindet. Schliesslich gilt es zu beachten, dass sich aus den Materialien kein Hinweis darauf ergibt, dass mit dem Erlass des Personalgesetzes Verfahrensgarantien wie das Anhörungsrecht, welche mit der altrechtlichen Kündigung mittels Verfügung zwingend verbunden waren, aufgegeben werden sollten. Vielmehr wurde in der Botschaft

zum Personalgesetz vom 19. Mai 1999 ausdrücklich festgehalten (S. 3 f.): "Stets gilt es dabei, die verfassungsrechtlichen Vorgaben, welche für das gesamte Staatshandeln gelten (...), zu beachten."

7.2.3. Gestützt auf die dargelegte bundesgerichtliche Rechtsprechung sowie unter Würdigung der erläuterten Aspekte gelangt das Personalrekursgericht zum Schluss, dass - obwohl eine entsprechende ausdrückliche Gesetzesvorschrift fehlt - bei der Auflösung eines öffentlichrechtlichen Anstellungsvertrages elementare Verfahrensvorschriften, wie sie aus Art. 29 BV hervorgehen, einzuhalten sind. Entsprechend hat der öffentlichrechtliche Arbeitgeber grundsätzlich vor jeder Kündigung die betroffene Person über die Kündigungsabsicht zu orientieren und ihr Gelegenheit zu geben, hierzu Stellung zu nehmen.

7.3.

7.3.1. An den Inhalt des Anspruchs auf vorgängige Anhörung dürfen keine allzu hohen Anforderungen gestellt werden. "Anders als etwa im Disziplinarverfahren werden dem Betroffenen bei der ordentlichen Kündigung keine schuldhaften Pflichtverletzungen vorgeworfen, sondern geben andere objektive und triftige Gründe (...) den Ausschlag. Diese Beurteilung und Bewertung setzt lediglich eine glaubhafte, sachliche und willkürfreie Kritik voraus (...) und verlangt naturgemäss einen grossen Ermessensspielraum, der es dem unmittelbar Vorgesetzten ermöglichen muss, auch ohne umfangreiche Abklärungen aus eigenem Beurteilungsvermögen eine Entlassung wegen ungenügender Fähigkeit oder Leistungen eines Angestellten durchzusetzen. Aus diesem Grund ist es in der Regel weder angezeigt noch üblich, vor einer ordentlichen Kündigung ein eigentliches Untersuchungsverfahren über die Qualität der Arbeitsleistung des Betroffenen durchzuführen. Vielmehr muss genügen, wenn eine negative Leistungsbeurteilung durch den Vorgesetzten vorliegt, diese dem Betroffenen eröffnet und ihm Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben wird" (VGE ZH vom 30. August 1995, publiziert in: ZBl 97/1996, S. 426; vgl. auch VGE ZH vom 14. März 2001, PB.2000.00029, Erw. 7/a). (...)

II. Verfahren

99 Verfahren vor der Schlichtungskommission für Personalfragen.

- **Im Rahmen der Instruktion kommt der Schlichtungskommission eine Verfügungskompetenz zu. Werden die Sachentscheidsvoraussetzungen für die Abgabe einer Empfehlung verneint, so bildet dies den Endentscheid, gegen den das Personalrekursgericht angerufen werden kann (Erw. I/3 - 4.3).**

Aus dem Entscheid des Personalrekursgerichts vom 30. Mai 2008 in Sachen S. gegen Kreisschulverband O. (2-BE.2008.6).

Aus den Erwägungen

I/3. Zwischenentscheide sind verfahrensleitende bzw. prozessleitende Verfügungen oder Entscheide, die das Verfahren nicht abschliessen, sondern es im Rahmen der Prozessinstruktion von der Rechtshängigkeit zum Endentscheid führen. Typische Zwischenentscheide sind unter anderem diejenigen, welche das Vorliegen der Sachurteilsvoraussetzungen bejahen. Ein Entscheid, welcher deren Vorliegen verneint, ist kein Zwischen-, sondern ein Endentscheid (vgl. Michael Merker, Rechtsmittel, Klage und Normenkontrollverfahren nach dem aargauischen Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege, Kommentar zu den §§ 38 - 72 VRPG, Zürich 1998, § 38 N 53).

Grundsätzlich sind Zwischenentscheide nicht selbständig anfechtbar. Anders ist ausnahmsweise dann zu entscheiden, wenn ein Zwischenentscheid für den Betroffenen unter Berücksichtigung der sich stellenden Rechtsschutzinteressen einen später nicht wieder gutzumachenden Nachteil mit sich bringen kann (vgl. zum Ganzen: Merker, a.a.O., § 38 N 55 mit Hinweisen). Blosser prozessökonomi-

sche Überlegungen begründen keine selbständige Anfechtbarkeit von Zwischenentscheiden.

4.

4.1. Die auffälligste Besonderheit des Verfahrens vor der Schlichtungskommission bildet die Regelung, dass es gemäss dem Wortlaut von § 35 Abs. 2 Satz 1 GAL mittels einer Empfehlung abgeschlossen wird. Der Wortlaut dieser Bestimmung mag zum Schluss verleiten, dass der Schlichtungskommission generell keinerlei Verfügungsbefugnis zusteht. Aus den Akten lässt sich darauf schliessen, dass auch die Schlichtungskommission zu dieser Meinung neigt.

Die Auffassung greift indessen zu kurz. Es ist offensichtlich unabdingbar, dass der Schlichtungskommission im Rahmen der Instruktion, welche das Verfahren der Erledigung mittels Empfehlung entgegenführt, eine Verfügungskompetenz zukommt. Ohne die Möglichkeit, prozessleitende Anordnungen wie beispielsweise die Fristansetzung zur Stellungnahme, die Einforderung von Aktenstücken oder die Vorladung zur Verhandlung vornehmen zu können, wäre eine effiziente und zielgerichtete Verfahrensleitung ausgeschlossen. § 35 Abs. 2 Satz 1 GAL ist daher restriktiv auszulegen und die Schlichtungskommission nur dort auf den Erlass einer Empfehlung zu verpflichten, wo sie sich materiell mit einer bestimmten Streitigkeit auseinandersetzt. Folgerichtig ist der Schlichtungskommission in Bezug auf den Entscheid, ob ein bestimmter Fall materiell an die Hand genommen bzw. ob eine Empfehlung abgegeben werden darf oder nicht, eine Verfügungskompetenz zuzubilligen.

4.2. Aus dem Gesagten ergibt sich, dass der separate Entscheid der Schlichtungskommission, ein Verfahren an die Hand zu nehmen, eine Zwischenverfügung darstellt. Diese ist nur anfechtbar, falls den Betroffenen ein nicht wieder gutzumachender Nachteil droht. Werden demgegenüber die Sachurteilsvoraussetzungen für die Abgabe einer Empfehlung verneint, so bildet dies ein Endentscheid. Gegen diesen Entscheid kann stets das Personalrekursgericht angerufen werden.

Beiden Konstellationen ist gemeinsam, dass entgegen dem Gesetzeswortlaut ohne erneuten Entscheid der Anstellungsbehörde direkt ein Rechtsmittel an das Personalrekursgericht erhoben werden

kann. Bei Bejahung der Sachurteilsvoraussetzungen wird in beiden Fällen die Streitsache der Schlichtungskommission zur materiellen Beurteilung zurückgewiesen.

4.3. Besondere Merkmale des Schlichtungsverfahrens, aufgrund derer alle umstrittenen Eintretensentscheide der Schlichtungskommission an das Personalrekursgericht weiterziehbar sein müssten, sind nicht erkennbar. Erst recht besteht kein Anlass, der Schlichtungskommission die Möglichkeit einzuräumen, den Fall gewissermassen "von Amtes wegen" dem Personalrekursgericht vorzulegen.

Aus prozessökonomischen Gründen ergeben sich ebenfalls keine anderen Schlussfolgerungen. Zum einen bestehen diesbezüglich keine relevanten Unterschiede zu anderen verwaltungsinternen Verfahren. Zum andern dürfte die Schlichtungskommission regelmässig Fälle zu bearbeiten haben, in denen auf Seiten der Anstellungsbehörde keine Bereitschaft für eine vermittelnde Lösung besteht. Ob sich die Behörde dabei auf materielle Gründe beruft oder geltend macht, die Schlichtungsbehörde sei zur Abgabe einer Empfehlung nicht befugt, spielt für die Einigungsbemühungen letztlich nur eine untergeordnete Rolle. Auch aus diesem Blickwinkel rechtfertigt es sich folglich nicht, im Streitfall das Personalrekursgericht vorab darüber entscheiden zu lassen, ob auf ein Schlichtungsgesuch einzutreten ist oder nicht.

Verwaltungsbehörden

I. Bau-, Raumplanungs- und Umweltschutzrecht

100 Renovation einer ehemals landwirtschaftlichen Liegenschaft zu nichtlandwirtschaftlichen Wohnzwecken und für die Hobbylandwirtschaft. Bestimmungsgemässe Nutzbarkeit der Liegenschaft und damit Anwendung der Besitzstandsgarantie verneint.

Aus dem Entscheid des Regierungsrates vom 12. Dezember 2007 i.S. R.E. gegen den Entscheid des Departements Bau, Verkehr und Umwelt/Gemeinderates R.

Aus den Erwägungen

1. Bauvorhaben

Der Beschwerdeführer beabsichtigt, die ehemals landwirtschaftliche Liegenschaft (...) in R. käuflich zu erwerben und vollständig unter Einbezug des angebauten Ökonomieteils zu renovieren sowie an die Kanalisation anzuschliessen. Die nichtlandwirtschaftliche Wohnnutzung würde über den bisherigen Wohnteil hinaus teilweise in den Ökonomieteil ausgedehnt (Küche, Waschen/Vorrat, Estrich); im Ökonomieteil blieben zum Zweck der Hobbylandwirtschaft bzw. -tierhaltung ein Teil des Tenns, zwei kleinere Stallungen, eine Remise und deckenlastig das Dürrfutterlager bestehen bzw. würden ebenfalls renoviert.

2. Zonierung

Die Parzelle Nr. (...) liegt laut geltendem Kulturlandplan der Gemeinde R. (...) in der Landwirtschaftszone, überlagert mit Landschaftsschutz. Das strittige Bauobjekt ist von der Schutzüberlagerung ausgenommen.

(...)

3. Besitzstandsgarantie

3.1. Gemäss Art. 24c Abs. 1 RPG werden bestimmungsgemäss nutzbare Bauten und Anlagen ausserhalb der Bauzonen, die nicht mehr zonenkonform sind, in ihrem Bestand grundsätzlich geschützt. Der Anwendungsbereich dieser Bestimmung wird durch Art. 41 der Raumplanungsverordnung (RPV) vom 28. Juni 2000 beschränkt auf Bauten, die in Übereinstimmung mit dem materiellen Recht erstellt oder geändert wurden, durch die nachträgliche Änderung von Erlassen oder Plänen jedoch zonenwidrig geworden sind. Die so geschützten Bauten und Anlagen können mit Bewilligung der zuständigen Behörde erneuert, teilweise geändert, massvoll erweitert oder wiederaufgebaut werden. In jedem Fall bleibt die Vereinbarkeit mit den wichtigen Anliegen der Raumplanung vorbehalten (Art. 24c Abs. 2 RPG).

Im konkreten Fall ist unbestritten, dass die Liegenschaft ursprünglich rechtmässig erstellt worden ist. Weil überdies davon ausgegangen werden kann, dass die Liegenschaft bereits im Jahre 1972 – im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Bundesgesetzes vom 8. Oktober 1971 über den Schutz der Gewässer gegen Verunreinigungen (alt Gewässerschutzgesetz) und damit der erstmaligen Trennung von Baugebiet und Nichtbaugebiet – keinen eigentlichen landwirtschaftlichen Betrieb bzw. kein landwirtschaftliches Gewerbe mehr beherbergte, wären die Voraussetzungen für die Anwendung der Besitzstandsgarantie gemäss Art. 41 RPV an sich erfüllt. Strittig ist aber die Frage, ob die Liegenschaft noch bestimmungsgemäss nutzbar ist, wie dies Art. 24c Abs. 1 RPG voraussetzt.

3.2. Die Abteilung für Baubewilligungen wies das Gesuch des Beschwerdeführers im Wesentlichen mit der Begründung ab, die Baute könne aufgrund ihres schlechten baulichen Zustands – wie bereits im rechtskräftigen Vorentscheidgesuch vom (...) festgehalten – keinesfalls mehr als bestimmungsgemäss nutzbar bezeichnet werden und sei daher als Abbruchobjekt einzustufen; zudem spreche der Umstand, dass das gesamte umliegende Gebiet, mit Ausnahme der direkten Umgebung der Baute in einer Landschaftsschutzzone liege, eher gegen eine Weitererhaltung der Baute.

Der Beschwerdeführer hält dem entgegen, die Abteilung für Baubewilligungen erachte den oberflächlich betrachteten Zustand von Teilen des Hauses als massgebend, obwohl dies bezüglich der Frage der Benutzbarkeit nicht relevant sei. Entscheidend sei alleine, ob das Grundkonstrukt des Gebäudes überwiegend noch brauchbar sei oder nicht; die Abteilung für Baubewilligungen habe es aber unterlassen, den Zustand der relevanten Bauteile einer eingehenderen Prüfung zu unterziehen, obwohl der Architekt des Beschwerdeführers die massgebende Bausubstanz als zu 80% brauchbar bezeichnet habe. Weil im Übrigen die Liegenschaft landwirtschaftlich genutzt werden solle, werde auch den raumplanerischen Interessen Rechnung getragen.

3.3. Art. 24c RPG kommt gemäss Abs. 1 dieser Bestimmung sowie Art. 41 RPV nur auf Bauten und Anlagen zur Anwendung, die erstens ausserhalb der Bauzone liegen, zweitens unter dem "alten" Recht rechtmässig erstellt oder geändert wurden, drittens eine Rechtsänderung erfahren haben und infolge dieser zonenwidrig geworden sind und viertens noch bestimmungsgemäss nutzbar sind. Der Wiederaufbau setzt nach Art. 42 Abs. 4 RPV zusätzlich voraus, dass an der Nutzung der Baute ein ununterbrochenes Interesse besteht (vgl. Bernhard Waldmann/Peter Hänni, Raumplanungsgesetz, Bern 2006, Art. 24c N 4; Bundesamt für Raumentwicklung [ARE], Bewilligungen nach Art. 24c RPG, S. 5; ZBl 3/2005, S. 162).

Eine Baute ist bestimmungsgemäss nutzbar, wenn sie weiterhin für den bisherigen Zweck genutzt werden kann. Der gesetzliche Bestandesschutz erstreckt sich somit nicht auf nutzlose oder eingestürzte Bauruinen. Dieses Kriterium, welches bereits für den Wiederaufbau nach Art. 24 Abs. 2 aRPG (Fassung bis am 31. August 2000) Bewilligungsvoraussetzung war, setzt eine betriebstüchtige Wohnbaute voraus. Das Bundesgericht hat sich hierzu in seinem Urteil vom 9. März 1993 (1A.173/1992 E. 3d) wie folgt geäussert:

"Damit ein Wohnhaus bestimmungsgemäss nutzbar sei, verlangt das Verwaltungsgericht, dass 'die tragenden Konstruktionen, Fussböden und Dach mehrheitlich intakt, Fenster und Türen vorhanden, KÜcheneinrichtungen, wenn auch äusserst einfach, und Kaminanlage betriebstüchtig, zumindest aber sanierungswürdig' seien, 'mit ande-

ren Worten ... die Baute – gemessen an ihrer Zwecksetzung – noch betriebstüchtig' sei.

Es erscheint fraglich, ob für eine betriebstüchtige Wohnbaute tatsächlich nur gerade die erwähnten elementarsten Bauteile erforderlich sind. Das Verwaltungsgericht mag die Anforderungen mit Blick auf die Berggebiete formuliert haben, wo die Landwirte unter kargen Bedingungen wechselnde zeitweilige Unterkünfte auf verschiedener Höhe benützen. Jedenfalls müssen auch in solchen Verhältnissen intakte 'tragende' Konstruktionen in einem weiten Sinne verstanden werden, wenn von einem bestimmungsgemäss nutzbaren Wohnraum gesprochen werden soll."

Weiter führte das Bundesgericht in seinem Urteil vom 24. Januar 1994 (1A.76/1993) aus:

"Die vorhandenen Fotografien zeigen den stark verwahrlosten Zustand der Gebäude. Angaben in den Berichten zeigen den schlechten technischen Zustand auf. Zum Teil sind die Fussböden durchgebrochen. Die innere Tragkonstruktion ist in beträchtlichem Umfang zerstört. Die Aussenwände weisen erhebliche Beschädigungen auf. Anbauten sind zum Teil eingefallen, Heizungsinstallationen und Kücheneinrichtungen fehlen. Die Gebäulichkeiten befinden sich in einem Zustand, der ihre bestimmungsgemässe Nutzung offensichtlich nicht mehr zulässt."

Im Kanton Aargau wurde regelmässig an den objektiven Ansatzpunkt des "Rohbaus I" angeknüpft; nur wenn all jene Bauteile, die damit erfasst werden (Baumeisterarbeiten, Montagebau in Beton und Holz, Kunststeinarbeiten), noch ganz oder zu einem wesentlichen Teil (mindestens zu zwei Dritteln) vorhanden waren, konnte eine Baute von der Besitzstandsgarantie – im Sinne einer Investitionsschutzgarantie und gestützt auf Art. 24 Abs. 2 aRPG (in Kraft bis 31. August 2000) i.V.m. § 224 Abs. 1 Satz 2 aBauG (in Kraft bis 31. März 1994) bzw. § 70 BauG (in Kraft bis 30. November 2002) – profitieren. Das Verwaltungsgericht machte aber jeweiligen gleichzeitig Ausführungen zu den Installationen wie Strom oder Wasser und zur Bewohnbarkeit der Baute an sich und bezog letztlich den Allgemeinzustand der Baute in die Beurteilung mit ein (vgl. AGVE 1989, S. 224 ff.; 1991, S. 343 ff.).

Mit Art. 24c RPG wurde die erweiterte Bestandesgarantie für bestehende zonenwidrige Bauten und Anlagen neu bundesrechtlich abschliessend geregelt (vgl. EJPD/BRP, Erläuterungen RPV, S. 45). Art. 24c RPG kommt wie vorerwähnt nur auf Bauten und Anlagen zur Anwendung, die erstens ausserhalb der Bauzone liegen, zweitens unter dem "alten" Recht rechtmässig erstellt oder geändert wurden, drittens eine Rechtsänderung erfahren haben und infolge dieser zonenwidrig geworden sind und viertens noch bestimmungsgemäss nutzbar sind. Für das letztere Kriterium rechtfertigt es sich, in Präzisierung der bisherigen kantonalen Rechtsprechung nebst dem mehrheitlich intakten Rohbau I die Betriebstüchtigkeit der Baute im Sinne der obigen bundesgerichtlichen Rechtsprechung und der Ausführungen des Bundesamtes für Raumentwicklung vorauszusetzen, damit insgesamt von einer bestimmungsgemäss nutzbaren Baute gesprochen werden kann (vgl. auch Art. 24d RPG, wo es als ausreichend erachtet wird, dass eine Baute "in ihrer Substanz erhalten" ist; vgl. Bernhard Waldmann/Peter Hänni, a.a.O., Art. 24d N8). Damit kann bei einer Baute, welcher die Betriebstüchtigkeit – gemessen an ihrer Zwecksetzung – offensichtlich abgesprochen werden muss, offen bleiben, ob letztlich der sog. Rohbau I zu zwei Dritteln tatsächlich noch vorhanden ist. Umgekehrt ist einer Baute, deren Rohbau I nicht mehr zu mindestens zwei Dritteln wieder verwendbar ist, ohne Weiteres die Berufung auf die Besitzstandsgarantie zu verweigern (vgl. RRB Nr. ...; vgl. auch Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Luzern vom 28. November 2003, in: LGVE 2004 II Nr. 7).

3.4. Anlässlich der Augenscheinsverhandlung vom 31. Juli 2007 hat sich bezüglich des Zustandes der Liegenschaft das folgende Bild gezeigt bzw. es wurden im Wesentlichen die folgenden Ausführungen zum geplanten Umbau gemacht:

Die Nord-West-Fassade des Wohnteils hat vom Fundament her eine Neigung nach aussen, was bedingt, dass die Tragkonstruktion mit Beton unterfangen werden muss; es ist zudem geplant, auf der Mauer eine Aussendämmung anzubringen. Auf der nordwestlichen Seite des Ökonomieteils muss ein Riegel ersetzt und die Aussenverkleidung ergänzt werden. Die Süd-West-Fassade (Wohnteil) benötigt eine weniger weitgehende Renovation, hier müssen aber verschie-

dene Risse ausgebessert und die Fensterläden ersetzt werden. Auch auf der Süd-Ost-Seite (Wohnteil) muss der Verputz ausgebessert werden. Beim Scheunentrakt auf der Süd-Ost-Seite werden die Holzverschlüsse sowie die Geissenstalltür ersetzt und im Bereich des Heustocks ist eine neue Verkleidung nötig. Die Mauer der Nord-Ost-Fassade (Ökonomieteil) ist gemäss Bauherrschaft trotz einiger Risse stabil. Die eingestürzte Remise soll wieder neu erstellt werden. Am Dach müssen die Spenglerarbeiten sowie einzelne Ziegel ersetzt werden. Der Kamin wird mittels Einziehen eines Rohrs saniert werden müssen. Fenster sind zum Teil nicht mehr vorhanden; es ist insgesamt geplant, neue Fensterrahmen und Fenster anzubringen. Im Wohnteil werden sowohl die Kellerdecke als auch die Erdgeschossdecke abgebrochen und neu gebaut. Der Erdgeschossboden wird abgesenkt. Für den Einzug der neuen Decke werden zusätzliche Balken benötigt. Die bestehende Treppe ins Obergeschoss wird ebenfalls abgebrochen und im neuen Garderobenbereich wird ein neuer Zugang ins Obergeschoss gebaut. Eine tragende Wand wird teilweise abgebrochen; mehrere andere Wände werden ebenfalls entfernt bzw. neue Wände werden eingezogen. Der Kachelofen im Erdgeschoss, der bisher als einzige Heizung diente, ist teilweise eingeschlagen und offenkundig nicht mehr gebrauchsfähig; neu soll eine Wärmepumpenheizung eingebaut werden. Im Innenbereich soll das Gebäude neu wärmegeklämt werden. Die alte Küche mit Schüttstein und Holzkochherd wurde vom Beschwerdeführer vor kurzem komplett entfernt. Im bisherigen Badezimmer im Obergeschoss ist nur ein zusammengeschlagenes, unbrauchbares WC vorhanden. Die Sanitärleitungen im Haus sind nicht mehr brauchbar, lediglich die Zuleitung bis zum Haus ist noch vorhanden. Im Tenn besteht auch noch ein WC, allerdings ist auch dieses nicht mehr funktionsfähig. An der Wand im heutigen Badezimmer hängt der Sicherungskasten der Stromversorgung; gemäss einem von der Elektrizitätsversorgung angebrachten und auf den 18. November 2005 datierten Zettel dürfen die Sicherungen nicht eingesetzt und keine Verbraucher angeschlossen werden. In allen bisherigen Räumen sind Aufputzelektrizitätsleitungen vorhanden, welche aber abgehängt sind; nicht klar ist, ob sie noch funktionieren. Allerdings müssen ohnehin die Strom-

installationen im ganzen Wohntrakt ersetzt werden. Die Wasserzufuhr existiert nur bis vor das Haus. Die Abwasserentsorgung erfolgt bis heute in ein Güllenloch; ein neuer Kanalisationsanschluss ist geplant. Im Heustock muss – von der Bauherrschaft geschätzt – rund 10% der Holzkonstruktion ersetzt und eine Wärmedämmung eingezogen werden. Im Tenn – welches teilweise zu Wohnzwecken umgenutzt werden soll – ist ebenfalls eine Wärmedämmung sowie der Einzug neuer Wände geplant. Für eine zweckmässige Zufahrt zur Liegenschaft muss die Vegetationsschicht abgestossen und der darunter verborgene ehemalige Feldweg neu eingesplittet werden.

Zusammenfassend kann gesagt werden, dass die Liegenschaft heute – gemessen an den im schweizerischen Mittelland üblichen Anforderungen – als unbewohnbar eingestuft werden muss; sie verfügt weder über eine funktionsfähige oder sanierungswürdige Heizung noch entsprechende Sanitäreinrichtungen, Kanalisation, Stromversorgung im Haus, Küche(neinrichtung) bzw. Wasserversorgung im Haus. Das Gebäude wird weitestgehend ausgehöhlt, neue Böden und Decken sowie eine neue Treppe und neue Wände werden eingezogen, neue Fensterrahmen und Fenster – heute grösstenteils fehlend – werden angebracht; zusätzlich bedarf die nordwestliche Fassade des Wohnteils einer eingehenden Renovation und an den restlichen Fassaden sind ebenfalls intensive Renovationsarbeiten (Risse, Riegelersatz, Ersatz bzw. Ergänzung Aussenverkleidung) nötig; die Remise ist komplett eingestürzt. Die Bauherrschaft veranschlagt Baukosten von insgesamt rund Fr. 560'000.–. Im Jahre 2003 hatte der Eigentümer (...) gar mit Baukosten von Fr. 862'500.– gerechnet. Der unbestimmte Restwert des vermutlich im 18. oder 19. Jahrhundert erbauten Gebäudes dürfte vergleichsweise gering sein.

Das Gebäude befindet sich somit in einem Zustand, dem die Betriebstüchtigkeit als Wohnhaus, d.h. die bestimmungsgemässe Nutzbarkeit, offensichtlich abzuspochen ist. Seit rund 13 Jahren ist das Haus unbewohnt, seit rund 40 Jahren wurde es nicht mehr unterhalten. Es besteht daher kein Raum für die Erteilung einer Ausnahmegewilligung; ob das Bauvorhaben mit den wichtigen Anliegen der Raumplanung vereinbar ist, muss somit nicht geprüft

werden. Immerhin ist in diesem Zusammenhang festzuhalten, dass das Argument des Beschwerdeführers, die Liegenschaft solle landwirtschaftlich genutzt werden und dass damit den raumplanerischen Interessen Rechnung getragen werde, fehl geht, handelt es sich bei der geplanten Nutzung doch unbestrittenermassen um zonenwidrige Hobbylandwirtschaft bzw. um eine Wohnnutzung zu nichtlandwirtschaftlichen Zwecken.

101 Rechtsverweigerung; nachträgliches Baubewilligungsverfahren

- Die Rechtsverweigerungsbeschwerde setzt auch bei Laien voraus, dass sie vorerst beim Gemeinderat einen Antrag gestellt haben, was dieser beschliessen soll, und diesen Antrag begründet haben, es sei denn, ein solches Vorgehen käme einem Verfahrensleerlauf gleich (Erw. 4g).
- Das Rechtsschutzinteresse am Durchführen eines nachträglichen Baubewilligungsverfahrens fehlt, wenn ausschliesslich immissionsrechtliche Rügen geltend gemacht werden (Erw. 6c).

Entscheid des Departements Bau, Verkehr und Umwelt vom 9. Juni 2008 i.S. M. gegen den Gemeinderat W.

Aus den Erwägungen

4. a) Eine Rechtsverweigerung liegt vor, wenn es eine Behörde ausdrücklich ablehnt oder stillschweigend unterlässt, eine Entscheidung zu treffen, obwohl sie dazu verpflichtet ist (vgl. BGE 124 V 133; BGE 107 Ib 164).

b) Im vorliegenden Fall fragte die Beschwerdeführerin den Gemeinderat «höflichst» an, für welche Art von Nutzung die fragliche Parzelle rechtlich zugelassen ist und verblieb «in Erwartung Ihrer Antwort» (Schreiben vom 11. November 2003). Nachdem der Gemeinderat auf Nachfrage hin zunächst um etwas Geduld für weitere Abklärungen ersucht hatte, antwortete er am 5. April 2004, die Parzelle sei im Zusammenhang mit dem Baugesuchsverfahren für den Bau der Mehrzweckhalle im Jahr 1987 als Spielwiese ordnungsge-

mässig bewilligt worden. Der Gemeinderat erteilte somit eine konkrete Auskunft auf eine konkrete Frage und beantwortete die Frage damit. Die Beschwerdeführerin erhob daraufhin Rechtsverweigerungsbeschwerde.

c) Bei Rechtsverweigerungsbeschwerden (wie auch bei Rechtsverzögerungsbeschwerden) besteht die Besonderheit, dass keine Verfügung als Anfechtungsobjekt vorliegt und keine gesetzliche Frist zur Einreichung eingehalten werden muss. Es fragt sich deshalb, ob besondere andere Sachentscheidsvoraussetzungen gegeben sein müssen, um auf eine Beschwerde eintreten zu können, oder bestimmte Grundvoraussetzungen erfüllt sein müssen, ohne deren Vorliegen eine Beschwerde von vorneherein abzuweisen ist.

Publizierte Entscheide zur Rechtsverweigerung im engeren Sinn sind – insbesondere zum aargauischen Recht – selten. Meistens handelt es sich um klare Gutheissungen oder haben die Beschwerdeführenden vergeblich um eine anfechtbare Verfügung innert Frist ersucht, so dass sich die entscheidenden Behörden nicht im Einzelnen zu den Voraussetzungen einer Rechtsverweigerungsbeschwerde äussern mussten.

d) Häufiger wird in der Praxis zum Mittel der *Rechtsverzögerungsbeschwerde* gegriffen. Die Rechtsverzögerung ist eine abgeschwächte Form der Rechtsverweigerung; die Behörde gibt dabei zu erkennen, dass sie sich mit der Sache befassen will, verzögert aber die Entscheidung ohne zureichenden Grund. Ob ein Grund zureichend ist, beurteilt sich gemäss Rechtsprechung nach der Bedeutung der Angelegenheit für den Beschwerdeführer, nach dem Umfang des Falls sowie nach dem Verhalten des Beschwerdeführers während der Dauer des Verfahrens. Eine Rechtsverzögerung wird gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung dann nur zurückhaltend angenommen, wenn der Beschwerdeführer seinerseits keine besonderen Anstrengungen unternommen hat, damit das Verfahren beförderlich zu Ende geführt werden kann (vgl. BGE 119 Ib 327). Das BVU verlangt in seiner Praxis in der Regel, dass der Beschwerdeführer die mit der Streitsache befasste Instanz um beförderliche Erledigung ersucht hat (Entscheid des BVU vom 22. November 2002 i.S. W. AG. S. 5).

e) Auch bei Rechtsverweigerungsbeschwerden ist von den Beschwerdeführenden ein bestimmtes vorgängiges Verhalten vorauszusetzen. Es versteht sich bei Bausachen von selbst, dass eine betroffene Person nicht ohne jegliche Vorwarnung eine Rechtsverweigerungsbeschwerde gegen den Gemeinderat als Baupolizeibehörde einreichen kann. Dies verbietet schon die Pflicht zu einem Verhalten nach Treu und Glauben (vgl. § 2 Satz 1 der Verfassung des Kantons Aargau vom 25. Juni 1980 [KV] und § 3 Abs. 2 VRPG). Der Gemeinderat muss vorgängig wissen, ob etwas und was eine Person von ihm verlangt. Andernfalls ist er nicht verpflichtet, eine Entscheidung zu treffen und es liegt keine «Entscheidungsverweigerung» vor.

f) Die Rechtsverweigerungsbeschwerde ist im aargauischen Verwaltungsverfahrenrecht grundsätzlich analog zu jener im Bundesrecht ausgestaltet und leitet sich als Rechtsmittel im Wesentlichen auch aus den Rechtsgrundsätzen des Bundesverfassungsrechts ab. Für die Auslegung können daher auch die Rechtsprechung und Lehre zur Regelung im Bund beigezogen werden.

Der Bund regelt die Rechtsverweigerungsbeschwerde im Verwaltungsverfahren in Art. 46a des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (VwVG). Voraussetzung für eine Rechtsverweigerungsbeschwerde nach VwVG ist, dass die Rechtssuchenden zuvor ein Begehren auf Erlass einer Verfügung bei der zuständigen Behörde gestellt haben und ein Anspruch auf Erlass einer solchen Verfügung besteht (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-2723/2007 vom 30. Januar 2008, E. 3 mit Hinweis auf ALFRED KÖLZ / ISABELLE HÄNER, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 2. Aufl., Zürich 1998, S. 255; ANDRÉ MOSER / PETER UEBERSAX, Prozessieren vor eidgenössischen Rekurskommissionen, Basel und Frankfurt a.M. 1998, Rz. 5.1 ff.). Ein solcher Anspruch besteht dann, wenn einerseits eine Behörde nach dem anzuwendenden Recht verpflichtet ist, in Verfügungsform zu handeln, und wenn andererseits die gesuchstellende Person nach Art. 6 i.V.m. Art. 48 Abs. 1 VwVG Parteistellung beanspruchen kann (KÖLZ/HÄNER, a.a.O., S. 78, S. 255). Fehlt es einer Person, welche ausdrücklich den Erlass einer Verfügung verlangt hat, an der Parteieigenschaft, hat die Behörde eine anfechtbare Nichtein-

tretensverfügung zu erlassen (vgl. zum Ganzen BGE 130 II 521 E. 2.5 mit Hinweisen; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-2723/2007 vom 30. Januar 2008, E. 3). Wenn eine Behörde der Ansicht ist, dass sie für den Erlass einer Verfügung nicht zuständig sei, darf sie ebenfalls nicht untätig bleiben. Zunächst hat sie in einem solchen Fall zu prüfen, ob die Sache an die zuständige Behörde überwiesen werden kann (Art. 8 Abs. 2 VwVG). Wenn die gesuchstellende Person ausdrücklich den Erlass einer Verfügung verlangt hat, hat die Behörde einen Nichteintretensentscheid zu fällen und ihre Unzuständigkeit festzustellen (Art. 9 Abs. 2 VwVG; MOSER/UEBERSAX, a.a.O., Rz. 5.4).

Im Bereich des Umweltrechts, vorab in Fällen betreffend Lärmsanierungspflicht, wurde in den letzten Jahren in der schweizerischen Lehre das Konzept einer «Vollzugsklage» im Umweltrecht entwickelt (vgl. HANS RUDOLF TRÜEB, Rechtsschutz gegen Luftverunreinigung und Lärm – Das Beschwerdeverfahren bei Errichtung und Sanierung ortsfester Anlagen im Geltungsbereich des Umweltschutzgesetzes, Zürich 1990, S. 205 ff.). In der Folge übernahm die Rechtsprechung dieses Konzept und liess die Rechtsverweigerungsbeschwerde zur Durchsetzung von Sanierungspflichten zu (vgl. zum Ganzen THOMAS GÄCHTER, Durchsetzung von Sanierungspflichten mittels Rechtsverweigerungsbeschwerde, in: Umweltrecht in der Praxis [URP] 2005, S. 775 ff.; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-2723/2007 vom 30. Januar 2008, E. 3). Mit der Rechtsverweigerungsbeschwerde kann kein Entscheid in der Sache selbst erlangt werden, sondern nur die Weisung an die (untätige) Vorinstanz, eine Verfügung zu erlassen. Der «Vollzugsklage» kommt damit nur eine Anstossfunktion zu (HANS RUDOLF TRÜEB, a.a.o., S. 226 f.). In der Praxis setzt die Rechtsverweigerungsbeschwerde einen Antrag an die zuständige Behörde voraus, wenn eine Behörde untätig bleibt und keine Verfügung erlässt (Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich VB.2004.00354 vom 6. April 2005, publiziert im Internet www.vgrzh.ch; vgl. auch Entscheid des Bundesgerichts A.81/2005 vom 13. Mai 2005).

g) Dass eine Behörde eine Entscheidungspflicht gegenüber einer betroffenen Person trifft, setzt in Fällen wie dem vorliegenden

voraus, dass diese Person die Behörde auf eine Rechtswidrigkeit oder einen Missstand aufmerksam gemacht hat; denn dies verlangt bereits die Aufsichtsbeschwerde gemäss § 59a VPRG, die als Rechtsbehelf keinen Anspruch auf einen förmlichen Entscheid (sondern lediglich auf Beantwortung) begründet. Umso mehr muss dies beim Rechtsmittel der Rechtsverweigerungsbeschwerde gelten. Ferner gibt es keinen Grund, nicht auch für die Rechtsverweigerungsbeschwerde nach aargauischem Recht wie im Bundesrecht zusätzlich zu verlangen, dass die beschwerdeführende Person der Behörde vorgängig mitgeteilt hat, inwieweit ihre Rechte verletzt sind, und eine Verfügung verlangt hat. Ohne Gesuch um Erlass einer Verfügung besteht grundsätzlich keine Entscheidpflicht. Ausnahmsweise kann auf ein Gesuch unter Umständen verzichtet werden, wenn von vorneherein feststeht, dass es aussichtslos ist; denn das käme einem Verfahrensleerlauf gleich. Jedenfalls aber erfordert die Rechtsverweigerungsbeschwerde gemäss § 40 Abs. 4 VPRG auch bei juristisch nicht ausgebildeten Personen zumindest, dass sie vorgängig einen Antrag, was der Gemeinderat beschliessen soll, gestellt und ihn begründet haben, analog wie die Rechtsverweigerungsbeschwerde selbst einen Antrag und eine Begründung erfordert.

Im vorliegenden Fall wäre zumindest notwendig gewesen, dass die Beschwerdeführerin gegenüber dem Gemeinderat klar zum Ausdruck bringt, welche Nutzung ihrer Ansicht nach stattfindet, dass sie diese Nutzung mangels Baubewilligung für unzulässig hält und dass sie die Rechtslage förmlich (nicht bloss mit einer Auskunft) geklärt haben möchte. ...

h) Zusammenfassend ergibt sich, dass der Gemeinderat gegenüber der Beschwerdeführerin keine Rechtsverweigerung begangen hat. ...

6. a) Die Beschwerdeführerin verlangt in der Beschwerde, dass für die Sport- und Spielnutzung auf Parzelle 360 ein nachträgliches Baugesuchsverfahren durchgeführt wird. ...

c) Erlässt ein Gemeinderat gegenüber gesuchstellenden Nachbarn eine Verfügung, worin er es ablehnt, ein nachträgliches Baubewilligungsverfahren durchzuführen, richtet sich die Legitimation der beschwerdeführenden Nachbarn nach § 38 Abs. 1 VRPG. Demnach

ist im ordentlichen Beschwerdeverfahren zur Beschwerdeführung nur berechtigt, wer durch die angefochtene Verfügung oder den angefochtenen Rechtsmittelentscheid berührt ist und ein schutzwürdiges eigenes Interesse an deren oder dessen Aufhebung hat. Am erforderlichen Rechtsschutzinteresse fehlt es beispielsweise dann, wenn ein Beschwerdeführer das mit der Beschwerde verfolgte Ziel auf andere, einfachere Art erreichen kann (vgl. MICHAEL MERKER, a.a.o., § 38 N 129 f. mit Hinweisen). Werden ausschliesslich immissionsrechtliche Rügen erhoben, fehlt es gemäss der neueren verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung Beschwerdeführenden am erforderlichen Rechtsschutzinteresse, die Durchführung eines nachträglichen Baubewilligungsverfahrens zu verlangen, weil sie solche Rügen auch in einem Immissionsschutzverfahren erheben können (VGE III/47 vom 28. August 2007, S. 7).

Analoges muss auch für eine entsprechende Rechtsverweigerungsbeschwerde gemäss § 40 Abs. 4 VRPG gelten, denn bei ihr wird lediglich auf das Vorliegen eines Anfechtungsobjekts verzichtet (oder dann von der Fiktion ausgegangen, dass das unrechtmässige «Nichtverfügen» auch eine Verfügung ist), nicht aber auf das Erfordernis des Rechtsschutzinteresses.

102 Gebäudelänge

- **Ob die Gebäudelänge zweier Baukörper je einzeln oder zusammen zu messen ist, hängt ab vom Erscheinungsbild; unterirdische konstruktive Verbindungen sind für das Erscheinungsbild ohne Bedeutung.**

Entscheid des Departements Bau, Verkehr und Umwelt vom 28. Oktober 2008 i.S. J. und F. gegen L. und den Gemeinderat Möriken-Wildegg.

Aus den Erwägungen

3 d) § 14 Abs. 4 BNO verwendet den Begriff Gebäudelänge. Dieser Begriff ist im kantonalen Recht abschliessend definiert als die Seite des kleinsten Rechtecks, welches das Gebäude umfasst, wobei (nur) Anbauten und vorspringende Gebäudeteile nicht zu berücksichtigen sind.

sichtigen sind (§ 11 ABauV). Damit ist die Messweise der Gebäudelänge geregelt. Es ist aber noch nicht entschieden, ob es sich im vorliegenden Fall um ein oder zwei Gebäude handelt.

e) Soweit sich das Verwaltungsgericht mit dieser Frage zu befassen hatte, stellte es auf das Erscheinungsbild ab (vgl. Urteil des Verwaltungsgerichts [VGE] III/15 vom 15. Februar 2006; VGE III/55 vom 31. August 2006). Auch die Beteiligten halten das Erscheinungsbild für den entscheidenden Punkt, sie beurteilen es aber unterschiedlich und ziehen deshalb auch unterschiedliche Schlüsse daraus.

Laut den Aussagen von M., Ortsplaner der Gemeinde Möriken-Wildegg, hat er die Nutzungsplanung und damit auch die BNO von Anfang an begleitet. Als Gebäudelänge im Sinne von § 14 Abs. 4 BNO wurde stets das verstanden, was oberirdisch sichtbar ist, also die Länge der Fassade. Dies sei auch ständige Praxis des Gemeinderats. Dem halten die Beschwerdeführenden entgegen, dass die Tiefgarage auf der Seite der S.-strasse sichtbar sei und ebenfalls als Fassade in Erscheinung trete.

Nach der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung sind die Verhältnisse in den nach aussen nicht sichtbaren Untergeschossen für die Beurteilung, ob es sich um ein oder zwei Gebäude handelt, nicht relevant. So hat das Gericht namentlich im erwähnten VGE III/15 vom 15. Februar 2006 entschieden, dass Doppel Einfamilienhäuser der Charakter von freistehenden Bauten nicht abgehe nur wegen der gemeinschaftlichen Erschliessungsanlage und der konstruktiven Verbindung im Untergeschoss. Das gilt auch für den hier zu beurteilenden Fall. Es ist unbestritten, dass die Tiefgarage einzig auf der Nordseite mit dem Einfahrtsbereich in Erscheinung tritt. Irgendwo muss in Tiefgaragen eingefahren werden können, es liegt in der Natur der Sache, dass dieser Bereich nach aussen sichtbar ist. Auch wenn so die unterirdische Verbindung der beiden Wohnbauten erkennbar ist, erscheinen sie trotzdem klar als zwei verschiedene Baukörper. Daran ändern auch die Holzschöpfe auf der Tiefgarage zwischen den beiden Wohnhäusern nichts, auf welche im Übrigen laut den Aussagen der Vertreter der Baugesuchstellerin anlässlich des Augenscheins auch verzichtet werden könnte.

Es ist festzustellen, dass es sich beim Bauvorhaben nicht um einen einzigen Baukörper handelt und somit die zulässige Gebäudelänge eingehalten ist. Die Beschwerde ist in diesem Punkt abzuweisen.

103 Lärmimmissionen

- **Eine Heizung, die nach dem Inkrafttreten des Umweltschutzgesetzes (1. Januar 1985) erneuert wird, gilt als Neuanlage. Sie muss die Planungswerte der Lärmschutzverordnung einhalten, auch wenn das Gebäude selbst früher erstellt worden ist.**

Entscheid des Departements Bau, Verkehr und Umwelt vom 25. November 2008 i.S. S. gegen den Gemeinderat Windisch.

Aus den Erwägungen

3. a) (...) Die bundesrätliche Lärmschutzverordnung vom 15. Dezember 1986 (LSV) legt für Nutzungszonen nach Art. 14 ff. des Bundesgesetzes über die Raumplanung vom 22. Juni 1979 (Raumplanungsgesetz, RPG) Empfindlichkeitsstufen (ES) fest (Art. 43 LSV). Für Wohnzonen gilt die ES II. Für den Lärm von Heizungen hat der Bundesrat Belastungsgrenzwerte erlassen (Anhang 6 LSV). Diese sind unterteilt in Planungswerte, Immissionsgrenzwerte und Alarmwerte. Neue Anlagen haben den strengsten Wert, den Planungswert einzuhalten (Art. 7 Abs. 1 lit. b LSV). Die Beschwerdeführerin bestreitet, dass es sich bei der Heizung um eine Neuanlage im Sinne dieser Bestimmung handle, weil die Liegenschaft bei Inkrafttreten der LSV am 1. April 1987 bereits bestanden habe.

b) Ausgehend von der Zielsetzung der Umweltschutzvorschriften, nämlich Menschen, Tiere und Pflanzen, ihre Lebensgemeinschaften und Lebensräume gegen schädliche und lästige Einwirkungen zu schützen (Art. 1 Abs. 1 USG), werden von ihnen alle Einrichtungen erfasst, die sich nachteilig auswirken können. Es ist deshalb unerheblich, dass das Wohnhaus im Zeitpunkt des Inkrafttretens der LSV bereits bestand. Die Heizungsanlage als solche gilt als An-

lage im Sinne von Art. 7 Abs. 7 USG. Dafür spricht der Umstand, dass Heizungen in der LSV im Katalog der Anlagen mit Belastungsgrenzwerten aufgeführt werden (Anhang 6; vgl. auch AGVE 2001, S. 285 f.). Die LSV, in welcher der Bundesrat Belastungsgrenzwerte für Heizungsanlagen erlassen hat, ist am 1. April 1987 in Kraft getreten. Die heute in Betrieb stehende Heizung wurde 1994 installiert. Sie gilt deshalb als neue Anlage im Sinne des Umweltschutzrechts und demzufolge hat sie die Planungswerte einzuhalten. Der Gemeinderat ist deshalb zu Recht davon ausgegangen, dass für die Nacht ein Belastungsgrenzwert von 45 dB(A) gilt.

II. Schulrecht

104 **Beschwerdebefugnis der Vorinstanz. Schulhauszuteilung ist eine organisatorische Massnahme.**

- **Die Vorinstanz ist zur Beschwerde befugt, wenn sie durch den Entscheid der übergeordneten Instanz in ihrem Selbstverantwortungsbereich berührt ist.**
- **Schulinterne Anordnungen sind nicht mit Beschwerde anfechtbar**

Entscheid des Regierungsrats vom 5. November 2008 i.S. Schulpflege W. gegen den Entscheid des Schulrats des Bezirks B.

Sachverhalt

A. Am 15. Juni 2007 teilte die Schulpflege W. der Familie K. mit, dass L. K. in die erste Klasse des Schulhauses J. eingeschult werde. (...)

Die Zuteilung erfolgte formlos, dennoch erhoben die Eltern Beschwerde beim Schulrat des Bezirks B.

B. (...) Der Schulrat des Bezirks B. trat auf diese Beschwerde ein und wies die Schulpflege W. mit Entscheid vom 23. April 2008 an, L. K. in das Schulhaus H. umzuteilen.

C. Mit Eingabe vom 4. Juni 2008 erhob die Schulpflege W. (im Folgenden: Beschwerdeführerin) gegen den am 15. Mai 2008 eingegangenen Entscheid des Schulrats des Bezirks B. fristgerecht Beschwerde beim Regierungsrat und stellte den Antrag, es sei der Entscheid des Bezirksschulrats B. aufzuheben. Eventualiter sei zu entscheiden, ob schulorganisatorische Massnahmen beim Bezirksschulrat anfechtbar seien oder nicht.

(...)

Aus den Erwägungen

2. a) Gemäss § 38 Abs. 1 des Gesetzes über die Verwaltungspflege vom 9. Juli 1968 (VRPG; SAR 271.100) kann jedermann Verfügungen und Entscheide anfechten, der ein schutzwürdiges eigenes Interesse geltend macht. Nach § 38 Abs. 2 VRPG kann die als Vorinstanz beteiligte Behörde nur dann gegen Entscheide der oberen Instanz Beschwerde führen, wenn sie ein eigenes Interesse hat, oder wenn ihr die Beschwerdebefugnis durch besondere Bestimmung verliehen wird.

b) aa) Im vorliegenden Verfahren hat eine Behörde, die Schulpflege W., Beschwerde gegen den Entscheid des Schulrats des Bezirks B. erhoben. Die Behördenbeschwerde ist die Beschwerde einer Verwaltungsstelle, die gestützt auf eine gesetzliche Ordnung regelhaft in ihre Zuständigkeit fallende Materien durch einen Verwaltungsakt entscheidet, gegen den Entscheid einer Behörde desselben Rechtsträgers (Michael Merker; Rechtsmittel, Klage und Normenkontrollverfahren nach dem aargauischen Gesetz über die Verwaltungspflege, Zürich 1998, § 38 Abs. 2 Rz 190). Nach dem Wortlauf des Gesetzes verleiht § 38 Abs. 2 VRPG der als Vorinstanz am Verfahren beteiligten Behörde die Partei- und Prozessfähigkeit, sofern sie ein eigenes, nach der Praxis des Verwaltungsgerichts auch schutzwürdiges Interesse am Verfahrensausgang nachweisen kann (Merker, a.a.O. § 38 Rz 195). Um Beschwerde erheben zu können genügt es nicht, dass die Vorinstanz ein öffentliches Interesse geltend macht; es muss ein behördenspezifisches Interesse vorliegen. Dieses liegt vor, wenn der Selbstverantwortungsbereich einer Behörde durch den Entscheid der übergeordneten Instanz tangiert wird (Merker, a.a.O. Rz 198).

Wird durch einen Entscheid einer übergeordneten Behörde in einen in die organisatorische Zuständigkeit fallenden Bereich einer untergeordneten Behörde eingegriffen, so ist diese zur Beschwerde legitimiert.

Bei der Klassenverteilung oder Schulhauszuteilungen handelt es sich zweifelsfrei um organisatorische Entscheidungen, die in den Selbstverantwortungsbereich einer Schulpflege fallen. Mit dem Ent-

scheid des Schulrats des Bezirks B., die Schulhauszuteilung der Schulpflege W. aufzuheben, ist diese in ihrem schutzwürdigen, behördenspezifischen Interesse berührt und damit im Sinne von § 38 Abs. 2 VRPG zur Beschwerde legitimiert.

bb) Ein Merkmal von schulinternen Anordnungen ist, dass sie formlos ergehen, da sie in Erfüllung gesetzlicher Vorschriften (Verordnung über die Schülerzahlen der Abteilungen und die Zuteilung der Lektionen an der Volksschule und an Kindergärten vom 12. Januar 2005 (SAR 421.336), Verordnung über die Anstellung und Löhne der Lehrpersonen (VALL) vom 13. Oktober 2004 (SAR 411.211), etc. oder in einem Sonderstatusverhältnis erfolgen. Das Recht beziehungsweise die Pflicht eines Schulkindes, die Schule zu besuchen, wird durch eine solche Anordnung nicht tangiert, weshalb eine Schulhauszuteilung nach kantonaler Praxis (AGVE 1994 S. 631ff.) nicht beschwerdefähig ist. Diese Praxis wurde vom Schulrat des Bezirks B. in seinem Entscheid vom 13. November 2007 auch nicht bestritten. Der Bezirksschulrat B. ist aber auf die „Beschwerde“ von L. K. eingetreten, weil er die Pflicht der Schulpflege W., eine dem Einzelfall angemessenen Lösung zu treffen, als verletzt erachtet hat. Er hat in seiner Stellungnahme vom 27. August 2008 aber zu Recht darauf hingewiesen, dass die Anordnungen der Schulbehörde, wenn nicht mittels Beschwerde, in jedem Fall aber aufsichtsrechtlich überprüft werden können.

Die Aufsichtsanzeige kann unabhängig vom Vorliegen einer anfechtbaren Verfügung erhoben werden. Der Schulrat des Bezirks B. hätte im vorliegenden Fall nicht auf die Beschwerde eintreten, sondern diese als Aufsichtsanzeige entgegennehmen müssen. Mit seinem Entscheid vom 23. April 2008 hat der Bezirksschulrat B. aber seinerseits ein Anfechtungsobjekt geschaffen. Auf die Beschwerde der Schulpflege W. wird deshalb eingetreten.

(...)

III. Gemeinderecht

105 Gemeindeversammlung; Enthaltungen sind bei den Abstimmungen nicht auszuzählen.

Entscheid des Departements Volkswirtschaft und Inneres, Gemeindeabteilung, vom 10. Juli 2008 in Sachen A. gegen die Einwohnergemeinde X.

Aus den Erwägungen

2. Gemäss § 27 des Gesetzes über die Einwohnergemeinden vom 19. Dezember 1978 werden Abstimmungen offen vorgenommen, wenn nicht ein Viertel der anwesenden Stimmberechtigten die geheime Abstimmung verlangt. Es entscheidet die Mehrheit der Stimmenden. Bei Stimmengleichheit gibt bei offenen Abstimmungen der Vorsitzende den Stichentscheid.

a) Das kantonale Recht sieht an der Gemeindeversammlung für offene Abstimmungen (wie auch für geheime Abstimmungen) das Verfahren des einfachen Mehrs vor. Da zu jedem Antrag Ja oder Nein gesagt werden kann, müssen zur Feststellung der Mehrheit der Stimmenden sowohl die befürwortenden als auch die ablehnenden Stimmen ermittelt werden. Auf die Aufnahme der Gegenstimmen kann nur verzichtet werden, wenn die Anzahl der Ja-Stimmen die absolute Mehrheit der Anwesenden erreicht, weil in diesem Fall die Anzahl der Nein-Stimmen nicht grösser sein kann (vgl. AGVE 1982, S. 487 f.). Enthaltungen sind im Verfahren des einfachen Mehrs lediglich eine rechnerische Grösse, welche sich aus der Differenz aus den addierten Ja- und Nein-Stimmen zu den anwesenden Stimmberechtigten ergibt. Da den Enthaltungen keine Bedeutung zukommt, sind sie auch nicht auszuzählen.

b) Im vorliegenden Fall hat der Versammlungsleiter unter Traktandum 5 über die Einführung der Kehrrichtgebühren abstimmen

lassen. Die Stimmberechtigten hiessen den Antrag mit 217 Ja- gegen 195 Nein-Stimmen gut. Damit ist die Beschlussfassung im Verfahren des einfachen Mehrs ordnungsgemäss durchgeführt worden. Dass der Versammlungsleiter darüber hinaus auch die Enthaltungen auszählen liess, muss ihm zwar nach dem zuvor Ausgeführten als Fehler angelastet werden. Dieser Mangel hatte jedoch keinen Einfluss auf das Abstimmungsergebnis. Aus der vom Beschwerdeführer vorgebrachten Differenz zwischen den ausgezählten Stimmen (Ja, Nein und Enthaltungen) und der Zahl der festgestellten anwesenden Stimmberechtigten, lässt sich nichts in Bezug auf eine fehlerhafte Stimmenauszählung ableiten. Es ist viel naheliegender aus dieser Differenz zu folgern, dass sich nicht alle Stimmberechtigten an der Abstimmung beteiligt haben. Dies kann den betreffenden Personen aber nicht zum Vorwurf gemacht werden. Nachdem es den Stimmberechtigten ohnehin freigestellt ist, ob sie überhaupt an der Versammlung teilnehmen wollen, werden sie auch durch eine allfällige Teilnahme nicht dazu verpflichtet, sich an den Abstimmungen zu beteiligen. In diesem Sinne kommt im Verfahren des einfachen Mehrs den Enthaltungen (ob ausgezählt oder nicht) keine andere Bedeutung zu, als diejenige der Nichtteilnahme der Stimmberechtigten. Da der Beschwerdeführer keinerlei anderweitige Indizien für eine fehlerhafte Auszählung durch die Stimmzähler vorbringt, ist die Resultatermittlung insgesamt nicht zu beanstanden.

106 Gastwirtschaftsrecht; die Nichteinhaltung der Öffnungszeiten kann nicht mit der Anordnung einer Betriebsschliessung bestraft werden.

Entscheid des Departements Volkswirtschaft und Inneres, Gemeindeabteilung, vom 10. November 2008 in Sachen C. gegen die Einwohnergemeinde Z.

Aus den Erwägungen

2. a) Gemäss § 4 des Gesetzes über das Gastgewerbe und den Kleinhandel mit alkoholhaltigen Getränken (Gastgewerbegesetz; GGG) vom 25. November 1997 sind Gastwirtschaftsbetriebe von

Montag bis Freitag in der Zeit zwischen 00.15 Uhr und 05.00 Uhr, am Samstag zwischen 02.00 Uhr und 05.00 Uhr und an Sonn- sowie Feiertagen zwischen 02.00 Uhr und 07.00 Uhr geschlossen zu halten. Die im Gastgewerbegesetz verankerten Öffnungszeiten gelten für alle Gastwirtschaftsbetriebe - mit oder ohne Fähigkeitsausweis. Die Zeiten sind als exakte Termine zu verstehen. Die Schliessung des Gastwirtschaftsbetriebes bedeutet nicht nur die räumliche Verriegelung, sondern meint auch das Einstellen der Wirtetätigkeit. Eine weitere Bedienung anwesender Gäste ist nicht zulässig.

b) Widerhandlungen gegen die Bestimmungen des Gastgewerbegesetzes oder gegen gestützt darauf ergangene Ausführungsbestimmungen und Verfügungen werden mit Busse bis zu Fr. 10'000.-- bestraft (§ 13 GGG). Der Gemeinderat kann Bussen bis zu Fr. 500.-- durch Strafbefehl aussprechen (vgl. § 14 GGG). Darüber hinaus fällt die Bussenkompetenz in die Zuständigkeit der Bezirksämter.

3. a) Im vorliegenden Fall geht es um die Nichteinhaltung der in § 4 GGG geregelten Öffnungszeiten durch die Betreiberin des S. Clubs. Das Gastgewerbegesetz sieht dafür als strafrechtliche Sanktion die Aussprechung einer Busse bis zu Fr. 10'000.-- vor. Der Gemeinderat hat in seiner Verfügung vom 8. September 2008 von der Strafbestimmung Gebrauch gemacht und eine Busse verhängt. Für die Anordnung anderer Strafen fehlt hingegen eine Rechtsgrundlage. Somit besteht keine Möglichkeit, die Schliessung eines Gastwirtschaftsbetriebes aufgrund der Verletzung von Öffnungszeiten zu verfügen. Um der Einhaltung der Öffnungszeiten Nachachtung zu verschaffen, sind die Bussen im Wiederholungsfalle entsprechend zu erhöhen.

b) Die Schliessung eines Betriebes sieht das Gastgewerbegesetz einzig für den Fall vor, dass ein Betreiber ohne gültigen Fähigkeitsausweis wirtet (§ 15 GGG). Es handelt sich dabei um eine verwaltungsrechtliche Zwangsmassnahme und nicht um eine Strafe. Die Schliessung dauert deshalb in diesen Fällen auch nur bis zum Erwerb des erforderlichen Fähigkeitsausweises an.

107 Polizeiwesen; Unzulässigkeit eines generellen Verbots der Modellfliegerei; Unterstellung unter eine Bewilligungspflicht im Polizeireglement.

Entscheid des Departements Volkswirtschaft und Inneres, Gemeindeabteilung, vom 30. Juli 2008 in Sachen D. gegen die Einwohnergemeinde V.

Aus den Erwägungen

2. a) Gemäss § 27 der Verfassung des Kantons Aargau (KV) vom 25. Juni 1980 gewährleisten Kanton und Gemeinden die öffentliche Ordnung und Sicherheit. Sie schützen insbesondere Leben, Freiheit, Gesundheit und Sittlichkeit. Der Polizeigüterschutz gehört zu den klassischen Aufgaben der Gemeinden. Gestützt auf § 37 Abs. 2 lit. f des Gesetzes über die Einwohnergemeinden (GG) vom 19. Dezember 1978 obliegt dem Gemeinderat die Sorge für die lokale Sicherheit gemäss Gesetz über die Gewährleistung der öffentlichen Sicherheit (Polizeigesetz, PolG) vom 6. Dezember 2005 sowie der Erlass eines entsprechenden Reglements. Die Rechtsetzungsbefugnisse des Gemeinderates finden ihre Grenze grundsätzlich im Autonomiebereich der Gemeinde. Die Entscheidungsfreiheit der Gemeinde umfasst im Rahmen der kommunalen Zwecksetzung alle Sachbereiche, in denen das übergeordnete Recht ihre Entscheidungsfreiheit nicht einschränkt, indem es einen Gegenstand teilweise regelt oder abschliessend, d.h. zwingend und vollständig, normiert (vgl. Andreas Baumann, Aargauisches Gemeinderecht, 3. Auflage, Aarau 2005, S. 253 ff.).

b) Der Bund hat die Kompetenz zur Regelung der Modellfliegerei für unbemannte Luftfahrzeuge mit einem Gewicht von weniger als 30 kg auf die Kantone übertragen (Art. 2a der Verordnung über die Luftfahrt vom 14. November 1973). Da der Kanton Aargau von dieser Kompetenz bisher keinen Gebrauch gemacht hat, der Sachbereich demnach nicht durch übergeordnetes Recht eingeschränkt wird, wäre eine kommunale Regelung dieser Tätigkeit zum Schutze von Polizeigütern im kommunalen Polizeireglement grundsätzlich denkbar. Der Gemeinderat V. hat von dieser Möglichkeit allerdings eben-

falls kein Gebrauch gemacht. Hingegen hat er die Ausübung der Modellfliegerei im Polizeireglement (PR) einer Bewilligungspflicht unterstellt. [...]

4. Der Gemeinderat V. hat ein generelles Modellflugverbot für das ganze Gemeindegebiet angeordnet (Ziff. 3 der angefochtenen Verfügung). Wie in allen Bereichen des öffentlichen Rechts haben die Behörden bei der Anwendung des Rechts verschiedene Grundsätze zu beachten. Neben der Einhaltung des Gesetzmässigkeitsprinzips muss das staatliche Handeln im öffentlichen Interesse liegen und verhältnismässig sein (Art. 5 Abs. 1 und 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft [BV] vom 18. April 1999).

a) Der Gemeinderat kann - gestützt auf § 37 Abs. 2 lit. f GG - auch ausserhalb des Polizeireglements, d.h. ohne weitere spezialgesetzliche Grundlage, die für die Aufrechterhaltung der öffentlichen Ruhe, Ordnung, Sicherheit und Sittlichkeit notwendigen Verfügungen und Anordnungen treffen (AGVE 2002, S. 616). Insofern stützt sich die angefochtene Verfügung auf eine gesetzliche Grundlage und verstösst somit nicht gegen das Gesetzmässigkeitsprinzip von Art. 5 Abs. 1 BV.

b) Im öffentlichen Interesse liegt all das, was der Staat zum Gemeinwohl vorkehren muss, um eine ihm obliegende Aufgabe zu erfüllen. Im polizeilichen Bereich sollen die behördlichen Anordnungen dem Schutz von Polizeigütern dienen. Dazu zählen etwa die öffentliche Ruhe, Ordnung, Sicherheit und Sittlichkeit (Andreas Baumann, Aargauisches Polizeigesetz, Zürich 2006, Rz. 231; Ulrich Häfelin/Georg Müller, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Auflage, Zürich 2002, N 2433 ff.; Hans Reinhard, Allgemeines Polizeirecht, Diss. Bern 1993, S. 68).

Im vorliegenden Fall kommen als mögliche Polizeigüter die öffentliche Sicherheit sowie die öffentliche Ruhe, also der Schutz vor Lärm, in Frage. Aus der angefochtenen Verfügung lässt sich lediglich darauf schliessen, dass das Modellflug-Verbot zum Schutz der Bevölkerung vor übermässigen Lärmimmissionen ergangen ist. Sollten auch Sicherheitsaspekte massgebend gewesen sein, so wäre die Verfügung jedenfalls in dieser Hinsicht ungenügend begründet.

aa) Der Immissionsschutz ist in zwei selbständige Normenkomplexe gespalten, in den privatrechtlichen und den öffentlich-rechtlichen Immissionsschutz. Als Folge davon existieren zwei Immissionsschutzregelungen, die nach herrschender Lehre und Praxis getrennt und in Bezug auf den Inhalt und das Verfahren zu deren Geltendmachung unabhängig sind. Der privatrechtliche Immissionsschutz wird im Zivilgesetzbuch (ZGB) geregelt. Da ein absolutes Immissionsverbot das Grundeigentum entwertet und damit dem Eigentümer die einfachsten und wichtigsten Benützungsmöglichkeiten genommen würden, ist eine Vorschrift notwendig, wonach die Grundeigentümer gegenseitig verpflichtet werden, Einwirkungen bis zu einem gewissen Grad zu dulden. Diesem Interessenausgleich dient der Art. 684 ZGB (Berner Kommentar, Band IV, Das Sachenrecht, Bern 1975, N 1 zu Art. 684). Im Unterschied zum privatrechtlichen Immissionsschutz zerfällt der öffentlich-rechtliche Immissionsschutz in mehrere Rechtsgebiete, die sich gegenseitig ergänzen, aber nicht immer von den gleichen Prinzipien und Zielsetzungen geleitet sind. Da Immissionen zu den räumlichen Auswirkungen der Grundstücksnutzung auf die Umwelt gehören, mit denen sich das Bau-, Raumplanungs- und Umweltschutzrecht befassen, richtet sich deren Zulässigkeit in erster Linie nach baurechtlichen Kriterien (AGVE 1981, S. 136). Der gestützt auf ein kommunales Reglement statuierte polizeiliche Immissionsschutz hat neben dem Umweltschutz- und Raumplanungsrecht lediglich subsidiäre Bedeutung (Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Aargau, 3. Kammer, vom 15. Dezember 2003 in Sachen G, S. 36).

bb) Der polizeiliche Immissionsschutz beschränkt sich im Wesentlichen auf die Regelung der Mittags-, Nacht- und Sonntagsruhe. Ausserhalb dieser Zeiten besteht ein polizeilicher Schutz nur vor eindeutig übermässigem Lärm (im Sinne von sinnlosem und mutwilligem Lärm). Aus polizeilicher Sicht sind denn auch lärmige Freizeitaktivitäten ausserhalb der Ruhezeiten zulässig, da der polizeiliche Immissionsschutz gerade nicht dem Interessenausgleich unter Privaten dient. Im Weiteren ist zu beachten, dass über den (subsidiären) polizeilichen Immissionsschutz nicht verboten werden kann, was im Rahmen der Lärmschutzbestimmungen des Bau-, Raumplanungs-

und Umweltschutzrechts erlaubt ist. Nachdem das Departement Bau, Verkehr und Umwelt (BVU) in seiner Zustimmungserklärung vom 4. September 2007 die Modellfliegerei in V. bei Einhaltung gewisser Beschränkungen als zulässig erkannt hat, besteht kein öffentliches Interesse an der Anordnung eines generellen Verbotes der Modellfliegerei. Es bleibt den von der Ausübung der Modellfliegerei betroffenen Grundstückbesitzer unbenommen, ihre Rechte auf Abwehr von Besitzstörungen auf dem Weg der Zivilklage durchzusetzen (vgl. Art. 3 der Verordnung über Luftfahrzeuge besonderer Kategorien vom 24. November 1994).

c) Wie in allen Gebieten des öffentlichen Rechts ist bei der Anordnung einer verwaltungsrechtlichen Massnahme das Verhältnismässigkeitsprinzip zu beachten. Gemäss bundesgerichtlicher Praxis besagt das genannte Prinzip, dass polizeiliche Eingriffe nicht schärfer sein dürfen, als es der Zweck der Massnahme erfordert, und dass sie unzulässig sind, wenn ein geringerer Eingriff zum Ziele führt (Imboden/Rhinow, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, 5. Auflage, Nr. 58 B. I.). Mit anderen Worten verlangt der Grundsatz der Verhältnismässigkeit, dass eine Einschränkung nicht über das hinausgeht, was notwendig ist, um den Zweck zu erfüllen, welchem sie dient.

aa) Die Ausübung der Modellfliegerei kann verschiedenartige Auswirkungen auf Polizeigüter haben. Neben den übermässigen Lärmimmissionen ist etwa auch an den Sicherheitsaspekt zu denken. Es spricht deshalb nichts dagegen, für die Modellfliegerei eine Bewilligungspflicht ins kommunale Polizeireglement aufzunehmen. Damit lassen sich auf die bestehenden Örtlichkeiten angepasste Lösungen finden, die der jeweiligen Situation gerecht werden. Ob die Bewilligungspflicht in jedem Fall mit dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit vereinbar ist, braucht hier nicht geprüft zu werden. Für die Gemeinde V. ist die Verhältnismässigkeit jedenfalls aufgrund der entstandenen Problematik der gehäuften Modellflugaktivitäten gegeben. Auf diese Art und Weise lässt sich sicherstellen, dass keine Schutzgüter beeinträchtigt werden. Damit die Bewilligungspflicht ihren Zweck erfüllen kann, ist ihre Einhaltung auch durchzusetzen, wenn zeitweise nur wenige Modellflieger ihrem Hobby nachgehen.

Darüber hinausgehende Anordnungen, wie etwa ein generelles Verbot, wären demzufolge aber unverhältnismässig. Da mit der Bewilligungspflicht eine gleich geeignete, aber mildere Massnahme zum Schutze von Polizeigütern zur Verfügung steht, sind Modellflug-Verbote auch für einzelne Teilbereiche (z.B für das Gebiet W. oder nur für Modellflugzeuge mit Benzinmotoren) unverhältnismässig und damit nicht zulässig. Infolgedessen wäre auch die Aufnahme eines derartigen Verbotes (etwa im Sinne der eingereichten Petition) ins kommunale Polizeireglement aus Gründen des Lärmschutzes unzulässig.

bb) Bei der eingeführten Bewilligungspflicht handelt es sich um eine klassische Polizeierlaubnis. Das heisst, dass die Gesuche zu bewilligen sind, sofern keine öffentlich-rechtlichen Vorschriften durch die konkrete Modellflugaktivität verletzt werden. Erteilt der Gemeinderat eine Bewilligung nicht oder nur unter Auflagen, ist der entsprechende Rechtsweg zu öffnen. So wären etwa Auflagen gestützt auf das Bau-, Raumplanungs- und Umweltschutzrecht beim BVU anfechtbar. Vernünftigerweise muss nicht für jede einzelne Aktivität ein gesondertes Gesuch eingereicht werden. So kann eine Bewilligung auch für einen längeren Zeitraum ausgesprochen werden, sofern der gleiche Standort, von den gleichen Personen unter den gleichen Voraussetzungen benutzt wird. Sollte die Bewilligungspflicht als solche nicht eingehalten werden, so hat sie der Gemeinderat mittels Bussen durchzusetzen. Bei der Aussprechung der Bussen ist das jeweilige Verschulden mit zu berücksichtigen. Werden allfällige mit der Bewilligung erteilte Auflagen nicht eingehalten, so kann der Gemeinderat die Bewilligung entziehen. Zudem könnten zukünftige weitere Gesuche der gleichen Personen verweigert werden.

108 Gemeindeversammlung; die Versammlungsteilnehmenden können nicht die Absetzung eines angekündigten Verhandlungsgegenstandes beschliessen.

Entscheid des Departements Volkswirtschaft und Inneres, Gemeindeabteilung, vom 7. Februar 2008 in Sachen B. gegen die Einwohnergemeinde Y.

Aus den Erwägungen

2. Die Stimmberechtigten haben an der Gemeindeversammlung die Absetzung bzw. die Streichung eines Verhandlungsgegenstandes von der Traktandenliste beschlossen. Es stellt sich damit die Frage nach der Zulässigkeit dieses Absetzungsbeschlusses.

a) Die Gemeindeversammlung wird ordentlicherweise durch den Gemeinderat einberufen (vgl. § 22 des Gesetzes über die Einwohnergemeinden [GG] vom 19. Dezember 1978). Die Befugnis, die Traktandenliste für die Gemeindeversammlung festzulegen, steht ebenfalls dem Gemeinderat zu (§ 23 Abs. 1 GG). Existieren für die Behandlung bestimmter Aufgaben keine zwingenden Vorschriften und sind bestimmte Gegenstände auch nicht gestützt auf das schriftliche Begehren eines Zehntels der Stimmberechtigten (§ 22 Abs. 2 GG) oder aufgrund des Vorschlagsrechtes in der Gemeindeversammlung (§ 28 GG) an die Hand zu nehmen, so liegt es im freien Ermessen des Gemeinderates zu entscheiden, ob, zu welchem Zeitpunkt und unter welchen Rahmenbedingungen die Versammlung mit einem in ihren Zuständigkeitsbereich fallenden Geschäft befasst werden soll (AGVE 1979, S. 429 f.). Das heisst, hinsichtlich des sachlichen Umfanges der Traktandenliste steht der Versammlung kein eigentliches Antragsrecht zu. Aus diesem Grund existiert in den einschlägigen Gesetzen auch keine Vorschrift, welche von den Vorsitzenden verlangen würde, die Traktandenliste vor dem Beginn der Versammlung zur Diskussion zu stellen. Wenn dies trotzdem getan wird, so steht einem solchen Vorgehen indessen kein Hindernis im Wege. Allerdings kann es nicht darum gehen, die Traktandenliste materiell zu bereinigen. Das Interventionsrecht der Stimmberechtigten ist vielmehr auf die rechtliche Möglichkeit beschränkt, mittels Ordnungsantrages die Reihenfolge der Traktanden zu ändern (AGVE 1990, S. 414 ff.; 2000, S. 530 f.; Andreas Baumann, Aargausches Gemeinderecht, 3. Auflage, Zürich 2005, S. 468 f.).

b) Es steht ausser Frage und wird vom Gemeinderat auch nicht bestritten, dass im vorliegenden Fall der Streichungsantrag unzulässig war und über einen solchen nicht hätte abgestimmt werden dürfen. Der Gemeinderat macht allerdings geltend, de facto habe eine

materielle Behandlung des Traktandums stattgefunden, und es liege lediglich eine untergeordnete Verfahrensverletzung vor (nämlich die vorgezogene materielle Behandlung ohne formellen Beschluss, die Reihenfolge der Traktanden zu ändern). Das Abstimmungsergebnis drücke den wirklichen Willen der Stimmberechtigten in ihrer ablehnenden Haltung zum Baurechtsvertrag T. aus.

Die Argumentation des Gemeinderates verfängt nicht. Wie sich aus dem Auszug aus dem Protokoll der Einwohnergemeindeversammlung eindeutig ergibt, hat der Versammlungsleiter ausdrücklich darauf hingewiesen, dass nicht über die Vorlage als solche, sondern nur über die Absetzung des Traktandums diskutiert und abgestimmt werde. Auch unmittelbar vor der Beschlussfassung wurde dies vom Versammlungsleiter noch einmal herausgestellt. Nachdem somit eine Umdeutung des Absetzungsbeschlusses im Sinne der gemeinderätlichen Auffassung in einen materiellen Beschluss über den Baurechtsvertrag ausgeschlossen ist, bleibt im Ergebnis festzuhalten, dass einzig über einen unzulässigen (Streichungs-)Antrag abgestimmt wurde. Infolgedessen ist der Beschluss aufzuheben.

IV. Verwaltungsrechtspflegegesetz

109 Unterzeichnungsbefugnis

- **Alle verfügungsberechtigten Mitarbeitenden des Kantons sind in das von der Staatskanzlei geführte Register der unterzeichnungsbefugten Personen einzutragen.**
- **Mitarbeitende erhalten die Unterzeichnungsbefugnis bereits mit ihrer Ermächtigung.**
- **Der Registereintrag hat rein deklaratorischen Charakter.**

Aus dem Entscheid des Regierungsrats vom 15. Oktober 2008 i.S. U.M. gegen den Entscheid des Departements Volkswirtschaft und Inneres

Aus den Erwägungen

1.4. Zwischen § 20 und § 31 Abs. 2 des Organisationsgesetzes (Gesetz über die Organisation des Regierungsrats und der kantonalen Verwaltung) vom 26. März 1985 besteht in dem Sinn ein Spannungsverhältnis, dass gemäss § 20 der Regierungsrat die Unterzeichnungsbefugnis (allein) regelt und die Staatskanzlei darüber ein Register führt, während gemäss dem Wortlaut von § 31 Abs. 2 Organisationsgesetz die Departemente ihrerseits berechtigt werden, selber weitere Personen für deren Aufgabenkreis zur Unterschrift zu ermächtigen.

Die alleinige Kompetenz des Regierungsrats, die Unterzeichnungsbefugnis der Mitarbeitenden selber zu regeln, wurde durch die Neufassung von § 31 Organisationsgesetz eingeschränkt. Zwar sah schon die ursprüngliche Fassung von § 31 Abs. 1 Organisationsgesetz vor, weiteren Personen (d.h. Chefbeamten) die Unterzeichnungsbefugnis für ihren Aufgabenbereich zu verleihen, die Ermächtigung musste aber vom Regierungsrat selber erteilt werden (a§ 31 Abs. 1 Organisationsgesetz [in der bis zum 1. August 2005 gültigen Fassung]).

Bis zur Revision von § 31 Organisationsgesetz mussten offensichtlich alle zur Unterschrift ermächtigten Personen in das öffentliche Register eingetragen werden, da der Regierungsrat die Unterzeichnungsbefugnis für alle Mitarbeitenden selber regelte (a§ 31 Abs. 1 i.V.m. § 20 Organisationsgesetz). Durch die neu eingeführte Möglichkeit, die Unterzeichnungsbefugnisse in den Departementen zu bestimmen, verloren die direkt durch den Regierungsrat erteilten Ermächtigungen an ihrer ursprünglichen Bedeutung und es fragt sich, ob die von den Departementen zur Unterschrift berechtigten Personen ebenfalls in das von der Staatskanzlei geführte Register eingetragen werden müssen.

Der Wortlaut von § 20 Organisationsgesetz ist diesbezüglich nicht eindeutig, da sich das Wort "darüber" sprachlich sowohl auf die Unterzeichnungsbefugnis im Allgemeinen als auch nur auf die vom Regierungsrat erteilte Unterzeichnungsbefugnis beziehen kann. Je nach Auslegung müssten somit nicht alle, sondern nur die vom Regierungsrat selber zur Unterschrift ermächtigten Personen in das öffentliche Register eingetragen werden. Ein öffentliches Register über die – in ihrem Bereich – unterzeichnungsbefugten Personen macht aber für die von einer Verfügung Betroffenen nur Sinn, wenn darin tatsächlich alle Personen eingetragen werden, welche zur Unterschrift berechtigt wurden. Des Weiteren kann berücksichtigt werden, dass der sprachlichen Unklarheit bis zur Revision des § 31 Organisationsgesetz keine Bedeutung zukam, da bis zu diesem Zeitpunkt nur der Regierungsrat weiteren – im Gesetz nicht vorgesehenen – Personen die Unterschriftsbefugnis erteilen konnte.

Trotz des nicht ganz klaren Wortlauts ist aus dem geltungs-historischen Kontext und aus Sinn und Zweck von § 20 Organisationsgesetz deshalb zu schliessen, dass alle für den Kanton unterzeichnungsbefugten Personen in das öffentliche Register eingetragen werden müssen. Der Registereintrag hat aber rein deklaratorischen Charakter, ein konstitutives Element des Eintrages lässt sich aus dem Wortlaut von § 20 Organisationsgesetz nicht ableiten. Die Unterzeichnungsbefugnis erhalten die betroffenen Mitarbeitenden demnach nicht erst durch den formellen Eintrag in dieses Register, sondern bereits durch die erteilte Ermächtigung. Hingegen darf aus dem

öffentlichen Register ohne weiteres geschlossen werden, dass eine eingetragene Person tatsächlich eine Ermächtigung erhalten hat und deshalb in ihrem Aufgabenbereich auch Verfügungen unterzeichnen darf. Es ist aber dennoch berechtigt, die fehlende Unterschriftenberechtigung auf Grund eines fehlenden Registereintrages in einer Beschwerde zu rügen, da ansonsten der deklaratorische Registereintrag zum toten Buchstaben verkommen könnte.

Sachregister 2007-2008

2001 **15** 68 (2001 = Jahr / 15 = Entscheidungsnummer / 68 = Seitenzahl)

Sachregister 2007-2008

A

Abfallentsorgung

- Abfälle, deren Inhaberin oder deren Inhaber nicht mehr ermittelt werden kann, werden vom Kanton entsorgt 2007 **115** 437

Abgaben

- s. Stromgebühren

Ablehnung

- Befangenheit wegen Vorbefassung 2008 **3** 29

Abschreibung

- Abschreibung auf Klavier 2008 **63** 331

Abstimmungserläuterungen

- Anforderungen an die Abstimmungserläuterungen bei Einwohnerratsgemeinden 2007 **120** 465

Abstimmungsverfahren

- s. Gemeindeversammlung

Abzüge vom Reineinkommen

- s. Kinderabzug
- s. Liegenschaftsunterhaltskosten
- s. Unterhaltsbeiträge

Abzüge vom Roheinkommen

- Mehrkosten auswärtiger Verpflegung 2007 **23** 86
- s. Gewinnungskosten
- s. Krankheitskosten

Anfechtbarkeit

- Schulinterne Anordnungen sind nicht mit Beschwerde anfechtbar 2008 **104** 487
- s. Beschwerdebefugnis der Vorinstanz

Anmerkungen im Grundbuch

- Verhältnis zwischen einer Anmerkung gemäss § 163 BauG und einem Erschliessungsplan 2008 **27** 166

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. fürsorgliche Freiheitsentziehung

Anwalt

- s. Parteientschädigung

Anwalts honorar

- Die Anwaltsentschädigung in Streitigkeiten betreffend Art. 122 bis 124 ZGB richtet sich nach § 3 Abs. 1 lit. d AnwT 2007 **7** 39

Anwaltskommission

- Disziplinarverfahren: Interessenkollision, anwaltliche Vertretung und gleichzeitige Funktion als Schulratspräsident 2008 **9** 44
- Disziplinarverfahren: verspätete Rechnungstellung, verspätete Herausgabe von Akten 2007 **11** 53
- Entbindung vom Berufsgeheimnis (s. Berufsgeheimnis) 2008 **10** 45
- Registereintrag: Voraussetzungen zur Gewährleistung der Unabhängigkeit bei Tätigkeit im Anstellungsverhältnis neben der Anwaltstätigkeit 2007 **9** 46
- verpasste Rechtsmittelfrist ist, wenn alle geeigneten Vorsichtsmassnahmen getroffen wurden, um die Einhaltung von Fristen gewährleisten zu können, disziplinarrechtlich nicht relevant 2008 **8** 40
- verpasste Rechtsmittelfrist ist, wenn sie auf unsorgfältige Geschäftsführung zurückzuführen ist, disziplinarrechtlich relevant 2007 **8** 44
- Zulassungsvoraussetzungen Anwaltsprüfung: hinreichende praktische juristische Tätigkeit 2008 **7** 40
- Zuständigkeit der Anwaltskommission, Abgrenzung gegenüber der Notariatskommission 2007 **10** 49

Anwaltsrecht

- Disziplinarverfahren: Doppelfunktion als Rechtsanwalt des Mandanten und Verwaltungsratspräsident des Prozessfinanzierers 2008 **49** 275
- Disziplinarverfahren: Örtliche Zuständigkeit des Kantons Aargau als Registerkanton 2008 **49** 275
- Disziplinarverfahren: Weiterleiten von Kassibern als schwerer Verstoss gegen Art. 12 lit. a BGFA 2008 **50** 287

- Wahl der geeigneten Sanktion; Eine befristete Berufseinstellung kann auch für eine erstmalige Disziplinierung angemessen sein 2008 **50** 287
- s. Anwaltskommission

Anwaltstarif

- Streitwert: Bei offensichtlich zu hohen Begehren, keine Berücksichtigung der geltend gemachten güterrechtlichen Ansprüche für die Berechnung des Streitwertes bzw. des Grundhonorars des unentgeltlichen Rechtsvertreters 2008 **5** 36

Äquivalenzprinzip

- s. Baubewilligungsgebühr
- s. Strassenreklame

Ästhetik

- s. Dachflächenveränderung

Aufenthaltsbewilligung

- s. Fremdenpolizeirecht

Auflagen und Weisungen

- Eine Auflage / Weisung zur Abtretung eines nicht angefallenen Erbteils ist ohne die freiwillige Zustimmung des Erblassers unzulässig 2008 **44** 259
- Eine Kürzung wegen Nichtbefolgung von Weisungen (§ 13 Abs. 2 SPG) kann nur in Frage kommen, wenn den Betroffenen ein Verschulden trifft und er durch eine Änderung seines Verhaltens den mit der Weisung verfolgten Zweck auch erreichen kann 2008 **43** 256
- Einstellung der materiellen Hilfe wegen Rechtsmissbrauchs 2008 **40** 242
- Kürzung der Sozialhilfe wegen Verletzung der Auflage / Weisung betreffend Mitteilung eines Ferien-/Auslandaufenthalts 2008 **37** 225
- Systematische Verletzung der Auflage / Weisung betreffend Stellensuche 2008 **40** 242
- Weisung betreffend Wohnungssuche: Dem Sozialhilfebezüger muss eine genügend grosse Zeitspanne eingeräumt werden, um den Wohnungswechsel vollziehen zu können 2008 **42** 253
- Weisung betreffend Wohnungssuche: Die Kürzung bis zur Höhe des richtlinienkonformen Mietzinses darf nicht bereits mit der Auflage / Weisung erfolgen 2008 **42** 253
- Weisung betreffend Wohnungssuche nach einem Umzug in eine andere Gemeinde 2008 **42** 253

Auflösung Anstellungsverhältnis

- s. Personalrecht

Aus- und Weiterbildungskosten

- s. Personalrecht

Ausbildungskosten

- Kosten für Schulbesuch im Rahmen der Lehre 2008 **62** 328

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

- Ausstandsbegehren gegen einen Mitarbeiter des Kantonalen Steueramtes 2008 **69** 348
- Die Empfehlungen Fachkommission zur Überprüfung der Gemeingefährlichkeit von Straftätern und Straftäterinnen im Freiheitsentzug sind mit einem Gutachten vergleichbar, weshalb für die Mitglieder die Ausstandsgründe für Sachverständige gelten. Darüber hinaus gelten die Ausstands- und Ablehnungsgründe des kantonalen Rechts 2008 **16** 67
- s. Voranfrage

B**Baubewilligungsgebühr**

- Bedeutung des Behandlungsaufwands bei der Bemessung 2007 **33** 134, 2008 **29** 172
- Grundsätze der Bemessung 2007 **33** 134, 2008 **29** 172

Baubewilligungspflicht

- Baubewilligungspflicht einer Amateur-Empfangsantenne 2007 **114** 424
- Kleine Geräteschränke und Truhen sind in den Bauzonen baubewilligungsfrei 2007 **110** 405
- s. Strassenreklame

Baubewilligungsverfahren

- Kein nachträgliches Baubewilligungsverfahren, wenn es nur um Immissionschutz geht 2008 **101** 478

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

Befangenheit

- s. Ablehnung
- s. Vorbefassung

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

Berufsgeheimnis

- Entbindung vom Berufsgeheimnis, damit eine Anwältin allfällige vormundschaftliche Massnahmen einleiten kann, wenn ihre Klientin im Scheidungsverfahren nicht (ver-)handlungsfähig ist 2008 **10** 45

Berufskosten

- Berechnung der Zeitersparnis 2008 **17** 75
- Fahrtkosten eines Wochenaufenthalters 2008 **17** 75
- Zumutbarkeit zeitlicher Mehraufwand für die Benützung des öffentlichen Verkehrs 2008 **17** 75
- s. Gewinnungskosten

Beschlagnahme

- s. Waffenrecht

Beschleunigungsgebot

- s. Fremdenpolizeirecht

Beschwer

- 2007 **115** 437
- formelle Beschwer nach § 4 Abs. 2 BauG: War die Einsprache formungültig, hat die Gemeinde aber auf eine Nachfrist zur Verbesserung verzichtet, widerspricht es dem Grundsatz von Treu und Glauben, dem Beschwerdeführer den Mangel im Beschwerdeverfahren entgegenzuhalten 2008 **25** 151

Beschwerdebefugnis der Vorinstanz

- Die Vorinstanz ist zur Beschwerde befugt, wenn sie durch den Entscheid der übergeordneten Instanz in ihrem Selbstverantwortungsbereich berührt ist 2008 **104** 487
- s. Anfechtbarkeit

Beschwerdeerweiterung

- Eine Erweiterung des Streitgegenstands innerhalb bzw. ohne dessen Veränderung durch die neu gestellten Anträge ist zulässig 2007 **115** 437

Beschwerdelegitimation

- der Gemeinde in Sozialhilfesachen 2008 **54** 303
- Ein einzelner Gesamteigentümer ist nicht legitimiert zur Erhebung einer Landumlegungsbeschwerde 2007 **75** 297
- Ein einzelnes Mitglied einer Erbgemeinschaft 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 als Legitimationsvoraussetzungen 2008 **25** 151
- Formelle Beschwer, Begriff 2007 **115** 437
- s. Beschwer

Beschwerdeschrift

- formelle Anforderungen an die Nachfristansetzung zur Verbesserung einer Laienbeschwerde 2007 **58** 233
- s. Unterschrift

Besitzstandsgarantie

- Renovation einer ehemals landwirtschaftlichen Liegenschaft zu nichtlandwirtschaftlichen Wohnzwecken und für die Hobbylandwirtschaft; bestimmungsgemässe Nutzbarkeit verneint 2008 **100** 471

Besoldung

- s. Personalrecht

Betriebsschliessung

- s. Gastwirtschaftsrecht

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
- Verhältnis zum Ortsbildschutz 2008 **26** 153

Direktzahlungen

- Auslaufregelung betreffend angebunden gehaltenem Rindvieh 2007 **70** 277
- Die faktische Bewirtschaftung eines Grundstückes ohne zivilrechtliche Nutzungsbefugnis schliesst den Anspruch auf Direktzahlungen nicht aus 2008 **72** 355

Disziplinarstrafe

- s. Fremdenpolizeirecht

Disziplinarverfahren

- s. Anwaltskommission
- s. Anwaltsrecht

Durchsetzungshaft

- s. Fremdenpolizeirecht

E**Ehegattenbesteuerung**

- s. Vermögenssteuer

Ehescheidung

- Teilung der Freizügigkeitsleistungen 2007 **14** 61, 2007 **15** 64, 2007 **16** 65, 2008 **11** 51, 2008 **12** 52

Eigentumsfreiheit

- s. Denkmalschutz

Eingrenzung

- s. Fremdenpolizeirecht

Einkommen aus selbstständiger Erwerbstätigkeit

- Verlust bei der Übertragung eines Landwirtschaftbetriebes an einen Nachkommen 2008 **64** 331
- 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

Einrede fehlenden neuen Vermögens

- Gegen den Entscheid des Gerichtspräsidenten gemäss Art. 265a Abs. 1 SchKG gibt es kein kantonales Rechtsmittel 2008 **2** 26

Einsprache

- Keine Begrenzung des Streitgegenstands im Beschwerdeverfahren auf den Gegenstand der Einsprache 2008 **26** 153

Enteignung, formelle

- Kostentragung bei missbräuchlichen Entschädigungsbegehren 2008 **74** 373
- 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

Entsendung eines Arbeitgebers

- s. Fremdenpolizeirecht

Entzug des Führerausweises

- Keine Ausnahmegewilligung bei Visumangel aufgrund Unfallfreiheit, wenn nicht eine kompensierende Fähigkeit nachgewiesen ist 2008 **15** 61
- Nach mit Bundesgesetz vom 14. Dezember 2001 teilrevidiertem SVG (in Kraft seit 1. Januar 2005) kein leichter Fall möglich bei leichtem Verschulden aber mittelschwerer Gefährdung 2008 **14** 59

Erbschaftssteuer

- Begriff der "Wohngemeinschaft" 2007 **67** 263

Ermessensveranlagung

- Vermögensvergleich, rechtliches Gehör 2008 **71** 350
- Vermögensvergleich, Schenkung von Bargeld 2008 **70** 349

Erschliessungsplan

- Verhältnis zwischen einer Anmerkung gemäss § 163 BauG und einem Erschliessungsplan 2008 **27** 166

Erwerbsausfall

- 2008 **60** 319

Erwerbslose Wohnsitznahme

- s. Fremdenpolizeirecht

F**Fachhochschule Nordwestschweiz**

- s. Personalrecht

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
- Anspruch auf Beschäftigung 2008 **81** 399
- Aufenthalt zur Vorbereitung der Heirat 2007 **97** 341
- ausländische Behörde 2008 **78** 390

- Ausschaffungshaft nach jahrelangem illegalem Aufenthalt in einem anderen Kanton 2008 **76** 387
- Begründungspflicht bei Kürzung von unentgeltlichem Honorar 2007 **100** 349
- berufliche Integration 2008 **92** 426
- berufliche Integration und Härtefall 2008 **92** 426
- Beschäftigungsmöglichkeit 2008 **81** 399, 2008 **82** 400
- Beschaffen der Reisepapiere 2008 **78** 390
- Beschleunigungsgebot 2007 **88** 321
- Beschleunigungsgebot und Zusammenarbeit mit ausländischen Behörden 2008 **78** 390
- Bestimmen des Lebensmittelpunktes 2008 **91** 423
- Dienstleistung 2008 **88** 412
- Disziplinarstrafe 2007 **87** 320
- Domizil des Arbeitgebers und Grenzgänerbewilligung 2008 **89** 413
- Drogenabhängigkeit eines Häftlings 2008 **80** 397
- Durchsetzungshaft 2007 **90** 322
- Eingrenzung 2007 **91** 324
- Entsendung eines Arbeitnehmers 2008 **86** 405, 2008 **87** 410, 2008 **88** 412
- Erlöschen der Niederlassungsbewilligung 2008 **91** 423
- 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, 2008 **85** 403
- Familiennachzug 2007 **93** 331, 2007 **95** 337, 2008 **85** 403
- Grenzgänerbewilligung und Domizil des Arbeitgebers 2008 **89** 413
- Härtefall 2007 **96** 338, 2007 **98** 343, 2008 **92** 426, 2008 **93** 428
- Haftbedingungen 2007 **86** 319, 2008 **81** 399, 2008 **82** 400, 2008 **83** 401, 2008 **84** 401
- Haftbedingungen in ausserkantonalem Gefängnis 2007 **87** 320
- Haftbeendigungsgrund 2007 **82** 313
- Haftdauer 2007 **81** 313
- Haftgrund 2007 **89** 321, 2008 **77** 389
- Haftvollzug 2008 **81** 399
- Hausdurchsuchung 2007 **92** 327
- Hausordnung des Ausschaffungszentrums 2008 **81** 399
- Infrastruktur des Ausschaffungszentrums 2008 **81** 399
- Kantonswechsel 2008 **93** 428
- Kantonswechsel und Härtefall 2008 **93** 428
- Kantonswechsel von Niedergelassenen 2008 **90** 420
- Kürzung von unentgeltlichem Honorar, Begründungspflicht 2007 **100** 349
- Lebensmittelpunkt 2008 **91** 423
- Meldepflicht 2008 **86** 405, 2008 **87** 410, 2008 **88** 412
- Meldepflicht bei Notfällen 2008 **87** 410

- Meldepflichtverstoss 2008 **86** 405, 2008 **87** 410
- Mitwirkungspflicht 2007 **82** 313, 2007 **83** 314, 2007 **84** 316
- Nichteintretensentscheid als Haftgrund 2008 **77** 389
- Nichtverlängerung der Aufenthaltsbewilligung 2007 **98** 343
- Pflegekind und Pflegeplatzbewilligung 2007 **96** 338
- Prüfungspflicht der Behörden 2008 **90** 420
- Recht auf Achtung des Familienlebens 2007 **93** 331, 2007 **94** 333, 2007 **95** 337, 2008 **85** 403
- Reisepapiere 2008 **78** 390
- Sanktionierung eines Meldepflichtverstosses 2008 **86** 405
- Subsidiarität der Durchsetzungshaft 2007 **90** 322
- Telefonverkehr während der Haft 2008 **81** 399
- vegetarische Kost in der Haft 2008 **84** 401
- Verhältnismässigkeit der Eingrenzung 2007 **91** 324
- Verhältnismässigkeit der Haftanordnung 2007 **84** 316, 2007 **85** 318
- Verhältnismässigkeit einer Durchsetzungshaft bei Drogenabhängigkeit 2008 **80** 397
- Verschweigen wesentlicher Tatsachen 2008 **90** 420
- Vollzug der Ausschaffung 2007 **82** 313, 2008 **79** 393
- Vollzug einer Entfernungsmassnahme 2007 **98** 343, 2007 **99** 348
- Vollzugsperspektiven 2008 **79** 393
- Vorbereitung der Heirat 2007 **97** 341
- Warenlieferung 2008 **88** 412
- Wegweisungsentscheid, Eröffnen in Amtssprache 2007 **80** 313
- Widerruf der Niederlassungsbewilligung 2008 **90** 420
- Zelleneinschluss aus betrieblichen Gründen 2008 **83** 401
- Zulässigkeit einer Hausdurchsuchung 2007 **92** 327
- Zulässigkeit einer Schrankdurchsuchung 2007 **92** 327
- Zumutbarkeit der Rückkehr 2007 **93** 331, 2007 **94** 333, 2007 **95** 337
- Zuständigkeit des Kantons Aargau für die Anordnung einer Ausschaffungshaft 2008 **76** 387

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
- Die Zurückbehaltung in der Klinik gestützt auf eine fürsorgerische Freiheitsentziehung ist trotz fehlender Selbst- oder Fremdgefährdung verhältnismässig, wenn bei einer Entlassung eine sofortige Rückfallsgefahr besteht 2008 **35** 205
- 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

Gastwirtschaftsrecht

- Die Nichteinhaltung der Öffnungszeiten kann nicht mit der Anordnung einer Betriebsschliessung bestraft werden 2008 **106** 492

Gebäuelänge

- Ob es sich um ein oder zwei Gebäude handelt, hängt vom Erscheinungsbild ab 2008 **102** 483

Gebäudeversicherung, Schadensabschätzung

- Konstruktionsmängel, die adäquat kausal für den Schadeneintritt waren, führen zum Ausschluss der Schadendeckung, ausser es gelingt der Nachweis, dass auch eine baunormkonforme Konstruktion dem Sturmereignis nicht standgehalten hätte 2008 **75** 379

Gebühr

- s. Baubewilligungsgebühr
- s. Strassenreklame

Gemeindeautonomie

- s. Sozialhilfe

Gemeindeversammlung

- Enthaltende Stimmen sind bei den Abstimmungen nicht auszuzählen 2008 **105** 491
- Ist nicht befugt, angekündigte Verhandlungsgeschäfte von der Traktandenliste zu streichen 2008 **108** 498

Gemeingebrauch

- Die Zuordnung einer Privatstrasse zu den Strassen im Gemeingebrauch setzt die
 - ausdrückliche oder stillschweigende - Zustimmung des Eigentümers voraus und erfordert eine Widmung durch das zuständige Gemeinwesen oder eine öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkung 2008 **24** 139

Genugtuung

- 2008 **60** 319

Geschäfts-/Privatvermögen

- Liegenschaft, die für die Übertragung an Nachkommen gehalten wird 2008 **67** 341

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

- Abschreibung auf Klavier 2008 **63** 331
- Anforderungen an den Nachweis 2008 **18** 78
- bei Verwaltungsratsmandat 2008 **61** 328
- Einschlag beim Verkauf von WIR-Guthaben 2007 **61** 239
- Gewinnungskosten und deren Nachweis 2008 **18** 78
- Jahrespauschale als Maximalabzug 2007 **23** 86
- Mehrauslagen der auswärtigen Verpflegung werden bei Selbständigerwerbenden anerkannt 2008 **18** 78
- Mehrkosten auswärtiger Verpflegung 2007 **23** 86
- s. Ausbildungskosten
- s. Berufskosten
- s. Weiterbildungskosten

Glasziegel

- s. Dachflächenveränderung

Gleichbehandlungsgebot

- s. Anschlussgebühr

Grenzabstand

- Anwendbarkeit von Grenzabständen auf Antennen 2007 **114** 424

Grenzgängerbewilligung

- s. Fremdenpolizeirecht

Grundstückgewinnsteuer

- Ersatzbeschaffung: Verkauf einer Liegenschaft und Kauf eines hälftigen Anteils an einer Liegenschaft 2008 **68** 344
- 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

Haushaltsschaden

- 2008 **60** 319

I**Immissionen**

- Anwendbarer Lärmgrenzwert bei Erneuerung einer Heizung 2008 **103** 485
- Innerhalb Baugebiet besteht keine Pflicht, für ein Bauvorhaben Alternativstandorte zu prüfen 2007 **113** 422
- Sonnenlichtreflexionen von Dachziegeln 2007 **109** 399

Immissionsbeschwerde

- Legitimation 2008 **56** 305

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
- Zulässigkeit der anwaltlichen Vertretung der Eltern eines anlässlich des Sportunterrichts verstorbenen Schülers im Strafverfahren gegen die beschuldigten Lehrer und gleichzeitige Funktion des Rechtsanwalts als Schulratspräsident des Bezirks dieser Schule 2008 **9** 44

Isolation

- s. Zwangsmassnahmen
- s. Zwangsmassnahmen gemäss § 241a StPO

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 Bezirksamts im Zusammenhang mit der Kürzung von Sozialhilfe 2008 **45** 262
- des Verwaltungsgerichts in Normenkontrollverfahren 2007 **57** 231

Konkurseröffnung

- Die Abweisung des Konkursbegehrens zufolge Zahlung der Schuld, Zinsen und Kosten inbegriffen, gemäss Art. 172 Ziff. 3 SchKG setzt voraus, dass auch die Parteientschädigung der Klagepartei, sofern eine solche verlangt wurde, bezahlt ist. 2008 **1** 25

Kosten

- Kostenverteilung bei geringfügigem Unterliegen im verwaltungsgerichtlichen Beschwerdeverfahren 2007 **54** 225
- Rückzug des Baugesuchs; Auswirkungen auf die Kostenverteilung im Beschwerdeverfahren 2007 **34** 137

Kostenbeschwerde

- Bemessung des Honorars in einem arbeitsgerichtlichen Verfahren, welches durch einen Vergleich in der Vermittlungsverhandlung abgeschlossen wurde 2008 **4** 33
- Berechnung des Streitwertes (s. Anwaltstarif) 2008 **5** 36
- Kein Anspruch auf Verzugszins auf das genehmigte Honorar des unentgeltlichen Rechtsvertreters 2008 **6** 38

Kostendeckungsprinzip

- s. Baubewilligungsgebühr

Kostenverlegung

- wenn wesentliche Vorbringen erst im Beschwerdeverfahren statt vor Erlass der Verfügung erfolgen 2007 **49** 214
- s. Personalrecht

Krankheitskosten

- Transportkosten 2007 **62** 242

L**Landwirtschaftsrecht**

- s. Bäuerliches Bodenrecht
- s. Direktzahlungen
- s. Vertrag, öffentlichrechtlicher

Legalitätsprinzip

- Gesetzliche Grundlage für die Bewilligungs- und Gebührenpflicht für das Dauerparkieren (Laternenparkgebühr) bildet § 103 Abs. 3 BauG 2008 **24** 139
- 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
- im Immissionsschutzverfahren 2008 **56** 305
- s. Bäuerliches Bodenrecht

Liegenschaftsunterhaltskosten

- anschaffungsnahe Aufwendungen (Dumont-Praxis) 2008 **66** 338
- Verglasung eines beheizbaren Balkons 2008 **65** 334

Liquidationsgewinnsteuer

- Kapitalgewinn bei alters- oder gesundheitsbedingter Geschäftsaufgabe 2007 **64** 253

M**Materialabbau**

- s. Legitimation

Meldepflicht

- s. Fremdenpolizeirecht

Modellfliegerei

- s. Polizeiwesen

N

Nebenbestimmungen

- s. Bäuerliches Bodenrecht

Nichtigkeit

- s. Personalrecht

Nichtverlängerung der Aufenthaltsbewilligung

- s. Fremdenpolizeirecht

Niederlassungsbewilligung

- 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

Noven

- Noven im Rückweisungsverfahren 2008 **55** 303

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

- Auswirkungen der Aufnahme eines Ortsbildes im ISOS auf die Gemeindeautonomie 2008 **26** 153
- Quartier- und Ortsbildverträglichkeit einer Amateurfunk-Empfangsantenne 2007 **114** 424
- Verhältnis zum Denkmalschutz 2008 **26** 153
- s. Dachflächenveränderung

P

Parkplatzstellungspflicht

- s. Legalitätsprinzip

Parteibeiträge

- Abzugsfähigkeit der Zuwendungen an die steuerbefreiten politischen Parteien 2007 **25** 91

Parteientschädigung

- bei mutwilliger Verletzung der Mitwirkungspflichten im versicherungsgerichtlichen Verfahren 2008 **12** 52
- 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

- Auch bei der Auflösung eines öffentlich-rechtlichen Anstellungsverhältnisses durch vertragliche Erklärung sind die Verfahrensvorschriften von Art. 29 BV einzuhalten; die inhaltlichen Anforderungen an den Anspruch auf vorgängige Äusserung dürfen bei Kündigungen nicht allzu hoch gesteckt werden 2008 **98** 461
- 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
- Durch Verfügung begründete Dienstverhältnisse sind grundsätzlich mittels Verfügung zu kündigen; Erlass der Kündigungsverfügung durch einen Rechtsanwalt führt zur Nichtigkeit; im Falle einer nichtigen Kündigung läuft das Anstellungsverhältnis weiter 2008 **96** 449
- Ein tief gespaltenes Vertrauensverhältnis zwischen grossen Teilen der Elternschaft und einer Lehrperson rechtfertigt eine Kündigung unabhängig davon, ob sich der Vorwurf einer sexuellen Verfehlung erhärten liess oder nicht 2008 **95** 444
- Im Rahmen des Instruktionsverfahrens kommt der Schlichtungskommission eine Verfügungskompetenz zu; verneint die Schlichtungskommission die Sachentscheidsvoraussetzungen für die Abgabe einer Empfehlung, kann dagegen das Personalrekursgericht angerufen werden 2008 **99** 465
- Kündigung eines Rahmenvertrages aus organisatorischen Gründen; das Ziel, lediglich Lehrpersonen mit einem Pensum von mindestens 40 % zu beschäftigen, rechtfertigt keine Kündigung 2008 **97** 454

- 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
- Rechtsmittelverfahren bei Streitigkeiten infolge Auflösung des Anstellungsverhältnisses bei der Fachhochschule Nordwestschweiz (inkl. Kostenverlegung); es hängt vom Mass des Vertrauensverlustes ab, ob allenfalls auf die Ansetzung einer Bewährungszeit verzichtet werden darf 2008 **94** 433
- 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
- s. Zwangsmassnahmen gemäss § 241 a StPO

Pflegkind

- s. Fremdenpolizeirecht

Polizeiwesen

- Unzulässigkeit eines generellen Verbotes der Modellfliegerei; die Modellfliegerei kann aber im Polizeireglement einer Bewilligungspflicht unterstellt werden 2008 **107** 494

Prämienverbilligung

- massgebende letzte Steuerveranlagung 2008 **13** 54

R**Rechtliches Gehör**

- Anspruch auf Beweisabnahme 2008 **59** 312
- Gewährung des rechtlichen Gehörs im Zusammenhang mit einem Augenschein 2008 **59** 312
- Gewährung des rechtlichen Gehörs in dringenden Fällen 2008 **57** 308
- vor Ermessensveranlagung aufgrund einer Vermögensvergleichsrechnung 2008 **71** 350
- s. Personalrecht

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

Rechtsverweigerung

- Rechtsverweigerungsbeschwerde kann nur erheben, wer vorher eine entsprechende Verfügung verlangt hat 2008 **101** 478

Register der unterzeichnungsbefugten Personen

- Alle für den Kanton unterzeichnungsbefugten Personen sind in ein öffentliches Register einzutragen 2008 **109** 501
- Der Eintrag im Register der unterzeichnungsbefugten Personen hat deklaratorischen Charakter 2008 **109** 501

Rückweisung

- Eine Rückweisung bewirkt, dass das Verfahren in den Zustand vor Erlass des aufgehobenen Entscheids zurückversetzt wird 2008 **55** 303
- s. Noven

Rückzug der Beschwerde

- Ein Beschwerderückzug hat schriftlich zu erfolgen (Bestätigung der Rechtsprechung) 2008 **58** 311

Rückzug des Baugesuchs

- s. Kosten

S**Säumnis**

- mit Abgabe der Erklärung über die Verfahrensbeteiligung 2007 **52** 220

Schenkungssteuer

- Errichtung einer Familienstiftung 2007 **68** 269

Schulhauszuteilungen

- s. Anfechtbarkeit
- s. Beschwerdebefugnis der Vorinstanz

Schulpflege

- Keine Zuständigkeit der Schulpflege zur Vergabe öffentlicher Beschaffungsaufträge 2007 **39** 167

Schulrat des Bezirks

- s. Anfechtbarkeit
- s. Beschwerdebefugnis der Vorinstanz

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. Anfechtbarkeit
- s. Beschwerdebefugnis der Vorinstanz
- s. Obhutsentzug
- s. Sonderschulung
- s. vormundschaftliche Massnahmen

Schutzschrift

- 2007 **6** 36

Selbstvertretung

- s. Parteientschädigung

Sicherstellung Parteikosten

- Beurteilung der Zahlungs(un)fähigkeit 2007 **4** 31

Sicherungsentzug

- s. Entzug des Führerausweises

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

- Anrechnung von Unterhaltsbeiträgen als eigene Mittel 2008 **43** 256
- Auslandsaufenthalt (Ferien) eines Sozialhilfeempfängers 2008 **37** 225
- Beschwerdelegitimation der Gemeinde in Sozialhilfesachen 2008 **54** 303
- Betriebskosten eines Motorfahrzeugs (§ 10 Abs. 5 lit. c SPV): Wird ein Motorfahrzeug von einem Dritten zur Verfügung gestellt, so muss dessen Benützung durch den Sozialhilfeempfänger eine gewisse Intensität aufweisen 2008 **38** 230
- Betriebskosten eines Motorfahrzeugs (§ 10 Abs. 5 lit. c SPV): Eine kumulative Anwendung des Abzugs gemäss Satz 1 und die Anrechnung von eigenen Mitteln gemäss Satz 3 ist ausgeschlossen 2008 **47** 268
- Gemeindeautonomie im Zusammenhang mit Kürzungen 2008 **45** 262
- Kantonsbeitrag an die Kosten der materiellen Hilfe 2007 **46** 195
- Kürzung bei gebundenen Auslagen (Grenze) 2008 **46** 265
- Meldepflicht: Mitteilung eines Ferien-/Auslandsaufenthalts 2008 **37** 225
- Therapieaufenthalte suchtmittelabhängiger Personen 2008 **41** 245
- Verwandtenunterstützungspflicht: Eine Auflage / Weisung zur Abtretung eines nicht angefallenen Erbteils ist ohne die freiwillige Zustimmung des Erblassers unzulässig 2008 **44** 259
- s. Auflagen und Weisungen

- s. Parteientschädigung
- s. unentgeltliche Rechtsverbeiständung
- s. Unterstützungswohnsitz

Sportanlage

- Beurteilungsmethoden 2008 **23** 109
- Lärmprognose 2008 **23** 109
- Umweltverträglichkeit 2008 **23** 109

Steuerrecht

- Besteuerung des Einmalzinsanteils einer Diskontobligation ohne überwiegende Einmalverzinsung 2008 **20** 89
- Grundsätze und Berechnung der Höchstbelastung; Berechnung der Steuerreduktion im interkantonalen Verhältnis 2008 **21** 98
- s. Berufskosten
- s. Gewinnungskosten
- s. Steuerstrafrecht
- s. Steuerumgehung
- s. verdeckte Gewinnausschüttung

Steuerstrafrecht

- Die Ausübung der Funktion als Strafbefehlsrichter durch Sachbearbeiter im kantonalen Steueramt erfordert eine formelle Ermächtigung 2008 **22** 103
- Über die Unterschriftsberechtigung ist eine Liste zu führen, die von den Rechtsunterworfenen eingesehen werden kann 2008 **22** 103

Steuerumgehung

- Verkauf einer Diskontobligation ohne überwiegende Einmalverzinsung acht Tage vor dem Verfall an die Bank stellt vorliegend eine Steuerumgehung dar 2008 **20** 89

Straf- und Massnahmenvollzug

- Fachkommission zur Überprüfung der Gemeingefährlichkeit von Straftätern und Straftäterinnen im Freiheitsentzug. Zusammensetzung und Verfahren vor der Fachkommission 2008 **16** 67
- s. Ausstand

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

Strassenverkehrsrecht

- s. Entzug des Führerausweises

Streitgegenstand

- s. Einsprache

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

- Abänderung eines wesentlichen Teils des Angebots 2008 **30** 173
- Allgemeine Grundsätze zur Bewertung der Qualitätskriterien 2007 **38** 157
- Ausschreibung, öffentliche 2008 **32** 183
- Bereinigung der Angebote; Anforderungen an die Offertbereinigung; Transparenzgebot, Grundsatz der Gleichbehandlung; nachträgliche Abänderung eines wesentlichen Teils des Angebots 2008 **30** 173
- Beschwerdelegitimation; wer im Rahmen eines Einladungsverfahrens nicht zum Kreis der potentiellen Anbieter gehört, ist nicht befugt den Inhalt der Submissionsunterlagen anzufechten 2008 **33** 191
- Diskriminierungsverbot 2008 **32** 183, 2008 **33** 191
- Einladungsverfahren; Berechtigung, nur Anbieter eines bestimmten Produkts einzuladen 2008 **33** 191
- Gleichbehandlungsgrundsatz im Zusammenhang mit der Bereinigung der Angebote 2008 **30** 173
- 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
- Transparenzgebot im Zusammenhang mit der Bereinigung der Angebote 2008 **30** 173
- Varianten: Bei der Beurteilung der Gleichwertigkeit einer Variante mit der Amtslösung kommt der Vergabestelle ein grosser Ermessensspielraum zu 2007 **38** 157
- Wahl der richtigen Verfahrensart; Die Vergabestelle hat vorgängig der Ausschreibung des Auftrags eine möglichst zuverlässige Schätzung der mutmasslichen Auftragssumme nach sachlichen Kriterien und aufgrund allfälliger Erfahrungswerte vorzunehmen 2008 **34** 196
- Zuschlagskriterien; "gerechte Abwechslung und Verteilung" 2008 **31** 179

Subsidiarität

- s. Fremdenpolizeirecht

T**Teilentscheid**

- s. Vorentscheid

Traktandenliste

- s. Gemeindeversammlung

Treu und Glauben

- s. Vertrauensschutz

U**Überführung**

- einer Liegenschaft vom Geschäfts- ins Privatvermögen: durch eindeutige, den Steuerbehörden klar bekannt gegebene Behandlung in der Buchhaltung 2007 **22** 83

Überspitzter Formalismus

- s. Unterschrift

Unabhängigkeit

- s. Anwaltskommission

Unentgeltliche Rechtsverteiständung

- im Verfahren vor Versicherungsgericht betreffend Teilung der Freizügigkeitsguthaben nach Ehescheidung 2008 **11** 51
- Unterschiedliche Anspruchsvoraussetzungen im Verfügungs- und Rechtsmittelverfahren 2008 **52** 297
- 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

Unterschrift

- Die Unterschrift muss in räumlicher und zeitlicher Hinsicht nicht mit der Ausfertigung und dem Text zusammenfallen, solange der Bezug zur Beschwerdeschrift sichergestellt und die Identifikation gewährleistet ist. Wird auf eine Beschwerde eines Laien, welche die genannten Voraussetzungen erfüllt, nicht eingetreten, liegt überspitzter Formalismus vor 2008 **51** 295

Unterstützungswohnsitz

- Bestimmung des interkantonalen Unterstützungswohnsitzes 2008 **39** 232

- Interkantonaler Unterstützungswohnsitz: Bei anerkannten Flüchtlingen, welche die Niederlassungsbewilligung erlangt haben, sind die Bestimmungen des ZUG über die Unterstützung von Ausländern mit Wohnsitz in der Schweiz (Art. 20 i.V.m. Art. 4-10 ZUG) anwendbar 2008 **39** 232
- Interkantonaler Unterstützungswohnsitz: Voraussetzungen eines Richtigstellungsbegehrens nach Art. 28 ZUG 2008 **39** 232
- Keine Veränderung durch einen vorübergehenden Ferienaufenthalt im Ausland 2008 **37** 225

Untersuchungsgrundsatz

- s. Noven

Unterzeichnungsbefugnis

- Mitarbeitenden des Kantons kommt bereits mit Erteilung der Ermächtigung Unterzeichnungsbefugnis zu, der Eintrag im Register der unterzeichnungsbefugten Personen hat deklaratorischen Charakter 2008 **109** 501

V

Verdeckte Gewinnausschüttung

- "Darlehensgewährung" im Kontokorrentverhältnis 2008 **19** 82
- Die Beurteilung, ob eine verdeckte Gewinnausschüttung vorliegt, erfolgt bei einem Kontokorrentverhältnis auf den Zeitpunkt der Saldoziehung 2008 **19** 82
- Die Beweislast für das Missverhältnis zwischen den gegenseitigen Leistungen trägt die Veranlagungsbehörde 2008 **19** 82

Vereinigung

- s. Parteientschädigung
- s. Verfahrenskosten

Verfahren

- s. Personalrecht

Verfahrensbeteiligung

- im verwaltungsgerichtlichen Beschwerdeverfahren 2007 **52** 220

Verfahrenskosten

- ausnahmsweise Kostenpflicht im Verfahren vor Versicherungsgericht bei mutwilliger Verletzung der Mitwirkungspflichten 2008 **12** 52
- 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

Verfügung

- s. Personalrecht

Verhältnismässigkeit

- s. Fremdenpolizeirecht

- s. fürsorgliche Freiheitsentziehung
- s. Zwangsmassnahmen
- s. Zwangsmassnahmen gemäss § 241a StPO

Verkehrswert

- 2007 **69** 272

Verluste

- Verlust bei der Übertragung eines Landwirtschaftbetriebes an einen Nachkommen 2008 **64** 331

Vermögenssteuer

- keine Besteuerung von Vermögensteilen aus Güterrecht vor Rechtskraft eines Scheidungsurteils 2007 **65** 258

Vertrag, öffentlichrechtlicher

- Auslegung von sogenannten Bewirtschaftungsverträgen, bei unverschuldeter Teilunmöglichkeit 2008 **73** 363

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

- Befangenheit wegen Vorbefassung 2008 **3** 29
- s. Voranfrage

Vorbereitung der Heirat

- s. Fremdenpolizeirecht

Vorentscheid

- Abgrenzung zur Auskunft i.S.v. § 28 ABauV 2007 **30** 105
- Anforderungen an die Publikation des Vorentscheidgesuchs 2008 **28** 169

- 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
- Zulässigkeit 2008 **28** 169

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
- Voraussetzungen für eine vorläufige Waffenbeschlagnahmung 2008 **48** 271

Warnungsentzug

- s. Entzug des Führerausweises

Wegweisungsentscheid

- s. Fremdenpolizeirecht

Weiterbildungskosten

- Kosten für Schulbesuch im Rahmen der Lehre 2008 **62** 328

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

Zwangsmassnahmen gemäss § 241a StPO

- Isolation ist keine zusätzliche Zwangsmassnahme bei Haft 2008 **36** 207
- Strenge Voraussetzungen für Zwangsmedikation 2008 **36** 207

Zwangsmedikation

- s. Zwangsmassnahmen gemäss § 241a StPO

Zwangsvollstreckungsverfahren

- s. Stromgebühren

Zwischenentscheid

- Voraussetzungen für eine selbständige Anfechtbarkeit verfahrensleitender Zwischenentscheide 2008 **53** 301

Gesetzesregister 2007-2008

2001 **15** 68 (2001 = Jahr / 15 = Entscheidungsnummer / 68 = Seitenzahl)

Gesetzesregister 2007-2008

Bundeserlasse

- 0.101** *Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK) vom 4. November 1950*
- Art. 8 - 2008 **85** 403
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 (Folterschutzkonvention) vom 10. Dezember 1984*
- 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 (FZA) vom 21. Juni 1999*
- Art. 1 **lit. b**
- 2008 **86** 405
- Art. 2 **Abs. 4 Anhang I**
- 2008 **86** 405
- Art. 5 **Abs. 1**
- 2008 **89** 413
- Art. 7 **Abs. 1 Anhang I**
- 2008 **89** 413
Abs. 2 Anhang I
- 2008 **89** 413

- Abs. 3 Anhang I**
- 2008 **89** 413
- Art. 20 **Abs. 2 Anhang I**
- 2008 **89** 413
- Art. 24 **Abs. 1**
- Anhang I 2007 **96** 338
- 0.142.30** *Abkommen über die Rechtsstellung der Flüchtlinge (Flüchtlingskonvention) vom 28. Juli 1951*
- Art. 33 **Abs. 1**
- 2007 **98** 343
- 101** *Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (BV) vom 18. April 1999*
- Art. 5 **Abs. 2**
- 2007 **33** 134
- 2008 **29** 172
Abs. 3
- 2007 **108** 393
- 2008 **25** 151
- Art. 8 **Abs. 1**
- 2007 **77** 300
- Art. 9 - 2007 **33** 134
- 2008 **29** 172
- 2008 **51** 295
- Art. 25 **Abs. 3**
- 2007 **98** 343
- Art. 29 **Abs. 1**
- 2007 **30** 105
- 2008 **51** 295
Abs. 2
- 2008 **57** 308
- 2008 **59** 312
- 2008 **71** 350
- 2008 **98** 461
- Art. 30 **Abs. 1**
- 2007 **30** 105
- Art. 36 **Abs. 1**
- 2007 **31** 117
- Art. 50 **Abs. 1**
- 2008 **45** 262
- Art. 51 **Abs. 1**
- 2007 **31** 117

Art. 104 **Abs. 1**
- 2008 72 355

Art. 119 **Abs. 2 lit. g**
- 2007 2 25

142.20 *(ausser Kraft) Bundesgesetz über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer (ANAG) vom 26. März 1931*

Art. 9 **Abs. 3 lit. c**
- 2008 91 423

Abs. 4 lit. a
- 2008 90 420

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

Abs. 4
- 2007 92 327

Art. 14a **Abs. 1**
- 2007 99 348

Abs. 4
- 2007 98 343

142.20 *Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer (AuG) vom 16. Dezember 2005*

Art. 76 **Abs. 1 lit. b Ziff. 2**
- 2008 77 389

Abs. 4
- 2008 78 390

Art. 80 **Abs. 6 lit. a**

- Art. 81 - 2008 **79** 393
Abs. 2
- 2008 **81** 399
- 2008 **82** 400
- 2008 **83** 401
- 142.201** *(ausser Kraft) Vollziehungsverordnung zum Bundesgesetz über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer (ANAV) vom 1. März 1949*
- Art. 11 **Abs. 1**
- 2008 **90** 420
- 142.203** *Verordnung über die schrittweise Einführung des freien Personenverkehrs zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft und deren Mitgliedstaaten sowie unter den Mitgliedstaaten der Europäischen Freihandelsassoziation vom 22. Mai 2002 (Verordnung über die Einführung des freien Personenverkehrs, VEP)*
- Art. 9 - 2008 **86** 405
Art. 14 - 2008 **86** 405
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
- Art. 48 - 2008 **76** 387
- 172.220.1** *Bundespersonalgesetz (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
- 2008 **73** 363

Abs. 2
- 2007 **103** 364
- 2008 **72** 355
- 2008 **72** 355

Art. 8 - 2007 **103** 364

Art. 16 - 2008 **36** 207

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
- 2008 **35** 205
- Art. 397b **Abs. 1**
- 2007 **43** 184
Abs. 2
- 2007 **43** 184
- 2007 **1** 23
- Art. 570 **Abs. 1**
- 2007 **73** 289
- Art. 602 **Abs. 2**
- 2007 **76** 299

211.412.11 *Bundesgesetz über das bürgerliche Bodenrecht vom 4. Oktober 1991 (BGBB)*

- 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. 19 **Abs. 1**
- 2008 **73** 363
- Art. 20 **Abs. 2**
- 2008 **73** 363
- Art. 97 **Abs. 1**
- 2008 **73** 363
- Art. 119 **Abs. 2**
- 2008 **73** 363

- Art. 163 **Abs. 2**
- 2008 73 363
- Art. 321c **Abs. 1**
- 2007 106 376
- Art. 337d-344 **Abs. 3**
Art. 343 **Abs. 3**
- 2008 94 433
- 221.213.2** **Bundesgesetz über die landwirtschaftliche Pacht (LPG)**
vom 4. Oktober 1985
- Art. 1 **Abs. 2**
- 2008 72 355
- Art. 4 - 2008 72 355
- Art. 15 **Abs. 1**
- 2007 72 286
- Art. 16 **Abs. 2**
- 2008 72 355
- Abs. 3**
- 2008 72 355
- 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
- Art. 172 **Ziff. 3**
- Die Abweisung des Konkursbegehrens zufolge Zahlung der
Schuld, Zinsen und Kosten inbegriffen, gemäss Art. 172 Ziff. 3
SchKG setzt voraus, dass auch die Parteientschädigung der Kla-
gepartei, sofern eine solche verlangt wurde, bezahlt ist. 2008 1
25
- Art. 265a **Abs. 1**
- Gegen den Entscheid des Gerichtspräsidenten gemäss Art. 265a
Abs. 1 SchKG gibt es kein kantonales Rechtsmittel 2008 2 26
- 311.0** **Schweizerisches Strafgesetzbuch (StGB) vom 21. Dezem-**
ber 1937
- Art. 62d **Abs. 2**
- 2008 16 67

- 313** *Bundesgesetz über das Verwaltungsstrafrecht (VStR) vom 22. März 1974*
- Art. 6 - 2008 **86** 405
Art. 7 - 2008 **86** 405
- 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
Art. 8 **Abs. 2**
- 2008 **48** 271
Art. 31 **Abs. 1**
- 2008 **48** 271
- 642.14** *Bundesgesetz über Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden (StHG) vom 14. Dezember 1990*
- 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. 19 - 2008 **27** 166
Art. 24c **Abs. 1**
- 2008 **100** 471
Art. 33 **Abs. 3**
- 2007 **117** 445
- 700.1** *Raumplanungsverordnung (RPV) vom 28. Juni 2000*
- Art. 41 - 2008 **100** 471

- 741.01** ***Strassenverkehrsgesetz (SVG) vom 19. Dezember 1958***
- Art. 14 - 2008 **15** 61
- Art. 16 **Abs. 1**
- 2008 **15** 61
- Art. 16a **Abs. 1 lit. a**
- 2008 **14** 59
- Art. 16b **Abs. 1 lit. a**
- 2008 **14** 59
- Art. 16d **Abs. 1 lit. a**
- 2008 **15** 61
- Art. 25 **Abs. 3 lit. a**
- 2008 **15** 61
- Art. 37 **Abs. 2**
- 2008 **24** 139
- 741.11** ***Verkehrsregelnverordnung (VRV) vom 13. November 1962***
- Art. 20 **Abs. 2**
- 2008 **24** 139
- 741.21** ***Signalisationsverordnung (SSV) vom 5. September 1979***
- Art. 97 **Abs. 1**
- 2007 **118** 448
- Art. 99 **Abs. 1**
- 2007 **118** 448
- 741.51** ***Verordnung über die Zulassung von Personen und Fahrzeugen zum Strassenverkehr (VZV) vom 27. Oktober 1976***
- Art. 7 **Abs. 1**
- 2008 **15** 61
- Abs. 3**
- 2008 **15** 61
- Anhang 1 - 2008 **15** 61
- 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. 15 - 2008 **23** 109

- 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

814.41 *Lärmschutzverordnung (LSV) vom 15. Dezember 1986*

- Art. 47 **Abs. 1**
- Anwendbarer Lärmgrenzwert bei Erneuerung einer Heizung
2008 103 485

823.20 *Bundesgesetz über die minimalen Arbeits- und Lohnbedingungen für in die Schweiz entsandte Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer und flankierende Massnahmen (Bundesgesetz über die in die Schweiz entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, EntsG) vom 8. Oktober 1999*

- Art. 6 - 2008 86 405
- 2008 87 410
- 2008 88 412
Abs. 1
- 2008 86 405
Abs. 3
- 2008 86 405
- 2008 87 410
- Art. 7 **Abs. 1 lit. d**
- 2008 86 405
- Art. 9 **Abs. 2**
- 2008 86 405
Abs. 2 lit. a
- 2008 86 405
Abs. 2 lit. c
- 2008 86 405

- 823.201** *Verordnung über die in die Schweiz entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer (EntsV) vom 21. Mai 2003*
- Art. 6 - 2008 **86** 405
 Abs. 1
 - 2008 **86** 405
 Abs. 2
 - 2008 **86** 405
 Abs. 2 lit. a
 - 2008 **86** 405
 Abs. 3
 - 2008 **86** 405
 - 2008 **87** 410
- 823.21** *(ausser Kraft) Verordnung über die Begrenzung der Zahl der Ausländer (BVO) vom 6. Oktober 1986*
- Art. 13 **lit. f**
 - 2008 **92** 426
 - 2008 **93** 428
- Art. 36 - 2007 **97** 341
- 830.1** *Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG) vom 6. Oktober 2000*
- 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. 73 **Abs. 2**
 - 2008 **12** 52
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) vom 17. Dezember 1993*
- 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
- 2008 11 51
- Art. 25 - 2008 12 52
- Art. 25a - 2007 14 61
- 2007 15 64
- 851.1** *Bundesgesetz über die Zuständigkeit für die Unterstützung
Bedürftiger (Zuständigkeitsgesetz, ZUG) vom 24. Juni
1977*
- Art. 1 **Abs. 1**
- 2008 37 225
Abs. 3
- 2008 39 232
- Art. 4 **Abs. 1**
- 2008 37 225
- Art. 28 - 2008 39 232
- 910.1** *Bundesgesetz über die Landwirtschaft (Landwirtschaftsge-
setz, LwG-CH) vom 29. April 1998*
- Art. 1 - 2008 72 355
- Art. 2 **Abs. 1 lit. b**
- 2008 72 355
- Art. 70 **Abs. 1**
- 2008 72 355
Abs. 4
- 2007 70 277
- 910.13** *Verordnung über die Direktzahlungen an die Landwirt-
schaft (Direktzahlungsverordnung, DZV) vom 7. Dezem-
ber 1998*
- Art. 2 **Abs. 1**
- 2008 72 355
- Art. 4 **Abs. 1**
- 2008 72 355
- Art. 5 - 2007 70 277
- Art. 70 **Abs. 1 lit. d**
- 2007 70 277

-
- 910.91** *Verordnung über landwirtschaftliche Begriffe und die Anerkennung von Betriebsformen (Landwirtschaftliche Begriffsverordnung) vom 26. April 1993*
- Art. 14 **Abs. 1**
- 2008 72 355
- 935.61** *Bundesgesetz über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte (BGFA) vom 23. Juni 2000*
- Art. 7 **Abs. 1 lit. b**
- 2008 7 40
Abs. 3
- 2008 7 40
- Art. 8 **Abs. 1 lit. d**
- 2007 9 46

- Art. 12 **lit. a**
- 2007 **8** 44
- 2007 **11** 53
- 2008 **50** 287
- 2008 **8** 40
lit. b
- 2008 **49** 275
lit. c
- 2007 **10** 49
- 2008 **49** 275
- 2008 **9** 44
lit. e
- 2008 **49** 275
lit. i
- 2007 **11** 53
- 2008 **10** 45
Art. 13 - 2008 **49** 275
Art. 14 - 2008 **49** 275
Art. 16 - 2008 **49** 275
Art. 17 - 2008 **50** 287

Kantonale Erlasse

- 110.000** *Verfassung des Kantons Aargau vom 25. Juni 1980*
- § 21 **Abs. 2**
 - 2007 **31** 117
- § 27 - 2008 **107** 494
- § 42 **Abs. 6**
 - 2007 **71** 281
- § 68 **Abs. 1**
 - 2007 **116** 442
- § 78 **Abs. 2**
 - 2007 **31** 117
- § 90 **Abs. 2**
 - 2007 **116** 442
- § 99 **Abs. 3**
 - 2008 **22** 103
- § 106 **Abs. 1**
 - 2008 **26** 153
-
- 122.500** *(ausser Kraft) Einführungsgesetz zum Ausländerrecht
(EGAR) vom 14. Januar 1997*
- § 24 - 2008 **81** 399
- § 25 - 2007 **86** 319
 - 2007 **87** 320
- Abs. 1**
 - 2008 **81** 399
 - 2008 **83** 401
- § 26 **Abs. 1**
 - 2008 **81** 399
- § 27 **Abs. 1**
 - 2008 **81** 399
 - 2008 **82** 400
- § 28 - 2008 **81** 399
-
- 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 26. November 1996*
- § 1 **Abs. 1**
 - 2008 **32** 183
- § 7 **Abs. 3**
 - 2008 **33** 191
- § 8 - 2008 **34** 196
 Abs. 2
 - 2007 **37** 153
- § 16 - 2007 **38** 157
- § 17 - 2008 **30** 173
- § 18 **Abs. 2**
 - 2008 **31** 179
- § 23 - 2008 **33** 191
- § 24 **Abs. 2**
 - 2007 **37** 153
- 150.950** *Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB) vom 25. November 1994 / 15. März 2001*
- Art. 11 **lit. c**
 - 2008 **30** 173
- Art. 13 **lit. b**
 - 2008 **32** 183
- 153.100** *Organisationsgesetz (Gesetz über die Organisation des Regierungsrates und der kantonalen Verwaltung) vom 26. März 1985*
- § 20 - 2008 **109** 501
- § 31 **Abs. 1**
 - 2008 **109** 501
 Abs. 2
 - 2008 **22** 103
 - 2008 **109** 501
- § 32 **Abs. 2**
 - 2008 **22** 103
- 155.100** *Gerichtsorganisationsgesetz (GOG) vom 11. Dezember 1984*
- § 94 - 2008 **6** 38

- 160.621** **Verordnung über die Weiterbildung des Personals (Weiterbildungsverordnung) 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**
- § 7 - 2008 **98** 461
- § 10 **Abs. 1 lit. a**
 - 2008 **94** 433
- Abs. 1 lit. b**
 - 2007 **101** 355
- Abs. 1 lit. c**
 - 2007 **101** 355
- Abs. 2**
 - 2007 **103** 364
 - 2008 **98** 461
- Abs. 3**
 - 2008 **98** 461
- § 22 - 2007 **106** 376
- § 37 **Abs. 2**
 - 2008 **98** 461
- § 37 f. - 2008 **94** 433
- 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
- § 48 - 2008 **94** 433

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 (Gemeindegesezt) vom 19. Dezember 1978*

§ 27 **Abs. 1**

- 2008 **108** 498

Abs. 2

- 2008 **105** 491

§ 37 **Abs. 2 lit. f**

- 2008 **107** 494

Abs. 2 lit. l

- 2007 **39** 167

§ 39 - 2007 **39** 167

§ 58 **Abs. 1**

- 2007 **120** 465

§ 61 **Abs. 2**

- Referendumsfähigkeit des zustimmenden Einwohnerratsbeschlusses 2007 **120** 465

§ 104 **Abs. 1**

- 2008 **96** 449

210.100 ***Einführungsgesetz zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch (EG ZGB) vom 27. März 1911***

- § 67b **Abs. 2**
 - 2007 **43** 184
- § 67d **Abs. 3**
 - 2007 **42** 180
- § 67e^{bis} **Abs. 1**
 - 2007 **41** 177
 - 2008 **36** 207
- § 67f - 2008 **35** 205
- § 67o - 2007 **43** 184

221.100 ***Zivilrechtspflegegesetz (Zivilprozessordnung, ZPO) vom 18. Dezember 1984***

- § 2 **lit. c**
 - 2008 **3** 29
 - 2008 **16** 67
- § 3 **lit. c**
 - 2007 **30** 105
- § 105 **lit. b**
 - Beurteilung der Zahlungs(un)fähigkeit 2007 **4** 31
- § 112 - 2008 **94** 433
 - 2008 **11** 51
 - 2008 **12** 52
 - 2008 **94** 433
- § 317 ff.
§ 321 **Abs. 1**
 - Novenrecht im Rechtsöffnungsverfahren 2007 **5** 34
- § 369 **Abs. 1**
 - 2008 **94** 433

221.150 ***Dekret über die Verfahrenskosten (Verfahrenskostendekret, VKD) vom 24. November 1987***

- § 22 - 2007 **56** 228
 Abs. 1 lit. c
 - 2007 **54** 225
- § 23 - 2007 **34** 137
- § 31 **lit. d**
 - 2007 **53** 222

251.100 ***Gesetz über die Strafrechtspflege (Strafprozessordnung, StPO) vom 11. November 1958***

- § 18 - 2008 **16** 67

- § 241a **Abs. 1 Satz 1**
 - 2008 **36** 207
 Abs. 2 lit. a
 - 2008 **36** 207
 Abs. 2 lit. b
 - 2008 **36** 207
- 253.111** *Verordnung über den Vollzug von Strafen und Massnahmen (Strafvollzugsverordnung, SMV) vom 9. Juli 2003*
- § 59 **Abs. 1**
 - 2008 **16** 67
 Abs. 2
 - 2008 **16** 67
- § 60 **Abs. 1**
 - 2008 **16** 67
 Abs. 2
 - 2008 **16** 67
 Abs. 3
 - 2008 **16** 67
- 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
 - 2008 **16** 67
 Abs. 2
 - 2007 **30** 105
- § 15 **Abs. 3**
 - 2008 **57** 308
 - 2008 **59** 312
- § 20 **Abs. 1**
 - 2007 **52** 220
 Abs. 1
 - Verspätete Vorbringen heben den Untersuchungsgrundsatz nicht auf 2007 **49** 214
 Abs. 2
 - 2008 **55** 303
- § 23 **Abs. 1**
 - 2008 **96** 449

- Abs. 3**
- 2008 **96** 449
- Abs. 4**
- 2007 **100** 349
- 2007 **104** 369
- § 27
- § 32 **Abs. 2**
- 2007 **52** 220
- § 33 **Abs. 2**
- 2007 **34** 137
- 2007 **56** 228
- § 33 ff.
- § 35 **Abs. 3**
- 2008 **94** 433
- § 36 **Abs. 1**
- 2007 **53** 222
- § 38 **Abs. 1**
- 2007 **34** 137
- 2007 **44** 191
- 2007 **56** 228
Abs. 2
- 2008 **53** 301
- 2008 **54** 303
- Abs. 1**
- 2007 **49** 214
- 2007 **115** 437
- 2007 **116** 442
- 2008 **33** 191
- 2008 **56** 305
- 2008 **104** 487
- Abs. 2**
- 2008 **104** 487
- § 38 f.
- § 39 **Abs. 1**
- 2008 **51** 295
- Abs. 2**
- 2007 **58** 233
- Abs. 3**
- 2007 **58** 233
- § 40 **Abs. 1**
- Keine Anschlussbeschwerde zulässig 2007 **24** 86
- Abs. 4**
- Rechtsverweigerungsbeschwerde kann nur erheben, wer vorher eine entsprechende Verfügung verlangt hat 2008 **101** 478
- § 43 **Abs. 2**
- 2007 **24** 86
- § 49 - 2008 **45** 262

- § 51 **Abs. 2**
 - 2007 37 153
- § 58 - 2007 56 228
- §§ 60 ff. - 2008 94 433
- § 68 - 2007 57 231
- § 75 - 2007 17 71
- 290.100** *Einführungsgesetz zum Bundesgesetz über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte (EG BGFA) vom 2. November 2004*
- § 15 **Abs. 1 lit. c**
 - 2008 7 40
- 290.111** *Anwaltsverordnung (AnwV) vom 18. Mai 2005*
- § 2 - 2008 7 40
- 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
 - 2008 4 33
- Abs. 1 lit. d**
 - 2007 7 39
- § 4 **Abs. 1**
 - 2008 4 33
 - 2008 5 36
- Abs. 2**
 - 2007 56 228
- Abs. 4**
 - 2008 5 36
- Abs. 5**
 - 2007 44 191
- § 6 - 2007 56 228
- Abs. 2**
 - 2008 4 33
- Abs. 3**
 - 2008 4 33

- § 7 - 2007 56 228
Abs. 2
- 2007 53 222
- 2008 4 33

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*

- § 7 - 2008 98 461
§ 11 **Abs. 1 Ingress**
- 2008 95 444
Abs. 1 lit. a
- 2008 97 454
Abs. 1 lit. b
- 2007 101 355
Abs. 1 lit. c
- 2007 101 355
Abs. 2
- 2008 97 454
- 2008 98 461
Abs. 3
- 2008 98 461
§ 35 **Abs. 2**
- 2008 98 461
Abs. 2 Satz 1
- 2008 99 465

411.211 *Verordnung über die Anstellung und Löhne der Lehrpersonen (VALL) vom 13. Oktober 2004*

- 2008 104 487
§ 13 **Abs. 1**
- 2008 97 454
Abs. 2
- 2008 97 454

- 421.336** *Verordnung über die Schülerzahlen der Abteilungen und die Zuteilung der Lektionen an der Volksschule und an Kindergärten vom 12. Januar 2005*
- 2008 104 487
- 426.070** *Staatsvertrag zwischen den Kantonen Aargau, Basel-Landschaft, Basel-Stadt und Solothurn über die Fachhochschule Nordwestschweiz (Staatsvertrag FHNW) vom 27. Oktober 2004/9. November 2004/18. und 19. Januar 2005*
- § 13 - 2008 94 433
§ 33 - 2008 94 433
§ 34 **Abs. 8**
 - 2008 94 433
- 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 (Denkmalschutzdekret) vom 14. Oktober 1975*
- § 1 - 2007 31 117
§ 4 **Abs. 1**
 - 2007 31 117
§ 12 **Abs. 1**
 - 2007 31 117
§ 16 **Abs. 1**
 - 2008 26 153

- 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**
- 2008 19 82
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*
- § 25 **Abs. 1**
- 2008 60 319
- § 29 **Abs. 1 lit. a**
- 2008 20 89
- § 32 **lit. b**
- 2008 60 319
- § 33 **lit. g**
- 2008 60 319
lit. i
- 2008 20 89
- § 35 **Abs. 1 lit. a**
- 2008 17 75
Abs. 1 lit. b
- 2007 23 86
Abs. 1 lit. c
- 2008 61 328
Abs. 1 lit. e
- 2008 62 328
- § 36 **Abs. 1**
- 2007 61 239
- 2008 18 78
Abs. 2 lit. a
- 2008 63 331

- Abs. 2 lit. c**
- 2008 **64** 331
- § 39 **Abs. 2**
- 2008 **65** 334
- 2008 **66** 338
- § 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
- § 51 - 2008 **67** 341
- § 56 **Abs. 1 lit. a**
- 2008 **21** 98
- § 98 **Abs. 1**
- 2008 **68** 344
- § 108 **Abs. 1**
- 2007 **66** 261
- § 142 **Abs. 1**
- 2007 **68** 269
- § 147 **Abs. 2**
- 2007 **67** 263
Abs. 3
- 2007 **68** 269
- 2008 **69** 348
- § 169 - 2008 **70** 349
- § 191 - 2008 **71** 350
- § 235 **Abs. 1**
- 2007 **28** 92
- 2007 **29** 99
- § 242 ff. - 2007 **28** 92
- § 245 **Abs. 1**
- 2008 **22** 103

- § 263 **Abs. 2**
 - 2007 20 78
- 651.111** *Verordnung zum Steuergesetz (StGV) vom 11. September 2000*
- § 8 **Abs. 2**
 - 2008 20 89
- § 12 - 2008 17 75
- § 15 - 2008 61 328
- § 24 **Abs. 2**
 - 2008 66 338
- Abs. 3**
 - 2008 66 338
- § 27 - 2007 63 248
- § 29 **Abs. 2**
 - 2007 63 248
- § 30 **Abs. 2**
 - 2007 64 253
- § 44 **Abs. 1**
 - 2008 68 344
- § 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*
- § 4 **Abs. 2**
 - 2008 25 151
 - 2008 26 153
- § 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
- § 16 - 2008 27 166

- § 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 Gemeindegorgans, einen Sondernutzungsplan zu erlassen 2007 **117** 445
- § 28 - 2008 **25** 151
- § 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
 - 2008 **26** 153
- Abs. 3**
 - 2007 **31** 117
- Abs. 6**
 - 2007 **31** 117
- § 42 **Abs. 2**
 - 2007 **32** 120
 - 2007 **114** 424
- § 46 - 2007 **32** 120
- § 59 **Abs. 1**
 - 2007 **114** 424
- § 60 **Abs. 2**
 - 2007 **30** 105
- § 62 - 2007 **30** 105
 - 2008 **28** 169
- § 67 **Abs. 1**
 - 2007 **114** 424
 - 2007 **118** 448
- § 80 **Abs. 1**
 - 2008 **24** 139
- § 103 **Abs. 3**
 - 2008 **24** 139

- § 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
- § 149 **Abs. 2**
- 2008 **74** 373
- § 163 - 2008 **27** 166
- 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
- § 11 - Ob es sich um ein oder zwei Gebäude handelt, hängt vom Er-
scheinungsbild ab 2008 **102** 483
- § 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
baubewilligungsfrei 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
- § 44 **Abs. 1**
- 2008 **24** 139

- 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
 - 2008 29 172
- § 4 **Abs. 1**
 - 2007 33 134
 - 2008 29 172
- 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 Strassenreklamesuchts 2007 118 448
- 811.621** *Vollziehungsverordnung zur Bundesgesetzgebung über die in die Schweiz entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer (VEA) vom 15. Oktober 2003*
- § 8 **Abs. 1**
 - 2008 86 405
- 837.100** *Einführungsgesetz zum Bundesgesetz über die Krankenversicherung (EG KVG) vom 5. September 1995*
- § 14 **Abs. 2**
 - 2008 13 54
- § 16 **Abs. 2**
 - 2008 13 54
- 851.200** *Gesetz über die öffentliche Sozialhilfe und soziale Prävention (Sozialhilfe- und Präventionsgesetz, SPG) vom 6. März 2001*
- § 2 - 2008 37 225
- § 6 **Abs. 1**
 - 2008 37 225

- § 7 **Abs. 1**
 - 2008 44 259
- § 13 **Abs. 1**
 - 2008 40 242
Abs. 1
 - 2008 44 259
Abs. 2
 - 2008 37 225
 - 2008 42 253
 - 2008 43 256
- § 14 - 2008 41 245
- § 15 - 2008 41 245
- § 47 **Abs. 3**
 - 2007 46 195
- § 49 - 2007 46 195
- 851.211 *Sozialhilfe- und Präventionsverordnung (SPV) vom
 28. August 2002***
- § 1 - 2008 37 225
- § 6 - 2008 44 259
- § 10 **Abs. 5 lit. a**
 - 2008 37 225
Abs. 5 lit. c
 - 2008 38 230
 - 2008 47 268
- § 11 **Abs. 1**
 - 2008 43 256
- § 14 **lit. c**
 - 2008 40 242
 - 2008 45 262
- § 15 **Abs. 2**
 - 2008 46 265
Abs. 3
 - 2008 40 242
 - 2008 41 245
- § 16 - 2008 41 245
- § 17 - 2008 41 245
- 910.100 *Gesetz über die Erhaltung und Förderung der Landwirt-
 schaft (Landwirtschaftsgesetz) vom 11. November 1980***
- § 28a ff. - 2008 73 363
- 910.131 *Verordnung über die Abgeltung ökologischer Leistungen
 (Öko-Verordnung, ÖkoV) vom 26. Mai 1999***
- § 6 - 2008 73 363

- 970.100** ***Gesetz über das Gastgewerbe und den Kleinhandel mit***
- § 13 **Abs. 1**
 - Gastwirtschaftsrecht 2008 **106 492**
- § 15 **Abs. 1**
 - Gastwirtschaftsrecht 2008 **106 492**
- 991.111** ***Verordnung über den Vollzug des Strassenverkehrsrechtes***
 (Strassenverkehrsverordnung, SVV) vom 12. November
 1984
- § 19 **Abs. 1 lit. c**
 - 2008 **15 61**